

Arbeitsvölkerrecht

Herausgegeben von
Monika Schlachter, Johannes Heuschmid
und Daniel Ulber

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck mit Genehmigung des Verlags.

Mitwirkende

Susanne Baer ist Richterin im Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe und Professorin für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien an der Humboldt Universität zu Berlin.

François Biltgen ist Richter am Europäischen Gerichtshof in Luxemburg.

Gabriele Buchholtz ist Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verwaltungswissenschaft und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Hermann Pünder an der Bucerius Law School in Hamburg.

Wolfgang Däubler ist em. Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen.

Johannes Heuschmid ist Rechtsanwalt bei dka Rechtsanwälte in Berlin, Lehrbeauftragter Europa-Universität Viadrina.

Robert Rächle ist Referatsleiter im Bundesministerium für Arbeit und Soziales in Berlin.

Monika Schlachter ist Inhaberin des Lehrstuhls für Internationales und Europäisches Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Universität Trier, Direktorin des IAAEU.

Benedikt Schmidt ist Richter am Arbeitsgericht Berlin.

Jürgen Treber ist Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht in Erfurt und Honorarprofessor an der Universität Trier.

Daniel Ulber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Arbeitsrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Reingard Zimmer ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, europäisches und internationales Arbeitsrecht an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin.

ISBN 978-3-16-154852-9 / eISBN 978-3-16-156186-3

DOI 10.1628/978-3-16-156186-3

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung (Johannes Heuschmid/Monika Schlachter/Daniel Ulber)	1
§ 2	Die Entwicklung des Arbeitsvölkerrechts (Wolfgang Däubler)	5
§ 3	Erscheinungsformen arbeitsvölkerrechtlicher Normen (Wolfgang Däubler)	21
§ 4	Das Arbeitsvölkerrecht im Bereich der Vereinten Nationen (Robert Rächle/Benedikt Schmidt/Monika Schlachter)	37
§ 5	Internationale Arbeitsorganisation (ILO) (Reingard Zimmer)	117
§ 6	Europarat (Monika Schlachter/Daniel Ulber)	201
§ 7	Arbeits- und sozialrechtliche Bezüge in Handels- und Investitionsschutzabkommen (Gabriele Buchholtz)	405
§ 8	Internationale Rahmenabkommen (IFAs) (Reingard Zimmer)	433
§ 9	Schutz von Arbeits- und Sozialstandards im Rahmen der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) und G7/G20 (Gabriele Buchholtz/Robert Rächle/Benedikt Schmidt)	449
§ 10	Rezeption des Arbeitsvölkerrechts im Rahmen der EMRK (Gabriele Buchholtz)	465
§ 11	Rezeption des Arbeitsvölkerrechts im Rahmen der ESC (Monika Schlachter)	491

Inhaltsverzeichnis

§ 12	Rezeption im Rahmen des Rechts der Europäischen Union (François Biltgen)	499
§ 13	Rezeption des Arbeitsvölkerrechts im Rahmen des nationalen Rechts (Susanne Baer/Jürgen Treber)	533
§ 14	Geltung und Wirkung von Arbeitsvölkerrecht in unterschiedlichen Rechtsordnungen – ein rechtsvergleichender Blick (Johannes Heuschmid)	583
§ 15	Arbeitsvölkerrecht in der (gerichtlichen) Praxis (Wolfgang Däubler/Johannes Heuschmid)	593
	Anhang: Übersicht Rechtsquellen	605
	Stichwortverzeichnis	609

§ 15 Arbeitsvölkerrecht in der (gerichtlichen) Praxis

I. Einleitung	594
II. Bindung an das Völkerrecht als Teil der Gesetzesbindung	594
III. Arbeitsvölkerrecht in der arbeitsgerichtlichen Praxis	595
1. Völkerrechtsfreundliche Auslegung	595
2. Rechtsausführungen in der Klage und in Schriftsätzen	595
3. Ein Dokumentationsproblem?	596
4. Ein möglicher taktischer Vorteil?	598
5. Die Auswahl des Falles	598
6. Zeitpunkt der Berufung auf Arbeitsvölkerrecht	598
IV. Arbeitsvölkerrecht vor dem Bundesverfassungsgericht	599
V. Mobilisierung von Arbeitsvölkerrecht im Rahmen von völkerrechtlichen Gerichten und Gremien	600
1. Die Individualbeschwerde vor dem EGMR	601
2. Mobilisierung des Arbeitsvölkerrechts im Rahmen der sonstigen Beschwerdemechanismen	603
VI. Fazit	604

Literatur

Althoff, Die Verschränkung von nationalem, europäischem und internationalem Recht im arbeitsrechtlichen Mandat, AuR 2013, S. 384; *von Arnould*, Völkerrecht, Heidelberg 2016; *Baer*, Rechtssoziologie, Baden-Baden 2017; *Boecken/Düwell/Diller/Hanau* (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht, Bd.2, Baden-Baden 2016 (zitiert NK-GA/Bearbeiter); *Däubler*, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, Baden-Baden 2017; *Emmenegger/Wiedmann* (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Band 2, Berlin 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Emmenegger/Wiedmann*); *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2017 (zitiert: *EuArbR/Bearbeiter*); *Fischer-Lescano*, Verfassungsmäßigkeit des Mindestlohns, Baden-Baden 2015; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Köln 2014; *Heuschmid*, Zur Bedeutung von IAO-Normen für das EU-Arbeitsrecht, SR 2014, S.1; *Höpfner/Richter*, Wiederaufnahme des Verfahrens und Wiedereinstellungsanspruch nach Verstoß gegen die EMRK?, RdA 2016, S. 149; *Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid* (Hrsg.), Handbuch Arbeitsrecht, 9. Aufl., Frankfurt 2017 (zitiert: *KZDH/Bearbeiter*); *Klump*, Die EMRK und das deutsche Arbeitsrecht am Exempel des Wiedereinstellungsanspruchs: Neue Facetten des Falles Schüth, EuZA 2017, S. 114; *Lörcher*, Die Europäische Säule Sozialer Rechte – Rechtsfortschritt oder Alibi?, AuR 2017, S.387; *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., Baden-Baden/Wien 2017; *Schubert*, Arbeitsvölkerrecht, Berlin 2016; *Zöller*, Zivilprozessordnung, 31. Aufl., Köln 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Zöller*).

