

VI. Konzepte der Organisation der Arbeit aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmersicht

Genossenschaft, Verstaatlichung, Staatsintervention oder freier Markt. Vorstellungen der schweizerischen Arbeiterbewegung zur künftigen Organisation der Arbeit im 19. und 20. Jahrhundert
Bernard Degen..... 511

Wandel oder Fortschritt der Erkenntnis?
Beiträge der Hochschule St.Gallen zur Verwissenschaftlichung sozialer Betriebsführungskonzepte, 1898-1998
Emil Walter-Busch..... 535

Beschäftigungskrise und Globalisierung:
Zur Neuorientierung der aktuellen Gewerkschaftspolitik
Hans Baumann 607

VII. Die Arbeit neu erfinden?

Jobholder-Value und Portfolio-Work.
Die Neuerfindung der Arbeit
Peter Gross 625

Arbeitunternehmertum und Institutionen zur Unterstützung
von Weiterbildungsbeziehungen
Andreas Brandenberg..... 651

Kommunikation, Kontrolle und Vertrauen im
informatisierten Management
Achim Brosziewski 673

Namenverzeichnis 697

Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis

ANDREAS KLEY*

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung..... 434

I. Einleitung 435

A. Problemstellung..... 435

B. Begriffe..... 436

C. Anschauungsbeispiele 437

II. Geschichtliche Ursprünge der Drittwirkung:
Menschenrechte als objektives Recht und als subjektive
Rechte 440

III. Diskussion der Drittwirkung im deutschen Sprachraum 444

IV. Drittwirkung der internationalen
Menschenrechtsabkommen 449

V. Drittwirkung der Menschenrechte vor den
Herausforderungen der Globalisierung und der
Grossfusionen..... 451

A. Überblick..... 451

B. Implikationen des internationalen Rechts..... 453

C. Implikationen der nationalen Gesetzgebungen..... 454

D. Implikationen zur Demokratisierung..... 454

* Ordentlicher Professor für Staatsrecht an der Universität Bern.

Zusammenfassung

1. Die Drittwirkung der Grundrechte will insbesondere in ungleichgewichtigen privatrechtlichen Rechtsverhältnissen die schwächere Partei gegen den wirtschaftlichen oder sozialen Machtmissbrauch des stärkeren Partners schützen.
2. Geschichtlich ist diese auch privatrechtlich wirkende Schutzaufgabe der Grundrechte schon von Anfang an wirksam gewesen. Die amerikanische Revolution und die Entwicklung der Freiheitsrechte in Grossbritannien hatten diese Rechte als subjektive Rechte konzipiert: Sie waren vor einer Gerichtsinstanz klageweise drucksetzbar. Die französische Revolution fasste die Menschenrechte zunächst als Richtlinien an den Gesetzgeber auf. Sie sollten erst über eine freiheitliche Gesetzgebung wirksam werden. In diesem Sinne hatte der Code Napoléon etliche Postulate der Revolution umgesetzt.
3. In der heutigen Grundrechtstheorie sind die subjektiv- und die objektivrechtliche Tragweite der Grundrechte anerkannt. Die privatrechtswirksame Schutzaufgabe der Grundrechte wurde mit dem Gedanken der sinnngemäßen und mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte wieder belebt und verstärkt. Das Verfassungsrecht hat mit der Drittwirkungslehre in entscheidendem Ausmasse dazu beigetragen, dass das Arbeitsverhältnis als privatrechtliches besonderes Rechtsverhältnis angesehen worden ist. Dies ging einher mit gewissen Implikationen der Arbeitgeber, vereinzelt mittelbar durch drittwirkende Grundrechte selbst (Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV), unmittelbar durch die Gesetzgebung über das Arbeitsrecht, die Sozialversicherung oder das Steuerrecht.
4. Die Instrumente zur Eindämmung der unerwünschten sozialen Auswirkungen von Unternehmensfusionen und der Globalisierung fehlen noch weitgehend, da die Ökonomisierung der Welt erst am Anfang steht. Immerhin stellen die nationalen Grundrechte und vor allem die internationalen Menschenrechte in ihrer objektivrechtlichen und drittwirkenden Bedeutung dauernde Anforderungen dar, national und international Vorkehrungen zu treffen, damit der Arbeitnehmer als schwächere Partei minimal geschützt ist. Denn die Grund- und Menschenrechte als fundamentale und vorrechtliche Prinzipien wenden sich gegen jede Gefährdung der Freiheit, woher sie auch kommen mag.

I. Einleitung

A. Problemstellung

Die Freiheitsrechte wurden aus dem Verhältnis des einzelnen zum Staat entwickelt. Die Übermacht der Exekutive, historisch gesehen der Krone gegenüber den Menschen, hat nach dem Schutz bestimmter, unverrückbarer Rechtspositionen des Menschen verlangt. Die klassischen Freiheitsrechte, die sich gegen den Staat richten, schützen diese Positionen.

Die Individualfreiheit wird nicht vom Staat allein gefährdet. Schon die Erfahrungen aus dem Mittelalter haben die Notwendigkeit erwiesen, die Macht privater Verbände und Körperschaften (Zünfte) einzuschränken. Im Zuge der Industrialisierung des letzten und dieses Jahrhunderts hat sich der Bedarf nach Freiheitschutz des einzelnen gegenüber mächtigen Privaten noch akzentuiert. Es ist nämlich in der wirtschaftlich und politisch schwierigen Zeit vor dem zweiten Weltkrieg gefordert worden, *dass die Grundrechte auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen zu beachten seien*, insoweit namentlich ein faktisches oder rechtliches Machtgefälle die Freiheit der Einzelperson zu beeinträchtigen vermag. Gewisse Private - wie etwa Grossunternehmungen - wurden damit in die Nähe von "quasi-öffentlichen Institutionen"¹ gerückt. Ihre "Bindung" an die Grundrechte liess sich damit bereits aus dem Gedanken der (Quasi-) Staatsgerichtheit der Grundrechte begründen. Das Arbeitsverhältnis ist infolge der wirtschaftlichen Ungleichgewichte der Parteien eines Arbeitsvertrages und des Direktionsrechtes des Arbeitgebers besonders für Machtmissbrauch anfällig. Es drängen sich Vergleiche mit dem besonderen Rechtsverhältnis im öffentlichen Recht auf. Man könnte das Arbeitsverhältnis nachgerade als 'privates' besonderes Rechtsverhältnis² betrachten. Gesetzgebung und Rechtsprechung haben denn auch in der Tat - wie noch zu zeigen sein wird - diesen Aspekt gesehen und dementsprechend die Grundrechte ebenfalls als Leitlinien zur Beurteilung von privaten Arbeitsstreitigkeiten herangezogen.

¹ Vgl. PETER URKICH, Die Grossunternehmung als quasi-öffentliche Institution, Stuttgart 1977.

² Ähnl. KLAUS STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988, S. 1591; vgl. ferner UWE AUSSER, Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Arbeitsrecht, Diss. Köln 1994, S. 54 ff.

