

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



Editorial

17. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht: Hundert Jahre

Internationale Arbeitsorganisation

Prof. Dr. Rüdiger Krause Seite **1**

Abhandlungen

Entstehung und Wirkung von Standards der Internationalen

Arbeitsorganisation aus völkerrechtlicher Sicht

Prof. Dr. Markus Krajewski Seite **2**

Die unmittelbare Drittwirkung der kollektiven

Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG

Prof. Dr. Daniel Klocke Seite **17**

Fritz Fabricius – ein Querdenker

im Arbeitsrecht des 20. Jahrhunderts

Prof. Dr. Wolfhard Kohle Seite **35**

Zusammenfassungen (Abstracts) | Vorschau

Seite **43**

Teilhabe und Rehabilitation



Bolwig / Conrad-Giese / Groskreutz / Hlava / Ramm

Behindertenrecht in der Arbeitswelt

Gesetze, Verordnungen, Einleitungen, Übersichten,
Rechtsprechung

4., aktualisierte Auflage

2020. Ca. 600 Seiten, kartoniert

ca. € 29,-

ISBN 978-3-7663-6959-8

Erscheint Februar 2020

www.bund-verlag.de/6959

Gesetze plus

Die solide Grundlage bilden über 20 relevante Gesetze und Verordnungen
im Wortlaut oder in wichtigen Teilen – natürlich auf dem neuesten Stand, etwa:

- › Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
- › Arbeitsstättenverordnung
- › Barrierefreie-Informationstechnik-Verordnung
- › Behindertengleichstellungsgesetz
- › Behindertengleichstellungsschlichtungsverordnung
- › Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit
- › Kommunikationshilfenverordnung
- › Kraftfahrzeughilfe-Verordnung
- › Schwerbehinderten-Ausgleichsabgabenverordnung
- › Technische Regeln für Arbeitsstätten
- › UN-Behindertenrechtskonvention
- › Verordnung über barrierefreie Dokumente in der Bundesverwaltung
- › Wahlordnung Schwerbehindertenvertretungen
- › Werkstätten-Mitwirkungsverordnung

Eine allgemeine Einführung in das Recht der Teilhabe von Menschen
mit Behinderungen sorgt von Anfang an für guten Überblick.

Soziales Recht

1/2020

ISSN 2193-5157

Februar 2020, 10. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert

Dr. Manfred Walser, LL.M.

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Tel. 0551 / 39 – 279 48

Fax: 0551 / 39 – 272 45

E-Mail: sekretariat.deinert@

jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer

Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)

Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Heddenheimer Landstraße 144

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel. 069/79 50 10-0

Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Thorsten Kauf

Tel. 069/79 50 10-602

thorsten.kauf@bund-verlag.de

Erscheint 6 x jährlich als Supplement

der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnementpreis der Zeitschrift

Arbeit und Recht enthalten.

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

Druckerei Marquardt GmbH, Aulendorf

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,
Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die
Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des
Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten

Beiträge und Abbildungen sind

urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der
vorherigen Zustimmung des Verlages.

17. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht: Hundert Jahre Internationale Arbeitsorganisation

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Institut für Arbeitsrecht, Georg-August-Universität Göttingen

Das universale Arbeitsvölkerrecht der Internationalen Arbeitsorganisation hat in Deutschland keinen leichten Stand. Sofern es überhaupt bekannt ist, herrscht vielfach der Eindruck vor, als würden seine Mindeststandards zwar für den Globalen Süden, nicht aber für das hochentwickelte deutsche Arbeitsrecht von Bedeutung sein. Wenn dann einmal die Relevanz von IAO-Übereinkommen für das hiesige Arbeitsrecht betont oder gar die Völkerrechtswidrigkeit nationaler Normen und Grundsätze angenommen wird,¹ ist die Überraschung daher groß. Erst in jüngerer Zeit tritt die Notwendigkeit, die Inhalte des deutschen Arbeitsrechts auf ihre Konformität auch mit dem IAO-Recht als Bestandteil der vom Bundesverfassungsgericht angemahnten allgemeinen Völkerrechtsfreundlichkeit des deutschen Rechts² abzuklopfen, stärker in das allgemeine Bewusstsein, wie sich nicht zuletzt am zunehmenden Aufkommen systematisch angelegter Werke zum Arbeitsvölkerrecht zeigt.³

Das 17. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht, das am 12. September 2019 unter der Überschrift »Hundert Jahre Internationale Arbeitsorganisation – Die Bedeutung von IAO-Standards für das deutsche Arbeitsrecht« stattfand, fügt sich in diese neuere Strömung ein. Wie schon der Untertitel zum Ausdruck bringen sollte, bestand das Ziel der Veranstaltung nicht lediglich in einer allgemeinen Erinnerung an die Gründung der Internationalen Arbeitsorganisation im Jahr 1919 als Teil des Versailler Friedensvertrages, so sehr die Kenntnis sozialgeschichtlicher Entwicklungen und Zusammenhänge die Arbeitsrechtswissenschaft auch bereichert. Vielmehr sollte es vorwiegend um eine Vergewisserung im Hinblick auf die Frage gehen, welche Relevanz IAO-Standards, die das Ergebnis eines einzigartigen tripartistischen Regelsetzungsmechanismus sind, für das gegenwärtige deutsche Arbeitsrecht haben.

Die auf dem Forum gehaltenen Vorträge werden in *Soziales Recht* veröffentlicht, um den Diskurs über die IAO und ihre Normsetzung auch nach dem Ende des Jubiläumjahres engagiert fortzuführen. Den Anfang macht im vorliegenden Heft *Markus Krajewski* (Universität Erlangen-Nürnberg) mit einem einführenden Beitrag über die

Entstehung und Wirkungsweise von IAO-Standards. Die weiteren Beiträge von *Bernd Waas* (Universität Frankfurt aM. und Mitglied des IAO-Expertenausschusses für die Anwendung von Konventionen und Empfehlungen), *Reinhard Zimmer* (Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin), *Anne Trebilcock* (Universität Göttingen und frühere Direktorin der Rechtsabteilung der IAO), *Annette Niederfranke* (Direktorin der IAO-Repräsentanz für Deutschland) sowie *Jochen Jütte-Overmeyer* (Sustain Consulting, Hamburg) sind für das Heft 3/2020 vorgesehen.

Die Internationale Arbeitsorganisation ist 1919 im Bewusstsein ins Leben gerufen worden, dass der Weltfriede »nur auf dem Boden der sozialen Gerechtigkeit aufgebaut werden kann«.⁴ Auch wenn gewiss nicht jedes Detail des universalen Arbeitsvölkerrechts über den Weltfrieden entscheidet, so sollte doch außer Streit stehen, dass eine friedliche Zukunft auf nationaler, auf europäischer und vor allem auch auf globaler Ebene nicht ohne soziale Gerechtigkeit möglich ist.⁵ Hierzu leistet die IAO als »Weltparlament der Arbeit« mit ihrer Mission, durch völkerrechtlich verbindliche Sozialstandards destruktiven Wettbewerb zwischen den Staaten zu verhindern und die Arbeitskraft nicht zur Ware absinken zu lassen,⁶ sondern die Würde des arbeitenden Menschen zu schützen, auch im 21. Jahrhundert einen unverzichtbaren Beitrag.

1 Vgl. *Däubler*, Das unbekannte Arbeitsrecht, NJW 1999, 3537; *Lörcher*, Die Normen der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats – Ihre Bedeutung für das Arbeitsrecht der Bundesrepublik, AuR 1991, 97; *ders.*, Eine peinliche Leerstelle: Aktuelle völkerrechtliche Vertragsverletzungen der Bundesrepublik im Arbeitsrecht, AuR 2019, 359.

2 Siehe etwa BVerfG, 14. 10. 2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307, 323 ff.

3 Vgl. *Schlachter/Heuschmid/Ulber* (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, Tübingen 2019; *J. Schubert*, Arbeitsvölkerrecht, Berlin 2017; für eine aktuelle Kommentierung der einschlägigen IAO-Übereinkommen siehe *Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier* (Eds.), *International and European Labour Law*, Baden-Baden 2018.

4 Teil XIII. Arbeit., Abschnitt I. Organisation der Arbeit., Vor Art. 387. Zu den Hintergründen und der weiteren Entwicklung prägnant *Nußberger*, Von Versailles über Genf nach Straßburg – Sozialstandards als Menschenrechtsgarantien, ZIAS 2018, 215.

5 Dazu auch *BMAS/BDA/DGB* (Hrsg.), *Weltfriede durch soziale Gerechtigkeit. 75 Jahre Internationale Arbeitsorganisation*, Baden-Baden 1994.

6 Vgl. die IAO-Erklärung von Philadelphia aus dem Jahr 1944: »Arbeit ist keine Ware«.

Entstehung und Wirkung von Standards der Internationalen Arbeitsorganisation aus völkerrechtlicher Sicht

Prof. Dr. Markus Krajewski, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

I. Einleitung

Die Normen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), insbesondere ihre Arbeits- und Sozialstandards, werden in der arbeitsrechtlichen Fachliteratur zunehmend zur Kenntnis genommen und seit einigen Jahren unter dem Stichwort »Arbeitsvölkerrecht«¹ erörtert. Gleichwohl werden die IAO und ihre Standards in den einschlägigen arbeitsrechtlichen Hand- und Lehrbüchern oft nur in wenigen Absätzen behandelt.² Auch in der Arbeitsrechtspraxis spielen IAO-Standards nach wie vor keine besonders prominente Rolle.³ Sie stehen in der gerichtlichen Praxis nicht auf der gleichen Bedeutungsebene wie das einschlägige Unionsrecht oder andere völkerrechtliche Abkommen, insbesondere die EMRK.⁴ Allgemein scheint die Auffassung vorzuherrschen, dass die IAO-Normen für inländische Arbeitsverhältnisse kaum weiterreichende arbeitsrechtliche Schutzstandards gewähren als das nationale und europäische Arbeitsrecht.⁵

Dagegen entfalten IAO-Standards eine größere Bedeutung, wenn es um rechtliche Regeln geht, die sich auf Arbeitsverhältnisse im außereuropäischen Ausland, insbesondere in Ländern des globalen Südens beziehen. So ist die Beachtung von IAO-Standards in globalen Lieferketten schon länger ein viel diskutiertes Thema. Dies betrifft sowohl die Frage, ob die Einhaltung von IAO-Standards bei der öffentlichen Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen eine entscheidungserhebliche Rolle spielen soll und darf⁶ als auch die Einbeziehung von IAO-Standards in die nach der neuen CSR-Richtlinie erforderliche nicht-finanzielle Berichterstattung⁷, die ua. auf die zuletzt 2017 revidierte »Dreigliedrige Grundsatzklärung über multinationale Unternehmen und Sozialpolitik« der IAO abstellt.⁸

Auch wenn Verletzungen fundamentaler Arbeitsnormen und schwerste Verstöße gegen arbeitsvölkerrechtliche Standards in Deutschland nicht regelhaft vorkom-

men, bestehen Lücken im arbeitsrechtlichen Schutz⁹, die durch eine stärkere Beachtung internationaler Standards gegebenenfalls geschlossen werden könnten. Das 100-jährige Jubiläum der Gründung der IAO im Jahre 1919 soll daher Anlass sein, die Bedeutung von IAO-Standards näher zu beleuchten und dabei auch jüngere Rechtsprechung und -praxis zu berücksichtigen.¹⁰ Bei der folgenden Betrachtung des Rechtscharakters, der Entstehung und der Wirkung von IAO-Standards sollen zudem deren völkerrechtliche Besonderheiten erörtert werden, die in Praxis und Literatur weiterhin umstritten und unklar sind.

1 Erstmals wohl *Däubler*, NJW 1999, 3537, 3538. Siehe nunmehr *Däubler/Zimmer* (Hrsg.), FS Lörcher, 2013; *Schubert*, Arbeitsvölkerrecht, Berlin 2017 sowie *Schlachter/Heuschmid/Ulber* (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, Tübingen 2019.

2 *Linck*, in: *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., München 2019, § 5 Rn. 5; *Oetker*, in: *Kiel/Lunk/Oetker* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl., München 2018, § 15 Rn. 9.

3 So bereits *Däubler*, FS Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein, 2006, S. 1183.

4 S. zB. BAG, 20.10.2015 – 9 AZR 743/14 – AP Nr. 15 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung, Rn. 13 ff. Zu den vielfältigen Einflussmöglichkeiten der EMRK auf das Arbeitsrecht siehe *Nußberger*, AuR 2014, 130–136.

5 Vgl. jüngst BAG, 26.6.2018 – 1 ABR 37/16 – AP Nr. 10 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 73 und BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – BVerfGE 146, 71, Rn. 206. Siehe auch BAG, 20.11.2012 – 1 AZR 611/11 – AP Nr. 180 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Rn. 76.

6 *Germelmann*, GewArch 2016, 60–65, 100–105; *Summa*, VergabeR 2016, 147–154.

7 Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl. 2014, L 330/1–9. Dazu *Krajewski*, ZGR 2018, 271, 288 ff.

8 Dreigliedrige Grundsatzklärung über multinationale Unternehmen und Sozialpolitik, Angenommen vom Verwaltungsrat des Internationalen Arbeitsamtes auf seiner 204. Tagung (Genf, November 1977) und abgeändert auf seiner 279. (November 2000), 295. (März 2006) und 329. Tagung (März 2017).

9 Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Entwicklung der Menschenrechtssituation in Deutschland: Juli 2017–Juni 2018, Berlin 2018, S. 38 ff. zu schwerer Arbeitsausbeutung und Lohnansprüchen von Migranten in Deutschland. Siehe auch *Lörcher*, AuR 2019, 359.

10 Zur Wirkung und Implementierung der IAO-Standards im deutschen Recht bereits *Zimmer*, FS Lörcher, 2013, S. 29 ff.

II. Standardsetzung als zentrale Aufgabe der IAO

Zentrale Aufgabe der IAO ist die Verbesserung der Arbeitsbedingungen auf der ganzen Welt.¹¹ Hierzu ist sie vor allem mit der Schaffung internationaler Arbeits- und Sozialstandards und der Überwachung der Einhaltung dieser Standards durch die Mitgliedstaaten betraut.¹²

1. Rechtstellung, Struktur und Tätigkeitsfelder der IAO

Die IAO wurde durch den Versailler Friedensvertrag gemeinsam mit dem Völkerbund im Juni 1919 gegründet.¹³ Auch wenn insoweit kein eigenständiger Gründungsvertrag für die IAO besteht, gelten die entsprechenden Art. 387–426 des Versailler Vertrages als »Verfassung« der IAO.¹⁴ Hintergrund der Verknüpfung der Gründung der IAO mit dem Friedensvertragswerk, das den Ersten Weltkrieg beendete, ist die in der Präambel der IAO-Verfassung verankerte Erkenntnis, dass »[d]er Weltfriede [...] auf die Dauer nur auf sozialer Gerechtigkeit aufgebaut werden [kann].«

Die IAO-Verfassung wurde seit 1919 mehrfach geändert und insbesondere durch die Erklärung von Philadelphia über die Ziele und Zwecke der Internationalen Arbeitsorganisation vom 10. Mai 1944 ergänzt.¹⁵ Diese enthält die zentralen Grundsätze und Prinzipien, auf denen die Tätigkeit der IAO beruht. 1946 erlangte die IAO den Status einer Sonderorganisation der Vereinten Nationen. Ihr gehören heute 187 Staaten an. Nachdem das Deutsche Reich zwischen 1919 und 1933 bereits Mitglied der IAO war,¹⁶ während der NS-Diktatur der IAO – ebenso wie dem Völkerbund – aber den Rücken zugekehrt hatte, trat die Bundesrepublik Deutschland der IAO 1951 wieder bei.¹⁷

Die Hauptorgane der IAO sind die Allgemeine Konferenz von Vertretern der Mitglieder (Internationale Arbeitskonferenz, IAK), der Verwaltungsrat (*Governing Body*) und das Internationale Arbeitsamt (IAA).¹⁸ Die IAK tritt jährlich für zwei Wochen im Juni in Genf zusammen. In ihr sind die Mitgliedstaaten jeweils mit zwei Delegierten der Regierung und je einem Delegierten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer vertreten. Die Hauptaufgabe der IAK besteht in der Schaffung von internationalen Arbeitsstandards. Daneben stellt die IAK das globale Forum zur Diskussion von zentralen arbeits- und sozialpolitischen Fragestellungen auf internationaler Ebene dar. Die Vorbe-

reitung der IAK-Plenarsitzungen findet in verschiedenen Ausschüssen statt.

Der Verwaltungsrat ist das Exekutivorgan der IAO. Er setzt sich aus 28 Vertretern der Regierungen der IAO-Mitglieder und je 14 Vertretern der Arbeitgeber- und Arbeitnehmer zusammen. Von den 28 Regierungsvertretern werden zehn von den Regierungen der wirtschaftlich bedeutendsten Mitgliedstaaten ernannt.¹⁹ Der Verwaltungsrat tritt dreimal jährlich in Genf zusammen und trifft verschiedene vorbereitende, programmatische und organisatorische Entscheidungen. Zudem wählt der Verwaltungsrat den Generaldirektor. Das Internationale Arbeitsamt, an dessen Spitze der Generalsekretär steht, ist das ständige Sekretariat der IAO. Neben die in den Gründungsverträgen vorgesehenen Hauptorgane tritt der Sachverständigenausschuss (*Committee of Experts*), der bereits 1926 eingerichtet wurde und aus zwanzig unabhängigen Experten mit arbeitsrechtlicher Kompetenz besteht. Der Ausschuss bewertet die Staatenberichte über die Einhaltung der IAO-Standards²⁰ und veröffentlicht diesbezügliche Beobachtungen (*observations*) zu einzelnen Ländern in seinem Jahresbericht.²¹ Mit Blick auf Deutschland spielen dabei seit einiger Zeit Fragen um das Streikrecht für Beamte eine zentrale Rolle.²²

Die IAO unterscheidet sich von anderen internationalen Organisationen und UN-Sonderorganisationen in zweierlei Hinsicht: Zum einen besitzt sie eine international einzigartige

11 Schlachter/Heuschmid/Ulber-Zimmer, Arbeitsvölkerrecht (Fn. 1), § 5 Rn. 1.

12 Waas, AVR 2019, 123, 124.

13 Lörcher, AuR 2019, 216–221. Zur historischen Entwicklung der IAO siehe auch Hughes/Naworth, *The International Labour Organisation (ILO)*, Abingdon 2013, S. 5–19 und Servais, *International Labour Law*, 5. Aufl., Alphen aan den Rijn 2017, S. 24 ff.

14 Verfassung der IAO, in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.3.1957, BGBl. II S. 317, zuletzt geändert durch Änd.-Verf. vom 19.6.1997, BGBl. 2017 II, S. 817.

15 Dazu Bülck, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 107 (1951), 90, 92 ff.

16 Umfassend dazu Viehweger, *Die Internationale Arbeitsorganisation und Deutschland 1919 bis 1933*, Düsseldorf 2013 (zugl. Düsseldorf, Univ., Diss. 2013).

17 Böhmert, *Das Recht der ILO und sein Einfluß auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, Baden-Baden 2002 (zugl. Würzburg, Univ., Diss. 2001), S. 32.

18 Schlachter/Heuschmid/Ulber-Zimmer, *Arbeitsvölkerrecht* (Fn. 1), § 5 Rn. 7 ff.

19 Es handelt sich um Brasilien, China, Frankreich, Deutschland, Indien, Italien, Japan, Russland, das Vereinigte Königreich und die USA.

20 Dazu unten III.4.a.

21 Vgl. zB. ILO (Hrsg.), *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations Application of International Labour Standards 2018*, Genf 2018.

22 Report of the Committee of Experts (Fn. 21), S. 87 ff.

tige dreigliedrige (»tripartistische«) Struktur und zum anderen zeichnet sie sich durch umfangreiche normgebende Tätigkeiten aus. Die dreigliedrige Struktur der IAO zeigt sich zunächst im Rahmen der Vertretung der Mitgliedstaaten in der IAK. Da die Delegierten ihr Stimmrecht persönlich ausüben, können die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerdelegierten auch anders abstimmen als die Vertreter der jeweiligen Regierung. Die dreigliedrige Struktur setzt sich wie oben gezeigt im Verwaltungsrat der IAO fort und wird dort sogar noch gestärkt, da die 14 Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter von den jeweiligen Delegierten der Arbeitgeber- und Arbeitnehmer der IAK in ihrer persönlichen Eigenschaft gewählt werden und somit nicht die entsprechenden IAO-Mitgliedstaaten vertreten. Die formale Einbeziehung von Vertretern nicht-staatlicher Organisationen in die Repräsentanz eines Staats in der IAK und deren Beteiligung an den Leitungsaufgaben der Organisation ist auf völkerrechtlicher Ebene einmalig.²³ Sie ist der besonderen Funktion der Sozialpartner bei der Erarbeitung und Umsetzung von arbeitsrechtlichen Normen geschuldet.

Neben ihrer besonderen Binnenstruktur unterscheidet sich die IAO von anderen internationalen Organisationen bezüglich ihrer legislativen Aktivitäten. Dabei ist neben der großen Zahl von völkerrechtlichen Instrumenten vor allem die Tatsache bemerkenswert, dass IAO-Standards nicht in einem rein intergouvernementalen Prozess ausgehandelt werden, wie etwa die Abkommen der Welthandelsorganisation oder menschenrechtliche Übereinkommen in den Vereinten Nationen.²⁴ Vielmehr erfolgt die Normgenese durch ein Organ der IAO, die Internationale Arbeitskonferenz, die sich wie erwähnt nicht nur aus Regierungsvertretern zusammensetzt. Die von der IAK verabschiedeten Normen bedürfen auch keiner Annahme durch eine Staatenkonferenz oder Unterzeichnung der einzelnen Staaten, sondern können unmittelbar nach Verabschiedung durch die IAK von den Mitgliedstaaten ratifiziert werden.²⁵

2. Typen und Inhalte von IAO-Standards

Nach Art. 19 ihrer Verfassung kennt die IAO zwei Rechtsinstrumente, in denen internationale Arbeitsstandards normiert werden können: Übereinkommen (*conventions*) und Empfehlungen (*recommendations*).²⁶ Hinzu treten Protokolle, welche die Übereinkommen ergänzen können.²⁷

Im Jahre ihres 100-jährigen Bestehens umfasst der Korpus der Rechtsinstrumente der IAO 190 Übereinkommen,

sechs Protokolle und 206 Empfehlungen.²⁸ Allerdings sind nur 157 Übereinkommen (noch) in Kraft und nur 167 Empfehlungen noch gültig. Zahlreiche Übereinkommen werden zudem von der IAO selbst als veraltet (»outdated«) bzw. nicht mehr relevant (»shelved«) bezeichnet. Die IAO führt gegenwärtig 79 Übereinkommen, alle sechs Protokolle und 81 Empfehlungen als aktuell (»up to date«).²⁹

IAO-Übereinkommen und Empfehlungen betreffen eine Vielzahl unterschiedlicher arbeits- und sozialrechtlicher Themenfelder. Teilweise sind die Standards allgemeiner Art und enthalten Grundsätze des Arbeitslebens in allen Sektoren. Teilweise handelt es sich jedoch auch um spezielle Standards, die nur für bestimmte Branchen und Arbeitsverhältnisse relevant sind. Von besonderer Bedeutung sind diejenigen Standards, welche von der IAO als Kernarbeitsnormen bezeichnet werden.³⁰ Diese umfassen acht Konventionen, die für das internationale Arbeitsrecht von fundamentaler Bedeutung sind (*Fundamental Conventions*). Die entsprechenden Konventionen betreffen die Vereinigungsfreiheit und das Recht auf Kollektivverhandlungen, die Beseitigung von Zwangsarbeit, die effektive Abschaffung der Kinderarbeit und das Verbot der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf.³¹ Ebenfalls als besonders relevant stuft die IAO die sog. *Governance*-Standards ein, welche die Übereinkommen zu Arbeitsinspektionen, das Übereinkommen zu Beschäftigungspolitik

23 Sauer, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of International Law, Oxford 2014, International Labour Organization (ILO) Rn. 7.

24 Servais, International Labour Law (Fn. 13), S. 75.

25 Dazu unten III.2.

26 Waas, AVR 2019, 123, 125.

27 ILO (Hrsg.), The Rules of the Game – An introduction to the standards-related work of the International Labour Organization, 4. Aufl., Genf 2019, S. 18.

28 Siehe Normlex, abrufbar unter: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORM-LEXPUB:1:0> (1. 12. 2019).

29 Siehe Normlex, abrufbar unter: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12020::NO> (1. 12. 2019).

30 Zur Bedeutung dieses Ansatzes für das Arbeitsvölkerrecht insgesamt siehe Alston, European Journal of International Law 2004, 457–521 einerseits und Langille, European Journal of International Law 2005, 409–437 andererseits.

31 Es handelt sich um das Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes von 1948, das Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen von 1949, das Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit von 1930, das Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit von 1957, das Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit von 1951, das Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf von 1958, das Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung von 1973 und das Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit von 1999.

und das Übereinkommen über dreigliedrige Beratungen zur Förderung der Durchführung internationaler Arbeitsnormen umfassen. Die übrigen Übereinkommen werden als »technisch« bezeichnet und betreffen zB. die wöchentliche und tägliche Arbeitszeit, Urlaub, Löhne, Versicherungen und andere Sozialleistungen aber auch Gefahrstoffe und weitere sicherheitsrelevante Arbeitsbedingungen.

III. Entstehung von IAO-Standards

1. Ausarbeitung und Verabschiedung

IAO-Standards werden in der IAK erarbeitet und verabschiedet. Die Geschäftsordnung der IAK kennt hierzu zwei Verfahrenstypen:³² Das reguläre Verfahren der zweimaligen Beratung und das verkürzte Verfahren der einmaligen Beratung, das in dringenden Fällen oder anderen Sondersituationen angewandt werden kann, wenn die IAK dies ausdrücklich beschließt, Art. 24 Abs. 5 Verfahrensordnung der IAK.³³

Beide Verfahren beginnen damit, dass der Verwaltungsrat der IAO beschließt, ein bestimmtes Thema auf die Tagesordnung der IAK zu setzen.³⁴ Legislativ gesprochen steht dem Verwaltungsrat somit das primäre Initiativrecht zu. Allerdings kann auch die IAK selbst mit einer Mehrheit von Zweidrittel ihrer Stimmen einen Tagesordnungspunkt festlegen.³⁵ Das Internationale Arbeitsamt bereitet dann einen Bericht vor, der die Praxis und die Rechtslage in den IAO-Mitgliedern zu dem zu behandelnden Thema zusammenfasst und eine Liste von Fragen zu den möglichen Inhalten eines neuen Standards an die Mitglieder versendet. Im regulären Verfahren der zweimaligen Beratung erstellt das IAA auf der Grundlage der Antworten einen weiteren Bericht, in dem die zentralen Fragen, die von der IAK behandelt werden sollen, herausgearbeitet werden, Art. 39 Abs. 3 IAK-Verfahrensordnung. Dieser Bericht wird erneut den Mitgliedern zugesandt und bildet anschließend die Basis für die erste Behandlung der Frage auf der IAK, Art. 39 Abs. 4 IAK-Verfahrensordnung. Das IAA erstellt sodann einen Vorschlag für eine oder mehrere Konventionen oder Empfehlungen, wobei sowohl die Erörterungen in der IAK als auch die Antworten der IAO-Mitglieder auf den Fragebogen berücksichtigt werden. Dieser Vorschlag wird den IAO-Mitgliedern für eine erneute Kommentierung zugesandt. Das IAA bereitet auf

dieser Grundlage einen überarbeiteten Entwurf für einen oder mehrere IAO-Standards vor, Art. 39 Abs. 6 IAK-Verfahrensordnung. Dieser Entwurf ist dann Gegenstand der zweiten Behandlung des Themas in der IAK. Sowohl in der ersten als auch zweiten Behandlung kann der Standard auch in einem Ausschuss der IAK behandelt werden, bevor es im Plenum zur Abstimmung kommt, Art. 40 IAK-Verfahrensordnung. Für die jeweiligen Schritte sind in der IAK-Verfahrensordnung genaue Fristen vorgesehen, die es ermöglichen, dass ein Standard im regulären Verfahren innerhalb von vier Jahren verabschiedet werden kann.³⁶

Das Verfahren der einmaligen Beratung stellt ein abgekürztes Verfahren dar: Es zeichnet sich dadurch aus, dass das IAA bereits auf der Grundlage der Antworten auf den Fragebogen einen Vorschlag für einen Standard erstellt, der den Mitgliedern für eine Kommentierung zugesandt wird und sodann von der IAK behandelt werden kann, Art. 38 Abs. 1 und 2 IAK-Verfahrensordnung. Aufgrund des Wegfalls der zweiten Beratung können Standards in diesem Verfahren innerhalb von drei Jahren verabschiedet werden.

Die Entwicklung und Erarbeitung der IAO-Standards werden somit maßgeblich durch die im Internationalen Arbeitsamt vorhandene Fachkompetenz und die rechtlichen und praktischen Erfahrungen in den Mitgliedstaaten geprägt. Sowohl auf mitgliedstaatlicher Ebene als auch in der IAK spielt die Bewertung der mit der Thematik verbundenen Fragen und der vorgeschlagenen Standards durch die Sozialpartner eine erhebliche Rolle. Ein intergouvernementaler Verhandlungsprozess wie er der Aushandlung völkerrechtlicher Normen in anderen Zusammenhängen oft zu Grunde liegt, ist für die Standardsetzung in der IAO nur von untergeordneter Bedeutung. Er findet allenfalls im Rahmen der kurzen Sitzungen der IAK statt. Fachlichkeit und arbeitsrechtliche Erfahrungen in den Mitgliedstaaten spielen daher eine größere Rolle als diplomatische Verhandlungen und zwischenstaatliche Kompromissfindung.

32 Zum Folgenden auch *Ruchti*, Das ILO-Übereinkommen Nr. 94, Frankfurt aM. 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2010), S. 29 ff.

33 International Labour Conference, Rules for the Conference, abrufbar unter: <https://www.ilo.org/ilc/Rulesfortheconference/lang--en/index.htm> (1. 12. 2019)

34 Siehe auch die Darstellung in ILO (Hrsg.), *The Rules of the Game* (Fn. 27), S. 21.

35 *Waas*, AVR 2019, 123, 126.

