

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

Franz Gamillscheg (1924 bis 2018)

Olaf Deinert/Rüdiger Krause Seite **213**

Abhandlungen

Gamillschegs Konzeption des kollektiven Arbeitsrechts

Peter Hanau Seite **218**

Franz Gamillscheg und die Entwicklung des Internationalen Arbeitsrechts

Andreas Spickhoff Seite **224**

**Does the case law of the European Court of Human Rights show that the
Convention States of the European Convention on Human Rights must
prescribe priority of internal whistle-blowing as a rule?**

Ninon Colneric Seite **232**

**Es gibt noch viel zu tun für die Umsetzung des IAO-Übereinkommens
Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte in Deutschland**

Anne Trebilcock Seite **240**

Zusammenfassungen (Abstracts) | Vorschau

Seite **251**

Franz Gamillscheg (1924 bis 2018)

Am 21. März 2018 ist Professor em. Dr. Dres.h.c. *Franz Gamillscheg* kurz vor der Vollendung seines 94. Lebensjahrs verstorben. Mit ihm verlieren die deutsche und die internationale Arbeitsrechtswissenschaft eine prägende und integrative Figur, die zugleich als akademischer Lehrer viele Generationen von Studenten der Rechts- und auch der Sozialwissenschaften für das Arbeitsrecht und dessen Lebensnähe begeistert hat. Nicht zuletzt verlieren die Herausgeber dieser Zeitschrift mit ihm einen langjährigen Begleiter und guten Ratgeber, der es sich nicht hat nehmen lassen, das Geleitwort zu ihrer ersten Ausgabe zu verfassen.¹

Gamillscheg wurde am 3. Mai 1924 in Hall in Tirol geboren und er war, so sagt man, stets auch etwas stolz auf seinen österreichischen Geburtsort. Die Schulzeit- und die Studienzeit verbrachte er, unterbrochen durch den Kriegsdienst, in Berlin und Tübingen. Ein Studienjahr in den frühen 1950er Jahren in Paris führte *Gamillscheg* von Anfang an zur Begegnung mit anderen Rechtsordnungen als einem Wesenszug seines wissenschaftlichen Werkes, der ihn zeitlebens begleitet hat. Folgerichtig war er von 1954 bis 1958 Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, das seinen Sitz damals noch in Tübingen hatte. In dieser Zeit entstand die Habilitationsschrift, das große Werk über das Internationale Arbeitsrecht,² das rasch zum »Klassiker« avancierte und das in zweifacher Weise wegweisend war: Inhaltlich, indem *Gamillscheg* das Arbeitskollisionsrecht erstmals umfassend durchdrang, und persönlich, weil er mit diesem Buch die Weichen für seinen weiteren wissenschaftlichen Werdegang stellte.

1958 kam *Gamillscheg* nach Göttingen als Professor und kurz darauf erster Direktor des neu gegründeten Instituts für Arbeitsrecht, dem er jahrzehntelang bis zu seiner Emeritierung im Jahr 1992 und im Grunde genommen bis zu seinem Lebensende treu blieb. Ehrenvolle Rufe nach Köln (als Nachfolger von *Hans Carl Nipperdey*), Freiburg und Graz lehnte er ab. Die Weite des Blicks und vor allem die Internationalität seines Schaffens gründeten sich nicht auf häufige Ortswechsel, sondern traten im Inhalt seines Werkes hervor. Diese Beständigkeit erwies sich für das Göttinger Institut für Arbeitsrecht als ausgesprochen segensreich, weil erst die Kontinuität seines Wirkens das Institut zu dem

gemacht hat, was es war und ist. Dies betrifft nicht zuletzt den mit großem Einsatz betriebenen Aufbau einer arbeitsrechtlichen Bibliothek, die mit ihren deutschen sowie insbesondere mit ihren auslandsrechtlichen Beständen ihresgleichen sucht und die trotz des Vordringens von weltweit verfügbaren Datenbanken immer wieder auch ausländische Nachwuchswissenschaftler aus zahlreichen Ländern nach Göttingen zieht. Ihr dient auch der im Jahr 1990 von *Gamillscheg* gemeinsam mit dem langjährigen Hauptgeschäftsführer des Bundesarbeitgeberverbandes Chemie *Karl Molitor* ins Leben gerufene Verein zur Förderung der Arbeitsrechtsvergleichung und des internationalen Arbeitsrechts, der auch das alljährlich stattfindende Göttinger Forum zum Arbeitsrecht veranstaltet.³

Das wissenschaftliche Werk *Gamillschegs* kreiste nicht nur, aber doch vornehmlich um das Arbeitsrecht und damit um ein Rechtsgebiet, das wie kein zweites mit dem Ringen der sozialen Kräfte auf dem Gebiet der Erwerbsarbeit als einem zentralen Feld des gesellschaftlichen Lebens verwoben ist. Man kann das Arbeitsrecht daher eigentlich nicht leidenschaftslos betreiben, nicht auf eine Exegese normativer Texte beschränken und an dessen Praxisnähe vorbeigehen. Und *Gamillscheg* hat den Kampf um das richtige Arbeitsrecht auf vielen Ebenen mit Leidenschaft betrieben, wobei Leidenschaft selbstverständlich nicht mit Parteilichkeit verwechselt werden darf.

Thematisch beschränkte sich *Gamillscheg* nicht auf ausgewählte Spezialgebiete, sondern deckte mit den beiden »Prüfe dein Wissen«-Bänden, die das Format dieser Reihe schon frühzeitig gesprengt hatten, das gesamte individuelle und kollektive Arbeitsrecht ab, und dies in einer Breite und Tiefe, die dazu führte, dass diese Bücher wohl die einzigen aus der PdW-Reihe waren und geblieben sind, die jemals von einem obersten Bundesgericht zitiert wurden.⁴ Dennoch gab es in seinem Schaffen verschiedene Schwer-

1 SR 2011, 1.

2 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 1959.

3 Dokumentiert auf der Internetseite des Instituts für Arbeitsrecht <http://www.uni-goettingen.de/de/107710.html> (22. 10. 2018).

4 BAG, 22. 06. 1978 – 3 AZR 832/76 – AP Nr. 12 zu BGB § 613a (unter 2).

punkte, von denen die wichtigsten mit dem kollektiven Arbeitsrecht, der Arbeitsrechtsvergleichung und dem Arbeitskollisionsrecht im Rahmen eines Gedenksymposiums zur Sprache kamen, das am 29. Juni 2018 in Göttingen stattfand und auf das noch einzugehen ist. Einen weiteren Schwerpunkt im arbeitsrechtlichen Werk *Gamillschegs* haben seit jeher die Grundrechte im Arbeitsverhältnis eingenommen.⁵ Dabei traute er den Grundrechten wie etwa dem Persönlichkeitsschutz, der Glaubens- und Gewissensfreiheit, der Meinungsfreiheit und natürlich vor allem der Berufsfreiheit einiges zu, indem er sie nicht nur gegenüber staatlichem Handeln, sondern auch gegenüber der sozialen Macht des Arbeitgebers mobilisieren wollte. So stellen gerade die Grundrechte aus der Sicht von *Gamillscheg* das Material dar, das von der Rechtsprechung legitimer Weise als Inspirationsquelle für eine Weiterentwicklung des materiellen Rechts zugunsten eines sozial »richtigen« Rechts genutzt wird. Daneben ist – etwas spezieller, aber gleichwohl wichtig – die Arbeitnehmerhaftung zu erwähnen, die ihn immer wieder zu Positionsbestimmungen veranlasste, in einem Juristentags-Gutachten,⁶ in einer Monographie⁷ und in zahlreichen Aufsätzen. So hat sich *Gamillscheg* schon frühzeitig für eine Aufgabe des von der Rechtsprechung entwickelten und jahrzehntelang vertretenen Kriteriums der gefahrgeneigten Tätigkeit als Voraussetzung für die Haftungsprivilegierung sowie für eine Einschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten ausgesprochen. Im Ergebnis erfolgreich blieb er bislang allerdings nur mit dem ersten Petitum. Von grundlegenderem Charakter wiederum ist die Auseinandersetzung mit dem Verhältnis vom Arbeitsrecht zum Bürgerlichem Recht, hinter dem die fundamentale Frage steht, wie sehr man entweder der Funktionsfähigkeit der Privatautonomie auch im Arbeitsleben vertraut oder wie sehr man umgekehrt zur Erzielung angemessener Ergebnisse und der Sicherung realer Freiheit der Beschäftigten auf eine gesetzliche oder richterliche Intervention setzt. *Gamillscheg* hat sich gegenüber der vielfach postulierten »Rückkehr zum BGB« zeitlebens skeptisch gezeigt, gewiss eine streitbare Position, aber eben doch eine solche, die der Grundfrage nicht ausweicht und mit der man sich immer wieder auseinandersetzen muss, weil sie den Kern des arbeitsrechtlichen Selbstverständnisses betrifft.

In weiteren Feldern haben die wissenschaftlichen Anschauungen und das praktische Handeln von *Gamillscheg* noch stärker ineinandergreifen. Zu nennen ist der

Versuch einer unmittelbaren Einwirkung auf das Arbeitsrecht im Rahmen der von der Bundesregierung eingesetzten Arbeitsgesetzbuchkommission, deren Mitglied *Gamillscheg* war und die sich in den 1970er Jahren darum bemühte, der schon damals wachsenden Unübersichtlichkeit des Arbeitsrechts durch die Schaffung klarer Regelungen und Grundsätze entgegenzutreten. Diese Tätigkeit war zwar nicht unmittelbar von Erfolg gekrönt. Die Widerstände in der Politik und bei den Verbänden gegen ein solches Vorhaben sind bekanntlich bis heute nicht zu überwinden. Dennoch war die damalige Kommissionsarbeit wichtig, lieferte sie doch wichtige Referenzpunkte für die nachfolgende Diskussion.

Hervorzuheben sind weiter die hohe Wertschätzung der richterlichen Tätigkeit und die Nähe zur Arbeitsgerichtsbarkeit. In methodischer Hinsicht war *Gamillscheg* der festen Überzeugung, dass es letztlich der Richter ist, der das Gesetz zum Sprechen bringt und der in einer so bewegten Materie wie dem Arbeitsleben den fast schon notwendigerweise lückenhaften Normtext immer wieder konkretisieren und fortbilden muss, ohne sich dabei auf das überkommene Gerüst des BGB verlassen zu können. In diesem Sinne hat *Gamillscheg* es einmal als sein wissenschaftliches Credo bezeichnet, »dass die Rechtsprechung in ihrer Masse das richtige Recht findet, so anfechtbar jede einzelne Entscheidung für sich genommen auch sein mag«. Damit ist der Richter, der in sorgfältiger Abwägung der widerstreitenden Argumente eine angemessene Lösung zu finden hat, der »eigentliche Herr des Arbeitsrechts«, um eine Formulierung aufzugreifen,⁸ die wohl die besten Aussichten hätte, die »Hitliste« der am meisten zitierten Wendungen aus dem arbeitsrechtlichen Schrifttum anzuführen. Die Wertschätzung der Arbeitsgerichtsbarkeit als diejenige Institution, die sich unmittelbar mit den zahlreichen drängenden Rechtsfragen des Arbeitslebens auseinanderzusetzen hat, wie auch umgekehrt die Wertschätzung von *Gamillscheg* seitens der Arbeitsgerichtsbarkeit, fand auch auf der menschlichen Ebene statt. Erwähnt seien so eindrucksvolle Richterpersönlichkeiten wie *Marie-Luise Hilger*, der im Jahr 2016 verstorbene *Thomas Dieterich* und

5 *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, Berlin 1989.

6 Empfiehlt es sich, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abweichend vom Schuldrecht des BGB zu regeln?, Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, Bd. II, München und Berlin 1965, G 7 – G 35.

7 *Gamillscheg*, Die Haftung des Arbeitnehmers, Karlsruhe 1965.

8 AcP 164 (1964), 385, 388.

Dirk Neumann, mit denen *Gamillscheg* freundschaftlich verbunden war. Darüber hinaus hat sich *Gamillscheg* aber auch für die verbandliche Arbeit gewinnen lassen und war von 1972 bis 1987 Vorstandsmitglied des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes (ab 1981 dessen stellvertretender Vorsitzender) und seitdem dessen Ehrenmitglied.

Befördert wurde diese positive Sicht auf den Arbeitsrichter sicher durch die schon erwähnte Beschäftigung mit ausländischen Rechtsordnungen, deren Vielgestaltigkeit die an ein enges gedankliches Korsett gebundene dogmatische Betrachtung des Rechts in den Hintergrund treten ließ. Die Arbeitsrechtsvergleiche, sie klang bereits als ein weiterer »Markenkern« von *Gamillscheg* an, soll bekanntlich den Vorrat an Problemlösungen erweitern, sehen sich andere Rechtsordnungen in einer zusammenwachsenden Welt doch vielfach vor dieselben Fragen gestellt wie das deutsche Arbeitsrecht. Dabei ging es *Gamillscheg* vor allem darum, aus den Erfahrungen und Lösungen anderer Arbeitsrechte zu lernen, um zu vernünftigen und praktikablen Ergebnissen zu gelangen. Gerade bei den jungen Juristen das Bewusstsein dafür zu wecken, dass der arbeitsrechtliche Sachverstand nicht an den deutschen Grenzen endet, sondern dass andere Rechtsordnungen mit ihren jeweils eigenen Herangehensweisen Respekt verdienen, war ihm stets ein wichtiges Anliegen. Unvergessen der Spruch »Studium in Göttingen, Referendariat in Northeim«, mit dem er sich gegen jede Provinzialität wandte und gleichzeitig dazu aufforderte, die Zeit der Ausbildung für eine Erweiterung des Horizonts zu nutzen, dies alles zu einer Zeit, in der ein Erasmussemester noch keine Selbstverständlichkeit war.

Die Internationalität war bei *Gamillscheg* aber nicht nur Theorie, sondern gelebte Praxis. Zu zahlreichen ausländischen Kollegen unterhielt er lebendige Kontakte. Für die Internationale Gesellschaft für das Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit organisierte er gemeinsam mit dem damaligen Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts *Gerhard Müller* im Jahr 1978 in München den Neunten Weltkongress, von 1991 bis 1994 war er Präsident dieser Vereinigung.

Die internationale Anerkennung seiner Tätigkeit wird weiter durch die Ehrendoktorwürden der Universitäten von Uppsala (1982) und Madrid-Complutense (1992) dokumentiert. Auch seien die Ehrenpräsidentschaft der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, die Mitgliedschaft in der philosophisch-historischen Klasse der Öster-

reichischen Akademie der Wissenschaften und der Russischen Gesellschaft für Arbeits- und Sozialrecht sowie nicht zuletzt die Verleihung des Österreichischen Ehrenkreuzes für Kunst und Wissenschaft erwähnt.

Diese Vorliebe für die Vielfalt war es dann wohl auch, die bei *Gamillscheg* keine rechte Begeisterung für das europäische Recht als Einheitsrecht aufkommen ließ. Ein einheitliches Arbeitsrecht »von Palermo bis zum Nordkap« war seine Sache nicht. Dabei würde es zu kurz greifen, diese Haltung nur darauf zurückzuführen, dass sich das europäische Arbeitsrecht erst seit den 1970er Jahren und damit zu einer Zeit entfaltet hat, in der *Gamillscheg* bereits einen erheblichen Teil seines wissenschaftlichen Werdegangs zurückgelegt hatte. Vielmehr ging es ihm auch um Inhaltliches. Wenn das Arbeitsrecht wesentlich durch die Praxis, dh. durch den Richter vor Ort, aber auch durch die verschiedenen Akteure und sozialen Kräfte auf der betrieblichen und der verbandlichen Ebene geprägt wird, dann können von oben verordnete und daher weit von den realen Problemen entfernt ausgedachte Regelungen kaum angemessene Lösungen enthalten.

Dies führt zum letzten zentralen Punkt im Denken *Gamillschegs*, nämlich zur Bedeutung der Praxis des Arbeitslebens und dabei insbesondere zur Rolle der Sozialpartner. *Gamillscheg* war kein Rechts- oder Arbeitssoziologe im technischen Sinne. Aber er hatte doch ein ausgesprochen feines Sensorium für die Realität der industriellen Beziehungen auf der verbandlichen und der betrieblichen Ebene entwickelt. Ihm war klar, dass trotz einer einheitlichen gesetzlichen Betriebsverfassung himmelweite Unterschiede zwischen den »Betriebsratsfürsten der Automobilindustrie«, die als Co-Manager agieren, und dem Betriebsrat in einem mittelständischen Unternehmen bestehen, der mühsam versucht, die Interessen der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber zu vertreten. Und auch in der Rechtsvergleichung ging es ihm damit korrespondierend nie um eine schlichte Vergleichung von gesetzlichen Vorschriften, sondern um eine möglichst nahe an den realen Verhältnissen und der genauen Erfassung der widerstreitenden sozialen Kräfte orientierte Anschauung der arbeitsrechtlichen Situation in den jeweiligen Ländern. Sein besonderes Interesse aber galt den verbandlichen Sozialpartnern. *Gamillscheg* war der festen Überzeugung, dass es gerade diese Sozialpartner sind, von deren Fähigkeiten und von deren Verantwortungsbewusstsein eine befriedigende Ordnung des Arbeitslebens

abhängt. Starke Gewerkschaften *und* starke Arbeitgeberverbände sollten bei aller Anerkennung ihrer unterschiedlichen Interessen im Miteinander den sozialen Raum gestalten, in dem sich die Arbeitsvertragsparteien und das betriebliche Geschehen überhaupt erst sachgerecht entfalten können. Sein Leitbild war nicht der Arbeitnehmer als isolierter Marktbürger, der seine Arbeitsbeziehungen scheinbar selbstherrlich regelt, sondern eine von den Verbänden autonom geformte Arbeitswelt, weil nur auf diese Weise ökonomische Notwendigkeiten *und* soziale Bedürfnisse zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden könnten. Gerade die großen Gewerkschaften waren für *Gamillscheg* mehr als einfache Zusammenschlüsse von Mitgliedern auf einer rein vereinsrechtlichen Basis, sondern eher als Berufsverbände zu begreifen, welche die Anschauungen einer bestimmten Branche über die angemessene Ausgestaltung der Arbeitsbeziehungen zum Ausdruck bringen. Der herrschenden Legitimationslehre mit ihrer Fixierung auf die Frage, wie rechtliche Bindung gerechtfertigt werden kann, konnte er deshalb kaum etwas abgewinnen, auch dies sicherlich eine streitbare Position. Aufgrund der hohen Wertschätzung, die *Gamillscheg* den Sozialpartnern stets entgegenbrachte und die er bei ihnen genoss, dürfte es ihn besonders gefreut haben, dass er im Jahr 1998 den Hans-Böckler-Preis des DGB erhalten hatte, nachdem ihm schon zuvor im Jahr 1989 das Bundesverdienstkreuz verliehen worden war.

Keine Würdigung darf schließen, ohne neben den Inhalten auch den Stil anzusprechen, der das Werk von *Gamillscheg* auszeichnet hat. »Gamillscheg schreibt mit leichter Hand – zumindest wirken seine Texte so. Stets ist das, was er sagt, anschaulich und verständlich. Mit komplizierter Begrifflichkeit [...] behelligt er seine Leser nicht«: So war schon vor Jahrzehnten in einer Geburtstagsadresse zu lesen. Und in der Tat: Seine Texte haben stets *esprit*, man muss sich nicht durch sie hindurch quälen, sondern liest sie nicht nur mit Gewinn, sondern auch mit Genuss. Deshalb sei insbesondere den nachwachsenden Generationen an Arbeitsrechtlern ans Herz gelegt, die Werke von *Gamillscheg*, allen voran die beiden grundlegenden Bände zum kollektiven Arbeitsrecht,⁹ aber auch die »Ausgewählten Schriften zu Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung«,¹⁰ die *Peter Hanau* im Jahr 2006 dankenswerterweise herausgegeben hat, immer wieder zur Hand zu nehmen und darin zu stöbern. Sie sind eine schier unerschöpfliche Fundgrube an Ideen, Einschätzungen

und Querverweisen, die weit über das arbeitsrechtliche Tagesgeschäft hinausgehen und die den Leser jedes Mal bereichert zurücklassen. Kurzum: »Lest mehr *Gamillscheg*!«¹¹

Das bereits erwähnte Gedenksymposium, das am 29. Juni 2018 in der Paulinerkirche in Göttingen stattfand und an dem zahlreiche hochrangige Vertreter aus Wissenschaft und Praxis teilnahmen, viele davon Schüler von *Gamillscheg*, sollte an dies alles erinnern.¹² Nach persönlich gehaltenen Gedenkworten von *Helmut Nause*, Präsident des LAG Hamburg und Präsident des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes sowie ebenfalls einer seiner Promovenden, wurden mit Vorträgen zum kollektiven Arbeitsrecht, zur Arbeitsrechtsvergleichung und zum Arbeitskollisionsrecht die drei großen Forschungsgebiete *Gamillschegs* aufgerufen. Als Referenten hierfür konnten seine akademischen Schüler Professor Dr. Dres. h.c. *Peter Hanau* (Universität zu Köln) und Professor Dr. Dr. h.c. *Monika Schlachter* (Universität Trier) gewonnen werden. Professor Dr. *Egon Lorenz* (Universität Mannheim) hätte ebenfalls gerne referiert, war aus gesundheitlichen Gründen aber verhindert. Für ihn ist Professor Dr. *Andreas Spickhoff* (Universität München), den eine gemeinsame Zeit an der Göttinger Fakultät und das Interesse am Arbeitskollisionsrecht mit *Gamillscheg* verbinden, als würdiger Ersatz eingesprungen.

Was sind die großen Lehren aus dem Werk? *Hanau* hob hervor, dass *Gamillschegs* konzeptionelles Verständnis des kollektiven Arbeitsrechts auf dem funktionierenden Interessenausgleich als rotem Faden basiert, im Vertrauen auf die Sozialpartner, aber auch im Vertrauen auf die Rechtsprechung. Dies wäre auch seine Antwort auf die Zukunftsfähigkeit des kollektiven Arbeitsrechts. Dabei ist die Sozialpartnerschaft keine Schönwetterveranstaltung. Vielmehr bedarf es dieses Vertrauens auch und gerade in Zeiten wirtschaftlicher Krisen, in denen sich das kollektive Arbeitsrecht bewähren muss. Die Rechtsvergleichung, so

9 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, Grundlagen, Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag, Arbeitskampf und Schlichtung, München 1997; Bd. II, Betriebsverfassung, München 2008.

10 *Gamillscheg*, Ausgewählte Schriften zu Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung, Baden-Baden 2006.

11 Ein Gesamtschriftenverzeichnis ist auf der Internetseite des Instituts für Arbeitsrechts abrufbar unter <http://www.uni-goettingen.de/de/k%3%b6pfe/101756.html> (22. 10. 2018).

12 Das Symposium ist dokumentiert auf der Internetseite des Instituts für Arbeitsrechts: <http://www.uni-goettingen.de/de/96833.html> (22. 10. 2018).

die Quintessenz von *Schlachter*, hat *Gamillscheg* insbesondere im kollektiven Arbeitsrecht nicht lediglich als Steinbruch für den Import von Instituten fremder Rechtsordnungen angesehen, sondern als unerschöpfliche Quelle für ein besseres Verstehen des Arbeitslebens und des Arbeitsrechts, wofür seine beiden großen Bücher zum kollektiven Arbeitsrecht beredtes Beispiel sind. Im Kollisionsrecht schließlich hat *Gamillscheg* laut *Spickhoff* die allgemeinen kollisionsrechtlichen Lehren erstmals umfassend auf das Arbeitsrecht angewendet und hierdurch die Bedeutung des Kollisionsrechts für das Arbeitsrecht erschlossen. Arbeitsrecht war für ihn insoweit Privatrecht, ohne dass er die arbeitsrechtlichen Besonderheiten im internationalen Privatrecht ignoriert hätte. Wegweisend dafür seien bei-

spielsweise seine Überlegungen zum kollisionsrechtlichen Umgang mit öffentlichem Recht.