Das Postulat drit- oder privatrechtswirkender Grundrechte hat kontroverse Diskussionen ausgelöst³. Die Meinungen wanken zwischen grundsätzlicher Ablehnung und vehementem Befürwortung⁴. Der Begriff der Drittwirkung mutet angesichts seiner praktischen Relevanz übertrieben an: "Les auteurs parlent constamment de la "Drittwirkung", mais tout se passe comme si le Tribunal fédéral ne les entendait guère"⁵.

Die Drittwirkungs-Diskussion darf freilich nicht aus ihrem historischen Kontext herausgelöst werden. Die geschichtlichen Problemlagen ähneln den aktuellen Fragen. Die Geschichte der Drittwirkung lässt sich für das Problem der Entstehung multinationaler Grosskonzerne (so die jüngsten Fusionen von Novartis und UBS) und der Globalisierung fruchtbar machen. Dabei ist der (verfassungsrechtliche) Schutz des Arbeitnehmers vor den entstehenden Grossgebilden von besonderem Interesse.

B. Begriffe

In der Lehre werden zwei verschiedene Arten der Drittwirkung unterschieden⁶. Nach der *direkten Drittwirkung* gelten die Grundrechte in den Beziehungen zwischen den Privatpersonen unmittelbar. Demnach kann eine Privatperson die Grundrechte gegen irgendwelche Beeinträchtigungen seitens einer anderen Privatperson wie privatrechtliche Gesetzesvorschriften anrufen. Die generelle direkte Drittwirkung der Grundrechte wird abgelehnt, da sie den demokratischen Prozess umgehen und die Privatautonomie beeinträchtigen würde. Die Grundrechte, wie sie sich im Verhältnis zwischen Staat und Privaten entwickelt haben, lassen sich im Verhältnis zwischen Privaten nur *indirekt und sinngemäss* anwenden.

³ Vgl. RENÉ RHINOW, So nicht! In SJZ 1987, 99 f.

⁴ Vgl. Anm. 40.

⁵ Vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse - Essai de synthèse, in Feestschrift für Werner Kägi, Zürich 1979, S. 1 ff., insb. S. 14.

⁶ Vgl. BGE 111 II 254 f. m.H.; 118 Ia 56; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. Aufl., Zürich 1993, S. 365; PETER SALADIN, Unternehmungen in der schweizerischen Verfassungsordnung, WuR 1980, S. 9 ff. (21).

Die Lehre billigt den Grundrechten eine *indirekte Drittwirkung* zu. Die Grundrechte werden danach im Verhältnis zwischen Privaten wie folgt wirksam:

- Sie sollen auf die richterliche Auslegung der Gesetze einwirken, welche das private Verhalten regeln (ZGB, OR, StGB). Ihre Grundgedanken sollen namentlich in den Generalklauseln des Zivil- und Strafrechts zum Ausdruck kommen (vgl. z.B. Art. 28 ff. ZGB, Art. 20, Art. 324a⁷, 336 Abs. 1 lit. b⁸ OR, Art. 181⁹, Art. 261^{bis} StGB usw.).
- Sie sollen den Gesetzgeber veranlassen, im Zivil- und Strafrecht freihheitsschützende Bestimmungen zu erlassen. Solche Beispiele werden im folgenden Abschnitt vorgestellt.

C. Anschauungsbeispiele

Die folgenden drei Fälle illustrieren die Problematik der Drittwirkung der Grundrechte deutlich:

(1) Eine Haushaltapparatefirma¹⁰ beschäftigte zahlreiche ausländische, und vor allem türkische Arbeitnehmerinnen. Darunter befindet sich auch die seit 1986 angestellte Türkin X. Sie erfüllt ihre Arbeit zufriedenstellend. 1990 beginnt X. aus religiösen Gründen ein Kopftuch zu tragen. Der Arbeitgeber fordert X. zuerst mündlich, dann schriftlich auf, während ihrer Arbeit im Betrieb ohne Kopftuch aufzutreten. Die Firma begründet ihr Begehren damit, dass es sich um einen Betrieb mit einem ganz und gar schweizerischen Charakter handle. Der Betrieb werde von vielen Geschäftspartnern

⁷ Vgl. BGE 122 III 272.

⁸ Vgl. z.B. Urteil des Zürcher Obergerichts vom 5.11.1984, JAR 1985, 209 (215): Drittwirkung der Meinungsausserungsfreiheit am Arbeitsplatz; Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 1.9.1993, RVJ 1994, 175 ff. (Drittwirkung der Meinungsausserungsfreiheit, insofern sich der Arbeitnehmer als Aktionär in der Generalversammlung gegenüber der Direktion und Verwaltung kritisch geäußert hat; Urteil des Bezirksgerichts Büllach vom 22.12.1994, ZR 1995, S. 227 ff., Nr. 74: Drittwirkung der Meinungsausserungsfreiheit am Arbeitsplatz.

⁹ Vgl. zur Bedeutung der Meinungsausserungsfreiheit für die Auslegung des Nötigungstatbestandes BGE 101 IV 172.

¹⁰ Vgl. SJZ 1991, 176 ff.

besucht, die dann den Eindruck erhielten, es handle sich um ein türkisches Unternehmen. Frau X wurde wegen ihrer Weigerung, der Anweisung Folge zu leisten, entlassen. X. ist mit dieser Argumentation nicht einverstanden. Sie fühlt sich in ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit verletzt. Zu Recht?

Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. b OR ist die vorliegende Kündigung deshalb missbräuchlich, weil die Türkin ein verfassungsmässiges Recht, die Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 49 BV, ausübt. Die Ausübung dieses Rechts beeinträchtigt weder den Arbeitsvertrag noch die Zusammenarbeit im Betrieb. In einer Bäckerei etwa müsste die Frage anders entschieden werden, wenn aus Gründen der Hygiene eine bestimmte Kleidung vorgeschrieben ist. Als Sanktion für die missbräuchliche Kündigung sieht Art. 336a OR eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen vor. Dies bedeutet umgekehrt, dass die Kündigung in Kraft bleibt.

Die mittelbare Drittwirkung gelangt in diesem Fall *über die einfachgesetzliche Bestimmung des Art. 336 Abs. 1 lit. b OR* zur Geltung. Diese wirkt darauf hin, dass die Grundrechte auch im privatrechtlichen Verhältnis vom Arbeitnehmer zum Arbeitgeber möglichst gelebt werden können. Hingegen findet keine direkte Drittwirkung statt; Art. 49 BV entfaltet *für sich* keine Horizontalwirkung.

(2) Der amerikanische Supreme Court hatte im ebenfalls anschaulichen Fall *Marsh v. Alabama*¹¹ eine Drittwirkung der Grundrechte anerkannt. Die amerikanische Stadt Chickasaw gehört der privaten "Gulf Shipbuilding Corporation". Eine Zeugin Jehovas hatte gegen den Willen von Gulf religiöse Traktätschen verkauft. Der stellvertretende Sheriff verhaftete die Zeugin Jehovas und stellte sie unter Anklage, weil sie ein staatliches Gesetz übertreten hatte, das das unbefugte Betreten fremder Grundstücke verbot. Trotz ihrer Berufung auf die Presse- und Religionsfreiheit wurde die Zeugin Jehovas verurteilt. Der Supreme Court hob die Verurteilung mit folgenden Überlegungen auf:

"Can those people who live in or come to Chickasaw be denied freedom of press and religion simply because a single company has legal title to all the town?"

