

Unsicherheiten führen, die durch die Verhinderung von Vertrauensschutzfällen nicht aufgewogen werden. Sparsamer Gebrauch ist deshalb angebracht.

IV. Vermeidung von Rechtsprechungsänderungen

Auch die von BAG und BGH verfolgte Maxime »Keine Rechtsprechungsänderung, wenn für die Kontinuität ebenso gute Gründe sprechen«, hat in der Literatur nicht nur Zustimmung gefunden.⁷⁷

Soweit diese Einwände pragmatischer Natur sind, lassen sich ihnen ebenso gute Gründe entgegensetzen. Gewiß besteht die Gefahr einer Verführung zur Ungenauigkeit. Aber man kann davon ausgehen, daß ein oberstes Bundesgericht sich dieser Gefahr bewußt ist und ihr begegnet. Gewiß kann den Folgen einer Rechtsprechungsänderung durch die Gewährung von Vertrauensschutz begegnet werden. Aber dies bleibt immer eine Reparatur, während die Aufrechterhaltung der bisherigen Rechtslage volle Verlässlichkeit schafft. Gewiß schränkt die Maxime die Rechtsfortbildung ein, aber das geschieht zugunsten eines ebenfalls zentralen Wertes der Rechtsordnung, nämlich der Rechtssicherheit.

So bleibt das dogmatische Argument, daß den Gerichten nicht erlaubt sein könnte, der Entscheidung einer Rechtsfrage durch die Berufung auf die Maxime der Kontinuität auszuweichen. Richtig könne nur *eine* Entscheidung sein und zu dieser müßten sich die Gerichte durchringen. Indessen schlägt auch dieses Argument letztlich nicht. Auslegung ist nicht allein Subsumtion. Vielmehr stecken in ihr durchaus auch *dezisionistische* Elemente. Das BVerfG hat das auf die Formel gebracht, die Aufgabe der Rechtsprechung könne es erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren.⁷⁸ Ist das aber so, so paßt sich in die Entscheidungsfindung des Gerichts auch das Festhalten an einer von mehreren möglichen Auslegungen aus Gründen der Kontinuität ein.

⁷⁷ Krit. insbes. KOHLER Gesetzesauslegung und »gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung«, JR 1984, 45 ff.

⁷⁸ BVerfG v. 14. 2. 1973, BVerfGE 34, 269, 287.

31. Völkerrecht und Europarecht in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte

WOLFGANG DAUBLER

Inhaltsübersicht

	Seite
I. Die Ausgangssituation	619–621
II. Die Bindungswirkung völkerrechtlicher Normen	622–626
1. Allgemeine Regeln des Völkerrechts	622
2. Völkerrechtliche Verträge	622, 623
3. Die einzelnen Rechtskreise und ihre Behandlung durch das Bundesverfassungsgericht	623–625
4. Das Problem der Definitionsmacht	625, 626
III. Beispiele für die Anwendung des Arbeitsvölkerrechts durch die Arbeitsgerichte	626–635
1. Arbeitskampfrecht	626–629
a) Art. 6 Ziff. 4 ESC	626–628
b) Andere Garantien	628, 629
2. Gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit im Betrieb	630, 631
3. Einzelfragen des Urlaubsrechts	631, 632
4. Verbot der Diskriminierung aus politischen Gründen	632–634
5. Einzelfragen	634, 635
IV. Die Bindungswirkung des EG-Rechts	635–637
1. Direkte Anwendbarkeit	635, 636
2. Anwendungsvorrang und EG-konforme Auslegung	636
3. Die Definitionsmacht des EuGH	636, 637
V. Beispiele für die Anwendung des EG-Rechts durch die Arbeitsgerichte	637–647
1. Lohngleichheit von Mann und Frau	637–641
a) Vorgaben des Gemeinschaftsrechts	637, 638
b) Die Umsetzung durch die Arbeitsgerichte	638–641
2. Gleichbehandlung beim Zugang zur Beschäftigung und bei den Arbeitsbedingungen	641–643
a) Vorgaben des Gemeinschaftsrechts	641
b) Umsetzung durch die Arbeitsgerichte	641–643
3. Erhaltung der Arbeitnehmerrechte bei Betriebsübergang und Fusion	643–645
a) EG-rechtliche Vorgaben	643
b) Umsetzung durch die Arbeitsgerichte	643–645
4. Die Gleichstellung der Wanderarbeitnehmer	645, 646
a) EG-rechtliche Vorgaben	645
b) Umsetzung durch die Arbeitsgerichte	645, 646
5. Aktuelle Einzelfragen	647
VI. Einschätzung	647–651
1. Versuch einer Typologie	647, 648
2. Entwicklungstendenzen	648, 649
3. Gründe für den selektiven Umgang	649–651

I. Die Ausgangssituation

Völker- oder Europarecht anzuwenden, gehört nicht zum Alltag des Arbeitsrichters. Über Lohnansprüche und unberechtigte Kündigungen wird allein nach deutschem Recht entschieden. Die verbreitete Einschätzung, daß es zu

allen wesentlichen Problemfeldern des Arbeitsrechts auch völker- und europarechtliche Normen gibt¹, bleibt in der Praxis ohne Folgen.

Wer sich als Prozeßvertreter oder Richter anders verhalten will, stößt auf eine Reihe von Schwierigkeiten. Das BGBI. II und das ABIEG sind normalerweise nicht greifbar; erst in jüngster Zeit stehen private Textsammlungen zur Verfügung.² Der Wortlaut allein bringt freilich mehr Gefahr als Hilfe: Die Diskussion um den Inhalt eines ILO-Übereinkommens oder über eine EG-Richtlinie wird nicht unbedingt in den »üblichen« Zeitschriften geführt und findet deshalb nicht automatisch ihren Niederschlag in der auf dem Richtertisch liegenden Standardliteratur. Man geht – greift man etwa auf eine Bestimmung der ESC oder auf EG-Recht zurück – das Risiko ein, daß irgendein ausgefuchster Wissenschaftler einem entgegenhält, man habe wichtiges, ja allgemein Anerkanntes übersehen oder, schlimmer noch, nicht verstanden. Der Richter befindet sich in einer ähnlichen Situation wie bei der Anwendung ausländischen Rechts, wo ärgerliche Irrtümer nie auszuschließen sind.³ Allerdings fehlt ihm die »Krücke« des § 293 ZPO, wonach notfalls die Parteien die Aufgabe haben, den Inhalt unbekannter Rechtsnormen darzulegen; beim Völker- und Europarecht gilt der Grundsatz »iura novit curia« ohne Einschränkung.

Steigt man trotz dieser Ungehegen schaffenden Ausgangssituation in die Materie ein, wird man alsbald mit neuen Problemen konfrontiert. Nach welchen Grundsätzen sind ILO-Übereinkommen auszulegen? Muß man die Berichte des Sachverständigenausschusses miteinbeziehen, am Ende gar als authentische Interpretation behandeln? Wie ist ein Vorlagebeschluß i. S. des Art. 177 EWGV im einzelnen zu formulieren? Mit einem gewissen Schrecken vernimmt man, daß die deutsche Fassung eines Abkommens häufig nicht die »amtliche« ist und daß zwischen den maßgebenden Fassungen durchaus Widersprüche auftreten können.⁴ Ein gewisses Gefühl der Fremdheit stellt sich ein – wohl auch an recht hoher Stelle, wenn man bedenkt, daß in einem 10-Bände-Register der amtlichen Sammlung des BVerfG die ILO in eine »Internationale Arbeitslosen-Organisation« verwandelt wurde.⁵ Es kann daher niemanden verwundern, daß der Umgang der ArbG mit der ESC in der Literatur heftige Kritik erfahren hat, die insbesondere die Minimalisierung des Art. 6 Ziff. 4 ESC als einer das deutsche Recht nur bestätigenden Garantie rügt.⁶ Auf derselben Linie scheint das Ergebnis einer empirischen Untersuchung über die Häufigkeit von Vorlagen an den EuGH zu liegen.⁷ Während die deutschen Gerichte in den 20 Jahren zwischen 1965 und 1985 mehr als ein Drittel aller Vorlagen nach Art. 177

1 So zuletzt BIRK ZfA 1991, 361.

2 BIRK Europäisches Arbeitsrecht, Textausgabe m. einer ausführl. Einl., München 1990; DAUBLER/KITTNER/LÖRCHER (Hrsg.), Internationale Arbeits- und Sozialordnung. Dokumente, ausgewählt und eingeleitet von ADAMY/BOBKE/DAUBLER/KITTNER/LÖRCHER, Köln 1990 (2. Aufl. Anfang 1994).

3 Vgl. etwa BAG DB 1990, 1666, wo – schenkt man den Anm. von JUNKER (SAE 1990, 324) und MAGNUS (IPRax 1990, 386) Glauben – eine Vorschrift des englischen Kündigungsschutzrechts übersehen wurde.

4 Dazu ARMBRÜSTER EuZW 1990, 246.

5 So im Register für die Bde. 71–80, S. 36.

6 HÖHNERLEIN in: Jaspers-Betten (Hrsg.), 25 Years European Social Charter, Deventer 1988, S. 123.

7 SCHWARZE Die Befolgung von Vorabentscheidungen des EuGH durch deutsche Gerichte – Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Bestandsaufnahme –, Baden-Baden 1988.

EWGV produzierten und damit europaweit an der Spitze lagen⁸, hielt sich die Arbeitsgerichtsbarkeit sehr zurück: Von den insgesamt 388 Vorlagen kamen 216 von den Finanzgerichten, 71 von den Verwaltungsgerichten, 51 von den Zivil- und Strafgerichten, jedoch nur 6 von den ArbG.⁹ Ob dieser »Rückstand« noch heute besteht, scheint nicht sicher; auch ist bei einem Vergleich zu berücksichtigen, wie weit die Europäisierung eines Rechtsgebiets vorangeschritten ist, wie oft also überhaupt ein Anlaß entsteht, den EuGH um die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu bitten.

Die wachsende internationale Verflechtung der Bundesrepublik, die ihren juristischen Ausdruck nicht zuletzt im neuen Art. 23 GG findet¹⁰, legt die Vermutung nahe, daß das Völkerrecht wie das Europarecht in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung der Zukunft an Bedeutung gewinnen wird.¹¹ Damit soll nicht prognostiziert werden, daß das Arbeitsrecht der Zukunft vorwiegend oder auch nur zu einem beträchtlichen Teil kein nationales mehr wäre¹²; vielmehr geht es nur darum, daß die in der Gegenwart noch relativ spärlichen völker- und europarechtlichen Elemente stärker in den Vordergrund treten werden. Von daher ist es reizvoll, eine Bestandsaufnahme zu versuchen und gleichzeitig bestehende Trends herauszuarbeiten. Soweit Defizite in der Rezipierung völker- und europarechtlicher Normen konstatiert werden, ist dies nicht als Vorwurf gedacht; statt dessen sollte vermehrt über eine Anreicherung unserer Rechtskultur durch produktive Aufnahme des Neuen nachgedacht werden.

Im folgenden soll unter II der verfassungsrechtliche Rahmen skizziert werden, der u. a. auch darüber entscheidet, welchen Stellenwert völkerrechtliche Normen mit arbeitsrechtlichem Inhalt für die Arbeitsgerichtsbarkeit besitzen. Der folgende Abschnitt wird dann der Frage gewidmet sein, ob und in welchem Umfang die ArbG diese Rechtsquelle wirklich ernstgenommen und sie bei ihrer Entscheidungsfindung zugrunde gelegt haben (unten III). Seiner Bedeutung und seiner spezifischen Durchsetzungsmechanismen wegen wird das EG-Recht separat behandelt. Zunächst soll es auch hier um den allgemeinen Rahmen (unten IV), dann um die Umsetzung im einzelnen gehen (unten V). Einer Einschätzung des bisher in beiden Bereichen Geleisteten soll ein Schlußabschnitt über rechtspolitische Perspektiven folgen (unten VI). Angesichts der immensen Zahl von veröffentlichten und der noch größeren von unveröffentlichten Entscheidungen des BAG und der Instanzgerichte kann selbstredend keine Vollständigkeit erreicht werden; die praktische Handhabung von Völker- und Europarecht wird am Beispiel relativ »brisanter«, die wissenschaftliche Diskussion beschäftigender Problembereiche dargestellt.

8 SCHWARZE (Fn. 7), S. 10. Dasselbe gilt für Klagen einzelner Unternehmen gegen Akte der Gemeinschaft. Nach einer Untersuchung von Harding (European Law Review 1992, S. 105 ff.) stellten die Deutschen 21,2 v. H. der Kläger; rechnet man gemeinsame Klagen mehrerer Unternehmen nur als 1 Klage, ergibt sich sogar ein Anteil von 33,4 v. H.

9 SCHWARZE (Fn. 7), S. 12.

10 Eingefügt durch das Gesetz zur Änderung des GG v. 21. 12. 1992, BGBI. I S. 2086.

11 Eine Zunahme völkerrechtlicher Fragestellungen in der Rechtsprechung des BVerfG konstatiert schon für die vergangenen 15 Jahre STEINBERGER ZaöRV 48 (1988), S. 16.

12 Dazu DAUBLER in: Schikora/Fiedler/Hein (Hrsg.), FS für Klaus Peter Kisker, Marburg 1992, S. 315 ff.

II. Die Bindungswirkung völkerrechtlicher Normen

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.¹³ Regeln dieser Art können auch in völkerrechtlichen Verträgen niedergelegt sein.

Was Völkerrechtsnormen mit arbeitsrechtlichem Inhalt betrifft, so wird in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, daß bestimmte ILO-Übereinkommen, die von ca. 100 Mitgliedstaaten ratifiziert wurden und die auch von den übrigen weitgehend beachtet werden, durchaus in diese Kategorie gehören können.¹⁴ Auf der anderen Seite würde es schwerfallen, konkreten Einzelnormen, die von den Kontrollorganen der ILO aus solchen Abkommen hergeleitet werden¹⁵, eine entsprechende Qualität beizumessen. Weitere Überlegungen scheinen auch deshalb nicht angebracht, weil die Bundesrepublik eine große Zahl von ILO-Übereinkommen ratifiziert hat und von daher meist eine solidere, weniger Zweifelsfragen aufwerfende Rechtsgrundlage vorhanden ist.

