



F. J. Berber.

FESTSCHRIFT FÜR
FRIEDRICH BERBER

ZUM 75. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN
VON
DIETER BLUMENWITZ
UND
ALBRECHT RANDELZHOFFER



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1973



X P 74/170

ISBN 3 406 05020 4

Druck: Passavia Druckerei AG Passau

VORWORT

Am 27. November 1973 wird Friedrich Berber 75 Jahre alt. Freunde, Schüler und Kollegen wollen ihn aus diesem Anlaß durch die vorliegende Festschrift ehren.

Die Ehrung gilt dem akademischen Lehrer und Forscher ebenso wie dem Praktiker, der an verantwortungsvoller Stelle an der Anwendung und Ausgestaltung des Völkerrechts mitgewirkt hat und weiter mitwirkt.

Der weite Bogen seiner völkerrechtlichen Publikationen reicht von der „Dezentralisation des Britischen Reichs“ über „Sicherheit und Gerechtigkeit“, die „Rechtsquellen des Internationalen Wasserrechts“ bis zu den drei Bänden seines „Lehrbuches des Völkerrechts“, mit dem er sich einen bleibenden Platz in der Wissenschaft gesichert hat. Neben dem Völkerrecht gilt das wissenschaftliche Interesse Friedrich Berbers vor allem der Staatsphilosophie. Sein tiefdringendes Verständnis hierfür läßt das jüngst erschienene Werk „Das Staatsideal im Wandel der Weltgeschichte“ erkennen, das darüberhinaus bezeugt, daß der Jubilar auch nach seiner Emeritierung seine unverminderte Schaffenskraft in den Dienst der Wissenschaft stellt. Daß dies noch viele Jahre so bleiben möge, ist unser Wunsch.

Die Herausgeber

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	5
<i>Professor Dr. Peter Badura, München</i> Grundfreiheiten der Arbeit. Zur Frage einer Kodifikation „sozialer Grundrechte“	11
<i>Professor Dr. Rudolf Bernhardt, Heidelberg</i> Rechtsfragen historischer Buchten	47
<i>Professor Dr. Rudolf L. Bindschedler, Bern</i> Die Zukunft des Kriegsrechts	61
<i>Professor Dr. Igor P. Blischtschenko, Moskau</i> Die Definierung des humanitären Völkerrechts	75
<i>Professor Dr. Dieter Blumenwitz, Augsburg</i> Die Unberührtheitsklausel in der Deutschlandpolitik	83
<i>Professor Charles B. Bourne, Vancouver</i> The Suspension of Disputed Works or Utilizations of the Waters of International Drainage Basins	109
<i>Professor Dr. Axel Frhr. von Campenhausen, München</i> Rechtsprobleme der Habilitation im Fach Theologie	127
<i>Professor Dr. Karl Doehring, Heidelberg</i> Verfassungsrecht und Kriegsvölkerrecht	139
<i>Professor Dr. Franco Florio, Triest</i> Sur l'utilisation des eaux non maritimes en droit international	151
<i>Professor Dr. Wilhelm Karl Geck, Saarbrücken</i> Furman v. Georgia: Der Supreme Court und die Todesstrafe	165
<i>Professor Dr. Friedrich August Freiherr von der Heydte, Würzburg</i> Der Paraná-Fall: Probleme der gemeinsamen Nutzung der Wasserkraft eines internationalen Stroms	207

<i>Professor Dr. Otto Kimminich, Regensburg</i>	
Kollektive Sicherheit auf globaler und regionaler Ebene	217
<i>Professor Dr. Herbert Krüger, Hamburg</i>	
Die Verfassung als Programm der nationalen Integration	247
<i>Professor Dr. Walter Leisner, Erlangen</i>	
Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze	273
<i>Professor Dr. Peter Lerche, München</i>	
Finanzausgleich und Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse . . .	299
<i>Dr. E. J. Manner, Richter am Obersten Gericht, Helsinki</i>	
Some Legal Problems Relating to the Sharing of Boundary Waters	321
<i>Professor Edward McWhinney, Indianapolis</i>	
The „French Fact“ in Quebec and the Future of Canadian Federalism	339
<i>Professor Dr. Theodor Maunz, München</i>	
Die Fortentwicklung des bundesstaatlichen Systems	351
<i>Professor Daniel P. O'Connell, Oxford</i>	
The Equivalence of the Nautical League and the Cannon-Shot in the Law of Nations	367
<i>Professor Dr. Thomas Oppermann, Tübingen</i>	
„Deutschland als Ganzes“. Sinnwandel eines völkervertragsrechtlichen Begriffes	377
<i>Universitätsdozent Dr. Albrecht Randelzhofer und Professor Dr. Bruno Simma, München</i>	
Das Kernkraftwerk an der Grenze. Eine „ultra-hazardous activity“ im Schnittpunkt von internationalem Nachbarrecht und Umweltschutz	389
<i>Professor Dr. Walter Rudolf, Mainz</i>	
Die Malakka-Straße, ein neues Völkerrechtsproblem	433
<i>Assessor Bernd Rüter, München</i>	
Überlegungen zum Isländischen Fischereistreit	449

Professor Dr. Ulrich Scheuner, Bonn

Krieg und Bürgerkrieg in der Staatenwelt der Gegenwart . . . 467

Professor Dr. Ignaz Seidl-Hohenveldern, Köln

Der Gedanke der Gleichheit im jus in bello 489

S. M. Sikri, Chief Justice of India (ret'd), Delhi

Supreme Court of India 497

Professor Dr. Hans Spanner, München

Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum EWG-
Recht 507

Professor Dr. Stephan Verosta, Wien

Die Völkerrechtswidrigkeit der Annexion Hannovers durch
Preußen 1866 523

Professor Dr. Hans F. Zacher, München

Aktuelle Probleme der Repräsentationsstruktur der Gesellschaft
in der Bundesrepublik Deutschland 549

Assessor Christian Schäfer, München

Bibliographie Friedrich Berbers 575

GRUNDFREIHEITEN DER ARBEIT

Zur Frage einer Kodifikation „sozialer Grundrechte“

Von PETER BADURA

I. Die Fragestellung

1. „Arbeitsrechtliche Grundrechte“ in einem Arbeitsgesetzbuch. – Die Weimarer Reichsverfassung setzte die programmatische Richtlinie „Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht“ in einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem grundrechtlichen Verfassungsauftrag: „Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Reichs“ (Art. 157 WeimRVerf.). Wortlaut und Entstehungsgeschichte dieses Programmsatzes machen deutlich, daß damit nicht lediglich die Entwicklung eines vom Zivilrecht abgehobenen besonderen „Arbeitsrechts“ gemeint, sondern daß vielmehr der Reichsgesetzgeber beauftragt worden war, eine Kodifikation des gesamten Arbeitsrechts in einem einheitlichen Gesetz vorzunehmen.¹ In einem solchen Vorhaben, das weit über Gesichtspunkte gesetzestechnischer Nützlichkeit hinausreicht, kommt ein prinzipielles Ziel zum Ausdruck.²

Ein neuer Anlauf zur Kodifikation des Arbeitsrechts ist die Einsetzung der Sachverständigenkommission für ein Arbeitsgesetzbuch durch die Bundesregierung. Diese Kommission hat seit der konstituierenden Sitzung am 3. November 1970 versucht, den sachlichen Bereich eines Arbeitsgesetzbuches abzustecken, die Grundlinien des kodifikatorischen Vorhabens festzulegen und – zunächst – einen Entwurf für das Recht des Arbeitsverhältnisses aufzustellen. In einem etwa zu formulierenden Allgemeinen Teil des Arbeitsgesetzbuches könnten auch „arbeitsrechtliche

¹ G. Anschütz, Kommentar, Art. 157, Anm. 2; F. Poetzsch-Heffter, Handkommentar, Art. 157, Anm. 3.

² Art. 50 Abs. 1 BremVerf.: „Für alle Personen in Betrieben und Behörden ist ein neues soziales Arbeitsrecht zu schaffen“.

Grundrechte“ einen Platz finden, möglicherweise begleitet durch eine Ergänzung des Grundgesetzes.³

Der Ausdruck „arbeitsrechtliche Grundrechte“ hat keine festgelegte Bedeutung. Das Ziel, „Grundrechte“ der abhängigen Arbeit zu normieren, muß nicht einmal notwendig zu neuen Grundrechtsbestimmungen im Verfassungsgesetz führen. Es könnte dabei nur daran gedacht sein, die bestehenden Grundrechte, zuerst die Würde des Menschen und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, für den Bereich der abhängigen Arbeit gesetzlich zu konkretisieren und so zugleich Basisregeln für das Arbeitsrecht zu schaffen. Einen prinzipielleren Charakter erhielten die „arbeitsrechtlichen Grundrechte“ allerdings nur, wenn sie in dem umgreifenden Zusammenhang der Wirtschaftsverfassung gesehen würden und wenn in ihnen, im Sinne des „Rechts auf Arbeit“, die Einsicht zum Ausdruck käme, daß die Arbeit nicht nur Beitragen zur Erwirtschaftung des Sozialprodukts ist, sondern auch unentrinnbarer Schauplatz menschlicher Selbstverwirklichung. In einer so verstandenen Fragestellung verweisen die „arbeitsrechtlichen Grundrechte“ als Grundfreiheiten der Arbeit auf einen philosophischen Standpunkt, für den „Arbeit“ eine existenzielle Grundkategorie der Praxis des vergesellschafteten Menschen ist.

2. Grundrechte, „arbeitsrechtliche Grundrechte“ und Grundfreiheiten der Arbeit. – Grundrechte sollen die Freiheit des einzelnen durch die rechtliche Sicherung der individuellen Selbstbestimmung und der autonomen Entscheidungsmöglichkeit in dem persönlichen, kulturellen, wirtschaftlichen und politischen Handlungsbereich schützen. Sie sind nach heutigem Verständnis nicht nur individualistisch gefaßte Abwehrrechte gegen die öffentliche Gewalt, sondern je nach ihrer Eigenart auch Grundsatznormen für die gesamte Rechtsordnung. In dem Maße, wie den Grundrechten ein programmatischer und direkter Gehalt zukommt, sollen sie die Bedingungen der individuellen Freiheit gewährleisten, wirken sie also unmittelbar oder vermittelt durch das Gesetz gegen soziale Gewalten und private Willkür.

Die neuere verfassungsrechtliche Entwicklung hat gezeigt, daß der Versuch einer juristischen Beherrschung der spannungsreichen Komplexität individueller und direkter Regelungsinhalte bei einzelnen Grundrechten zu Argumentationen der Abwägung und Ausgleichung führt, die durch

³ Diesem Aufsatz liegen Ausarbeitungen des Verfassers für einen Ausschuß der Sachverständigenkommission zugrunde.

die geläufigen Verfahren der Interpretation nicht mehr hinreichend unterstützt werden. Die gebotene Skepsis gegenüber institutionellen, hermeneutischen und offen ideologischen Grundrechtsauslegungen hat methodische und prinzipielle Gründe. Der rechtliche Wert der Grundrechte ist davon abhängig, daß die Grundrechtspraxis in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft den Verfahren juristischer Argumentation und Begründung entspricht. Zu diesen Verfahren gehört es beispielsweise, daß sorgfältig danach unterschieden wird, ob und gegen wen Grundrechtsbestimmungen Ansprüche einzelner begründen und ob und mit welcher Bindungskraft Grundrechtsbestimmungen Programme, Richtlinien oder Aufträge für die politisch bestimmte Gesetzgebung aussprechen. Auch darf die Verwendung von Grundrechtsbestimmungen als Auslegungsrichtlinien nicht zur Folge haben, daß der im Gesetz zum Ausdruck kommende politische Wille des Parlaments über das Maß hinaus negiert oder verändert wird, das die Verfassung anordnet. In diesem Sinne bedarf der Gedanke der „Verwirklichung“ der Verfassung einer differenzierenden Beschränkung. Neben diesen methodischen Hindernissen einer expansiven Grundrechtshandhabung kommt es auf den prinzipiellen Gesichtspunkt an, daß der Boden grundrechtlicher Freiheit verlassen wird, wenn die programmatischen und direktiven Wirkungen einer Grundrechtsbestimmung soweit forciert werden, daß sie den intendierten Schutz individueller Freiheit auflösen. Weder die Verweisung auf hermetische Werterfahrungen noch die mehr oder weniger ideologisch radikalisierte Einbindung der grundrechtlichen Freiheit durch die Gebote einer offen oder versteckt programmatischen „Vernünftigkeit“ kann – wenn noch von Grundrechten die Rede sein soll – an dem Ausgangspunkt der politischen Idee der Grundrechte vorbei, daß die rechtliche Verbürgung eines Grundrechts einen bestimmten Spielraum privatautonomer Entscheidungs- und Handlungsfreiheit gewährleisten soll.

