

HELGE SODAN

Subsidiarität und Grenzen der Tarifautonomie*

I. Einführung

Der Bundespräsident versuchte in seiner Rede im Berliner Hotel Adlon¹ mit dem Titel „Aufbruch ins 21. Jahrhundert“ die Nation aufzurütteln: Die Bundesrepublik Deutschland stehe „vor den größten Herausforderungen seit 50 Jahren“; im Hinblick auf den Arbeitsmarkt fragte er, wann „Arbeitgeber und Gewerkschaften endlich die Kraft zu Abschlüssen“ fänden, „die Neueinstellungen möglich“ machten. Die Gewerkschaften forderte er auf, „betriebsnahe Tarifabschlüsse und flexiblere Arbeitsbeziehungen“ zu ermöglichen.

Mit diesem Appell des Bundespräsidenten stimmen die Analysen renommierter Ökonomen schon seit längerem überein. So wird regelmäßig auf den zweifelhaften Ruhm Deutschlands hingewiesen, Weltmeister in der Höhe der Bruttolöhne und der Kürze der Arbeitszeiten zu sein. Angesichts fehlender grundlegender Reformen im Sozialversicherungsrecht² ist eine deutliche Verringerung der Lohnzusatzkosten nicht in Sicht.³ Darin werden wesentliche Ursachen für den gesamtdeutschen Nachkriegsrekord der Arbeitslosigkeit gesehen.⁴ Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung⁵ sieht in seinem unter dem Titel „Standortwettbewerb“ veröffentlichten Gutachten 1995 neben der Steuer- und Abgabenlast in der Lohnpolitik und den Flächen-tarifverträgen die wesentlichen Ursachen der Standortkrise. *Horst Siebert*, Präsident des Instituts für Weltwirtschaft und Mitglied des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, vertritt die Auffassung, die Lohnfindung sei stärker zu dezentralisieren und müsse in die Betriebe verlagert werden; die das Tarifkartell absichernden Regelungen müßten in Frage gestellt werden.⁶ Dazu rechnet *Siebert* auch die

* Für wertvolle Anregungen und Unterstützung bin ich meinem Wissenschaftlichen Mitarbeiter *Olaf Gast* zu großem Dank verpflichtet.

¹ *R. Herzog* in seiner Grundsatzrede vom 26. 4. 1997, <http://www.bundespraesident.de/n/nph-b/reden/de/berlin.htm?reden/deutsch1997.map>.

² Kritisch zum Sozialversicherungsrecht etwa *H. Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, insbes. S. 215 ff., 305 ff.

³ Vgl. zur Entwicklung der Lohnzusatzkosten *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht Oktober 1997, S. 26 ff.

⁴ Die Zahl der im Februar 1998 registrierten Arbeitslosen betrug über 4,8 Millionen (vgl. Handelsblatt vom 5. 3. 1998, S. 3). Rechnet man die Altersrente wegen Arbeitslosigkeit dazu, sind ferner etwa 1,9 Millionen Menschen verdeckt arbeitslos (vgl. *H. Siebert*, Wenn wir die Arbeitslosigkeit wirklich halbieren wollen, Handelsblatt vom 19./20. 12. 1997, S. 47). Daraus ergibt sich als Summe die Zahl von 6,7 Millionen.

⁵ Jahresgutachten 1995/96, Nr. 378 ff.

⁶ *H. Siebert* (Fn. 4).

Vorschrift in § 77 Abs. 3 BetrVG: Danach können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein, sofern nicht ein Tarifvertrag den Abschluß ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zuläßt. Darin wird nach einer verbreiteten Auffassung⁷ eine „Normsetzungsprerogative“ gesehen, die jedoch das Schrifttum⁸ zunehmend in Frage stellt. Gegenwärtig besonders aktuell ist die Frage, ob und inwieweit die in Art. 9 Abs. 3 GG geschützte sog. Koalitionsfreiheit die Normsetzungsprerogative des § 77 Abs. 3 BetrVG gebietet und freiwillige Betriebsvereinbarungen von Verfassungen wegen verhindern darf. Zur Klärung dieses Problems bedarf es zunächst einer Untersuchung der Reichweite des in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Grundrechts.

II. Gewährleistung der kollektiven Koalitionsfreiheit

In fast wörtlicher Übereinstimmung mit Art. 159 Satz 1 WRV garantiert Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG für jedermann und für alle Berufe das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden.⁹ Diese Gewährleistung wird ergänzt und bestätigt durch die menschen- und europarechtlichen Garantien der Koalitionsfreiheit in Art. 11 EMRK, Teil II Art. 5 und 6 der Europäischen Sozialcharta sowie Art. 22 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte. Die betont freiheitsrechtliche Reichweite der Koalitionsfreiheit bestimmt sich gerade von ihrer historischen Entwicklung her.¹⁰ Dieses Grundrecht schützt zunächst die sog. *individuelle* Koalitionsfreiheit, d.h. die Freiheit des Einzelnen, eine Koalition zu bilden und in ihr tätig zu sein.¹¹ Schon während der Geltung der Weimarer Reichsverfassung¹² und auch noch im Rahmen der Erörterungen im Parlamentarischen Rat¹³ war die Frage umstritten, ob die Vereinigung als solche durch das Grundrecht der Koalitionsfreiheit geschützt sei. Für

⁷ Siehe *BVerfGE* 44, 322 (341); *F. J. Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, S. 46 ff.; *F. Farthmann/M. Coen*, Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., 1994, § 19 Rn. 97; *F. Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 289 f. Vgl. auch *K. H. Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, S. 154 ff.

⁸ *R. Scholz*, in: T. Maunz/G. Dürig, *Grundgesetz* (Stand: Juni 1998), Art. 9 Rn. 270 ff.; *D. Reuter*, Betriebsverfassung und Tarifvertrag, *RdA* 1994, 152 ff.; *H. Ehmman/T. B. Schmidt*, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge, *NZA* 1995, 193 ff.; *H. Ehmman/T. Lambrich*, Vorrang der Betriebs- vor der Tarifautonomie kraft des Subsidiaritätsprinzips?, *NZA* 1996, 346 ff.; *H. Ehmman*, Empfiehlt es sich, die Regelungsbefugnisse der Tarifparteien im Verhältnis zu den Betriebsparteien zu ordnen?, *ZRP* 1996, 314 ff.

⁹ Siehe dazu etwa die Kommentierung von *G. Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933, Art. 159 Nr. 1 f.; *F. J. Säcker/H. Oetker*, *Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie*, 1992, S. 59 ff.

¹⁰ Vgl. *BVerfGE* 50, 290 (367).

¹¹ Vgl. *BVerfGE* 19, 303 (312); 28, 295 (304); 38, 281 (303); 50, 290 (367); 51, 77 (87 f.); 55, 7 (21); 57, 220 (245); 64, 208 (213); *BAGE* 20, 175 (213 f.); *G. Schwerdtfeger*, Individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit, 1981, S. 6; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VI, 1989, § 151 Rn. 80.

¹² Selbst die Rechtsprechung des Reichsgerichts war uneinheitlich: siehe einerseits *RGZ* 111, 199 (202), und andererseits *RGZ* 113, 33 (36 f.).

¹³ Vgl. dazu *R. Scholz*, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 35 ff.

Art. 9 Abs. 3 GG entschied das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahre 1954¹⁴ und seitdem in ständiger Rechtsprechung¹⁵, daß die Vereinigung selbst in den Schutz dieser Verfassungsnorm einzubeziehen sei. Das Bundesverfassungsgericht formulierte im Jahre 1996: „Die individualrechtliche Gewährleistung setzt sich ... in einem Freiheitsrecht der Koalitionen selbst fort“.¹⁶ Mit dieser Anerkennung der sog. *kollektiven* Koalitionsfreiheit und damit eines „Gruppengrundrechts“¹⁷ besitzt Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG also den Charakter eines „Doppelgrundrechts“¹⁸.

III. Die durch den Koalitionszweck begrenzte Tarifautonomie

Die Koalitionsfreiheit schützt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts „die Koalition selber in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihrer Betätigung, soweit diese gerade in der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen besteht“¹⁹. Mit diesem Vorbehalt nimmt das Bundesverfassungsgericht die das Grundrecht prägende Formulierung in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG wörtlich auf. Denn diese Verfassungsnorm unterscheidet sich von der allgemeinen Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG und der daraus abzuleitenden prinzipiellen Zweckoffenheit der Vereinigungen gerade durch einen *spezifischen* Vereinigungszweck, welcher mit der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ umschrieben ist. Das Bundesverfassungsgericht führte aus, die Koalitionen legten „insbesondere die Löhne und Gehälter für die verschiedenen Wirtschaftszweige und Berufe sowie für räumlich begrenzte Bezirke und jeweils bestimmte Zeitspannen“ fest²⁰. Die Koalitionsfreiheit umfaßt wesentlich das Recht zum Abschluß von Tarifverträgen.²¹

Folglich soll das Grundrecht der kollektiven Koalitionsfreiheit die Befugnis der Koalitionen zur tarifvertraglichen Regelung umfassen, die seit einem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1964 in der verfassungsgerichtlichen Terminologie als „Tarifautonomie“²² bezeichnet wird. In dieser Entscheidung führte das Bundesverfassungsgericht aus, die „aus der Koalitionsfreiheit entspringende Tarifautonomie“ verfolge „den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck, in dem von der staatlichen Rechtsetzung frei gelassenen Raum das Arbeitsleben im einzelnen durch Tarifverträge sinnvoll zu ord-

¹⁴ BVerfGE 4, 96 (101 f.).