We do not agree that the corporation's property interests settle the question. Ownership does not always mean absolute dominion. The more an owner, for his advantage, opens up his property for use of the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it. Thus, the owners of privately held bridges, ferries, turnpikes and railroads may not operate them as freely as a farmer does his farm. Since these facilities are built and operated primarily to benefit the public and since their operation is essentially a public function, it is subject to state regulation ...

Whether a corporation or a municipality owns or possesses the town the public in either case has an identical interest in the functioning of the community in such manner that the channels of communication remain free. The managers appointed by the corporation cannot curtail the liberty of press and religion of these people consistently with the purposes of the Constitutional guarantees, and a state statute, as the one here involved, which enforces such action by criminally punishing those who attempt to distribute religious literature clearly violates the First and Fourteenth Amendments to the Constitution".¹²

Das Beispiel illustriert eindringlich, dass die Wert als Stadeligentümerin in ihrer faktischen Machtstellung in grosse Nähe zum Gemeinwesen rückt, da sie *zum Teil rein öffentliche Aufgaben* übernimmt. In dieser besonderen Fallkonstellation wird für den Supreme Court die Überlegung zwingend, dass die Freiheitsrechte zwischen einzelnen und Stadeligentümerin unmittelbar wirksam werden.

(3) Der folgende Fall war vom deutschen Bundesverfassungsgericht zu beurteilen¹³. Einem Lehrling war die Übernahme in ein festes Anstellungsverhältnis allein deshalb verweigert worden, weil er in einer Schülerzeitung einen kritischen Artikel verfasst hatte. Der Artikel schilderte die persönlichen Eindrücke von der Demonstration gegen das geplante Kernkraftwerk Brokdorf. Der Arbeitgeber sah in diesem Artikel auch eine Billigung von Gewaltanwendung in seinem eigenen Betrieb. Die oberen Instanzen lehnten eine Klage auf Anstellung in diesem Betrieb ab. Vor dem Bundesverfas-

¹¹ 326 U.S. 501 (1946), enthalten in: G. STONE/L. SEIDMANN/C. SUNSTEIN/M. TUSHNET, *Constitutional Law*, 2nd Edition, Boston usw. 1991, S. 1645 ff.

¹² S. 1646 f.

¹³ Vgl. BVerfGE 86, 122 ff.

sungsgerecht obsiegte der Lehrling, da das Gericht auf eine Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes erkannt hatte¹⁴:

"Berührt eine arbeitsgerichtliche Entscheidung die Meinungsfreiheit, so fordert Art. 5 Abs. 1 GG, dass die Gerichte der Bedeutung dieses Grundrechts bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Privatrechts Rechnung tragen. Feststellung und Würdigung des Tatbestandes sowie Auslegung und Anwendung des Zivilrechts bleiben allerdings grundsätzlich Sache der Fachgerichte. Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen der Verfassungsbeschwerde nur zu überprüfen, ob die angegriffenen Entscheidungen Fehler erkennen lassen, die auf einer grundsätzlich unrichtigten Anschauung von der Bedeutung und Tragweite des Grundrechts .. beruhen".

Das Gericht sah Art. 5 Abs. 1 GG deshalb als verletzt an, weil es keineswegs eindeutig sei, dass der fragliche Artikel ein Bekenntnis zur Gewalt enthalte. Ferner könnten die Schülerzeitungen ihre Bedeutung als Übungsfeld für die Teilnahme an der öffentlichen Meinungsbildung nur dann bewahren, wenn die Schüler nicht befürchten müssten, durch eine Beteiligung ihren späteren Berufsweg zu gefährden. Diese Entscheidung macht die singemässe Geltung der Meinungsfreiheit zwischen ungleichen Vertragspartnern besonders deutlich. Das Machtgefälle darf also nicht dazu benutzt werden, um unliebsame Meinungsäußerungen zu sanktionieren.

II. Geschichtliche Ursprünge der Drittwirkung: Menschenrechte als objektives Recht und als subjektive Rechte

Der Gedanke, dass der einzelne nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch gegenüber mächtigen Privatpersonen oder Personenvereinigungen geschützt werden muss, ist alt. So hatte sich die französische Revolution ausdrücklich gegen die Zwangskorporationen und Zünfte gewandt und die Bildung mächtiger Personenzusammenschlüsse verboten. Dieses sog. "Le-

Chapezier-Gesetz"¹⁵ war fast hundert Jahre in Kraft und ist für die heute noch bestehende Schwäche der französischen Wirtschaftsverbände und Gewerkschaften verantwortlich. In der französischen Revolution war der Zusammenhang zwischen Bürgerfreiheit und freiheitlicher Zivilgesetzgebung von Anfang an erstellt. Die "Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789" wurde der Verfassung vom 3. September 1791 vorangestellt. Sie enthielt zwar keine Klausel, welche direkt die Zivilgesetzgebung ansprach. Nach ihrer Konzeption waren die Rechte der französischen Erklärung der Menschenrechte nicht vor Gericht einklagbar, sondern lediglich als *objektives Recht* formuliert. Sie sollten eine Leitlinie für die Gesetzgebung darstellen¹⁶. Freilich bestimmte die Verfassung von 1791 im ersten Titel über die Grundrechte: "Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royaume"¹⁷. Eine freiheitliche Zivilgesetzgebung war von Anfang an das Anliegen der bürgerlichen Revolution. Diesen Kodifikationsauftrag hatte Napoléon 1804 zu Ende gebracht. Der "Code Napoléon" trug wesentlich dazu bei, "der französischen Gesellschaft wichtige Errungenschaften der Revolution zu erhalten: die Abschaffung der Privilegien und die Gleichheit vor dem Gesetz, die Bewahrung des Grundeigentums und insbesondere der neuen Eigentumsverhältnisse durch den Verkauf der Nationalgüter"¹⁸. In Frankreich wurde die Idee der bürgerlichen Freiheitsrechte zunächst ausschliesslich über die Gesetzgebung, namentlich den Code Napoléon in die Wirklichkeit umgesetzt. Die Menschenrechte waren *als objektive Rechte konzipiert*.

Die Entwicklung in Amerika ist etwas verlaufen und hat die europäische objektivrechtliche (oder institutionell-konstitutive) Grundrechtskonzeption fast etwas überlagert. Die amerikanische Bill of Rights (1791 als Nachtrag zur Verfassung erlassen) wurde fast gleichzeitig wie die französische Erklärung der Menschenrechte ausgearbeitet. Bei beiden wirkte

¹⁵ Vgl. die Ansprache von LE CHAPELIER vom 14. Juni 1791 in der französischen Nationalversammlung, ULRICH MÜLLER (Hrsg.), *Luft an der Geschichte: Die französische Revolution 1789-1799*. Ein Lesebuch, München 1988, S. 120-125.

¹⁶ Vgl. DIETER GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, Frankfurt a.M. 1988, S. 41.

¹⁷ Text: JACQUES GODECHOT (Hrsg.), *Constitutions de la France depuis 1789*, Paris 1995, S. 33 ff. (37).

