

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 171

Tarif- und Betriebsautonomie

**Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen
des Tarifvorbehalts, insbesondere dem Erfordernis
der Tarifbindung des Arbeitgebers**

Von

Thomas Lambrich



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS LAMBRICH

Tarif- und Betriebsautonomie

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 171

Tarif- und Betriebsautonomie

Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen
des Tarifvorbehalts, insbesondere dem Erfordernis
der Tarifbindung des Arbeitgebers

Von

Thomas Lambrich



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Lambrich, Thomas:

Tarif- und Betriebsautonomie : ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen des Tarifvorbehalts, insbesondere dem Erfordernis der Tarifbindung des Arbeitgebers / von Thomas Lambrich. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 171)

Zugl.: Trier, Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-09908-7

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-09908-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen lieben Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1998/99 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen. Sie war im wesentlichen bereits im Januar 1998 mit ähnlichem Titel fertiggestellt und ist im Juni 1998 überarbeitet und umfassend aktualisiert worden. Nach diesem Zeitpunkt konnten Rechtsprechung und Literatur noch bis zum Abschluß des Promotionsverfahrens im Februar 1999 teils eingearbeitet, teils nachgetragen werden.

Danken möchte ich zuvorderst meinem hochgeschätzten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Horst Ehmam. Er hat das Thema der Arbeit angeregt und ihre Entstehung durch intensive fachliche Gespräche gefördert. Diese haben nicht zuletzt ver einzelte Zweifel beseitigt, welche die im Tarifvertragsrecht rasch voranschreitenden tagespolitischen Entwicklungen und die Literaturfülle an der Vollendung der Arbeit mitunter aufkommen lassen konnten. Während meiner Assistentenzeit an seinem Lehrstuhl hat er mir mit kritischem, aber stets wohlwollendem Blick das Rüstzeug wissenschaftlichen Arbeitens mit auf den Weg gegeben.

Des weiteren bin ich Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Birk für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sehr verbunden.

Dem Land Rheinland-Pfalz danke ich für die Gewährung eines Promotionsstipendiums aus Fördermitteln zur Heranbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses.

Herr Ilja Selenkewitsch hat die Mühe auf sich genommen, ein noch unfertiges Manuskript Korrektur zu lesen. Ihm verdankt die Arbeit überdies manch hilfreiche inhaltliche Anregung. Bei der Erstellung der Druckvorlage hat mir Herr Ingolf Emmert mit viel Geschick und größtmöglicher Geduld zur Seite gestanden. Beiden gilt mein herzlicher Dank.

Mehr als Dank schulde ich Angela. Ohne ihre unermüdliche Unterstützung und grenzenlose Rücksichtnahme hätte dieses Buch niemals in der beabsichtigten Zeit vollendet werden können.

Koblenz, im Mai 1999

Thomas Lambrich

Inhaltsübersicht

<i>Erster Teil</i>	
Der wirtschaftspolitische Anlaß der Untersuchung	27
§ 1 Der Tarifvorbehalt im Spannungsverhältnis von Tarif- und Betriebsautonomie.....	27
§ 2 Deutschlands Tarifkartelle im Kreuzfeuer der Kritik.....	30
<i>Zweiter Teil</i>	
Rechtliche und rechtstatsächliche Prämissen	60
§ 3 Die historischen Wurzeln des Tarifvorbehalts	61
§ 4 Die funktionellen Grundlagen des Tarifvorbehalts	126
§ 5 Der verfassungsrechtliche Überbau des Tarifvorbehalts	153
<i>Dritter Teil</i>	
Tarifvorbehalt und Tarifflucht	257
§ 6 Voraussetzungen und Grenzen des Tarifvorbehalts	258
§ 7 Die Tarifbindung des Arbeitgebers als Voraussetzung des Tarifvorbehalts.....	333
§ 8 Aus dem Tarifvertrag in die Betriebsvereinbarung – von der Tarif- zur Betriebs- autonomie.....	395
Literaturverzeichnis.....	445
Sachregister	486

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Der wirtschaftspolitische Anlaß der Untersuchung	27
---	----

§ 1 Der Tarifvorbehalt im Spannungsverhältnis von Tarif- und Betriebsautonomie	27
---	----

§ 2 Deutschlands Tarifkartelle im Kreuzfeuer der Kritik	30
--	----

I. Neue Weltwirtschaft – alte Tarifautonomie – überholter Tarifvorbehalt.....	30
---	----

II. Die Antwort der Koalitionen: Verbetrieblichung der Tarifpolitik	36
---	----

1. Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung (sog. OT-Mitgliedschaft)	37
--	----

