

# Arbeits- und Sozialrecht

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## Gewerkschaftliches Klagrecht gegen tarifwidrige Betriebsvereinbarungen?

**Stichworte:** Betriebsvereinbarung / Tarifwidrigkeit / Gewerkschaftliches Klagrecht zwecks Beseitigung

### I. Das Problem

Nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein, soweit eine tarifliche Regelung aktuell oder „üblicherweise“ besteht. Der Einleitungssatz von § 87 Abs. 1 BetrVG schließt ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht (und den daraus folgenden Abschluß von Betriebsvereinbarungen) aus, wenn und soweit eine tarifliche Regelung existiert. Bloße Tarifüblichkeit genügt hier nicht<sup>1</sup>. Wird entgegen § 77 Abs. 3 BetrVG eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen, ist sie unwirksam<sup>2</sup>. Dies gilt für eine Überschreitung der Tariflöhne genauso wie für das Eingruppierungssystem oder die Dauer und Lage der Arbeitszeit. Das Günstigkeitsprinzip greift insoweit nicht ein<sup>3</sup>.

So eindeutig die materiell-rechtliche Situation ist, so wenig besteht Klarheit darüber, auf welchem prozessualen Weg eine unwirksame Betriebsvereinbarung aus der Welt geschafft werden kann. Umstritten ist insbesondere, inwieweit die Tarifparteien selbst aktiv werden und „ihrem“ Tarifvertrag zu voller Beachtung verhelfen können. Als unabhängige Größen, die sich betrieblichen Zwängen grundsätzlich nicht beugen müssen, wären sie am ehesten in der Lage, unerwünschten „Wildwuchs“ zu beseitigen.

### 1. Die neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Am 18. 8. 1987 hat das Bundesarbeitsgericht in zwei Beschlüssen ein gewerkschaftliches Klagrecht verneint<sup>4</sup> und diese Position am 23. 2. 1988 erneut bestätigt<sup>5</sup>. Das LAG Hamm hat dasselbe für einen Arbeitgeberverband angenommen<sup>6</sup>. In allen Fällen war ein Beschlußverfahren mit dem Ziel eingeleitet worden, potentiell tarifwidrige Betriebsvereinbarungen im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren für unwirksam erklären zu lassen. Die Anträge der Gewerkschaften bzw. des Arbeitgeberverbands wurden als unzulässig zurückgewiesen; es seien keine betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse verletzt. Den Tarifparteien komme keine allgemeine Kontroll- und Aufsichtsfunktion gegenüber den Betriebspartnern zu<sup>7</sup>; § 77 Abs. 3 BetrVG gebe den Tarifparteien nicht die Befugnis, ihre Vorrangkompetenz jederzeit und gegenüber jedermann aus eigenem Recht geltend zu machen<sup>8</sup>. Durch tarifwidrige Betriebsvereinbarungen würde die Tarifautonomie in ihrem verfassungsrechtlich geschützten Bereich ebenso wenig verletzt wie durch tarifwidrige arbeitsvertragliche Vereinbarungen<sup>9</sup>. Betriebsvereinbarungen würden auf diese Weise gerichtlicher Kontrolle nicht „schlechthin“ entzogen. Der Tarifinhalt lasse sich in einem Verfahren nach § 9 TVG klären, der eine eventuell tätig werdende Einigungsstelle zwar nicht rechtlich wohl aber faktisch binde<sup>10</sup>. Auch könne in einem Rechtsstreit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Gültigkeit der Betriebsvereinbarung als Vorfrage geklärt werden<sup>11</sup>. Zur Begründung verwies das BAG schließlich auf drei frühere Entscheidungen, in denen die Antragsbefugnis

der Gewerkschaft gleichfalls abgelehnt worden war<sup>12</sup>. In jenen Fällen war es allerdings nicht um eine Kollision mit Tarifverträgen sondern nur darum gegangen, ob die Gewerkschaft beim Streit um das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts<sup>13</sup> und die Mitgliederzahl eines Gesamtbetriebsrats<sup>14</sup> antragsbefugt war.

Nur kurz erwähnt wurde die Tatsache, daß das BAG unter dem BetrVG 1952 in ständiger Rechtsprechung eine andere Auffassung vertreten und die Verteidigung der Tarifautonomie im Wege des Beschlußverfahrens zugelassen hatte<sup>15</sup>; die Aufgabe der damaligen Rechtsauffassung<sup>16</sup>, die von Götz Hueck als gefestigt bezeichnet worden war<sup>17</sup> und die auch in der Literatur Zustimmung gefunden hatte<sup>18</sup>, wurde mit einer Annäherung des Beschluß- an das Urteilsverfahren begründet. Keine Erwähnung fand die Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein vom 27. 8. 1986<sup>19</sup>, die das gewerkschaftliche Antragsrecht unter ausdrücklichem Hinweis auf die Verfassungsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG bejaht hatte, und erst

1 BAG, BB 1987 S. 1246; Überblick über die unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur bei *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heiher*, BetrVG, 16. Aufl. 1990, § 87 Rdnr. 7.

2 *Kreutz*, in: *Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese/Kreutz*, GK-BetrVG, Bd. 2, 4. Aufl. 1990, § 77 Rdnr. 104 m. w. N.

3 *Dietz/Richardi*, BetrVG, 6. Aufl. 1982, § 77 Rdnr. 211; *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heiher*, a.a.O. (Fn. 1), § 77 Rdnr. 81; *Kreutz* in: GK-BetrVG, a.a.O. (Fn. 2), § 77 Rdnr. 109; im Ergebnis allgemeine Meinung.

4 1 ABR 65/86, AP Nr. 6 zu § 81 ArbGG 1979 = BB 1987 S. 1669 und S. 2166; 1 ABR 80/85, BB 1988 S. 2161 mit Anm. *Linnenkohl*.

5 1 ABR 75/86, AP Nr. 9 zu § 81 ArbGG 1979 = BB 1988 S. 1465.

6 21. 12. 1988 - 12 TaBV 112/88, LAGE Nr. 33 zu § 76 BetrVG 1972.

7 So ausdrücklich BAG, AP Nr. 9 zu § 81 ArbGG 1979 Bl. 2 = BB 1988 S. 1465.

8 BAG, a.a.O. (Fn. 7), Bl. 2 R.

9 Wie Fn. 8.

10 BAG, AP Nr. 6 zu § 81 ArbGG 1979 Bl. 2 R = BB 1987 S. 1669 und S. 2166.

11 BAG, a.a.O. (Fn. 10) Bl. 3.

12 Die Bezugnahme findet sich in BAG, a.a.O. (Fn. 10), Bl. 2 R.

13 BAG, 25. 5. 1982 - 1 ABR 19/80, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 - Prämie hatte ein tariflich begründetes Mitbestimmungsrecht betroffen; BAG, 24. 4. 1979 - 1 ABR 43/77, AP Nr. 63 zu Art. 9 GG - Arbeitskampf = BB 1979 S. 1348 hatte die Frage zum Gegenstand, ob das Mitbestimmungsrecht bei Überstunden auch in der Arbeitskampsituation erhalten blieb.

14 BAG, 30. 10. 1986 - 6 ABR 52/83, AP Nr. 6 zu § 47 BetrVG 1972 mit Anm. *Dütz* = BB 1987 S. 1881.

15 Grundlegend BAG, 16. 9. 1960 - 1 ABR 5/59, AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 Betriebsvereinbarung mit zustimmender Anm. *Auffarth* = BB 1960 S. 1329; ebenso BAG, 1. 2. 1963 - 1 ABR 6/61, AP Nr. 8 zu § 59 BetrVG 1952 = BB 1963 S. 186 und S. 538; BAG, 21. 2. 1967 - 1 ABR 2/66, AP Nr. 25 zu § 59 BetrVG 1952 = BB 1967 S. 585 und BAG, 21. 2. 1967 - 1 ABR 9/66, AP Nr. 26 zu § 59 BetrVG 1952 = BB 1967 S. 627.

16 Ausdrücklich betont in BAG, a.a.O. (Fn. 7).

17 Gemeinsame Anmerkung zu BAG, AP Nr. 25 zu § 59 BetrVG 1952 = BB 1967 S. 585 und AP Nr. 26 zu § 59 BetrVG 1952 = BB 1967 S. 627.

18 *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/2, 7. Aufl. 1970, § 70 B IV 2 d; *Lepke*, AuR 1973 S. 113; *Wlotzke*, Anm. zu BAG, AP Nr. 8 zu § 59 BetrVG 1952 = BB 1963 S. 186 und S. 538 u. a.