¹⁵ BVerfGE 17, 319 (333); 18, 18 (25 f.); 19, 303 (312, 319); 20, 312 (317 f.); 28, 295 (304); 38, 281 (303); 44, 322 (340 f.); 50, 290 (367); 84, 212 (224); 88, 103 (114); 94, 268 (282 f.).

¹⁶ BVerfGE 94, 268 (282).

¹⁷ F. J. Säcker (Fn. 7), S. 35; F. J. Säcker/H. Oetker (Fn. 9), S. 32.

¹⁸ K. H. Biedenkopf (Fn. 7), S. 88; A. Wiedemann, Die Bindung der Tarifnormen an die Grundrechte, insbesondere an Art. 12 GG, 1994, S. 50 ff.; eher kritisch R. Scholz (Fn. 8), Art. 9 Rn. 23, 170; prinzipiell ablehnend J. Isensee, Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1992, § 118 Rn. 65 f.

¹⁹ BVerfGE 84, 212 (224).

²⁰ BVerfGE 18, 18 (26).

²¹ BVerfGE 44, 322 (340 f.); 50, 290 (367); 84, 212 (224); 88, 103 (114); 92, 26 (38); 94, 268 (283).

²² BVerfGE 18, 18 (28). Ebenso BVerfGE 20, 312 (317); 58, 233 (248); 84, 212 (225); 88, 103 (114); 92, 365 (394 f.); 94, 268 (283, 285). Vgl. aus dem Schrifttum etwa G. Schnorr, Inhalt und Grenzen der Tarifautonomie, JR 1966, 327 ff.; K.-G. Loritz, Tarifautonomie und Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers, 1990, passim.

nen, insbesondere die Höhe der Arbeitsvergütung für die verschiedenen Berufstätigkeiten festzulegen, und so letztlich die Gemeinschaft sozial zu befrieden“²³.

1. Zum Fehlen einer Definition des Koalitionszwecks

Ist die Tarifautonomie Bestandteil der Koalitionsfreiheit, dann begrenzt das in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG genannte Erfordernis der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ auch die tarifvertragliche Regelungsmacht. Diesen Zusammenhang brachte das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluß aus dem Jahre 1977 wie folgt deutlich zum Ausdruck: „Der Staat hat, soweit es um die Regelung des Inhalts von Arbeitsverträgen geht, gemäß Art. 9 Abs. 3 GG seine Zuständigkeit von vornherein weit zurückgenommen und die Befugnis der Koalitionen, selbst Rechtsregeln zu setzen und wieder aufzuheben, anerkannt. Ihre verfassungsrechtliche Grenze findet diese Befugnis darin, daß es sich um Rechtsregeln zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen handeln muß“.²⁴ Der Koalitionszweck „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ stellt also eine grundrechtstatbestandliche und somit *verfassungsunmittelbare Schranke* für die tarifvertragliche Regelungsbefugnis dar. Dieser Befund verbietet, die Konkretisierung der Grenze „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ der Machtausübung großer Verbände zu überlassen. Das Grundgesetz räumt den Koalitionen nicht das Recht ein, Inhalt und Grenzen ihrer Kompetenzen selbst festzulegen. Nach Art. 19 Abs. 2 GG darf ein Grundrecht in keinem Falle in seinem Wesensgehalt angetastet werden. Infolgedessen ist es privaten Verbänden durch die Verfassung verwehrt, den grundrechtlich geschützten Umfang ihrer Betätigung selbst zu definieren.²⁵ Das gebietet schon die Gemeinwohl- und Staatserheblichkeit²⁶ der Tarifautonomie.

Eine Durchsicht wesentlicher Rechtsprechung und Literatur zur Bestimmung der Begriffe „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ führt zu einem eher enttäuschenden Ergebnis. Dies gilt insbesondere für die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, welche den Versuch einer Definition nicht gewagt und sich statt dessen auf Andeutungen beschränkt hat. Einige ausgewählte Zitate mögen dies verdeutlichen. So sprach das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahre 1954 davon, das Grundrecht der Koalitionsfreiheit betreffe „den Zusammenschluß zu einem bestimmten Gesetzeszweck, nämlich zu einer aktiven Wahrnehmung der Arbeitgeber- (Arbeitnehmer-) Interessen“; einer der Zwecke des Tarifvertragssystems sei „eine *sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens*, insbesondere der Lohngestaltung, unter Mitwirkung

²³ BVerfGE 18, 18 (28).

²⁴ BVerfGE 44, 322 (349).

²⁵ Vielmehr muß gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG alle Staatsgewalt vom *Volke* ausgehen, nach Satz 2 mittelbar von den staatlichen, gerade nicht privaten, Organen. Dies muß vor allem für die verfassungsgebende und verfassungskonkretisierende Gewalt gelten, die ihrer demokratischen Legitimation nach eben nicht Privaten und privaten Verbänden überantwortet werden darf. Siehe zum Erfordernis eines bestimmten *demokratischen Legitimationsniveaus* BVerfGE 83, 60 (72); 89, 155 (182).

²⁶ Vgl. zur Staatserheblichkeit der Verbände H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 380 ff., sowie S. 407 ff. zu derjenigen der Unternehmen.

der Sozialpartner“, so daß „die sich aus diesem Ordnungszweck ergebenden Grenzen der Tariffähigkeit auch im Rahmen der Koalitionsfreiheit wirksam werden“ müßten²⁷. Diese Grenzen werden jedoch vom Bundesverfassungsgericht nicht näher bestimmt.

Im Jahre 1970 führte das Bundesverfassungsgericht aus, die Koalitionen erfüllten mit der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen „eine öffentliche Aufgabe“²⁸. In einem Beschluß aus dem Jahre 1996 formulierte das Bundesverfassungsgericht, der den Koalitionen vom Staat überlassene Teil der Regelungen beziehe sich auf solche Materien, welche sie in eigener Verantwortung ordnen könnten; dazu gehörten „vor allem das Arbeitsentgelt und die anderen materiellen Arbeitsbedingungen wie etwa Arbeits- und Urlaubszeiten sowie nach Maßgabe von Herkommen und Üblichkeit weitere Bereiche des Arbeitsverhältnisses, außerdem darauf bezogene soziale Leistungen und Einrichtungen“²⁹. Das Gericht vermied jedoch auch in dieser Entscheidung eine nähere Bestimmung der Begriffe „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ und enthielt sich damit jeder inhaltlich näheren Bestimmung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit.

Einer genaueren Konkretisierung entzieht man sich zumeist auf der Grundlage einer verbreiteten These von den „zeitoffenen Begriffen“³⁰ in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG. Dieser Verfassungsinterpretation ist aber im folgenden entgegenzutreten. Auch und gerade Begriffe der Verfassung müssen – trotz notwendiger Allgemeinheit und daraus folgender Möglichkeit, bei der Subsumtion auf den gesellschaftlichen Wandel zu reagieren – hinreichend bestimmt sein. Dem Bestimmtheitsprinzip und dem Gebot wirksamen Grundrechtsschutzes widersprechen jedoch vermeintlich „offene“ Begriffe. Die These, der Koalitionszweck konkretisiere sich „weitgehend erst in der Verfassungswirklichkeit“ und sei „bewußt der Entwicklung gegenüber offengehalten“³¹, hebt die Normativität der Verfassung auf. Ein Sachverhalt muß unter das Recht subsumiert werden und nicht das Recht unter den Sachverhalt. „Ordnung ist nicht schon Recht.“³² Die Formel „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ ist somit zur Verwirklichung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit material hinreichend zu bestimmen. Auf diese Weise lassen sich konkrete Grenzen der grundrechtlich geschützten Tarifautonomie aufzeigen.

2. Der materiale Koalitionszweck der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“

a) Der Wortlaut in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG gibt mit seinen beiden „Und“-Verknüpfungen zu erkennen, daß die tarifvertragliche Regelung sich sowohl auf die

²⁷ BVerfGE 4, 96 (106 f.).

²⁸ BVerfGE 28, 295 (304).

²⁹ BVerfGE 94, 268 (283).

³⁰ So W. Löwer, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 1992, Art. 9 Rn. 61; H. Bauer, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 1996, Art. 9 Rn. 70; W. Höfling, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 1999, Art. 9 Rn. 55. Vgl. ferner R. Scholz (Fn. 8), Art. 9 Rn. 259; ders. (Fn. 11), § 151 Rn. 31 ff.; F. J. Säcker/H. Oetker (Fn. 9), S. 64 ff.