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 auf diese Weise für und gegen den einzelnen Bürger verbindlich.¹⁶ Dabei ändert es seine Qualität als Völkerrecht nicht¹⁷, was insbesondere für die anzuwendenden Interpretationsregeln von Bedeutung ist.¹⁸ 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 sich außerdem nicht selbst 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.

13 S. statt aller HESSE Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 17. Aufl., Heidelberg 1990, Rn. 103; STERN Das Staatsrecht der BRD, Bd. 1, 2. Aufl., München 1984, § 14 II 3.

14 LÖRCHER AuR 1991, 103; pauschal abl. HAASE ZfSH/SGB 1990, 245.

15 Beisp.: Recht auf friedliche Betriebsbesetzung aus Art. 3 des ILO-Übereinkommens Nr. 87.

16 BVerfGE 30, 272, 284.

17 STEINBERGER ZaöRV 48 (1988), S. 4.

18 Dazu sogleich im Text.

1969 gefunden haben. Obwohl ihr die Bundesrepublik erst mit Gesetz vom 3. 8. 1985 zugestimmt hat¹⁹, und obwohl sie an sich nur auf die nach diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Verträge anwendbar ist, wurde sie vom BVerfG schon in der Vergangenheit häufig herangezogen.²⁰ Die Eigenständigkeit der Völkerrechtsordnung schließt eine verfassungs- oder gar gesetzeskonforme Interpretation völkerrechtlicher Verträge aus; anderes gilt nur dann, wenn – wie einst beim Grundlagenvertrag – dem Partner von vornherein erkennbar war, daß nur im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen gehandelt werden sollte.²¹

Der so bestimmte Inhalt völkerrechtlicher Verträge ist bei der Auslegung und Handhabung des innerstaatlichen Rechts zu berücksichtigen. Soweit Spielräume bestehen – 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.²² Darin kommt die »völkerrechtsfreundliche« Tendenz des GG zum Ausdruck.²³ Dies gilt – wie das BVerfG am Beispiel der EMRK deutlich gemacht hat²⁴ – auch für das GG selbst. Dabei handelt es sich nicht um einen »Gesichtspunkt«, den man wie z. B. die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes je nach den Umständen berücksichtigen oder unter den Tisch fallen lassen kann²⁵; vielmehr geht es um ein verbindliches Gebot.

3. Die einzelnen Rechtskreise und ihre Behandlung durch das Bundesverfassungsgericht

Arbeitsrechtliche Inhalte finden sich einmal in den beiden UN-Menschenrechtspakten. Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. 12. 1966²⁶ enthält in seinem Art. 22 eine Garantie der Koalitionsfreiheit, der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. 12. 1966²⁷ gewährleistet u. a. das Recht auf Arbeit, das Recht auf »gerechte und günstige Arbeitsbedingungen«, die Koalitionsfreiheit einschließlich des Streikrechts sowie das Recht auf körperliche und geistige Gesundheit.²⁸ Zu beachten ist weiter das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. 12. 1979.²⁹ Das BVerfG hatte bisher keine Gelegenheit, sich eingehender mit diesen Verträgen auseinanderzusetzen; erwähnenswert ist lediglich die Aussage, daß die Beschränkung der Tariffähig-

19 BGBl II S. 926.

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

21 BVerfGE 36, 1, 35. Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge im einzelnen s. HEINTSCHEL/VON HEINEGG in: Ipsen, Völkerrecht, 3. Aufl., München 1990, § 11; VERDROSS/SIMMA Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., Berlin 1984, §§ 774 ff.

22 BVerfGE 59, 63, 89.

23 STERN (Fn. 13), § 14 I 2.

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

25 Zur Uneinheitlichkeit der vom BVerfG praktizierten Auslegungsmethoden s. HESSE (Fn. 13), Rn. 58 f.

26 BGBl. 1973 II S. 1534, abgedr. auch bei: DAUBLER/KITTNER/LÖRCHER (Hrsg.), Internationale Arbeits- und Sozialordnung, Nr. 120.

27 BGBl. 1973 II S. 1570, abgedr. auch bei: DAUBLER (Fn. 26), Nr. 130.

28 Einzelheiten bei ZULEEG RdA 1974, 324 ff.

29 BGBl. 1985 II S. 647.

keit auf Organisationen mit einer bestimmten »Mächtigkeit« nicht gegen die Koalitionsgarantie des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte verstoße.³⁰

Die 1919 entstandene ILO³¹ unterscheidet sich von anderen internationalen Organisationen dadurch, daß in den entscheidenden Gremien neben den Regierungen der Mitgliedstaaten auch die jeweiligen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände vertreten sind. Die einmal pro Jahr zusammentretende Arbeitskonferenz beschließt zum einen Übereinkommen, die den Mitgliedstaaten zur Ratifikation vorgelegt werden. Sie haben die Qualität eines völkerrechtlichen Vertrages; die Mitgliedstaaten haben in zweijährigen Abständen über die Einhaltung zu berichten. Zum zweiten beschließt die Arbeitskonferenz sog. Empfehlungen, die nur Anregungsfunktion besitzen, die Mitgliedstaaten jedoch zu keinen konkreten Maßnahmen in der Sache selbst verpflichten. Immerhin ist auch insoweit von Zeit zu Zeit über die im einzelnen Staat bestehende Situation Bericht zu erstatten.³²

Übereinkommen und Empfehlungen decken außerordentlich vielfältige Bereiche des Arbeits- und Sozialrechts ab. Die von der ILO herausgegebene Sammlung umfaßt über 1 300 Druckseiten; Fragen der Arbeitszeit und des Frauenschutzschutzes sind dort ebenso angesprochen wie Probleme der Arbeitsvermittlung, der Wanderarbeitnehmer oder der Koalitionsfreiheit.³³ Eindeutige Aussagen des BVerfG über die innerstaatliche Verbindlichkeit fehlen, doch ist in der Entscheidung zur Tariffähigkeit ein Verstoß gegen das ILO-Übereinkommen Nr. 87 geprüft und abgelehnt worden.³⁴

Aus der EMRK vom 4. 11. 1950³⁵ ist neben der Meinungsfreiheit des Art. 10 insbesondere die Versammlungs- und Vereinsfreiheit nach Art. 11 von Bedeutung, die das Recht der Individuen umfaßt, »zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten«. Nach der Rechtsprechung des BVerfG hat die EMRK den Rang eines einfachen innerstaatlichen Gesetzes; auf die dort garantierten Rechte kann sich auch der einzelne vor Gericht berufen.³⁶

Die ESC vom 18. 10. 1961³⁷ hat zahlreiche soziale Grundrechte zum Gegenstand. Dazu gehört etwa das Recht auf Arbeit, das Recht auf gerechte, sichere

30 BVerfGE 58, 233, 254.

31 Dazu ADAMY/BOBKE/LÖRCHER in: Däubler (Fn. 2), S. 147 ff.; DERTINGER Menschlich arbeiten – menschlich leben. Die ILO, Köln 1987, S. 21 ff.; KÖRNER-DAMMANN Bedeutung und faktische Wirkung von ILO-Standards, Baden-Baden 1991; MAYER/RAASCH Internationales Recht der Arbeit und Wirtschaft, Opladen 1980, S. 193 ff.; VON POTOBOSKY/BARTOLOMEI DE LA CRUZ La Organización Internacional del Trabajo, Buenos Aires 1990, S. 5 ff.

32 Überblick bei STAVNER ZfSH/SGB 1990, 169 ff.

33 Organisation Internationale du Travail, Conventions et recommandations internationales du travail 1919–1984, Genève 1985. Eine entsprechende deutschsprachige Sammlung existiert nicht. Zur ILO-»Gesetzgebung« auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes zusammenfassend und weiterführend SERVAIS in: Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen (Hrsg.), 50 Jaar Arbeidsverhoudingen, Brüssel 1989, S. 150 ff.

34 S. Fn. 30.

35 Dazu der Komm. von FROWEIN/PEUKERT Kehl-Straßburg-Arlington 1985.

36 So schon BVerfGE 6, 389, 440.

37 BGBl. 1964 II S. 1251. Die Charta ist 1965 in Kraft getreten: BGBl. 1965 II S. 1122 und abgedr. bei: BIRK (Fn. 2), S. 468 ff. u. bei: DÄUBLER (Fn. 26), Nr. 320.

und gesunde Arbeitsbedingungen, das Recht auf ein gerechtes Arbeitsentgelt, das Vereinigungsrecht einschließlich des Rechts auf Kollektivverhandlungen und Streik, der Jugend- und Frauenschutz sowie das Recht auf berufliche Ausbildung. Auch hier finden sich in der Rechtsprechung des BVerfG Bezugnahmen³⁸, doch fehlen dezidierte Aussagen, inwieweit die Charta für den einzelnen Bürger Rechte und Pflichten begründet.

Erwähnenswert ist schließlich die Datenschutzkonvention des Europarats vom 28. 1. 1981³⁹, die in der Rechtsprechung bisher keine Rolle gespielt hat und die ausweislich ihres Art. 3 Abs. 1 nur die Unterzeichnerstaaten verpflichtet, also selbst nicht den Anspruch erhebt, unmittelbar Rechte und Pflichten für einzelne Bürger zu begründen.

4. 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 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 bisherigen Rechtsprechung 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.⁴⁰ So hat etwa das BVerfG anerkannt, daß sich die völkerrechtskonforme Auslegung des GG an der Rechtsprechung der EMRK und des EuGH für Menschenrechte zu orientieren habe.⁴¹

Probleme ergeben sich, soweit Gremien wie der Sachverständigenausschuß der ILO⁴² oder der Ausschuß Unabhängiger Sachverständiger beim Europarat, der die Einhaltung der Sozialcharta zu beurteilen hat, eine Interpretation vornehmen, die nirgends als »authentisch« qualifiziert ist. Insoweit 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 in Den Haag gibt. Auf der anderen Seite wäre der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung deutscher Normen verkannt, würde man die Rechtsauffassungen eines Sachverständigengre-

38 S. Fn. 30.

39 BGBl. 1985 II S. 539 ff., abgedr. auch bei: BIRK (Fn. 2), S. 500 ff. und bei DÄUBLER (Fn. 26), Nr. 320.

40 Zur authentischen Interpretation s. etwa VERDROSS/SIMMA § 775.

41 BVerfGE 74, 358, 370.

42 VON POTOBOSKY/BARTOLOMEI DE LA CRUZ (Fn. 31), S. 112 ff.

miums 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.⁴³ 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.⁴⁴ 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 3 Monaten entscheiden muß, ob sie die »Empfehlungen« des Ausschusses annimmt oder den Internationalen Gerichtshof anruft, wird man insoweit eine verbindliche, auch deutsche Behörden und Gerichte bindende Festlegung annehmen müssen.⁴⁵

III. Beispiele für die Anwendung des Arbeitsvölkerrechts durch die Arbeitsgerichte

I. Arbeitskampfrecht

Ein relativ hohes Maß an Aufmerksamkeit haben völkerrechtliche Normen im Arbeitskampfrecht gefunden, was angesichts der Zurückhaltung des nationalen Gesetzgebers nicht weiter verwunderlich ist. Dabei stand Art. 6 Ziff. 4 ESC im Vordergrund (a), während andere potentielle Rechtsgrundlagen fast durchweg mit Stillschweigen übergangen wurden (b).

a) Art. 6 Ziff. 4 ESC

Nach Art. 6 Ziff. 4 ESC »anerkennen« die Vertragsparteien der Charta »das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Falle von Interessenkonflikten, vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen.« Die ausdrückliche Erwähnung des Streikrechts legte eine Berücksichtigung zumindest nahe.

Der Anfang war denkbar bescheiden. In der Entscheidung des Großen Senats von 1971 wurde Art. 6 Ziff. 4 neben Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG, § 19 Abs. 5 SchwBeschG, § 25 KSchG und einigen anderen Bestimmungen als »neutrale Rechtsnorm« aufgezählt, die Arbeitskampfmaßnahmen der Arbeitgeber- wie der Arbeitnehmerseite voraussetze, ohne sie selbst zu regeln.⁴⁶ In den Aussperungsentscheidungen von 1980 erfreute sich dieselbe Bestimmung einer sehr viel größeren Aufmerksamkeit. Es liege sehr nahe, daß unter »kollektiven Maß-

43 Näher DAUBLER RiA 1985, 121 ff.; ebenso ArbG Oldenburg BB 1988, 565 (Abweichung nur aus »trifügigem« Grund). Zur Differenzierung je nach der Unabhängigkeit der Mitglieder des Gremiums auch WENGLER Völkerrecht, Bd. 1, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1964, S. 703 ff.

44 KAHN-FREUND in: Jacobs (Ed.), *European Law and the Individual*, Amsterdam 1976, S. 205.

45 So ADAMY/BOBKE/LÖRCHER in: Däubler (Fn. 2), S. 162, gegen die Auffassung der Bundesregierung.

46 BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 7 R.

nahmen der Arbeitgeber« auch Aussperrungen zu verstehen seien.⁴⁷ Der Sachverständigenausschuß, dem die Kontrolle der ESC anvertraut sei, vertrete gleichfalls diese Auffassung. Die Frage, ob Art. 6 Ziff. 4 unmittelbar geltendes Recht darstelle oder wenigstens den Gesetzgeber und den rechtsfortbildenden Richter binde, blieb jedoch dahingestellt; Art. 6 Ziff. 4 verbiete jedenfalls nicht, die Aussperrung von strengeren Voraussetzungen als den Streik abhängig zu machen. In einer späteren Entscheidung wurde dies der Sache nach noch einmal bekräftigt; der Wortlaut spreche mehr für die Anerkennung von Abwehrkampfmitteln als für ein Verbot solcher Kampfmittel, regele jedoch die Voraussetzungen einer Abwehraussperrung nicht im einzelnen.⁴⁸

Verhältnismäßig eingehende Beachtung fand Art. 6 Ziff. 4 ESC in der sog. Warnstreikentscheidung vom 12. 9. 1984.⁴⁹ Zwar blieb die Frage, ob die ESC geltendes Bundesrecht sei oder nur den rechtsfortbildenden oder lückenfüllenden Richter binde, erneut dahingestellt, doch wurde hypothetisch auf der Basis der geringeren Wirkungskraft argumentiert: Der Richter müsse sich in einem solchen Fall an Art. 31 Abs. 1 ESC halten, der eine Einschränkung des Streikrechts nur aus ganz spezifischen Gründen zulasse. Danach sei zumindest fraglich, ob das Ultima-ratio-Prinzip sich mit den dort erwähnten Rechten und Freiheiten anderer rechtfertigen lasse.⁵⁰

Mit dieser Entscheidung war der »Rezeptionshöhepunkt« erreicht. Art. 6 Ziff. 4 taucht noch einmal kurz in der 1. Entscheidung zum Solidaritätsstreik auf.⁵¹ Die Tatsache, daß dieser im Regelfall unzulässig sei, verstoße nicht gegen die Bestimmung. Ihr Wortlaut (»um die wirksame Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten«) spreche für eine enge Zuordnung des Arbeitskampfes zu Kollektivverhandlungen; außerdem stehe das Streikrecht demjenigen zu, der das Recht auf Kollektivverhandlungen geltend machen wolle. Darauf wurde im Jahre 1988 bestätigend Bezug genommen, als es um die Zulässigkeit einer nichtgewerkschaftlichen Arbeitsniederlegung ging.⁵² Im selben Jahr erfuhr dann die Warnstreikrechtsprechung eine Änderung: Das Ultima-ratio-Prinzip wurde wieder auf alle Arbeitskampfformen erstreckt, gleichzeitig jedoch den Tarifparteien ein großer Spielraum bei seiner Handhabung eingeräumt.⁵³ Die früheren Überlegungen zu Art. 6 Ziff. 4 ESC wurden nicht wieder aufgegriffen – auch nicht in dem Sinn, daß man das Ultima-ratio-Prinzip für sozialchartakonform erklärt hätte. Dies als definitive »Verabschiedung« zu werten, erscheint etwas vorschnell, obwohl – soweit ersichtlich – inzwischen keine weiteren Bezugnahmen mehr erfolgt sind.

