

## Zweck und Grenze der Normsetzungsprerogative der Koalitionen

### I. Einleitung

Wer im Verfassungsrecht von der Normsetzungsprerogative der Koalitionen spricht, denkt vor allem an die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG. Art. 9 III GG gewährleiste – so heißt es in dieser Entscheidung – eine Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens, bei der der Staat seine Zuständigkeit zur Rechtsetzung weit zurückgenommen habe. Auf der Grundlage der historisch gewachsenen Bedeutung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit habe der Gesetzgeber den Koalitionen das Mittel des Tarifvertrags an die Hand gegeben, damit sie die von Art. 9 III GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens verwirklichen könnten. Allerdings gelte die Normsetzungsprerogative der Koalitionen nicht schrankenlos. Es sei Sache des subsidiär für die Ordnung des Arbeitslebens weiterhin zuständigen staatlichen Gesetzgebers, die Betätigungsgarantie der Koalitionen in einer den besonderen Erfordernissen des jeweiligen Sachbereichs entsprechenden Weise – in den Grenzen des Kernbereichs der Koalitionsfreiheit – näher zu regeln.<sup>1</sup> Damit ist zweierlei impliziert. Erstens wird dem Tarifvertrag eine gesetzesgleiche Funktion zugewiesen. Er erschöpft sich nicht darin, Gesamtarbeitsvertrag zu sein, der zumindest auf Arbeitnehmerseite verbandsmäßig organisiert abgeschlossen wird, um fehlende Durchsetzungsfähigkeit des einzelnen Arbeitnehmers zu kompensieren. Vielmehr erhebt er den Anspruch, für den betroffenen Teil des Arbeitslebens eine gerechte Ordnung zu schaffen, die zugleich die Auswirkungen auf andere Lebensbereiche beachtet und verhältnismäßig abgleicht.<sup>2</sup> Zweitens wird der Tarifvertrag zum primären Mittel der Ordnung des Arbeitslebens erhoben. Die Regelungszuständigkeit des staatlichen Gesetzgebers beschränkt sich nach dem Grundsatz der Subsidiarität auf die Fälle, in denen „die Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, im Einzelfall nicht erfüllen können“.<sup>3</sup>

Im Arbeitsrecht hat sich der Normsetzungsprerogative der Koalitionen gegenüber dem staatlichen Gesetzgeber diejenige gegenüber den Betriebsparteien hinzugesellt. Insbesondere § 77 III BetrVG wird entnommen, daß die Regelungsspielräume der

---

<sup>1</sup> BVerfGE 44, 322, 341.

<sup>2</sup> Umfassend dazu *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, S. 284 ff. Ähnlich schon *Kissel* NZA 1986, 73, 74 f.

<sup>3</sup> BVerfGE 44, 322, 342.

Betriebsparteien auf Fragen begrenzt sind, für die die Koalitionen die Regelungskompetenz nicht in Anspruch nehmen.<sup>4</sup> Diese Normsetzungsprärogative ist im Ansatz eine konsequente Fortsetzung der Inanspruchnahme von Ordnungs- und Verteilungsfunktionen im Arbeitsleben. Denn eben die Errichtung einer gerechten Ordnung im Betrieb ist das traditionelle Ziel der Betriebsverfassung, so daß es zwangsläufig zum Kompetenzkonflikt zwischen Koalitionen und Betriebsparteien kommt. Dieser Konflikt wird allerdings – ganz im Gegensatz zu demjenigen zwischen gesetzlicher und tarifvertraglicher Normsetzung – nicht dem Subsidiaritätsgrundsatz entsprechend zugunsten der kleineren, sachnäheren Ebene gelöst.<sup>5</sup> Vielmehr dominiert die größere, sachfernere – ein Befund, der zu einem der Hauptansatzpunkte der ökonomischen Kritik an der derzeitigen Praxis des kollektiven Arbeitsrechts geworden ist.<sup>6</sup>

## II. Die Normsetzungsprärogative der Koalitionen im Verhältnis zum staatlichen Gesetzgeber

### 1. Die traditionelle Sicht

#### *a) Vom Schutzkartell zum korporativen Arbeitsnormenvertrag*

Betrachtet man zunächst die Normsetzungsprärogative der Koalitionen im Verhältnis zum staatlichen Gesetzgeber, so sticht als erstes die erhebliche Distanz zwischen ihr und den historischen Ursprüngen des Tarifvertrags ins Auge. Entstanden ist der Tarifvertrag nämlich als schlichter Kartellvertrag: Anbieter von Arbeit schlossen sich zusammen und vereinbarten mit dem Nachfrager oder einem Zusammenschluß von Nachfragern Musterarbeitsbedingungen, die den Einzelverträgen zugrunde zu legen waren.<sup>7</sup> Freilich waren schon in der Kartellvertragsnatur Tendenzen angelegt, die die Tauglichkeit des Tarifvertrags als – wie es in einer neueren Veröffentlichung heißt<sup>8</sup> – „Garant des freien Arbeitsvertrags“ in Zweifel zogen. Die charakteristischen Eigentümlichkeiten jeden Kartellwesens, nämlich der Kampf der Kartelle gegen ihre Aushöhlung durch Außenseiter und ihr Bemühen um die Beleihung mit staatsvertretenden Marktordnungsbefugnissen,<sup>9</sup> offenbarten sich im Bereich der Arbeitskartelle sogar noch deutlicher als im Bereich der Wirtschaftskartelle. Während man aber im Bereich der Wirtschaftskartelle – mit schwankender Konsequenz – der Gefahr des Umschlags „genossenschaftlicher Selbsthilfe“ des einzelnen in Bevormundung durch Kartellzwang entgegengetreten ist und auf der staatlichen Zuständigkeit für Art und Ausmaß von Marktordnungen beharrt hat,<sup>10</sup> ist im Bereich der Arbeitskartelle aus der

<sup>4</sup> Zuletzt *Gamillscheg* aaO (FN 2) S. 323 ff.

<sup>5</sup> Kritisch dazu *Ehmann/Lambrich* NZA 1996, 346 ff.

<sup>6</sup> Vgl. nur X. Hauptgutachten der Monopolkommission. Mehr Wettbewerb auf allen Märkten, 1994, RdNrn. 920, 936 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag I, 1907, S. 106, 107 ff.

<sup>8</sup> *Picker*, in: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, 1997, S. 879, 885 ff.

<sup>9</sup> Vgl. dazu *Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb, 1984, S. 5 ff., 10 f.

<sup>10</sup> Vgl. *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, RdNrn. 19 ff.

„liberalen Not“ eine „sozialistische Tugend“ geworden. Der Kartellvertrag ist zum korporativen Arbeitsnormenvertrag geworden, der – so für die Weimarer Zeit repräsentativ Sinzheimer – im Ringen von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden als Klassenorganen unmittelbar den Rechtswillen der Betroffenen zum Ausdruck bringt. Der Staat kann diese seiner Gesetzgebung an Menschen- und Sachnähe überlegene Rechtsbildung lediglich anerkennen, ihre Rahmenbedingungen gewährleisten und allenfalls noch die Gemeinverträglichkeit ihrer Auswirkungen auf andere Lebensbereiche sichern.<sup>11</sup>

### *b) Die ideologischen Grundlagen*

Die ideologischen Grundlagen dieser Rechtsentwicklung entsprachen dem Credo ihrer politisch einflußreichen Promotoren. Für Sinzheimer hatte im Arbeitsrecht nicht zu gelten, was der Arbeitnehmer will, sondern „was sein Zustand erfordert“. Denn das Arbeitsrecht habe von der Wirklichkeit des Arbeitnehmers als Klassenwesen auszugehen, die nicht durch Freiheit, sondern durch Abhängigkeit von der Klasse der Produktionsmitteleigentümer gekennzeichnet sei. Wirkliche Freiheit sollte der Arbeitnehmer nicht in der Vereinzelung, sondern erst im solidarischen Zusammenschluß mit seinen Schicksalsgenossen erreichen können.<sup>12</sup> Mehr noch: Der Außenseiter-Arbeitnehmer müsse sich – so monierte Sinzheimer – fragen lassen, aus welchen Gründen er sich der für ihn bestehenden Organisation nicht anschließe. Soweit er sich nämlich nicht auf ausnahmsweise gewichtige Gründe für das Fernbleiben berufen könne, setze er sich in Widerspruch zur „hohen sozialen Bedeutung des Organisationswesens unserer Zeit“. Es gebe „auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite und überhaupt auf allen Gebieten ... eine soziale Pflicht der einzelnen, ihren Berufsorganisationen beizutreten“. Die Entwicklung des modernen Arbeits- und Wirtschaftslebens sei „ohne diese organisatorischen Bindungen nicht denkbar“. Würden sie ausgeschaltet, so wäre „die Erschütterung des Wirtschafts- und Soziallebens für das Leben des Volkes tödlich“.<sup>13</sup> Sinzheimer nahm damit Bezug auf die in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts verbreitete Überzeugung, die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Prozesse dürften nicht den Marktkräften überlassen, sondern müßten von „erhöhter Warte“ gesteuert werden. Wirtschaft und Gesellschaft sollten zwar im Prinzip staatsfrei bleiben, jedoch nicht mehr – wie das liberaler Forderung entsprach – als Freiheitsraum der Individuen, sondern als Gegenstand autonomer Gestaltung durch die organisierten Kollektive, von deren Mit- und Gegeneinander man sich – wie es der seinerzeit einflußreichste deutsche Nationalökonom Gustav Schmoller formulierte – „mehr oder weniger ein System der Gerechtigkeit und Billigkeit“<sup>14</sup> versprach, so wie die klassische liberale Nationalökonomie vom freien Spiel der individuellen Kräfte die relativ beste Verwirklichung des Gemeinwohls erwartet hatte. Der maßgeblich von Sinzheimer beeinflußte Art. 165 I 1 WRV berief die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände folge-

<sup>11</sup> Sinzheimer, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie I, 1976, S. 150, 165 ff.

