

Arbeitskampf um Nachhaltigkeit: Disruption in der Unternehmensführung?

Arnold Arpaci*

I. Einleitung

Der Beitrag soll die Zulässigkeit eines Arbeitskampfs um nachhaltige Unternehmensführung beleuchten. Damit sind Auseinandersetzungen um wirtschaftliche Entscheidungen im Unternehmen zwischen den Beschäftigten und der Gewerkschaft auf der einen und der Unternehmensführung auf der anderen Seite gemeint. Es geht also nicht um die typischen Arbeitskampftemen wie Arbeitslohn und Urlaub, sondern um Fragen wie Produktionsprozesse und Produkte. Hier geht es also beispielsweise um die Frage, ob die Beschäftigten die Arbeitgeberin¹ durch Arbeitskampf daran hindern können, auf der Jagd nach kurzfristiger Rendite allein auf fossil betriebene SUVs zu setzen.² Man kann insofern auch von Arbeitskämpfen und Tarifverträgen zur Unternehmenspolitik sprechen.³ Der politische Streik gegen den Staat wird hier dagegen nicht behandelt.

Naturgemäß kann ein solcher Beitrag nur einen knappen Überblick bieten.⁴ Ziel ist dabei weniger einen bestehenden Forschungsstand abzubilden, sondern bisher unterbeleuchtete Aspekte ins Blickfeld zu rücken.

* Der Autor ist Doktorand an der Freien Universität Berlin.

1 In diesem Beitrag wird für Arbeitgeber*innen die weibliche und für Arbeitnehmer*innen die männliche Form verwendet. Gemeint sind alle Geschlechter.

2 Zu aktuellen Beispielen für die „Konversionsbewegung“ siehe *J. Kaiser*, Rückkehr der Konversionsbewegung?, *PROKLA* 53 (2023), 35; zum ökologischen Bewusstsein der Arbeiter und der Bedeutung einer echten Mitbestimmung für das Gelingen der Transformation, siehe: *K. Dörre/ S. Liebig/ K. Lucht/ J. Sittel*, Klasse gegen Klima? Transformationskonflikte in der Autoindustrie, *Berlin J Soziol* 34 (2024), 9, 30 f, 40; zur Bedeutung für die Demokratie: *J. Kiess/ A. Wesser-Saalfank/ S. Bose/ A. Schmidt/ E. Brähler/ O. Decker*, Arbeitswelt und Demokratie in Ostdeutschland - Erlebte Handlungsfähigkeit im Betrieb und (anti) demokratische Einstellungen, Frankfurt am Main 2023, S. 47 ff.

3 Zum Begriff *W. Däubler*, Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? - Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung, Frankfurt am Main 2016, S. 11.

4 Eine tiefere Erörterung demnächst in *A. Arpaci*, Arbeitskampf um Wirtschaftsbedingungen, erscheint 2025.

Dabei wird zunächst die Reichweite des verfassungsrechtlichen Schutzes des Art. 9 Abs. 3 GG hinsichtlich der Förderung von Wirtschaftsbedingungen und das Verhältnis der Ergebnisse zum Demokratieprinzip untersucht. Sodann wird das Tarifvertragsgesetz betrachtet, um zu ergründen, was es über die Zulässigkeit von unternehmenspolitischen Streikzielen aussagen kann. Im letzten Schritt werden die Leitlinien der Prüfung der praktischen Konkordanz mit der unternehmerischen Freiheit skizziert.

II. Auslegung der „Wirtschaftsbedingungen“ des Art. 9 Abs. 3 GG

Entscheidend für die hier im Zentrum stehende Frage nach der Zulässigkeit nachhaltigkeitsorientierter Kampfziele sind die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Begriffe „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“.

Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG privilegiert gegenüber der allgemeinen Vereinigungsfreiheit in Abs. 1 das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Damit ist nicht nur die individuelle Koalitionsfreiheit geschützt, sondern auch die *kollektive Koalitionsfreiheit*. Diese schützt unter anderem auch die koalitionsspezifische Betätigung und damit die Tarifautonomie und den Arbeitskampf.⁵ Man kann sich das wie folgt vorstellen: Wäre in Art. 9 Abs. 3 GG nicht von „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ die Rede, sondern von Turn- und Sportbedingungen, dann wäre nicht nur das Gründen von Turn- und Sportvereinen geschützt. Auch die so gegründeten Turn- und Sportvereine als solche würden verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Das würde auch ihre spezifische Tätigkeit umfassen, zB ein Angebot von Turn- und Sportveranstaltungen oder entsprechende Teams vorzuhalten. Wäre diese Tätigkeit verunmöglicht, würde es auch keinen Sinn ergeben, einen Turn- und Sportverein zu gründen. Der verfassungsrechtliche Schutz muss sich also auch auf die Betätigung im Sinne der genannten Zwecke erstrecken, sonst wäre er im Ganzen sinnlos.⁶ Die in Art. 9 Abs. 3 GG in Wirklichkeit gemeinten „Koalitionen“, also Gewerkschaften und Arbeitgeberinnenverbände, veranstalten nun keine Sportveranstaltungen, sondern schließen Tarifverträge, und führen, um diese aushandeln zu können, Arbeitskämpfe. Diese koalitionsspezifische Tätigkeit und damit auch die Tarifautonomie selbst werden also durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG geschützt.

5 Statt vieler: BVerfG, NZA 2020, 667 (Rn. 14); BVerfG, DB 2014, 956 (Rn. 23).

6 Nur bei entsprechender Lesart sei die Koalitionsfreiheit "sinnvoll" BVerfGE 18, 18 (26).

Die hier interessierende Frage ist nun, was zulässige Regelungsmaterien der Tarifautonomie sind. Das hier erdachte Beispiel hilft auch diese Frage richtig zu beantworten. Um die Parallele mit dem Turn- und Sportverein noch etwas konkreter zu machen, schauen wir uns den TSV Holtensen 1910 in Göttingen an. Dessen Angebot umfasst neben Turnen, ua Tennis, Tischtennis, Wandern und va Fußball.⁷ Das widerspricht nicht dem Namen. Es heißt ja Turn- und Sportverein. Er bleibt seinem Namen also treu, auch wenn er Sportveranstaltungen oder -gruppen anbietet, die nicht „turnen“. Ebenso kann eine Gewerkschaft, verstanden als „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen-Vereinigung“, auch einen Arbeitskampf führen, der sich reinen Wirtschaftsbedingungen widmet. Diese Ansicht, dass sowohl Arbeits- als auch Wirtschaftsbedingungen zulässige Regelungsmaterien der Tarifautonomie sind, wird hier als die „Wortlautgetreue Auslegung“ bezeichnet. *Poscher*⁸, *Linsenmeier*⁹ und *Treber*¹⁰ können zu dieser Gruppe gezählt werden.

Die noch herrschende Meinung, die hier als Anhänger*innen der „Groh-Theorie“¹¹ zusammengefasst wird, sieht das ganz anders. Damit sind all jene gemeint, die der Auffassung sind, der allgemeinere Begriff „Wirtschaftsbedingungen“ werde durch den engeren Begriff „Arbeitsbedingungen“ eingeschränkt.¹² So können nach *Scholz* nicht alle Wirtschaftsbedingungen Gegenstand der Tarifautonomie sein, sondern nur die „Bedingungen, un-

7 Vgl. <https://www.tsvholtensen1910.de>, 23.09.2024.

8 *R. Poscher*, Die Koalitionsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges und ausgestaltungsfähiges Grundrecht, RdA 2017, 235.

9 *W. Linsenmaier*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl., München 2024, Art. 9 GG Rn. 23.

10 *J. Treber*, § 188. Grundlagen des Koalitionsrechts, in: G. Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch- Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, München 2023 (Rn. 21).

11 Die Bezeichnung Groh-Theorie wurde gewählt, da diese Ansicht auf Überlegungen beruht, die zuerst von *Wilhelm Groh* hervorgebracht wurden, siehe *W. Groh*, Koalitionsrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1923, S. 26; Maßgeblich verbreitet wurden sie anschließend durch *H. C. Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1./2. Aufl. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1930, S. 418 f.