¹⁸ PETER SCHÜNCK, *Geschichte Frankreichs*, München/Zürich 1994, S. 198.

¹⁴ Vgl. BVerGE 86, 122 (128 f.).

ibrigens der amerikanische Politiker Jefferson mit. Die amerikanische Erklärung war vom englischen Recht bestimmt und kasuistischer abgefasst. Die zehn ersten Amendments der Unionsverfassung von 1791 waren als Teil des unmittelbar geltenden Rechts vor Gericht einklag- und durchsetzbar. Es handelte sich um *subjektive Rechte*¹⁹. Dieses Verständnis der Freiheitsrechte sollte sich später in Frankreich und in ganz Europa durchsetzen. Die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte ist dabei nachgerade etwas in Vergessenheit geraten.

Den Verfassungs- und Gesetzgebern hat sich aus historischer Sicht immer schon die Aufgabe gestellt, die wirtschaftliche Überlegenheit von Vertragspartnern im Privatrechtsverkehr mit gesetzlichen Vorkehrungen zu relativieren. Die modernen Grundrechtskonzeptionen sowie die privatrechtlichen Gesamtkodifikationen (damit verbunden die Ordnung des privaten Arbeitsrechts) sind etwa zeitgleich entstanden. Die Schutzfunktion der Freiheitsrechte verlangte nach privatrechtlichen Gesamtkodifikationen. Daraus wird deutlich, dass die mittelbare Drittwirkung der Freiheitsrechte in privatrechtlichen Verhältnissen wohl dem Begriffe, nicht aber der Sache nach, eine Erfindung des 20. Jahrhunderts darstellt. Die Drittwirkung ist mit dem Entstehen moderner Freiheitsrechte untrennbar verbunden. Von zentraler Bedeutung war das Recht auf Gleichbehandlung und das Verbot willkürlicher Freiheits Einschränkungen. Diese Prinzipien sind die ranghöchsten Werte der verfassungsstaatlichen Rechtsordnung und bestimmen *gleichermaßen* das nachgeordnete Recht. Somit ist das Bild von der (einseitigen) "Ausstrahlung" der Freiheitsrechte (nur) auf das Privatrecht irreführend²⁰, denn Wirkkraft und Rangordnung der Freiheitsrechte erscheinen in einem falschen Licht. Die Freiheitsrechte haben für die nachgeordnete Gesetzgebung eine grundlegende Bedeutung als *Leitsterne*, ganz unabhängig davon, ob es sich dabei um Verwaltungs-, Zivil- oder Strafrecht handelt. Sie strahlen nicht bloss vage auf das Zivilrecht aus und gelten nur für den Bereich des Verwaltungsrechts direkt, *sondern sie sind ein allgemeines Prinzip der Rechtsordnung*. Die gesamte Rechtsordnung hat sich an ihnen auszurichten und alle Staatsorgane sind an die Freiheitsrechte gebunden. Die Freiheitsrechte der französischen Revolutionsverfassungen haben dies vorbildlich

¹⁹ Vgl. JURGEN HEIDENKING, Geschichte der USA, Tübingen/Basel 1996, S. 75.

²⁰ Vgl. STERN (Anm. 2), S. 1509. Richtig aber die Begrifflichkeit bei PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, 3. Aufl., Bern 1982, S. 295, die alle Rechtsgebiete erfasst.

ausgedrückt. Die Menschenrechte waren in einem eigenen Rechkatalog etwa der Verfassung von 1791 *vorangestellt*. Sie stehen optisch *vor* oder *über* der "gewöhnlichen" Verfassung²¹.

Die bürgerlichen Freiheitsrechte sind zu einer Zeit entstanden, als die Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht nicht gespielt hat. Aus diesem Grunde war es nur folgerichtig, als JOHANN CASPAR BLUNSCHLI die individuellen Freiheitsrechte dem Privatrecht und die politischen Rechte dem öffentlichen Recht zuzurechnen²². Erst die gesetzgebungsrechtlich und ideologisch vollzogene Trennung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht hat die Tatsache vergessen gemacht, dass die Freiheitsrechte für die gesamte Rechtsordnung richtungswesend sind und deren programmatische Schicht dem Gesetzgeber als Leitgrundsatz dient²³. Dieses "Vergessen" lässt sich an *arbeitsrechtlichen Verbot der willkürlichen Schlechterstellung* klar nachweisen. Die Arbeitsgerichte begründen das Verbot mit dem Recht des Arbeitnehmers auf Schutz seiner Persönlichkeit gemäss Art. 328 OR²⁴. Ein Hinweis auf Art. 4 Abs. 1 BV fehlt regelmässig in den veröffentlichten Urteilen²⁵. Die Lehre ist über den Geltungsgrund des Rechtsgleichheitsgebots im Arbeitsrecht nachgerade ratlos und verweist lediglich auf die "Praxis" der Gerichte²⁶. In Tat und Wahrheit findet hier eine Drittwirkung von Art. 4 BV statt. Das ist nicht zufällig, denn das Arbeitsrecht

²¹ Heute wird dieser Gedanke verfassungstechnisch mit der sog. *Ewigkeitsgarantie* umgesetzt, vgl. in Art. 79 Abs. 2 deutsches Grundgesetz, Art. 139 der italienischen Verfassung oder Art. 89 Abs. 5 der französischen Verfassung.

²² Vgl. Allgemeines Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 1857, Band II, S. 476 ff. (483); vgl. auch WALTER LEISNER, Grundrechte und Privatrecht, 1960 S. 30 Anm. 67 m.w.H. Eine andere geschichtliche Parallelität ist bemerkenswert (vgl. auch URICH, Anm. 1, S. 226). Die Gemeinden sind als Selbstverwaltungskörper meist lange vor den Kantonen entstanden. Sie wurden in der Vergangenheit und zum Teil bis heute als privatrechtliche Korporationen ausgestaltet, obwohl sie seit jeher öffentliche Aufgaben übernahmen, vgl. dazu z.B. ANDREAS KLEY, Kantonales Privatrecht, St. Gallen 1992, S. 103 ff.

²³ Vgl. SALADIN (Anm. 20), 295; JOEG PAUL MÜLLER, Einleitung zu den Grundrechten, in: Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Bern/Zürich 1987 ff. (Loseblatt), N. 41 ff.

²⁴ Vgl. MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 10. Aufl., Bern 1991, S. 85. Vgl. z.B. AGVE 1974, 45 ff.; ROGER ZACH, Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung, in: SJZ 1989, 1 ff. (6).

²⁶ Vgl. z.B. FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl., Basel 1994, S. 60 m.w.H.

ist ein privatrechtliches Gebiet, in dem das wirtschaftlich-soziale Machtgefälle am ausgeprägtesten ist. Die Literatur des letzten Jahrhunderts hat den historischen Sachverhalt des Machtgefälles selbstverständlich nicht mit dem Titel der Drittwirkung überschrieben.