<sup>12</sup> Sinzheimer, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie II, 1976, S. 53, 60, 65.

<sup>13</sup> Sinzheimer, aaO (FN 11) S. 176, 178 f.

<sup>14</sup> In: Schriften des Vereins für Socialpolitik 116, 1906, S. 237, 267 f.

richtig ausdrücklich zur Mitwirkung an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte.

## 2. Die heutigen Verwerfungen

### a) Die Erschütterung der ideologischen Grundlagen

Es ist nicht verwunderlich, daß man in der heutigen arbeitsrechtlichen Diskussion kaum noch der These begegnet, Arbeitnehmer seien abhängige Klassenwesen mit einheitlichen Interessen und deshalb zur Wahrnehmung ihrer Interessen per se ausschließlich über den solidarischen Zusammenschluß in Gewerkschaften fähig.<sup>15</sup> Allzu offenkundig ist die Realitätsferne solcher Ideologie. Die Lebenssituation des einzelnen ist ganz überwiegend nicht durch die Zugehörigkeit zur Arbeitnehmerschaft, sondern durch die Kombination verschiedener sozialer Rollen bestimmt, die eine durchaus unterschiedliche Lebenssituation trotz gemeinsamer Zugehörigkeit zur Arbeitnehmerschaft ergeben. Ob jemand kinderreich oder kinderlos, verheiratet oder ledig ist, spielt für die Lebenssituation keine geringere Rolle als die berufliche Selbständigkeit oder Unselbständigkeit, ganz abgesehen davon, daß sowohl die Selbständigkeit als auch die Unselbständigkeit für höchst unterschiedliche Lebenssituationen sorgende Variationen aufweisen. Ähnlich stark entwickeln sich die Arbeitssituationen auseinander. Der klassische Arbeitnehmer, der seine Arbeitskraft – und damit sich selbst – zur Verfügung stellt,<sup>16</sup> weicht mehr und mehr dem *Mitarbeiter*, der nicht dirigiert werden kann, sondern motiviert werden muß, damit er sich kreativ an der möglichst effizienten Erfüllung der betrieblichen Arbeitsaufgaben beteiligt. Entsprechend entwickelt sich die einseitige Abhängigkeit der Arbeitnehmer zu einer dem selbsttätigen Interessenausgleich förderlichen wechselseitigen Abhängigkeit.<sup>17</sup> Wenn nach jüngeren Erhebungen trotz einer „Reservearmee“ von 4 Mio. Arbeitslosen die Unternehmen überwiegend übertarifliche Arbeitsentgelte bezahlen,<sup>18</sup> dann belegt das überdeutlich: Entgegen der traditionellen Sicht wird die Gefahr der *Ausbeutung* der Abhängigkeit von Arbeitnehmern zunehmend zum sozialen Randproblem. Statt dessen rückt die Gefahr der *Ausgrenzung* derjenigen Personen in den Vordergrund, die auf dem durch hohe Arbeitskosten forcierten Weg in eine „humane“ Arbeitswelt mit ständig steigenden Qualifikationsanforderungen nicht mithalten können.<sup>19</sup> Eben das macht aber die zweite ideologische Prämisse des korporativen Arbeitsnormenvertrags – die Überzeugung von der Tauglichkeit des Mit- und Gegeneinanders von Gewerkschaften und Arbeitgebern zur Sicherung eines „Systems der Gerechtigkeit und Billigkeit“ – noch fragwürdiger, als sie es ohnehin immer gewesen ist. Gegenteilige Erfahrung hat schon in der Vergangenheit in allen westlichen Industrienationen zu Versuchen der Einbindung

<sup>15</sup> Ausnahme *Däubler*, Arbeitsrecht 1, 14. Aufl. 1995, Rz. 26 ff.

<sup>16</sup> Vgl. dazu *Nikisch*, Arbeitsrecht I, 3. Aufl. 1961, S. 7.

<sup>17</sup> Ausführlicher *Reuter*, in: Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages II/1, K 37, 41 f.

<sup>18</sup> *Meyer/Swieter* WSI-Mitt. 1997, 119; *Kittner* NZA 1997, 969, 971.

<sup>19</sup> Diese Verlagerung der sozialen Frage in den westlichen Industrieländern thematisiert auch die päpstliche Sozialzyklika *Centesimus annus* (RdNr. 33). Vgl. dazu *Reuter* RdA 1995, 1, 5, 9.

der Koalitionen in die politische Verantwortung geführt, die von informellem „Überredungsdirigismus“<sup>20</sup> bis hin zu offiziellen Formen korporatistischer Teilhabe an der politischen Macht nach österreichischem Muster reichen.<sup>21</sup> Die Problemverlagerung von der Ausbeutungs- auf die Ausgrenzungsgefahr hat den Konflikt zwischen der Anerkennung einer Normsetzungsprerogative der Koalitionen und der Verantwortlichkeit des staatlichen Rechts für das Gemeinwohl zusätzlich verschärft. Denn die für die Tarifpolitik der Gewerkschaften maßgebende Mitgliedermehrheit hat mangels eigener aktueller Bedrohung durch Arbeitslosigkeit kein Interesse an Tarifabschlüssen, die, statt ihren Einkommens- und Freizeitwünschen entgegenzukommen, die Sicherheit bedrohter Arbeitsplätze erhöhen oder gar die Chancen Arbeitssuchender verbessern. Die evident kontraproduktive Fixierung großer Gewerkschaften auf eine Beschäftigungspolitik durch generelle Arbeitszeitverkürzung ist unter diesen Umständen nicht erstaunlich, sondern zwangsläufig Folge einer Überforderung des Tarifvertragssystems,<sup>22</sup> so wie es von der h.M. in der Weimarer Tradition verstanden wird.

#### *b) Der aufhaltsame Siegeszug des Günstigkeitsprinzips*

Die Erschütterung der ideologischen Grundlagen des traditionellen Tarifvertragsverständnisses hat Praxis und Theorie nicht unberührt gelassen. Zwar hat sie bisher die Normsetzungsprerogative der Koalitionen nicht in Frage gestellt. Wohl aber gewinnt sie dem sog. Günstigkeitsprinzip Seiten ab, die vor noch nicht allzu langer Zeit als absolut indiskutabel gegolten haben. Am weitesten geht Adomeit, der das Günstigkeitsurteil auf die individuelle Situation des einzelnen Arbeitnehmers abstellen will. Demgemäß soll ein Arbeitnehmer trotz grundsätzlicher Tarifgebundenheit wirksam untertarifliche Arbeitsbedingungen vereinbaren können, wenn er sich auf diese Weise seinen sonst bedrohten Arbeitsplatz erhält oder wenn er dadurch als bisher Arbeitsloser einen Arbeitsplatz bekommt.<sup>23</sup> Demgegenüber beharrt die h.L. zwar darauf, daß nicht die Situation des Arbeitnehmers, sondern der *Inhalt* des Arbeitsvertrags darauf zu untersuchen ist, ob er günstiger als der korrespondierende Inhalt des Tarifvertrags ist. Doch ist eine ganze Reihe früherer Schranken entfallen oder wenigstens in Zweifel geraten. Fast schon nicht mehr vertreten wird die bis in die 80er Jahre hinein h.M. vortarifliche vertragliche Einheitsregelungen nähmen wegen ihrer Ordnungsfunktion nicht am Schutz des Günstigkeitsprinzips teil, sondern würden nach dem lex posterior-Grundsatz durch eine spätere verschlechternde Ordnung abgelöst.<sup>24</sup> Auf dem Rückzug befindet sich auch die lange Zeit dominierende Ansicht, das Günstigkeitsprinzip sei kraft Natur der Sache lediglich auf positive Inhalts- und Beendigungsnormen anwendbar, während Abschlußnormen mit Verbotscharakter, Betriebsnormen und Normen über gemeinsame Einrichtungen wegen der sonst drohenden Neutralisie-

<sup>20</sup> v. Beyne, Gewerkschaften und Arbeitsbeziehungen in kapitalistischen Ländern, 1977, S. 258 ff.

<sup>21</sup> Gamillscheg aaO (FN 2) S. 526 f.

<sup>22</sup> AA Wiedemann RdA 1997, 297 f., der zwischen (gutem) Tarifvertragsrecht und (schlechter) Tarifvertragspraxis unterscheiden will.

<sup>23</sup> NJW 1984, 32.