36 Vgl. auch die Übersicht bei *Wisskirchen/Hess*, *Employers' handbook on ILO standards-related activities*, Genf 2001, S. 16.

2. Annahme

Übereinkommen und Empfehlungen werden von der IAK mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen der anwesenden Delegierten verabschiedet, Art. 19 Abs. 2 IAO-Verfassung. Das Abstimmungsquorum liegt bei der Hälfte der teilnehmenden Delegierten, Art. 17 Abs. 3 IAO-Verfassung. Sowohl für das Quorum als auch für das Erreichen der Mehrheit werden die Ja- und Nein-Stimmen zusammengezählt, Art. 21 IAK-Verfahrensordnung. Ein Konventionsentwurf, der nicht die erforderliche Zweidrittel-Mehrheit erhält, kann als bloße Empfehlung verabschiedet werden, vgl. Art. 42 IAK-Verfahrensordnung.

Die Delegierten stimmen dabei – wie bereits erwähnt – in ihrer persönlichen Eigenschaft ab. Anders als in anderen Organisationen oder bei internationalen Vertragskonferenzen lassen sich die Ja- und Nein-Stimmen bzw. Enthaltungen auch nicht einem bestimmten Land, sondern nur einem bestimmten Delegierten zuordnen. So stimmten für das jüngste in Kraft getretene ILO-Übereinkommen, das Übereinkommen Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte, 396 Delegierte. 16 Delegierte, überwiegend der Arbeitgeberseite, stimmten dagegen und 63 Delegierte – mehrheitlich Arbeitgeber, einige Regierungen sowie ein Arbeitnehmervertreter – enthielten sich.³⁷

3. Inkrafttreten

Für das Inkrafttreten der Übereinkommen ist eine Mindestzahl an Ratifikationen erforderlich. Diese liegt häufig nur bei zwei Mitgliedern und damit deutlich unter der für andere völkerrechtliche Verträge, insbesondere menschenrechtliche Abkommen erforderlichen Mindestzahl. Im Ergebnis gibt das daher mit Ausnahme ganz junger Übereinkommen nur wenige IAO-Übereinkommen, die nicht in Kraft getreten sind.³⁸ Anders als bei der Verabschiedung der Standards sind Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter an der Ratifikation eines IAO-Übereinkommens nicht beteiligt. Ein von der IAK mit großer Mehrheit angenommenes Übereinkommen ist daher nicht automatisch auch ein IAO-Standard, der von zahlreichen Staaten ratifiziert werden wird.

Auch wenn es den IAO-Mitgliedstaaten freisteht, eine von der IAK verabschiedete Konvention nicht zu ratifizieren,³⁹ verfügt die IAO über einen besonderen Mechanis-

mus, der die Ratifikationen durch ihre Mitglieder fördern soll. So verpflichtet Art. 19 Abs. 5 lit. b der IAO-Verfassung jedes Mitglied spätestens ein Jahr nach der Tagung der IAK, auf der ein Übereinkommen verabschiedet wurde, das Übereinkommen der im jeweiligen Staat zuständigen Stelle vorzulegen. Typischerweise handelt es sich dabei um das für die Ratifikation zuständige Parlament, wenn die Umsetzung nicht ausschließlich durch Tarifvertrag erfolgen kann.⁴⁰ Aus Art. 19 Abs. 5 lit. b lässt sich somit eine völkerrechtliche Pflicht ableiten, die Ratifikation zu ermöglichen.⁴¹ Diese Pflicht besteht sogar dann, wenn die Regierung des jeweiligen IAO-Mitglieds gegen die Konvention gestimmt hat. Damit geht die IAO-Verfassung über die allgemeine, in Art. 18 Wiener Vertragsrechtskonvention verankerte, völkerrechtliche Pflicht, das Inkrafttreten eines Abkommens nicht zu vereiteln, deutlich hinaus. Die allgemeine Pflicht gilt nämlich nur für Staaten gilt, die einem Abkommen zugestimmt bzw. es unterzeichnet haben. Dagegen betrifft die Verpflichtung aus Art. 19 Abs. 5 lit. b IAO-Verfassung alle IAO-Mitglieder, auch wenn sie gegen den Standard gestimmt haben.

Hinzu tritt eine weitere Pflicht: Nach Art. 19 Abs. 5 lit. c IAO-Verfassung unterrichten die IAO-Mitglieder den Generaldirektor des Internationalen Arbeitsamtes über die Ratifikationsentscheidung und teilen mit, wie die zuständige Stelle entschieden hat. Aus Art. 19 Abs. 5 lit. b und c der IAO-Verfassung ergibt sich eine im Vergleich zu anderen internationalen Organisationen oder völkerrechtlichen Vertragssetzungsverfahren bemerkenswerte Handlungs- und Berichtspflicht, die man als völkerrechtliches »Nudging« in Richtung Ratifikation ansehen kann.

Gleichwohl ist der Ratifikationsstand der einzelnen Übereinkommen höchst unterschiedlich: Er reicht von einer nahezu ausnahmslosen Zustimmung wie bei dem IAO-Übereinkommen Nr. 182 über die schlimmsten Formen der Kinderarbeit, das von 186 der 187 Mitgliedstaaten

37 International Labour Conference, Provisional Record, 100th Session, Geneva, June 2011, No. 30, abrufbar unter: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/100thSession/reports/provisional-records/WCMS_158275/lang-en/index.htm (1.12.2019), S. 42 ff.

38 Die im Juni 2019 verabschiedete Konvention Nr. 190 über die Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt ist noch nicht in Kraft getreten (Stand: November 2019).

39 *Sweptson*, Int. Journal of Comp. Labour Law & Industrial Relations 1997, 332.

40 *Böhmert*, Das Recht der ILO (Fn. 17), S. 71 f.; *Ruchti*, Das ILO-Übereinkommen Nr. 94 (Fn. 32), S. 39.

41 *Wolfrum-Sauer*, Max Planck Encyclopedia of International Law (Fn. 23), ILO Rn. 13.

der IAO ratifiziert wurde⁴² bis zu einstelligen Ratifikationszahlen wie bei der Konvention Nr. 168 über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit, die nur von acht Staaten ratifiziert wurde.⁴³

4. Überprüfung der Einhaltung

Für die Überprüfung der Einhaltung der IAO-Standards stehen verschiedene Verfahren zur Verfügung. Zu unterscheiden sind Berichtsverfahren nach Art. 22 und 23 IAO-Verfassung und Beschwerde- bzw. Klagverfahren nach Art. 24–29 IAO-Verfassung.

a) Berichtsverfahren

Grundlage der Überwachung der Einhaltung der ratifizierten IAO-Übereinkommen ist die Berichtspflicht nach Art. 22 IAO-Verfassung. Danach müssen die Mitgliedstaaten jährlich über die Maßnahmen zur Durchführung der Übereinkommen, welche sie ratifiziert haben, an das IAA berichten.⁴⁴ Zudem ist über gesetzliche und rechtspraktische Maßnahmen mit Blick auf unverbindliche Empfehlungen und von den betreffenden Mitgliedstaaten nicht ratifizierte Übereinkommen zu berichten (Art. 19 Abs. 5 lit. e und Abs. 6 lit. d IAO-Verfassung).

Die Berichte der Mitgliedstaaten werden vom Sachverständigenausschuss geprüft, der Beobachtungen (*observations*) und direkte Anfragen (*direct requests*) an den betroffenen Staat richten kann. Beobachtungen beziehen sich auf grundlegende Fragen der Anwendung des Übereinkommens in dem jeweiligen Staat und werden im Jahresbericht des Ausschusses veröffentlicht.⁴⁵ Eine derartige Beobachtung formulierte der Ausschuss 2018 gegenüber Deutschland bezüglich der Arbeitsmöglichkeiten von Strafgefangenen in privaten Unternehmen. Der Ausschuss verlangte von Deutschland, sicherzustellen, dass Strafgefangene rechtlich und tatsächlich nur nach einer freien, förmlichen und informierten Zustimmung für private Wirtschaftsunternehmen sowohl innerhalb als auch außerhalb der Vollzugsanstalt arbeiten dürfen.⁴⁶ Direkte Anfragen betreffen dabei eher technische Fragen und werden nicht im Jahresbericht erwähnt. So bat der Sachverständigenausschuss im Jahre 2018 zB. von Deutschland die Bereitstellung disaggregierter Daten zur Situation beschäftigter Menschen mit Behinderung.⁴⁷

Die Berichte des Sachverständigenausschusses werden gem. Art. 23 IAO-Verfassung der IAK vorgelegt, die hier-

für einen eigenen Ausschuss, den Konferenzausschuss (auch Normanwendungsausschuss,⁴⁸ *Conference Committee on the Application of Standards*) gebildet hat. Dieser tripartistisch zusammengesetzte Ausschuss wählt auf der Grundlage des Berichts des Sachverständigenausschusses im Regelfall 24 Fälle aus, mit denen er sich intensiver befasst.⁴⁹ Die Auswahl beruht dabei auf politischen und grundsätzlichen organisatorischen Überlegungen.⁵⁰ Das Ergebnis dieser Befassung wird in einem weiteren Bericht zusammengefasst, in dem schwerwiegende Fälle der Nichtbeachtung von IAO-Standards in besonderen Abschnitten (*special paragraphs*) hervorgehoben werden.⁵¹ Deutschland ist hiervon typischerweise nicht betroffen. Der Bericht des Konferenzausschusses wird im Anschluss auch im Plenum der IAK erörtert.

Im Ergebnis zeigt sich, dass das Berichtssystem nicht auf eine formale Rechtsverletzungsbeurteilung abzielt, sondern Dialog und Kooperation auf der Grundlage eher weicher Kriterien in den Vordergrund stellt.⁵² Ob und in welcher Weise das Berichtswesen und die Überprüfung der Berichte durch die Ausschüsse zu einer Verbesserung arbeitsrechtlicher Bedingungen in den Mitgliedstaaten führt, ist nicht einfach zu bestimmen. Der Sachverständigenausschuss, der seit 1964 regelmäßig die Befolgung seiner Empfehlungen überwacht, hat inzwischen mehr als 3.000 Fälle ausfindig gemacht, in denen sich die Situation verbessert hat.⁵³ Wichtiger als eine direkte Reaktion der Regierung auf eine Empfehlung des Sachverständigen-

42 Das Übereinkommen wurde bislang nur von Tonga nicht ratifiziert.

43 Ratifikationsdaten nach Normlex, abrufbar unter: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312327 (1. 12. 2019).

44 Waas, AVR 2019, 123, 133 ff.

45 ILO (Hrsg.), *The Rules of the Game* (Fn. 27), S. 106; Schlachter/Heuschmid/Ulber-Zimmer, *Arbeitsvölkerrecht* (Fn. 1), § 5 Rn.25.

46 Observation (CEACR) – adopted 2018, published 108th ILC session 2019, abrufbar unter: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3958034 (1. 12. 2019). Siehe hierzu auch Lörcher, AuR 2019, 359.

47 Direct Request (CEACR) – adopted 2018, published 108th ILC session 2019 (Fn. 46).

48 Schlachter/Heuschmid/Ulber-Zimmer, *Arbeitsvölkerrecht* (Fn. 1), § 5 Rn. 26.

49 ILO (Hrsg.), *The Rules of the Game* (Fn. 27), S. 107.

50 Wolfrum-Sauer, *Max Planck Encyclopedia of International Law* (Fn. 23), ILO Rn. 21.

51 ILO (Hrsg.), *The Rules of the Game* (Fn. 27), S. 107; Schlachter/Heuschmid/Ulber-Zimmer, *Arbeitsvölkerrecht* (Fn. 1), § 5 Rn. 26.

52 Wolfrum-Sauer, *Max Planck Encyclopedia of International Law* (Fn. 23), ILO Rn. 22.

53 ILO (Hrsg.), *The Rules of the Game* (Fn. 27), S. 108.

digenrats dürfte die indirekte Wirkung der öffentlich einsehbaren Berichte des Sachverständigenausschusses sein, da er Betroffenen in lokalen Kämpfen und Auseinandersetzungen Sichtbarkeit und Legitimation verschaffen sowie zusätzliches Argumentationsmaterial liefern kann.

b) Beschwerde- und Klagverfahren

Neben dem allgemeinen Berichtsverfahren kennt die IAO Verfahren zur Behandlung von einzelnen Beschwerden (*representations*) und Klagen (*complaints*). Nach Art. 24 IAO-Verfassung können Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerverbände Beschwerden mit der Behauptung, ein Mitgliedstaat habe ein von ihm ratifiziertes Übereinkommen nicht eingehalten, an den Verwaltungsrat richten.⁵⁴ Der Verwaltungsrat übersendet die Beschwerde an den betreffenden Mitgliedstaat und setzt einen tripartistisch verfassten Sonderausschuss aus drei Personen ein, der diese Beschwerde prüft und gegebenenfalls Maßnahmen zur Behebung einer Rechtsverletzung empfiehlt.⁵⁵ Wenn die betreffende Regierung hierauf nicht oder nur unzureichend antwortet, kann der Verwaltungsrat nach Art. 25 IAO-Verfassung die Beschwerde und gegebenenfalls die Antwort der Regierung veröffentlichen. Weitere Sanktionen sind indes nicht vorgesehen. Gegen Deutschland sind bis heute insgesamt sechs Beschwerden eingereicht worden, von denen vier beendet wurden.⁵⁶ Bei mehreren Verfahren standen Beschäftigungsverbote im öffentlichen Dienst aus politischen Gründen (sog. Berufsverbote) im Mittelpunkt.

Ein besonderes Beschwerdeverfahren betrifft die Vereinigungsfreiheit und das Recht auf Kollektivverhandlungen, die in den IAO-Übereinkommen Nr. 87 und 98 verankert sind. Der 1951 errichtete Ausschuss für die Vereinigungsfreiheit (*Committee on Freedom of Association*) ist für Beschwerden zuständig, die sich auf dieses Recht beziehen.⁵⁷ Dabei kann der Ausschuss auch Beschwerden gegen Staaten annehmen, die die genannten Konventionen nicht ratifiziert haben, da das Recht auf Vereinigungsfreiheit bereits auf primärrechtlicher Ebene für die IAO-Mitgliedsstaaten verpflichtend ist. Der Ausschuss hat bis heute rund 3.300 Beschwerden erhalten.⁵⁸ In zehn Fällen wurde eine Beschwerde gegen Deutschland eingereicht. Das jüngste Verfahren betraf die von den deutschen Arbeitsgerichten abgelehnte Tariffähigkeit der Freien Arbeiterinnen- und Arbeiter-Union (FAU). Der Aus-

schluss sah in dieser Verweigerung keine Verletzung des Rechts auf Vereinigungsfreiheit, mahnte aber an, dass der FAU andere Rechte (Meinungsfreiheit, Zugang zum Betrieb, Vertretung im Betriebsrat) nicht genommen werden dürften.⁵⁹

Während die Beschwerden von Vertretern der Sozialpartner erhoben werden können, ermöglicht es Art. 26 IAO-Verfassung den Mitgliedstaaten, ein Klagverfahren gegen einen anderen Mitgliedstaat zu betreiben.⁶⁰ Nach dieser Vorschrift kann jeder Mitgliedstaat beim IAA Klage gegen einen anderen Mitgliedstaat einreichen und behaupten, dass dieser ein von ihm ratifiziertes IAO-Übereinkommen nicht umgesetzt habe. Der Verwaltungsrat kann auf dieser Grundlage einen aus drei Personen bestehenden, tripartistisch zusammengesetzten Untersuchungsausschuss (*Commission of Inquiry*) einsetzen, der die Klage bewertet und einen Bericht hierzu verfasst, der auch Empfehlungen für geeignete Abhilfemaßnahmen enthalten kann, Art. 28 IAO-Verfassung. Nach dessen Veröffentlichung können die beteiligten Regierungen den Bericht annehmen oder gem. Art. 29 Abs. 2 IAO-Verfassung den Internationalen Gerichtshof in Den Haag anrufen, dessen Entscheidung endgültig ist, Art. 31 IAO-Verfassung.

Neben Mitgliedstaaten sind auch Delegierte der IAK und der Verwaltungsrat klagebefugt, Art. 26 Abs. 4 IAO-Verfassung. Aus dieser Möglichkeit wurde in der Literatur die These abgeleitet, dass die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus den IAO-Übereinkommen auch gegenüber der IAO selbst gelten, dass diese somit aus den Übereinkommen auch selbst berechtigt werde.⁶¹ Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass die Vorschrift lediglich die Klageberechtigung und damit eine prozessuale Frage

54 Waas, AVR 2019, 123, 131.

55 Wolfrum-Sauer, Max Planck Encyclopedia of International Law (Fn. 23), ILO Rn. 23.

56 ILO, Normlex, Representations (Art. 24), abrufbar unter: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50010:0::NO:50010:P50010_ARTICLE_NO,P50010_DISPLAY_BY,P50010_COUNTRY_ID:24,2,102643 (1. 12. 2019).

57 Waas, AVR 2019, 123, 129 f.

58 ILO (Hrsg.), The Rules of the Game (Fn. 27), S. 108.

59 Committee on Freedom of Association, Definitive Report – Report No 362, November 2011, Case No 2805 (Germany), abrufbar unter: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2912459 (1. 12. 2019).

60 Waas, AVR 2019, 123, 131 f.

61 Rucht, Das ILO-Übereinkommen Nr. 94 (Fn. 32), S. 41.

behandelt. Die Frage, gegenüber wem Verpflichtungen begründet werden, ist jedoch eine Frage des materiellen Rechts. Art. 26 Abs. 4 IAO-Verfassung erweitert den Kreis der Klageberechtigten über den Kreis der aus dem IAO-Übereinkommen materiell berechtigten Parteien aus und schafft so die Möglichkeit einer Prozessstandschaft. Eine Verpflichtung gegenüber der IAO als internationaler Organisation kommt jedoch nicht in Betracht, da die IAO selbst nicht Vertragspartei von IAO-Übereinkommen werden kann.

In der Sache hat sich das Klagverfahren nicht als besonders attraktiv erwiesen. Bis heute wurde nur in 13 Fällen ein Untersuchungsausschuss eingesetzt.⁶² Eine Klage zum Internationalen Gerichtshof (IGH) ist bislang noch nicht erfolgt. Gegen Deutschland wurde ein derartiges Verfahren nur einmal in den 1980er Jahren eingeleitet. Auch in diesem Verfahren standen die Berufsverbote im Fokus der Aufmerksamkeit.⁶³

Im Schrifttum ist nach wie vor umstritten, wie IAO-Standards rechtlich zu charakterisieren sind.⁶⁴ Der Streit bezieht sich dabei in erster Linie auf IAO-Übereinkommen, da für IAO-Empfehlungen weitgehend unstrittig ist, dass sie keine unmittelbaren rechtlichen Wirkungen entfalten und allenfalls dem völkerrechtlichen *soft law* zuzurechnen sind.⁶⁵ Mit der Frage nach dem Rechtscharakter von IAO-Übereinkommen eng verbunden sind auch deren Auslegungsmaßstäbe.

5. IAO-Übereinkommen: Gesetz, Vertrag oder Rechtsakt eigener Art?

Der Meinungsstreit um den Rechtscharakter von IAO-Übereinkommen erscheint aus der Sicht des allgemeinen Völkerrechts zunächst überraschend. Es lohnt daher, kurz seinen historischen Ursprung in Erinnerung zu rufen.

a) Historischer Hintergrund des Meinungsstreits

Das bereits durch den Gründungsvertrag der IAO eingeführte Verfahren der Standardsetzung war für die Völkerrechtspraxis der 1920er- und 1930er-Jahre beispiellos und äußerst innovativ. Nicht nur die Beteiligung nicht-staatlicher Organisationen an der Rechtssetzung, sondern auch der »parlamentarische« Charakter der Normfindung unterschieden die Genese von IAO-Standards in geradezu

kategorialer Weise von der bis dato üblichen Schaffung völkerrechtlicher Verträge. Für den an supranationale Rechtsetzung und eine höchst ausdifferenzierte Landschaft internationaler Organisationen gewohnten Beobachter im 21. Jahrhundert erscheint die Rechtsetzung in der IAO dagegen als eine unter vielen unterschiedlichen Varianten internationaler Normsetzungsverfahren, auch wenn sie nach wie vor in ihrer Art einmalig ist. Es verwundert dennoch nicht, dass die Genese von IAO-Übereinkommen von vielen Beobachtern vor 1945 als etwas völlig anderes wahrgenommen werden musste als die übliche intergouvernementale Aushandlung völkerrechtlicher Verträge.

Diese Sicht vertrat auch der einflussreiche französische Völkerrechtler *Georges Scelle* in einer 1930 erschienenen Studie. Nach seiner Auffassung waren IAO-Übereinkommen als Akte »internationaler Gesetzgebung« zu qualifizieren.⁶⁶ Die Standards würden in einem quasi-parlamentarischen Verfahren geschaffen und unter der Bedingung stehen, dass sie von den Mitgliedstaaten ratifizierten würden.

Soweit ersichtlich wird diese Auffassung in ihrer Reinform heute nicht mehr vertreten.⁶⁷ Nach wie vor gehen jedoch zahlreiche Autoren davon aus, dass IAO-Übereinkommen nicht (nur) als völkerrechtliche Verträge, sondern aufgrund bestimmter Elemente als Instrumente *sui generis* einzuordnen sind.⁶⁸ Dabei schwingt die Unter-

62 ILO (Hrsg.), *The Rules of the Game* (Fn. 27), S. 112.

63 Report of the Commission of Enquiry appointed under article 26 of the Constitution of the International Labour Organisation to examine the observance of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), by the Federal Republic of Germany, GB. 235/4/7, March 1987, abrufbar unter: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:0:NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507529,en:NO (1. 12. 2019).

64 *Walter*, Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeits- und Sozialrechts mit der Domestic Workers Convention, 2011 (ILO-Konvention Nr. 189), Kassel 2016 (zugl. Kassel, Univ., Diss. 2015), S. 11 ff.; *Ruchti*, Das ILO-Übereinkommen Nr. 94 (Fn. 32), S. 32 ff. Grundlegend *Morhard*, Die Rechtsnatur der Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation, Frankfurt aM. 1988 (zugl. Würzburg, Univ., Diss. 1987), S. 97 ff.

65 *Böhmert*, Das Recht der ILO (Fn. 17), S. 79.

66 *Fried*, Rechtsvereinheitlichung durch internationales Arbeitsrecht, Frankfurt aM. 1965, S. 50.

67 *Zimmer*, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen, Baden-Baden 2008 (zugl. Bremen, Univ., Diss. 2008), S. 67; *Walter*, Vereinbarkeit des deutschen Arbeits- und Sozialrechts mit der Domestic Workers Convention (Fn. 64), S. 11.

68 *Fried*, Rechtsvereinheitlichung durch internationales Arbeitsrecht (Fn. 66), S. 65: »völlig neues Instrument im Völkerrecht«; *Woods*, *International & Comparative Law Quarterly* 1991, 649, 656; *Zimmer*, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen (Fn. 67), S. 69 f.; *Böhmert*, Das Recht der ILO (Fn. 17), S. 66 ff.

scheidung von Vertrags- und Gesetzestheorien weiterhin mit. Die Gegenüberstellung von Gesetz und Vertrag geht von einer bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts in der Völkerrechtslehre gebräuchliche Unterscheidung zwischen sog. »traités-lois« (»law-making treaties«) und »traités-contracts« (»contract treaties«) aus, die jedoch heute weitgehend obsolet ist.⁶⁹ Zudem bezog sich diese Unterscheidung nicht auf den Rechtscharakter einer Norm, sondern auf ihre Inhalte und Wirkungen.

Aus der Sicht der heute herrschenden Völkerrechtslehre erscheint der Streit um den Rechtscharakter von IAO-Übereinkommen aus der Zeit gefallen und wenig nachvollziehbar. Gleichwohl führt er zu Unsicherheiten in der praktischen Anwendung der Standards⁷⁰, so dass auf die rechtliche Einordnung von IAO-Übereinkommen hier eingegangen werden soll.

b) IAO-Übereinkommen als in einem besonderen Verfahren geschaffene völkerrechtliche Verträge

Im Ausgangspunkt stimmen die meisten Ansichten darin überein, dass IAO-Übereinkommen die typischen Elemente eines völkerrechtlichen Vertrages enthalten. Völkerrechtliche Verträge sind Übereinkommen zwischen zwei oder mehr Völkerrechtssubjekten zur Regelung von rechtlichen Beziehungen auf dem Gebiet des Völkerrechts.⁷¹ IAO-Übereinkommen sind rechtliche Instrumente, die (nur) für diejenigen Staaten Rechtswirkungen entfalten, welche die Übereinkommen ratifiziert haben. Sie werden in einer zwischenstaatlichen Organisation, der IAO, und damit auf völkerrechtlicher Ebene gesetzt und von den Mitgliedstaaten der IAO als Völkerrechtssubjektive ratifiziert, dh. einem völkerrechtlichen Zustimmungskurs unterworfen. Zwar enthalten sie keine klassischen Regelungen, die zwischenstaatliche Beziehungen im intergouvernementalen Sinne regeln, sondern Regelungsgegenstände, welche das innerstaatliche Arbeits- und Sozialleben betreffen. Ähnliches gilt allerdings auch für zahlreiche völkerrechtliche Verträge auf den Gebieten der Menschenrechte, des Umweltschutzes oder des Wirtschaftsrechts. Auch diese enthalten oft Verpflichtungen des Staates zur Regelung innerstaatlicher Sachverhalte. Dies verändert den völkerrechtlichen Charakter der Normen jedoch nicht.

Die gegen die Qualifikation von IAO-Standards als völkerrechtliche Verträge vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen. So verfängt der Hinweis auf

das »freie Mandat« der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite⁷² oder darauf, dass diese keine Staatenvertreter seien⁷³ nicht, da diese – auch wenn sie unabhängig vom Regierungswillen stimmen können – Vertreter der Mitgliedstaaten sind, vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 2 IAO-Verfassung. Daher sind die handelnden Subjekte in der IAO die Staaten als Völkerrechtssubjekte. Wie sie innerhalb der IAO ihre Willensbildung organisieren, spielt für die Qualifikation der daraus folgenden Rechtsinstrumente keine Rolle. Das gilt auch bezüglich der Abstimmungsregeln in der IAK⁷⁴ oder dem angeblichen »parlamentarischen Charakter«⁷⁵ der Normsetzung in der IAK. Um als völkerrechtlicher Vertrag zu gelten, ist es nicht entscheidend, ob der Vertragstext von dem jeweiligen Gremium einstimmig oder mehrheitlich angenommen wurde.⁷⁶ Vielmehr macht Art. 9 Abs. 2 der Wiener Vertragsrechtskonvention deutlich, dass eine Zweidrittelmehrheit im Rahmen einer internationalen Vertragskonferenz ausreichend sein kann.

Die IAK ist auch kein »Dritter« im Verhältnis zu den Vertragsparteien, so dass es den IAO-Standards auch nicht am Element der Vertragsautonomie fehlt.⁷⁷ Vielmehr haben die Mitglieder der IAO dieser die Kompetenz übertragen, Standards zu verabschieden, welche die Mitglieder dann – in voller Ausübung ihrer Vertragsautonomie – ratifizieren können oder nicht. Die IAK ist ein Organ der IAO. Dieser fehlt die Kompetenz, rechtsverbindliche Standards zu setzen. Anders als teilweise vertreten erweist sich die Bestimmung der Parteien eines IAO-Übereinkommens auch nicht als schwierig.⁷⁸ Vielmehr ergibt sich sowohl aus Art. 19 Abs. 5 der IAO-Verfassung als auch aus dem Wortlaut der jeweiligen Übereinkommen klar, dass (nur) die Mitglieder der IAO

69 Ipsen, Völkerrecht, 7. Aufl., München 2018, § 12 Rn. 7.

70 Vgl. zB. Böhmert, Das Recht der ILO (Fn. 17), S. 70.

71 Ipsen, Völkerrecht (Fn. 69), § 12 Rn. 1.

72 Wisskirchen, ZfA 2003, 691, 702.

73 Zimmer, FS Lörcher, 2013, S. 29, 35. Vertiefend dies., Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen (Fn. 67), S. 67 ff.

74 Siehe dazu unten III.2.

75 Fried, Rechtsvereinheitlichung durch internationales Arbeitsrecht (Fn. 66), S. 56.

76 So aber Zimmer, FS Lörcher, 2013, S. 29, 35.

77 So aber Morhard, Die Rechtsnatur der Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (Fn. 64), S. 161.

78 So Zimmer, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen (Fn. 67), S. 69.

Vertragsparteien sind.⁷⁹ Dass die Mitglieder das Abkommen nicht – wie sonst bei internationalen Vertragskonferenzen üblich – zuvor unterzeichnet haben, spielt keine Rolle, da die Unterzeichnung kein konstitutives Element für die völkerrechtliche Charakterisierung eines Instruments ist.

IAO-Übereinkommen werden auch nicht durch eine Mindestanzahl von Ratifikationen erst zu völkerrechtlichen Verträgen.⁸⁰ Vielmehr ist die Mindestzahl eine Voraussetzung für das Inkrafttreten eines Übereinkommens. Schließlich kann auch das generelle Verbot von Vorbehalten nichts an der Einordnung als völkerrechtlicher Vertrag ändern,⁸¹ da Verträge die Möglichkeit von Vorbehalten ausschließen können, vgl. Art. 19 Wiener Vertragsrechtskonvention.

Im Ergebnis zeigt sich somit, dass IAO-Standards sich mit Blick auf ihre Genese zwar von anderen völkerrechtlichen Abkommen unterscheiden.⁸² Hieraus folgt jedoch keine Relativierung ihrer Qualifikation als völkerrechtliche Verträge iSv. Art. 38 Abs. 1 lit. a IGH-Statut.