Die wirtschaftliche Entwicklung in Richtung internationaler Grosskonzerne in diesem Jahrhundert hat die Frage nach der umfassenden Geltung der Grundrechte erneut erhoben. Es hat sich die Frage gestellt, ob die Grundrechte nicht auch die Grossunternehmungen als quasi-öffentliche Institutionen in die Pflicht nehmen und zwar als unmittelbar anwendbares Recht. Damit war die Idee der direkten Drittwirkung der Grundrechte entstanden. Historisch gesehen handelt es sich dabei um ein neues Phänomen, mindestens um eine Synthese aus objektiv- und subjektivrechtlicher Grundrechtswirkung. Die objektivrechtliche (oder konstitutiv-institutionelle) Tragweite der Grundrechte wird mit einem subjektiven Anspruch versehen und vermag dadurch in Privatrechtsverhältnisse direkt zu bestimmen. Ob das Machtgefälle zwischen Arbeitnehmern und Grossunternehmungen allein damit wirksam ausgeglichen werden kann, erscheint indes fraglich²⁷.

III. Diskussion der Drittwirkung im deutschen Sprachraum

Das Problem der wirtschaftlichen Machtdifferenz zwischen Arbeitern und Unternehmen ist mit der zunehmenden Industrialisierung virulent geworden. In Deutschland hat der Verfassungsgeber in der Weimarer Republik versucht, über Grundrechte einen Machtausgleich zu erreichen²⁸. Damit ist die eigentliche Drittwirkungs-Diskussion, die nach dem zweiten Weltkrieg voll einsetzte, eröffnet worden.

²⁷ Vgl. Abschnitt V.

²⁸ Das zeigt die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen von Art. 118 Abs. 1 Satz 2 deutlich, vgl. HELLWIG, Kommentar zu Art. 118 WRV, in: HANS CARL NIPPERDEY (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band 2, Berlin 1930, S. 1 ff., insb. S. 56 ff.

Gemäss Art. 118 Abs. 1 Satz 2 WRV²⁹ darf kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis die Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit behindern. Art. 159 WRV erklärt alle Abreden und Massnahmen, welche die Vereinigungsfreiheit beeinträchtigen, für rechtswidrig. Die Verletzung dieser Bestimmung wurde mit Schadenersatzpflichten "geahndet"³⁰. Die Weimarer Rechtsprechung hatte die Geltung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis letztlich als ein *Verbot willkürlichen Handelns* betrachtet. Damit hatte man im Arbeitsverhältnis dem Inhaber der Weisungsgewalt ein *Gebot sachlichen Handelns* auferlegt. Diese Rechtsprechung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die politische Meinung der Arbeitenden im Prinzip nichts mit dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses zu tun hat, Tendenzbetriebe ausgenommen³¹. Ist freilich die Frage zu beurteilen, was das Arbeitsverhältnis mit einer politischen Meinung zu tun hat, so kann sich der Arbeitgeber nur mit sachlichen Argumenten für sein Verhalten rechtfertigen. Die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers darf grundsätzlich nicht zur Unterdrückung einer Meinung benutzt werden, denn dies erschiene als Missbrauch der Machtstellung. Eine solche Massnahme ist für einen "ruhig denkenden"³² Menschen nur gerechtfertigt, wenn die Meinungsäusserung die Interessen des Unternehmens aus *besonderen "sachlichen" Gründen* tangiert. Die Rechtsprechung hatte auch auf andern Gebieten des Arbeitsrechts die Geltung der Grundrechte als Willkürverbot aufgefasst³³. Die Nähe zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot aus Art. 328 OR ist unübersehbar³⁴.

Bemerkenswert erscheint in der Weimarer Republik die Tatsache, dass es nicht mehr die Grundrechte als objektive Prinzipien sind, denen zum Durchbruch verholfen wird, sondern *spezifische Anordnungen des Verfassungsgebers mit drittwirkendem Charakter*. In der Weimarer Rechtsprechung akzentuiert sich diese Entwicklung, indem die Schritte in Richtung

²⁹ Vgl. zum Text die vorstehende Anmerkung.

³⁰ Vgl. HANS CARL NIPPERDEY, Kommentar zu Art. 159 WRV, in: HANS CARL NIPPERDEY, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band 3, Berlin 1930, S. 385 ff (431).

³¹ Vgl. HELLWIG, Kommentar zu Art. 118 WRV, in: HANS CARL NIPPERDEY (Anm. 28), S. 1 ff., insb. S. 66 f. mit anschaulichen Beispielen.

³² Vgl. Reichsarbeitsgericht B 14, S. 77, zitiert bei DIETER CONRAD, Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung, Berlin 1965, S. 22.

³³ CONRAD (Anm. 32), S. 24 ff.

³⁴ Vgl. oben bei Anm. 26.

Verschlichung des Arbeitsverhältnisses nicht vom Verfassungsrecht, sondern von der Spezialgesetzgebung ausgehen³⁵. Der Zusammenhang zur historisch bedingten programmatischen Funktion der Grundrechte erscheint durch den geschriebenen Verfassungstext der Art. 118 bzw. 159 WRV bzw. die Arbeitsgesetzgebung unterbrochen. Das ist nicht weiter verwunderlich, hat doch in Deutschland die Entwicklung der Freiheitsrechte erst viel später als in Frankreich oder den USA eingesetzt.

In Deutschland hatte Herbert Krüger die Diskussion mit einem Beitrag über "die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung"³⁶ eröffnet. Krüger forderte mit Blick auf die Weimarer Republik, man solle "die Ziviljustiz dazu ermuntern, mit aller gebotenen Zurückhaltung doch über den rein zivilistischen Horizont hinauszuschauen und ihre Argumentation durch die Einbeziehung der adäquaten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte zu bereichern". Krüger führte als Beispiel dafür einen Verein an, der bestimmte Menschen grundsätzlich von der Mitgliedschaft ausschliesse. Für dieses Problem hat sich seit HANS PETER IPSEN³⁷ die Kurzbezeichnung "Drittwirkung" der Grundrechte eingebürgert. Es ist hier nicht der Ort, die an diese Eröffnung anschließende, umfangreiche deutsche³⁸ und schweizerische Drittwirkungs-Diskussion³⁹ wiederzugeben. Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die indirekte Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung anerkannt ist. Auch das schweizerische "Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung verschiedentlich herausgestellt, dass den Grundrechten unter Umständen Wirkung zwischen Privaten zukommt"⁴⁰. Das Bundesverfassungsgericht hatte in der Sache ziemlich ähnlich entschieden: Das oberste deutsche Gericht "kontrolliert vielmehr nur, ob bei Auslegung und Anwendung einfachen Rechts der Einfluss der Grundrechte grundlegend verkannt ist." Das ist auch möglich "bei Normen, die der Gesetzgeber zur Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes erlassen hat. Bei Vorschriften,

die *grundrechtliche Schutzpflichten* erfüllen sollen, ist das massgebende Grundrecht dann verletzt, wenn ihre Auslegung und Anwendung den vom Grundrecht vorgezeichneten Schutzzweck grundlegend verfehlt. Dagegen ist es nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts, zu kontrollieren, wie die Gerichte den Schutz im einzelnen auf der Grundlage des einfachen Rechts gewähren und ob ihre Auslegung den bestmöglichen Schutz sichert"⁴¹.