<sup>24</sup> MünchArbR-Löwisch, III 1993, § 265 RdnNr. 13.

nung ihres Zwecks günstigkeitsresistent sein müßten.<sup>25</sup> Schließlich dringt für die Konkretisierung des Günstigkeitsurteils die Auffassung vor, nicht nur eindeutige objektive Verbesserungen, sondern auch ein Mehr an Wahlmöglichkeiten könne für den Arbeitnehmer günstiger sein. Das BAG hat mit dieser Begründung eine arbeitsvertraglich vereinbarte Altersgrenze von 65½ Jahren trotz einer tarifvertraglichen Altersgrenze von 65 Jahren aufrechterhalten. Während der Tarifvertrag auf ein Ausscheiden mit 65 Jahren festlege, habe der betroffene Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag die Wahl, ob er mit 65 kündige und Rente beziehe oder ob er noch ein halbes Jahr zu vollem Gehalt weiterarbeite.<sup>26</sup> Im Anschluß daran ist es h.M. geworden, daß das Günstigkeitsprinzip auch die Absprache deckt, gegen höheren Lohn eine Arbeitszeit über die tarifvertraglich vorgesehene Dauer hinaus zu vereinbaren,<sup>27</sup> während früher die Regel galt, daß nur kürzere Arbeitszeit als günstiger anerkannt werden darf.<sup>28</sup>

Freilich zeigt sich schon an diesen Beispielen, daß das Günstigkeitsprinzip im Kern ungeeignet ist, die Anerkennung einer Ordnungs- einschließlich Verteilungsfunktion der Koalitionen mit der zunehmenden Individualisierung der Interessen der Arbeitnehmer und ihrer abnehmenden Angewiesenheit auf Repräsentation durch Gewerkschaften zu versöhnen. Das BAG hat die Anwendung des Günstigkeitsprinzips auf die Kollision vertraglicher Einheitsregelungen mit Tarifverträgen lediglich um den Preis seiner Denaturierung geschafft. Anstatt den einzelnen Arbeitnehmer gegen Verschlechterung seiner Position zu schützen, verhindert es die Schmälerung der Töpfe, die unter die von der jeweiligen Einheitsregelung betroffene Betriebs- oder Unternehmensbelegschaft verteilt werden. Aus dem Schutz der Selbstbestimmung wird ein Schutz kollektiver Besitzstände.<sup>29</sup> Wendet man das Günstigkeitsprinzip dagegen – seiner Intention entsprechend – als individuelles Recht an, von der tarifvertraglichen Ordnung und Verteilung abweichende Sonderrechte zu vereinbaren, dann gibt man die Ordnungs- und Verteilungsfunktion der Tarifvertragsparteien im Prinzip auf. Denn jede derartige Abweichung verstößt gegen die tarifvertragliche Ordnung bzw. Verteilung. Günstigkeitsoffen können nur Mindestschutznormen sein. Eine umfassende Geltung des Günstigkeitsprinzips ist daher notwendig mit einer Beschränkung der Tarifvertragsparteien auf Mindestschutznormen verbunden. Es ist reine Spiegelfechterei, wenn man – wie das im Schrifttum geschieht – darüber streitet, ob die Beschränkung der Wochenarbeitszeit auf 35 Stunden noch dem Schutz der Arbeitnehmer vor Gesundheitsschäden dient, so daß die Vereinbarung einer längeren Arbeitszeit gegen höheres Entgelt auf einen unzulässigen Verkauf der Gesundheit hinausläuft, oder ob sie lediglich mehr Freizeit verschafft, die man sich bedenkenfrei abkaufen lassen kann.<sup>30</sup> In der Sache geht es darum, ob der Tarifvertrag als Instrument der Beschäftigungspolitik zur Verfügung steht oder nicht. Wer das bejaht und gleichwohl abwei-

<sup>25</sup> MünchArbR-Löwisch aaO (FN 24) § 265 RdNr. 17 ff. mit Nachweisen.

<sup>26</sup> BAG NZA 1990, 816.

<sup>27</sup> MünchArbR-Löwisch aaO (FN 24) § 265 RdNr. 53; Zöllner DB 1989, 2121; Buchner DB 1989, 2029; Bengelsdorf ZfA 1990, 563, 581; Richardi DB 1990, 1613, 1617; Heinze NZA 1991, 329, 336.

<sup>28</sup> Vgl. Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, RdNr. 217 ff.

<sup>29</sup> Richardi DB 1990, 1613, 1616; Löwisch BB 1991, 59, 61.

<sup>30</sup> Vgl. einerseits Zöllner DB 1989, 2121; andererseits Däubler DB 1989, 2534.

chende Abreden zuläßt, macht das Günstigkeitsprinzip unzulässigerweise zu einem Recht der Gewerkschaftsmitglieder auf Verletzung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht.<sup>31</sup> Demgegenüber besteht eines der Probleme der Anerkennung eines beschäftigungspolitischen – und darüber hinaus allgemein eines ordnungs- bzw. verteilungspolitischen – Mandats der Tarifvertragsparteien darin, daß man ihnen auf diese Weise die Zwangssolidarisierung von Personen erlaubt, die ihre Interessen und Vorstellungen in den zuständigen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden für nicht ausreichend repräsentiert halten und deshalb außerhalb bleiben. Nicht die Verhinderung des Umschlags vom Schutz der Mitglieder in ihre Bevormundung, sondern der Umschlag der Koalitionsfreiheit in Koalitionszwang, m.a.W. der Außenseiterschutz ist das Thema.<sup>32</sup>

### c) Die rechtliche Kontrolle der Tarifmacht

Eine ältere Reaktion auf die Erschütterung der ideologischen Grundlagen des Tarifvertragssystems als die Ausweitung des Günstigkeitsprinzips stellt der Versuch dar, das Defizit an natürlicher Richtigkeitsgewähr durch rechtliche Kontrolle auszugleichen. Säcker hat die entsprechenden Bemühungen auf die einprägsame Formel gebracht, die für normale Verträge geltende *Grenznorm* des Verbots der Gemeinwohlgefährdung (§ 138 BGB) werde für Tarifverträge wegen ihrer viel weiterreichenden sozialen Bedeutung zur Richtnorm des Gebots der Gemeinwohlverwirklichung.<sup>33</sup> Durchgesetzt haben sie sich nicht. Zwar wird die theoretische Bindung der Tarifvertragsparteien an das Gemeinwohl überwiegend bejaht. Doch resigniert man vor dem Problem ihrer inhaltlichen Konkretisierung. Insbesondere wird betont, die Gemeinwohlbindung dürfe nicht zur Tarifizensur führen.<sup>34</sup> Die Rechtsprechung beschränkt sich demgemäß nach dem Zeugnis des früheren BAG-Präsidenten Kissel auf die Intervention gegen die „Überschreitung des Erträglichen“,<sup>35</sup> so daß die Richtnorm praktisch doch wieder zur Grenznorm wird. Bedenkt man, daß die Tarifvertragsparteien quasi mit am Richtertisch sitzen, so kann es nicht verwundern, daß eine solche „Überschreitung des Erträglichen“ in der arbeitsgerichtlichen Praxis noch nicht festgestellt worden ist. Wenn der BGH daraus den Eindruck gewonnen hat, die Tarifautonomie sei eine Legitimation für „gruppenegoistische Bestrebungen“,<sup>36</sup> so beweist das zwar wenig Vertrautheit mit der arbeitsrechtlichen Diskussion, aber immerhin einen wachen Sinn für die Realität.

Als Ausgleich für die Zwangssolidarisierung der Außenseiter, die die Ordnungs- und Verteilungsfunktion der Tarifvertragsparteien mit sich bringt, gilt vielen ihre Bindung an die Grundrechte. So wie die demokratische Mehrheit durch die Grundrechte an einer Durchsetzung ihrer Interessen auf Kosten der Minderheit gehindert wird, sollen die Tarifvertragsparteien infolge der Bindung an die Grundrechte der in ihnen

---

<sup>31</sup> Insoweit richtig *Käppler* NZA 1991, 745, 750 ff.

<sup>32</sup> Ähnlich *Käppler* NZA 1991, 745, 746.

<sup>33</sup> Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, S. 52 f.

<sup>34</sup> Zusammenfassend *Gamillscheg* aaO (FN 2), S. 317 ff.

<sup>35</sup> NZA 1986, 73, 75.

<sup>36</sup> NJW 1978, 2031, 2032.

unterrepräsentierten Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgebergruppen die Verfolgung ihrer Interessen auf deren Kosten verwehrt sein.<sup>37</sup> Auch hier verspricht die Theorie mehr, als die Praxis zu halten vermag. Wann immer die Gefahr bestand, daß die Anwendung der vom BVerfG für die Grundrechtsbindung der staatlichen Gesetzgebung entwickelten Grundsätze zur Verfassungswidrigkeit tarifvertraglicher Regelungen hätte führen können, hat das BAG eigene Wege beschritten. Besonders aufschlußreich ist die Rechtsprechung zu den sog. qualitativen Besetzungsregelungen der Druckindustrie, die über einen längeren Zeitraum hinweg die Arbeit an den Druckmaschinen Setzern vorbehalten haben, obwohl die Anforderungen infolge des technologischen Wandels genauso oder gar besser von Personen ohne Setzerausbildung, namentlich von guten Schreibkräften, zu erfüllen waren.<sup>38</sup> Während das BVerfG im Apothekenurteil klipp und klar festgestellt hat, der Konkurrenzschutz zugunsten der bereits im Beruf Tätigen könne niemals Zulassungsbeschränkungen legitimieren,<sup>39</sup> ist das BAG aufgrund einer Interessenabwägung zu dem Ergebnis gelangt, der zeitlich begrenzte Vorrang der Setzer vor anderen geeigneten Arbeitsplatzbewerbern sei aus sozialen Gründen zu billigen.<sup>40</sup> Inzwischen hat die Theorie nachgezogen. Die Bindung der Tarifvertragsparteien an die Grundrechte soll sich von der entsprechenden Bindung des Gesetzgebers dadurch unterscheiden, daß an die Stelle der Rechtfertigung von Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Gemeinschaftsgüter diejenige durch die Belange der Tarifunterworfenen tritt.<sup>41</sup> Im Klartext heißt das, daß die tonangebenden Gruppen in den Tarifvertragsparteien im Gegensatz zu denjenigen in den staatlichen Parlamenten Eingriffe in die Grundrechte der unterrepräsentierten nicht durch Forderungen des Gemeinwohls rechtfertigen müssen, sondern – jedenfalls verhältnismäßig – durch Forderungen des eigenen Wohls rechtfertigen können. Hinzu kommt der immer präsente Vorbehalt gegen die unzulässige Tarifzensur, der sich verstärkt, wenn eindeutige Grenzmarken durch Generalklauseln ersetzt werden. Letztlich bleibt wenig mehr als das Verbot der „Überschreitung des Erträglichen“, das schon den (theoretischen) Interventionspunkt gegen tarifvertragliche Gemeinwohlgefährdung markiert.<sup>42</sup>

### 3. Notwendige Veränderungen

#### a) Die Rolle der negativen Koalitionsfreiheit

Die Ineffektivität des gegenwärtigen Kurierens an den Symptomen legt es nahe, sich auf die Wurzeln des Tarifvertragswesens – das Verständnis des Tarifvertrags als eines Gegenmachtkartells zum Ausgleich von Marktunterlegenheit – zurückzubedenken.