6. Auslegung von IAO-Standards

Umstritten ist ferner die Auslegung von IAO-Standards.⁸³ So wird in konsequenter Fortführung der Sicht, dass IAO-Übereinkommen Rechtsakte eigener Art seien, auch vertreten, dass auf diese Übereinkommen völkerrechtliche Auslegungsregelungen nur bedingt angewendet werden könnten.⁸⁴ Vielmehr sollten diese allenfalls »Anregungen für die Auslegung« geben.⁸⁵

Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge bestimmt sich nach Art. 31–33 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) bzw. nach den in diesen Vorschriften kodifizierten völkergewohnheitsrechtlichen Auslegungsrund-sätzen. Demnach ist ein völkerrechtlicher Vertrag in erster Linie in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen Bedeutung seiner Bestimmungen in deren Zusammenhang sowie im Licht seines Zieles und Zweckes auszulegen. Der historische Parteiwillen und die Umstände des Vertrags-schlusses sollen dagegen nur als sekundäre Auslegungsmittel genutzt werden, Art. 32 WVK. Als völkerrechtliche Verträge sind IAO-Standards grundsätzlich auch nach diesen Regeln auszulegen.⁸⁶ Art. 5 WVK relativiert diesen Befund nicht, da er die Wiener Vertragsrechtskonvention gerade auch auf Verträge für anwendbar erklärt, die im Rahmen einer internationalen Organisation angenommen wurden, zugleich jedoch die anwendbaren Regeln der

Organisation für vorrangig hält. Die IAO-Verfassung enthält mit Art. 37 Abs. 1 IAO-Verfassung eine entsprechende Norm, wonach der IGH für Streitfragen über die Auslegung der IAO-Verfassung und von IAO-Übereinkommen zuständig ist.⁸⁷ Diese Vorschrift hat jedoch nach 1946 keine Relevanz mehr entfaltet.⁸⁸

Die in Art. 37 Abs. 2 IAO-Verfassung vorgesehene Errichtung von Sondergerichten hat sich nicht realisiert.⁸⁹

Für die Auslegung von IAO-Übereinkommen spielt dagegen die Spruchpraxis des Sachverständigenausschuss eine erhebliche praktische Rolle.⁹⁰ Anders als dies der Ausschuss selbst zweitweise vertreten hat, stellt diese ihrerseits zwar keine autoritative Interpretation dar, da diese nur den Mitgliedstaaten als Vertragsparteien selbst zusteht. Die Spruchpraxis kann jedoch für die Auslegung der IAO-Übereinkommen nach den Grundsätzen der Wiener Vertragsrechtskonvention herangezogen werden.⁹¹ Fraglich ist, auf welche dogmatische Grundlage die besondere Relevanz des Ausschusses gestützt werden kann. Hierzu wird teilweise auf Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK verwiesen.⁹² Nach dieser Vorschrift kann die spätere Praxis der Vertragsparteien als Kontext der auszulegenden Norm herangezogen werden. Zur späteren Praxis in diesem Sinne kann auch die Praxis eines Organs einer internationalen Organisation gehören, wenn sich diese auf die auszulegende Norm

79 Siehe zB. Art. 1 Abs. 1 IAO-Übereinkommen Nr. 92: »Jedes Mitglied der Internationalen Arbeitsorganisation, das dieses Übereinkommen ratifiziert, verpflichtet sich, den Gebrauch der Zwangs- oder Pflichtarbeit in allen ihren Formen möglichst bald zu beseitigen.« oder Art. 1 IAO-Übereinkommen Nr. 182: »Jedes Mitglied, das dieses Übereinkommen ratifiziert, hat unverzügliche und wirksame Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, daß die schlimmsten Formen der Kinderarbeit vordringlich verboten und beseitigt werden.«

80 So wohl *Morhard*, Die Rechtsnatur der Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (Fn. 64), S. 159 ff.

81 *Morhard*, Die Rechtsnatur der Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (Fn. 64), S. 117 f.

82 Ebenso *Walter*, Vereinbarkeit des deutschen Arbeits- und Sozialrechts mit der Domestic Workers Convention (Fn. 64), S. 12.

83 *Ruchti*, Das ILO-Übereinkommen Nr. 94 (Fn. 32), S. 88.

84 *Zimmer*, FS Lörcher, 2013, S. 29, 36.

85 Ebd.

86 *Walter*, Vereinbarkeit des deutschen Arbeits- und Sozialrechts mit der Domestic Workers Convention (Fn. 64), S. 19 ff.

87 Dazu *Hofmann/Schuster*, AVR 2013, 483, 498 ff. und *La Hovary*, AuR 2019, 313–320.

88 *Valticos/von Potobsky*, International Labour Law, 2. Aufl., Deventer 1995, S. 61.

89 *Ruchti*, Das ILO-Übereinkommen Nr. 94 (Fn. 32), S. 84.

90 *Zimmer*, FS Lörcher, 2013, S. 29, 37.

91 *Hofmann/Schuster*, AVR 2013, 483, 495 ff.

92 *Zimmer*, FS Lörcher, 2013, S. 29, 39.

bezieht.⁹³ In ihrem Bericht zu nachfolgenden Abkommen und nachfolgender Praxis mit Blick auf die Auslegung völkerrechtlicher Verträge aus dem Jahre 2018 hat sich die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (*International Law Commission, ILC*) ausführlich mit dieser Frage beschäftigt.⁹⁴ Nach Auffassung der ILC können die Aussagen von Vertragsorganen (*expert treaty body*), die sich aus unabhängigen Experten und nicht aus Regierungsvertretern zusammensetzen, nicht als Ausdruck späterer Übung angesehen werden, da sie nicht den aggregierten Staatenwillen repräsentieren.⁹⁵ Dem ist zuzustimmen: Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK bezieht sich auf Praxis, die den Staaten zugerechnet werden kann. Das kann auch im Rahmen einer internationalen Organisation geschehen. Allerdings müssen die betreffenden Einrichtungen Organcharakter haben und dürfen nicht vom Staatswillen unabhängig sein. Die letztgenannte Voraussetzung ist beim IAO-Sachverständigenausschuss gerade nicht gegeben: Dieser ist zwar ein Organ der IAO, aber er übt seine Tätigkeit unabhängig aus und drückt damit gerade keine Staatenpraxis aus.⁹⁶

Auch wenn die Auffassungen von Vertragsorganen daher nicht als spätere Praxis der Vertragsparteien und damit als authentische Interpretation herangezogen werden kann, ist in Praxis und Lehre unumstritten, dass ihnen ein erhebliches Gewicht bei der Auslegung der Verträge zukommt.⁹⁷ Die ILC führt dies darauf zurück, dass die Praxis der Vertragsorgane durch den Vertrag mandatiert ist und dass deren Zweck darin besteht, einen Beitrag zur korrekten Anwendung des Vertrages zu leisten.⁹⁸ Dogmatisch kann man dies darauf stützen, dass die Interpretationsmethoden in Art. 31 WVK nicht abschließend geregelt sind, sondern dass weitere Methoden ergänzend herangezogen werden können, um bestimmte Auslegungen zu bestätigen, vgl. Art. 32 WVK oder dass es sich um Rechtserkenntnisquellen iSd. Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut handelt.⁹⁹

Diese Sicht kann man auf den Sachverständigenausschuss der IAO übertragen. Zwar wird er durch die IAO-Übereinkommen nicht direkt mandatiert und findet auch keine unmittelbare Stütze in der IAO-Verfassung. Er wurde aber auf Beschluss des Verwaltungsrats 1926 errichtet, um eine in der IAO-Verfassung vorgesehene Aufgabe, nämlich die Bewertung der nach Art. 22 IAO-Verfassung einzureichenden Berichte über die Umsetzung der IAO-Übereinkommen, zu bewerten und Empfehlungen zu formulieren. Diese Aufgabe ist von den Mitgliedern der IAO auch seitdem akzeptiert und begrüßt worden.¹⁰⁰

Damit ist klar, dass die Funktion des Ausschusses gerade darin besteht, einen Beitrag zur korrekten Anwendung der IAO-Übereinkommen zu leisten, so dass seinen Berichten das gleiche Gewicht bei der Auslegung der Übereinkommen zukommt wie den Vertragsorganen internationaler Menschenrechtsabkommen.¹⁰¹

IV. Wirkung von IAO-Standards im deutschen Recht

Die Wirkung von IAO-Standards im deutschen Recht bemisst sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Verhältnisses von Völkerrecht zu innerstaatlichem Recht.¹⁰²

1. Geltung und Einbeziehung in das innerstaatliche Recht

Damit ein IAO-Standard im deutschen Recht Wirkung entfalten kann, muss er völkerrechtlich für die Bundesrepublik Deutschland gelten und in die innerstaatliche Rechtsordnung einbezogen worden sein. Dabei ist grundsätzlich zu unterscheiden, ob der Inhalt eines Standards als völkerrechtlicher Vertrag gem. Art. 59 Abs. 2 GG Eingang in das deutsche Recht gefunden hat oder ob er als Teil des Gewohnheitsrechts und damit der »allgemeinen Regeln des Völkerrechts« im Sinne des Art. 25 GG gilt und zur Anwendung kommt.¹⁰³

93 Dörr in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl., München 2018, Art. 31 Rn. 85.

94 ILC (Hrsg.), Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, A/73/10, 2018.

95 ILC (Hrsg.), Draft conclusions (Fn. 94), S. 107.

96 Nur angedeutet bei ILC (Hrsg.), Draft conclusions (Fn. 94), S. 107 Fn. 602.

97 So der Internationale Gerichtshof zum Menschenrechtsausschuss: IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, 136, Abs. 109.

98 ILC (Hrsg.), Draft conclusions (Fn. 94), S. 115: »Whereas pronouncements of expert treaty bodies are not practice of a party to the treaty, they are nevertheless conduct mandated by the treaty the purpose of which is to contribute to the treaty's proper application.«

99 ILC (Hrsg.), Draft conclusions (Fn. 94), S. 115.

100 Hofmann/Schuster, AVR 2013, 483, 495.

101 So auch BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 – BVerfGE 146, 71, Rn. 209. Ebenso Walter, Vereinbarkeit des deutschen Arbeits- und Sozialrechts mit der Domestic Workers Convention (Fn. 64), S. 18 f.

102 Dazu Krajewski, Völkerrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2019, § 5.

103 Zimmer, FS Lörcher, 2013, S. 29, 30 ff.

IAO-Übereinkommen müssen von Deutschland ratifiziert worden sein, damit sie innerstaatliche Geltung entfalten können. Es ist Ausdruck der Relativität völkerrechtlicher Beziehungen, dass Verträge nur diejenigen Staaten binden, die ihnen völkerrechtlich zugestimmt, dh. sie ratifiziert haben.¹⁰⁴ Dabei gilt für IAO-Übereinkommen wie bereits erwähnt die Besonderheit, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, den Ratifikationsprozess einzuleiten und das Abkommen den zuständigen Stellen, dh. in der Regel den Parlamenten vorzulegen.¹⁰⁵ Deutschland hat 85 Übereinkommen und Protokolle ratifiziert. Dazu zählen alle Übereinkommen der Kernarbeitsnormen und die als *Governance-Standards* bezeichneten Übereinkommen sowie zahlreiche sog. technische Standards. Zuletzt hat Deutschland das Protokoll von 2014 zur Zwangsarbeitskonvention von 1930, die Konvention Nr. 189 über Heimarbeiter und das Seearbeitsübereinkommen von 2006 ratifiziert.¹⁰⁶ Allerdings hat Deutschland auch 34 aktuelle Konventionen und Protokolle nicht ratifiziert, so zB. das Übereinkommen Nr. 94 über die Arbeitsklauseln in den von Behörden abgeschlossenen Verträgen von 1949¹⁰⁷ und das Übereinkommen Nr. 169 über eingeborene und in Stämmen lebende Völker in unabhängigen Ländern von 1989.

Von Deutschland ratifizierte IAO-Übereinkommen werden wie alle anderen völkerrechtlichen Verträge kraft des Zustimmungsgesetzes gem. Art. 59 Abs. 2 GG in das innerstaatliche Recht einbezogen.¹⁰⁸ Das Zustimmungsgesetz ist zugleich der innerstaatliche Vollzugsbefehl, mit dem das IAO-Übereinkommen als Völkerrecht im innerstaatlichen Recht Geltung entfaltet. Wie alle völkerrechtlichen Verträge gelten IAO-Standards daher auf der gleichen Ebene wie ein Bundesgesetz.¹⁰⁹

Nach Art. 25 GG sind die allgemeinen Regeln des Grundgesetzes Bestandteil des Bundesrechts und gehen den Gesetzen vor. Sie können sogar unmittelbare Rechte und Pflichten für die Bewohner des Bundesgebiets erzeugen. Zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts iSd. Art. 25 GG zählen die Regeln des universellen Völkerrechts.¹¹⁰ Auch wenn IAO-Übereinkommen völkerrechtliche Verträge sind, können sie Ausdruck des Gewohnheitsrechts sein. Anders als in der Literatur teilweise vertreten, reicht dazu jedoch keine bestimmte Mindestanzahl an Ratifikationen aus,¹¹¹ vielmehr ist der Nachweis einer allgemeinen Übung und Rechtsüberzeugung (*opinio juris*) erforderlich. In diesem Sinne wird man die allgemeinen Prinzipien der Kernarbeitsnormen (nicht aber die diesen zu Grunde liegenden

Übereinkommen selbst) als universelles Gewohnheitsrecht ansehen können, auch wenn nicht alle Staaten alle Übereinkommen ratifiziert haben. 159 der 184 ILO-Mitgliedstaaten haben jedoch mindestens fünf Konventionen und damit aus jedem Teilbereich mindestens eine Konvention ratifiziert. Zudem gelten die Grundsätze der acht fundamentalen Konventionen als Konkretisierungen der Menschenrechte im Arbeitsleben.¹¹² Insofern ist *Däubler* zuzustimmen, der die Grundsätze der Konventionen als Gewohnheitsrecht ansieht.¹¹³ Diese gelten somit auch als allgemeine Regeln des Völkerrechts gem. Art. 25 GG und sind damit zusätzlich zu ihrer Einbeziehung als völkerrechtliche Verträge unmittelbar Bestandteil des Bundesrechts. Insofern stehen sie im Rang auch über einfachen Bundesgesetzen.

2. Unmittelbare Anwendbarkeit

Für die praktische Wirksamkeit der IAO-Übereinkommen ist von entscheidender Bedeutung, wie sie im innerstaatlichen Recht angewendet werden. Dazu ist zwischen der unmittelbaren Anwendbarkeit, die es Einzelnen erlaubt, sich direkt auf eine völkerrechtliche Norm zu berufen, und der mittelbaren Wirkung, wonach die Übereinkommen erst der Umsetzung bedürfen und allenfalls die Auslegung des innerstaatlichen Rechts beeinflussen können, zu unterscheiden. Grundsätzlich ist anerkannt, dass sich der Einzelne in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren nur dann auf eine Regel des Völkerrechts berufen kann, wenn diese unmittelbar anwendbar ist.¹¹⁴ Das ist der Fall, wenn

104 BAG, 19.4.1990 – 2 AZR 487/89 – AP Nr. 8 zu § 23 KSchG 1969, Rn. 33 zum nicht ratifizierten IAO-Übereinkommen Nr. 158.

105 Vgl. Art. 19 Abs. 5 lit. a IAO-Verfassung. Siehe auch ILO (Hrsg.), *The Rules of the Game* (Fn. 27), S. 18.

106 https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110_COUNTRY_ID:102643 (1. 12. 2019).

107 Dazu *Ruchti*, Das ILO-Übereinkommen Nr. 94 (Fn. 32), passim.

108 *Geiger*, Staatsrecht III, 7. Aufl., München 2018, § 36 Rn. 1.

109 BAG, 7.12.1993 – 9 AZR 683/92 – AP Nr. 15 zu § 7 BUrlG, Rn. 19; BAG, 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 – AP Nr. 179 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Rn. 133; *Zimmer*, FS Lörcher, 2013, S. 29, 32.

110 *Geiger*, Staatsrecht III (Fn. 108), § 35 Rn. 5.

111 So aber *Lörcher*, AuR 1991, 97, 103 der annimmt, dass alle Konventionen, die mehr als 100 Vertragsstaaten haben, zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zählen.

112 *Krennerich*, Soziale Menschenrechte, Schwalbach 2013, S. 180 ff.

113 *Däubler*, FS Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein, 2006, S. 1183, 1185. Ebenso *Zimmer*, FS Lörcher, 2013, S. 29, 31.

114 *Geiger*, Staatsrecht III (Fn. 108), § 34 Rn. 1.

sie hinreichend klar und unbedingt formuliert ist, so dass ihr bestimmte oder bestimmbarere Regelungen zu Rechtsgrund und Rechtsfolge entnommen werden können.¹¹⁵

Diese Voraussetzungen hat das Bundesverwaltungsgericht für das IAO-Übereinkommen Nr. 97 über Wanderarbeiter als erfüllt angesehen, den Vorschriften im konkreten Fall aber keine für den betroffenen Kläger günstige Position entnehmen können.¹¹⁶ Soweit ersichtlich war das BAG bislang eher zurückhaltend bzgl. der Frage, ob Einzelne Rechte aus einem IAO-Übereinkommen ableiten können und ist stets davon ausgegangen, dass IAO-Übereinkommen nicht unmittelbar anwendbar sind. Abgelehnt wurde die unmittelbare Anwendbarkeit insbesondere für folgende IAO-Übereinkommen:

- Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit von 1951¹¹⁷
- Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf von 1958¹¹⁸
- Übereinkommen Nr. 132 über den bezahlten Jahresurlaub (Neufassung von 1970)¹¹⁹
- Übereinkommen Nr. 135 über Schutz und Erleichterungen für Arbeitnehmervertreter im Betrieb von 1971¹²⁰

In der Rechtsprechung lassen sich hierfür verschiedene Begründungssätze ausmachen: So wird teilweise darauf abgestellt, dass die Normen nicht hinreichend klar formuliert seien. Das hat das BAG zB. für Art. 9 Abs. 1 des IAO-Übereinkommen Nr. 132 zum Jahresurlaub angenommen.¹²¹ Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die einschlägige Norm keineswegs ungenau formuliert ist, sondern dass sie für die im streitigen Fall zu entscheidende Rechtsfrage, nämlich wann ein Urlaubsanspruch frühestens erlöschen kann, keine Antwort enthält.

Ein zweites Argument betrifft die Frage der Unbedingtheit einer Norm. Diese liegt vor, wenn keine weiteren staatlichen Rechtsakte mehr erforderlich sind, um die Norm anzuwenden (*self executing*). Dies hat das BAG zB. für das IAO-Übereinkommen 111 abgelehnt.¹²² Nach dessen Art. 2 ist ein Mitgliedstaat verpflichtet, »eine innerstaatliche Politik festzulegen und zu verfolgen, die darauf abzielt, mit Methoden, die den innerstaatlichen Verhältnissen und Gepflogenheiten angepasst sind, die Gleichheit der Gelegenheiten und der Behandlung in Bezug auf Beschäftigung und Beruf zu fördern, um jegliche Diskri-

minierung auf diesem Gebiet auszuschalten.« Damit wird deutlich, dass das Übereinkommen gerade erst staatliche Maßnahmen erfordert, um umgesetzt zu werden.

Von einer unmittelbaren Anwendbarkeit kann insbesondere dann nicht ausgegangen werden, wenn einzelne Inhalte des Abkommens oder seine Umsetzung durch Gesetze oder Tarifverträge konkretisiert werden können. Das gilt zB. für Art. 2 Abs. 2 IAO-Übereinkommen Nr. 100 und 135. So hat das BAG für IAO-Übereinkommen Nr. 135 auf dessen Art. 4 und 6 abgestellt.¹²³ Nach diesen Vorschriften können einzelne Inhalte des Abkommens sowohl durch Gesetze als auch durch kollektive Vereinbarungen und Tarifverträge konkretisiert werden. Zudem kann seine Durchführung ebenso gesetzlich als auch tarifvertragsrechtlich erfolgen.

Mit Blick auf die meisten IAO-Übereinkommen wird man vor allem bezüglich der unbedingten Geltung Zweifel haben, da sie die konkrete Umsetzung in das Ermessen der Mitgliedstaaten stellen. IAO-Übereinkommen sind auch anders als Menschenrechtsabkommen nicht unbedingt formuliert. Letztere enthalten regelmäßig Formulierungen, die deutlich machen, dass keine weiteren Handlungen der Vertragsparteien erforderlich sind, um die entsprechenden Rechte zu garantieren. Vor dem Hintergrund der grundrechtlichen Garantie der Tarifautonomie gem. Art. 9 Abs. 3 GG ist schließlich vor allem dann vor einer unmittelbaren Anwendbarkeit zu warnen, wenn das IAO-Übereinkommen Inhalte betrifft, die der Tarifautonomie unterliegen, da diese andernfalls durch die Rechtsprechung eingeschränkt werden könnte.

3. Mittelbare Wirkung

Wenn eine unmittelbare Anwendbarkeit nicht in Betracht kommt, sind völkerrechtliche Normen gleichwohl bei der

115 BAG, 3.12.1997 – 7 AZR 236/97 – juris, Rn. 20.

116 BVerwG, 28.5.1991 – 1 C 20/89 – NVwZ 1992, 177, Rn. 19.

117 BAG, 3.12.1997 – 7 AZR 236/97 – juris, Rn. 20.

118 BAG, 25.3.1998 – 4 AZR 128/97 – AP Nr. 42 zu § 23a BAT, Rn. 65. Ebenso BVerwG, 1.2.1989 – 1 D 2/86 – BVerwGE 86, 99, Rn. 47 ff.

119 BAG, 7.12.1993 – 9 AZR 683/92 – AP Nr. 15 zu § 7 BUrtG, Rn. 18 ff.

120 BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 179/09 – AP Nr. 142 zu Art. 9 GG, Rn. 27; BAG, 3.12.1997 – 7 AZR 236/97 – juris, Rn. 20.

121 BAG, 7.12.1993 – 9 AZR 683/92 – AP Nr. 15 zu § 7 BUrtG, Rn. 22.

122 BAG, 25.3.1998 – 4 AZR 128/97 – AP Nr. 42 zu § 23a BAT, Rn. 65.

123 BAG, 8.12.1978 – 1 AZR 303/77 – AP Nr. 28 zu Art. 9 GG, Rn. 28.

Anwendung innerstaatlichen Rechts zu beachten. Eine mittelbare Wirkung tritt insbesondere durch die Auslegung des geltenden Rechts im Lichte der entsprechenden völkerrechtlichen Normen ein.¹²⁴ Aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes folgt, dass das innerstaatliche Recht so auszulegen ist, dass eine Völkerrechtsverletzung möglichst vermieden wird.¹²⁵ Die völkerrechtskonforme Interpretation des innerstaatlichen Rechts gilt im Übrigen auch, wenn die Norm selbst unmittelbar anwendbar ist. Allerdings kann die völkerrechtskonforme Auslegung nur im Rahmen des vertretbaren Inhalts erfolgen. Eine völkerrechtskonforme Auslegung kann den normativen Gehalt einer konkreten nationalen Vorschrift nicht grundlegend in einem Sinne neu bestimmen, der mit ihrem Wortlaut und dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht in Einklang steht.¹²⁶

IAO-Standards können nach der Rechtsprechung des BVerfG sogar zur Auslegung des Grundgesetzes herangezogen werden, jedenfalls wenn es sich um ein »menschenrechtsbezogenes Übereinkommen« handelt.¹²⁷ Das BVerfG hat dies für das IAO-Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit grundsätzlich bejaht und dieses als Standard angesehen, der bei der Auslegung von Art. 12 Abs. 3 GG zu berücksichtigen ist.¹²⁸ Insoweit besteht eine Parallelität zur Bewertung der EMRK und internationaler Menschenrechtsübereinkommen, die ebenfalls zur Auslegung der Grundrechte herangezogen werden können.¹²⁹

Man wird diesen Grundsatz auf alle IAO-Übereinkommen, welche die internationalen Kernarbeitsnormen enthalten, übertragen können. Damit sind zunächst die menschenrechtlichen Verbürgungen des Rechts auf Vereinigungsfreiheit und Recht auf Kollektivverhandlungen (IAO-Übereinkommen Nr. 87 und 98) gemeint, die ihre Entsprechung in Art. 9 Abs. 3 GG finden.¹³⁰ Darüber hinaus sind jedoch auch diejenigen IAO-Übereinkommen zu berücksichtigen, welche weitere menschenrechtliche Grundsätze konkretisieren. Dazu zählen namentlich das Recht auf angemessene Löhne (Art. 7 lit. a (i) Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte, IPwskR), das Recht auf Arbeitssicherheit (Art. 7 lit. b IPwskR) sowie das Recht angemessene Arbeitszeit, Freizeit und Urlaub (Art. 7 lit. d IPwskR).

Problematisch ist allerdings, dass sich im Grundgesetz selbst keine entsprechenden grundrechtlichen Verbürgungen finden. Außer der grundrechtlich garantierten Koali-

tionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG und dem Verbot der Zwangsarbeit gem. Art. 12 Abs. 3 GG kennt das Grundgesetz jedenfalls keine weiteren ausdrücklichen Menschenrechte im Arbeitsleben. Die aus den IAO-Übereinkommen Nr. 100 und 111 folgenden Diskriminierungsverbote könnten jedoch bei der Auslegung von Art. 3 GG, insbesondere Art. 3 Abs. 2 und 3 GG herangezogen werden. Zudem folgt aus Art. 2 Abs. 2 GG ein Recht auf Schutz vor gesundheitsgefährdenden Arbeitsbedingungen.¹³¹ Für dessen Konkretisierung könnten entsprechende IAO-Übereinkommen herangezogen werden. Gleichwohl dürfte im Ergebnis die Bedeutung der IAO-Übereinkommen jenseits der Konkretisierung von Art. 9 Abs. 3 GG auf grundrechtlicher Ebene eher gering sein. Größere Relevanz könnte dagegen die völkerrechtskonforme Auslegung des einfachen Rechts einschließlich für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge entfalten.¹³²

4. Vergleich der Wirkung von IAO-Übereinkommen und Menschenrechtsübereinkommen

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen lassen sich einige Gemeinsamkeiten aber auch Unterschiede bezüglich der Bedeutung von IAO-Übereinkommen auf der einen Seite und Menschenrechtsabkommen auf der anderen Seite im deutschen Recht festhalten.¹³³ Im Grundsatz ist zunächst festzuhalten, dass IAO-Übereinkommen und internationale Menschenrechtsabkommen als völkerrechtliche Verträge gem. Art. 59 Abs. 2 GG durch das Zustimmungsgesetz Teil der innerstaatlichen Rechtsordnung werden und auf der Ebene eines einfachen Bundesgesetzes Wirkung entfalten. Anders als Menschenrechts-

124 Von Arnould, Völkerrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2019, Rn. 520 ff.

125 BVerfG, 4. 5. 2011 – 2 BvR 2333/08 ua. – BVerfGE 128, 326, Rn. 91.

126 BAG, 3. 12. 1997 – 7 AZR 236/97 – juris, Rn. 21

127 BVerfG, 3. 3. 2011 – 2 BvR 176/11 – juris, Rn. 5.

128 BVerfG, 1. 7. 1998 – 2 BvR 441/90 – BVerfGE 98, 169, 206.

129 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/1 ua. – BVerfGE 148, 296, Rn. 26 ff., st. Rspr. zur EMRK; BVerfG, 23. 3. 2011 – 2 BvR 882/09 – BVerfGE 111, 307, Rn. 52 zur UN-Behindertenrechtskonvention.

130 BVerfG, 11. 7. 2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – BVerfGE 146, 71, Rn. 206; BAG, 26. 6. 2018 – 1 ABR 37/16 – AP Nr. 10 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 73.

131 BAG, 10. 5. 2016 – 9 AZR 347/15 – AP Nr. 32 zu § 618 BGB, Rn. 25.

132 Im Grundsatz so wohl auch BAG, 22. 6. 2010 – 1 AZR 179/09 – AP Nr. 142 zu Art. 9 GG, Rn. 27.

133 Zur Wirkung von Menschenrechtsabkommen im deutschen Recht allgemein Krajewski, ZfMR 2017, 8–23.

übereinkommen fehlt den meisten IAO-Übereinkommen aber die Fähigkeit zur unmittelbaren Anwendbarkeit, da die Mitgliedstaaten die Übereinkommen noch durch innerstaatliches Recht konkretisieren müssen. Gemeinsam ist beiden Kategorien jedoch, dass sie nach den Grundsätzen der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes sowohl zur Auslegung des einfachen Rechts als auch zur Auslegung der einschlägigen Normen des Grundgesetzes herangezogen werden können. Das gilt für IAO-Übereinkommen in erster Linie für solche Übereinkommen, die menschenrechtliche Verbürgungen im Arbeitsleben betreffen (Diskriminierungsverbot, Verbot von Zwangs- und Kinderarbeit, Vereinigungsfreiheit und Recht auf Kollektivverhandlungen sowie Recht auf angemessene Entlohnung, Arbeitssicherheit und gerechte Arbeitszeiten).

Bezüglich der Interpretation der beiden Gruppen von völkerrechtlichen Übereinkommen ist auf die Bedeutung der zur Überwachung der Einhaltung der Abkommen eingesetzten Expertengremien zu verweisen: Sowohl die Vertragsorgane als auch die regionalen Menschenrechtsgeschichte sind berufen, Menschenrechtsübereinkommen auszulegen. In gleicher Weise können die Berichte des Sachverständigenausschusses der IAO zur Auslegung der IAO-Übereinkommen herangezogen werden, da er als internationales Expertengremium zur Anwendung und Auslegung berufen ist.¹³⁴

V. Zusammenfassung und Ausblick

Im Ergebnis zeigt sich, dass IAO-Übereinkommen als völkerrechtliche Verträge, die in einem besonderen internationalen Rechtssetzungsverfahren zustande kommen, angesehen werden können. Dies ändert nichts an ihrer

völkerrechtlichen Qualität, aus der auch ihre Einbeziehung in das und ihre Wirkung im innerstaatlichen Recht folgen. Dabei sind zwei Besonderheiten gegenüber anderen völkerrechtlichen Abkommen zu berücksichtigen: Zum einen ist bei der Auslegung die Entscheidungs- und Berichtspraxis des Sachverständigenausschusses der IAO zu berücksichtigen, der im Sinne des neuen ILC-Berichts als *expert treaty body* angesehen werden kann, da er von den Mitgliedstaaten der IAO zur Auslegung und Anwendung der IAO-Übereinkommen eingerichtet wurde. Zum anderen ist zu beachten, dass zahlreiche IAO-Übereinkommen, insbesondere, aber nicht nur die IAO-Kernarbeitsnormen, menschenrechtliche Verbürgungen enthalten und diese ausgestalten. Daher können die entsprechenden IAO-Übereinkommen auch zur Auslegung der jeweiligen Normen des Grundgesetzes, einschließlich der relevanten Grundrechte (Art. 2 Abs. 2, Art. 9 Abs. 3, Art. 12 Abs. 3 GG) herangezogen und so indirekt auch zur Kontrolle des einfachen Rechts genutzt werden.