Die von der Rechtsprechung anerkannte Drittwirkung hat in historischer Hinsicht nicht etwas Revolutionäres geschaffen; vielmehr bezieht sich die mittelbare Drittwirkung direkt auf die Entstehung der Grundrechte und ihre damalige vorrangig programmatische Tragweite als Leitlinie für jede Tätigkeit, namentlich den (Privatrechts-) Gesetzgeber. Es ist folgerichtig, wenn die *umfassende Geltung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung in einer nachgeführten Bundesverfassung* als Art. 31 ausgewiesen wird⁴². Art. 31 Abs. 3 VE 1996 bestimmt⁴³:

"Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden"

Diese Neuerung wäre sehr zu begrüßen, sie würde gerade für das beschriebene, aus Art. 328 OR abgeleitete arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot eine Verfassungsgrundlage abgeben. Zudem setzt die Norm ein "geeignetes" Sachgebiet voraus. Solche Felder sind regelmässig dort anzutreffen, wo die sozial-wirtschaftliche Macht eines Partners im Zivilrechtsverhältnis stark überwiegend ist. So sind die oben angeführten drei Anschauungsbeispiele⁴⁴ klassische Illustrationen für Art. 31 Abs. 3 VE.

Die direkte Drittwirkung ist etwas Neues⁴⁵. Sie würde den Privatrechtskodifikationen als wichtigsten Rechtsquellen der Privatrechtsordnung Konkurrenz machen. Sie ist unbestrittenenmassen nur dann anzunehmen, wenn sie der Bundesverfassungsgeber beim Erlass der Grundrechtsnormen selbst

³⁵ Vgl. CONRAD (Anm. 32), S. 25.

³⁶ NJW 1949, S. 163 ff. (165).

³⁷ In: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und der Praxis der Grundrechte, Band II, 111 ff. (143).

³⁸ Vgl. STERN (Anm. 20), S. 1509 ff.

³⁹ Vgl. die zahlreichen Nachweise in BGE 111 II 255 f.

⁴⁰ BGE 111 II 256. Dabei verweist das Bundesgericht u.a. auf: BGE 4, 435, 82 II 302, 85 II 496 f., 86 II 376, 101 IV 172. Vgl. ferner BGE 109 II 8, 116 IV 31, 118 Ia 56.

⁴¹ BVerfGE 89, 276 (285 f.).

⁴² Vgl. Art. 31 VE 1996, BBl 1997 I 494 und 191 ff.

⁴³ Vgl. BBl 1997 I 594. Die Bestimmung des Art. 31 VE 1996 ist von den Verfassungskommissionen des National- und Ständerates unverändert übernommen worden, vgl. BBl 1998 I 364 ff. (378, 446).

⁴⁴ Vgl. Abschnitt I.C.

⁴⁵ Vgl. Abschnitt II. am Ende.

vorgesehen hat. Das ist im geltenden Bundesverfassungsrecht an zwei Stellen geschehen:

- Gemäss Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV haben Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Der Verfassungsgeber hat diese Norm 1981 mit direkter Drittwirkung ausgestattet. Sie könnte demnach in privaten Arbeitsverhältnissen unmittelbar wie eine Norm des Privatrechts direkt angerufen werden⁴⁶. Der Misserfolg dieser Bestimmung hat dazu geführt, dass der Bundesgesetzgeber einen Ausführungserlass, nämlich das Gleichstellungsgesetz, erlassen hat⁴⁷. Denn die unmittelbare Drittwirkung von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV hatte im Privatrecht praktisch keine Folgen⁴⁸. Diese Bestimmung ist als Art. 7 Abs. 3 in den Entwurf für eine neue Bundesverfassung übernommen worden⁴⁹.

- Gemäss Art. 49 Abs. 3 BV verfügt der Inhaber der elterlichen Gewalt über die religiöse Erziehung der Kinder. Das bedeutet, dass sich Kinder nach dem 16. Altersjahr gegenüber ihren Eltern auf die Religionsfreiheit berufen können; auch dies ist eine Form der direkten Drittwirkung⁵⁰. Ihre direkte Wirkung wird indes zunichte gemacht, da Art. 303 Abs. 3 ZGB ebendiesen Grundsatz wiederholt. Zivilrechtsstreitigkeiten über diese Frage würden daher wohl über diesen Gesetzesartikel gelöst. Im Entwurf einer neuen Bundesverfassung fehlt in Art. 13 diese Bestimmung berechtigtemassen, weil sie bereits von Art. 303 Abs. 3 ZGB ausgesprochen wird⁵¹.

Im übrigen ermanget es dem geltenden Verfassungsrecht an Normen der direkten Drittwirkung. Sie hat damit in der Praxis keine grossen Früchte tragen können. Als entscheidend hat sich vielmehr die indirekte Drittwir-

46 Vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Basel 1994, Band II, S. 1095, 1121.

47 Vgl. SR 151.0.

48 Vgl. CLAUDIA CAMASTRAL, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich 1996, S. 63.

49 So im übereinstimmenden Entwurf der Kommissionen von National- und Ständerat BBl 1998 I 364 ff., 371, 441.

50 Vgl. MÜLLER (Anm. 23), N. 65.

51 So im übereinstimmenden Entwurf der Kommissionen von National- und Ständerat BBl 1998 I 364 ff., 373, 442; vgl. Botschaft, BBl 1997 I 156.

kung, d.h. die programmatische und objektivrechtliche Schicht der Grundrechte, erwiesen⁵².

IV. Drittwirkung der internationalen Menschenrechtsabkommen

Die Rechtsprechung der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention hat - geistesgeschichtlich gesehen - zahlreiche Postulate aufgenommen, welche im Laufe der geschichtlichen Entwicklung der Menschenrechte aktuell geworden sind⁵³. Auch die objektivrechtliche Dimension der Menschenrechte wird von den Organen der Europäischen Menschenrechtskonvention ausdrücklich angesprochen. Die EMRK-Organe haben nämlich die Konzeption von *Schutzpflichten* entwickelt. Danach sind die Staaten verpflichtet, ihr Zivil- und Strafrecht in der Weise auszugestalten, dass die von der Konvention gewährleisteten Rechte auch gegenüber Privatpersonen tatsächlich und effektiv geschützt werden⁵⁴. Hier handelt es sich um nichts anderes als die objektivrechtliche Dimension der Menschenrechte, mithin deren mittelbare Drittwirkung. Die Anforderungen dieser Schutzpflichten sind nicht sehr gross, namentlich ist der Bereich der Grossunternehmung nur selten angesprochen worden. Immerhin hat der Gerichtshof eine horizontal wirkende Koalitionsfreiheit anerkannt. Im Urteil Young, James und

52 Die (Dritt-)Wirkung der Grundrechte ist im einzelnen von CAMASTRAL (Anm. 48) ausführlich dargestellt worden.

53 Vgl. als ein Beispiel die Wechselwirkung zwischen Gesetzsmässigkeitsprinzip und Menschenrechten, ANDREAS KLEY, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, S. 37 f., 62 f.

