

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 100

Die Grundrechte im Arbeitsrecht

Von

Franz Gamillscheg



Duncker & Humblot · Berlin

FRANZ GAMILLSCHEG

Die Grundrechte im Arbeitsrecht

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 100

Die Grundrechte im Arbeitsrecht

Von

Franz Gamillscheg

Göttingen



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Gamillscheg, Franz:

Die Grundrechte im Arbeitsrecht / von Franz Gamillscheg. –
Berlin: Duncker u. Humblot, 1989

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Bd. 100)

ISBN 3-428-06794-0

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-06794-0

*Der Juristischen Fakultät
der Universität Uppsala zugeeignet*

Vorwort

Das Buch nimmt ein Thema auf, das ich in einem Bericht über die Rechtsprechung zur Wirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht im Archiv für die civilistische Praxis 1964 S. 385 ff. untersucht habe; es war auch Gegenstand eines Kolloquiums, das die Juristische Fakultät der Universität Göttingen zusammen mit dem Bundesministerium der Justiz im Mai 1989 in Göttingen veranstaltet hat. Der Einfluß des Grundgesetzes im Arbeitsrecht ist in diesen 25 Jahren immer wichtiger geworden; kaum eine der grundlegenden Fragen, die nicht im Lichte der grundrechtlichen Wertungen und Vorgaben beurteilt würde. Wie sein Vorgänger ist auch dieser Bericht im wesentlichen der Rechtsprechung gewidmet; es sei deshalb erlaubt, den Schluß des Aufsatzes im AcP zu zitieren: „Daß die Arbeitsrechtsprechung in den vergangenen Jahrzehnten das „sozial richtige“ Recht gefunden hat, ist eine Großtat von höchster politischer Bedeutung. Denn sie hat ihren wesentlichen Anteil daran, daß der Arbeiter die Befreiung aus einem unwürdigen Dasein nicht aus der Zerschlagung der bürgerlichen Ordnung, sondern aus ihrem Wandel zum sozialen Rechtsstaat erreicht hat und noch zu erreichen trachtet“. Ich halte das, so sehr man bei jeder einzelnen Entscheidung zweifeln kann, nach wie vor für richtig.

F. G.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	15
II. Die Wirkungsweise der Grundrechte	17
1. Grundrechtsträger	17
2. Ausgleich der Interessen der Beteiligten	17
a) Interessen des Arbeitnehmers	18
b) Interessen des Arbeitgebers	19
c) Rangordnung bei der Interessenabwägung	20
d) Arbeitsrechtliches Gesetz	21
e) Aufgabe der Tarifpartner	24
f) Auslegung, Lückenfüllung und richterliche Rechtsfortbildung	24
3. Machtgefälle	28
a) Machtgefälle als Begründung der Drittwirkung	28
b) Machtgefälle als Grenze der Drittwirkung	35
III. Überblick über die Rechtsprechung	37
1. Allgemeine Richtlinien für die Anwendung der Grundrechte	37
a) Betriebsbezogenheit des Eingriffs	37
b) Grundsatz des schonendsten Mittels	41
c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn	41
d) Vorgegangenes Tun	43
2. Folgen eines Verstoßes gegen das Grundrecht	43
a) Auslegung	43
b) Folgen des Grundrechtsverstoßes	43
c) Verfassungsbeschwerde	45
3. Die Rechtsprechung zu den einzelnen Grundrechten	46
a) Art. 1 und 2	46
b) Art. 3	49
c) Art. 4	53
d) Art. 5	55
e) Art. 6	57
f) Art. 12	58
(1) Verlust des Arbeitsplatzes	58
(2) Unangemessene Bindung an den Arbeitsplatz	61

(3) Sachgerechte Auswahl unter den Bewerbern, Einstellungsanspruch	62
(4) Schutz vor erzwungenem Müßiggang	70
g) Art. 14	70
h) Sozialstaatsgrundsatz	71
IV. Dogmatische Fragen	75
1. Die Drittwirkung der Grundrechte	75
a) Wortlaut des Art. 9 III GG	75
b) Wille des Verfassungsgebers	75
c) Wirkung in der Drittrichtung	76
2. Mittelbare Drittwirkung	78
3. Lehre von Söllner	83
4. Lehre von Scholz	83
5. Schutzauftragslehre	84
V. Koalitionsfreiheit, Art. 9 III	86
1. Allgemeines	86
2. Positive Koalitionsfreiheit	86
a) Ausdrücklicher Schutzbereich	86
b) Gruppengrundrecht	87
c) Kernbereich spezifisch koalitionsgemäßer Betätigung	88
(1) Bereitstellung eines Tarifsystems	88
(2) Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen	89
(3) Zurücktreten des Staates, Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages	89
(4) Tarifautonomie und staatliche Regelung der Arbeitsbedingungen	92
(5) Arbeitnehmer-Kammern	93
d) Drittwirkungsklausel des S. 2	93
(1) Werbung im Betrieb	94
(2) Andere Fälle	95
e) Arbeitskampf	95
f) Deutung der Rechtsprechung	98
3. Negative Koalitionsfreiheit	101
VI. Die Bindung des Tarifvertrages an die Grundrechte	103
1. Rechtsprechung	103
2. Dogmatische Deutung	103