I. Einleitung¹

- 1 Nachdem in den vorhergehenden Kapiteln die Quellen des Arbeitsvölkerrechts in den verschiedenen Rechtskreisen und die Rezeption im nationalen Raum eingehend dargestellt wurden, unternimmt dieses abschließende Kapitel den Versuch, die gewonnenen Erkenntnisse auf die **praktische Rechtsanwendung im gerichtlichen Verfahren zu beziehen**. Es geht um die Mobilisierung von Arbeitsvölkerrecht in der Praxis, wo der Anwaltschaft wie den Gewerkschaften eine besondere Rolle zukommt.² Dabei kann das Arbeitsvölkerrecht durchaus rechtsfortbildendes Potential entfalten. Die „Mobilisierung“ erfolgt dabei typischerweise auf verschiedenen Wegen, deren Vor- und Nachteile mit erörtert werden sollen.

II. Bindung an das Völkerrecht als Teil der Gesetzesbindung

- 2 Ausgangspunkt für die Anwendung von Arbeitsvölkerrecht in der Praxis ist die Tatsache, dass Exekutive und Rechtsprechung nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden sind. Dieser **Rechtsanwendungsbefehl** umfasst auch das für die Bundesrepublik verbindliche **Arbeitsvölkerrecht**. Der Gesetzgeber hat die Verfassung zu achten, die ihrerseits innerhalb gewisser Grenzen völkerrechtskonform zu interpretieren ist.³ Für Exekutive und Rechtsprechung ist entscheidend, dass das Völkervertragsrecht nach Art. 59 Abs. 2 GG den Rang eines einfachen Bundesgesetzes besitzt und dass die über Art. 25 GG inkorporierten „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ gleichfalls bindende Wirkung entfalten und überdies im Rang über den Gesetzen stehen. Den obersten Bundesgerichten kommt als Revisionsgerichten die Aufgabe zu, über die einheitliche Anwendung völkerrechtlicher Normen im Bundesgebiet zu wachen.⁴ Als Teil der Rechtsordnung fällt das Arbeitsvölkerrecht unter den gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsatz „iura novit curia“, so dass es von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Es stellt kein ausländisches Recht i. S. des § 293 ZPO dar, das ggf. von den Parteien beizubringen wäre.⁵

1 Die Autoren bedanken sich bei Dr. Heiner Fechner und Jens Peter Hjort für die wertvollen Hinweise.

2 Allgemein zur Mobilisierung von Recht: *Baer*, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 1 ff. Denkbar und nützlich ist auch, das Arbeitsvölkerrecht im legislativen Prozess nutzbar zu machen. Vgl. dazu etwa: *Fischer-Lescano*, Verfassungsmäßigkeit des Mindestlohns, S. 42 ff.; *Lörcher*, AuR 2017, S. 387 ff.

3 BVerfGE 111, S. 307 ff.; *Althoff*, AuR 2013, S. 384.

4 *von Arnould*, Völkerrecht, Rn. 527.

5 *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 2624; *Greger/Geimer*, in: Zöller, § 293 ZPO Rn. 5.

III. Arbeitsvölkerrecht in der arbeitsgerichtlichen Praxis

1. Völkerrechtsfreundliche Auslegung

Das Arbeitsrecht enthält viele Generalklauseln und auslegungsbedürftige Begriffe, die den Gerichten erhebliche Spielräume eröffnen. Dies gilt nicht nur für das Arbeitskampfrecht (wann ist ein Streik unverhältnismäßig? Wie wirkt sich die Rechtswidrigkeit einer einzelnen Forderung aus? Ist das Paritätsprinzip so zu interpretieren, dass es die Einstellung von Streikbrechern verbietet? Darf nur für ein tarifvertraglich regelbares Ziel gestreikt werden?), sondern auch in fast allen anderen Bereichen: Wie viel „Präsenz im Betrieb“ kann die Gewerkschaft für sich in Anspruch nehmen? Wann liegt ein „wichtiger Grund“ für eine außerordentliche Kündigung vor? Verfällt der Urlaub bei lang dauernder Krankheit? Die Liste ließe sich verlängern. Wenn es darum geht, für solche Fragen eine Antwort zu finden, muss man sich an den Grundsatz der „**völkerrechtsfreundlichen Auslegung**“ des nationalen Rechts erinnern. Immer dann, wenn Spielräume bestehen, ist das Arbeitsvölkerrecht heranzuziehen und im Rahmen der Auslegungsspielräume eine Lösung zu wählen, die mit dessen Vorgaben in Einklang steht. 3