54 Vgl. z.B. Urteil X und Y gegen die Niederlande, Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 91, § 27 ff. = EuGRZ 1985, 299; Urteil Guerra u.a. gegen Italien vom 19.2.1998, § 58 m.H. (noch nicht veröffentlicht); weitere Hinweise im Unzulässigkeitsentscheid Rommelfanger v. 6.9.1989 zur Beschwerte Nr. 12242/86, Décisions et Rapports vol. 62, 151 ff. (160); vgl. MARC VILJGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1993, S. 102 ff. m.H.; JOCHEN FROWEN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl a.Rh. 1996, S. 788 f.

Webster gegen Grossbritannien⁵⁵ hatte die Britische Eisenbahn den drei Beschwerdeführern gekündigt, weil sie sich weigerten, einer Gewerkschaft beizutreten. Das "closed shop"-Prinzip war zwischen der Eisenbahn und den Gewerkschaften vereinbart worden und von der innerstaatlichen Gesetzgebung anerkannt. Damit war nach Ansicht des Gerichtshofes die Vereinigungsfreiheit gemäss Art. 11 EMRK verletzt, da sie in ihrer horizontalen Wirkung zwischen Arbeitnehmern und Gewerkschaften bzw. Unternehmen faktisch nicht gewährleistet war. Diese Rechtsprechung beinhaltet nichts anderes als die Pflicht der EMRK-Vertragsstaaten in ihrer Zivil- und Strafgesetzgebung dafür zu sorgen, dass mächtige Unternehmen und Personenverbände Einzelpersonen nicht unterdrücken und sie faktisch oder sogar rechtlich am Gebrauch ihrer Menschenrechte hindern.

Im Entscheid Rommelfanger der Europäischen Menschenrechtskommission⁵⁶ war der Arzt eines katholischen Privatospitals deshalb entlassen worden, weil er öffentlich für ein Recht auf Abtreibung eingetreten ist. Die Europäische Menschenrechtskommission erklärt die Beschwerde für unzulässig, weil der Arbeitgeber auf bestimmte, achtbare Überzeugungen und Wertvorstellungen ausgerichtet sei. Daher müsse auch die Meinungsfreiheit des Arbeitgebers berücksichtigt werden. Dieser könnte sein Recht nicht ausüben, wenn seinen Arbeitnehmern nicht gleichzeitig gewisse Treuepflichten auferlegt würden. Der Entscheid hatte die Schutzpflichten der Staaten bestätigt, sah jedoch im vorliegenden Sachverhalt kein unvernünftiges Verhältnis zwischen der Beeinträchtigung der Meinungsäusserungsfreiheit und der Natur des Anstellungsverhältnisses. Man kann hier, obwohl

der Entscheid den Begriff nicht verwendet, die Rechtsprechung zu den Tendenzbetrieben⁵⁷ auch auf europäischer Ebene bestätigt sehen.

Für die *Sozialcharta* stellt sich das Problem gleichermassen. Die entsprechenden Rechte sind im Hinblick auf die Implikation von Grossunternehmungen thematisch sogar geeigneter, wenn etwa an das Recht auf Arbeit (Art. 1) oder das Recht auf soziale Sicherheit (Art. 12) gedacht wird. Es fehlt hier jedoch eine internationale Rechtsmittelinstanz, so dass diese Rechte völkerrechtlich nur als Programmätze wirken.

Die *beiden Welpakte von 1966* über bürgerliche und politische Rechte sowie über soziale, kulturelle und wirtschaftliche Rechte der UNO besitzen ebenfalls eine Horizontalwirkung⁵⁸. Danach muss die nationale Gesetzgebung sicherstellen, dass die von den Pakten gewährtesten Menschenrechte ausreichend umgesetzt werden. Bedeutsamer sind die beiden Welpakte insofern, als sie diese Pflicht universell statuieren; sie sind in dieser Hinsicht die adäquate Antwort auf die Globalisierung. Allerdings bleibt es bei einer eher theoretischen Antwort, da die Horizontalwirkung auf *konkrete Umsetzungsmaßnahmen angewiesen* ist.

V. Drittwirkung der Menschenrechte vor den Herausforderungen der Globalisierung und der Grossfusionen

A. Überblick

Die Freiheits- und Menschenrechte sind den Staaten zur dauernden Umsetzung aufgetragen. Gemäss ihrem objektivrechtlichen oder konstitutiv-institutionellen Gehalt fordern sie jede staatliche Gewalt (und die von ihnen abgeleiteten internationalen Organisationen) auf, in ihrem Bereich für eine

55 Vgl. Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 44, § 49 = EuGRZ 1981, 559. Weitere Fälle: Im Urteil Sijungónsson entschied der Gerichtshof, dass Art. 11 EMRK die negative Koalitionsfreiheit voll schützt (vgl. Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 264, § 35 = OJZ 1994, 208); im Fall Sibson wurde ein Lastwagenfahrer entlassen, nachdem er aus der Gewerkschaft ausgetreten war, der Gerichtshof sah deshalb keine Verletzung von Art. 11 EMRK, weil dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung an einem andern Arbeitsort angeboten worden war (vgl. Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 258-A, § 29 = OJZ 1994, 35; im Urteil Gustafson sah der Gerichtshof in seinem problematischen Urteil keine Verletzung des Art. 11 EMRK, als eine Gewerkschaft ein Restaurant durch Absperren und Boykottaufrufe zum Abschluss von Kollektivverträgen zwang (vgl. Recueil des Arrêts et des Décisions, Cour Européenne des Droits de l'Homme, 1996 II 637).

56 Vgl. Décisions et Rapports vol. 62, 151 ff. (161).

57 Die Tendenzbetriebe können bei Fragen anlässlich des Vertragsabschlusses auch Auskünfte über den persönlichen Bereich verlangen, und die Treuepflicht stelle wie der vorliegende Fall zeigt - zusätzliche Anforderungen, vgl. RENVINDAK (Anm. 24), S. 37, 52 f.

58 Vgl. WALTER KALIN/GIORGIO MALINVERN/MANFRED NOWAK, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakete, 2. Aufl., Basel/Bruxelles 1997, S. 11 f., 60, 212.

möglichst umfassende Verwirklichung dieser Rechte zu sorgen. Im Privat-recht ist diese Einwirkung um so bedeutender, je grösser die wirtschaftlich-soziale Macht eines Partners in einem Zivilrechtsverhältnis ist⁵⁹. Dies schliesst insbesondere den Schutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Grossunternehmen ein. In diesem Sinne müssten der Staat und die Staaten-gemeinschaft dafür sorgen, dass den Fusions- und Globalisierungsopfern Gerechtigkeit widerfährt⁶⁰.

Dieser Machtausgleich gegenüber dem Grossunternehmen ist indessen nicht einfach zu bewerkstelligen. Menschen können zu Fusions- und Glo-balisierungsopfern werden, weil ihre Arbeitsstelle wegrationalisiert oder ins produktionsgünstigere Ausland verlegt wird. Welches drittwirkende Grundrecht könnte dieser Negativerscheinung beikommen? In der Schweiz gibt es nämlich gegenüber dem Staat kein soziales Grundrecht auf Be-schäftigung. Die *Handels- und Gewerbefreiheit* (Art. 31 BV) ist rein nega-torisch orientiert; sie könnte daher auch als drittwirkendes Recht keinen Anspruch auf (Weiter-)Beschäftigung beinhalten.