Die Redaktion von »Soziales Recht« freut sich über die Ehre, die für zentrale Ausprägungen der Arbeitsrechtsgeschichte stehenden Beiträge von *Peter Hanau*¹³ und *Andreas Spickhoff*¹⁴ in diesem Heft publizieren zu dürfen.

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen

13 Nachfolgend S. 217 ff.

14 Nachfolgend S. 223 ff.

Gamillschegs Konzeption des kollektiven Arbeitsrechts

Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hanau, Universität zu Köln*

I. Das Problem einer einheitlichen Konzeption des kollektiven Arbeitsrechts

Franz Gamillscheg hat dem kollektiven Arbeitsrecht eine zweibändige Gesamtdarstellung von insgesamt 2.677 Seiten gewidmet. 1997 und 2008 erschienen, ist sie in diesem Bereich die Summe seines Lebenswerks. Das große Thema wird bis in alle Winkel und rechtsvergleichend über die ganze arbeitsrechtlich zivilisierte Welt ausgeleuchtet. Die einschlägigen internationalen Verträge und Normen werden weniger berücksichtigt, doch könnte die Rechtsvergleichung bei ihrer Auslegung helfen.

Bei allem Umfang und aller Vielfalt liegt dem Ganzen doch eine einheitliche Konzeption zugrunde, die die Auslegung der einzelnen Gesetze steuern und fehlende Gesetze anregen oder sogar ersetzen soll. Dies stellt nicht nur die Frage nach dem Inhalt dieser Konzeption, sondern schon die Vorfrage, ob eine so große und zersplitterte Materie überhaupt auf einen einheitlichen Grundgedanken zurückgeführt werden kann. Denn das kollektive Arbeitsrecht zerfällt in drei grundverschieden organisierte Teile. Auf der einen Seite die Tarifautonomie. Hier stehen sich die Tarifparteien als voneinander unabhängige Vertragspartner gegenüber, die um Lieferbedingungen feilschen, die Gewerkschaften als Lieferanten der Arbeitsleistung ihrer Mitglieder, die Arbeitgeber als deren Abnehmer. Wird man sich einig, kommt es zu einem Tarifvertrag für die Mitglieder, wenn nicht, wird die Lieferung verweigert und gestreikt. Die inzwischen gängige Einordnung der Tarifautonomie als kollektives Privatrecht bringt dies gut zum Ausdruck.¹ Gesetzliche Erstreckung von Tarifverträgen auf nicht der tarifschließenden Gewerkschaft angehörige Arbeitnehmer gibt es, vor allem für Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen, ist aber die Ausnahme.

Auf der entgegengesetzten Seite des kollektiven Arbeitsrechts steht die Vertretung der Gewerkschaften und Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten der Unternehmen. Sie treten den Vertretern der Arbeitgeber nicht als unabhängige Vertragspartner gegenüber, sondern als gleichberechtigte Mit-

glieder ein und desselben Unternehmensorgans. Sie vertreten auch nicht nur die Mitglieder der sie entsendenden oder unterstützenden Gewerkschaften, sondern nach dem demokratischen Mehrheitsprinzip alle Arbeitnehmer.

In der Mitte steht die Betriebsverfassung, die die Betriebsratsmitglieder in die Betriebe und Unternehmen integriert, aber nicht in einem Unternehmensorgan, sondern in einem besonderen Vertretungsorgan, das ebenfalls nach dem Mehrheitsprinzip tätig wird. Streikfähig ist der Betriebsrat nicht.

II. Sozialpartnerschaft als Grundprinzip des kollektiven Arbeitsrechts

Franz Gamillscheg erklärt nun, dass die Verschiedenheit dieser drei Organisationsformen der Arbeitnehmervertretung die Wirklichkeit verfehle, in der es immer um das Gleiche gehe, die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen nicht auf Teufel komm raus und nicht nur für Gewerkschaftsmitglieder, sondern für alle Arbeitnehmer des Betriebes und Unternehmens in fairer Abstimmung mit dem Unternehmensinteresse. Das kommt nach seiner Auffassung in der Betriebsverfassung am besten zum Ausdruck. Entscheidend für das ganze kollektive Arbeitsrecht, auch und gerade die Tarifautonomie, sei die Verpflichtung auf die Sozialpartnerschaft, verankert in § 2 BetrVG mit dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit von Arbeitgebern und Betriebsräten, aber auch für die Beziehungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern prägend. Bindende Vorgabe für das Verhältnis von Kapital und Arbeit sei der aus dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG, abzuleitende Auftrag zur Gestaltung, Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens.² Dazu wird der katholische Sozialphilosoph Nell-Breuning zitiert, der die Tarifautonomie als Ins-

* Professor am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht.

1 S. Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2005.

2 Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, München 1997, S. 11, 263.

trument des sozialen Friedens bezeichnet hat.³ Damit erreicht die Sozialpartnerschaft geradezu den Rang eines christlichen Gebotes. Deshalb ist es nur folgerichtig, dass Gamillscheg sich gegen die herrschende Meinung wendet, die kirchlichen Arbeitnehmern die Tarifautonomie versagt.⁴ Denn wenn man das prägende Merkmal der Tarifautonomie in dem Bestreben nach möglichst friedlicher Einigung mit der Gegenseite sieht, gibt es keinen Grund mehr, sie im kirchlichen Bereich einzuschränken. Das BAG ist in seiner großen Entscheidung zum kirchlichen kollektiven Arbeitsrecht schon einen vorsichtigen Schritt in diese Richtung gegangen, indem es die Einbeziehung der Gewerkschaften in das kirchliche Zwangsschlichtungsverfahren verlangt.⁵ Man kann sogar fragen, ob die neue Grundsatzentscheidung des EuGH zur Reichweite der kirchlichen Sonderstellung im Antidiskriminierungsrecht⁶, die eine kirchliche Besonderheit nur bei Arbeitnehmern mit besonderer Verbindung zum kirchlichen Verkündigungsauftrag anerkennt, in die gleiche Richtung wirkt.

So wie die Tarifautonomie von der einen Seite, gleichsam von links, an die Betriebsverfassung und die sie prägende Sozialpartnerschaft herangeführt werden soll, müsste die Mitbestimmung in den Aufsichtsräten nach Gamillschegs Auffassung, gleichsam von rechts, an die Betriebsverfassung und ihr dialektisches Konzept einer gegensätzlichen, aber doch partnerschaftlichen Interessenvertretung herangeführt werden. Gamillscheg hatte, wie er mir sagte, in der Tat erwogen, dieser Seite des kollektiven Arbeitsrechts einen weiteren Band zu widmen,⁷ ist aber nicht dazu gekommen. An aktuellen Beispielen für die Notwendigkeit, auch hier den Blick über die engen Systemgrenzen hinaus zu richten, fehlt es nicht. Erwähnt sei nur, wie schwer sich die Praxis mit den grundverschiedenen Regelungen zur Vergütung von Betriebsratsmitgliedern und Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmern tut. Erstere, insbesondere die Betriebsratsvorsitzenden, sind in diesem Amt oft sehr belastet, dürfen aber nur wenig verdienen, während es bei den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer gerade umgekehrt ist. Eine isolierte Bewertung führt hier nicht weiter (s. auch Fn. 40, 41).

III. Konsequenzen für die Tarifautonomie

Gamillscheg hat also seine Gesamtkonzeption nicht ganz zu Ende führen können, wohl aber ihren größten und

wichtigsten Teil bis ins Einzelne ausformuliert, die Sozialpartnerschaft als gemeinsamer Grundgedanke von Tarifautonomie und Betriebsverfassung, mit Auswirkungen auf das Verhältnis unter den Tarifparteien, insbesondere im Arbeitskampf, das Verhältnis konkurrierender Gewerkschaften und Tarifverträge, das Verhältnis des Tarifvertrages zu den Außenseitern und schließlich das Verhältnis der Tarifautonomie zum Staat. In all diesen Bereichen bewegen sich Gesetzgebung und Rechtsprechung in der Tat in die von Gamillscheg gewiesene Richtung, von der kollektiven Privatautonomie zur kollektiven Sozialautonomie, von der bloßen Anerkennung mitgliedschaftsbezogener kollektiver Freiheitsrechte zu kollektiven Ordnungs- und Gestaltungsaufgaben und -befugnissen für alle Arbeitnehmer.

Gamillscheg setzt dabei vor allem auf die Rechtsprechung. Die Tarifautonomie, die eine Einmischung durch Gesetz oder Verwaltung nicht dulde, sei umso stärker der Aufsicht der Richter unterstellt.⁸ Die Rechtsprechung habe insbesondere im Arbeitsrecht die Vermutung guten Rechts für sich. Dafür Sorge schon die Zusammensetzung der Arbeitsgerichte, in denen gelehrte Richter durch ehrenamtliche Richter mit ihrer gründlichen Kenntnis der Arbeitswelt unterstützt werden.⁹ Das soll freilich nicht heißen, dass die Arbeitsgerichte über dem Gesetz stehen, sondern dass der Gesetzgeber ihnen vertrauen kann und im Zweifel auch vertrauen will. Gamillscheg sagt klar und nachdrücklich, dass jede Auslegungskunst, auch die bessere Einsicht eines Richters oder Professors, zurücktreten muss, wenn bei einem jüngeren Gesetz der Wille des Gesetzgebers eindeutig ermittelt werden kann.¹⁰ Hier bleibt dann nur die Hoffnung, dass schlechte Gesetze eine Korrektur des Gesetzgebers herausfordern, wenn man sie einfach anwendet und nicht repariert.

³ Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 263.

⁴ Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 136 ff.

⁵ BAG, 20. 11. 2012 – 1 AZR 179/11 – NJW 2013, 1550.

⁶ EuGH, 17. 4. 2018 – C 414/16 – NJW 2018, 1869 (Egenberger).

⁷ S. auch Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 30, 265, 306.

⁸ Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 34.

⁹ Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 2, München 2007, S. 149.

¹⁰ Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 2. (Fn. 9), S. 168.

IV. Konsequenzen für den Arbeitskampf

Das Sozialpartnerkonzept eines fairen Ausgleichs der beteiligten Interessen ist besonders im Arbeitskampf gefordert. Gamillscheg stellt sich dieser Herausforderung und zeigt den Richtern ihre Ermessensspielräume auf. Einige anschauliche Beispiele: Zum Warnstreik heißt es, der Arbeitgeber dürfe mit ihm nicht überfallen werden. Die Forderung müsse erhoben, dem Arbeitgeber eine erste Zeit der Besinnung belassen worden sein; die richterliche Präzisierung eines Mindest-Überlegungszeitraums sei erwünscht. Auch in Bezug auf die Dauer des Warnstreiks sei die Rechtsprechung zur Festlegung einer zeitlichen Grenze dringend aufgerufen; zwei Stunden dürften für einen Warnstreik genug sein.¹¹ Auch bei dem Streik in der Daseinsvorsorge sei es letztlich Sache der Gerichte, die Grenzen abzustecken.¹² Ganz unzulässig seien Streiks von Feuerwehr und Polizei sowie die Unterbrechung der Versorgung mit Strom, Gas und Wasser. Die Müllabfuhr dürfe dagegen unterbrochen werden; die Zulässigkeit des Streiks ende erst, wo sich Ratten in den überfüllten Mülltonnen einnisten und Seuchen auszubreiten drohen. Uneingeschränkt dürften dagegen amerikanische Fernsehserien bestreikt werden; man könne sich sogar fragen, ob damit dem Gemeinwohl ein Dienst erwiesen werde.¹³ Gamillschegs Konzeption erlaubt also sehr feine Differenzierungen.

Auch die Aussperrung wird gründlich durchgerechnet mit Einschränkungen sowohl ihrer Dauer als auch der Zahl der ausgesperrten Arbeitnehmer, eine wesentliche Konkretisierung der sogenannten Aussperrungs-Arithmetik.¹⁴

V. Konsequenzen für die »Überwirkung« von Tarifverträgen auf nicht durch Mitgliedschaft gebundene Arbeitnehmer

Noch schwieriger war die Umsetzung von Gamillschegs Konzeption bei den »Überwirkungen« von Tarifverträgen auf nicht durch Gewerkschaftsmitgliedschaft tarifgebundene Arbeitnehmer. Denn das TVG hat die Beschränkungen der Tarifwirkung auf Mitglieder der tarifschließenden Verbände als Regel, die Einbeziehung von Außenseitern als Ausnahme. Würde man damit Ernst machen, sagt Gamillscheg, wären die Verbände auf den Status eines einfachen Vereins zurückgestuft, der in seiner Satzung Ver-

bindlichkeit nur für die Mitglieder vorsehen kann.¹⁵ Aber man könne nicht beides haben, eine funktionierende Tarifautonomie, in der die Verbände sich für das Wohl des Ganzen mitverantwortlich fühlen und für es verantwortlich gemacht werden, und die Gewissheit, dass den Verbänden auf die Finger geklopft wird, sollten sie einmal das Missfallen eines Außenseiters erregen. Man müsse sich entscheiden und die Wahl sei nicht schwer. Die Entwicklung sei vom Mitgliederverband zur repräsentativen Einheit gegangen und sie dürfte unumkehrbar sein. Denn die Ermächtigung zur tariflichen Normsetzung beruhe auf dem Auftrag der Verfassung zur Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens, nicht auf dem freiwilligen Beitritt der Mitglieder zu den Verbänden. Es gelte der Satz »So viel mitgliedschaftliche Legitimation wie möglich, so viel Überwirkung auf die Außenseiter wie nötig«. Also keine Ableitung einer umfassenden negativen Tarifvertragsfreiheit aus der negativen Koalitionsfreiheit, wie es die Legitimationslehre annimmt, sondern wiederum sorgfältige Abwägung der beteiligten Interessen. Die abweichende Dogmatik habe sich hier verrannt.¹⁶ Freilich muss man hinzufügen, so viel Überwirkung auf Außenseiter, wie mit dem TVG gerade noch vereinbar. Dies herauszufinden, war nun Gamillschegs Aufgabe.

VI. Konsequenzen für den Gewerkschaftsbegriff

Zunächst war zu klären, welche Verbände überhaupt als Gewerkschaften anzuerkennen sind, nur starke, bereits durchsetzungsfähige oder auch schwache, die allenfalls später noch durchsetzungsfähig werden können. In dem Bestreben nach fairer Abwägung wollte Gamillscheg zunächst auch schwache Verbände als Gewerkschaften anerkennen, ihnen allerdings nicht die vollen Gewerkschaftsrechte einräumen.¹⁷ Später ging er weiter,¹⁸ denn es

11 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 1157 ff.

12 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 1176 ff.

13 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 1180.

14 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 1141 ff.

15 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 128.

16 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 561.

17 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 428 ff.

18 Gamillscheg, AuR 2015, 224; in diese Richtung jetzt auch BAG, 26. 6. 2018 – 1 ABR 37/16 – juris.

gehe um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Wenn der Gesetzgeber seine Zuständigkeit zugunsten des Tarifvertrags »weit zurückgenommen« habe, Gewerkschaften (und Arbeitgeberverbände) von den für alle geltenden Gesetzen in großem Umfang entbinde, ihnen zudem Besetzung der Richterbank, Mitverwaltung der sozialen Sicherheit und noch viel mehr übertragen habe, so sei dies nur zugunsten starker und unabhängiger Verbände zu rechtfertigen, denen man zutrauen könne, dass sie diese Aufgabe verantwortungsbewusst erfüllen. Koalitionsvielfalt und Einheitlichkeit in der Wahrnehmung dieser Aufgaben müssten deshalb in ein brauchbares Verhältnis zueinander gebracht werden. Das Aufkommen neuer Sparten-gewerkschaften zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu bremsen, sei kein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG, wenn und soweit dies das Tarifwesen fördere und schütze.

VII. Konsequenzen für Tarifkollisionen

Auch bei anspruchsvollen Anforderungen an die Gewerkschaftseigenschaft bleiben genug Fälle, in denen verschiedene Tarifverträge für verschieden gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmergruppen in demselben Betrieb oder Unternehmen Geltung beanspruchen. Früher das BAG¹⁹, dann das Tarifeinheitsgesetz von 2014 und schließlich eine Entscheidung des BVerfG von 2017²⁰ haben einem der konkurrierenden Tarifverträge nach dem Spezialitäts- oder Mehrheitsprinzip den Vorzug gegeben, während das Schrifttum überwiegend darauf pocht, dass das Grundrecht der Koalitionsfreiheit und das TVG eine zwangsweise Tarifeinheit ausschließen.²¹ Es ist klar, dass Gamillscheg von Anfang an auf der Seite der Rechtsprechung stand. Er erkennt allerdings an, dass die Kritik des Schrifttums schwer zu widerlegen sei. Zur Überwindung der praktischen Schwierigkeiten infolge konkurrierender Tarifverträge in ein und demselben Betrieb trage sie allerdings nicht bei.²² Die Ausschaltung von Tarifkonkurrenz durch das Gebot tariflicher Betriebseinheit in der anfänglichen BAG-Rechtsprechung sei als Beispiel »robusten Richterrechts« erträglich, weil sie in der Praxis meist zur Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer führe. Das BVerfG hat dies jetzt bestätigt und durch das ausdrückliche Postulat verstärkt, dass der vorherrschende Tarifvertrag die Interessen aller Arbeitnehmer berücksichtigen muss.²³

Auch sonst hat Gamillscheg zahlreiche Überwirkungen der Normsetzung auf Außenseiter aufgespürt und damit gezeigt, dass sich die praktische Notwendigkeit einheitlicher Arbeitsbedingungen im Betrieb ohne Rücksicht auf die Gewerkschaftszugehörigkeit immer wieder durchsetzt.²⁴

VIII. Konsequenzen für Differenzierungsklauseln

Freilich hat diese Gleichbehandlung auch eine Kehrseite: Die Außenseiter ernten, wo sie nicht gesät haben. Denn ihre Einbeziehung in die Tarifverträge ist für sie in aller Regel günstig, ohne dass sie sich an den Kosten der gewerkschaftlichen Tarifpolitik beteiligen müssten. Schon früh, 1966, hat Gamillscheg vertreten, dass eine obligatorische Gleichbehandlung von Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern in Wirklichkeit zur Ungleichheit führe, weil die Außenseiter keine Gewerkschaftsbeiträge leisten.²⁵ Daraus folgte er die Berechtigung von Differenzierungsklauseln, die die tarifgebundenen Arbeitgeber ermächtigen oder sogar verpflichten, bestimmte tarifliche Leistungen nur den Mitgliedern der tarifschließenden Gewerkschaften zu erbringen. Der Große Senat des BAG ist dem aber nicht gefolgt, da hierin eine grobe Verletzung des Gerechtigkeitsgefühls liege.²⁶ Gamillscheg ist hier zum Opfer des von ihm sonst so geschätzten Richterrechts geworden, das seine Legitimation verliert, wenn es sich nicht auf rationale, sondern auf emotionale Gründe stützt. Dabei ist es dann auch nicht geblieben. 42 Jahre später hat der 4. Senat des BAG unter mehrfacher Zitierung von Gamillscheg die Entscheidung des Großen Senats einschränkend ausgelegt und die tarifliche Ermächtigung, nicht oder noch nicht die Verpflichtung, zur begrenzten Bevorzugung von Gewerkschaftsmitgliedern zugelassen,

19 BAG, 29. 3. 1957 – 1 AZR 208/55 – NJW 1957, 1006 (Ls.); BAG, 20. 3. 1991 – 4 AZR 455/90 – NZA 1991, 736; anders BAG, 7. 7. 2010 – 4 AZR 549/08 – NJW 2011, 333 (Ls.).

20 BVerfG, 11. 7. 2017 – 1 BvR 1571/15 – NJW 2017, 2523.

21 S. zusammenfassend und weiterführend Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität, München 2016.

22 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 752.

23 S. Fn. 20.

24 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 750 ff.

25 Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966; jetzt Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 355 ff.

26 BAG, 29. 11. 1967 – GS 1/67 – NJW 1968, 1903 (Ls.).

die sich freilich nicht als wirtschaftlicher Druck zum Gewerkschaftsbeitritt auswirken darf.²⁷ So hat Gamillschegs Konzeption auch hier Langzeitwirkung oder jedenfalls Langzeitbestätigung erfahren.

IX. Konsequenzen für die Allgemeinverbindlicherklärung

Nicht anders steht es bei der Erweiterung der Tarifmacht durch staatliche Allgemeinverbindlicherklärung (AVE), die in § 5 TVG unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehen ist und die normative Wirkung der Tarifverträge auf alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer in ihrem Geltungsbereich erstreckt. Gamillscheg sieht dies durch drei Zwecke gerechtfertigt, den Schutz der Arbeitnehmer von nicht tarifgebundenen Arbeitgebern, die Absicherung gemeinsamer Einrichtungen der Tarifparteien und die Festigung der Kartellwirkung des Tarifvertrages durch Einbeziehung bisher nicht tarifgebundener Arbeitgeber.²⁸ Die AVE sichere die Effektivität der tarifvertraglichen Normsetzung, stütze sie ab und verleihe ihr größere Durchsetzungskraft. Das gesetzliche Erfordernis des öffentlichen Interesses an der AVE sei im Licht der Aufgaben auszuliegen, die der Tarifautonomie gestellt sind. Der Staat habe seine Normsetzung nicht »weit zurückgenommen«, wie es das BVerfG formuliert, wäre es nicht im öffentlichen Interesse, dass von der Tarifautonomie auch umfassender Gebrauch gemacht wird.²⁹ In dieser Sicht ist das bislang gesetzlich erforderliche Mindestquorum von 50 % in tarifgebundenen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern zu hoch und unpraktikabel. Gamillscheg schlägt der Rechtsprechung vor, das Quorum großzügig zu handhaben, und der Gesetzgebung, zu dem früheren flexibleren Erfordernis einer überwiegenden Bedeutung des Tarifvertrages zurückzukehren.³⁰ Das BAG hat darauf nicht reagiert, selbst auf die Gefahr hin, die großen Sozialkassen des Baugewerbes einzureißen.³¹ Der Gesetzgeber ist dagegen mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz eingeschritten, das Gamillschegs Empfehlungen in vollem Umfang entspricht, eine weitere Langzeitwirkung oder mindestens -bestätigung.

X. Konsequenzen aus dem Begriff einer Verfassung der Betriebe

Für die Betriebsverfassung hat Gamillschegs Konzeption des kollektiven Arbeitsrechts geringere Konsequenzen, da sie ihr mit dem gesetzlichen Gebot vertrauensvollem Zusammenwirkens und der einheitlichen Vertretung aller Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf Gewerkschaftszugehörigkeit bereits entspricht. Dies lässt Raum für eine besonders detaillierte Darstellung der Einzelfragen und der sich ihnen widmenden Rechtsprechung. Allerdings bleiben Divergenzen, die sich darauf zurückführen lassen, dass der juristische Kern der Betriebsverfassung, eben das Vorliegen einer *Verfassung*, von Gesetzgeber und Rechtsprechung noch nicht konsequent herausgearbeitet und berücksichtigt wurde.³² Gamillscheg stellt darauf nicht ausdrücklich, wohl aber in vielen wichtigen Einzelfragen ab. Dies beginnt schon damit, dass er Betriebsrat und Arbeitgeber als Organe der Betriebsverfassung einstuft, zwischen denen ein besonderes Sozialrechtsverhältnis bestehe.³³ Auf dieser Grundlage lassen sich die Betriebsvereinbarungen als von den Organen der Betriebsverfassung gemeinsam beschlossene Gesetze einstufen. Damit ist es unvereinbar, dass die Betriebsvereinbarung nach ganz herrschender Rechtsprechung und Lehre nicht in günstigere betriebseinheitliche Arbeitsverträge eingreifen darf.³⁴ Was sind das für Gesetze, die durch Verträge mit gleichem Geltungsbereich ohne weiteres beiseitegeschoben werden können?! Konsequent hält Gamillscheg dem entgegen, dass unvermeidbare Einsparungen der kollektiven Regelung entzogen werden, sei ein Bären dienst am Arbeitgeber,

27 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – NJW 2010, 170 (Ls.); BAG, 23.1.2011 – 4 AZR 468/09; BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 – NZA 2015, 115.

