

WOLFGANG DÄUBLER

Betriebsräte und Gewerkschaften

I. Einleitung

Das Thema „Betriebsräte und Gewerkschaften“ hätte vor 15 oder 20 Jahren eher Langeweile provoziert. Warum sollte man angesichts eines langjährigen unproblematischen Nebeneinanders hier Fragen stellen oder gar neue Akzente setzen? Der rechtliche Rahmen schien überdies eindeutig: Das BetrVG gab (und gibt) nicht nur dem Betriebsrat Rechte, sondern sichert auch jeder im Betrieb vertretenen Gewerkschaft eine Reihe wichtiger Einflußmöglichkeiten. Darüber hinaus klammert § 2 Abs.3 BetrVG die autonome Interessenwahrung durch Gewerkschaften aus dem Gesetz aus; wie nicht zuletzt aus den §§ 77 Abs.3, 87 Abs.1 BetrVG und aus dem Vorbehalt zugunsten der Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien in § 74 Abs.2 Satz 1 BetrVG deutlich wird, sollte das Tarif- und Arbeitskampfgeschäft unberührt bleiben.

Die Perspektiven änderten sich seit jeher im Gespräch mit ausländischen Beobachtern. Ihnen gab das „deutsche Modell“ von vornherein Rätsel auf. Die „enge Verflechtung“ zwischen Betriebsräten und Gewerkschaften¹ war zwar vom äußeren Erscheinungsbild her unbestreitbar, doch stellte sich schon immer die Frage, weshalb der Betriebsrat trotz seiner materiellen Absicherung und seiner Mitbestimmungsrechte nicht zu einer „beitragsfreien Ersatzgewerkschaft“ wurde. Die Erklärungsversuche blieben meist in Umschreibungen stecken, die nicht viel Erkenntnisgewinn brachten. Bis heute fehlt eine griffige Formel, die das Neben- und Miteinander der beiden „Säulen“ des dualen Systems der Interessenvertretung auf den Begriff bringen würde. Im Ernstfall hätte man wohl eine Beziehung „sui generis“ angenommen.

In der Gegenwart läßt sich diese Erkenntnisabstinenz nicht mehr aufrechterhalten. In der Praxis werden immer mehr Gegenstände von der

¹ Wlotzke, BetrVG, 2. Aufl. 1992, § 2 Anm.II 1 a.

tariflichen auf die betriebliche Ebene verlagert,² ohne daß über die Folgen immer Klarheit bestünde. Sicherlich: Das System der Trennung in betriebliche und gewerkschaftliche Interessenvertretung war nie ein starres in dem Sinne, daß bestimmte Gegenstände unwiderruflich der einen oder der anderen Ebene zugewiesen gewesen wären. Auf der anderen Seite hatte sich in Jahrzehnten eine grundsätzliche Arbeitsteilung herausgebildet, die möglicherweise ein wesentlicher Garant für die Stabilität der Arbeitsbeziehungen in der Bundesrepublik war.³ Die Gewichte zu verlagern, bedeutet daher möglicherweise sehr viel mehr als nur veränderte Zuständigkeiten; irgendwann könnte der Punkt erreicht sein, von dem an wir ein völlig anders funktionierendes System industrieller Beziehungen hätten. Dies legt es nahe, etwas weiter auszuholen und das bisherige (und im Grundsatz noch immer gültige) Modell auf seine Voraussetzungen zu befragen. Wie ist das Neben- und Miteinander von Betriebsrat und Gewerkschaft im einzelnen beschaffen? Wo liegen die Vorzüge und Gefahren dieses dualen Modells? Kennt die Verschiebung hin zur betrieblichen Ebene rechtliche und politische Grenzen?

II. Die gesetzliche und richterrechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses von Betriebsräten und Gewerkschaften

1. Die Eigenständigkeit des Betriebsrats

Seiner rechtlichen Konstruktion nach ist der Betriebsrat eine eigenständige, von den Gewerkschaften wie vom Arbeitgeber unabhängige Interessenvertretung. Im Vergleich zur Gewerkschaft und ihren potentiellen betrieblichen Aktivitäten ist er in vielerlei Hinsicht privilegiert.

Die Unabhängigkeit zeigt sich einmal in der Wahl, an der alle Belegschaftsangehörigen teilnehmen können. Die Schwelle für einen solchen Schritt ist relativ niedrig; schon drei innerbetriebliche Initiatoren oder eine Gewerkschaft, die über ein einziges Mitglied verfügt, genügen.⁴ Der Kündigungsschutz der Wahlbewerber wie der Mitglieder des Wahlvorstands geht weit über das hinaus, was eine sich konstituierende Gewerkschaftsgruppe für sich reklamieren könnte: Kündigungen einzelner

² S. aus der jüngsten Literatur etwa *Ehmann/Schmidt*, NZA 1995, 193 ff.; *Zachert*, AuR 1995, 1 ff.

³ Vgl. *Blanke*, KJ 1995, 24.

⁴ Zu den gleichwohl noch immer auftauchenden Schwierigkeiten s. *Däubler*, Arbeitsrecht 1, 14. Aufl. 1995, RdNr. 759 ff.

ihrer Mitglieder durch einen „mitbestimmungsunwilligen“ Arbeitgeber ließen sich nur dann vermeiden, wenn die koalitionsfeindliche Tendenz beweisbar wäre; ob es dabei auch nur Beweiserleichterungen gibt, ist alles andere als ausgemacht.⁵

Der Betriebsrat kann seine Arbeit selbst organisieren; der Arbeitgeber muß hierfür nicht nur Arbeitszeit, sondern auch die nötigen materiellen Voraussetzungen zur Verfügung stellen. Weil insoweit nach § 37 Abs. 2 bzw. nach § 40 BetrVG ein Anspruch besteht, ist der Betriebsrat weit entfernt davon, eine vom Arbeitgeber „ausgehaltene“ quasi-gelbe Interessenvertretung zu sein. Gewerkschaftliche Aktivitäten müssen sich demgegenüber allein aus Beiträgen der Mitglieder finanzieren; darüber hinaus ist es auch alles andere als selbstverständlich, daß Vertrauenskörperleitungen während der Arbeitszeit tagen können.⁶

Die Kommunikation mit den „Vertretenen“ hat ebenfalls eine gesetzliche Absicherung erfahren. Der Betriebsrat kann nicht nur bis zu sechs Betriebsversammlungen pro Jahr durchführen; vielmehr ist der einzelne Beschäftigte befugt, sich während der Arbeitszeit an seine Interessenvertretung zu wenden und sich beispielsweise über betriebliche Mißstände zu beschweren. Nach § 39 Abs. 3 BetrVG darf dies keine Lohnminderung zur Folge haben. Auch fehlen Entsprechungen auf der gewerkschaftlichen Seite. Wie unterschiedlich die Maßstäbe sind, wird u. a. daran deutlich, daß ein Arbeitnehmer auch während seiner Pausen kein gewerkschaftliches Informationsmaterial an Arbeitskollegen weitergeben darf, die sich noch innerhalb ihrer Arbeitszeit befinden.⁷

Der Betriebsrat besitzt zahlreiche Beteiligungs-, insbes. Mitbestimmungsrechte, kann also den Arbeitgeber auf zahlreichen Sektoren zu Verhandlungen veranlassen. Betriebsvereinbarungen sind nur bei Vorliegen eines Mitbestimmungsrechts (über die Einigungsstelle) erzwingbar, doch hat der Betriebsrat eine umfassende Kompetenz zum Abschluß freiwilliger Betriebsvereinbarungen in praktisch allen betriebli-

⁵ S. einerseits *Kittner*, Alternativkommentar zum GG, 2. Aufl., 1989, Artikel 9 Abs. 3 RdNr. 81, der eine Beweiserleichterung entsprechend § 611 a Abs. 1 Satz 3 BGB annimmt, andererseits *Löwisch*, in: *Richardi/Wlotzke* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. III, 1993, § 238 RdNr. 65–110, der trotz umfassender Erörterung des Artikels 9 Abs. 3 Satz 2 GG die Problematik nicht einmal anspricht.