12 Statt vieler, jeweils stellvertretend für ihre Zeit: *G. Hütter-Brungs*, Tarifautonomie und unternehmerische Freiheit - Privatautonome Legitimation als Grund und Grenze tarifvertraglicher Regelungen, Tübingen 2020, S. 58 f.; *A. Söllner*, Das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG, in: G. Müller (Hrsg.), Das Arbeitsrecht der Gegenwart. Band 16- Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis, Berlin 1979, 19 26 f.; *Nipperdey* (Fn. 11), S. 418 f.

ter denen der Arbeitnehmer abhängige Arbeit leistet und der Arbeitgeber Arbeitnehmer beschäftigen darf“.¹³ Was unter diesen Vorzeichen unter „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ subsumierbar ist, ist damit noch nicht geklärt – soll hier aber nicht weiter erörtert werden.¹⁴ Dass diese Auslegungstechnik, legt man den allgemeinen Sprachgebrauch zugrunde, nicht so ganz überzeugen kann, zeigt die Parallele zu den Turn- und Sportvereinen. Man würde demnach vom TSV Holtensen 1910 verlangen, dass er bei seinem vielfältigen Sportangebot¹⁵ *immer gleichzeitig* auch turnt. Zurecht würde niemand den zahlreichen TSVn einen Satzungsverstoß vorwerfen, wenn sie sich in dieser als Turn- und Sportverein bezeichnen und (dennoch) Fußballteams unterhalten.

In der Gruppe wird das restriktive Verständnis nun *va* durch die historische Auslegung begründet. So sei die ähnliche Formulierung „Lohn- und Arbeitsbedingungen“ in § 152 der Gewerbeordnung des deutschen Reiches vor 1919 eng ausgelegt worden. Diese Auslegungstechnik sei dann auch für die 1919 entstandene Formulierung „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ maßgeblich.¹⁶ Als Beleg wird hierfür stets eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1887¹⁷ herangezogen, bzw. auf *Nipperdey* verwiesen, der mit dieser Entscheidung argumentiert.¹⁸ Einer genaueren Überprüfung hält das jedoch nicht stand. In der eigentlich einschlägigen Entscheidung aus dem Jahr 1905¹⁹ stellte das Reichsgericht ganz ausdrücklich klar, dass

13 R. Scholz, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Begr.), Grundgesetz, 104. EL Aufl., München 2024, Art. 9 GG Rn. 264.

14 Nach F. Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht - Band I: Grundlagen, Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag, Arbeitskampf und Schlichtung, München 1997, S. 220 wäre die Frage, ob ein Betrieb stillgelegt werden soll „Arbeits- und Wirtschaftsbedingung ersten Ranges“; nach Scholz (Fn. 13), Art. 9 GG Rn. 257 sind nicht einmal die traditionsreichen Besetzungsregelungen erfasst.

15 Vgl. <https://www.tsvholtensen1910.de/>, 23.09.2024.

16 Vgl. nur *Hütter-Brungs*, Tarifaufonomie (Fn. 12), S. 35 f. mwN.

17 RGSt 16, 383.

18 Statt vieler: *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (Fn. 14), S. 219; *F. Meik*, Der Kernbereich der Tarifaufonomie - Dargest. am Funktionszusammenhang von Unternehmens-, Betriebs- u. Tarifaufonomie, Berlin 1987, S. 75; *K. Misera*, Tarifaufonomie und Individualbereich unter Berücksichtigung der Sparklausel, Berlin 1969, 24f.; *P. Schlaffke*, Regelungen zur Weiterbildung im Tarifvertrag - Eine Untersuchung von Sozialpartner-Vereinbarungen und ihrer Bedeutung unter Berücksichtigung gesetzlicher Vorgaben, Köln 1996, S. 64f.; *Hütter-Brungs*, Tarifaufonomie (Fn. 12), S. 36; *C. Frank*, Der Gewerkschaftsbegriff des MitbestG im Lichte der kollektiven Koalitionsfreiheit, Berlin 2023, S. 171.

19 RGSt 38, 161.

die Formulierung „Lohn- und Arbeitsbedingungen“ weit auszulegen sei und alle Arbeitsbedingungen erfasse.²⁰ So sah das auch die Kommentarliteratur der Zeit.²¹ Hält die hM nun an ihrer Methodik fest, kann sie nach der Korrektur der historischen Fakten nun nur noch zum Ergebnis kommen, dass alle Wirtschaftsbedingungen erfasst sind.