³¹ So R. Scholz (Fn. 8), Art. 9 Rn. 259.

³² K. A. Schachtschneider/O. Gast, Sozialistische Schulden nach der Revolution. Ein Beitrag zur Lehre von Recht und Unrecht, 1996, S. 98.

Arbeitsbedingungen als auch auf die Wirtschaftsbedingungen beziehen³³ und diese sowohl wahren als auch fördern muß. Die *Wahrung* allgemeiner wirtschaftlicher bzw. spezifisch arbeitsbezogener Bedingungen setzt zuerst die Wahrung ihrer Existenz voraus. Zugleich ist die Wahrung der allgemeinen *Wirtschaftsbedingungen*, also der Bedingungen dauerhaften Wirtschaftens, Voraussetzung der Wahrung der *Arbeitsbedingungen*. Andererseits zeigt die Globalisierung der Märkte, daß ein Wirtschaften in Deutschland auch nach der Verlagerung von Arbeitsplätzen in andere Staaten möglich ist. Die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG soll aber gerade die allgemeinen tariflichen Bedingungen des Arbeitens und Wirtschaftens *gleichermaßen* wahren und fördern, nicht also nur die Wirtschaftsbedingungen und je noch in Deutschland existierenden Arbeitsverhältnisse und -bedingungen in Zeiten globaler Arbeitsteilung. Die Tarifautonomie umfaßt also nur das Recht, allgemein die Wirtschafts-, spezifisch aber zugleich die Arbeitsbedingungen in Deutschland zu wahren und besonders in ihrer Existenz zu sichern, zudem noch zu fördern. Wenn also durch tarifvertragliche Lohnsteigerungen die Summe der Kosten und Zusatzkosten des Faktors³⁴ Arbeit langfristig und dauerhaft die *allgemeine* Produktivität der Arbeit im *Tarifgebiet* übersteigt, sind diese Wirtschafts- und Arbeitsverhältnisse im Tarifgebiet schon ihrer Existenz nach nicht mehr *dauerhaft* gewahrt, geschweige denn gefördert.

Zudem vermag nur eine dauerhafte, im nationalen und globalen Vergleich hinreichend hohe Rendite des Faktors Kapital, die nach Abzug der Kosten der Arbeit verbleibt, durch Investitionsfähigkeit, Kapitalmarktattraktivität und *Krisenfähigkeit* die Wirtschaftsbedingungen als solche dauerhaft zu wahren und zu fördern. Überhöhte Tarifabschlüsse oder ein relativ zu hohes Basislohniveau mit der Folge einer bloß kurz- oder mittelfristigen Wahrung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen können dem verfassungsrechtlichen Zweck der Tarifautonomie nicht entsprechen. Darauf wird im Rahmen einer Systematischen Auslegung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ zurückzukommen sein.

Im Sinne der Wahrung und Förderung dauerhafter Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen umfaßt die Tarifautonomie in ihrem Schutzbereich also von vornherein nur Tarifverträge, welche im gesamten Tarifgebiet Löhne so festsetzen, daß die Summe der Kosten der Arbeit hinreichend *unterhalb* der Produktivität der Arbeit liegt. Wenn das Basislohniveau im Verhältnis zum Produktivitätsniveau zu hoch ist, muß das Niveau der Lohn- und Lohnzusatzkosten dem Produktivitätsniveau wieder angepaßt werden. Daraus wird man folgern müssen, daß die grundrechtlich geschützte Tarifautonomie nur die Befugnis umfaßt, ein *Mindestlohn* festzusetzen, welches *allgemein* im Tarifgebiet die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen wahrt und fördert. Im globalen Wettbewerb soll nach Maßgabe der europarechtlich bestimmten Verfassung der

³³ R. Scholz (Fn. 8), Art. 9 Rn. 256; A. Söllner, Das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG, in: ders., Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1994, S. 200 ff.

³⁴ Vgl. zum Begriff des Produktionsfaktors der volkswirtschaftlichen Mikroökonomie M. Neumann, Theoretische Volkswirtschaftslehre II, Produktion, Nachfrage und Allokation, 1987, S. 55 ff. Vgl. zum Kostenbegriff S. Hummel/W. Männel, Kostenrechnung, Bd. 1, 4. Aufl., 1986, S. 63 ff., 73 ff.

sozialen Marktwirtschaft und des Wettbewerbs³⁵ das Gemeinwohl durch den effizienten Einsatz der Faktoren³⁶ gewahrt und gefördert werden. In diesem Zusammenhang ist die Forderung, die Zurückführung der Arbeitslosigkeit gebiete bei der Anhebung der Reallöhne einen Abschlag vom zu erwartenden Produktivitätsanstieg,³⁷ nicht nur von ökonomischer oder politischer, sondern durchaus auch – und nach Maßgabe der Verfassung gerade – von rechtlicher Relevanz. Das sog. „Beschäftigungswunder“ in den fünfziger Jahren wurde durch konsequente Lohnzurückhaltung ermöglicht. Der Anstieg der Reallöhne blieb von 1950 bis 1960 Jahr für Jahr hinter dem Produktivitätsfortschritt zurück. Gleichzeitig sank die Arbeitslosenquote in der Bundesrepublik von 10,4 auf 1,2 Prozent – und dies trotz der Integration neu hinzugekommener etwa 12 Millionen Flüchtlinge und Vertriebener in den Arbeitsmarkt.³⁸

b) Versucht man, den Begriff der „Arbeitsbedingungen“³⁹ nun genauer zu bestimmen, so ist zunächst festzustellen, daß die Arbeitsbedingungen die Arbeitsverhältnisse und damit Berufe betreffen. Der enge Zusammenhang der Koalitionsfreiheit mit der in Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit⁴⁰ wird nach dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG auch dadurch deutlich, daß das darin enthaltene Recht „für alle Berufe gewährleistet“ ist. Das Gericht sah die „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ nicht auf den Bereich der privaten Wirtschaft beschränkt, sondern bezog darin die „Dienstbedingungen im öffentlichen Dienst“ ein: Aufgabe der Koalitionen sei es nämlich auch, die „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ... der in der Dienststelle tätigen Beamten, Angestellten und Arbeiter zu wahren und zu fördern“.⁴¹ Daß die Interpretation der Koalitionsfreiheit betreffenden Verfassungsnorm auf die grundgesetzliche Regelung der Berufsfreiheit Rücksicht nehmen muß, ergibt sich ferner aus einer systematischen Auslegung⁴². Der Zusammenhang und die Interdependenz der einzelnen Elemente der Verfassung gebieten nämlich, nicht nur die einzelne Vorschrift, sondern stets auch den Gesamtzusammenhang zu untersuchen, in den die Norm zu stellen ist. Alle Verfassungsbestimmungen sind demnach so zu interpretieren, daß Widersprüche zu anderen Verfassungsnormen vermieden werden. Es gilt

³⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 1 und 2, 98 Satz 2 und 105 Abs. 1 Satz 2 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrages von Amsterdam (EGV). Siehe zur nichtneutralen Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes bei Fn. 50 ff.

³⁶ Art. 105 Abs. 1 Satz 2 EGV spricht vom effizienten Einsatz der Ressourcen, welche durch die offene Marktwirtschaft und den freien Wettbewerb gefördert würden.

³⁷ H. Siebert (Fn. 4).

³⁸ R. Vaubel, Beschäftigungswunder durch konsequente Lohnzurückhaltung, Handelsblatt vom 19. 11. 1997, S. 2. Vgl. zur Entwicklung der Arbeitsproduktivität und der Arbeitseinkommen in den neunziger Jahren *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht Oktober 1997, S. 19 ff.; Monatsbericht November 1997, S. 31 ff.; sowie Handelsblatt vom 2. 3. 1998, S. 8.

³⁹ Vgl. etwa A. Söllner (Fn. 33), S. 199 ff.

⁴⁰ F. J. Säcker/H. Oetker (Fn. 9), S. 252, sprechen von „einem unauflösbaren funktionellen Zusammenhang“. Vgl. ferner BAGE 64, 284 (295).

⁴¹ BVerfGE 19, 303 (312).