2. Rechtsausführungen in der Klage und in Schriftsätzen

Da es sich beim Arbeitsvölkerrecht um eine Materie handelt, die nicht zur Alltagswelt eines Richters gehört, ist man als Prozessvertreter gut beraten, nicht allein auf den Grundsatz „*iura novit curia*“ zu setzen. Man riskiert sonst, im Urteil allenfalls einige ganz wenige Sätze zu finden, wonach das Völkerrecht nicht über das deutsche Recht hinausgehe. Meist wird das Gericht erster Instanz von sich aus die arbeitsvölkerrechtliche Dimension überhaupt nicht einbeziehen. Es ist deshalb unbedingt zu empfehlen, die **einschlägige völkerrechtliche Norm zu benennen** und ihre Bedeutung für den konkreten Fall herauszuarbeiten. Dabei kann es im Einzelfall geboten sein, die Rechtsprechung des EGMR sowie die Spruchpraxis völkerrechtlicher Gremien wie des Sachverständigenausschusses der ILO heranzuziehen. Weiter muss man den **Auslegungsspielraum herausarbeiten**, den das deutsche Recht lässt. Dabei ist es von besonderem Nutzen, wenn sich die inländische Rechtsprechung im Laufe der Jahre oder Jahrzehnte geändert hat, denn die frühere Position hält sich ja aller Erfahrung nach im Rahmen des „Vertretbaren“. Zumindest würde es dem Gericht schwerfallen, die alte Auffassung des BAG als „abwegig“ oder „völlig außerhalb des Interpretationsspielraums liegend“ zu qualifizieren. Liegt – wie meist – kein Rechtsprechungswandel vor, muss man sich in der **juristischen Literatur** umschauchen. Dort wird es häufig unterschiedliche Interpretationen geben. Empfehlenswert ist, dabei nicht nur die großen bekannten Klassiker wie den Erfurter Kommentar zu Rate zu ziehen, da sie an der aktuellen Rechtsprechung orientiert sind und deshalb abweichende Positionen der Literatur nicht immer dokumentieren. 4

3. Ein Dokumentationsproblem?

- 5 Beim Umgang mit dem Völkerrecht können sich **Sprachprobleme** ergeben, die man aber im Internet-Zeitalter nicht überschätzen sollte. Soweit völkerrechtliche Verträge von der Bundesrepublik ratifiziert wurden, besitzen sie normalerweise **eine verbindliche deutsche Fassung**, die sich in Teil II des Bundesgesetzblatts findet, aber auch an anderer Stelle im Netz und bei Juris wiedergegeben ist. In anderen Fällen gibt es eine amtliche oder quasi-amtliche deutsche Übersetzung, die man bei Juris oder schlicht durch Eingabe bei „Google“ finden kann. Dies gilt auch für die Entscheidungen des EGMR; unter www.egmr.org entdeckt man ein Fundstellenverzeichnis von Urteilen und anderen Entscheidungen in deutscher Sprache. Sucht man Aussagen von Kontrollgremien der ILO oder einer anderen internationalen Organisation, so lassen sich diese unter www.ilo.org, im vorderen Teil dieses Buches oder in anderen spezifischen Werken finden.
- 6 Nehmen wir an, es gehe um die Stellung **gewerkschaftlicher Vertrauensleute** im Betrieb, die im Vergleich zu Betriebsräten ein Schattendasein fristen. Im deutschen Recht ist durch Art. 9 Abs. 3 GG lediglich ihre Existenz garantiert, mehr nicht, sieht man einmal von einzelnen Tarifverträgen ab. Das **ILO-Übereinkommen Nr. 135** (vgl. § 5 Rn. 210 ff.) enthält jedoch eingehende Vorgaben zur Stellung der betrieblichen Interessenvertretung im Allgemeinen und legt in seinem Art. 5 fest, dass die Rechtsstellung der Gewerkschaft im Betrieb nicht durch andere Formen von betrieblicher Interessenvertretung „untergraben“ werden darf. Was daraus folgt (und ob sich spezifische Rechte für Vertrauensleute daraus herleiten lassen), ist in der Literatur eingehend erörtert.⁶ Dort finden sich auch Hinweise zu Aussagen von ILO-Gremien. Zum **Arbeitskampfrecht** gibt es eine nach Sachproblemen geordnete Zusammenstellung der Spruchpraxis aller internationalen Kontrollgremien mit den entsprechenden Nachweisen.⁷ Meist wird es reichen, in einen Schriftsatz die dort aufgeführten Nachweise zu übernehmen. Weniger ergiebig ist die Suche im **Kündigungsschutzrecht**. Zwar sieht Art. 4 Nr. 4 ESC ein Recht auf eine angemessene Kündigungsfrist vor, was im Anhang zur Sozialcharta dahingehend verdeutlicht wird, dass eine fristlose Entlassung im Falle einer „schweren Verfehlung“ möglich bleibe. Der Schluss, dass damit eine außerordentliche Kündigung wegen dauerhaft entfallener Beschäftigungsmöglichkeit ausgeschlossen sei,⁸ liegt nahe, doch hat die Bundesrepublik diese Bestimmung der ESC nicht ratifiziert (worüber sich bis heute kaum jemand aufgeregt hat). Auch das ILO-Übereinkommen Nr. 158 über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wurde nicht ratifiziert; insoweit steht man anders als im kollektiven Arbeitsrecht mit leeren Händen da.
- 7 **Fundstellen** zu Rechtsquellen des Arbeitsvölkerrechts und Entscheidungen völkerrechtlicher Gerichte und Gremien finden sich im Anhang. Englische oder andere **fremdsprachliche Texte** sollte man **nur dann verwenden**, wenn es keine deut-

6 Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 12. Aufl., 2017, § 18 Rn. 513 ff.

