
Eva Senghaas-Knobloch (Hg.)

Weltweit geltende Arbeitsstandards trotz Globalisierung

Analysen, Diagnosen und Einblicke



Arbeitsgestaltung
Technikbewertung
Zukunft

LIT

Inhalt

I. Zur Einführung

- Geltung und Wirksamkeit internationaler Regulierungen durch die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) in Zeiten der Globalisierung – Eckpunkte und Diskussionslinien 5
Eva SENGHAAS-KNOBLOCH

II. Grundlegende Rechte bei der Arbeit. Beobachtungen und Strategien in der ILO-Praxis

- Internationale Willensbildung
für ein neues maritimes Arbeitsübereinkommen
der Internationalen Arbeitsorganisation 37
Jan DIRKS
- Standardized proxies to measure the implementation
of core labour standards 49
W. R. BÖHNING
- „Capacity Building“ als Strategie zur Förderung der Regeleinhaltung. Erfahrungen der ILO bei der Abschaffung von Kinderarbeit 63
Andrea LIESE
- Tendenz zur Unverbindlichkeit der ILO-Normen?
Eine Auseinandersetzung mit Kritik am Beispiel Zwangsarbeit 81
Lars THOMANN

III. ILO-Normen und Probleme nationaler Umsetzung

- Die Implementation von ILO-Übereinkommen.
Erfahrungen und Überlegungen in Deutschland 105
Wolfgang DÄUBLER
- Judicialisierung und Effektivität quasi-gerichtlicher Streitverfahren in der ILO. Eine empirische Untersuchung zu Streitfällen um die Vereinigungsfreiheit in den USA 125
Gerald NEUBAUER

**IV. ILO-Normen
und die Politik der EU**

Im Doppelpack die neuen Herausforderungen meistern? IAO- und EU-Kooperation im Wandel Miriam HARTLAPP	157
Die Förderung internationaler Arbeitnehmerrechte in Entwicklungsländern durch das europäische Allgemeine Präferenzschema (APS). Neueste Entwicklungen Vera HERKOMMER	179
Autorinnen und Autoren	203

Die Implementation von ILO-Übereinkommen. Erfahrungen und Überlegungen in Deutschland

Wolfgang DÄUBLER

1. Einleitung

Fragt man einen durchschnittlichen deutschen Arbeitsrichter, ob er jemals mit ILO-Übereinkommen zu tun hatte, so muss man mit der Gegenfrage rechnen, um was es sich denn dabei handle. Dass zahlreiche arbeitsrechtliche Sachprobleme im „ILO-Recht“ geregelt sind, wird ihm erst recht nicht geläufig sein.

Natürlich gibt es Ausnahmen, die man insbesondere beim Bundesarbeitsgericht finden wird. Dort haben sich Anwälte in einer ganzen Reihe von Fällen auf ILO-Übereinkommen berufen, und das Gericht hat sich mit ihren Argumenten auseinander gesetzt. Viel bewirkt wurde dadurch allerdings nicht. Auf die Ursachen wird zurückzukommen sein.

Die (kognitive und auch emotionale) Distanz zwischen den deutschen Arbeitsgerichten und dem internationalen Arbeitsrecht ist von großer praktischer Bedeutung. Die Arbeitsgerichte sind in Deutschland die wichtigste Instanz, um das Arbeitsrecht in der Realität wirksam werden zu lassen. Jedes Jahr werden dort ca. 600.000 Verfahren anhängig gemacht, die zu etwa 50.000 Urteilen führen. Aus mehr oder weniger allgemeinen gesetzlichen Vorschriften wird so ein dichtes Netz von richterrechtlichen Normen entwickelt, die das Handeln der Akteure in der Praxis bestimmen. Will ein Arbeitgeber oder ein Betriebsrat wissen, was das Arbeitsrecht zu einem konkreten Problem meint, nimmt er einen Kommentar zur Hand, wo die Rechtsprechung mit mehr oder weniger großer Vollständigkeit dargestellt ist.

Ein zweites kommt hinzu. Das deutsche System der Arbeitsbeziehungen ist in hohem Maße verrechtlicht in dem Sinne, dass Konflikte typischerweise durch Anwendung von Rechtsnormen gelöst werden. Die offene Konfrontation von Interessen, die „Machtprobe“ ist die Ausnahme. Dem entspricht es, dass beispielsweise die nicht von einer Gewerkschaft getragene Arbeitsniederlegung illegal ist und dass auch das gewerkschaftliche Streikrecht engen Grenzen unterliegt.

Im Folgenden soll zunächst kurz skizziert werden, wie sich das deutsche Recht gegenüber völkerrechtlichen Normen verhält (unten Abschnitt 2). Im Anschluss daran sollen diejenigen Entscheidungen betrachtet werden, in denen – ausnahmsweise – der Rückgriff auf ILO-Übereinkommen eine Rolle spielte. Sie betreffen insbesondere die gewerkschaftlichen Rechte nach dem Übereinkommen Nr. 87, das Diskriminierungsverbot nach dem Übereinkommen 111 sowie den Verlust des Urlaubsanspruchs durch Zeitablauf nach dem Übereinkommen Nr. 132 (unten Abschnitt 3). Der folgende Abschnitt will den Ursachen nachgehen, die für den vergleichsweise bescheidenen Stellenwert des ILO-Rechts verantwortlich sind (unten Abschnitt 4). In Anknüpfung an die Diskussion um die „Sozialklausel“ in Handelsverträgen sollen anschließend Überlegungen

aufgegriffen werden, wie mit Hilfe wirtschaftsrechtlicher Normen, insbesondere solcher des Wettbewerbsrechts, für eine wirksamere Implementation von ILO-Standards gesorgt werden könnte (unten Abschnitt 5).

Die Arbeit befasst sich bewusst nicht mit den völkerrechtlichen Mitteln, die der ILO zur Verfügung stehen¹ und die nicht nur im Falle Myanmar² praktische Bedeutung gewonnen haben.

2. Die Stellung völkerrechtlicher Verträge im deutschen Recht

2.1 Allgemeine Regeln des Völkerrechts

Art. 25 GG bestimmt, dass „allgemeine Regeln des Völkerrechtes“ Bestandteil des Bundesrechtes sind, den Gesetzen vorgehen und Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes erzeugen. Anders als in der Weimarer Zeit muss die Regel nicht „allgemein anerkannt“ sein; Voraussetzung ist lediglich, dass sie von der weitaus größeren Zahl der Staaten akzeptiert ist, zu denen nicht notwendigerweise auch die Bundesrepublik gehören muss.³ Regeln dieser Art können auch in völkerrechtlichen Verträgen niedergelegt sein.

Was Völkerrechtsnormen mit arbeitsrechtlichem Inhalt betrifft, so wurde schon vor vielen Jahren in der Literatur darauf hingewiesen, dass bestimmte ILO-Übereinkommen, die von ca. 100 Mitgliedstaaten ratifiziert sind und die auch von den übrigen weitgehend beachtet werden, durchaus in diese Kategorie gehören können.⁴ Angesichts des weit über dieses Niveau hinausgehenden Ratifikationsstandes der „Kernarbeitsnormen“ im Sinne der Deklaration von 1998 müsste man diese konsequenterweise dazu rechnen.⁵ Die deutsche Literatur hat sich in neuerer Zeit damit aber nicht befasst. Zugleich würde es schwer fallen, mehr als die in den fraglichen acht Übereinkommen niedergelegten Prinzipien für verbindlich zu erklären.⁶ So wäre es kaum möglich, den konkreten Einzelnormen, die z. B. von den Kontrollorganen der ILO aus solchen Abkommen abgeleitet werden, eine entsprechende Qualität beizumessen.

¹ Dazu aus dem deutschen Schrifttum etwa Sabine Böhmert, Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration, Baden-Baden 2002; Eva Senghaas-Knobloch, in: Dies./Dirks, Jan/Liese, Andrea: Internationale Arbeitsregulierung in Zeiten der Globalisierung, Münster 2003, S. 223 ff.; dies., in: Zangl, Bernhard/Zürn, Michael (Hrsg.): Verrechtlichung – Baustein für Global Governance? Bonn 2004, S. 140 ff.; Alfred Wisskirchen, Die normensetzende und normenüberwachende Tätigkeit der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), ZfA 2003, 691 ff. Aus der Sicht der ILO Jean-Michel Servais, Normes Internationales du Travail, Paris 2004, S. 257 ff.

² Dazu Martin Ölz, Die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation im Lichte der neuen handelspolitischen „Sozialklausel“ der Europäischen Union, ZIAS 2002, 319, 343 ff.

³ So etwa BVerfGE 15, 25, 34; 16, 27, 33; 23, 288, 316 f., seither ständige Rechtsprechung.

⁴ Klaus Lörcher, Die Normen der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats – Ihre Bedeutung für das Arbeitsrecht der Bundesrepublik – AuR 1991, 97, 103; pauschal ablehnend Winfried Haase, Zur Bedeutung der IAO-Übereinkommen, ZfSH/SGB 1990, 238, 245.