Diese in der einschlägigen arbeitsvölkerrechtlichen Literatur anerkannten Grundsätze sind noch nicht hinreichend in der arbeitsrechtlichen Praxis, insbesondere der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte berücksichtigt worden. Auf diese Weise besteht die Gefahr, dass weiterhin Leerstellen und Lücken im deutschen Arbeitsrecht bleiben, die auf Verletzungen des für die Bundesrepublik verpflichtenden Arbeitsvölkerrechts beruhen.¹³⁵ Um diese zukünftig zu vermeiden, scheint neben einer besseren Schulung der arbeitsrechtlichen Praxis auch eine stärkere Berücksichtigung des Arbeitsvölkerrechts in der arbeits- und völkerrechtlichen Ausbildung angezeigt.

¹³⁴ Hofmann/Schuster, AVR 2013, 489, 496.

¹³⁵ Lörcher, AuR 2019, 359.

Die unmittelbare Drittwirkung der kollektiven Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG

Prof. Dr. Daniel Klocke, LL.M.oec., EBS Law School, Wiesbaden

I. Einleitung

Art. 9 Abs. 3 GG ist die zentrale Norm im Geflecht des kollektiven Arbeitsrechts.¹ Dabei stellt sie im System der Grundrechte eine Ausnahme dar. Denn anders als sonst ist nicht nur der Staat grundrechtverpflichtet,² nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG muss jedermann die Koalitionsfreiheit respektieren.³ Was dies im Arbeits- und Wirtschaftsleben genau bedeutet, ist bis auf wenige Ausnahmen noch weitgehend ungeklärt. Weitreichend diskutiert wurden anhand von Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG Differenzierungsklauseln und über § 1004 BGB der negatorische Schutz der Tarifautonomie.⁴

Die theoretische Diskussion um die unmittelbare Drittwirkung wurde stärker auf das Unionsrecht verlagert. Das gilt für die unmittelbare Drittwirkung der europäischen Grundfreiheiten⁵ und der Rechte der Europäischen Grundrechtecharta⁶ sowie der Rechte aus der EMRK.⁷ Obgleich diese Fragen eher im Einzelfall entschieden werden. Aktuell ist etwa die Entscheidung des EuGH vom 22. Januar 2019 hervorzuheben, in der das Gericht eine unmittelbare Verpflichtung des Arbeitgebers aus Art. 21 der Europäischen Grundrechtecharta begründet hat, auch nicht-christliche Arbeitnehmer am Karfreitag freizustellen.⁸

Diese Diskussionen haben den Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG etwas verstellt. Das sollte verwundern, führt man sich den eingangs zitierten Konsens über die Bedeutung der Norm vor Augen, denn Art. 9 Abs. 3 GG stellt auch einen wichtigen Baustein für die Lösung der Probleme im Anwendungsbereich des kollektiven Arbeitsrechts dar.⁹ Selbst für das Betriebsverfassungsrecht hat die Norm große Bedeutung.¹⁰

Gleichwohl begründet schon die Fassung des Art. 9 Abs. 3 GG erhebliche Probleme. In der Literatur wurde etwa bemängelt, dass Art. 9 Abs. 3 GG zu vage sei und insbesondere das Zutrittsrecht der Gewerkschaft zum Betrieb den Aussagegehalt des Verfassungsrechts zu weit ausdehne.¹¹ Die Norm enthalte hierzu keine Aussage. Selbst *Dieterich* betonte, dass Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG mit der Konsequenz der Nichtigkeit einer Abrede durch die Mittel des Privatrechts

durchgesetzt werden müsste. Fehlten diese, sei es Aufgabe der Rechtsprechung diese Regelungen zu schaffen.¹²

Diese Aussage verdeutlicht anschaulich die Schwierigkeiten von Wissenschaft und Praxis im Bürgerlichen Recht bei der Arbeit mit Grund- und Menschenrechten. Es besteht in methodischer Hinsicht die Gefahr, zu viel vom Wortlaut der Norm zu erwarten, die Bestimmung des Schutzbereichs zu unterlassen und die typische vage Formulierung des Verfassungstextes an das Ende der Normprüfung zu stellen. Es ist indes ein Wesen des Verfassungsrechts unbestimmt zu sein und es ist gerade die Aufgabe der Rechtsanwender, aus dieser Unbestimmtheit konkrete Aussagen abzuleiten.¹³ Diese Arbeit beginnt wiederum gerade mit der Schutzbereichsbestimmung.

1 Scholz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VIII, 3. Aufl., Heidelberg ua. 2009 (im Folgenden: HbStR), § 175 Rn. 1; Zöllner, AöR 68 (1973), 71, 72: magna charta.

2 BVerfG, 15.1.1958 – 1 BvR 400/51 – BVerfGE 7, 198; BAG, 23.4.2009 – 6 AZR 189/08 – AP Nr. 40 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht = NJW 2010, 104, 106; krit.: Hager, JZ 1994, 8.

3 BAG, 19.9.2006 – 1 ABR 2/06 – AP Nr. 22 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit = NZA 2007, 277, 278.

4 Vgl. zu Differenzierungsklauseln die Nachweise bei: *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, Frankfurt aM. 2016, S. 101–105.

5 EuGH, 6.6.2000 – C-281/98 – Slg. 2000, I-4139 (Angonese) sowie *Röthel*, EuR 2001, 908; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459.

6 EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – NZA 2018, 569 (Egenberger); vgl. auch *Kainer*, NZA 2018, 894.

7 BGH, 18.6.2019 – VI ZR 80/18 – VersR 2019, 1225, 1231.

8 EuGH, 22.1.2019 – C-193/17 – NZA 2019, 297, 310 (Cresco) = AuR 2019, 474 mit Anm. v. *Höller/Klengel* = EuZW 2019, 242 mit Anm. v. *Wienbracke*.

9 Zöllner, AöR 68 (1973), 71, 72.

10 BAG, 20.3.2018 – 1 ABR 70/16 – AP Nr. 185 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; hierzu: *Klocke*, Das BetrVG und der Arbeitskampf im Betrieb, Frankfurt aM. 2019; BAG, 22.11.2017 – 7 ABR 35/16 – AP Nr. 68 zu § 19 BetrVG 1972 zur Vereinbarkeit des d'Hondtschen Höchstzahlverfahrens mit Art. 9 Abs. 3 GG.

11 *Mayer-Maly*, Anm. zu BAG, 14.2.1967 – 1 AZR 494/65 – AP Nr. 10 zu Art. 9 GG; mit anderer Begründung krit.: *Däubler*, Gewerkschaftsrecht im Betrieb, 12. Aufl., Baden-Baden 2017, Rn. 267.

12 *Dieterich*, FS Wissmann, 2005, 114, 122.

13 *Bleckmann*, Staatsrecht II, 4. Aufl., Köln ua. 1997, S. 122; zur Verfassungsverinterpretation vgl. *Ossenbühl*, NJW 1976, 2100; *Böckenförde*, NJW 1976, 2089; aktuell: BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296.

Nicht zuletzt wegen der Korrektur der Kernbereichsformel seitens des BVerfG¹⁴ und BAG¹⁵ stellt sich die Frage, welchen Platz die Norm in der Architektur des kollektiven Arbeitsrechts hat. Der vorliegende Beitrag kombiniert und diskutiert die beiden wichtigsten Aspekte der Koalitionsfreiheit, ihre unmittelbare Drittwirkung und die durch sie gewährleistete Betätigungsfreiheit und arbeitet Grundlehren für die Anwendung von Art. 9 Abs. 3 GG im Einzelfall heraus.

II. Die Freiheit zur koalitionspezifischen Betätigung nach Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG

Für die vorliegende Fragestellung sind zwei Linien der Rechtsprechung von besonderer Bedeutung, zum einen die Grundrechtsberechtigung der Koalitionen selbst und zum anderen die Freiheit der Mittel zur Verfolgung der Zwecke iSv. Art. 9 Abs. 3 GG.

1. Die kollektive Koalitionsfreiheit

Die für das kollektive Arbeitsrecht bahnbrechende Annahme des BVerfG und BAG besteht bereits darin, im Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG die Grundrechtsberechtigung der Koalitionen zu verankern.¹⁶ Das Gericht betonte 1954 die systematische Bedeutung des sozialen Rechtsstaats iSv. Art. 20, 28 GG. Diese Entscheidung schließe es aus, das Grundrecht ohne zwingenden Grund auf Einzelpersonen zu beschränken.¹⁷ Weiterhin wurde mit der Funktion der Verbände argumentiert. Die Befugnis zur Normsetzung hebe Art. 9 Abs. 3 GG von Art. 9 Abs. 1 GG ab und rechtfertige die besondere Verfassungsgarantie.¹⁸

In der aktuellen Entwicklung wird die Bedeutung der kollektiven Koalitionsfreiheit für die Verwirklichung der Koalitionsfreiheit und die in Art. 9 Abs. 3 GG enthaltene Zwecksetzung stärker hervorgehoben. In gewisser Weise ist das Eigenleben der Verbände das Ergebnis der Grundrechtsverwirklichung der individuellen Dimension des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG und daher wegen seiner Wechselwirkung zur Bildung der Koalition ebenso zu schützen.¹⁹ Dieses Eigenleben wird maßgeblich durch die Förderung und Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bestimmt.

Dass daraus teilweise der Schluss gezogen wurde, die individuelle Koalitionsfreiheit müsse im Konfliktfall vor-

gehen,²⁰ unterschlägt, dass das Arbeitsrecht maßgeblich durch die Arbeit der Verbände entwickelt wird und ebnet zugleich den Grundsatz praktischer Konkordanz ein.²¹

Methodisch ist der Weg über die Auslegung ohne Weiteres gangbar. Die heute herrschende Meinung betont bereits die Bedeutung des Wortlauts selbst.²² Das überzeugt zwar im Ergebnis, bedarf aber einiger Anstrengung und insbesondere der teleologischen Interpretation, um den Grundrechtsgehalt des Grundrechts freizulegen. Dass die Gründung der Vereinigung nicht Selbstzweck bleiben soll, lässt sich zudem aus der Zweckbestimmung des Satzes 1 ableiten, der unmittelbar auf die koalitionspezifische Betätigung hinweist. Dürfte der Verband diese Zwecke nicht durch das Grundgesetz geschützt verfolgen, wäre die Zweckausrichtung praktisch wertlos.²³ In systematischer Hinsicht stützt Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG die kollektive Dimension des Grundrechts.²⁴

14 BVerfG, 14. 11. 1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352.

15 BAG, 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98 – AP Nr. 89 zu Art. 9 GG; BAG, 25. 1. 2005 – 1 AZR 657/03 – AP Nr. 123 zu Art. 9 GG; BAG, 28. 2. 2006 – 1 AZR 460/04 – AP Nr. 127 zu Art. 9 GG.

16 BVerfG, 18. 11. 1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96 = NJW 1954, 1881, 1881; heute ganz h.M.: ua. Treber, in: Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 18. Aufl., München 2019 (im Folgenden: Schaub), § 189 Rn. 15; Linsenmaier, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl., München 2020 (im Folgenden: ErfK), Art. 9 GG Rn. 39; Gammillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, München 1997, S. 181 spricht von Richterrecht.

17 BVerfG, 18. 11. 1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96 = NJW 1954, 1881, 1881; BVerfG, 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212.

18 Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1963, S. 102 f.

19 Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969, S. 37: teleologisch zwingend; zur Lösung über Art. 9 Abs. 3 GG iVm. Art. 19 Abs. 3 GG: Scholz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 87. EG, München 2019 (im Folgenden: Maunz/Dürig, GG), Art. 9 Rn. 239 f.; hierzu: Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2005, S. 17 ff.

20 Vgl. Hanau, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht, Baden-Baden 2016, Art. 9 GG Rn. 17; Belling, ZfA 1999, 547, 608.

21 Dieterich, FS Wißmann, 2005, 114, 121; Schaub-Treber (Fn. 16), § 189 Rn. 16; ErfK-Linsenmaier (Fn. 16), Art. 9 GG Rn. 39 unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Norm.

22 Hierzu: Bayreuther, Tarifautonomie (Fn. 19), S. 15; Däubler, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, Einl. Rn. 88.

23 Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit (Fn. 19), S. 38; Bayreuther, Tarifautonomie (Fn. 19), S. 19.

24 Greiner, das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip, Frankfurt aM. 2018, S. 26.

2. Die Freiheit zur koalitionspezifischen Betätigung

Nach neuerer, aber mittlerweile gefestigter Rechtsprechung schützt Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG alle Betätigungen der Koalition, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen. Hierin liegt eine konsequente Fortsetzung des Schutzes der Gründung von Koalitionen. Ihre Gründung und eine Organisation wären ohne Sinn, erhielte die Betätigung nicht auf gleichem Niveau Schutz.²⁵

Der Schutz des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG erstreckt sich auf alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen. Dazu gehören sämtliche Betätigungen, die dem Zweck der Koalitionen dienen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern.²⁶ Welche Mittel die Koalitionen wählen, steht ihnen grundsätzlich frei.²⁷ Soweit die Verfolgung des Vereinigungszwecks von dem Einsatz bestimmter Mittel abhängt, werden daher auch diese vom Schutz des Grundrechts umfasst.²⁸

3. Exkurs: Die Zweckbestimmung der koalitionspezifischen Betätigung

Während die koalitionspezifische Betätigung als solche weitgehend unstrittig aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG abgeleitet wird, ist noch nicht hinreichend geklärt, ob die Zweckbestimmung der Handlung objektiv oder subjektiv zu erfolgen hat.

Im Vergleich zu Art. 2 Abs. 1 GG bleibt Art. 9 Abs. 3 GG deutlich hinter der allgemeinen Betätigungsfreiheit zurück. Denn der Schutzbereich nach Art. 2 Abs. 1 GG erlaubt jedes Handeln ungeachtet des verfolgten Zwecks. Demgegenüber verlangt der sachliche Schutzbereich der koalitionspezifischen Betätigung ausdrücklich Finalität hinsichtlich der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Da der sachliche Schutzbereich maßgeblich von der Zwecksetzung abhängt,²⁹ soll an dieser Stelle kurz der Frage nachgegangen werden, ob der Zweck objektiv oder subjektiv zu ermitteln ist.

Die Strukturen der Willensbildung in Verbänden mag diesem Problem einiges an Bedeutung nehmen. Aus einer Urabstimmung zu einem Streik im Zusammenhang mit Tarifverhandlungen wird in aller Regel in irgendeiner Form objektiv wie subjektiv der Wille erkennbar sein, ein tarifpolitisches Ergebnis zu erzwingen. Letztendlich bleibt aber die Freiheit der Wahl der Mittel unvollendet, wenn

die Zweckbestimmung rein objektiv erfolgen würde. Eine rein subjektive Zweckbestimmung kann freilich auch nicht überzeugen, weil der Begriff der »Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« nicht zur Disposition der Koalitionen stehen kann. Die Zwecksetzung im engeren Sinne sollte aber subjektiv erfolgen. Nur so lassen sich auch Fraktionen zur Einschätzungsprärogative im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vermeiden.³⁰

4. Grenzen und Schranken von Art. 9 Abs. 3 GG

Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ist ein schrankenlos gewährleistetes Grundrecht. Gleichwohl kann ein Eingriff in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG durch einen Verfassungsbelang gerechtfertigt werden, wenn dies in verhältnismäßiger Weise erfolgt.³¹ Durch den Grundsatz der praktischen Konkordanz erscheint es möglich, dass eine koalitionspezifische Betätigung bereits tatbestandsmäßig auszuschließen ist. Die Gerichte differenzieren an dieser Stelle nicht immer.³² Das BVerfG hat wiederholt zu erkennen gegeben, dass Einschränkungen des Schutzbereichs auf eine unnötige Verkürzung hinauslaufen können, wohingegen die Schrankendogmatik zumindest eine Verhältnismäßigkeitsprüfung verbürgt.³³ Für die Schutzbereichsbestimmung im Wege praktischer Konkordanz erscheint das Problem jedoch nicht unbedingt vergleichbar. Denn das Gebot praktischer Konkordanz verlangt seinerseits eine Abwägung.³⁴ Gleichwohl lässt sich folgern, dass eine systematische Interpretation ohne Abwägung der Verfassungsbelange unzulässig ist.

25 Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit (Fn. 19), S. 37 f.

26 BAG, 7.6.2017 – 1 ABR 32/15 – AP Nr. 152 zu Art. 9 GG = NZA 2017, 1410, 1412 f.; BAG, 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

27 BAG, 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Rehder/Deinert/Callsen, Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen, Saarbrücken 2012, S. 56.

28 BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809, 810.

29 So auch: Däubler, Gewerkschaftsrecht im Betrieb (Fn. 11), Rn. 269; Greiner, Das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip (Fn. 24), S. 26.

30 Zum Arbeitskampfrecht: BAG, 14.8.2018 – 1 AZR 287/17 – AP Nr. 186 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 2019, 538, 541; zum Tarifvertragsrecht: BAG, 19.7.2011 – 3 AZR 398/09 – AP Nr. 27 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung.

31 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296, Ls. 1.

32 Vgl. BAG, 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 – AP Nr. 188 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 2019, 402, 404.

33 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296.

34 BAG, 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 – AP Nr. 188 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 2019, 402, 404.

5. Zwischenergebnis

Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG begründet einen Schutzbereich der Koalitionen, welcher es ihnen erlaubt sich koalitionsspezifisch zu betätigen. Gegenüber staatlichen Eingriffen gilt das allgemeine System. Ein Eingriff begründet noch keine Verletzung des Grundrechts. Erst wenn eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung fehlt, führt der Eingriff auch zur Verletzung des Grundrechts. Dieses System wird durch die Verfassungsbeschwerde vorgezeichnet.³⁵

III. Die unmittelbare Drittwirkung

Der Begriff der Drittwirkung folgt aus der relativen Tradition der Grundrechtswirkung. Wirkung entfalten Grundrechte nur gegenüber den sog. Grundrechtsverpflichteten. Da im Grundsatz Private gemäß Art. 1 Abs. 3 GG nicht verpflichtet sind, sind sie im System der Art. 1 ff. GG Dritte.³⁶ Dieses System prägt auch die spezielle Norm des Art. 9 Abs. 3 GG. Sie stellt eine Ausnahme dar. Umso wichtiger ist es jedoch, für sie spezielle Regeln zu finden.

1. Die Grundstrukturen für die Integration von Art. 9 Abs. 3 GG in das Privatrecht

In den letzten Jahrzehnten wurde Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG Stück für Stück in das Privatrecht implementiert.

Weitgehend anerkannt ist, dass Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ein sonstiges Recht iSv. § 823 Abs. 1 BGB ist und insofern auch durch den verschuldensunabhängigen, quasinegatorischen Unterlassungsanspruch geschützt wird.³⁷ Die Bedeutung der Anwendung des Anspruchs aus §§ 1004, 861, 12 BGB analog (im Folgenden nur § 1004 BGB analog) ist dabei im Hinblick auf ihre Bedeutung bislang unterschätzt worden. Denn bereits sie hat eine wichtige Integrationskraft für die Implementation von Art. 9 Abs. 3 GG im Zivilrecht. Vermittelt sie doch anerkanntermaßen wie für das Eigentum iSv. § 903 BGB die Ausschließungsfunktion.³⁸

Was Art. 1 Abs. 3 iVm. Art. 20 GG für die Grundrechte gegenüber dem Staat ausspricht, besagt § 1004 BGB analog in justizförmiger Weise auf der Ebene des einfachen Rechts: Kein Privater darf die Rechtsposition der Koalitionen verletzen. Bei Wiederholungsfahr oder gar Erstbegehungsgefahr besteht ein einklagbarer Anspruch.³⁹ Das fehlende Verschulden als Anspruchsvoraussetzung

erlaubt die Konturierung des Schutzes in Form einer negativen Bestimmung.⁴⁰ Der Anspruch aus § 1004 BGB analog ermöglicht daher die Abgrenzung von konkurrierenden Rechtspositionen⁴¹ und fördert auf diese Weise Handlungsbefugnisse zu Tage.

Diese Form, Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG in das Privatrecht einzufügen, läuft auf die übliche Struktur der mittelbaren Drittwirkung hinaus. Besonders deutlich wird dies etwa beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das einen vergleichbaren Schutz genießt, aber eben keine unmittelbare Drittwirkung entfaltet.⁴²

2. Der Regelungsgehalt von Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG

Ist die Sicherung über § 1004 BGB analog bei näherer Betrachtung nur eine mittelbare unmittelbare Drittwirkung, sorgt Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG dafür, dass Art. 9 Abs. 3 GG aus sich selbst heraus Drittwirkung entfaltet. Auch die Rechtsprechung siedelt die unmittelbare Drittwirkung aktuell in Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG an.⁴³

a) Die Struktur des Tatbestands

Der Tatbestand des Verbots nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG besteht aus zwei Bausteinen. Zunächst muss der Rechtsinhalt des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG im konkreten Fall feststehen («dieses Recht»). Damit ist gemeint, dass der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG eröffnet sein muss. Dann

35 BVerfG, 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51 – BVerfGE 7, 198.

36 Zur mittelbaren Drittwirkung: BVerfG, 22. 5. 2019 – 1 BvQ 42/19 – NJW 2019, 1935.

37 Rieble, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3: Kollektives Arbeitsrecht I, 4. Aufl., München 2019 (im Folgenden: MHdB-ArbR), § 220 Rn. 120; Hergenröder in: Hensler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl., Köln 2018 (im Folgenden: HWK), Art. 9 GG Rn. 93; das BAG bejahte zwar den Unterlassungsanspruch aus §§ 823 Abs. 2 (!), 1004 BGB, ließ aber die Einordnung als sonstiges Recht offen, vgl. BAG, 14. 2. 1967 – 1 AZR 494/65 – AP Nr. 10 zu Art. 9 GG, nunmehr bejaht das Gericht auch § 823 Abs. 1 BGB, vgl. BAG, 7. 6. 2017 – 1 ABR 32/15 – AP Nr. 152 zu Art. 9 GG.

38 Brückner, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 8. Aufl., München 2020 (im Folgenden: MüKo-BGB), § 903 Rn. 24.

39 Berger, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar, 17. Aufl., München 2018, § 1004 Rn. 11.

40 Vgl. hierzu: MüKo-BGB-Baldus (Fn. 38), § 1004 Rn. 1.

41 BVerfG, 11. 4. 2018 – 1 BvR 3080/09 – BVerfGE 148, 267 = NJW 2018, 1667, 1668 f.

42 BGH, 27. 2. 2018 – VI ZR 489/16 – BGHZ 217, 350 = NJW 2018, 2324, 2326.

43 BAG, 28. 3. 2000 – 1 ABR 16/99 – AP Nr. 27 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = NZA 2000, 1294, 1295.

verpflichtet Satz 2 auch Private, sich verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Eingriffe zu enthalten.

Im Zusammenhang mit Streikbruchprämien hat das BAG jüngst betont, dass ein nach Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG geschütztes Verhalten keine Abrede und keine Maßnahme iSv. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG sein könne. Arbeitskampfmaßnahmen sei es immanent, die durch die Tarifvertragsfreiheit geschützte Entscheidungsfreiheit der Gegenseite durch Zufügung von Schäden oder den Erfolg gegnerischer Kampfmaßnahmen abwehrenden Verhaltens zu beeinflussen zu versuchen.⁴⁴

Man sollte das Gericht an dieser Stelle nicht so verstehen, dass bereits die Eröffnung des Schutzbereichs den Rückgriff auf Satz 2 zugunsten des zurückstehenden Grundrechtsberechtigten sperrt. Denn das Gericht hatte die Zulässigkeit der Streikbruchprämie zuvor detailliert und insbesondere im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit gegenüber dem tarifpolitischen Gegner geprüft.⁴⁵ Ergibt also die umfassende verfassungsrechtliche Prüfung einer Betätigung nach Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ihre Zulässigkeit, kann Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG diese nicht verhindern. Es handelt sich in diesem Fall um eine zulässige Reaktion im Arbeitskampf.

Gleichwohl findet sich auch in der Literatur der Schluss von der Eröffnung des Schutzbereichs nach Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG auf eine Sperrung des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG mit dem Argument, grundrechtlich geschütztes Verhalten sei nicht rechtswidrig.⁴⁶ Dieser Satz stößt schon im Lichte der allgemeinen Handlungsfreiheit an seine Grenzen. Rückte man im Rahmen von bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG an den Anfang der Prüfung, wofür die spezielle Rechtsfolge und die Normenhierarchie sprechen, stünde zunächst die Zulässigkeit des Streiks im Vordergrund, die Reaktion müsste nunmehr subsumiert werden. Es darf aber keinen Unterschied machen, aus welcher Richtung man einen Interessenkonflikt verfassungsrechtlich betrachtet.

Wer sich auf die Anwendung des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG berufen will, muss daher nur die Eröffnung des Schutzbereichs dartun. Will man hingegen die Anwendung von Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ausschließen, muss die eigene Tätigkeit umfassend verfassungsrechtlich gegenüber dem aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG Berechtigten bewertet worden sein. Es würde der gesamten Struktur der Grundgesetzinterpretation widersprechen, eine Grundrechtsposition ohne Abwägung zurücktreten zu lassen. Aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG folgt dies ebenfalls nicht zwingend.

b) Die kollektive Koalitionsfreiheit und Art. 9 Abs. 3

S. 2 GG

Von der herrschenden Meinung ist die unmittelbare Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 GG in all seinen Facetten anerkannt.⁴⁷ Die neuerdings vertretene Gegenmeinung, die die unmittelbare Drittwirkung nicht für die kollektive Koalitionsfreiheit anerkennen will, ist vereinzelt geblieben.⁴⁸

Auf Entscheidungen des BVerfG abzustellen,⁴⁹ in denen das Gericht die Interpretation vom einfachen Recht im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG prüfte, ändert an der unmittelbaren Drittwirkung nichts. Unmittelbare Drittwirkung schließt wegen des Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts⁵⁰ eine Ausstrahlungswirkung nicht aus. Ebenso wenig überzeugt es, historisch die Diskussion des Beitrittszwangs im Parlamentarischen Rat als Argument heranzuziehen,⁵¹ weil damit kein logischer Schluss auf den gesamten Inhalt der Norm gezogen werden kann, zumal Art. 159 WRV als Blaupause existierte.⁵²

Ferner hat *Linsenmaier* den Einwand der Paradoxie unter Hinweis auf den Grundsatz praktischer Konkordanz zu Recht entkräftet.⁵³ So wurde zwar darauf hingewiesen, dass Satz 2 dazu führen könnte, dass Private in der Wahrnehmung ihres Rechts aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG einge-

44 BAG, 14. 8. 2018 – 1 AZR 287/17 – AP Nr. 186 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 2019, 538, 542.

45 BAG, 14. 8. 2018 – 1 AZR 287/17 – AP Nr. 186 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 2019, 538, 541.

46 *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Mangoldt/Klein/Starck, GG), Art. 9 Abs. 3 Rn. 186; in der Sache kommt dieser Einwand dem oben entkräfteten Paradoxie-Argument sehr nahe, vgl. *Höfling/Burkiczak*, RdA 2004, 263, 269.

47 Unklar BAG, 27. 10. 2005 – 6 AZR 123/05 – AP Nr. 90 zu § 256 ZPO 1977 = NZA 2006, 622, 623, wo nur zu Satz 2 Stellung genommen wird; ebenso: BAG, 26. 8. 2009 – 4 AZR 290/08 – AP Nr. 69 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2010, 891, 894; vgl. die Nachweise bei *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 16), S. 201 Fn. 90: 1997 (noch) »unbestritten«; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Kemper*, GG (Fn. 46), Art. 9 Abs. 3 Rn. 186; *Richardi/Bayerleuther*, Kollektives Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2019, § 2 Rn. 54; *Rüthers*, ZRP 2015, 2, 4; *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen 2013 (im Folgenden: Dreier, GG), Art. 9 Rn. 88.

48 *Höfling/Burkiczak*, RdA 2004, 263; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 8. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Sachs, GG), Art. 9 Rn. 133 f.; *Rieble*, EuZA 2017, 228, 233; anders: *Engels*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl., Köln 2016, Teil 1 Rn. 7, der nur die Gründungsfreiheit durch Satz 2 schützen will.

49 Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 15. Aufl., München 2018, Art. 9 Rn. 49.

50 *Höfling/Burkiczak*, RdA 2004, 263, 271 f.

51 *Höfling/Burkiczak*, RdA 2004, 263, 271.

52 Zur freilich restriktiven Interpretation dieser Bestimmung: *Butzer*, RdA 1994, 375, 376 mwN.

53 *ErfK-Linsenmaier* (Fn. 16), Art. 9 GG Rn. 44.

schränkt würden.⁵⁴ Die exzeptionelle Stellung von Satz 2 mache es notwendig, jede Geltungserweiterung dieser Klausel selbständig zu rechtfertigen.

Diese Ansicht übersieht, dass eine rigide Interpretation des Wortes »einschränken« auch im Bereich der individuellen Koalitionsfreiheit das gleiche Problem begründen würde. Wer das Recht einschränkt, handle stets widerrechtlich. Es mag hierbei weniger Fälle geben, systematisch sollte das Tatbestandsmerkmal aber einheitlich interpretiert werden. Insofern lässt der Begriff ausreichend Interpretationsspielraum, um den Grundsatz der praktischen Konkordanz zu verwirklichen.⁵⁵

c) Abreden und Maßnahmen

Gegenstand der unmittelbaren Drittwirkung sind Abreden und Maßnahmen.