⁴² Siehe zur Bedeutung der systematischen Auslegung näher K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 19, 56 ff., 165 ff., 324 ff., 437 ff., 469 ff.; R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl., 1991, S. 19, 288 ff. Vgl. auch bereits Fr. C. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 212 ff.

somit das Prinzip der Einheit der Verfassung.⁴³ Die Grundrechte sind nicht nur Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sondern auch objektive Wertentscheidungen. Bereits im sog. Lüth-Urteil aus dem Jahre 1958 formulierte das Bundesverfassungsgericht: Das „Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will“, hat „in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet“, in der „eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt“⁴⁴. Eine objektive Wertentscheidung trifft die Verfassung ferner durch die Konstituierung der in Art. 12 Abs. 1 GG garantierten Berufsfreiheit.⁴⁵ Die berufliche Betätigung ist von erheblicher Bedeutung für die Persönlichkeit eines Menschen. Die Wertentscheidung zugunsten der Freiheit zur beruflichen Entfaltung verpflichtet die Tarifvertragsparteien. In diesem Zusammenhang ist ferner auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrages von Amsterdam (EGV) hinzuweisen, der in seinem Art. 2 die Aufgabe der Gemeinschaft festlegt, „durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie durch die Durchführung der in den Artikeln 3 und 4 genannten gemeinsamen Politiken und Maßnahmen“ u. a. „ein *hohes Beschäftigungsniveau* ... zu fördern“. Dieses primäre Gemeinschaftsrecht schafft verbindliches nationales Verfassungsrecht.⁴⁶ Zudem betont etwa die Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte vom 9. 12. 1989 das Ziel der Förderung und Schaffung neuer Arbeitsplätze.⁴⁷ Bund und Länder haben zudem nach Art. 109 Abs. 2 GG bei ihrer Haushaltswirtschaft den *Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts* Rechnung zu tragen. Das Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (Stabilitätsgesetz) zählt in seinem § 1 zu den Erfordernissen dieses gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts „einen hohen Beschäftigungsstand“ „im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung“⁴⁸. Ein weiteres Erfordernis des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts ist nach § 1 des Stabilitätsgesetzes die „Stabilität des Preisniveaus“. Der Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen dient vor allem die Stabilität des Preisniveaus des Faktors Arbeit.

Im übrigen sind die „Arbeitsbedingungen“ im Sinne von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG thematisch nicht auf die Gesamtheit der *arbeitsrechtlichen* Materien begrenzt. Anderenfalls hätte der Verfassungsgeber auch in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG den in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG für die konkurrierende Gesetzgebung benutzten Begriff „Arbeitsrecht“ verwenden müssen. Erfasst ist damit etwa auch die Betätigung der Koalitionen

⁴³ K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 71.

⁴⁴ BVerfGE 7, 198 (205). Siehe zu dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Votum E.-W. Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, S. 26 f.; vgl. ferner K. Hesse, Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, JZ 1995, 265 (266 f.).

⁴⁵ H. Sodan (Fn. 2), S. 58 f., 150 f., 247, 271.

⁴⁶ Vgl. M. Schweitzer/W. Hummer, Europarecht, 5. Aufl., 1996, Rn. 75 f.; R. Streinz, Europarecht, 3. Aufl., 1996, Rn. 185 ff. Siehe zu den verfassungsrechtlichen Grenzen allerdings BVerfGE 89, 155 (182 ff.).

⁴⁷ Vgl. R. Blaupain/E. Klein, Europäisches Arbeitsrecht, 1992, S. 58 ff.; F. Gamillscheg (Fn. 7), S. 59.

⁴⁸ Vgl. zu diesen Begriffen K. Stern/P. Münch/K.-H. Hansmeyer, Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft, 2. Aufl., 1972, S. 126 ff., 141 ff.

bezüglich des Sozialversicherungsrechts, soweit ein Zusammenhang mit der Arbeitsleistung gegeben ist.⁴⁹

c) Der Begriff der „*Wirtschaftsbedingungen*“ bezieht sich auch wesentlich auf die unternehmerische Tätigkeit. Eine systematische Auslegung von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG muß zunächst die den Unternehmen bzw. Unternehmern zustehenden Grundrechte der Berufsfreiheit und der Eigentumsgarantie – letztere gerade unter dem Gesichtspunkt der Privatnützigkeit des Eigentums⁵⁰ – in den Blick nehmen. Insbesondere die darin getroffenen objektiven Wertentscheidungen stehen einer Auslegung von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG entgegen, die in den Schutz dieses Grundrechts Tarifverträge einbezieht, welche die allgemeine Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen bzw. Unternehmer existenzgefährdend beeinträchtigt.

Die früher gängige These von der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes⁵¹ ist jedenfalls spätestens mit der fortschreitenden europäischen Integration nicht mehr aufrechtzuerhalten. Art. 23 GG n.F. schafft als sog. „Europa-Artikel“ für die Verbindlichkeit des Europäischen Gemeinschaftsrechts die notwendige Ermächtigungsgrundlage. Nach Art. 4 Abs. 1 EGV umfaßt die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft eine Wirtschaftspolitik, die „*dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb*“ verpflichtet ist. Dieser Grundsatz wird auch in anderen Bestimmungen des EGV (Art. 4 Abs. 2, Art. 98 Satz 2, Art. 105 Abs. 1 Satz 2) hervorgehoben. Der bereits genannte Art. 2 EGV legt im Rahmen der Ziele der Europäischen Union gemäß Art. 2 Abs. 1 des Vertrages über die Europäische Union in der Fassung des Vertrages von Amsterdam (EUV) die Aufgabe der Europäischen Gemeinschaft fest, „durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie durch die Durchführung der in den Artikeln 3 und 4 genannten gemeinsamen Politiken und Maßnahmen“ u.a. „ein beständiges, nichtinflationäres und umweltverträgliches *Wachstum* ... zu fördern“. Wie bereits ausgeführt wurde, haben Bund und Länder nach Art. 109 Abs. 2 GG bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen. Zu diesen Erfordernissen gehört nach § 1 des Stabilitätsgesetzes das Kriterium des „stetigen und angemessenen Wirtschaftswachstums“⁵². Der Staatsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der sog. DDR vom 18. 5. 1990 hat in den Art. 2, 3, 10 und 11 eine freiheitliche Wirtschaftsverfassung mit dem Bekenntnis zur sozialen Marktwirtschaft in Art. 1 Abs. 3 seit dem Beitritt für ganz Deutschland verbindlich gemacht.⁵³ Aus einer systematischen Interpretation der in Art. 9 Abs. 3

⁴⁹ F. J. Säcker/H. Oetker (Fn. 9), S. 53 f.

⁵⁰ Vgl. insbes. die wegweisenden Einheitswert-Beschlüsse in *BVerfGE* 93, 121 (135 ff.); 93, 165 (172 ff.); siehe dazu näher W. Leisner, Steuer- und Eigentumsfrage, *NJW* 1995, 2591 ff.

⁵¹ So etwa *BVerfGE* 4, 7 (17 f.); 7, 377 (400); 12, 341 (347); 14, 263 (275); 21, 73 (78); 25, 1 (19 f.); 30, 292 (317, 319); 50, 290 (336 ff.); H. Krüger, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, *DVBl.* 1951, 361 (363); U. Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, *VVDStRL* 11 (1954), 1 (19 f., 59); R. Scholz, Entflechtung und Verfassung, 1981, S. 86 f.; E. Stein, *Staatsrecht*, 15. Aufl., 1995, S. 375 f.

⁵² Vgl. zum Begriff K. Stern/P. Münch/K.-H. Hansmeyer (Fn. 48), S. 129 ff.

⁵³ Vgl. B. Schmidt-Bleibtreu, Der Staatsvertrag in seiner rechtlichen Gestaltung und Umsetzung, in: K. Stern/B. Schmidt-Bleibtreu, *Verträge und Rechtsakte zur Deutschen Einheit*, Bd. 1, 1990, S. 56 ff.; N. Horn, *Markt und Recht*, 1991, S. 6 f., 11 ff., 33 ff.; K. A. Schachtschneider/O. Gast (Fn. 32), S. 155 f.

Satz 1 GG genannten „Förderung der Wirtschaftsbedingungen“ ergibt sich jedenfalls, daß in den Schutz dieses Grundrechts nur eine Betätigung einbezogen werden kann, die – in den Worten der Art. 2 und 4 EGV – auf ein beständiges, nichtinflationäres Wirtschaftswachstum⁵⁴ sowie auf den Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb gerichtet ist.

d) Aus der mit Hilfe der systematischen Auslegung von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG für die Tarifautonomie gezogenen Grenzen wird die *Gemeinwohlgebundenheit* der Koalitionen⁵⁵ deutlich. Zur Begründung dieser Gemeinwohlgebundenheit bedarf es also nicht der tarifrechtlichen *Delegationslehre*⁵⁶. Diese wird etwa vom Bundesarbeitsgericht mit der These vertreten, die tarifliche Normensetzung sei „echte Rechtsetzung“ und somit „Gesetzgebung im materiellen Sinne“, zu der die Tarifvertragsparteien durch § 1 TVG ermächtigt seien; die Erteilung dieser Ermächtigung durch den Gesetzgeber bedeute inhaltlich, daß dieser den Tarifvertragsparteien eine Aufgabe übertragen habe, von deren Erledigung in eigener Zuständigkeit er Abstand genommen habe.⁵⁷ Die normative Wirkung der Tarifautonomie leitet sich zwar aus dem Tarifvertragsgesetz ab; dessen Wirkung besteht aber „eher in der einer Normqualifikation als in der einer Delegation“.⁵⁸ Auch die in konsequenter Anwendung der – problematischen – Delegationslehre zu bejahende Frage, ob sich die Bindung tarifvertraglicher Normen an die Grundrechte unmittelbar aus Art. 1 Abs. 3 GG ergibt, ist auf der Grundlage der hier vertretenen Auslegung von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG nicht entscheidend. Denn die Tarifautonomie ist durch den material näher zu bestimmenden Koalitionszweck der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ bereits verfassungsunmittelbar beschränkt. Deshalb dürfen die Vertragsparteien keine Normen vereinbaren, welche in die grundrechtlich geschützten Rechte Dritter eingreifen.

e) Überschreitet ein Tarifvertrag die verfassungsrechtlichen Grenzen, genießt er jedenfalls nicht den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG. Fraglich ist, ob die Mißachtung des in dieser Verfassungsbestimmung geregelten Koalitionszwecks auch zur Unwirksamkeit des Tarifvertrags führt.