Abkürzungen

A. C.	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AfP	Archiv für Presserecht
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (1934)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen der Gerichte und Einigungsämter (Oesterreich)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbKG	Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der Arbeiter im Krankheitsfalle
ARS	Arbeitsrechtssammlung
AuR	Arbeit und Recht
AVR	Richtlinien für Arbeitsveträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BArbBl	Bundesarbeitsblatt
BB	Betriebs-Berater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeschFG, BFG	Gesetz über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BT-Drucksache	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
C. A.	Court of Appeal
C. c.	Code civil

CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
DFB	Deutscher Fußball-Bund
DRdA	Das Recht der Arbeit (Österreich)
D. S., i. r., Chron.	Recueil Dalloz Sirey, Informations rapides, Chronique (Frankreich)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EmplRelLJ	Employee Relations Law Journal (Vereinigte Staaten)
EOC	Equal Opportunities Commission
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EWG-V	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (Hrsg. Stahlhacke)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GS	Großer Senat des BAG
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HAG	Heimarbeitsgesetz
HarvardLR	Harvard Law Review (Vereinigte Staaten)
HGB	Handelsgesetzbuch
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
I. C. R.	Industrial Cases Reports (Großbritannien)
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbAR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
JböR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LabLawJ	Labor Law Journal (Vereinigte Staaten)
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte (Hrsg. Stahlhacke)
LFG	Lohnfortzahlungsgesetz
LPVG	Landespersonalvertretungsgesetz
LSG	Landessozialgericht
MuSchG	Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
Oest. ZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
ÖTV	Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Recht der Wirtschaft (Österreich)

RVO	Reichsversicherungsordnung
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes (der Europäischen Gemeinschaften)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
TVG	Tarifvertragsgesetz
U. S.	United States Supreme Court Reports
WV	Weimarer Reichsverfassung
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (Österreich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

Verzeichnis des abgekürzt zitierten Schrifttums

AcP 1964, 385 ff.	Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 1964, 385 ff.
AKGG-Bearbeiter	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1 Art. 1 - 20 (1984); Reihe Alternativ-Kommentare
AR I, II	Gamillscheg, Arbeitsrecht I (7. Aufl. 1987); II (6. Aufl. 1984)
Bleckmann	Bleckmann, Staatsrecht II, Allgemeine Grundrechtslehren (2. Aufl. 1985)
Canaris, AcP 1984	Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, 201 ff.
Dürig, Festschrift Nawiasky	Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, Festschrift Nawiasky (1956) 157 ff.
Handbuch des Staats- rechts-Bearbeiter	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Isensee und Kirchhof, Bd. I Grundlagen von Staat und Verfassung (1987); Bd. III Das Handeln des Staates (1988); Bd. VI Freiheitsrechte (1989)
Leisner	Leisner, Grundrechte und Privatrecht (1960)
Maunz-Dürig- Herzog-Scholz	Grundgesetz, Kommentar von Maunz, Dürig, Herzog, Scholz u. a., Loseblatt: Stand 1989
MK-Bearbeiter	Münchener Kommentar zum BGB, §§ 611 - 630, bearb. von Söllner / Schaub / Lorenz/Schwerdtner (2. Aufl. 1988)
Schaub	Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch (6. Aufl. 1987)
Schwabe	Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte (1971)
Starck	Starck, in: von Mangoldt-Klein-Starck, Das Bonner Grundgesetz I (3. Aufl. 1985)
Stern	Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I (2. Aufl. 1984); Bd. II (1980); Bd. III/1 (1988)
Wiedemann-Stumpf	Wiedemann-Stumpf, Tarifvertragsgesetz (5. Aufl. 1977)

I. Einleitung

Gegenstand der folgenden Darstellung ist die Wirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht, wie sie sich insbesondere als Frucht der Rechtsprechung der letzten 40 Jahre ergibt¹.