19 5 TaBV 10/86, NZA 1986 S. 796.

recht blieb die Weimarer Rechtslage ausgeklammert, obwohl damals genau dasselbe Problem aufgetaucht war<sup>20</sup>.

Die neue BAG-Rechtsprechung hat in der Literatur eine denkbar schlechte Aufnahme gefunden. Von einer einzigen Ausnahme abgesehen<sup>21</sup>, ist niemand dem BAG gefolgt, wobei die Kritik an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig läßt<sup>22</sup>. Gleichwohl hat das ArbG Freiburg neuerdings die BAG-Position bestätigt<sup>23</sup>, dabei allerdings die interessante Feststellung getroffen, die vom BAG neben dem Beschlußverfahren erwähnten prozessualen Möglichkeiten zur Durchsetzung von Tarifverträgen seien allesamt „stumpfe Waffen“<sup>24</sup>. Die Rechtsschutzlücke könne jedoch nicht von den Gerichten sondern nur vom Gesetzgeber geschlossen werden.

## 2. Dezentralisierung des Verhandlungssystems

Die Zurücknahme früher anerkannter prozessualer Möglichkeiten steht in eigenartigem Gegensatz zu der gestiegenen Bedeutung des Problems. Konflikte zwischen Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen sind heute eher häufiger als vor 20 Jahren zu erwarten: Die Tendenz, Verhandlungen auf die Ebene von Betrieb und Unternehmen zu verlagern, wird allenthalben konstatiert<sup>25</sup> – im Ausland im übrigen noch stärker als in der Bundesrepublik<sup>26</sup>. Ursachen hierfür liegen einmal in Flexibilisierungsbedürfnissen der Unternehmen, wie sie am deutlichsten im sogenannten Leber-Kompromiß des Jahres 1984 zum Ausdruck gekommen sind, wo dem Betriebsrat erstmals ausdrücklich ein Mitbestimmungsrecht über die individuelle Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit eingeräumt wurde<sup>27</sup>. Zum zweiten wirken „qualitative“ Tarifforderungen der Gewerkschaften in dieselbe Richtung; will man die Art und Weise der Arbeitsleistung, den Personaleinsatz usw. regeln, muß man häufiger als bei Lohnfragen auf die besonderen Verhältnisse des einzelnen Betriebes Rücksicht nehmen<sup>28</sup>. Dazu kommen Machtverschiebungen in einzelnen Bereichen: Für die Arbeitgeberseite kann es unproblematischer sein, sich auch über allgemeinere Fragen primär auf betrieblicher Ebene zu einigen. Umgekehrt kann die Gewerkschaft versuchen, den Einflußbereich der Arbeitnehmerseite gegenüber dem *status quo* zu erweitern und dem Betriebsrat durch Tarifvertrag zusätzliche Mitbestimmungsrechte einzuräumen<sup>29</sup>.

Im vorliegenden Zusammenhang kann und soll es nicht darum gehen, diesen Prozeß der „Dezentralisierung“ zu stoppen oder gar umzukehren. Auf welcher Ebene und mit welchen Zielen verhandelt wird, ist die freie Entscheidung der sozialen Gegenspieler. § 77 Abs. 3 BetrVG kennt zu Recht einen Satz 2, der eine Ermächtigung der Betriebsparteien zum Abschluß ergänzender Betriebsvereinbarungen zuläßt<sup>30</sup>. Bei

der hier zu erörternden Antragsbefugnis geht es vielmehr allein darum, dem Willen der Tarifparteien Geltung zu verschaffen, oder anders ausgedrückt: Den Prozeß partieller Verlagerung auf die betriebliche Ebene in geordneten Bahnen ablaufen zu lassen.

## 3. Vereinbarkeit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts mit Art. 9 Abs. 3 GG?

Im folgenden soll insbesondere untersucht werden, inwieweit die neue Rechtsprechung des BAG mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Tarifautonomie vereinbar ist<sup>31</sup>. Bedenken können sich insoweit nur dann ergeben, wenn keine anderen prozessualen Möglichkeiten bestehen, um eine unwirksame Betriebsvereinbarung effektiv aus der Welt zu schaffen. Sie sind zunächst zu erörtern, wobei das Instrumentarium der Arbeitnehmerseite im Vordergrund steht. Für die Arbeitgeberverbände kann sich jedoch ein vergleichbares Problem ergeben. Ausgeklammert bleibt seiner relativen Seltenheit wegen der Firmentarifvertrag.

## II. Prozessuale Möglichkeiten zur Beseitigung tarifwidriger Betriebsvereinbarungen

### 1. Das Verfahren nach § 9 TVG

Das BAG hat in einer der hier zu diskutierenden Entscheidungen die Beteiligten ausdrücklich auf ein Verfahren nach § 9 TVG verwiesen<sup>32</sup>. Danach kann das Bestehen, aber auch der Inhalt eines Tarifvertrags mit Wirkung für und gegen alle tarifgebundenen Personen arbeitsgerichtlich festgestellt werden. Von der Bindungswirkung erfaßt sind alle Gerichte und Schiedsgerichte, und zwar z. T. auch in Verfahren zwischen Tarifgebundenen und Dritten<sup>33</sup>. Einigungsstellen sind nicht gebunden, doch ist dem BAG durchaus bei der Einschätzung zuzustimmen, daß faktisch nicht mit einem abweichenden Spruch zu rechnen ist<sup>34</sup>. Gleichwohl kann der Weg über § 9 TVG nur die (wenigen) Fälle erfassen, in denen sich die Betriebspartner bewußt die Auslegung einer Tarifpartei zu eigen gemacht haben, die von der anderen Tarifpartei abgelehnt wird. Besteht jedoch zwischen Arbeitgeberverband und Gewerkschaft Einigkeit, fehlt schon das Rechtsschutzbedürfnis für ein Verfahren nach § 9 TVG<sup>35</sup>. Gerade in dem besonders gravierenden Fall, daß man sich auf betrieblicher Ebene überhaupt nicht um den Tarifvertrag schert, läuft § 9 TVG leer. Dasselbe gilt auch dann, wenn die (potentielle) Kollision daher rührt, daß der Inhalt der Betriebsvereinbarung auslegungsbedürftig ist. Schließlich hilft eine rechtskräftige Feststellung des Tarifinhalts auch dann nicht, wenn schon vorher eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen oder ein Einigungsstellenspruch erlassen wurde, niemand jedoch an eine faktische Änderung denkt.

### 2. Einwirkungsklage gegen den Arbeitgeberverband

Aufgrund der tariflichen Durchführungspflicht muß der Arbeitgeberverband seine Mitglieder zu tariftreuem Verhalten anhalten und dabei alle ihm zu Gebote stehenden Mittel bis hin zum Verbandsausschluß einsetzen<sup>36</sup>. Ob die Gewerkschaft dabei nur auf Feststellung der Einwirkungspflicht oder

Normsetzung grundlegend *Gast*, Tarifautonomie und die Normsetzung durch Betriebsvereinbarung, Heidelberg 1981.

31 Diese Seite des Problems blieb dahingestellt bei *Grunsky*, DB 1990 S. 529 li. Sp.

32 BAG, a.a.O. (Fn. 10), Bl. 2 R.

33 Einzelheiten bei *Hagemeyer/Kempfen/Zachert/Zilius*, a.a.O. (Fn. 22), § 9 Rdnrn. 5 und 6.

34 Wie Fn. 32. Einschränkend *Kempfen*, AuR 1989 S. 264.

35 *Grunsky*, DB 1990 S. 528.

36 *Hagemeyer/Kempfen/Zachert/Zilius*, a.a.O. (Fn. 22), § 1 Rdnr. 222; *Wiedemann/Stumpf*, TVG, 5. Aufl. 1977, § 1 Rdnr. 354; *Däubler*, a.a.O. (Fn. 22), S. 140.

20 In RAG, 19. 9. 1928 – RAG 80/28, RAGE 2 S. 219 ff. war es um die Tarifwidrigkeit einer Betriebsvereinbarung gegangen; das RAG bejahte das gewerkschaftliche Antragsrecht.

21 *Kreutz*, in: GK-BetrVG, a.a.O. (Fn. 2), § 77 Rdnr. 348.

