

Einleitung

1. Problemstellung

Seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes mit seinem Grundrechtskatalog vor sechzig Jahren wird in der juristischen Literatur und der Rechtsprechung die Drittwirkung der Grundrechte, also die Geltung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr der Bürger untereinander, diskutiert. Freilich sind nicht alle Grundrechte geeignet, an dieser Diskussion teilzunehmen, wie die Beispiele der Art. 15 GG (Sozialisierung), Art. 16 GG (Ausbürgerung, Auslieferung) und Art. 16a GG (Asylrecht) zeigen. Gleichwohl ist die Drittwirkungsproblematik heute aus einer allgemeinen Abhandlung über die Grundrechte ebenso wenig wegzudenken wie die *Jellineksche* Statustheorie.¹ Mit den Grundrechten, ihren Funktionen und (Aus-)Wirkungen haben sich aber nicht nur Verfassungsrechtler auseinandergesetzt. Zahlreiche Abhandlungen aus verschiedenen Bereichen des Rechts von den diese Gebiete prägenden Autoren belegen, dass die Bedeutung der Grundrechte weit über das öffentliche, namentlich das Staatsrecht hinaus reicht.² Danach kann heute als gesichert angesehen werden, das wird kaum jemand mehr ernsthaft bestreiten wollen, die Wirkung der Grundrechte ist nicht (mehr) auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürger beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf das Privatrecht.

Während sich in verhältnismäßig kurzer Zeit Konsens darüber eingestellt hatte, *dass* die Grundrechte den Privatrechtsverkehr beeinflussen³, wird zum Teil noch heute über die Frage gestritten, *wie* diese Grundrechtswirkung im Privat-

-
- 1 Vgl. u.a. die Arbeiten neueren Datums wie etwa *Singer*, Die Grundrechte im deutschen Arbeitsrecht, in *Neuner* (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, S. 245; *Cremer*, Freiheitsrechte, insb. S. 413ff.; *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, insb. S. 441ff.; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, insb. S. 212ff.; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, insb. S. 108ff.; aber auch in älteren Abhandlungen findet sich jeweils eine Stellungnahme zur Drittwirkungsproblematik vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, insb. S. 477; *Brinkmann*, Grundrechte und Gewissen im Grundgesetz, insb. S. 144f. Vgl. auch *von Münch*, Zur Drittwirkung der Grundrechte, insb. S. 11, der davon berichtet, dass der Gedanke der Drittwirkung der Grundrechte inzwischen sogar in das Rechtsdenken anderer Länder übernommen worden ist.
 - 2 Vgl. etwa *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), S. 385; *Canaris*, AcP 184 (1984), S. 201 sowie *ders.* zuletzt Grundrechte und Privatrecht – Eine Zwischenbilanz, (1999).
 - 3 Vgl. ausführlich *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1553; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 312ff.; vgl. auch *Langner*, Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, S. 48ff.

recht auszusehen hat⁴. Dem geht das Verständnis voraus, dass die unterverfassungsrechtliche Rechtsordnung historisch wie sachlich ein eigenständiger Faktor des Freiheits- und Gleichheitsschutzes ist. Die Grundrechte bilden dafür einen Rahmen, aus dem heraus sich Korrekturen bei Zielabweichungen und Aufträge für die Weiterentwicklung des einfachen Rechts ergeben.⁵ Eine Reihe neuerer Arbeiten, in denen sich die Autoren dogmatisch mit der Drittwirkungsproblematik auseinandersetzen und neben den tradierten sowie überkommenen Lösungsansätzen neue, alternative Begründungsansätze formulieren, zeigen, dass die Diskussion um die Geltung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr nicht an Aktualität verloren hat.⁶

Es war kein Zufall, dass das Arbeitsrecht die Brücke vom Privat- zum Verfassungsrecht abgab.⁷ Denkstil und Gestaltprinzipien der modernen Arbeitswelt zeigen im Rechtlichen wie im Tatsächlichen eine besondere Affinität zu der Konzeption eines höchsten Normsystems, wie sie im Grundgesetz verwirklicht ist. Die besondere Nähe und die nicht selten jahrelange (Vertrags-) Beziehung der Parteien eines Arbeitsvertrages machen diese Rechtsmaterie im Vergleich zu den anderen Vertragstypen des BGB zu einer Besonderheit. Letzteres wird besonders daran deutlich, dass in Deutschland ein eigener (viel beschäftigter) Rechtsweg für das Arbeitsrecht existiert. Die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist überwiegend von einem Über- und Unterordnungsverhältnis und nicht selten von einer gewissen Abhängigkeit gekennzeichnet.⁸ Der Arbeitgeber gibt als Auftraggeber seinen Angestellten einseitig die Bedingungen für die von ihnen geschuldete Arbeitsleistung vor, was dazu führen kann, dass der jeweilige Arbeitnehmer persönliche Belange zurückzustellen hat. Hier liegt des Pudels Kern. Bisweilen kann es passieren, dass der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer im Rahmen der Erbringung der ge-