2. Zunehmende Bereitschaft zum Abschluß tariflicher Öffnungsklauseln	40
--	----

III. Die Antwort der Unternehmer: „Rette sich, wer kann“	44
--	----

IV. Die Antwort der Rechtsprechung: Tarifflucht in die Sackgasse	45
--	----

1. Firmentarifvertrag oder Verbandswechsel als tariflicher Ausweg?.....	46
---	----

2. Vertragsänderung oder Änderungskündigung als individualrechtlicher Ausweg?	49
---	----

3. Regelungsabreden oder Betriebsvereinbarungen als betrieblicher Ausweg? .	52
---	----

V. Zum weiteren Gang der Untersuchung	58
---	----

Zweiter Teil

Rechtliche und rechtstatsächliche Prämissen	60
--	----

§ 3 Die historischen Wurzeln des Tarifvorbehalts	61
---	----

I. Von der Privatautonomie zur Tarif- und Betriebsautonomie.....	62
--	----

1. Mangelnde Richtigkeitsgewähr des Individualarbeitsvertrages	64
2. Die Grundidee betrieblicher Mitbestimmung: Vom betrieblichen Herrschaftsverband zum freiheitlichen Betriebsverband.....	68
a) Die individualistische Natur des Arbeitsvertrages	68
b) Die Betriebsgemeinschaft als Herrschaftsverband	71
c) Selbstbestimmung des einzelnen durch Mitbestimmung im Kollektiv.....	73
3. Zwischenergebnis	74
II. Die Entwicklung der Tarifautonomie	75
1. Von den Anfängen der Tarifautonomie bis zum Jahre 1918.....	75
2. Die „Geburtsurkunden“ der Tarifautonomie.....	79
a) Das Stinnes-Legien-Abkommen vom 15.11.1918.....	79
b) Die Tarifvertragsverordnung vom 23.12.1918	80
c) Die Weimarer Reichsverfassung vom 14.08.1919	81
3. Frühes Scheitern der Tarifautonomie in den Krisenjahren Weimars	82
a) Der tatsächliche Befund: Ablösung durch staatliche Zwangsschlichtung ..	82
b) Die Ursache: Kartell- und Ordnungswirkung des Tarifvertrages	85
III. Die Entwicklung betrieblicher Mitbestimmung – gebremst durch den Widerstand der Gewerkschaften.....	89
1. Die Anfänge der Mitbestimmungsidee bis zum Jahre 1918.....	89
a) Geistesgeschichtliche Wurzeln.....	89
b) Sozialpolitischer Hintergrund und Inhalt des Arbeiterschutzgesetzes aus dem Jahre 1891	92
c) Das Hilfsdienstgesetz vom 05.12.1916 als Ergebnis eines grundlegenden Sinneswandels der Gewerkschaften	97
2. Durchbruch der Betriebsverfassung in der Weimarer Republik.....	100
a) Der historische Konflikt der Gewerkschaften mit der sozialistischen Rätebewegung.....	100
b) Die gesetzliche Weiterentwicklung der Tarifautonomie	104
aa) Die Tarifvertragsverordnung aus dem Jahre 1918	105

Inhaltsverzeichnis	13
bb) Die Räteverfassung der Weimarer Reichsverfassung.....	107
(1) Verfassungsrechtliche Garantie des Rätesystems (Art. 165 Abs. 2 – 4 WRV 1919).....	107
(2) Verfassungsrechtlicher Primat der Tarifautonomie (Art. 165 Abs. 1 Satz 2 WRV 1919).....	108
(3) Selbstbestimmung des einzelnen durch Mitbestimmung im Kollektiv.....	109
cc) Das Betriebsrätegesetz aus dem Jahre 1920.....	109
(1) Grundgedanke und Inhalt des Gesetzes	109
(2) Der Tarifvorbehalt des § 78 Ziff. 2 BRG 1920 und seine Aus- legung in Rechtsprechung und Literatur.....	112
3. Das Betriebsverfassungsrecht des nationalsozialistischen Regimes.....	114
a) Ideologiebedingter Rückschritt zum betrieblichen Herrschaftsverband...	114
b) Das Verhältnis von Tarif- und Betriebsordnungen	116
4. Vorgeschichte und Inhalt des Betriebsverfassungsgesetzes aus dem Jahre 1952	118
a) Der Streit um die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik.....	118
b) Das betriebsverfassungsrechtliche Partikularrecht der Länder.....	121
c) Das Betriebsverfassungsgesetz vom 19.07.1952.....	121
IV. Zusammenfassung	124
§ 4 Die funktionellen Grundlagen des Tarifvorbehalts	126
I. Arbeitnehmerschutz als Leitgedanke kollektiver Mitbestimmung.....	126
1. Gemeinsame Zwecksetzung mit unterschiedlicher Teilfunktion.....	127
a) Der materielle Schutzauftrag der Tarifautonomie	127
b) Der primär immaterielle Schutzauftrag der Betriebsautonomie	128
2. Keine Ordnungsfunktion tariflicher und betrieblicher Mitbestimmung.....	131
a) Ordnungsfunktion des Direktionsrechts – Schutzfunktion betrieblicher Mitbestimmung	133
b) Der Fehlschluß der „theory of countervailing power“	134
c) Widerspruch zwischen Günstigkeitsprinzip und Ordnungsfunktion	138