28 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 884 ff.

29 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 289.

30 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 1 (Fn. 2), S. 893.

31 BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZS 2017, 157.

32 Zur Entstehungsgeschichte dieses in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG verankerten Begriffes *Ulber*, RdA 2015, 288.

33 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 2. (Fn. 9), S. 60, 96.

34 BAG, 16.9.1986 – GS 1/86 – NJW 1987, 1967 (Ls.); zusammenfassend *Linsenmaier*, RdA 2014, 336; *Waltermann*, RdA 2016, 286.

dessen Vertragsfreiheit man zu schützen vorgibt, Frucht einer irregeleiteten Dogmatik. Die Lösung zivilrechtlichen Mitteln und Zufluchten zuzuschreiben, entziehe die allgemeinen Arbeitsbedingungen den kollektiven Instanzen. In jeder kollektiven Regelung stecke auch ein Stück Schutz durch Verfahren, der der vertraglichen Lösung fremd sei.³⁵

Auch in diesem Bereich nähert sich die Rechtsprechung Gamillschegs Auffassung, indem sie betriebseinheitlichen arbeitsvertraglichen Regelungen großzügig den stillschweigenden Zusatz entnimmt, dass sie betriebsvereinbarungsoffen seien.³⁶ Diese zivilrechtliche Zuflucht, wie Gamillscheg sie nennt, ist nicht notwendig und auch nicht von dem BetrVG herausgefordert, das anders als das TVG gerade nicht bestimmt, dass Arbeitsverträge den Vorrang vor Betriebsvereinbarungen haben.

Aus der Organfunktion des Betriebsrats leitet Gamillscheg auch seine Vermögensfähigkeit ab.³⁷ Das BAG ist dem noch nicht gefolgt, sondern schließt aus dem angeblichen Fehlen der Vermögensfähigkeit die Unzulässigkeit von Unterlassungsklagen der Arbeitgeber gegen Betriebsräte wegen betriebsverfassungswidrigen Verhaltens.³⁸ Neueste Literatur hat schon aufgezeigt, dass dies keineswegs zwingend ist, sodass auch insoweit Hoffnung auf Besserung besteht.³⁹ Organklagen dürften selbstverständliche Bestandteile jeder verfassungsmäßigen Ordnung sein.

Mit dem Konzept einer Betriebsverfassung unvereinbar ist schließlich die schon erwähnte Regelung der Entgelte für Zeiten der Betriebsrattätigkeit, die nicht diese, sondern nur die in ihrer Folge ausgefallene Arbeitsleistung vergüten will. Auch dies kann nicht auf Dauer so bleiben. Freilich ist einzuräumen, dass der Betriebsrat kein Organ des Unternehmens, sondern der Betriebsverfassung ist, in der das Unternehmen nur ein Beteiligter ist, sodass hier auch in Bezug auf die Vergütung eine selbstständige Abwägung erfolgen muss. Bei dem umgekehrten Problem der Arbeitnehmervertretung in den Aufsichtsräten hat die Praxis eine gesetzeskonforme Lösung gefunden, für die Betriebsverfassung sucht man noch danach.⁴⁰ Gamillscheg hilft einstweilen mit der Aufforderung zur großzügigen Auslegung der jetzigen Regelung.⁴¹

XI. Mögliche Kritik der Konzeption

Soviel zu Gamillschegs Konzeption des kollektiven Arbeitsrechts. Über Kritik daran würde er sich sicher freuen. *De*

mortuis nihil nisi bene gilt für Personen, nicht für ihre Konzeptionen. Soweit ich sehe, gibt es zwei mögliche Ansätze für Kritik. Man kann zunächst bezweifeln, dass hier überhaupt eine einheitliche Konzeption, ein roter Faden durch das große, geradezu riesige Rechtsgebiet vorliegt. Ich habe gemeint, Ihnen drei miteinander verflochtene rote Fäden vorstellen zu können: Sozialpartnerschaft als übergeordneten Leitgedanken, die Beurteilung aller Regelungen auf der Grundlage ihrer jeweiligen Funktion zur Verwirklichung der Tarifautonomie bzw. Betriebsverfassung, zu diesem Zweck Ausdehnung des Richterrechts bis zur Grenze eines eindeutig erklärten Willens jüngerer Gesetze. Ob das richtig oder gewaltsam vereinfacht ist, kann man diskutieren.

Daran schließt sich die weitere Frage, ob die Konzeption und/oder ihre einzelnen Bestandteile das Richtige treffen. Oder sind sie ganz oder teilweise fehlerhaft? Darüber kann man streiten. Eines wäre aber bestimmt ein großer, geradezu unverzeihlicher Fehler: Fragen des kollektiven Arbeitsrechts zu behandeln und zu entscheiden ohne gründliche Berücksichtigung von Gamillschegs jeweiligen Untersuchungen und Stellungnahmen. Wer diese aufsucht, wird in der Regel fündig werden, weil er sich auch entlegener Probleme liebevoll angenommen hat.

Frau Dr. Katharina Gamillscheg, seine juristisch ausgebildete und tätige Tochter, hat mit folgender Formulierung einen Blick in seine Werkstatt erlaubt: »Er war immer entsetzt, wenn Fallfragen aus dem echten Leben mit Dogmatik und Engstirnigkeit gelöst werden sollten«. In der Tat, die manchmal frische, manchmal auch angebrannte Luft des echten Lebens weht durch sein ganzes Werk, von ihm in juristische Bahnen gebracht, Sein und Sollen in ein praktisches Verhältnis gesetzt. Vergleichbares gibt es selten und wir können uns glücklich schätzen, daran teilhaben zu können. Franz Gamillscheg hat uns verlassen, sein Werk ist uns aber geblieben und wird noch lange an ihn erinnern.

35 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 2. (Fn. 9), S. 829.

36 BAG, 5. 3. 2013 – 1 AZR 417/12 – NZA 2013, 916; dagegen Preis/Ulber, NZA 2014, 9.

37 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 2. (Fn. 9), S. 109.

38 BAG, 17.3. 2010 – 7 ABR 95/08 – NJW 2010, 3322; BAG, 13.10.2013 – 1 ABR 32/12 – NJW 2013, 3533; BAG, 11. 4. 2018 – 4 AZR 119/17 – juris.

39 Lukes, Der betriebsverfassungsrechtliche Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers gegen den Betriebsrat, Berlin 2016.

40 S. Uffmann, ZfA 2018, 225.

41 Gamillscheg, Koll. Arbeitsrecht, Bd. 2. (Fn. 9), S. 567.

Franz Gamillscheg und die Entwicklung des Internationalen Arbeitsrechts

Prof. Dr. Andreas Spickhoff, Ludwig-Maximilians-Universität München*

I. Eine persönliche Vorbemerkung

Wer auf einem Gedenksymposium für *Franz Gamillscheg* über dessen Bedeutung für die Entwicklung des Internationalen Privat- und insbesondere Arbeitsrechts referiert, ohne selbst sein Schüler oder auch nur ansatzweise Experte des Arbeitsrechts zu sein, bedarf einer gewissen Legitimation, die ein wenig über die Verhinderung des eigentlich dafür prädestinierten *Egon Lorenz* hinausreichen sollte. Daher ein Wort in eigener Sache: Zum einen hatte der Referent das Glück, im Wintersemester 1984/1985 *Franz Gamillscheg* in einer Vorlesung zum Internationalen Privatrecht zu hören. Zum anderen verfasste *Gamillscheg* – übrigens sehr zeitnah – das Zweitvotum für die Dissertation. Er erschien regelmäßig in der Bibliothek im zwölften Stock des sog. Blauen Turmes der Georg-August-Universität; dort waren die Spezialbibliotheken für Arbeitsrecht sowie für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung seinerzeit (durchaus passend für *Franz Gamillscheg*) nebeneinander platziert. *Gamillscheg* nutzte sie nicht nur, vielmehr wachte er auch sorgsam über sie und ihre Aufsicht. Vermutlich war er selbst über lange Zeit ihr intensivster Benutzer.

Jahrzehnte später war der Referent durchaus berührt, als *Franz Gamillscheg* ihn angesichts seines endgültigen Auszuges aus seinem und seiner Familie langjährigen Haus im Ostviertel und dem Wechsel in den Stift am Klausberg einbestellen ließ, um ihm Bücherbestände mit Werken zum Kollisionsrecht zu überlassen. Auch danach traf man ihn auf Göttinger Tagungen, etwa der Rechtswissenschaftlichen Gesellschaft Göttingens, bei anderen akademischen Anlässen oder ganz einfach in der Stadt. Die Universitätsstadt Göttingen ist eben von überschaubarer Größe.

Das (und weniger eine Kurzkomentierung des Internationalen Arbeitsvertragsrechts als Teil des Internationalen Schuld- und Sachenrechts) hat *Rüdiger Krause*, den ich – man möchte fast sagen: natürlich – mit vielen anderen im zwölften Stock des »Blauen Turmes« kennenlernte

und mit dem ich spätestens seit dem gemeinsam durchgestandenen Referendariat freundschaftlich verbunden bin, und *Olaf Deinert* offenbar dazu verführt, kausal für die folgenden Bemerkungen zu werden.

Dazu sollen zunächst in groben Zügen die Arbeiten *Franz Gamillschegs* zum Internationalen Arbeitsrecht in seine eigene wissenschaftliche Entwicklung eingeordnet werden (II). Das mag – unter anderem – die Herkunft der einen oder anderen These oder Grundtendenz *Gamillschegs* auch im Internationalen Arbeitsrecht erklären. In einem zweiten Schritt geht es – gewiss nicht willkürlich – um besondere Bereiche, in welchen *Franz Gamillscheg* auf die Entwicklung des Internationalen Arbeitsrechts offenbar signifikant Einfluss genommen hat – oder eben auch nicht oder zumindest nicht unmittelbar sichtbar (III).

II. Das Internationale Privatrecht als erstes zentrales wissenschaftliches Betätigungsfeld von Franz Gamillscheg

Um bestimmte Anliegen von *Franz Gamillscheg* und seine eigene Hinwendung bzw. Entwicklung zum Internationalen Privatrecht sowie zur Rechtsvergleichung besser nachvollziehen zu können, ist es angezeigt, einen Blick auf die Wurzeln seiner wissenschaftlichen Tätigkeit zu werfen. Diese findet man in den Grundlagen des Internationalen Privatrechts.

1. Die Herkunft der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie

Die Dissertation von *Franz Gamillscheg* befasst sich mit dem Einfluss *Dumoulin's* auf die Entwicklung des Kollisi-

* Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Medizinrecht.

onsrechts.¹ Die Arbeit ist im kollisionsrechtshistorischen Schrifttum als »mustergültig« bezeichnet worden.² Sie entstand an dem von *Dölle* und *Zweigert* geleiteten Institut für Internationales und Ausländisches Privatrecht, das damals – nach Ende des Zweiten Weltkriegs – zunächst in Tübingen beheimatet war. Begünstigt haben mag die Beschäftigung mit einem der bedeutendsten Juristen der französischen Rechtsgeschichte³, dass der Vater von *Franz Gamillscheg*, *Ernst Gamillscheg*, einer der maßgeblichen Romanisten seiner Zeit war⁴.

Franz Gamillscheg ordnet *Dumoulin* zum einen in die seinerzeit dominierende Statutenlehre des Kollisionsrechts ein, die – anders als später *Savigny* und seither die dominierende Haltung – nicht den Lebenssachverhalt, sondern die einzelnen Rechtsnormen ins Zentrum der kollisionsrechtlichen Frage stellte. Vor allem wandte sich *Gamillscheg* nach eingehender Analyse gegen die bis dahin weithin konsentierende These, dass *Dumoulin* der Schöpfer der Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht im Sinne von kollisionsrechtlicher Verweisungsfreiheit sei – zum Ärger vieler Franzosen.⁵ Das Ergebnis war folgerichtig, dass die Bedeutung von *Dumoulin* für die Entwicklung des modernen Internationalen Privatrechts wohl überschätzt worden ist.⁶ Die Geburtsstunde der Parteiautonomie lag für *Gamillscheg* in der Mitte des 19. Jahrhunderts; ihre wissenschaftliche Herausarbeitung sei erst im 20. Jahrhundert gelungen.⁷ Im Ergebnis hat *Gamillscheg* mit seiner Dissertation jedenfalls eine kollisionsrechtshistorische Kontroverse ausgelöst, die bis heute noch nicht entschieden ist.⁸

2. Internationales Arbeits(vertrags-)recht

Mit der grundlagenorientierten kollisionsrechtshistorischen Dissertation und ihrem Fokus auf der Entwicklung der Parteiautonomie war ein wesentlicher Grundstein für die folgende Habilitationsschrift aus dem Kontext des Internationalen Vertragsrechts, der großen und viele Jahre dominanten Schrift zum Internationalen Arbeitsrecht⁹, gelegt. Vorausgegangen waren der Publikation dieser Arbeit gewichtige Beiträge zum Internationalen Vertrags- und Arbeitsrecht.¹⁰ Die Habilitationsschrift ist ausweislich des Vorwortes¹¹ aus einem Forschungsauftrag des damaligen Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung hervorgegangen, der auf drei Monate angelegt war; daraus wurden dann fünf Jahre.

Inhaltlich ist im Hinblick auf spätere Thesen *Gamillschegs* zum Arbeitsrecht unter anderem die im Kontext des Kollisionsrechts getroffene Aussage bemerkenswert, dass der Arbeitsvertrag »doch ein schuldrechtlicher Vertrag« bleibe.¹² Demgemäß greifen der Grundsatz der Parteiautonomie und die Möglichkeit der Rechtswahl auch im Kontext von Arbeitsverträgen. Sowohl Art. 30 EGBGB aF., der 1986 die Parallelnorm des EVÜ nachempfunden hat, als auch der aktuell geltende Art. 8 Rom I-VO sind bei diesem Ausgangspunkt geblieben, der allerdings mittlerweile durch wesentliche Ausnahmen relativiert worden ist. Dabei präferierte *Gamillscheg* im Unterschied zur bereits damals abweichenden, wohl schon herrschenden Auffassung in der Lehre¹³ den Gedanken der hypothetischen Rechtswahl. Er sei der objektiven Anknüpfung vorzuziehen, auch wenn beide Ansichten im Wesentlichen zu identischen Ergebnissen gelangten. Die sog. objektive Lehre verenge das Blickfeld und erschwere es, »erkennbaren Interessen der Parteien Rechnung zu tragen«.

- 1 *Gamillscheg*, Der Einfluss *Dumoulin*s auf die Entwicklung des Kollisionsrechts, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 25, Berlin 1955.
- 2 *Gutzwiller*, Geschichte des Internationalprivatrechts, Basel 1977, S. 71 in Fn. 1.
- 3 Dazu auch *Thireau*, Charles Du Moulin, Bd. 1, Michigan 1980.
- 4 Maßstäblich ua. *Ernst Gamillscheg*, Etymologisches Wörterbuch der französischen Sprache, 2. Aufl., Heidelberg 1969.
- 5 Näher *Gamillscheg*, Einfluss *Dumoulin*s auf die Entwicklung des Kollisionsrechts (Fn. 1), S. 110 ff. (§ 4) und S. 243. Zustimmend aus dem deutschsprachigen Schrifttum etwa *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2004, § 3 IV, S. 173; von *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl., München 2003, § 6 Rn. 22; anders *Raape/Sturm*, Internationales Privatrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren, 6. Aufl., München 1977, S. 407, 412; wohl auch *Gutzwiller* (Fn. 2), S. 78 ff.
- 6 *Gamillscheg*, Einfluss *Dumoulin*s auf die Entwicklung des Kollisionsrechts (Fn. 1), S. 240.
- 7 *Gamillscheg*, Einfluss *Dumoulin*s auf die Entwicklung des Kollisionsrechts (Fn. 1), S. 256.
- 8 Zur Geschichte der Parteiautonomie im Kontext von Dotalverträgen *Egon Lorenz*, Das Dotalstatut in der italienischen Zivilrechtslehre des 13. – 16. Jahrhunderts, Köln 1956, zusammenfassend S. 117 ff. als Schüler von *Franz Gamillscheg*.
- 9 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht), Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 27, Berlin, Tübingen 1959.
- 10 Namentlich: *Gamillscheg*, Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im Internationalen Vertragsrecht, AcP 157 (1958/59), 303 ff.; *Gamillscheg*, Gedanken zu einem System des Internationalen Arbeitsrechts, RaabelsZ 23 (1958), 819 ff.; *Gamillscheg*, Zu einigen Fragen des Internationalen Arbeitsrechts, AcP 155 (1956), 49 ff.
- 11 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 9), S. VII.
- 12 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 9), S. 114 ff.
- 13 Kritik zB. bei *Raape*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl., München 1961, S. 474 ff. (»verkrampfte Psychoanalyse«, S. 475).

Weitergehend als das im heute geltenden Recht anerkannt wird, meinte *Gamillscheg* damals, dass prinzipiell auch im Internationalen Arbeitsvertragsrecht ius cogens durch eine Rechtswahl verdrängt werden könne; anders stehe es nur mit dem Öffentlichen Recht¹⁴. Außerhalb einer Rechtswahl stellte *Gamillscheg* vorrangig auf den gewöhnlichen Tätigkeitsort im Sinne des Arbeitsortes ab. Das entspricht dem nach wie vor prinzipiell anerkannten, freilich verfeinerten und fortgeschriebenen Ausgangspunkt. Weniger relevant sei der Ort des Vertragsschlusses oder das Recht am Sitz des Arbeitgebers.¹⁵ Nicht durchgesetzt hat sich *Gamillscheg*¹⁶ mit der Ablehnung eines Günstigkeitsvergleichs, weil dieser nicht als solcher Anknüpfungspunkt sein könne (vgl. Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO).¹⁷

3. Grundrechte und Kollisionsrecht

Ein zentrales Thema, das *Franz Gamillscheg* nicht nur im Bereich des Arbeitsrechts umtrieb, war dasjenige der Einwirkungen grundrechtlicher Wertungen auch auf das Kollisionsrecht. Nach einem voluminösen Festschriftbeitrag über Grundrechte und *ordre public*¹⁸ legte er 1973 in der 10./11. Auflage des *Staudinger'schen* Kommentars zum BGB mit der Kommentierung der Art. 13–17 EGBGB einerseits und der §§ 606–606b, 328 ZPO andererseits eine bis zu dieser Zeit kaum für möglich gehaltene monumentale Gesamtkommentierung vor. In den Abschluss des Manuskriptes platzte freilich die sog. Spanier-Entscheidung des BVerfG¹⁹ herein. *Gamillscheg* bemerkte im Vorwort (nicht ohne eine gewisse Ernüchterung), dass die Kommentierung »freilich in einer für eine auf längere Sicht geplante Gesamtdarstellung nicht sonderlich günstigen Zeit« erscheine. In der Tat ist die früher teilweise als geschlechterneutral angesehene Anknüpfung an das Mannesrecht dann Stück für Stück auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts gescheitert und 1986 in die geschlechterneutralen Anknüpfungen überführt worden. Die durch Mannesinteressen und Paternalismus geprägte Bevorzugung der kollisionsrechtlichen Interessen des Mannes konnten durch das Argument, auch das Mannesrecht könne sich im Einzelfall konkret für die (Ehe-) Frau in seinen Konsequenzen günstiger auswirken als ein geschlechterneutral für anwendbar erklärtes Recht, nicht entkräftet werden.

Es mag sein, dass *Franz Gamillscheg* diese Entwicklung nach vieljähriger Beschäftigung mit Grund- und Detailfragen des Kollisionsrechts einschließlich des Internationalen

Familienrechts davon abgebracht hat, sich mit dieser Materie weiter intensiv zu beschäftigen, auch wenn er als Mitglied des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht an dem IPR-Reformgesetz von 1986 gewiss maßgeblich mitdiskutiert hat. Später hat er noch einmal hervorgehoben, dass die Anknüpfung an das Mannesrecht tolerierende frühere hL. »ja nicht auf patriarchalischer Voreingenommenheit« beruht habe, sie habe »nur die Sicherheit einer jederzeit feststellbaren und schwer zu manipulierenden Anknüpfung für wichtiger gehalten als die nur eingebilddete Zurücksetzung der Frau.«²⁰

4. Das europäisierte Internationale Arbeits(vertrags-)recht

Jedenfalls ist er seit dieser Zeit besonders nachhaltig und schwerpunktmäßig im Arbeitsrecht in Erscheinung getreten. Folgerichtig hat er das 1986 ins EGBGB umgesetzte Europäische Vertragsrechtsübereinkommen von 1980 mit seiner Sonderkollisionsnorm für Individualarbeitsverträge in Art. 30 EGBGB während seines Entstehungsprozesses mit einer Maßstab setzenden, auch vom BAG immer wieder herangezogenen²¹ Arbeit kritisch analysiert und ausgelegt.²² Diese – auf seinen früheren Untersuchungen zum Internationalen Arbeitsrecht fußenden – Erkenntnisse zum Internationalen Arbeitsvertragsrecht haben insofern eine fortwirkende Bedeutung auch für die Auslegung des aktuell maßgebenden Art. 8 Rom I-VO erlangt, weil die neuere Norm – trotz mancher Abweichungen und Fortschreibungen im Einzelnen – auf den Grundstrukturen von Art. 30 EGBGB aF. bzw. Art. 6 EVÜ beruht.

14 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 9), S. 117.

15 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 9), S. 123 ff.

16 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 9), S. 175 und noch in ZfA 1983, 307 nach Fn. 85 = *Gamillscheg*, Ausgewählte Schriften zu Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung, Baden-Baden 2006, S. 639, 673 f.

17 Dazu näher *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013, § 9 Rn. 58 ff.; *Spickhoff*, in: *Bamberger/Roth/Hau/Poseck* (Hrsg.), Beck Online-Kommentar BGB, 47. Ed., 1. 11. 2017 (im Folgenden: BeckOK-BGB), Art. 8 Rom I-VO Rn. 17, 18.

18 *Gamillscheg*, FS Nipperdey, München 1965, S. 323.

19 BVerfG, 4. 5. 1971 – 1 BvR 636/68 – BVerfGE 31, 58.

20 *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307 in Fn. 8 = *Gamillscheg*, Ausgewählte Schriften (Fn. 16), S. 639, 643.

21 Siehe BAG, 3. 5. 1995 – 5 AZR 17/94 – BeckRS 1995, 30754668; BAG, 3. 5. 1995 – 5 AZR 15/94 – AP Nr. 32 zu IPR ArbR; BAG, 24. 8. 1989 – 2 AZR 3/89 – AP Nr. 30 zu IPR ArbR.

22 *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307 = *Gamillscheg*, Ausgewählte Schriften (Fn. 16), S. 639.

III. Wirkungen und Einordnung wesentlicher kollisionsrechtlicher Ansätze und Thesen von Franz Gamillscheg und das Internationale Arbeitsrecht

Die im Folgenden angesprochenen Grundansätze und Thesen *Franz Gamillschegs* werden einerseits in sein sonstiges Werk, andererseits aber auch in die Rechtsentwicklung im Ganzen sowie im Hinblick auf Wirkungen in der Rechtspraxis eingeordnet. Dass die Auswahl der betreffenden Materien der subjektiven Einschätzung des Referenten folgt, versteht sich von selbst.