(1) Die Abrede

In der Rechtsprechung stärker präsent sind Entscheidungen zu Abreden, die sich auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG beziehen. Das BAG greift häufig auf § 134 BGB zurück.⁵⁶ Indes ist immer noch ungeklärt, was genau unter Abreden iSv. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG zu verstehen ist. Was zwei- oder mehrseitige Verträge angeht, herrscht weitgehend Einigkeit.⁵⁷ Inwiefern etwa Abmachungen, die nicht von einem Rechtsbindungswillen getragen werden, oder sogar jedes rechtlich relevante (ggf. einseitige) Verhalten in Form von Willenserklärungen genügen können, ist hingegen unklar.⁵⁸

Das Grundgesetz nutzt den Begriff der Abrede nur einmal, so dass die systematischen Implikationen gering sind. Allerdings wird der Begriff des Vertrags im Grundgesetz in erster Linie im Hinblick auf völkerrechtliche bzw. supranationale Verträge hin verwendet, so dass es durchaus tragfähig erscheint, unter den Begriff der Abrede allein Verträge im Rechtssinne zu fassen und einseitige Erklärungen und Realakte, die nicht von einem Rechtsbindungswillen getragen sind, als Maßnahmen iSv. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG einzuordnen. Das BAG hat hingegen bereits eine Abrede bejaht, wenn ein Arbeitgeber seinen Austritt aus der Tarifbindung beantragen muss und dieser Antrag durch Beschluss des Vorstands angenommen werden muss.⁵⁹

Im Übrigen ist der Wortlaut sehr weit. Er fasst insbesondere Abreden zwischen zwei anderen Privatrechtssubjekten unter das Verbot des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, wenn

sie sich gemäß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG auf einen »Dritten« beziehen.⁶⁰ Vertragliche Abreden sind ferner mit dem Grundrechtsberechtigten denkbar. Das ist unproblematisch, wenn der Grundrechtsberechtigte gegenüber einem anderen Privaten auch grundrechtsverpflichtet ist. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob auch die eigene Preisgabe von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG unter Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG fällt. In diesem Fall würde nämlich Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung zusammenfallen.

Der Wortlaut trägt auch diesen Fall und die Ausweitung der Grundrechtsverpflichtung iSv. Art. 1 Abs. 3 GG muss nicht zwangsläufig auch auf die gleiche Konfusionsproblematik wie bei staatlichen Hoheitsträgern hinauslaufen.⁶¹ Entscheidend dürfte weniger die Einordnung als Abrede als vielmehr die Beschränkung sein. Führt man ferner sich vor Augen, dass Tarifverhandlungen gerade im gegenseitigen Aufgeben von Verhandlungspositionen zu einem Ergebnis gelangen sollen, wird dieses Problem nur in extremen Ausnahmefällen relevant werden, wo der kollektive Verhandlungsmechanismus versagt. In diesen Fällen wird es aber oftmals auch schon zu Problemen im Rahmen der Tariffähigkeit kommen.

(2) Die Maßnahmen

Neben Abreden treten Maßnahmen. Dass sich die Richtung der Maßnahmen nicht auf Abreden bezieht, sondern Maßnahmen selbst auf jede Einschränkung oder Behinderung gerichtet sein können, folgt aus der Verwendung des Wortes »hierauf«. Eine Maßnahme iSv. Art. 9 Abs. 3 GG ist somit nicht nur eine Vorbereitungshandlung für eine spätere Abrede, der Begriff steht vielmehr neben der Abrede.⁶²

⁵⁴ Höfling/Burkiczak, RdA 2004, 263, 271 f.

⁵⁵ AA.: Sachs-Höfling, GG (Fn. 48), Art. 9 Rn. 133.

⁵⁶ BAG, 19. 6. 2012 – 1 AZR 775/10 – AP Nr. 177 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG, 4. 6. 2008 – 4 AZR 419/07 – AP Nr. 38 zu § 3 TVG = NZA 2008, 1366, 1371; BAG, 26. 8. 2009 – 4 AZR 285/08 – AP Nr. 45 zu § 3 TVG, Rn. 27.

⁵⁷ BAG, 4. 6. 2008 – 4 AZR 419/07 – AP Nr. 38 zu § 3 TVG = NZA 2008, 1366, 1372; Grimm, in: Tschöpe (Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch, 11. Aufl., Köln 2019, Koalitions-, Arbeitskampf- und Tarifrecht Rn. 12.

⁵⁸ Hierzu: Maunz/Dürig-Scholz, GG (Fn. 19), Art. 9 Rn. 333; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 16), S. 193.

⁵⁹ BAG, 4. 6. 2008 – 4 AZR 419/07 – AP Nr. 38 zu § 3 TVG.

⁶⁰ BAG, 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08 – AP Nr. 41 zu § 3 TVG = NZA 2009, 1028, 1039.

⁶¹ Vgl. ausführlich: Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, Tübingen 1997, S. 391 ff.

⁶² So auch: BAG, 4. 6. 2008 – 4 AZR 419/07 – AP Nr. 38 zu § 3 TVG; wohl auch: Höfling/Burkiczak, RdA 2004, 263, 266.

Es bietet sich an, den Begriff der Maßnahme in die modernen Terminologien von Handlung und Unterlassen zu überführen⁶³, wobei gerade wegen der Drittwirkung und der weitergehenden Anwendung von §§ 823, 1004 BGB auf die allgemeinen Begriffsfassungen zurückgegriffen werden kann.⁶⁴

Dass die Handlung willensgetragen sein muss, wird heute nicht mehr wirklich bestritten.⁶⁵ Unklar ist aber, inwieweit die Maßnahme finales Handeln voraussetzt. Der Wortlaut scheint Finalität zunächst zu erfordern,⁶⁶ muss sich doch die Maßnahme »hierauf«, dh. auf die Behinderung bzw. Einschränkung beziehen. Weiter stützen ließe sich diese Annahme damit, dass auch das Ausbleiben des Erfolgs für Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG unerheblich sein kann, solange die Maßnahme Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zu behindern versucht wurde.

Dass über das Merkmal der Finalität Maßnahmen ausgeschieden werden sollen, die alleine einen faktischen Einfluss auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG haben können, überzeugt nicht.⁶⁷ Es stellt einen bedeutsamen Schritt in der Entwicklung der Grundrechtsdogmatik dar, den Eingriff auf alle freiheitsverkürzenden Handlungen zu beziehen.⁶⁸ Final gegen Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gerichtetes Handeln mag Einschränkungen auf Seiten des Handelnden eher rechtfertigen. Dafür bietet jedoch die Abwägung der betroffenen Grundrechtspositionen ausreichend Raum. Dass die Wirklichkeit des Arbeitslebens die Möglichkeit zu vielen Eingriffen in Art. 9 Abs. 3 GG bieten mag, ist typisch für das Arbeitsrecht und sollte auch im Rahmen der Verfassung Berücksichtigung finden.

(3) Zwischenergebnis

Der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG erachtet somit jedes Verhalten von Privaten als potenziell geeignet, einen Eingriff in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zu begründen. Handeln mehrere Personen zusammen, können sie entweder jeder für sich eine Maßnahme iSv. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG durchführen oder im speziellen Fall eine Abrede iSv. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG treffen. Insgesamt zeigt sich dabei ein umfassender Ansatz des Schutzes von Art. 9 Abs. 3 GG gegenüber Dritten.

d) Einschränkungen und Behinderungen

Maßnahmen und Abreden sind aber nur dann verboten, wenn sie Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG einschränken oder zu behindern suchen.

Das Begriffspaar »einschränken« und »zu behindern suchen« enthält auf den ersten Blick ein objektives und ein subjektives Element. Das Einschränken erfolgt durch die Herbeiführung eines objektiven Erfolgs, während bereits der Versuch des Behinderens für die zweite Voraussetzung genügt.

Bereits Art. 159 WRV enthielt eine ähnliche Regelung. Angesichts des gewandelten Verfassungsverständnisses im Hinblick auf die Rechtsstellung der Koalitionen als Grundrechtsträger und der Herausbildung eines dogmatisch gefestigten Gerüsts der kollektiven Grundrechtsverwirklichung des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG stellt sich die Frage, welcher Inhalt der Wendung aktuell beizumessen ist. Gleichzeitig muss auch der Siegeszug des modernen Eingriffsbegriffs Berücksichtigung finden.

Der Begriff »einschränken« kommt ansonsten nur noch in Art. 117 GG vor und erzeugt offensichtlich einen Bezug zur Beschränkung von Grundrechten. Impliziert wird daher zudem ein Eingriff in das Grundrecht. Denn das Einschränken nimmt die herkömmliche Terminologie der Grundrechtsdogmatik für die Rechtfertigung eines Eingriffs auf und erfasst somit jedes den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG verkürzende Verhalten⁶⁹.

Da das Grundgesetz wohl schwerlich verfassungsrechtlich legitimierten Handlungen die Geltung nehmen wollte, liegt es nahe, zunächst auf den hierin enthaltenen Eingriff abzustellen und in einem zweiten Schritt nach dessen Rechtfertigung zu suchen. Der inneren Logik des Art. 9 Abs. 3 GG muss es daher geschuldet sein, den Begriff des Einschränkens auf nicht gerechtfertigte Eingriffe in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zu entwerfen.

Das Verb »behindern« bzw. die Kombination »zu behindern suchen« wird im Grundgesetz ansonsten kein weiteres Mal verwendet und ist somit nicht in systematischer Hinsicht geprägt. Insofern ist es funktional zu interpretieren. Das Behinderensuchen ist bei näherer Betrachtung

63 Höfling/Burkiczak, RdA 2004, 263, 266.

64 vgl. Wagner, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 7. Aufl., München 2017, § 823 Rn. 63.

65 BGH, 12. 2. 1963 – VI ZR 70/62 – BGHZ 39, 103.

66 Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 16), S. 193.

67 V. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG (Fn. 46), Rn. 187.

68 Voßkuhle/Kaiser, JuS 2009, 313 f. auch zum Problem des Bagatellvorbehalts.

69 BVerfG, 23. 5. 2018 – 1 BvR 97/14 ua. – BVerfGE 149, 86 = NJW 2018, 3007, 3008 f.

tung ein Fall des Versuchs und damit willensgetragenen Verhaltens ohne bzw. mit noch nicht eingetretenem Erfolg. Darüber hinaus beschreibt das Merkmal ein Verhalten, dass typisch bzw. per se verfassungswidrig ist. Das Tatbestandsmerkmal vermittelt damit einen frühen Schutz für die koalitionspezifische Betätigung. Es kommt gerade nicht darauf an, dass der Schutzbereich bereits verkürzt ist. Vielmehr verlagert Satz 2 den Schutz in das Vorfeld der Betätigung.

Sucht man in der jüngsten Rechtsprechung von BAG und BVerfG, findet man Anhaltspunkte für das Verständnis der Gerichte. In seiner Entscheidung zur Stichtagsregelung hinsichtlich der Mitgliedschaft bei einer Gewerkschaft in einem Tarifvertrag verneinte das Gericht eine *Einschränkung* der Rechte des Arbeitgebers.⁷⁰ Ähnlich formulierte das Gericht auch im Falle der Mitgliedschaft auf Dauer.⁷¹ Es bejahte eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit und leitet dazu über, dass »derartige Einschränkungen« nach Art. 9 Abs. 3 S.2 GG nichtig seien.

In der Entscheidung zu den sog. Spannenklauseln⁷² und im Rahmen der Zulassung von einfachen Differenzierungsklauseln⁷³ finden sich hingegen keine Ausführungen, die Aufschluss auf das Verständnis des Gerichts von der Struktur des Satzes 2 liefern.

Ua. im Zusammenhang mit der Zwangsmitgliedschaft im Arbeitgeberverband betonte das BAG⁷⁴, dass nicht jeder tatsächliche Druck, einer Koalition beizutreten oder in dieser zu verbleiben, einen *unzulässigen Eingriff* in die negative Koalitionsfreiheit darstelle. Die ausdrückliche Verpflichtung eines Arbeitgebers, die Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft in einem bestimmten Arbeitgeberverband zu garantieren, tue dies aber. Denn er begeben sich seiner Freiheit, aus dem Verband auszutreten. Dabei sei es irrelevant, dass die Abrede selbst ohne Druck zustande gekommen ist.

In seiner Entscheidung zum gewerkschaftlichen Beseitigungsanspruch wegen tarifwidriger Arbeitszeit und Vergütungsregelung sprach das Gericht davon, dass Art. 9 Abs. 3 GG nicht erst dann beeinträchtigt sei, wenn eine Koalition daran gehindert werde Tarifrecht zu schaffen. Eine *Einschränkung oder Behinderung* dieses Freiheitsrechts liege auch in *Abreden oder Maßnahmen*, die darauf gerichtet seien, die Wirkung des von Koalitionen geschaffenen Tarifrechts zu *vereiteln oder leerlaufen* zu lassen.⁷⁵ Die Nichtigkeit der Abrede war für das

Gericht kein Kriterium, weil es um die Gefahren ging, die aus der faktischen Befolgung des störenden Regelwerks folgten.

Gerade diese Ausführungen legen ein weites Verständnis des Gerichts der Begriffe *Einschränkung* und *Behinderung* nahe. Erfasst sind alle Maßnahmen, die der koalitionspezifischen Betätigung ihre Wirkung im Rechtsleben nehmen. Versteht man diese Ausführungen ferner derart, dass das Gericht das Begriffspaar im Grundsatz auf den verfassungsrechtlichen (modernen⁷⁶) Eingriffsbegriff und die bestehende Möglichkeit zur Rechtfertigung des Eingriffs entwirft, so ist diesem Ansatz vollumfänglich zuzustimmen. Die Auslegung des Grundgesetzes hat insbesondere auf den inneren Zusammenhang der Regelung und die Einheit des Verfassungstextes zu achten.⁷⁷ Im inneren Kontext vermittelt Satz 2 die unmittelbare Drittwirkung. Insofern geht es um die Ausweitung der Grundrechtsverpflichteten. Hiervor erscheint es konsistent, einen einheitlichen, modernen Eingriffsbegriff einzusetzen und freiheitsverkürzende Maßnahmen als solche zu erfassen.

Wenn hingegen insbesondere in der älteren Literatur Vorsatz in den Tatbestand hineingelesen wird,⁷⁸ so ist dem zu widersprechen. Vielmehr genügt allein willensgetragenes Verhalten. Davon ausgehend gibt es gute Gründe, das Behindernsuchen im Übrigen objektiv zu interpretieren. Die Wendung des Behindernsuchens stellt aus der Sicht des Verfassungsrechts eine wichtige Vorverlagerung des Schutzes gegenüber Privaten dar. Im öffentlichen Recht findet diese Prüfung in aller Regel im Zusammenhang eines justizförmigen Verfahrens, etwa der Verfassungsbeschwerde, statt. Das BVerfG hat in seiner Rechtsprechung sehr früh die Verfassungsbeschwerde mit dem status negativus verbunden.⁷⁹ Es wird gemäß Art. 93 Abs. Nr. 4a GG geprüft, ob ein Grundrecht verletzt wurde. Die Unterlas-

70 BAG, 14. 9. 2016 – 4 AZR 378/15 – juris.

71 BAG, 19. 9. 2006 – 1 ABR 2/06 – AP Nr. 22 zu § 3 TVG Verbandzugehörigkeit.

72 BAG, 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09 – AP Nr. 147 zu Art. 9 GG.

73 BAG, 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08 – AP Nr. 41 zu § 3 TVG.

74 BAG, 26. 8. 2009 – 4 AZR 290/08 – AP Nr. 69 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NJW 2010, 1017, 1020 f.

75 BAG, 17. 5. 2011 – 1 AZR 473/09 – AP Nr. 148 zu Art. 9 GG.

76 *Vofskuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313; *Dreier-Dreier*, GG (Fn. 47), Vor Art. 1 Rn. 123 ff.

77 *Badura*, Staatsrecht, 7. Aufl., München 2018, Kap. A Rn. 15.

78 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 16), S. 193 f.

79 BVerfG, 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51 – BVerfGE 7, 198.

sungsklage des Staathaftungsrechts kennt das Verfassungsprozessrecht nicht.⁸⁰ Die Formulierung des Satzes 2 lässt sich daher so begreifen, dass bereits aus der Sicht des Grundgesetzes bevorstehende Eingriffshandlungen zu unterbleiben haben.

Dogmatisch liegt daher nahe, die Begriffe anders als beim Begriffspaar »Abreden und Maßnahmen« als Einheit und als Ausdruck des allgemeinen Eingriffsbegriffs zu sehen. In dem Begriffspaar kommt ein umfassender Schutz vor Eingriffen in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zum Ausdruck.⁸¹ Dass zwei Verfassungsbegriffe als Einheit verstanden werden können, ist mittlerweile anerkannt.⁸² Insbesondere fasst man »Vereine und Gesellschaften« iSv. Art. 9 Abs. 1 GG zu dem Begriff der Vereinigungen iSv. Art. 9 Abs. 2 und Abs. 3 GG zusammen.⁸³

Zusammenfassend schützt Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG vor jedem (bevorstehenden) freiheitsverkürzendem Verhalten, das seinerseits nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

e) Die Rechtsfolgen

Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG knüpft an eine Verletzung von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zwei Rechtsfolgen: die Nichtigkeit und die Widerrechtlichkeit. Es sind eben diese Rechtsfolgen, die die unmittelbare Drittwirkung von Art. 9 Abs. 3 GG vermitteln. Beide Begriffe bezeichnen zentrale Bewertungskriterien des einfachen Rechts. Das Grundgesetz spannt an dieser Stelle offensichtlich den Bogen zur gesamten Rechtsordnung. Für das Verwaltungsrecht sind diese gleichrangigen Rechtsfolgen wegen seiner speziellen Fehlerlehre dabei problematischer als für das Zivilrecht.

Die Rechtsfolgen sind auf die Maßnahme und die Abrede bezogen. Gleichwohl ist es nicht geboten, etwa die Nichtigkeit allein auf die Abrede zu beziehen. Auch wenn die Nichtigkeit eine Terminologie aus der Rechtsgeschäftslehre ist, erfüllt sie gerade bei einseitigen Rechtsgeschäften ebenfalls ihren Zweck. Umgekehrt markiert Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG gegen Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG verstoßende Abreden als rechtswidrig.

(1) Die Nichtigkeit

Die Nichtigkeit ist eine Unterform der Unwirksamkeit und wird immer dann gebraucht, wenn eine vorherige Wirksamkeit ausscheiden soll. Ein wirksames Rechtsgeschäft kann unwirksam werden. Ist es nichtig, soll es nie wirksam sein.⁸⁴ So erklärt es sich, dass das BAG in einer Entschei-

dung zum »Blitzaustritt« von einer »Ausübungsbeschränkung« spricht.⁸⁵ Durch diese Anordnung wird somit ein großer Teil an Gestaltungsmacht aus der Vertragsfreiheit der Parteien entfernt und der Koalitionsfreiheit der Vorang vor der Vertragsfreiheit einräumt.⁸⁶

(2) Die Rechtswidrigkeit

Mit der Anordnung der Rechtswidrigkeit ist auf den ersten Blick wenig gewonnen. Auch ohne Satz 2 wäre eine Verletzung von Art. 9 Abs. 3 GG rechtswidrig. Damit erhielte die Anordnung einzig den Sinn, die Drittwirkung herzustellen. Das würde dem Merkmal aber nur unvollständig gerecht werden. Denn es stellt im Gegensatz zur speziellen Rechtsfolge der Nichtigkeit die umfassende materielle Verbindung des Privatrechts mit dem Inhalt des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG her.

i. Zum Begriff

Das Grundgesetz nutzt den Begriff »rechtswidrig« genau einmal, eben in Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG. Im Übrigen betont das Grundgesetz die Gesetze als Schranke und vereint die Begriffe Recht und Gesetz in Art. 20 Abs. 3 GG.

Mit der Anordnung der Rechtswidrigkeit wird klargestellt, dass gegen Verfassungsrecht verstoßen wird. Damit werden die allgemeinen Rechtswirkungen ausgelöst und in das Feld der unmittelbaren Drittwirkung transferiert. Allgemein gilt in diesen Fällen das sog. Nichtigkeitsdogma. Insbesondere Gesetze und sonstiges staatliches Handeln, das gegen die Verfassung verstößt, sind *ipso iure* unwirksam.⁸⁷ Für Gesetze wird dieser Grundsatz zwar durch das Normverwerfungsprivileg des BVerfG eingeschränkt,⁸⁸ an seiner allgemeinen Wirkung ändert dies nichts.

80 Zum Enumerativprinzip in Art. 93 GG: Maunz/Dürig-Walter, GG (Fn. 19), Art. 93 Rn. 185 f.

81 Maunz/Dürig-Scholz, GG (Fn. 19), Art. 9 Rn. 332 f.

82 Vgl. etwa »Pflege und Erziehung« in Art. 6 Abs. 2 GG, hierzu: Maunz/Dürig-Badura, GG (Fn. 19), Art. 6 Rn. 107.

83 Vgl. BVerfG, 13.7.2018 – 1 BvR 1474/12 ua. – BVerfGE 149, 160 = NVwZ 2018, 1788, 1789.

84 Wie sich aus §§ 125, 311b BGB ablesen lässt, ist eine Heilungsmöglichkeit hingegen nicht ausgeschlossen.

85 BAG, 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 – AP Nr. 38 zu § 3 TVG.

86 Cornils, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 41. Ed., München 2019 (im Folgenden: BeckOK-GG), Art. 9 Rn. 82.

87 Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar, 56. Ed., München 2019, § 31 Rn. 142.

88 BeckOK-GG-Morgenthaler (Fn. 86), Art. 100 Rn. 2.

Der Grundsatz selbst hat Verfassungsrang.⁸⁹ Wendet man diesen Gedanken auf zivilrechtliche Handlungen an, ist es nur konsequent, diesen auch die rechtliche Wirksamkeit zu verwehren. Da der Begriff der Maßnahme aber eben auch Realakte erfasst, erklärt sich der weitergehende Begriff von Variante 2. Damit wird die Nichtigkeit zu einer speziellen Konsequenz aus der Bewertung als rechtswidrig.

Würde man den Begriff der Rechtswidrigkeit nun allein auf § 823 Abs. 1 BGB beziehen, wäre mit der Feststellung durch das Grundgesetz wenig gewonnen. Die Aussage des Satzes 2 würde unter das einfachgesetzliche Verschuldensfordernis gestellt. Vielmehr hat die Bewertung als rechtswidrig zwei Inhalte: eine unmittelbare, wenn auch unbestimmte verfassungsrechtliche Rechtsfolge und die Bewertung als rechtswidrig für die Verarbeitung durch das einfache Recht.

ii. Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG als subjektives Privatrecht

Wenn Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG auf »dieses Recht« Bezug nimmt und Einschränkungen als rechtswidrig einordnet, legt die Norm den tieferen Gehalt des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG frei. Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ist nicht nur Grundrecht, sondern auch subjektives Privatrecht.⁹⁰

aa) Der Schluss auf ein subjektives Privatrecht

Es ist bemerkenswert, dass es die Hierarchie der Grundrechte im Normengefüge und die Bedeutung des durch sie verpflichteten Staates sind, die ihren Nimbus begründen. Vergleicht man die Rechtswirkung, können diese relativen Rechte mit einem absoluten Privatrecht nicht mithalten. Letzteres müssen sowohl Bürger als auch der Staat respektieren.

Das subjektive Privatrecht wird heute bekanntlich als Ausdruck der Kombination von Willensmacht und Interessenschutz verstanden.⁹¹ Diese Anforderungen wird Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ohne Weiteres gerecht. Mit der kollektiven Koalitionsfreiheit wird ausgehend von der Autonomie der Organisation und Betätigung ein rechtlicher Raum erzeugt, in dem die Koalitionen ihre Interessen verwirklichen können. Dass die Interessen der Verbände keine natürlichen Interessen sind, sondern erst im Willensbildungsprozess der Verbände durch ihre Vertreter artikuliert werden, ist unschädlich. Denn es ist genau diese Struktur, die Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ermöglichen soll.

Steht nun Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG offensichtlich in der Tradition der übrigen Grundrechte als Abwehrrecht gegen

den Staat, ist es gerade die Bewertung des Verhaltens Privater als rechtswidrig, die diese Facette des Rechts in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG als subjektivem Privatrecht aufzeigt. Im Hinblick auf das Zivilrecht hat bereits der 1. Entwurf des BGB betont, dass die Verletzung eines absoluten Rechts widerrechtlich ist. Während die Verletzung nur die Rechtswidrigkeit gegenüber dem Berechtigten begründe, diene das absolute Recht einem Jedem zum Schutze.⁹² Genau diese Struktur offenbart Art. 9 Abs. 3 S. 1 und 2 GG. Satz 1 enthält das Recht der Koalitionen. Durch die Festlegung privater Handlungen als rechtswidrig, legt Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG daher die privatrechtliche und somit absolute Wirkung des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG frei.

Geht man diesen Gedanken weiter, muss Satz 2 von der unmittelbaren Geltung des Satzes 1 in der Privatrechtsordnung ausgehen. Anders formuliert, transformiert nicht erst die Verletzungshandlung Satz 1 in das Zivilrecht. Das BAG formuliert dies ähnlich, wenn es sagt, dass Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG unmittelbare Drittwirkung in Verhältnissen privater Rechtssubjekte entfaltet.⁹³ Die Verbote des Satzes 2 verwirklichen die Freiheiten aus Satz 1 im Privatrecht im Konfliktfall.

Dies geschieht zudem auf einer für absolute Privatrechte typischen abstrakten Ebene. Das allgemeine Verbot von Eingriffen in Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG kommt dem Regelungsgehalt der §§ 1004, 903 BGB sehr nahe. Anders gewendet erhält die private Dimension der koalitionsspezifischen Betätigung nicht erst dadurch Gestalt, dass ein Privater das koalitionsspezifische Handeln gemäß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG behindert. Satz 2 schützt die Freiheit nach Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG abstrakt vor Eingriffen.⁹⁴

Man mag dieses Punkt für weniger bedeutsam halten, weil das heutige Privatrecht stärker über Rechtsverhältnisse und Ansprüche operiert.⁹⁵ Über die Theorienbildung

89 Pietzner, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar, 36. Ed., München 2019 (im Folgenden: Schoch/Schneider/Bier, VwGO), § 183 Rn. 5 mwN.

90 Vgl. aber zB.: Bauer/Haußmann, NZA-Beil. 2000, 42, 45; in anderen Kontext etwa: Engels, RdA 2008, 331, 334.

91 Hierzu: Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 10. Aufl., 2018, § 2 Rn. 63; zum Gegensatz: Auer, Der Privatrechtsdiskurs der Moderne, Tübingen 2014 (zugl. München, Univ., Habil.-Schr. 2012), S. 60 f.

92 Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Berlin 1899, S. 405.

93 BAG, 26. 8. 2009 – 4 AZR 290/08 – AP Nr. 69 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NJW 2010, 1017, 1019 f.

94 V. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG (Fn. 46), Art. 9 Abs. 3 Rn. 184.

95 Raiser, JZ 1961, 465.

des subjektiven Privatrechts ist es jedoch möglich, Freiheitsräume im Privatrecht zu schaffen, die durch die Interessen der Berechtigten frei gestaltet werden konnten.⁹⁶

Die koalitionsspezifische Betätigung äußert sich eben zunächst in realer Verbandsarbeit. Ist diese vom Zweck getragen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu fördern oder zu wahren, unterfällt sie dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG. Art. 9 Abs. 3 GG erlaubt es hier, Hierarchie und Rechtswirkung zu kombinieren.

bb) Die Inhaltsgewinnung

Der Inhalt des subjektiven Privatrechts folgt unmittelbar aus der Schutzbereichsbestimmung. Davon ausgehend artikuliert sich Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG in der Freiheit zu koalitionsspezifischen Handlungen. Insofern folgt aus Art. 9 Abs. 3 GG das rechtliche Dürfen zu jeder vom Schutzbereich der Norm erfassten Tätigkeit.

Diese Rechtsstellung steht der Koalition ohne staatliche Anerkennung zu. Gleichwohl wurde früher bei der Herausbildung von Befugnissen oftmals die Bedeutung des Richterrechts betont.⁹⁷ Folgt man der heute herrschenden Begriffsfassung der Methodenlehre und betont die Wortsinngrenze⁹⁸ auch im Rahmen der Verfassungsinterpretation, wird schnell deutlich, dass die Schutzbereichsbestimmung von Art. 9 Abs. 3 GG keine Rechtsfortbildung sein kann. Dieser Vorgang ist der Rechtsanwendung zuzuordnen. Die Ableitung von bestimmten Befugnissen wie etwa dem Arbeitskampfmittel »Streik« oder dem Zutrittsrecht ist nur Normkonkretisierung. Auf diesen Punkt wird im Zusammenhang mit weitergehenden Befugnissen aber noch zurückzukommen sein.

Nun steht die Befugnis zu koalitionsspezifischen Betätigungen nicht allein im Recht. Oftmals wird sie mit anderen Rechten oder Rechtsgütern konfliktieren. Das gesamte Arbeitskampfrecht ist auf diesen Konflikt hin entworfen,⁹⁹ wobei das Streikrecht und das Aussperrungsrecht eben nur spezielle Ausprägungen des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG sind.¹⁰⁰

Vor diesem Hintergrund tritt das koalitionsspezifische Verhalten der Koalitionen in den Vordergrund. Dieses Verhalten wird durch den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG erfasst. Der Schutzbereich selbst wirkt dann in der Privatrechtsordnung und wie ein subjektives Privatrecht unmittelbar. Art. 9 Abs. 3 GG gewährt auf diese Weise den rechtlichen Raum zur Verwirklichung der koalitionsspezifischen Interessen.