Weil Art. 9 Abs. 3 GG eben nur einen bestimmten Koalitionszweck verfolgende Betätigungen von Koalitionen schützt, sind auch nur entsprechende Vertragsinhalte

⁵⁴ Damit sind im Rahmen der Koalitionszweckgarantie die Preise der Faktoren Arbeit und Kapital real hinreichend *konstant* zu halten, wobei die steigende Produktivität der Faktoren Arbeit und Kapital ein stetiges Wirtschaftswachstum sicherstellen soll. Auch von daher dürfen Produktivitätszuwächse nicht größtenteils für Lohnzuwächse umverteilt werden.

⁵⁵ Siehe dazu *H. Seiter*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 9 Abs. 3 GG, *AöR* 109 (1984), 88 (120); *M. Hensler*, Tarifautonomie und Gesetzgebung, *ZfA* 1998, 1 (26); ausführlich *F. Gamillscheg* (Fn. 7), S. 317 ff.

⁵⁶ Vgl. etwa *W. Zöllner/K.-G. Loritz*, *Arbeitsrecht*, 4. Aufl., 1992, S. 335 f.; *A. Stein*, *Tarifvertragsrecht*, 1997, Rn. 288 ff.

⁵⁷ *BAGE* 4, 240 (250 f.); vgl. auch bereits *BAGE* 1, 258 (262 f.). Siehe ferner etwa *BVerfGE* 4, 96 (108); *A. Hueck/H. C. Nipperdey*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bd. II, 1. Halbbd., 7. Aufl., 1967, S. 346 ff.; *K. Adomeit*, *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht*, 1969, S. 136 ff.

⁵⁸ *R. Scholz* (Fn. 11), § 151 Rn. 102. Kritisch zur Delegationslehre äußert sich auch *F. Kirchhof*, *Private Rechtsetzung*, 1987, S. 181 ff.

erfaßt. Nach allgemeiner Auffassung hat das Grundgesetz mit der Gewährleistung der Grundrechte eine objektive Wertordnung errichtet.⁵⁹ Tarifverträge, welche vom verbindlichen objektiven Wertgehalt des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG abweichen, verletzen die Verfassung. Der objektivrechtliche Gehalt von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG⁶⁰ wird konsequent dadurch geschützt, daß Satz 2 an Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG die Formulierung anschließt: „Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.“ Von daher erfährt die Koalitionsfreiheit im Sinne einer unmittelbaren Drittwirkung⁶¹ des Grundrechts „einen allseitigen und umfassenden Schutz (auch) im Arbeitsrechts- bzw. Privatrechtsverkehr.“⁶²

Tarifverträge, welche *dieses ausschließliche Recht* der Koalitionen, gemeinwohlgebunden die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern, *nicht wahrnehmen*, besitzen daher keinen rechtlichen Status und sind demnach nichtig. Das Bundesarbeitsgericht hat im Jahre 1985 generell festgestellt: „Tarifnormen, die gegen das Grundgesetz verstoßen, sind nichtig“⁶³. Die *Befugnis* der Koalitionen, Recht zu setzen, bemißt sich ausschließlich nach dem Rahmen der Zweckbestimmung des Art. 9 Abs. 3 GG. Ein Tarifvertrag *außerhalb* dieser Kompetenz, Recht zu setzen, *setzt kein Recht*. Der objektive verfassungsrechtliche Rahmen der Normsetzungskompetenz der Koalitionen führt zur Nichtigkeit der *Überschreitungen* des den Koalitionen gewährten vertraglichen Gestaltungsspielraums.

Auch und gerade die abwehrrechtliche Funktion der Koalitionsfreiheit führt zu diesem Ergebnis, zumal sie in engem Zusammenhang mit der objektiven Dimension dieses Grundrechts steht. Wenn Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG staatliche Verletzungen der Koalitionsfreiheit abwehren soll und gemäß Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG (staatliche) Abreden, welche dieses Recht einschränken, für nichtig erklärt, muß das erst recht für private und korporative Abreden gelten. Der Wesensgehalt der Koalitionsfreiheit verpflichtet neben den staatlichen Organen auch Private und die Koalitionen selbst.

IV. Subsidiarität der Tarifautonomie

Die aufgezeigten materialen Grenzen der Tarifautonomie stecken einen verbindlichen Rahmen ab, der den Vertragsparteien für die Gestaltung der Regelungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen einen erheblichen, aber eben begrenzten und insoweit justitiablen Spielraum beläßt. Die Frage, *wem* nun im einzelnen die Wahrnehmung dieser Beurteilungskompetenz zusteht, führt zu einigen Konkurrenzproblemen, deren Lösung eine verfassungsrechtlich bedingte Subsidiarität der Tarifautonomie begründen wird. Die Tarifautonomie ist in mehrfacher Hinsicht abzugrenzen:

⁵⁹ Vgl. oben bei Fn. 44.

⁶⁰ Vgl. dazu *BVerfGE* 92, 365 (394).

⁶¹ Zur Drittwirkung *F. Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989, S. 75 ff.; *ders.* (Fn. 7), S. 313 ff.

⁶² *H. Bauer* (Fn. 30), Art. 9 Rn. 82.

⁶³ *BAGE* 50, 137 (141). Siehe zur Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen zur Feststellung des Nichtbestehens eines Tarifvertrags § 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG.

Zunächst zur Befugnis des *staatlichen* Gesetzgebers zur Regelung von Fragen, die Gegenstand von Tarifverträgen sein können. Ferner stellt sich das Problem, ob und gegebenenfalls inwieweit ein Vorrang der Tarifautonomie im Verhältnis zur Betriebsautonomie besteht oder ob nicht umgekehrt der Betriebsautonomie gegenüber die Tarifautonomie subsidiär ist. Im Verhältnis zu *staatlichen* Regelungsbefugnissen kommt zunächst ein Vorrang der Tarifautonomie in Betracht.

1. Zum Subsidiaritätsprinzip

Das „Subsidiaritätsprinzip“ erfreut sich seit einigen Jahren wieder einer verstärkten Beachtung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum⁶⁴. Der Grund dafür ist darin sehen, daß Art. 5 Abs. 2 EGV – wie auch Art. 2 Abs. 2 EUV für die Union – ein „Subsidiaritätsprinzip“ im Europäischen Gemeinschaftsrecht regelt: Nach diesem Prinzip darf die Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig werden, „sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können“. Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG n.F. bestimmt: „Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist ...“⁶⁵

Die Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips reichen im übrigen über die insoweit regelmäßiger herangezogene katholische Soziallehre hinaus zurück. Schon *Wilhelm v. Humboldt* behandelte die Frage: „Wie weit darf sich die Sorgfalt des Staats um das Wohl seiner Bürger erstrecken?“⁶⁶ *Immanuel Kant* bezeichnete unter den Regierungen die „väterliche (regimen paternale) als die am meisten despotische unter allen (Bürger als Kinder zu behandeln)“⁶⁷; sie wäre „der größte denkbare Despotismus (Verfassung, die alle Freiheit der Untertanen, die alsdann gar keine Rechte haben, aufhebt)“⁶⁸. Eine bedeutsame Ausprägung erfuhr die Idee der Subsidiarität in der katholischen Soziallehre. Als „klassisch“ gilt folgende Formulierung in Nr. 79 der Enzyklika *Quadragesimo anno* des Papstes Pius XI.

⁶⁴ Vgl. vor allem *J. Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 520 ff.; *F. Knöpfle*, Zur Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für die verfassungsrechtliche Ordnung, in: Festschrift für A. Rauscher, hrsg. von N. Glatzel und E. Kleindienst, 1993, S. 151 ff.; *H. Lecheler*, Das Subsidiaritätsprinzip, 1993, passim; *D. Merten*, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: D. Merten (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, S. 77 ff.; *T. Württemberg*, Das Subsidiaritätsprinzip als Verfassungsprinzip, Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), 621 ff.; *P. Häberle*, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, AöR 119 (1994), 169 ff.; *T. Oppermann*, Subsidiarität als Bestandteil des Grundgesetzes, JuS 1996, 569 ff.; *H. Sodan* (Fn. 2), S. 307 ff.

⁶⁵ Hervorhebung vom Verf.

⁶⁶ *W. v. Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, in: Gesammelte Schriften, hrsg. von A. Leitzmann, Bd. I, 1903, S. 106 ff.

⁶⁷ *I. Kant*, Metaphysik der Sitten, 1797/98, in: Werke in zehn Bänden, hrsg. von W. Weischedel, Bd. 7, 1983, S. 435.