22 *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither*, a.a.O. (Fn. 1), § 77 Rdnr. 98; *Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke/Klebe*, Basiskommentar zum BetrVG, 3. Aufl. 1990, § 77 Rdnr. 8; *Grunsky*, DB 1990 S. 526 und *ders.*, ArbGG, 6. Aufl. 1990, § 80 Rdnr. 29 c; *Hagemeyer/Kempfen/Zachert/Zilius*, TVG, 2. Aufl. 1990, § 4 Rdnr. 92 b; *Kempfen* AuR 1989 S. 262 ff.; *Kempff*, AiB 1989 S. 67; *Künner*, GG, 2. Aufl. 1989, Art. 9 Abs. 3 Rdnr. 68; *Matthießen*, DB 1988 S. 288; *Weyand*, AuR 1989 S. 199; *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 11. Aufl. 1990, S. 474 ff. Das Antragsrecht der Tarifparteien wird auch von *Hess/Schlochauer/Glaubitz*, BetrVG, 3. Aufl. 1986, § 77 Rdnr. 94 bejaht.

23 6. 12. 1989 – 10 BV 9/89, nicht rechtskräftig, (unveröffentlicht).

24 S. 20 der Entscheidung.

25 S. statt aller *Kissel*, NZA 1986 S. 76 ff.; *Weyand*, AuR 1989 S. 193 ff.

26 S. *Lecher*, Mitbestimmung 1989 S. 293.

27 Dazu und zur rechtlichen Zulässigkeit s. *BAG*, 18. 8. 1987 – 1 ABR 30/86, BB 1987 S. 2160 und BB 1988 S. 1459 mit Anm. *Linnenkohl*.

28 *Weyand*, AuR 1989 S. 194.

29 Vgl. *Beuthien*, ZfA 1986 S. 132; *Weyand*, AuR 1989 S. 193.

30 Die Grenzen sind hier nicht zu erörtern. Verzichten die Tarifparteien überhaupt auf eine Regelung, so kommen die umfassenden Kompetenzen auf betrieblicher Ebene voll zur Geltung. Zu ihnen *BAG*, 7. 11. 1989 – GS 3/85, BB 1990 S. 1840 = EWIR § 77 BetrVG 1/90 S. 853, mit Anm. *Däubler*. Zum Verhältnis von tariflicher und betrieblicher

auf die Vornahme bestimmter Maßnahmen klagen kann<sup>37</sup>, ist im vorliegenden Zusammenhang ohne größeres Interesse: Bleibt die Einwirkung ohne Erfolg, weil sich das Mitgliedsunternehmen definitiv widersetzt, ist Tariftreue nicht erzwingbar<sup>38</sup>. Dasselbe tritt auch dann ein, wenn sich zwar das betroffene Unternehmen „kooperativ“ verhält, die Einigungsstelle jedoch eine abweichende Auffassung vertritt<sup>39</sup>.

### 3. Individualklage

Der zweite vom BAG erwähnte Ausweg liegt in einer Klage des einzelnen Arbeitnehmers, der seine tariflichen Ansprüche gegen den Arbeitgeber gerichtlich geltend macht<sup>40</sup>. Auch auf diese Weise kann dem Tarifvertrag jedoch in der Regel keine Beachtung verschafft werden.

Eine Individualklage ist von vornherein dann illusionär, wenn die Betriebsvereinbarung für den Arbeitnehmer günstiger als der Tarifvertrag ist<sup>41</sup> oder wenn sie so empfunden wird. Aber auch dann, wenn sich der Arbeitnehmer eindeutig benachteiligt sieht, ist von dieser Möglichkeit kaum etwas zu erwarten. Die Rechtskraft einer Entscheidung beschränkt sich auf das einzelne Arbeitsverhältnis<sup>42</sup>; sie freiwillig auf andere zu erstrecken, kann daran scheitern, daß eine Seite auf ein abweichendes Urteil in einem zweiten oder dritten Prozeß hofft, weil der Sachverhalt ihrer Ansicht nach nicht zutreffend gewürdigt wurde oder weil sie meint, einen anderen Richter leichter von der Richtigkeit ihrer Argumente überzeugen zu können. Viel wichtiger als diese formalen Defizite ist allerdings die Tatsache, daß es außerjuristische, soziale Hindernisse gibt, die einen Arbeitnehmer von der Erhebung einer Klage abhalten. So wird berichtet, daß in den 60er Jahren etwa 80 Prozent aller gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Arbeitsgericht anriefen und die restlichen 20 Prozent vorwiegend aus dem öffentlichen Dienst kamen<sup>43</sup>. Die Angst, als illoyal oder gar als Außenseiter zu gelten<sup>44</sup>, kann dann besonders groß sein, wenn sich der Einzelne gegen einen von Betriebsrat und Arbeitgeber getragenen innerbetrieblichen Konsens wendet. Der Gedanke, durch ein solches Vorgehen die eigenen Aufstiegschancen, ja den Arbeitsplatz zu gefährden, liegt auch dann nahe, wenn im Ernstfall niemand an eine effektive Diskriminierung denken würde. Dahinter steht das strukturelle Problem, daß der Tarifvertrag seine Existenz der gestörten Parität im Einzelarbeitsverhältnis verdankt<sup>45</sup> und daß es daher inkomsequent ist, bei der Rechtsdurchsetzung plötzlich wieder auf die „Mächtigkeit“ des einzelnen Beschäftigten zu vertrauen. Im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist man insoweit „realistischer“ – die dort vorgesehene Verbandsklage wird ausdrücklich damit begründet, der Vertragspartner des AGB-Verwenders sei der schwächere, unerfahrenere, auf den Vertragsschluß angewiesene Teil, weshalb es nicht in Betracht komme, die Rechtsdurchsetzung allein von seiner Initiative abhängig zu machen<sup>46</sup>. Auf derselben Linie liegt es, wenn in der Literatur geltend gemacht wird, die Verweisung der Gewerkschaft auf die Individualklage eines Mitglieds stelle das Verhältnis Individuum-Organisation auf den Kopf<sup>47</sup>; der Einzelne ist nicht geeignet, zur Wahrung und Förderung der Gewerkschafts- und Arbeitgeberverbandsbedingungen in den Kampf zu ziehen<sup>48</sup>.

Obwohl die vom BAG genannten Möglichkeiten damit erschöpft sind und sich die pessimistische Annahme des ArbG Freiburg als richtig erwiesen hat<sup>49</sup>, bleiben noch eine Reihe von weiteren Möglichkeiten zu prüfen.

### 4. Feststellungsklage der Gewerkschaft gegenüber dem einzelnen Arbeitgeber

Man könnte weiter daran denken, im Wege der Feststellungsklage klären zu lassen, ob der eine Betriebsvereinbarung abschließende Arbeitgeber den Tarifvertrag verletzt hat oder nicht. Die Tatsache, daß dabei ein Rechtsverhältnis zwischen dem Beklagten und einem Dritten (Betriebsrat, Arbeitneh-

mer) Streitgegenstand wäre, würde der Zulässigkeit nicht entgegenstehen<sup>50</sup>. Das BAG verneint jedoch ein Rechtsschutzbedürfnis mit der Erwägung, der Antrag nach § 256 ZPO bringe dem Kläger weniger als ein Verfahren nach § 9 TVG<sup>51</sup>. In einer späteren Entscheidung hat das BAG dasselbe Ergebnis damit gerechtfertigt, die „rechtliche Lage“ der klagenden Gewerkschaften werde durch das Verhalten des beklagten Arbeitgebers nicht beeinflusst<sup>52</sup>. Dies kann man mit guten Gründen kritisieren, wird doch das „rechtliche Interesse“ sehr eng und ohne Bezugnahme auf die Spezifika des Verbandstarifs bestimmt, der eben nur dann wirklich funktionieren kann, wenn auch die „Nicht-Vertragspartner“ sich vertragstreu verhalten. Auch steht – wie ausgeführt<sup>53</sup> – das Verfahren nach § 9 TVG nicht zur Verfügung, wenn Meinungsverschiedenheiten nur im Verhältnis zu einem einzelnen Unternehmer, nicht aber zum Verband existieren. Selbst wenn jedoch das BAG dem Rechnung tragen und seine Rechtsprechung revidieren würde, wäre nicht viel gewonnen: Ein Feststellungsurteil läßt sich nicht vollstrecken, eine freiwillige „Unterwerfung“ fällt dann besonders schwer, wenn der Arbeitgeber zusammen mit dem Betriebsrat eine (unausgesprochene) Koalition gegen die Tarifparteien gebildet hat.

### 5. Klage der Gewerkschaft als Prozeßstandschaffer für ihre Mitglieder

Keine Vollstreckungsprobleme würden sich ergeben, könnte die Gewerkschaft aus eigenem Recht tarifliche Ansprüche ihrer Mitglieder gegen den Arbeitgeber geltend machen: Überall dort, wo die Betriebsvereinbarung das tarifliche Niveau unterschreitet, könnte im Wege der Leistungsklage Tariftreue erzwungen werden.