Eine kritische Auseinandersetzung kann im vorliegenden Zusammenhang nicht das Ziel haben, die Auslegungsergebnisse des BAG als »falsch« oder

47 BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 6 R, auch zum folgenden.

48 BAG AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 3 R.

49 BAG AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

50 Die Formulierung ist nicht völlig eindeutig; möglicherweise sollte auch die definitive Unzulässigkeit zum Ausdruck gebracht werden. Krit. zu dieser Entscheidung KONZEN JZ 1986, 157 ff.

51 BAG AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 4 R, auch zum folgenden.

52 BAG AP Nr. 106 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

53 BAG AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

»unsozial« zu kritisieren.⁵⁴ Vielmehr geht es allein um die methodische Seite, d. h. darum, ob der Stellenwert einer Völkerrechtsnorm wie Art. 6 Ziff. 4 ESC ausreichend berücksichtigt wurde.

Das BAG läßt an keiner Stelle erkennen, daß für einen völkerrechtlichen Vertrag andere Auslegungsgrundsätze als für ein innerstaatliches Gesetz gelten. Lediglich in der Entscheidung zum Solidaritätsstreik wird kurz bemerkt, die Rechtslage in anderen Mitgliedstaaten des Europarats könne nicht zu dem Schluß führen, die Verfasser der Charta seien von der automatischen Zulässigkeit von Solidaritätsstreiks ausgegangen.⁵⁵ Die Arbeiten des Sachverständigenausschusses werden nur einmal – nämlich bei der Rechtfertigung der Aussperung – herangezogen.⁵⁶ Unerwähnt bleibt, daß sich dasselbe Gremium verschiedentlich für die Zulässigkeit der spontanen Arbeitsniederlegung ausgesprochen hat⁵⁷ und deshalb »Kollektivverhandlungen« nicht i. S. von Tarifverhandlungen sieht: Auch eine spontan streikende Belegschaft pflegt durch Sprecher mit der Geschäftsleitung zu verhandeln und im Regelfall Abmachungen zu treffen. Man gewinnt den Eindruck, daß sich das Gericht nur dort etwas näher mit der Charta befaßt, wo sie die nach rein innerstaatlichen Kriterien bestimmten Ergebnisse bestätigt.⁵⁸

Soweit Entscheidungen der Instanzgerichte veröffentlicht sind⁵⁹, bestätigen sie diesen Befund.

b) Andere Garantien

Art. 3 des ILO-Übereinkommens Nr. 87⁶⁰ 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«⁶¹ 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-

54 Dazu schon vor längerer Zeit DAUBLER *Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts*, 2. Aufl., Köln 1975. Weite Teile der Kritik wurden entgegen ihrer Intention als persönliche Angriffe gewertet; soweit dies auf Formulierungen des Verfassers zurückzuführen ist, wird dies ausdrücklich bedauert. Inhaltlich ging es um die Herausarbeitung einer bestimmten gesellschaftspolitischen Funktion, nämlich der langfristigen Stabilisierung des Gesellschaftssystems durch eine weite Definition von Unternehmerinteressen. Ob man dies in der Diktion dessen vorträgt, der sich eine bessere Gesellschaft wünscht, oder ob man es in Sorge um den inneren Frieden formuliert, dürfte für die analytische Richtigkeit oder Unrichtigkeit eigentlich nicht von Bedeutung sein. Selbst in Festschriftbeiträgen wird dies bisweilen (von allerdings eher unbeweglichen Autoren) verkannt.

55 BAG AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

56 BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

57 S. etwa Council of Europe, Committee of Independent Experts on the European Social Charter, Conclusions, III, Straßburg 1973, S. 37. Weitere Nachw. bei KITZ in: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Hrsg.), Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers, Heidelberg/New York 1980, S. 1093 mit Fn. 73.

58 Ebenso HOHNERLEIN (Fn. 6), S. 124 ff., die sinngemäß von Variationen der Irrelevanz spricht.

59 ArbG Berlin AP Nr. 49 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ArbG Hagen AP Nr. 118 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 5 R.

60 BGBl. 1956 II S. 2072 ff., abgedr. auch bei: DAUBLER (Fn. 26), Nr. 210.

61 So die Formulierung bei POTOBSKY in: Max-Planck-Institut (Fn. 57), S. 1145. Über die Kontrollmechanismen der ILO s. auch BEITZKE Vereinte Nationen, Heft 5/1981, S. 149 ff.

Sozialpolitik, und Probleme auf der Unternehmensebene, die die Arbeitnehmer direkt betreffen.⁶² 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.⁶³ Auch der Solidaritätsstreik dürfe nicht generell verboten werden.⁶⁴ Bemerkenswert ist schließlich die Aussage, daß eine Betriebsbesetzung nur dann für illegal erklärt werden dürfe, wenn sie ihren friedlichen Charakter verliere.⁶⁵

Das BAG hat das ILO-Übereinkommen Nr. 87 lediglich in einer der Aussperungsentscheidungen erwähnt und festgestellt, es sei »unstreitig« durch Transformationsgesetz geltendes Recht geworden.⁶⁶ 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. Dies ist dem Gericht nicht vorzuwerfen, da der Sachverständigenausschuß die hier referierten Aussagen erst 3 Jahre später machte und der Wortlaut des Art. 3 derart weitreichende Rückschlüsse nicht unbedingt nahelegt. Anders verhält es sich jedoch mit einer Entscheidung des ArbG Hagen aus dem Jahre 1991⁶⁷, 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 schaffe »kein innerstaatliches Recht«, sondern beschränke sich auf »Empfehlungen« an die Adresse der Bundesregierung. Die Aussagen des Sachverständigenausschusses wurden (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. Die leicht abschätzige Distanzierung erstaunt: Immerhin handelt es sich um ein Gremium, das aus 20 unabhängigen Juristen besteht, die i. d. R. Professoren des Arbeitsrechts oder ehemalige Richter oberster Gerichte sind.⁶⁸ Niemand wird vom ArbG Hagen verlangen, den in Genf erarbeiteten Aussagen zu folgen oder sie gar in Bausch und Bogen zu übernehmen, aber eine inhaltliche Auseinandersetzung hätten sie doch wohl verdient gehabt.⁶⁹ Das BAG hat auf Vergleichbares glücklicherweise bislang verzichtet, allerdings in seiner Entscheidung zum Streikbrechereinsatz von Beamten die Genfer Entwicklung mit keinem Wort erwähnt.⁷⁰

62 Conférence internationale du Travail, 69^e Session 1983, Rapport III (Partie IVb), Etude d'ensemble de l'application des Conventions sur la liberté syndicale, Genève 1983, N° 200 (S. 63); Übersetzung des Verfassers.

63 (Fn. 62), N° 214 (S. 67/68).

64 (Fn. 62), N° 217 (S. 69).

65 (Fn. 62), N° 218 (S. 69).

66 BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 7 R.

67 ArbG Hagen AP Nr. 118 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 5 R.

68 HAASE (Fn. 14), 242, Deutscher Vertreter: BERND VON MAYDELL.

69 Es erstaunt im übrigen nicht, daß das ArbG Hagen auch aus der deutschen Literatur nur Autoren zitiert, die für die Unzulässigkeit des politischen Demonstrationstreiks plädieren. Böse Zungen könnten behaupten, die Auseinandersetzung mit Gegenmeinungen sei gefahrgeneigtes Tun...

70 BAG AP Nr. 86 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Zum Genfer Verfahren s. HAASE (Fn. 14), 244. Das BVerfG hatte in seiner aufhebenden Entscheidung v. 6. 4. 1993 keinen Anlaß, darauf einzugehen.

2. Gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit im Betrieb

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.⁷¹ Insoweit würde es sich ähnlich wie im Arbeitskampfrecht anbieten, auch solche völkerrechtliche Abkommen heranzuziehen, die nur dem Staat Bundesrepublik Leitlinien vorgeben, jedoch keine Rechte und Pflichten für den einzelnen Bürger begründen.⁷² In Betracht kommt dabei insbesondere das ILO-Übereinkommen Nr. 135⁷³, 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 Zusammenhängen praktische Bedeutung in der Rechtsprechung des BAG. Zum einen ging es um die Wahl gewerkschaftlicher Vertrauensleute im Betrieb. Sie sei – so damals das BAG⁷⁴ – 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 Durchführung ausreiche; das Übereinkommen verlange nicht, daß beide Arten von Arbeitnehmern geschützt würden.⁷⁵

Zum einen erstaunt, daß das Gericht auch in einem so »gesetzesfreien« Raum wie der innerbetrieblichen Betätigung der Gewerkschaft eine Bindung an das Übereinkommen nur erwägt, nicht aber bejaht. Ganz anders war ja beim Übereinkommen Nr. 87⁷⁶ und schon Anfang der 60er Jahre beim Übereinkommen Nr. 100 (Garantie der Lohngleichheit von Mann und Frau)⁷⁷ verfahren worden, die beide pauschal als »geltendes Recht« bezeichnet wurden. Wesentliche Unterschiede in Wortlaut und Sinn der Abkommen sind nicht ersichtlich und

71 Einzelheiten bei DAUBLER Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 7. Aufl., Neuwied 1992, Rn. 256 ff.

72 Dazu oben S. 622 f.

73 BGBl. 1973 II S. 953, abgedr. auch bei: DAUBLER (Fn. 26), Nr. 212.

74 BAG AP Nr. 28 zu Art. 9 GG. Inzwischen ist diese Rspr. durch die Klarstellung der Kernbereichslehre des BVerfG überholt – dazu DAUBLER (Fn. 71), Rn. 509.

75 BAG AP Nr. 28 zu Art. 9 GG, Bl. 4.

76 BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG.

77 BAG AP Nr. 69 zu Art. 3 GG, Bl. 3.

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.⁷⁸

Zweiter problematischer Bereich war das gewerkschaftliche Zugangsrecht zum Betrieb. Da auch hier Art. 9 Abs. 3 GG als Rechtsgrundlage ausscheiden soll⁷⁹, 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.⁸⁰ Wieder wurde Art. 5 nicht zur Kenntnis genommen, obwohl er auch für diese Frage relevant ist.⁸¹ 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.⁸² Noch restriktiver war im übrigen das ArbG Kassel⁸³ verfahren, das sogar dagegen Bedenken hatte, eine tarifliche Absicherung von Vertrauensleuten auf das Übereinkommen Nr. 135 zu stützen.⁸⁴

3. Einzelfragen des Urlaubsrechts

Erhebliche Aufmerksamkeit hat das ILO-Übereinkommen Nr. 132 über den bezahlten Jahresurlaub⁸⁵ in Rechtsprechung und Literatur erfahren.⁸⁶ Dabei spielen insbesondere 2 – praktisch recht wichtige – Einzelfragen eine Rolle.

Das BAG vertritt den Standpunkt, der Urlaubsanspruch gehe spätestens mit dem Ende des Übertragungszeitraums, d.h. am 31. 3. des Folgejahres unter.⁸⁷ Dies verstoße nicht gegen die Vorschrift des Art. 9 Abs. 1 des Übereinkommens, wonach 2 Wochen des Jahresurlaubs »spätestens« 1 Jahr nach Ablauf des Jahres zu gewähren und zu nehmen sind, für das der Urlaubsanspruch erworben wurde. Das BAG sieht in dieser Vorschrift einen zeitlichen Höchststrahmen, der durch das nationale Recht verkürzt werden könne. Inhaltlich ist dies mit Recht auf heftige Kritik gestoßen⁸⁸, doch geht es dabei um eine normale Interpretationskontroverse. Da keine neuere Stellungnahme des Sachverständigenausschusses vorliegt⁸⁹, läßt sich auch nicht der

78 Das Übergehen des Art. 5 rügt auch PEARR AuR 1979, 245.

79 Zur nunmehr bestehenden Rechtslage s. DAUBLER (Fn. 71), Rn. 407 ff.

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

81 Dazu DAUBLER (Fn. 71), Rn. 430; SARGE/GESTER AiB 1988, 230.

82 KEHRMANN Die Quelle 1983, 608; LÖRCHER (Fn. 14), 100 m. Fn. 82.

83 ArbG Kassel EZA Art. 9 GG Nr. 18.

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

85 BGBI. 1975 II S. 745, abgedr. auch bei DAUBLER (Fn. 26) Nr. 235.

86 Nachw. in: MünchArbR/LEINEMANN (München 1992) § 86 Rn. 22.

87 BAG EZA § 7 BUrtG Nr. 79.

88 BERSCHIED GK-BUrtG, 5. Aufl., Neuwied u. a. 1992, § 15 Anm. 17; KOHTE BB 1984, 615; KUNZL BB 1991, 1632; LÖRCHER in: DAUBLER (Fn. 2), S. 332; WANDT SAE 1986, 266.