⁶⁸ *I. Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: Werke in zehn Bänden, hrsg. von W. Weischedel, Bd. 9, 1983, S. 146.

aus dem Jahre 1931⁶⁹: „Wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen; zugleich ist es überaus nachteilig und verwirrt die ganze Gesellschaftsordnung. Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; sie soll die Glieder des Sozialkörpers *unterstützen*, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen.“

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum sind Ausführungen von *Josef Isensee* grundlegend: Dieser leitet aus dem „Subsidiaritätsprinzip“ die Formel vom „Primat freier Individualität bei der Förderung des Gemeinwohls“ ab; die zur rechtstechnischen „Vollziehbarkeit“ erforderlichen „vermittelnden Konkretisierungen“ enthalte der Verfassungstext in den Grundrechten.⁷⁰ Aus dem Subsidiaritätsprinzip folgert *Isensee*, der Staat dürfe „eine Aufgabe nur dann ganz oder teilweise an sich ziehen, wenn er dem öffentlichen Interesse besser“ genüge als Private⁷¹. Ob ein solcher Subsidiaritätsmaßstab generell verfassungskräftig gilt, bedarf hier keiner Entscheidung.⁷² Denn in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG konstituiert der Staat *speziell* für die Koalitionsfreiheit selbst eine Subsidiarität seiner Regelungsbefugnisse, indem er den Koalitionen das Recht zugesteht, Regelungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu treffen, aber eben genau nur zu diesem bestimmten Zweck. Die Zurückhaltung, welche sich der Staat in diesem Bereich auferlegt, wird auch daraus deutlich, daß die Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG – unbeschadet verfassungsimmanenter Prinzipien – vorbehaltlos gewährleistet ist.

2. Staatliche Rechtsetzungsbefugnisse

Die Koalitionsfreiheit bedarf der Ausgestaltung durch den staatlichen Gesetzgeber. Dies gilt etwa nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, soweit das Verhältnis der Vertragsparteien zueinander berührt wird, die beide durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt sind.⁷³ Regelt der staatliche Gesetzgeber hier die „Beziehungen zwischen den Trägern widerstreitender Interessen“, so schafft er „Voraussetzungen für eine Wahrnehmung des Freiheitsrechts“.⁷⁴ Eine gesetzliche „Rahmenordnung“ ist erforderlich, um die in der Verfassung angelegte Gemeinwohlgebundenheit der Koalitionen auch im praktischen Leben zu verwirklichen und damit Vorkehrungen dagegen zu treffen, daß sich die Interessen mächtiger Verbände gegen das Gemeinwohl durchzusetzen vermögen. Bereits die Gesetzgebungszuständigkeit des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zeigt, daß

⁶⁹ Abgedruckt in deutscher Übersetzung in: *Bundesverband der Katholischen Arbeitnehmer-Bewegung Deutschlands* (Hrsg.), *Texte zur Katholischen Soziallehre*, 7. Aufl., 1989, S. 91 ff.

⁷⁰ *J. Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 313; vgl. auch *dens.*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: *J. Isensee/P. Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 1988, § 57 Rn. 165 ff.

⁷¹ In einem Diskussionsbeitrag im Rahmen der Aussprache zum Thema „Privatisierung von Verwaltungsaufgaben“, in: *VVDStRL* 54 (1995), S. 303 (305).

⁷² Vgl. zum Grundsatz des Vorrangs privater Lebensgestaltung *H. Sodan* (Fn. 2), S. 306 ff.

⁷³ Siehe *BVerfGE* 84, 212 (228); 94, 268 (284).

⁷⁴ *BVerfGE* 92, 26 (41).

Art. 9 Abs. 3 GG den Vertragsparteien kein Normsetzungs*monopol* verleiht.⁷⁵ Denn die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich u.a. auch auf „das Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung, des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvermittlung“. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt eine „gesetzliche Regelung in dem Bereich, der auch Tarifverträgen offensteht, ... jedenfalls dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber sich dabei auf Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte stützen kann ... und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrh“⁷⁶. In seiner älteren Rechtsprechung hatte das Bundesverfassungsgericht wiederholt die Auffassung vertreten, Art. 9 Abs. 3 GG schütze die Koalitionsfreiheit und damit auch die Betätigung der Koalitionen lediglich in einem *Kernbereich*; gewerkschaftliche Betätigung sei nur insoweit verfassungskräftig verbürgt, als diese für die Erhaltung und Sicherung der Koalition als unerlässlich betrachtet werden müsse.⁷⁷ In einem Beschluß aus dem Jahre 1995 stellte der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts jedoch klar, mit der sog. Kernbereichsformel umschreibe das Bundesverfassungsgericht die Grenze, die der Gesetzgeber bei seiner Ausgestaltung zu beachten habe; das Gericht habe damit den Schutzbereich aber nicht von vornherein auf den Bereich des Unerlässlichen beschränken wollen.⁷⁸

Keinen verfassungswidrigen Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG sah das Bundesverfassungsgericht etwa in dem Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen, durch welches den Koalitionen abweichende tarifvertragliche Regelungen unmöglich gemacht wurden. Der Gesetzgeber könne sich dabei nämlich auf die in Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistete Freiheit der Wissenschaft und Forschung stützen; diese Verfassungsnorm enthalte eine objektive Wertentscheidung, die den Staat dazu verpflichte, „die Pflege der freien Wissenschaft und ihre Vermittlung an die nachfolgende Generation durch Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln zu ermöglichen und zu fördern“.⁷⁹ In dieser Entscheidung wies das Gericht ferner im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung mit folgenden Worten auf einen sehr wichtigen Gesichtspunkt hin: „Der Grundrechtsschutz ist nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv. Die Wirkkraft des Grundrechts nimmt vielmehr in dem Maße zu, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann, weil sie nach der dem Art. 9 Abs. 3 GG zugrundeliegenden Vorstellung des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen können als der Staat. Das gilt vor allem für die Festsetzung der Löhne und der anderen materiellen Arbeitsbedingungen.“⁸⁰

⁷⁵ BVerfGE 94, 268 (284).

⁷⁶ BVerfGE 94, 268 (284).

⁷⁷ Vgl. z. B. BVerfGE 17, 319 (333 f.); 19, 303 (321 ff.); 28, 295 (304); 38, 281 (305); 38, 386 (393); 50, 290 (368); 57, 220 (245 f.). Siehe dazu aus dem Schrifttum etwa W. Zöllner, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 9 Abs. 3 GG, AöR 98 (1973), 71 (88 ff.); F. A. Meik, Der Kernbereich der Tarifautonomie, 1987.

⁷⁸ BVerfGE 93, 352 (359).

⁷⁹ BVerfGE 94, 268 (284 f.).

⁸⁰ BVerfGE 94, 268 (284 f.).

3. Tarifautonomie und Betriebsautonomie

Dieser Gedanke ist für die nunmehr zu untersuchende Frage nach dem Verhältnis der Tarifautonomie zur Betriebsautonomie von größter Bedeutung. § 77 Abs. 3 BetrVG bestimmt, daß Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können, sofern nicht ein Tarifvertrag den Abschluß ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zuläßt. Diese einfachgesetzlich begründete „Normsetzungsprärogative“, die nach der ganz überwiegenden Auffassung sogar den Vorrang von Flächen-Tarifverträgen gegenüber den für die Arbeitnehmer *günstigeren* Betriebsvereinbarungen begründen soll, muß sich an der Verfassung messen lassen.

a) In einem Beschluß aus dem Jahre 1996 sah das Bundesverfassungsgericht keinen Anlaß zur Klärung, wieweit in § 77 Abs. 3 BetrVG „die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie in jeder Richtung zutreffend umschrieben ist und wo ihr grundrechtlicher Schutz endet“⁸¹. Als grundrechtlicher Standort der Betriebsautonomie kommt ebenfalls Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG in Betracht. Zugunsten einer Einbeziehung der Betriebsautonomie in den Schutz dieser Verfassungsnorm lassen sich folgende Darlegungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem sog. Mitbestimmungs-Urteil von 1979 heranziehen: Art. 9 Abs. 3 GG enthält „keine Garantie des Bestandes des Tarifvertrags- und Arbeitskampsystems in seiner konkreten gegenwärtigen Gestalt. Art. 9 Abs. 3 GG läßt sich auch nicht dahin auslegen, daß er ein Tarifsysteem als *ausschließliche* Form der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewährleiste. Dies würde in Widerspruch zu dem Grundgedanken und der geschichtlichen Entwicklung der Koalitionsfreiheit treten, der für die Auslegung maßgebliche Bedeutung zukommt. ... Als Freiheitsrecht will Art. 9 Abs. 3 GG in dem von staatlicher Regelung freigelassenen Raum gewährleisten, daß die Beteiligten selbst eigenverantwortlich bestimmen können, wie sie die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen fördern wollen. Daß dies nur im Wege von Tarifverträgen möglich sein sollte, ist nicht zu erkennen, zumal eine solche Lösung auf eine Einschränkung der gewährleisteten Freiheit hinausliefe. Vielmehr kann die sinnvolle Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens, um die es Art. 9 Abs. 3 GG geht, auf verschiedenen Wegen angestrebt werden: nicht nur durch Gestaltungen, die, wie das Tarifvertragssystem, durch die Grundelemente der Gegensätzlichkeit der Interessen, des Konflikts und des Kampfes bestimmt sind, sondern auch durch solche, die Einigung und Zusammenwirken in den Vordergrund rücken, wengleich sie Konflikte und deren Austragung nicht ausschließen. Auch der zweite Weg“ – also derjenige über die Mitbestimmung – „vermag namentlich der Aufgabe der Befriedung gerecht zu werden.“⁸² Das Bundesverfassungsgericht bezog sich dabei zutreffend auf eine lange deutsche Rechtstradition: Bereits das Betriebsrätegesetz von 1920 räumte den Betriebsräten wesentliche Befugnisse ein und sah in seinem § 70 die

⁸¹ BVerfGE 94, 268 (283).