4 Vgl. insbesondere die oben genannten Abhandlungen von *Cremer, Lindner* und *Alexy*, aber auch *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 211ff.; *Stemmler*, Grundrechtswirkung und Privatrechtsentfaltung, S. 8ff.; sowie *Langner*, Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, S. 55ff.

5 Vgl. *Schmidt*, in *Simon* (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, S. 188, 212f.

6 Vgl. *Cremer*, Freiheitsrechte, S. 413ff.; auch *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, S. 441ff.; weiterhin *Langner*, Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, S. 88ff.; *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 201ff.; und *Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, S. 19ff.

7 Vgl. *Brecher*, Grundrechte im Betrieb, in FS für *Nipperdey* zum 70. Geb., S. 29, 31.

8 Letzteres kann beidseitig auftreten, wie die Entwicklung in Deutschland in den letzten Jahren gezeigt hat: Besteht etwa Fachkräftemangel, bedeutet dies eine Abhängigkeit des Arbeitgebers von spezialisierten Mitarbeiter. In solchen Situationen ist der Arbeitgeber eher zu Zugeständnissen bereit. In Zeiten hoher Arbeitslosigkeit verkehrt sich das Verhältnis ins Gegenteil und es erhöht sich die Bereitschaft der Arbeitnehmerschaft, Zugeständnisse an den Arbeitgeber zu machen.

schuldeten Arbeitsleistung ein bestimmtes Verhalten verlangt, das Letzterer als mehr oder weniger unangenehm empfindet. Ein thematischer Dauerbrenner in dieser Beziehung ist die betriebliche Anordnung, während der Arbeitszeit und auf dem Betriebsgelände politische bzw. religiöse Äußerungen und Meinungskundgaben zu unterlassen. Das Interesse des Arbeitgebers, damit den Betriebsfrieden zu erhalten, liegt auf der Hand. Es gibt allerdings Arbeitnehmer, denen die Mitteilung ihrer politischen bzw. religiösen Anschauung sehr wichtig ist, insbesondere gegenüber ihren Kollegen, mit denen sie einen verhältnismäßig großen Anteil der täglichen Lebenszeit verbringen. Solche Mitarbeiter könnten auf den Gedanken kommen, die Anordnung des Arbeitgebers sei für sie nicht nur persönlich unangenehm, sondern verletze ihre Rechte als Bürger eines freien Landes.⁹ Schon ist (bzw. war) der (Arbeitsrechts-) Streit um die Wirkung der Grundrechte im privatrechtlichen Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber entbrannt.

Die übrigen Vertragstypen des bürgerlichen Schuldrechts sind wegen ihrer nicht so sehr persönlich, sondern vielmehr sachlich geprägten Beziehung und der in aller Regel fehlenden Abhängigkeit der Vertragsparteien zu- bzw. voneinander weniger anfällig für die gerade geschilderte Problemkonstellation.

Als eine der herausragenden Persönlichkeiten seiner Zeit im Zivilrecht, vor allem aber im Arbeitsrecht,¹⁰ hat sich *Hans Carl Nipperdey* besonders für die Einbeziehung der Grundrechte bzw. die grundrechtlichen Wertungen in das Arbeitsrecht engagiert. Einige seiner Beiträge, insbesondere zum Lohngleichheitssatz haben den Anstoß für eine intensive, das zivil- wie auch verfassungsrechtliche Schrifttum ergreifende Debatte gegeben. Ohne Übertreibung kann man heute feststellen, dass *Nipperdey* mit dem Gewicht seiner doppelten Autorität als Gelehrter¹¹ und hoher Richter¹² das Verständnis von der Wirkung der Grundrechte des Grundgesetzes allgemein und insbesondere im Privatrechtsverkehr entscheidend mitgeprägt hat. Nicht nur durch seine rege Veröffentlichungstätigkeit hat er immer wieder Anstöße und neue Aspekte in die Debatte eingebracht.

Unter seinem Vorsitz hat der Erste Senat des BAG eine Reihe von Urteilen erlassen und die von ihm begründete Lehre zur ständigen Rechtsprechung entwickelt und ausgebaut.