3. Zwischenergebnis	138
II. Zunehmender Funktionswandel von der Tarif- zur Betriebsautonomie.....	140
1. Gegenseitige Abhängigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.....	141
2. Ökonomische und betriebssoziologische Notwendigkeiten.....	147
III. Zusammenfassung	152
§ 5 Der verfassungsrechtliche Überbau des Tarifvorbehalts	153
I. Die Privatautonomie als Strukturelement einer freiheitlichen Wirtschafts- ordnung	154
II. Umfang und Grenzen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Tarif- autonomie.....	157
1. Tarifautonomie als koalitionsspezifische Betätigung im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG	157
2. Kein Bestandsschutz der Tarifautonomie und der Koalitionen „um ihrer selbst willen“	160
a) Art. 9 Abs. 3 GG kein sog. Doppelgrundrecht	161
b) Schutzbereich und Schranken der Tarifautonomie.....	166
3. Kein verfassungsrechtliches Monopol tariflicher Normsetzung	170
a) Gleichrangigkeit positiver und negativer Koalitionsfreiheit	170
b) Entwicklungspolitische Offenheit des Art. 9 Abs. 3 GG – das Mitbe- stimmungsurteil des BVerfG	172
4. Zwischenergebnis	175
III. Betriebsautonomie als Verfassungsgut	175
1. Verfassungsrechtliche Verankerung der Betriebsautonomie in Art. 9 Abs. 3 GG?	178
2. Verfassungsrechtliche Verankerung der Betriebsautonomie in Art. 9 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG	182
a) Die betriebliche Produktionsgemeinschaft als Verband im Rechtssinne ..	183

aa) Zusammenschluß mehrerer Individuen zu einer organisatorischen Einheit.....	187
bb) Gemeinsamer Verbandszweck	188
cc) Korporative Struktur der Betriebsgemeinschaft.....	191
dd) Die Betriebsvereinbarung als Satzung im materiellen Sinne	196
ee) Zwischenergebnis	198
b)Der Betriebsverband als Vereinigung im Sinne des Art. 9 Abs. 1 GG.....	199
c) Allgemeine Voraussetzungen privatautonomer Legitimation	201
d)Die Betriebsgemeinschaft als privatautonomer Verband	203
aa) Die Betriebsratswahl als Selbstbestimmungsakt des einzelnen Arbeitnehmers?.....	203
bb) Der Abschluß des Arbeitsvertrages als privatautonomer Verbands-eintritt	206
(1) Verbandsbeitritt und Unterwerfung?	209
(2) Die Rechtsordnung als Korrelat der Privatautonomie	212
(3) Staatliche Anerkennung als zwingende Voraussetzung betrieb-licher und tariflicher Normsetzung	214
(4) Selbstbestimmung des einzelnen durch Mitbestimmung im Kollektiv.....	220
3. Ergebnis.....	224
IV. Das verfassungsrechtliche Verhältnis tariflicher und betrieblicher Norm- setzung.....	226
1. Praktische Konkordanz zwischen Privatautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie.....	226
a) Konkordanzgebot, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Sozialstaats- klausel	226
b) Das Günstigkeitsprinzip als Verfassungsprinzip zur Herstellung prakti- scher Konkordanz	231
aa) Zwischen Tarifvertrag und Individualvertrag	231
bb) Zwischen Betriebsvereinbarung und Individualvertrag	233
cc) Zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung.....	234
2. Verfassungsimmanente Vorrangentscheidung zu Gunsten der Tarif- oder Betriebsautonomie?	235