⁶ Einzelheiten bei *Däubler*, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 8. Aufl. 1994, RdNr. 504 ff., 539 ff.

⁷ BAG DB 1982, 1327 = AuR 1982, 293 mit Anm. *Herschel*. Gegen eine neuere Entscheidung dieser Art, bei der der Angesprochene ca. 10 Sekunden aufgehalten und das Gewerkschaftsmitglied deshalb abgemahnt wurde, ist Verfassungsbeschwerde eingelegt.

chen Fragen.⁸ Die Gewerkschaft kann Entsprechendes nur erreichen, wenn die Belegschaft zum Arbeitskampf bereit ist.⁹

2. Die Bestimmung des Umfelds durch die Gewerkschaften

Gäbe es nur die bisher beschriebenen Regeln, niemand könnte verhindern, daß Betriebsräte in der Tat zu beitragsfreien Ersatzgewerkschaften würden. Daß dies im traditionellen Modell der deutschen Arbeitsbeziehungen nicht so war (und auch heute noch nicht so ist), liegt an jenen Rechten, die von Verfassung, Gesetzgebung und Rechtsprechung der Gewerkschaft eingeräumt bzw. belassen wurden. Es erscheint angemessen, insoweit drei Bereiche zu unterscheiden.

a) Betriebliche Einflußrechte der Gewerkschaften

Das BetrVG gewährt jeder im Betrieb vertretenen Gewerkschaft bestimmte Rechte, die ein Minimum an Kooperation mit der betrieblichen Interessenvertretung sicherstellen sollen. Da sie dem Arbeitsrechtler geläufig sind, soll hier eine schlagwortartige Zusammenfassung genügen.¹⁰

- Die Gewerkschaft besitzt sog. Kurationsrechte. In betriebsratslosen Betrieben kann sie die Wahl eines Betriebsrats in die Wege leiten, in Betrieben mit Betriebsrat ggf. die Einsetzung eines Wahlvorstands durch das Arbeitsgericht beantragen und in gleicher Weise einen untätigen Wahlvorstand ersetzen lassen. Auch kann sie unter bestimmten Voraussetzungen die Abhaltung einer ordentlichen Betriebsversammlung erzwingen.
- Die Gewerkschaft besitzt sog. Teilnahmerechte. Sie kann an Betriebsratssitzungen teilnehmen, wenn sie auch im Betriebsrat selbst vertreten ist und wenn ein Viertel seiner Mitglieder oder die Mehrheit einer Gruppe ihre Zuziehung verlangt. Entsprechendes gilt für Sitzungen des Gesamt- und des Konzernbetriebsrats. Die Gewerkschaft kann weiter zu sämtlichen Betriebs- und Abteilungsversammlungen Vertreter entsenden, ohne daß es einer gesonderten Einladung bedarf.
- Die Gewerkschaft besitzt sog. Kontrollrechte. Sie kann in weitem Umfang die Rechtmäßigkeit des Verhaltens betriebsverfassungsrechtlicher Organe überprüfen. So ist sie etwa befugt, die Betriebsratswahl,

⁸ Vgl. BAG GS, DB 1990, 1724.

⁹ Überlegungen zu einem Überwechseln von der betrieblichen auf die tarifliche Ebene bei Bösch/Grimberg, Mitbest. 1991, S. 614 ff.

¹⁰ Eingehender Däubler, a.a.O. (oben Fn. 6), RdNr. 91 ff., 127 ff., 174 ff., 189 ff., 256 ff.

aber auch die Wahl des Betriebsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters sowie die Wahl von Ausschußmitgliedern anzufechten. Nach § 23 Abs. 1 BetrVG kann sie ein Amtsenthebungsverfahren gegen den Betriebsrat oder einzelne seiner Mitglieder einleiten. Schließlich ist sie berechtigt, gegen den Arbeitgeber nach § 23 Abs. 3 BetrVG vorzugehen und in bestimmten Fällen Strafantrag zu stellen oder Anzeige wegen einer Ordnungswidrigkeit zu erstatten.

- Die Gewerkschaft kann schließlich im Betrieb informieren und neue Mitglieder werben, doch wird dieses Recht in der bisherigen Rechtsprechung sehr eng bestimmt. Einzelheiten sollen hier nicht interessieren. Von besonderer Bedeutung in der Praxis ist die Vorschrift des § 74 Abs. 3 BetrVG, wonach gewerkschaftliche Betätigung auch Betriebsratsmitgliedern offensteht.

Sieht man diese Rechte im Zusammenhang, so wäre damit allein eine Kooperation zwischen Betriebsräten und Gewerkschaften keineswegs sichergestellt. Solange sich ein Betriebsrat nicht grob rechtswidrig verhält, könnte sein Verhalten nicht von der Gewerkschaft korrigiert werden. Mit den genannten Rechten läßt sich eine betriebsegoistische Form von Interessenvertretung nicht verhindern, die jedes gemeinsame Vorgehen mit Belegschaften anderer Betriebe ausschließt.

b) Erbringung wichtiger Dienstleistungen

Die Gewerkschaft kann die Arbeit des Betriebsrats dadurch unterstützen, daß sie ihr Fachwissen zur Verfügung stellt und den Betriebsrat so mit den Informationen und Kenntnissen ausstattet, die er bei der Organisation seiner Arbeit wie insbes. bei Verhandlungen mit dem Arbeitgeber benötigt. Von Bedeutung ist u. a. das Recht,

- Schulungs- und Bildungsmaßnahmen nach § 37 Abs. 6 und 7 BetrVG durchzuführen, um den Betriebsrat so zu einem ebenbürtigen Verhandlungspartner zu machen;
- Sachmittel bereitzustellen, insbes. Zeitschriften mit fachlichem Bezug zur Betriebsratsstätigkeit, die der Arbeitgeber nach § 40 Abs. 2 BetrVG bezahlen muß;¹¹
- den Betriebsrat im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren zu vertreten, was freilich nach Ansicht des BAG voraussetzt, daß wenigstens ein Betriebsratsmitglied der Gewerkschaft angehört;¹²

¹¹ BAG AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG 1972.

¹² BAGE 1, 196.

- den Betriebsrat durch Experten beraten zu lassen; dies ist insbes. deshalb von Bedeutung, weil die Rechtsprechung die Vorschrift des § 80 Abs.3 BetrVG über den vom Arbeitgeber zu bezahlenden Sachverständigen eng interpretiert;¹³
- sachkundige Personen zur Verfügung zu stellen, die vom Betriebsrat in die Einigungsstelle entsandt werden.¹⁴

Über diese punktuellen Hilfeleistungen hinaus steht die Gewerkschaft grundsätzlich für Fragen aller Art zur Verfügung, die angesichts der immer komplizierter werdenden Aufgaben des Betriebsrats in Massen auftauchen. Wie kann man sich gegenüber neuen Managementkonzepten verhalten? Wie kann ein Betriebsrat reagieren, wenn der Arbeitgeber Gruppenarbeit einführen und die Gruppenmitglieder ermächtigen will, Beginn und Ende ihrer Arbeitszeit im Einvernehmen festzulegen? Was kann man tun, wenn der Arbeitgeber Daten einzelner Beschäftigter an ausländische Partnerunternehmen weitergibt? Was verbirgt sich im einzelnen hinter der Formel von der lean production? Niemand wird behaupten wollen, daß die Gewerkschaft hier überall adäquate Antworten parat hat, doch besteht immerhin die Möglichkeit, Spezialisten einzuschalten und überdies auf Erfahrungen anderer Betriebe zurückzugreifen.