89 S. jedoch die ältere Stellungnahme, mitget. bei: LÖRCHER in: Daubler (Fn. 2), S. 332.

Vorwurf erheben, die völkerrechtliche Ebene sei nicht ausreichend ausgelotet worden.

Ähnlich verhält es sich mit der zweiten Problematik. Nach der Rechtsprechung des BAG entfällt die Urlaubsabgeltung nach § 7 Abs. 4 BUrlG, wenn der Arbeitnehmer infolge von Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraums nicht in der Lage gewesen wäre, den Urlaub in natura zu nehmen.⁹⁰ 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.⁹¹ Auch hier sind berechtigte inhaltliche Bedenken geäußert worden⁹², doch wird man nicht behaupten können, daß dem Völkerrecht in der Argumentation des Gerichts von vornherein ein geringerer Stellenwert als dem BUrlG eingeräumt worden wäre.

4. Verbot der Diskriminierung aus politischen Gründen

Das ILO-Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf⁹³ verbietet unter anderem eine Benachteiligung wegen 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 Bericht⁹⁴ kommt zu dem Ergebnis, daß die Bundesrepublik das Übereinkommen insbesondere deshalb verletzt hat, weil sie die gesteigerte politische Treuepflicht öffentlicher Bediensteter nicht auf den engen Kreis von Personen beschränkt hat, bei denen eine solche Differenzierung 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 rechtlich bindend geworden⁹⁵. Die Rechtsprechung der ArbG hat darauf unterschiedlich reagiert.

Auf der einen Seite steht eine Entscheidung des ArbG Oldenburg⁹⁶, das sich gegenüber der völkerrechtlichen Ebene als sehr aufgeschlossen erwies: Bei der Bestimmung des Begriffs »Eignung« in Art. 33 Abs. 2 GG sei das ILO-Überein-

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

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

92 BIRK ANM. zu BAG AP Nr. 21 zu § 7 BUrlG Abgeltung; BERSCHIED (Fn. 88), § 15 Anm. 17 f.

93 BGBl. 1961 II S. 97.

94 Internationales Arbeitsamt (Hrsg.), Bericht des gem. Art. 26 der Verf. der ILO eingesetzten Ausschusses zur Prüfung der Einhaltung des Übereinkommens Nr. 111 über die Diskriminierung (Beschäftigung und Beruf), 1958, durch die BRD, Genf 1987; abgedr. auch bei: DAMMANN/SIEMANTEL (Hrsg.), Berufsverbote und Menschenrechte in der Bundesrepublik, Köln 1987. Der Bericht ist auch zusammenfassend wiedergegeben bei: KÖRNER-DAMMANN (Fn. 31), S. 65 ff.

95 S. dazu oben S. 626.

96 ArbG Oldenburg BB 1988, 565.

kommen 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.⁹⁷ 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 neuere Entscheidung des BAG, die sich zwar mit den Ergebnissen des Untersuchungsausschusses befaßte, ihnen im Ergebnis aber jede Wirkung absprach.⁹⁸ Zwar sei das Übereinkommen Nr. 111 innerstaatliches Recht geworden, doch sei damit noch nicht positiv vorentschieden, ob seine Bestimmungen auch bei der Auslegung des GG 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 ebensowenig gebunden wie an die Auffassung irgendwelcher anderer Gutachten.⁹⁹ 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 Urteils¹⁰⁰ nicht zu entnehmen, da dort jeweils die kursiv gesetzten Worte »wird ausgeführt« eingefügt sind. Vermutlich wird das Vorliegen eines Auslegungsspielraums verneint.

Kritisch sind 3 Dinge anzumerken. Zum einen erstaunt, daß das Gebot völkerrechtskonformer Auslegung des GG nur als Eventualität geprüft wird, obwohl die die Frage bejahenden Entscheidungen des BVerfG ausdrücklich 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 hat¹⁰¹ – 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 um so näher gelegen hätte, als dieser auch ein Minderheitenvotum enthält, wonach die Praxis in der Bundesrepublik nicht zu beanstanden sei.

97 Das Urt. wurde vom LAG Niedersachsen aufgehoben, mitgeteilt bei LÖRCHER (Fn. 14), 104 Fn. 81.

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

99 BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Abmahnung, Bl. 4.

100 S. Fn. 98.

101 LÖRCHER (Fn. 14), 101 Fn. 50.

Das Problem unterschiedlicher Behandlung wegen (in der Vergangenheit liegender) politischer Betätigung hat derzeit seine Hauptbedeutung in den neuen Bundesländern. In den Entscheidungen zur fristlosen Kündigung wegen Stasimitarbeit¹⁰² und zur ordentlichen Kündigung wegen mangelnder persönlicher Eignung¹⁰³ ist bislang das Übereinkommen Nr. 111 nicht erwähnt worden, obwohl es durchaus entsprechende Hinweise in der Literatur gab.¹⁰⁴ Auch die Tatsache, daß nach dem BAT-O bei sog. Systemnähe Vordienstzeiten nicht berücksichtigt werden¹⁰⁵, bedarf im Hinblick auf das Übereinkommen Nr. 111 der Überprüfung.

5. Einzelfragen

Die Rechtsprechung hat in einer Reihe weiterer Fälle über Fragen entschieden, zu deren Lösung völkerrechtliche Verträge herangezogen wurden oder hätten herangezogen werden müssen. Zwei Bereiche sollen hier kurz angesprochen werden.¹⁰⁶ Das LAG Niedersachsen hat in einer vielbeachteten Entscheidung die Befristungsrechtsprechung des BAG als zu weit kritisiert und ihr ein Alternativmodell gegenübergestellt, das die Befristung auch rechtlich zum Ausnahmetatbestand macht.¹⁰⁷ Dabei hat es sich unter anderem auch auf die Garantie des Rechts auf Arbeit in Art. 6 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie auf eine vergleichbare Garantie in Art. 1 ESC gestützt. Dabei blieb – bezogen auf die ESC – die innerstaatliche Verbindlichkeit dahingestellt, da die gebotene völkerrechtsfreundliche Handhabung der eigenen Rechtsordnung die Berücksichtigung des Inhalts der ESC bei der Gesetzesanwendung und -auslegung verlange.¹⁰⁸ Dieser in methodischer Hinsicht korrekte Ansatz blieb auch vor dem BAG unbeanstandet, das sich inhaltlich allerdings mit der Aussage begnügte, aus den genannten internationalen Verträgen ließen sich keine zwingenden Folgerungen für oder gegen die Zulässigkeit der Befristung ziehen; insoweit seien die Normen zu unbestimmt.¹⁰⁹

Keinen Niederschlag in der Rechtsprechung hat bislang die Vorschrift des Art. 4 Abs. 1 ESC erfahren, die das Recht der Arbeitnehmer auf ein Arbeitsentgelt anerkennt, »welches ausreicht, um ihnen und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard zu sichern«. In einer nicht veröffentlichten Entscheidung hat das BAG die Sittenwidrigkeit eines Stundenlohns von etwa 8,50 DM für eine Hilfsarbeitertätigkeit verneint, ohne dabei auf Art. 4 Abs. 1 ESC einzugehen.¹¹⁰ Nach Auffassung des Sachverständigenausschusses beim Europarat

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

103 LAG Berlin DB 1993, 98; Überblick über die Rspr. bei UDO MAYER PersR 1993, 114.

104 Vgl. etwa LÖRCHER PersR 1990, 217 u. (Fn. 14), 101.

105 Dazu DAUBLER in: FS Gnade, S. 106; JESSE ZTR 1992, 97.

106 Nicht die Rspr. sondern den Gesetzgeber betrifft der Widerspruch zwischen dem ILO-Übereinkommen Nr. 3 und dem deutschen MuSchG, der mit Recht darin gesehen wird, daß während der Schutzfristen kein absoluter Kündigungsschutz besteht und daß nicht-sozialversicherte Arbeitnehmerinnen keine »ausreichende Entschädigung« i.S. des Art. 3c des Übereinkommens Nr. 3 erhalten – dazu eingehend BEITZKE RdA 1983, 141.

107 LAG Niedersachsen LAGE § 620 BGB Nr. 22.

108 LAG Niedersachsen LAGE § 620 BGB Nr. 22, S. 4.

109 BAG AP Nr. 141 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

110 BAG v. 22. 3. 1989, 5 AZR 151/88.

ist Art. 4 Abs. 1 ESC verletzt, wenn ein Arbeitnehmer weniger als 68 v.H. des Durchschnittslohnes verdient.¹¹¹ Obwohl diese Vorschrift kein unmittelbar einklagbares Recht gewährt, muß sie bei der Handhabung des § 138 BGB berücksichtigt werden. Dies hätte – wie neuere Untersuchungen zeigen – erhebliche praktische Bedeutung im Bereich der sog. Niedrigeinkommen.¹¹²

IV. Die Bindungswirkung des EG-Rechts

1. Direkte Anwendbarkeit

Anders als im Völkerrecht ist es im EG-Recht heute kein Problem mehr, daß seine Normen unmittelbar Rechte und Pflichten für den einzelnen Bürger begründen können. Dies gilt sowohl für das sog. primäre Gemeinschaftsrecht, also insbesondere die Gründungsverträge, wie auch für das sog. sekundäre Gemeinschaftsrecht, d.h. Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen – bei den beiden letzteren allerdings nur unter sehr spezifischen Voraussetzungen. Bedingung für ein unmittelbares »Durchschlagen« auf die Ebene des Bürgers ist immer, daß EG-rechtliche Normen dies selbst wollen und sich nicht etwa auf ein mehr oder weniger unverbindliches Programm beschränken.¹¹³ So enthält die Garantie der Arbeitnehmer-Freizügigkeit nach Art. 48 EWGV unmittelbar geltendes Recht¹¹⁴, während eine ähnlich formulierte Bestimmung im Assoziierungsabkommen mit der Türkei lediglich programmatischen Charakter besitzt.¹¹⁵ Andere völkerrechtliche Abkommen, die die EG geschlossen hat, können im übrigen – wie der EuGH für das Kooperationsabkommen mit Marokko entschieden hat¹¹⁶ – durchaus unmittelbare Wirksamkeit entfalten.

Bei Verordnungen ist die Direktwirkung für und gegen den einzelnen Bürger in Art. 189 Abs. 2 EWGV ausdrücklich festgeschrieben. Richtlinien binden nach Art. 189 Abs. 3 EWGV zwar nur die Mitgliedstaaten, doch gibt es davon eine gravierende Ausnahme: Enthält die Richtlinie präzise Bestimmungen, die keines Umsetzungsaktes mehr bedürfen, und hat der betreffende Mitgliedstaat die Frist für die Umsetzung in nationales Recht verstreichen lassen, so kann er sich dem einzelnen Bürger gegenüber nicht mehr auf sein richtlinienwidriges Recht berufen.¹¹⁷ Für den einzelnen Bürger können dadurch auch Rechte entstehen, die das nationale Recht nicht vorsieht.¹¹⁸ Nach der neuesten Rechtsprechung des EuGH ist sogar eine ausdrückliche »Berufung« auf die Richtlinie entbehrlich; sie ist nach dem Grundsatz »iura novit curia« von Amts wegen anzuwenden.¹¹⁹ Dies alles gilt allerdings nur in der »vertikalen« Richtung, d.h. zwischen Bürger und Staat; eine »horizontale« Anwendung derart, daß die

111 Mitgeteilt bei SCHÄFER WSI-Mitt. 1991, 713.

112 Näher DAUBLER Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 1602 ff.

113 S. VEELKEN JuS 1993, 266.

114 EuGH Slg. 1974, 359, st. Rspr.

115 EuGH NJW 1988, 1442.

116 EuGH EuZW 1991, 283 – es ging um die Gleichstellung einer marokkanischen Staatsangehörigen bei Leistungen der Arbeitsverwaltung.

117 EuGH Slg. 1970, 1213; EuGH Slg. 1982, 53, st. Rspr.

118 NESSLER RIW 1993, 208.

119 EuGH EuZW 1993, 60. Dazu auch LANGENFELD DÖV 1992, 955 ff.

Richtlinie auch zwischen Privatpersonen wirkt, ist bislang noch nicht anerkannt.¹²⁰ Allerdings kann sich ggf. ein Schadensersatzanspruch gegen den säumigen Mitgliedstaat ergeben.¹²¹ Die für Richtlinien geltenden Grundsätze finden auch auf Entscheidungen Anwendung, die an die Mitgliedstaaten gerichtet sind und vergleichbar präzise Bestimmungen in bezug auf den einzelnen Bürger enthalten.¹²² Schließlich bedarf der Erwähnung, daß auch Beschlüsse des Assoziationsrates EG-Türkei unmittelbare Wirkung haben können, was gerade für türkische Wanderarbeitnehmer von ganz entscheidender Bedeutung ist.¹²³

2. Anwendungsvorrang und EG-konforme Auslegung

Unmittelbar anwendbares EG-Recht hat Vorrang vor nationalen Vorschriften einschließlich des GG.¹²⁴ Dies gilt auch in bezug auf Grundrechte, solange der EuGH ein vergleichbares Maß an Bürgerschutz praktiziert.¹²⁵ Die dem Gemeinschaftsrecht widersprechenden deutschen Normen werden nicht etwa unwirksam, sondern bleiben lediglich außer Anwendung.¹²⁶

Um Widersprüche zwischen nationalem Recht und EG-Recht nach Möglichkeit zu vermeiden, muß ersteres »gemeinschaftsrechtskonform« interpretiert werden.¹²⁷ Dies entspricht der aus dem deutschen Recht bekannten verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen und untergesetzlichen Rechtsnormen. Für Richtlinien bedeutet dies, daß sie auch in die Beziehungen zwischen Privaten hineinwirken. Bemerkenswert ist im übrigen, daß der EuGH die nationalen Gerichte für verpflichtet ansieht, auch unverbindliche Akte der Gemeinschaft wie Stellungnahmen und Empfehlungen dort zu berücksichtigen, wo der nationale Gesetzgeber keine eindeutige Regelung getroffen hat.¹²⁸

3. Die Definitionsmacht des EuGH

Anders als im Völkerrecht ist im EG-Recht geklärt, wer über die Gültigkeit und den Inhalt gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen verbindlich entscheidet. Kommt es in einem konkreten Streitfall auf eine EG-Norm an, muß das nationale Gericht letzter Instanz nach Art. 177 Abs. 3 EWGV den EuGH einschalten, um eine definitive Klärung herbeizuführen.¹²⁹ Wird diese Pflicht verletzt, liegt ggf. ein Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101

120 EuGH Slg. 1987, 3985; krit. dazu BACH JZ 1990, 115; NESSLER (Fn. 118); WINTER DVBl. 1991, 565.

121 EuGH EuZW 1991, 758.

122 EuGH EuZW 1993, 37.

123 EuGH NVwZ 1991, 255 u. EuGH EuZW 1993, 96.

124 BVerfGE 73, 339ff., Hilf EuGRZ 1987, 1ff.

125 S. Fn. 124.

126 VEELKEN (Fn. 113), 267.

127 EuGH Slg. 1990, 4159; CLASSEN EuZW 1993, 86; GÖTZ NJW 1992, 1854; NESSLER (Fn. 118); VEELKEN (Fn. 113), 271; ZULEEG RdA 1992, 137. Speziell zu Richtlinien LANGENFELD (Fn. 119).