⁵ Vgl. Ölz (oben Fn 2) ZIAS 2002, 331.

⁶ Zu der Gefahr, dass „Prinzipien“ folgenlose Bekundungen werden, s. eingehend Philippe Alston, 15 EJIL (2004), S. 457 ff.

2.2 Völkerrechtliche Verträge

Das in Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG vorgesehene Zustimmungsgesetz hat einen Doppelcharakter: Es ermächtigt nicht nur den Bundespräsidenten, eine definitive völkerrechtliche Bindung einzugehen, sondern es enthält auch einen innerstaatlichen „Rechtsanwendungsbefehl“: Der Inhalt des völkerrechtlichen Vertrages wird durch ihn für und gegen den einzelnen Bürger verbindlich.⁷ Dabei ändert sich seine Qualität als Völkerrecht nicht⁸, was insbesondere für die anzuwendenden Interpretationsregeln von Bedeutung ist. Der „rezipierte“ völkerrechtliche Vertrag hat den Rang eines einfachen innerstaatlichen Gesetzes. Ob er im konkreten Fall wirklich Rechte und Pflichten schafft, hängt davon ab, ob er eine genügend präzise inhaltliche Aussage enthält (also „self-executing“ ist) und außerdem sich nicht selbst ausdrücklich auf ein bloßes gesetzgeberisches Programm beschränkt.

Völkerrechtliche Verträge bedürfen wie andere Rechtstexte in der Regel der Auslegung. Hierfür haben sich eine Reihe spezifischer Grundsätze entwickelt, die ihren Niederschlag in der Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23.5.1969 gefunden haben. Obwohl ihr die Bundesrepublik erst mit Gesetz vom 3.8.1985 zugestimmt hat⁹, und obwohl sie an sich nur auf die nach diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Verträge anwendbar ist, wurde sie vom Bundesverfassungsgericht schon zuvor häufig herangezogen.¹⁰ Die Eigenständigkeit der Völkerrechtsordnung zeigt sich auch darin, dass eine verfassungs- oder gar gesetzeskonforme Interpretation völkerrechtlicher Verträge ausgeschlossen ist. Anderes gilt nur dann, wenn – wie einst beim Grundlagenvertrag mit der DDR – dem Partner von vorneherein erkennbar ist, dass nur im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen gehandelt werden soll.¹¹

Der so bestimmte Inhalt völkerrechtlicher Verträge ist seinerseits bei der Auslegung und Handhabung des innerstaatlichen Rechts zu berücksichtigen. Soweit dieses Spielräume lässt – sei es bei der Ermessensausübung, sei es bei der Auslegung innerstaatlicher Rechtsnormen – ist diejenige Lösung zu wählen, die die Bundesrepublik nicht in völkerrechtliche Schwierigkeiten bringt.¹² Man spricht insoweit von „völkerrechtskonformer“ Interpretation, die zu praktizieren nicht etwa eine Erscheinungsform von Comitas, sondern eine echte Rechtspflicht ist. Die Notwendigkeit, die Übereinstimmung mit völkerrechtlichen Verpflichtungen zu suchen, gilt – wie das BVerfG am Beispiel der EMRK deutlich gemacht hat¹³ – auch für das Grundgesetz selbst.

2.3 Das Problem der Definitionsmacht

Die Anerkennung völkerrechtlicher Verträge als innerstaatlich verbindlich – sei es, dass daraus dem Einzelnen Rechte und Pflichten erwachsen, sei es, dass es sich um eine

⁷ BVerfGE 30, 272, 284.

⁸ Helmut Steinberger ZaöRV 48 (1988), S. 4.

⁹ BGBl. II S. 926.

¹⁰ Vgl. etwa BVerfGE 40, 141, 176; 52, 391, 406; 75, 1, 20.

¹¹ BVerfGE 36, 1, 35.

¹² BVerfGE 59, 63, 89.

¹³ BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 120 ff.

verbindliche Interpretationsrichtlinie handelt – sagt noch nichts darüber, welche Instanz über den konkreten Inhalt einzelner völkerrechtlicher Normen befindet. Auch die Anwendung des spezifisch völkerrechtlichen Auslegungsinstrumentariums verhindert nicht, dass Divergenzen zwischen internationalen Gremien und der deutschen Rechtsprechung entstehen können. Nach der Auffassung des BVerfG ist zu unterscheiden:

Sieht ein völkerrechtlicher Vertrag eine sog. authentische Interpretation durch die Vertragsparteien, ein internationales Gericht oder eine andere Instanz vor, so ist deren Rechtsauffassung auch für deutsche Gerichte maßgebend. So hat etwa das Bundesverfassungsgericht anerkannt, dass sich die völkerrechtskonforme Auslegung des Grundgesetzes an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte orientieren muss.¹⁴

Probleme ergeben sich, soweit Gremien wie der Sachverständigenausschuss der ILO¹⁵ eine Interpretation vornehmen, die nirgends als „authentisch“ qualifiziert ist. In soweit eine volle inhaltliche Bindung deutscher Gerichte anzunehmen, geht nicht an: Es macht ersichtlich einen Unterschied, ob man ein Abkommen wie die EMRK einschließlich eines gerichtlichen Kontrollverfahrens ratifiziert oder ob es im Rahmen einer internationalen Organisation wie der ILO lediglich ein sich in mehreren Etappen vollziehendes Kontrollverfahren mit einer nur fakultativen Einschaltung des Internationalen Gerichtshofs gibt. Auf der anderen Seite wäre der Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung deutscher Normen verkannt, würde man die Rechtsauffassungen eines Sachverständigengremiums als rechtlich völlig irrelevant behandeln und deshalb mit Stillschweigen übergehen: Je stärker die persönliche Unabhängigkeit der Mitglieder ausgeprägt ist, um so eher nähern sie sich einem Gericht an, von dessen Auffassung abzuweichen zwar erlaubt ist, aber unter einem eingehenden Rechtfertigungszwang steht.¹⁶ Der Sache nach bedeutet dies dasselbe wie die Auffassung Kahn-Freunds, den Ausführungen des Sachverständigenausschusses beim Europarat komme ein hoher Grad an „persuasive authority“ zu.¹⁷ Meinungsverschiedenheiten bestehen über die Qualifizierung der Empfehlungen, die ein Untersuchungsausschuss nach Art. 28 der ILO-Verfassung erarbeitet hat: Da sich nach Art. 29 Abs. 2 der Verfassung die betroffene Regierung innerhalb von drei Monaten entscheiden muss, ob sie die „Empfehlungen“ des Ausschusses annimmt oder den Internationalen Gerichtshof anruft, wird man insoweit eine verbindliche, auch für deutsche Behörden und Gerichte maßgebende Festlegung annehmen müssen.¹⁸

¹⁴ BVerfGE 74, 358, 370.

¹⁵ Zu ihm Geraldo W. von Potobsky/ Héctor G. Bartolomei de la Cruz, *La Organización Internacional del Trabajo*, Buenos Aires 1990, S. 112 ff.; Alfred Wisskirchen (oben Fn 1) *ZfA* 2003, 691, 711 ff.

¹⁶ Näher Wolfgang Däubler, *Pflicht des Beamten zur Verfassungstreue nach internationalem recht*, RiA 1985, 121 ff.; ebenso ArbG Oldenburg BB 1988, 565 (Abweichung nur aus „triftigem“ Grund); zur Differenzierung je nach der Unabhängigkeit der Mitglieder des Gremiums auch Wilhelm Wengler, *Völkerrecht*, Bd. 1, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1964, S. 703 ff.

¹⁷ Otto Kahn-Freund, in: Antoine Jacobs (Ed.), *European Law and the Individual*, Amsterdam 1976, S. 205.

¹⁸ So Wilhelm Adamy/Manfred Bobke/Klaus Lörcher, in: Wolfgang Däubler/Michael Kittner/Klaus Lörcher, *Internationale Arbeits- und Sozialordnung*, 2. Aufl., Köln 1994, S. 194, gegen die Auffassung der Bundesregierung.