7 Lörcher, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., 2018, § 10 Rn. 66 – 110.

8 Dafür etwa BAG 22.11.2012 – 2 AZR 673/11, NZA 2013, S. 730.

schen Quellen gibt. Selbst eine nicht-amtliche Übersetzung ist besser als ein Juristen-Englisch oder ein Juristen-Französisch, doch sollte man in diesen Fällen die deutsche wie eine ausländische Version verwenden. Wird man im Deutschen überhaupt nicht fündig, so muss man den fraglichen Text in den Schriftsatz integrieren und erläutern. Auf keinen Fall sollte man es dem Gericht überlassen, mit dem fremdsprachlichen Text irgendwie zurecht zu kommen. Der Berücksichtigung fremdsprachlicher Rechtstexte und Entscheidungen steht § 184 GVG („Die Gerichtssprache ist deutsch“) allerdings nicht im Wege. Die Regelung des § 184 GVG besagt lediglich, dass auf Deutsch über die relevanten Verfahrensgegenstände verhandelt werden muss. In diesem Rahmen ist es jedoch unproblematisch möglich, dass ein Gericht auch fremdsprachliche Rechtstexte im Rahmen seiner Entscheidungsfindung nutzt. Kommt es zu einem Rechtsgespräch, muss allerdings der Meinungsaustausch auf Deutsch erfolgen; im Extremfall ist ein Dolmetscher beizuziehen. An der Verbindlichkeit z.B. der englischen und französischen Fassung von Entscheidungen des EGMR ändert sich dadurch nichts. Durch die Ratifikation der EMRK ist insoweit von dem allgemeinen Grundsatz abgewichen worden, dass verbindliches Recht auf Deutsch existieren muss. Einen aktuellen Überblick über unions- und arbeitsvölkerrechtliche Entwicklungen mit Schwerpunkt EuGH und EGMR bietet der HSI-Newsletter zum europäischen Arbeitsrecht, der einmal im Quartal erscheint und kostenlos abonniert werden kann.⁹

Was soll man tun, wenn man zwar einen Hinweis auf eine Aussage eines Kontrollgremiums hat, diese aber so formuliert ist, dass man das Englisch oder Französisch beim besten Willen nicht versteht und man im vorderen Teil des Buches dazu nichts findet? In einem solchen Fall sollte man sich nicht scheuen, einen **Anwalts- oder Gewerkschaftskollegen anzusprechen**, der im Ruf steht, sich mit solchen Dingen auszukennen. Auch einzelne **Wissenschaftler** kann man per E-Mail fragen; „Solidarität“ sollte ja nicht nur am 1. Mai existieren. Nur: Die Frage muss konkret sein, sonst fühlt sich der andere ausgenutzt und hat den Eindruck, er solle (unentgeltlich!) die eigentlichen Probleme des Falles lösen.

Greift man im Schriftsatz auf die Berichte und **Stellungnahmen internationaler Kontrollgremien** zurück, so muss man weiter herausarbeiten, welchen Stellenwert diese für die Rechtsauslegung haben. Die verbreitete Vorstellung, es handle sich dabei um bloße „Meinungen“ von Individuen, denen keinerlei Legitimität und keinerlei rechtliche Wirkung zukommt, muss höflich, aber gründlich destruiert werden (vgl. § 13 Rn.21).¹⁰ Auch kann ein kleiner Hinweis, der vorliegende Fall könne eines Tages vor ein solches Gremium gebracht werden, unter bestimmten Umständen hilfreich sein.

⁹ www.hsi-frankfurt.de.

¹⁰ Heuschmid, SR 2014, S. 1 ff.

4. Ein möglicher taktischer Vorteil?

- 10 Die Berufung auf Normen des Arbeitsvölkerrechts ist **für den Richter** ungewohnt; sich damit auseinanderzusetzen, erfordert **zusätzliche Arbeit**. Dies kann dazu führen, dass er das deutsche Recht auch ohne „völkerrechtsfreundliche Auslegung“ so interpretiert, dass es auf die EMRK oder das vom Kläger genannte ILO-Überkommen gar nicht mehr ankommt, weil die Ergebnisse ersichtlich dieselben sind. Dann bekommt man zwar keine schönen Grundsatzausführungen, die eine Anmerkung in der AP verdienen würden, aber der Mandant kommt gleichwohl zu seinem Recht. Und das ist ersichtlich keine schlechte Lösung.

5. Die Auswahl des Falles

- 11 Hat das Verfahren grundsätzliche Bedeutung, muss der Fall sorgfältig ausgewählt sein. Unterstellt, eine Gewerkschaft will **den Einsatz von Streikbrechern verhindern**, so kann sie sich dabei auf eine langjährige Praxis des ILO-Sachverständigenausschusses und des ILO-Ausschusses für Vereinigungsfreiheit stützen.¹¹ Bisher hat sich die deutsche Rechtsprechung darum nicht gekümmert. Einen Wandel wird man nur bewirken können, wenn der Fall so liegt, dass vom Streikrecht kaum mehr etwas übrig bleibt, weil flächendeckend Streikbrecher eingesetzt werden. Dies ist etwa im Einzelhandel oder im Gebäudereinigungshandwerk denkbar. Weniger geeignet wäre dagegen ein Fall, in dem nur ein kleiner Teil der Streikenden ersetzt wird und die Streikbrecher Tätigkeiten verrichten, auf die andere effektiv angewiesen sind. Auch kann es wichtig sein, ob der Streik in der Öffentlichkeit eine gute Resonanz hat oder ob die großen Zeitungen den Streik zum „größten Egoistentrip aller Zeiten“ erklären. Abstrakt gesprochen: Nur bei **offensichtlichem Unrecht**, bei einem Widerspruch zu dem, was im allgemeinen Bewusstsein als „gerecht und billig“ angesehen wird, wird ein Richter auch ungewohnte Wege gehen und sich auf das „Glatteis“ der völkerrechtsfreundlichen Auslegung begeben. In solchen Fällen kann sich sogar die **Öffentlichkeit** für das Arbeitsvölkerrecht interessieren. Verweisen Journalisten auf die Stellungnahmen von ILO-Gremien, kann und wird sie auch der Richter nicht mit Stillschweigen übergehen oder als „irrelevant“ und „ohne sachliche Bedeutung“ abtun.