<sup>37</sup> Zusammenfassend *Däubler* aaO (FN 28) RdNr. 411 ff.

<sup>38</sup> Ausführlich *Reuter* ZfA 1978, 1, 37 ff.

<sup>39</sup> BVerfGE 7, 397, 408.

<sup>40</sup> BAGE 44, 141; im Ergebnis ebenso, aber mit anderer Begründung (Bestätigungsregelungen seien nur Berufsausübungsregelungen) BAGE 57, 268, 278. Befremdliche Verteidigung der Rechtsprechung bei *Gamillscheg* aaO (FN 2) S. 349 f.

<sup>41</sup> *Löwisch-Rieble*, TVG, 1990, § 1 RdNr. 163; ebenso *Däubler* aaO (FN 28) RdNr. 421; in der Sache auch *Gamillscheg* aaO (FN 2) S. 670.

<sup>42</sup> Folgerichtige Vermischung von Gemeinwohl- und Grundrechtsbindung bei *Kissel* NZA 1986, 73, 75.

Dazu gehört erstens, daß man den Stellenwert der negativen Koalitionsfreiheit anders bestimmt, als dies überwiegend immer noch geschieht. Wenn der Tarifvertrag trotz der Verschiedenartigkeit der Lebens- und Arbeitssituation der Arbeitnehmer (und Arbeitgeber) die Gewähr für eine angemessene Berücksichtigung aller betroffenen Interessen bieten soll, dann darf das Tarifvertragsrecht das Außenseitertum nicht mehr als unlautere Schmutzkonzurrenz und Lohndrückerei unterdrücken, sondern muß es schützen und stärken.<sup>43</sup> Denn nur wenn die unterrepräsentierten Gruppen unzureichende tarifvertragliche Rücksichtnahmen auf ihre Interessen durch spürbare Außenseiterkonzurrenz beantworten können, sind die dominanten Kräfte innerhalb der Tarifvertragsparteien zu einer fairen, möglichst allen betroffenen Interessen gerecht werdenden Regelungspraxis gezwungen. Das gilt gerade im Licht der bereits registrierten Verlagerung des sozialen Hauptproblems von der Ausbeutung auf die Ausgrenzung. Solange in erster Linie Ausbeutung durch Arbeitgeber drohte, mochte es Sinn machen, Solidarität statt Konkurrenz zu fordern und notfalls durch Kartellzwang zu erzwingen. Seitdem die Ausbeutung zum Randproblem geworden ist, enthüllt sich der Kartellzwang auch auf den Arbeitsmärkten als das, als was er für die Güter- und Dienstleistungsmärkte seit langem erkannt ist, nämlich als Mittel, gruppenegoistische Ziele auf Kosten anderer durchzusetzen.<sup>44</sup> Das mag nicht immer so evident und spektakulär geschehen wie im Fall der qualitativen Besetzungsregelungen im Manteltarifvertrag in der Druckindustrie. Doch sind die Folgen scheinbar normaler Regelungen nicht weniger bedenklich. Die derzeit über 4 Mio. Arbeitslosen sind nicht zuletzt Opfer einer Tarifvertragspraxis, die durch die ständige Verteuerung gering qualifizierter Arbeit das Tempo der Rationalisierung sozial unzutraglich beschleunigt, die Auslagerung von Arbeitsaufgaben ins billigere Ausland begünstigt und die Schaffung geeigneter Ersatzarbeitsplätze im Inland behindert hat.<sup>45</sup>

De lege lata von der traditionellen Förderung des Kartellzwangs auf den Schutz und die Stärkung der Außenseiterkonzurrenz umzuschalten, ist nicht einfach. Bislang wetteifern Arbeits- und Sozialrecht in dem Bemühen, die *Anreize* für Außenseiterkonzurrenz möglichst gering zu halten: Die Ablehnung untertariflich entlohnter Arbeit ist möglich, ohne daß der Anspruch auf Arbeitslosengeld dadurch gefährdet wird.<sup>46</sup> Tarifgebundene Arbeitgeber können vom untertariflichen Arbeitsangebot von Außenseitern keinen Gebrauch machen, weil diese sich nach ganz h.M. über Nacht in zu Tarifbedingungen zu beschäftigende Gewerkschaftsmitglieder verwandeln können, ohne daß sie deswegen kündbar werden. Nicht tarifgebundene Arbeitgeber sehen sich der Möglichkeit konfrontiert, gerade dann, wenn sie in der Konkurrenz mit den tarifgebundenen Erfolge haben, durch Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG in das Prokrustesbett tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen zurückgezwungen zu wer-

---

<sup>43</sup> AA *Gamillscheg* aaO (FN 2) S. 380 f., der das faktische Übergreifen des Tarifkartells auf die Außenseiter für eine Wohltat hält. Die Fixiertheit des Autors auf die kaum noch reale Ausbeutungsfahr wird selten so deutlich wie an dieser Stelle.

<sup>44</sup> Vgl. *Mestmäcker* aaO (FN 9) S. 10 ff.

<sup>45</sup> Vgl. Monopolkommission aaO (FN 6) RdNrn. 885 ff.

<sup>46</sup> Vgl. § 5 I Nr. 2 ZumutbarkeitsAO.

den. Unmittelbarer Kartellzwang gegenüber Außenseiterarbeitnehmern wird durch tarifvertragliche Betriebsnormen ermöglicht, die den Tarifvertragsparteien den Zugriff auf die Organisation des Zusammenwirkens und -lebens im Betrieb eröffnen. Das BAG hat in seiner neueren Rechtsprechung frühere Vorbehalte gegen eine Expansion der Betriebsnormen praktisch aufgegeben.<sup>47</sup> Nach Wiedemann stehen sie zur Verfügung, wenn die beabsichtigten Tarifregelungen „entweder nach ihrer Zwecksetzung den Unterschied zwischen organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern nicht berücksichtigen können oder nach ihrem Inhalt einen Interessenausgleich zwischen allen betroffenen Arbeitnehmern herbeiführen wollen“.<sup>48</sup> Wenn das geschriebene Wort gilt, dann hängt es demnach vom Belieben der Tarifvertragsparteien ab, ob sie sich mit der Schaffung von Schutznormen („Mindestbedingungen“) für tarifgebundene Arbeitnehmer begnügen oder Regelungswerke mit umfassendem Ordnungsanspruch oder Ausgleichszweck für tarifgebundene Betriebe errichten. Die Tarifvertragsparteien haben es m.a.W. jedenfalls im Hinblick auf tarifgebundene Betriebe in der Hand, ob und ggf. in welchem Umfang sie Außenseiterkonkurrenz zulassen.

Zur Rechtfertigung solcher Stärkung der Solidarität zu Lasten der Konkurrenz von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberaußenseitern beruft man sich gerne auf Art. 9 III GG und die dazu ergangene Rechtsprechung des BVerfG. Tatsächlich finden sich in den Entscheidungen des BVerfG zahlreiche Bekenntnisse zur Ordnungsfunktion der Tarifvertragsparteien oder doch der Koalitionen.<sup>49</sup> Immerhin hat das BVerfG in seiner aktuellen Leitentscheidung zu Art. 9 III GG, dem Mitbestimmungsurteil, klargestellt, daß der Umgang mit der Koalitionsbetätigung dadurch nicht auf die traditionellen, insbesondere dem Weimarer Kollektivismus verhafteten Vorstellungen festgelegt ist. Der Gegenstand der Gewährleistung des Art. 9 III GG sei – so heißt es – „auf sich wandelnde wirtschaftliche und soziale Bedingungen bezogen . . . , die mehr als bei anderen Freiheitsrechten die Möglichkeit zu Modifikationen und Fortentwicklungen lassen müssen“.<sup>50</sup> Die wichtigste Fortentwicklung hat das Mitbestimmungsurteil selbst vorgenommen, und zwar dadurch, daß es die bis dahin offene Gleichstellung von positiver und negativer Koalitionsfreiheit vollzogen hat.<sup>51</sup> Völlig zu Recht hat Gamillscheg dazu vom Standpunkt der traditionellen Auffassung her bemerkt, damit sei „die Axt an die Tarifautonomie gelegt worden“.<sup>52</sup> Denn diese Gleichstellung schließt es aus, anzunehmen, daß die negative Koalitionsfreiheit nicht das Recht umfaßt, von der tariflichen Normsetzung verschont zu bleiben.<sup>53</sup> Wenn – woran niemand zweifelt – die positive Koalitionsfreiheit die Freiheit *zum* Tarifvertrag einschließt, kann die Freiheit *vom* Tarifvertrag nicht aus dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit ausgeklammert

<sup>47</sup> BAG NZA 1996, 1214 = JuS 1997, 184 Nr. 14.

