

FRANZ GAMILLSCHEG*

Das Recht der Gewerkschaften auf Bestand und Sicherung nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland

Im folgenden Beitrag soll an einem Beispiel die Struktur des deutschen kollektiven Arbeitsrechts geschildert werden. Es geht um die Art und Weise, wie die gegenseitigen Rechte und Pflichten der kollektiven Mächte (Gewerkschaften, Arbeitgeber und Arbeitgeber-Verband) bestimmt werden. Man nennt das heute vielfach „industrial relations“ und versteht darunter nicht nur die Normen des kollektiven Arbeitsrechts, sondern auch das tatsächliche Verhalten der Menschen im Prozeß von Normbildung und Normanwendung. Wie in anderen westlichen Staaten, ist dieser Prozeß auch in der Bundesrepublik Deutschland ganz überwiegend durch Richterrecht geprägt. Der Gesetzgeber schweigt und überläßt dem Richter das Feld. Der Beitrag ist Lászlo Nagy gewidmet, dem sich der Verfasser in langjähriger wissenschaftlicher Zusammenarbeit verbunden weiß.

Ausgangspunkt ist Art. 9 III des Grundgesetzes von 1949. Er lautet:

„Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.“

1. Art. 9 III enthält somit seinem Wortlaut nach das *Recht des einzelnen Arbeitnehmers, Beamten und Arbeitgebers*, eine Koalition zu bilden oder einer bestehenden Koalition beizutreten. Geschützt ist „jedermann“: Die Koalitionsfreiheit ist ein Menschenrecht, das Ausländern in gleicher Weise wie Inländern zusteht. In diesem ihren Inhalt als Garantie der individuellen Koalitionsfreiheit steht die Bestimmung am Ende einer Entwicklung, die in den 60er Jahren des 19. Jahrhunderts begonnen hat und über mehrere Etappen — Verbot und Strafbarkeit der Bildung von Gewerkschaften, Aufhebung der Strafbarkeit in den der Gewerbeordnung von 1869 und den Berggesetzen unterliegenden Betrieben, Erhebung zum Grundrecht durch die Weimarer Verfassung 1919 — zum heutigen Zustand geführt hat, in dem Art. 9 III nicht nur eines von mehreren Grundrechten, sondern das inhaltlich wohl am stärksten herausgehobene Grundrecht des ganzen Grundrechtskatalogs darstellt: Herausgehoben z. B. dadurch, daß ihm als einzigem Grundrecht ausdrücklich die sog. Drittwirkung verliehen wurde. Drittwirkung bedeutet, daß das Grundrecht nicht nur einen Freiheitsraum gegenüber der staatlichen Ge-

* Direktor des Instituts für Arbeitsrecht Universität Göttingen

walt gewährleistet, sondern auch im Verhältnis der Bürger zueinander zu beachten ist.

Auf dieser Grundlage haben sich *mächtige Gewerkschaften* gebildet. In der Zeit der ersten deutschen Republik 1919—1933 waren sie, ähnlich wie heute noch in Frankreich oder Italien, konfessionell und politisch zersplittert. Während der Zeit des Nationalsozialismus wurden sie teils gewaltsam zerschlagen, teils zur Selbstauflösung gezwungen. 1945 knüpfte man wieder dort an, wo die Entwicklung 1933 abgebrochen war. 1949 fanden sich die Vertreter der früheren sozialdemokratischen und christlichen Gewerkschaften zusammen und bildeten den „Deutschen Gewerkschaftsbund“, der sich nach seiner Satzung als überkonfessionell und parteipolitisch neutral versteht. Die damit vollzogene Überwindung der früheren Zersplitterung hat dem wirtschaftlichen und sozialen Aufschwung der Bundesrepublik große Dienste geleistet: Auf der Grundlage einer rechtlichen Freiheit, Konkurrenzgewerkschaften zu bilden (sog. Koalitionspluralismus) besteht tatsächliche Gewerkschaftseinheit, insoweit als die im DGB zusammengeschlossenen 17 Einzelgewerkschaften mit rd. 7, 9 Millionen Mitgliedern (von rd. 20 Millionen Arbeitnehmern und 2, 3 Millionen Beamten) in allen wesentlichen Belangen die eigentliche Vertretung der Arbeitnehmer-Interessen darstellen.

Neben den DGB-Gewerkschaften gibt es noch die Deutsche Angestellten-gewerkschaft (DAG) mit rd. einer halben Million Mitgliedern und den Deutschen Beamtenbund mit rd. 820 000 Mitgliedern. Eine christliche Gewerkschaftsbewegung ist in den 50er Jahren wiederbelebt worden, hat ihre frühere Bedeutung jedoch nicht wieder erreichen können. Die verschiedenen hier zusammengeschlossenen Gewerkschaften zählen rd. 300 000 Mitglieder.

Nimmt man Arbeitnehmer und Beamte zusammen, so sind rd. 40% von ihnen in einer Gewerkschaft organisiert. Sonderbarerweise haben dabei die Beamten mit 74% den höchsten Organisationsgrad.

2. Der erste Schritt vom Wortlaut des Art. 9 III in richterrechtliches Neuland wurde 1954 durch das Bundesverfassungsgericht getan. Die Koalitionsfreiheit wurde als Grundrecht nicht nur des einzelnen Mitgliedes, sondern auch der von den Mitgliedern gebildeten *Koalition selbst* angesehen. Es ging darum, ob die Koalition (in casu: ein Arbeitgeber-Verband) als eigene Person (und nicht nur in Vertretung aller ihrer Mitglieder) Verfassungsbeschwerde erheben konnte. Entgegen der herrschenden Meinung während der Weimarer Zeit hat das Bundesverfassungsgericht dies bejaht. Damit erhielt Art. 9 III ein doppeltes Gesicht: Neben das Freiheitsrecht des einzelnen trat ein sog. kollektives oder Gruppengrundrecht².

Dies wird freilich in neuerer Zeit von einer im Vordringen begriffenen Meinung bestritten, die nur den Menschen als Träger der Koalitionsfreiheit anerkennt. Was die Koalition geltend mache (und, das wird zugegeben, im eigenen Namen geltend machen könne), sei nur die gebündelte Ausübung der Grundrechte der Mitglieder³. Hinter dieser Vorstellung steht die Sorge, die Kollektivierung der Koalitionsfreiheit könnte ein Eingehen entfalten und aus dem Grundrecht immer mehr eine Pflicht zur koalitionsgemäßen Betätigung machen. Wir werden

¹ Zum Folgenden vgl. die Kommentare zum Grundgesetz, insb. die Bearbeitung von Scholz im Kommentar von Maunz-Düring-Herzog-Scholz, und die Lehrbücher des deutschen Arbeitsrechts.

² Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung Bd. 4 S. 96.

³ Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem (1971) und im Kommentar (oben Anm. 1) Bem. 22 ff., 192; Richardi, Festschrift für Gerhard Müller (1981) S. 413 ff. (440). u. a.

sehen, daß Anlaß zu dieser Sorge durchaus besteht, auch wenn die Entwicklung wahrscheinlich unausweichlich ist. Sieht man die Koalitionsfreiheit dagegen in erster Linie und nach wie vor als ein Freiheitsrecht des einzelnen, dann, dies ist die Vorstellung jener Ansicht, geht bei einem Widerstreit zwischen den Interessen des Mitgliedes und der Koalition selbst das Interesse des Mitgliedes vor. Es ist das mithin eine sehr dem Liberalismus verpflichtete Sicht; sie wird den tatsächlichen Gegebenheiten nicht immer gerecht.

Die herrschende Meinung, die in Art. 9 III auch ein Kollektivgrundrecht sieht, wird vor allem durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt. Die Koalition ist, wie erwähnt, selbst berechtigt, Verfassungsbeschwerde einzulegen. Ihr ist auch in den Prozessen der ordentlichen Gerichtsbarkeit die sog. aktive Parteifähigkeit, d. h. die Fähigkeit, im eigenen Namen Klage zu erheben, zuerkannt worden⁴.

Es ging um den Anspruch einer Gewerkschaft gegen eine andere Gewerkschaft auf Unterlassung herabsetzender Äußerungen im Wettbewerb um die Mitglieder. Im übrigen richtet sich jedoch die Stellung der Koalitionen im Zivilrecht nach der Rechtsform, die sie selbst wählt. Aus geschichtlichen Gründen sind die Gewerkschaften in Deutschland überwiegend als sog. nicht eingetragene Vereine organisiert; ein Anachronismus, wenn man bedenkt, daß etwa die IG Metall mit 2, 7 Millionen Mitgliedern die größte Einzelgewerkschaft der Welt ist. Nicht eingetragene Vereine sind nach deutschem Recht nicht vermögensfähig. Die Gewerkschaften besitzen dagegen ein statliches Vermögen. Sie lassen es durch Treuhandgesellschaften verwalten.

3. In seiner Entscheidung E 4, 96 hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur, wie geschildert, die Grundrechtsträgerschaft auf die Koalition selbst ausgedehnt, sondern auch den ersten Schritt in ein Neuland getan, auf dem es dann erst, ebenso wie das Bundesarbeitsgericht, zu immer neuen Ufern vorgeschritten ist, um dann innezuhalten und ein wenig im Kreis herumzuwandern. Das Ganze bietet ein spannendes Bild richterlicher Rechtsfortbildung: Jeder Schritt, den das Gericht tut, bedingt bereits den nächsten. Nach rd. 25 Jahren haben wir so ein ausgefeiltes System vor uns, wie es der Gesetzgeber nicht anders hätte errichten können. Die neuesten Entscheidungen zeigen indessen, daß sich die hohen Gerichte wohl am Ende dieses weiten Weges angekommen sehen und die weitere Entwicklung nunmehr dem Gesetzgeber überlassen wollen (unten 4 c). Dieser schweigt freilich und macht keine Anstalten, den Regelungsgegenstand an sich zu ziehen.

a) BVerfGE 4, 96 erweiterte den Gewährleistungsbereich der Koalitionsfreiheit um etwas, was gar nicht im Streit war: Das Gericht sagt (und begründet dies vor allem mit dem Hinweis auf die Entwicklung in der Weimarer Zeit), der Staat (Gesetzgeber) sei durch Art. 9 III verpflichtet ein *Tarifsystem* im Sinne des modernen Arbeitsrechts *bereitzustellen*, auf dessen Grundlage freigebildete Vereinigungen unabdingbare und normativ wirkende Tarifverträge schließen können. Ein solches gesetzliches System bestand jedoch längst im Tarifvertragsgesetz, und niemand wollte damals und plant heute seine ersatzlose Beseitigung. Aber der Spruch des Bundesverfassungsgerichts hat bewirkt, daß das TVG insoweit vom einfachen Gesetzgeber nicht mehr abgeschafft werden kann. Das Gericht begründet diese Verpflichtung des Gesetzgebers mit der Überlegung (= Grundsatz der höchsten Wirksamkeit der Grundrechte), daß die Koalitionsfreiheit nicht nur den Zusammenschluß als solchen gewährleistet, sondern den Zusammenschluß zu

⁴ Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Bd. 42 S 210; 50 S. 325 u. a.

einem bestimmten Zweck, der Einflußnahme auf die Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge. Dahinter stehen zwei Vorstellungen (die sich freilich erst in späteren Entscheidungen voll entwickelt haben): (1) Soll die Koalitionsfreiheit ein lebendiges Grundrecht bleiben, so ist die Koalition davor zu schützen, daß die Mitglieder, die sie mit ihren Beträgen erhalten, das Interesse verlieren und weglaufen. Deshalb muß ihnen ein Bereich verbleiben, eben die Tarifautonomie, in dem sie sich die Loyalität ihrer Mitglieder immer wieder erhalten können; und (2) daß die Tarifautonomie erhalten bleibt, liegt im Interesse der Gesellschaft selbst, müßte doch andernfalls der Staat durch eigene Lohnämter für eine sozial befriedigende Festsetzung der Lohn und Arbeitsbedingungen sorgen, sicherlich gegenüber der Tarifautonomie die schlechtere Lösung.

Um den Kernbereich rankt sich nunmehr das Interesse. Das GG kennt diesen Ausdruck nicht, sondern spricht an einer anderen Stelle, Art. 19 II, davon, daß in keinem Fall durch eine gesetzlich vorbehaltene Einschränkung das Grundrecht „in seinem Wesensgehalt“ angetastet werden darf. Der Kernbereich ist nicht damit identisch, sondern gewissermaßen die nächste Schicht und Ausbau, Präzisierung und Absicherung des Grundrechts, die wiederum Sache des Gesetzgebers (des Richters) ist. Diese Grenze verläuft zwischen dem, was das Bundesverfassungsgericht in diesen und in vielen späteren Entscheidungen den „Kernbereich spezifisch koalitionsgemäßer Betätigung“ nennt, und den Randbereichen, die der näheren Regelung durch den Gesetzgeber nicht nur offenstehen, sondern — wie wir inzwischen wissen (unten 4 c) — wiederum vorbehalten ist.

Schon an dieser Stelle treffen wir nun auf die Grenze zwischen der Auslegung der Verfassung selbst, die Sache des Bundesverfassungsgerichts ist und der sich Gesetzgeber und an seiner Stelle der Richter zu beugen haben, um den Wesensgehalt; denn das Gericht sagt in einer späteren Entscheidung, daß der einfache Gesetzgeber auch in den Kernbereich eingreifen darf, wenn dies zum Schutze anderer, höherwertiger Rechtsgüter notwendig ist⁵.