a) Tarifautonomie „der Freiheit näher“?	236
aa) Überwirkung des Tarifvertrages auf Außenseiter und fehlender Koalitionspluralismus	238
bb) Mangelnder Binnenpluralismus gewerkschaftlicher Organisationen ..	240
cc) Nötigung durch Arbeitskampf und Freiheitsprinzip?.....	241
dd) Zwangscharakter der Tarifautonomie auf Grund des Tarifvorbe- halts.....	243
b) Vorrang betrieblicher vor tariflicher Normsetzung kraft des Subsidiari- tätsprinzips	244
aa) Geistesgeschichtliche Herkunft und Aussage des Subsidiaritäts- prinzips	244
bb) Die verfassungsrechtliche Natur des Subsidiaritätprinzips	248
cc) Schlußfolgerungen für das Verhältnis von Betriebs- und Tarifa- tonomie	252
V. Zusammenfassung	255
 <i>Dritter Teil</i>	
Tarifvorbehalt und Tarifflucht	257
§ 6 Voraussetzungen und Grenzen des Tarifvorbehalts.....	258
I. Der rechtspolitische Zweck des Tarifvorbehalts.....	258
1. Schutz der sozialpolitischen Leitfunktion der Tarifpolitik.....	258
2. Wahrung des betrieblichen Friedens.....	261
3. Sicherung der ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie	262
4. Erhalt der Funktionsfähigkeit und des Mitgliederbestandes der Gewerk- schaften.....	264
a) Die historische Dimension	266
b) Gewohnheitsrechtliche Derogation oder Verfassungswidrigkeit des § 77 Abs. 3 BetrVG wegen Verstoßes gegen das Übermaßverbot?	266
c) Bloßer Machterhalt funktionswidrig und verfassungsrechtlich nicht geboten.....	270

5. Gewährung effektiven Arbeitnehmerschutzes durch Kompetenzvorrang des Tarifvertrages.....	274
6. Ergebnis.....	278
II. Gegenstände des Tarifvorbehalts.....	278
1. Differenzierung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen ..	279
2. Judikativer Ausbau erzwingbarer Mitbestimmungsrechte	283
a) Mitbestimmung des Betriebsrats hinsichtlich außer- und übertariflicher Leistungen.....	283
b) Erzwingbare Mitbestimmung hinsichtlich der Arbeitszeitdauer	290
aa) Selbstentwertung der Tarifautonomie durch den Leber-Rüthers-Kompromiß.....	290
(1) Die rechtspolitische Dimension	290
(2) Die rechtliche Dimension	292
bb) Arbeitszeitflexibilisierung auf Grund des Arbeitszeitgesetzes vom 01.07.1994	296
3. Der Anwendungsvorrang des § 87 Abs. 1 Einls. BetrVG und seine Auswirkungen auf den Tarifvorbehalt.....	298
a) Das BAG und die sog. Vorrangtheorie	298
b) Wirksamkeit teilmitbestimmter Betriebsvereinbarungen – oder: die Doppelbödigkeit der Rechtsprechung	306
4. Sinn oder Unsinn der „Wiederbelebung“ des „Leichnams“ des § 77 Abs. 3 BetrVG	312
III. Grenzen des Tarifvorbehalts	315
1. Gegenständliche Grenzen	316
2. Zeitliche Grenzen.....	318
a) Tarifliche Regelung im Sinne des § 77 Abs. 3 Satz 1, 1. Alt. BetrVG.....	318
b) Tarifübliche Regelung im Sinne des § 77 Abs. 3 Satz 1, 2. Alt. BetrVG	319
aa) Tarifüblichkeit und Nachwirkung	319
bb) Zukunftsbezogenheit der Tarifüblichkeit	320
cc) Vergangenheitsbezogenheit der Tarifüblichkeit	321

3. Beschränkung durch die tarifvertraglichen Geltungsbereiche – Möglichkeiten zur Tarifflucht?.....	324
a) Räumlicher Geltungsbereich	328
b) Betrieblich-branchenmäßiger Geltungsbereich	328
c) Fachlicher und persönlicher Geltungsbereich	331
4. Zusammenfassung.....	332
§ 7 Die Tarifbindung des Arbeitgebers als Voraussetzung des Tarifvorbehalts ...	333
I. § 59 BetrVG 1952 – von der Kollisionsregel zum Tarifmonopol	335
1. Der Gesetzgeber auf den Spuren des Betriebsrätegesetzes	335
2. Bloße Mutmaßungen der Norminterpretanten	337
3. Verbandspolitik statt Rechtsanwendung.....	339
II. Der Tarifvorbehalt im Gesamtkontext des kollektiven Arbeitsrechts	342
1. Das Verhältnis von Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht	342
a) Rechtsgebietskonkurrenz zwischen § 4 TVG und § 77 Abs. 3 BetrVG? ..	342
b) Keine Unabdingbarkeit des Tarifvertrages gegenüber der Betriebsvereinbarung	345
c) § 77 Abs. 3 BetrVG als alleinige Konkurrenzregel – oder: die List des „lex-specialis-Tricks“	347
2. Regel-Ausnahme-Mechanismus zwischen Tarifvorbehalt und tariflichen Öffnungsklauseln.....	350
a) Offenheit des Gesetzeswortlauts	350
b) Beschränkung tariflicher Öffnungsklauseln auf Betriebe tarifgebundener Arbeitgeber	351
aa) Die funktionelle Zuständigkeit der Betriebspartner als entscheidende Prämisse	352
bb) Keine Allkompetenz der Betriebspartner	354
(1) § 88 BetrVG als umfassende Kompetenznorm (nur) für soziale Angelegenheiten	357
(2) Umkehrschluß aus § 77 Abs. 3 BetrVG?	358
(3) Zwischenergebnis	360