Das Prinzip grundrechtlicher Freiheit ist in der fortschreitenden Entwicklung der „klassischen“ Grundrechte in der gesellschaftlichen und politischen Praxis zu Tage getreten und in den bürgerlichen Revolutionen erhärtet worden. Es gilt nicht weniger für die „sozialen“ Grundrechte, zu denen ein Großteil der Grundfreiheiten der Arbeit zu rechnen ist. Die Emanzipation und gerechte Ordnung der abhängigen Arbeit muß, wenn sie nicht nur als eine Neugestaltung der politischen Macht stattfinden soll, auch die grundrechtliche Freiheit des Arbeitenden einschließen. Daß die grundrechtliche Freiheit eine durchgängige oder wesentliche Deter-

minierung des dem Berechtigten garantierten Handlungsspielraums ausschließt, läßt sich am Beispiel der Koalitionsfreiheit deutlich machen. Dieses Grundrecht schützt die Entscheidungsfreiheit des einzelnen, einer Koalition beizutreten oder fernzubleiben. Es sichert auch die Tarifautonomie der Koalitionen dagegen, daß das Gesetz die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der grundsätzlichen Vereinbarungsmacht der Koalitionen entzieht.

„Arbeitsrechtliche Grundrechte“ sind die grundlegenden Freiheiten, auf die der in abhängiger Arbeit seine Daseinsgrundlage findende Arbeitnehmer angewiesen ist, um das mögliche Maß seiner Selbstbestimmung und seiner sozialen Sicherheit gegenüber dem Arbeitgeber, den kollektiven Mächten des Arbeitslebens und dem Staat zu behaupten. Die Grundfreiheiten der Arbeit gehen über die klassischen Freiheitsrechte jedenfalls dadurch hinaus, daß ihre Schutzrichtung sich vornehmlich gegen soziale Gewalten wendet und daß sie als „soziale“ Grundrechte auch Teilhabe- und Gestaltungsrechte umschließen. In beiden Richtungen ist ihnen im Hinblick auf die notwendig kollektive Ordnung des Arbeitslebens ein kollektives Element in bezug auf Betriebsverfassung, Koalitionen und verbandsmäßige Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eigen. Die Grundfreiheiten der Arbeit sind ein untrennbarer Bestandteil einer gerechten Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens.

Ein engerer Kreis „arbeitsrechtlicher Grundrechte“ ließe sich auf Begründung, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses beschränken. Dies wäre jedoch nur ein Ausschnitt aus dem skizzierten Regelungszusammenhang. In diesen gehören weiter die Rechte auf Mitbestimmung und Mitgestaltung in der Betriebs- und Unternehmensverfassung sowie die individuellen und kollektiven Rechte im Rahmen des kollektiven Arbeitsrechts. Schließlich erfaßt das Regelungsproblem der Grundfreiheiten der Arbeit auch die kulturellen Rechte im Hinblick auf Bildung, Ausbildung und Fortbildung.

Die Grundfreiheiten der Arbeit haben ihren Leitgedanken im rechtlichen Schutz der Persönlichkeit und Selbstbestimmung desjenigen, der auf eine Existenz in abhängiger Arbeit angewiesen ist. In ungleich größerem Maße aber als die klassischen individuellen Freiheitsrechte schließen sie programmatische und direktive Festlegungen ein, die auf die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und damit auf das Kernstück der Gesellschaftsordnung gerichtet sind. Hauptsächlich darin liegt die Schwierigkeit einer rechtlichen Positivierung der Grundfreiheiten der Arbeit.

3. „Soziale Rechte“ im Entwurf eines Sozialgesetzbuches. – Der von der Bundesregierung im 6. Bundestag und erneut im 7. Bundestag eingebrachte Entwurf für den Allgemeinen Teil eines Sozialgesetzbuches⁴ enthält im Ersten Abschnitt „Aufgaben des Sozialgesetzbuches und soziale Rechte“ einen Katalog programmatischer Festlegungen und berechtigender Gewährleistungen, der möglicherweise als Muster für ein Arbeitsgesetzbuch herangezogen werden könnte. Dieser Katalog gliedert sich in eine programmatische Umschreibung der Aufgaben des Sozialgesetzbuches (§ 1), eine die rechtliche Eigenart der normierten „sozialen Rechte“ charakterisierende Vorbehaltsklausel (§ 2) und eine Aufzählung einzelner „sozialer Rechte“ (§§ 3 bis 10).

§ 1 Aufgaben des Sozialgesetzbuchs

Das Recht des Sozialgesetzbuchs soll zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit Sozialleistungen einschließlich sozialer und erzieherischer Hilfen gestalten. Es soll dazu beitragen,
ein menschenwürdiges Dasein zu sichern,
gleiche Voraussetzungen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit, insbesondere auch für junge Menschen, zu schaffen,
den Erwerb des Lebensunterhalts durch eine frei gewählte Tätigkeit zu ermöglichen und
besondere Belastungen des Lebens, auch durch Hilfe zur Selbsthilfe, abzuwenden oder auszugleichen.

§ 2 Soziale Rechte

Der Erfüllung der in § 1 genannten Aufgaben dienen die nachfolgenden sozialen Rechte. Aus ihnen können Ansprüche nur insoweit geltend gemacht oder hergeleitet werden, als deren Voraussetzungen und Inhalt durch die Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuches im einzelnen bestimmt sind.

Die dann aufgezählten sozialen Rechte betreffen die Bildungs- und Arbeitsförderung, die Sozialversicherung, die soziale Entschädigung bei Gesundheitsschäden, die Minderung des Familienaufwands, den Zuschuß für eine angemessene Wohnung, die Eingliederung Behinderter, die Jugendhilfe und die Sozialhilfe.

In der Begründung des Entwurfs⁵ wird erläutert, daß dieser Abschnitt in Konkretisierung des Verfassungsprinzips des sozialen Rechtsstaats sozialpolitische Leitideen, die den Vorschriften der einzelnen Sozialleistungsbereiche zugrunde liegen, aufstellt, auf den einzelnen bezieht und als „soziale Rechte“ formuliert, um den Status des einzelnen als Träger von Rechten, die auf Teilhabe an der vom Staat geleisteten sozialen Förderung und Sicherung gerichtet sind, zu verdeutlichen.

⁴ BTag Drucks. VI/3764, 7/868.

⁵ AaO. A VII Nr. 1.

An diesem sozialrechtlichen Katalog verdient zweierlei hervorgehoben zu werden. Die Aufgaben der Sozialgesetzgebung und die sozialen Rechte werden in einem notwendigen Zusammenhang gesehen, worin die auf gesetzgeberische Gestaltung zielende Richtlinienwirkung der sozialen Rechte zum Ausdruck kommt. Den sozialen Rechten wird eine unmittelbare Wirkung zur Begründung subjektiver Rechte nicht zuerkannt; subjektive Rechte entstehen nur nach Maßgabe gesetzlicher Ausformung. Der Rechtekatalog stellt dementsprechend praktisch eine Präambel dar, in der das Gesetz sich selbst appellierend und enunziativ erklärt. Diese Gesetzestechnik ist auf Kritik gestoßen.⁶ In der Tat ist schwer einzusehen, warum die – angesichts der bloß objektiven Bedeutung der Regelungen mißverständliche – Form subjektiver Rechte gewählt wurde, um Leitideen zu proklamieren. Sinn und Nutzen dieses Katalogs sozialer Rechte sind hier nicht näher zu behandeln, obwohl festgehalten werden muß, daß sich gegebenenfalls die Notwendigkeit einer Abstimmung der Rechtekataloge des Sozialgesetzbuches und eines Arbeitsgesetzbuches ergeben wird. Davon abgesehen wirkt die Regelung „arbeitsrechtlicher Grundrechte“ weitreichendere und prinzipiellere Schwierigkeiten auf als die Regelung sozial(rechtlich)er Rechte, die nicht zu der Formulierung eines eigentlichen Grundrechts auf staatlich garantierte menschenwürdige Existenz oder einer ähnlichen Gewährleistung⁷ entsprechend dem „Recht auf Arbeit“ vordringt.

4. Individualrechte im Betriebsverfassungsrecht. – Einen ersten Schritt zu einer Normierung arbeitsrechtlicher Grundrechte für einen bestimmten Sachbereich darf man in den §§ 75, 81 ff. BetrVG sehen. Diese äußerlich in dem Zusammenhang des Betriebsverfassungsrechts erscheinenden Gewährleistungen betreffen, von § 75 abgesehen, sachlich nur den Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Aus diesem Grunde ist ihre Einfügung in das BetrVG als unangebracht beanstandet worden.⁸ Dazu ist anzumerken, daß diese Rechte, obwohl sie privatrechtlich von Nebenpflichten des Arbeitgebers kraft des Arbeitsvertrages abgeleitet sind, durch die Einfügung in das Betriebsverfassungsrecht unter der Überschrift „Mitwirkung

⁶ B. von Maydell, Auf dem Wege zu einem besseren Sozialrecht, ZRP 73, 115/119; H. Zacher, Das Vorhaben des Sozialgesetzbuches, 1973, S. 31, 33.

⁷ Vgl. Art. 22 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. 12. 1948.

⁸ W. Dütz, Strukturen des Betriebsverfassungsrechts, JuS 72, 685/690; A. Schöllner, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1973, S. 145 f.

und Mitbestimmung der Arbeitnehmer“ eine weitere Dimension erhalten, in der sich eine neuartige Bestimmung des Arbeitsverhältnisses andeuten könnte. Denn diese Rechte erhalten dadurch zumindest einen weiteren aus der Betriebsverfassung entspringenden Geltungsgrund neben der vertraglichen Begründung kraft privatautonomer Vereinbarung.

Im Schriftlichen Bericht des 10. Ausschusses⁹ ist gesagt, nach Ansicht der Mehrheit seien nur solche Individualrechte zu kodifizieren, „die wegen ihres betriebsbezogenen Charakters im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts bleiben. Andere Rechte des einzelnen Arbeitnehmers sollten aus rechtssystematischen Gründen und insbesondere im Hinblick auf die von der Bundesregierung eingesetzte Sachverständigenkommission zur Vorbereitung eines Deutschen Arbeitsgesetzbuches dem Arbeitsverhältnisrecht vorbehalten sein.“

Der Entwurf der CDU/CSU für ein Betriebsverfassungsgesetz¹⁰ hatte in den §§ 1 bis 17 unter der Überschrift „Der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz und im Betrieb“ einen umfangreichen Rechtekatalog vorgeschlagen, dessen Grundnorm wie folgt lautete:

§ 1 Persönliche Entfaltungsfreiheit

Arbeitsablauf und betriebliche Organisation sind so zu gestalten, daß der Arbeitnehmer im Rahmen des Betriebsziels die größtmögliche persönliche Entfaltungsfreiheit hat. Die Arbeitnehmer sind zu gegenseitiger Zusammenarbeit verpflichtet.

Sicher werden die Entstehungsgeschichte des BetrVG 1972 und die in diesem Gesetz vorgenommene Ausformung individueller Rechte für die Normierung arbeitsrechtlicher Grundrechte zu berücksichtigen sein.¹¹ Das wird allerdings voraussetzen, daß die Zuordnung des Betriebsverfassungsrechts zu dem durch Vertrag begründeten und inhaltlich durch Gesetz und Tarifvertrag bestimmten Arbeitsverhältnis prinzipiell geklärt wird. Diese Anstrengung wird auch auf die Grundfrage der individuellen und kollektiven Elemente arbeitsrechtlicher Grundrechte stoßen.

5. Rechtspolitische Ausgangspunkte. – In dem formell und sachlich vielgestaltigen Gefüge der Verfassung, des Gesetzes, des Tarifvertrages,

⁹ BTag zu Drucks. VI/2729.

¹⁰ BTag Drucks. VI/1806.

¹¹ U. Mertz, Der individuelle Schutz des Arbeitnehmers im Rahmen der Betriebsverfassung, RdA 71, 203; G. Wiese, Individualrechte in der Betriebsverfassung, RdA 73, 1; W. Blomeyer, Der Interessenkonflikt zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat bei Individualmaßnahmen, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, 1973.

der Betriebsverfassung und des Arbeitsverhältnisses finden die arbeitsrechtlichen Grundrechte nicht einen von vornherein eindeutigen und einheitlichen Ort. Im gegebenen Rechtszustand hat die mit ihnen angestrebte schützende und fördernde Gewährleistung zugunsten des Arbeitnehmers auf allen diesen Regelungsebenen verstreut und verschiedenartig Gestalt angenommen.

Für das Regelungsprogramm arbeitsrechtlicher Grundrechte im Rahmen einer Kodifikation des Arbeitsrechts kommen von einem prinzipiellen Standpunkt aus zwei verschiedene rechtspolitische Ausgangspunkte in Betracht: (1) Die konkretisierende Verdeutlichung arbeitsrechtlicher Grundrechte im Rahmen des bestehenden Grundrechtskatalogs der Verfassung; (2) eine umfassende Normierung von Grundfreiheiten der Arbeit im Zusammenhang der Wirtschafts- und Arbeitsverfassung. Bis zu einem gewissen Grade können die dadurch gegebenen Regelungsziele auch verbunden werden.

(1) Es wäre möglich, sich das Ziel zu setzen, es bei einer konkretisierenden Verdeutlichung arbeitsrechtlicher Grundrechte im Rahmen des bestehenden Grundrechtskatalogs der Verfassung bewenden zu lassen. Dieses Vorgehen hätte als praktische Zielsetzung die Abfassung eines in das Arbeitsgesetzbuch einzufügenden Rechtekatalogs zur Folge.