An der genannten Stelle wurde das Vertrauen der Arbeitnehmer in die Unparteilichkeit des Personalrats (Betriebsrats) als solches höherwertiges Rechtsgut anerkannt, durch das das Recht des Personalratsmitgliedes, für seine Gewerkschaft zu werben, begrenzt wird.

Jenseits des Kernbereichs wiederum öffnet sich das Feld der bloßen Ausgestaltung des Grundrechts durch das einfache Gesetz und den Richterspruch; Beispiel hierfür ist etwa die gesetzliche Festlegung der Tariffähigkeit (= Fähigkeit, einen Tarifvertrag abzuschließen) in § 1 TVG oder die richterrechtliche Umschreibung des zulässigen Inhalts von Tarifverträgen, die aus der Analyse der Worte „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ (unten 3 c) gewonnen wird.

Auch in E 4, 96 war es um die Tariffähigkeit gegangen: Ein Gericht hatte das (damals für es geltende) bayerische Arbeitsgerichtsgesetz in dem Sinn ausgelegt, daß nur Arbeitgeberverbände, die nach dem Industrieverbandsprinzip organisiert sind (= alle Arbeitgeber derselben Branche zusammenfassen), tariffähig sind. Der klagende Verband hatte dagegen alle möglichen Unternehmen verschiedener Fachrichtungen zusammengefaßt. Die Frage

⁵ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung, Bd. 28 S. 295 (unter Nr. 4 a).

war nun, ob die Tariffähigkeit für eine Koalition zum Kernbereich oder zum Randbereich des Koalitionsschutzes gehört. Im Schrifttum war die Meinung verbreitet, daß mit dem Begriff der Koalition die Tariffähigkeit untrennbar verbunden ist; ein Gericht, das die Tariffähigkeit bestritt, würde damit auch in die Eigenschaft als Koalition unmittelbar eingreifen. Das Bundesverfassungsgericht hat sich dieser Meinung nicht angeschlossen. Es geht davon aus, daß der einfache Gesetzgeber (und mit ihm der Richter) darin frei ist, für die Tariffähigkeit weitere Voraussetzungen aufzustellen, die über das hinausgehen, was eine Vereinigung aufweisen muß, um als „Koalition“ im Sinne von Art. 9 III anerkannt zu werden. Damit gehört die Tariffähigkeit nicht zum Kernbereich; Vereinigungen können die Interessen ihrer Mitglieder gegenüber dem sozialen Gegenspieler auch auf andere Weise als durch Abschluß von Tarifverträgen vertreten. So entspricht es auch heute der herrschenden Meinung, daß der Gesetzgeber befugt ist, weitere Voraussetzungen für die Tariffähigkeit aufzustellen. Damit war aber auch das Schicksal jener Verfassungsbeschwerde besiegelt. Sie mußte abgewiesen werden, weil in der Auferlegung des weiteren Erfordernisses „Organisation nach dem Industrieverbandsgrundsatz“ kein Eingriff in den Kernbereich des Art. 9 III gesehen wurde.

Heute ist die Meinung des LAG München freilich überwunden: Die Form der Organisation zu wählen gehört zum autonomen Bereich des Verbandes selbst, sogenannte gemischtgewerbliche Arbeitgeber-Verbände gibt es in großer Zahl, sie nehmen unangefochten an der Tarifautonomie teil.

b) Damit war der erste Schritt zur Abgrenzung eines durch die Verfassung geschützten Geheges koalitionsgemäßer Betätigung getan. Ein zweiter Schritt ist damit untrennbar verbunden: Solange die Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge geregelt werden, muß der Staat auch ein taugliches *Arbeitskampfsystem* bereitstellen. Die Argumentation geht folgenden Weg: Die Bundesrepublik Deutschland versteht sich als sozialer Rechtsstaat, Art. 20, 28 GG. Daraus folgt, daß die Bedingungen der abhängigen Arbeit — immerhin sind 80 % der Erwerbsspersonen Arbeiter oder Angestellte — optimal geordnet werden müssen. Sie der Bestimmung durch den Arbeitsvertrag zu überlassen, hatte vor 100 Jahren die beklagten sozialen Mißstände bewirkt und scheidet deshalb als Lösung aus. Zur Wahl stehen vielmehr zwei Wege: Entweder kann der Staat selbst die Arbeitsbedingungen in die Hand nehmen und mit seinem Apparat ordnen, oder er kann sie den unmittelbar Beteiligten zur eigenständigen Regelung überweisen. Dazu ist wiederum Voraussetzung, daß Kapital und Arbeit in etwa die gleichen Chancen bei den Verhandlungen um die Arbeitsbedingungen, also Höhe des Lohns, Länge von Arbeitszeit oder Erholungsurlaub, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, bis hin zur Vermögensbildung in Arbeitnehmer-Hand oder dem Bildungsurlaub, haben; denn nur dann ist mit einem fairen inhaltlich ausgewogenen Ergebnis zu rechnen. Die Arbeitgeber haben nun gegenüber der Arbeitnehmer-Seite den Vorsprung, daß sie als Eigentümer der Produktionsmittel über die Organisation der Arbeit und die Verwendung des Gewinns verfügen. Dieses Übergewicht wird dadurch ausgeglichen, daß die Arbeitnehmer durch den Zusammenschluß zu Gewerkschaften das Angebot ihrer Arbeitskraft kartellieren. Aber auch dies wäre unwirksam, wäre ihnen die Möglichkeit genommen, ihre Arbeit auch kollektiv zurückzuhalten. Mit anderen Worten: *Erst die Möglichkeit des Streiks schafft paritätische Ver-*

hältnisse. Ohne sie müßte das System zusammenbrechen, wären Tarifforderungen der Gewerkschaften „kollektives Betteln“ (BAG).

Das Bundesverfassungsgericht hat zwar bisher keine autoritative Aussage zur Verankerung des Streiks in Art. 9 III GG gemacht, doch ist nicht zu zweifeln, daß es diese Gedankengänge, die die herrschende Meinung insbesondere des Bundesarbeitsgerichts⁶ wiedergeben, unterschreiben würde. Gewährleistet ist mithin nicht nur die Tarifaufonomie, sondern auch ihre notwendige Ergänzung, der Streik; die Aussperrung hat insoweit teil an dieser Garantie, als sie ihrerseits zur Aufrechterhaltung des Kräftegleichgewichts nicht entbehrt werden kann (aber das wäre ein eigenes Kapitel für sich). „Wer den Zweck will, will auch die Mittel“ (Leo Raape). Ohne den zweiten Schritt, Gewährleistung eines Arbeitskampsystems, ist der erste, Gewährleistung der Tarifaufonomie ohne Sinn.

Daraus folgt ein mehrfaches: Der Gesetzgeber darf den Streik (und, soweit für ein ausgewogenes Kampfsystem unverzichtbar, die Aussperrung) nicht schlechthin verbieten. Und: Der Staat hat sich in Arbeitskämpfen neutral zu verhalten.