1. Internationales und materielles Arbeitsrecht

Franz Gamillscheg hat bekanntlich zu zahlreichen Grundfragen des materiellen ebenso wie zu Fragen des Internationalen Arbeitsrechts dezidiert Stellung bezogen. Dabei fällt auf, dass er das sachliche Arbeitsrecht in Beziehung auf solche Grundfragen scheinbar durchaus abweichend vom Internationalen Arbeitsrecht akzentuiert hat.

a) Die Verselbständigung des Arbeitsvertragsrechts im Zivilrecht und das Internationale Arbeitsvertragsrecht

Dafür steht, dass *Franz Gamillscheg* – alles andere als unumstritten – das sachliche Arbeitsrecht gegenüber dem sachlichen Privatrecht als ein »eigenes Gebiet mit eigenen Normen, eigenen Grundsätzen und eigenen Auslegungsregeln« angesehen hat.²³ Begründet hat *Gamillscheg* das mit dem spezifischen Modell des Arbeitsvertrages. Das allgemeine Privatrecht habe den Kaufvertrag als Prototyp eines zwischen zwei gleichgewichtigen Vertragspartnern ausgehandelten Vertrages als Regelbild zugrunde gelegt – eine Prämisse, die freilich mittlerweile im Bereich des Verbrauchervertragsrechts durch die Rechtsentwicklung mehr als deutlich relativiert worden ist. Der Arbeitsvertrag sei demgegenüber durch ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gekennzeichnet.²⁴ Für das Arbeitsrecht habe deshalb im Hinblick auf das Anliegen eines gerechten Interessenausgleiches von vornherein ein besonders akzentuierter Regelungsmechanismus zur Anwendung zu kommen. Die Vorschriften aus dem allgemeinen Schuldrecht des BGB sollten nicht ohne weiteres auf den Arbeitsvertrag angewendet werden.²⁵

Zu dieser Grundhaltung steht in scheinbar signifikantem Kontrast, wenn *Gamillscheg* im Bereich des Internationalen Arbeitsrechts den bereits erwähnten Ausgangspunkt hervorhob, der Arbeitsvertrag bleibe »doch ein schuldrechtlicher Vertrag«²⁶. Demgemäß hat sich *Gamillscheg* hier dezidiert für die Möglichkeit der Rechtswahl und Parteiautonomie auch im Internationalen Arbeitsvertragsrecht ausgesprochen.²⁷ Ja, er ging sogar noch weiter und wollte ursprünglich zwingendes Recht des Privatrechts (freilich nicht des Öffentlichen Rechts) als durch eine Rechtswahl verdrängt ansehen²⁸ – zweifelsohne entwickelt vor der Zeit großer Gastarbeiterzahlen und der echten Arbeitnehmerfreizügigkeit in der EU und der damit einhergehenden Mobilität.

Auch das BAG²⁹ teilte den Ausgangspunkt *Gamillschegs*, dass die Parteiautonomie – noch vor ihrer Kodifikation – prinzipiell auch im Internationalen Arbeitsvertragsrecht gelte. Demgemäß konnte der Tarifvertrag als Teil des Privatrechts abgewählt werden, was auch nicht prinzipiell einen Verstoß gegen den *ordre public* auslöst. Ebenso entschied das BAG zum Kündigungsschutz.³⁰

So weit sind Art. 8 Rom I-VO und zuvor Art. 6 EVÜ in ihrer Anknüpfung von Individualarbeitsverträgen später mit guten Gründen dann doch nicht gegangen. Im Bereich von Verbraucherverträgen liegt es nicht anders; in einem Vorentwurf der Rom I-VO (der nicht Gesetz geworden ist) sollte dort die Parteiautonomie sogar (systemwidrig noch weitergehend als je zum Internationalen Arbeitsvertragsrecht geplant) ganz abgeschafft werden³¹. Selbst im Bereich von Verträgen, die idealtypisch zunächst einmal von zwei gleichgewichtigen Vertragspartnern abgeschlossen zu sein scheinen, begrenzt (freilich wesent-

23 *Gamillscheg*, FS Molitor, 1962, S. 57, 78.

24 *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197, 205 f.

25 *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197, 220; zust. *Däubler*, NZA 1988, 857, 862 ff.; anders etwa *Vaupel*, Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen im Arbeits- und Verbraucherrecht, Herbolzheim 2006, S. 5 ff.

26 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 9), S. 114 ff.

27 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 9), S. 101 ff.

28 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 9), S. 116.

29 BAG, 4. 5. 1977 – 4 AZR 10/76 – NJW 1977, 2039, 2040.

30 BAG, 30. 4. 1987 – 2 AZR 192/86 – AP Nr. 15 zu § 12 SchwB.G.

31 Siehe BeckOK-BGB-Spickhoff (Fn. 17), Art. 6 Rom I VO Rn. 3; aus Gründen der Vereinfachung der Anknüpfung rechtspolitisch sympathisierend aber *Mankowski*, ZVglRWiss 105 (2006), 120, 150 ff.; *Leible*, IPRax 2006, 365, 370.

lich restriktiver) Art. 3 Abs. 3 und 4 Rom I-VO die Möglichkeit der Umgehung zwingender Rechtsvorschriften des Sachrechts ohne substanziellen Auslandsbezug.

Vielleicht ist es doch so, dass das Internationale Arbeitsrecht in gewisser Weise als ein Spiegel des Sachrechts angesehen werden kann. Dort, wo im Sachrecht die Privatautonomie recht weitgehend zurückgedrängt worden ist (wie im Arbeits- oder Verbraucherschutzrecht), steht man auch der Parteiautonomie im Kollisionsrecht tendenziell restriktiv gegenüber.³² Der Fairness halber muss allerdings hinzugefügt werden, dass diese Entwicklung (sowohl im Sach- als auch und erst recht im Kollisionsrecht) in den fünfziger Jahren so kaum vorweggenommen werden konnte, jedenfalls nicht dem allgemein anerkannten Stand der Diskussion entsprach.

b) Die Einwirkung von Grundrechten

Gamillscheg hat sich weiter intensiv mit der Wirkungsweise von Grundrechten im Privat- und insbesondere im Arbeitsrecht, aber nicht minder im Kollisionsrecht auseinandergesetzt.³³

So hat er sich bereits früh³⁴ für eine unmittelbare Drittwirkung im Sinne einer horizontalen Wirkung von Grundrechten im Arbeitsrecht ausgesprochen, wobei ua. die Schwierigkeit der Trennung von unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte als wesentliches Argument diente³⁵. Im Internationalen Privatrecht wollte *Gamillscheg* demgegenüber grundrechtliche Wertungen zunächst (nur) über die Generalklausel des *ordre public* durchsetzen.³⁶

Die Frage der Gleichheitswidrigkeit der Kollisionsnormen über die Anknüpfung an das Mannesrecht hat mit dieser Frage freilich unmittelbar nichts zu tun. Und ob Grund- oder Menschenrechte im anzuwendenden ausländischen Recht unmittelbar, mittelbar oder gar nicht einschlägig sind, ist eine Frage, die zunächst einmal nach dem kollisionsrechtlich berufenen Recht zu entscheiden ist. Der inländische *ordre public* (und über diesen grund- oder menschenrechtliche Wertungen) steckt im Falle zureichender Inlandsbeziehung den Rahmen ab, innerhalb dessen Ergebnisse der Anwendung ausländischen Rechts aus inländischer (grundrechtsgeprägter) Sicht noch tolerabel sind. Ein »Internationales Grundrechtsrecht«, das selbständig neben dem Kollisionsrecht und *ordre public* stehen würde³⁷, hat *Gamillscheg* in Überein-

stimmung mit der bis heute ganz herrschenden Auffassung nicht befürwortet.

Im Ergebnis lässt sich jedenfalls festhalten, dass *Gamillscheg* das Kollisionsrecht einschließlich des Internationalen Arbeitsrechts keineswegs inländischen Wertungen, selbst grundrechtlichen, nicht a priori unterordnen wollte. Das gilt insbesondere im Hinblick auf anzuwendendes ausländisches sachliches Arbeitsrecht. Für diese vielleicht weniger liberalistische als vielmehr weltoffene Sicht waren gewiss nicht zuletzt eine eminente, im Rahmen seines Habilitationsprojektes gewonnene Kenntnis ausländischen sachlichen Arbeitsrechts, sein rechtsvergleichender Blick und die Erkenntnis maßgebend, dass nicht für alle Menschen und Kulturen identische Rechtsmaßstäbe gelten können³⁸: andere Länder, andere Sitten. Der Gefahr eines »Grundrechtstotalitarismus«³⁹ ohne zureichenden Inlandsbezug stand *Gamillscheg* im Ergebnis jedenfalls fern. Eine entsprechende Weltoffenheit würde man sich heutzutage manchmal auch in anderen Zusammenhängen wünschen.

2. Ordre public, Eingriffsnormen und Internationales Arbeitsrecht

Nicht nur den *ordre public* als Einfallstor für inländische, auch grundrechtliche Wertungen, sondern ebenso die öffentlich-rechtlichen Bestandteile und Bezüge des Arbeitsrechts hat *Gamillscheg* bereits in seiner Habilitationsschrift für das Kollisionsrecht untersucht. Seine Anknüpfung öffentlichen Arbeitsrechts beruhte auf der Prämisse, dass das öffentliche Arbeitsrecht auf die Arbeit im Gebiet abstelle.⁴⁰ Eine Sonderanknüpfung in- und erst recht ausländischer Eingriffsnormen des Öffentlichen

32 Siehe dazu auch BeckOK-BGB-Spickhoff (Fn. 17), Art. 3 Rom I-VO Rn. 6.

33 Zusammenfassend *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, Tübingen 1989; darauf verweist BAG, 15. 7. 1992 – 5 AZR 341/91 – ArztR 1993, 272.

34 *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385.

35 So *Sorber*, Die Rechtsstellung des Bewerbers im Einstellungsverfahren, Baden-Baden 2017, S. 236f. unter Hinweis auf *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385, 403f.

36 *Gamillscheg*, FS Nipperdey, München 1965, S. 323.

37 Dafür *Wengler*, JZ 1965, 100, 101 ff.; *Bernstein*, NJW 1965, 2273, 2275.

38 *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2004, § 2 I, S. 131.

39 Dazu *Ferid*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Frankfurt aM. 1986, § 2 Rn. 61.

40 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 9), S. 192.

Rechts lehnte *Gamillscheg* zunächst ab. Freilich hat sich auch das von *Gamillscheg*⁴¹ entwickelte System, in dem er die Fallgruppen von In- und Auslandsarbeit einerseits und in- bzw. ausländischem Arbeitsstatut andererseits unterschieden hat, jedenfalls nicht in Reinkultur durchgesetzt, und zwar weder in Art. 34 EGBGB (bzw. Art. 7 EVÜ) noch in Art. 9 Rom I-VO.

Ungeachtet dessen konnte das BAG⁴² bei seiner Auslegung von Art. 34 EGBGB auch auf den Aufsatz von *Gamillscheg* aus dem Jahr 1983⁴³ zurückgreifen, als es die für das Kollisionsrecht insgesamt prägende Unterscheidung des Charakters einer Eingriffsnorm als öffentliche (und nicht privaten) Interessen schützend herausarbeitete. Seitdem ist die – zwar bestrittene, aber nach wie vor der Praxis der deutschen Gerichtsbarkeit entsprechende – Linie diejenige, dass ein auf den Schutz öffentlicher Interessen ausgerichteter Normzweck für den Charakter einer Eingriffsnorm spricht, während zwingende Vorschriften, die zuvörderst dem Ausgleich von Individualinteressen dienen, dem Vertragsstatut unterliegen und nicht als Sonderanknüpfungen im Sinne von Art. 9 Rom I-VO, früher Art. 7 EVÜ in der Umsetzung durch Art. 34 EGBGB aF, effektiviert werden können.⁴⁴ Hier lässt sich mE. eine gewisse »Mitkausalität« der *Gamillscheg'schen* Vorarbeiten zum Internationalen Arbeitsrecht auf die Entwicklung der Rechtsprechung (übrigens nicht nur des BAG) nicht leugnen.

3. Sonstige Einflüsse auf die Rechtsprechung des BAG

Damit befinden wir uns bereits bei der Frage nach Einflüssen *Gamillschegs* auf die Rechtsprechung des BAG. Eher verblüfft hat eine Entscheidung des BAG⁴⁵, in der *Gamillscheg* gewissermaßen als Sachverständiger des Rechts von New York zitiert wurde – was Revisionsgerichte nicht alles machen! Wichtiger erscheint etwas anderes, nur äußerlich Formales: Die Habilitationsschrift von *Franz Gamillscheg* zum Internationalen Arbeitsrecht (wie bemerkt, publiziert im Jahr 1959) ist noch im Jahr ihres Erscheinens vom BAG zitiert worden.⁴⁶ Das mW. (zumindest einstweilen) letzte Zitat des *Gamillscheg'schen* Internationalen Arbeitsrechts in einer Entscheidung des BAG stammt vom 23. November 2000.⁴⁷ Von welcher Habilitationsschrift lässt sich feststellen, dass sie schon im Jahr ihres Erscheinens und dann noch 41 Jahre später von der höch-

strichterlichen Rechtsprechung des maßgeblichen Bundesgerichts herangezogen worden ist – und das im Arbeitsrecht, in dem – wie *Gamillscheg*, *Otto Kahn-Freund* zitierend, gerne bemerkte⁴⁸ – »eine Woche eine lange Zeit« ist?

Auch dort, wo sich die Thesen *Gamillschegs* nicht durchgesetzt haben, hat das BAG ihm zumindest ungerne widersprochen. So hat es die von *Gamillscheg* präferierte Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen, den dieser zu seinem Verdruss in Art. 30 EGBGB aF. nicht wiedergefunden hat⁴⁹, nicht ohne weiteres verworfen, sondern den Streit vor Inkrafttreten von Art. 30 EGBGB 1986 unter Hinweis darauf offengelassen (und offenlassen können), dass der Unterschied zwischen beiden Theorien praktisch gering sei und sich konkret nicht auswirke, da auch die subjektive Theorie an objektive Umstände anknüpfen müsse⁵⁰. In einer späteren Entscheidung⁵¹ hat das BAG sich zwar nicht direkt der subjektiven Anknüpfung *Gamillschegs* an den hypothetischen Parteiwillen angeschlossen, aber durchaus zu erkennen gegeben, dass der hypothetische Wille nicht ganz unbeachtlich sei. *Gamillscheg* selbst wäre nicht der, der er war, wenn er den hypothetischen Parteiwillen nicht trotz der scheinbar »objektivistischen Grundkonzeption« von Art. 30 Abs. 2 aE. EGBGB aF. (und nun Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO) durch die Hintertür der Ausweichanknüpfung an eine noch engere Verbindung doch wieder ins Spiel gebracht hätte.⁵²

41 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 9), S. 198 ff.

42 BAG, 24. 8. 1989 – 2 AZR 3/89 – BAGE 63, 17.

43 *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 345 f. = *Gamillscheg*, Ausgewählte Schriften (Fn. 16), S. 639, 679 ff.

44 Näher zum Diskussionsstand BeckOK-BGB-Spickhoff (Fn. 17), Art. 9 Rom I-VO Rn. 11 ff.; näher dazu *Callsen*, Eingriffsnormen und ordre public – Vorbehalte im Internationalen Arbeitsrecht – ein deutsch-französischer Vergleich, Baden-Baden 2013.

45 BAG, 9. 12. 1976 – 2 AZR 581/75 – BeckRS 1976, 00175.

46 BAG, 13. 5. 1959 – 1 AZR 258/57 – BAGE 7, 362.

47 BAG, 23. 11. 2000 – 2 AZR 490/99 – AP Nr. 2 zu § 20 GVG (wenngleich das BAG *Gamillscheg* hier in einem speziellen völkerrechtlichen Punkt nicht folgte).

48 ZB. in *Gamillscheg*, Arbeitsrecht I (Prüfe dein Wissen), 7. Aufl., Hamburg 1987, Vorwort S. V.

49 Kritisch deshalb *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307 (gesetzliches »Schlussmachtwort«, ab Fn. 65).

50 BAG, 10. 4. 1975 – 2 AZR 128/74 – AP Nr. 12 zu IPR ArbR unter Hinweis auf *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 9), S. 104.

51 BAG, 04. 12. 1985 – 5 AZR 627/84 – BeckRS 1985, 30715428.

52 *Gamillscheg*, NZA 1983, 307 bei Fn. 93 = *Gamillscheg*, Ausgewählte Schriften (Fn. 16), S. 639, 677 f.

Ebenso offen gelassen hat das BAG⁵³, ob die einstellende Niederlassung in Art. 30 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB nach der sogenannten Unterschriftstheorie⁵⁴ im Sinne des Vertragsschlusses⁵⁵ zu ermitteln sei oder – so *Gamillscheg*⁵⁶ – ob das Kriterium der Eingliederung durch die einstellende Niederlassung maßgeblich sei, um zufällige Ergebnisse zu verhindern; der Abschlussort eines Vertrages ist eben flüchtig und leicht manipulierbar. Das BAG stellte damals – methodisch wohl eher unglücklich, wenn auch nachvollziehbar – in Ermangelung zureichender Feststellungen direkt auf die an sich eher nachrangig einschlägige Ausweichklausel mit der Anknüpfung an die noch engere Verbindung in Art. 30 Abs. 2 EGBGB aF. ab.

Der Redlichkeit halber sei aber auch nicht verschwiegen, dass sich das BAG⁵⁷ über eine weitere *Gamillscheg'sche* Anknüpfungsspezialität hinweggesetzt hat. Arbeitsverhältnisse von Seeleuten aus dem Nicht-Unions- (bzw. damals EG-) Ausland, die auf im internationalen Schiffsregister eingetragenen Schiffen unter deutscher Flagge tätig sind, sollen sich mangels Rechtswahl nach dem Recht des Staates richten, zu welchem sich aus der Gesamtheit der Umstände die engste Verbindung ergibt. *Gamillscheg* hatte – freilich vor Einführung von § 21 Abs. 4 S. 1 FIRG – demgegenüber (konsequent gegen die unscharfe Anknüpfung an »engste Verbindungen«) vertreten, dass das Recht des Staates gelten solle, dessen Flagge das Schiff als der gewöhnliche Arbeitsort des Seemannes führe. Hier musste freilich das BAG – ob es wollte oder nicht – schlicht und ergreifend dem deutschen Gesetzgeber folgen, der mittlerweile ganz einfach angeordnet hatte, dass Arbeitsverhältnisse von Besatzungsmitgliedern eines im internationalen Seeschiffregister eingetragenen Kauffahrteischiffes, die im Inland keinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt haben, bei der Anwendung des europäisierten Internationalen Arbeitsrechts nicht schon aufgrund der Tatsache, dass das Schiff die Bundesflagge führt, deutschem Recht unterliegen.

4. Einfluss auf die rechtspolitische und wissenschaftliche Diskussion

Damit sind wir aber auch bereits beim Einfluss von *Franz Gamillscheg* auf die gesetzgeberischen Tätigkeiten im Kontext des europäisierten Internationalen Arbeitsrechts. Bekanntlich hat der deutsche Gesetzgeber 1986 das EVÜ ins EGBGB im Prinzip übernommen; seit 2009 gilt mit Art. 8 Rom I-VO ohnedies unmittelbar eine unionsrecht-

liche Kollisionsnorm für das Internationale Individualarbeitsvertragsrecht. Hat *Gamillscheg* hierauf Einfluss genommen? Diese Frage lässt sich nur schwer und in Grenzen spekulativ beantworten. Gewiss hat – wie der Beitrag *Gamillschegs* in der ZfA 1983⁵⁸ zeigt – der Gesetzgeber auf europäischer Ebene in vielen Einzelpunkten eigene Vorstellungen entwickelt, die von *Gamillscheg* – sicher oft zu Recht, aber wie meistens im Falle von Kritik aus dem Kreise der Wissenschaft in einem durchaus diskussionsanfälligen Gebiet wie dem Internationalen Arbeitsrecht dennoch ohne durchschlagenden Erfolg – kritisiert worden sind. Dennoch sind viele seiner zentralen Forderungen, die er in der Habilitationsschrift entwickelt hat, namentlich das prinzipielle Festhalten an der Parteiautonomie auch im Internationalen Arbeitsvertragsrecht und ebenso die grundsätzliche Anknüpfung an den Arbeitsort in Ermangelung einer Rechtswahl, bis heute geltendes (kodifiziertes) Recht für die EU (s. Art. 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Rom I-VO).

Im Ganzen wird man kaum fehl gehen in der Annahme, dass *Gamillscheg* – auch als Mitglied des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht – zumindest einen mittelbaren Einfluss auch auf die Grundanknüpfungen der europäisierten Gesetzgebung gewonnen hat, wenngleich (wie stets im Rahmen eines parlamentarischen Gesetzgebungsprozesses) gewissermaßen in verdünnter Form. Dass dies möglich war, ist insbesondere das Ergebnis der eingehenden Kollisionsrechtsvergleiche, die *Gamillscheg* seinen kollisionsrechtlichen Überlegungen als Prämisse zugrunde legte. Er konnte sich dabei auf ein Petition von *Franz Kahn*⁵⁹ stützen, dessen Forderung darin bestand, Kollisionsregeln erst nach dem rechtsvergleichenden Studium (nicht nur des Kollisionsrechts, sondern auch der

53 BAG, 13. 11. 2007 – 9 AZR 134/07 – NZA 2008, 761 und BAG, 12. 12. 2001 – 5 AZR 255/00 – AP Nr. 10 zu Art. 30 EGBGB.

54 Dafür *Schlachter*, NZA 2000, 57, 60; *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 74.

55 Hiervon ausgenommen sind reine Anwerbebüros; die Anknüpfung steht zudem unter dem Vorbehalt der Ausweichklausel.

56 *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 334 = *Gamillscheg*, *Ausgewählte Schriften* (Fn. 16), S. 639, 679; ebenso *Junker*, SAE 2002, 258, 261; *Mankowski*, AR-Blattei ES 920 Nr. 7 S. 18.

57 BAG, 3. 5. 1995 – 5 AZR 17/94 – BeckRS 1995, 30754668 und BAG, 3. 5. 1995 – 5 AZR 15/94 – AP Nr. 32 zu IPR ArbR.

58 *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307 = *Gamillscheg*, *Ausgewählte Schriften* (Fn. 16), S. 639.

59 Bedeutung der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das Internationale Privatrecht, *BöhmsZ* 10 (1900), 97, 99 = in: *Lenel/Lewald* (Hrsg.), *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, Bd. I, München/Leipzig 1928, S. 491, 493 f.

Sachrechte) zu formulieren, weil das Internationale Privatrecht auf den Sachrechten aufbaut.

Mindestens genauso wichtig ist es schließlich, dass *Franz Gamillscheg* das Internationale Arbeitsrecht als besondere, wenn auch in die allgemeinen Lehren des Kollisionsrechts eingebettete Disziplin in der deutschen Kollisionsrechtswissenschaft überhaupt etabliert hat. Dazu hat er durch seine Habilitationsschrift und seine folgenden Analysen Pionierarbeit geleistet, auf der die nachfolgenden Generationen – bei aller eigenen Akzentuierung – aufbauen und das Rechtsgebiet des Internationalen Arbeitsrechts zugleich ausbauen konnten. An dieser Entwicklung war *Franz Gamillscheg* ohne Frage sehr gelegen. Wie könnte man es sich sonst erklären, wie sehr ihm nicht nur seine unmittelbare Nachfolge (*Abbo Junker*), sondern auch die spätere Fortsetzung der Arbeit am und im Internationalen Arbeitsrecht in Göttingen durch *Olaf Deinert* am Herzen lagen. Nicht anders lässt sich deuten, dass *Franz Gamillscheg* seinem Nach-Nachfolger Ergebnisse

lange zusammengetragener Materialsammlungen zukommen ließ⁶⁰. Umso schöner war es, dass *Franz Gamillscheg* die Vollendung von *Olaf Deinerts* großem, mittlerweile ins Englische übersetzten »Internationalen Arbeitsrecht«⁶¹ noch erleben konnte.