Dazu wäre es erforderlich, die gegebene Grundrechtspraxis im Arbeitsrecht zu erfassen und auf eine Anzahl grundlegender Bestimmungen zurückzuführen, die – deklaratorisch – ausdrücken würden, welche rechtliche Bedeutung die gegebenen Grundrechte der Verfassung für das individuelle und kollektive Arbeitsrecht besitzen.¹² In einen so zustande kommenden Katalog wären sonstige Bestimmungen, z. B. der Europäischen Sozialcharta, einzubeziehen, die materiell grundrechtlichen Charakter haben und sich zur Begründung privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Ansprüche eignen.

Ein solches Vorgehen würde nur den Bestand der Verfassung unberührt lassen, nicht auch den Bestand des Arbeitsrechts. Etwa durch das Arbeitsgesetzbuch vorgenommene strukturelle Umgestaltungen des In-

¹² G. Olbersdorf, Grundrechte und Arbeitsverhältnis, AuR 58, 193; F. Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164, 1964, S. 385; R. Echterhölter, Einwirkung der Grundrechte auf das Arbeitsrecht, in: Arbeitsrecht-Blattei, D-Blatt Grundgesetz II, II Grundrechte und Arbeitsrecht, 1969; G. Küchenhoff, Einwirkung des Verfassungsrechts auf das Arbeitsrecht, RdA 69, 97; R. Echterhölter, Verfassungsrecht und Individualarbeitsrecht, BB 70, 677.

halts oder der Zuordnung des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts¹³ würden sich in der Fassung der arbeitsrechtlichen Grundrechte niederschlagen, denen so auch ein selbständiger Regelungswert neben den verfassungsrechtlichen Grundrechten zukommen würde.

(2) Andererseits wäre es möglich, eine umfassende Regelung der Grundfreiheiten der Arbeit anzustreben, womit zugleich die Grundlagen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts in das Regelungsprogramm einzubeziehen wären. Bei einem derartigen Regelungsziel würden die arbeitsrechtlichen Grundrechte zu dem Hauptschauplatz der Auseinandersetzung über die Stellung der Arbeit, des Arbeitsrechts, der Arbeitnehmer und Arbeitgeber und der Koalitionen in der Rechtsordnung. Angelpunkte eines Rechkataloges wären das „Recht auf Arbeit“, verstanden als das Recht auf Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung des Menschen durch die und in der Arbeit, und die Koalitionsfreiheit, verstanden als individuelle und kollektive Gewährleistung und als Einrichtungsgarantie für die Grundstruktur des kollektiven Arbeitsrechts.

Eine derartige Zielsetzung wäre nur sinnvoll, wenn auch eine Änderung und Ergänzung des Grundrechtskatalogs der Verfassung in Betracht gezogen würde. Denn eine so beschaffene Neubestimmung der Grundlagen des Arbeits- und Wirtschaftslebens, die ja auch den Zusammenhang mit Art. 14 und 15 GG und mit den anderen Wirtschaftsfreiheiten bedenken müßte, hätte materiell verfassungsrechtlichen Charakter. Dieser Umstand wird sich nicht dadurch verdecken lassen, daß man sich scheinbar auf rechtliche Deduktionen aus dem Sozialstaatsatz und aus einzelnen Grundrechtsbestimmungen, wie z. B. Art. 1 Abs. 1, 9 Abs. 3, 12 Abs. 1 GG, beschränkt.

Eine andere Frage ist, ob die bei einem so anspruchsvollen Projekt notwendige Überprüfung des bestehenden Verfassungsrechts schließlich zu einem Rechkatalog führen würde, der nur im Wege der Verfassungsänderung normiert werden könnte, oder ob das erreichte Ergebnis sich mit Hilfe der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Rahmen eines Arbeitsgesetzbuches realisieren ließe. Diese Frage läßt sich nicht abstrakt beantworten; sie hängt in erster Linie von dem sachlichen Gehalt der erstrebten Regelung ab.¹⁴ Davon abgesehen ließe sich auch die Auffas-

¹³ *Th. Ramm*, Arbeitsgesetzbuch und politische Entscheidung, ZRP 72, 13.

¹⁴ *F. Brecher*, Grundrechte im Betrieb, in: Festschrift für Otto Nipperdey, 1965, II, S. 29; *Ekkehard Stein*, Freiheit am Arbeitsplatz, in: Festschrift für Otto Brenner, 1967, S. 269.

sung vertreten, daß in jedem Falle die Aufnahme einer arbeitsverfassungsrechtlichen Grundnorm in das Verfassungsgesetz verfassungspolitisch wünschenswert wäre.

II. Konkretisierende Verdeutlichung arbeitsrechtlicher Grundrechte im Rahmen des bestehenden Grundrechtskatalogs der Verfassung

6. Voraussetzungen der legislatorischen Ausgestaltung. – Zu den von der Verfassung vorausgesetzten Aufgaben des Gesetzgebers gehört die nähere inhaltliche Bestimmung und Ausgestaltung der Grundrechte sowie die abwägende Ausgleichung der einzelnen Grundrechtsberechtigungen. Neben den Grundrechtsbestimmungen selbst gibt, besonders im Bereich des Arbeits- und Wirtschaftslebens, der im Sozialstaatsatz ausgedrückte umfassende Auftrag zur Sozialgestaltung im Sinne der sozialen Gerechtigkeit dem Gesetzgeber eine Richtlinie für die Wahrnehmung seiner Gestaltungsfreiheit.

Die konkretisierende Ausformung arbeitsrechtlicher Grundrechte in den rechtlichen Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer ist bisher in beträchtlichem Ausmaß der arbeitsgerichtlichen Praxis zugefallen. Die Voraussetzung dafür war die Anerkennung einer privatrechtsgestaltenden Wirkung der Grundrechte, vor allem in der Bindung der Vertragsfreiheit und des Direktionsrechts des Arbeitgebers.¹⁵

Das Problem der „Drittwirkung“ der Grundrechte im Arbeitsverhältnis und den sonstigen privatrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer stellt sich für den Gesetzgeber nicht, der eine den Grundrechten entsprechende Ausgestaltung des Arbeitsrechts vornimmt. Die mit Hilfe der Annahme einer derartigen „Drittwirkung“ der Grundrechte in der Gerichtspraxis entwickelten Rechtsgedanken und Grundsätze geben dem Gesetzgeber jedoch wichtiges Anschauungsmaterial und eine unentbehrliche Unterstützung für die gerechte Abwägung und Ausgleichung der betroffenen Interessen. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz hatte bereits in § 51 Satz 1 BetrVG

¹⁵ BAG AP Nr. 2 zu § 13 KSchG; BAG AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 Ehe und Familie; BAG AP Nr. 25 zu Art. 12 GG. – *Gamillscheg* aaO. S. 404 ff.; *Gerhard Müller*, Drittwirkung von Grundrechten und Sozialstaatsprinzip, RdA 64, 121; *D. Conrad*, Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung, 1965; *F.-J. Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972, S. 228 ff.

1952 einen Niederschlag gefunden (jetzt § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG 1972). Neuerdings hat auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers (Art. 2 Abs. 1 GG) eine gegen Arbeitgeber und Betriebsrat wirkende betriebsverfassungsrechtliche Ausgestaltung erfahren (§ 75 Abs. 2 BetrVG 1972).

Im folgenden sind ohne Anspruch auf Vollständigkeit einige der wesentlichen Anwendungsfelder grundrechtlicher Wirkungen im Arbeitsrecht skizziert.

7. Die freie Wahl des Arbeitsplatzes. – Das Grundrecht, den Arbeitsplatz frei zu wählen (Art. 12 Abs. 1 GG), und die grundsätzliche Freiheit von Arbeitszwang, Zwangsarbeit und Dienstverpflichtung (Art. 12 Abs. 2 und 3, 12 a GG)¹⁶ hindern in Verbindung mit der arbeitsrechtlichen Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) den Gesetzgeber daran, die freie Entscheidung des Arbeitnehmers über die Wahl der Beschäftigung¹⁷ durch den Abschluß und die Beendigung eines Arbeitsvertrages zu beschränken.

Das Recht zur freien Wahl des Arbeitsplatzes umschließt auch das gegenüber dem Arbeitgeber wirkende Recht, den gewählten Arbeitsplatz beizubehalten, aufzugeben und zu wechseln. In dieser Bedeutung begrenzt das Grundrecht die Möglichkeit, das Kündigungsrecht des Arbeitnehmers durch die vertragliche Vereinbarung von Zahlungspflichten, z. B. die Rückzahlungspflicht für Ausbildungsaufwendungen, Gratifikationen oder Prämien, in unbilliger Weise mit nachteiligen Folgen zu verbinden und damit zu erschweren.¹⁸

8. „Recht auf einen Arbeitsplatz.“ – Ein Recht auf einen Arbeitsplatz, das gegenüber einem bestimmten Arbeitgeber geltend gemacht werden könnte, kennt das Grundgesetz nicht. Immerhin umfaßt der Sozialstaatsatz auch die Verpflichtung des Staates zur Arbeitsplatzbeschaffung im Sinne des Einsatzes aller verfassungsrechtlich möglichen Mittel der Vollbeschäftigungspolitik (vgl. auch § 1 StabG). In die gleiche Richtung zielt das durch Art. 1 EurSch als staatliche Verpflichtung gewährleistete „Recht auf Arbeit.“

¹⁶ Dazu außerdem folgende Abkommen im Rahmen der ILO: Übereinkommen Nr. 29 vom 28. 6. 1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit; Übereinkommen Nr. 105 vom 25. 6. 1957 über die Abschaffung der Zwangsarbeit.

¹⁷ Der Staat muß zu gewährleisten suchen, „daß die Wahl der Beschäftigung frei ist“ (Art. 1 Abs. 1, Abs. 2 lit. c Übereinkommen Nr. 122 der ILO vom 9. 7. 1964 über die Beschäftigungspolitik).

¹⁸ BAG AP Nrn. 25 und 26 zu Art. 12 GG; BAG NJW 64, 568; BVerwG AP Nr. 41 zu Art. 12 GG.

Abgesehen von diesen verfassungs- und völkerrechtlichen Verpflichtungen des Staates unterliegt der Arbeitgeber bei seiner grundsätzlich privatautonomen, wenn auch betriebsverfassungsrechtlich beschränkten Entscheidung über die Bewerbung um einen Arbeitsplatz bestimmten Bindungen, die sich als ein Recht des einen Arbeitsplatz suchenden Arbeitswilligen definieren lassen. Auf dem Boden arbeitsrechtlicher Erwägungen hat die Gerichtspraxis Beschränkungen des Fragerechts des Arbeitgebers bei der Einstellung und dementsprechend Grenzen der Offenbarungspflicht des Bewerbers entwickelt.¹⁹ Diese Beschränkungen des Fragerechts lassen sich auf eine allgemeine Pflicht des Arbeitgebers zurückführen, bestimmte Umstände bei der Entscheidung über die Einstellung eines Bewerbers nicht zu berücksichtigen, z. B. auch wegen der grundrechtlichen Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG). Die verfassungsrechtliche Garantie der grundsätzlich privatwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung²⁰ überläßt dem Arbeitgeber die Disposition über die Arbeitsplätze, verleiht dieser Dispositionsmöglichkeit aber kraft der sozialstaatlichen und sozialen Bindungen des Unternehmereigentums und der unternehmerischen Wirtschaftsfreiheit zugleich einen gewissermaßen „treuhänderischen“ Charakter. Das Gesetz, aber auch die Grundsätze des Arbeitsrechts bestimmen, welches Ausmaß diese Bindung der Disposition des Unternehmers je nach Eigenart und Größe des Unternehmens besitzt. Dementsprechend ist es naheliegend, zu erwägen, ob nicht bereits dem geltenden Recht ein Anspruch des Arbeitsplatzbewerbers gegen den potentiellen Arbeitgeber auf eine sachbezogen objektivierete Entscheidung über seine Bewerbung angehört, das sich als arbeitsrechtliches Grundrecht formulieren ließe.²¹ Die Fassung eines derartigen „Rechts auf einen Arbeitsplatz“ müßte deutlich machen, daß es eine Einschränkung des Grundsatzes darstellt, daß die Entscheidung des Arbeitgebers über die Einstellung in der Vertragsfreiheit begründet ist. Schwieriger dürfte die Frage sein, ob der gegen den Arbeitgeber gerichtete Einstellungsanspruch, der der Sache nach ein Anspruch des Arbeitnehmers darauf ist, bei der Entscheidung über die Einstellung nicht willkürlich benachteiligt und nicht ohne einen sachbezogenen Grund abgewiesen zu werden, in jedem

¹⁹ BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB (Vorstrafen); BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB (Schwangerschaft).

²⁰ Vorbehaltlich einer Sozialisierung nach Maßgabe des Art. 15 GG.

²¹ *Gamillscheg* aaO. S. 417 ff.; *D. Leipold*, Einstellungsfragebögen und das Recht auf Arbeit, AuR 71, 161.

Fall unabhängig von den betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats (§ 99 BetrVG) besteht.