Ausdruck der staatlichen Neutralität ist etwa § 116 des Arbeitsförderungsgesetzes, der Zahlungen von Arbeitslosengeld an Arbeitnehmer untersagt, die ihren Lohn wegen eines Arbeitskampfes unmittelbar einbüßen. Dagegen bleibt es dabei, daß Arbeitnehmer, die aus diesem Grunde in Not geraten, sich an die Sozialhilfe wenden können, auch wenn dadurch der Ausgang des Arbeitskampfes beeinflusst wird.

Schließlich gibt es auch keine zwangsweise Schlichtung von Arbeitskämpfen von hoher Hand. Die Entwicklung der Tarifaufonomie in der Weimarer Zeit hat bewiesen, daß eine allzu rasch herbeieilende staatliche Zwangsschlichtung das Verantwortungsgefühl der Sozialpartner abtötet. Sie verlassen sich darauf, daß der staatliche Schlichter schon das allgemeinverträgliche Maß wahren wird. Sie können deshalb gegenüber ihren Mitgliedern auf ihren Maximalpositionen beharren und die Verantwortung, wenn sich diese nicht verwirklichen lassen, dem staatlichen Schlichter zuschieben.

Die Grenze staatlicher Nichtintervention bildet die offensichtliche Gefährdung des Gemeinwohls, insbesondere die Gefährdung Dritter, uneteiligter Personen. Aber nicht jede Gefahr, daß bei einem länger dauernden Arbeitskampf der eine oder andere Betrieb geschlossen werden muß oder der eine oder andere Absatzmarkt verlorengelht, bedeutet bereits eine solche Gefährdung des Gemeinwohls. Die Grenzen sind hier, wie überall, überaus schwer zu ziehen; abstrakt-begrifflich ist dies überhaupt nicht möglich.

c) Wer die „Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens“ (BVerfG) in die Hände der Tarifpartner legt, muß, das ist der dritte Schritt der Rechtsfortbildung, vom Gesetzgeber ein weiteres verlangen: Den Tarifpartnern einen Bereich zu überlassen, in dem sie selbständig und vom Gesetz unbehelligt ihre Aufgabe der Interessenwahrung ihrer Mitglieder erfüllen können. Auch diesen Schritt tut die herrschende Meinung, freilich gibt es hierfür noch keine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, weil dazu noch kein Anlaß bestand.

Die Überzeugung geht dahin, daß der Gesetzgeber gehindert ist, für Arbeitnehmer *Lohn- und Gehaltsgesetze* zu erlassen, vergleichbar den Besol-

⁶ Zuletzt Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Amtliche Sammlung Bd. 33 S. 140 und 185.

dungsgesetzen für Beamte. Denn würde dies geschehen, wäre für den normalen Arbeitnehmer der letzte Anreiz beseitigt, der Gewerkschaft anzugehören und sie mit seinen Beiträgen und seiner unentgeltlichen Mitarbeit zu unterstützen und zu tragen. So gibt es denn keine Lohngesetze. Die Höhe des Lohns bestimmt sich nach Tarifvertrag, Arbeitsvertrag, zuweilen nach betrieblicher oder örtlicher Übung, hilfsweise auch ab und zu nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz, nicht aber nach irgendwelchen gesetzlichen Tabellen. Es gibt nicht einmal ein Mindestlohngesetz, wie in den Vereinigten Staaten; ab und zu ersetzen die Gerichte das fehlende Mindestlohngesetz durch die Aussage, dieser oder jener geringe Lohn verstoße gegen die guten Sitten (Wucherlohn) und sei deshalb unwirksam, so daß an die Stelle der wucherischen Vereinbarung der ortsübliche Lohn treten kann. Es gibt zwar ein Gesetz über die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen von 1952, das staatlichen Behörden die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen gestattet; doch ist hierfür Voraussetzung, daß eine tarifliche Regelung nicht zur Verfügung steht, und es ist von diesem Gesetz auch bisher noch nie Gebrauch gemacht worden. — Daneben gibt es die Möglichkeit, durch staatliche Allgemeinverbindlicherklärung die Wirkungen eines Tarifvertrages auf Außenseiter (namentlich die Außenseiter-Arbeitgeber) auszudehnen, § 5 TVG; aber auch hiervon darf nur Gebrauch gemacht werden, wenn bisher schon 50 % der Arbeitnehmer von dem Tarifvertrag, um dessen Ausdehnung es geht, erfaßt werden. — Auch in dem Stabilitätsgesetz von 1967 kommt der Vorrang der Tarifautonomie zum Ausdruck. Dort ist vorgesehen, daß ein Gremium von Fachwissenschaftlern jedes Jahr ein Gutachten über die wirtschaftliche Entwicklung vorlegt, in dem auch sog. Orientierungsdaten über die wünschenswerte Gestaltung der Tariflohnentwicklung enthalten sind; solche Daten oder Lohnleitlinien sind indessen, das steht ausdrücklich im Gesetz, nur Empfehlungen an die Sozialpartner und nicht bindend, und die Gewerkschaften haben sich bei ihren Forderungen auch kaum je an diese Daten gehalten.

Ein letzter Beleg für die Aussage, daß sich der Staat im Kernbereich der Lohngestaltung eigener Regelung enthält, bietet die Figur des sog. tarifdispositiven Rechts. In den letzten Jahren hat der Gesetzgeber in verstärktem Umfang Arbeitsschutznormen so ausgestaltet, daß sie zwar im einzelnen Arbeitsvertrag (und entsprechend in einer Betriebsvereinbarung) zu Lasten des Arbeitnehmers nicht verschlechtert werden dürfen, daß die Tarifvertragsparteien indessen die Möglichkeit haben, von ihnen auch zuungunsten des Arbeitnehmers abzuweichen. Eine solche gesetzliche Norm ist z. B. § 622 BGB. Dort ist die Länge der Kündigungsfrist zwingend festgelegt; eine Abrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, daß die Kündigungsfrist kürzer sein soll oder ganz wegfällt, ist unwirksam. Den Tarifparteien ist indessen gestattet, im Tarifvertrag kürzere Fristen vorzusehen. Sie können damit die etwas starre und wenig biegsame gesetzliche Norm an die Bedürfnisse des Industriezweigs anpassen (Hauptbeispiel etwa die Bauwirtschaft, wo die Fristen stark verkürzt werden). Die Existenz dieser tarifdispositiven Normen beweist das Vertrauen des Gesetzgebers in die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, d. h. die Richtigkeitsgewähr des von den Tarifparteien ausgehandelten Vertrages. Er geht davon aus, daß die Gewerkschaften, die an einer Stelle eine den Arbeitgebern wichtige Verkürzung der Kündigungsfrist hinnehmen, dies durch eine Leistung, die ihnen an anderer Stelle eingeräumt wird, wieder ausgleichen, so daß insgesamt das Interesse der Arbeit-

nehmerschaft gewahrt bleibt. Hier zeigt sich, daß die Gewerkschaften, in die Verantwortung für das Gedeihen des Industriezweigs eingebunden werden, eine Verantwortung, die sie bisher noch immer bewiesen haben.