Auch hier erweist sich die Rechtsprechung des BAG als sehr restriktiv. Es sei mit der Persönlichkeit und der Entfaltungsfreiheit der Arbeitnehmer nicht vereinbar, wenn die tarifschließende Gewerkschaft in der Art eines gesetzlichen Vertreters auftreten wolle<sup>54</sup>; die Geltendmachung fremder Rechte in eigenem Namen müsse daher ausscheiden<sup>55</sup>. *Loritz* hat zutreffend kritisiert, daß sich das BAG damit in Widerspruch zu der sehr viel offeneren Rechtsprechung des BGH gesetzt hat, die beispielsweise dem Deutschen Anwaltsverein das Recht zugesteht, Unterlassungsansprüche seiner Mitglieder gegen Dritte geltend zu machen, die gegen das Rechtsbera-

37 Zu dieser Kontroverse s. BAG, BB 1988 S. 1753.

38 *Grunsky*, DB 1990 S. 529; *Kempfen*, AuR 1989 S. 264.

39 *Mathießen*, DB 1988 S. 290.

40 BAG, a.a.O. (Fn. 10), Bl. 3.

41 *Grunsky*, DB 1990 S. 528.

42 Darauf stützte sich schon RAGE 2 S. 219, 221; ebenso *Grunsky*, DB 1990 S. 528; *Mathießen*, DB 1988 S. 290.

43 *Hagemeier/Kempfen/Zachert/Zilius*, a.a.O. (Fn. 22), § 4 Rdnr. 82 unter Berufung auf *Ramm*. Zu weiteren Schwierigkeiten s. *Däubler/Hege*, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rdnr. 595.

44 *Kempfen*, AiB 1989 S. 67.

45 Zur gestörten Vertragsparität s. statt aller BAG, BB 1987 S. 1247; *Gast*, BB 1986 S. 1518; *ders.* BB 1990 S. 1636.

46 S. *Leipold*, in: Gilles (Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung. Köln-Berlin u. a. 1983, S. 60.

47 *Mathießen*, DB 1988 S. 290; zustimmend *Hagemeier/Kempfen/Zachert/Zilius*, a.a.O. (Fn. 22), § 4 Rdnr. 92 b.

48 In diese Richtung auch *Auffarth*, Anm. zu BAG, AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 – Betriebsvereinbarung, sowie in neuerer Zeit insbesondere *Rüthers*, Anmerkung zu BAG, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG Bl. 4 R = BB 1987 S. 1178.

49 Wie oben bei Fn. 24.

50 Vgl. nur *Stein/Jonas/Schumann*, Bd. II/1, 20. Aufl. Tübingen 1987, § 256 Rdnr. 38.

51 BAG, 8. 11. 1957 – 1 AZR 274/56, AP Nr. 7 zu § 256 ZPO = BB 1958 S. 232.

52 BAG, 8. 2. 1963 – 1 AZR 511/61, AP Nr. 42 zu § 256 ZPO Bl. 2 = BB 1963 S. 601.

53 Oben I.

54 BAG, AP Nr. 7 zu § 256 ZPO Bl. 3 = BB 1958 S. 232.

55 Ebenso ohne nähere Begründung BAG, AP Nr. 42 zu § 256 ZPO Bl. 1 R = BB 1963 S. 601 und in neuerer Zeit BAG, 12. 9. 1984 – 1 AZR 342/83, AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

tungsgesetz verstoßen haben<sup>56</sup>. In der Tat sind die im Zivilprozeßrecht entwickelten Voraussetzungen für eine Prozeßstandschaft gegeben<sup>57</sup> – im Gewerkschaftsbeitritt liegt eine konkludente Ermächtigung zur (gerichtlichen oder außergerichtlichen) Interessenwahrung, das weiter erforderliche Eigeninteresse der Gewerkschaft liegt in der Beachtung der von ihr abgeschlossenen Tarifverträge und ihrer damit verbundenen Attraktivität<sup>58</sup>.

Solange das BAG dem nicht Rechnung trägt, sind für die Praxis die schönsten Argumente allenfalls das Papier wert, auf dem sie geschrieben stehen: Eine effektive Beachtung der Tarifverträge ist auf diesem Wege nicht erreichbar.

## 6. Verfahren nach § 23 BetrVG

Schließen Arbeitgeber und Betriebsrat eine tarifwidrige Vereinbarung, so könnte darin ein „grober Verstoß“ gegen Pflichten aus dem BetrVG liegen. Er würde jede im Betrieb vertretene Gewerkschaft berechtigen, gegen den Betriebsrat wie gegen den Arbeitgeber vorzugehen: Nach § 23 Abs. 1 BetrVG könnte die Auflösung des Betriebsrats beim Arbeitsgericht beantragt werden, nach § 23 Abs. 3 BetrVG ist ein Leistungs- und Unterlassungsantrag gegen den Arbeitgeber möglich. Auch hier ergibt sich eine Reihe von Problemen.

Die Pflicht zur Respektierung vorgehender (oder üblicher) Tarifverträge ergibt sich nicht ausdrücklich aus § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 BetrVG. Dennoch handelt es sich um eine aus dem BetrVG folgende Pflicht, da § 2 Abs. 1 des Gesetzes von vertrauensvoller Zusammenarbeit „unter Beachtung der geltenden Tarifverträge“ spricht<sup>59</sup>. In vielen Fällen wird jedoch zweifelhaft sein, ob der Verstoß als „grob“ zu qualifizieren ist. So fehlt es daran beispielsweise in der Regel, wenn die von den Betriebsparteien gewählte Auslegung des Tarifvertrags oder der Betriebsvereinbarung „vertretbar“ und eine höchstgerichtliche Klärung noch nicht erfolgt ist<sup>60</sup>. Zwar wird kein Verschulden vorausgesetzt<sup>61</sup>, doch wird es einem Arbeitsgericht – von Fällen eines offensichtlichen Widerspruchs zum Tarifvertrag einmal abgesehen – schon im Hinblick auf die möglichen Rechtsfolgen schwerfallen, das Vorliegen des § 23 BetrVG zu bejahen<sup>62</sup>. Diese sind zudem für das eigentliche Verfahrensziel wenig adäquat. Für den Antrag nach § 23 Abs. 1 BetrVG liegt dies auf der Hand, da die Auflösung des Betriebsrats die einmal abgeschlossene Betriebsvereinbarung nicht aus der Welt schafft: Erst das Nachfolgegremium könnte dann ein Beschlußverfahren einleiten, in dem die Unwirksamkeit auch formell festgestellt würde. Doch davon ganz abgesehen: Es kann Fälle geben, in denen beide Seiten einen Klärungsbedarf besitzen und ein Amtsenthebungsverfahren deshalb ein viel zu grobes Geschütz wäre<sup>63</sup>. Auch ein Vorgehen gegen den Arbeitgeber nach § 23 Abs. 3 BetrVG hätte nicht immer den erwünschten Erfolg: Selbst wenn das Arbeitsgericht entgegen allen Erwartungen den groben Pflichtverstoß bejahen würde, käme eine Korrektur nur für die Zukunft in Betracht; das BAG hat die Anträge nach § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG zu Recht mit einer „Abmahnung“ verglichen<sup>64</sup>.

## 7. Durchsetzung von Tarifverträgen im Wege der Konkurrentenklage?

Die Unterschreitung tariflicher Standards kann nach der Rechtsprechung den Tatbestand des § 1 UWG erfüllen. Dies ist bereits vom Reichsgericht am Beispiel untertariflicher Löhne entschieden worden<sup>65</sup>; aus neuerer Zeit liegt ein Urteil des KG vor, in dem es um einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag über Arbeitszeitfragen ging<sup>66</sup>. Voraussetzung für einen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch von Mitbewerbern ist lediglich, daß durch den Tarifbruch ein Wettbewerbsvorsprung erzielt wurde und dies auch für den Unternehmer erkennbar war<sup>67</sup>. Daß dies ein nützliches Mittel darstellt, um Tarifverträge auch wirklich „greifen“ zu lassen, hat Alfred Hueck schon in der Weimarer Zeit zutreffend

betont<sup>68</sup>. Dies wird nicht zuletzt durch die in § 13 UWG vorgesehene Verbandsklage unterstrichen, wonach u. a. auch Verbraucherverbände klagebefugt sind. Die neuere tarifrechtliche Diskussion hat davon bedauerlicherweise kaum Notiz genommen<sup>69</sup>. Dennoch ergibt sich im vorliegenden Zusammenhang keine ausreichende Lösung: Die Gewerkschaft hat unter normalen Umständen keinen Einfluß darauf, daß ein Konkurrent oder ein Verband auch wirklich von den Möglichkeiten des § 1 UWG Gebrauch macht. Außerdem sind durchaus tarifwidrige Betriebsvereinbarungen denkbar, die keine monetären betriebswirtschaftlichen Vorteile bringen und die deshalb auch keinen „Wettbewerbsvorsprung“ verschaffen.