3. Der Umgang mit ILO-Übereinkommen – Beispiele aus der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte

3.1 Koalitionsfreiheit

Art. 3 des ILO-Übereinkommens Nr. 87¹⁹ garantiert den Organisationen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber, u. a. ihre Geschäftsführung und Tätigkeit zu regeln und ihr Programm aufzustellen. Dazu rechnet der Sachverständigenausschuss der ILO in ständiger „Rechtsprechung“ auch die Organisation von Streiks. Diese könnten sich nicht nur darauf beziehen, bessere Arbeitsbedingungen zu erreichen oder kollektive berufsbezogene Forderungen zu erheben; das Streikrecht umfasse vielmehr gleichermaßen Fragen der Wirtschafts- und Sozialpolitik der Regierung, soweit sie die Arbeitnehmer unmittelbar betreffen.²⁰ Durch die Einbeziehung der Wirtschafts- und Sozialpolitik sind zugleich auch staatsbezogene Aktionen möglich; ausdrücklich wird im selben Bericht betont, die Gewerkschaften müssten vom Mittel des Proteststreiks Gebrauch machen können, um die Wirtschafts- und Sozialpolitik der Regierung zu kritisieren. Lediglich der rein politische Streik falle aus dem Anwendungsbereich der Koalitionsfreiheit heraus.²¹ Auch der Solidaritätsstreik dürfe nicht generell verboten werden.²² Bemerkenswert ist schließlich die Aussage, dass eine Betriebsbesetzung nur dann für illegal erklärt werden dürfe, wenn sie ihren friedlichen Charakter verliere.²³

Das BAG hat im Jahre 1980 das ILO-Übereinkommen Nr. 87 lediglich in einer auf die Aussperrung bezogenen Entscheidung erwähnt und festgestellt, es sei „unstreitig“ durch Transformationsgesetz geltendes Recht in Deutschland geworden.²⁴ Es gewährleiste die Koalitionsfreiheit aber nur „in ganz allgemeiner Form“ und gehe nicht über die Grundsätze hinaus, die in der Bundesrepublik ohnehin durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich gewährleistet seien. Eine wörtlich übereinstimmende Aussage findet sich in einer neuen Entscheidung des ArbG Stuttgart²⁵, die über die Tariffähigkeit einer wenig mitgliederstarken Kleingewerkschaft zu entscheiden hatte. Dem BAG lässt sich diese Haltung nicht unbedingt vorwerfen, da der Sachverständigenausschuss die hier referierten Aussagen erst drei Jahre später machte und der Wortlaut des Art. 3 derart weitreichende Rückschlüsse nicht unbedingt nahe legt.

Anders verhält es sich jedoch mit einer Entscheidung des ArbG Hagen aus dem Jahre 1991²⁶, das über die Zulässigkeit eines Proteststreiks gegen die damals geplante Neufassung des § 116 AFG zu entscheiden hatte. Ohne mit einem Wort auf die anderslautende BAG-Rechtsprechung einzugehen, behauptete es, das Übereinkommen Nr. 87 schaffe „kein innerstaatliches Recht“, sondern beschränke sich auf „Empfehlungen“ an die Adresse der Bundesregierung. Die Aussagen des Sachverständigenausschusses wur-

¹⁹ BGBl. 1956 II S. 2072 ff.

²⁰ Conférence internationale du Travail, 69^e Session 1983, Rapport III (Partie IV b) Etude d'Ensemble de l'application des Conventions sur la liberté syndicale, Genève 1983, N° 200 (S. 63).

²¹ A. a. O., N° 214 (S. 67/68).

²² A. a. O., N° 217 (S. 69).

²³ A. a. O., N° 218 (S. 69).

²⁴ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Blatt 7R.

²⁵ BB 2004, 827 = NZA-RR 2004, 540.

²⁶ ArbG Hagen AP Nr. 118 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Blatt 5R.

den (immerhin) in einem Halbsatz erwähnt, jedoch mit der Bemerkung abgetan, aus einer solchen „Einschätzung“ sei für die Frage der Zulässigkeit eines Streiks gegen die Novellierung des § 116 AFG „nichts“ zu gewinnen. Eine inhaltliche Auseinandersetzung erfolgte nicht. Das BAG hat auf vergleichbare Geringschätzungen bislang verzichtet, allerdings in seiner Entscheidung zum Streikbrechereinsatz von Beamten die Genfer Entwicklung mit keinem Wort erwähnt.²⁷

Die autonome, nicht an die Betriebsverfassung gekoppelte gewerkschaftliche Interessenvertretung im Betrieb ist in der Bundesrepublik nicht gesetzlich geregelt und deshalb Gegenstand eines recht dicht geknüpften Netzes richterrechtlicher Normen.²⁸ Insoweit würde es sich ähnlich wie im Arbeitskampfrecht anbieten, auch solche völkerrechtlichen Abkommen heranzuziehen, die nur dem Staat Bundesrepublik Leitlinien vorgeben, jedoch keine Rechte und Pflichten für den einzelnen Bürger begründen. In Betracht kommt dabei insbesondere das ILO-Übereinkommen Nr. 135²⁹, das die „Arbeitnehmervertreter im Betrieb“ gegen jede Benachteiligung einschließlich Kündigung schützt und ihnen „Erleichterungen“ verschaffen will, die geeignet sind, ihnen die rasche und wirksame Durchführung ihrer Aufgaben zu ermöglichen. „Arbeitnehmervertreter“ sind je nach nationaler Gesetzgebung die von der ganzen Belegschaft bestimmten, d. h. die sog. gewählten oder die gewerkschaftlichen Vertreter (Art. 3). Konzentriert die nationale Gesetzgebung den Schutz auf die „gewählten Vertreter“, so ist Art. 5 des Übereinkommens zu beachten: Danach sind nötigenfalls geeignete Maßnahmen zu treffen, um zu gewährleisten, dass das Vorhandensein gewählter Vertreter nicht dazu benutzt wird, die Stellung der beteiligten Gewerkschaften oder ihrer Vertreter zu untergraben.

Das Übereinkommen gewann in zwei Fällen praktische Bedeutung in der Rechtsprechung des BAG. Zum einen ging es um die Wahl gewerkschaftlicher Vertrauensleute im Betrieb. Sie sei – so damals das BAG³⁰ – nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG garantiert, folge aber auch nicht aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 135. Es könne dahinstehen, ob nach dem Übereinkommen auch die Gerichte befugt seien, den betrieblichen Interessenvertretern die nötigen Erleichterungen zu gewähren, wenn der Gesetzgeber untätig bleibe. Das Übereinkommen überlasse es der innerstaatlichen Regelung, diejenigen Arbeitnehmervertreter zu bestimmen, die den vorgesehenen Schutz und die vorgesehenen Erleichterungen in Anspruch nehmen könnten. Das deutsche Recht schütze die Mitglieder der Betriebsvertretungen, was zur Umsetzung ausreiche; das Übereinkommen verlange nicht, dass beide Arten von Arbeitnehmervertretern geschützt würden.³¹

Zum einen erstaunt, dass das Gericht auch in einem so „gesetzesfreien“ Raum wie der innerbetrieblichen Betätigung der Gewerkschaft eine Bindung an das Übereinkommen Nr. 135 nur erwägt, nicht aber bejaht. Ganz anders war ja beim Übereinkommen

²⁷ BAG AP Nr. 86 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Zum Genfer Verfahren s. Winfried Haase (oben Fn.4) S. 244.

²⁸ Einzelheiten bei Wolfgang Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 10. Aufl., Baden-Baden 2000, Rn. 256 ff.

²⁹ BGBl. 1973 II S. 953.

³⁰ BAG AP Nr. 28 zu Art. 9 GG. Inzwischen ist diese Rechtsprechung durch die des Bundesverfassungsgerichts überholt.

³¹ BAG AP Nr. 28 zu Art. 9 GG Bl. 4.

Nr. 87³² und schon Anfang der 60er Jahre beim Übereinkommen Nr. 100 über die Garantie der Lohngleichheit von Mann und Frau³³ verfahren worden, die beide pauschal als „geltendes Recht“ bezeichnet wurden. Wesentliche Unterschiede in Wortlaut und Sinn der Abkommen sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht benannt. Doch davon ganz abgesehen: Art. 5 des Übereinkommens wurde mit keinem Wort erwähnt, obwohl genau hier das Problem lag. Je geringer die Handlungsmöglichkeiten auf der gewerkschaftlichen „Schiene“, um so größer die Gefahr einer totalen Gewichtsverlagerung, die Art. 5 gerade vermeiden will.³⁴

Zweiter problematischer Bereich war das gewerkschaftliche Zugangsrecht zum Betrieb. Da auch hier Art. 9 Abs. 3 GG als Rechtsgrundlage ausscheiden soll³⁵, kommt ein Rückgriff auf das ILO-Übereinkommen Nr. 135 in Betracht. Das BAG schrieb jedoch seine Argumentation aus der Vertrauensleuteentscheidung fort: Das Übereinkommen Nr. 135 sei der deutschen Gesetzgebung entsprechend auf die „gewählten Vertreter“ beschränkt. Außerdem gehe es ausschließlich um betriebsangehörige Personen.³⁶ Wieder wurde Art. 5 nicht zur Kenntnis genommen, obwohl er auch für diese Frage relevant ist.³⁷ Der Sachverständigenausschuss der ILO hat allerdings nicht diesen Punkt beanstandet, sondern in der Vorenthaltung eines koalitionsrechtlichen Zugangsrechts einen Verstoß gegen das Übereinkommen Nr. 87 gesehen.³⁸ Noch weniger Aufgeschlossenheit gegenüber dem Übereinkommen Nr. 135 zeigte im Übrigen das ArbG Kassel³⁹ verfahren, das sogar dagegen Bedenken hatte, eine tarifliche Absicherung von Vertrauensleuten auf das Übereinkommen Nr. 135 zu stützen.⁴⁰

3.2 Diskriminierungsverbote nach dem Übereinkommen Nr. 111

Das ILO-Übereinkommen Nr. 111⁴¹ verbietet u. a. eine Benachteiligung auf Grund der politischen Meinung. Wegen des Ausschlusses sog. Radikaler aus dem öffentlichen Dienst hat ein nach Art. 26 der ILO-Verfassung eingesetzter Untersuchungsausschuss die deutsche Praxis in einem „gerichtsähnlichen“ Verfahren untersucht. Der sehr umfangreiche Bericht⁴² kommt zu dem Ergebnis, dass die Bundesrepublik das Übereinkommen insbesondere deshalb verletzt hat, weil sie die gesteigerte politische Treue-

³² BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG.