In all dem äußert sich die selbstgewählte *Subsidiarität staatlicher gegenüber eigenverantwortlicher Regelung*, also der Grundsatz der sozialen Selbstverwaltung. Dieser beruht auf der Einsicht, daß niemand den „gerechten Lohn“ bestimmen könnte, vielmehr die „unmittelbar Betroffenen besser wissen und besser aushandeln können, was ihren beiderseitigen Interessen und dem gemeinsamen Interesse entspricht, als der demokratische Gesetzgeber“⁷, daß es aber auch bei diesem Wissen nicht bleibt, sondern der Tarifvertrag die Richtigkeitsgewähr bietet, von der bereits gesprochen wurde und die sich darauf gründet, daß sich die Verhandlungspartner gleichgewichtig gegenüberstehen, so daß alle Voraussetzungen dafür geschaffen sind, daß sich jeder den ihm zukommenden Anteil am gemeinsam erwirtschafteten Gewinn sichern kann. Dabei verhalten sich Tarifautonomie und Subsidiarität, geschichtlich gesehen, wie Angebot und Annahme. Tarifverträge bestanden zunächst auf der Grundlage der allgemeinen, später der kollektiven Vertragsfreiheit. Je mehr sie sich zu einem flächendeckenden Netz der Regelung der Arbeitsbedingungen entwickelten, umso mehr konnte der Staat sich von seiner Ordnungsaufgabe entlastet sehen. Dazu ist jedoch eine verfassungskräftige Verfestigung unabdingbar, die nicht bei jedem Wechsel der Konjunktur in Frage gestellt werden darf.

Nun wird der Leser mit Recht fragen, wie sich dieser so geschilderte Vorrang der Tarifautonomie vor dem Gesetz mit der Existenz zahlreicher arbeitsrechtlicher Gesetze vereinbaren läßt, die nicht nur das GG 1949 schon vorgefunden hat (insbesondere also: das BGB), sondern die auch nachher in großer Zahl verkündet worden sind. Es ist ja nicht etwa so, daß die Gesetze nur das ununterschreitbare Mindestmaß enthielten (etwa: Pfändungsschutz, Mutterschutz usw.), während es den Gewerkschaften überlassen bliebe, für den Faktor Arbeit den darüber hinaus gehenden angemessenen Anteil zu sichern (etwa: bei einem gesetzlichen Mindesturlaub von 18 Werktagen einen Tarifurlaub, der inzwischen für 96 % der Arbeitnehmer bei 4 Wochen im Jahr und mehr liegt). Vielmehr haben wir eine Fülle von Gesetzen, die dem Arbeitnehmer schon diesen angemessenen Anteil gewähren. Hierfür nur ein Beispiel unter vielen: Wenn eine werdende Mutter ihre Arbeit nicht mehr leisten kann und auch eine zumutbare Versetzung nicht möglich ist, so erhält sie vom Arbeitgeber 100 % des sonst verdienten Lohnes. Damit ist alles erreicht, ein Mehr könnte auch ein Tarifvertrag nicht durchsetzen wollen. An der Wirksamkeit aller dieser Normen besteht jedoch kein Zweifel, staatliches und autonomes Arbeitsrecht stehen nebeneinander.

1963 war bei Erlaß des Bundesurlaubsgesetzes von Arbeitgeber-Seite sogar bezweifelt worden, daß der Gesetzgeber hierfür überhaupt noch zuständig sei, weil die Länge des Urlaubs inzwischen zum Vorbehaltsgut der Tarifverträge geworden sei; nach Erlaß des Gesetzes wurden diese Bedenken allerdings wieder fallengelassen.

Die Subsidiarität staatlichen Handelns gegenüber dem Zentrum der Tarifautonomie hindert den Gesetzgeber (Richter) auch nicht, seinerseits in Auslegung von Art. 9 III abzustecken, was unter „Arbeits- und Wirtschafts-

⁷ So Bundesverfassungsgericht, Amtliche Sammlung Bd. 34, S. 307 (317).

bedingungen" den Tarifpartnern zur autonomen Regelung zugewiesen ist. Hier gibt es äußere und innere Grenzen. Zu den äußeren Grenzen gehört selbstverständlich, daß die Tarifpartner der Verfassung unterworfen sind. So wurden in mehreren Entscheidungen Tarifverträge berichtigt, die gegen das Gleichheitsgebot verstoßen hatten. Auch einfachgesetzlich-zwingende Vorschriften ziehen Grenzen: So unterliegt etwa die Struktur der Kapitalgesellschaften nicht der Veränderung durch Tarifverträge, ein in der Diskussion um die partatische Mitbestimmung viel besprochenes Thema. Das Tarifvertragsgesetz hat die Tarifparteien darauf beschränkt, Normen für ihre Mitglieder zu setzen. Man sieht darin einen Ausdruck des Demokratieprinzips, das fordere, daß jede Normsetzung durch die Normunterworfenen (im politischen Bereich: durch Wahl; im Bereich der Tarifautonomie: durch Beitritt zum Verband) ermächtigt, „legitimiert" werde. Die „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" schließlich betreffen die Verhältnisse der abhängigen Arbeit im weiten Sinne, nicht jedoch die rein unternehmerischen Entscheidungen über Investitionen, Märkte usw. All das ist in einer Fülle von Entscheidungen und Stellungnahmen der Wissenschaft herausgearbeitet worden.

4. Unter 3. wurde die Pflicht des Staates, ein Tarifvertrags- und Arbeitskampsystem zur Verfügung zu stellen, dargelegt, und wurden die Grenzen geschildert, die dem Gesetzgeber gezogen sind, um der Tarifautonomie ein Feld eigenverantwortlicher Betätigung zu belassen. Nunmehr sollen die wichtigsten Entscheidungen beschrieben werden, die einen *Kernbereich koalitions-gemäßer Betätigung* gegenüber dem *sozialen Gegenspieler*, dem *Arbeitgeber*, abstecken.