Durch die Einordnung von Art. 9 Abs. 1 S. 1 GG als unmittelbar geltendes Privatrecht lässt sich auch erklären, warum etwa Arbeitskampfmaßnahmen Pflichten gegenüber Dritten begründen können. Wenn das BAG der Betriebsstillegung eine Pflicht zur Information der betroffenen Arbeitnehmer folgen lässt¹⁰¹ und hierzu nicht auf den Arbeitsvertrag abstellt, kann die Pflicht gleichwohl durch das aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG eröffnete Rechtsverhältnis von Berechtigtem¹⁰² und Betroffenen begründet werden. Mit einem subjektiven Recht korrelieren zwar nicht automatisch Rechte und Pflichten, es bietet aber einen Ankerpunkt für diese Rechte und Pflichten und den Ausbau über das Richterrecht.

iii. Die verfassungsrechtliche Duldungspflicht

In der Herausbildung eines subjektiven Rechts endet die Rechtswirkung des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG nicht. Die »Rechtswidrigkeit« lässt dem subjektiven Recht weitere Inhalte folgen. Die eingangs geschilderte Ableitung der kollektiven Koalitionsfreiheit musste die Schwierigkeit überwinden, dass sie nur teleologisch impliziert war und der Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG sie nur schwer freigab. Das gleiche gilt nunmehr für die Rechtsfolgen der Bewertung als »rechtswidrig«.

Im Folgenden soll es daher um die Frage gehen, ob Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG eine verfassungsrechtliche Duldungspflicht zugunsten koalitionsspezifischer Betätigungen enthält.¹⁰³ Das BAG hat jüngst einen Schritt in Richtung dieser Lösung gemacht, blieb aber in der Ableitung auf halber Strecke stehen. Denn nach der verfassungsrechtlichen Abwägung im kürzlich entschiedenen Amazon-Parkplatzfall stellte das Gericht fest, dass der Unternehmer die

⁹⁶ Raiser, JZ 1961, 465, 466.

⁹⁷ Vgl. Rütters, Anm. zu BAG, 29.3.1957 – 1 AZR 547/55 – AP Nr. 5 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; zusammenfassend: BAG, 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 – AP Nr. 188 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BVerfG, 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03 – NZA 2004, 1338, 1339.

⁹⁸ BVerfG, 7.3.2011 – 1 BvR 388/05 – NJW 2011, 3020, 3021; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, München 1982, S. 166 ff.

⁹⁹ Zur Struktur: Berg, RdA 2019, 110; Erk-Linsenmaier (Fn. 16), Art. 9 GG Rn. 94.

¹⁰⁰ BVerfG, 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103 = NJW 1993, 1379 f.; BAG, 26.04.1988 – 1 AZR 399/86 – AP Nr. 101 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1988, 775, 776 f.

¹⁰¹ BAG, 11.07.1995 – 1 AZR 161/95 – AP Nr. 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG, 13.12.2011 – 1 AZR 495/10 – AP Nr. 175 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁰² Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 401.

¹⁰³ So schon: Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 16), S. 193; auch: MHdB-ArR-Rieble (Fn. 37), § 220 Rn. 123.

Beeinträchtigungen nach Maßgabe der §§ 1004, 823 BGB zu dulden hätte.¹⁰⁴

aa) Zur Ausgestaltungsbedürftigkeit des Art. 9 Abs. 3 GG

In dieser Formulierung bzw. in dieser Lösung verbirgt sich ein großes Problem. Denn Art. 9 Abs. 3 GG wird allgemein für ausgestaltungsbedürftig erachtet.¹⁰⁵ Die Ableitung konkreter Rechtsfolgen wäre dann in der Tat eine Frage für den Gesetzgeber.

In der Regel wird das Erfordernis der Ausgestaltung aus dem Mitbestimmungsurteil des BVerfG und seinen Folgeentscheidungen abgeleitet.¹⁰⁶ In der Entscheidung führte das Gericht an, dass die Koalitionsfreiheit mehr noch als Art. 9 Abs. 1 GG auf Regelungen angewiesen sei – von vornherein dieser bedürfe.¹⁰⁷ Zu Art. 9 Abs. 1 GG betonte das Gericht, dass die Vereinigungen auf Regelungen angewiesen seien, welche die freien Zusammenschlüsse und ihr Leben in die allgemeine Rechtsordnung einfügten, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, Rechte der Mitglieder sicherten und den schutzwürdigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen.¹⁰⁸

Hieraus wurde der Schluss gezogen, dass eine Koalition *nur* dann handlungsfähig sei, wenn der Gesetzgeber ausreichend Institute für Gründung und Betätigung bereithalte.¹⁰⁹ Daran ist richtig, dass sich das Rechtsleben im einfachen Recht vollzieht. Wenn nun aber Art. 9 Abs. 3 GG seinerseits unmittelbare Rechtswirkung im Privatrecht hat, dann hat die Bestimmung von ihrer Rechtswirkung nicht hinter dem einfachen Recht zurückzustehen. Dieser Ansatz zeigt sich auch in der frühe(re)n Entscheidung des BVerfG vom 19. Oktober 1966 zur Tariffähigkeit von Handwerksinnungen. In dem Beschluss löste das Gericht die Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG von der Ausformung durch das Tarifvertragsgesetz.¹¹⁰ Dem Gesetzgeber stünde aber ein weiter Ausgestaltungsspielraum zu.

Das BVerfG ging in der Folge freilich einen anderen Weg, indem es die Ausgestaltungsbedürftigkeit mit der Kernbereichstheorie verknüpfte. Es betonte, dass Art. 9 Abs. 3 GG den geschützten Personen und Vereinigungen nicht einen inhaltlich unbegrenzten und unbegrenzten Handlungsspielraum einräume und es vielmehr Sache des Gesetzgebers sei, die Tragweite der Koalitionsfreiheit dadurch zu bestimmen, dass er die Befugnisse der Koalitionen im Einzelnen ausgestaltet und näher regelt.¹¹¹

Begründet wurde die Ausgestaltungsbedürftigkeit dann mit dem bekannten Argument der Auflösung der widerstreitenden Interessen. Anfänglich wurde zudem die Tragweite der Arbeitskämpfungsmittel betont,¹¹² später wurde nur noch der Interessengegensatz herausgestellt.¹¹³ Nach der Klarstellung zur Kernbereichsformel¹¹⁴ findet sich diese Begründungslinie nicht mehr in der Deutlichkeit, gleichwohl taucht sie wieder zB. in der Entscheidung zum Flashmob¹¹⁵ und eben in den Entscheidungen zum Zutrittsrecht auf.¹¹⁶

In der Sache kann der Notwendigkeit von spezifischen Regelungen bzw. Gesetzen wenig entgegengehalten werden. Die Ausformungsbedürftigkeit wurzelt in dem Bedürfnis der beteiligten Verkehrskreise, rechtssicher an der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen teilzunehmen.¹¹⁷ Die gesamte Struktur des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG, die Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu erklären, ergibt nur dann einen Sinn, wenn es solche Bedingungen eben gibt.

Dass es Interessenkonflikte im Privatrecht gibt, ist indes kein Problem für Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG. Die Norm selbst ist Ausdruck der Bewältigung von Interessenkonflikten. Insbesondere zwei Punkte sprechen daher dagegen, die Ausformungsbedürftigkeit gegen originäre Rechtswirkungen aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG heranzuziehen.

104 BAG, 20. 11. 2018 – 1 AZR 189/17 – AP Nr. 188 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung = NZA 2019, 402, 407.

105 BVerfG, 26. 3. 2014 – 1 BvR 3185/09 – NZA 2014, 493; BVerfG, 4. 7. 1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365 = NZA 1995, 754, 756; BVerfG, 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809, 810; *Dieterich*, RdA 2007, 110, 112 f.

106 Vgl. etwa *Löwisch*, in: *Löwisch/Rieble* (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz: Kommentar*, 4. Aufl., München 2017 (im Folgenden: *Löwisch/Rieble*, TVG), Grundlagen Rn. 118.

107 BVerfG, 1. 3. 1979 – 1 BvR 532 ua. – BVerfGE 50, 290, 368.

108 BVerfG, 1. 3. 1979 – 1 BvR 532 ua. – BVerfGE 50, 290, 354.

109 *Löwisch/Rieble-Löwisch*, TVG (Fn. 106), Grundlagen Rn. 119 f.

110 BVerfG, 19. 10. 1966 – 1 BvL 24/65 – BVerfGE 20, 312, 319.

111 BVerfG, 17. 2. 1981 – 2 BvR 384/78 – BVerfGE 57, 220; zur Kritik: *Butzer*, RdA 1994, 375, 377.

112 BVerfG, 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212; BVerfG, 2. 3. 1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103.

113 BVerfG, 10. 1. 1995 – 1 BvF 1/90 – BVerfGE 92, 26.

114 BVerfG, 14. 11. 1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352.

115 BVerfG, 26. 3. 2014 – 1 BvR 3185/09 – NZA 2014, 493.

116 BAG, 22. 5. 2012 – 1 ABR 11/11 – AP Nr. 149 zu Art. 9 GG.

117 BVerfG, 1. 3. 1979 – 1 BvR 532 ua. – BVerfGE 50, 290 = NJW 1979, 699, 706.

Zunächst ist die Ausformungsbedürftigkeit nicht gleichbedeutend mit der Wesentlichkeitstheorie. Die Wesentlichkeitstheorie gilt zudem bekanntlich nicht im Privatrecht, weil es den Privatrechtsverkehr schlicht lähmen würde, müsste der Gesetzgeber alle zukünftigen Sachverhalte vorher regeln, nur weil sie grundrechtsintensiv sind.¹¹⁸

Zweitens ist die Funktionsfähigkeit der unmittelbaren Grundrechtswirkung im Privatrechtsverkehr gegenüber der Rechtssicherheit ein anderer, abzuwägender Verfassungsbelang. Mit anderen Worten genießt die Rechtssicherheit keinen unbedingten Vorrang vor der Grundrechtsverwirklichung. Dies zeichnet sich auch im Flashmob-Urteil sehr gut ab. Während das Gericht einerseits die Ausformungsbedürftigkeit von Art. 9 Abs. 3 GG betonte, leitete sie das Recht auf einen gewerkschaftlich getragenen Flashmob im konkreten Fall aus Art. 9 Abs. 3 GG ab bzw. ordnete das Verhalten dem Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG zu.¹¹⁹

Die Ausformungsbedürftigkeit steht somit der unmittelbaren Drittwirkung nicht entgegen. Der Umstand, dass eine einfachgesetzliche Regelung mehr an Rechtssicherheit bedeutet, ändert hieran nichts.

bb) Die Duldungspflicht als Normkonkretisierung

Besteht das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung nicht, stellt sich im nächsten Schritt die Frage, wie die Duldungspflicht aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG abgeleitet werden kann.

Ua. *Säcker* verlangt einen judikativen oder legislativen Umformungs- oder Konkretisierungsprozess.¹²⁰ Die theoretischen Begriffe bedürften der Erfassung in empirisch deskriptiven Begriffen. Damit endet er zwangsläufig bei den unbestimmten Begriffen des Verfassungsrechts im Richterrecht. Ausgehend von der Ausgestaltungsbedürftigkeit des Art. 9 Abs. 3 GG zog das BAG hinsichtlich des Zutrittsrechts der Gewerkschaften den Schluss, dass in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung der Richter das Recht setzen müsse.¹²¹

Das erscheint unnötig. Eigentlich liefert Art. 9 Abs. 3 GG von seiner rechtlichen Aussage bereits alles, was erforderlich ist. Der Rechtsprechung ist zuzugeben, dass Art. 9 Abs. 3 GG sich nicht explizit zu einem solchen Recht äußert. Typisch für ein Grundrecht kommt sein konkreter Gehalt in Form seines Schutzbereichs erst im Zusammenspiel mit dem jeweiligen Sachverhalt und dem möglichen

Eingriffsverhalten zum Vorschein. Für die unmittelbare Wirkung in Form der Realisierung der Abwehrfunktion der Grundrechte führt das Verhalten des Grundrechtsverpflichteten zu einem Eingriff, der wiederum gerechtfertigt sein kann.

An dieser Stelle geht das Gericht jedoch vorschnell über die Möglichkeit der Normkonkretisierung hinweg.¹²² Denn in dem Moment, wo im Wege der Normkonkretisierung eine Rechtsfolge für den konkreten Fall abgeleitet werden kann, besteht keine Lücke. Folgt die Normkonkretisierung unmittelbar der Verfassungsnorm, bedarf es nicht des Umwegs über die Schutzpflicht. Art. 9 Abs. 3 GG gewährt vielmehr unmittelbar das konkretisierte Recht.

Das Grundproblem dieser Rechtsprechung besteht in ihren Bausteinen und dem daraus gezogenen Schluss, denn das Gericht betont das aus Art. 9 Abs. 3 GG folgende Recht auf Mitgliederwerbung, die Rechtsposition des Arbeitgebers und das Erfordernis der Einzelfallprüfung.¹²³ Diese Prüfungspunkte spiegeln eine typische Abwägung wider. Am Ende der Prüfung steht das Ergebnis, dass die Gewerkschaft in der konkreten Form entweder ein Recht auf Zutritt hat oder eben nicht. Dazu bedarf es keiner Rechtsfortbildung. Der Rechtssatz kann Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG unmittelbar entnommen werden.

Schwierigkeiten hat diese Annahme nur dort, wo die Details des Zutrittsrechts durch die Rechtsprechung geklärt werden müssen. Muss vor Betreten der Betriebsinhaber informiert werden?¹²⁴ In welchen Abständen darf das Betretensrecht ausgeübt werden?¹²⁵ Welche Bedeutung hat der Betriebsrat in diesem Zusammenhang?¹²⁶ Nur weil in diesen Fällen wichtige, ungeschriebene Regeln für das Betretensrecht herausgearbeitet wur-

118 BGH, 24.10.1990 – XII ZR 101/89 – NJW 1991, 1549; BVerfG, 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103; vgl. auch BGH, 26.11.2015 – I ZR 174/14 – BGHZ 208, 82 = GRUR 2016, 268, 276.

119 BVerfG, 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 – NZA 2014, 493, 494.

120 *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit (Fn. 19), S. 102.

121 BAG, 22.5.2012 – 1 ABR 11/11 – AP Nr. 149 zu Art. 9 GG; BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 179/09 – AP Nr. 142 zu Art. 9 GG.

122 *Däubler*, Gewerkschaftsrecht im Betrieb (Fn. 11), Rn. 269a, der keinen Unterschied zwischen Normkonkretisierung und Rechtsfortbildung sieht.

123 BAG, 22.5.2012 – 1 ABR 11/11 – AP Nr. 149 zu Art. 9 GG, Rn. 22.

124 BAG, 28.2.2006 – 1 AZR 460/04 – AP Nr. 127 zu Art. 9 GG = NZA 2006, 798, 803.

125 BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 179/09 – AP Nr. 142 zu Art. 9 GG = NZA 2010, 1365, 1368.

126 BAG, 22.5.2012 – 1 ABR 11/11 – AP Nr. 149 zu Art. 9 GG.

den, muss man indes nicht zwangsläufig von Richterrecht sprechen.¹²⁷ Da die Regeln im Wege der Auslegung der sowie der Abwägung der widerstreitenden Interessen gewonnen werden können und innerhalb des Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG liegen, sprechen in diesen Fällen die besseren Argumente für eine Normkonkretisierung.

Im Rahmen der Entscheidung zum gewerkschaftlichen Zutrittsrecht zu kirchlichen Einrichtungen vom 17. Februar 1981 betonte allerdings auch der 2. Senat des BVerfG, dass es an einem Gesetz iSv. Art. 137 Abs. 3 WRV fehle und insbesondere Art. 9 Abs. 3 GG zwar ein Gesetz mit unmittelbarer Drittwirkung sei, ein Zutrittsrecht jedoch nicht von seinem Wortlaut her enthalte.¹²⁸ Wiederum monierte das Gericht, es sei Sache des Gesetzgebers, die Tragweite der Koalitionsfreiheit zu bestimmen und die Befugnisse der Koalitionen auszugestalten und zu regeln. Das überzeugt in methodischer Sicht nicht und erklärt sich nur aus der damals verwendeten Kernbereichsformel als Inhaltsbestimmung des Schutzbereichs. Auf der Grundlage der heutigen Dogmatik des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG enthält der Schutzbereich diese Befugnis.

Die Betonung des Richterrechts ergibt daher Sinn, wenn man sich vor Augen führt, dass die Kernbereichsformel nur den Bereich für geschützt erklärt hat, der für die koalitionspezifische Betätigung unerlässlich war. Außerhalb dieses Raums bedurfte es der Rechtsfortbildung. Es wirkt daher nicht Wunder, dass sich etwa in der Entscheidung des BVerfG zum Mitbestimmungsgesetz die Betonung des Kernbereichs und die historische Verankerung im Freiheitsrecht die Waage halten.¹²⁹

Für eine umfassende Theorie der unmittelbaren Drittwirkung und die Inhaltsbestimmung ist die Aufgabe der Kernbereichsformel daher von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Ein Großteil des Richterrechts wanderte unmittelbar in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG.

Im Zusammenhang mit der Klarstellung der Kernbereichsformel betonte das BVerfG, dass es vorrangig darum gehe, dass die Fachgerichte die Bedeutung des Art. 9 Abs. 3 GG bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Privatrechts Rechnung tragen sollten.¹³⁰ Die Ausführungen sind allerdings vor dem Hintergrund des Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts zu verstehen. Da es in dem Fall um die Rechtmäßigkeit einer Abmahnung wegen Werbens für eine Gewerkschaft ging, fehlte keine Regelung. Die Verletzung von Art. 9 Abs. 3 GG

durch die Auslegung des BAG stellt das BVerfG gleichwohl fest.

Praktisch mag Normkonkretisierung und Richterrecht wenig trennen. Für die Integrationskraft des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG macht es jedoch einen erheblichen Unterschied, ob die Befugnis von einer richterlichen Transformation abhängt. Zum Richterrecht gehören nur solche Regeln, die auch durch ein Gericht ausgesprochen wurden. Die Geltungskraft des Richterrechts folgt nur zu einem Teil aus dem Recht, aus dem es abgeleitet wurde. Zum anderen Teil legitimiert sich das Richterrecht auch gerade über die Person und die Funktion des Richters.¹³¹ Der Inhalt von Art. 9 Abs. 3 GG liegt hingegen nicht in der Hand des Richters. Nach Art. 20 Abs. 3 GG müssen die Gerichte das Recht anwenden. Im Fall von Art. 9 Abs. 3 GG bedeutet dies, dass die Norm anhand des Einzelfalls zu verwirklichen ist.

cc) Der Inhalt der Duldungspflicht

Besteht somit nicht das Erfordernis von Richterrecht, kann zu der Frage übergegangen werden, wann eine Duldungspflicht besteht.

Kontur erlangt das Merkmal der Rechtswidrigkeit hier im Kontext der allgemeinen Grundrechtsdogmatik. Die Zuordnung konkreter Verhaltensweisen zu Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG und der Schutz vor Eingriffen anderer decken sich mit der grundrechtlichen Einordnung der herrschenden Meinung zum *status negativus* des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG. Das BAG und das BVerfG betonen, dass Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ein Freiheitsrecht sei.¹³² Diese Facette wird besonders deutlich im Tarifvertragsrecht. Der Staat enthält sich grundsätzlich eines Eingriffs sowie (nahezu) jeder Regelung für tarifvertragliche Inhalte.

Schützt das Freiheitsrecht unmittelbar die Freiheit zu bestimmten Handlungen, impliziert das im System weitergehende Duldungspflichten. Jedes Recht zu seiner Hand-

127 Vgl. zu den Unterschieden, *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004 (zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., Habil-Schr. 2003), S. 124 ff.

128 BVerfG, 17. 2. 1981 – 2 BvR 384/78 – BVerfGE 57, 220, 245 f.

129 BVerfG, 1. 3. 1979 – 1 BvR 532 ua. – BVerfGE 50, 290 = NJW 1979, 699, 708, wo bereits die Rede von »Konkretisierung« ist.

130 BVerfG, 14. 11. 1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352, 360.

131 *Coing/Honsell*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Köln 2004, Einl. zum BGB Rn. 224.

132 BAG, 20. 11. 2018 – 1 AZR 189/17 – NZA 2019, 402, 405; LAG Köln, 14. 6. 1996 – 4 Sa 177/96 – AP Nr. 149 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; grundlegend: BVerfG, 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51 – BVerfGE 7, 198.

lung in fremden Interessenkreisen korreliert mit einer Pflicht zur Duldung dieser Handlung. Somit kommt es grundsätzlich auf das Verhalten der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalition an. Dieses Verhalten erlaubt die Schutzbereichsprüfung durch die Gerichte. Fällt das Verhalten in den Schutzbereich, wirkt Art. 9 Abs. 3 GG unmittelbar im Privatrecht. Dulden bedeutet daher das Unterlassen von nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigten Eingriffen.

(3) Leistungsrechte

Auf einem anderen Blatt Papier steht die Gewinnung von Leistungsrechten gegenüber dem nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG Verpflichteten. Duldungs- und Unterlassungsansprüche sind bereits durch die Abwehrfunktion vorgezeichnet. In seiner Entscheidung vom 14. Februar 1967 betonte das BAG etwa, dass Art. 9 Abs. 3 GG Grundlage für Ansprüche sein kann.¹³³

i. Der status negativus

Diese Frage ist mit der Fortentwicklung des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG als Freiheitsgrundrecht verbunden. Allein in der Abwehr wird sich der Regelungsgehalt des Grundrechts schwerlich erschöpfen. *Scholz* umschreibt die Wirkung von Art. 9 Abs. 3 GG mit »soziales Schutzrecht«, das eine Ausprägung des Sozialstaatsprinzips sei.¹³⁴ Art. 9 Abs. 3 GG sei ein liberal verfasstes Freiheitsrecht mit sozialer Zwecksetzung.¹³⁵ Etwas passender wäre es von einem absolut verfassten Freiheitsrecht mit sozialer Zweckrichtung zu sprechen.

Insbesondere *Scholz* hat sich gegen die Ableitung eines Teilhaberechts aus Art. 9 Abs. 3 GG gewandt.¹³⁶ Im Hinblick auf den durch den Staat offengelassenen Raum für die Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens mag dies für die staatliche Neutralität ohne Weiteres zutreffen. Auch im Hinblick auf Teilhabe an staatlichen Funktionen mag dies gelten. Für diese Aussage genügt es aber, auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG abzustellen. Die Rechtswirkung im Privatrecht nach Satz 2 wird damit nicht zwangsläufig vorgeprägt. Die Koalitionen sind gerade diejenigen, die fern dieser Neutralität um die Arbeitsbedingungen kämpfen.

Die Formulierung von Satz 2 legt es gleichwohl nahe, dass Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG in erster Linie vor Beeinträchtigungen geschützt werden soll. Damit überträgt Satz 2 die klassische Funktion des Freiheitsrechts als Abwehrrecht auf den Privatrechtsverkehr. Geht man dieses Gedanken

weiter, lässt sich die klassische Frage der Grundrechtstheorie nach der Gewinnung von Leistungsrechten aus Abwehrrechten ebenfalls in den Privatrechtsverkehr verlagern.¹³⁷

ii. Unterlassen als Eingriff

Denkbar wäre ein allgemeiner Ansatz über Satz 2 dergestalt, dass man das Unterlassen von Handlungen zu einem Eingriff in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG hinwendet. Dieser Gedanke ist bei den Schutzpflichten mittlerweile anerkannt. Im Bürgerlichen Recht erscheint dies wegen Art. 1 Abs. 3 GG nicht erfolgsversprechend. Wenn dann müssten diese verfassungsrechtlichen Pflichten ihrerseits aus Art. 9 Abs. 3 GG folgen, weil eben nur dieses Grundrecht unmittelbare Drittwirkung hat.

An dieser Stelle dreht sich daher die Perspektive im Vergleich zu den Ausführungen zum subjektiven Privatrecht und zur Duldungspflicht schlicht um. Denn nunmehr trägt die Rechtswidrigkeit des Verhaltens weitergehende Leistungspflichten in einem Großteil des Arbeitslebens nicht mehr. Leistungspflichten zugunsten des aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG Berechtigten bedürfen der richterrechtlichen Anerkennung.

(4) Das Verhältnis zum einfach-gesetzlichen Schutz

Allein aus der Existenz von Satz 2 folgert etwa *Linsenmaier*, dass Art. 9 Abs. 3 GG somit zu einem integralen Bestandteil des Zivilrechts mit eigenem Tatbestand und Rechtsfolge wird.¹³⁸

Die Rechtsfolgen nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG sind nach der herrschenden Meinung nicht abschließend. Besonders deutlich wird dies im Zusammenhang mit dem Anspruch aus § 1004 BGB analog. Für das BAG ist insbesondere ein Unterlassungsanspruch gegen Abreden dann gegeben, wenn die Abreden aufgrund ihres erklärten Geltungsan-

¹³³ BAG, 14. 2. 1967 – 1 AZR 494/65 – AP Nr. 10 zu Art. 9 GG = NJW 1967, 843, 843 f.; zum Problem: *Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, Berlin 2000 (zugl. Jena, Univ., Diss. 1999), S. 199 ff.; *Klocke*, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen, Tübingen 2016 (zugl. Halle, Univ., Habilitationsschr. 2014), S. 250 ff.

¹³⁴ Maunz/Dürig-Scholz, GG (Fn. 19), Art. 9 Rn. 155.

¹³⁵ Maunz/Dürig-Scholz, GG (Fn. 19), Art. 9 Rn. 157.

¹³⁶ HbStR-Scholz (Fn. 1), § 175 Rn. 42; zur Schutzpflicht: *Dreier-Bauer*, GG (Fn. 47), Art. 9 Rn. 102.

¹³⁷ *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 42; *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2. Aufl., Karlsruhe 1972.

¹³⁸ ErfK-Linsenmaier (Fn. 16), Art. 9 GG Rn. 43.

spruchs faktisch an die Stelle der tariflichen Regelung treten.¹³⁹ Damit wird ein durch die kollektive Koalitionsfreiheit geschütztes Ergebnis durch einfaches Gesetzesrecht geschützt.

Dieses Vorgehen ist gewiss richtig. Das Zivilrecht wird im Spiegel der mittelbaren Drittwirkung in aller Regel Positionen schützen, die nach dem Grundgesetz Schutz erhalten. Doch handelt es sich eben um mittelbare Drittwirkung. Ob Art. 9 Abs. 3 S.2 GG eigene justiziable Rechtsfolgen enthält, fällt auf diesem Weg unter den Tisch. Das BAG geht dabei wohl davon aus, dass der Wortlaut des Verbots selbst keinen Unterlassungsanspruch enthält, sondern sich in der Bewertung »rechtswidrig« erschöpft.

Deutlicher wird das Problem, führt man sich vor Augen, dass die Rechtsprechung und herrschende Meinung im Falle der Nichtigkeit auf § 134 BGB zurückgreifen.¹⁴⁰ Die Regelung wird gemeinhin als Verbotsgesetz eingeordnet.¹⁴¹

Das geschieht ohne Not. Art. 9 Abs. 3 S.2 GG enthält eine eindeutige Rechtsfolge. In seiner Entscheidung zur Mitgliedschaft auf Dauer zitierte das Gericht denn auch § 134 BGB nicht und folgerte die Nichtigkeit aus Art. 9 Abs. 3 S.2 GG direkt.¹⁴²

Der Rückgriff auf § 134 BGB ist auch nicht wegen der Grundsätze des Umgehungsgeschäfts oder im Hinblick auf die besonderen Umstände der Vornahme des Rechtsgeschäfts erforderlich.¹⁴³ Art. 9 Abs. 3 S.2 Var. 1 GG kann diese Fälle erfassen, interpretiert man den Tatbestand objektiv.

Geht man hiervon aus und geht man zu der These aus der älteren Rechtsprechung des BAG zurück, Art. 9 Abs. 3 GG könne selbst die Grundlage von Rechten¹⁴⁴ sein, stellt sich die Frage, wie die verfassungsrechtlichen Rechtsfolgen im Hinblick auf den einfachgesetzlichen Schutz positioniert werden können.

Dabei ist für die Praxis weniger von Bedeutung, ob die Duldungspflicht über §§ 1004, 823 BGB vermittelt wird oder durch Art. 9 Abs. 3 S.2 GG. Für die Praxis kann das Verhältnis von Art. 9 Abs. 3 S.2 GG aber dann von Bedeutung werden, wenn das einfachgesetzliche Recht keine Antwort enthält oder sogar im Umkehrschluss eine Frage, die für die Grundrechtsverwirklichung von Bedeutung ist, verneinen würde.

Anschaulich wird dieses Problem im Verhältnis von Art. 9 Abs. 3 GG zum BetrVG. Art. 9 Abs. 3 S.2 GG überschattet und ergänzt nämlich die speziellen Regelungen

des BetrVG. Bereits 1981 hat das BVerfG die Frage des Verhältnisses von BetrVG und Art. 9 Abs. 3 GG aufgeworfen, den Schwerpunkt der Argumentation aber auf die Tendenzeigenschaft des Betriebs und § 118 BetrVG gelegt.¹⁴⁵ 2006 hat das Gericht auf der Grundlage der weiten Schutzbereichsbestimmung dann ein Zutrittsrecht der betriebsfremden Gewerkschaft neben § 2 Abs. 2 BetrVG bejaht.¹⁴⁶ Bemerkenswert an dieser Entscheidung sind zwei Punkte. Zum einen zog das Gericht nicht den Umkehrschluss aus § 2 Abs. 2 BetrVG und entnahm der Regelung die Versagung des Zutritts von betriebsfremden Gewerkschaften, zum anderen sollte Art. 9 Abs. 3 S.1 GG nicht selbst die Grundlage des Zutrittsrechts sein.

Der zweite Punkt ist auf der Grundlage der bislang gefundenen Ergebnisse nachdrücklich abzulehnen. Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 S.1 GG enthält den Zutritt zu Betrieben zum Zwecke der Mitgliederwerbung.¹⁴⁷ Stehen dem Zutritt keine vorrangigen Verfassungsbelange entgegen, muss der Betriebsinhaber den Zutritt dulden. Eine Versagung des Zutritts wäre rechtswidrig. Auf eine Rechtsfortbildung kommt es nicht an. Daher ist auch der Fundamentalkritik von *Richardi* an der Entscheidung wegen der Rechtsfortbildung nicht zu folgen.¹⁴⁸ Den Anforderungen des Verfassungsrechts an das Bestehen einer Regelung kann nach den oben gemachten Ausführungen eine Verfassungsnorm auch gerecht werden.

139 Nummehr st. Rspr., BAG, 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 – AP Nr. 89 zu Art. 9 GG; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 473/09 – AP Nr. 148 zu Art. 9 GG; BAG, 7.6.2017 – 1 ABR 32/15 – AP Nr. 152 zu Art. 9 GG.