³³ BAG AP Nr. 69 zu Art. 3 GG Bl. 3.

³⁴ Das Übergehen des Art. 5 rügt auch Heide Pfarr, *Gewerkschaftliche Rechte im Betrieb*, AuR 1979, 242, 245.

³⁵ Zur nunmehr bestehenden veränderten Rechtslage s. Däubler (oben Fn.28), Rn. 407 ff.

³⁶ BAG AP Nr. 10 zu Art. 140 GG Bl. 4R.

³⁷ Dazu Konrad Sarge/Heinz Gester, *Zugangsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb/Gewerkschaftliche Werbung und Information im Betrieb*, AiB 1988, 228, 230.

³⁸ Zitiert bei Lörcher (oben Fn 6) AuR 1991, 100 Fn. 42.

³⁹ ArbG Kassel EzA Art. 9 GG Nr. 18.

⁴⁰ Dafür aber BAG AP Nr. 28 zu Art. 9 GG.

⁴¹ BGBl. 1961 II S. 97.

⁴² Internationales Arbeitsamt (Hrsg.), *Bericht des gemäß Art. 26 der Verfassung der ILO eingesetzten Ausschusses zur Prüfung der Einhaltung des Übereinkommens Nr. 111 über die Diskriminierung (Beschäftigung und Beruf)*, 1958, durch die BRD, Genf 1987; abgedruckt auch bei Klaus Dammann/Werner Siemantel (Hrsg.), *Berufsverbote und Menschenrechte in der Bundesrepublik*, Köln 1987.

pflicht öffentlicher Bediensteter nicht auf den engen Kreis von Personen beschränkt hat, bei denen dies entsprechend Art. 1 Abs. 2 des Übereinkommens mit den „Erfordernissen der Beschäftigung“ gerechtfertigt werden kann. Da die Bundesregierung nicht von der Möglichkeit Gebrauch machte, gegen die auf dieser Grundlage ausgesprochenen Empfehlungen des Ausschusses den Internationalen Gerichtshof anzurufen, sind sie meines Erachtens rechtlich bindend geworden. Die Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichte hat darauf unterschiedlich reagiert.

Auf der einen Seite steht eine Entscheidung des ArbG Oldenburg⁴³, das sich gegenüber der völkerrechtlichen Ebene sehr aufgeschlossen zeigte: Bei der Bestimmung des Begriffs „Eignung“ in Art. 33 Abs. 2 GG sei das ILO-Übereinkommen Nr. 111 zu berücksichtigen. Zum Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Handhabung des deutschen Rechts gehöre es auch, nur aus triftigen Gründen von Positionen der ILO-Kontrollorgane abzurücken.⁴⁴ Damit ist zwar keine volle Bindung bejaht, dem Völkerrecht jedoch der Stellenwert eingeräumt, den es auch nach hier vertretener Auffassung verdient.

Auf der anderen Seite steht eine spätere Entscheidung des BAG, die sich zwar mit den Ergebnissen des Untersuchungsausschusses befasste, ihnen im Ergebnis aber jede Wirkung absprach.⁴⁵ Zwar sei das Übereinkommen Nr. 111 innerstaatliches Recht geworden, doch sei damit noch nicht positiv vorentschieden, ob seine Bestimmungen auch bei der Auslegung des Grundgesetzes heranzuziehen seien. Auch wenn man dies bejahe, sei die besondere politische Treuepflicht des Beamten, die auch für den angestellten Lehrer gelte, aus den Erfordernissen der Beschäftigung heraus gerechtfertigt. Die Empfehlungen des Untersuchungsausschusses (zu denen sich diese Rechtsauffassung ja in Widerspruch setzt) hätten keine das innerstaatliche Recht unmittelbar ändernde Wirkung. Nach Art. 19 Abs. 6 der ILO-Verfassung würden die Empfehlungen lediglich die Regierung zur Vornahme der erforderlichen Maßnahmen verpflichten, und auch dies nur, wenn die Empfehlungen ausdrücklich oder stillschweigend angenommen würden. Das Gericht sei daher an die in dem Bericht des Untersuchungsausschusses zum Ausdruck gekommene Rechtsansicht ebenso wenig gebunden wie an die Auffassung irgendwelcher anderer Gutachten.⁴⁶ Schließlich heißt es, eine mittelbare Bindung an die Ergebnisse des Untersuchungsausschusses folge auch nicht aus der Verpflichtung der innerstaatlichen Gerichte, völkerrechtliche Normen insoweit zu beachten, als ihnen das innerstaatliche Recht einen Auslegungsspielraum lasse – wie dies im Einzelnen begründet wird, ist der veröffentlichten Fassung des Urteils⁴⁷ nicht zu entnehmen, da dort jeweils die kursiv gesetzten Worte „wird ausgeführt“ eingefügt sind. Vermutlich wird das Vorliegen eines Auslegungsspielraums verneint.

Kritisch sind drei Dinge anzumerken. Zum einen erstaunt, dass das Gebot völkerrechtskonformer Auslegung des Grundgesetzes nur als Eventualität geprüft wird, obwohl die die Frage bejahenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich

⁴³ BB 1988, 565.

⁴⁴ Das Urteil wurde vom LAG Niedersachsen aufgehoben, mitgeteilt bei Lörcher (oben Fn 6) AuR 1991, 104 Fn. 81.

⁴⁵ BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Abmahnung = NJW 1989, 2562 = NZA 1989, 716.

⁴⁶ BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Abmahnung Bl. 4.

⁴⁷ S. die Nachweise oben Fn.45.

genannt werden. Warum dieses Zurückweichen hinter die Positionen des höchsten deutschen Gerichts? Viel näher hätte es gelegen, in dem Übereinkommen Nr. 111 kein unmittelbar geltendes Recht, sondern lediglich eine Staatenverpflichtung zu sehen, die bei der Auslegung zu berücksichtigen ist – Art. 3 des Übereinkommens deutet recht nachhaltig in diese Richtung. Zum zweiten sind – worauf Lörcher aufmerksam gemacht hat⁴⁸ – vom BAG die Empfehlungen des Ausschusses mit solchen der Arbeitskonferenz verwechselt worden; Letztere besitzen in der Tat nicht dasselbe Maß an Verbindlichkeit. Schließlich fehlt eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Aussagen des Ausschusses, die umso näher gelegen hätte, als dieser auch ein Minderheitenvotum enthielt, wonach die Praxis nicht zu beanstanden sei.

Das Problem unterschiedlicher Behandlung wegen (in der Vergangenheit liegender) politischer Betätigung hat nach der deutschen Wiedervereinigung zusätzliche Bedeutung erlangt. In den Entscheidungen zur fristlosen Kündigung wegen Stasi-Mitarbeit⁴⁹ und zur ordentlichen Kündigung wegen mangelnder persönlicher Eignung⁵⁰ ist zunächst das Übereinkommen Nr. 111 überhaupt nicht erwähnt worden, obwohl es durchaus entsprechende Hinweise in der Literatur gegeben hatte.⁵¹ In der Folgezeit änderte sich dies, doch wurde das Übereinkommen ein wenig eigenwillig interpretiert. Zwar habe es den Rang eines innerstaatlichen Gesetzes⁵², doch sei es nicht verletzt: Bei der Entlassung von Lehrern, die in der Vergangenheit einzelne Funktionen auf unterer Ebene der SED ausgeübt hatten, gehe es nicht um die Sanktionierung wegen einer bloßen politischen Meinung, vielmehr fehle den Betroffenen die persönliche Eignung als Lehrer. Die Grundwerte der Verfassung könne nicht glaubwürdig vermitteln, wer diese Ordnung in der Vergangenheit als „revanchistisch“ und „imperialistisch“ dem bestehenden ideologischen Auftrag entsprechend bezeichnet habe.⁵³ Zugleich blieb dahingestellt, ob nicht – wenn man diese Auslegung nicht teilen würde – eine verfassungskonforme Auslegung Platz zu greifen hätte, wonach die politische Treuepflicht nach Art. 33 Abs. 4 GG den Begriff der Eignung bestimmen müsse. Was völlig fehlt, ist eine differenzierende Betrachtung von Art. 1 des Übereinkommens Nr. 111: Während Abs. 1 lit. a jede Benachteiligung wegen „politischer Meinung“ ausschließt, lässt sie Abs. 2 mit Rücksicht auf die Erfordernisse einer bestimmten Beschäftigung zu. Nicht einmal diese im Abkommenstext selbst angelegte Unterscheidung zwischen Regelatbestand und ausnahmsweise gegebener Rechtfertigung fand Eingang in die Argumentation des Gerichts.