## 8. Streikrecht und Leistungsverweigerung

Ist angesichts des unzureichenden Rechtsschutzes nicht wenigstens eine kampfwise Durchsetzung des Tarifvertrags möglich? Das RAG ging noch wie selbstverständlich davon aus, daß gegen einen tarifwidrig handelnden Arbeitgeber „wirtschaftliche Kampfmaßnahmen“ ergriffen werden könnten<sup>70</sup>. In der Gegenwart wird man mit einer solchen Auffassung allerdings auf erheblichen Widerspruch stoßen.

Das BAG bekennt sich zu einem undifferenziert verstandenen Vorrang des Rechtswegs: Was über staatliche Gerichte durchgesetzt werden kann, darf nicht Gegenstand eines Arbeitskamps sein<sup>71</sup>. Auch die herrschende Meinung hat dem zugestimmt<sup>72</sup>. Undifferenziert ist diese Auffassung deshalb, weil sie nicht danach unterscheidet, ob die prozessualen Mittel der streikführenden Gewerkschaft oder dem Individuum zustehen, und weil sie auch nicht danach fragt, ob formal gegebene Möglichkeiten effektiv in Anspruch genommen werden können<sup>73</sup>. Gleichwohl ist die Chance als gering einzuschätzen, daß die Rechtsprechung entgegen bisher eingenommenen Positionen einen Streik als rechtmäßig behandeln würde<sup>74</sup>. Dabei ist noch gar nicht berücksichtigt, daß gegen eine solche Aktion auch rechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Friedenspflicht erhoben würden<sup>75</sup>.

Soweit ein Tarifvertrag Individualansprüche einräumt, steht allerdings den berechtigten Arbeitnehmern nach § 273 BGB

56 Loritz, ZfA 1985 S. 195 ff. m.w.N.

57 Dazu BGHZ 96 S. 151, 152 ff.: Stein/Jonas/Leipold, ZPO, Bd. 1, 20. Aufl. 1984, vor § 50 Rdnr. 41; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl. 1986, § 94 II 2.

58 Näher Däubler/Hege, a.a.O. (Fn. 43), Rdnrn. 598 ff.; ebenso Hagemeyer/Kempfen/Zachert/Zilius, a.a.O. (Fn. 22), § 4 Rdnr. 91. Für ein Klagerecht grundsätzlich auch Wolf, Die Klagebefugnis der Verbände, 1971, S. 46.

59 Schon insoweit Bedenken bei ArbG Freiburg, S. 15, 16 der Entscheidung und bei Matthießen, DB 1988 S. 290.

60 BAG, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 Bl. 3 = BB 1983 S. 1724.

61 BAG, AP Nr. 5 zu § 23 BetrVG 1972 = BB 1986 S. 1358.

62 Kempfen, AuR 1989 S. 264.

63 Däubler, a.a.O. (Fn. 22), S. 474.

64 BAG, a.a.O. (Fn. 61).

65 RGZ 117 S. 16.

66 KG, WRP 1981 S. 276: Der Bäckerei-Tarifvertrag hatte ein „Ausfahrverbot“ für Montag vorgesehen, eine Brotfabrik sich nicht daran gehalten. Zustimmung Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16. Aufl. 1988, § 1-UWG Rdnr. 601.

67 Ebenso für die Mißachtung des Verbots der Sonntagsarbeit BGH, AuR 1989 S. 260; zustimmend Kohle, AuR 1989 S. 241 ff.

68 Hueck, JW 1927 S. 2367.

69 S. aber zum gleichliegenden Problem im Arbeitsschutzrecht Kohle, AuR 1989 S. 241 ff.

70 RAGE 2 S. 219, 222.

71 BAG, AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = BB 1978 S. 1115.

72 Löwisch/Rieble, in Löwisch (Hrsg.), Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht, 1989, Rdnr. 305 f.; Rütters, in: Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1982, Rdnr. 140 m. w. N.

73 Weitere Kritikpunkte bei Schumann, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht 2. Aufl. 1987, Rdnrn. 167 ff.; Hagemeyer/Kempfen/Zachert/Zilius, a.a.O. (Fn. 22), § 4 Rdnr. 96.

74 Ebenso Berg/Bobke, WSI-Mitt. 1982 S. 239.

75 Dazu Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/1, 7. Aufl. 1967, S. 314, S. 322; Rütters, in: Brox/Rütters, a.a.O. (Fn. 72), Rdnr. 230; Wiedemann/Stumpf, a.a.O. (Fn. 36), § 1 Rdnr. 341.

ein Zurückbehaltungsrecht an ihrer Arbeitsleistung zu, wenn der Arbeitgeber seine Pflichten nicht erfüllt<sup>76</sup>. Sich darauf zu berufen, ist für den einzelnen Arbeitnehmer allerdings in der Regel noch viel problematischer als der Gang zum Gericht; eine „Gemeinschaftsaktion“ aller Betroffenen scheidet überdies faktisch aus, wenn der tarifwidrige Zustand vom Betriebsrat mitgetragen und so zumindest von einem beträchtlichen Teil der Belegschaft unterstützt wird. Außerdem ist zu beachten, daß das Zurückbehaltungsrecht niemals als Alternative zum Rechtsschutz gesehen wurde; niemand ist je auf den Gedanken verfallen, gerichtliche Durchsetzungsmöglichkeiten deshalb zu beschneiden, weil ja ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 273 BGB bestehe.

### 9. Zwischenergebnis

Trotz aller Vielfalt der prozessualen Wege besteht für die Gewerkschaft (wie im übrigen auch für den Arbeitgeberverband) keine effektive Möglichkeit, die Beachtung des Tarifvertrags im einzelnen Unternehmen zu erzwingen. Dies ist dann besonders bedenklich, wenn sich Arbeitgeber und Betriebsrat als konkurrierende Normsetzungsinstanzen verstehen und tarifwidrige Betriebsvereinbarungen treffen: Für den Schutz der Tarifautonomie macht es einen gravierenden Unterschied, ob „nur“ in Einzelfällen tarifwidrige Arbeitsverträge geschlossen werden oder ob ein ganzes Unternehmen aus dem Ruder läuft<sup>77</sup>. Die darin liegenden, über den Einzelfall hinausgehenden Gefahren hat das BAG an anderer Stelle durchaus anerkannt; betriebliche Abmachungen könnten tarifliche Regelungen präjudizieren und in bestimmte, möglicherweise nicht gewollte Bahnen lenken<sup>78</sup>. Nur im vorliegenden Fall soll die Tarifautonomie nicht gefährdet sein<sup>79</sup>. Auch erscheint es alles andere als konsequent, auf der einen Seite die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen auf die Betriebspartner nur in beschränktem Umfang zuzulassen<sup>80</sup>, gleichzeitig jedoch eine weitgehende faktische Verselbständigung der betrieblichen Ebene ohne weiteres hinzunehmen.

Das Rechtsschutzdefizit, das sich im vorliegenden Fall zeigt, findet überdies einige Parallelen in der sonstigen Rechtsprechung des Ersten Senats. So soll der (mit der Gewerkschaft kooperierende) Betriebsrat trotz § 80 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG keinen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Beachtung der Tarifverträge haben<sup>81</sup>, und auch Mitbestimmungsrechte sehen sich dadurch entscheidend relativiert, daß angeblich kein Anspruch auf Unterlassung mitbestimmungswidriger Handlungen gegen den Arbeitgeber besteht<sup>82</sup>. Im letzteren Fall wird die „unzureichende Sicherung der materiell-rechtlichen Befugnisse“ sogar ausdrücklich zugestanden<sup>83</sup> – der ansonsten beträchtliche Mut zur Ausfüllung von Gesetzeslücken und zur Rechtsfortbildung hat die entscheidenden Personen hier offensichtlich verlassen. Unter diesen Umständen ist die Frage unausweichlich, ob der bestehende Zustand mit der Verfassungsgarantie der Tarifvertragsfreiheit vereinbar ist.