6. Zeitpunkt der Berufung auf Arbeitsvölkerrecht

- 12 Will man notfalls bis nach Straßburg oder zu anderen internationalen Instanzen gehen, so müssen die fraglichen Rechte bereits vor **deutschen Instanzgerichten geltend gemacht** werden.¹² Ausreichend hierfür ist, dass die Rechtsposition dem Grunde nach umschrieben ist („Einsatz von Streikbrechern ist unzulässig“) oder das Fachgericht ohne entsprechenden Vortrag von sich aus darauf eingegangen ist. Auf der

¹¹ Nachweise bei *Lörcher*, in: Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 4. Aufl., 2018, § 10 Rn. 98 ff.

¹² *Althoff*, AuR 2013, S. 384.

sicheren Seite ist man stets, wenn man die konkreten Artikel der einschlägigen Völkerrechtsquelle nennt. Soweit die Auseinandersetzung mit den arbeitsvölkerrechtlichen Quellen von einem Gericht grundsätzlich verweigert wird, kann dies ein Grund für einen **Befangenhitsantrag** sein (§ 46 Abs. 2 ArbGG iVm § 42 Abs. 2 ZPO).

IV. Arbeitsvölkerrecht vor dem Bundesverfassungsgericht

Die Verfassung gibt den Rahmen vor, inwieweit das Arbeitsvölkerrecht rezipiert werden kann (vgl. § 13 Rn. 1 ff.). Vor dem BVerfG kann es in **unterschiedlichen Konstellationen** eine Rolle spielen. Die wichtigsten seien ausdrücklich erwähnt. 13

Das Bundesverfassungsgericht überprüft Gesetze und fachgerichtliche Entscheidungen allein am Maßstab des Grundgesetzes, insbesondere der Grundrechte und der grundrechtsgleichen Rechte. Dem entspricht es, dass der Tenor einer Entscheidung, die einer Verfassungsbeschwerde stattgibt, nach § 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG die Feststellung enthält, welche Vorschrift des GG verletzt wurde. Das **Völkervertragsrecht** ist als solches **kein Prüfungsmaßstab**, was sich für die Verfassungsbeschwerde auch aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und aus § 90 Abs. 1 BVerfGG ergibt. Eine arbeitsgerichtliche Entscheidung kann daher nicht mit der Begründung vor dem BVerfG angegriffen werden, sie habe eine ILO-Konvention oder das UN-Behindertenrechtsabkommen verletzt.¹³ Wie oben im Einzelnen dargelegt (vgl. § 13 Rn. 8 ff.), ist das **Arbeitsvölkerrecht** allerdings unter Wahrung bestimmter Rahmenbedingungen **bei der Auslegung des Grundgesetzes zu beachten**,¹⁴ was Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG ist. Dies gilt insbesondere für die Europäische Menschenrechtskonvention. Hierdurch erhält der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab einen zusätzlichen Akzent: Das Bundesverfassungsgericht muss entscheiden, ob ein Gesetz oder eine Gerichtsentscheidung auch dann noch mit dem Grundgesetz übereinstimmt, wenn dieses „völkerrechtsfreundlich“ interpretiert wird.¹⁵ Auf diese Wege gewinnt das Arbeitsvölkerrecht auch vor dem Bundesverfassungsgericht indirekt Bedeutung. 14

Zum zweiten kann es auch über Art. 3 Abs. 1 GG bzw. Art. 20 Abs. 3 GG¹⁶ zu einer **mittelbaren Inkorporierung** des Arbeitsvölkerrechts kommen. So ist es beispielsweise denkbar, dass eine EMRK-Bestimmung, die ja den Rang eines einfachen Gesetzes hat, eine objektiv willkürliche Fehlinterpretation erfährt, was eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG zur Folge hat.¹⁷ Allerdings werden solche Fälle extrem selten sein. 15

¹³ Hofmann, in: Emmenegger/Wiedemann, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bd. 2, S. 576 f.

¹⁴ BVerfG 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, S. 326 (369).

¹⁵ Ausf. Hofmann, in: Emmenegger/Wiedemann, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bd. 2, S. 576 ff.

¹⁶ BVerfGE 111, S. 307 (315 ff.).

¹⁷ BVerfGE 74, S. 102 (128); Hofmann, in: Emmenegger/Wiedemann, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bd. 2, S. 579 f.

- 16 Zum dritten ist denkbar, dass ein verfassungsgerichtliches Verfahren einen **Verstoß von Landesrecht gegen Bundesrecht** zum Gegenstand hat und als Bundesrecht dabei die EMRK oder eine andere Völkerrechtsnorm mit unmittelbarer innerstaatlicher Geltung zugrunde zu legen ist. Hier wären (in innerstaatliches Recht transformierte) völkerrechtliche Normen unmittelbarer Prüfungsmaßstab.¹⁸ Da dem Landesrecht im Arbeitsrecht nur geringe Bedeutung zukommt, sind solche Streitigkeiten im hier interessierenden Bereich faktisch ohne Bedeutung.
- 17 Zum vierten ist das Bundesverfassungsgericht nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG (abstrakte Normenkontrolle) und nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG (Verfassungsbeschwerde) zur **Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit völkerrechtlicher Verträge** berufen. Dabei kann es nach seiner ständigen Rechtsprechung bereits vor der Ratifikation, d.h. vor Eintritt der völkerrechtlichen Bindung eingeschaltet werden.¹⁹ Dies hat zuletzt beim Abschluss des CETA-Abkommens (vgl. § 7 Rn. 40) eine größere Rolle gespielt. Nach der Ratifikation ist die völkerrechtliche Bindung der Bundesrepublik bereits eingetreten. Das Bundesverfassungsgericht wird sich daher scheuen, einen Verfassungsverstoß festzustellen, und im Rahmen des irgend Möglichen eine verfassungskonforme Auslegung vornehmen.
- 18 Schließlich kann es Streitig oder ungewiss sein, ob es sich bei einer arbeitsvölkerrechtlichen Norm um einen **Völkergewohnheitsrechtssatz** iSd Art. 25 GG handelt. In diesem Fall kann ein Fachgericht das sog. **Normverifikationsverfahren** nach Art. 100 Abs. 2 GG einleiten und die Frage vom Bundesverfassungsgericht klären lassen. Ein Verfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG sollte allerdings nur angeregt werden, wenn objektiv wenig Zweifel an der Existenz von Völkergewohnheitsrecht bestehen, da eine negative Entscheidung einen Rückgriff auf die fragliche Norm für absehbare Zeit ausschließen würde. Kommt das Bundesverfassungsgericht zu einem positiven Ergebnis und bejaht die Eigenschaft als Rechtssatz des Völkergewohnheitsrechts, geht die fragliche Norm dem einfachen Recht einschließlich der Gesetze vor (Art. 25 GG).²⁰ Legt ein Fachgericht in objektiv willkürlicher Weise dem BVerfG nicht vor, so kann eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG eingelegt werden.²¹