128 EuGH NZA 1991, 283.

129 Dies gilt nur dann nicht, wenn die Frage in der Rspr. des EuGH bereits geklärt ist und sich das Gericht dem EuGH anschließt oder wenn überhaupt keine Zweifel am Inhalt der Norm entstehen können – Lehre vom sog. *acte clair* – dazu OPPERMANN Europarecht, München 1991, Rn. 657.

Abs. 1 Satz 2 GG vor, der mit der Verfassungsbeschwerde gerügt (und repariert) werden kann.¹³⁰ Die Instanzgerichte haben das Recht, den EuGH einzuschalten, jedoch keine entsprechende Pflicht. Die Norm des Art. 177 Abs. 3 EWGV sorgt dafür, daß das EG-Recht in allen Mitgliedstaaten einheitlich gilt, daß es nicht ein »Europarecht deutscher Lesart«, ein »Europarecht italienischer Lesart«, ein »Europarecht britischer Lesart« usw. gibt. Hier liegt eine der wichtigsten Voraussetzungen für die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft.¹³¹

V. Beispiele für die Anwendung des EG-Rechts durch die Arbeitsgerichte

Das EG-Recht deckt anders als die im ersten Teil behandelten völkerrechtlichen Abkommen nur einen kleinen Teil der arbeitsrechtlichen Probleme ab.¹³² Von Bedeutung ist es insbesondere bei der Lohngleichheit von Mann und Frau (1), bei sonstigen Fragen der Gleichberechtigung im Arbeitsleben (2), beim Betriebsübergang (3) sowie bei der Behandlung von Wanderarbeitnehmern (4). Dies schließt allerdings nicht aus, daß es bisweilen auch in anderen Zusammenhängen eine Rolle spielt (5).

1. Lohngleichheit von Mann und Frau

a) Vorgaben des Gemeinschaftsrechts

Art. 119 Abs. 1 EWGV bestimmt, daß jeder Mitgliedstaat »während der ersten Stufe den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anwenden und in der Folge beibehalten« wird. Die Vorschrift hatte zunächst kaum praktische Bedeutung; alle Mitgliedstaaten vertraten den Standpunkt, der Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau sei in ihrem Herrschaftsgebiet gewahrt. Erst Anfang der 70er Jahre nahmen die Organe der Gemeinschaft die tatsächlich vorhandenen Probleme zur Kenntnis; im sozialen Aktionsprogramm von 1974 wurde festgelegt, daß die Gleichberechtigung von Mann und Frau effektiv durchzusetzen sei. Auf dieser Grundlage wurde 1975 die Lohngleichheitsrichtlinie erlassen.¹³³ Im Jahre 1976 entschied der EuGH, daß der Grundsatz der Lohngleichheit nach Art. 119 EWGV nicht nur unmittelbar in allen Mitgliedstaaten gelte, sondern auch die einzelnen Arbeitsvertragsparteien binde.¹³⁴ Später wurde klargestellt, daß zum »Entgelt« i. S. dieser Bestimmung auch die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung gehören.¹³⁵ Weiter entwickelte sich eine reiche Rechtsprechung insbesondere zur Gleichstellung der Teilzeitkräfte, die im Zusammenhang mit der

130 BVerfGE 73, 339, 366; 75, 223, 234.

131 HESSE (Fn. 13), Rn. 107.

132 BIRK (Fn. 1), 366 (»Regelungstorso«); DAUBLER (Fn. 12).

133 Richtlinie des Rates v. 10. 2. 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (75/117/EWG), ABl. v. 19. 2. 1975, Nr. L 45/19, abgedr. auch bei BIRK (Fn. 2), S. 209ff. u. bei DAUBLER (Fn. 26), Nr. 421.

134 EuGH NJW 1976, 2068.

135 EuGH NJW 1981, 2637.

»Rezipierung« und Umsetzung durch die deutschen ArbG behandelt werden soll.

b) Die Umsetzung durch die Arbeitsgerichte

Die deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit hat es verständlicherweise nicht als ihre Aufgabe angesehen, »europäischer« als die Gemeinschaft und der EuGH zu sein. Solange dort Art. 119 rund 15 Jahre lang im Dornröschenschlaf lag, sah man keinen Anlaß, vorzupreschen und den Inhalt der neuen Norm auszuloten. Immerhin wurde schon Anfang der 60er Jahre Art. 119 EWGV in einer Reihe mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 100 als »geltendes Recht« bezeichnet.¹³⁶ Die EuGH-Rechtsprechung zur (in deutscher Terminologie gesprochen) »Drittwirkung« des Lohngleichheitsgrundsatzes wurde zuerst am Beispiel von Zulagen aufgegriffen – in der Art der Wiedergabe und Auseinandersetzung allerdings recht vorsichtig und stets bemüht, die Übereinstimmung mit dem nach deutschem Recht gefundenen Ergebnis zu dokumentieren.¹³⁷ Ein deutlicher Wandel ergab sich erst seit der Mitte der 80er Jahre. Betroffen war die Handhabung der Eingruppierungsmerkmale sowie insbesondere die Rechtsstellung der Teilzeitkräfte.

Nach Art. 1 Abs. 2 der Lohngleichheitsrichtlinie müssen Systeme beruflicher Einstufung so geartet sein, daß sie auf gemeinsamen Kriterien für männliche und weibliche Arbeitnehmer beruhen und außerdem Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts ausschließen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es deshalb nicht zulässig, etwa bei der Bestimmung des Eingruppierungsmerkmals »schwere körperliche Arbeit« allein auf das Kriterium der anzuwendenden Muskelkraft abzustellen, sofern gleichzeitig auch andere Belastungen bestehen, denen Frauen möglicherweise sogar besser als Männer gewachsen sind.¹³⁸ Diese auf Vorlage des ArbG Oldenburg¹³⁹ ergangene Entscheidung wurde in der Folgezeit vom BAG in der Weise umgesetzt, daß der Begriff »schwere körperliche Arbeit« einen anderen, d. h. den vom EuGH gewünschten Inhalt erhielt.¹⁴⁰ Dabei wurde – ganz anders als dies gegenüber völkerrechtlichen Instanzen der Brauch ist – eingehend auf die EuGH-Entscheidung verwiesen und im Ergebnis eine EG-rechtskonforme Auslegung von Tarifverträgen praktiziert.

Bei der Vergütung von Teilzeitkräften spielt die auf Vorlage des BAG¹⁴¹ ergangene Bilka-Entscheidung des EuGH¹⁴² insofern eine entscheidende Rolle, als die spätere Rechtsprechung des EuGH wie der deutschen ArbG auf ihr aufbaute und dabei weitere wichtige Einzelfragen entschied. Danach stellt der Ausschluß von Teilzeitkräften von bestimmten Leistungen im Regelfall eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts dar, da dadurch in aller Regel

136 BAG AP Nr. 69 zu Art. 3 GG, Bl. 3.

137 Vgl. etwa BAG AP Nr. 53 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Bl. 4 R/5. In BAG AuR 1982, 102 mit Anm. BERTELSMANN/PFARR war noch ganz auf eine europarechtliche Argumentation verzichtet worden.

138 EuGH DB 1986, 1877.

139 Dazu COLNERIC AiB 1986, 40.

140 BAG DB 1988, 1657; BAG DB 1992, 2556. Zu verbleibenden Problemen s. COLNERIC AiB 1988, 308.

141 BAG DB 1984, 1577.

142 EuGH DB 1986, 1525.

deutlich mehr Frauen als Männer betroffen sind. Eine derartige Regelung kann gleichwohl mit Gründen gerechtfertigt werden, die nichts mit dem Geschlecht zu tun haben, die einem »wirklichen Bedürfnis« des Unternehmens dienen und die zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind. Dies ist – wie auch das BAG hervorgehoben hat¹⁴³ – eine wesentlich höhere Schwelle als der »sachliche Grund«, der andere Differenzierungen zu rechtfertigen vermag. Was die Grundvergütung betrifft, so hat das BAG in der Folgezeit die Vorschrift des § 2 Abs. 1 BeschFG, wonach Teilzeitkräfte nicht ohne sachlichen Grund schlechter als Vollzeitkräfte behandelt werden dürfen, weit ausgelegt und dadurch einen Rückgriff auf EG-Recht überflüssig gemacht. So wurde das Vorliegen eines »sachlichen Grundes« generell verneint, wenn die Arbeit die gleiche war, z. B. Unterricht gegeben wurde.¹⁴⁴ Trotz der Bestimmung des § 6 BeschFG wurde diese Regelung für nicht tarifdispositiv erklärt¹⁴⁵; auch die Tatsache, daß auf diese Weise Tariflöhne auf eine weitere Beschäftigtengruppe ausgedehnt werden (was einer verkappten Allgemeinverbindlicherklärung entspricht), war für das BAG kein Stein des Anstoßes.¹⁴⁶ Eine Ausnahme von diesem strengen Gleichbehandlungsgrundsatz wurde nur für den Fall gemacht, daß es sich bei der Teilzeitarbeit um eine Nebentätigkeit handelte, das Hauptbeschäftigungsverhältnis jedoch eine »auskömmliche und gesicherte Existenz« vermittelte.¹⁴⁷ Die Feststellung, daß hier ein »sachlicher Grund« für eine Differenzierung vorliegt, wird man sicherlich akzeptieren können, wenngleich eine Überprüfung an den Kriterien des EG-Rechts – soweit ersichtlich – unterblieb.

Soweit Teilzeitkräfte durch Gesetz schlechter gestellt sind, war der Rückgriff auf europäisches Recht unvermeidbar. In bezug auf § 1 Abs. 3 Nr. 2 LFZG hatte der EuGH auf Vorlage des ArbG Oldenburg¹⁴⁸ entschieden, daß die Vorenthaltung der Lohnfortzahlung gegenüber Teilzeitkräften mit bis zu 10 Wochenstunden nur mit einem »notwendigen Ziel der nationalen Sozialpolitik« gerechtfertigt werden könne.¹⁴⁹ Das LAG Hamm¹⁵⁰ sah ein solches in der Struktur der Krankenversicherung, die bestimmte Teilzeitbeschäftigte ausklammert; die Lohnfortzahlung wolle lediglich die Leistung des Arbeitgebers an die Stelle der der Krankenversicherung setzen. Das BAG hat dem mit Recht keinen Geschmack abgewonnen und den § 1 Abs. 3 Nr. 2 LFZG für unanwendbar erklärt.¹⁵¹

Im Bereich der betrieblichen Altersversorgung wurde zunächst EG-rechtlich argumentiert und die Bilka-Entscheidung des EuGH voll im nationalen Rahmen nachvollzogen.¹⁵² In der sog. Führungskräfteentscheidung wurde es für

143 BAG DB 1989, 2336.

144 BAG DB 1989, 2338 = NZA 1990, 37; vgl. auch BAG DB 1990, 1040, wonach das Urlaubsentgelt nach § 11 BUrlG auf der Grundlage eines diskriminierungsfreien Referenzentgelts zu bestimmen ist.

145 S. Fn. 144.

146 Vgl. BAG DB 1989, 1727.

147 BAG DB 1991, 285. Berechtigte Kritik bei SCHÜREN in: FS Gnade, S. 165 ff.

148 ArbG Oldenburg DB 1988, 1756.

149 EuGH DB 1989, 1574.

150 LAG Hamm DB 1991, 1286.

151 BAG DB 1992, 330. Ebenso schon vorher ArbG Oldenburg DB 1990, 1420 = EuZW 1990, 194.

152 BAG DB 1989, 2336.

zulässig erklärt, die Versorgung auf Arbeitnehmer in gehobenen Positionen zu beschränken.¹⁵³ Auch wenn dort kaum Frauen vertreten seien, liege die Ursache dafür nicht in der Versorgungsordnung, sondern in der Beförderungspraxis. Eine solche Regelung entspreche einem Bedürfnis des Unternehmens, da die Bindung qualifizierter Arbeitnehmer besonders wichtig sei; weiter sei der spezifische Zuschnitt der Versorgungsordnung für die Erreichung dieses Zieles auch geeignet und erforderlich. Ob man dem zustimmen will, erscheint zweifelhaft¹⁵⁴; im vorliegenden Zusammenhang ist jedoch lediglich die Feststellung von Interesse, daß die Vorgaben des EuGH nicht nur erwähnt, sondern auch beachtet wurden. Die neueste Entscheidung zur betrieblichen Altersversorgung ging demgegenüber denselben Weg, der auch bei der Grundlohnvergütung gewählt wurde: Die Schlechterstellung der Teilzeitkräfte wurde als Verstoß gegen § 2 Abs. 1 BeschFG qualifiziert, ohne daß das Gemeinschaftsrecht irgendwie erwähnt worden wäre.¹⁵⁵ Im Ergebnis ist dies nicht zu kritisieren, da die Herstellung voller Gleichheit mit Hilfe des innerstaatlichen Rechts das Vorliegen einer Diskriminierung i.S. des Gemeinschaftsrechts ausschließt. Der Bewährungsaufstieg nach § 23a BAT und seine Nichterstreckung auf (bestimmte) Teilzeitkräfte hatte im Jahr 1990 den EuGH beschäftigt, der hierin mit Recht eine mittelbare Diskriminierung sah, soweit keine Rechtfertigung durch ein größeres Erfahrungswissen von Vollzeitkräften möglich war.¹⁵⁶ Das BAG hat aufgrund dieser Entscheidung seine frühere Rechtsprechung revidiert und Teilzeitkräfte grundsätzlich einbezogen.¹⁵⁷