## III. Verfassungsrechtliche Vorgaben

### 1. Die Garantie der Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 GG

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Tarifautonomie im Kernbereich durch Art. 9 Abs. 3 GG garantiert<sup>84</sup>. Wie das BAG vor kurzem verdeutlicht hat<sup>85</sup>, bedeutet dies, daß die Tarifparteien grundsätzlich den Gesamtbereich der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG regeln können; der Gesetzgeber hat lediglich die Möglichkeit, diese Befugnis bis zur Grenze des „Kernbereichs“ einzuschränken<sup>86</sup>. Dies entspricht der im verfassungsrechtlichen Schrifttum herrschenden Auffassung<sup>87</sup>. Soweit keine derartige Einschränkung vorliegt, bewegen sich die Tarifparteien in dem durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Bereich, sie üben ihre jeweiligen Grundrechte aus.

Im hier zu erörternden Zusammenhang steht keine Einschränkung der Tarifautonomie in Rede. § 77 Abs. 3 BetrVG hat im Gegenteil nach allgemeiner Auffassung Schutzfunktion zugunsten der „ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie“<sup>88</sup>, er will sie gegen eine Aushöhlung durch konkurrierende Kollektivvereinbarungen auf betrieblicher Ebene schützen<sup>89</sup>. Setzen sich die Betriebspartner über diese Grenze hinweg, üben sie Handlungskompetenzen der Tarifparteien aus und erschweren damit über das vom Gesetz zugelassene Maß hinaus deren Grundrechtsausübung.

### 2. Das Gebot der Grundrechtseffektivität

Grundrechte dürfen für den einzelnen Bürger nicht nur auf dem Papier existieren. Der Gesetzgeber und die an seiner Stelle handelnde Rechtsprechung sind vielmehr gehalten, die erforderlichen organisatorischen und verfahrensmäßigen Vorkehrungen zu treffen, um beispielsweise das Grundrecht der Berufsfreiheit<sup>90</sup> oder der Wissenschaftsfreiheit<sup>91</sup> praktisch wirksam werden zu lassen. Die „Grundrechtsrealisierung durch Organisation und Verfahren“ ist insbesondere bei der Handhabung und Ausgestaltung prozessualer Vorschriften bedeutsam geworden<sup>92</sup>. So folgt etwa nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, daß der Vermieter in der Lage sein muß, ohne unzumutbaren Aufwand die Berechtigung eines Mieterhöhungsverlangens beweisen zu können<sup>93</sup>. Im Zusammenhang mit dem Schutz des Grundrechts auf Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 GG verlangte das Gericht eine „Verfahrensgestaltung, die auf bestmöglichen Grundrechtsschutz hinwirkt“<sup>94</sup>. Von „effektivem“ Rechtsschutz ist auch an zahlreichen anderen Stellen die Rede<sup>95</sup>. Daß man materielles Recht auch prozessual durchsetzen können muß, wird nicht zuletzt an der Aussage deutlich, die Mitglieder der Koalition

76 Allgemeine Meinung, s. die Nachweise bei *Hagemeyer/Kempfen/Zachert/Zilius*, a.a.O. (Fn. 22), § 4 Rdnr. 83; *Däubler*, a.a.O. (Fn. 22), S. 224 ff.

77 Dies ist in *BAG*, a.a.O. (Fn. 7) nicht bedacht, wenn es dort heißt, die Gewerkschaft hätte auch keine Möglichkeiten, gegen tarifwidrige Arbeitsverträge vorzugehen. Kritisch auch *Grunsky*, DB 1990 S. 530.

78 *BAG*, 24. 2. 1987 – 1 ABR 18/85, BB 1987 S. 1246 unter B II 4 b ee der Gründe.

79 *BAG*, a.a.O. (Fn. 7), Bl. 2 R.

80 *BAG*, a.a.O. (Fn. 27), Bl. 5; *Kissel*, NZA 1986 S. 77 ff.

81 *BAG*, AP Nr. 26 zu § 80 BetrVG 1972 Bl. 3 R = BB 1987 S. 62, wo sich der bemerkenswerte Satz findet: „Daß der Arbeitgeber auf diese Weise zu einem gesetzes- bzw. tarifkonformen Verhalten veranlaßt würde, spricht für sich allein betrachtet allerdings noch nicht gegen eine solche Befugnis des Betriebsrats.“ Könnte dieser Gesichtspunkt nicht vielleicht für eine Antragsbefugnis des Betriebsrats sprechen?

82 *BAG*, a.a.O. (Fn. 60).

83 *BAG*, a.a.O. (Fn. 60), Bl. 5. Eine weitere „Hypothek“ für die Tarifwirkung liegt in der Unzulässigkeit von Effektivklauseln. Dazu *Däubler*, a.a.O. (Fn. 22), S. 162 ff. m.w.N.

84 Grundlegend *BVerfGE* 4 S. 96 ff.

85 Urteil v. 3. 4. 1990 – 1 AZR 123/89, PersR 1990 S. 239 mit Anm. *Däubler* = BB 1990 S. 1634 (Ls).

86 Unter B I 5 der Gründe.

87 Zur Unterscheidung zwischen Schutzbereich und Garantiebereich bei Art. 9 Abs. 3 s. *Lübbe-Wolff*, DB 1988 Beil. 3 S. 3 m.w.N. Überblick über die Kernbereichsrechtsprechung des *BVerfG* und die daran anknüpfenden Kontroversen bei *Däubler*, in: ders. (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, Rdnrn. 90 b–93 b.

88 So *BAG*, AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972 Bl. 4 R = BB 1987 S. 1246.

89 *BAG*, a.a.O. (Fn. 80), Bl. 3 R. Ebenso *BAG*, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung Bl. 5 R = BB 1982 S. 432 und *BAG*, AP Nr. 13 zu § 118 BetrVG 1972 Bl. 2 R = BB 1979 S. 1555 sowie in der Literatur *Grunsky*, DB 1990 S. 529; *Kempff*, AiB 1989 S. 67; *Mathiesen*, DB 1988 S. 288; *Weyand*, AuR 1989 S. 194.

90 Dazu im hier interessierenden Zusammenhang *Kempfen*, AuR 1986 S. 129 ff.

91 *BVerfGE* 35 S. 79 ff.

92 Dazu insbes. *Denninger*, GG, vor Art. 1 Rdnrn. 15 ff.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl. 1985, Rdnrn. 358 ff.

93 *BVerfGE* 37 S. 132, 141, 148.

94 *BVerfGE* 53 S. 30, 75.

95 S. etwa *BVerfGE* 46 S. 325, 334; 49 S. 220, 225.

hätten das Recht, „an deren Arbeit teilzunehmen und Beeinträchtigungen ihrer Tätigkeit zugleich als Verstoß gegen das eigene Grundrecht anzufechten“.<sup>96</sup>

#### IV. Umsetzung im Bereich der Tarifautonomie

##### 1. Gerichtliche und andere Formen der Grundrechtseffektivierung

Dem Gesetzgeber stehen prinzipiell verschiedene Möglichkeiten offen, wie er eine wirksame Ausübung der Tarifautonomie sichern will. Eingriffe in den grundrechtsgeschützten Handlungsbereich könnten einmal in der Weise abgewehrt werden, daß die staatliche Verwaltung – etwa in Form der Gewerbeaufsicht – darüber wacht, daß sich nicht entgegen § 77 Abs. 3 BetrVG konkurrierende Ordnungen etablieren. Weiter könnte man daran denken, das Streikrecht nicht nur auf den Abschluß sondern auch auf die Durchführung von Tarifverträgen zu beziehen und es so als Abwehrmittel gegen „Sonderentwicklungen“ einzusetzen. Schließlich kommt als drittes und letztes „Verfahren“ (im weiten Sinn) der gerichtliche Rechtsschutz in Betracht. Der Gesetzgeber besitzt ein weites Ermessen bei der Auswahl zwischen diesen drei Wegen; die Verfassung verbietet lediglich, keines dieser Verfahren vorzusehen und so ein Stück Grundrechtsausübung ohne Schutz zu lassen.

Es bedarf keiner näheren Begründung, daß die Verwaltungskontrolle und der Streik sehr viel weniger mit dem überkommenen Arbeitsrechtssystem harmonisieren als die Eröffnung des Rechtswegs. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ist der Richter daher gehalten, der Gewerkschaft eine Klagemöglichkeit einzuräumen, durch die eine tarifwidrige Betriebsvereinbarung aus der Welt geschafft werden kann. Wenn man schon entgegen der Rechtsprechung zum BetrVG 1952<sup>97</sup> im geltenden Gesetzesrecht keine Grundlage für eine Antragsbefugnis entdecken kann, muß dieses zumindest verfassungskonform interpretiert werden: § 77 Abs. 3 BetrVG enthält deshalb nicht nur einen materiell-rechtlichen Tarifvorbehalt sondern auch die Befugnis der Tarifparteien, gegen Eingriffe in diesen, ihnen vorbehaltenen Handlungsbereich gerichtlich vorgehen zu können<sup>98</sup>.