In einer späteren Entscheidung ging es um die „unpolitische“ Frage, ob es eigentlich zulässig ist, eine Tätigkeit als Beamter nicht auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit anzurechnen, auch wenn die Tätigkeit für denselben Arbeitgeber erfolgte. Der Kläger

⁴⁸ Lörcher (oben Fn 6) AuR 1991, 101 Fn. 50.

⁴⁹ BAG DB 1993, 173, 175; LAG Brandenburg DB 1993, 176.

⁵⁰ LAG Berlin DB 1993, 98.

⁵¹ Vgl. etwa Klaus Lörcher, Staatsvertrag contra Völkerrecht? Welche Vorgaben enthalten die für die Bundesrepublik und die DDR verbindlichen Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation für vertragliche Regelungen über den öffentlichen Dienst? PersR 1990, 217 ff.

⁵² BAG AP Nr. 1 zu ILO-Übereinkommen Nr. 111; BAG AP Nr. 22 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX.

⁵³ BAG AP Nr. 1 zu ILO-Übereinkommen Nr. 111; BAG AP Nr. 22 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX.

berief sich dabei u. a. auf das allgemeine Benachteiligungsverbot des Art. 1 Abs. 1 lit. b des Übereinkommens Nr. 111.⁵⁴ Das BAG vertrat anders als bei früherer Gelegenheit den Standpunkt, das Übereinkommen enthalte nur eine Empfehlung an die Bundesregierung. Auch wenn man dies anders sähe, ergebe sich aus Art. 2 des Übereinkommens lediglich eine Pflicht zur Förderung der Gleichheit, was dem Einzelnen keine subjektiven Rechte einräume. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, die normative Wirkung des Übereinkommens sei nur deshalb „minimalisiert“ worden, weil eine Rechtfertigung aus den „Erfordernissen der Beschäftigung“ nicht ernsthaft in Betracht gekommen wäre.

Erwähnenswert ist schließlich, dass das Bundesverfassungsgericht in einer neueren Entscheidung auch das Übereinkommen Nr. 111 heranzog, um die aus dem innerstaatlichen Verfassungsrecht hergeleitete These zu untermauern, die Lebensverhältnisse von Frauen und Männern müssten angeglichen werden, auch mittelbare und faktische Diskriminierungen seien zu beseitigen.⁵⁵ Wörtlich wird ausgeführt:

„Das (d. h. die Verpflichtung zur Angleichung der Lebensverhältnisse) entspricht auch den europarechtlichen und internationalen Verpflichtungen der Bundesrepublik. Sowohl das europäische Gleichstellungsrecht (Richtlinie 76/207/EWG) wie die völkerrechtlichen Instrumente zum Abbau der Diskriminierung der Frau (vgl. auch das ILO-Übereinkommen Nr. 111) fordern die Beseitigung auch mittelbarer und faktischer Diskriminierungen.“

3.3 Übereinkommen Nr. 132

Erhebliche Aufmerksamkeit hat das ILO-Übereinkommen Nr. 132 über den bezahlten Jahresurlaub⁵⁶ in Rechtsprechung und Literatur erfahren. Dabei spielen insbesondere zwei praktisch nicht unwichtige Einzelfragen eine Rolle.

Das BAG vertritt den Standpunkt, der Urlaubsanspruch gehe spätestens mit dem Ende des Übertragungszeitraums, d. h. mit Ablauf des 31. März des Folgejahres unter.⁵⁷ Dies verstoße nicht gegen die Vorschrift des Art. 9 Abs. 1 des Übereinkommens, wonach zwei Wochen des Jahresurlaubs „spätestens“ ein Jahr nach Ablauf des Jahres zu gewähren und zu nehmen sind, für das der Urlaubsanspruch erworben wurde. Das BAG sieht in ständiger Rechtsprechung in dieser Vorschrift nur einen zeitlichen Höchststrahmen, der durch das nationale Recht verkürzt werden könne.⁵⁸ Das Übereinkommen Nr. 132 sei im Übrigen „insofern innerstaatliches Recht geworden, als es den Bundesgesetzgeber verpflichte, sein bestehendes Urlaubsgesetz mit dem Übereinkommen Nr. 132 in Übereinstimmung zu bringen“, doch wirke es sich nicht normativ auf einzelne Arbeitsverhältnisse aus. Auch eine völkerrechtsfreundliche Auslegung komme nicht in Betracht; nur das deutsche Ausführungsgesetz könne subjektive Rechte für den Einzelnen begründen.

⁵⁴ BAG NZA 1998, 1072 = BB 1998, 1748, auch zum Folgenden.

⁵⁵ BVerfG NZA 2004, 33, 37.

⁵⁶ BGBl. 1975 II S. 745.

⁵⁷ BAG EzA § 7 BUrtG Nr. 79.

⁵⁸ Grundlegend in neuerer Zeit BAG NZA 1994, 802; darauf berufen sich BAG NZA 1995, 123, 124 und (bezogen auf den Zusatzurlaub des Schwerbehinderten) BAG NZA 1995, 746, 747 sowie BAG NZA 1997, 507 = BB 1997, 580.

Die Vertragsparteien des Übereinkommens hätten überdies keine unmittelbare Anwendung vorgesehen.⁵⁹

Ähnlich verhält es sich mit der zweiten Problematik. Nach der Rechtsprechung des BAG entfällt die Urlaubsabgeltung nach § 7 Abs. 4 BUrlG, wenn der ausgeschiedene Arbeitnehmer infolge von Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraums nicht in der Lage gewesen wäre, den Urlaub in natura zu nehmen.⁶⁰ Dies verstöße nicht gegen Art. 11 des Übereinkommens Nr. 132, der den Unterzeichnerstaaten die Wahl zwischen einem der „Dienstzeit“ entsprechenden bezahlten Urlaub, einer Abgeltung oder einem gleichwertigen Urlaubsguthaben lasse. Nach Auffassung des BAG sind damit Leistungshindernisse nicht angesprochen, die die Entstehung eines Urlaubsanspruchs hindern, der abgegolten werden könnte.⁶¹ Auch hier sind berechtigte inhaltliche Bedenken geäußert worden⁶², weil die Rechtsprechung durch Ausweichen auf den „angeblich“ nicht erfassten Tatbestand der Leistungsstörung einen Effekt herbeiführt, den Art. 11 des Übereinkommens gerade verhindern wollte.

4. Einschätzung

4.1 Typologie der Umgangsformen

Das hier präsentierte Material zeigt ein sehr unterschiedliches Maß der Befassung mit ILO-Übereinkommen. In groben Strichen lassen sich fünf verschiedene „Umgangsformen“ skizzieren.

Auffindbar ist einmal das schlichte Ignorieren völkerrechtlicher Normen. Obwohl eine Bestimmung an sich einschlägig ist, d. h. sich auf das zu entscheidende Sachproblem bezieht, wird sie im Urteil an keiner Stelle erwähnt. Dies kann auf Informationsdefiziten in Bezug auf die Existenz der Norm, aber auch darauf beruhen, dass man ihr in Verkennung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Funktion einer unverbindlichen Empfehlung zumisst, die man – vergleichbar einem Rechtsgutachten – als anregend aufgreift oder als wenig hilfreich beiseite lässt. Als Beispiel lässt sich die Entscheidung des BAG zur Gleichbehandlung nach dem ILO-Übereinkommen Nr. 111 heranziehen.⁶³

Die zweite Form des Umgangs besteht darin, die nicht-deutsche Vorschrift zur Kenntnis zu nehmen, ihre Bedeutung aber von vorneherein klein zu halten. Dies geschieht etwa in der Weise, dass am Ende langer Ausführungen zum nationalen Recht ein bis zwei Sätze angefügt werden, wonach das einschlägige Völkerrecht allenfalls zum selben, wahrscheinlich aber zu einem weniger weitgehenden Resultat führen würde. Jüngstes Beispiel ist die Entscheidung des ArbG Stuttgart zur Gewerkschaftseigenschaft.⁶⁴

⁵⁹ BAG NZA 1994, 802.

⁶⁰ BAG AP Nr. 21 zu § 7 BUrlG Abgeltung.

⁶¹ BAG AP Nr. 21 zu § 7 BUrlG Abgeltung, bestätigt durch BAG AP Nr. 12 zu § 13 BUrlG Unabdingbarkeit.

⁶² Rolf Birk Anmerkung zu BAG AP Nr. 21 zu § 7 BUrlG Abgeltung.

⁶³ S. oben Fn.54.

⁶⁴ S. oben Fn.25.

Auch wird die Bindungswirkung von Völkerrechtsnormen häufig nur hypothetisch angenommen und insbesondere eine „völkerrechtskonforme Auslegung“ nicht in Betracht gezogen. Die – durchaus erwähnten – Bestimmungen haben die Funktion eines Ornaments.