<sup>48</sup> RdA 1997, 297, 300.

<sup>49</sup> BAGE 4, 96; 58, 233.

<sup>50</sup> BVerfGE 50, 290, 368.

<sup>51</sup> BVerfGE 50, 290, 367; kritisch dazu *Gamillscheg* aaO (FN 2), S. 382 ff.

<sup>52</sup> RdA 1995, 79 (Diskussionsbericht).

<sup>53</sup> Die gegenteilige Ansicht von BVerfGE 44, 322, 355 kann entgegen *Gamillscheg* aaO (FN 2) S. 376 nicht mehr als aktueller Standpunkt des BVerfG gelten, liegt sie doch *vor* der erstmaligen Gleichstellung von positiver und negativer Koalitionsfreiheit in BVerfGE 50, 290, 367.

sein.<sup>54</sup> Eben das entspricht der Einsicht, daß die Außenseiterkonkurrenz die Tarifautonomie unter den heutigen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen nicht zerstört, sondern im Gegenteil zu ihrer Richtigkeitsgewähr beiträgt.

Von daher geraten praktisch alle oben benannten Hindernisse für funktionsfähige Außenseiterkonkurrenz in das verfassungsrechtliche Zwielficht: Wenn ein Arbeitsplatz nur bei untertariflicher Entlohnung rentabel ist, dann verliert der Inhaber mit seinem Beitritt zur Gewerkschaft die persönliche Eignung dafür und kann folgerichtig personenbedingt gekündigt werden. Art. 9 III 2 GG steht dem nicht entgegen, weil die Kündigung nicht den Gewerkschaftsbeitritt sanktioniert, sondern auf die Folgen für die Durchführbarkeit des Arbeitsverhältnisses reagiert.<sup>55</sup> Wenn die Außenseiterkonkurrenz die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht gefährdet, sondern sichert, kann ferner das für die Allgemeinverbindlicherklärung erforderliche öffentliche Interesse nicht mehr mit der Notwendigkeit der Bekämpfung von „Schmutzkonkurrenz“ und „Lohndrückerei“ begründet werden.<sup>56</sup> Schließlich kann es nicht richtig sein, daß die Tarifvertragsparteien mit Hilfe von Betriebsnormen ihre Ordnungs- und Gerechtigkeitsvorstellungen für das Zusammenwirken und -leben in den Betrieben verbindlich machen, so daß sich die Außenseiter dem trotz abweichender Interessen nolens volens fügen müssen. Der 1. Senat des BAG hat in einer neueren Entscheidung gemeint, durch Betriebsnormen werde neben dem Arbeitgeber nur die Belegschaft als Kollektiv, die nicht Gewerkschaftsmitglied werden könne, berechtigt und verpflichtet. Verfassungsrechtliche Bedenken (u.a. unter dem Gesichtspunkt der negativen Koalitionsfreiheit) seien daher „nicht ersichtlich“.<sup>57</sup> Demgegenüber hat der Vorsitzende des Senats einer solchen Betrachtungsweise schon vor 34 Jahren bescheinigt, die Sachproblematik zu verfehlen, weil es keinen Unterschied machen könne, ob die Tarifvertragsparteien die Rechtsstellung der Belegschaftsangehörigen unmittelbar gestalteten oder sich dazu des Umwegs über eine entsprechende Pflicht der Arbeitgeber bedienten.<sup>58</sup> So ist es in der Tat. Und deshalb kann es auch nicht zweifelhaft sein, daß die vom BAG angenommene weite Fähigkeit der Tarifvertragsparteien zur Schaffung von Betriebsnormen mit der negativen Koalitionsfreiheit unvereinbar ist.<sup>59</sup>

### b) Von der Ordnungs- zurück zur (reinen) Schutzfunktion der Tarifautonomie

Die Rückbesinnung auf das Verständnis des Tarifvertrags als eines Gegenmacht-kartells zum Ausgleich von Marktunterlegenheit bedeutet zweitens, daß man die Ordnungs- und Verteilungsfunktion des Tarifvertrags und damit seine funktionale Gleich-

<sup>54</sup> Im Ansatz ebenso *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1991, S. 141 FN 120; *Schwarze*, Der Betriebsrat im Dienst der Tarifvertragsparteien, 1991, S. 195.

<sup>55</sup> Vgl. auch BAG NZA 1990, 144, 146, wo das BAG entschieden hat, daß das Recht zur Arbeitsverweigerung wegen Gewissensnot einer personenbedingten Kündigung wegen dadurch verursachter Undurchführbarkeit des Arbeitsverhältnisses nicht entgegensteht.

<sup>56</sup> Übereinstimmend *Richardi*, in: Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages I, 1996, B 61 f.

<sup>57</sup> BAG DB 1998, 86.

<sup>58</sup> *Dieterich*, Die betrieblichen Normen nach dem Tarifvertragsgesetz vom 9. 4. 1949, 1964, S. 93; ebenso *Hueck-Nipperdey*, ArbR II/1, 7. Aufl. 1967, S. 482 FN 20 a; H. *Hanau* RdA 1996, 158, 163 ff.

<sup>59</sup> Ausführlicher *Reuter* aaO (FN 17) K 37, 50 ff.

stellung mit dem staatlichen Gesetz aufgibt. Es ist immer ein Mysterium gewesen, auf welche Art und Weise Repräsentanten von Gruppenegoismen infolge der „Verhandlung auf höherer Ebene“ veranlaßt werden sollen, auch Dritt- und Allgemeininteressen angemessenen Raum zu geben. Die einschlägigen Passagen bei den Vorkämpfern des Weimarer Kollektivismus lesen sich so, als komme ein kollektiver Volksgeist auf die Verhandlungsparteien herab.<sup>60</sup> Neuere Apologeten setzen – nüchterner – auf die disziplinierende Wirkung der öffentlichen Meinung und Kritik,<sup>61</sup> so als ob die öffentliche Meinung eine von den agierenden gesellschaftlichen Mächten abgehobene Instanz wäre, anstatt ihrerseits von den gesellschaftlichen Mächten gemacht oder doch manipuliert zu sein.<sup>62</sup> Gewiß gibt es im Vergleich der Tarifbereiche unterschiedlich intensive Ausprägungen von Gruppenegoismus. Aber selbst die gemeinwohlnächsten Tarifpolitiken sind nach Ergebnis und Selbstverständnis der Beteiligten nicht dem Wohl des Volkes, sondern dem der jeweiligen dominanten Mitglieder verpflichtet, mag man den Unterschied zwischen Gruppen- und Gemeinwohl in der öffentlichen Diskussion auch gerne herunterspielen.

Das BVerfG ist folgerichtig selbst in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, die sich dem traditionellen Verständnis des Tarifvertrags so weit geöffnet hat wie weder vorher noch nachher eine andere Entscheidung von einer *Inkongruenz* zwischen Normsetzungsanspruch und Normsetzungslegitimation der Tarifvertragsparteien ausgegangen. Der Übergriff der allgemeinverbindlichen Tarifverträge auf die Rechtsverhältnisse nicht tarifgebundener Personen wird zwar gebilligt, jedoch von einer verantwortlichen staatlichen Mitwirkung abhängig gemacht, die – wie es in der Entscheidung ausdrücklich heißt – insbesondere die Interessen der Außenseiter wahr.<sup>63</sup> Der Schluß drängt sich auf, daß im Bereich der nicht für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge ein funktionsfähiger Selbstschutz der Außenseiter gewährleistet sein muß. Denn es macht keinen Sinn, als Voraussetzung für die Allgemeinverbindlicherklärung die angemessene Rücksicht auf Außenseiterinteressen zu fordern, wenn die rechtlich garantierte Kartellmacht den Tarifvertragsparteien erlaubt, sich im übrigen ungehindert über Außenseiterinteressen, d.h. die Interessen verbandsseitig unterrepräsentierter Arbeitnehmer- und Arbeitgebergruppen hinwegzusetzen.

Wiedemann hat darauf hingewiesen, daß der moderne Tarifvertrag sogar im Bereich der Vergütungs- und der Arbeitszeitregelungen nicht nur Schutzzwecke, sondern gleichrangig Verteilungs- und Ordnungsaufgaben erfüllt. Es sei auch Ziel der Tarifverträge, eine dem Produktionswert, der Beschäftigungsleistung und der Person des einzelnen Arbeitnehmers gerecht werdende Lohn- und Gehaltsstruktur festzulegen.

<sup>60</sup> Vgl. z.B. *Sinzheimer* aaO (FN 12) S. 79, 82 f.; 85, 119 ff.

<sup>61</sup> *Kissel* NZA 1986, 73, 75. Schwer nachvollziehbar *Gamillscheg* aaO (FN 2), der S. 284 eine Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages behauptet, jedoch auf S. 286 einräumt, daß dies nicht gegenüber Dritten gelte! Die Richtigkeitsgewähr setzt die Gewähr für eine angemessene Berücksichtigung aller betroffenen Interessen voraus. Nur darum geht es bei der Kritik an der Tarifautonomie. Vgl. auch *Isensee*, in: Die Zukunft der sozialen Partnerschaft, 1986, S. 159, 178.