9 Siehe hierzu unten C. V. 3 insbesondere BAGE 24, S. 438.

10 Vgl. *Henne*, Die neue Wertordnung im Zivilrecht, in *Stolleis* (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, S. 13, 21 m.w.N.

11 *Nipperdey* war in der Zeit seit 1925 ordentlicher Professor an der Universität Köln.

12 *Nipperdey* war vom 12. April 1954 bis zum 31. Januar 1963 Präsident des BAG.

2. Zielstellung und Gang der Untersuchung

Ziel der Untersuchung ist es aufzuzeigen, in welcher Form das BAG die von Nipperdey entwickelte Lehre in seine Rechtsprechung einbezogen und fortentwickelt hat und schließlich herauszuarbeiten, warum das BAG (erst) nach rund dreißig Jahren ständiger Rechtsprechung von dieser Lehre abrückte.

Die dreigeteilte Arbeit wird hierzu zunächst eine überblicksartige Betrachtung der Entwicklung der Grundrechte und des Grundrechtsverständnisses vollziehen (A. I.). Der Leser soll hieraus ein gewisses Grundverständnis über die historische Aufgabe und Bedeutung der Grundrechte für die spätere Auseinandersetzung mit der Lehre *Nipperdeys* mitnehmen. Besonderes Augenmerk wird der erste Teil der Arbeit auf die Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung und die seinerzeitige Diskussion um deren Zielrichtung legen (A. II.). Dies insbesondere deshalb, weil die Weimarer Grundrechtsdogmatik maßgeblichen Einfluss auf die Ausgestaltung des Grundrechtskataloges des Bonner Grundgesetzes genommen hat. Wie nicht zuletzt auch das von *Nipperdey* 1930 herausgegebene mehrbändige Werk „Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung“ zeigt, war das Grundrechtsverständnis in Weimar traditionell geprägt, so dass die Grundrechte als gegen den Staat gerichtete Abwehr- bzw. Freiheitsrechte verstanden worden sind. Vor diesem Hintergrund ist es interessant zu sehen, ob die Grundlagen für die später von *Nipperdey* hinsichtlich der Grundrechte des Bonner Grundgesetzes entwickelte Lehre bereits in der Weimarer Zeit angelegt waren. Der einleitende erste Teil der Arbeit wird zur Vervollständigung des grundrecht-(s)geschichtlichen Hintergrundes auf das aktuelle Grundrechtsverständnis eingehen (A. III. und A. IV.). Wegen der den Gegenstand dieser Untersuchung bildenden Schnittstellenproblematik der Lehre *Nipperdeys*, von der unmittelbaren Wirkung der *Grundrechte* im *Arbeitsrecht*, schließt der erste Teil der Arbeit mit einem Abriss des Arbeitsrechts (A. V.). Darin werden kurz die Besonderheiten dieses Teilbereichs des Privatrechts und der über das Arbeitsrecht miteinander Verbundenen dargestellt.

Im zweiten Abschnitt wird sich die Arbeit der Entwicklung der Lehre *Nipperdeys* widmen (B.). Neben der Darstellung der zentralen, die Lehre begründenden Argumente soll insbesondere der Frage nachgegangen werden, auf welches gedankliche Fundament *Nipperdey* seine Grundrechtsdogmatik bzw. die Theorie von der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte (im Arbeitsrecht) gründete (B. II. 1. und B. II. 2.). Der Auseinandersetzung mit der Argumentation *Nipperdeys* (B. II. 3.) wird sich eine Betrachtung des diesbezüglich relevanten Schrifttums anschließen. Hierbei wird zunächst auf diejenigen Beiträge eingegangen, die sich der Lehre angeschlossen und zum Teil versucht haben, weitere Argumente zu ihrer Unterstützung herauszuarbeiten

(B. II. 4.). Anschließend werden die wesentlichen Arbeiten der Kritiker *Nipperdeys* im Fokus stehen (B. II. 5.). Den Abschluss des zweiten Abschnitts bildet eine Betrachtung der praktischen Auswirkungen der Diskussion um die Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr anhand von vier Grundrechtsbestimmungen (B. III.) sowie dem Tarifvertragsrecht (B. IV.).