Weiter geht eine dritte Variante, die den völkerrechtlichen Normen im Grundsatz eigenständige Bedeutung und innerstaatlichen Geltungsanspruch zumisst, die ihren Inhalt jedoch nach rein nationalen Kriterien bestimmt. Als Beispiel mag die oben dargestellte Rechtsprechung zum Verbot politischer Diskriminierung im Übereinkommen Nr. 111 dienen. Die Völkerrechtsnorm wird – ein wenig karikierend formuliert – wie eine Verordnung des Arbeitsministers oder die Satzung eines Deichverbands behandelt; sie wird zum integrierenden Bestandteil der nationalen Rechtsordnung. Man kann insoweit von „Eindeutschung“ sprechen.

Die nächste Stufe ist im Völkerrecht nur ganz ausnahmsweise auffindbar: Der nationale Richter nimmt die einschlägige Norm nicht nur in vollem Umfang zur Kenntnis, sondern legt sie auch nach völkerrechtlichen Grundsätzen aus. Dies bedeutet, dass man die Aussagen jener Instanzen berücksichtigt oder beachtet, die volle oder partielle Definitionsmacht über den Inhalt der nicht-deutschen Normen besitzen. Im EG-Recht wird heute insbesondere in Bereichen, in denen eine EuGH-Rechtsprechung existiert, in weitem Umfang so verfahren. Man nimmt das „andere“ Recht nicht weniger ernst als das eigene.

Schließlich ist denkbar, dass man darüber insofern einen Schritt hinausgeht, als man neue Fragestellungen aufwirft, die bislang im nationalen Recht nicht gesehen wurden oder eher im Hintergrund standen. In allerersten Ansätzen wird versucht, das geltende Recht weiterzuentwickeln, wofür es am ehesten Beispiele aus dem Bereich der Antidiskriminierungsgesetzgebung der EG gibt. Man kann dies als innovatorischen Umgang mit Völkerrecht bezeichnen.

4.2 Ursachen für die Haltung der Arbeitsgerichte

Das hier vorgelegte Material macht deutlich, dass die deutschen Arbeitsgerichte im Regelfall nur bis zur Stufe drei gelangen. Die vierte Stufe stellt eine absolute Ausnahmeerscheinung dar.⁶⁵ Dass erst recht kein innovatorischer Umgang zu erwarten ist, zeigt eine neuere Entscheidung des LAG Rostock⁶⁶, wonach das Übereinkommen Nr. 158 im Bereich des Kündigungsschutzes ohne Bedeutung sei, weil es bislang von der Bundesrepublik nicht ratifiziert wurde (obwohl es ja durchaus einen allgemeinen Grundsatz des Völkerrechts darstellen könnte).

Die Ignorierung, die Verwendung als „Ornament“ und die „Eindeutschung“ führen dazu, dass die Heranziehung von ILO-Übereinkommen in keinem einzigen Fall das Ergebnis des Rechtsstreits beeinflusst hat. Bisweilen gewinnt man den Eindruck, dass dieses Ziel sogar mit einer gewissen Entschlossenheit verfolgt wird. So hat etwa das BAG in einer Entscheidung zum Übereinkommen Nr. 132 betont, die deutsche Fassung des

⁶⁵ In diese Kategorie gehört von allen hier dargestellten Entscheidungen nur die des ArbG Oldenburg (BB 1988, 565).

⁶⁶ V. 18.05.2004, 1 Sa 387/03 Tz. 56 – Juris.

Übereinkommens (die für ein arbeitnehmerfreundliches Ergebnis sprechen könnte) müsse gegenüber der englischen und französischen zurücktreten, die keine entsprechenden Rückschlüsse zulassen würden.⁶⁷ Soweit ersichtlich, war dies der einzige Fall, in dem auf ausländische Fassungen rekurriert wurde.⁶⁸

Weshalb diese Skepsis gegenüber dem „Unbekannten“? Meines Erachtens stehen zwei Arten von Hindernissen der Rezipierung des Arbeitsvölkerrechts, speziell der ILO-Übereinkommen, entgegen.

Die eine Ursachengruppe ist im Rechtsapparat selbst angesiedelt. Den Gerichten der unteren Instanzen stand jedenfalls in der Vergangenheit Teil II des Bundesgesetzblatts nicht zur Verfügung, das die völkerrechtlichen Abkommen enthält. Auch heute noch hat nicht jeder Richter einen Internetanschluss zur Verfügung, mit dessen Hilfe er sich den Wortlaut verschaffen könnte. Auch private Textsammlungen sind in den Gerichtsbibliotheken häufig nicht vorhanden.

Das „Einsteigen“ in den Inhalt eines ILO-Übereinkommens wird weiter dadurch erschwert, dass die juristische Standardliteratur diesen Teil des Arbeitsrechts kaum berücksichtigt. Auch wird die Diskussion zu ILO-Normen typischerweise nicht in den gängigen Zeitschriften geführt, die auf jedem Richtertisch liegen. Dies bedeutet, dass man nicht nur beim Auffinden, sondern auch bei der Auslegung des ILO-Rechts weithin auf sich selbst gestellt ist. Dies schafft Probleme und Risiken; die Möglichkeit eines evidenten Irrtums ist sehr viel größer als im nationalen Recht. Der Richter befindet sich insoweit in einer ähnlichen Situation wie bei der Anwendung ausländischen Rechts.⁶⁹

Steigt der Richter trotz dieser Unbehagen schaffenden Ausgangssituation in die Materie ein, wird er alsbald mit neuen Problemen konfrontiert. Wodurch unterscheidet sich eine Auslegung nach der Wiener Vertragsrechtskonvention von der gewohnten Auslegung nach nationalen Maßstäben? Wie beschafft man sich die Berichte des Sachverständigenausschusses der ILO? Sich nur auf das Vorbringen einer Partei zu verlassen, erscheint nicht angemessen. Mit einem gewissen Schrecken wird man weiter feststellen, dass die deutsche Fassung eines ILO-Übereinkommens nicht die „amtliche“ ist und dass zwischen den maßgebenden Fassungen durchaus Widersprüche auftreten können. Was ist dann als Ausgangspunkt für die juristische Erörterung zu erachten? Ein gewisses Gefühl der Fremdheit stellt sich ein – wohl auch an recht hoher Stelle, wenn man bedenkt, dass in einem Zehn-Bände-Register der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts die ILO in eine „Internationale Arbeitslosen-Organisation“ verwandelt wurde.⁷⁰ Schließlich stellt das Völkerrecht in der deutschen Juristenausbildung eher eine Randgröße dar, die in dem (alles entscheidenden) Schlussexamen so gut wie keine Rolle spielt. Auch ist erst durch die allerjüngste Reform der Juristenausbildung im Jah-

⁶⁷ BAG NZA 1994, 802, 804.

⁶⁸ Kritik am Umgang der deutschen Arbeitsgerichte mit den ILO-Übereinkommen auch bei Sabine Böhmert (oben Fn 1), S. 236 ff.

⁶⁹ Vgl. etwa BAG DB 1990, 1666, wo – schenkt man den Urteilsanmerkungen von Abbo Junker (SAE 1990, 324) und Ulrich Magnus (IPRax 1990, 386) Glauben – eine Vorschrift des englischen Kündigungsschutzrechts übersehen wurde.

⁷⁰ So im Register für die Bände 71 – 80, S. 36.

re 2002 Vorsorge dafür getroffen worden, dass sich jeder Student zumindest mit einer Fremdsprache und ihrer Rechtsterminologie beschäftigen muss.

Das zweite wesentliche Hindernis liegt in der Schwierigkeit, bestehende sozialpolitische Standards zu ergänzen und weiterzuentwickeln. Das Arbeitsvölkerrecht verdankt zwar seine Entstehung dem Bestreben nach einheitlichen Sozialstandards in der ganzen Welt, um so Wettbewerbsgleichheit herzustellen und – aus Arbeitnehmersicht – ein Gegeneinander-Ausspielen der nationalen Belegschaften zu verhindern.⁷¹ In der Praxis ist den Akteuren aber durchaus bewusst, dass sich dieses Ziel in vielen Bereichen nicht erreichen lässt. Gerade weil man weiß, dass Konventionen in vielen Ländern ohne jede Durchschlagskraft bleiben, liegt es nahe, sich über emanzipatorisch klingende Grundsätze zu verständigen. Die Übereinkommen gewinnen von daher die Qualität von symbolischem Recht, von Verheißungen, die bestenfalls einzelne Schritte in eine bestimmte Richtung legitimieren.⁷² Man zimmert sich auf dem Genfer Zauberberg eine schöne Welt, ohne die Verantwortung dafür zu übernehmen, dass sich die reale Welt um die schönen Gedanken wenig kümmert. Wird in einzelnen Ländern der Versuch unternommen, die erhobenen Ansprüche ganz oder teilweise einzulösen, werden sich „Widerstände“ wie im Bereich der deutschen Arbeitsgerichte ergeben. Auch wird man in der Literatur eher Kritik erfahren, wenn man Sozialpolitik durch Realisierung von ILO-Übereinkommen betreiben will.⁷³ Da günstigeres, d. h. den Arbeitnehmer stärker schützendes nationales Recht den ILO-Übereinkommen regelmäßig vorgeht, könnten diese praktische Bedeutung nur über die Verbesserung nationaler Sozialstandards gewinnen. Hierfür bestand in Deutschland schon in der Vergangenheit wenig Neigung und Bereitschaft; insoweit hat die rauere Luft der Gegenwart nichts Wesentliches verändert.