<sup>62</sup> Ausführlicher *Reuter* ZfA 1995, 1, 14.

<sup>63</sup> BVerfGE 44, 322, 347; scharfe Kritik bei *Gamillscheg* aaO (FN 2) S. 560 ff.

Der Tarifvertrag übernehme damit die Aufgabe einer sozial ausgerichteten Verteilungspolitik, die von Individualabreden auf dem Arbeitsmarkt nicht erbracht werden könne, denn erst der Kollektivvertrag lege die für Löhne und Gehälter und andere vermögenswerten Leistungen bestimmte Gesamtsumme und deren Verteilung unter den begünstigten Arbeitnehmern auf Zeit verbindlich fest. Demgemäß gelte für nicht organisierte Arbeitnehmer aufgrund vertraglicher Bezugnahme Klauseln praktisch die gleiche Rechtslage wie für die organisierten.<sup>64</sup> Das ist trefflich beobachtet. Freilich spiegelt sich darin nicht – wie Wiedemann meint – ein Idealzustand, sondern ein ökonomisch und juristisch höchst problematischer Befund. So richtig es ist, daß der Einbettung des Einzelarbeitsverhältnisses in eine Betriebsgemeinschaft Rechnung getragen werden muß, so wenig leuchtet es in betriebswirtschaftlicher und betriebspsychologischer Sicht ein, daß dies durch überbetriebliche Einheitslösungen zu geschehen hat, anstatt daß man maßgeschneiderte Arbeitsbedingungen auf Betriebsebene zuläßt.<sup>65</sup>

Rechtlich ist nicht darüber hinwegzukommen, daß eine auf die Koalitionsfreiheit gegründete Normsetzungskompetenz der Tarifvertragsparteien nicht mehr als die Schaffung von Schutznormen („Mindestarbeitsbedingungen“) für ihre Mitglieder deckt. Die Tarifvertragsparteien überschreiten die Grenzen ihrer Legitimation und verletzen die negative Koalitionsfreiheit, wenn sie Regelungen treffen, die einen Kartellzwang für Nichtmitglieder mit sich bringen. Davon machen auch Regelungen keine Ausnahme, bei denen eine Unterscheidung zwischen organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern „sachlogisch evident unzweckmäßig“ ist.<sup>66</sup> Die Unzweckmäßigkeit der Unterscheidung bedeutet nicht, daß die Tarifvertragsparteien für zweckmäßige Einheitlichkeit sorgen müssen. Will die Gewerkschaft z.B. ihre Mitglieder vor den gesundheitlichen Gefahren des Passivrauchens schützen, so kann sie tarifvertragliche Arbeitsverweigerungsrechte vereinbaren. Soweit der Großteil einer konkreten Belegschaft sich aus Mitgliedern der Gewerkschaft zusammensetzt, mag das auf Betriebsebene zu der Einsicht führen, daß ein allgemeines Rauchverbot die zweckmäßigste Lösung ist. Aber es besteht kein Anlaß zuzulassen, daß eine nur durch eine Minderheit der Belegschaft repräsentierte Gewerkschaft mittels tarifvertraglicher Betriebsnormen Arbeitsbedingungen durchsetzt, die die Mehrheit ablehnt.<sup>67</sup>

Raum für eine tarifvertragliche Ordnungs- und Verteilungsfunktion bleibt dort, wo die Tarifvertragsparteien ihre Regelungskompetenz nicht aus der Koalitionsfreiheit, sondern aus konkreten gesetzlichen Regelungsaufträgen ableiten. Denn insoweit kommt es auf die Regelungszuständigkeit des Gesetzgebers an, die von den Legitimationsdefiziten der Tarifautonomie und ihrer Begrenzung durch die negative Koalitionsfreiheit nicht berührt wird.<sup>68</sup> In diesem Rahmen – aber auch *nur* in diesem Rahmen – sind tarifliche Ordnungs- und Verteilungsnormen mit Wirkung für Außensei-

---

<sup>64</sup> RdA 1997, 297, 298 f.

<sup>65</sup> Vgl. Monopolkommission aaO (FN 6) RdNr. 937.

<sup>66</sup> BAG NZA 1990, 850, 853.

<sup>67</sup> Ausführlicher *Reuter* DZWIR 1995, 353, 355 f.

<sup>68</sup> Ausführlicher *Reuter* DZWIR 1995, 353, 360 f.; im Ansatz ebenso H. *Hanau* RdA 1996, 159, 172 ff.

ter, wie namentlich die Betriebsnormen und die Betriebsverfassungsnormen verfassungsrechtlich hinnehmbar.<sup>69</sup>

### III. Die Normsetzungsprärogative im Verhältnis zu den Betriebspartnern

#### 1. Der Zusammenhang zwischen den beiden Seiten der Normsetzungsprärogative

Eine wesentliche Erklärung für den gegenteiligen Standpunkt der h.M. besteht darin, daß sie ohne die Ordnungs- und Verteilungsfunktion des Tarifvertrags eine arbeitsrechtliche Regelungslücke befürchtet. Schon Sinzheimer hat die Fortbildung des Tarifvertrags vom Kartellvertrag zum korporativen Arbeitsnormenvertrag entscheidend damit begründet, daß der Tarifvertrag nicht nur das Individualverhältnis zwischen Arbeitgeber und einzelnen Arbeitnehmern, sondern auch die Sozialverhältnisse zwischen den Arbeitgebern und den Belegschaften als Kollektiven regeln müsse, d.h. die Rechtsbeziehungen, die den einzelnen Arbeitnehmer nicht als Vertragspartner des Arbeitgebers, sondern als Mitglied der Betriebsgemeinschaft beträfen.<sup>70</sup> Diese *betriebliche* Ordnungs- und Verteilungsfunktion der Regelung zwischen Arbeitgeber und Belegschaftsrepräsentanten anzuvertrauen, haben weder er noch seine wissenschaftlichen Mitstreiter ernsthaft erwogen. Tendenzen in der Rechtsprechung des RAG zur Stärkung der Betriebsebene bekämpfte z.B. der Sinzheimer-Schüler Fraenkel als „Verkennung des Betriebes als eines Zwangsverbandes der durch die Kommandogewalt des Arbeitgebers zusammengehaltenen Arbeitnehmer“, der den Schwerpunkt der kollektivistischen Entwicklung bedenklich verschiebe „von den freiwillig gebildeten genossenschaftlichen Organisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer zu dem Herrschaftsverband Betrieb“, der solange ein Herrschaftsverband sein werde, wie die Personalunion zwischen Arbeitgeber und Kapitaleigentümer bestehen bleibe.<sup>71</sup> Die Prämissen haben zwar inzwischen gewechselt. Ganz überwiegend sieht man die Grundlage der betrieblichen Organisationsmacht nicht mehr – wie Sinzheimer und seine Schüler – im Eigentum an den Produktionsmitteln,<sup>72</sup> sondern in den Arbeitsverträgen, so daß die Organisation des Zusammenwirkens und -lebens im Betrieb *mittels vertraglicher Einheitsregelungen* nicht mehr als Zwangsordnung gilt. Soweit diese Organisation sich dagegen über Betriebsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat vollzieht, hat sich die Vorstellung einer Zwangsordnung jedoch bis heute erhalten.<sup>73</sup> Wer es seltsam findet, daß faktisch vom Arbeitgeber einseitig erlassene Ordnungen als durch die Selbstbestimmung der Arbeitnehmer gedeckt, unter Mitwirkung des Betriebsrats zustande gekommene dagegen als zwangsweise oktroyiert angesehen

<sup>69</sup> Bedenklich großzügige Annahme entsprechender gesetzlicher Ermächtigungen bei H. Hanau RdA 1996, 159, 172 ff.

<sup>70</sup> Sinzheimer aaO (FN 7) S. 2 ff.

<sup>71</sup> In: Arbeitsrecht und Politik, 1966, S. 97, 103.

<sup>72</sup> Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 25 ff.; Fraenkel aaO (FN 71).