Andere Autor*innen sind der Ansicht, dass allein die Regelung der Arbeitsbedingungen vom Schutzbereich erfasst seien. Sie werden hier als Lehren der „Arbeitgeberautorität über die Wirtschaftsbedingungen“ zusammengefasst. So wird zB von Höpfner²² argumentiert, Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bezeichneten zwei Zwecke für zwei unterschiedliche Arten der Betätigung. Auf die Tarifautonomie beziehe sich jedoch nur die Nennung der Arbeitsbedingungen, hinsichtlich Wirtschaftsbedingungen sei lediglich politische Interessensvertretung (wie schon nach Abs.1) gestattet. Solch eine Spaltung der Koalitionsbetätigungsfreiheit findet jedoch keinen Anker im Wortlaut. Auch der Rückverweis in dem später angefügten S. 3, der sogar Notstandsmaßnahmen gegen „Arbeitskämpfe [...] zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ verbietet, spricht auf der Ebene der Systematik gegen dieses Ergebnis. Andere argumentieren, dass der Begriff „Wirtschaftsbedingungen“ bloß die Kehrseite der „Arbeitsbedingungen“ aus der Arbeitgeberperspektive bezeichne.²³ Warum sich der

20 Ausführlichere Darstellung in: A. Arpaci, Macht über Wirtschaftsbedingungen, in: P. Keller/H. Michels/J. Tegel (Hrsg.), Macht und Ohnmacht im Arbeitsrecht- Tagungsband junge Arbeitsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2025.

21 Vgl. G. Rohmer, in: R. von Landmann (Begr.), Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl. Aufl., München 1907, § 152 S. 547; F. Steinbach, Gewerbeordnung - Mit Nebengesetzen und den Ausführungsbestimmungen für Preußen und Bayern, München, Berlin 1910, S. 297; E. Neukamp, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, Tübingen 1912, S. 423; L. Ebermayer/ F. Galli/ G. Lindenberg, Stengleins Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches - Band III, Berlin 1913, S. 305; K. Flesch/ F. Hiller/ H. Luppe, Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, Berlin, Boston, Erscheinungsort nicht ermittelbar 1915, S. 429; P. Krückmann, Der Boykott im Lohnkampf, AcP 113 (1915), 167 (176 f.); F. Hoffmann, Die Gewerbe-Ordnung - mit allen Ausführungsbestimmungen f. d. Deutsche Reich und Preussen, Berlin 1917, S. 541.

22 C. Höpfner, Schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen, RdA 2020, 129 (136); Frank, Gewerkschaftsbegriff (Fn. 18), S. 186; ähnlich auch T. Lobinger, § 3 Arbeitskämpfe bei Standortschließungen und -verlagerungen?, in: V. Rieble (Hrsg.), Zukunft des Arbeitskampfes, München 2005, 55 (67 ff.).

23 Schon früh: W. Zöllner, Arbeitsrecht - Ein Studienbuch, München 1977, S. 74; nunmehr ebenso gemeinschaftlich: W. Zöllner/ K.-G. Loritz/ C. W. Hergenröder, Arbeitsrecht, München 2015, S. 120; C. W. Hergenröder, in: G. Annuß (Begr.), Arbeitsrecht,

Verfassungsgeber einer solch untypischen Tautologie bedient haben sollte,²⁴ wird dabei nicht begründet.

Auch die historische Auslegung spricht für das oben als „wortlautgetreue Auslegung“ dargestellte Verständnis. An dieser Stelle kann jedoch nicht auf alle Einzelheiten der geschichtlichen Entwicklung eingegangen werden.²⁵ Besonders hingewiesen werden soll nur darauf, dass schon vor Erlass der Weimarer Reichsverfassung eine akzeptierte Tarifpraxis bestand, die sich der Regelung von Wirtschaftsbedingungen widmete.²⁶ Das Reichsarbeitsministerium musste gegenüber der Nationalversammlung nur klarstellen, dass „Tarifbestimmungen, die andere Verhältnisse, etwa die Produktion oder den Absatz, betreffen [...] nur die tarifgebundenen Personen [verpflichten]“ und nicht an der Allgemeinverbindlicherklärung teilnehmen.²⁷ Eine Einschränkung dieser gewerkschaftlichen Betätigung wäre in jener Zeit nicht mehrheitsfähig gewesen.²⁸

Wenn nun Art. 9 Abs. 3 GG auch die tarifautonome Regelung von „Wirtschaftsbedingungen“ schützt, ist dadurch nicht nur etwas über die vom Schutzbereich umfassten Regelungsgegenstände (zB Nachhaltigkeit im Unternehmen) gesagt. Mittelbar gibt die Nennung von Wirtschaftsbedingungen auch Auskunft über „die personelle Reichweite der Regelungsbefugnis“²⁹ der Koalitionen, dh in wessen Angelegenheiten sie tätig werden

II. Aufl., Köln 2024, Art. 9 GG Rn. 40; *H. Hanau*, in: M. Becker/M. Holthaus/B. Ulrici (Begr.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2023, Art. 9 GG Rn. 23.