##### 2. Umsetzung bei sonstigen Formen spezifisch koalitionsmäßiger Betätigung

Die hier vertretene Auffassung läßt sich auch darauf stützen, daß die Rechtsprechung bei anderen Erscheinungsformen koalitionsmäßiger Betätigung sehr wohl auf einen effektiven Rechtsschutz geachtet hat. So kann eine Gewerkschaft gegen eine Konkurrenzorganisation im Klagewege vorgehen, wenn ihr „Wirken“ durch unfaire Werbung beeinträchtigt wird<sup>99</sup>. Das Gebot, ausreichenden Rechtsschutz zu gewähren, wurde dabei so ernst genommen, daß sich der BGH sogar über § 50 ZPO hinwegsetzte, der nichtrechtsfähigen Vereinen (zu denen die Gewerkschaften zählen) die aktive Parteifähigkeit verweigert<sup>100</sup>. Weiter ist der Gewerkschaft als solcher das Recht eingeräumt worden, einen einzelnen Arbeitgeber auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen, der die Einstellung einer Bewerberin von ihrem vorherigen Gewerkschafts Austritt abhängig gemacht hatte<sup>101</sup>. Auch wenn durch einen solchen Einzelfall die gewerkschaftliche Handlungsfreiheit nicht insgesamt gefährdet ist, wird doch die Abwehr erlaubt: Der Schutz der Verfassung erstreckt sich eben nicht nur auf eine Art Minimum sondern auf alle legale Formen gewerkschaftlicher Betätigung. Aus diesem Grunde ist es völlig konsequent, wenn das BAG dem Arbeitgeberverband wie der Gewerkschaft das Recht zuspricht, gegen rechtswidrige Arbeitskämpfmaßnahmen der Gegenseite gerichtlich vorgehen zu können<sup>102</sup>: Auch wenn nur ein Unternehmen betroffen ist, wäre die Freiheit der Willensbildung und des Tarifabschlusses beeinträchtigt<sup>103</sup>. Schließlich wird nicht nur die Werbungs- und Verhandlungssituation sondern auch die Normsetzung als solche einbezogen: Arbeitnehmerkammern als öffentlich-rechtliche

che Zwangskörperschaften sind jedenfalls dann unzulässig, wenn sie in den Bereich der Tarifpolitik eingreifen könnten und so zu einer konkurrierenden Normsetzungsinstanz würden<sup>104</sup>. Daß sie sich dagegen auch prozessual, insbesondere mit der Verfassungsbeschwerde zur Wehr setzen könnten, liegt auf der Hand. Warum soll anderes gelten, wenn es sich um eine gesetzwidrige, gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstößende „Konkurrenz“ handelt? Die Tarifautonomie erschöpft sich ersichtlich nicht in dem Recht zum Tarifabschluß sondern umfaßt auch die Phase der Umsetzung und damit das Recht, Eingriffe von dritter Seite abzuwehren. Auch wird man schwerlich behaupten können, unlautere Werbung durch eine Konkurrenzorganisation oder die Diskriminierung eines einzelnen Mitglieds seien schwerere Eingriffe als die Etablierung einer tarifwidrigen Konkurrenzordnung in einem Betrieb oder Unternehmen<sup>105</sup>.

##### 3. Der Anspruch auf Gewährung von Rechtsschutz

Das „Zusammenfallen“ von materiell-rechtlicher Berechtigung und prozessualer Durchsetzungsmöglichkeit läßt sich nicht nur als eine Form der Grundrechtseffektivierung begreifen. Dasselbe Ergebnis folgt vielmehr auch aus dem Justizgewährungsanspruch, der über das in Art. 19 Abs. 4 GG geregelte Bürger-Staat-Verhältnis hinaus einen Anspruch darauf gewährt, eigene Rechte vor Gericht verteidigen zu können<sup>106</sup>. Ausnahmen existieren nur für sogenannte Naturalobligationen wie z. B. den Anspruch auf den Ehemäklerlohn nach § 656 Abs. 1 BGB; von einer solchen Regelung kann hier jedoch nicht die Rede sein<sup>107</sup>.

##### 4. Konsequenzen für die Antragsbefugnis im Beschlußverfahren

Aus dem bisher Gesagten folgt zwingend, daß die Gewerkschaft ein Beschlußverfahren mit dem Ziel einleiten kann, die Unwirksamkeit einer tarifwidrigen Betriebsvereinbarung feststellen zu lassen. Besteht Grund zu der Annahme, daß eine solche Feststellung nicht beachtet würde, kann auch ein Leistungsantrag gestellt werden: Er würde sich – soweit möglich – auf Rückgängigmachung tarifwidriger Maßnahmen sowie darauf richten, daß Arbeitgeber und Betriebsrat in Zukunft keine entsprechenden Betriebsvereinbarungen mehr abschließen dürfen<sup>108</sup>.

96 BVerfGE 38 S. 281, 303 = BB 1976 S. 418.

97 S. oben Fn. 15.

98 Ebenso im Ergebnis Grunsky DB 1990 S. 529; Hagemeyer/Kempfen/Zachert/Zilius, a.a.O. (Fn. 22), § 4 Rdnr. 92 b; Matthießen, DB 1988 S. 287; Weyand, AuR 1989 S. 199; Däubler, a.a.O. (Fn. 22), S. 475.

99 BGH, AP Nr. 6 zu § 54 BGB = BB 1964 S. 1299 und S. 1423.

100 S. Fn. 99.

101 BAG, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG = BB 1987 S. 1178.

102 BAG, AP Nr. 101 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf = BB 1988 S. 912 und S. 1674 in Abweichung von der vorhergehenden Rechtsprechung.

103 Rühers/Bakker, Anmerkung zu BAG, EzA Nr. 74 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf.

104 BVerfG, 18. 12. 1974 – 1 BvR 430/65 und 259/69, AP Nr. 23 zu Art. 9 GG Bl. 9 = BB 1976 S. 418.

105 Ähnlich die Argumentation von Loritz, ZfA 1985 S. 190 f.: Wenn sich der Verband gegen unlautere Werbung eines Konkurrenten wehren kann, muß er erst recht gegen rechtswidrige Arbeitskämpfmittel vorgehen können.

106 Benda/Weber, in: Gilles (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), S. 9; Rosenberg/Schwab, a.a.O. (Fn. 57), § 3 I; Stein/Jonas/Schumann, a.a.O. (Fn. 50), Einleitung Rdnr. 207 ff. Zweifelnd lediglich LAG Hamm, LAGE Nr. 33 zu § 76 BetrVG 1972.

107 Es sei allerdings erlaubt, auf die durch die Weimarer Verfassung überholte Vorschrift des § 152 Abs. 2 GewO hinzuweisen, die den Ansprüchen zwischen Mitgliedern und Gewerkschaft die Einklagbarkeit versagte. Sind die heutigen Schwierigkeiten um die Durchsetzung von Tarifverträgen (s. oben bei Fn. 81) eine Art Neuaufgabe der damaligen Problematik? Die Vermutung liegt nahe, zumal sich prozessuale Benachteiligungen sehr viel schwerer in der Öffentlichkeit kritisieren lassen als Einseitigkeiten im materiellen Recht.

108 Einzelheiten, insbesondere bezüglich der Bestimmtheit des Antrags, können hier nicht erörtert werden. Auch dürfte der Betriebsrat zumin-

Die Rückkehr zur Rechtsprechung nach dem BetrVG 1952 ist entgegen der Auffassung des *ArbG Freiburg*<sup>109</sup> kein so großer Schritt, daß er dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben müßte. Im Gegenteil: § 77 Abs. 3 BetrVG 1972 hat den Tarifvorbehalt gegenüber § 59 BetrVG 1952 ausgeweitet, so daß umgekehrt eher die neuere BAG-Rechtsprechung die Grenzen richterlicher Gestaltungsfreiheit überschritten hat. Wie dem auch sei, den verfassungsgebundenen Grundsatz anzuwenden, daß materielles Recht auch prozessual durchsetzbar sein muß, ist traditionelle, um nicht zu sagen: traditionellste Aufgabe der Gerichte, und deshalb das schlichte Gegenteil von (vielleicht allzu avantgardistischer) Rechtsfortbildung.