⁸² BVerfGE 50, 290 (371).

Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat vor. Zudem wies das Gericht auf Art. 159 und 165 WRV hin, die „verschiedene Formen der Ordnung des Arbeitslebens verfassungsrechtlich sanktioniert“ hätten.⁸³ Gewiß läßt sich auch eine Deutung der zitierten Passagen aus dem Mitbestimmungs-Urteil dahingehend nicht ausschließen, daß durch das Bundesverfassungsgericht die Tarifautonomie nur insoweit beschränkt wurde, als der Gesetzgeber Raum für Mitbestimmungsregelungen geschaffen hat, daß aber nicht eine grundrechtliche Garantie der Betriebsautonomie anerkannt werden sollte. Jedenfalls lesen sich die zitierten Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Unternehmensmitbestimmung „als weiterer Form der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ für sich genommen wie ein Plädoyer für eine Einbeziehung der Betriebsautonomie in den Grundrechtstatbestand von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG.

b) Diese Auslegung gerät freilich in offenen Gegensatz zu der gängigen und auch vom Bundesverfassungsgericht vertretenen Interpretation des Koalitionsbegriffs im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG; denn diese bezieht in die darin genannten „Vereinigungen“ nur solche ein, die „auf *überbetrieblicher* Grundlage organisiert“ sind⁸⁴, ohne dafür jedoch im Wortlaut der Verfassungsbestimmung oder in deren systematischer Stellung eine Stütze zu finden. Bis heute fehlt eine überzeugende Begründung dafür, daß Vereinigungen, die sich auf betrieblicher Ebene gebildet haben, aus dem Koalitionsbegriff und damit aus dem Grundrechtsschutz von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG hinausdefiniert werden. Der gängige Koalitionsbegriff dient insbesondere der verfassungsrechtlichen Privilegierung mächtiger Gewerkschaften. Der wesentliche Grund hierfür mag in einer Sichtweise liegen, welche das Bundesverfassungsgericht wie folgt formulierte: Die Tarifautonomie sei „darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluß von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen“⁸⁵. Das Bundesarbeitsgericht führt dazu sogar aus: „Die Gewährleistungen des Art. 9 Abs. 3 GG im Bereich der Tarifautonomie dienen ... ausschließlich der Herstellung der Verhandlungsparität“⁸⁶. Nach überwiegender Auffassung⁸⁷ soll die Herstellung hinreichender *Parität* der Tarifvertragsparteien zur Richtigkeit des Tarifvertrags führen. Eine *materielle* Richtigkeit bzw. die *materielle* Äquivalenz des Tarifvertrags würde so jedoch als rechtlicher Maßstab völlig entfallen. In diesem Falle würden die Tarifparteien ihr (Grund)Recht selbst definieren. Angesichts der hier dargelegten materialen Grenzen kann jedoch die bloße formelle Parität bzw. Äquivalenz der Parteien die Rechtlichkeit des Tarifvertrags nicht sicherstellen. Hinzu kommt, daß die These von der angeblich nur verbandsmächtig herzustellenden Parität der Tarifparteien auf der vom Grundgesetz nicht geteilten

⁸³ BVerfGE 50, 290 (372).

⁸⁴ So BVerfGE 4, 96 (106); 18, 18 (28); 50, 290 (368); 58, 233 (247). Hervorhebung vom Verf.

⁸⁵ BVerfGE 84, 212 (229).

⁸⁶ BAGE 71, 92 (98).

⁸⁷ Kritisch dazu D. Reuter, Empfiehlt es sich, die Regelungsbefugnisse der Tarifparteien im Verhältnis zu den Betriebsparteien neu zu ordnen?, in: Verhandlungen des 61. DJT, Bd. II/1, 1996, K 35 (K 45).

Ideologie des Klassenkampfes⁸⁸ beruht. „Anscheinend hat die Vorstellung vom Arbeitnehmer und Kapitalisten als uniformer Klassenwesen die Möglichkeit konkurrierender Gruppeninteressen innerhalb der jeweiligen organisierten Gemeinschaft von vornherein aus dem Blickfeld verbannt.“⁸⁹ Eine solche „historische“ Auslegung der Koalitionsfreiheit ist auch deshalb verfehlt, weil die vorrangig objektive Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG von der Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft ausgehen muß⁹⁰.

Daß das Modell zumindest annähernd gleichgewichtiger mächtiger Tarifvertragsparteien auch von der Lebenswirklichkeit überholt wurde, zeigt sich im Falle des Einsatzes von Streikmitteln bei sog. just-in-time-Verfahren und modernen Logistikketten: Hier vermag angesichts der sehr eng ineinander verzahnten Produktionsprozesse bereits ein Schwerpunktstreik zu großen Schäden für die Unternehmen zu führen.⁹¹ Die Arbeitgeberseite sieht sich inzwischen einer praktisch weit überlegenen Gewerkschaftsmacht gegenüber.⁹²

Im übrigen steht der Einbeziehung von Betriebsräten in den Koalitionsbegriff des Art. 9 Abs. 3 GG nicht etwa eine Qualifizierung der Betriebsräte als „Zwangsvereinigungen“ entgegen.⁹³ Zwar regelt § 1 BetrVG, daß in Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, Betriebsräte gewählt werden. Dennoch ist diese Bestimmung nur als ein Angebot des Gesetzgebers zu verstehen; eine Pflicht zur Errichtung eines Betriebsrats besteht nicht.⁹⁴ Dies ergibt sich etwa aus § 17 BetrVG, wonach die Errichtung eines Betriebsrats die Initiative von drei wahlberechtigten Arbeitnehmern oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft zur Einladung einer Betriebsversammlung mit dem Ziel der Wahl eines Wahlvorstands voraussetzt. Abgesehen davon darf den Mitgliedern des Betriebsrats nicht schon dann der Grundrechtsschutz aus Art. 9 Abs. 3 GG entzogen werden, wenn der Gesetzgeber nur die *Möglichkeit* einer Vereinigung normiert hat. Zudem können die auch von daher *freiwilligen* Mitglieder des Betriebsrats jederzeit nach § 24 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ihr Amt niederlegen. Nicht jede *gesetzlich geregelte* Körperschaft ist deshalb schon eine *Zwangsvereinigung*. Da *jede* Vereinigung gesetzlichen Bestimmungen unterworfen ist, welche die Freiwilligkeit und Eigenbestimmtheit der Vereinigung einschränken, könnte sonst nach dieser Logik jeder Vereinigung der Grundrechtsschutz entzogen werden. Die abwehrrechtliche wie auch die objektivrechtliche Funktion der Koalitionsfreiheit gebieten jedoch auch und gerade im Falle gesetzgeberischer Eingriffe einen effektiven Grundrechtsschutz.

c) Akzeptiert man den überkommenen Koalitionsbegriff nicht länger, so ist der Weg frei für eine Einbeziehung der Betriebsautonomie in den grundrechtlichen

⁸⁸ Vgl. H. Ehmman, ZRP 1996, 314 (320). Kritisch auch E. Picker, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, in: Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft, 1997, S. 113 (122 ff.).

⁸⁹ D. Reuter (Fn. 87), K 46.

⁹⁰ Siehe bereits bei Fn. 51.

⁹¹ Vgl. B. Rütters, Die Beschäftigung in der Falle des Richterrechts, Handelsblatt vom 6./7. 2. 1998, S. 44.

⁹² Anders noch F. J. Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972, S. 88 ff.

⁹³ Vgl. zum Merkmal der Freiwilligkeit von Koalitionen BAGE 20, 175 (204 f.), m. w. N.

⁹⁴ W. Gütter, Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1997, S. 161.

Schutz durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG. Wenn aber in dieser Norm sowohl Tarifverträge als auch Betriebsvereinbarungen eine verfassungsrechtliche Grundlage finden, stellt sich in aller Schärfe die Frage nach dem Vorrang, welche § 77 Abs. 3 BetrVG einfachgesetzlich prinzipiell zugunsten *tarifvertraglicher* Regelungen zu beantworten scheint.