cc) Tarifliche Öffnungsklauseln nicht bloße Zulassungsnormen	360
(1) Delegation tariflicher Normsetzungsbefugnis.....	361
(2) Tarifliche Öffnungsklauseln als betriebsverfassungsrechtliche Normen (§§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG).....	361
c) Zusammenfassung.....	363
3. Das Betriebsverfassungsgesetz als Verbandsstatut des betrieblichen Arbeitsverbandes	363
4. Interpretative Gleichartigkeit von Tarifvorrang und Tarifvorbehalt	366
a) Die Tarifbindung des Arbeitgebers als Voraussetzung des Tarifvor- rangs.....	366
b) Unterschiede im Gesetzeswortlaut?.....	368
aa) Das Erst-recht-Argument	369
bb) Mangelnde Tarifgebundenheit des Arbeitgebers kein Unterfall der Tarifüblichkeit	370
c) Unterschiedliche Zwecksetzungen?	372
aa) Sicherung der ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie?.....	372
bb) Der arbeitnehmerschützende Zweck des Tarifvorrangs	374
cc) Ergebnis	376
III. Betriebsvereinbarungen als notwendige Alternativen zum Tarifvertrag	376
1. Arbeitnehmerschutz und Tarifbindung des Arbeitgebers.....	376
2. Verstoß gegen die Betriebsautonomie (Art. 9 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG) und das Subsidiaritätsprinzip	380
3. Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)	383
4. Zusammenfassung.....	385
IV. Tarifvorbehalt bei Allgemeinverbindlichkeit?	386
V. Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite kumulative Voraussetzung?	388
1. Abweichung im Gesetzeswortlaut von § 4 Abs. 1 TVG und § 77 Abs. 3 BetrVG.....	388
2. Zuständigkeitsausschließende Funktion des § 77 Abs. 3 BetrVG	389

3. Tarifbindung eines oder mehrerer Arbeitnehmer nicht erforderlich	391
VI. Ergebnis.....	393
§ 8 Aus dem Tarifvertrag in die Betriebsvereinbarung – von der Tarif- zur Betriebsautonomie.....	395
I. Betriebsvereinbarungen als Ziel der Verbands- und Tarifflucht.....	395
1. Regelungskompetenz der Betriebspartner zum Abschluß von Lohn- und Arbeitszeitbetriebsvereinbarungen.....	396
2. Vereinsrechtliche Rahmenbedingungen des Verbandsaustritts.....	400
a) Außerordentliches Austrittsrecht bei wirtschaftlicher Krise?.....	401
b) Jederzeitiges fristloses Austrittsrecht aus dem Arbeitgeberverband.....	403
3. Tarifvertragsrechtliche Hindernisse der Tarifflucht	405
a) Fortwirkung der Tarifgebundenheit im Sinne des § 3 Abs. 3 TVG.....	405
aa) Der rechtspolitische Zweck der Vorschrift	406
bb) Betriebsvereinbarungen während der Fortwirkungsphase	409
(1) Grundsätzliche Unzulässigkeit.....	410
(2) Vorrang günstigerer Betriebsvereinbarungen	410
(3) Insbesondere: Zulässigkeit existenzsichernder Betriebsvereinbarungen	412
(4) Zwischenergebnis	421
cc) Ende der Tarifgebundenheit durch Beendigung des Tarifvertrages ...	422
(1) Verstreichenlassen der ersten Kündigungsmöglichkeit als Beendigung des Tarifvertrages	422
(2) Punktuelle inhaltliche Änderung als Beendigung des Tarifvertrages	424
(3) Fortfall des gesamten tariflichen Regelwerks mit Beendigung eines Tarifvertrages?.....	425
b) Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG) nach Fortwirkung (§ 3 Abs. 3 TVG)? ...	427
4. Grundsätzlicher Vorrang günstigerer Individualvereinbarungen	431
a) Zulässigkeit individueller Sonderabreden auf Grund des Günstigkeitsprinzips	431