V. Mobilisierung von Arbeitsvölkerrecht im Rahmen von völkerrechtlichen Gerichten und Gremien

- 19 Arbeitsvölkerrecht kann nicht nur im Rahmen nationaler Gerichtsverfahren ins Spiel gebracht werden. Vielmehr gibt es in einzelnen Rechtskreisen des Völkerrechts, wie sie in diesem Buch dargestellt wurden, eigene „**Durchsetzungsmechanismen**“ in Form von **Gerichten und Überwachungs-gremien**. Am weitesten aus-

¹⁸ BVerfGE 138, S. 296 Rn. 149.

¹⁹ BVerfGE 1, S. 396 (410ff.); von *Arnauld*, Völkerrecht, Rn. 529.

²⁰ von *Arnauld*, Völkerrecht, Rn. 533.

²¹ von *Arnauld*, Völkerrecht, Rn. 533.

gebaut und am effektivsten ist das **Rechtsschutzsystem der EMRK** mit seinem Individualbeschwerdeverfahren vor dem EGMR nach Art. 34 EMRK (vgl. § 6 Rn. 133 ff.). Auch in den anderen Rechtskreisen gibt es jedoch spezifische Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen (vgl. Rn. 30). Wie sich diese Rechtsschutzmöglichkeiten zueinander verhalten, ist nun zu erörtern.

1. Die Individualbeschwerde vor dem EGMR

Stellt man primär auf die Rechtsfolgen ab, so spricht zunächst viel dafür, den Weg des Individualbeschwerdeverfahrens nach der EMRK einzuschlagen, um arbeitsvölkerrechtliche Normen zur Geltung zu bringen. Die eine Konventionsverletzung feststellenden Urteile²² des EGMR haben **unmittelbare Rechtswirkung** und binden nach Art. 46 Abs. 1 EMRK die beteiligten Parteien, also den Beschwerdeführer und den Vertragsstaat. In Einzelfällen ordnet der EGMR im Tenor die zu ergreifenden Maßnahmen an.²³ Darüber hinaus kann der EGMR im Urteil eine **Entschädigung** für den materiellen bzw. immateriellen Schaden sowie Ersatz von Kosten und Auslagen festsetzen (Art. 41 EMRK). Allerdings sind die ausgeteilten Entschädigungssummen, gerade auch in Anbetracht der oft langen Verfahrensdauer, meist sehr überschaubar.²⁴ Die Rechtskraft des mit der Individualbeschwerde angegriffenen Urteils eines nationalen Gerichts bleibt jedoch zunächst unberührt, auch wenn eine Konventionsverletzung festgestellt wurde.²⁵ Das nationale Recht kann jedoch in Umsetzung von Art. 46 EMRK und der Empfehlung No.R(2000)2 des Ministerkomitees eine Wiederaufnahme des ursprünglichen Verfahrens vorsehen (vgl. Rn. 22 ff.), wovon das deutsche Recht auch Gebrauch gemacht hat.²⁶ Außerdem besitzen Urteile des EGMR eine erhebliche faktische Präjudizwirkung, die weit über den Einzelfall hinausreicht.²⁷

Materiellrechtlich ist von besonderer Bedeutung, dass der EGMR die EMRK als „**living-instrument**“ ansieht und sie daher im **Lichte anderer arbeitsvölkerrechtlicher Quellen** auslegt. Dazu gehören insbesondere die ESC, die ILO-Konventionen sowie die UN-Menschenrechtspakte (vgl. § 10 Rn. 5 ff.). Im Ergebnis bedeutet dies, dass ein großer Teil des Arbeitsvölkerrechts im Rahmen der EMRK zur Geltung gebracht werden kann. Vergleichbares gilt im Übrigen aufgrund von Art. 52 Abs. 3 EU-GRC auch für die europäische Grundrechtecharta (vgl. § 12 Rn. 23 f.).²⁸

Aufgrund der jüngeren Rechtsentwicklung in Deutschland lässt ein EGMR-Urteil, das eine Konventionsverletzung feststellt, auch ein rechtskräftiges Urteil eines deutschen (Arbeits-) Gerichts nicht mehr unberührt. In einem solchen Fall kann

²² NK-GA/Sagan, Art. 41, 46 EMRK Rn. 1.

²³ Brunozi, in: Mayer-Ladewig, Art. 46 Rn. 6 m. w. N.

²⁴ Zu Recht kritisch insoweit: Sagan, AuR 2018, S. 92 (95 f.).

²⁵ Greger, in: Zöller, § 580 ZPO Rn. 31.