Allenfalls liesse sich diskutieren, ob nicht die persönliche Freiheit im Zu-sammenwirken mit dem neuen sozialen Grundrecht auf Existenzsiche-rung⁶¹ den Anspruch auf eine *minimale Existenzsicherung durch Beschäf-tigung* beinhalte. Die Chancen, dass die Rechtsprechung ein solches Recht anerkennt, sind angesichts praktischer Umsetzungsprobleme äusserst ge-ring. Noch viel spekulativer erscheint die Drittwirkung eines derartigen Grundrechtsanspruches.

Die *Rechtsgleichheit* erfährt ihre Drittwirkung namentlich über das arbeits-rechtliche Gleichbehandlungsgebot. Dieses ist gewahrt, wenn sachgerechte Unterscheidungen die Ungleichbehandlungen verschiedener Arbeitnehmer

rechtfertigen⁶². Im wichtigen Bereich der Umstrukturierungen infolge des globalen Wettbewerbs liegen stets rational-sachliche Gründe vor, die Entlas-sungen und Umbesetzungen rechtfertigen⁶³. Eine drittwirkene Rechtsgleich-heit kann nur schwerlich Fusions- und Globalisierungsopfer verhindern.

Entsprechende Probleme zeigen sich bei den Schutzpflichten der Staaten aufgrund der internationalen Grundrechtsgewährleistungen.

B. Inpflichtnahmen des internationalen Rechts

Es ist nur folgerichtig, wenn der Gedanke der Drittwirkung auch beim internationalen Recht konsequent verfolgt wird. In diesem Zusammenhang ist an die äusserst wertvolle Tätigkeit der Internationalen Arbeitsorganisa-tion in Genf zu erinnern⁶⁴. Sie hat zahlreiche Abkommen zum Schutz der Arbeitnehmer ausgearbeitet. Ferner sind politische Bemühungen im Raum, im Rahmen der World Trade Organisation mit einer Sozialklausel die Här-ten der Globalisierung abzumildern⁶⁵. Auch im Rahmen anderer internatio-naler Organisationen sind Bestrebungen im Gange, den Arbeitnehmer vor übermächtigen Grossunternehmungen zu schützen. Die internationale Rech-tsetzung ist ein taugliches Vehikel, um den einzelnen vor dem wirtschaftlich überlegenen Unternehmen zu schützen. Ein Grossunternehmen kann sich einem universell geltenden Abkommen nicht entziehen. Freilich ist hier einzuräumen, dass die Rechtsentwicklung den faktischen Umständen weit hinterherinkt. Von dieser Seite gehen vom Verfassungsrecht und vom Recht des internationalen Menschenrechtsschutzes wohl Denkanrösse aus; sie müssen aber in der Regel aufgenommen werden, um wirken zu können.

⁶² Vgl. CAMASTRAL (Anm. 48), S. 69.

⁶³ HANS RUH, Anders, aber besser, Die Arbeit neu erfinden - für eine solidarische und überlebensfähige Welt, Frauentfeld 1985, S. 67 ff. macht in seinem Plädoyer darauf aufmerksam, dass die wirtschaftliche Rationalität menschenverachtende Wirkungen zeitigt. Bis jetzt wurden diese Auswirkungen von der juristischen Literatur noch nicht als (Drittwirkungs-) Grundrechtsfragen gesehen.

⁶⁴ Vgl. den Symposiums-Bertrag von HANS PETER TSCHUDI, Vom kantonalen zum globalen Arbeitsrecht.

⁶⁵ Vgl. den Beitrag von THOMAS COTTIER und A. CAPLAZZI über Sozialklauseln im Welthandelsrecht an diesem Symposium.

⁵⁹ Ähnl. WOLFGANG RÜFNER, Grundrechtsadressaten, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, Heidel-berg 1992, S. 560.

⁶⁰ Vgl. HANS RUH, Die Arbeit neu erfinden, in: Impulse für die Arbeitswelt von mor-gen, Vereinigung für freies Unternehmertum, Schaffhausen 1997, S. 55 ff. (61 ff.).

⁶¹ Vgl. BGE 121 I 367 und dazu die Kommentierung von ANDREAS KLEY, AJP 1996, 756 ff.; 122 I 101 und dazu die Kommentierung von ANDREAS KLEY, AJP 1996, 1556 ff. sowie BGE 122 II 197.

C. Inpflichtnahmen der nationalen Gesetzgebungen

Die nationale Gesetzgebung ist gerade wegen ihrer territorialen Beschränktheit nicht in der Lage, die Folgen von Grossfusionen und der Globalisierung aufzufangen. Ein Unternehmen kann sich durch Auslandsverlagerung der schrankenziehenden staatlichen Gesetzgebung zumindest teilweise entziehen. Immerhin kann ein Unternehmen der US-amerikanischen Gesetzgebung kaum entgehen, da sich die wirtschaftliche Berührung mit dem riesigen amerikanischen Binnenmarkt kaum vermeiden lässt. Die nationale Gesetzgebung ist allerdings nicht auf eine reine Schrankensetzung ausgerichtet; sie kann vielmehr auch Entwicklungen fördern. So ist es im Interesse der Grossunternehmen, im Rahmen von freiwilligen Vereinbarungen für eine gewisse Ethik ihres Handelns zu sorgen und etwa ihre Arbeitnehmer gerade im Hinblick auf die Folgen von Umstrukturierungen oder Fusionen zu schützen⁶⁶. Der nationale Gesetzgeber könnte solche Entwicklungen begünstigen, indem er die Teilnahme an solchen Kodizes belohnt (so etwa über das Steuerrecht oder das Sozialversicherungsrecht). Entsprechendes könnte für eine Ethik-Zertifizierung einer Politik eines Grossunternehmens gelten, indem etwa nicht zertifizierte Unternehmen keine öffentlichen Aufträge erhalten. Insofern ist die nationale Gesetzgebung nicht wirkungslos. Sie ist durchaus im Rahmen der freiwilligen Kooperation und des Wettbewerbs der Grossunternehmen effektiv.

D. Inpflichtnahmen zur Demokratisierung

Die Demokratisierung von Unternehmen könnte als eine Art Drittwirkung des Demokratieprinzips aufgefasst werden. Dies ist freilich umstritten, und eine Vorlage zur Mitbestimmung ist vor Jahren abgelehnt worden. Seither ist die diesbezügliche Diskussion in der Schweiz fast wie erloschen⁶⁷. Insofern gehen vom geltenden Verfassungsrecht keine Impulse zu einer Demokratisierung von Grossunternehmen aus.

⁶⁶ Vgl. HANS RÜH, Die wirtschaftlichen Unternehmen vor den Herausforderungen der Zukunft, in: Schweizerisches Bankwesen im Umbruch, Bern 1996, S. 115 ff. (128 f.) zu konkreten Vorschlägen, wie die Banken ihre ethische Verantwortung wahrnehmen können.

⁶⁷ Vgl. zur Mitbestimmung SALADIN (Anm. 6), S. 24; vgl. ULRICH (Anm. 1), S. 166 ff.