24 *Hütter-Brungs*, *Tarifautonomie* (Fn. 12), S. 30 f. mwN; so auch schon *Söllner*, *Begriffspaar* (Fn. 12), S. 23.

25 Ausführlich hierzu demnächst *Arpaci*, *Arbeitskampf* (Fn. 4).

26 Siehe Auflistung bei *H. Sinzheimer*, *Der korporative Arbeitsnormenvertrag - Eine privatrechtliche Untersuchung*, Berlin 1907/1977, S. 52 ff.; *P. Lotmar*, *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*, *ArchfsGuS* 15 (1900), 1 (13 ff.).

27 Aktenstück 215 in *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung - Band 335. Anlagen zu den stenographischen Berichten*, Berlin 1920, S. 6 der Drucksache.

28 Vgl. nur Abgeordneter *Koch-Weser* (DDP) gerichtet gegen einen Änderungsantrag der USPD: „Wir fürchten eine Einschränkung der Gewerkschaften in ihrer Tätigkeit und werden alles tun, um das zu verhindern“, in: *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung - Band 336. Anlagen zu den stenographischen Berichten*, Berlin 1920, S. 398.

29 Nicht zu verwechseln mit der im einfachen Recht geregelten Normsetzungsbefugnis! Zu den Begriffen: *K. Klocke*, *Tarifautonomie und Außenseiter*, Tübingen 2023, S. 263; *D. Ulber*, *Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin 2010, S. 106.

dürfen.³⁰ Der Verfassungstext setzt damit denklogisch voraus, dass sich die Regelungsbefugnis auch auf Außenseiter-Arbeitnehmer erstreckt. Denn es muss berücksichtigt werden, dass die Koalitionen in Art. 9 Abs. 3 GG gerade nicht als öffentlich-rechtliche Körperschaften mit Zwangsmitgliedschaft konstituiert wurden. Gleichzeitig hat die Regelung der Wirtschaftsbedingungen in einem Unternehmen notwendigerweise zumindest indirekt Auswirkungen auf *alle* Arbeitnehmer eines Unternehmens. Da ohne Zwangsmitgliedschaft aber kaum ein hundertprozentiger Organisationsgrad der Beschäftigten zustande kommen kann (abgesehen von Closed-Shop-Regelungen), muss es schon deshalb in Art. 9 Abs. 3 GG eingeschrieben sein, dass dieser die Regelungsbefugnis der Gewerkschaft auch auf Verhältnisse der Außenseiterarbeitnehmer erstreckt.

Zusammengenommen lässt dies auch Rückschlüsse auf das Telos des verfassungsrechtlichen Schutzes der Tarifautonomie zu. So geht es nicht allein darum, die strukturelle Unterlegenheit beim Abschluss von individuellen Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln „Arbeitsbedingungen“ zu ermöglichen. Die Tarifautonomie dient auch der Demokratisierung der Wirtschaftsführung.

III. Demokratieprinzip

Gegen eine umfassende *personelle* Reichweite der Tarifmacht wird auf ein „Legitimationserfordernis“ der Tarifwirkung verwiesen. Dies geschieht häufig unter Verweis auf die ältere Rechtsprechung des BVerfG zu Allgemeinverbindlichkeit³¹ und Bergmannversorgungsschein³². Demnach sollen Normwirkungen, die nicht privatautonom oder (unmittelbar) staatlich legitimiert sind, gegen das Demokratieprinzip verstoßen.³³ Unter Rechtfertigungsdruck steht unter diesen Vorzeichen jedoch nicht nur die unmittelbare und zwingende Wirkung auf den Außenseiter. Auch schuldrechtliche

30 Für eine umfassende Regelungsbefugnis: BVerfG, NZA 2020, 253 (Rn. 13); für eine beschränkte Regelungsbefugnis BAGE 137, 231 (Rn. 48); dies einordnend: *Klocke*, Tarifautonomie und Außenseiter (Fn. 29), 263 f.

31 BVerfGE 44, 322.

32 BVerfGE 64, 208.

33 Vgl. *M. Löwisch/ V. Rieble*, Tarifvertragsgesetz - Kommentar, München 2017, Grundl. Rn. 51; *F. Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014, S. 103 ff.