Zur Lösung der Kollision ist der bereits genannte Grundsatz der Sachnähe in Verbindung mit dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 9 Abs. 3 GG von entscheidender Bedeutung. Das Bundesverfassungsgericht formulierte plastisch, das „Zurücktreten des Staates zugunsten der Tarifparteien“ gewinne seinen Sinn u.a. „aus dem Gesichtspunkt, daß die unmittelbar Betroffenen besser wissen und besser aushandeln“ könnten, „was ihren beiderseitigen Interessen und dem gemeinsamen Interesse“ entspreche, „als der demokratische Gesetzgeber“⁹⁵. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb dieser Gesichtspunkt der Sachnähe nur im Verhältnis der Tarifautonomie zu staatlicher Regelungsbefugnis gelten und keine Auswirkung auf das Verhältnis der Betriebsautonomie zur Tarifautonomie haben soll. Der Hinweis, die Betriebsvereinbarungen hätten wegen des Arbeitskampverbots des § 74 Abs. 2 BetrVG keine hinreichende Richtigkeitsgewähr⁹⁶, beruht auf der Vorstellung, nur mit Hilfe von tarifparteilichen Arbeitskämpfen oder der Drohung mit diesen könnten gerechte Arbeitsbedingungen erzielt werden, und damit auf der Ideologie des Klassenkampfes.

Für einen Vorrang von Betriebsvereinbarungen *vor* Tarifverträgen sprechen neben der Logik der Subsidiarität und der dezentralen Sachnähe die vorausgegangenen Überlegungen zur Auslegung der in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Formel „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“. Die danach für die Bemessung der Löhne maßgebliche Produktivität kann von Unternehmen zu Unternehmen sehr unterschiedlich sein. Eine branchendurchschnittliche Ermittlung führt notwendig zur übermäßigen Pauschalierung, welche Besonderheiten einzelner Unternehmen nicht mehr hinreichend berücksichtigt. Daher muß die Beurteilungskompetenz für Regelungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen vorbehaltlich allgemeiner Mindestbestimmungen zunächst bei den Sachnexten liegen. Diese sind im einzelnen nicht die Tarifvertragsparteien, die nur die allgemeinen Mindestlöhne und Mindestbedingungen für das Tarifgebiet im Sinne der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen festlegen, sondern der individuelle Arbeitgeber und der Betriebsrat. Diese können auf betrieblicher Ebene nach Maßgabe der jeweiligen Produktivität und Kosten der Arbeit durch günstigere Verträge den allgemeinen Rahmen ausfüllen. Wird auf günstigere Betriebsvereinbarungen verzichtet, sind die tarifvertraglichen Rahmenregelungen anzuwenden. In jedem Fall kommt den tarifvertraglichen ausfüllungsfähigen Rahmenbestimmungen rechtliche Verbindlichkeit zu⁹⁷, aber nur, soweit sie verfassungsgemäß sind.

⁹⁵ BVerfGE 34, 307 (317).

⁹⁶ Vgl. dazu W.-D. Walker, Möglichkeiten und Grenzen einer flexibleren Gestaltung von Arbeitsbedingungen, ZfA 1996, 353 (359 f.).

⁹⁷ D. Reuter (Fn. 89), K 56.

d) Zudem gebieten der verfassungsrechtliche Vorrang der Privatheit der Lebensgestaltung⁹⁸, das Subsidiaritätsprinzip wie auch der Grundsatz der Sachnähe, daß im Rahmen der tarifvertraglichen wie auch betriebsvertraglichen Regelungen günstigere Einzelarbeitsverträge geschlossen werden können. Dem hat der Gesetzgeber mit der Regelung in § 4 Abs. 3 TVG Rechnung getragen. Die genannten Rahmenbestimmungen gewährleisten die hinreichende formelle und materielle Äquivalenz dieser Arbeitsverträge. Zu weitgehende Rahmenregelungen, welche ganz unterschiedliche Arbeitsleistungen pauschal und standardisiert entgelten wollen, wahren und fördern auch im einzelnen die Arbeitsbedingungen nicht. Arbeitnehmer sind nicht gleich leistungsfähig.⁹⁹ Deshalb ist eine tarif- oder betriebsvertragliche Gleichbehandlung erheblich ungleicher Sachverhalte sachwidrig. Eine gewisse Typisierung und Standardisierung ist zwar sachlich und um des sozialen Friedens willen geboten. Eine zu starke Standardisierung verstößt jedoch gegen das Prinzip formeller und materieller Äquivalenz¹⁰⁰ der Arbeitsverträge, aber auch gegen die grundrechtliche Privatautonomie.

e) Der bisher die Macht der Tarifparteien absichernde § 77 Abs. 3 BetrVG, demzufolge Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können, *sofern* sie durch Tarifvertrag tatsächlich oder üblich geregelt werden, muß *verfassungskonform* interpretiert werden¹⁰¹: Seinen Grenzen nach darf der Tarifvertrag nur die gemeinwohlwahren und -fördernden Mindestbedingungen regeln. Insofern steht er günstigeren Betriebsvereinbarungen nicht entgegen. Diese regeln aber nicht *die* Arbeitsbedingungen, welche Gegenstand des Tarifvertrags waren, sondern die *darüber hinausgehenden*. Gegenstand des Tarifvertrags sind nämlich *nur* die Mindest- und Rahmenbedingungen, welche eben die im Tarifgebiet allgemeinen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen wahren und fördern. Regelt der Tarifvertrag aber *darüber hinaus* die betriebsspezifischen Arbeitsbedingungen, ist er, wie schon ausgeführt¹⁰², nichtig. Die Vorschrift in § 77 Abs. 3 BetrVG, daß Betriebsvereinbarungen nur kraft ihrer *ausdrücklichen Zulassung durch den Tarifvertrag* die Arbeitsbedingungen regeln dürfen, muß nach Maßgabe der Verfassung *jeden* Tarifvertrag zu solcher Regelung verpflichten – oder entfallen. § 4 Abs. 3 TVG regelt zwar entsprechend einen Ausschluß abweichender Abmachungen, welche dem Tarifvertrag widersprechen, aber er erlaubt für den Arbeitnehmer *günstigere* Regelungen¹⁰³. Diese Regelung entspricht damit bereits der hier ausgeführten verfassungsrechtlichen Auslegung.

⁹⁸ Siehe dazu näher H. Sodan (Fn. 2), S. 306 ff.; K. A. Schachtschneider/O. Gast (Fn. 32), S. 165.

⁹⁹ Vgl. F. L. Sell, Arbeitszeitverkürzung ist ein sicherer Weg zu höherer Arbeitslosigkeit, Handelsblatt vom 27. 2. 1998, S. 2.

¹⁰⁰ Vgl. dazu K. A. Schachtschneider/O. Gast (Fn. 32), S. 168 f.

¹⁰¹ Vgl. H. Ehmann, ZRP 1996, 314 (321).

¹⁰² Vgl. oben bei Fn. 63.

¹⁰³ Dazu F. J. Säcker (Fn. 92), S. 288; W. Blomeyer, Das kollektive Günstigkeitsprinzip, DB 1987, 634; ders., Das Günstigkeitsprinzip in der Betriebsverfassung, NZA 1996, 337 ff.; W. Zöllner/K.-G. Loritz (Fn. 56), S. 64, 357 ff., 481; K. Adomeit, Regelung von Arbeitsbedingungen und ökonomische Notwendigkeiten, 1996, S. 38 ff.; H. Ehmann, ZRP 1996, 314 (315 ff.).

V. Tarifautonomie ohne wirksame Grenzen: Quo usque tandem?

Nach der hier vertretenen verfassungsrechtlichen Konzeption kommt der Tarifautonomie gegenüber der Betriebsautonomie daher nur eine *subsidiäre* Funktion zu. Ganz in diesem Sinne sind in den letzten Jahren massenhaft Betriebsvereinbarungen abgeschlossen worden, deren Regelungen von Tarifverträgen abweichen. Angesichts dieser sich verstärkenden Entwicklung laufen einfacher Gesetzgeber, Rechtsprechung und der überwiegende Teil des Schrifttums Gefahr, von der Faktizität gelebter Sachnähe und wirtschaftlich vernünftiger Subsidiarität überrollt zu werden. Diese Entwicklung hat nach der von mir vertretenen Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG die Verfassung auf ihrer Seite. *Marcus Tullius Cicero* leitete seine erste Rede gegen Catilina im Senat von Rom mit dem berühmten Satz ein: „Quo usque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?“¹⁰⁴ („Wie lange willst du eigentlich unsere Geduld noch mißbrauchen, Catilina?“). Wie lange will sich eine verfassungsrechtlich verfehlt überhöht der Tarifautonomie notwendigen Korrekturen im Arbeitsrecht noch in den Weg stellen?

¹⁰⁴ *M. Tulli Ciceronis* in L. *Catilinam oratio prima habita in senatu*, in: Cicero, Staatsreden, Erster Teil, hrsg. von H. Kasten, 5. Aufl., 1980, S. 166. Siehe dazu *K. Adomeit*, Rechtstheorie, 4. Aufl., 1998, S. 128.