Inhaltsverzeichnis	21
b) Existenzsichernde Betriebsvereinbarungen als Akte „innerverbandlicher Solidarität“	432
5. Ergebnis	435
II. Rechtspolitischer Ausblick: Neugestaltung der Arbeitsverfassung nach Maßgabe des Subsidiaritätsprinzips	436
1. Rückbesinnung auf die Anfänge der Mitbestimmungsidee.....	437
2. Mögliche rechtliche und rechtspolitische Bedenken.....	439
3. Gesetzgeber oder Rechtsprechung?	443
Literaturverzeichnis.....	445
Sachregister	486

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
ablehn.	ablehnend
Abs.	Absatz
abweich.	abweichend
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AG	Aktiengesellschaft; Amtsgericht
ähnl.	ähnlich
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
allg.	allgemein
allg. A.	allgemeine Ansicht
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGeb	Arbeitgeber (Zeitschrift)
ArbRGegw	Arbeitsrecht der Gegenwart (Zeitschrift)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ARBl.	Arbeitsrechtsblattein
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ARS	Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (Bensheimer Sammlung)
Art.	Artikel
ATG	Altersteilzeitgesetz
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AZO	Arbeitszeitordnung
ausdrückl.	ausdrücklich
ausf.	ausführlich

BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Entscheidungssammlung des BAG
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
Bearb.	Bearbeiter
Begr.	Begründung
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
bezügl.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Entscheidungssammlung des BGH in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BRG	Betriebsrätegesetz
Bspl(e).	Beispiel(e)
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Entscheidungssammlung des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Entscheidungssammlung des BVerwG
D.	Digestenstelle
DAG	Deutsche Angestellten-Gewerkschaft
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
Def.	Definition
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
diff.	differenzierend
Diff.	Differenzierung
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaften
Einl.	Einleitung
Einls.	Einleitungssatz
einschränk.	einschränkend

entsprech.	entsprechend
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
f., ff.	folgend(e)
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
gem.	gemeinsame
GewGer	Gewerbegericht
GewKfmGer	Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Monatsschrift des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GK	Gemeinschaftskommentar
Grundl.	Grundlage(n)
grundleg.	grundlegend
grundsl.	grundsätzlich
GS	Gedächtnisschrift; Großer Senat
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hervorh. d. Verf.	Hervorhebung des Verfassers
Hervorh. i. Org.	Hervorhebung im Original
HilfsdienstG	Gesetz über den vaterländischen Hilfsdienst
hinsichtl.	hinsichtlich
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. Erg.	im Ergebnis
IG	Industriegewerkschaft
ILO	International Labour Organization
inkl.	inklusive
insbes.	insbesondere
insges.	insgesamt
i. S. d.	im Sinne des / der
i. V. m.	in Verbindung mit
i. Zshg.	im Zusammenhang
JJb	Juristen-Jahrbuch
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAB	Katholische Arbeitnehmer-Bewegung Deutschlands
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
Lit.	Literatur

lit.	littera
LVerf	Landesverfassung
m.	mit
m. a. W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
Mrd.	Milliarden
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis(e)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NS	Nationalsozialismus
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NV	Nationalversammlung
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
PartG	Parteiengesetz
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
RAG	Reichsgerichtsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdnr. / Rdnrn.	Randnummer(n)
Rdz.	Randziffer(n)
RegE	Gesetzesentwurf der Bundesregierung
RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Sammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
RT	Reichstag
S.	Seite(n)
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SchlichtVO	Verordnung über das Schlichtungswesen
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte
Sp.	Spalte
SprAuG	Sprecherausschußgesetz
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
stellvertr.	stellvertretend
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVVO	Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten
u.	und

u. a.	und andere; unter anderem
übereinstimm.	übereinstimmend
umfangr.	umfangreich
umfass.	umfassend
undiff.	undifferenziert
unzutreff.	unzutreffend
VDMA	Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbauer
VereinsG	Vereinsgesetz
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
vollst.	vollständig
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
zahlr.	zahlreich
zeitgenöss.	zeitgenössisch
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
Zshg.	Zusammenhang
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
zustimm.	zustimmend
zutreff.	zutreffend

Erster Teil

Der wirtschaftspolitische Anlaß der Untersuchung

§ 1 Der Tarifvorbehalt im Spannungsverhältnis von Tarif- und Betriebsautonomie

„In der Vorschrift des § 59 BetrVG bricht sich die Vernunft und siegt die Ideologie; es nimmt daher nicht wunder, daß die Entscheidungen, die § 59 BetrVG zum Siege verhelfen, meist auch die praktische Vernunft besiegen“¹.