Die anderen Gebiete des Privatrechts bleiben außer Betracht. Kritik betrifft die Meinungen zur Stellung der Grundrechte im Privatrecht nur dort, wo sie das Arbeitsrecht miteinbeziehen. Das heißt freilich nicht, daß die für das Arbeitsrecht entwickelten Überlegungen nicht auch in anderen Bereichen des Privatrechts verwertet werden könnten, soweit auch diese das für das Arbeitsrecht typische Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern (unten II 3 a) aufweisen; Beispiele sind etwa der Ausschluß eines Mitglieds aus einem für sein Fortkommen wichtigen Verband, das Verbot einer Wohnungsgenossenschaft an die Mieter, eine bestimmte Zeitung zu halten, das Verhältnis eines Pflegeheims zu seinen Insassen, des Entmündigten zu seinem Vormund, die Weigerung, den einzigen Versammlungsraum am Ort an eine politische Partei zu vermieten, die Bedrohung der Pressefreiheit durch gesellschaftliche Kräfte und umgekehrt des Einzelnen durch die Macht der Medien, die sich in der Rolle einer durch niemand legitimierten vierten Gewalt allzusehr gefallen usw. Auch zwischen Ehegatten kann das Machtgefälle eine Rolle spielen, wo, wie bei der Scheidung der Ehe, eine privatautonome Gestaltung ihrer Beziehungen nicht möglich ist. Dabei ist nicht ausgeschlossen, daß das Arbeitsrecht die Rolle eines Schrittmachers eines neuen Sozialmodells übernimmt; so wird gesagt, der Geist des Sonderprivatrechts „bestimmt . . . bereits heute das Selbstverständnis eines großen Teils der Privatrechtler“². Daß bei all dem auf die jeweiligen Besonderheiten Bedacht zu nehmen ist, steht einer übergreifenden Betrachtung nicht im Wege³.

Das Arbeitsschutzrecht im engeren Sinne ist öffentliches Recht, für es gelten die Grundrechte unmittelbar. Das übrige Arbeitsrecht gehört zum Privatrecht, und zwar, trotz etlicher Anlehnungen an das öffentliche Recht, auch das kollektive Arbeitsrecht, insbesondere die Normenwirkung von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung. Privatrechtlich ausgestaltet ist auch, anders als das Beamtenverhältnis, das Arbeitsverhältnis der Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes. Der Schwerpunkt der Entwicklung liegt im privaten Arbeitsrecht. Kein Bereich des Privatrechts ist heute von Wertungen der Grundrechte so durchtränkt wie das Arbeitsrecht; die Arbeitsgerichtsbarkeit ist der Forderung, den Grundrechten zur größtmöglichen Wirksamkeit zu

¹ Für die Zeit bis 1964 vgl. auch Leisner 249 ff.; Gamillscheg, AcP 1964, 385 ff.

² Westermann, AcP 1978, 150 ff. (155). – Es mag sein, daß sich hier die „Schubwirkung des sozialen Trends“ zeigen wird, die Forsthoff, Festschrift Carl Schmitt (1959) 35 ff. (48), als hinter der Drittwirkungslehre stehend festgestellt hat.

³ Zweifelnd Eckhold-Schmidt, Legitimation durch Verfahren (1974) 112 f.

verhelfen⁴, reichlich nachgekommen, sie ist „die grundrechtsfreudigste“ aller Zivilgerichtsbarkeiten geworden⁵.

Deshalb ist im folgenden auch eine Beschränkung auf wenige Beispiele nötig; alle einschlägigen Entscheidungen und Äußerungen nennen zu wollen, würde ein Lehrbuch des Arbeitsrechts füllen⁶. Nicht weniger umfangreich sind Rechtsprechung und Schrifttum zu den Grundrechten im allgemeinen. Auch sie können, noch dazu von einem Außenseiter, nicht ausgeschöpft werden; hier waren Isensee-Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts I (1987), III (1988) und VI (1989), und das eindrucksvolle Werk von Stern eine dankbar entgegenkommene Hilfe, auf die dann auch für die Vertiefung verwiesen werden muß.

Bei der Grundrechtsfreude möchte man sogar manchmal bremsen. Man muß nicht Art. 1 und 2 beschwören, um darzutun, daß der Arbeitnehmer nicht zur Teilnahme an einem Betriebsausflug gezwungen ist, und der Ausschluß der Haftung des Arbeitgebers für Schäden auf dem Parkplatz berührt auch nicht die Menschenwürde⁷. Das Rechtsstaatsprinzip anzurufen, um eine Entscheidung zu Fall zu bringen, die den Arbeitgeber zur Tragung der Kontoführungsgebühren verurteilt, ist zu hoch gegriffen⁸; und was alles als Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorgebracht worden ist, kann keine juristische Phantasie sich ausmalen. Sich bis vor das BAG hin zu beschweren, daß der Arbeitgeber private Telefonate durch eine Aufschaltanlage unterbricht⁹, zeugt mehr von Streitsucht als einem geschärften Rechtsgefühl; zur Berufung auf das Persönlichkeitsrecht für Alles und Jedes siehe auch unten III 3 a. Vor allen diesen „Überstrapazierungen“¹⁰ muß man sich hüten.