Ob diese Beratungsfunktion der Gewerkschaft insgesamt durch Artikel 9 Abs.3 GG abgesichert ist, erscheint wenig erörtert. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur Beratungshilfe¹⁵ immerhin den Grundsatz aufgestellt, die außergerichtliche Beratung von Mitgliedern gehöre ebenso wie die Vertretung in gerichtlichen Verfahren „zu den traditionellen Tätigkeitsbereichen der Gewerkschaften“ und sei deshalb „als koalitionsmäßige Betätigung durch Artikel 9 Abs.3 GG geschützt“. Ansonsten finden sich nur Aussagen zum Bereich von Schulungs- und Bildungsveranstaltungen nach § 37 Abs.6 und 7 BetrVG. Die Tatsache, daß auch hier mit Rücksicht auf die Tradition eine verfassungsrechtliche Absicherung angenommen wird,¹⁶ hat die Rechtsprechung nicht daran gehindert, in der Praxis die Gewerkschaften gegenüber gewerblichen Anbietern zu be-

¹³ BAG DB 1987, 1494, bestätigt durch BAG DB 1992, 2245, wonach insbes. zunächst alle innerbetrieblichen Informationsmöglichkeiten ausgeschöpft sein müssen. Der Betriebsrat muß dann seine immer noch bestehenden Defizite darlegen.

¹⁴ Dazu Müller, ZfA 1972, 219; Wlotzke, a. a. O., § 76 Anm. 2b.

¹⁵ BVerfG NZA 1993, 428.

¹⁶ Dütz/Säcker, Beil. 17/1972 zu DB, S. 8. Ebenso Däubler/Peter, Schulung und Fortbildung von betrieblichen Interessenvertretern, 4. Aufl. 1995, RdNr. 251 ff. m. w. N. aus der vorwiegend älteren Literatur.

nachteiligen: Da sie aus den angebotenen Veranstaltungen keinen Gewinn ziehen dürfen, ist eine weitergehende Kostenaufschlüsselung als bei anderen Schulungsträgern erforderlich.¹⁷ Die rechtliche Absicherung der „Dienstleistungsfunktion“ der Gewerkschaften muß deshalb als „prekär“ eingeschätzt werden. Wieweit ein Abbau gehen könnte, ist unklar.¹⁸

c) Schaffung von Rahmenbedingungen durch Tarifvertrag

Die inhaltlich wichtigste (wenngleich nicht die einzige) gewerkschaftliche Einflußmöglichkeit liegt im Abschluß von Tarifverträgen. Hier sind zwei Bereiche zu unterscheiden.

Zum einen ist denkbar, daß die Gewerkschaft zusammen mit dem Arbeitgeberverband betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen setzt, die die Handlungsmöglichkeiten der Betriebsräte verändern. Allerdings sind dabei von vornherein zwei wichtige Schranken zu beachten: Die organisatorische Struktur der Betriebsverfassung darf – vom Ausnahmefall des § 3 BetrVG abgesehen – grundsätzlich nicht verändert werden;¹⁹ zum zweiten dürfen die gesetzlichen Rechte des Betriebsrats nicht durch Tarifvertrag abgeschwächt oder beseitigt werden.²⁰ Auf diese Weise wird die duale Struktur der Interessenvertretung gegen eine Abschaffung qua Tarifvertrag geschützt. Möglich ist lediglich eine Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse, die nur für den Bereich der Beteiligungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten noch nicht abschließend klargestellt ist.²¹ Rechtlich wird dabei nicht danach differenziert, ob die dem Betriebsrat übertragenen Sachgebiete bisher von den Tarifparteien wahrgenommen wurden oder ob es sich um eine Erweiterung der Mitbestimmung hinein in „Neuland“ handelt.

¹⁷ S. etwa BAG DB 1992, 2504 und BAG DB 1994, 2295 = AiB 1995, 132 mit Anm. Däubler.

¹⁸ Das BVerfG (NZA 1993, 428) hat allerdings die Einbeziehung des Arbeitsrechts in die Beratungshilfe insbes. damit gerechtfertigt, daß nur Personen mit niedrigem Einkommen erfaßt seien, die kaum der Gewerkschaft beitreten würden – die Installation einer flächendeckenden staatlichen Rechtsberatung für alle Arbeitnehmer hätte daher wohl kaum Bestand gehabt.

¹⁹ BAG AP Nr. 1 zu § 1 BetrVG 1972; aus der Literatur s. etwa Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, 17. Aufl. 1992, § 1 RdNr. 123 m. w. N.

²⁰ BAG AP Nr. 10 zu § 113 BetrVG 1972 sowie zuletzt BAG AiB 1993, 732; aus der Literatur s. etwa Hess/Schlochauer/Glaubitz, Kommentar zum BetrVG, 4. Aufl. 1992, vor § 1 RdNr. 79.

²¹ BAG DB 1986, 231 und 593; BAG AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 53 zu § 99 BetrVG 1972. Aus der Literatur s. Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, RdNr. 1053 ff. m. w. N.

Die Tarifparteien können zum zweiten den Aktionsradius des Betriebsrats entscheidend dadurch einengen, daß sie bestimmte inhaltliche Fragen tariflich regeln. Überall dort, wo ein Tarifvertrag eingreift, hat der Betriebsrat sein Recht verloren – wobei man im Einzelfall sehr genau zu prüfen hat, wie weit die tarifliche Regelung effektiv gehen will. § 77 Abs. 3 BetrVG dehnt diesen Tarifvorrang auf die Fälle bloßer Tarifüblichkeit aus, wird jedoch von der Rechtsprechung richtigerweise auf freiwillige Betriebsvereinbarungen beschränkt.²²

d) Das gewerkschaftlich beeinflusste Umfeld

Durch diese drei Gruppen von Rechten entsteht für den einzelnen Betriebsrat ein gewerkschaftlich mitbestimmtes Umfeld. Dies schafft gewissermaßen ein Eigeninteresse des Betriebsrats, mit den vorhandenen Gewerkschaften zu kooperieren, weshalb es durchaus genügt, daß § 2 Abs. 1 BetrVG die Zusammenarbeit nur zuläßt, nicht aber verlangt. In bezug auf die Gewerkschaft ist ein ähnlicher Mechanismus wirksam: Würde sie ihre Chance zur Zusammenarbeit nicht nutzen, wäre eine betriebliche Verankerung nur noch im Ausnahmefall möglich – sie ist aber Voraussetzung dafür, überhaupt wirksame Interessenvertretung zu betreiben und Tarifverträge abzuschließen, die sich als „Erfolg“ deklarieren lassen.