140 BAG, 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 – AP Nr. 38 zu § 3 TVG; BAG, 18.05.2011 – 4 AZR 457/09 – AP Nr. 15 zu § 3 TVG Verbandsaustritt; HWK-*Hergenröder* (Fn. 37), Art. 9 Rn. 93; aA.: *Hensche*, NZA 2009, 815, 820.

141 *Giesen*, Anm. zu BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 – AP Nr. 220 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

142 BAG, 19.9.2006 – 1 ABR 2/06 – AP Nr. 22 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; *Armbrüster*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 8. Aufl., München 2018, § 134 Rn. 33; ebenso: *ErfK-Linsenmaier* (Fn. 16), Art. 9 GG Rn. 47.

143 In diese Richtung wohl: BAG, 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 – AP Nr. 38 zu § 3 TVG = NZA 2008, 1366, 1371.

144 BAG, 14.2.1967 – 1 AZR 494/65 – AP Nr. 10 zu Art. 9 GG = NJW 1967, 843, 844.

145 BVerfG, 17.2.1981 – 2 BvR 384/78 – BVerfGE 57, 220.

146 BAG, 28.2.2006 – 1 AZR 460/04 – AP Nr. 127 zu Art. 9 GG = NZA 2006, 798, 800.

147 BAG, 28.2.2006 – 1 AZR 460/04 – AP Nr. 127 zu Art. 9 GG = NZA 2006, 798, 801 f.

148 *Richardi*, Anm. zu BAG, 28.2.2006 – 1 AZR 460/04 – AP Nr. 127 zu Art. 9 GG.

Umgekehrt macht es sich das Gericht sehr einfach, wenn es über § 2 Abs. 2 BetrVG unter Hinweis auf § 2 Abs. 3 BetrVG hinweggeht.¹⁴⁹ Nach § 2 Abs. 3 BetrVG berührt das BetrVG die Interessenwahrnehmung der Mitglieder durch die Koalitionen im Betrieb¹⁵⁰ nicht. Die Norm gewährt aber ihrerseits kein Recht der Koalitionen, in das betriebliche Geschehen einzugreifen.¹⁵¹ Das bedeutet aber auch, dass der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nur für im Betrieb vertretene Koalitionen gilt¹⁵², wobei sich aus anderen Regelungen, insbesondere kollidierenden Grundrechtspositionen, Grenzen ergeben können.

Demgegenüber wollte *Dieterich* sogar an § 2 Abs. 2 BetrVG ansetzen und dessen Voraussetzungen auf die Vorgaben von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG übertragen.¹⁵³ Denn sein Hauptkritikpunkt an der Entscheidung ist die fehlende Kontur der Rechtsfortbildung. Genau diesen Einwand kann die Befugnisgewinnung unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG entkräften, da die Gewinnung von konkreten Rechtspositionen aus Verfassungsnormen im Einzelfall auf eine Abwägung hinausläuft. Ein einfaches Gesetz kann zwar gegenüber Art. 9 Abs. 3 GG spezieller typische Fallscenarien regeln, oftmals wird aber auch hier eine Abwägung erforderlich sein, weil im Fall eines Zutrittsrechts eben stets auch die Art. 12, 14 GG auf der Seite des Betriebssinhabers tangiert sind.

Die Lösung dieser Konstellation ist vielmehr in der Normenhierarchie zu finden. Denn Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG geht als höherrangiges Recht § 2 Abs. 2 BetrVG und dessen systematischen Implikationen grundsätzlich vor. Ergibt die Abwägung auf der Ebene des Verfassungsrechts das Überwiegen der Gründe für ein Zutrittsrecht, vermag § 2 Abs. 2 BetrVG im Umkehrschluss keine Sperrwirkung mehr zu entfalten.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die verfassungsrechtliche Abwägung durch die Wahrnehmung einer Einschätzungsprärogative in Form von § 2 Abs. 2 BetrVG mit genau dieser negativen Wirkung entschieden werden sollte. Dafür fehlen aber alle Anhaltspunkte. § 2 Abs. 3 BetrVG-1976-E hat von seiner historischen Funktion her eine klarstellende Funktion.¹⁵⁴

Dessen ungeachtet gilt der Anwendungsvorrang des einfachen Rechts.¹⁵⁵ So steht § 2 Abs. 2 BetrVG unter dem Rang des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG, als spezielle Ausprägung der koalitionspezifischen Betätigung ist aber vorrangig auf diese Norm zurückzugreifen. Überall wo keine ein-

fachgesetzliche Norm besteht, aber der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG eröffnet ist, ist der Fall auch über Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zu lösen.

IV. Ergebnisse

Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG hat die Funktion, die Grundrechtsgeltung gegenüber Privaten sicherzustellen. In systematischer Hinsicht erweitert die Bestimmung die Verpflichtungsbestimmung nach Art. 1 Abs. 3 GG, in materieller Hinsicht setzt die Norm Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG fort.

Die unmittelbare Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 GG muss jedoch etwas anderes sein als die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten. Auch eine mittelbare unmittelbare Drittwirkung ist nur eine mittelbare Drittwirkung. Es kann nicht darauf ankommen, ob eine Generalklausel ausgelegt oder fortgebildet werden muss. Entscheidend ist vielmehr, dass bereits der Schutzbereich des Grundrechts gegenüber Privaten Rechtswirkung entfaltet.

Die unmittelbare Drittwirkung von Art. 9 Abs. 3 GG vollzieht sich daher anhand des Satzes 2. Art. 9 Abs. 3 GG verletzende Vereinbarungen sind unwirksam, ein auf eine Verletzung von Art. 9 Abs. 3 GG zielendes Verhalten ist widerrechtlich. Die Koalitionen haben somit grundsätzlich das Recht entsprechend der Zwecksetzung des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG jede koalitionspezifische Betätigung durchzuführen. Seine Grenze findet dieses Verfassungsrecht in den Grundrechtspositionen anderer Teilnehmer des Privatrechtsverkehrs. Wie weit der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG im Einzelfall verwirklicht werden kann, ist daher eine Abwägungsfrage.

Während die Befugnis zur unmittelbaren koalitionspezifischen Betätigung und damit korrelierend eine Duldungspflicht bereits aus Art. 9 Abs. 3 GG im Wege der Normkonkretisierung abgeleitet werden können, bedür-

149 BAG, 28.2.2006 – 1 AZR 460/04 – AP Nr. 127 zu Art. 9 GG = NZA 2006, 798, 801.

150 Hierzu: *Richardi/Maschmann*, in: *Richardi* (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz: Kommentar*, 16. Aufl., München 2018, § 2 Rn. 139.

151 *ErFK-Koch* (Fn. 16), § 2 BetrVG Rn. 3.

152 Vgl. *ErFK-Koch* (Fn. 16), § 2 BetrVG Rn. 3.

153 *Dieterich*, RdA 2007, 110, 113.

154 BT-Drs. VI/1786, S. 35.

155 Schoch/Schneider/*Bier-Wahl/Schütze*, *VwGO* (Fn. 89), § 42 Rn. 57.

fen weitergehende Rechte, in der Regel Leistungsrechte, richterlicher Rechtsfortbildung.

Geht man von diesen Grundlehren aus, zeichnet sich ein klares Bild von dem subjektiven Privatrecht in Art. 9 Abs. 3 GG ab. Es handelt sich um ein einheitliches Recht mit einer absoluten Wirkung. Sein exakter Rechtsinhalt lässt sich nicht von vornherein bestimmen. Was eine Koalition darf und was nicht, bedarf einer verfassungsrechtli-

chen Prüfung im Einzelfall. Abstrakt sind hier jedoch Gründungs-, Organisations- und Betätigungsfreiheit zugeordnet.¹⁵⁶ Letzterer folgt eine Duldungspflicht allerer, deren Belange hierhinter zurücktreten.

156 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – BVerfGE 146, 71 = NZA 2017, 915, 917; v. Danwitz, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, Heidelberg/Hamburg 2013, § 116 Rn. 67 ff.

Fritz Fabricius – ein Querdenker im Arbeitsrecht des 20. Jahrhunderts

Prof. Dr. Wolfhard Kohte, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Am 18. Mai 2019 war der 100. Geburtstag von *Fritz Fabricius*, der am 24. Februar 2006 im 87. Lebensjahr gestorben war.¹ Das ist eine passende Gelegenheit, anhand seines Lebenslaufs die Herausforderungen eines unabhängigen und selbstbestimmten Lebens im 20. Jahrhundert – und speziell im Arbeitsrecht des 20. Jahrhunderts – nachzuzeichnen.

I. Vom U-Boot zu Rechtsfragen des Weltfriedens

Fritz Fabricius wuchs in Nordenham an der Weser auf; auf das Abitur folgte der Wehrdienst, als die Entlassung anstand, begann der Weltkrieg. Er überlebte ihn am Ende als U-Boot-Kommandant, doch sollte man später von ihm – anders als von der Mehrzahl meiner »Stalingrad-Lehrer« am Gymnasium – keine Kriegsanekdoten hören. Bereits zum Wintersemester 1945/46 konnte er die Militärzeit hinter sich lassen und mit dem Studium der Rechtswissenschaft in Münster beginnen. Drei Jahre später war das Studium erfolgreich abgeschlossen.

Ein erster wichtiger Aufbruch erfolgte 1950. Seit 1949 wurden internationale Ferienkurse des City of London College im englischen und internationalen Recht durchgeführt. Zusammen mit seiner Ehefrau *Dr. Gisela Fabricius*, einer bereits damals promovierten Anglistin, nahm er als zweiter deutscher Student nach dem Krieg an diesem Kurs teil, der von *Clive Schmitthoff* gegründet und organisiert wurde. Dies war eine folgenreiche Begegnung. *Clive Schmitthoff* war 1903 in Berlin in einer jüdischen Anwaltsfamilie geboren worden. Zügig konnte er nach erfolgreichem Studium in Berlin bei *Martin Wolff* seine aktienrechtliche Promotion abschließen und veröffentlichen. Die nach seinen Leistungen und Fähigkeiten zu erwartende wissenschaftliche Laufbahn war ihm in Deutschland bald verwehrt; bereits im Sommer 1933 emigrierte er nach Großbritannien, wo er mit einem zweiten Start die erforderlichen Ausbildungsgänge mit großer Intensität absol-

vierte und bereits 1936 als Barrister zugelassen war. Er entwickelte sich zu einem der führenden Juristen im internationalen Kauf- und Handelsrecht.² Er gehörte zu den maßgeblichen Gestaltern des UN-Kaufrechts und gab den Anstoß zur Gründung der United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

Mit dieser Weltoffenheit setzte er ein klares Kontrastprogramm gegenüber den bisherigen deutschen Erfahrungen von *Fritz Fabricius*, das dieser engagiert aufnahm. 1953 und 1956 nahm er noch einmal am Ferienkurs teil; später wurde er von *Clive Schmitthoff* als Dozent für weitere Kurse gewonnen. Umgekehrt konnte *Fritz Fabricius* 1968, als er Dekan an der Ruhr-Universität Bochum war, erreichen, dass *Clive Schmitthoff* der erste Honorarprofessor an der Abteilung für Rechtswissenschaft der neu gegründeten Ruhr-Universität Bochum wurde.³ Dies war ein deutliches Alternativprogramm zu einigen der klassischen deutschen juristischen Fakultäten, die Abstand zu den Emigranten hielten.⁴

Maßgeblich und prägend war aber ihre inhaltliche Kooperation. *Clive Schmitthoff* hatte in seinen Texten zum internationalen Handelsrecht dieses in einen historischen und politischen Zusammenhang gestellt. Eine friedliche Koexistenz auf der Basis der Organisation eines international-rechtlich regulierten Wettbewerbs⁵ sei die einzige

1 Nachruf in *Kohte*, RdA 2006, 242.

2 Zu *Clive Schmitthoff*: *Leser*, JZ 1990, 1121; *Horn*, NJW 1991, 1399.

3 Die Universitäten Bielefeld und Marburg verliehen *Clive Schmitthoff* eine Ehrenpromotion.

4 Beispielhaft beschrieben vom jüdischen Rechtshistoriker *Guido Kisch*, bis 1933 Professor in Halle, der nach 1945 als Emigrant in den USA zunächst nur nach Lund, Utrecht und Basel eingeladen wurde, wo er als Ehrendozent Anerkennung fand – *Kisch*, *Der Lebensweg eines Rechtshistorikers*, Sigmaringen 1975, S. 168 ff. In Halle wurde er erst 1995 deutlich nach seinem Tod von einer neuen Fakultät geehrt. Sein Schreiben an den Hallenser Rektor im Jahr 1948, dass auch die Fakultät und die Universität Schritte zu Gunsten der unrechtmäßig entfernten Professoren unternehmen müssten, blieb unbeantwortet, dazu *Pauly* (Hrsg.), *Hallesche Rechtsgelehrte jüdischer Herkunft*, Köln ua. 1996, S. 116.

5 Darunter verstand *Clive Schmitthoff* nicht ein flaches shareholder-value-Denken. Ausführlich *Schmitthoff*, *Hastings Law Journal* 30 (1979), 1419 ff., abrufbar unter: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol30/iss5/10 (18.12.2019).

Alternative zur Destruktion der Staaten durch kriegerische Aktivitäten. Dies nahm *Fritz Fabricius* als ein grundlegendes Programm auf, das von Juristen aus West und Ost kooperativ entwickelt worden war. Er sah dort erste Ansätze einer internationalen Solidarität und nahm diese Entwicklung in seinem grundsätzlichen Beitrag »Internationales Handelsrecht und Weltfrieden«⁶ auf. Dieser Text hatte uns Studierende damals weniger beeindruckt, weil der Zusammenhang zwischen internationalem Handelsrecht und kriegerischen Konflikten für uns nicht auf der Hand lag. Heute ist dies einfacher: *Donald Trump* macht mit seinen diversen Aktivitäten selbst beim Lesen alltäglicher Nachrichten deutlich, dass auch internationales Handels- und Wirtschaftsrecht für die Sicherung von Frieden, der mehr als die Abwesenheit offenen Krieges ist, erforderlich ist. Dieser Weg vom U-Boot zu den Rechtsfragen des Weltfriedens ist der Rahmen, um die nationalen und internationalen arbeitsrechtlichen Aktivitäten von *Fritz Fabricius* nachzuvollziehen.

II. Der lange Abschied vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis

Mit der ersten großen Koalition 1966 begannen ernsthafte Pläne zur Kodifikation eines Arbeitsgesetzbuchs, die immerhin 1969 zu einem ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz führten, das den Weg zu einer einheitlichen Entgeltfortzahlung eröffnete. Im Rahmen dieser Vorfeldaktivitäten erteilte das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung *Fritz Fabricius*, der seit 1964 eine Professur an der Ruhr-Universität Bochum übernommen hatte, einen Gutachtenauftrag, die Kodifikation der Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis zu untersuchen und zu überprüfen, wie dieses Thema in einem künftigen Arbeitsgesetzbuch geregelt werden könne. In dem 1970 veröffentlichten Gutachten⁷ wird das methodische Programm direkt am Anfang offengelegt: Die Vorbereitung einer Kodifikation verlange zwar, die bisherige Dogmatik zur Kenntnis zu nehmen, es komme aber vor allem darauf an, die großen Linien und Wertungen aufzuzeigen, um auf dieser Basis Grundsätze für eine neue Kodifikation zu erarbeiten.

Damals stand die Lehre vom Individualarbeitsverhältnis noch im Banne des Dogmas des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses, das über mehr als 30 Jahre –

vor allem seit 1933 – entwickelt und durchgesetzt worden war. *Fritz Fabricius* setzte sich im Gutachten mit den Positionen vor allem von *Hueck* und *Nikisch* eingehend auseinander und zeigte auf, dass mit der Anerkennung der Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis eine neue Sichtweise des arbeitsrechtlichen Synallagma geboten ist. Weder ein schlichter punktueller Leistungsaustausch noch ein von Treue- und Fürsorgepflicht geprägtes Gemeinschaftsbild ist geeignet, das heutige Arbeitsverhältnis zu erfassen und zu regeln. Als Gegenposition arbeitete er heraus, dass das Arbeitsverhältnis als ein schuldrechtliches, auf den Austausch von Diensten gegen Entgelt angelegtes, sich stufenweise vollziehendes Organisationsverhältnis zu begreifen ist.⁸ Damit ist eine bis heute tragfähige Grundlage formuliert, um den schuldrechtlichen Austausch im Arbeitsverhältnis prozessbezogen zu erfassen und anstelle der Eingliederungslehre ein Organisationsverhältnis mit Organisationspflichten zu erfassen, mit denen vor allem auch das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten gesichert werden kann.

Im weiteren Verlauf des Gutachtens wird auf dieser Basis erarbeitet, dass die Beschäftigungspflicht notwendigerweise als wichtiger Bestandteil der Pflichten im Arbeitsverhältnis zu normieren ist. Intensiv wird die Betriebsrisikolehre diskutiert, von den gemeinschaftsrechtlichen Verschlackungen gereinigt und für eine Trennung zwischen der Risikotragung des Arbeitgebers für seine betrieblichen Tätigkeiten einerseits und einer Verteilung des Risikos des Arbeitskampfes nach eigenständigen Grundsätzen plädiert. Diese Trennung von Betriebsrisiko und Arbeitskampfisiko erscheint uns heute – unabhängig von strittigen Detailfragen – selbstverständlich.⁹

Vergleichbar werden auch die konkreten Regelungen in § 615 und § 616 BGB diskutiert. Hier soll nur auf § 616 BGB eingegangen werden. Auch diese Norm wird von Gemeinschafts- und Treuegedanken entschlackt; sie wird jetzt verstanden als eine Risikoverteilung bei Pflichtenkollisionen; sowohl Pflichten aus öffentlich-rechtlichen Lasten als auch Pflichten aus sozialem Normen werden als Tatbestände der Befreiung von der Leistungspflicht

⁶ *Fabricius*, FS Schmitthoff, 1973, S. 101 ff., 142 f.

⁷ *Fabricius*, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, Tübingen 1970.

⁸ *Fabricius*, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (Fn. 7), S. 20.

⁹ Grundlegend BAG, 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

verstanden; für das Arbeitsentgelt wird dagegen verlangt, dass die existenzsichernde Bedeutung des Arbeitslohns und die flankierenden Möglichkeiten des Sozialrechts beachtet werden. Nur wenig mehr als zehn Jahre später griff der Zweite Senat des BAG¹⁰ diese Passage auf, um die Leistungsbefreiung türkischer Arbeitnehmer von ihren Dienstpflichten bei einem großen Bochumer Stahlunternehmen wegen einer kurzzeitigen Einberufung zum Militärdienst zu legitimieren und auf diese Weise den Bestand der Arbeitsverhältnisse der Betroffenen zu sichern. Der Senat zog auch eine Parallele zur Konfliktregelung der Vereinbarkeit von Familienpflichten und Arbeit; bereits 1978 war in ersten Entscheidungen zur Leistungsbefreiung von Arbeitnehmerinnen bei Krankheit ihrer auf persönliche Betreuung angewiesener Kinder auf den Grundsatz der subjektiven Unzumutbarkeit Bezug genommen worden,¹¹ der im Gutachten ebenfalls entwickelt worden war.

Heute ist diese Argumentation durch die Schuldrechtsreform kodifiziert. § 275 Abs. 3 BGB hat eine solche Einrede der persönlichen Leistungsbefreiung bei subjektiven Pflichtenkollisionen normiert, mit denen diese auch persönlichkeitsrechtlich geforderte Konsequenz in den betrieblichen Alltag integriert wird.¹² Inzwischen ist diese Entwicklung auch in Rechtsprechung und Literatur überwiegend aufgenommen worden.¹³

Im Gutachten zu den Leistungsstörungen wies *Fritz Fabricius* werbend auf die damals entstandene und von ihm geförderte Arbeit seines Assistenten *Peter Schwerdtner* hin, der sich ausführlich mit dem Konflikt zwischen Entgelt- und Fürsorgetheorie befasst und für die Sicherung der Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten plädiert hatte.¹⁴ Dies war ein weiterer Baustein in der Kritik an dem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis, das damals vom Betriebsrentenrecht bis zum Urlaubsrecht auch neue Gesetze mit Inhalten aus autoritären Weltbildern durchzogen hatte. Wir hatten dies damals intensiv im arbeitsrechtlichen Seminar unter der Leitung von *Fritz Fabricius* diskutiert. In der Festschrift für *Peter Schwerdtner* konnte ich auf dieser Basis erläutern, wie durch das neue Unionsrecht ein Abschied von den bisherigen Vorstellungen im Urlaubsrecht ermöglicht werden kann.¹⁵ Inzwischen ist dieser Abschied durch die Rechtsprechung des EuGH¹⁶ und des BAG¹⁷ weitgehend vollzogen.

Der Überblick erweckt den Eindruck einer fast selbstverständlichen Entwicklung; in der Literatur heißt es inzwischen überwiegend relativ einfach, dass die Annah-

me eines persönlichkeitsrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses »überwunden« sei.¹⁸ Das ist im Ergebnis sicherlich zutreffend, aber eine so feste, langjährige und intensiv verflochtene¹⁹ herrschende Meinung sackt nicht von sich aus zusammen; ohne »quer denkende« und ausdauernde Kritik, die zunächst als wenig opportun angegriffen wird²⁰, lässt sich eine solche Entwicklung nicht in Gang bringen.

III. Eine marktwirtschaftliche Theorie der Mitbestimmung

Ab 1969 wurde sehr intensiv über eine Reform der Unternehmensmitbestimmung politisch und wissenschaftlich diskutiert. Die Mitbestimmungskommission gab einen grundlegenden Bericht und 1976 wurde schließlich das Mitbestimmungsgesetz verabschiedet. Dies war eine Gelegenheit für eine umfassende wissenschaftliche und praktische Arbeit. *Fritz Fabricius* übernahm als alleiniger Herausgeber die Kommentierung im Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) und sicherte sich selbst die grundlegende und grundsätzliche Einleitung zu dieser Kommentierung. Er ging von der Prämisse aus, dass bei einem so grundsätzlich angelegten Gesetz bereits die Prinzipien, auf denen das Gesetz beruht, für die Kommentierung die wissenschaftliche Arbeit fruchtbar gemacht werden müssen, denn solche Rechtsnormen seien in bestimmte Formen gegossene politische

10 BAG, 22. 12. 1982 – 2 AZR 282/82 – AP Nr. 23 zu § 123 BGB = NJW 1983, 2782, 2784.

11 Deutlich vor allem *Herschel*, Anm. zu BAG, 19. 4. 1978 – 5 AZR 834/76 – AP Nr. 48 zu § 616 BGB.

12 Ausführlich *Kohte*, in: Fischer (Hrsg.), *Moderne Zivilrechtsformen und ihre Wirkungen*, Baden-Baden 2006, S. 85, 89 ff.

13 So zB. LAG Hamm, 27.8.2007 – 6 Sa 751/07 – juris; *Nebe*, in: Düwell/Göhle-Sander/Kohte (Hrsg.), *juris Praxiskommentar – Vereinbarkeit von Familie und Beruf*, Saarbrücken 2009, Kap. 3.1. Rn. 20 ff. sowie *Nebe*, *JurPR-ArbR* 36/2009 Anm. 1; *Preis*, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20. Aufl., München 2020, § 611a BGB Rn. 686.

14 *Schwerdtner*, *Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen*, Heidelberg 1970; dazu ausführlich *Fem*, *AuR* 1971, 321 ff.; vgl. auch *Hanau*, *FS Schwerdtner*, 2003, S. 67 ff.

15 *Kohte*, *FS Schwerdtner*, 2003, S. 99, 112 ff.

16 EuGH, 6. 11. 2018 – C-619/16 – NZA 2018, 1612 (Kreuziger); dazu *Kohte*, *JurisPR-ArbR* 1/2019 Anm. 2.

17 BAG, 19. 2. 2019 – 9 AZR 423/16 – AP Nr. 83 zu § 7 BUrlG.

18 So für viele *Linck*, in: *Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch*, 18. Aufl., München 2019, § 29 Rn. 6.

19 Dazu nur *Wahsner*, *KJ* 1974, 369 ff.

20 Dazu nur *Buchner*, *RdA* 1970, 214 ff.

Wertentscheidungen²¹. Im Regierungsentwurf war als Grundprinzip postuliert worden, dass das Gesetz von der Gleichberechtigung und Gleichgewichtung von Kapital und Arbeit ausgeht.²² In ähnlicher Prinzipienorientierung hatte die Mitbestimmungskommission ebenso auf den Grundsatz der Gleichberechtigung von Kapital und Arbeit sowie auf die Bedeutung der Menschenwürde Bezug genommen.²³

Für das Prinzip der Gleichberechtigung von Kapital und Arbeit hatte die Regierung in der Gesetzesbegründung keine weiteren normativen Bezugspunkte genannt, so dass *Fritz Fabricius* die Gelegenheit hatte, frühere grundsätzliche Überlegungen²⁴ aufzunehmen und zu vertiefen. Als Ansatzpunkt sah er hier die Grundlagen der Marktwirtschaft, die zunächst auf dem Eigentum an Produktionsmitteln beruht, das allerdings ungleich verteilt ist. In den grundlegenden Texten der Aufklärung, vor allem aus Großbritannien, wurden Freiheit und Gleichheit der Beteiligten in den Mittelpunkt gestellt; da die Arbeit ein kollektiver Prozess ist, sei der maßgebliche Grundsatz: »Arbeit führt zu Eigentum des Arbeiters am Produkt seiner Arbeit.«²⁵

Eine solche Eigentumsverteilung hat das Mitbestimmungsgesetz allerdings nicht normiert, sodass für *Fritz Fabricius* die Konsequenz war, dass angesichts der mangelnden Beachtung des Grundrechts des Arbeitnehmers auf Eigentum an den Produkten seiner Arbeit den Arbeitnehmers zumindest eine paritätische Mitbestimmung zustehen müsse. Da es sich hier um einen kollektiven Handlungsprozess handele, könnten auch die Gewerkschaften an der Ausübung dieses Rechts zu beteiligen seien.²⁶

Auf dieser Basis seien dann auch die weiteren konkreten Umsetzungsentscheidungen zu treffen. Sein langjähriger Mitstreiter *Peter-Hubert Naendrup* übernahm in der Kommentierung zu § 25 MitbestG die Aufgabe, die konkreten gesellschaftsrechtlichen Umsetzungsschritte zu diskutieren.²⁷ Gelegenheit zu forensischer Klärung folgte bald, weil große Unternehmen mit gesellschaftsrechtlichen Beschlüssen im Aufsichtsrat und in der Hauptversammlung versuchten, den Grundsatz der paritätischen Mitbestimmung abzuschwächen. Letztlich entschied der BGH 1982, dass das Prinzip der paritätischen Mitbestimmung – allerdings mit den diversen Kompromissen innerhalb des Gesetzes – auch im gesellschaftsrechtlichen Alltag umgesetzt werden müsse.²⁸ Natürlich nutzte *Fritz Fabricius* auch

die Gelegenheit, in diesem Gesetz die mitbestimmungsrechtliche Stellung des Kapitäns in der Seeschifffahrt zu klären.²⁹ In der weiteren fachlichen Diskussion konnte er auch Dissertationen anregen, die diese Grundsätze näher konkretisierten.³⁰ Vor allem aber setzte er selbst die fachliche Arbeit fort; der Bericht der Unternehmensreformkommission gab ihm Gelegenheit, seine Theorie zu verdeutlichen³¹ und in der Folgediskussion diese Grundsätze weiter auszuarbeiten³².

Er stand mit dieser Methodik nicht allein; fast zeitgleich veröffentlichte *Wolfgang Däubler* sein Grundsatzwerk zum Grundrecht auf Mitbestimmung, das allerdings mit deutlich anderer Schwerpunktsetzung dem Tarifvertrag die Schlüsselrolle zur Gestaltung des Mitbestimmungsrechts zuwies.³³ Aber auch in Bochum fanden prinzipielle Diskussionen zum Recht der Unternehmensmitbestimmung statt, wie die Arbeiten seiner Fakultätskollegen *Kurt Biedenkopf*³⁴ und *Marcus Lutter*³⁵ dokumentieren. In Anlehnung an ein bekanntes Diktum könnte man sagen, dass dem Aufbruch von 1969 auch ein weiterer Aufbruch »Mehr Wissenschaft wagen« folgte. Wissenschaftliche Pluralität innerhalb einer Fakultät erwies sich als anregend für alle Beteiligten.

21 *Fabricius*, in: *Fabricius* (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz*, Neuwied 1977 (im Folgenden: *GK-MitbestG*), Einl. I Rn. 5.

22 BT-Drs. 7/2172, S. 1, 17.

23 BT-Drs. VI/334; *Biedenkopf*, RdA 1970, 129 ff.

24 *Fabricius*, *Mitbestimmung in der Wirtschaft*, Frankfurt aM. 1970; *Fabricius*, FS Fechner, 1973, S. 171 ff.

25 *GK-MitbestG-Fabricius* (Fn. 21), Einl. I Rn. 216 ff., 359, 415.

26 *Fabricius*, *Mitbestimmung in der Wirtschaft* (Fn. 24), S. 71; insgesamt steht aber für die Gewerkschaften und die Flächentarifverträge nur ein geringer Platz in seinem Modell zur Verfügung.

27 *GK-MitbestG-Naendrup* (Fn. 21), § 25 Rn. 59 ff. und *Naendrup*, AuR 1977, 225 ff.

28 BGH, 25. 2. 1982 – II ZR 123/81 – BGHZ 83, 106 ff.; BGH, 25. 2. 1982 – II ZR 102/81 – BGHZ 83, 144 ff.

29 *GK-MitbestG-Fabricius* (Fn. 21), § 34 Rn. 44 ff.

30 *Decker*, *Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Unternehmen*, Berlin 1980 (zugl. Bochum, Univ., Diss. 1980); *Cottmann*, *Rechtstheoretische Grundlagen der Regelungen über die Vergütung von Arbeitsleistungen*, Berlin 1982 (zugl. Bochum, Univ., Diss. 1981).

31 *Fabricius*, *Unternehmensrechtsreform und Mitbestimmung*, Stuttgart ua. 1982.