9. „Recht am Arbeitsplatz.“ – Ohne daß dafür eine ausdrückliche Grundrechtsbestimmung der Verfassung angeführt werden könnte, ist zu erwägen, ob nicht ein „Recht am Arbeitsplatz“ als ein arbeitsrechtliches Grundrecht anerkannt werden müßte. Die gesetzliche Regelung der Kündigung und des Kündigungsschutzes läßt sich als Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes begreifen, der soeben bei dem Problem der Entscheidung über eine Bewerbung um einen Arbeitsplatz angedeutet worden ist, nämlich, daß der von Rechts wegen über die Arbeitsplätze disponierende Arbeitgeber bei der Verweigerung wie bei der Entziehung des Arbeitsplatzes bestimmte Gesichtspunkte nicht heranziehen darf. Wie ein „Recht auf einen Arbeitsplatz“ in dem behandelten Sinne wäre ein „Recht am Arbeitsplatz“ ein Element eines rudimentären „Rechts auf Arbeit.“ Positiv bedeutete dieses Recht, daß der Arbeitnehmer den Arbeitsplatz gegen seinen Willen nicht ohne sachbezogene und als billig und gerecht anerkennenswerte Gründe verlieren darf.²²

10. Gleichheit, Gleichberechtigung, Gleichbehandlung. – Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), die Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 GG) und die besonderen Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 3 GG) gelten zunächst für den Gesetzgeber. Sie gelten weiter für Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen sowie für quasinormative allgemeine Arbeitsbedingungen, die der Arbeitgeber aufstellt.²³ Darüber hinaus ist es Sache des Gesetzgebers, die Gleichheit der Gelegenheiten und der Behandlung in bezug auf Beschäftigung und Beruf zu fördern, um jegliche Diskriminierung auf diesem Gebiet auszuschalten.²⁴

Der Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau bei gleichwertiger Arbeit entspringt dem geltenden Verfassungsrecht (Art. 3 Abs. 2 GG). Er ist überdies in Art. 4 Abs. 1 Nr. 3 EurSch niedergelegt.²⁵ Schließlich ist er in Art. 119 EWGV vorgeschrieben.²⁶

²² *Gamillscheg* aaO. S. 391 ff., 415 ff., 433; *G. Müller* aaO. S. 124. – BAG AP Nr. 2 zu § 70 BAT erwägt, daß das Recht des Arbeitnehmers auf den Arbeitsplatz ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sei.

²³ BAG AP Nrn. 69 und 77 zu Art. 3 GG; *F.-J. Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972.

²⁴ Übereinkommen Nr. 111 der ILO vom 25. 6. 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf; dazu die Empfehlung Nr. 111 vom selben Tage.

²⁵ Siehe auch Art. 23 Nr. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte

In den Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer gilt neben den besonderen Gleichheitsrechten des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nicht der allgemeine Gleichheitssatz, sondern der arbeitsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung, der eine willkürliche Benachteiligung einzelner Arbeitnehmer verbietet.²⁷ Der arbeitsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung, den die betriebsverfassungsrechtliche Bestimmung des § 75 Abs. 1 BetrVG voraussetzt, ist sachlich ein arbeitsrechtliches Grundrecht.

11. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und der Schutz der Arbeitskraft. – Ein zentrales Grundrecht des Arbeitnehmers bei den Einstellungsverhandlungen und im Arbeitsverhältnis ist das vielgestaltig aufgefächerte allgemeine Persönlichkeitsrecht: Die Achtung der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) und die Sicherung der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG).²⁸

Durch § 75 Abs. 2 BetrVG sind Arbeitgeber und Betriebsrat verpflichtet, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Ein auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurückführbares spezielles Schutzrecht des in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmers ist in § 618 Abs. 2 BGB niedergelegt. Ein Vorschlag für eine allgemeine Regelung findet sich in Art. 328 Abs. 1 des Entwurfs eines schweizer. Gesetzes über den Arbeitsvertrag.²⁹

der Vereinten Nationen vom 10. 12. 1948; Übereinkommen Nr. 100 der ILO vom 29. 6. 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit.

²⁶ Berichte der Bundesregierung über die Art, den Umfang und den Erfolg der von ihr oder den Länderregierungen vorgenommenen Beanstandungen betreffend die Anwendung des Art. 119 des EWG-Vertrages vom 11. Januar 1971 (BTag Drucks. VI/1702) und vom 31. Januar 1973 (BTag Drucks. 7/90; dazu der Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 3. Mai 1973, BTag Drucks. 7/534); Beantwortung einer Frage in der Fragestunde am 1. April 1971 (BTag Sten. Berichte, 6. WP., S. 6656 f.).

²⁷ BAG AP Nrn. 10 und 13 zu Art. 3 GG; G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958; Brecher aaO. S. 45 ff.; H. Buchner, Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen, RdA 70, 225; R. Echthölter, Verfassungsrecht und Individualarbeitsrecht, BB 70, 677/681.

²⁸ Edmund H. Schwenk, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, NJW 68, 822; Söllner, Betrieb und Menschenwürde, RdA 68, 437; G. Wiese, Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, ZFA 2, 1971, S. 273.

²⁹ RdA 67, 448/450.

Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis der Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Bewerber um einen Arbeitsplatz vor unangemessenen und nicht sachbezogenen Fragen, Testverfahren und psychologischen Begutachtungen.³⁰ Personalfragebogen, persönliche Angaben in schriftlichen Arbeitsverträgen, die allgemein für den Betrieb verwendet werden sollen, und die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze unterliegen der Zustimmung des Betriebsrats (§ 94 BetrVG). Auch im bestehenden Arbeitsverhältnis ist die Unterwerfung unter psychologische Untersuchungen zur Prüfung der Arbeitsfähigkeit an enge Grenzen gebunden.³¹

Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers beschränkt das Bestimmungsrecht des Arbeitgebers über die Gestaltung des Arbeitsplatzes und der Arbeitsmethoden sowie die Verwendung von Arbeitskontrollgeräten. Der Arbeitnehmer darf nicht zum beliebig verfügbaren Objekt des Arbeitsprozesses erniedrigt und einer antreiberischen, bedrückenden oder heimlichen Kontrolle ausgesetzt werden. Das Grundrecht wirkt hier vor allem in Richtung verhältnismäßiger und sachbezogener Anordnungen des Arbeitgebers und eines Ausschlusses entwürdigender und demütigender Verfahren und Einrichtungen.³² Entsprechende Grundsätze ergeben sich für die Zulässigkeit von Torkontrollen.³³

Die Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, bedürfen der Zustimmung des Betriebsrats (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG). Werden die Arbeitnehmer durch Änderungen der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsumgebung, die den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die „menschengerechte“ Gestaltung der Arbeit offensichtlich widersprechen, in besonderer Weise belastet, so kann der Betriebsrat angemessene Maßnahmen zur Abwen-

³⁰ *Karlheinz Schmid*, Die rechtliche Zulässigkeit psychologischer Testverfahren im Personalbereich, NJW 71, 1863; ders., Rechtsprobleme des Streß-Interviews, BB 71, 1237.

³¹ BAG AP Nr. 1 zu Art. 1 GG.

³² *W. Musa*, Arbeits- und verfassungsrechtliche Grenzen bei der Einführung mechanischer Arbeitskontrollgeräte, AuR 61, 357; *H. Monjau*, Die Zulässigkeit von Arbeitskontrollgeräten am Arbeitsplatz, BB 64, 224; *D. Gaul*, Kontrollgeräte, insbes. Telefonkontrolle und Mikrofonabhöranlage am Arbeitsplatz, BlStSozArbR 65, 27.

³³ *D. Gaul*, Torkontrolle und Leibesvisitation, Betrieb 63, 1771.

dung, Milderung oder zum Ausgleich der Belastung verlangen (§ 91 BetrVG).

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers reguliert nicht nur die äußeren Umstände der Arbeitsleistung, sondern auch den Inhalt des Arbeitsverhältnisses, den Umfang der Arbeitspflicht und das Ausmaß der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Dem Arbeitnehmer darf nicht sinnlose „Arbeit“ zugewiesen, er muß andererseits in der vereinbarten Weise beschäftigt werden.³⁴ Die geforderte Erbringung der Arbeitsleistung muß so ausgestaltet werden, daß dem Arbeitnehmer nicht ein unausweichlicher Gewissens- oder Glaubenskonflikt zugemutet wird (Art. 4 Abs. 1 GG).³⁵ Eine Verpflichtung, nicht zu heiraten (Zölibatsklausel), kann nicht wirksam vereinbart, eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Falle der Eheschließung kann nicht vorgesehen werden.³⁶

Schließlich bewirkt das allgemeine Persönlichkeitsrecht, daß das Privatleben des Arbeitnehmers, soweit es keine Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis hat oder haben kann, nicht zum Gegenstand arbeitsvertraglicher Pflichten gemacht oder als Kündigungsgrund herangezogen werden kann.³⁷

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers bedeutet nicht nur eine Schranke für die öffentliche Gewalt, die Tarifparteien, den Arbeitgeber und den Betriebsrat, sondern auch einen Auftrag für diese Grundrechtsverpflichteten, die freie Entfaltung der Persönlichkeit zu fördern. Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Staates.³⁸ Diese Schutzpflicht umfaßt auch die Sorge für gesundheitlich und technisch sichere und für angemessene Arbeitsbedingungen.³⁹

Diese Rechte und Grundsätze lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Schutz der Arbeitskraft

(1) Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Staates.

(2) Das Arbeitsverhältnis kann keine Pflichten begründen, welche die Würde des Menschen verletzen.

(3) Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit unterliegt im Arbeitsverhältnis nur den Beschränkungen, die zur Erfüllung des Arbeitsvertrages,

³⁴ BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; *Söllner* aaO. S. 438.

³⁵ *Brecher* aaO. S. 48 ff.

³⁶ BAG AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie.

³⁷ *Theo Mayer-Maly*, Arbeitsverhältnis und Privatsphäre, AuR 68, 1.

³⁸ Art. 157 Abs. 1 WeimRV.; Art. 166 Abs. 1, 167 BayVerf.; Art. 28 Abs. 1 HessVerf.; Art. 49 Abs. 1 BremVerf.; Art. 53 Abs. 1 VerfRhPfalz.

³⁹ Art. 3 EurSch; vorher Art. 23 Nr. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. 12. 1948.

insbesondere zur Erbringung der Arbeitsleistung, und für die Ordnung des Betriebes notwendig sind.

(4) Das Gesetz schützt den Arbeitnehmer vor unwürdiger, willkürlicher und unzumutbarer Behandlung und sichert ihn gegen Betriebsgefahren und gesundheitliche Schädigungen.

2. Schutz der Persönlichkeit

(1) Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit und Würde des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen.

(2) Die Gestaltung des Arbeitsplatzes und der Arbeitsmethoden darf den Arbeitnehmer nicht entwürdigenden oder demütigenden Verfahren und Einrichtungen aussetzen. Die Arbeitsleistung darf keiner antreiberischen, bedrückenden, heimlichen oder sonst erniedrigenden Kontrolle unterworfen werden.

(3) Arbeitsablauf und betriebliche Organisation sind so zu gestalten, daß der Arbeitnehmer im Rahmen des Betriebsziels die größtmögliche persönliche Entfaltungsfreiheit hat. Die Anordnungen des Arbeitgebers für die Erfüllung des Arbeitsvertrages, insbesondere die Erbringung der Arbeitsleistung, müssen sachbezogen und verhältnismäßig sein.

(4) Der Arbeitnehmer hat ein Recht darauf, in der vereinbarten Weise beschäftigt zu werden.

(5) Das Privatleben des Arbeitnehmers darf, soweit es keine Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis hat oder haben kann, nicht zum Gegenstand arbeitsvertraglicher Pflichten gemacht oder als Kündigungsgrund herangezogen werden.

12. Meinungsfreiheit, Schutz von Ehe und Familie. – Weitere Grundrechte, die die Rechtsstellung des Arbeitnehmers gegenüber der öffentlichen Gewalt, den kollektiven Mächten des Arbeitslebens und dem Arbeitgeber wesentlich bestimmen, sind die Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) und der Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG).

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit gilt auch in den Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie gegenüber dem Betriebsrat (vgl. Art. 118 Abs. 1 Satz 2 WeimRVerf.). Zu den die Meinungsfreiheit begrenzenden „allgemeinen Gesetzen“ zählen auch die arbeitsrechtlichen Grundsätze, besonders die Erfüllung der vertraglichen Arbeitspflicht, die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten und die Wahrung des Betriebsfriedens, der in erster Linie die Respektierung der Rechte der anderen Arbeitnehmer gebietet.⁴⁰

Diesen Maßstäben unterliegt auch die Freiheit der politischen Meinung und Betätigung.⁴¹ Die politische Meinungsäußerung oder Betätigung

⁴⁰ O. *Hoechst*, Das Recht der freien Meinungsäußerung im Arbeitsverhältnis, AuR 60, 134; K. *Schmittner*, Meinungsfreiheit und Arbeitsverhältnis, AuR 68, 353.

⁴¹ Siehe auch die betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätze und Pflichten gem. § 74 Abs. 2 S. 2 und 2 BetrVG.

kommt als Kündigungsgrund nur in Betracht, wenn das Arbeitsverhältnis hierdurch konkret berührt wird.⁴²

Die Wirkung der Meinungsfreiheit kann nicht für alle Betriebe und für alle Stellungen im Betrieb einheitlich gestaltet sein. Besondere Grundsätze müssen vor allem für Tendenzbetriebe (vgl. § 118 BetrVG) anerkannt werden.