3. Spezifische Einschränkungen der Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats

Anreize müssen nicht immer funktionieren. Denkbar wäre, daß ein Betriebsrat insbes. im Zusammenwirken mit dem Arbeitgeber die Verbindungen zur Gewerkschaft kappt und ausschließlich eigene Wege geht. Das BetrVG kann dies nicht ohne Einsatz von Feuer und Schwert von vornherein ausschließen, hat jedoch zusätzliche Mechanismen geschaffen, die einer solchen Verselbständigung entgegenwirken. Zu nennen ist dabei in erster Linie das Arbeitskampfverbot des § 74 Abs. 2 BetrVG, das im nie auszuschließenden Konfliktfall den Betriebsrat in nicht der Mitbestimmung unterliegenden Fragen zum Bittsteller macht. Auch Formen von sozialem Druck, die die Schwelle zur Arbeitsniederlegung nicht erreichen, sind rechtlich zumindest wenig abgesichert, da sie das Gebot zur Wahrung des Betriebsfriedens und zur vertrauensvollen Zusammenarbeit verletzen können. Weiter hat der Betriebsrat aus eige-

²² BAG DB 1987, 1435, bestätigt in BAG DB 1991, 1630.

nem Recht keine Möglichkeit, seinen Wirkungskreis über das im Gesetz Vorgesehene hinaus auszudehnen. Schließlich wird er im herrschenden Verständnis dadurch „kleingehalten“, daß man ihm keine Rechts- und Vermögensfähigkeit zuspricht.²³ Wie weit ein solcher „kompetenzrechtlicher“ Ansatz tragen kann, wird an der (umstrittenen) BAG-Entscheidung deutlich, wonach der Betriebsrat grundsätzlich nicht berechtigt ist, einen Journalisten im Betriebsratszimmer zu empfangen.²⁴ Hinter dieser Betrachtungsweise mag auch die Überlegung stehen, dem „Kapitalverein“ des Unternehmensträgers nicht einen „Arbeitnehmerverein“ gegenüberzustellen, der versucht sein könnte, eine dualistische Unternehmensstruktur durchzusetzen; im vorliegenden Zusammenhang ist maßgebend, daß der Betriebsrat von vornherein nur einen eingeschränkten Wirkungskreis erhalten soll. Dem entspricht das „Umlageverbot“ des § 41 BetrVG, das auch historisch den Sinn hatte, die Entstehung einer eigenständigen überbetrieblichen Räteorganisation zu verhindern.²⁵ Der Betriebsrat kann sich so nicht seine eigene „Umgebung“ schaffen – er bleibt auf das gewerkschaftlich mitbestimmte Umfeld verwiesen.

III. Zur Einschätzung des dualen Systems der Interessenvertretung

1. Begriffsbildung

Die Bezeichnung „duals System“ ist ebenso verbreitet wie unrichtig. Sie läßt zwei andere Institutionen der Interessenvertretung aus dem Spiel. Die eine ist die Repräsentanz der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat von Kapitalgesellschaften, die euphemistisch als „Unternehmensmitbestimmung“ qualifiziert wird.²⁶ Die andere betrifft die Interessenvertretung auf EU-Ebene, die derzeit noch auf freiwilligen Verträgen beruht, mit der Umsetzung der EBR-Richtlinie vom September 1994 jedoch zu einer gesetzlich verfestigten Form der Interessenvertretung werden wird.²⁷ Gleichzeitig ist überdies zu berücksichtigen, daß „Interessenver-

²³ Vgl. BAG AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972; w.N. bei Schneider, in: Däubler/Kittner/Klebe/Schneider (Hrsg.), BetrVG, 5. Aufl. 1995, Einl. RdNr. 122.

²⁴ BAG NZA 1992, 315; dazu Plander, AuR 1993, 161; Simitis/Kreuder, NZA 1992, 1009 ff.

²⁵ Von Oertzen, Betriebsräte in der November-Revolution, 2. Aufl. 1976, S. 156.

²⁶ Dazu Däubler/Klebe, Mitbest. 1990, 363 ff.

²⁷ Dazu Däubler, in: DKKS (Hrsg.), a. a. O., Anhang 2; Hromadka, DB 1995, 1125.

tretung“ nicht allein gegenüber der Arbeitgeberseite, sondern auch gegenüber der öffentlichen Hand stattfindet, was zumindest bei einer unbefangenen Lektüre des BetrVG nicht unbedingt in den Sinn kommt. Eine Einschätzung kann sich daher nicht von vornherein auf das Verhältnis von Betriebsrat und Gewerkschaften beschränken, wenngleich es sich bei beiden um die unbestritten wichtigsten Akteure handelt.

2. Praxis

In der Realität entspricht die Interessenvertretung im wesentlichen dem gesetzlichen Modell. Zwischen Betriebsräten und Gewerkschaften besteht in aller Regel ein Verhältnis der Kooperation, kein Gegeneinander.²⁸ Dem entspricht es, daß rund 80% aller Betriebsratsmitglieder gewerkschaftlich organisiert sind.²⁹ Dabei hat sich in bezug auf die Gegenstände der Interessenvertretung eine „Arbeitsteilung“ der Art ergeben, daß die Gewerkschaft sich der Interessen des einzelnen auf dem Arbeitsmarkt annimmt, während es dem Betriebsrat um die Stellung im Betrieb geht.³⁰ In Tarifverträgen finden sich deshalb die wesentlichen Regeln über die Vergütung, über die Dauer der Wochenarbeitszeit, über Sozialleistungen und zum Teil auch über Kündigungsschutz. Beim Abschluß von Betriebsvereinbarungen geht es demgegenüber primär um die Art und Weise der Verausgabung der Arbeitskraft, wofür die „Ordnung des Betriebes“ nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG und die Überwachung durch technische Einrichtungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG als Beispiele stehen mögen.

Die Praxis kennt freilich auch Ausnahmen. Denkbar ist, daß sich der Betriebsrat „arbeitgeberwärts“ orientiert und den Versuch unternimmt, durch Entwicklung besonders guter Beziehungen zur Geschäftsleitung Sondervorteile für die Belegschaft herauszuholen.³¹ Wird ein solches Verhalten mit einer deutlichen Distanzierung von der Gewerkschaftsbe-

²⁸ Kotthoff, Betriebsräte und Bürgerstatus, 1994, S. 42 ff. m. w. N.

²⁹ Zahlenangaben zu den Wahlen 1990 bei Schneider, in: Kittner (Hrsg.), Gewerkschaftsjahrbuch 1991, S. 426 ff.

³⁰ So die Einteilung bei Blanke, KJ 1995, 21.

³¹ Nach der Untersuchung von Kotthoff aus den Jahren 1974/75 (Betriebsräte und betriebliche Herrschaft. Eine Typologie von Partizipationsmustern im Industriebetrieb, 1981) existierte der Typ „Betriebsrat als Organ der Geschäftsleitung“ in 16 von 63 untersuchten Betrieben (= 25%) – Kotthoff, Betriebsräte und Bürgerstatus, a. a. O., S. 113. Inzwischen ist der Anteil derartiger mangelhafter Vertretungspraxis in den untersuchten Betrieben um die Hälfte gesunken – s. Kotthoff, Betriebsräte und Bürgerstatus, S. 39 ff.

wegung verbunden, so übernimmt der Betriebsrat der Sache nach die Funktion einer gelben Gewerkschaft.

In Großbetrieben findet sich andererseits die Erscheinung, daß der Betriebsrat zwar an seiner gewerkschaftlichen Orientierung keinerlei Zweifel aufkommen läßt, daß er aber die zuständige Verwaltungsstelle, praktisch völlig unter seine Kontrolle bringt. Dies kann einen Störfaktor bei der innergewerkschaftlichen Willensbildung darstellen, entsteht hier doch auf unterer Ebene ein aus der demokratischen Binnenstruktur der Organisation heraus nicht zu rechtfertigendes Vetorecht: Legt sich der Betriebsrat quer, so kann die Verwaltungsstelle faktisch nicht zu einem dem Mehrheitswillen der Gesamtgewerkschaft entsprechenden Verhalten angewiesen werden. Der Ausschluß der wichtigsten Betriebsratsmitglieder aus der Organisation wäre in aller Regel nur um den Preis stärkster Erschütterungen möglich, so daß er so gut wie immer ausscheidet.