5. Wirtschaftsrechtliche Umsetzungsformen

Sozialstandards schützen nicht nur Beschäftigte, sondern stellen auch einen Wettbewerbsfaktor dar. Dies kann dazu führen, dass Unternehmen auf nationaler Ebene oder einzelne Wettbewerber sich dagegen wenden, dass ihre Konkurrenten durch geringe Lohnkosten einen Wettbewerbsvorteil erlangen. Insoweit kann die Durchsetzung von ILO-Übereinkommen nicht nur als Problem der völkerrechtlich legitimierten Überwachungsorgane oder des Engagements von Gewerkschaften und arbeitnehmerorientierten Regierungen angesehen werden. Vielmehr gibt es auch ein unternehmerisches Interesse, einen sozialpolitischen „race to the bottom“ zu verhindern. Insoweit ist abschließend auf drei Erfahrungen zu verweisen, die – soweit ersichtlich – in der von Arbeitsrechtlern geprägten Diskussion nur selten erwähnt werden.

⁷¹ Rolf Birk, Arbeitnehmerschutz, ZfA 1991, 355, 357 f.

⁷² Eingehender Wolfgang Däubler, Internationales Arbeitsrecht – Hoffnungsträger für die Gewerkschaften? WSI-Mitt 1987, 186, 194.

⁷³ Symptomatisch etwa Dieter Reuter, Gibt es eine arbeitsrechtliche Methode? Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, herausgegeben von Thomas Dieterich, Franz Gamillscheg und Herbert Wiedemann, München 1983, S. 573, 587 Fn. 74: „Arbeitsrecht aus italienischem, französischem oder englischem Geist passt nicht in die andersartige Sozialstruktur und Einstellung der Beteiligten in der Bundesrepublik sowie das darauf fußende nationale Arbeitsrecht. Freilich sollten die Verantwortlichen besser darauf achten, was sie unterschreiben.“

5.1 Die EG-Sozialklausel⁷⁴

Die EG praktiziert bei ihren Außenzöllen gegenüber Entwicklungsländern ein sog. Allgemeines Präferenzsystem. Diese Präferenzen können vergrößert, d. h. die Zollsätze weiter gesenkt werden, wenn ein Drittland die Kernarbeitsnormen der ILO im Wesentlichen umsetzt.⁷⁵ Davon wurde etwa im Falle von Moldawien⁷⁶, in neuerer Zeit auch in Bezug auf Sri Lanka Gebrauch gemacht.⁷⁷ Auf der anderen Seite besteht die Möglichkeit, die Allgemeinen Präferenzen zu entziehen, also die den Übrigen gewährten Vergünstigungen auszusetzen; ob dies gegenüber Weißrussland geschehen soll, wird derzeit untersucht.⁷⁸ Bei positiven wie bei negativen „Abweichungen“ findet eine enge Zusammenarbeit mit den Überwachungsorganen der ILO statt.⁷⁹ Der Sache nach geht es hier darum, dem „sozialen Dumping“ eine Grenze zu ziehen, bestimmte Prinzipien als ununterschreitbar zu definieren und bei Verstößen effektive Sanktionen zu verhängen. Diese Sanktionen sind ungleich wirksamer als eine Missbilligung durch den ILO-Sachverständigenausschuss oder die Arbeitskonferenz.⁸⁰ Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass von dem Sozialklausel-Instrumentarium ein sehr selektiver Gebrauch gemacht wird, der sich insbesondere gegen wenig angesehene Staaten richtet.

5.2 Wahrung von Sozialstandards als Voraussetzung für die Gewährung staatlicher Leistungen

Ein „wirtschaftsrechtliches“ Mittel zur Verhinderung von Wettbewerbsvorteilen durch geringe Sozialkosten ist das Abhängigmachen staatlicher Leistungen von der Wahrung bestimmter arbeitsrechtlicher Voraussetzungen. Dies betrifft einmal Fälle, in denen staatliche Fördermaßnahmen damit verknüpft, dass die Interessen der Arbeitnehmerseite gefördert werden, zumindest in gewissem Umfang gewahrt bleiben. Ein Beispiel hierfür findet sich in der Politik der sozial-liberalen Koalition nach 1972: Leistungen aus dem Programm „Humanisierung des Arbeitslebens“ hingen davon ab, dass der fragliche Antrag von der betrieblichen Interessenvertretung mitunterzeichnet wurde. Unternehmen, in denen kein Betriebsrat gewählt war, hatten von daher keine Möglichkeit, in den Genuss der staatlichen Förderung zu kommen.⁸¹ Von aktuellerer Bedeutung ist die kontrovers diskutierte Frage, inwieweit man im Rahmen von Vergabeverfahren von Bietern ver-

⁷⁴ Dazu aus der deutschsprachigen Literatur insbesondere Vera Herkommer, Die Europäische Sozialklausel, Baden-Baden 2004 sowie Peter Hilpold EuR 1996, 98 ff.; Ölz (oben Fn 2) ZIAS 2002, 321 ff.; Wolfgang Däubler, Die Koalitionsfreiheit im EG-Recht, in: Udo Isenhardt und Ulrich Preis (Hrsg.), Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, Festschrift für Peter Hanau, Köln 1999, S. 489, 501 ff. Eher skeptisch zum Konzept als solchem Jean-Michel Servais (oben Fn 1) S. 17 ff.

⁷⁵ Rechtsgrundlage ist derzeit die VO (EG) Nr. 2501/2001 des Rates v. 10. Dezember 2001 über ein Schema allgemeiner Zollpräferenzen, ABl. v. 21.12.2001, L 346/1 ff. Dazu Vera Herkommer (oben Fn 74), S. 163 ff.

⁷⁶ Mitgeteilt bei Ölz (oben Fn 2) ZIAS 2002, 321.

⁷⁷ Kommissionsverordnung Nr. 2342/2003, ABl. v. 31.12.2003, L 346/34.

⁷⁸ Entscheidung der Kommission v. 29.12.2003, ABl. v. 9.1.2004 L 5/90.

⁷⁹ Einzelheiten bei Ölz (oben Fn 2) ZIAS 2002, 328 ff.

⁸⁰ Ähnliche Einschätzung bei Vera Herkommer (oben Fn 74) S. 333.

⁸¹ Einzelheiten bei Wolfgang Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 15. Aufl., Reinbek 1998, Rn. 1387.

langen kann, sich an die am Ort der Leistungserbringung üblichen Tarifverträge zu halten. Ein entsprechender Gesetzentwurf auf Bundesebene scheiterte am Widerstand des Bundesrats, einige Bundesländer haben gleichwohl entsprechende Regeln verabschiedet.⁸² Die EG-rechtliche Diskussion konzentriert sich auf die Frage, inwieweit in solchen Regeln eine unangemessene Benachteiligung der aus anderen Staaten kommenden Anbieter liegt, doch ist das Grundprinzip bislang anerkannt, dass die Dienstleistungsfreiheit nur das Recht gibt, zu den am Leistungsort üblichen Bedingungen tätig zu sein. Die derzeit geplante Dienstleistungsrichtlinie⁸³ würde dies allerdings in ihrer aktuellen Fassung (Februar 2005) grundlegend in Frage stellen.

5.3 Vermarktung von Produkten, die unter inhumanen Arbeitsbedingungen hergestellt wurden – ein Verstoß gegen das Verbot unlauteren Wettbewerbs?

Am 9. Mai 1980 hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, der nicht ganz alltäglich war. Es ging um den Streit zwischen einem deutschen Asbesthersteller und seinem Konkurrenten, der einen beträchtlichen Teil seiner Erzeugnisse in Südkorea gekauft hatte. Dort waren sie ohne die kostenaufwendigen deutschen Arbeitsschutzvorschriften hergestellt worden, so dass eine sehr deutliche Preisunterbietung möglich war.⁸⁴

Der BGH wiederholte zunächst das im Grunde selbstverständliche Prinzip, dass alle Gewerbetreibenden in der Gestaltung ihrer Preise frei seien. Eine wettbewerbswidrige Ausnutzung des internationalen Rechtsgefälles liege dann nicht vor, wenn eine im Ausland nach der dortigen Rechtsordnung hergestellte Ware offiziell ins Inland eingeführt und hier vertrieben werde. Im Herkunftsland gebe es aber keine einschlägigen Vorschriften. Südkorea habe auch das ILO-Übereinkommen Nr. 139 (das ähnliche Anforderungen wie das damalige deutsche Recht stellte) nicht ratifiziert; auch würde es ausschließlich Staaten und nicht die Parteien eines Arbeitsverhältnisses binden.