So wird die von *Gamillscheg* begründete Tradition der Pflege des Internationalen und Ausländischen Arbeitsrechts am universitären Standort Göttingen unübersehbar fortgesetzt werden. Dass mittlerweile andere wissenschaftliche Standorte mit ähnlichen Schwerpunkten hinzugekommen sind, zeigt nur ein weiteres Mal die Weitsicht des damals Ersten und Einzigsten, der es wagte, statt drei Monaten gleich eine Handvoll Jahre der Begründung dieses immer wichtiger gewordenen und werdenden Rechtsgebietes zu widmen.

60 S. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 17), S. VII.

61 Übersetzt ins Englische 2017.

Does the case law of the European Court of Human Rights show that the Convention States of the European Convention on Human Rights must prescribe priority of internal whistle-blowing as a rule?

Ninon Colneric, Hamburg*

I. Introduction

On 23 April 2018, the European Commission presented a proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law.¹ Its recital 62 states that, as a rule, reporting persons should first use the internal channels at their disposal and report to their employer. A person reporting externally to the competent authorities shall only qualify for protection under the proposed directive where certain conditions are fulfilled, eg. where internal reporting channels did not function properly or where he or she could not reasonably be expected to use internal reporting channels in light of the subject matter of the report.² Under very restrictive conditions, persons making a public disclosure shall also qualify for protection.³

This approach was challenged by Virginie Rozière, Rapporteur of the Committee on Legal Affairs of the European Parliament. In her draft report on the said proposal, she suggests »rethinking the multiple tiers of channels by introducing more flexibility in order to leave it up to the reporting person to choose the most appropriate channel to use«.⁴

In literature it is argued that, according to the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) on freedom of expression, internal whistle-blowing must, as a rule, precede whistle-blowing to the competent authorities and that, pursuant to Article 52 (3) Charter of Fundamental Rights of the European Union, this has to be taken into account when interpreting the right to freedom of expression enshrined in Article 11 of the Charter.⁵

This controversy is of major importance for whistle-blowers. It is true that even in countries where whistle-blowers can freely choose between internal whistle-blow-

ing and whistle-blowing vis-à-vis competent authorities, the vast majority of them report internally first.⁶ However, internal whistle-blowing can be even more risky than whistle-blowing to authorities. Practice has shown that even asking questions about certain facts can lead to retaliation culminating in dismissal. As an expert on the subject put it in a recent discussion: »Internal whistle-blowing is like mounting a target with the words ›I am a troublemaker‹ on your back.« Also, when relying on exceptions to a rule that internal whistle-blowing must precede whistle-blowing to authorities, whistle-blowers run the risk of misinterpreting their scope.

This article examines what the case law of the ECtHR actually says about priorities when blowing the whistle in order to establish whether there is scope for a political debate on that issue.

* Former Judge of the Court of Justice of the European Communities (Luxembourg).

1 COM(2018) 218 final.

2 Recital 62 and Article 13(2).

3 Recital 63 and Article 13(4).

4 European Parliament, Committee on Legal Affairs, 2018/0106(COD), p. 43.

5 See *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker (ed.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 2nd ed., Munich 2018, RL 2016/943/EU Art. 5, marginal no. 10; see also *Schmidt*, *Whistleblowing revisited – Anpassungs- und Regelungsbedarf im deutschen Recht*, RdA 2017, 365 et seq., 367 et seq.

6 See OECD, *Committing to Effective Whistleblower Protection – Highlights*, p. 8, with further references, <https://www.oecd.org/corruption/Committing-to-Effective-Whistleblower-Protection-Highlights.pdf> (12 September 2018); UNODC, *United Nations Convention against Corruption – Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*, Vienna 2015, p. 32 and fn. 53, with further references, https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf (12 September 2018).

II. Freedom of expression and its limits according to Article 10 ECHR

The (European) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) protects freedom of expression in accordance with its Article 10. This provision explicitly guarantees the freedom to impart information. Its paragraph 2 contains the following limitation rule:

»The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.«⁷

Accordingly, in cases where the applicant alleges a violation of Article 10 ECHR, the ECtHR carries out an examination in four steps: 1. Existence of an interference, 2. Prescribed by law, 3. Legitimate aim, 4. Necessary in a democratic society.

In settled case law, when examining necessity, the ECtHR emphasises: »The adjective ›necessary‹, within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a ›pressing social need‹. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. [...] what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was ›proportionate to the legitimate aim pursued‹ [...]«.⁸

III. Case *Guja v. Moldova* (Grand Chamber), judgment of 12 February 2008

In *Guja v. Moldova*⁹, the ECtHR dealt with a whistle-blower for the first time. The applicant, who was the Head of the Press Department of the Prosecutor General's Office, sent two letters received within the Prosecutor General's Office to a newspaper. In his view, they proved that the Deputy Speaker of Parliament had put pressure on the Prosecutor Gener-

al's Office to stop investigations against police officers for ill treatment and illegal detention. The applicant was dismissed.

In the »Relevant non-convention materials« part of its decision, the ECtHR included extracts from several international treaties that were binding on Moldova apart from the one mentioned second:

■ *The Termination of Employment Convention of the International Labour Organisation (Convention No. 158*¹⁰ *of 22 June 1982):*

Article 5

»The following, *inter alia*, shall not constitute valid reasons for termination: [...]

a. the filing of a complaint or the participation in proceedings against an employer involving violation of laws or regulations or recourse to competent administrative authorities; [...]¹¹

■ *The United Nations Convention against Corruption of 31 October 2003:*

Article 33 – Protection of reporting persons

»Each State Party shall consider incorporating into its domestic legal system appropriate measures to provide protection against any unjustified treatment for any person who reports in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities any facts concerning offences established in accordance with [the] Convention.«¹²

■ *The Council of Europe's Criminal Law Convention on Corruption of 27 January 1999:*

Article 22 – Protection of collaborators of justice and witnesses

»Each Party shall adopt such measures as may be necessary to provide effective and appropriate protections for:

a. those who report the criminal offences established in accordance with Articles 2 to 14 or otherwise cooperate with the investigating or prosecuting authorities;

b. witnesses who give testimony concerning these offences.«¹³

7 Only the English and French versions of the ECHR are authentic. The ECtHR provides a German translation of the ECHR on its website: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_DEU.pdf (11 October 2018).

8 See ECtHR, 12 February 2008 – 14277/04 – IHRL 3209 (ECHR 2008) (*Guja v. Moldova*), § 69, and ECtHR, 21 July 2011 – 28274/08 – <https://hudoc.echr.coe.int> (Heinisch v. Germany), § 62, with further references. Judgments, decisions and other texts are available in HUDOC <https://hudoc.echr.coe.int> (11 October 2018), the database of the ECtHR, in one or both of the Court's official languages (English and French). For information purposes, the ECtHR also publishes non-official translations into other languages in HUDOC.

9 See fn.8.

10 The English version of the judgment, which attributes the number 58 to this convention, contains a typographical error.

11 § 43.

12 § 44.

13 § 45.

- *The Council of Europe's Civil Law Convention on Corruption of 4 November 1999:*

Article 9

»Each Party shall provide in its internal law for appropriate protection against any unjustified sanction for employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities.«¹⁴

Inter alia, the Court quoted the following sentences from the Explanatory Report to this Convention:

- ▶ »The »appropriate protection against any unjustified sanction implies that, on the basis of [the] Convention, any sanction against employees based on the ground that they had reported an act of corruption to persons or authorities responsible for receiving such reports, will not be justified. Reporting should not be considered as a breach of the duty of confidentiality.«¹⁵

Among the »Relevant non-conventional materials«, the Court also cited the Recommendation on Codes of Conduct for Public Officials adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 11 May 2000.¹⁶ Article 11 deals with the obligation of secrecy, Article 12 with reporting. The Court quoted this passage from the latter article:

- ▶ »[...] 5. The public official should report to the competent authorities any evidence, allegation or suspicion of unlawful or criminal activity relating to the public service coming to his or her knowledge in the course of, or arising from, his or her employment. The investigation of the reported facts shall be carried out by the competent authorities.
- 6. The public administration should ensure that no prejudice is caused to a public official who reports any of the above on reasonable grounds and in good faith.«¹⁷

Against the background of these materials, which do not mention the priority of internal whistle-blowing as a rule anywhere, the ECtHR established »The general principles applicable in this case« when examining whether the interference was necessary in a democratic society. It referred to the duty of loyalty owed by employees and in particular by civil servants and emphasised the duty of discretion incumbent upon the latter. § 73 then states: »*In the light of the duty of discretion referred to above, disclosure should be made in the first place to the person's superior or other competent authority or body. It is only where this is clearly impracticable that the information could, as a last resort, be disclosed to the public.*«¹⁸

Three different potential addressees for disclosure are mentioned here: 1. the person's superior, 2. other competent authority or body [in the French version: *une autre autorité ou instance compétente*], 3. the public. This corresponds to three forms of whistle-blowing: 1. internal whistle-blowing, 2. whistle-blowing to competent authorities and bodies, 3. whistle-blowing to the public. The Court of Justice did not establish any order of priority between internal whistle-blowing and whistle-blowing to competent authorities and bodies. Only whistle-blowing to the public is, in its view, in principle subordinate to the other two forms.

The Court of Justice continued: »*In assessing whether the restriction on freedom of expression was proportionate, therefore, the Court must take into account whether there was available to the applicant any other effective means of remedying the wrongdoing which he intended to uncover.*«¹⁹ It follows from the preceding sentences of the judgment that »any other effective means« implies any effective means other than whistle-blowing to the public.

In *Guja*, the Court listed further factors which must be considered when deciding whether interference with the freedom of expression of a civil servant is proportionate in such a case.²⁰ These criteria are irrelevant to the problem of whether internal whistle-blowing must in principle take precedence.

In the section »Application of the above principles in the present case«, the Court answered the question of »[w]hether the applicant had alternative channels for the

14 § 46.

15 § 46.

16 Rec(2000)10.

17 § 47.

18 § 73, first and second sentences. The ECtHR added in parenthesis: »*see, mutatis mutandis, Haseldine*, cited above«. The case referred to is European Commission for Human Rights, 13 May 1992 – 18957/91 – <https://hudoc.echr.coe.int> (Haseldine v. the United Kingdom). According to the Commission, two factors had to be taken into account in the case concerned: first, the situation of the applicant as a civil servant with a special duty of moderation and second, »the nature of the means he used in making his statements«. The Commission noted in this respect »that the applicant in expressing his opinions used a means which has a wide and immediate impact, namely a daily national newspaper with wide circulation«. There are no abstract statements in this decision on the order of priority of the various whistle-blowing paths.

19 § 73.

20 »The public interest involved in the disclosed information«, »the authenticity of the information disclosed«, »the detriment, if any, suffered by the public authority as a result of the disclosure and [...] whether such damage outweighed the interest of the public in having the information revealed«, »the motive behind the actions of the reporting employee«, »the penalty imposed« (§§ 74–78).

disclosure« in the negative. It examined reporting within the Prosecutor General's Office first and then reporting to Parliament. However, there are no indications that the Court associated a ranking with this sequence.

IV. Case Marchenko v. Ukraine (Fifth Section), judgment of 19 February 2009

*Marchenko v. Ukraine*²¹ also concerned a civil servant. A teacher, who was a trade union representative as well, sent letters to a public audit service and to the public prosecutor's office alleging embezzlement by the headmistress; later he allegedly took part in a protest action in front of the district administration where posters with the same accusations were displayed. He was convicted in a criminal case initiated by the headmistress.

From a legal point of view, the ECtHR's decision in this case adds nothing new to *Guja*. The Chamber referred to the first two sentences of *Guja*, § 73, as stating the applicable principles. Regarding the letters, it found that the applicant had acted in good faith and that the letters had been addressed to the competent authorities. It concluded that, in this respect, a »necessary« interference with the applicant's freedom of expression had not been established. The Court did not analyse whether internal whistle-blowing would have been practicable. As for the protest action, it held that the applicant had participated in it, »before exhausting other procedural means of complaining about Mrs P's official misconduct«. This statement is related to the fact that the criminal proceedings initiated by the applicant against the headmistress had in part not yet been concluded.

V. Case Heinisch v. Germany (Fifth Section), judgment of 21 July 2011

*Heinisch v. Germany*²² concerned the dismissal of a geriatric nurse after her criminal complaint against her employer for shortcomings in care and a leaflet campaign. In this case, the ECtHR transferred the general principles established in *Guja* to a case arising in the private sector. It merely added that the nature and extent of loyalty owed by an employee in a particular case has an impact on the

weighing of the employee's rights and the conflicting interests of the employer.²³ The Court's conclusion from these introductory considerations is almost literally consistent with § 73 of *Guja*: »Consequently, in the light of this duty of loyalty and discretion, disclosure should be made in the first place to the person's superior or other competent authority or body. It is only where this is clearly impracticable that the information can, as a last resort, be disclosed to the public. In assessing whether the restriction on freedom of expression was proportionate, the Court must therefore take into account whether the applicant had any other effective means of remedying the wrongdoing which he or she intended to uncover.«²⁴

Again, the Court did not state that internal whistle-blowing takes precedence in principle over whistle-blowing to authorities.

However, in the section »Application of the above principles in the present case«, something surprising happened at first glance. When examining »[w]hether the applicant had alternative channels for making the disclosure«, the ECtHR referred to the decision of the German Federal Labour Court of 3 July 2003 – 2 AZR 235/02²⁵. In this decision, which the Court described in detail in the section »Relevant domestic law and practice«,²⁶ the Federal Labour Court had stated that it had to be determined in each individual case whether previous internal reporting could reasonably have been expected of the employee.

In the section, »Whether the applicant had alternative channels for making the disclosure«, the ECtHR listed the situations where, according to the Federal Labour Court, whistle-blowing outside the company is protected.²⁷ It combined these remarks with a reference to the »guiding principles« set out by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe in its Resolution 1729 (2010) on the

21 ECtHR, 19 February 2009 – 4063/04 – <https://hudoc.echr.coe.int> (Marchenko v. Ukraine).

22 See fn.8.

23 § 64.

24 § 65.

25 German Federal Labour Court (BAG), 3 July 2003 – 2 AZR 235/02 – BAGE 107, 36.

26 § 35.

27 § 73.

protection of »whistle-blowers«²⁸ as follows: »The Court further notes that similar reasoning is reflected in the Parliamentary Assembly's guiding principles on the protection of whistleblowers [...] stipulating that where internal channels could not reasonably be expected to function properly, external whistle-blowing should be protected. The Court finds that these considerations also apply in the case at hand.«²⁹

Using this yardstick, the ECtHR concluded that, in the case before it, »external reporting by means of a criminal complaint« was justified.³⁰

The question arises as to how this decision, which at first sight appears inconsistent, can be interpreted meaningfully.

The ECtHR must have been conscious of the fact that several international instruments do not set up a rule that prior internal whistle-blowing is a prerequisite for the protection of whistle-blowers reporting to authorities. In the section »Relevant international law and practice«, it quoted, for example, a provision from the Appendix to Article 24 of the Revised European Social Charter which specifies:

- »3. For the purpose of this article the following, in particular, shall not constitute valid reasons for termination of employment:
- [...]
- c. the filing of a complaint or the participation in proceedings against an employer involving alleged violation of laws or regulations or recourse to competent administrative authorities; [...]³¹

As in *Guja*, in that section, the ECtHR also cited Article 5 of the Termination of Employment Convention of the International Labour Organisation, which is identical in substance to the above provision.³²

To prescribe, as a rule, the priority of internal whistle-blowing over whistle-blowing to the competent authorities and bodies would cause difficulties for the Convention States of the ECHR, which (unlike Germany³³) are also bound by these two international instruments. I think it can be ruled out that the ECtHR was unaware of this aspect.

There is another aspect that may help to understand the approach of the ECtHR in *Heinisch*: While *Guja* was a decision of the Grand Chamber, *Heinisch* was decided by a chamber of the Fifth Section of the ECtHR. According to Article 30 ECHR, »[w]here a case pending before a Chamber raises a serious question affecting the interpretation of the Convention or the Protocols thereto, or where

the resolution of a question before the Chamber might have a result inconsistent with a judgment previously delivered by the Court, the Chamber may, at any time before it has rendered its judgment, relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber, unless one of the parties to the case objects.« The chambers of the ECtHR make use of this option quite frequently.³⁴ The question of whether it follows from Article 10 ECHR that, as a rule, internal whistle-blowing must precede whistle-blowing vis-à-vis competent authorities and bodies, is a serious question affecting the interpretation of the ECHR. To answer this question in the affirmative would create an inconsistency with *Guja*. It is unlikely that the Chamber that decided *Heinisch* intended to give such a far-reaching ruling itself, despite it having the possibility to relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber.

For these reasons, in my opinion, the references to the judgment of the German Federal Labour Court of 3 July 2003 and to the Whistle-blowers Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, contained

28 The ECtHR had presented them in the part »Relevant international law and practice« (§ 37). They contain the following sentences:

»6.2.2 This legislation should protect anyone who, in good faith, makes use of existing internal channels from any form of retaliation (unfair dismissal, harassment or any other punitive or discriminatory treatment).

6.2.3 Where internal channels either do not exist, have not functioned properly or could reasonably be expected not to function properly given the nature of the problem raised by the whistle-blower, external whistle-blowing, including through media, should likewise be protected.«

According to the Statute of the Council of Europe, the Parliamentary Assembly can only make recommendations (see Art. 22 et seq.). In Recommendation 1916 (2010), the Parliamentary Assembly of the Council of Europe recommended that the Committee of Ministers draw up a set of guidelines for the protection of whistle-blowers, taking into account the guiding principles stipulated by the Assembly in its Resolution 1729 (2010). On 30 April 2014, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted Recommendation CM/Rec(2014)7 on the protection of whistle-blowers. The Committee of Ministers did not recommend that, as a rule, reporting persons should first use the internal channels at their disposal and report to their employer. It adopted the formula »The individual circumstances of each case will determine the most appropriate channel« (Appendix to Recommendation CM/Rec(2014)7, Principle 14, second sentence). It recommended: »As a general rule, internal reporting and reporting to relevant public regulatory bodies, law enforcement agencies and supervisory bodies should be encouraged.« (Appendix to Recommendation CM/Rec(2014)7, Principle 17).

29 §§ 73–74.

30 §§ 74–76.

31 § 38.

32 § 39.

33 The ECtHR stated in the section »Relevant international law and practice« (§§ 38 and 39) that Germany has signed but not yet ratified the Revised European Social Charter and that it has not ratified ILO Convention No. 158.

34 200 decisions are included in the data base <https://dejure.org/gesetze/MRK/30.html> (12 September 2018).

not in the part »The general principles applicable in this case« but only in the part »Application of the above principles in the present case«, are to be understood as follows: the case law of the German Federal Labour Court on priority of internal whistle-blowing where it can reasonably be expected is within the scope of the discretion that the ECHR grants to Convention States. It is compatible with the ECHR to use it as a yardstick for examining cases from Germany. However, priority of internal whistle-blowing as a rule is not a principle prescribed by Art. 10 ECHR and binding on all Convention States.

VI. Case *Bucur et Toma v. Romania* (Third Section), judgment of 8 January 2013

In *Bucur et Toma v. Romania*³⁵, the first applicant, who was employed by the military in a telephone surveillance department, disclosed illegal wiretapping at a press conference. Previously, he had contacted his superior and had been advised to let the matter go. A deputy who was a member of a parliamentary monitoring body for the intelligence service in question had explained to him why it would be pointless to call on that body and had given the advice to convene a press conference. The applicant was sentenced to a suspended term of imprisonment.

Applying the principles established in *Guja*, the ECtHR ruled that disclosure to the public was justified. The internal possibilities at the disposal of the applicant were examined before the option to appeal to the parliamentary control commission, without it being possible to derive a ranking of reporting options from this order.

VII. Case *Soares v. Portugal* (Fourth Section), Judgment of 21 June 2016

In *Soares v. Portugal*³⁶, a chief corporal asked the General Inspectorate of Internal Administration by email to investigate whether the commander of a unit of which he was not a member had used official means for private meals. The matter had come to his attention through rumours. He was convicted of defamation in a criminal case initiated by the commander concerned and disciplined in disciplinary proceedings. In the latter proceedings, he was criticised because »[h]e did not inform his hierarchical superiors, in

clear disregard of the functional hierarchy principles, of the acts allegedly committed«³⁷.

In the section »The principles established by the Court's case law« of its judgment, the ECtHR quoted the principles set out in *Guja*, § 73.³⁸ It then pointed out that, in the case before it, the Court had to ascertain whether the domestic authorities had struck a fair balance between the applicant's right to freedom of expression and the protection of the reputation of the commander. The Court stressed the wide discretion of Convention States in such cases.³⁹

In the section »Application of the above principles to the present case«, the ECtHR declared that the applicant had acted on the basis of mere rumours and thus not »in good faith«. It then stated: »As to the addressee of the disclosure, the Court observes that the applicant was aware that he had internal channels within the hierarchy of the National Republican Guard to which he could have reported the rumour – namely, as pointed out by the Government, the commander of his territorial post or the commander of the territorial unit [...]. Notwithstanding that, he did not convincingly explain why he did not disclose the allegations to a superior. By not doing so, the applicant did not comply with the chain of command and denied his hierarchical superior the opportunity to investigate the veracity of the allegations.«⁴⁰

So, in this context, the ECtHR endorsed the domestic authorities' demand that internal whistle-blowing occur prior to whistle-blowing to a competent authority to make the act eligible for legal protection.

VIII. Other pertinent decisions?

In addition to *Guja*, § 73, and the essentially identical § 65 of *Heinisch, Schubert* advances paragraphs of three more decisions in support of her view that, according to the case law of the ECtHR about whistle-blowers, employees must, as a rule, report to their superiors before passing informa-

35 ECtHR, 8 January 2013 – 40238/02 – <https://hudoc.echr.coe.int> (*Bucur et Toma v. Romania*). The only official version of this judgment is in French.

36 ECtHR, 21 June 2016 – 79972/12 – <https://hudoc.echr.coe.int> (*Soares v. Portugal*).

37 § 20.

38 § 41.

39 §§ 42–43.

40 § 48.

tion on to authorities.⁴¹ She refers to *Bargão et Dominigos Correia v. Portugal*⁴², § 40, *Rubins v. Latvia*⁴³, § 88, and *Aurelian Oprea v. Romania*⁴⁴, § 71.

Bargão et Dominigos Correia did not concern whistle-blowing by employees. The applicants acted in their capacity as citizens of a locality where a public health centre was situated.⁴⁵ In a letter to the Ministry of Health, they complained about an assistant working in that centre and alleged that he did not keep to his working hours and drew a profit from the vulnerability of the users of the centre for personal purposes. They were found guilty of aggravated defamation and sentenced to a fine. In § 40, the Court stressed that the denunciations had not been made in public or to the police, but in a simple letter addressed to the Ministry of Health, the organ competent for controlling the public health centres. The problem of the appropriate addressee for whistle-blowing by an employee is not dealt with in this judgment. Furthermore, in relation to the health centre concerned, the Ministry of Health was not an internal instance but a competent authority.

As regards *Rubins* and *Aurelian Oprea*, the ECtHR explicitly stated that it did not consider these cases as whistle-blower cases.⁴⁶

In *Rubins*, a University professor fought against the abolition of the department of which he was the head. He wrote a letter to the Rector of the University which was considered to contain threats and blackmail and that resulted in his dismissal. In § 88, the Court analysed the applicant's motives. In this context, it mentioned that the applicant attempted first to address the issues within the hierarchy. The case did not concern the question of whether internal whistle-blowing must precede whistle-blowing to authorities.