⁴ Vgl. BVerfGE 39, 1 (38), ständige Rechtsprechung; Bleckmann 77, 159 f.

⁵ Stern III/1, 1429. Daß die grundrechtlichen Berechtigungen eines Bürgers gegen einen anderen gegenüber ihrer zentralen Ausrichtung gegen die öffentliche Gewalt einen „atypischen Sonderfall“ der Grundrechte darstellen, so Stern aaO 533, scheint mir durch die Massenhaftigkeit der Berufung auf die Grundrechte im Arbeitsrecht widerlegt.

⁶ Vgl. Häberle, Arbeit als Verfassungsproblem, JZ 1984, 345 ff. mit Nachweisen in Anm. 31 und 32. – Wie unter diesen Umständen Lecheler, Festschrift Ernst Wolf (1988) 370, zu der Meinung gelangen konnte, die Verfassung spiele „in der arbeitsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung allenfalls eine untergeordnete Rolle“ – ebenso ders. für Art. 12, in: Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 43 (1985) 65 –, ist unerfindlich.

⁷ Dazu vgl. Feller, RdA 1964, 42; BAG, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht = E 7, 280.

⁸ BVerfG, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung.

⁹ BAG, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht = E 25, 80 (86).

¹⁰ Lerche, NJW 1987, 2466.

II. Die Wirkungsweise der Grundrechte

Die Gebote und Wertungen der Grundrechte binden den Gesetzgeber und die Parteien von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung. Ihnen unterliegen der Arbeitsvertrag und die betrieblichen Gestaltungsmittel mit kollektivem Bezug (betriebliche Übung, Gesamtzusage, vertragliche Einheitsregelung), schließlich auch die Weisungen des Arbeitgebers. Die Reichweite der Grundrechte des Arbeitnehmers bestimmt sich in gegenseitiger Abwägung mit den jeweils entgegensehenden Rechten und Interessen der anderen Seite.

1. *Grundrechtsträger* sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer, doch stehen die Rechte der Arbeitnehmer begrifflicherweise ganz im Vordergrund. Die Rechte und Interessen des Arbeitgebers bilden demgegenüber in der Regel das Widerlager, prozessual den Gegenstand von Einwendungen gegen Ansprüche¹ und Gegeneinwendungen gegen Einwendungen des Arbeitnehmers. Bei der Abwägung spielt natürlich die entscheidende Rolle, daß der Arbeitgeber als Herr über die Produktionsmittel die stärkere Stellung innehat².

Die Grundrechtsträgerschaft des Arbeitgebers zeigt sich insbesondere bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze; von ihnen ist die Beschwerde gegen das Mitbestimmungsgesetz³ die wohl bekannteste.

2. Aufgabe der Rechtsordnung ist der Ausgleich der Interessen der Beteiligten, also *jedem das Seine* zu gewährleisten. Dem Arbeitnehmer gebührt ein fairer Anteil am gemeinsam erwirtschafteten Gewinn und eine Stellung im Betrieb, die auch seine nichtvermögensrechtlichen Belange im Rahmen des Möglichen wahrt. Der Arbeitgeber muß produzieren können. Es geht um die gegenseitige Begrenzung, die „Suche nach dem rechten Maß“⁴, mit einem

¹ Dazu zuletzt BVerfGE 77, 308 (332).

² Zum „sozialen Bezug“ der Berufung auf Art. 12 durch den Arbeitgeber vgl. BVerfG, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG = E 50, 290 (365) und AP Nr. 7 (oben Anm. 8); zur unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Absicherung von Streik und Aussperrung s. unten V 2 e.

³ BVerfG, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG = E 50, 290. – Zur Wirkung von Art. 12 im Zusammenhang mit den Arbeitnehmer-Weiterbildungsgesetzen vgl. BVerfG, AP Nr. 62 zu Art. 12 GG = E 77, 308. – Verfassungsbeschwerde gegen Auslegung eines Sozialplans: AP Nr. 28 zu Art. 2 GG = E 73, 261.

⁴ Vgl. Stern III/1, 1391; zur Abwägung im allgemeinen Stern 928 ff.; Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG (3. Aufl. 1983) 31 ff., 180 ff., billigend Bleckmann 233; Böckenförde, in: Posser/Wassermann, Freiheit in der sozialen Demokratie (1975) 88; Rübner, Gedächtnisschrift Martens (1987) 223 f.; Lerche, NJW 1987, 2465 ff.; Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen (1977) und in: Handbuch des Staatsrechts VI, § 137 Nr. 29; AcP 1964, 426 ff.