a) Sie beginnen mit einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1965⁸. Es ging um eine Disziplinarmaßnahme gegen einen Arbeitnehmer, der im Vorfeld von Personalratswahlen für seine Gewerkschaft geworben hatte, obwohl dies vom Arbeitgeber (eine Dienststelle der Deutschen Bundesbahn) verboten worden war. Das Bundesverfassungsgericht sah in diesem ausnahmslosen und uneingeschränkten Verbot gewerkschaftlicher Betätigung in der Dienststelle einen Verstoß gegen Art. 9 III. Zum Kernbereich dieser Vorschrift, so das Gericht, zählen auch gewisse *Maßnahmen der Selbsterhaltung und Sicherung des Bestandes der Koalition*, die auch vom Arbeitgeber geduldet werden müssen. Was dazu gehört, ist in erster Linie aus der geschichtlichen Entwicklung abzuleiten. Diese zeige, daß während der Weimarer Zeit die Betätigung in der Betriebsverfassung (Personalverfassung) stets ein wichtiges Anliegen der Gewerkschaften gewesen war: Begreiflicherweise, sieht sich die Gewerkschaft doch ohnehin der Konkurrenz durch die gewerkschaftsunabhängigen Betriebs (Personal) räte ausgesetzt. Mit der Betätigung in der Betriebs (Personal) verfassung ist nun die *Werbung* für die von den Gewerkschaften unterstützten Listen untrennbar verbunden. Sie hat damit Anteil am Schutz der Koalitionsfreiheit selbst. Der Arbeitgeber muß sie dulden, soweit ihr nicht übergeordnete Interessen (Erfüllung der Arbeitsaufgabe, Wohl der Arbeitnehmer) entgegenstehen. Da im gegebenen Fall der Dienstbetrieb durch die Verteilung eines Flugblattes nicht gestört worden war, war die Disziplinarmaßnahme aufzuheben. Daß es im Wahlkampf zu gegensätzlichen Meinungsäußerungen kommt, ist hinzunehmen, entspricht dem Wesen eines solchen Wahlkampfes.

⁸ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung Bd. 19 S. 303.

Damit war in dem geschilderten Umfang ein Betätigungsrecht gegenüber dem Arbeitgeber unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet worden. Das Eigentum an den Produktionsmitteln (entsprechend im öffentlichen Dienst: die Verantwortung des Dienststellenleiters gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber) und das Hausrecht in den Räumen des Betriebes oder der Dienststelle haben demgegenüber zurückzutreten. Zivilrechtlich gesprochen begründet Art. 9 III für den Arbeitgeber eine entsprechende Duldungspflicht, die sich in größeren Betrieben durchaus auch zu Leistungspflichten verdichten kann (etwa: Zurverfügungstellung eines Schwarzen Brettes oder ähnliches).

Welche Betätigungsformen indessen unmittelbar aus der Verfassung abzuleiten sind, ist ebenso unklar, wie die Grenzen des Freiraums der Gewerkschaften gegenüber der staatlichen Gesetzgebung. Einigkeit besteht jedenfalls darin, daß die Verbände keinen „unbeschränkten und unbeschränk-baren“ Spielraum in Anspruch nehmen können. Nicht alles, was sie für ihren Bestand und ihre Weiterentwicklung für nützlich ansehen, ist deshalb schon durch Art. 9 III verfassungskräftig abgesichert. Die Grenzziehung geschieht vielmehr Schritt für Schritt von Entscheidung zu Entscheidung. Sie ist hierbei zwei verschiedenen, einander widersprechenden Richtlinien gefolgt. Die erste Richtlinie nimmt die typischen Erscheinungsformen gewerkschaftlicher Aktivitäten im Betrieb (wie sie aus der geschichtlichen Entwicklung, aber auch aus dem vielfach Geübten abgeleitet werden) zum Maßstab und fragt danach, ob *Gegeninteressen* gegeben sind, die *höherwertig, zumindest gleichwertig* sind. Gegenüber der Wahlwerbung im Vorfeld von Personalratswahlen sind solche Gegeninteressen etwa die Erfüllung der Dienstaufgaben, die Ordnung in der Dienststelle und das Wohl der Bediensteten. Selbstverständlich kann jemand seine Arbeit (als Lokomotivführer) nicht deshalb niederlegen, weil er gerade einen Andersgläubigen zu überzeugen versucht. Wo solche Gegeninteressen dagegen nicht bestehen, werden Eigentum und Hausrecht des Arbeitgebers gegenüber der Koalitionsbetätigung zurücktreten.

In einer anderen Entscheidung⁹ besagte das Bundesverfassungsgericht, daß der Vorsitzende eines Personalrats nicht unter Einsatz seines Amtes für den Beitritt zu einer bestimmten Gewerkschaft werben dürfe, weil dadurch das Vertrauen der Belegschaft in seine Unabhängigkeit gefährdet werde: Hier ist also dieses Vertrauen das entgegenstehende höherwertige Interesse.

b) Auf dem Feld der Werbung für die Gewerkschaft ist wenig später nach E 19, 303 eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts¹⁰ ergangen, die sich der Sache nach der gleichen Richtlinie zur Abgrenzung der beiden Bereiche bedient. Der Arbeitgeber hatte die Verteilung von Werbeschriften der Gewerkschaft im Betrieb schlechthin untersagt; Betriebsratswahlen standen nicht bevor. Das Gericht sah in der Werbung eine für den Bestand der Gewerkschaft „notwendige“ Maßnahme und gab der Gewerkschaft Recht. Über diese Begründung kann man natürlich streiten, und es ist auch vorgebracht worden, daß Werbung durchaus auch außerhalb des Betriebes denkbar ist und die Existenz mächtiger Gewerkschaften beweise, daß sie auch ohne die Möglichkeit der Werbung im Betrieb selbst gedeihen können. Das eigentliche Schlüsselwort in der Entscheidung scheint mir jedoch nicht

⁹ s. oben Anm. 5.

¹⁰ Amtliche Sammlung Bd. 19 S. 217.

die Behauptung von der „Notwendigkeit“ der Werbung zu sein, sondern die Aussage, ein Gegeninteresse des Arbeitgebers, die Werbung zu verhindern, sei „bei gerechter Abwägung der beiderseitigen Belange“ nicht zu erkennen. Das ist der Sache nach die eben erwähnte Formel, daß das Grundrecht nur solchen Beschränkungen unterliegt, die von der Sache her zum Schutz anderer Rechtsgüter geboten sind.

BAGE 19, 217 zieht der gewerkschaftlichen Werbung freilich inhaltliche Schranken: Sie müssen auf den Koalitionspluralismus Rücksicht nehmen, (Verbot grob unwahren oder hetzerischen Vorgehens gegen Konkurrenzgewerkschaften), allgemeinpolitische und parteipolitische Betätigung unterlassen, sich auf die Anliegen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen beschränken und die sogenannte negative Koalitionsfreiheit wahren (Verbot, den Außenseiter anders als durch „gütliches Zureden“ anzusprechen); auch unsachliche Angriffe auf den Arbeitgeber oder die Arbeitgeberschaft müssen unterlassen werden. Verbreitung von Werbematerial, das diese Grenzen verletzt, braucht der Arbeitgeber nicht zu dulden. Die Entscheidung ist damit ein Musterbeispiel für die Notwendigkeit, die beiderseitigen Belange gegeneinander abzuwägen und einen Kompromiß in der Mitte zu finden. Diese Abwägung begegnet uns auf Schritt und Tritt.