Aurelian Oprea was an associate professor who had aimed at being promoted to a position of professor without success. At a press conference of the European Association of University Teaching Staff in Romania the main topic of which was corruption at university level, the applicant criticised certain aspects of the professional activity of the deputy rector of his own university N.C.I., a former party secretary of the Romanian Communist Party. He claimed, in particular, that under N.C.I.'s supervision and guidance, one of his colleagues had committed plagiarism and had been promoted to the position of assistant professor based on the plagiarised book. N.C.I. successfully brought a civil action for compensation against him. In § 71, the ECtHR

analysed the applicant's reasons for his action. It had no doubt that the applicant acted in good faith and in the belief that it was in the public interest to disclose the alleged shortcomings in his university to the public. In this context, the Court noted that the applicant informed the rector of the university and the Ministry of Education about the shortcomings perceived by him in the management of the department lead by N.C.I. and that, as his flagging was not followed up by concrete steps to change the situation, he presented the shortcomings at the press conference. Again, the question of whether internal whistle-blowing must precede whistle-blowing to authorities was not dealt with.

IX. Conclusions

The ECtHR's leading decision for whistle-blower cases is *Guja*. In this decision, the Court did not hold that, as a rule, internal whistle-blowing must precede whistle-blowing to competent authorities and bodies. Both paths are mentioned without establishing a reporting priority. Only whistle-blowing to the public must be a last resort, because of the employee's duty of loyalty and discretion.

In none of its whistle-blower decisions did the ECtHR deviate from this key decision when setting out the principles to be applied. In two cases, namely *Heinisch* and *Soares*, the portions of those decisions devoted to subsumption under the principles, both contain remarks which show that the ECtHR considers it permissible for a Convention State to prescribe priority of internal whistle-blowing as a rule. However, it cannot be concluded from this that the ECtHR regards such a rule as required by the ECHR.

Thus, regarding the addressee of the disclosure, the ECtHR does not impose on Convention States more

⁴¹ See fn. 5.

⁴² ECtHR, 15 November 2012 (Second Section) – 53582/09 – <https://hudoc.echr.coe.int> (*Bargão et Dominigos Correia v. Portugal*), The only official version of this judgment is in French.

⁴³ ECtHR, 13 January 2015 (Fourth Section) – 79040/12 – <https://hudoc.echr.coe.int> (*Rubins v. Latvia*).

⁴⁴ ECtHR, 19 January 2016 (Fourth Section) – 12138/08 – <https://hudoc.echr.coe.int> (*Aurelian Oprea v. Romania*).

⁴⁵ §§ 7 and 40.

⁴⁶ ECtHR, 13 January 2015 (Fourth Section) – 79040/12 – <https://hudoc.echr.coe.int> (*Rubins v. Latvia*), § 87; ECtHR, 19 January 2016 (Fourth Section) – 12138/08 – <https://hudoc.echr.coe.int> (*Aurelian Oprea v. Romania*), § 69.

protection for whistle-blowers than is called for in the 2010 Whistle-blowers Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe. On the other hand, the ECtHR rulings avoid that Convention States which, in line with farther-reaching international obligations, grant whistle-blower protection without priority in

principle of internal whistle-blowing over whistle-blowing to competent authorities, come into conflict with the ECHR.

Whether such a priority should be introduced into the future whistle-blowing directive is a political matter. The answer is not predetermined by the case law of the ECtHR.

Es gibt noch viel zu tun für die Umsetzung des IAO-Übereinkommens Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte in Deutschland¹

Anne Trebilcock, B.A. (Hons.), J.D., Georg-August-Universität Göttingen*

I. Einführung

Der Beginn eines Prozesses, Probleme anzugehen, ist die Anerkennung ihrer Existenz. In Bezug auf das Übereinkommen Nr. 189 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte vom 16. Juni 2011 (Übereinkommen Nr. 189) steht Deutschland immer noch am Anfang seines Umsetzungsvorhabens. Zweck dieses Beitrags ist es, den Hintergrund und andere wichtige Aspekte dieser Herausforderung zu analysieren und Vorschläge für zukünftige Maßnahmen, die teilweise von zwei Expertenausschüssen inspiriert sind, darzustellen.

Bei der Ratifizierung eines Übereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation verpflichtet sich ein Staat, »die erforderlichen Maßnahmen zur Durchführung der Bestimmungen« zu treffen.² Diese Maßnahmen müssen sowohl die Gesetzgebung wie auch die Rechtspraxis betreffen. Am 20. September 2013 hat Deutschland das Übereinkommen Nr. 189 ratifiziert,³ ein Jahr später ist es in Kraft getreten. Dem Übereinkommen zufolge hat die Regierung über die Durchführung periodisch zu berichten, zunächst in einem ausführlichen Bericht.⁴ Die IAO-Verfassung bietet Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen die Möglichkeit, ihre Anmerkungen zum Bericht vorzulegen.⁵ Der Bericht wird zusammen mit etwaigen Bemerkungen des Sachverständigenausschusses für die Durchführung (oder Anwendung⁶) der Übereinkommen und Empfehlungen (*Committee of Experts for the Application of Conventions and Recommendations – Sachverständigenausschuss* bzw. SVA) geprüft. Der SVA und der Konferenzausschuss der Internationalen Arbeitskonferenz sind die »regulären Aufsichtsgremien«, die die normenbezogenen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten überwachen.⁷

Der erste Bericht aus Deutschland über die Durchführung der Übereinkommen Nr. 189-Bestimmungen ist

samt den Kommentaren des Deutschen Gewerkschaftsbunds (DGB) 2016–2017 vom SVA geprüft worden. Falls dieser Ausschuss Unklarheiten oder Defizite feststellt, werden seine Kommentare an die jeweilige Regierung gerichtet. So adressierte der SVA etwa in Bezug auf Übereinkommen Nr. 189 eine direkte Anfrage (*direct request*) an die deutsche Regierung.⁸ Fast jeder Artikel des Übereinkommens ist zum Gegenstand von Fragen des SVA geworden. Obwohl Deutschland legislativ weitgehend seinen Verpflichtungen nachgekommen ist – und diesbezüglich eine Vorbildfunktion einnimmt – existieren noch einige Diskrepanzen und Mängel, normativ wie auch in der Rechts-

¹ Ich danke Herrn Christopher Siemon, Institut für Arbeitsrecht der Universität Göttingen, für die Unterstützung bei der Abfassung des Manuskripts.

* Die Autorin, Bachelor (B.A. Hons.) am Wellesley College in Massachusetts, J.D. (Promotion) an der University of California, Berkeley, ehemalige Direktorin der Rechtsabteilung und Juristische Beraterin der Internationalen Arbeitsorganisation, Lehrbeauftragte an der Universität Göttingen, ist eng mit dem Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen verbunden.

² Art. 19 Abs. 5 lit. d der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO). Jede Ratifikation ist dem Generaldirektor der IAO mitzuteilen, woraufhin sie an die anderen Mitgliedsstaaten weitergeleitet und auch dem Generalsekretär der Vereinten Nationen übermittelt wird. IAO-Übereinkommen sind völkerrechtliche Verträge.

³ BT-Drs. 17/12951, s. insb. die Denkschrift der Bundesregierung ab S. 18 und die Empfehlungen des Arbeits- und Sozialausschusses, BT-Drs. 17/11303.

⁴ Art. 22 der IAO-Verfassung. Das detaillierte Formular für den Bericht zum Übereinkommen Nr. 189 ist vom Verwaltungsausschuss der IAO verabschiedet worden. S. Liste »Technical Conventions« unter <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:14002:0::NO> (17. 10. 2018).

⁵ Die Praxis bezieht sich auf Art. 23 Abs. 2 der IAO-Verfassung.

⁶ Vgl. zur Terminologie Internationales Arbeitsamt – Hauptabteilung Internationale Arbeitsnormen, Handbuch der Verfahren betreffend internationale Arbeitsübereinkommen und -empfehlungen, Genf 2006, S. 37 (»Durchführung«); *Servais*, SR 2017, 45 (»Anwendung«).

⁷ Internationales Arbeitsamt, Handbuch Verfahren (Fn. 6), S. 37.

⁸ International Labour Office, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (1 A), Genf 2017; die direkte Anfrage an die Regierung ist unter folgendem Länderprofil (»country profile«) für Deutschland zu finden: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3300808:NO (17. 10. 2018). Die Anfrage ist 2016 von dem SVA angenommen worden und im Bericht 2017 erschienen.

praxis. Zu betonen sind drei Aspekte: (1) der Gebrauch der Ausnahmeklauseln des Übereinkommens Nr. 189, (2) einige juristische Defizite in Zusammenhang mit der Sicherheit am Arbeitsplatz iRd. Arbeits-, Bereitschafts- und Ruhezeitregulierung sowie (3) der Bedarf an Sondermaßnahmen, um sicherzustellen, dass Haushaltsangestellte ihre Rechte, die andere Arbeitnehmer/-innen bereits genießen, fordern und verteidigen können. Glücklicherweise hat 2017 auch die Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung⁹ (SZGB) mehrere Vorschläge gemacht, um »Erwerbs- und Sorgearbeit gemeinsam neu [zu] gestalten«, die – wenn sie angenommen werden – einen Beitrag zur Problembekämpfung leisten könnten. Bevor es sogleich im Detail weiter geht, ist es zunächst wichtig, einen Überblick über diese »Arbeit wie jede andere und wie keine andere« in Deutschland zu verschaffen und die Terminologie darzustellen.

II. Ein Wort zur Terminologie

Die Begriffe »domestic work«/»travail domestique« und »domestic worker«/»travailleur/-euse domestique« der zwei offiziellen Versionen des Übereinkommens (Englisch und Französisch) sind in der deutschen Version als »Hauswirtschaftliche Arbeit« und »Hausangestellter« übersetzt worden, vgl. Art. 1 Übereinkommen Nr. 189. Die Materialien für die Vorbereitung des Übereinkommens machen deutlich, dass diese Begriffe für die IAO nicht nur hausverbundene Tätigkeiten wie zB. Fensterputzen, sondern auch andere Tätigkeiten wie zB. Kochen, Wäschewaschen und »care work« – etwa die Betreuung von Kindern oder pflegerische häusliche Tätigkeiten zugunsten behinderter Menschen – umfassen.¹⁰ Letztere werden aber in Deutschland als »Pflege« verstanden; eine Branche, die teilweise eigenen gesetzlichen und tarifvertraglichen Regelungen unterliegt. Um die Bandbreite des Übereinkommens Nr. 189 im Kontext zu erfassen, wären daher verschiedene Berufe nach deutschem Verständnis zu erfassen. Bei der »Berufenet«-Datenbank sind zB. mehrere Berufe in den Kategorien »Pflege« und »Berufe rund um den Haushalt« zu finden.¹¹ Nur mit einem so umfassenden Verständnis kann »Arbeit, die in einem oder mehreren Haushalten oder für einen oder mehrere Haushalte durchgeführt wird« und »jede Person, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses hauswirtschaftliche Arbeit verrichtet« (Art. 1

Übereinkommen Nr. 189) im Sinne des Übereinkommens erfasst werden. Der Umfang der Maßnahmen zur Umsetzung des Übereinkommen Nr. 189 ist dementsprechend im nationalen Kontext größer als womöglich gedacht.

Für den Anwendungsbereich des Übereinkommens Nr. 189 »kommt es nicht darauf an, ob die Tätigkeit im Privathaushalt des Arbeitgebers oder im Privathaushalt einer dritten Person durchgeführt wird. Sie erfasst auch Beschäftigungsverhältnisse mit einem Dienstleister, insbesondere Wohnungsreinigungs- oder ambulante Pflegedienste und Beschäftigte von Leiharbeitgebern im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung [...]«.¹² Dies gilt jedoch nicht zwangsläufig auch auf nationaler Ebene; so wird zB. das BetrVG¹³ ein Dienstleistungsunternehmen, das die erforderliche Anzahl an Arbeitnehmern erreicht, erfassen, nicht aber einen Privathaushalt, der regelmäßig weniger als fünf Angestellte hat. Aus Sicht des Übereinkommens Nr. 189 sollen die Staaten eine Vielzahl von Maßnahmen ergreifen, um den persönlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens vollständig abzudecken.

In der deutschen Literatur herrscht eine Debatte über die Natur des Privathaushalts und ob er als »Betrieb« und/oder »erwerbswirtschaftlich« zu betrachten ist.¹⁴ Obwohl die Kategorisierung beachtliche Konsequenzen innerhalb Deutschlands haben kann, ist sie für die IAO und den SAV nur von sekundärer Bedeutung. Am Ende zählen einzig die Verbesserungen für die Haushaltsangestellten gemäß den Verpflichtungen des Übereinkommens Nr. 189, nicht hingegen *wie* sie erreicht werden (zB. durch eine Sonderregelung für Arbeitgeber in Privathaushalten). *Steinke* ist in Hinblick auf das Übereinkommen Nr. 189 zuversichtlich, dass es angesichts der Erklärung der Regierung gerechtfertigt ist, Privathaushalte vom Betriebsbegriff aus-

9 Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, Erwerbs- und Sorgearbeit gemeinsam neu gestalten, Gutachten für den zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, Berlin 2017, abrufbar unter www.gleichstellungsbericht.de/gutachten2gleichstellungsbericht.pdf (17. 10. 2018).

10 International Labour Office, Decent Work for Domestic Workers, Report IV (1), Genf 2010; vgl. *Kocher*, NZA 2013, 929 f.

11 Vgl. <https://berufenet.arbeitsagentur.de/berufenet/faces/index?path=null> (17. 10. 2018).

12 *Steinke*, RdA 2018, 232, 236.

13 § 1 BetrVG sieht in der Regel mindestens fünf ständig wahlberechtigte Arbeitnehmer vor, um einen Betriebsrat wählen zu können.

14 Vgl. *Steinke*, RdA 2018, 232, 234 ff.; *Kocher*, in: Scheiwe/Krawietz (Hrsg.), (K)Eine Arbeit wie jede andere? Die Regulierung von Arbeit im Privathaushalt, Berlin/Boston 2014, S. 89 ff.

zuschließen.¹⁵ In diesem Zusammenhang ist seine Analyse irreführend, weil es in erster Linie dem SAV und nicht der Regierung obliegt, zu beurteilen, welche Maßnahmen den Anforderungen des Übereinkommens Nr. 189 vollständig gerecht werden. Es ist wichtig zu erinnern, dass nur der IGH eine autoritative Auslegung eines IAO-Übereinkommens aussprechen kann.¹⁶

Die maßgeblichen Rechtsvorschriften für die Umsetzung internationaler Übereinkommen in deutsches Recht sind Art. 25 und 59 Abs. 2 S. 1 GG. Ein IAO-Übereinkommen hat grundsätzlich den Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Es ist umstritten, inwieweit unterschiedliche Artikel in IAO-Übereinkommen unmittelbar anwendbar sind, ob man sich also vor Gericht unmittelbar auf den Wortlaut des Übereinkommens berufen kann. Die Rechtsprechung zu dieser Frage ist uneinheitlich;¹⁷ *Schlachter* behauptet sogar: »Das Arbeitsvölkerrecht hatte lange kaum Einfluss auf die Entwicklung des nationalen Rechts.«¹⁸ Sie stellt aber, obwohl die tatsächliche Durchschlagskraft bisher begrenzt war, fest: »Eine Rechtsentwicklung unter stärkerer Betonung der sozialen Rechte hätte großes Potential.«¹⁹ Laut *Zimmer* sind Übereinkommen der IAO trotzdem »als völkerrechtliche Normen von den Arbeits- und Sozialgerichten in Deutschland bei der Rechtsfindung zu berücksichtigen, wobei für das Verständnis der Übereinkommen, wie herausgearbeitet, zur Konkretisierung auf die Aussagen der Sachverständigenausschüsse zurückzugreifen ist.«²⁰ Die Durchführung des Übereinkommens Nr. 189 gibt eine gute Gelegenheit dazu.²¹

III. Ein Blick auf die Situation der Hausangestellten in Deutschland

Bereits 2012 merkte *Kocher* in ihrem Gutachten an: »Insgesamt entspricht das deutsche Recht den Mindestvorgaben der Konvention.«²² »Grundsätzlich ist das deutsche Arbeits- und Sozialrecht uneingeschränkt auf Hausangestelltenverhältnisse anzuwenden, soweit es sich um ›Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer‹ handelt und die Hausarbeit nicht ausdrücklich ausgenommen ist.«²³ Während das Übereinkommen auf die Gleichbehandlung von Hausangestellten und anderen Arbeitnehmer/-innen abzielt, sollen in bestimmten Bereichen auch Schritte oder Maßnahmen gemacht werden, die für diese Zweige oder Branchen geeignet sind. Deshalb spricht die Präambel des

Übereinkommens von »besonderen Bedingungen, unter denen hauswirtschaftliche Arbeit durchgeführt wird, die es wünschenswert erscheinen lassen, die allgemeinen Normen durch spezifische Normen für Hausangestellte zu ergänzen, um sie in die Lage zu versetzen, ihre Rechte in vollem Umfang in Anspruch zu nehmen«.

Haushaltsarbeit im Sinne des Übereinkommens Nr. 189 spielt in Deutschland eine wichtige wirtschaftliche Rolle. Wenn es zunehmend keine oder weniger Personen gibt, die Haushaltsarbeiten leisten, dann können auch weniger Arbeitnehmer/-innen in anderen Bereichen am Arbeitsmarkt teilnehmen (weil sie zu Hause bleiben müssen, um auf die Kinder aufzupassen usw.). Man muss diese Arbeit deshalb gleichzeitig unter dem Gesichtspunkt der Nachfrage (Menschen, die Unterstützung bei Reinigungstätigkeiten benötigen, bei der Betreuung von Kindern und älteren Menschen usw.) und dem Gesichtspunkt des Angebots (Menschen, die bereit sind, solche Dienstleistungen zu erbringen) betrachten. Obwohl die statistische Erfassung der Haushaltsarbeit nicht besonders fortgeschritten ist, werden einer Schätzung zufolge in etwa 3,6 Millionen Privathaushalten zwischen 2,7 und 3 Millionen Arbeitnehmer/-innen beschäftigt (Stand 2016).²⁴ Davon genießen etwa 300.000 Haushaltsarbeiter/-innen den Schutz des »Minijob«-Status,²⁵ wobei Arbeitgeber/-in-

15 *Steinke*, RdA 2018, 232, 236.

16 Art. 37 Abs. 1 IAO-Verfassung; zur Auslegung der IAO-Übereinkommen s. *Trebilcock*, in: Bowman/Kritsiotis (Hrsg.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge 2018, S. 848 ff.

17 *Zimmer*, in: Däubler/Zimmer (Hrsg.), *Arbeitsvölkerrecht*, Baden-Baden 2013, S. 29.

18 *Schlachter*, SR 2017, 111, 121.

19 Ebenda.

20 *Zimmer*, in: Däubler/Zimmer (Fn. 17), S. 41.

21 *Lörcher*, in: Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau (Hrsg.), *Unsichere Arbeits- und Lebensbedingungen in Deutschland und Europa*, Baden-Baden 2014, S. 76 ff.

22 *Kocher*, Hausarbeit als Erwerbsarbeit: Der Rechtsrahmen in Deutschland: Voraussetzungen einer Ratifikation der ILO-Domestic Workers Convention durch die Bundesrepublik Deutschland, Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt/O. 2012, S. 1. Das Gutachten wurde infolge einer Anfrage des DGB erstellt und hat die parlamentarische Debatte über die Ratifizierung des Übereinkommens Nr. 189 beeinflusst; s. auch *Kocher*, NZA 2013, 929, 930.

23 *Kocher*, NZA 2013, 929, 930.

24 *Enste*, Schwarzarbeit und Schattenwirtschaft – Argumente und Fakten zur nicht angemeldeten Erwerbstätigkeit in Deutschland und Europa, Institut der deutschen Wirtschaft, IW-Reports 9/2017.

25 Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung (Fn. 9), S. 116; *Enste*, Arbeitsplatz Privathaushalt, IW-Kurzberichte 45/2016.

nen (die eine Betriebsnummer erhalten) und Arbeitnehmer/-innen niedrige Sozialabgaben leisten. Nur 43.000 Arbeitnehmer/-innen in Privathaushalten stehen in sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnissen.²⁶

Aus diesen (inoffiziellen) Zahlen kommt man auf ungefähr 75 % an Beschäftigungsverhältnissen in Haushalten, die nicht deklariert sind,²⁷ also Schwarzarbeit darstellen. Auch mit der beobachteten leichten Tendenz nach unten bleiben Millionen in der »Grauzone« des deutschen Rechtssystems, das dringend Verbesserungen bedarf. Wahrscheinlich hatte die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns für viele einen höheren Stundenlohn zur Folge (obgleich er nicht immer Beachtung findet). Man muss nun jedoch davon ausgehen, dass einige Arbeitsstunden »informell« und damit unbezahlt geleistet werden. Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz vom 23. Juli 2004 kommt sehr selten bei der Haushaltsarbeit zur Anwendung. Echte Selbständige in der Branche bleiben relativ rar.

Besonders bei Agenturen und Wohlfahrtsorganisationen üben Plattformen und Vermittler eine immer wichtigere Rolle aus. In manchen Fällen treten solche Organisationen als Arbeitgeber auf, häufiger hingegen vermitteln sie nur die Arbeitnehmer/-innen an Privathaushalte. Die Beschäftigungsstrukturen sind relativ heterogen mit unterschiedlicher Risikoverteilung.²⁸ Was sich in den Haushalten tatsächlich zuträgt, ist schwierig zu kontrollieren. Einige Agenturen bieten sogenannte Selbständige zur Vermittlung an,²⁹ wobei allerdings Arbeitnehmer/-in und Arbeitgeber/-in ein hohes Risiko der Illegalität in Kauf nehmen, was teils der Ambiguität in der Rechtsprechung geschuldet ist.³⁰

Traditionell leisten Frauen innerhalb der Familie Haushaltstätigkeiten ohne Lohn. Die ungleichverteilte Arbeit bremst ihre Vollbeschäftigung auf dem Arbeitsmarkt. Dazu hat das System der Sozialversicherung die Ehefrauen, die zu Hause bleiben, subventioniert, ohne sie in vielen Fällen jedoch vor Altersarmut zu schützen.³¹

Die Sonderbehandlung von Hausangestellten im Recht hat seine Wurzeln in den Gesindeordnungen, eine »feudale Ruine«, die erst 1918 aufgehoben wurde.³² Diese Faktoren tragen zu einer Unterbewertung der Haushalts- und Pflegearbeit in Deutschland – wie in vielen Ländern³³ – bei.

Gleichzeitig wächst der Bedarf an Haushalts- und Pflegearbeit in einer alternden Bevölkerung rasant.³⁴ Das Dilemma ist die Frage ihrer Finanzierung. Es ist nicht erstaunlich, dass eine Familie mit einem ständig pflegebe-

dürftigen Mitglied auf ihrer Suche nach Unterstützung zum »grauen Markt« greift. Die sogenannten »24-Stunden«-Hausangestellten, die Sorgearbeit leisten, haben durch ihre ständige Verfügbarkeit extrem lange Arbeitszeiten. Auch wenn das »24-Stunden«-Arrangement innerhalb des gesetzlichen Rahmens stattfindet, zB. im Einklang mit dem AEntG, kann es dennoch zur Ausbeutung führen.³⁵ So etwa bei einem Einsatz von zwei Wochen bis zu drei Monaten ohne auch nur einen freien Tag und als einzige/-r Arbeitnehmer/-in im Haushalt.³⁶ Ein widersprüchliches Bild entsteht in der Pflege allgemein dadurch, dass bei immer mehr Arbeitsplätzen immer schlechtere Arbeitsbedingungen vorherrschen.³⁷

In Deutschland gibt es einen Tarifvertrag, der vom Berufsverband der Haushaltsführenden und der Gewerkschaft Nahrung Genuss Gaststätten (NGG) abgeschlossen wurde und bessere Verdienste vorsieht, jedoch nicht annähernd flächendeckend ist.³⁸ In der Pflegebranche werden die Löhne nur jedes dritte Jahr an die Preisentwicklung

26 Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung (Fn. 9), S. 115 f.