Ohne Einschaltung des BAG ist bislang die weitere Frage entschieden worden, inwieweit teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder, die nach § 37 Abs. 6 BetrVG an einer Ganztagessechulung teilnehmen, volle Vergütung für 8 Stunden beanspruchen können. Auf Vorlage des LAG Berlin¹⁵⁸ wandte der EuGH auch hier den Gleichberechtigungsgrundsatz an¹⁵⁹, was im Ergebnis auf eine volle Bezahlung der Fortbildungszeit hinausläuft. Die zum Teil recht heftige Kritik, die sich an der angeblichen Verkennung nationaler Rechtsstrukturen durch den EuGH festmachte¹⁶⁰, verwundert insofern etwas, als nicht nur die Vorlageentscheidung, sondern einige Jahre zuvor auch bereits ein anderes ArbG dieselbe Auffassung vertreten hatte.¹⁶¹

Die – unvollständige – Aufzählung der Rechtsprechung macht deutlich, daß die ArbG das EG-Recht einschließlich der Urteile des EuGH ernst genommen und daß insbesondere auch erst- und zweitinstanzliche Gerichte von ihrer Vorlagebefugnis nach Art. 177 EWGV Gebrauch gemacht haben. In näherer Zukunft ist damit zu rechnen, daß verbleibende Probleme der Teilzeitarbeit geklärt werden – so insbesondere die Frage, ob die Ausklammerung aus der Sozialversicherung in § 8 SGB IV und eine daran anknüpfende arbeitsrechtliche Rege-

153 BAG DB 1987, 994.

154 Vorsichtige Kritik bei PFARR/BERTELSMANN *Diskriminierung im Erwerbsleben*, Baden-Baden 1989, S. 367.

155 BAG DB 1993, 169.

156 EuGH DB 1991, 660.

157 BAG DB 1993, 586.

158 LAG Berlin DB 1991, 51.

159 EuGH DB 1992, 1481.

160 Handelsblatt v. 13. 10. 1992; SCHIEFER DB 1993, 42; vgl. auch HEINZE ZfA 1992, 350.

161 ArbG Bremen AuR 1986, 379.

lung¹⁶² mit dem Grundsatz der Lohngleichheit vereinbar ist.¹⁶³ Die Rechtsprechung zu § 1 Abs. 3 Nr. 2 LFZG legt eine positive Antwort zumindest nahe.¹⁶⁴ Weiter verdient die Frage Aufmerksamkeit, ob die Abhängigkeit zahlreicher Leistungen von der Dauer der Betriebszugehörigkeit wirklich beibehalten werden kann, erreichen doch im Durchschnitt Frauen nur zwei Drittel der »Dienstzeit« von Männern.¹⁶⁵

2. Gleichbehandlung beim Zugang zur Beschäftigung und bei den Arbeitsbedingungen

a) Vorgaben des Gemeinschaftsrechts

Der EWG-Vertrag selbst enthält über den Lohnsektor hinaus keine Gleichberechtigungsgarantie. Auf der Grundlage des Art. 235 EWGV wurde jedoch im Jahre 1976 die sog. Gleichbehandlungsrichtlinie erlassen¹⁶⁶, die den Gleichbehandlungsgrundsatz auf alle Handlungen des Arbeitgebers erstreckt, die mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehen.¹⁶⁷ Angesichts einer fehlenden inhaltlichen Garantie im Vertrag gewinnt die richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Rechts besondere Bedeutung.

b) Umsetzung durch die Arbeitsgerichte

Während die EuGH-Entscheidung zur Unwirksamkeit des Nachtarbeitsverbots für Frauen¹⁶⁸ durch die entsprechende Entscheidung des BVerfG¹⁶⁹ »überholt« wurde und insofern keine spezifischen Probleme auftraten, zeigen sich bei anderen Teilen der Gleichbehandlungsrichtlinie eine Reihe praktischer Schwierigkeiten.

Die durch das EG-Anpassungsgesetz von 1980 geschaffene Vorschrift des § 611a Abs. 2 BGB sieht bei diskriminierender Nicht-Einstellung und Nicht-Beförderung lediglich den Ersatz des negativen Interesses vor. Es ist das Verdienst der ArbG Hamburg¹⁷⁰ und Hamm¹⁷¹, durch 2 Vorlagen den EuGH in die Lage versetzt zu haben, die Vorgaben der Richtlinie zu konkretisieren¹⁷²: Es liegt zwar im Ermessen der Mitgliedstaaten, welche Sanktionen sie für den Fall

162 Vgl. als Beispiel § 3 lit. n BAT.

163 Dahingestellt in: BAG DB 1993, 173.

164 Vgl. BIEBACK ZIAS 1990, 17 u. JAEGER NZA 1990, 1 ff. sowie SG Hannover BB 1993, 1593.

165 Mitgeteilt bei PFARR/BERTELSMANN (Fn. 154), S. 403. Zur rechtlichen Beurteilung s. außer PFARR/BERTELSMANN auch DAUBLER (Fn. 105), S. 109 f.

166 Richtlinie des Rates vom 9. 2. 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (76/207/EWG), ABl. v. 14. 2. 1976, Nr. 39/40, abgedr. auch bei: BIRK (Fn. 2), S. 212 ff. u. bei: DAUBLER (Fn. 26), Nr. 422.

167 Weitere Richtlinien über die schrittweise Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (ABl. v. 10. 1. 1979, Nr. L 6/24) und zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (ABl. v. 12. 8. 1986, Nr. L 225/40) sollen hier nicht einbezogen werden, da sie für die ArbG von relativ untergeordneter Bedeutung sind.

168 EuGH EuZW 1991, 66.

169 BVerfG NZA 1992, 270.

170 ArbG Hamburg BB 1983, 1858.

171 ArbG Hamm DB 1983, 1102.

172 EuGH DB 1984, 1042 = RdA 1984, 252.

von Diskriminierungen vorsehen, doch müssen letztere »abschreckende Wirkung« haben. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn eine abgewiesene Bewerberin lediglich Ersatz der nutzlos aufgewandten Bewerbungskosten verlangen kann.

Die Rechtsprechung der Instanzgerichte hat daraus die Konsequenz gezogen, daß eine zu Unrecht abgewiesene Bewerberin zwar keinen Einstellungsanspruch besitzt, daß sie jedoch wegen Eingriffs in ihr Persönlichkeitsrecht in entsprechender Anwendung des § 847 BGB Schadensersatz verlangen kann, der mit 5–6 Monatsgehältern veranschlagt wurde.¹⁷³ Das BAG schloß sich dem an, sah jedoch nur 1 Monatsgehalt als »Regelsatz« an¹⁷⁴, der im Einzelfall wegen milder schwerer Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts auch ganz wegfallen kann.¹⁷⁵ Ob dies noch die vom EuGH gewollte »abschreckende Wirkung« entfaltet, wird man bezweifeln können. Auch ist es in methodischer Hinsicht nicht überzeugend, wenn das BAG meint, einen Schadensersatzanspruch nur insoweit zugestehen zu müssen, als dies nach EG-Recht »unbedingt erforderlich« ist; dies läuft auf eine Art Minimalisierungsgrundsatz bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht hinaus. Mittlerweile ist klargestellt, daß diese Rechtsprechung sowieso eine Änderung erfahren muß, da der EuGH im Fall DEKER¹⁷⁶ ausdrücklich eine verschuldensunabhängige Sanktion verlangt hat. Dieselbe Entscheidung entwickelte das geltende Antidiskriminierungsrecht insofern weiter, als jedes Abstellen auf die Schwangerschaft verboten wurde – und zwar auch dann, wenn sich um eine Stelle nur Frauen beworben hatten. Aus dem Verbot, gegenüber dem anderen Geschlecht benachteiligt zu werden, wird so ein allgemeines Anknüpfungsverbot.¹⁷⁷ Das BAG hat daraufhin seine Rechtsprechung zum Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern revidiert und die Frage nach der Schwangerschaft grundsätzlich ausgeschlossen.¹⁷⁸ Während hier die Vorgaben des EG-Rechts schnell und konsequent umgesetzt wurden, fand dieses in einem anderen Fall keinerlei Erwähnung: Ist die Bildschirmarbeit nach dem einschlägigen Tarifvertrag bei Vollzeitbeschäftigten auf 20 Wochenstunden beschränkt, während Halbtagskräfte bis zu 75 v. H. ihrer Arbeitszeit am Bildschirm verbringen müssen, sei dies nach § 2 Abs. 1 BeschFG zulässig, weil die Gesamtbelastung für Augen und Muskulatur unterschiedlich sei.¹⁷⁹ Ob dieser Gesichtspunkt so schwer wiegt, daß auch eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts zulässig ist, fand keine Erörterung.

Auch im Bereich der Gleichbehandlungsrichtlinie wird man der Arbeitsgerichtsbarkeit – bei aller Kritik im Detail – konsequente und faire Umsetzung der EG-rechtlichen Vorgaben bescheinigen müssen. In Zukunft wird voraussichtlich insbesondere das Problem eine Rolle spielen, inwieweit aktive Frauen-

173 ArbG Oberhausen NZA 1985, 252 (5 Monatsgehälter); ArbG Hamm DB 1984, 2700; ArbG Hamburg DB 1985, 1402; LAG Hamburg DB 1988, 131; LAG Frankfurt DB 1988, 1754 (6 Monatsgehälter); anders nur LAG Niedersachsen DB 1985, 1401.

174 BAG DB 1989, 2279 = NZA 1990, 21.

175 BAG DB 1989, 2281.

176 EuGH DB 1991, 286.

177 Dies ist etwa dann von Bedeutung, wenn die Sanktion nicht die Frau, sondern ihre Arbeitskollegen trifft, die z. B. im Falle der Schwangerschaft (nicht aber bei sonstigen Ausfällen) die Arbeit miterledigen müssen.

178 BAG DB 1993, 435.

179 BAG DB 1989, 1424 = NZA 1989, 593.

förderung auch dann mit Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht vereinbar ist, wenn dadurch Männer benachteiligt werden.¹⁸⁰

3. Erhaltung der Arbeitnehmerrechte bei Betriebsübergang und Fusion

a) EG-rechtliche Vorgaben

Die Richtlinie »Zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen«¹⁸¹ sieht einen Bestandsschutz zugunsten der Arbeitnehmer von mindestens 1 Jahr Dauer vor. Ihr entspricht im deutschen Recht die Vorschrift des § 613a BGB, die allerdings im Vergleich zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben 2 Defizite aufweist.

Zum einen betrifft sie nur den Übergang von Betrieben und Betriebsteilen, nicht aber die Verschmelzung von Unternehmen. Die Gesamtrechtsnachfolge, die in diesem zuletzt genannten Fall eintritt, schützt die Arbeitnehmer dann nicht ausreichend, wenn das bisherige Arbeitgeberunternehmen an einen Verbandstarif gebunden war, das neue jedoch außerhalb des Verbandes steht. In der Literatur wird deshalb erwogen, § 613 Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB entsprechend anzuwenden, wo die Fortgeltung von Tarifbestimmungen als zwingende Bestandteile des Arbeitsvertrags angeordnet ist.¹⁸²

Zum zweiten ist h. M. in der Literatur, daß betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen ihrer Natur nach nicht geeignet sind, in den Arbeitsvertrag einzugehen und damit der Vorschrift des § 613a Abs. 1 Satz 2 entsprechend 1 Jahr lang weiterzugelten.¹⁸³ Darin wird zu Recht ein Zurückbleiben hinter Art. 3 Abs. 2 der EG-Richtlinie gesehen, die alle kollektivvertraglichen Bedingungen einbezieht.¹⁸⁴ Ein Ausweg könnte darin liegen, auch solche Tarifnormen nach Art von allgemeinen Arbeitsbedingungen in die Arbeitsverträge eingehen zu lassen.¹⁸⁵

Neuere arbeitsgerichtliche Entscheidungen zu beiden Bereichen sind nicht ersichtlich; im Ernstfall müßte jedenfalls das BAG den EuGH einschalten.

b) Umsetzung durch die Arbeitsgerichte

Der Umgang der ArbG mit der hier zur Erörterung stehenden EG-Richtlinie läßt sich sehr viel kürzer als im Bereich der Diskriminierungsverbote zusammenfassen. Das BAG hat seine zahlreichen Aussagen zum Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Betriebsübergangs im wesentlichen ohne jeden Rückgriff auf die EG-Richtlinie gemacht.¹⁸⁶ Im Regelfall ist dabei kein Widerspruch zu

180 Dazu zuletzt EBSSEN RdA 1993, 15 ff.

181 ABl. vom 5. 3. 1977, Nr. L 61/26.

182 Näher DAUBLER (Fn. 112), Rn. 1575 ff.; QUANDER Betriebsinhaberwechsel bei Gesamtrechtsnachfolge, München 1990, S. 260 ff.

183 S. etwa HANAU/VOSSEN in: FS Hilger und Stumpf, München 1983, S. 290; KEMPEN BB 1991, 2009; KNIGGE BB 1980, 1276 u. a.