Der dritte Abschnitt der Arbeit konzentriert sich auf die Entwicklung der durch die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht geprägten Rechtsprechung des BAG. Nachdem die Grundrechte heute im Wesentlichen so gelten wie sie vom BVerfG ausgelegt werden¹³ bzw. – weniger apodiktisch ausgedrückt – das Bewusstsein der Verfassungsinterpreten zumindest durch bestimmte Entscheidungen des BVerfG geprägt wird und sich die wichtigsten Entwicklungslinien der heutigen Grundrechtsdogmatik oft mit bestimmten Entscheidungen des BVerfG verbinden lassen¹⁴, soll der Blick zunächst auf die Rechtsprechung des BVerfG (C. II.) sowie des BGH (C. III.) gerichtet werden. Dem schließt sich eine einzelgrundrechtsbezogene Betrachtung der im Laufe von rund 30 Jahren ergangenen Entscheidungen des BAG zur Frage der Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr an (C. V.). Die zeitliche Einschränkung erfolgt deshalb, weil die Aufgabe der bis dahin vom BAG im Anschluss an *Nipperdey* vertretenen Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht, jedenfalls hinsichtlich des Individualarbeitsrechts, im Wesentlichen auf zwei Entscheidungen des Zweiten und des Großen Senats um die Jahreswende 1984/85 zurückzuführen ist (C. VI. 2. und C. VI. 3.). Diese zwei Entscheidungen vom 20. Dezember 1984¹⁵ und 27. Februar 1985¹⁶ stehen in dem der chronologischen Entscheidungsabfolge anschließenden Teil im Zentrum der Untersuchung. Hierbei wird zunächst auf das in der Zwischenzeit – seit den Jahren der aktiven Teilnahme *Nipperdeys* an der Diskussion – veröffentlichte Schrifttum einzugehen sein (C. VI. 1.). Im Rahmen der Auseinandersetzung mit den für die vorliegende Arbeit als Wendepunkte erkannten Entscheidungen werden die Stimmen der Literatur, die sich speziell mit den in der jeweiligen Entscheidung relevanten Grundrechten beschäftigt haben, zusammengetragen und deren möglicher Einfluss auf die Entscheidungen bewertet.

13 Vgl. *Manssen*, Die Entwicklung des Grundrechtsschutzes unter dem Grundgesetz, in *Grundrechte im Umbruch* (1997), S. 22; Vgl. auch *Smend*, Das Bundesverfassungsgericht (1963), S. 23f.

14 Vgl. *Manssen*, Die Entwicklung des Grundrechtsschutzes unter dem Grundgesetz, in *Grundrechte im Umbruch* (1997), S. 22.

15 BAGE 47, S. 363.

16 BAGE 48, S. 123.

Den Abschluss der Arbeit bildet eine Zusammenführung der im zweiten und dritten Abschnitt gewonnenen Erkenntnisse (D.). Es soll der Versuch unternommen werden, eine Erklärung dafür zu geben, dass das BAG trotz der spätestens seit Anfang der siebziger Jahre entgegenstehenden herrschenden Meinung in Schrifttum und übriger Rechtsprechung bis zur Mitte der achtziger Jahre an der Lehre *Nipperdeys* festgehalten und sich erst dann nachvollziehbar in der Begründung seiner Ergebnisse der herrschenden, maßgeblich von der Lehre der mittelbaren Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr geprägten, Meinung angeschlossen hat.

Die vorliegende Betrachtung der Rechtsprechung des BAG von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte konzentriert sich im Wesentlichen auf das Individualarbeitsrecht und endet mit den beiden oben genannten Entscheidungen des Zweiten und des Großen Senats vom 20. Dezember 1984¹⁷ und 27. Februar 1985.¹⁸ Letzteres liegt vor allem daran, dass das BAG bis heute zwar nach wie vor von der Geltung der Grundrechte im Arbeitsrecht ausgeht, dies aber nicht mehr mit der im Zentrum dieser Arbeit stehenden, auf *Nipperdey* zurückgehenden Lehre von der absoluten Wirkung der Grundrechte begründet.

Seit dem dogmatischen Wechsel zur Jahreswende 1984/1985 begründet das BAG die Grundrechtsgeltung im Individualarbeitsrecht im Anschluss an die herrschende Meinung, die sich in aller Regel mit der des BVerfG deckt. Demgemäß geht das BAG seit Anfang der 1990-er Jahre im Anschluss an die – vom BVerfG zunächst im Zusammenhang mit § 218 StGB entwickelte,¹⁹ von *Canaris*²⁰ in das Privatrecht übertragene und vom BVerfG in der Handelsvertreter-Entscheidung vom 07. Februar 1990²¹ sowie in der Bürgerschaftsentscheidung vom 19. Oktober 1993²² für das Privatrecht bestätigte²³ – Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten heute davon aus, dass immer dann, wenn die Vertragsfreiheit nicht funktioniert, weil Selbstbestimmung in

17 BAGE 47, S. 363.

18 BAGE 48, S. 123.

19 BVerfGE 39, S. 1, 42ff.

20 *Canaris*, AcP 184 (1984), S. 201; *ders.*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip, JuS 1989, S. 161; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, S. 21.