32 *Fabricius*, BB 1986, 881 ff.

33 *Däubler*, *Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten*, Frankfurt aM. 1973.

34 ZB. *Biedenkopf*, RdA 1970, 129 ff.

35 *Lutter*, FS Coing, Bd. I, 1982, S. 565, 570 ff.

IV. Wirtschaftliche Transparenz auch in der Betriebsverfassung

Mit der ausführlich begründeten Theorie der Unternehmensmitbestimmung war auch die Grundlage geschaffen, um in sechs Auflagen innerhalb von 20 Jahren Fragen der wirtschaftlichen Mitbestimmung im BetrVG ausführlich zu kommentieren. Fragen der Betriebsverfassung spielten für *Fritz Fabricius* bereits früh eine beachtliche Rolle. Von 1953 bis 1955 war er als Assistent an der damals von der Universität Münster betriebenen Sozialforschungsstelle in Dortmund tätig; arbeitsrechtliche Themen wurden vor allem von *Gerhard Boldt* bearbeitet, der damals in einem montanmitbestimmten Bergbauunternehmen tätig war und direkt von dort zum Richter am Bundesarbeitsgericht 1955 und zum Vorsitzenden Richter am Fünften Senat 1959 berufen wurde.³⁶ Der Auf- und Umbau der damaligen Montanunternehmen erforderte eine intensive Umgestaltung dieser bis 1945 streng militaristisch organisierten Betriebe.³⁷ Gerade die Arbeitsdirektoren und die Montanmitbestimmung spielten hier eine wesentliche Rolle. Diese Verbindung zu den praktischen Erfahrungen im Bergbau und zu *Gerhard Boldt* blieben über lange Jahre stabil, wie eine 1982 veröffentlichte Arbeit³⁸ dokumentiert, mit der der Sachverhalt einer damals aktuellen BAG-Entscheidung³⁹ grundlegend vertieft und mitbestimmungs- und organisationsrechtlich ausgewertet wurde. Noch intensiver wurde die Empirie der Betriebsverfassung zwischen 1976 und 1979 in einem deutsch-britischen Forschungsprojekt untersucht und ausgewertet.⁴⁰

Erste prinzipielle Überlegungen zur Betriebsverfassung fanden sich bereits 1963 in der Habilitationsschrift zur Relativität der Rechtsfähigkeit. Neben den Auswirkungen seiner Thesen auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und den nicht-rechtsfähigen Verein diskutierte er den Status von Belegschaft und Betriebsrat. Im Anschluss an knappe Aussagen von *Sinzheimer* sah er Belegschaft und Betriebsrat als teilrechtsfähige Einheiten, weil nur auf diese Weise eine gleichberechtigte Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten gegenüber dem umfassend organisierten Arbeitgeber möglich sei.⁴¹

Intensive Gelegenheit zur Konkretisierung und Präzisierung dieser Fragen stellten sich, als *Fritz Fabricius* zusammen mit *Kraft*, *Wiese* und *Thiele* nach 1972 einen Gemeinschaftskommentar zum BetrVG auf den Markt brachte, mit dem das neue BetrVG mit neuer Konzeption

ausgelegt und konkretisiert werden sollte. Dies war auch geboten, denn in der Kommentarliteratur zum BetrVG 1952 hatten bekannte Autoren Schwierigkeiten, einen umfassenden Abschied von den Wertungen des AOG aus dem Jahr 1934 zu nehmen.⁴²

Fritz Fabricius hatte vor allem die Kommentierung der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten übernommen und dort seine Überlegungen zur Teilrechtsfähigkeit weiter konkretisiert. Er sah in dem Wirtschaftsausschuss einen teilrechtsfähigen Ausschuss⁴³ mit einer eigenständigen Zuständigkeit zur Beratung wirtschaftlicher Angelegenheiten, den er gegen Restriktionen der Literatur und Rechtspolitik verteidigte, die die Beratung wirtschaftlicher Angelegenheiten nach Möglichkeit in den Aufsichtsrat abdrängen wollten. Auf dieser Basis plädierte er für eine kommunikationsfreundliche Auslegung von § 106 Abs. 3 BetrVG, vor allem des Auffangtatbestandes in § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG, und der Information in globalen Konzernen. Folgerichtig befürwortete er in Unternehmen mit weniger als 100 Arbeitnehmern, dass dort die gemäß § 106 BetrVG bestehenden Pflichten, da kein Wirtschaftsausschuss zu bilden ist, direkt gegenüber dem Betriebsrat zu erfüllen seien.⁴⁴ Als das BAG 1991 eine restriktive Position einnahm,⁴⁵ antwortete er klar und unverwechselbar: »Die Entscheidung des BAG bietet keinen durchgreifenden Grund, die von mir [...] entwickelte abweichende Auffassung aufzugeben«. Es folgten jedoch drei neu formu-

36 Zu diesem aus heutiger Sicht ungewöhnlichen Lebenslauf: *Müller*, NZA 1993, 65.

37 Dazu die grundlegende industriesoziologische Untersuchung von *Pirker/Braun/Lutz/Hammelrath*, *Arbeiter, Management, Mitbestimmung*, Stuttgart ua. 1955.

38 *Fabricius*, *Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern*, Darmstadt ua. 1982.

39 BAG, 29.11.1978 – 4 AZR 276/77 – AP Nr. 18 zu § 611 BGB Bergbau mit Anm. *Boldt*.

40 *Fabricius/Hackmann/Hartung/Marsh/Müller*, *Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers in Betrieben der metallverarbeitenden Industrie in der Bundesrepublik Deutschland und Grossbritannien*, Neuwied 1983.

41 *Fabricius*, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, München 1963, S. 216 ff., 228.

42 Dazu nur *Nikisch*, RdA 1962, 361, 363, der für das BetrVG als Gegensatz zum BRG das Leitbild der aus dem AOG bekannten Betriebsgemeinschaft hervorhob mit der bemerkenswerten Passage, dass möglicherweise »eine Wende zum Besseren bereits in der nationalsozialistischen Zeit begonnen« habe.

43 *Fabricius*, in: *Fabricius/Kraft/Wiese/Kreutz/Oetker* (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 5. Aufl., Neuwied 1995 (im Folgenden: GK-BetrVG), Vor § 106 Rn. 7.

44 *Fabricius*, in: *Fabricius/Kraft/Wiese/Kreutz/Oetker* (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 4. Aufl., Neuwied 1989, § 106 Rn. 11.

45 BAG, 5.2.1991 – 1 ABR 24/90 – AP Nr. 10 zu § 106 BetrVG 1972.

lierte Seiten zur Entstehungsgeschichte und zum Normzweck der Information in wirtschaftlichen Angelegenheiten mit einer unmissverständlichen Zusammenfassung:

»Daraus, dass das elementare Menschenrecht ›Arbeit führt zu Eigentum des Arbeiters am Produkt seiner Arbeit‹ bisher nicht verwirklicht worden ist, darf nicht die weitere Folgerung gezogen werden, dass der Arbeitnehmer in Kleinunternehmen nicht darüber informiert werden muss, was er im Ergebnis – zusammen mit anderen – erarbeitet hat und was mit den Gewinnen, an denen er menschenrechtswidrig nicht beteiligt ist, unternommen worden ist und unternommen werden soll.«⁴⁶

Dem BAG hat sich bisher noch keine Gelegenheit geboten, seine Position zu überprüfen⁴⁷ und in einen Wertungszusammenhang mit der 2008 eingefügten Norm des § 109a BetrVG und der RL 2002/14/EG⁴⁸ zu bringen.

In vergleichbarer Weise plädierte *Fritz Fabricius* für eine rechtzeitige und umfassende Information im Vorfeld von Betriebsänderungen nach § 111 BetrVG. Bereits früh bejahte er in Konfliktfällen den Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats gegen die Durchführung von Betriebsänderungen, solange die Beratungen noch nicht ordnungsgemäß durchgeführt waren.⁴⁹

So klare Positionen sind kein Hindernis für die Diskussion, wenn akzeptiert wird, dass man auch vom Gegenüber und dessen Argumenten lernen kann. Gerade zu den Fragen der Betriebsverfassung hat *Fritz Fabricius* seit 1978 im Rahmen der Praktikerseminare der VWA Tagungen in den Einrichtungen der Verbände des Industriebezirks organisiert, mit denen kontroverse Diskussionen ermöglicht werden sollten. *Reinhard Richardi, Wolfgang Däubler, Peter Hanau, Heide Pfarr* und viele weitere profilierte Personen referierten dort miteinander und gegeneinander, das war vor 40 Jahren nicht überall üblich. Der Gastgeber freute sich über solche Kontroversen.

V. ESC und Arbeitskampf – neue Perspektiven

1976 wurde *Fritz Fabricius* zum Mitglied des Sachverständigenausschusses der Europäischen Sozialcharta gewählt. Er übte dieses Amt über drei Perioden bis 1994 aus, zeitweilig war er Vorsitzender dieses wichtigen, in der deutschen politischen und arbeitsrechtlichen Diskussion allerdings wenig beachteten Ausschusses. Für seine Rolle dort

ist es am einfachsten, seine Position zur Auslegung von Art. 6 Abs. 4 der Sozialcharta nachzuvollziehen, die er 1988 ausführlich dargelegt hat.⁵⁰

In Art. 6 ESC wird das Recht auf Kollektivverhandlungen anerkannt.⁵¹ Im ersten Teil heißt es: »Alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben das Recht auf Kollektivverhandlungen« und in Absatz 4 wird dann weiter festgehalten, dass die Vertragsstaaten das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Fall von Interessenkonflikten anerkennen.⁵² Als *Fritz Fabricius* 1988 seine Position erläuterte, hatte das BAG diese Norm nur am Rande zur Kenntnis genommen und sie ausschließlich in Fällen angesprochen, in denen sich dadurch das Ergebnis, das das BAG ausschließlich aus innerdeutschen Erwägungen abgeleitet hatte, nicht änderte. Dieses Verhalten kritisiert *Fritz Fabricius*, es sei dem weit gespannten Charakter der Rechte aus der ESC nicht angemessen. Dieses soziale Grundrecht verlange, dass die bisherigen Einstellungen zum Arbeitskampfrecht unter die Lupe genommen und überprüft werden.

Aus seiner Sicht setze dies zunächst voraus, sich mit den Ursachen von Arbeitskämpfen zu befassen, denn die Frage nach den Ursachen des Streiks sei eng verknüpft mit der Frage nach der Gerechtigkeit. Diese setze aber wiederum am Arbeitsprozess ein. Obwohl der Arbeitsprozess in der Regel kollektiv erfolge und in einer Marktwirtschaft auf dieser Weise Eigentum erwirtschaftet werde, finde die Zuordnung des Eigentums unabhängig vom Arbeitsprozess statt, sodass letztlich der jeweilige Arbeitgeber auf diese Weise Eigentum allein an sich zieht. Darin sieht er

46 GK-BetrVG-*Fabricius* (Fn. 43), § 106 Rn. 17.

47 Die Mehrheitsmeinung *Oetker*, in: *Wiese/Kreutz/Oetker* ua. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 10. Aufl., Köln 2018, § 106 Rn. 44 weist die Kommentierung von *Fabricius* immerhin noch als »aM.« aus.

48 *Däubler*, in: *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz*, 16. Aufl., Frankfurt aM. 2018, § 106 Rn. 27; *Kohte/Schulze-Doll*, in: *Betriebsverfassungsgesetz Handkommentar*, 5. Aufl., München 2018, RL 2002/14/EG Rn. 29.

49 GK-BetrVG-*Fabricius* (Fn. 44), § 111 Rn. 357; zur aktuellen Diskussion: *D. Klocke*, *Der Unterlassungsanspruch in der deutschen und europäischen Betriebs- und Personalverfassung*, Berlin 2013 (zugl. Halle-Wittenberg, Univ., Diss. 2012), S. 126 ff.

50 *Fabricius*, *Streik und Aussperrung im internationalen Recht*, Heidelberg 1988.

51 Grundlegend bereits *Lörcher*, *AuR* 1991, 97 ff.

52 Zur grundsätzlichen Bedeutung bereits ausführlich *Däubler*, in: *Agnelli* (Hrsg.), *Die europäische Sozialcharta – Weg zu einer europäischen Sozialordnung?*, Baden-Baden 1978, S. 101 ff.

eine Verletzung des grundlegenden Menschenrechts »Arbeit führt zu Eigentum des Arbeiters am Produkt seiner Arbeit«. Auf dieser Basis sei Art. 6 Abs. 4 ESC eine wichtige Grundlage, aus der die einzelnen Staaten entsprechende Konsequenzen ziehen müssen. Vor allem sei es erforderlich, dass den Prinzipien der Marktwirtschaft entsprechende kollektivrechtliche Institutionen für die Ebene des Unternehmens geschaffen werden, damit das Kollektiv der Belegschaft in die Lage versetzt wird, die kollektivistisch zu regelnden Inhalte des Einzelarbeitsvertrages zu vereinbaren. Dies sei in der ESC auch als Pflicht der Mitgliedsstaaten normiert, da sie sich verpflichtet haben, mit allen zweckdienlichen Mitteln eine Politik zu verfolgen, die darauf abzielt, geeignete Voraussetzungen zu schaffen, damit die tatsächliche Ausübung der in der ESC normierten Rechte und Grundsätze gewährleistet wird.

Dies ist in Deutschland bisher nicht erfolgt; daher sieht *Fritz Fabricius* das Streikrecht als ein Selbsthilferecht, wenn Staaten bisher untätig seien, ein dem Individualvertragsrecht gleichwertiges, an den Prinzipien der Gerechtigkeit ausgerichtetes, dem kollektiven Arbeitsprozess angemessenes Kollektivvertragsrecht zu schaffen. Daraus ergibt sich als weitere Konsequenz für ihn, dass das Streikrecht ein Recht des einzelnen Arbeitnehmers ist, das aber in der Regel kollektiv ausgeübt werde.⁵³ Es sei primär auf der Ebene des Unternehmens auf Beschluss der Mehrheit der Arbeitnehmer auszuüben. Die Arbeitnehmer könnten sich durch ihre Organisationen vertreten lassen, und zwar nicht nur bei den Kollektivverhandlungen, sondern auch bei der Durchführung des Streiks. Wesentlich ist, dass die Mehrheit der Arbeitnehmer in dem erfassten Unternehmen dem Streik zustimmt.

Für eine Aussperrung ist in diesem Modell nur Raum, wenn mit dem Streik die Grenzen des Streikrechts überschritten werden, es also ein Gegenrecht wegen unzulässiger Überschreitung des Selbsthilferechts sei (vgl. § 231 BGB). Zu den weiteren Konsequenzen gehört es, dass für die Beschränkung des Streikrechts auf den gewerkschaftlichen Streik, die in der Rechtsprechung des BAG seit langer Zeit dominiert, kein Raum ist. In den letzten Jahren sind erste vorsichtige Berührungen des BAG⁵⁴ zur ESC feststellbar, die allerdings in der Literatur nur von wenigen aufgenommen worden sind.⁵⁵ Die Grundposition von *Fritz Fabricius*, den Streik, auch wenn er kollektiv ausgeübt wird, von den Rechten der einzelnen Beschäftigten aus zu

definieren, ist in der internationalen Diskussion weitgehend anerkannt⁵⁶, aber bis heute noch eine Herausforderung für die deutsche Rechtsprechung und Literatur.

VI. Der Platz zwischen den Stühlen – eine Quelle neuer Erkenntnisse?

Der Querschnitt aus diesem Leben und aus diesen wissenschaftlichen Arbeiten ist notwendigerweise unvollständig und kann nur einige Momentaufnahmen aus mehr als 50 Jahren zusammenstellen. Deutlich wird hier zunächst, dass die Umbrüche des 20. Jahrhunderts in Deutschland jede einzelne Person vor Herausforderungen stellten, die sie letztlich individuell zu beantworten hatten.⁵⁷ Natürlich war und ist es möglich, am Leitbild des geringsten Widerstands angepasste Entscheidungen zu treffen, um die Chance auf ein gesichertes und wenig aufregendes Auskommen zu realisieren. Bei größeren Umbrüchen geht eine solche Rechnung selten auf, wie sich 1990 für viele Menschen in Ostdeutschland zeigte und Bitterkeit hervorrief, die allerdings nicht immer die eigene Anpassung kritisch in Rechnung stellte. Umgekehrt wurden einige westdeutsche Treuhandsjuristen nach 1995 zu längeren Freiheitsstrafen verurteilt, weil sie den Versuchungen der scheinbar sanktionslosen Zugriffsmöglichkeiten nicht widerstanden und auf ihre Weise das »Volksvermögen« privatisierten. Im Bild der Strafurteile zeigten sich gut angepasste Juristen, die ohne den Wechsel zur Treuhandaanstalt in der gewohnten Umgebung eine gut etablierte Anwaltstätigkeit ohne strafrechtliche Verfolgung hätten ausüben können.

Für die wissenschaftliche Arbeit, die *Fritz Fabricius* wichtig war, ergeben sich daraus zwei unterschiedliche Konsequenzen. Zunächst ist festzuhalten, dass offensichtlich die heute übliche juristische Lehre wenig geeignet ist,

53 Dazu bereits *Fabricius*, FS Gleitze, 1978, S. 463 ff.

54 BAG, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 2003, 734, 739; BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan = NZA 2007, 987, 994 und BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 2007, 1055, 1057.

55 *Kohte/Schulze-Doll*, ZESAR 2003, 393; *Bepler*, FS Wißmann, 2005, S. 97 ff.; vgl. bereits ArbG Gelsenkirchen, 13.3.1998 – 3 Ca 3173/97 – NZA-RR 1998, 352.

56 *Däubler*, AuR 1998, 144; *Evju*, AuR 2012, 276, 283 ff.; *Schlachter*, SR 2013, 77, 87 ff.; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2020, Art. 6 ESC Rn. 34f.

57 Dies dürfte auch für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts gelten.

zu individuellen Gewissensentscheidungen beizutragen; man kann zwar alle Tatbestandsmerkmale des Untreueparagrafen lernen, kann sich aber in der kritischen Situation nicht eigenständig verhalten. *Fritz Fabricius* wäre allerdings skeptisch gewesen, dass sich das auch aus seiner Sicht gravierende Anpassungs- und Entscheidungsproblem vorrangig durch zusätzlichen Lehrstoff⁵⁸ hätte in Angriff nehmen lassen. Es geht weniger um Stoff und mehr um Haltung. Aus Anlass seines 60. Geburtstags hatte er in einer kleinen Ansprache als sein Leitbild des Professors die Bereitschaft zum »profiteri« – also zum eigenständigen und öffentlichen Bekenntnis – hervorgehoben, auch wenn man damit letztlich den Platz zwischen den Stühlen findet.

Ausführlicher hat er diese Sichtweise bei der Festveranstaltung zu seiner Emeritierung erläutert und praktiziert. Zum Abschluss eines ausführlichen Vortrags zum Arbeitsrecht in der Industriegesellschaft überraschte er viele Zuhörer mit folgenden Aussagen:

»20 Jahre lang habe ich der RUB⁵⁹ als Lehrender pflichtgemäß gedient. Mit dem 31.07. bin ich als Lehrender der RUB entpflichtet worden. Ich habe mich in dieser Universität aber auch als Lernender betrachtet und werde es auch künftig noch bleiben. In der Eigenschaft als Lernender schulde ich Dank insbesondere der revoltierenden jungen Generation Ende der sechziger und Anfang der siebziger Jahre. Nicht etwa deshalb, weil ich mich mit den Zielen oder mit den Wegen, diese Ziele zu erreichen, identifizie-

ren möchte. Ihren politischen Ideologien fehlte meistens der Durchblick durch die Zusammenhänge der modernen Industriegesellschaft. Ich erinnere mich auch noch daran, dass anlässlich einer Senatssitzung ein Asta-Vertreter Mao's rote Bibel zückte und uns daraus vorlas. Bei allen damaligen Verwirrungen und Irrungen der jungen Generation muss ich sagen: Mich hat sie veranlasst, eigenständig über das, was sie bewegte, nachzudenken, zu lernen und ihre Probleme zum Gegenstand wissenschaftlicher Forschung zu machen. Diesen Weg beschritten zu haben, war für mich ein fruchtbares Erlebnis, das zu neuen Erkenntnissen geführt hat, über deren Stand ich Ihnen berichtet habe.«⁶⁰

Das ist eine Werbung, keine Angst zu haben, in konkreten Situationen auch auf dem Platz zwischen den Stühlen zu landen. Dies ist auch eine Voraussetzung, um Forschungsergebnisse zu erarbeiten, die nicht nur Vorhandenes reproduzieren, sondern unter Berücksichtigung des geschichtlichen und internationalen Kontextes neue, grundsätzliche und eigenständige Erkenntnisse formulieren, auch wenn wir als Leser nicht jeder Aussage zustimmen.

58 Natürlich gibt es dazu auch wichtige Lehrveranstaltungen, wie die regelmäßigen deutsch-polnischen Auschwitz-Seminare unserer Fakultät, dazu *Beulke*, FS Höland, 2015, S. 27 ff. Nach einer kurzen Unterbrechung werden sie aus gegebenem Anlass 2020 fortgesetzt.

59 Erläuterung: Ruhr-Universität Bochum.

60 Pressestelle der Ruhr-Universität Bochum (Hrsg.), Bochumer Universitätsreden Nr. 10, Bochum 1985, S. 57 f.

Zusammenfassungen

Krajewski: Entstehung und Wirkung von Standards der Internationalen Arbeitsorganisation aus völkerrechtlicher Sicht

SR 1/2020, S. 1–16

Der Autor untersucht die in der Arbeitsrechtspraxis noch wenig beachteten Standards der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO). Einleitend stellt er die Rechtsstellung der IAO in Unterscheidung zu anderen internationalen Organisationen dar und erläutert anschließend die Typen und Inhalte von IAO-Standards. Neben der Entstehung dieser Standards kommt dabei vor allem der Wirkung im deutschen Recht eine besondere Bedeutung zu. Er greift insoweit auf die allgemeinen Grundsätze des Verhältnisses von Völkerrecht zu innerstaatlichem Recht zurück. Sind die Standards nicht unmittelbar im innerstaatlichen Recht anwendbar, so komme ihre mittelbare Wirkung als Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes in Betracht. Der Autor ruft dazu auf, das Arbeitsvölkerrecht in der arbeits- und völkerrechtlichen Ausbildung stärker zu berücksichtigen.

Klocke: Die unmittelbare Drittwirkung der kollektiven Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG

SR 1/2020, S. 17–34

Die Abhandlung widmet sich zunächst der Freiheit zur koalitionspezifischen Betätigung nach Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG. Der Autor geht vor diesem Hintergrund der Frage nach, inwieweit die kollektive Koalitionsfreiheit unmittelbare Drittwirkung entfaltet. Grundsätzlich seien Private gem. Art. 1 Abs. 3 GG nicht grundrechtsverpflichtet. Art. 9 Abs. 3 GG stelle jedoch eine Ausnahme dar und dürfe insofern nicht mit der lediglich mittelbaren Drittwirkung von anderen Grundrechten gleichgesetzt werden. Die Normenkonkretisierung des Art. 9 Abs. 3 GG ermögliche es zwar, die Freiheit zur unmittelbaren koalitionspezifischen Betätigung und eine Duldungspflicht abzuleiten, stoße aber bei weitergehenden Rechten an ihre Grenzen. Hierfür bedürfe es der richterlichen Rechtsfortbildung. Der Umfang der Rechte einer Koalition sei von einer verfassungsrechtlichen Prüfung im Einzelfall abhängig.

Abstracts

Krajewski: Origin and impact of ILO standards from an international law perspective

SR 1/2020, S. 1–16

The author examines the standards of the International Labour Organization (ILO), which have not yet received much attention in labour law practice. He introduces the legal status of the ILO in distinction to other international organisations and explains the types and contents of ILO standards. In addition to the origin of these standards, their effect in German law is of particular importance. He refers to the general principles of the relationship between international law and domestic law. If the standards are not directly applicable in domestic law, their indirect effect have to be considered as an expression of the international lawfriendly nature of the German Constitution. The author calls for giving public international labour law more attention in training of labour law and public international law.

Klocke: Horizontal effect of the collective right to association according to Art. 9 para. 3 Grundgesetz

SR 1/2020, S. 17–34

The article first deals with the freedom to engage in coalition-specific activities under art. 9 para. 3 first sentence of the German Constitution. Against this background, the author examines the horizontal effect of the collective right to association. In principle private individuals are not obliged to observe fundamental rights according to art. 1 para. 3 of the Constitution. However, art. 9 para 3 of the Constitution is an exception and in this respect. Its horizontal effect goes beyond the indirect horizontal effect of other fundamental rights. Although art. 9 para 3 of the Constitution allows for engagement in direct coalition specific activities, which has to be tolerated by the other party, its concretisation does not reach further. Therefore, further development within case law is needed. The scope of coalition rights depends on a constitutional examination of the each individual case.

Zusammenfassungen

Kohte: Fritz Fabricius – ein Querdenker im Arbeitsrecht des 20. Jahrhunderts

SR 1/2020, S. 35–42

Der Autor nimmt den 100-jährigen Geburtstag des 2006 verstorbenen Fritz Fabricius zum Anlass, sich mit dem Leben und Wirken des namhaften Juristen auseinanderzusetzen. Die Abhandlung gewährt Einblicke in die vielfältigen Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkte des früheren U-Boot-Kommandanten und späteren Professors an der Ruhr-Universität Bochum. So untersuchte Fabricius etwa die Kodifikation der Leistungsstörungen im Arbeitsrecht und entwickelte im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung Regelungen für ein künftiges Arbeitsgesetzbuch. Neben der Unternehmensmitbestimmung und dem Betriebsverfassungsrecht widmete er sich im Sachverständigenausschuss der Europäischen Sozialcharta – zeitweilig als dessen Vorsitzender – ua. der Auslegung von Art. 6 Abs. 4 ESC zum Arbeitskampf. Bei Fabricius habe es sich um einen streitbaren Juristen gehandelt, der sich nie gescheut habe, anzuecken.

Abstracts

Kohte: Fritz Fabricius – a lateral thinker in 20th century labour law

SR 1/2020, S. 35–42

The author takes the opportunity of the 100th birthday of Fritz Fabricius, who died in 2006, for examining the life and work of the famous lawyer. The article provides insights into the diverse interests and activities of the former submarine commander and later professor at the Ruhr University in Bochum. For example, Fabricius examined the codification of default in labour law and developed a labour code on behalf of the Federal Ministry of Labour and Social Affairs. In addition to co-determination and works constitution law, he was also involved in the expert committee of the European Social Charter – temporarily as its chairman – where his work included the interpretation of Art. 6 para 4 ESC on industrial action. In summary, Fabricius was a person who was not afraid to defend his pronounced opinion.

Vorschau | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- *Bertram Zwanziger: Zum Rechtscharakter der Betriebsrente – historische Entwicklung und aktueller Stand*
- *Inken Gallner: Urlaubsrecht*
- *Thorsten Kingreen: Zur Reichweite des Diskriminierungsverbots in Art. E der Revidierten Europäischen Sozialcharta*



Kittner

50 Urteile

Arbeitsgerichte schreiben Rechtsgeschichte

2., bearbeitete Auflage

2020. 346 Seiten, gebunden

€ 38,-

ISBN 978-3-7663-6945-1

www.bund-verlag.de/6945

50 bahnbrechende Urteile im Arbeitsrecht

Welche bahnbrechenden Urteile haben das deutsche Arbeitsrecht nachhaltig geprägt? Michael Kittner geht dieser Frage nach und wählt 50 Entscheidungen aus, die unser Arbeitsrecht in gut 120 Jahren »bewegt« haben. Häufig sind es die Gerichte, die Weichen stellen und die Lesart vorgeben – oder wie Franz Gamillscheg sagte: »Der Richter ist der wahre Herr des Arbeitsrechts«. Der Autor gliedert sein Buch in drei Epochen: Kaiserreich, Weimarer Republik und Bundesrepublik Deutschland. Inhaltlich bedient er vier Themengebiete: Individualarbeitsrecht, Mitbestimmung, Tarifvertrag und Arbeitskampf. Seine Auswahl berücksichtigt Urteile des Reichsgerichts, der Arbeits- und Landesarbeitsgerichte, des Bundesarbeitsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs – von 1890 bis 2011. Von »Christel Schmidt« zu »Mangold«. Vom »Zeitungsstreik« zum »Flashmob-Urteil«. Keine abstrakten Rechtslehren, sondern Fälle voller Leben und Konflikte. Unterhaltsam und lehrreich. Die Neuauflage berücksichtigt aktuelle Entwicklungen in Rechtsprechung, Politik und Wissenschaft.

Stimmen zur Erstauflage

»Kittners Buch ist ein Lese- und Lernbuch. Man lernt zuallererst, warum das Arbeitsrecht ein so ungeheuer wichtiges Rechtsgebiet ist.«
Heribert Prantl in: SZ-Prantls Blick, 06.01.2019

»Ein in Idee und Anlage hochinteressantes, in der Durchführung außerordentlich ansprechendes Buch! Es macht das heutige Arbeitsrecht verständlicher und den Arbeitsrechtler »selbst-bewusster.«
Vors. Richter am BAG a.D. Professor Klaus Bepler, Berlin in: NZA 4/2019

»Das Buch ist mehr als eine Entscheidungssammlung. Es gehört in die Bibliothek jener Studierender, die Arbeitsrecht noch verstehen wollen, wie auch jedes Arbeitsrechtlers, der meint, es schon verstanden zu haben.«
Professor Dr. Dr.h.c. Ulrich Preis, Köln in: RdA 2019 Heft 2

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf www.bund-verlag.de/6866 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6945-1	Kittner 50 Urteile	38,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für Betriebsräte nutzen.
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für Personalräte nutzen.
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.

www.mein-kittner.de


BUND
VERLAG

Koalitionsfreiheit



KITTNERN STATT GOOGELN.

Der neue Kittner 2020. Immer genau
die richtige Lösung. Print & Online.

Jetzt vorbestellen:

www.mein-kittner.de
kontakt@bund-verlag.de
Bestellhotline 069 / 79 50 10 20

Lieferbar ab 14. Februar 2020