184 LOW Die Betriebsveräußerung im europäischen Arbeitsrecht, Frankfurt/Main 1992, S. 77.

185 Näher DAUBLER (Fn. 112), Rn. 1541.

186 Überblick bei: PALANDT/PUTZO BGB, 52. Aufl., München 1993, § 613a BGB Rn. 10 ff.

der gleichfalls sehr detaillierten Rechtsprechung des EuGH entstanden.¹⁸⁷ Lag im Zeitpunkt der jeweiligen BAG-Entscheidung das entsprechende EuGH-Urteil noch nicht vor, so wäre eine Vorlage nach Luxemburg in Betracht gekommen. Ob sie auch geboten war, ob also gewissermaßen automatisch immer eine richtlinienkonforme Interpretation zu erfolgen und deshalb der genaue Inhalt der Richtlinie vorab zu klären ist, soll an dieser Stelle dahinstehen. In 2 Fällen war die Pflicht zur Vorlage allerdings nicht zu übersehen. Im einen¹⁸⁸ ging es darum, daß der Arbeitgeber die alte »Betriebsgemeinschaft« durch Kündigung und Aufhebungsverträge rechtsbeständig aufgelöst und dann den Betrieb an einem anderen Ort mit einer im wesentlichen neuen Belegschaft fortgeführt hatte: Hier soll nach BAG eine Stilllegung und kein Betriebsübergang vorliegen.¹⁸⁹ Dem steht die Position des EuGH gegenüber, wonach der Identität der Geschäftstätigkeit eine herausragende Bedeutung bei der Beurteilung der Frage zukommt, ob ein Betriebsübergang vorliegt oder nicht.¹⁹⁰ Die zweite problematische Entscheidung betraf die Kündigung wegen Betriebsübergangs: War im Zeitpunkt der Kündigung eine Stilllegung geplant, kommt es später jedoch zu einer Betriebsveräußerung, so soll es allein auf die Verhältnisse im ersten Zeitpunkt ankommen – mit der Folge, daß § 613a Abs. 4 BGB nicht eingreift.¹⁹¹ Da dieselbe Frage auch im Rahmen des Art. 4 der Richtlinie zu klären ist, wäre eine Vorlage geboten gewesen.

In neuester Zeit ist allerdings auch im Bereich des Betriebsübergangs die Kommunikation zwischen den deutschen ArbG und dem EuGH hergestellt worden. Die dem Arbeitnehmer von der Rechtsprechung eingeräumte Befugnis, dem Betriebsübergang zu widersprechen und beim bisherigen Arbeitgeber zu bleiben¹⁹², war in der Literatur mit dem Argument angegriffen worden, dies verstoße gegen den vom EuGH angenommenen automatischen und zwingenden Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber.¹⁹³ Zwar fand diese Position vorwiegend Widerspruch¹⁹⁴, doch war der »Problemhorizont« endgültig um die europäische Dimension erweitert. Aufgrund von Vorlagebeschlüssen des ArbG Bamberg¹⁹⁵ und des ArbG Hamburg¹⁹⁶ entschied der EuGH¹⁹⁷, daß das Widerspruchsrecht mit Art. 3 der Richtlinie vereinbar sei, und brauchte deshalb gar nicht mehr zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Einräumung eines Widerspruchsrechts eine »günstigere Regelung« i.S. des Art. 7 der Richtlinie darstellt. Auch das BAG hatte die Frage dem EuGH im Laufe des Jahres 1992 vorgelegt¹⁹⁸ – in gewissem Gegensatz zu seiner früheren Rechtsprechung,

187 Überblick bei: LENZ/MÖLLS Beil. 15/1990 zu DB, S. 8 ff.

188 BAG AP Nr. 67 zu § 613a BGB.

189 BAG AP Nr. 67 zu § 613a BGB, Leitsatz.

190 EuGH Slg. 1986, 1119 ff.

191 BAG AP Nr. 74 zu § 613a BGB.

192 Zusammenfassend BAG AP Nr. 55 zu § 613a BGB.

193 So insbes. BAUER NZA 1990, 134 u. NZA 1991, 139; MEILICKE DB 1990, 1770 u. DB 1991, 1326 unter Berufung auf EuGH NZA 1990, 885 = EuZW 1990, 482.

194 S. DAUBLER NZA 1991, 134; HEITHER NZA 1991, 136; LOW DB 1991, 546 f.

195 ArbG Bamberg DB 1991, 1382.

196 ArbG Hamburg DB 1991, 1333.

197 EuGH DB 1993, 230.

198 BAG DB 1992, 1191.

wo es das Widerspruchsrecht ohne die gebotene Einschaltung des EuGH mit Art. 7 der Richtlinie gerechtfertigt hatte.¹⁹⁹

Keine Beachtung fand bis heute die Vorschrift des Art. 6 der Richtlinie, wonach die einzelnen vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer über bestimmte wesentliche Punkte zu informieren sind. Nach Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie kann diese Information unterbleiben, wenn die Maßnahmen mitbestimmungspflichtig sind.²⁰⁰ Ist mit einem Betriebsübergang eine sozialplanpflichtige Betriebsänderung verbunden, ist diese Voraussetzung gegeben und die Information der einzelnen Arbeitnehmer kann entfallen. Der durch das BeschFG 1985 eingefügte § 112a BetrVG läßt unterhalb bestimmter Schwellenwerte sowie innerhalb von 4 Jahren nach Neugründung die Erzwingbarkeit des Sozialplans entfallen, so daß in diesem Bereich nicht mehr die Ausnahmevorschrift des Art. 6 Abs. 3, sondern die Regel des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie greift.²⁰¹ In solchen Fällen trifft die Aussage des BAG²⁰² nicht zu, der Betriebsübergang unterliege in keinem Fall der Unterrichts- und Beratungspflicht des Unternehmers.

4. Die Gleichstellung der Wanderarbeitnehmer

a) EG-rechtliche Vorgaben

Art. 48 EWGV garantiert die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft und verbietet ausdrücklich jede Diskriminierung in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Die Verordnung 1612/68²⁰³ konkretisiert dies in ihren Art. 7 ff. im einzelnen. Dazu kommt der Beschluß Nr. 1/80 des Assoziationsrates EG-Türkei²⁰⁴, der nach der neuesten Rechtsprechung des EuGH²⁰⁵ eine weitgehende Gleichstellung türkischer Arbeitnehmer verlangt. Ähnliches gilt aufgrund des Kooperationsabkommens mit Marokko für marokkanische Staatsangehörige.²⁰⁶

b) Umsetzung durch die Arbeitsgerichte

In der Rechtsprechung der ArbG zu den Rechten und Pflichten von Arbeitnehmern aus anderen EG-Staaten findet man nur vergleichsweise selten Bezugnahmen auf EG-Recht. Das Benachteiligungsverbot des § 75 Abs. 1 BetrVG scheint zur Bewältigung eventueller Konflikte auszureichen; insoweit ähnelt die Situation der im Rahmen des § 613a BGB bestehenden.

199 BAG AP Nr. 21 zu § 613a BGB.

200 Einzelheiten bei: COLNERIC in: FS Steindorff, Berlin-New York 1990, S. 1130 ff. Der Text der Richtlinie spricht von einer »Schiedsstelle«, die von der Arbeitnehmervertretung angerufen werden kann und die über die Maßnahmen entscheidet.

201 COLNERIC (Fn. 200), S. 1135, 1138.

202 BAG DB 1993, 640.

203 VO (EWG) Nr. 1612/68 des Rates über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft v. 15. 10. 1968 (ABl. Nr. L 257/1), abgedr. auch bei: BIRK (Fn. 2), S. 95 ff. und bei: DAUBLER (Fn. 26), Nr. 411.

204 Abgedr. in: ANBA 1981, 2 u. bei: DAUBLER (Fn. 26), Nr. 419 c.

205 EuGH NVwZ 1991, 255 – Sevince u. EuZW 1993, 96 – Kus.

206 EuGH EuZW 1991, 283.

Relativ früh wurde die Frage geklärt, daß das Arbeitsplatzschutzgesetz auch dann Anwendung findet, wenn der Arbeitnehmer in einem anderen EG-Mitgliedstaat seinen Wehrdienst ableisten muß.²⁰⁷ Weiter wurde klargestellt, daß die Gewährung von Trennungsentschädigung und Zulagen nicht zu einer versteckten Diskriminierung von Wanderarbeitnehmern aus anderen EG-Staaten führen darf.²⁰⁸ Keiner Klärung wurde dagegen bisher die Frage zugeführt, inwieweit das EG-Recht auch kompensatorische Maßnahmen fordert oder zumindest zuläßt, die faktische Nachteile ausländischer Arbeitnehmer ausgleichen könnten.²⁰⁹ Der in bezug auf einen sprachunkundigen türkischen Arbeitnehmer entwickelte Grundsatz, ein Kündigungsschreiben sei erst zugegangen, wenn Gelegenheit zur Übersetzung bestanden habe²¹⁰, wäre auch im EG-Kontext denkbar. Da Art. 3 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung 1612/68 eine Benachteiligung wegen fehlender Sprachkenntnisse bei der Stellenvergabe ausdrücklich zuläßt, müßte es im Interesse der Freizügigkeit auch möglich sein, durch gezielte Maßnahmen diesen verbliebenen, im Vertrag nicht angesprochenen Diskriminierungsbereich im Rahmen des Möglichen zurückzudrängen. Hierüber könnte unschwer eine Entscheidung des EuGH eingeholt werden.

Primär (wenn auch nicht ausschließlich) ein Problem der Wanderarbeitnehmer ist die Anerkennung einer ausländischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Das BAG hat insoweit dieselben Grundsätze wie bei einem ärztlichen Zeugnis aus dem Inland angewandt.²¹¹ Das ArbG Stuttgart vertrat den Standpunkt, dies gelte auch im Rahmen der EG; die im EG-Recht festgeschriebene umfassende Bindungswirkung betreffe nur Sozialversicherungsträger, nicht einen einzelnen Arbeitgeber.²¹² Auf Vorlage des ArbG Lörrach²¹³ entschied jedoch der EuGH, die in Art. 18 Abs. 1–4 der Verordnung Nr. 574/72 angeordnete Bindungswirkung beziehe auch diesen Fall ein.²¹⁴ Dies hat scharfe Kritik in der Literatur erfahren²¹⁵, die zu Unrecht an den EuGH adressiert wurde: Einer Änderung bedarf die entsprechende Bestimmung der Verordnung 574/72, aus der der Gerichtshof lediglich schwer vermeidbare Konsequenzen gezogen hat. Es bleibt zu hoffen, daß die deutschen ArbG auch in einem solchen Fall die Bindungswirkung der EuGH-Entscheidungen ernst nehmen werden.²¹⁶ Weniger Kontroversen dürfte es auslösen, wenn die ArbG auch türkische und marokkanische Staatsangehörige der Rechtsprechung des EuGH entsprechend²¹⁷ den EG-Ausländern in arbeitsrechtlicher Hinsicht gleichstellen, soweit sie sich erlaubterweise in der Gemeinschaft aufhalten.²¹⁸

207 BAG AP Nr. 1 u. 3 zu Art. 177 EWGV, EuGH AP Nr. 2 zu Art. 177 EWGV.

208 EuGH Slg. 1974, 153 – SOTGIU; EuGH Slg. 1989, 1591 – Allué; EuGH Slg. 1969, 363 – Ugliola.

209 Vgl. WÖLKER in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl., Bd. 1, Baden-Baden 1991, Art. 48 Rn. 6. Zu den Maßnahmen im einzelnen s. DAUBLER Arbeitsrecht 2, 9. Aufl., Reinbek 1992, S. 754 ff.

210 LAG Hamm NJW 1979, 2488.

211 BAG NZA 1985, 737 (der Fall betraf eine jugoslawische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung).

212 ArbG Stuttgart DB 1989, 2130.

213 ArbG Lörrach DB 1990, 1875.

214 EuGH DB 1992, 1577.

215 SCHIEFER DB 1993, 42.

216 In Betracht kommt im übrigen eine neue Vorlage, sobald ein Gericht eine andere Auslegungsmöglichkeit des Art. 18 VO 574/72 sieht.

217 S. Fn. 205 u. 206.

218 Einzelheiten bei DAUBLER NZA 1992, 581; LÖRCHER EuZW 1991, 397.

5. Aktuelle Einzelfragen

Neben den vier hier angesprochenen Sachgebieten hat das Gemeinschaftsrecht auch in einer Reihe anderer Zusammenhänge eine Rolle gespielt. Das BAG hat beispielsweise im Zusammenhang mit der Zulässigkeit einer tariflichen Altersgrenze die Empfehlung des Rates der EG vom 10. 12. 1982 herangezogen, ihr im Ergebnis aber keine Bedeutung beigemessen.²¹⁹ Grundsatzfragen warfen das ArbG Bremen²²⁰ und das ArbG Reutlingen²²¹ in ihren Vorlagebeschlüssen auf. Die Befreiung einzelner Unternehmen von arbeitsrechtlichen Schutzstandards wurde als »Beihilfe« i.S. des Art. 92 EWGV qualifiziert: In einem Fall lag sie in der Möglichkeit, über das sog. zweite Schiffsregister das deutsche Arbeitsrecht insgesamt abzubedingen, im anderen ging es um die Kleinbetriebsklausel nach § 23 KSchG. Der EuGH hat mittlerweile aufgrund der ersten Vorlage festgestellt, eine Beihilfe würde Zuwendungen aus öffentlichen Kassen voraussetzen.²²² Die vom ArbG Bremen weiter aufgeworfene Frage, ob der drastische Abbau von Sozialstandards gegen Art. 117 EWGV verstoße, wurde vom EuGH verneint: Diese Bestimmung sei zwar ein wichtiger Auslegungsgrundsatz für andere Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, gebe dem einzelnen jedoch keine subjektiven Rechte.

Interesse verdient weiter ein Vorlagebeschluß des LAG Hamm, wonach es gegen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot verstößt, wenn Teilzeitkräfte bei Überschreitung ihrer individuellen Arbeitszeit keine Überstundenzuschläge erhalten.²²³

VI. Einschätzung

I. Versuch einer Typologie

Der Gang durch die Rechtsprechung der ArbG zeigt ein sehr unterschiedliches Maß der Befassung mit Völker- und Europarecht. In groben Strichen lassen sich 5 verschiedene »Umgangsformen« skizzieren.

Auffindbar ist einmal das schlichte Ignorieren völkerrechtlicher oder – seltener – EG-rechtlicher 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 Verknüpfung der Rechtsprechung des BVerfG die Funktion einer unverbindlichen Empfehlung zumißt, die man – vergleichbar einem Rechtsgutachten – als anregend aufgreift oder als wenig hilfreich beiseite läßt.

219 BAG DB 1993, 444.

220 ArbG Bremen AiB 1991, 282.

221 ArbG Reutlingen AiB 1992, 229.

222 EuGH v. 17. 3. 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-72/91 u. C-73/91.

223 LAG Hamm DB 1993, 232 = PersR 1993, 139; dazu GÖRGES PersR 1993, 117. Ebenso schon ArbG Hamburg AiB 1992, 164 sowie – auf der Grundlage des § 2 Abs. 1 BeschFG – SCHÜREN (Fn. 147), S. 161 ff.