Der grundrechtliche Schutz von Ehe und Familie verbietet Zölibats- und Schwangerschaftsklauseln in Arbeitsverträgen.⁴³

13. Koalitionsfreiheit, Koalitionen, Tarifautonomie und Arbeitskampf. – Die Regelung der Koalitionsfreiheit im Grundgesetz folgt dem Vorbild der Weimarer Reichsverfassung, deren einschlägige Bestimmungen im Abschnitt „Das Wirtschaftsleben“ (Art. 159, 165 Abs. 1 WeimRVerf.) an den Aufruf des Rats der Volksbeauftragten an das deutsche Volk vom 12. November 1918 (RGBl. S. 1303) und an die Vereinbarung der großen Arbeitgeberverbände und der Gewerkschaften über die Gründung der Zentralarbeitsgemeinschaft der industriellen und gewerblichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Deutschlands vom 15. November 1918, dem der Rat der Volksbeauftragten normative Geltung verlieh (RAnz. vom 18. November 1918 Nr. 273), anknüpften. Neben dem individuellen Grundrecht der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gewährleistet die im Stil eines individuellen Freiheitsrechts gefaßte Garantie der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) Status, Bestand und Betätigung der Koalitionen und die tragenden Grundsätze und Einrichtungen des kollektiven Arbeitsrechts über das Tarifvertragssystem, den Arbeitskampf und die Betriebsverfassung und trifft sie durch die Festlegung der Tarifautonomie eine die gesetzgeberische Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen beschränkende Ordnungsentscheidung für die Wirtschaftsverfassung.

Die Koalitionsfreiheit ist ein soziales Grundrecht, das in erster Linie die verfassungsrechtliche Anerkennung und Gewährleistung des Interesses der Arbeitnehmer an einer kollektiven, koalitionsmäßigen Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bezweckt. Das Regelungsprogramm dieses Grundrechts geht über den einseitigen Schutz des Arbeitnehmerinteresses hinaus, indem es das im Gegenzug entstan-

⁴² BAG AP Nrn. 2 und 4 zu § 13 KSchG; BAG AP Nr. 1 zu Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsfreiheit; BAG AP Nr. 58 zu § 626 BGB; BAG JZ 71, 785; BAG JZ 73, 375; J. *Depenbrock*, Mitgliedschaften bei politischen Parteien als Kündigungsgrund, RdA 61, 186.

⁴³ BAG AP Nrn. 1 und 3 zu Art. 6 Abs. 2 GG Ehe und Familie.

dene Interesse auch der Arbeitgeber an einer kollektiven Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und damit überhaupt das kollektivrechtliche System der Ausgleichung und Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in die Gewährleistung einbezieht. Die Eigenart der Koalitionsfreiheit als soziales Grundrecht zeigt sich im Schutzbereich dieses Grundrechts und in seiner Prägung durch die verbandsmäßige Wahrung von Gruppeninteressen. Anders als die klassische Vereinigungsfreiheit will die Koalitionsfreiheit nicht hauptsächlich das individuelle Interesse an der Assoziation zu bestimmten Zwecken schützen, sondern die Angewiesenheit des einzelnen Arbeitnehmers auf koalitionsweise Geltendmachung und Wahrung seiner Interessen im Hinblick auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen angesichts einer privatwirtschaftlichen Gestaltung der Produktionsverhältnisse verfassungsrechtlich sicherstellen. Ihr sozialer Schutzzweck bringt die Koalitionsfreiheit vor allem in einen Zusammenhang mit dem Verfassungsprinzip des sozialen Rechtsstaates,⁴⁴ der sozialstaatlichen Verpflichtung zur Beschaffung und Erhaltung eines Arbeitsplatzes⁴⁵ und allgemein mit dem gesellschaftspolitischen Problem der privatwirtschaftlichen Aneignung des Arbeitsprodukts durch den Produktionsmitteleigentümer und der nur mittelbaren Beteiligung des Arbeitnehmers an dem Arbeitsprodukt durch Lohn und gegebenenfalls Ertragsbeteiligung.⁴⁶ Aus diesen Gründen ist es naheliegend, Koalitionsfreiheit und kollektives Arbeitsrecht als Ausdruck einer „sozialen Selbstverwaltung“ zu sehen.⁴⁷

Als Grundrecht begründet die Koalitionsfreiheit verfassungsrechtliche Rechte einzelner Arbeitnehmer und Arbeitgeber und der Koalitionen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer.⁴⁸ Die Koalitionsfreiheit der Koalitionen

⁴⁴ BVerfGE 19, 303/319.

⁴⁵ BSGE 20, 169.

⁴⁶ *Olbersdorf*, Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, AuR 55, 129.

⁴⁷ *Bulla*, Soziale Selbstverantwortung der Sozialpartner als Rechtsprinzip, in: Festschrift für H. C. Nipperdey, 1965, II, S. 79/81; *Söllner*, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1973, S. 43 ff.

⁴⁸ Siehe auch Art. 23 Nr. 4 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. 12. 1948; Art. 8 des von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedeten Entwurfs eines Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (ArchVR 14, 1970, S. 404); Art. 5 EurSch; Übereinkommen Nr. 87 der ILO vom 9. 7. 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes; Übereinkommen Nr. 98 der ILO vom 1. 7. 1949 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen.

ist ein kollektives Bestands- und Betätigungsrecht: es schützt die Koalitionen in ihrer Existenz, in ihrer organisatorischen Autonomie und in ihrer koalitionsgemäßen Tätigkeit, d. h. in allen Tätigkeiten, die der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen.⁴⁹ Die Tarifautonomie – die rechtliche Möglichkeit, die einzelnen Arbeitsbedingungen durch Vereinbarung mit dem sozialen Gegenspieler zu regeln⁵⁰ – und die mit ihr verbundene Arbeitskampffreiheit sind ein wesentlicher Bestandteil des geschützten Betätigungsrechts der Koalitionen und Gegenstand der Koalitionsfreiheit als Einrichtungsgarantie, nämlich der zugleich mit dem Grundrecht gewährleisteten „Institution eines gesetzlich geregelten und geschützten Tarifvertragssystems“, dessen Partner frei gebildete Koalitionen sein müssen.⁵¹ Es gehört zur Eigenart der Einrichtungsgarantien, daß sie eine Richtlinie für den Gesetzgeber darstellen und auf eine nähere Regelung durch das Gesetz angelegt sind, welches das kollektive Betätigungsrecht der Koalitionen ausgestaltet und in der Abwägung und Ausgleichung mit dem öffentlichen Interesse und den betroffenen Rechten Dritter beschränkt. In diesem Sinne hat Lerche⁵² treffend von einer durch Art. 9 Abs. 3 GG „unfertig verfaßten Verantwortung“ der Tarifparteien gesprochen. Das in der Tarifautonomie gegebene Bestimmungsrecht der Koalitionen für eine verbandsmäßige Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, das zugleich ein ver-

⁴⁹ BVerfGE 4, 96/108 f.; 18, 18/32; 19, 303/312 ff.; 28, 295. – Dietz, Koalitionsfreiheit, in: Die Grundrechte, III/1, 1958, S. 417; W. Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, 1965; R. Richardi, Koalitions-gewalt und individuelle Koalitionsfreiheit, AöR 93, 1968, S. 243; R. Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971; ders., Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, 1972.

⁵⁰ BVerfGE 18, 18/19. – Siehe auch Art. 6 EurSch; Art. 4 des Übereinkommens Nr. 98 der ILO aaO.

⁵¹ BVerfGE 4, 96/106, 108; 20, 312/317 ff. – K. H. Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, 1964; W. Weber, Unzulässige Einschränkungen der Tariffreiheit, BB 64, 764; ders., Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, 1965, S. 24 ff., 34 ff.; G. Schnorr, Inhalt und Grenzen der Tarifautonomie, JR 66, 327; Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten von K. H. Biedenkopf und H. Krüger und Referat von W. Herschel, Verh. des 46. DJT, 1967, Bd. 1 Teil 1 und Bd. 2 Teil D; P. Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, S. 32 ff.; R. Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968; F.-J. Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969; M. O. Hinz, Tarifhoheit und Verfassungsrecht, 1971.

⁵² P. Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, S. 31 f.

fassungsrechtlich festgelegtes Ordnungselement der Wirtschaftsverfassung ist, gibt den Koalitionen einen öffentlichen Status mit Rechten und Pflichten, welche die bloße Interessenwahrung überschreiten. Indem die Tarifautonomie dem Gesetz zwar nicht die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen entzieht, bestimmte und sehr wesentliche Regelungen dieser Materie aber grundsätzlich dem Gesetz verwehrt, und weil eine Funktionsänderung der Tarifautonomie dahin zu beobachten ist, daß die Bedeutung des Tarifvertrags als Instrument zur gesamtwirtschaftlichen Datensetzung zunimmt, der Schutzgedanke dagegen zurücktritt,⁵³ wird die Frage des Status der Koalitionen ein verfassungsrechtliches und verfassungspolitisches Problem von prinzipiellem Rang.

Während die Bedeutung der Tarifautonomie für die Wirtschaftsordnung und das Arbeitsleben aus dem grundrechtlichen Bereich auf die Ebene der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen führt und nur dort eine Ausgestaltung und Fortentwicklung erfahren könnte, weist die im Hinblick auf den Status der Koalitionen gestellte kodifikatorische Aufgabe auch auf die individuelle Schutzwirkung der Koalitionsfreiheit zurück. Von zentraler Bedeutung für eine Kodifikation des kollektiven Arbeitsrechts ist die Beurteilung der negativen Koalitionsfreiheit,⁵⁴ weil in dieser Einzelfrage die Position vor allem der Koalitionen der Arbeitnehmer im System der kollektiven Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen betroffen ist und damit ein grundlegendes Strukturelement der durch die Koalitionsfreiheit gewährleisteten sozialen Selbstverwaltung zu Tage tritt. Gerade wenn man die Koalitionsfreiheit im Sinne einer Gewährleistung der sozialen Selbstverwaltung durch kollektive Interessenwahrung auffaßt, sprechen die besseren Gründe dafür, das Problem der negativen Koalitionsfreiheit als eine strukturelle Frage der sozialen Selbstverwaltung anzusehen und damit der Gewährleistung der Koalitionsfreiheit zuzuordnen, statt es mit einer Zuweisung zu dem „Auffanggrundrecht“ der allgemeinen Handlungsfreiheit verfassungsrechtlich von diesem Zusammenhang zu trennen. Doch auch die positive Koalitionsfreiheit bedarf der ausgleichenden Abwägung mit der Koalitionsfreiheit der Koalitionen.

⁵³ Bericht „Mitbestimmung im Unternehmen“, BTag Drucks. VI/334, Tz IV, 99.

⁵⁴ BAG AP Nr. 13 zu Art. 9 GG (dazu die Kritik von E.-H. Ritter JZ 69, 111; Hanau JuS 69, 213; Gitter JurA II/2, 1970, S. 148); W. Däubler/Th. Mayer-Maly, Negative Koalitionsfreiheit? 1971.

Dadurch, daß nicht nur der einzelne, sondern auch die Koalition Subjekt von Berechtigungen ist, die aus der Koalitionsfreiheit entspringen, tritt nicht einfach die kollektive neben die individuelle Koalitionsfreiheit. Der Grundgedanke des sozialen Grundrechts der Koalitionsfreiheit, die verfassungsrechtliche Anerkennung und Gewährleistung des Interesses der Arbeitnehmer an einer kollektiven, koalitionsmäßigen Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, verbindet das individuelle Freiheitsrecht des einzelnen mit der kollektiven Gewährleistung zugunsten der Koalition. Diese Verbundenheit bedeutet gegenüber dem sozialen Gegenspieler eine Stärkung der individuellen Position, legt aber zugleich die Möglichkeit an, daß zwischen dem individuellen Freiheitsrecht und der kollektiven Gewährleistung ein Konflikt entsteht. Im Fall der negativen Koalitionsfreiheit sieht das Interesse der Koalition und der in der Koalition zusammengeschlossenen Mitglieder sich gestört durch den Außenseiter und sieht sich der Außenseiter gefährdet durch das Interesse der Koalition und ihrer Mitglieder, ihn wenigstens mittelbar wegen seines Fernbleibens von der Koalition zu benachteiligen, sei es auch nur durch eine den Koalitionsmitgliedern vorbehaltene Begünstigung. Doch dieses Spannungsverhältnis kann auch hinsichtlich der positiven Koalitionsfreiheit auftreten, nämlich für das Recht des Mitgliedes und des Nichtmitgliedes, an der koalitionsmäßigen Tätigkeit der Koalition teilzunehmen. Nur hinsichtlich der Beschränkbarkeit durch den Gesetzgeber erscheint die geschützte Tätigkeit der Koalition mit der geschützten Teilnahme des Koalitionsmitgliedes auf einer Linie. Im Verhältnis zwischen der Koalition und ihrem Mitglied dagegen kann die individuelle Koalitionsfreiheit des Mitgliedes auf Hindernisse und Verkümmierungen stoßen, die durch die Organisation oder die Tätigkeit (oder Untätigkeit) der Koalition bedingt sind. Der Eintritt in die und der Austritt aus der Koalition, der organisatorische Aufbau der Koalition und das Verfahren der Willensbildung bei der Ausübung der koalitionsmäßigen Tätigkeit sind Bereiche, in denen Konflikte zwischen dem einzelnen und der Koalition denkbar sind, Konflikte, bei denen beide Seiten sich auf in der Koalitionsfreiheit begründete Rechtspositionen berufen können.