c) In anderen Entscheidungen wird der Kernbereich der Kernbereich der koalitionsgemäßen Betätigung als der Bereich umschrieben, der für die Erhaltung und Sicherung der Existenz der Koalition „unerläßlich“ ist. Das ist etwas grundlegend anderes als die Aussage, der Betätigung seien nur Schranken aus übergeordneten Interessen der anderen Seite (oder dritter Personen) gezogen. Oder mit anderen Worten: Die Frage nach der Unerläßlichkeit lautet: „Geht es nicht auch ohne diese Betätigung?“ (z. B.: ohne Werbung gerade in den Betriebsräumen). Bei der Frage nach etwa entgegenstehenden höherwertigen Interessen unterstellt man, daß die Betätigung grundsätzlich typisch und für die Existenzsicherung tauglich ist und fragt sodann: „Was spricht denn dagegen, der Gewerkschaft diese Betätigung zu erlauben?“. Es ist offensichtlich, daß die Grenzen, wie sie nach der ersten Frage gezogen werden, sehr viel enger sind, als wenn man sich zur Abgrenzung der Frage Nr. 2 bedient. In voller Schärfe ist das Problem in dem Fall zum Austrag gekommen, als die Gewerkschaft aus der Betätigungsgarantie ein eigenständiges *Zugangsrecht zum Betrieb* ableiten wollte. Anlaß war der Wunsch der Gewerkschaft Öffentliche Dienste-Transport-Verkehr gewesen, im Gelände einer vom Diakonischen Werk der evangelischen Kirche betriebenen Heil- und Pflegeanstalt durch eigene betriebsfremde Angestellte (also nicht durch dort beschäftigte Arbeitnehmer, die der Gewerkschaft angehören) zu werben und die Mitglieder an ihrem Arbeitsplatz aufzusuchen und zu beraten. Verlangt wurde lediglich ein Zutrittsrecht, das auf die Erfordernisse der Arbeit ebenso wie auf die besondere kirchliche Zielsetzung alle gebotene Rücksicht genommen hätte.

Zu diesem Zugangsrecht ist zu berichten, daß § 2 des Betriebsverfassungsgesetzes den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften ein Zutrittsrecht „zur Wahrnehmung der im Betriebsverfassungsgesetz genannten Aufgaben und Befugnisse“ gewährt. Die Aufgaben und Befugnisse der Gewerkschaft in der Betriebsverfassung beschränken sich nun auf Kontrolle und Unterstützung des Betriebsrates; zu ihnen gehört auch das Recht, an den Betriebsversammlungen teilzunehmen, ein Recht zur Werbung für die Gewerkschaft und Betreuung ihrer Mitglieder als solche ist im BetrVG jedoch nicht enthalten. Außerdem findet dieses Gesetz auf die von der Kirche betriebenen karitativen Einrichtungen, wie hier eine gegeben war, keine Anwendung, §

118 II. In keinem Fall konnte sich also die Gewerkschaft ÖTV auf § 2 stützen.

Aber möglicherweise unmittelbar auf Art. 9 III? Es ist zuzugeben, daß viel dafür spricht, dies zu bejahen. Die Gewerkschaft ist Trägerin der Tarifautonomie auf Arbeitnehmer-Seite und erfüllt damit eine „öffentliche Aufgabe“ von größter Wichtigkeit, die zu preisen Gegenstand vieler Urteile und vieler Reden von Politikern ist. Es ist, wie erwähnt, auch bereits anerkannt, daß sie aus diesem Grunde durch betriebsangehörige Mitglieder für sich werben darf. Liegt es nicht nahe, ihr ein Zutrittsrecht zuzugestehen, wenn möglicherweise die Werbung durch betriebsangehörige Arbeitnehmer nicht weiterhilft, etwa weil sich niemand hierzu bereit findet? All das leuchtet durchaus ein. Gegeninteressen des Arbeitgebers, die dem Zutritt des einen oder anderen Funktionärs entgegenstehen, sind schwer erkennbar: Weder die Neutralität der Amtsführung des Betriebsrates (hier also der aufgrund einer eigenen kirchlichen Ordnung eingerichteten Mitarbeitervertretung) noch der Betriebsfrieden noch der Arbeitsablauf noch Betriebsgeheimnisse sind gefährdet, wenn sich ein Gewerkschaftsbeauftragter im Pausenraum mit den Mitgliedern seines Verbandes unterhält. Ebenso wenig ist zu fürchten, daß die Mitarbeitervertretung an die Wand gedrückt wird. Man kann sich natürlich vorstellen, daß auch einmal ein Zuviel an gleichzeitiger Anwesenheit störend wirken könnte; aber dem läßt sich leicht steuern, das kann man abwarten. Nach der Formel vom überwiegenden Gegeninteresse wäre mithin das Zutrittsrecht (mit dem BAG¹¹, gegen dessen Entscheidung sich die Verfassungsbeschwerde richtete) zu bejahen gewesen. Das Bundesverfassungsgericht hat es dagegen verneint. Es bedient sich hierbei der Unerläßlichkeitsformel. „Unerläßlich“ für den Erhalt und die Sicherung des Bestandes einer so mächtigen Gewerkschaft wie der ÖTV mit 1, 2 Millionen Mitgliedern ist der Zutritt zu einem Behindertenheim ganz gewiß nicht, wie sich schon daraus ergibt, daß sie ihre Stärke bisher ohne Zutritt zu den (freilich heiß umworbenen) kirchlichen Arbeitsstätten errungen hat. Damit war das Schicksal des Zutrittsrechts aus Art. 9 III besiegelt. Es gehört nicht zum Kernbereich. Allein der Gesetzgeber sei, so das Gericht, „in einem so konfliktträchtigen Gebiet“ berufen, es zu schaffen, nicht indessen der Richter.

Auf der Grundlage der Unerläßlichkeits-Formel wurde weiter abgelehnt

— der Anspruch der Gewerkschaft, *Wahlen zu den gewerkschaftlichen Vertrauensleuten auf dem Betriebsgelände* abzuhalten¹². Die Wahl, so das Gericht, könne auch in einem Wahlbus vor den Toren des Betriebes erfolgen.

Die gewerkschaftlichen Vertrauensleute sind eine von den Gewerkschaften in den letzten Jahren aufgebaute Organisation der Gewerkschaftsmitglieder. Sie sind mit dem Betriebsrat, der sein Mandat aus allgemeinen Wahlen unabhängig von der Gewerkschaft ableitet, nicht zu verwechseln. Das Gesetz schweigt über die Vertrauensleute, doch ist ihre Existenz in einer größeren Zahl von Tarifverträgen verankert.

— Der Anspruch des Gewerkschaftsmitgliedes, durch einen Aufkleber auf dem (dem Arbeitgeber gehörenden) Schutzhelm für seine Gewerkschaft zu werben¹³.

¹¹ Amtliche Sammlung Bd 30. S. 122.