²⁶ Dazu sogleich im Text. Zur Wirkung der Urteile des EGMR s. EGMR 5.2.2015 – 22251/08, NJOZ S. 395 Rn. 58 – Bochan.

²⁷ von Arnould, Völkerrecht, Rn. 635.

²⁸ Heuschmid, SR 2014, S. 1 ff.

nämlich nach § 580 Nr. 8 ZPO iVm § 79 ArbGG eine **Restitutionsklage** erhoben werden (vgl. § 13 Rn. 42), sofern das angegriffene Urteil auf der Konventionsverletzung beruhte.²⁹ Diese Kausalität ist gegeben, wenn die Entscheidung ohne den Konventionsverstoß möglicherweise anders ausgefallen wäre.³⁰ Die Restitutionsklage hat Erfolg, wenn sich das Urteil nicht aus ganz anderen Gründen als zutreffend erweist. Ist dies – wie in aller Regel – nicht der Fall, so wird das **rechtskräftige Urteil rückwirkend aufgehoben** und durch eine abweichende Entscheidung ersetzt.³¹ Dabei ist die EMRK-Auslegung des EGMR zugrunde zu legen.³² In einem Kündigungsrechtsstreit kann der Arbeitgeber wegen der langen Verfahrensdauer gezwungen sein, eine erkleckliche Summe als Annahmeverzugslohn bezahlen zu müssen. Außerdem ist der Arbeitnehmer zu unveränderten Bedingungen weiter zu beschäftigen. Für den Zeitraum vor Schaffung des § 580 Nr. 8 ZPO hat das BAG einen Wiedereinstellungsanspruch mit wenig überzeugender Begründung abgelehnt.³³

- 23 Die Schaffung der Restitutionsklage wurde keineswegs einhellig begrüßt. § 580 Nr. 8 ZPO sei – so die Kritiker – am Vorbild des § 359 Nr. 6 StPO orientiert. Dies werde der Situation im Zivilprozess nicht gerecht, da das „Mehr“ für die eine Partei zugleich ein „Weniger“ für die andere Partei bedeute. Die Wiederaufnahme des Verfahrens belaste zwangsläufig eine Partei übermäßig und sei dementsprechend restriktiv zu interpretieren.³⁴ Dies kann nicht überzeugen. Dass es zu einem Wiederaufnahmeverfahren kommen kann, das den ursprünglichen Sieger des Verfahrens mit Kosten und Rückabwicklungspflichten belastet, ist herkömmlicher Bestandteil aller Prozessordnungen und schon deshalb nicht zu beanstanden.³⁵ Außerdem ist dem Betroffenen im Regelfall bekannt, dass eine Menschenrechtsbeschwerde beim EGMR anhängig ist, so dass er von einem Urteil des EGMR, das von einer deutschen Entscheidung abweicht, nicht völlig überrascht sein kann. Vor dem EGMR steht ihm zudem die Möglichkeit einer **Drittintervention** nach Art. 36 Abs. 2 EMRK offen, um so seinen Interessen Gehör zu verschaffen.³⁶ Insoweit dürfte er weniger in seinen Erwartungen enttäuscht sein als eine andere zunächst obsiegende Partei, bei der das Urteil auf einem Meineid oder einer Urkundenfälschung beruhte, wovon sie selbst nichts wusste.³⁷
- 24 In zeitlicher Hinsicht gibt es einen **Vertrauensschutz**: Nach § 35 EGZPO findet § 580 Nr. 8 ZPO keine Anwendung auf Verfahren, die vor dem 21.12.2006 abge-

29 KZDH/Heuschmid, § 8 Rn. 108.

30 Ausf. NK-GA/Sagan, Art. 41, 46 EMRK Rn. 12; Greger, in: Zöller, § 580 ZPO Rn. 31.

31 Höpfner/Richter, RdA 2016, S. 149 (151).

32 EUArbR/Schubert, Art. 1 EMRK Rn. 76.

33 BAG 20.10.2015 – 9 AZR 743/14, NZA 2016, S. 299.

34 Höpfner/Richter, RdA 2016, S. 149; Klumpp, EuZA 2017, S. 114 (119).

35 Greger, in: Zöller, § 580 ZPO Rn. 31; kritisch insoweit: Höpfner/Richter, RdA 2016, S. 149 (151).

36 Ebert, in: Mayer-Ladewig, Art. 36 Rn. 6ff.

37 Vgl. dazu auch: KZDH/Heuschmid, § 8 Rn. 108.

geschlossen wurden.³⁸ Maßgebend ist dabei der Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung im Ausgangsverfahren formelle Rechtskraft i.S. von § 19 EGZPO und von § 705 ZPO erlangt hat.

Im Zusammenhang mit dem Individualbeschwerdeverfahren nach Art. 34 EMRK (vgl. § 6 Rn. 133 ff.) sind insbesondere folgende Aspekte zu beachten.

Nach Art. 35 Abs. 2 lit. b EMRK besteht kein **Rechtsschutzbedürfnis**, wenn die Sache anderweitig, d.h. bei einem anderen arbeitsvölkerrechtlichen Gremium anhängig ist.³⁹ Im Gegensatz zum Fakultativprotokoll zum IPBPR (Art. 5 Abs. 2 lit. a) schließt diese Regelung nicht nur die **parallele Inanspruchnahme** internationaler Menschenrechtsinstitutionen aus. Vielmehr ist auch eine sukzessive Befassung nicht möglich, es sei denn, der EGMR würde als erster angerufen.⁴⁰ Ein „forum shopping“ ist durch diese Regelung erheblich eingeschränkt, was den Nachteil hat, dass ggf. eine für einen Aspekt besonders sachnahe Instanz nicht eingeschaltet werden kann.