Auch nach mittlerweile über 30 Jahren hat diese einst in bezug auf die Vorgängernorm des § 77 Abs. 3 BetrVG getroffene Feststellung Säckers, so wird jeder Kundige zugeben müssen, nichts von ihrer Richtigkeit und Aktualität eingebüßt. Treffender als anhand einer solchen – teils provokanten, teils resignierenden² – Einschätzung lässt sich bis heute die Bedeutung, besser: das Dilemma des in dieser Vorschrift statuierten Tarifvorbehalts kaum umschreiben. Nüchtern betrachtet bildet § 77 Abs. 3 BetrVG mit dem in ihm normierten Vorrang tariflicher vor betrieblicher Normsetzung den archimedischen Punkt im Verhältnis von Tarifautonomie und Betriebsautonomie, die Achillesferse der – in Deutschland im Vergleich zu anderen Ländern in einzigartiger Weise³ – durch einen Dualismus betrieblicher und überbetrieblicher Vertretung der Arbeitnehmerinteressen gekennzeichneten Arbeitsverfassung. Bei Lichte besehen zieht der Tarifvorbehalt damit aber gleichsam die Grenzlinie zwischen zwei seit ihrer Entstehung stets konkurrierenden, mitunter auch heftig rivalisierenden Modellen zur gerechten Vereinbarung der für die Vielzahl von Arbeitnehmern existentiell wichtigen Arbeitsbedingungen: Der auf *Interessengegensatz* und *Konflikt* beruhenden Tarifautonomie mit ihrer Waffe des Arbeitskampfes steht gegenüber die Betriebsverfassung als ein Paradigma *einvernehmlicher Einigung* und *partnerschaftlichen Zusammenwirkens*⁴. In Anbetracht dieses Gegensatzes

¹ Säcker, RdA 1967, 370.

² Die Feststellung bedeutet Provokation und Resignation zugleich, weil doch andererseits gerade die Vernunft als die höchste Quelle des Naturrechts gilt, die alles andere Recht bricht (Fehr [Deutsche Rechtsgeschichte, S. 259] unter Bezugnahme auf die Rechts- und Staatslehre Immanuel Kants).

³ Zur Sonderstellung der deutschen Betriebsverfassung im internationalen Vergleich insbes. Neuloh, Betriebsverfassung, S. 1 ff.

⁴ In diesem terminologischen und sachlichen Sinne die Gegenüberstellung tariflicher und betrieblicher Mitbestimmung durch das Mitbestimmungsurteil des BVerfG (E 50, 290 [371]).

verwundert es nicht, daß das Konkurrenzverhältnis tariflicher und betrieblicher Mitbestimmung seit nunmehr über einem Jahrhundert das wissenschaftlich meist beackerte Feld des Arbeitsrechts darstellt⁵, § 77 Abs. 3 BetrVG konkret zu dessen wohl heftigst umstrittener Vorschrift und nicht zuletzt zu einem Tummelplatz häufig emotional bis ideologisierend geführter Diskussionen geworden ist.

Die durch die Fassung des Tarifvorbehalts im Detail aufgeworfenen Fragen, denen im Verlauf der vorliegenden Arbeit nachgegangen werden soll, sind ebenso zahlreich wie vielfältig. Eine von ihnen sei bereits jetzt gesondert hervorgehoben: Sie läßt sich dahingehend formulieren, ob die Vorschrift des § 77 Abs. 3 BetrVG ihre Sperrwirkung ausschließlich in Betrieben *tarifgebundener* Arbeitgeber entfaltet, oder aber auch *nicht* einem Arbeitgeberverband angehörende Unternehmer gehindert sind, bei Bestehen oder Üblichkeit einer tariflichen Regelung mit ihrem Betriebsrat Betriebsvereinbarungen abzuschließen. Während die meisten der hinsichtlich des Tarifvorbehalts strittigen Problem-punkte in der Vergangenheit zum Gegenstand nahezu zahlloser sich in umfassender Weise mit ihnen auseinandersetzender Untersuchungen gemacht worden sind⁶, fällt bereits bei einer nur überblickartigen Durchsicht des Schrifttums auf,

⁵ So haben sich die wohl bedeutendsten arbeitsrechtlichen Habilitationsschriften der Nachkriegszeit mit den Voraussetzungen und Grenzen der Tarifautonomie sowie der Betriebsverfassung und somit nicht zuletzt auch mit dem Verhältnis beider Kollektivautonomien zueinander befaßt (*Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, 1964; *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968; *Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972; *Kreutz*, Grenzen der Betriebsautonomie, 1979; *Jahnke*, Tarifautonomie und Mitbestimmung, 1984); gerade auch in jüngster Zeit ist die Gesamtproblematik verstärkt zum Gegenstand grundlegender Untersuchungen gemacht worden: *Reichold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995; *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 1996; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, 1996; *Veit*, Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats, 1998.