21 BVerfGE 81, S. 242, 256, 263.

22 BVerfGE 89, S. 214.

23 Vgl. auch *Neumer*, Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht, in *ders.* (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, S. 159, 170f.

Fremdbestimmung umschlägt, der Staat und ggf. die Gerichtsbarkeit zum Schutz der Selbstbestimmung eingreifen muss.²⁴

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass sich eine solche Einigkeit der Rechtsprechung im Tarifvertragsrecht nicht feststellen lässt. Während der Sechste Senat des BAG die Anwendbarkeit der Grundrechte im Hinblick auf Tarifverträge ganz allgemein anerkennt, geht ein Teil der Literatur – nicht zuletzt unter Hinweis auf das seit der Schuldrechtsreform in § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB statuierte Verbot der Tarifzensur – davon aus, dass Tarifverträge keiner Zensur unterliegen, sondern ihnen vielmehr eine Richtigkeitsgewähr zukommt.²⁵ Daneben differenzieren andere Autoren und unterstellen nur einen Kernbereich der Grundrechte staatlicher Schutzpflicht und beschränken Eingriffe in die Tarifhoheit im Übrigen auf den Schutz von Minderheiten.²⁶ Angesichts der hier vorherrschenden Meinungsvielfalt bleibt abzuwarten, ob und wann die verschiedenen Senate des BAG eine einheitliche Linie finden.

3. Terminologie

Vor dem inhaltlichen Einstieg in die Untersuchung soll an dieser Stelle noch ein kurzer Blick auf die unterschiedlichen Begrifflichkeiten, die im Zusammenhang mit der hier untersuchten Thematik in der juristischen Literatur verwendet werden, erfolgen. Der Titel der Arbeit enthält mit der Bezeichnung „absolute Wirkung der Grundrechte“ diejenige Formel, die *Nipperdey*²⁷ selbst verwendete, wenn er von der maßgeblich von ihm begründeten Lehre sprach.²⁸ *Nipperdey* verband mit dieser Aussage die Vorstellung, dass die Grundrechte die privatrechtlichen Beziehungen der Rechtssubjekte *unmittelbar* beeinflussen sollten. Die heute gebräuchliche Bezeichnung für diese Form der Behandlung des Problems bzw. die Lehre *Nipperdeys* ist die „unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte“. Der Begriff der Drittwirkung geht im Wesentlichen auf *Ipsen*²⁹ zurück. Ebenso verwendet werden im neueren Schrift-

-
- 24 Vgl. *Singer*, Die Grundrechte im deutschen Arbeitsrecht, in *Neuner* (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, S. 245, 249; BAG 10. Oktober 2002, RdA 2003, S. 240 m. Anm. Preis/Greiner; vgl. auch *Boemke/Gründel*, ZfA 2001, S. 245 mit weiteren Beispielen; ferner BAGE 88, S. 118, 123; BAGE 111, S. 8, 15.
- 25 Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), S. 201, 244; zu den einzelnen wiederstreitenden Ansichten vgl. insbesondere *Singer*, Die Grundrechte im deutschen Arbeitsrecht, in *Neuner* (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, S. 245; 256ff.
- 26 Vgl. *Singer*, ZfA 1995, S. 611, 629ff.; *Dieterich*, RdA 1995, S. 129, 131.
- 27 Vgl. *Enneccerus/Nipperdey*, AT, 15. Aufl., 1959, § 15, II. 4. c), S. 94f.
- 28 Vgl. *Nipperdey*, DVBl. 1958, S. 445, 446, *Nipperdey* sprach von seiner Lehre.
- 29 Vgl. *Ipsen*, Gleichheit, in *Neumann/Nipperdey/Scheuner*, Grundrechte, Bd. 2, S. 111, 143 m.w.N. in Fn. 109.

tum Begriffe wie „Horizontalwirkung“ der Grundrechte oder „Geltung“ der Grundrechte im Privatrecht bzw. im Privatrechtsverkehr.³⁰ Im Interesse eines einheitlichen Sprachgebrauchs wird im Folgenden im Hinblick auf die Lehre *Nipperdeys* von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte bzw. von der absoluten Wirkung der Grundrechte gesprochen.

30 Vgl. ausführlich *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, § 76 I. 2., S. 1511, 1515f.