<sup>73</sup> Repräsentativ Richardi aaO (FN 56) B 32.

werden, wird geradezu pathetisch der Nähe zu unfreiheitlichen Denkrichtungen verächtigt.<sup>74</sup>

Demgegenüber ist einmal festzustellen, daß an der Organisation des Zusammenwirkens und -lebens im Betrieb – und damit an einer betrieblichen Ordnungs- und Verteilungsaufgabe – kein Weg vorbeiführt. Eben diese Aufgabe entzieht sich jedoch der Bewältigung im Wege der Individualautonomie, also der Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und einzelnen Arbeitnehmern. Insoweit ist an den Einsichten Sinzheimers nicht zu rütteln.<sup>75</sup> Soweit man gleichwohl auf die Vertragsform – “vertragliche Einheitsregelungen“ – zurückgreift, geschieht das folgerichtig nicht zum Zweck der schlichten Standardisierung der Arbeitsbedingungen nach dem Vorbild der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Schuldrechts,<sup>76</sup> sondern – so der BGH für die vergleichbare Organisation des Sportbetriebs durch Sportverbände – zum Zweck der Schaffung „von Normwerken sozial-organisatorischer Natur, ..., die Ordnungen, welche mitgliedschaftsrechtliche Beziehungen im engeren Sinne regeln, entscheidend näherstehen als den Leistungsaustauschbeziehungen, die das AGB-Gesetz zu erfassen sucht“.<sup>77</sup> Wenn es auch dafür wenigstens eine ansatzweise Richtigkeitsgewähr gibt, dann nicht deshalb, weil die Arbeitnehmer aufgrund der Notwendigkeit vertraglicher Unterwerfung einen relevanten Einfluß auf Zustandekommen und Inhalt solcher sozial-organisatorischer Normenwerke hätten, sondern deshalb, weil im modernen Betrieb die Zufriedenheit der Arbeitnehmer mit den Arbeitsbedingungen zu den Voraussetzungen einer möglichst effizienten Erledigung der Arbeitsaufgaben gehört.<sup>78</sup> Die Situation ist ähnlich wie im Vereinsrecht, wo es für die Möglichkeit der Anerkennung von Autonomie und umgekehrt für die Notwendigkeit gerichtlicher Inhaltskontrolle ebenfalls darauf ankommt, ob und ggf. inwieweit der Inhaber der Regelungsmacht auf den Beitritt und die Einsatzbereitschaft von Mitgliedern angewiesen ist.<sup>79</sup> Dort ist aber zugleich anerkannt, daß die Existenz von Mitspracherechten die Möglichkeit der Anerkennung von Autonomie kraft privatautonomer Legitimation der Regelungsmacht nicht verschlechtert, sondern verbessert. Im Vereinsrecht käme niemand auf die Idee, die Metamorphose einer auf Freiheit beruhenden Ordnung in eine Zwangsordnung anzunehmen, wenn an Stelle der Vereinsleitung allein Vereinsleitung und Repräsentanten der Mitglieder gemeinsam das Zusammenwirken und -leben im Verein ordneten.<sup>80</sup>

Tatsächlich ist die auf Betriebsvereinbarung beruhende betriebliche Ordnung genausoviel und -wenig Zwangsordnung wie diejenige auf einheitsvertraglicher Grundlage. Ihr freiheitlicher oder unfreiheitlicher Ursprung hängt nicht von ihrer rechtlichen Entstehungstechnik, sondern von den außer- und innerbetrieblichen Entstehungsbe-

---

<sup>74</sup> Picker aaO (FN 8) S. 879, 924 f.; Rieble RdA 1996, 151, 152 f.

<sup>75</sup> Insoweit richtig Wiedemann RdA 1997, 297, 298, 300.

<sup>76</sup> Unrichtig Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 139 f. Vgl. dazu auch schon Reuter aaO (FN 17) K 37, 43 FN 39.

<sup>77</sup> NJW 1995, 583, 585.

<sup>78</sup> Vgl. dazu Gaugler, in: Führung im demokratischen Staat und in der pluralistischen Gesellschaft, 1993, S. 117, 120.

<sup>79</sup> BGH NJW 1989, 1724, 1726.

<sup>80</sup> Vgl. auch die Überlegung in BGH NJW 1989, 1724, 1725 f.

*dingungen* ab. Je mehr ein Betrieb auf motivierte, zu kreativer Zusammenarbeit fähige Mitarbeiter angewiesen ist, um so mehr ist mit der Berücksichtigung von Wünschen der Belegschaft zu rechnen. Dabei erhöht die Mitwirkung des Betriebsrats jedenfalls die Treffsicherheit der Bemühungen um betriebliche Ordnungen, die den Erwartungen der Arbeitnehmer entsprechen, so daß die Betriebsvereinbarung, das klassische Medium der Mitwirkung des Betriebsrats, im Verhältnis zur vertraglichen Einheitsregelung die bessere Alternative darstellt. Gewiß berücksichtigt die Betriebsvereinbarung die Arbeitnehmerwünsche nicht je für sich, sondern in einer zum kollektiven Belegschaftsinteresse aggregierten Form.<sup>81</sup> Aber das ist im Fall der vertraglichen Einheitsregelung nicht anders, vollzieht sich die Erfüllung der betrieblichen Ordnungs- und Verteilungsaufgabe doch gerade dadurch, daß die divergierenden Einzelinteressen der Arbeitnehmer durch eine möglichst gerechte Ordnung aufeinander abgestimmt werden.<sup>82</sup> Die h.M. bestätigt diese Übereinstimmung dadurch, daß sie – von ihrem Standpunkt aus eigentlich unverständlich – die vertragliche Einheitsregelung genauso wie die Betriebsvereinbarung an das Gleichbehandlungsgebot bindet.<sup>83</sup> Ist aber die betriebliche Ordnung kraft Betriebsvereinbarung der betrieblichen Ordnung kraft einheitsvertraglicher Regelung in puncto Freiheitlichkeit zumindest ebenbürtig, so kann sie genausowenig wie letztere als Zwangsordnung diffamiert und damit gegenüber der betrieblichen Ordnung kraft Tarifvertrags trotz dessen fehlender Legitimation gegenüber den Außenseitern und Widerspruchs zur negativen Koalitionsfreiheit als größeres Übel disqualifiziert werden. Vielmehr empfiehlt sich die betriebliche Ordnung kraft Betriebsvereinbarung als grundsätzlich vorzugswürdig, weil die Regelungsmacht der Betriebspartner gegenüber allen Betroffenen legitimiert und institutionell auf Unparteilichkeit ihnen gegenüber festgelegt ist.<sup>84</sup>

Damit wird nicht verkannt, daß ein Übergang der Ordnungsmacht von den Gewerkschaften auf die Betriebsräte das Problem gruppenegoistischer Politik nicht löst, sondern nur inhaltlich verändert: An die Stelle der Interessenverfolgung der dominanten auf Kosten der unterrepräsentierten Arbeitnehmergruppen tritt tendenziell die Interessenverfolgung der Insider auf Kosten der Outsider.<sup>85</sup> Indessen läßt sich durch die Ausgestaltung der Mitsprache der Betriebsräte bei der Organisation des Zusammenwirkens und -lebens im Betrieb dagegen vorsorgen, daß die Offenheit der Betriebe für Außenseiterkonkurrenz, die durch die Begrenzung der Tarifmacht auf Schutzfunktionen entsteht, durch die Mitsprache der Belegschaft wieder zunichte gemacht wird. Das Votum für die betriebliche Ordnung durch Betriebsvereinbarung ist nicht notwendig auch ein Votum für mehr Mitbestimmung des Betriebsrats, ganz abgesehen davon, daß die Mitbestimmung ggf. unabhängig davon eingreifen würde, ob die Beteiligten sich der Betriebsvereinbarungen oder der vertraglichen Einheitsregelung bedienen.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> Vor allem daran entzündet sich die Empörung *Pickers* aaO (FN 74).

<sup>82</sup> *Wiedemann* RdA 1997, 297, 300.

<sup>83</sup> Grundlegend G. *Hueck*, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, 1958, S. 127 ff., 169 ff.

<sup>84</sup> *Ebmann/Lambrich* NZA 1996, 346, 351 f.

<sup>85</sup> *Richardi* aaO (FN 56) B 19.

<sup>86</sup> Vgl. schon *Reuter* aaO (FN 17) K 37, 55.

## 2. Heutige Verwerfungen

Der Bedarf nach Erfüllung der betrieblichen Ordnungs- und Verteilungsaufgabe im Konsens mit der Belegschaft einerseits und die mangelnde Überzeugungskraft der Einwände gegen die Mitwirkung der Betriebsräte bei der Suche nach Konsenslösungen andererseits haben eine weitgehende Aushöhlung des Tarifvorbehalts nach sich gezogen. Die Rechtsprechung handhabt ihn in einer Weise, die in einem krassen Gegensatz zu ihrer wiederholten Beteuerung steht, es handle sich bei § 77 III BetrVG um einen „Eckpfeiler“ und eine „Grundnorm“ der Betriebsverfassung.<sup>87</sup> Angewendet wird die Vorschrift überhaupt nur, wenn die Betriebspartner formell das Instrument der Betriebsvereinbarung einsetzen. Regelungsabreden, die vom Arbeitgeber in vertraglichen Einheitsregelungen umgesetzt werden, bleiben unberührt, obwohl die angebliche Zwangsrepräsentation durch die Betriebsräte sich insoweit genauso auswirkt wie im Fall des Abschlusses formeller Betriebsvereinbarungen.<sup>88</sup> Erst recht ist die vielbeschworene Gefahr, die Betriebsräte könnten sich zu „beitragsfreien Ersatzgewerkschaften“ entwickeln,<sup>89</sup> unabhängig davon, mit welchem Instrument sie den Gewerkschaften Konkurrenz machen. Zusätzliche Widersprüchlichkeit ergibt sich daraus, daß der Tarifvorbehalt sich nach der Rechtsprechung auf freiwillige Betriebsvereinbarungen beschränkt. Denn während im Tarifvertragsrecht als ausgemacht gilt, daß „kollektives Betteln“ zur Durchsetzung von Arbeitnehmerinteressen ungeeignet ist, wird es im Betriebsverfassungsrecht plötzlich zu einem Mittel, dessen Effizienz Arbeitnehmer vom Gewerkschaftsbeitritt abzuhalten droht. Es kann niemanden verwundern, daß solche Ungereimtheit auch zur offenen Mißachtung des § 77 III BetrVG herausfordert. Trotz der leichten Umgehbarkeit gilt er als die „am meisten mit Füßen getretene Norm des deutschen Arbeitsrechts“.<sup>90</sup>

## 3. Notwendige Veränderungen

### a) Aufgabe des Tarifvorbehalts

Vom hier vertretenen Standpunkt aus ist der Tarifvorbehalt freilich nicht nur wegen seines Mangels an Folgerichtigkeit und sozialer Akzeptanz, sondern auch deshalb aufzugeben, weil der Tarifvertrag wegen fehlender Ordnungs- und Verteilungsfunktion die Aufgabe der Betriebsvereinbarung gar nicht übernehmen kann, während umgekehrt die von § 77 III BetrVG allein betroffene freiwillige Betriebsvereinbarung vor der Schutzaufgabe versagt. Selbst der aktuell geltende Tarifvertrag verdrängt mithin die Betriebsvereinbarung grundsätzlich nicht, sondern gibt (Mindest-)Schutzrechte der tarifgebundenen Arbeitnehmer vor, die die Betriebsparteien bei der Organisation des Zusammenwirkens und -lebens im Betrieb zu beachten haben. Tun sie das nicht,

<sup>87</sup> BAGE 73, 291, 300; 68, 200, 211.