3. Bewertung des Modells

Der Dualismus der Interessenvertretung besitzt in Deutschland eine ganz ungewöhnlich intensive Verankerung. Im „rechtsfreien Raum“ nach dem 8. Mai 1945 bildeten sich in allen vier Besatzungszonen nicht nur Gewerkschaften, sondern eben auch „betriebliche Ausschüsse“, „Komitees“ oder schlicht „Betriebsräte“.³² Interessant ist weiter, daß das Kontrollratsgesetz Nr. 22 vom 10. April 1946, das lediglich einen allgemeinen rechtlichen Rahmen brachte und keinerlei „sozialpartnerschaftliche“ Elemente enthielt, nicht dazu führte, daß neuartige Strukturen gefordert worden wären; man begnügte sich vielmehr im Prinzip mit einer erweiterten betrieblichen Mitbestimmung traditioneller Struktur.³³ Ein ähnlicher Vorgang wiederholte sich nach dem Zusammenbruch der SED-Herrschaft in der früheren DDR: Es bildeten sich nicht nur selbständige betriebliche Interessenvertretungen, sondern diese fielen nicht aus dem Rahmen heraus, der die deutsche Tradition seit 1920 prägt.³⁴ Auch ohne rechtliche Notwendigkeit kehrt man zum überkommenen Modell zurück – ein gewichtiger Anhaltspunkt für seine Bewahrung und seine Akzeptanz bei allen Beteiligten.

³² Schmidt, Die verhinderte Neuordnung 1945–52, 2. Aufl. 1971, S. 25 ff. Zur historischen Entwicklung s. weiter Gamillscheg, FS für Stahlhacke, 1995, S. 129 ff.

³³ Näher Däubler, Arbeitsrecht 1, RdNr. 737–738.

³⁴ Dazu und zur weiteren Entwicklung Wlotzke/Lorenz, Beil. 35/1990 zu BB, S. 5; Däubler, KJ 1992, 259 ff.

Daß es Betriebsräte neben Gewerkschaften gibt, ist gleichwohl alles andere als selbstverständlich. In England, Schweden oder den USA wäre etwas Entsprechendes schwer vorstellbar. Ohne in eine vergleichende Bewertung eintreten zu wollen, lassen sich einige Vorzüge des deutschen Systems benennen, die freilich nicht zur Verdrängung der auch hier angelegten Risiken führen dürfen.

a) Teilhabe der Betroffenen

Das „duale System“ bringt für die Betroffenen ein Stück demokratischer Teilhabe an den im Betrieb fallenden Entscheidungen.³⁵ Im überschaubaren Bereich der arbeitstechnischen Einheit lassen sich eigene Interessen und Vorstellungen leichter einbringen als in einer Massenorganisation von mehreren 100 000 Mitgliedern. Um einen ähnlichen Effekt zu erreichen, müßte diese ihren betrieblichen Untergliederungen ein außergewöhnliches Maß an Autonomie einräumen.

b) Flexible Organisation

In bestimmten Konstellationen kann es einen Widerspruch zwischen den Gesamtinteressen aller Arbeitnehmer (z.B. an sauberer Umwelt) und den Interessen einer bestimmten Belegschaft geben. Müßte die Gewerkschaft diesen Konflikt intern lösen, könnte sehr schnell eine Situation des „Alles oder Nichts“, der Unterwerfung oder des Ausschlusses drohen. Sind dagegen die Organe der Interessenvertretung getrennt, gerät der organisatorische Zusammenhang nicht dauerhaft in Gefahr: Im Konflikt mag sich zwar das betriebliche Interesse leichter durchsetzen, doch führt dies nicht zu einer „Sezession“ aus dem gewerkschaftlich mitbestimmten Umfeld. Nur wenn der „Rollenkonflikt“ zur Dauererscheinung würde, müßte man mit einer definitiven Aufspaltung der Interessenvertretung rechnen.

c) Die Ermöglichung von „Konjunkturpuffern“

Das duale System ist auch insoweit flexibel, als es – unter Verletzung der gesetzlichen Vorschrift des § 77 Abs. 3 BetrVG – die Aushandlung übertariflicher Leistungen ermöglicht, die bei rückläufiger Konjunktur relativ problemlos wieder abgebaut werden können.³⁶ In der Krise blei-

³⁵ Zum Gedanken der Teilhabe zutreffend Wiese, FS für Kissel, 1994, S. 1278 ff.

³⁶ Dazu zusammenfassend Däubler, Arbeitsrecht 1, RdNr. 293 ff.

ben daher die tariflichen Leistungen von Sparmaßnahmen häufig verschont; die große Konfrontation findet nicht statt. Spektakuläre Ausnahmen finden sich erst in den letzten Jahren, wofür die Kündigung der Metalltarife in den neuen Bundesländern als Beispiel stehen mag.³⁷

d) Schutz gewerkschaftlicher Minderheiten

Der Betriebsrat ist ersichtlich aus der gewerkschaftlichen Hierarchie herausgenommen. Bei der Erfüllung seiner Aufgaben ist er lediglich seinem gesetzlichen Auftrag verpflichtet, kann jedoch nicht zu einem bestimmten Verhalten angewiesen werden. Diese relative Unabhängigkeit gewährt unter unseren Bedingungen einen gewissen Minderheitenschutz; innergewerkschaftliche Gruppierungen, die für ihre Politik keine Mehrheit finden, können in Betriebsräten weiter existieren und so die Chance bewahren, eines Tages Mehrheit zu werden. Die Tatsache, daß Minderheiten auf diese Weise nicht „auf Null gebracht“ werden können, verbessert die Formen der Auseinandersetzung und veranlaßt die Mehrheit, sich grundsätzlich tolerant zu verhalten.

e) Arbeitgeberinteresse an einem „Sprecher“

Für die Arbeitgeberseite hat die Existenz eines Betriebsrats den Vorteil, rechtzeitig von sich anbahnenden Konflikten zu erfahren und mit der Ursachenbekämpfung beginnen zu können. Die grundsätzliche Loyalität, die heute bei Betriebsangehörigen vorausgesetzt werden kann, führt dazu, daß in der Regel Dinge nicht „hochgepuscht“, sondern halbwegs rational diskutiert werden. Soweit der Arbeitgeber Initiativen ergreift, erhöht die Einschaltung des Betriebsrats die Wahrscheinlichkeit einer Akzeptanz durch die Belegschaft.³⁸

f) Innovationsfunktion

Der wesentlichste Vorzug selbständiger Betriebsräte nach unserem Muster scheint allerdings in ihrer Innovationsfunktion zu liegen. Aufgrund ihrer Mitbestimmungsrechte sind sie gezwungen, sich mit einzelnen Problemen auseinanderzusetzen, zu ihnen eine bestimmte Haltung einzunehmen. Das Argument, der Vorstand oder der Gewerkschaftstag

³⁷ Zur nachfolgenden Auseinandersetzung s. Bispinck/WSI-Tarifarchiv, WSI-Mitt. 1993, 469 ff.