Die Lösung des für bestimmte Konfliktbereiche in der Koalitionsfreiheit angelegten Spannungsverhältnisses zwischen dem individuellen Freiheitsrecht und der kollektiven Gewährleistung kann mithin nicht so erfolgen, daß eine einseitige Entscheidung in dem Sinne getroffen wird, daß die individuelle Position das Primäre und die kollektive Position von ihr

abgeleitet⁵⁵ oder umgekehrt, die kollektive Position das Primäre und die individuelle Position von ihr abgeleitet sei.⁵⁶ Beide Positionen sind unmittelbar in der Verfassung begründet und eine abwägende Ausgleichung muß beiden gerecht werden.⁵⁷ Weder kann das individuelle Freiheitsrecht so gegen die kollektive Gewährleistung ausgespielt werden, daß die von der Verfassung mit der Garantie der Koalitionsfreiheit geschützte Funktion der kollektiven Interessenwahrung, auf die der einzelne Arbeitnehmer angewiesen ist, geschwächt wird, noch darf das individuelle Freiheitsrecht durchgängig zugunsten der koalitionsmäßigen Bedürfnisse relativiert werden.

III. Die Frage einer umfassenden Normierung von Grundfreiheiten der Arbeit unter Einschluß von Grundsätzen und sozialen Grundrechten des Arbeitslebens.

14. „Recht auf Arbeit.“ – Die arbeitsrechtlichen Grundrechte, die aus dem bestehenden Verfassungszustand und den Grundsätzen des Arbeitsrechts entwickelt werden können, ordnen sich in einen prinzipiellen Zusammenhang ein, der verfassungsrechtlich vor allem durch den sozialstaatlichen Auftrag, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Koalitionsfreiheit bestimmt wird. Eine umfassende Normierung der arbeitsrechtlichen Grundrechte als Grundfreiheiten der Arbeit würde diesen prinzipiellen Zusammenhang auf der Grundlage einer programmatischen Vorstellung über die Ziele und Grundlinien der Wirtschafts- und Arbeitsverfassung systematisch zum Ausdruck bringen müssen. Der Versuch, einen Katalog von Grundfreiheiten der Arbeit aufzustellen, würde dem Umstand Rechnung tragen, daß Freiheit in der im sozialen Rechtsstaat demokratisch organisierten Industriegesellschaft im Regelfall nicht eine

⁵⁵ So die Akzentuierung z. B. bei R. Richardi, Koalitions Gewalt und individuelle Koalitionsfreiheit, AÖR 93, 1968, S. 243/265.

⁵⁶ Siehe den Vorschlag unter VI 4 „Stärkung der Rechte der Gewerkschaften als Tarifpartner“ im „Dringlichkeitsprogramm“ der DAG (RdA 1973, 113): Ergänzung des Art. 9 Abs. 3 GG, die zum Ausdruck bringt, daß „Koalitionen im Sinne des Artikels 9 Abs. 3 des Grundgesetzes als Institutionen sowie in ihren Funktionen verfassungsrechtlich garantiert sind und diese Verfassungsgarantie den Vorrang vor der negativen Koalitionsfreiheit hat“.

⁵⁷ Vgl. F. Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, als Beispiel für das Bestreben, in einem Teilbereich der Frage eine ausgewogene Lösung zu erreichen.

Funktion des Eigentums ist, sondern eine Funktion der Arbeit und der die Bedingungen der Arbeit und ihres Ertrages unablässig beeinflussenden Gesetzgebung und Verwaltung. Ein derartiger Versuch wäre nicht ganz ohne Vorbild. Zweifelhaft ist allerdings, ob die philosophischen (staats- und gesellschaftstheoretischen) und soziologischen Prämissen für eine solche Neubestimmung der grundrechtlichen Freiheit hinreichend aufgeklärt sind und ob ein derartiger Katalog – ohne sich in Trivialitäten zu verlieren – eine hinreichend starke und allgemeine Legitimitätsgrundlage in den gegebenen politischen Faktoren finden würde.

Das kodifikatorische Problem liegt für das „Recht auf Arbeit“, dem für einen Katalog von Grundfreiheiten der Arbeit axiomatische Bedeutung zukäme, sichtbar zu Tage.⁵⁸ Sein Grundgedanke ist die durch die Gesellschaft rechtlich garantierte Möglichkeit für jedermann, durch die Arbeit und in der Arbeit Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung zu erreichen und zu bewahren. „Arbeit ist keine Ware.“⁵⁹ Diese Möglichkeit frei gewonnener und gestalteter Daseinssicherung muß, da sie durch die bloße Freiheit der Gesellschaftsglieder und gesellschaftlichen Beziehungen nicht hinreichend entsteht, durch die gestaltende und fördernde Tätigkeit des Staates hergestellt und gesichert werden. Sein normativer Kern muß daher jedenfalls folgende Sätze umfassen:⁶⁰

(1) Jedermann muß die Möglichkeit haben, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen.⁶¹

⁵⁸ M. Bentele, Das Recht auf Arbeit in rechtsdogmatischer und ideengeschichtlicher Betrachtung, 1949; Th. Tomandl, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, 1967, S. 7; H. Zacher, Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland, 1968, S. 11 f.; G. Brunner, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971, S. 11.

⁵⁹ Erklärung von Philadelphia über die Ziele und Zwecke der Internationalen Arbeitsorganisation vom 10. Mai 1944 (F. Berber, Völkerrecht. Dokumentensammlung, 1967, Bd. I, S. 233).

⁶⁰ Art. 166 Abs. 2 BayVerf.; Art. 8 Abs. 1, 49 Abs. 2 BremVerf.; Art. 28 Abs. 2 HessVerf.; Art. 53 Abs. 2 VerfRhPfalz. – Art. 1 EurSch. – Art. 23 Nr. 1 Allgem. Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. 12. 1948; Art. 6 des von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedeten Entwurfs eines Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (ArchVR 14, 1970, S. 404). – Übereinkommen Nr. 122 der ILO vom 9. 7. 1964 über die Beschäftigungspolitik; Empfehlung Nr. 122 der ILO vom 9. 7. 1964 betreffend die Beschäftigungspolitik.

⁶¹ Teil I Nr. 1 und Teil II Art. 1 Nr. 2 EurSch. Vgl. auch Art. 163 Abs. 2 Satz 1 WeimRVerf. (dazu Bentele aaO. S. 153 ff.).

(2) Die Verwirklichung des jedermann gewährleisteten Rechts, daß er von seiner Arbeit leben kann,⁶² ist eine dauernde Staatsaufgabe.⁶³

(3) Der Staat trägt zur Erhaltung und Beschaffung von Arbeitsplätzen bei. Er sichert im Rahmen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts⁶⁴ einen hohen und stabilen Beschäftigungsstand.⁶⁵

Über die Ausprägung in dem Recht, daß jeder in frei gewählter Tätigkeit von seiner Arbeit leben können muß hinaus, postuliert das Recht auf Arbeit eine Gruppe weiterer auf den einzelnen in abhängiger Arbeit Tätigen bezogener Gewährleistungen. Dazu gehören zunächst die oben unter II behandelten Garantien der freien Wahl des Arbeitsplatzes, des „Rechts auf einen Arbeitsplatz“, des „Rechts am Arbeitsplatz“, der Gleichberechtigung und Gleichbehandlung, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Schutzes der Arbeitskraft. Dazu gehören weiter das vorgelagerte Recht der freien Berufswahl und fördernde Einrichtungen der Berufsberatung und der Arbeitsvermittlung.⁶⁶ Als Bedingung dessen wiederum tritt das Recht auf Arbeit in eine notwendige Verbindung mit dem Recht auf Bildung,⁶⁷ das auch die Pflicht des Staates einschließt, die berufliche Ausbildung, Fortbildung und Umschulung zu regeln und zu fördern.⁶⁸ Schließlich ist das Recht auf Arbeit unmittelbar auf die Gewährleistung gerechter Arbeitsbedingungen,⁶⁹ besonders eines gerechten Arbeitsentgelts, des Lohnschutzes⁷⁰ sowie der angemessenen Festlegung der Arbeitszeit, der Erholung und des Urlaubs gerichtet und umfaßt es

⁶² A. Voigt, *Geschichte der Grundrechte*, 1948, S. 43.

⁶³ Art. 33 Abs. 3 des Versuchs volksverständlicher Grundrechte von *Friedrich Naumann* vom 31. März 1919 (abgedr. von Voigt aaO. S. 216).

⁶⁴ Diese konjunkturpolitische Einschränkung (vgl. § 1 StabG) betrifft nur das Recht auf Arbeit in einer grundsätzlich privatwirtschaftlichen Gesellschaftsordnung.

⁶⁵ Art. 1 Nr. 1 EurSCH.

⁶⁶ Art. 1 Nr. 3, 9 EurSCH; Übereinkommen Nr. 88 der ILO vom 9. 7. 1948 über die Organisation der Arbeitsmarktverwaltung; Empfehlung Nr. 83 der ILO vom 9. 7. 1948 betreffend die Organisation der Arbeitsmarktverwaltung; Empfehlung Nr. 87 der ILO vom 1. 6. 1949 betreffend die Berufsberatung.

⁶⁷ Art. 11 Abs. 1 BadWürttVerf.; Art. 128 BayVerf.; Art. 27 BremVerf.; Art. 27 Abs. 2 VerfRhPfalz. – Art. 2 Zusatzprotokoll zur EurMRK vom 20. 3. 1952. – Art. 26 Allgem. Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. 12. 1948; Art. 13 des UN-Menschenrechtspaktes aaO. (Anm. 60).

⁶⁸ Art. 10, 15 EurSCH; Empfehlung Nr. 117 der ILO vom 27. 6. 1962 betreffend die berufliche Ausbildung.

⁶⁹ Art. 168, 169 BayVerf.; Art. 52 BremVerf.; Art. 30, 33 HessVerf.; Art. 55, 56 VerfRhPfalz. – Art. 2, 4 EurSCH. – Art. 23, 24 Allgem. Erklärung der Menschenrechte aaO. (Anm. 67); Art. 7 des UN-Menschenrechtspaktes aaO. (Anm. 60).

⁷⁰ Übereinkommen Nr. 95 der ILO vom 1. 7. 1949 über den Lohnschutz.

endlich ein System der sozialen Sicherheit einschließlich der Vorsorge für den Fall der Arbeitslosigkeit.

Das suggestiv als subjektive Berechtigung formulierte Recht auf Arbeit schließt außer den daraus etwa ableitbaren Individualrechten programmatische Grundsätze für die Wirtschaftsordnung ein, die durch die Aufnahme in die Verfassung als Auftrag an den Staat, besonders die Gesetzgebung, wirksam werden. Der Programmsatz des Art. 151 Abs. 1 Satz 1 WeimRVerf.: „Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziel der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen“, an den die Landesverfassungen mit verschiedenen Variationen angeknüpft haben,⁷¹ gibt wortreicher als der Sozialstaatsatz des Grundgesetzes, doch kaum in faßbarer Maßstäblichkeit das entsprechende Staatsziel an. Speziellere Grundsätze und Richtlinien neben dem allgemeinen Auftrag zur staatlichen Wirtschaftsgestaltung im Sinne der sozialen Gerechtigkeit sind die Institutionen des kollektiven Arbeitsrechts, besonders das auf Tarifautonomie und Arbeitskampffreiheit basierende Tarifvertragssystem, die betriebliche Mitbestimmung und die Teilnahme der Arbeitnehmer an den wirtschaftlichen Gestaltungsaufgaben⁷² und die Forderung, daß jedermann ein gerechter Anteil an dem wirtschaftlichen Ergebnis aller Arbeit gesichert sein muß.⁷³

Das Recht auf Arbeit, in der Französischen Revolution erstmals als Grundrecht gefaßt, dann von den Frühsozialisten in eine prinzipielle Dimension gehoben, wurde vom Sozialismus in eine weitergreifende Gesellschaftsvision eingeschmolzen. Fouriers schlagkräftiger Formel vom *droit au travail*⁷⁴ war der Art. 11 des Entwurfs Robespierres einer „Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte“ vom 24. April 1793 vorausgegangen, an dem sich Art. 21 der Jakobinerverfassung von 1793 und, viel später, der Art. 8 der französischen Verfassung von 1848 orientierten.⁷⁵ Für den Sozialismus, der die politische Organisation der Gesellschaft im Grundsatz als eine „Organisation der Arbeit“ definiert, hat das Recht auf Arbeit

⁷¹ Art. 151, 152, 166 Abs. 1 BayVerf.; Art. 37, 38, 39 BremVerf.; Art. 27, 38, 39 HessVerf.; Art. 51, 52 VerfRhPfalz.

⁷² Art. 175, 176 BayVerf.; Art. 47 BremVerf.; Art. 37 HessVerf.; Art. 67, 70 VerfRhPfalz.