<sup>88</sup> Vgl. dazu *Gamillscheg* aaO (FN 2) S. 328 f. mit Nachweisen.

<sup>89</sup> P. *Hanau* BB 1977, 350; MünchArbR-*Matthes* aaO (FN 24) § 318 RdNr. 59.

<sup>90</sup> *Rüthers* RdA 1994, 177.

so mißlingt die beabsichtigte Ordnung und Verteilung, weil sie durch die unabdingbaren Sonderrechte der tarifgebundenen Arbeitnehmer durchkreuzt wird.<sup>91</sup> Diese Bindung der Betriebsparteien an den Tarifvertrag genügt sowohl den verfassungsrechtlichen als auch den völkerrechtlichen Anforderungen an die Sicherung der Gewerkschaften gegen Konkurrenz.<sup>92</sup> Das gilt zumal, wenn man hinzunimmt, daß nach § 87 I BetrVG der Schutz der Arbeitnehmer durch Mitbestimmung des Betriebsrats entfällt, soweit die zuständigen Gewerkschaften den Schutz suchenden Arbeitnehmern tarifvertraglichen Schutz anbieten.<sup>93</sup> Auch die Sonderrechte der tarifgebundenen Arbeitnehmer stehen allerdings unter dem Vorbehalt, daß ihre Ausübung nicht zu unverhältnismäßigen Nachteilen für Arbeitnehmer des gleichen Betriebs führen darf. Denn – wie der Umkehrschluß zu § 4 IV TVG belegt – ist die Ausübung tarifvertraglicher Rechte durch Treu und Glauben (§ 242 BGB) begrenzt; die Schicksalsverbundenheit der Arbeitsverhältnisse im Betrieb macht das Verhältnis zu den Arbeitskollegen zum Hauptanwendungsfall dieser immanenten Schranke. Die Zuständigkeit der Betriebsparteien für die Verteilungsgerechtigkeit schließt die Zuständigkeit für ihre Konkretisierung ein. Gegen Fehlgebrauch der Konkretisierungsbefugnis genießen die betroffenen Arbeitnehmer gerichtlichen Schutz.<sup>94</sup>

#### *b) Die Stellung der Betriebsräte*

Das geforderte Nebeneinander von Schutzfunktion der Tarifautonomie und Ordnungs- sowie Verteilungsfunktion der Betriebsautonomie macht schließlich eine Neubestimmung der Stellung der Betriebsräte notwendig. Wenn der Erfolg des Betriebs entscheidend von der Zufriedenheit der Belegschaft mit den Arbeitsbedingungen abhängt, muß man den Arbeitgeber grundsätzlich nicht zum Bemühen um Konsens mit dem Betriebsrat zwingen. Vielmehr sucht er ihn dann im eigenen Interesse von sich aus.<sup>95</sup> Freilich setzt das voraus, daß der Betriebsrat Sprachrohr der Belegschaft und nicht etwa durch eine Gewerkschaft ferngesteuert ist.<sup>96</sup> Ferner ist erforderlich, daß die Rechtsprechung den gefundenen Konsens im Streitfall ernst nimmt. Wenn sie – wie das derzeit noch zutrifft – die Betriebsvereinbarung genauso der Übermachtkontrolle unterwirft wie die vertragliche Einheitsregelung,<sup>97</sup> entfällt der Gewinn an Rechtssicherheit, der die Mühe des Ringens mit dem Betriebsrat lohnt.

Während das zweite Petikum nur eine von vielen angemahnte<sup>98</sup> Korrektur der Rechtsprechung verlangt, ist das erste von hoher sozialpolitischer Brisanz. Denn obwohl die verschiedenen Betriebsverfassungsgesetze seit 1920 stets den gewerkschafts-unabhängigen Betriebsrat angestrebt hatten, hat die Rechtspraxis den Betriebsrat als

<sup>91</sup> Ausführlicher Reuter RdA 1994, 152, 164.

<sup>92</sup> Ausführlicher Reuter RdA 1994, 152, 162 ff.

<sup>93</sup> Ausführlicher Reuter RdA 1994, 152, 165 f.

<sup>94</sup> Ausführlicher Reuter RdA 1994 152, 167 f.

<sup>95</sup> Gaugler aaO (FN 78) S. 123.

<sup>96</sup> Die Befürchtung, letzteres werde geschehen, ist wohl der Grund dafür, daß auch Arbeitgeber gegen eine Stärkung der Betriebs- auf Kosten der Tarifautonomie sind. Vgl. *Hundt* FAZ vom 31. 12. 1997, S. 13.

<sup>97</sup> Vgl. dazu GK-Kreutz, BetrVG, 6. Aufl. 1995, § 77 RdNr. 258 mit Nachweisen.

<sup>98</sup> Vgl. GK-Kreutz aaO (FN 97) § 77 RdNr. 259 ff. mit Nachweisen.

verlängerten Arm der Mehrheitsgewerkschaft wenn nicht gefördert, so doch zugelassen. Auch das BVerfG hat eine ambivalente Haltung eingenommen. Einerseits verlangt es Betriebs- und Personalratsmitgliedern im Namen der negativen Koalitionsfreiheit eine streng gewerkschaftsneutrale Amtsausübung ab.<sup>99</sup> Andererseits sieht es in der Betriebsverfassung und Personalvertretung verfassungsrechtlich geschützte Einflußsphären der Gewerkschaften.<sup>100</sup> Demgemäß ist von Verfassungs- (und wohl auch von Völkerrechts) wegen der Einfluß der Gewerkschaften auf die Betriebsratswahl und ihre Ergebnisse hinzunehmen. Möglich ist aber, die Betriebsräte dadurch wieder mehr zum Sprachrohr der von ihnen repräsentierten Arbeitnehmer zu machen, daß man ihre Verhandlungsposition in stärkere Abhängigkeit von der Unterstützung durch die Belegschaften bringt, anstatt daß man sie durch eigenständige gesetzliche Mitbestimmungsrechte von solcher Abhängigkeit befreit. Im Regelfall bedarf es keiner gesetzlichen Mitbestimmungsrechte, um eine Einigung auf Arbeitsbedingungen zu erzielen, die für die Belegschaft akzeptabel und für den Betrieb tragbar sind. Wo Arbeitgeber in kurzsichtiger Verkennung des eigenen Interesses auf inakzeptablen Arbeitsbedingungen verharren, ist die zuständige Gewerkschaft unmittelbar gefordert. An der notwendigen Unterstützung durch die Arbeitnehmer des Betriebs wird es unter solchen Vorzeichen nicht fehlen.

#### IV. Schluß

Fazit: Eine Normsetzungsprerogative der Koalitionen *für die Ordnung des Arbeitslebens* ist nicht anzuerkennen. Der gegenteilige Standpunkt widerspricht den Anforderungen an rechtsstaatliche Normsetzung und ist mit der negativen Koalitionsfreiheit unvereinbar. Wohl haben die Koalitionen eine Prerogative für die Wahrnehmung der *Schutzfunktion* zugunsten von Personen, die sich durch das Ansinnen einer eigenständigen Wahrnehmung ihrer Interessen überfordert fühlen. Sie verfügen zu diesem Zweck von Verfassungs wegen über eine Kartellerlaubnis, die jedoch nicht mit dem Recht zum Kartellzwang gegenüber Außenseitern verbunden, sondern im Gegenteil um der Richtigkeitsgewähr der Tarifverträge willen um einen wirksamen Schutz der Außenseiterkonkurrenz zu ergänzen ist. Lediglich soweit die Koalitionen aufgrund besonderer gesetzlicher Ermächtigung unter staatlicher Verantwortung gesetzesvertretende Regelungen treffen, können sie auch Ordnungs- und Verteilungsfunktionen mit Wirkung über ihre Mitglieder hinaus ausüben. Im Ergebnis folgt daraus u. a., daß das Zusammenwirken und -leben im Betrieb grundsätzlich nicht unmittelbar durch Tarifvertrag gestaltet werden kann. Der Tarifvertrag kann nur (Mindest-)Schutzrechte der tarifgebundenen Arbeitnehmer für die Organisation des Zusammenwirkens und -lebens im Betrieb *vorgeben*. Zumindest de lege ferenda sollte dieser Beschränkung der Gewerkschaften auf die Schutzfunktion eine Beschränkung

---

<sup>99</sup> BVerfGE 28, 295.

<sup>100</sup> BVerfGE 19, 303.

der Betriebsräte auf die Ordnungs- und Verteilungsfunktion entsprechen, so daß an die Stelle der Normsetzungsprärogative der Koalitionen im Verhältnis zu den Betriebsparteien das relative Schutzmonopol tritt.