Die zweite Form des Umgangs besteht darin, die nicht-deutsche Vorschrift zur Kenntnis zu nehmen, ihre Bedeutung aber von vornherein klein zu halten. Dies geschieht etwa in der Weise, daß am Ende langer Ausführungen zum nationalen Recht 1–2 Sätze angefügt werden, wonach das einschlägige Völkerrecht allenfalls zum selben, wahrscheinlich aber zu einem weniger weitgehenden Resultat führen würde. 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 Auffassung, die den völker- oder europarechtlichen Normen eigenständige Bedeutung und innerstaatlichen Geltungsanspruch zumißt, die ihren Inhalt jedoch nach rein nationalen Kriterien bestimmt. Als Beispiel mag das Hineinprojizieren des Verhältnismäßigkeitsprinzips in die Streikgarantie des Art. 6 Ziff. 4 ESC stehen.²²⁴ 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 findet sich fast nur im EG-Recht. Man nimmt die einschlägige Norm nicht nur in vollem Umfang zur Kenntnis, sondern legt sie auch nach völker- oder EG-rechtlichen 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. Man nimmt das Völker- und Europarecht nicht weniger ernst als das eigene Recht.

Schließlich ist denkbar, daß man darüber insofern einen Schritt hinausgeht, als man neue Fragestellungen aufwirft, die bislang nicht gesehen wurden oder eher im Hintergrund standen. In allerersten Ansätzen wird versucht, Völker- und Europarecht weiterzuentwickeln, es insbesondere im Hinblick auf bestimmte bislang nicht diskutierte Konstellationen zu konkretisieren. Man kann dies als innovatorischen Umgang mit den beiden Rechtsmaterien qualifizieren.

2. Entwicklungstendenzen

Welches hier referierte Urteil man welcher der fünf »Umgangsformen« zuordnet, sei dem Leser überlassen. Aus dem dargestellten Entscheidungsmaterial lassen sich jedenfalls zwei Folgerungen ziehen.

Zum einen ist die Rolle des Völkerrechts wie erst recht des EG-Rechts in den letzten 30 Jahren eindeutig gewachsen. Die Bereitschaft, diese Rechtskreise zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen, ist Anfang der 90er Jahre ungleich größer als – sagen wir – im Jahre 1963, wo man im Grunde über den Typus »Ornament« nicht hinauskam. Daß immer noch Rezeptionsprobleme bestehen, kann freilich nicht geleugnet werden.

²²⁴ BAG AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Bemerkenswert ist zum zweiten der unterschiedliche Umgang mit Völkerrecht und EG-Recht. Bei dem letzteren kommt »Ignorieren«, »als Ornament verwenden« oder »Eindeutschung« im Grunde kaum mehr vor. Es dominiert die vierte Stufe, d. h. die korrekte Befolgung unter Einschaltung des EuGH. Schritte in Neuland wurden bislang allerdings weniger vom BAG als von den ArbG I. und 2. Instanz unternommen. Die Vorlagen zur Überstundenvergütung von Teilzeitkräften²²⁵ sowie zu der Frage, ob die Befreiung von gesetzlichen Schutzstandards eine Beihilfe i. S. des Art. 92 EWGV darstellt²²⁶, mögen hier als Beispiele stehen. Dabei läßt sich vermuten, daß genau wie in anderen Gerichtsbarkeiten bestimmte Gerichte eine Vorreiterrolle übernehmen²²⁷ – Sachkunde im EG-Recht und die Erfahrung, daß eine Vorlage nach Luxemburg hilfreich sein kann, können einen wiederholten Rückgriff auf das Verfahren nach Art. 177 EWGV nahelegen.

3. Gründe für den selektiven Umgang

Die Tatsache, daß das EG-Recht von den ArbG ernst genommen und in der Regel der Entscheidungsfindung zugrunde gelegt wird, hängt einmal davon ab, daß in Form des EuGH eine Instanz vorhanden ist, die für die einheitliche Umsetzung EG-rechtlicher Normen in der Gemeinschaft sorgt.²²⁸ Auch die Tatsache, daß das BVerfG die Einschaltung des EuGH mit Hilfe des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG absicherte²²⁹, ist in diesem Zusammenhang von ganz zentraler Bedeutung. Über diese institutionelle Seite hinaus sind jedoch zwei weitere Aspekte von Bedeutung.

Zum einen enthält das EG-Arbeitsrecht einen beschränkten Kreis von Normen, die nur bestimmte »Segmente« des nationalen Arbeitsrechts betreffen. An eine drastische Ausdehnung ist in absehbarer Zeit nicht zu denken.²³⁰ Der Anpassungs- und Harmonisierungsbedarf ist daher ungleich geringer als bei völkerrechtlichen Konventionen, die einen großen Teil des kollektiven oder individuellen Arbeitsrechts betreffen. Dies schließt Schwierigkeiten im Einzelfall nicht aus – so wenn etwa der EuGH bei Diskriminierungen eine verschuldensunabhängige Sanktion verlangt²³¹, die dem deutschen Arbeitsrecht relativ fremd ist.²³² Gleichwohl halten sich die Divergenzen im Regelfall im Rahmen: Der EG-Gesetzgeber besteht aus Vertretern von Staaten mit in etwa vergleichbarer Sozial- und Wirtschaftsstruktur, so daß bei aller Unterschiedlichkeit der Rechtskultur im Detail²³³ doch der Fundus an Gemeinsamkeiten bei weitem überwiegt.

²²⁵ LAG Hamm DB 1993, 232 = PersR 1993, 139.

²²⁶ ArbG Bremen AiB 1991, 282; ArbG Reutlingen AiB 1992, 229.

²²⁷ Vgl. SCHWARZE (Fn. 7), S. 12, wonach im Zeitraum von 1965–1985 zwar 60 bundesdeutsche Gerichte eine Vorlage gemacht hatten, aber mehr als ¼ aller Vorlagen (301 von 388) von nur 13 Gerichten stammten. Da die Arbeitsgerichtsbarkeit in jener Zeit nur 6 Vorlagen aufzuweisen hatte, muß sich die »Konzentration« auf die anderen Gerichtsbarkeiten beziehen.

²²⁸ Vgl. BIRK (Fn. 1), 364, der darin den entscheidenden Unterschied zum Völkerrecht sieht.

²²⁹ S. Fn. 130.

²³⁰ Dazu DAUBLER in: FS Kisker, S. 325 ff.

²³¹ EuGH NZA 1991, 171 = DB 1991, 286.

²³² Vgl. DAUBLER (Fn. 218), 582 (dort auch die Parallele zu § 113 BetrVG).

²³³ Die Unterschiede zeigen sich – gewissermaßen experimentell – dann, wenn Normen plötzlich in einem anderen nationalen Kontext weitergelten und dort eine andere Handhabung und Ausle-

Zweiter Grund für die Beseitigung der »Rezeptionssperre« ist eine vorsichtige Selbstbeschränkung des EuGH, der den nationalen Instanzen oft entgegen dem ersten Eindruck beträchtliche Spielräume läßt. Dies wird etwa an der Rechtsprechung zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts deutlich, die die Bestimmung der »Rechtfertigungsgründe« dem nationalen Gesetzgeber und den nationalen Gerichten überläßt.²³⁴ Auf derselben Linie liegt weiter die neue Entscheidung zu Art. 117 EWGV: Die dort vorgesehene »Angleichung« der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte »auf dem Wege des Fortschritts« wird auf die Gemeinschaftsorgane bezogen und – insofern dem deutschen Sozialstaatsprinzip vergleichbar – als Legitimationstitel und Auslegungsgrundsatz behandelt.²³⁵ Für die Mitgliedstaaten ergeben sich daraus keinerlei erzwingbare Handlungspflichten.

Im Arbeitsvölkerrecht ist die Situation eine grundsätzlich andere. Seine Entstehung verdankt es dem Bestreben nach einheitlichen Sozialstandards in Europa oder der ganzen Welt: Sie sollen Wettbewerbsgleichheit zwischen den Unternehmen herstellen und aus Arbeitnehmersicht ein Gegeneinander-Ausspielen der nationalen Belegschaften verhindern.²³⁶ In der Praxis ist den Akteuren sehr schnell bewußt, daß sich dieses Ziel in vielen Bereichen nicht erreichen läßt; Konventionen gewinnen von daher die Qualität von symbolischem Recht, von Verheißungen, die bestenfalls einzelne Schritte in eine bestimmte Richtung legitimieren.²³⁷ Dies bedeutet nicht, daß man das Arbeitsvölkerrecht verdrängen oder »abschreiben« darf. Daß Rechtsnormen mehr versprechen als sie bisher gehalten haben, ist eine Erscheinung, die auch im innerstaatlichen Recht geläufig ist. So weiß man etwa, daß das KSchG seinem Anspruch als Bestandsschutzgesetz nicht gerecht wird.²³⁸ Auch daß jedermann nach Art. 19 Abs. 4 GG und rechtsstaatlichen Grundsätzen Zugang zu Gerichten hat, bedeutet nicht, daß diese Möglichkeit in der Welt der Tatsachen immer effektiv eröffnet wäre.²³⁹ Dies kann und soll niemanden davon abhalten, wenigstens den Versuch zu unternehmen, die vorhandenen Normen ernst zu nehmen und auf ihren Vollzug zu dringen.

Eine Übertragung dieses »Einlösungsmodells« auf das Arbeitsvölkerrecht stößt auf Schwierigkeiten. Während Normen des nationalen Rechts so gut wie immer

gung erfahren. Als Beispiel mag die Weitergeltung deutscher Vorschriften im ehemaligen Elsaß-Lothringen stehen, die von der französischen Cour de Cassation durchaus anders als von deutschen Gerichten ausgelegt werden. Zu den noch immer geltenden Arbeitsrechtsnormen aus BGB, HGB und GewO (i. d. F. v. 1918) s. SIMON *Le droit local du travail applicable en Alsace-Moselle: Repos dominical, Garantie de Ressources, Clause de non-concurrence, Durée du préavis*, Strasbourg 1990. Umfassender: Institut du droit local, *Histoire du droit local*, Strasbourg 1990.

234 S. Fn. 142 u. 149.

235 Urt. des EuGH v. 17.3. 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-72/91 u. C-73/91.

236 BIRK (Fn. 1), 357 f.

237 Eingehender DAUBLER *WSI-Mitt.* 1987, 194.

238 BAG AP Nr. 20 zu § 7 KSchG Bl. 3: KSchG ist »Bestandsschutzgesetz und kein Abfindungsgesetz« (wiederholt in: BAG DB 1977, 247). Zur faktischen Ineffizienz s. die Nachw. bei DAUBLER (Fn. 209), S. 557 ff.

239 Über Zugangsprobleme bei der Arbeitsgerichtsbarkeit s. bereits JOACHIM *ArbRGgw.*, Bd. 3, S. 69; RAMM in: Naucke/Trappe (Hrsg.), *Rechtssoziologie und Rechtspraxis*, Neuwied und Berlin 1970, S. 169. In neuerer Zeit s. etwa ROTTLEUTHNER *Rechtssoziologische Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, 1984.

in den Rahmen der jeweiligen industriellen Beziehungen passen und mit den anderen Teilen der Rechtsordnung in Einklang stehen, ist dies bei völkerrechtlichen Verträgen nicht notwendigerweise der Fall. Realisierungschancen existieren daher nur insoweit, als sich der Norminhalt nicht im Widerspruch zu den sozialen und politischen Verhältnissen und den eingefahrenen Beziehungen zwischen sich Kapital und Arbeit im Inland befindet. Um es am Beispiel deutlich zu machen: Mit guten Gründen läßt sich aus Art. 6 Ziff. 4 ESC die Zulässigkeit der nicht-gewerkschaftlichen Arbeitsniederlegung herleiten.²⁴⁰ Dennoch stünde die Übernahme dieses Ergebnisses in erheblichem Widerspruch zu den sozialpartnerschaftlichen Prämissen des deutschen Arbeitsrechts; die Ordnungsfunktion der Gewerkschaften sowie der wirtschaftsfriedliche Charakter des Betriebsrats wären gefährdet, könnten Belegschaften an diesen Institutionen vorbei Lohnerhöhungen oder Verbesserungen der Arbeitsbedingungen mit Streiks durchsetzen. Art. 6 Ziff. 4 ESC mit diesem Inhalt innerstaatlich wirksam werden zu lassen, wird daher kaum möglich sein, obwohl die rechtsdogmatischen Argumente sehr viel eher die Befürworter stützen. Auf der anderen Seite ist eine verstärkte Durchsetzung von Diskriminierungsverboten oder die Anwendung des Art. 4 Abs. 1 ESC kein »Störfaktor«, der das Funktionieren der »Industrial Relations« in der Bundesrepublik beeinträchtigen könnte. Bei der innerstaatlichen Umsetzung von Normen des Arbeitsvölkerrechts sind daher immer die Rahmenbedingungen im Auge zu behalten. Insofern wäre es falsch, wollte man auf der rechtsdogmatischen Ebene der Kritik stehenbleiben: Hinter der Ignorierung von Vorschriften oder ihrer wenig überzeugenden »Vereinnahmung« und Integration in das deutsche Rechtssystem steht oft ein gesellschaftliches Problem und nicht etwa individuelle Unzulänglichkeit.

Was mit einem bestimmten System industrieller Beziehungen vereinbar ist, läßt sich nur in groben Umrissen bestimmen. Im Konkreten bestehen viele Spielräume, deren Ausnutzung vom umsichtigen (oder weniger umsichtigen) Verhalten der Beteiligten abhängt. Dabei müßte es immer selbstverständlicher werden, überall dort auch das Arbeitsvölkerrecht in vollem Umfang einzubeziehen, wo es mit den Prämissen des innerstaatlichen Rechts einigermaßen kompatibel ist. Diese sind überdies keine starren Größen, die sich jedem Wandel verschließen – wäre er völkerrechtlich indiziert, könnte er sogar einen gewissen Vertrauensvorschuß erfahren. Auch darf man nicht vergessen, daß ein ausgebauter Arbeitnehmerschutz nicht primär Kostenfaktor, sondern eine »Sozialinvestition« ist, die sich mittelfristig als Standortvorteil erweist.²⁴¹

240 Dazu etwa MITSCHERLICH *Das Arbeitskämpfrecht der Bundesrepublik und die Europäische Sozialcharta*, Baden-Baden 1977, S. 120 ff.

241 Dazu DAUBLER DB 1993, 781 ff.