Zum Zweiten muss der nationale **Rechtsweg vollständig erschöpft** sein, was in Deutschland die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts einschließt. Soweit in einem LAG-Urteil die Revision nicht zugelassen wurde, muss eine Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt werden, es sei denn, diese wäre von vorne herein völlig aussichtslos. Sofern ein Rechtsbehelf verfristet war und deshalb als unzulässig verworfen wurde, ist das Verfahren auch beim EGMR zu Ende; die Beschwerde wird als unzulässig abgewiesen.

Das Verfahren vor dem EGMR ist grundsätzlich **gerichtskostenfrei** (Art. 50 EMRK). Es können jedoch Anwalts- und Übersetzungskosten anfallen.

Nachteilig wirkt sich in der Praxis die **lange Verfahrensdauer** vor dem EGMR aus. Sie beträgt derzeit zwischen 2 und 8 Jahren, wobei es hier sehr stark auf die konkrete Konstellation ankommt.⁴¹ Der Gerichtshof ist laut eigener Verlautbarung bemüht, sich innerhalb von drei Jahren mit einer Beschwerde zu befassen.⁴² Berücksichtigt man, dass vor der Individualbeschwerde der innerstaatliche Rechtsweg vollständig ausgeschöpft sein muss, können hier ganz erhebliche Verfahrenszeiträume entstehen.

2. Mobilisierung des Arbeitsvölkerrechts im Rahmen der sonstigen Beschwerdemechanismen

Neben der Anrufung des EGMR kommen weitere Beschwerdemechanismen in Betracht, die bei Verletzung arbeitsvölkerrechtlicher Normen vorgesehen sind.⁴³ Das gilt für die Verfahren im Bereich der ESC, der ILO oder der UN-Menschen-

³⁸ BAG 22.11.2012 – 2 AZR 570/11, NZA-RR 2014, S. 91; BVerfG 20.4.2016 – 2 BvR 1488/14, NZA 2016, S. 1163; KZDH/Heuschmid, § 8 Rn. 108.

³⁹ Althoff, AuR 2013, S. 384 (386).

⁴⁰ von Arnould, Völkerrecht, Rn. 746; Lörcher, AuR 2013, S. 290 f.

⁴¹ Althoff, AuR 2013, S. 384 (386).

⁴² Frage 36 der FAQ des EGMR: http://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_DEU.pdf.

⁴³ Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 39 ff.

rechtspakte. Dabei bestehen Besonderheiten im Bereich der ILO (vgl. § 5 Rn. 13 ff.) und der ESC (vgl. § 6 Rn. 507 ff.), wo u. a. **Gewerkschaften Kollektivbeschwerden** erheben können.⁴⁴ Bei der ESC gilt dies für innerstaatliche Streitigkeiten allerdings nicht, da die Bundesrepublik das Kollektivbeschwerdeprotokoll bislang noch nicht ratifiziert hat (vgl. § 6 Rn. 503). Es wäre höchste Zeit, dies endlich nachzuholen.

- 31 Anders als im Fall des EGMR handelt es sich bei den Verfahren vor diesen Überwachungsorganen **nicht um herkömmliche Gerichtsverfahren**. Umstritten ist jedoch, inwieweit dennoch eine gewisse **rechtliche Bindung** besteht (vgl. § 13 Rn. 21). Faktisch steht bei solchen Entscheidungen die politische Bedeutung im Vordergrund,⁴⁵ doch ist der Richter verpflichtet, im Rahmen seines Auslegungsspielraums eine Entscheidung zu treffen, die die Bundesrepublik nicht in völkerrechtliche Schwierigkeiten bringt. Die damit verbundene „Wirkkraft“ darf folglich nicht unterschätzt werden.⁴⁶ Häufig werden die Entscheidungen einschließlich der ausgesprochenen Empfehlungen von den Vertragsstaaten akzeptiert und können deshalb über den konkreten Fall hinaus Wirkung entfalten: Sie können insbesondere in anderen Verfahren zur Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts herangezogen werden. Kann die politische Wirkung einer Verurteilung daher Abhilfe schaffen, lässt sich erwägen, statt einer Anrufung des EGMR ein solches Verfahren zu initiieren, da die Verfahrensdauer deutlich kürzer ist.⁴⁷ Allerdings muss man sich im Klaren darüber sein, dass man sich damit den Weg zur Wiederaufnahme des Verfahrens mit Hilfe einer Restitutionsklage endgültig abschneidet. Unproblematisch kann dieser Weg hingegen beschränkt werden, wenn kein Recht nach der EMRK betroffen ist und beispielsweise ein innerstaatliches Verfahren wegen Betriebsratsbehinderung eingestellt worden ist. Im Einzelfall ist immer zu prüfen, welches Gremium man anruft, da zum Teil auch außerhalb der EMRK **Parallelbefassungen ausgeschlossen sind**.

VI. Fazit

- 32 Der hier gegebene Überblick hat gezeigt, dass es **zahlreiche Möglichkeiten** gibt, dem Arbeitsvölkerrecht auch in der (gerichtlichen) Praxis Beachtung zu verschaffen. Davon sollte mehr als bisher Gebrauch gemacht werden. Auf der völkerrechtlichen Ebene ist **sorgsam abzuwägen**, welchen Weg man einschlagen will.

⁴⁴ J. Schubert, Arbeitsvölkerrecht, S. 213.

⁴⁵ Althoff, AuR 2013, S. 384 (386).

⁴⁶ Althoff, AuR 2013, S. 384 (386); Heuschmid, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., 2018, § 11 Rn. 100f.; Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 40.

⁴⁷ So Althoff im Zusammenhang mit den Verfahren vor den UN-Fachausschüssen, vgl. Althoff, AuR 2013, S. 384 (386).