⁷³ Art. 39 Abs. 1 BremVerf.; Art. 38 Abs. 1 HessVerf.; Art. 56 Abs. 1 Satz 2 VerfRhPfalz spricht nur von einer unternehmensbezogenen Ertragsbeteiligung.

⁷⁴ *Considérant*, *Théorie du droit de propriété et du droit au travail*, 1838.

⁷⁵ Bentele aaO. S. 111 ff., 127 ff.; H. Schambeck, *Grundrechte und Sozialordnung*, 1969, S. 34 ff.

nur einen vorläufigen Charakter. Karl Marx nennt es in „Die Klassenkämpfe in Frankreich“ eine „erste unbeholfene Formel, worin sich die revolutionären Ansprüche des Proletariats zusammenfassen“.⁷⁶ Eine vollkommene Verwirklichung des Rechts auf Arbeit kann nach diesem Standpunkt erst in der, nach dem sozialistischen Übergangsstadium möglichen, klassenlosen kommunistischen Gesellschaft erreicht werden. Dem Recht auf Arbeit als Bestandteil eines sozialistischen Programms liegt also eine andersartige Vorstellung von einem Recht auf Arbeit zugrunde, als wenn dieses Recht gegenüber und in Anerkennung einer grundsätzlich privatwirtschaftlichen Gesellschaftsordnung erhoben wird. Das gilt auch dann, wenn diese Gesellschaftsordnung den Vorrang von „Eigentum und Freiheit“ zugunsten der wohlfahrtsstaatlichen Maxime aufgegeben hat, daß der Staat Arbeit und soziale Sicherheit bei grundsätzlich privatwirtschaftlicher Produktion und Verteilung zu gewährleisten hat.

15. Vorbilder für Grundfreiheiten der Arbeit in anderen Verfassungen. – Bereits in der Weimarer Reichsverfassung waren, eingebettet in das in manchem widersprüchliche Programm liberaler, sozialreformerischer und sozialistischer Verheißungen und Gewährleistungen, eine Anzahl arbeitsrechtlicher Grundrechte niedergelegt worden. Eine Anzahl Landesverfassungen sind, im Gegensatz zum Grundgesetz, diesem Vorbild gefolgt.⁷⁷

Mancher Aufschluß über denkbare Formulierungen von Grundfreiheiten der Arbeit ließe sich in den geltenden Verfassungen anderer Staaten finden. Die kraft der Präambel der Französischen Verfassung vom 5. Oktober 1958 fortgeltende Präambel der Verfassung der IV. Republik vom 27. Oktober 1946 gibt einen Katalog „politischer, ökonomischer und sozialer Prinzipien“, die, als spezifisch für die Gegenwart notwendig, neben die klassischen Menschen- und Bürgerrechte der Erklärung von 1798 gesetzt sind.⁷⁸ Unter diesen Rechten der Arbeit und der sozialen Sicherheit

⁷⁶ Dazu *Schambeck* aaO. S. 102.

⁷⁷ Abgesehen von dem umstrittenen hessischen Aussperrungsverbot gem. Art. 29 Abs. 5 HessVerf. (*P. Lerche*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968) enthält das Landesverfassungsrecht keine über das Grundgesetz hinausreichenden Garantien des Arbeitsrechts (*E.-W. Böckenförde/R. Grawert*, Kollisionsfälle und Geltungsprobleme im Verhältnis von Bundesrecht und Landesverfassung, DÖV 71, 119; *H. F. Zacher*, Zur sozialen Programmatik der Bayerischen Verfassung, in: Festschrift zum 25jährigen Bestehen des BayVerfGH, 1972, S. 95).

⁷⁸ *H.-J. Sonnenberger*, Einführung in das französische Recht, 1972, S. 21 ff.; *K. Stahl*, Die Sicherung der Grundfreiheiten im öffentlichen Recht der Fünften Französischen Republik, 1970.

sind unter anderem aufgezählt: die Gleichberechtigung von Mann und Frau, die Pflicht, zu arbeiten, und das Recht, eine Beschäftigung zu erlangen, das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot, die Koalitionsfreiheit und das Streikrecht, die Nationalisierung, das Recht auf Bildung und Ausbildung. Die Verfassung Italiens vom 27. Dezember 1947 unterscheidet zwischen „Grundprinzipien“ und „Rechten und Pflichten des Bürgers“.⁷⁹ Die Verfassung beginnt mit dem Satz „Italien ist eine demokratische Republik, gegründet auf die Arbeit“; in dem Titel III „Wirtschaftliche Beziehungen“ des Katalogs der „Rechte und Pflichten“ sind die Grundfreiheiten der Arbeit den Garantien des Eigentums, dessen „soziale Funktion“ und Zugänglichkeit für jedermann durch das Gesetz bestimmt werden (Art. 42), vorangestellt. Das Recht auf Arbeit ist als „Grundprinzip“ ausgedrückt (Art. 4) und dann im Rechtekatalog im Hinblick auf Schutz der Arbeitskraft, gerechte Arbeitsbedingungen, Schutz gegen Arbeitslosigkeit, Koalitionsfreiheit und Streikrecht, u. a. näher ausgestaltet.

Die Trennung und Unterscheidung von programmatischen Grundsätzen und individualisierbaren Rechten ist eine verfassungsgesetzliche Technik, mit der der Eigenart sozialer Grundrechte deutlich Rechnung getragen werden kann. Ein kennzeichnendes Beispiel dafür ist die Verfassung Indiens vom 26. November 1949,⁸⁰ die dabei überraschenderweise der Verfassung Irlands vom 1. Juli 1937⁸¹ folgt.⁸² In dieser Verfassung schließt sich an den umfangreichen Katalog der Grundrechte in Teil III der Teil IV „Leitende Prinzipien der staatlichen Politik“ an, dessen rechtliche Bedeutung Art. 37 wie folgt festlegt: „Die in diesem Teil enthaltenen Bestimmungen sind durch kein Gericht durchsetzbar, doch sind die darin niedergelegten Prinzipien nichtsdestoweniger grundlegend für die Regierung des Landes und ist es die Pflicht des Staates, diese Prinzipien bei der Gesetzgebung anzuwenden.“⁸³ Im Rahmen dieser Prin-

⁷⁹ G. Sciascia, Die Entwicklung der Italienischen Verfassung (1959–1966), JöR 16, 1967, S. 207/220 ff.

⁸⁰ A. J. Peaslee, Constitutions of Nations, 3. Aufl., Bd. 2, 1966, S. 303.

⁸¹ Durga Das Basu, Commentary on the Constitution of India, 5. Aufl., 1965, Art. 37, Erläuterungen.

⁸² Dort sind nach den Grundrechten (Art. 40 bis 44) in Art. 45 die „Leitenden Prinzipien der Sozialpolitik“ niedergelegt.

⁸³ Ein Gesetz kann nicht von einem Gericht wegen Widerspruchs zu den „Leitenden Prinzipien“ für unwirksam erklärt, wohl aber unter Berufung auf sie trotz grundrechtseinschränkender Wirkung als gültig betrachtet werden. Wenn in einem Fall ein Widerspruch zwischen einem „Leitenden Prinzip“ und einem Grundrecht entsteht, ist, wenn möglich, eine harmonisierende Interpretation zu

zipien garantiert Art. 41 das Recht auf Arbeit, auf Bildung und auf öffentliche Unterstützung im Falle der Arbeitslosigkeit, des Alters, der Krankheit, der Arbeitsunfähigkeit und bei sonstiger unverschuldeter Not. Die Bestimmung definiert jedoch den Gewährleistungsmodus dahin, daß der Staat, „in den Grenzen seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und Entwicklung“, wirksame Vorkehrungen zur Sicherung dieser Rechte ergreifen wird. Die Leitenden Prinzipien verdeutlichen die in der Präambel allen Bürgern zugesicherte Gerechtigkeit – „sozial, wirtschaftlich und politisch“ –, Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit und stellen, auch mit einer erzieherischen Funktion, die konstruktive und zukunftsweisende Seite der erreichten politischen Selbstbestimmung und Unabhängigkeit dar.⁸⁴

Die Unterschiedlichkeit der Staats- und Gesellschaftsordnung bedingt wesentliche Vorbehalte bei der vorbildhaften Heranziehung fremder Verfassungen. Verfassungsvergleichung ist nur ein Teilbereich des comparative government und erst recht des Vergleichs von Gesellschaftssystemen. Vor allem die Grundrechtsnormen sozialistischer Verfassungen sind in einen politischen und rechtlichen Zusammenhang eingebettet, der ihre Vergleichbarkeit mit den Grundrechten der verfassungsstaatlichen Demokratie des Westens ausschließt. Das gilt z. B. für das nach dem Muster des Art. 118 der Verfassung der UdSSR vom 5. Dezember 1936 in der Verfassung der DDR vom 6. April 1968 positiviert (Art. 24) und im Gesetzbuch der Arbeit vom 12. April 1961 schon vorher näher ausgestaltete (bes. § 2) Recht auf Arbeit.⁸⁵ Dieses Recht auf Arbeit, das mit der Pflicht zur Arbeit eine Einheit bildet (Art. 24 Abs. 2 Satz 1), ist auf die „gesellschaftlichen Erfordernisse“ bezogen und wird durch die sozialistische Wirtschafts- und Arbeitsordnung gewährleistet.⁸⁶ Die sozialistischen Grundrechte schützen nicht den vergesellschafteten Menschen vor den Gefährdungen seiner Individualität und Integrität gegenüber den aus Übermacht und möglicher Willkür entspringenden Bedrohungen seitens des Staates, der sozialen Gruppen und privater Macht. Sie konstituieren vielmehr den Menschen als „Gattungswesen“ und umreißen den ihm in dieser Eigenschaft zuzuweisenden Handlungsraum. Dementsprechend be-

suchen, andernfalls jedoch dem Grundrecht der Vorrang zu geben. Siehe *Durga Das Basu* aaO.

⁸⁴ P. B. Gajendragadkar, *The Constitution of India*, 1969, S. 12 ff.

⁸⁵ B. Rütters, *Arbeitsrecht und politisches System*, 1973.

⁸⁶ H. Schambeck, *Grundrechte und Sozialordnung*, 1969, S. 100 f.

gründet das sozialistische Grundrecht nicht eine der staatlichen und gesellschaftlichen Bestimmung entzogene und der individuellen Verfügung zugewiesene Rechtsposition, sondern eine an den Zielen und den Bedürfnissen der sozialistisch organisierten Gesellschaft orientierte Rechtsgewähr für die Entfaltung der „sozialistischen Persönlichkeit“.⁸⁷

16. Grundfreiheiten der Arbeit im Internationalen Recht. – Die Entwicklung sozialer Grundrechte ist im internationalen Recht in mancher Beziehung weiter fortgeschritten als im nationalen Recht.⁸⁸ Auf die einschlägigen Konventionen und Entwürfe der Vereinten Nationen, des Europarates und der Internationalen Arbeitsorganisation ist im Vorangegangenen jeweils Bezug genommen worden.

Die Kodifizierung des Arbeitsschutzes und der Grundfreiheiten der Arbeit hat die bedeutendsten Fortschritte in den Übereinkommen und Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation gemacht.⁸⁹ Die Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961,⁹⁰ die einen ausführ-

⁸⁷ E. Poppel/R. Schüsseler, Die Entwicklung der sozialistischen Grundrechte und Grundpflichten der Bürger in der DDR, Wissensch. Ztschr. d. Martin-Luther-Universität XIV, 1965, S. 119; Institute für Staatsrecht der Universitäten Halle und Leipzig (Hrsg.), Demokratie und Grundrechte, 1967; K. Sorgenicht u. a. (Hrsg.), Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, 1969, Bd. II, Art. 19, Erläuterungen; E. Poppe, Menschenrechte – eine Klassenfrage, 1971. – H. Schambeck aaO. S. 32 f.; G. Brunner, Zur Wirksamkeit der Grundrechte in Osteuropa, Staat 9, 1970, S. 187; R. Thomas, Modell DDR, 1972, S. 52 f.; K. Sontheimer/W. Bleek, Die DDR, 2. Aufl., 1972, S. 124 ff.; Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1972, BTag Drucks. VI/3080, Nrn. 133 ff. – F. Berber, Das Staatsideal im Wandel der Weltgeschichte, 1973, S. 420 ff.

⁸⁸ R. Charkravarti, Human Rights and the United Nations, 1958; N. Robinson, The Universal Declaration of Human Rights, 1958; A. H. Robertson, Human Rights in National and International Law, 1967; A. Khol, Der Menschenrechtskatalog der Völkergemeinschaft – Die Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen, 1968; ders., Zwischen Staat und Weltstaat. Die internationale Sicherungsverfahren zum Schutze der Menschenrechte, 1969; H. Guradze, Die Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen vom 16. Dezember 1966, JIR 15, 1971, S. 242; J. Delbrück, Menschenrechte und Grundfreiheiten im Völkerrecht, 1972.

⁸⁹ Erklärung von Philadelphia über die Ziele und Zwecke der Internationalen Arbeitsorganisation vom 10. Mai 1944. – Internationale Arbeitsorganisation, Übereinkommen und Empfehlungen 1919–1966, 1966; C. W. Jenks, Human Rights and International Labour Standards, 1960; G. A. Johnston, The International Labour Organisation, 1970.