27 Institut der deutschen Wirtschaft, Schwarz arbeiten immer die anderen, 30. 3. 2017, abrufbar unter <http://www.dw.com/de/schwarz-arbeiten-immer-die-anderen/a-38202814> (17. 10. 2018).

28 Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung (Fn. 9), S. 115.

29 *Edmunds*, *Damit es Oma gut geht – Pflege-Ausbeutung in den eigenen vier Wänden*, Frankfurt aM. 2016, S. 175 ff.; *Krawietz/Khoilar/Lux*, in: *Krawietz/Visel* (Hrsg.), *Prekärisierung transnationaler Carearbeit: Ambivalente Anerkennung*, Münster 2014, S. 141 ff.

30 *Bertelsmann*, *Hausangestellte und Arbeitsrechtliche Problemstellung*, S. 3 f., abrufbar unter <http://www.bertelsmann-gaebert.de/downloads/hausangestellte-und-arbeitsrechtliche-probleme.pdf> (17. 10. 2018).

31 *Schmidt*, 27 *Comp. Lab. L. & Policy J.* 2006, 451, 484; *Goldblatt*, *Developing the Right to Social Security – A Gender Perspective*, Routledge 2016; Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung (Fn. 9), S. 161.

32 *Scheiwe/Schwach*, *NZA* 2013, 1116, 1117.

33 *Blackett*, *Everyday Transgressions – Domestic Workers' Transnational Challenge to International Labor Law*, erscheint 2019 bei Cornell University Press.

34 Europäische Kommission, *The 2015 Ageing Report: Economic and Budgetary Projections for the 28 EU Member States (2013-2060)*, EU 310 (2015), 153 f. (»EU Ageing«).

35 *Edmunds*, *Pflege-Ausbeutung* (Fn. 29).

36 Wissenschaftliche Arbeitsgruppe für weltkirchliche Aufgaben der Deutschen Bischofskonferenz, *Wen kümmert die Sorgearbeit? Gerechte Arbeitsplätze in Privathaushalten*, Bonn 2015, abrufbar unter www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/presse_2015/02.07.2015-Studie-Wen-kuemmert-die-Sorgearbeit.pdf (17. 10. 2018).

37 *Theobald*, 20 *Health & Social Care in the Community* 2012, 274.

38 *Mather*, in: *Europäischer Verband der Landwirtschafts-, Lebensmittel- und Tourismusgewerkschaften* (Hrsg.), *Hausangestellte in Europa: Organisiert Euch!*, Brüssel 2015.

angepasst.³⁹ Niedrige Löhne führen später zu niedrigen Renten und zu oft zu Altersarmut. Deutschlands »Gender Pension Gap« ist von der OECD 2017 als der Größte in der EU gekennzeichnet worden.⁴⁰ Er betrifft selbstverständlich auch Haushaltsangestellte, die zu den klassischen Geringverdienern zählen.

Eine besonders tiefe Kluft zwischen der Rechtspolitik und Rechtswirklichkeit erleben Haushalts- und Sorgearbeitnehmer/-innen mit Migrationshintergrund.⁴¹ Sie sind in diesen Tätigkeiten überrepräsentiert. Oft sind es Frauen aus dem Ausland um die 50, die auf der Suche nach besseren Löhnen als in ihren Heimatländern sind.⁴² Die meisten Migranten in irregulären Umständen in Haushaltsarbeit sind Frauen.⁴³ Ihre Dienstleistungen weisen Ungleichheiten in Bezug auf das Geschlecht, den ökonomischen Hintergrund und die Herkunft auf.⁴⁴

In seinem Kommentar zum Regierungsbericht hat auch der DGB die Vulnerabilität dieser Gruppe unter den Haushaltsangestellten hervorgehoben. Die Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung hat in ihrem Bericht *Erwerbs- und Sorgearbeit gemeinsam neu gestalten*⁴⁵ aus 2017 betont, wie wichtig es sei, Ungleichheiten in Bezug auf das Geschlecht, die ethnische Herkunft und das Einkommen zu beseitigen. Nach der zutreffenden Analyse von Lutz und Palenga-Mölllenbeck betrifft die Situation zugleich drei politische Themenfelder: Gender, Sorge/Pflege und Migration.⁴⁶

Juristisch betrachtet haben die Haushaltsangestellten mit Migrationshintergrund aber unterschiedliche Status.⁴⁷ Arbeitnehmer/-innen aus EU-Ländern – in dieser Branche hauptsächlich aus Bulgarien, Polen, Rumänien und der Slowakischen Republik – genießen Freizügigkeit und fallen meist unter die Regulierung der Arbeitnehmerentsendung. Dieser Rahmen löst aber nicht das Problem der mangelhaften Regelungen für Haushaltsarbeitnehmer/-innen in Bezug auf Arbeitszeit und Arbeitsschutz in Deutschland (s.u.).

Die Gesetzgebung für Personen aus Drittstaaten, die eine Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis in Deutschland haben oder suchen, ist relativ komplex⁴⁸ und wahrscheinlich bald im Wandel. Arbeitgeber reklamieren eine Lockerung der Einwanderungsregeln nach Deutschland für ausländische Arbeitskräfte für den Pflegebereich.⁴⁹ Zurzeit darf die Arbeitsagentur eine Arbeitserlaubnis für Haushaltsarbeit gem. § 12 bis 14 der Verordnung über die Beschäftigung von Ausländer/-innen in bestimmten Fäl-

len erteilen, zB. für Au-pair Beschäftigung, Hausangestellte von Entsandten oder Hausangestellte im Rahmen von diplomatischen Beziehungen.

Hinzu kommen Personen, die einen »irregulären« Status haben und meist Frauen sind.⁵⁰ Auch wenn sie Rechte haben, wissen sie oft nicht davon oder haben Angst, Klagen einzureichen.⁵¹ Eine Sonderregelung gilt für den relativ raren Fall von Personen, die Opfer von Menschenhandel wurden und bereit sind, gegen die Schlepper als Zeugen auszusagen.⁵² Im üblicheren Fall von Migrantinnen ohne Arbeits- oder Aufenthaltserlaubnis trauen sich diese selten, den Arbeitgeber vor Gericht zu bringen. Wie andere öffentliche Stellen – mit Ausnahme von Schulen und Bildungs- und Erziehungseinrichtungen – ist auch ein Arbeitsgericht gem. § 87 Abs. 2 AufenthG verpflichtet, die

39 Europäische Kommission, 2015 Ageing Report (Fn. 34).

40 2017 bekamen Rentnerinnen im Durchschnitt 53 % des Rentenniveaus von Männern; OECD, *The Pursuit of Gender Equality: An Uphill Battle – How Does Germany Compare?*, Paris 2017.

41 Lutz/Palenga-Mölllenbeck, *Policy & Society* 2010, 419, 425; Palenga-Mölllenbeck, *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 2013, 364; Lutz, in: Klinger/Knapp/Sauer (Hrsg.), *Achsen der Ungleichheit: Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität*, Frankfurt aM. 2007, S. 210.

42 Edmonds, *Pflege-Ausbeutung* (Fn. 29), S. 67 f.

43 Worbs/Wolf/Schimany, in: Bundesamt für Migration und Flüchtlinge: Referat 220 (Hrsg.), *Illegalität von Migranten in Deutschland*, Nürnberg 2005.

44 Lutz, in: Klinger/Knapp/Sauer (Fn. 41).

45 Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung (Fn. 9).

46 Lutz/Palenga-Mölllenbeck, *Policy & Society* 2010 (Fn. 41), 419, 425.

47 Ignatzi, *Häusliche Altenpflege zwischen Legalität und Illegalität*, Dargestellt am Beispiel polnischer Arbeitskräfte in deutschen Privathaushalten, Münster 2014.

48 So sind das Zuwanderungsgesetz (in Kraft getreten 2005), das Aufenthaltsgesetz (in Kraft getreten 2004) und die Beschäftigungsverordnung (in Kraft getreten 2013, zuletzt geändert 2017) zu beachten.

49 Arbeitgeberverband-Pflege, *Deutschland braucht endlich ein modernes Einwanderungsgesetz und ein eigenständiges Altenpflegeministerium*, Berlin 2017, abrufbar unter <https://arbeitgeberverband-pflege.de/das-haben-wir-zu-sagen/deutschland-braucht-endlich-ein-modernes-einwanderungsgesetz-und-ein-eigenstaendiges-altenpflegeministerium> (17. 10. 2018).

50 Worbs/Wolf/Schimany, in: Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Fn. 43).

51 Heimeshoff/Schwenken, in: Triandafyllidou (Hrsg.), *Three Different Things: Having, Knowing and Claiming Rights: Undocumented Immigrant Domestic Workers in Germany, Irregular Migrant Domestic Workers in Europe: Who Cares?*, Farnham/Burlington/Ashgate 2013, S. 71 ff.; European Migration Network, in: Europäische Kommission: Generaldirektion für Migration und Inneres (Hrsg.), *Illegal Employment of Third-Country Nationals in the European Union*, Luxemburg 2017, S. 35 f.

52 Richtlinie 2004/81/EG des Rates vom 29. April 2004 über die Erteilung von Aufenthaltstiteln für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren; European Migration Network, in: Europäische Kommission (Fn. 51), S. 76.

zuständige Ausländerbehörde zu informieren, wenn es von einem Verstoß gegen das AufenthG erfährt. Die »Kriminalisierung« von Arbeitnehmer/-innen, die einen irregulären Status haben, schmälert ihre Chancen auf Bezahlung eines Lohns für die tatsächlich geleistete Arbeit.⁵³

Im Allgemeinen zeigt sich ein Bild von Arbeitnehmer/-innen in einer schwachen Position, um bessere Lohn- und Arbeitsbedingungen zu fordern. Auf der Arbeitgeberseite hat man oft verzweifelte Familien, die dringend Hilfe brauchen. Um die Situation zu verbessern, kann man aus den Berichten des SVA und der SZGB einige Ideen entnehmen. Der letzte Abschnitt hebt einige Beispiele hervor.

IV. Deutschlands Gebrauch der Ausnahmeklausel

Übereinkommen Nr. 189 berechtigt eine Regierung, bestimmte Gruppen »ganz oder teilweise« aus dem Geltungsbereich des Übereinkommens auszunehmen.⁵⁴ Dies ist möglich bei Gruppen von (a) Arbeitnehmern, denen auf andere Weise ein mindestens gleichwertiger Schutz geboten wird oder (b) Arbeitnehmern, bei denen »besondere Probleme von erheblicher Bedeutung auftreten«.⁵⁵ Deutschland hat bei seiner Ratifizierung davon Gebrauch gemacht. Die entsprechende Urkunde wurde am 20. September 2012 vom IAO-Generaldirektor registriert. Die Regierung hat gem. § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG »Arbeitnehmer, die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen angetrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen« vom Geltungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossen. Bevor ein solcher Ausschluss erfolgt, sollte jedoch – gemäß den Vorgaben des Übereinkommens – zuerst eine Beratung mit den maßgeblichen Verbänden der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer⁵⁶ stattfinden. Die unterschiedlichen Standpunkte der Regierung und des DGB zu diesem Thema sind in der direkten Anfrage des SVA ausgeführt. Der SVA hat die Regierung aufgefordert, eine detaillierte Erklärung der Gründe für den Ausschluss von pflegenden Hausangestellten abzugeben und Informationen über die vorherige Beratung bekannt zu geben.

Scheiwe/Schwach und *Kocher* haben diesen Ausschluss grundsätzlich kritisiert.⁵⁷ Sie argumentieren, dass die Ausnahme im ArbZG nur das Personal betreffe, das in einer

Anlage wie den »SOS Kinderdörfern« arbeite und wohne, und nicht die im Haushalt der Arbeitgeber lebenden Hausangestellten (bezeichnet auch als »live-ins«). *Scheiwe/Schwach* hatten schon 2013 Zweifel geäußert, dass die Ausnahmeregelung des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG überhaupt dem europarechtlichen Ausnahmetatbestand des Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG entspricht. Diese Zweifel haben sich mittlerweile bestätigt. Nach der Veröffentlichung des SVA-Berichts hat der EuGH mit Urteil vom 26. Juli 2017⁵⁸ sogar die rechtliche Situation solche Anlagen beim Arbeitszeitregulierung in Frage gestellt (su.). Wenn die Grundlage für die Ausnahme von Arbeitnehmer/-innen, die von § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG betroffen sind, vom Anwendungsbereich des Gesetzes wegfällt, gestaltet sich auch die Rechtfertigung für diese Ausnahme hinsichtlich des Übereinkommens Nr. 189 als schwierig.

Sicher ist: Die Bundesregierung hätte diese Gruppe nur teilweise – nicht ganz – aus dem Geltungsbereich ausschließen dürfen. Dafür plädierten auch *Scheiwe/Schwach*: Es »kann nicht einfach aus der Tatsache des Lebens im Haushalt der Arbeitgeberin abgeleitet werden«, dass es sich um eine so atypische Situation wie in den SOS Kinderdörfern handle.⁵⁹ Obwohl es natürlich besser wäre, erst gar keine Ausnahmen zu machen, steht der Bundesregierung die Möglichkeit, von einem nur teilweisen Ausschluss Gebrauch zu machen, noch immer offen. Auf jeden Fall wird der Regierung gem. Art. 2 Abs. 3 Übereinkommen Nr. 189 auferlegt, »alle etwaigen Maßnahmen anzugeben, die getroffen worden sind, um die Anwendung des Übereinkommens auf die betreffenden Arbeitnehmer auszudehnen« und in ihrem nächsten Bericht bekannt zu geben.

53 *Cyrus*, in: International Labour Office (Hrsg.), *Trafficking and Labour Exploitation in Germany*, Genf 2005, S. 85.

54 Art. 2 Abs. 2 Übereinkommen Nr. 189.

55 Art. 2 Abs. 2 lit. b Übereinkommen Nr. 189.

56 Gem. Art. 2 Abs. 2 Übereinkommen Nr. 189 zusätzlich, soweit solche bestehen, mit den Verbänden, die Hausangestellte vertreten, und denjenigen die Arbeitgeber von Hausangestellten vertreten.

57 *Scheiwe/Schwach*, NZA 2013, 1116, 1119; *Scheiwe*, in: Meier-Gräwe (Hrsg.), *Die Arbeit des Alltags, Gesellschaftliche Organisation und Umverteilung*, Heidelberg 2015, S. 37 ff.; *Kocher*, NZA 2013, 929, 932 ff.

58 EuGH, 26.7.2017 – C-175/16 – NZA 2017, 1113 (Hälvä ua.).

59 *Scheiwe/Schwach*, NZA 2013, 1116, 1118.

V. Beispielhafte Herausforderungen

Der ausführliche Bericht hat die gesamten Problemkreise wiedergespiegelt. Der SVA hat zu fast jedem Artikel Fragen gestellt. Nachfolgend einige wichtige Beispiele⁶⁰, unter anderen:

1. Arbeitsschutz

Kocher bemerkte: »Über den Grundsatz der Gleichbehandlung mit anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern hinaus verlangt die Konvention einen besonderen Schutz der Hausangestellten vor den besonderen Gefahren, die sich aus der mangelnden Sichtbarkeit und fehlenden gesellschaftlichen Anerkennung ihrer Tätigkeit ergeben.«⁶¹ In Bezug auf Hausangestellte kommen mindestens zwei wichtige Defizite im deutschen Recht ans Licht; zunächst der arbeitsschützende Aspekt des Art. 13 Übereinkommen Nr. 189. Art. 13 Abs. 1 S. 3 Übereinkommen Nr. 189 sieht vor: »Jedes Mitglied [das ratifiziert hat] hat in Übereinstimmung mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und der innerstaatlichen Praxis unter gebührender Berücksichtigung der besonderen Merkmale der hauswirtschaftlichen Arbeit wirksame Maßnahmen zu ergreifen, um die Sicherheit und Gesundheit der Hausangestellten bei der Arbeit sicherzustellen«. Auch die Maßnahmen zur Erreichung des in Art. 6 Übereinkommen Nr. 189 vorgesehenen Zwecks sind hier relevant: Wenn Haushaltsangestellte im Haushalt wohnen, sollen sie in den Genuss »menschenswürdiger Lebensbedingungen, die ihre Privatsphäre achten« kommen. Eine solche Privatsphäre kann in Konformität mit Art. 5 Übereinkommen Nr. 189 auch zum Schutz vor »allen Formen von Missbrauch, Belästigung und Gewalt« beitragen, insbesondere für »live-ins«. Die nicht bindende Empfehlung Nr. 201, die gleichzeitig mit dem Übereinkommen Nr. 189 beschlossen wurde, schlägt sogar »ein separates, privates Zimmer, das angemessen möbliert, ausreichend belüftet und mit einem Schloss versehen ist« vor, »dessen Schlüssel dem Hausangestellten ausgehändigt werden sollte.«⁶² Der Verweis seitens der Bundesregierung auf den allgemeinen Schutz durch das BGB, insb. § 617 und § 618 Abs. 2 BGB, und das AGG (das auch bei Belästigungen greift) scheint dem SVA unzureichend zu sein.⁶³

In Deutschland sind gem. § 1 Abs. 2 S. 1 ArbSchG Hausangestellte aus dem Anwendungsbereich des ArbSchG aus-

geschlossen. Personen, die »im Haushalt beschäftigt« sind, liegen ferner gem. § 17 Abs. 1 ASiG außerhalb des Anwendungsbereichs des ASiG. Jedoch ist für abhängig beschäftigte Hausangestellte eine gesetzliche Unfallversicherung im SGB VIII vorgesehen – jedoch nur, wenn es sich um eine »deklarierte« Beschäftigung und nicht um »Schwarzarbeit« handelt.

Der Bericht der Regierung betont, dass in § 618 Abs. 1 und 2 BGB eine Pflicht zu Schutzmaßnahmen und mögliche Ansprüche auf Schadenersatz vorgesehen sind. Abs. 1 richtet sich gegen die »Gefahr für Leben und Gesundheit«, Abs. 2 bestimmt: »Ist der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind.« Über Jahrzehnte hat Deutschland ein solides gesetzliches System zum Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmern entwickelt. Es ist deshalb unverständlich, weshalb nicht auch die Hausangestellten davon profitieren sollen. Leider stellen die Richtlinien der Europäischen Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz keine Lösung dar, denn auch sie schließen Haushaltsangestellte aus dem Geltungsbereich aus, obwohl die EU-Grundrechtscharta den Schutz am Arbeitsplatz als Teil der Rechte »alle[r] Arbeitnehmer« deklariert.⁶⁴

2. Arbeits-, Bereitschaftsdienst- und Ruhezeitregulierung

Das zweite große Problem betrifft die Arbeitszeit,⁶⁵ insbesondere im Zusammenhang mit den Verpflichtungen, die Art. 10 Übereinkommen Nr. 189 statuiert. Abs. 1 erlaubt eine gewisse Flexibilität zur angestrebten Gleichbehandlung von Hausangestellten und Arbeitnehmer/-innen in

60 Für mehr Beispiele s. *Trebilcock*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Amsterdam 2018, 149, 151, 152.

61 *Kocher*, NZA 2013, 929, 934.

62 Art. 17 lit. a der Empfehlung Nr. 201 betreffend Menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte vom 16. 7. 2011.

63 Vgl. direkte Anfrage des SVA zu Art. 5.

64 Die Vereinbarkeit mit Art. 31 GRC bleibt fraglich; s. *Novitz/Syrpis*, *European Labour Law Journal* 2015, 104, 110 ff.

65 *Scheiwe*, in: *Scheiwe/Krawietz* (Fn. 14), S. 60 ff.

Bezug auf die normale Arbeitszeit, die Überstundenvergütung, die täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten und den bezahlten Jahresurlaub. Abs. 2 dagegen ist absolut: »Die wöchentliche Ruhezeit hat mindestens 24 aufeinanderfolgende Stunden zu betragen.« Diese letzte Bestimmung ist präzise genug, um unmittelbar von den Arbeitsgerichten angewendet zu werden, ohne dass es eines zusätzlichen Legislativakts bedarf.⁶⁶

Die Bekämpfung einer »strukturellen Knechtschaft der ständigen Verfügbarkeit«⁶⁷ ist ein zentrales Grundkonzept des Übereinkommens Nr. 189. Weil Ruhe- und Freizeit wichtig für das seelische und körperliche Wohlbefinden sind, kann die Frage der Arbeitszeit auch als Frage der Arbeitssicherheit betrachtet werden. Der SVA hat die Regierung gebeten, Maßnahmen zu nennen, die die in Art. 9 lit. b und Art. 10 Übereinkommen Nr. 189 bezeichneten Arbeits-, Ruhe- und Urlaubszeit betreffen. Art. 9 lit. b Übereinkommen Nr. 189 stellt sicher, dass Hausangestellte, »die im Haushalt wohnen, nicht verpflichtet sind, während der täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten oder des Jahresurlaubs im Haushalt oder bei Mitgliedern des Haushalts zu bleiben«. Aus dem SVA-Bericht geht hervor, dass sich die Regierung auf allgemeine Ausführungen zum Urlaubsrecht beschränkt hat; dem SVA geht es jedoch um darüber hinausgehende Maßnahmen. Diese scheinen aber nicht vorhanden zu sein.

Eine der Sonderregelungen des deutschen ArbZG ist gem. § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG seine Nichtanwendung auf »Arbeitnehmer, die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen«. Nach dem obengenannten Urteil des EuGH von 2017 kommt laut *Steinke* »eine Ausnahme der Haushaltsangestellten von den Regelungen des Arbeitszeitgesetzes, wie § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG es vorsieht, nicht mehr in Betracht«.⁶⁸ Wenn ein einziger/e Arbeitnehmer/-in verpflichtet ist, sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort für 24 Stunden aufzuhalten und sich zu dessen Verfügung zu halten, um gegebenenfalls sofort seine/ihre Arbeit zu leisten, ist diese Zeit in den Augen des EuGH als Arbeitszeit zu betrachten. Die Ausnahmeregelung des Art. 17 Abs. 1 Arbeitszeit-RL 2003/88/EG findet in diesem Fall keine Anwendung, weil eine 24-stündige Betreuung von pflege- und erziehungsbedürftigen Personen im Haushalt keinen anderen Personen anvertraut werden kann. Da das ArbZG teilweise die Arbeitszeit-RL 2003/88/EG

umsetzt und § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG die dort genannten Personengruppen ohne Rücksicht auf die Anforderungen des Art. 17 Abs. 1 Arbeitszeit-RL 2003/88/EG ausnimmt, »dürfte die Norm nicht unionsrechtskonform sein.«⁶⁹ In diesem Fall darf sie nicht mehr von deutschen Gerichten angewendet werden und kann auch nicht mehr als Rechtfertigung für den Ausschluss der »24-Stunden«-Hausangestellten dienen.

Die nicht bindende Empfehlung Nr. 201 macht konkrete Vorschläge, wie man Bereitschaftszeiten und Ruhezeit regeln kann.⁷⁰ Auch andere Länder haben Maßnahmen in diesem Sinne ergriffen.⁷¹ Die Behauptung der Bundesregierung, Arbeits- und Ruhezeit im Haushalt seien unmöglich zu trennen,⁷² ist schlicht nicht überzeugend.