¹² Bundesarbeitsgericht, Amtliche Sammlung Bd. 31 S. 166.

¹³ Bundesarbeitsgericht, Amtliche Sammlung Bd. 31 S. 318.

Damit hat die Rechtsprechung in dem Marsch durch das vom Gesetzgeber freigelassene Neuland koalitionsgemäßer Betätigung innegehalten. Der Elan der 60er Jahre, wie er sich in den Entscheidungen zur Werbung gezeigt hat, ist, so scheint es, verraucht und hat einer vorsichtigeren Haltung Platz gemacht, die sich mehr auf die eigentliche Rolle besinnt, wie sie dem Richter in einem Gesetzgebungsstaat wie Deutschland zugewiesen ist. Nur: Wer einmal A gesagt hat, der muß wohl auch später bei dem schon gesagten B verbleiben. Wenn sich das Bundesverfassungsgericht darauf zurückzieht, in einem „so konfliktsträchtigen Gebiet“ wie dem kollektiven Arbeitsrecht sei die Weiterbildung des Rechts, die Schaffung neuer Ansprüche auf Duldung und Unterstützung, dem Gesetzgeber vorbehalten, so wird damit der Rechtsprechung zur spezifisch koalitionsgemäßen Betätigung nachträglich der Boden entzogen. Denn daß die Werbung im Betrieb selbst „unerläßlich“ im Sinne eines zwanghaften Nicht-anders-können anzusehen ist, wird von niemand ernsthaft behauptet. Man vermißt in der Urteilen zum Zugangsrecht und zur Wahl der Vertrauensleute (von der Schutzhelm-Entscheidung ganz zu schweigen!) auch ein Eingehen auf die Praxis, die Verfassungswirklichkeit, ebenso wie die geschichtliche Entwicklung. Auch in anderen Bereichen des kollektiven Arbeitsrechts könnte man mit dem gleichen Recht davon sprechen, die Regelung sei „Sache des Gesetzgebers“: Wenige Dinge sind beispielsweise so konfliktsträchtig wie Aussperrung und Streik, die der Gesetzgeber dennoch dem Richterrecht überlassen hat, das von dieser unwillkommenen Zuständigkeit vielfachen Gebrauch macht. Nur erwähnt sei ferner, daß das Bundesarbeitsgericht auch beim Koalitionsbegriff selbst so manche Korrektur gegenüber früher angebracht und damit die Billigung des Bundesverfassungsgerichts gefunden hat.

Freilich ist meiner Ansicht nach die Entscheidung zum Zugangsrecht aus einem anderen Grunde richtig. Die richterliche Präzisierung des Schutzbereichs von Art. 9 III geschieht mangels entsprechender Regelung durch den Gesetzgeber, und es klingt fast beschwörend, wenn die Gerichte immer wieder betonen, daß der Gesetzgeber selbstverständllich das letzte Wort hätte, so er dieses Wort nur sprechen wollte. Beim Zutrittsrecht ist es indessen in dem schon erwähnten § 2 BetrVG gesprochen worden. Hier waren bei Schaffung des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 Vorschläge unterbreitet worden, die ein eigenständiges Zugangsrecht vorgesehen hatten. Dieses wurde jedoch in den Verhandlungen der beiden damaligen Regierungsparteien auf den jetzigen Inhalt zurückgeschnitten. Deshalb war es auch dem Richter versagt, von sich aus und in Auslegung von Art. 9 III jenen ursprünglichen weiten Inhalt wiederherzustellen. Das Zugangsrecht scheidet nicht deshalb, weil der Gesetzgeber und nicht der Richter zu ihm ja sagen müßte, sondern weil der Gesetzgeber bereits nein gesagt hat.

5. Oben Nr. 3 b wurde dargelegt, daß zu einem funktionierenden Tarifsystem auch ein Arbeitskampsystem gehört. Schon sehr früh haben die Gerichte daraus die Folgerung gezogen, daß sich dies auf die Pflichten aus dem Arbeitsvertrag auswirken muß: Wenn der Arbeitnehmer durch Teilnahme an einem von der Gewerkschaft geführten Streik um eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt und den Staat von seiner Pflicht, für angemessene Arbeitsbedingungen zu sorgen, entlastet, so kann darin nicht gleichzeitig ein rechtswidriger Bruch des Arbeitsvertrages liegen, der den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtigen würde. Ebenso, wie also gegenüber dem Anspruch auf Werbung Eigentum und Hausrecht zurücktreten, treten beim rechtmäßigen Streik die Pflichten aus dem Arbeitsvertrag zurück. Der Streik bringt die Arbeitspflicht zum Ruhen. Dem entspricht es, daß, soweit Aussperrungen zu-

lässig geblieben sind, durch die Aussperrung die Lohnzahlungs- und Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers suspendiert wird. Zivilrechtlich gesprochen bildet der Arbeitskampf insoweit einen Rechtfertigungsgrund für die Nichterfüllung des Arbeitsvertrages. Die Rechtfertigung erstreckt sich darüber hinaus auch auf das Gebiet der unerlaubten Handlung: Insoweit der Streik ein Delikt gegen den Arbeitgeber (Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) bzw. die Aussperrung einen Eingriff in das Recht des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz bedeutet (aber beide Tatbestände sind überaus umstritten und keineswegs allgemein anerkannt), ist dies nicht rechtswidrig und verpflichtet deshalb nicht zum Schadenersatz.

Wann freilich Streik und Aussperrungen in dieser Weise den besonderen Schutz der Verfassung genießen und sich gegenüber den allgemeinen Bindungen des Zivilrechts durchsetzen, ist in zahlreichen, zuweilen widersprüchlichen Entscheidungen herausgearbeitet worden. Dies hier darzustellen würde den zulässigen Umfang des Beitrages vollends sprengen.

Ich bin am Ende meines Berichts über die richterrechtliche Präzisierung der Rechtsstellung der Koalition im deutschen Recht angelangt. Es war nicht mein Ziel, einen vollständigen Überblick zu geben, der ein ganzes Buch gefüllt hätte. Vielmehr wollte ich anhand herausragender Entscheidungen darstellen, wie hier der vom Gesetzgeber im Stich gelassene Richter Stück für Stück, vielfach suchend, zuweilen irrend, ein System aufgerichtet hat, das zur Grundlage einer wirtschaftlichen Entwicklung geworden ist, die es neben anderen glücklichen Faktoren erlaubt hat, viele Forderungen zu erfüllen, die an einen sozialen Rechtsstaat zu richten sind. Der Bericht hat gezeigt, wie unrichtig die Vorstellung ist, daß Richterrecht dem angloamerikanischen Rechtsraum vorbehalten ist; und es würde mich freuen, damit das Interesse des Jubilars zu finden, der den Problemen der Quellen und Methodik des Rechts stets seine besondere Aufmerksamkeit zugewandt hat.