Da sich die Antragsbefugnis der Gewerkschaft auf den Fall tarifwidriger Betriebsvereinbarungen beschränkt, wird ihr damit auch kein generelles Aufsichts- und Kontrollrecht über das Funktionieren der Betriebsverfassung eingeräumt<sup>110</sup>. Geht der Streit um das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts<sup>111</sup> oder um eine Betriebsvereinbarung, durch die die (tariflich nicht geregelte) Zahl der Gesamtbetriebsratsmitglieder herabgesetzt wurde<sup>112</sup>, so ist die Gewerkschaft ganz im Sinne der bisherigen BAG-Rechtsprechung nicht antragsbefugt.

Die „Verteidigung“ des Tarifvertrags kann von der Gewerkschaft allein (bzw. vom Arbeitgeberverband) in die Wege geleitet werden. Entgegen einer Hilferwägung des BAG<sup>113</sup> bedarf es keines gemeinsamen Vorgehens mit der Arbeitgeberseite: Dagegen spricht die mögliche Umständlichkeit des Verfahrens<sup>114</sup>, dagegen auch der Vertragscharakter des Tarifs, dem die Befugnis jeder Seite entspricht, sich der ihr günstigen Punkte innerhalb des „Kompromißpakets“ anzunehmen und auf ihre Einhaltung zu dringen. Selbst wenn man unter Abkehr von allen bisherigen Prinzipien des Tarif- und Arbeitskampfrechts wie z. B. dem Fehlen eines Verhandlungsanspruchs<sup>115</sup> eine Art „Tarifgemeinschaft“ der beiden Tarifparteien konstruieren wollte, müßte mangels abweichender Abreden § 432 Abs. 1 BGB eingreifen, der jedem Gläubiger das Recht zur Geltendmachung des Anspruchs einräumt<sup>116</sup>.

Eine hier nicht zu erörternde Frage ist, inwieweit die Gewerkschaft tarifkonformes Verhalten auch dann durchsetzen kann, wenn in größerer oder geringerer Zahl tarifwidrige Arbeitsverträge abgeschlossen werden. Vieles spricht dafür, den Gedanken der Grundrechtseffektivität auch hier fruchtbar zu machen und eine durch den Beitritt legitimierte Prozeßstandschafft anzunehmen<sup>117</sup>. Dies liegt besonders dann nahe, wenn die den Arbeitnehmer benachteiligenden Abweichungen vom Tarifvertrag<sup>118</sup> in Allgemeinen Arbeitsbedingungen enthalten sind, die eine vergleichbare Breitenwirkung wie eine Betriebsvereinbarung entfalten können<sup>119</sup>. Nicht überzeugend ist jedenfalls das vom BAG verwendete Argument, da tarifwidrige Arbeitsverträge hinzunehmen seien, könne für Betriebs-

vereinbarungen nichts anderes gelten<sup>120</sup>: Die Verfassung verlangt jedenfalls, die weitestgehende Aushöhlung der Tarifautonomie, nämlich die durch Betriebsvereinbarung bewirkte, effektiv korrigieren zu können. Gerade umgekehrt stellt sich die Frage, ob das für Betriebsvereinbarungen Geltende nicht auch auf andere Gestaltungsformen wie den Arbeitsvertrag erstreckt werden muß.

## 5. Unterschiede zur Verbandsklage

Die hier bejahte Antragsbefugnis verläßt den traditionellen Rahmen des Rechtsschutzsystems nicht. Die Gewerkschaft macht ausschließlich eigene subjektive Rechte geltend. Weiter gehen alle jene Vorschriften, die wie § 13 UWG<sup>121</sup>, §§ 13 ff. AGB-Gesetz<sup>122</sup> und einige Landesnaturschutzgesetze<sup>123</sup> eine Verbandsklage vorsehen: Bei ihnen geht es primär um die Wahrung von Allgemeininteressen, der klagende Verband ist „Sachwalter“ für andere<sup>124</sup>. Die Zusatzprobleme, ob und wie die Prozeßmaximen an das spezifische „Verfahrensziel“ anpassen sind<sup>125</sup>, stellen sich daher nicht.

dest notwendiger Beteiligter nach § 83 Abs. 3 BetrVG sein. Die Aufnahme von Verhandlungen oder die Anrufung der Einigungsstelle wäre eine Verletzung des Unterlassungsgebots, das die Rechtsfolgen des § 890 ZPO auslösen würde. Wird über andere Fragen verhandelt und die Einigungsstelle eingeschaltet, die eine der untersagten vergleichbare Regelung treffen will, so müssen Geschäftsleitung und Betriebsrat auf die von ihnen entsandten Vertreter in dem Sinne einwirken, daß eine solche Abmachung unterbleibt.

109 S. oben Fn. 24.

110 *Dietz/Richardi*, a.a.O. (Fn. 3), § 77 Rdnr. 175; *Hess/Schlochauer/Glaubitz*, a.a.O. (Fn. 22), § 77 Rdnr. 70; *Kreutz* in: *GK-BetrVG*, a.a.O. (Fn. 2), § 77 Rdnr. 1.

111 So in den Fällen *BAG*, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 – Prämie und *BAG*, AP Nr. 63 zu Art. 9 GG-Arbeitskampf = BB 1979 S. 1348.

112 So im Fall *BAG*, AP Nr. 6 zu § 47 BetrVG 1972 = BB 1987 S. 1881.

113 *BAG*, a.a.O. (Fn. 7) Bl. 2 R.

114 Ggfs. müßte zunächst ein Verfahren nach § 9 TVG gegen den Arbeitgeberverband durchgeführt werden

115 S. zuletzt *BAG*, DB 1989 S. 1832 = BB 1989 S. 1348 (Ls).

116 Auch *Rüthers*, (Anm. zu *BAG*, a.a.O. (Fn. 48)) sieht die prozessuale Verteidigung des tariflich Vereinbarten als von Art. 9 Abs. 3 gedeckte Aktivität der einzelnen Tarifpartei.

117 Dazu oben II 5 sowie *Däubler/Hege*, a.a.O. (Fn. 43), Rdnr. 597 und *Däubler*, a.a.O. (Fn. 22), S. 222 ff. m.w.N.

118 Günstigere Abmachungen sind anders als im Bereich des § 77 Abs. 3 BetrVG nach § 4 Abs. 3 TVG jederzeit möglich.

119 Die gerichtliche Überprüfung erwägt für diesen Fall auch *Grunsky*, DB 1990 S. 530.

120 *BAG*, a.a.O. (Fn. 7), Bl. 2 R.

121 Dazu oben II 7.

122 Dazu *Eike Schmidt*, NJW 1989 S. 1193.

123 Nachweise bei *Prümm*, Umweltschutzrecht, Frankfurt/Main 1989, S. 342.

124 Vgl. *Leipold*, in: *Gilles* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), S. 66 ff.

125 Dazu *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 122).

## Zur Diskussion

### Auf dem Weg zur personenbezogenen Sozialversicherung

Erwiderung zu: *Söther*, BB 1990 Beilage 22

Von *Ulf Berger-Delhey*, Bonn

I. Mit der am 1. 1. 1989 zum Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG)<sup>1</sup> in Kraft getretenen Novelle<sup>2</sup> faßte der Gesetzgeber u. a. die den Kreis nach diesem Gesetz versicherter Personen festlegenden §§ 1, 2 KSVG neu. Während bisher nach Maßgabe des § 25 Abs. 1 Satz 1 KSVG Künstlersozialabgabe für „die Entgelte für künstlerische und publizistische Leistungen“ abzuführen war, die „im Laufe eines Kalenderjahrs an Künstler und Publizisten im Sinne des § 2 KSVG“ gezahlt wurden, auch wenn diese „die künstlerische oder publizisti-

sche Tätigkeit nur vorübergehend oder nicht erwerbsmäßig“ ausübten, wobei als „erwerbsmäßig“ jede künstlerische bzw. publizistische Tätigkeit galt, die zugleich zu wirtschaftlichen Erwerbszwecken, d. h. zur Erzielung von Einkommen, ausgeübt wurde, gleichgültig, ob es sich dabei um eine haupt-, neben- oder teilberufliche Tätigkeit handelte<sup>3</sup>, spricht § 25 Abs. 1 Satz 1 KSVG neuer Fassung nunmehr davon, daß der Abgabepflicht diejenigen Entgelte unterlägen, die „an selbständige Künstler oder Publizisten (ge)zahlt“ würden, auch wenn diese selbst nach dem KSVG nicht versicherungspflichtig seien.

1 Künstlersozialversicherungsgesetz vom 27. 7. 1981, BGBl. I S. 705.

2 Gesetz zur Änderung des Künstlersozialversicherungsgesetzes vom 20. 12. 1988, BGBl. I S. 2794.

3 Vgl. z. B. *Zweng*, KSVG, 1983, § 32 Erl. II.