3. Ergreifen anderer neuer Maßnahmen

Die dritte Baustelle stellen hinsichtlich des Übereinkommens Nr. 189 nicht unbedingt die Reformierung von bestehenden Gesetzen, sondern vielmehr die neuen Maßnahmen dar, die es zu ergreifen gilt. Viele Anmerkungen des SVA richten sich deshalb an die Rechtspraxis in Deutschland, da zumindest formell die nationale Gesetzeslage – abgesehen von den soeben dargestellten Fällen – konform mit dem Übereinkommen zu sein scheint. Der SVA betont nicht selten die spezifischen Eigenschaften der im Übereinkommen Nr. 189 behandelten Arbeitsformen, die besondere Maßnahmen erfordern. Neben den oben genannten Fällen der Art. 5, 6 und 7 Übereinkommen Nr. 189 und der Empfehlung Nr. 201 werden insbesondere Maßnahmen zum Schutz von »migrantischen Hausangestellten« hervorgehoben.

66 Zur Frage der direkten oder indirekten Durchführung von völkerrechtlichen Normen vgl. *Zimmer*, in: Däubler/Zimmer (Fn. 17), und *Däubler*, in: Senghaas-Knobloch (Hrsg.), *Weltweit geltende Arbeitsstandards trotz Globalisierung: Analysen, Diagnosen und Einblicke*, Münster 2005, S. 105 ff.

67 »[T]he structural servitude« of the »presumption of permanent availability«, *Blackett*, in: *Blackett/Trebilcock* (Hrsg.), *Research Handbook on Transnational Labour Law*, Cheltenham 2015, S. 230, 234, 241.

68 *Steinke*, RdA 2018, 232, 234.

69 *Steinke*, RdA 2018, 232, 234.

70 Vgl. Absatz. 9, 10, 11, 13 Empfehlung Nr. 201.

71 Beispiele findet man in *McCann/Murray*, in: *International Labour Office* (Hrsg.), *The Legal Regulation of Working Time in Domestic Work*, Genf 2010, und *International Labour Office*, *Effective Protection for Domestic Workers: A Guide to Designing Labour Laws*, Genf 2012.

72 BT-Drs. 17/12951, S. 18.

In diesem Sinne wirft der SVA einen prüfenden Blick auf die Maßnahmen, die zum Schutz von Migranten, die hauswirtschaftliche Arbeit – »24-Stunden-Sorgearbeit« inbegriffen – leisten, bereits getroffen worden sind. Deshalb erkundigt sich der SVA zB. nach Art. 9 Übereinkommen Nr. 189, wonach Maßnahmen zu ergreifen sind, »um sicherzustellen, dass Hausangestellte a) mit ihrem Arbeitgeber oder potenziellen Arbeitgeber frei vereinbaren können, ob sie im Haushalt wohnen möchten; b) die im Haushalt wohnen, nicht verpflichtet sind, während der täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten oder des Jahresurlaubs im Haushalt oder bei Mitgliedern des Haushalts zu bleiben; c) berechtigt sind, ihre Reise- und Identitätsdokumente in ihrem Besitz zu halten.« Die Bundesregierung hat dazu lediglich angemerkt, dass es keine Verpflichtung zur Abgabe der in c) genannten Dokumente gebe; das geht aber am Kern des Problems vorbei. Hier wäre ein deutlich aktiveres Vorgehen des Staates erforderlich. Ähnlich gestaltet es sich hinsichtlich Art. 8 Abs. 4 Übereinkommen Nr. 189, der einen Anspruch auf Rückführung vorsieht; die Feststellung, dass die Vertragsparteien frei sind, solche Ergebnisse zu vereinbaren – wie es in diesem Fall die Bundesregierung getan hat – ist nicht ausreichend.

4. Schutz vor Missbrauch

Die Regierung scheint die Bedeutung von Art. 15 Übereinkommen Nr. 189 nicht verstanden zu haben. In ihrem Bericht findet sich erstaunlicherweise die Behauptung, dass keine auf diesen Artikel gerichteten Maßnahmen für die Durchführung vom Übereinkommen Nr. 189 notwendig seien. Art. 15 Abs. 1 Übereinkommen Nr. 189 zielt jedoch darauf ab, »Hausangestellte, einschließlich migrantischer Hausangestellter, die von privaten Arbeitsvermittlern angeworben oder vermittelt worden sind, wirksam vor missbräuchlichen Praktiken zu schützen«. Gem. Art. 15 Abs. 1 lit. c Übereinkommen Nr. 189 sind ferner Maßnahmen zu treffen, die Rechtsvorschriften zu umfassen haben, »die die jeweiligen Verpflichtungen des privaten Arbeitsvermittlers und des Haushalts gegenüber dem Hausangestellten festlegen und Zwangsmaßnahmen vorsehen, einschließlich des Verbots privater Arbeitsvermittler, die Missbrauch betreiben oder betrügerische Praktiken anwenden.« Auch sind gem. Art. 15 Abs. 1 lit. e Übereinkommen Nr. 189 »Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass die von privaten Arbeitsvermittlern erhobe-

nen Gebühren nicht vom Entgelt der Hausangestellten abgezogen werden.« Zur Umsetzung des Artikels sind gem. Art. 15 Abs. 1 lit. c, d Übereinkommen Nr. 189 auch bilaterale Abkommen vorgesehen, wie der SVA nachdrücklich erinnert. Dazu hat sich die Regierung kaum geäußert.

Art. 16 und 17 Übereinkommen Nr. 189, die einen Zugang zu Gerichten oder anderen Streitbeilegungsmechanismen sowie »wirksame und zugängliche Beschwerdemechanismen und Mittel« fordern, wird eine besondere Bedeutung zur Verwirklichung der Rechte aus dem Übereinkommen zuteil. Der SVA hat sich deshalb nach solchen Mechanismen, einschließlich der Inspektion und Durchsetzung von gesetzlichen Vorschriften, konsequenten Strafmaßnahmen und der Bekämpfung von Missbrauch erkundigt. Hier geht der SVA kritisch auf die Kommentare des DGB ein: insbesondere Schwierigkeiten, die Hausangestellte, insbesondere die »migrantischen« haben, ihre Rechte zu erkennen und zu verwirklichen. Oft werden die Arbeitsverhältnisse nur mündlich geschlossen. Dem DGB zufolge sind Klagen gegen einen Arbeitgeber deshalb sehr selten.

Laut Art. 7 Übereinkommen Nr. 189 sollen Maßnahmen getroffen werden, die sicherstellen, »dass Hausangestellte in geeigneter, nachprüfbarer und leicht verständlicher Weise über ihre Beschäftigungsbedingungen informiert werden, und zwar vorzugsweise, wenn möglich, durch schriftliche Verträge in Übereinstimmung mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gesamtarbeitsverträgen, insbesondere über [...] die Bedingungen für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, einschließlich einer von Hausangestellten oder vom Arbeitgeber gegebenenfalls einzuhaltenden Kündigungsfrist.«

5. Kündigungsschutz

Deutschland hat das Übereinkommen Nr. 158 über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber von 1982 nicht ratifiziert und ist deshalb völkerrechtlich nicht verpflichtet, zu bestimmen, dass es zur Kündigung einer legitimen Begründung bedarf. *Steinke* plädiert stark gegen eine eventuelle Anwendung des deutschen Kündigungsschutzgesetzes für Hausangestellte unter dem jetzigen Rechtsrahmen in Deutschland. Trotzdem lassen sich implizit kündigungsrechtliche Vorschriften aus anderen Artikeln des Übereinkommens Nr. 189 und auch aus anderen ratifizierten Übereinkommen wie zB. Nr. 87,

98, 100 und 111 ableiten.⁷³ So wird eine Kündigung, welche gegen die Vereinigungsfreiheit verstößt, das Recht auf Kollektivverhandlungen verkennt oder nicht der Beseitigung von Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf entspricht, inkompatibel mit Art. 3 Übereinkommen Nr. 189 sein, der die Achtung der grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit fordert. Dazu heißt es in Art. 18 der Empfehlung Nr. 201: »Bei Beendigen des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber aus anderen Gründen als einer schweren Verfehlung sollte Hausangestellten, die im Haushalt wohnen, eine angemessene Kündigungsfrist und Freizeit während dieser Frist eingeräumt werden, damit sie sich eine neue Beschäftigung und eine neue Unterkunft suchen können.« Der DGB hat den Kündigungsschutz zwar während der Vorbereitungsphase des Übereinkommens Nr. 189 erwähnt,⁷⁴ nicht aber später in seinem Kommentar zum Regierungsbericht. Der SVA hat auch keine konkreten Hinweise auf die Erfordernisse im Zusammenhang mit einer Kündigung ausgesprochen. Eventuell könnte der SVA das Thema in einer zukünftigen direkten Anfrage aufgreifen.

VI. Rolle der Sozialpartner

An mehreren Stellen lädt das Übereinkommen Nr. 189 zur Beratung mit den maßgebenden Verbänden der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer und, soweit solche bestehen, mit den Verbänden, die Hausangestellte vertreten, und denjenigen, die Arbeitgeber von Hausangestellten vertreten, ein, vgl. etwa Art. 13 Abs. 2, Art. 14 Abs. 2, Art. 15 Abs. 2 Übereinkommen Nr. 189. Die Grundlage für eine Einbindung solcher Organisationen ergibt sich aus Art. 3 Übereinkommen Nr. 189, welcher die Vereinigungsfreiheit und die effektive Anerkennung des Rechts zu Kollektivverhandlungen unterstreicht.

Kocher kritisiert die Rechtsprechung des BVerfG, die ihrer Meinung nach zur schwachen Position der Hausangestellten beiträgt.⁷⁵ Die Situation erfordert das Eingreifen der Politik. »Aufgrund der fehlenden Durchsetzungsfähigkeit der Hausangestelltenorganisationen muss der Gesetzgeber sich deshalb zur mangelnden Tariffähigkeit bekennen und selbst zur Tat schreiten.«⁷⁶ Der DGB und die NGG haben vielversprechende Vorschläge gemacht, zB. die Kompetenzen von Gewerkschaften auf ein Verbandsklagerecht für Organisationen von Hausangestellten zu erweitern.⁷⁷

Bei anderen Vorschlägen werden Lehren aus der Erfahrung in anderen Bereichen, in denen Schwarzarbeit üblich ist (zB. Bau, Gastronomie) gezogen und auf das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis angewendet. In der Pflegebranche haben bspw. die BDA, der DGB und das Finanzministerium zusammengearbeitet. Mit den Sozialpartnern kann die Regierung – wie sie es schon bei den Minijobs getan hat – gem. Art. 6 Abs. 4 Empfehlung Nr. 201 einen Modellarbeitsvertrag auf der Website des Arbeitsamtes veröffentlichen.

In manchen Ländern der Bundesrepublik hat die NGG Tarifverträge für Haushalts- und Dienstleistungsunternehmen vereinbart. Auch andere Gewerkschaften könnten die Arbeitnehmer/-innen in der Branche, oder eher gesagt, die Branchen, vertreten. Um ihre Koalitionsfreiheit in der Praxis auszuüben, müssen große Barrieren überwunden werden. Haushaltsarbeiter/-innen arbeiten oft für mehrere Haushalte. Die Arbeitgeber müssten überzeugt werden, sich einem Arbeitgeberverband anzuschließen – keine einfache Angelegenheit. Die Frage ist: Könnte auf Deutschlands lange Tradition von Genossenschaften zurück gegriffen werden, wenn die Gründung einer Gewerkschaft oder der Anschluss an selbige erschwert ist?⁷⁸ Wichtig wird sein, die Organisationen von Hausangestellten eng in den Prozess einzubeziehen.

Die SZGB schlägt die Festsetzung arbeitsrechtlicher Mindeststandards, die Entwicklung von Zertifizierungen für gute haushaltsnahe Dienstleistungsarbeit und die Einführung öffentlich geförderter Gutscheine für haushalts-

⁷³ Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes, 1948; Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen, 1949; Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit, 1951; Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, 1958; alle von Deutschland ratifiziert. S. auch International Labour Office, *Giving Globalization a Human Face*, Report III (Part 1B), Genf 2012.

⁷⁴ International Labour Office, *Decent Work for Domestic Workers*, Report IV (2), Genf 2010, S. 121. Der Bericht spiegelt die Kommentare von Regierungen und Arbeitgeber- wie Arbeitnehmerorganisationen bzgl. der damals vorgeschlagenen internationalen Instrumente wieder. Der DGB und die BDA haben sich mehrfach dem Thema angenommen, s. Trebilcock, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2018, 149, 151 f.

⁷⁵ Kocher, in: Scheiwe/Krawietz (Fn. 14), S. 88 ff.

⁷⁶ Kocher, in: Scheiwe/Krawietz (Fn. 14), S. 94.

⁷⁷ Bspw. Aufruf der NGG: *Menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte!*, abrufbar unter www.ngg.net/artikel/2014/08/hausangestellte-schuetzen (17. 10. 2018).

⁷⁸ Zu den Rahmenbedingungen bei gleichzeitiger Unverletzlichkeit der Vereinigungsfreiheit s. Empfehlung Nr. 193 betreffend die Förderung der Genossenschaften, 2002.

nahe Dienstleistungen vor.⁷⁹ Entscheidend dafür ist die Verknüpfung der Qualität der Dienstleistung mit ihrer Anerkennung als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung. Die SZGB bevorzugt ein System von subventionierten Gutscheinen für haushaltsnahe Dienstleistungen nach belgischem und französischem Vorbild, das auch vom EU-Parlament gelobt worden ist.⁸⁰ Die Gutscheine sollen nur für zertifizierte haushaltsnahe Dienstleistungen verwendbar sein; öffentliche und private Plattformen sollen transparent sein und Möglichkeiten für Haushaltsangestellte bieten, ihre Rechte zu erkennen und sich weiterzubilden. Das Ziel wird sein, sozialversicherte Beschäftigung zu fördern und die Gleichstellung der Frau in der Gesellschaft zu stärken.⁸¹ Dazu empfiehlt die SZGB eine Reihe von Maßnahmen, die das Rentensystem betreffen und weitere Untersuchungen verdienen.⁸²

VII. Fazit und Ausblick

Hinsichtlich der Umsetzung des IAO-Übereinkommens Nr. 189 bestehen verschiedene Probleme, obwohl die allgemein-arbeitsrechtliche Gesetzgebung die Hausangestellten und ihre Arbeitgeber bereits erfasst. In Bezug auf mehrere Aspekte hat der SVA die Bundesregierung daher aufgefordert, die normative Situation Deutschlands in Einklang mit den entsprechenden IAO-Regelungen anzupassen.

Manche Probleme waren schon in der Vorbereitungsphase des Übereinkommens von den Sozialpartnern oder politischen Parteien vorgebracht worden.⁸³ Die (frühere) Koalitionsregierung hat auf Basis eines Experten-Berichts⁸⁴ die Ratifizierung des Übereinkommens empfohlen. In der Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales zu der Begründung zum Vertragsgesetz steht folgende Bemerkung: »Bund, Länder und Gemeinden werden durch die Ausführung dieses Gesetzes nicht mit Kosten belastet, weil keine möglicherweise mit Kosten verbundene Änderung des innerstaatlichen Rechts oder sonstige Maßnahmen erforderlich sind, um die Verpflichtungen des Übereinkommens zu erfüllen.«⁸⁵ Dieser Text wurde in der Denkschrift zur Ratifizierung auf »Um die Anforderung des Übereinkommens zu erfüllen, sind Ergänzungen der innerstaatlichen gesetzlichen Vorschriften nicht erforderlich. Allerdings wird [...] eine begrenzte Gruppe von Arbeitnehmerinnen und

Arbeitnehmern vom Geltungsbereich des Übereinkommens ausgenommen [...]« verkürzt. Der Gesetzentwurf zur Ratifizierung hat nur den ersten Satz in ihrer Einleitung genannt.⁸⁶ Die Behauptung, dass keine Gesetzänderungen nötig sind, war irreführend. In ihrer direkten Anfrage 2017 an die Bundesregierung hat der SVA nach Maßnahmen und ihren Auswirkungen in der Praxis gefragt. Eine verantwortungsbewusste Antwort betrifft nicht nur legislative, sondern auch sonstige Maßnahmen, die Verbesserungen bringen könnten. Wie oben dargelegt, klaffen in manchen Bereichen der deutschen Rechtsordnung gesetzliche Lücken, die es zu beseitigen gilt. Um nun zu handeln, besteht der erste notwendige Schritt darin, die Augen nicht vor der Existenz der Probleme zu verschließen.

Es genügt nicht, Rechte formell einzuräumen, wenn sie in der Praxis nicht durchsetzbar sind. Notwendig ist die Entwicklung von geeigneten nationalen Lösungen zur Vermeidung von Diskrepanzen zwischen den Vorgaben der IAO-Übereinkommen und dem deutschen Recht bzw. der deutschen Rechtspraxis.

Die SZGB bemerkte, dass die Ratifikation des Übereinkommens Nr. 189 »nicht als Anlass genutzt [wurde], spezifische gesetzgeberische Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungssituationen [von Hausangestellten] zu unternehmen.«⁸⁷ Dieser Zweite Gleichstellungsbericht der Bundesregierung kann zusammen mit den direkten Anfragen des Sachverständigenausschusses Impulse geben, die erforderlichen Maßnahmen jetzt zu treffen.

79 Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung (Fn. 9), S. 115.

80 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 28. 4. 2016 zu weiblichen Hausangestellten und weiblichen Pflegepersonal in der EU (2015/2094(INI)), die der Empfehlung SOC/508 des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses folgt. Für Details über das französische System s. *Blackett*, in: *Blackett/Trebilcock* (Fn. 67), und das belgische System s. *Godin*, in: *Triandafyllidou* (Fn. 51), S. 17 ff.

81 Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung (Fn. 9), S. 117 f.

82 Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung (Fn. 9), S. 136 ff.

83 Näher *Trebilcock*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Alphen aan den Rijn 2018, S. 151 ff.

84 *Kocher*, *Hausarbeit als Erwerbsarbeit* (Fn. 22).

85 Empfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales, BT-Drs. 17/13303, S. 2.

86 BT-Drs. 17/12951, S. 1, 6 und 18.

87 Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung (Fn. 9), S. 116.

Zusammenfassungen

Hanau: Gamillschegs Konzeption des kollektiven Arbeitsrechts

SR 6/2018, S. 218–223

Der Autor zeichnet die Entstehung einer in zwei Bänden dargestellten Gesamtkonzeption des kollektiven Arbeitsrechts durch Gamillscheg nach. Er würdigt damit dessen Lebenswerk als Grundlage eines geradezu riesigen Rechtsgebiets; nicht ohne sich allerdings auch kritisch mit einzelnen Aspekten auseinanderzusetzen. Er hinterfragt etwa, ob überhaupt eine einheitliche Konzeption möglich sei oder ob nicht von miteinander verflochtenen Fäden auszugehen sei und ob jeweils das Richtige getroffen werde. Dennoch dürften Fragen des kollektiven Arbeitsrechts keinesfalls behandelt werden, ohne sich mit Gamillschegs Ausführungen zu befassen.

Spickhoff: Franz Gamillscheg und die Entwicklung des Internationalen Arbeitsrechts

SR 6/2018, S. 224–231

Der Verfasser würdigt die (Grundlagen-)Arbeit Gamillschegs zum Internationalen Arbeitsrecht als dessen erstes zentrales wissenschaftliches Betätigungsfeld. Er zeichnet dessen wissenschaftliche Entwicklung in diesem Rechtsgebiet wie auch dessen Einflüsse auf die Rechtsprechung des BAG nach. Dabei weist er auch auf dessen kritische Positionen hin, etwa seine Ablehnung der Entwicklung zu einem europäischen Einheitsrecht. Er unterstreicht dabei auch die von Gamillscheg begründete Tradition der Pflege des Internationalen und ausländischen Arbeitsrechts an der Universität Göttingen.

Colneric: Zeigt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, dass die Vertragsstaaten der Europäischen Konvention für Menschenrechte den Vorrang des internen Whistleblowings als Regel vorschreiben müssen?

SR 6/2018, S. 232–239

Der Artikel untersucht kritisch die Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich eines Vorrangs des internen Whistleblowings als fester Regel. Die Autorin stellt hierzu mehrere maßgebliche Entscheidungen des EGMR vor und beleuchtet diese in Hinblick auf die unterschiedlichen Kanäle des externen und internen Whistleblowings. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass der EGMR einen verpflichtenden Vorrang des internen Whistleblowings jedenfalls nicht vorgibt.

Abstracts

Hanau: Gamillscheg's concept of collective labour law

SR 6/2018, pp. 218–223

The author describes the development of Gamillscheg's overall view and concept of collective labour law. He prizes his lifework as a basis in a huge field of law. Nevertheless he also critically examines certain aspects. He questions, eg., if a single conception is possible at all and suggests that maybe interwoven threads might exist. He further questions if the right solution is found in each case. Anyway, questions of collective labour law should never be examined without dealing with the findings of Gamillscheg.

Spickhoff: Franz Gamillscheg and the development of international labour law

SR 6/2018, pp. 224–231

The author dignifies the (fundamental) work of Gamillscheg in International Labour Law as his first central academic sphere of activity. He traces Gamillscheg's academic development in this field of law as well as his influences in the case law of the BAG. He also hints at critical positions of Gamillscheg, eg. his rejection of the evolution of a uniform European law. He emphasises as well the tradition, founded by Gamillscheg, of taking care of the international and foreign labour law at the university of Göttingen.

Colneric: Does the case law of the European Court of Human Rights show that the Convention States of the European Convention on Human Rights must prescribe priority of internal whistle-blowing as a rule?

SR 6/2018, pp. 232–239

This article critically examines the case law of the ECtHR regarding internal whistle-blowing as a fixed rule. Therefore, the author presents the relevant decisions of the ECtHR under the perspective of the different channels of external and internal whistle-blowing. She concludes, that the jurisprudence of the ECtHR does not prescribe priority of internal whistle-blowing as a rule.

Trebilcock: Es gibt noch viel zu tun für die Umsetzung des IAO-Übereinkommens Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte in Deutschland

SR 6/2018, S. 240–250

Die Autorin analysiert den Hintergrund und wichtige Aspekte der Umsetzung des IAO-Übereinkommens Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte. Sie erkennt zahlreiche Defizite in der Umsetzung in Deutschland. Hierfür schlägt sie Maßnahmen und Lösungen zur Vermeidung von Diskrepanzen zwischen den Vorgaben der IAO-Übereinkommen und dem deutschen Recht bzw. der deutschen Rechtspraxis vor.

Trebilcock: There is plenty to do on the implementation of ILO Convention No. 189 on Decent Work for Domestic Workers in Germany

SR 6/2018, pp. 240–250

The author analyses backgrounds and aspects of the ILO Decent Work for Domestic Workers Convention and identifies numerous shortcomings in the German implementation. Therefore she suggests possible national measures and solutions to avoid discrepancies between the specifications of the ILO-Convention and German law respectively German legal practice.

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

Abhandlungen

- *Johannes Heuschmid: DS-GVO und Beschäftigungsdatenschutz*
- *Martin Franzen: Die Veränderung des Arbeitszeitvolumens im Spannungsverhältnis zwischen persönlichen und betrieblichen Arbeitszeitinteressen*
- *Antoine T.J.M. Jacobs: Aktuelle Entwicklungen im niederländischen Recht zum Mindestentgeltsschutz von Solo-Selbständigen*
- *Thomas Klein: Die neue Entsenderichtlinie*

Rezensionen

- *Laura Schmitt: Die Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien und ihrer Mitglieder (Ulrich Koch)*
- *Bernd Waas/Guus van Voss (Hrsg.): Restatement of Labour Law in Europe, Vol. I, 2017 (Sudabeh Kamanabrou)*