⁹⁰ Denkschrift zum Entwurf des Zustimmungsgesetzes, BTag Drucks. IV/2117. – H. G. Isele, Die Europäische Sozialcharta, 1967; H. F. Zacher, Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland, 1968, S. 26 f.; H. Schambeck, Grundrechte und Sozialordnung, 1969, bes. S. 59 ff., 134 ff.; W. Wengler, Die Unanwendbarkeit der Europäischen Sozialcharta im Staat, 1969.

lichen Katalog von 19 sozialen und wirtschaftlichen Rechten enthält, basiert in erheblichem Umfang auf der Arbeit der ILO. Sie ergänzt die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (mit Zusatzprotokollen), besitzt aber im Gegensatz zu dieser keine unmittelbar rechtsbegründende Verbindlichkeit.⁹¹ Sie schafft nur völkerrechtliche Verpflichtungen der Staaten, die Rechte der Charta zu verwirklichen, und begründet innerstaatlich den Auftrag, die als „Rechte“ ausgedrückten Ziele und Programme durch die Gesetzgebung zu erfüllen. Inhaltlich entsprechen die Rechte der Europäischen Sozialcharta mit einigen Ausnahmen⁹² dem geltenden Recht der Bundesrepublik.

Im Bereich des eigentlichen Europarechts haben vor allem die Bestimmungen über die Freizügigkeit (Art. 48 ff. EWGV) und über die Sozialpolitik (Art. 117 ff. EWGV), einschließlich des auf dieser Grundlage erlassenen sekundären Gemeinschaftsrechts⁹³ eine arbeitsrechtliche Bedeutung.

Die Übereinkommen der ILO und die Europäische Sozialcharta sind geltendes deutsches Recht kraft Transformation. Dasselbe gilt nicht für die Menschenrechtserklärungen der Vereinten Nationen, die gleichwohl als Vorlagen für die Normierung von Grundfreiheiten der Arbeit heranzuziehen sind. Die sozialen Grundrechte der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1958 (Art. 22 bis 28) sind weiter entfaltet in dem von der Vollversammlung der Vereinten Nationen beschlossenen Entwurf eines „Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“ vom 16. Dezember 1966;⁹⁴ die Bundesrepublik hat diesen Pakt unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert.

⁹¹ Vielleicht mit Ausnahme des Art. 6 Nr. 4 EurSch. – A. Bleckmann, *Interprétation et application en droit interne de la charte sociale européenne, notamment du droit de grève*, Cahiers de Droit Européen 1967, S. 388.

⁹² Die Bundesrepublik hat einige Bestimmungen in Art. 4 Abs. 4, 7 Abs. 1, 8 Abs. 2 und 4, 10 Abs. 4 von der Ratifikation ausgenommen, weil das deutsche Recht von den dort vorgesehenen Verpflichtungen geringfügig abweicht (Denkschrift aaO.; Zacher aaO. S. 32 f.).

⁹³ Z. B. die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft vom 15. Oktober 1968 und die Verordnung Nr. 3 über die Soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer vom 25. September 1958 (aufgehoben gemäß Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vom 14. Juni 1971).

⁹⁴ Text in ArchVR 14, 1970, S. 404. – Entwurf des Zustimmungsgesetzes: BTag Drucks. 7/658.

17. Das Problem der sozialen Grundrechte. – Die als Grundfreiheiten der Arbeit in Betracht kommenden Gewährleistungen sind in dem Sinne soziale Grundrechte, daß sie sich auf die besondere Schutzwürdigkeit der in abhängiger Arbeit Tätigen beziehen, einen wesentlichen Teil ihrer Schutzwirkung gegenüber dem Arbeitgeber und den sozialen Mächten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses, der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation und des kollektiv verfaßten Wirtschafts- und Arbeitslebens entfalten und einen Auftrag des Staates implizieren, durch die Gestaltung der Wirtschafts- und Arbeitsordnung, die Vorhaltung von Einrichtungen und die Gewährung von Leistungen die Arbeitnehmer nach dem Maßstab der sozialen Gerechtigkeit zu fördern. Für eine Kodifikation der Grundfreiheiten der Arbeit müßte deshalb die bekannte Aporie der sozialen Grundrechte durchdacht werden.⁹⁵

Die sozialen Grundrechte, soweit sie auf Teilhabe und Leistung gerichtet sind, setzen zu ihrer unmittelbaren Wirksamkeit in Gestalt individueller Ansprüche typischerweise eine gesetzliche Ausformung voraus. Die durch sie intendierte Ordnung sozialer Gerechtigkeit ist von stets neu zu treffenden politischen Entscheidungen über die Gestaltung der Wirtschaftsordnung, Steuerung der Wirtschaft und Verteilung des Sozialprodukts abhängig. Diese Rechte „setzen tatsächliche Möglichkeiten der Erfüllung voraus, die normativ nur begrenzt gesteuert werden können“.⁹⁶ Diese Rechte sind zum jeweiligen gesellschaftlichen Zustand (und Sozialprodukt) relativ, weil der Staat – selbst in einer sozialistischen Planwirtschaft – nicht vollständig über die ökonomischen Gegebenheiten verfügen kann. Die durch sie angestrebte gerechte Zuteilung läßt sich deswegen nicht ein für allemal in der Begründung eines verfassungsrechtlichen Individualrechts vornehmen. Die gerechte Zuteilung erfolgt vielmehr, angeleitet durch das grundrechtliche Programm, jeweils durch politische Entscheidung, die erst den grundrechtlichen Anspruch komplettiert. Das in

⁹⁵ *Hans Huber*, Soziale Verfassungsrechte? in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizer. Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, 1948, S. 149; *F. van der Ven*, Soziale Grundrechte, 1963; *G. Leibholz*, Die Problematik der sozialen Grundrechte, in: ders., Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl., 1967, S. 130; *Th. Tomandl*, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, 1967; *H. Zacher*, Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland, 1968, S. 11 f., 29, 33 ff.; *H. Schambeck*, Grundrechte und Sozialordnung, 1969, S. 95 ff.; *G. Brunner*, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971.

⁹⁶ *Zacher* aaO. S. 29.

diesem Sinne unvollständige soziale Grundrecht ist – als Verfassungsbestimmung – der Sache nach eine Richtlinie für die Gesetzgebung.

Die begrenzte Normierbarkeit sozialer Grundrechte derart, daß aus den etwa zu schaffenden Grundrechtsbestimmungen allein keine gerichtlich durchsetzbaren Individualrechte ableitbar sind, weil lediglich Programme, Verheißungen und Direktiven für den Gesetzgeber formuliert werden können, gilt für die Grundfreiheiten der Arbeit nur zum geringeren Teil. In erheblichem Ausmaß können arbeitsrechtliche Grundrechte als Abwehrrechte gegen die öffentliche Gewalt, gegen die sozialen Mächte und gegen den Arbeitgeber ausgeformt werden. Auch bei den Rechten, die gewöhnlich als programmatische Teilhaberechte oder Gestaltungsaufträge erscheinen, wie vor allem das Recht auf Arbeit in seiner umfassenden Bedeutung, sind die Ausschnitte, die nicht auf eine weitere Tätigkeit des Gesetzgebers angewiesen sind, als individuelle Rechte normierbar, wie z. B. ein „Recht auf den Arbeitsplatz“ und ein „Recht am Arbeitsplatz“. Diese Rechte sind allerdings auf die Abwehr unbilliger Beeinträchtigungen gerichtet und können deshalb als individualisierbare Pflichten eines Dritten rechtlich individualisiert werden. Eine mittelbare Erscheinungsform sozialer Grundrechte sind „soziale Vorbehalte“ zu Lasten der Freiheitsrechte Dritter.⁹⁷

18. Grundfreiheiten der Arbeit im Grundgesetz und in einem Arbeitsgesetzbuch. – Das bei einer Kodifizierung einzuschlagende Vorgehen hängt von der Frage ab, ob die Normierung auf solche Rechte beschränkt werden soll, die sich in anspruchsbegründenden und durchsetzbaren Regelungen ausdrücken lassen oder ob darüber hinaus – nach dem Muster der Weimarer Reichsverfassung – auch zur Formulierung programmatischer Richtlinien in der Form von Grundsätzen oder „Rechten“ geschritten werden soll. Zieht man den zweiten Weg vor, wofür gute Gründe angeführt werden können, müßte der Weg der verfassungsändernden Gesetzgebung gewählt werden, da es nicht sehr sinnvoll wäre, programmatische Direktiven für die Gesetzgebung in einem Gesetz aufzustellen.

Grundrechte sollen keine falschen Hoffnungen erwecken und nicht schön stilisierte Kulissen der Menschheitsbeglückung aufrichten, deren rechtlich greifbarer Wert hinter der Großartigkeit der Worte zurückbleiben muß. Der den Grundrechten des Grundgesetzes fast durchweg eigene Charakter anspruchsbegründenden, unmittelbar wirksamen Rechts ist ein

⁹⁷ Schambeck aaO. S. 109.

entschiedener Vorteil des geltenden Verfassungsrechts. Autorität und Glaubwürdigkeit der Verfassung beruhen auf der durch sie rechtlich gewährleisteten und individualisierten Freiheit.

Auf der anderen Seite ist zu bedenken, daß die Verfassung auch eine fundierende und konstituierende Funktion für den gesellschaftlichen und politischen Prozeß haben muß, neben der Sicherung des Legalitätszusammenhangs der Rechtsordnung also auch der Schaffung der Legitimität für die politische Entscheidung des Gesetzgebers dient. Die Kargheit und gewisse Unzeitgemäßheit des Grundgesetzes gerade im Bereich der Wirtschafts- und Arbeitsverfassung könnte die fortdauernde Autorität der Verfassung beeinträchtigen. Was die Grundrechte anbelangt, muß die Verfassung insoweit ihren bloß freiheitsgewährleistenden Charakter überschreiten, als die soziale Gerechtigkeit Bedingung individueller Freiheit ist. Die ungewisse Weite des Sozialstaatsatzes gibt der staatlichen Sozialgestaltung eine in manchem rechtlich mehrdeutige Zielsetzung.⁹⁸ Das Grundgesetz könnte durch die Aufnahme von Leitprinzipien des Arbeitsrechts die in der Rechtsordnung erreichte Entwicklung des sozialen Rechtsstaates klarer zum Ausdruck bringen und den Fortgang der Gesetzgebung dadurch anregen und mit einer bindenden Perspektive versehen. Hinzu kommt, daß die verfassungsrechtliche Beurteilung grundlegender Fragen des Arbeitsrechts, die eine gesellschaftspolitische und die Wirtschaftsordnung insgesamt berührende Tragweite haben, wie etwa die Vermögensbildung, die Mitbestimmung und die Tarifautonomie, kaum noch einer überzeugungskräftigen juristischen Argumentation und Begründung zugänglich ist, weil die Ausgleichung des Sozialstaatsatzes mit den individuellen und direktiven Gehalten der Grundrechte durch das Verfassungsgesetz nur schwach vorgezeichnet ist. Verdeutlichende Ergänzungen des Verfassungsgesetzes würden hierfür einen verfassungsrechtlich sichereren Boden schaffen.

Die verfassungsergänzende Festlegung programmatischer Grundfreiheiten der Arbeit hätte sachliche und formelle Bedingungen. Sachlich ist vorauszusetzen, daß der größere Zusammenhang mit den Wirtschaftsfreiheiten und den aus diesen abzuleitenden Ordnungsgrundsätzen des Wirtschaftslebens berücksichtigt und durch eine toigerichtig abgleichende Regelung zur Geltung gebracht wird. Dies hieße, die vom Parlamentarischen Rat vermiedene Entscheidung nachzuholen, und an diesem Punkt

⁹⁸ Dazu *Zacher* aaO. S. 29, 34 im Hinblick auf verdeutlichende Grundsätze des Sozialrechts.

werden die ernstzunehmendsten Zweifel daran geweckt, ob heute die politischen Möglichkeiten für eine verfassungsrechtliche Kodifikation von Grundfreiheiten der Arbeit gegeben sind. Formell ist notwendig, daß die beschränkte und nur direktive rechtliche Reichweite der Regelung deutlich gemacht würde. Eine grundsätzliche Richtlinie für die Gestaltung des Arbeitslebens, gewissermaßen als Verdeutlichung des Sozialstaatsatzes, so wie Art. 109 n. F. GG eine derartige Verdeutlichung für die konjunkturpolitische Globalsteuerung ist, müßte in einer lapidaren Formulierung geprägt sein, gegebenenfalls ergänzt durch speziellere Grundsätze. Grundrechtsbestimmungen im strengen Sinn (Art. 1 Abs. 3 GG) könnten hinzutreten, sofern Formulierungen gelingen, die nicht angesichts der Dynamik der sozialen Grundrechte zu stets neuen Verfassungsänderungen zwingen würden.⁹⁹ Abgesehen davon entspräche es dem kodifikatorischen Anspruch eines Arbeitsgesetzbuches, wenn es die als Individualrechte formulierbaren Grundfreiheiten der Arbeit in sich aufnähme.

⁹⁹ Vgl. *Schambeck* aaO. S. 103, 106 f.