³⁸ Vgl. v. Hoyningen-Huene, FS für Kissel, S. 387: BetrVG als „Management-Handbuch“.

habe noch nicht entschieden und deshalb könne man nichts tun, würde von niemandem ernst genommen. Werden etwa Informationstechnologien neu eingeführt oder wollen viele Beschäftigte Gleitzeit, so muß der Betriebsrat reagieren und eigene Lösungsvorschläge entwerfen. Da er dies in der Regel nicht allein kann, trägt er entsprechende Anforderungen in den hauptamtlichen Apparat der Gewerkschaften hinein, der sich deshalb gleichfalls den veränderten Realitäten stellen muß. Vieles spricht dafür, daß „Zukunftsdiskussionen“, wie sie die IG Metall Anfang der 70er Jahre³⁹ und Ende der 80er Jahre⁴⁰ geführt hat, ohne diesen Mechanismus nicht möglich gewesen wären. Die „Durchlaufgeschwindigkeit“ vom Auftauchen eines Problems im Betrieb bis zur Entwicklung von Lösungsmöglichkeiten ist nach Einschätzung des Verfassers sehr viel höher als in den meisten anderen westeuropäischen Ländern. Die Interessenvertretung wird so – ein wenig modernistisch ausgedrückt – zu einem „lernenden System“, was letztlich beiden Seiten zugute kommt und das offene Ausbrechen von Konflikten eher zur Ausnahmerecheinung macht.

g) Risiken

Auf der anderen Seite sollte man vor Risiken und Nachteilen die Augen nicht verschließen. In der Selbständigkeit von Betriebsräten liegt immer auch die Gefahr einer fragmentierten, betriebsegoistischen Interessenvertretung. Und nicht nur das: Angesichts des fehlenden Streikrechts sind die Verhandlungschancen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat anders verteilt als zwischen Arbeitgeberverband und Gewerkschaft. Beides fällt nicht entscheidend ins Gewicht, wenn das „Umfeld“ stimmt, wenn die Gewerkschaften stark genug sind, ihre Rechte im Betrieb wahrzunehmen, ihre Dienstleistungsfunktion zu erfüllen und wichtige Fragen nicht nur im Tarifvertrag zu regeln, sondern diesen auch in der Realität durchzusetzen. Fehlt es hieran, wäre die Basis des Dualismus in Frage gestellt; die bestehenden Institutionen würden möglicherweise ganz anderen Zwecken dienstbar gemacht.

³⁹ IG Metall (Hrsg.), Aufgabe Zukunft, Oberhausener Tagung, 12 Bände, 1972.

⁴⁰ IG Metall (Hrsg.), Wofür wir streiten. Solidarität und Freiheit. Internationaler Zukunftskongress, 1989.

IV. Herausforderungen: Schwächung des gewerkschaftlichen Umfelds und Verlagerung der Regelungskompetenz auf die betriebliche Ebene

1. Die Erosion der gewerkschaftlichen Handlungsfähigkeit

Die Rechte der Gewerkschaften nach dem BetrVG und aus Artikel 9 Abs. 3 GG⁴¹ haben sich in den letzten 10 bis 15 Jahren nicht verändert. Zu beachten ist allerdings, daß die Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat den Begriff „Gewerkschaft“ an keiner Stelle verwendet. Soweit für die Verhandlungen durch das besondere Verhandlungsgremium und für den Europäischen Betriebsrat selbst deutsches Recht maßgebend ist, wird es der Gesetzgeber dabei nicht belassen dürfen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG⁴² ist bei allen betriebsverfassungsrechtlichen Institutionen – und dazu zählt auch der Europäische Betriebsrat, da er alle Beschäftigten eines Unternehmens oder Konzerns vertritt – ein Kernbereich an gewerkschaftlichen Einwirkungsmöglichkeiten zu wahren. Dies bedeutet, daß über die reine Beratung hinaus auch die Möglichkeit zur Teilnahme an Sitzungen des Europäischen Betriebsrats eröffnet werden muß.⁴³

Auch das Recht der Gewerkschaften, die beschriebenen Dienstleistungen zu erbringen,⁴⁴ ist als solches in der jüngeren Vergangenheit nicht angetastet worden. Dennoch wäre es auch hier wenig realitätsgerecht, wollte man einfach von einer Fortführung des Bisherigen ausgehen. Von Ende 1991 bis Ende 1994 haben die Gewerkschaften ca. 15 % ihrer Mitglieder verloren⁴⁵ – ein in der bisherigen Geschichte der Bundesrepublik einmaliger Vorgang, der die Einzelgewerkschaften wie den DGB wesentlich schwächt. Mit weniger hauptamtlichen Mitarbeitern (die überdies ggf. einem besonders starken Arbeitsdruck ausgesetzt sind), läßt sich ersichtlich das bisherige Beratungsniveau nicht ohne Einschränkung aufrechterhalten.

Wichtigste und spektakulärste Veränderung ist die Verlagerung von Regelungskompetenzen auf die betriebliche Ebene. Im Jahre 1984 wur-

⁴¹ Zu ihnen s. oben II 2 a.

⁴² BVerfGE 19, 303, 313.

⁴³ In Ländern ohne Dualismus existiert das Problem nicht, so daß dort auch im EBR notwendigerweise Gewerkschaftsvertreter präsent sind.

⁴⁴ Dazu oben II 2 b.

⁴⁵ Angaben nach Löhrlein, in: Kittner (Hrsg.), Gewerkschaften heute. Jahrbuch für Arbeitnehmerfragen, 1995, S. 94.

de im Rahmen des sog. *Leber-Kompromisses* der Betriebsrat erstmals ermächtigt, über die Dauer der Wochenarbeitszeit mitzubestimmen.⁴⁶ Mittlerweile können Arbeitgeber und Betriebsrat in der Metallindustrie schon eine Arbeitszeitverkürzung auf 28,8 oder 30 Stunden ohne Lohnausgleich vereinbaren.⁴⁷ Dazu kommt eine Flut von betrieblichen Vereinbarungen über die Lage der Arbeitszeit und den Einsatz neuer Techniken.

Die Ursachen dieser „Dezentralisierung“ sind primär (aber nicht ausschließlich) auf Arbeitgeberseite zu suchen. Die wirtschaftliche Lage des einzelnen Unternehmens, aber auch seine produktionstechnischen Notwendigkeiten werden als Argument dafür herangezogen, einen „maßgeschneiderten betrieblichen Anzug“ herstellen zu wollen. Daneben dürfte die naheliegende Erwägung eine Rolle spielen, daß der Betriebsrat als „Parlament abhängiger Existenzen“ (Sinzheimer) ein bequemerer Verhandlungspartner als die Gewerkschaft ist, die ggf. mit Streik drohen könnte. Dazu kommt – und hier weisen auch Arbeitnehmerinteressen in Richtung auf eine betriebliche Regelung – die gestiegene Notwendigkeit, die Art und Weise der Arbeit zu regeln. Für diesen Gegenstand ist aber der Flächentarif ersichtlich zu schematisch und daher ungeeignet.

2. Politische Risiken der Dezentralisierung

Die Konsequenzen, die eine Fortsetzung der bestehenden Entwicklungstrends hätte, lassen sich nicht mit Sicherheit prognostizieren. Nur zwei Punkte seien deshalb hervorgehoben.

Die weitere Erosion des Flächentarifs nimmt der Gewerkschaft ein zentrales Stück ihrer Existenzberechtigung. Die Festlegung von Mindestlöhnen und bestimmten Arbeitsbedingungen für eine Branche (oder eine ihrer Regionen) entzieht den Tarifinhalten dem Wettbewerb. Bei betrieblicher Fragmentierung ist dies anders; die einzelne Belegschaft kann mit dem Argument konfrontiert werden, die Stellung auf dem Markt sei nur dann zu halten, wenn die Lohnkosten der Konkurrenten unterboten würden. An die Stelle des solidarischen Miteinanders träte eine Orientierung ausschließlich an den eigenen kurzfristigen Interessen. Vermutlich würde nach einiger Zeit eine ähnliche Lohndifferenzierung wie in den

⁴⁶ Dazu BAG AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972.

⁴⁷ So das Ergebnis der Tarifverhandlungen in der Metallindustrie 1994 – wiedergegeben in NZA 1994, 355; dazu Bauer/Diller, NZA 1994, 353 und Zacher, AuR 1995, 1 ff.

USA eintreten; wenige Spezialisten könnten aufgrund ihrer starken Stellung auf dem Arbeitsmarkt eine sehr ordentliche Vergütung aushandeln, die Masse der (leichter ersetzbaren) Beschäftigten müßte sich mit einem drastischen Verlust an Lebensstandard abfinden.