Der BGH untersuchte weiter, ob ein Verstoß gegen das Verbot des unlauteren Wettbewerbs nach § 1 UWG deshalb vorliege, weil bei der Herstellung von Asbestzeugnissen „sittliche Grundanforderungen, die an jede menschliche und staatliche Ordnung zu richten sind, in so starkem Maße verletzt (würden), dass auch der Handel mit derartigen Produkten guten kaufmännischen Sitten (widerspreche)“.⁸⁵ Im Ergebnis wird diese Frage verneint. Die einzelnen Staaten könnten die Arbeits- und Produktionsverhältnisse unterschiedlich ordnen und dabei den jeweiligen historischen, kulturellen, sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten Rechnung tragen. Vorstellungen, wie sie dem ILO-Übereinkommen Nr. 139 zugrunde lägen, seien nicht quasi-naturrechtliches Gemeingut

⁸² Aus der Literatur s. etwa Manfred Löwisch, Landesrechtliche Tarifreue als Voraussetzung der Vergabe von Bau und Verkehrsleistungen, DB 2004, 814 ff.; Wolfgang Däubler, Tarifreue statt Sozialkostenwettbewerb? ZIP 2000, 681 ff.

⁸³ KOM (2004) 2 endg. Dazu Monika Schlachter, Allgemeines Gemeinschafts- und Gemeinschaftsprivatrecht. – Der Kommissionsentwurf für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt – GPR 2004, 245 ff.

⁸⁴ BGH NJW 1980, 2018 mit kritischer Anmerkung Rolf Knieper/Hartmut Fromm.

⁸⁵ S. oben Fn. 83.

aller Völker. Auch sei die einschlägige Unfallverhütungsvorschrift in der Bundesrepublik erst am 1. April 1973, das ILO-Übereinkommen selbst erst am 23. August 1977 in Kraft getreten.

Interesse verdient diese Entscheidung weniger wegen ihres durchaus zu kritisierenden Ergebnisses als wegen ihres Ausgangspunktes. Zum einen wird deutlich, dass jedenfalls dann, wenn das südkoreanische Recht die Asbestherstellung in ähnlicher Weise wie das deutsche eingeschränkt hätte, sehr wohl ein Wettbewerbsverstoß in Betracht gekommen wäre. Seine Verletzung wäre im Rahmen des § 1 UWG relevant gewesen. Das Gericht hat damit den Grundgedanken dieser Vorschrift konsequent weitergedacht: Zwar kann man von einem ausländischen Produzenten (mit Recht) nicht erwarten, dass er sich am deutschen Arbeitsschutzrecht orientiert, so dass er ggf. von weniger strengen ausländischen Vorschriften profitiert. Die Ausnutzung eines solchen „Rechtsgefälles“ ist nicht anders zu behandeln als das Ausspielen sonstiger Standortvorteile. Unlauter wäre das Verhalten jedoch dann, wenn auch gegen das ausländische Recht verstoßen und dadurch ein zusätzlicher Vorteil im Wettbewerb erreicht würde: Zu den elementaren Bedingungen des lautereren Wettbewerbs gehört es, dass sich beide Seiten an das für sie geltende Recht halten und aus dessen Verletzung keine Vorteile ziehen.

Zum zweiten hat der BGH die Existenz eines sozialpolitischen „ordre public“ bejaht, der immer und unter allen Umständen zu wahren ist. Dies entspricht einem sich immer stärker herausbildenden Konsens. Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich ausdrücklich zur gewohnheitsrechtlichen Geltung eines universellen menschenrechtlichen Mindeststandards bekannt.⁸⁶ Der Internationale Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 24. Mai 1980 nachhaltig betont, ein Staat könne gegen fundamentale Prinzipien verstoßen, „wie sie in der universellen Deklaration der Menschenrechte zum Ausdruck gekommen“ seien.⁸⁷ In der völkerrechtlichen Literatur wird deshalb zu Recht der Standpunkt vertreten, diese zunächst nur als Beschluss der UN-Generalversammlung verabschiedete Deklaration sei inzwischen unabhängig von vertraglichen Verbürgungen völkerrechtlich verbindlich geworden.⁸⁸ Auch der deutsche Gesetzgeber geht offensichtlich von einer gewohnheitsrechtlichen Geltung aus. So ist in Kapitel IX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 5 Nr. 1 der Anlage 1 zum Einigungsvertrag⁸⁹ eine außerordentliche Kündigung eines öffentlichen Bediensteten in der früheren DDR u. a. dann möglich, wenn er die in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 enthaltenen Grundsätze verletzt hat: Hätten diese auch in der Vergangenheit nur empfehlenden Charakter besessen, wäre eine solche Sanktion schlechthin unverständlich gewesen. Schließlich ist darauf zu verweisen, dass das Völkerrecht auch den sich im Inland aufhaltenden Ausländern sowie Kriegsgefangenen einen menschenrechtlichen Mindeststandard gewährleistet. Der BGH bewegt sich also insoweit auf sicherem Grund.

Fehlt es – wie im Fall der Asbestimporte – an ausdrücklichen Regelungen, so stellt sich das Problem eines Verstoßes gegen genau diesen menschenrechtlichen Mindeststan-

⁸⁶ BVerfGE 46, 342, 362.

⁸⁷ ICJ Reports 1980, 42.

⁸⁸ Alfred Verdross/Bruno Simma, Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984, § 1234 m. w. N.

⁸⁹ BGBl. 1990 II 889.

dard. Dieser wird nicht nur durch den „harten Kern“ von ILO-Übereinkommen gebildet (zu dem der Arbeitsschutz nicht gehört). Hinzu kommt vielmehr die Allgemeine Deklaration der Menschenrechte⁹⁰, die u. a. in Art. 4 Sklaverei und Leibeigenschaft verbietet und die in Art. 23 das Recht auf eine menschenwürdige Existenz durch Arbeit und die Koalitionsfreiheit sichert. Der BGH hat zu Unrecht lediglich danach gefragt, ob das ILO-Übereinkommen Nr. 139 zu diesem engen Bereich zählt und diese Frage mit durchaus vertretbarer Begründung verneint. Dabei durfte er jedoch nicht stehen bleiben: Das Recht auf Leben und Gesundheit am Arbeitsplatz mag zwar nicht genau das Schutzniveau verlangen, das die ILO vorschreibt, doch bedeutet dies nicht, dass Arbeitnehmer deshalb ohne jede Einschränkung einem Verfahren ausgesetzt werden dürfen, das ein außerordentlich hohes Krebsrisiko mit sich bringt. Eine Art Mindestschutz muss überall gelten; seine Verletzung ist nicht anders als die sonstiger Rechtsnormen zu behandeln.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass Wettbewerber Billigangebote aus dem Markt verbannen können, die auf menschenrechtswidrigen Arbeitsbedingungen beruhen. Ob sie davon Gebrauch machen, ist ihnen überlassen. Wenn sie (oder z. B. ein Verbraucherverband im Rahmen der Klagemöglichkeit des § 13 UWG) sich zu einem gerichtlichen Vorgehen entschließen, sind sie allerdings beweisbelastet: Ihrer Unterlassungsklage wird nur dann stattgegeben, wenn sie die behaupteten Verstöße auch beweisen können. Dies wird meist nur bei offenkundigen Menschenrechtsverletzungen gelingen. Gleichwohl würde schon ein Erfolg in einem solchen Extremfall die Durchsetzungschancen von ILO-Übereinkommen deutlich erhöhen. Warum sollte man nicht auch einen solchen Weg versuchen?

Glossarium

Benutzte Abkürzungen, die den Üblichkeiten rechtswissenschaftlicher Texte entsprechen:

AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Jahr und Seite)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)
ArbG	Arbeitsgericht
AuR	Arbeit und Recht (Jahr und Seite)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Jahr und Seite)
BGBI	Bundesgesetzblatt (Jahr, Teil und Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
Bl	Blatt
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Anfangsseite, in Bezug genommene Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
EJIL	European Journal of International Law (Band, Jahr und Seite)

⁹⁰ V. 10. Dezember 1948.

Die Implementation von ILO-Übereinkommen

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Jahr und Seite)
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
GG	Grundgesetz
GPR	Gemeinschaftsprivatrecht (Jahr und Seite)
ICJ	International Court of Justice
IPRax	Praxis des Internationalen Privatrechts (Jahr und Seite)
LAG	Landesarbeitsgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport (Jahr und Seite)
PersR	Der Personalrat (Jahr und Seite)
RiA	Recht im Amt (Jahr und Seite)
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Jahr und Seite)
WSI-Mitt.	Mitteilungen des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts des DGB (Jahr und Seite)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Band, Jahr und Seite)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
ZfSH/SGB	Zeitschrift für Sozialhilfe/Sozialgesetzbuch (Jahr und Seite)
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Jahr und Seite)
ZIP	Zeitschrift für Insolvenzpraxis und Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)