⁶ Vgl. z. B. die zahlreichen monographischen Stellungnahmen, die sich mit dem Günstigkeitsprinzip allgemein und seiner Geltung im Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung und damit innerhalb des § 77 Abs. 3 BetrVG (= § 59 BetrVG 1952) im speziellen beschäftigen: grundleg. *Wlotzke*, Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis des Tarifvertrags zum Einzelarbeitsvertrag und zur Betriebsvereinbarung, 1957, insbes. S. 128 ff.; *Fette*, Der Günstigkeitsvergleich im Urlaubsrecht, 1967, insbes. S. 14 ff.; *Courth*, Günstigkeitsprinzip und Günstigkeitsvergleich im Spannungsfeld zwischen Individual- und Kollektivrecht, 1969; *Papritz*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, auch in verfassungsrechtlicher Sicht, 1978; *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, insbes. S. 157 ff.; *Schulze*, Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertragsrecht, 1985; *Mayer*, Das Verhältnis des Tarifvertrages zu späteren günstigeren Absprachen, 1986; *Tech*, Das Günstigkeitsprinzip und Günstigkeitsbeurteilung im Arbeitsrecht, 1987, insbes. S. 27 ff., 146 ff. u. 172 ff.; *Krummel*, Die Geschichte des Unabdingbarkeitsgrundsatzes und des Günstigkeitsprinzips im Tarifvertragsrecht, 1991, insbes. S. 190 ff.; *Th. Schmidt*, Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinba-

daß besagte Fragestellung bislang noch nicht eine hinreichend ausführliche und sich insbesondere in gebotener Weise auf die allgemeinen (d.h. die historischen, funktionellen und verfassungsrechtlichen) Grundlagen des § 77 Abs. 3 BetrVG rückbesinnende Aufarbeitung gefunden hat, zumeist vielmehr allenfalls am Rande mitbehandelt wird⁷. Grund hierfür dürfte nicht zuletzt sein, daß – obwohl seit jeher zumindest nicht verkannt wird, daß gewichtige Argumente für eine Beschränkung des Tarifvorbehalts auf Betriebe tarifgebundener Arbeitgeber streiten – dennoch mittlerweile in gegenteiliger Hinsicht eine die wissenschaftliche Diskussion lähmende „Verfestigung der Rechtslage“⁸ eingetreten ist. Die jüngste Entwicklung der ökonomischen Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandorts Deutschland hat jedoch nicht nur den Tarifvorbehalt allgemein mit bislang ungeahnter Schärfe zur Zielscheibe des arbeitsrechtlichen, wirtschaftswissenschaftlichen und sogar tagespolitischen Interesses werden lassen, sondern bietet nicht zuletzt Anlaß, der Frage nach dem Erfordernis der Tarifbindung des Arbeitgebers innerhalb des mit der vorgelegten Untersuchung erstrebten (besseren) Verständnisses des Tarifvorbehalts im Spannungsverhältnis zwischen Tarif- und Betriebsautonomie besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

rung, 1994, insbes. S. 96 ff. u. 129 ff.; *Tyska*, Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertragsrecht, 1994, insbes. S. 55; *Krauss*, Günstigkeitsprinzip und Autonomiebestreben am Beispiel der Arbeitszeit, 1995, insbes. S. 69 ff. u. 121 ff.

⁷ Beispielhaft *Waltermann* (Rechtsetzung, S. 284), welcher der Problematik in seiner – zugegeben eher auf Grundlagenfragen als auf konkrete Auslegungsprobleme des § 77 Abs. 3 BetrVG gerichteten – Arbeit unter Verweis auf die „zutreffende herrschende Auffassung“ ganze zwei Sätze widmet; ausführlichere Darstellungen mit dem Versuch eines eigenen Lösungsansatzes finden sich nur im älteren Schrifttum: vgl. *Eickelberg*, Betriebsvereinbarung, S. 120 ff.; hinsichtl. § 59 BetrVG 1952 ansatzweise *Wlotzke*, Günstigkeitsprinzip, S. 140 ff.; jetzt aber auch *Richardi*, FS für Schaub, S. 639 (644 ff.); *Fischer*, Betriebsvereinbarungen, S. 200 ff.

⁸ So unlängst die fast resignierende Einschätzung von *Buchner*, DB 1997, 573; krit. zum Standpunkt der Rspr. jetzt erneut *derselbe*, FS für Wiese, S. 55 (56 ff.).