Problematisch würde zum zweiten das betriebliche Arbeitskampfbot.⁴⁸ Je stärker man die betriebliche Sphäre mit Regelungsfragen belastet, um so weniger wird auf Dauer allein das Zwangsschlichtungsverfahren über die Einigungsstelle genügen. Zwar ist realistischere Weise nicht damit zu rechnen, daß der Gesetzgeber in absehbarer Zeit das Arbeitskampfbot des § 74 Abs. 2 BetrVG aufheben wird. Dies hat jedoch nicht zur Folge, daß auf dezentraler Ebene jede Ausübung von Druck auch in der Praxis ausgeschlossen wäre. Viel wahrscheinlicher ist es, daß anstelle von Streiks verdeckte Kampfformen praktiziert würden, die von überlangen Betriebsversammlungen bis zu abgesprochenem Krankfeiern reichen können.⁴⁹ Auch dies wäre keine Entwicklung, die man spontan begrüßen würde.

3. Rechtliche Grenzen der Schwerpunktverlagerung auf die betriebliche Ebene

Im Grundsatz hat der Tarifvertrag den Vorrang vor der Betriebsvereinbarung. Soweit § 77 Abs. 3 BetrVG eingreift, sind die Betriebsparteien nicht zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen ermächtigt.⁵⁰ Die jüngst vertretene These, günstigere Betriebsvereinbarungen seien erlaubt,⁵¹ verkennt den Sinn des § 77 Abs. 3 BetrVG, der eine konkurrierende normative Ordnung verhindern will und damit eine klare ordnungspolitische Entscheidung zum Schutz der Tarifautonomie getroffen hat.⁵² Der Gedanke, die kollektivvertragliche Wirkung ende dort, wo in der kleineren Einheit mehr erreicht werden könne,⁵³ mag im Verhältnis zu individualvertraglichen Abreden zutreffen; bezogen auf zwei potentiell dieselben Arbeitsverhältnisse regelnde Kollektivverträge gilt er nicht. Auch aus einer (mittelbaren) verfassungsrechtlichen Garantie des Günstigkeitsprinzips folgt nichts Abweichendes.⁵⁴ Ohne Ermächti-

⁴⁸ Zutreffend *Blanke*, KJ 1995, 25.

⁴⁹ Dazu *Hoffmann*, Arbeitskampf im Arbeitsalltag. Formen, Perspektiven und gewerkschaftspolitische Probleme des verdeckten industriellen Konfliktes, 1981.

⁵⁰ Dazu zuletzt *Gamillscheg*, FS für Stahlhacke, S. 144 ff.

⁵¹ *Ehmann/Schmidt*, NZA 1995, 193.

⁵² So zuletzt *Kissel*, NZA 1995, 4; ähnlich *Heinze*, NZA 1995, 6.

⁵³ *Ehmann/Schmidt*, NZA 1995, 199 ff.

⁵⁴ Dazu näher *Däubler*, Tarifvertragsrecht, RdNr. 196 ff.

gung der Tarifparteien ist daher im tariflich geregelten bzw. im üblicherweise tariflich geregelten Bereich keine Betriebsvereinbarung zulässig.⁵⁵

Das eigentliche Problem liegt im Umfang einer zulässigen „Delegierung“. Schon von Verfassungen wegen wären die Tarifparteien nicht befugt, sich der Tarifautonomie selbst zu begeben und alle wesentlichen Fragen der Vergütung wie der Arbeitszeit den Betriebsparteien zu überlassen.⁵⁶ Dafür spricht insbes. eine Analogie zu Artikel 80 Abs. 1 Satz 1 GG:⁵⁷ Der Rechtsstaat verlangt, daß die in der Verfassung vorgesehenen Instanzen von ihrer Normsetzungsbefugnis selbst Gebrauch machen und nicht durch beliebige Einschaltung Dritter die vorgegebene Kompetenzverteilung unterlaufen. Deshalb kann auch das Argument nicht überzeugen, wer auf eine Regelung verzichten könne, müsse seine Kompetenz auch auf andere übertragen dürfen. Eine Vertiefung ist allerdings nicht notwendig, da der Gesetzgeber in § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG selbst eine Regelung in dem Sinne getroffen hat, daß nur „ergänzende“ Betriebsvereinbarungen zulässig sind. Dies bedeutet, daß der Schwerpunkt der Regelung im Tarifvertrag selbst liegen muß. Eine Norm „Die betriebliche Wochenarbeitszeit bewegt sich zwischen 35 und 40 Stunden, alle weiteren Fragen entscheiden die Betriebsparteien“ würde dieser Anforderung nicht genügen.

Die Metalltarife des Jahres 1994 haben (wohl) die Grenze gerade noch gewahrt, da sie die Herabsetzung der Arbeitszeit von bestimmten inhaltlichen Voraussetzungen, insbes. dem Ausschluß der betriebsbedingten Kündigung abhängig machen und sie zeitlich ohne Möglichkeit der Nachwirkung bis längstens 31. Dezember 1995 befristen.⁵⁸ Auch ist die Abweichung vom tariflichen Regelungsmodell insofern geringer, als die betriebliche Regelung von der freiwilligen Entscheidung des Betriebsrats abhängt und damit nicht über die Einigungsstelle erzwungen werden kann. Allerdings ist auch in einer solchen Konstellation die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß der Betriebsrat unter Druck gesetzt wird; ein Korrektiv ist nur in Form der arbeitsgerichtlichen Billigkeitskontrolle in Sicht, die sich insbes. auch auf die Frage erstrecken muß,

⁵⁵ Anders Reuter, RdA 1994, 152, 166, wonach § 77 Abs. 3 BetrVG gegenstandslos geworden ist.

⁵⁶ Dazu s. Kissel, NZA 1986, 79; Limenkohl, BB 1989, 2473; Weyand, AuR 1989, 196 sowie die Erwägungen in BAG AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972.

⁵⁷ Zachert, NZA 1988, 188.

⁵⁸ Eingehend Zachert, AuR 1995, 3 ff.

ob außer den Arbeitnehmern auch andere am Unternehmen Beteiligte Opfer zu erbringen hatten.⁵⁹

4. Das Durchsetzungsproblem

Die hier in Übereinstimmung mit Rechtsprechung und herrschender Lehre skizzierten Grenzen für eine Verlagerung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die betriebliche Ebene sind in der Praxis alles andere als wirksam. Mit Recht wurde § 77 Abs. 3 BetrVG als diejenige Norm des deutschen Arbeitsrechts bezeichnet, die am meisten mit Füßen getreten wurde.⁶⁰ Solange der betriebliche „Wildwuchs“ im wesentlichen darin bestand, die am sog. Grenzbetrieb orientierten Flächentarife durch übertarifliche Leistungen zu ergänzen, war dies im Ergebnis unproblematisch, ja Ausdruck einer eingebauten Flexibilität unseres Systems industrieller Beziehungen.⁶¹ Anders verhält es sich jedoch, wenn von Tarifnormen zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen wird – die untersagte Wochenendarbeit wird gegen gute Bezahlung eben doch geleistet, auch ohne „Härteklausele“ werden untertarifliche Vergütungen vereinbart, um so das Unternehmen über eine vermeintliche oder reale Durststrecke zu bringen. Bei solchen Abmachungen stellt sich realiter das Problem, inwieweit der Tarifvorrang mit Hilfe der Gerichte durchgesetzt werden kann – hier kann keine Rede davon sein, daß eine Klage von vornherein ausscheidet, da eine evidente Vernunft für solche Betriebsvereinbarungen spreche.⁶²

Nach bisheriger Rechtsprechung sind die gegebenen Möglichkeiten äußerst bescheiden. Zwar kann sich der einzelne Arbeitnehmer auf die Unwirksamkeit der tarifwidrigen Betriebsvereinbarung berufen, doch wird er während bestehenden Arbeitsverhältnisses selten Klage erheben.⁶³ Dies gilt erst recht, wenn er sich einer „Koalition“ aus Betriebsrat und Arbeitgeber gegenüber sieht. Daneben kann die Gewerkschaft beim Firmentarif den Arbeitgeber auf Erfüllung verklagen. Beim Verbandstarif kann sie nur den Arbeitgeberverband mit einer Einwirkungsklage

⁵⁹ Zur Billigkeitskontrolle im allgemeinen s. *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither/Engels*, a.a.O. (oben Fn. 19), § 77 RdNr. 96 ff.; *Wlotzke*, a.a.O. (oben Fn. 1), § 77 Anm. II 6 c. Zur Billigkeitskontrolle im Hinblick auf die Opfer anderer am Unternehmen Interessierter s. zuletzt BAG DB 1993, 1927 (für die betriebliche Altersversorgung).

⁶⁰ *Rüthers*, RdA 1994, 177.

⁶¹ Dazu oben III 3 c.

⁶² So aber *Ehmann/Schmidt*, NZA 1995, 203.

⁶³ Dazu *Gamillscheg*, FS für Henckel, 1995, S. 216 f.

überziehen. Gewinnt sie, muß sich der Verband um tarifkonforme Verhältnisse in dem betreffenden Betrieb bemühen, ist jedoch sehr schnell am Ende seines Lateins, wenn der Arbeitgeber sich widersetzt oder gar aus dem Verband austritt. Bei groben Verstößen gegen den Tarifvorrang nach § 77 Abs. 3 BetrVG will das BAG einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 23 BetrVG einräumen,⁶⁴ doch ist bisher kein Fall bekannt geworden, in dem dieser Weg Erfolg gebracht hätte.⁶⁵ Das BVerfG hat eine dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde zwar zurückgewiesen, jedoch verfassungsrechtliche Bedenken erkennen lassen.⁶⁶ Die Literatur hat dem BAG mit bemerkenswerter Einmütigkeit widersprochen.⁶⁷ In der Tat ist aus verschiedenen Gründen nicht einzusehen, warum man eine solche Rechtsschutzlücke in Kauf nehmen soll. An Gegenargumenten seien genannt:

- Die Gewerkschaft besitzt im Rahmen der Betriebsverfassung Kontrollrechte, zu denen insbes. (aber nicht allein) die Befugnisse aus § 23 BetrVG gehören. Warum soll sie auf dieses „grobe Geschütz“ beschränkt sein und nicht die Möglichkeit haben, in einem Beschlußverfahren die Rechtmäßigkeit der fraglichen Betriebsvereinbarung klären zu lassen? § 23 BetrVG paßt der Sache nach nur für schwere, in der Regel bewußt begangene Verstöße; bewirken Arbeitgeber und Betriebsrat aus Unkenntnis oder mit Rücksicht auf eine vertretbare Fehlinterpretation ein gleiches Maß an Tarifwidrigkeit, sind der Gewerkschaft die Hände gebunden.
- Der in § 77 Abs. 3 BetrVG und im Einleitungssatz von § 87 Abs. 1 BetrVG niedergelegte Tarifvorrang darf schon deshalb nicht zu einer leerlaufenden Rechtsposition werden, weil er die durch Artikel 9 Abs. 3 GG garantierte Tarifautonomie näher ausgestaltet. Die notwendigen verfahrensrechtlichen Vorkehrungen für die praktische Umsetzung von Grundrechten zu verweigern, würde gegen anerkannte Prinzipien der Verfassungsinterpretation verstoßen.⁶⁸

⁶⁴ BAG DB 1991, 1834.

⁶⁵ S. etwa den Fall BAG DB 1994, 234 ff. Kritisch zum Weg über § 23 BetrVG *Gamillscheg*, FS für Henckel, S. 232 f.

⁶⁶ BVerfG EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 41 a.

⁶⁷ *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heithner/Engels*, a. a. O. (oben Fn. 19), § 77 RdNr. 98; *Kempfen*, AuR 1989, 261 ff.; *Kempff*, AiB 1989, 66; *Matthiesen*, DB 1988, 285 ff.; *Weyand*, AuR 1989, 198 f.; *Berg*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, a. a. O. (oben Fn. 23), § 77 RdNr. 85; *Däubler*, BB 1990, 2256 ff.; *Grunsky*, DB 1990, 526.

⁶⁸ Zur Notwendigkeit, Grundrechte durch adäquate Verfahrensnormen effektiv zu machen, s. BVerfGE 37, 132, 141; 52, 214, 219; *Kempfen*, AuR 1986, 129 ff.

- Selbst wenn es keine ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen zugunsten des Tarifvorrangs gäbe, wäre das Betätigungsrecht der Gewerkschaft durch die Etablierung einer konkurrierenden Normsetzungsinstanz beeinträchtigt. Dies ist – ähnlich der generellen Schaffung von Arbeitnehmerkammern⁶⁹ – nicht mit Artikel 9 Abs. 3 GG vereinbar, da in keiner Weise von der Sache her geboten.⁷⁰ Richtigerweise hat das BAG dieses Recht schon dann als verletzt angesehen, wenn der Arbeitgeber in einem Einzelfall die Einstellung eines Bewerbers von dessen vorherigem Gewerkschafts Austritt abhängig machte.⁷¹ Wenn dabei ein gewerkschaftliches Klagerecht bejaht wurde,⁷² muß dies erst recht dann gelten, wenn über ein Zusammenspiel von Arbeitgeber und Betriebsrat ein ganzes Unternehmen aus dem Ruder zu laufen droht.
- Die Meinung des BAG bewirkt im Ergebnis, daß dem Verbandstarif sehr viel weniger „Durchschlagskraft“ zukommt als einem Firmentarif. Der Verbandsbeitritt eines bislang unorganisierten Arbeitgebers würde die Handlungsmöglichkeiten der Gewerkschaft erheblich eingen. Wenn man nicht schon aus diesem Grund der Gewerkschaft ein generelles Klagerecht gegenüber dem einzelnen, tarifwidrig handelnden Arbeitgeber einräumen will,⁷³ so muß man ihr wenigstens die effektive Möglichkeit geben, gegen die schwerste Form der Abweichung vom Tarifvertrag – den Abschluß einer Betriebsvereinbarung – gerichtlich vorzugehen. Für eine derart unterschiedliche Wirksamkeit von Firmen- und Verbandstarifen bietet das TVG jedenfalls keinerlei Anhaltspunkt.

Das BAG ist zur Korrektur seiner Rechtsprechung aufgerufen. Der Sache nach steht sehr viel mehr auf dem Spiel als die Durchsetzung irgendeines beliebigen Rechts. Inhaltlich geht es um das zentrale Element der industriellen Beziehungen in der Bundesrepublik. Zur Diskussion steht die Alternative zwischen einer maßvollen, von den Tarifparteien getragenen Dezentralisierung und einem betrieblicher Opportunität folgenden Wildwuchs. Für letzteren sind im Rechtsstaat keine Argumente ersichtlich.

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 38, 281, 303 ff., wo die Verfassungsmäßigkeit der bestehenden Kammern gerade mit der Erwägung gerechtfertigt wurde, diesen komme keine Tarifautonomie zu.

⁷⁰ Zu dieser Schranke der spezifisch koalitionsmäßigen Betätigung s. *Lübbe-Wolff*, Beil. 9/1988 zu DB, S. 2 ff.

⁷¹ BAG AP Nr. 49 zu Artikel 9 GG = DB 1987, 2312.

⁷² S. Fn. 71.

⁷³ Vgl. *Däubler*, Tarifvertragsrecht, RdNr. 1381 ff.