Abreden mit dem (tarifgebundenen) Arbeitgeber, welche sich indirekt auf Außenseiter-Arbeitnehmer auswirken, sollen mit der Hilfe dieser Logik zurückgedrängt werden.³⁴ Selbst die Lehre von der Koalitionsfreiheit als Doppelgrundrecht erscheint vor diesem Verständnis als Angriff auf das Demokratieprinzip.³⁵ Eine umfassende Darstellung der Diskussionen muss hier unterbleiben. Es sollen lediglich zwei Aspekte dargestellt werden, wie die hier herausgearbeiteten Erkenntnisse zur Deutung des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG hinsichtlich der Regelungsmaterien die Debatte befruchten können.

Wie aufgezeigt, lässt sich aus der Erwähnung von Wirtschaftsbedingungen auf einen weiten Schutzbereich hinsichtlich der persönlichen Regelungsmacht schließen. Das Ergebnis zieht noch weitere Kreise. Liegt Art. 9 Abs. 3 GG das aufgezeigte Verständnis zugrunde, kann Art. 20 GG nicht im gleichen Atemzug diese Befugnis aushebeln. Man würde dem Grundgesetz ein eingeschriebenes Paradoxon unterstellen, wenn man einen derart engen Demokratiebegriff anlegen würde. Ein solches Demokratieverständnis, das das Grundgesetz in Widerspruch zu sich selbst stellt, kann ihm nicht untergeschoben werden.³⁶

Auch die zwei zitierten älteren Entscheidungen³⁷ haben keine überzeugenden Argumente für ein engeres Demokratieverständnis der Verfassung geliefert. *Klocke* hat bereits darauf hingewiesen, dass die Entscheidungen heute nicht mehr maßgeblich sein können, denn die hM ging damals noch davon aus, dass die kollektive Koalitionsfreiheit und damit die Tarifautonomie nur in ihrem Kernbereich geschützt sei.³⁸ Diese Ansicht hat das BVerfG später verworfen,³⁹ sodass die damals gegebene Begründung heute so nicht mehr zu erwarten wäre.

34 Eine im Ergebnis extreme Positionierung findet sich bei *F. Hertenstein*, Die schuldrechtliche Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien - Unter besonderer Berücksichtigung schuldrechtlicher Verpflichtungen des Arbeitgebers zu einem unternehmerischen Verhalten, Frankfurt a.M 2017, S. 157 ff.; vgl. auch Darstellung bei *Hütter-Brungs*, Tarifautonomie (Fn. 12), S. 89 f.

35 Vgl. *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz (Fn. 33), Grundl. Rn. 114.

36 Siehe zur Erforderlichkeit den Normen einen sinnvollen Gehalt zu unterstellen: *F. Rödl*, Zur Kritik rechtspositivistischer Menschenrechtskonzeption, in: *M. Wasmaier-Sailer/M. Hoesch* (Hrsg.), Die Begründung der Menschenrechte, Tübingen 2017, 29 (39 f.).

37 BVerfGE 44, 322; BVerfGE 64, 208.

38 *Klocke*, Tarifautonomie und Außenseiter (Fn. 29), S. 210 ff. mwN.

39 BVerfGE 93, 352-361; BVerfGE 94, 268; BVerfGE 100, 271; BVerfG, NZA 2020, 1118 (Rn. 14).

Darüber zeigt sich in den Entscheidungen aber auch ein strukturelles Missverständnis, welches mit Blick auf das zuvor Entfaltete nun besonders deutlich zutage tritt. Die Entscheidungen, die beide von dem zweiten Senat stammen, fallen in der Begründung kurz aus. Der Senat meinte wohl, sich nicht näher mit der Ausdeutung des Demokratieprinzips beschäftigen zu müssen und verwies auf die Entscheidung des ersten Senates des BVerfG in dem Facharztbeschluss⁴⁰ aus dem Jahr 1972.⁴¹ Als zweiter Leitsatz wird in dieser Entscheidung hervorgehoben:

„Das Facharztwesen darf nicht ausschließlich der Regelung durch Satzungen der Ärztekammern (Facharztordnungen) überlassen werden. Mindestens die ‚statusbildenden‘ Bestimmungen muß der Gesetzgeber selbst treffen.“⁴²

Für die auf Pflichtmitgliedschaft gründenden Ärztekammern kann dies durchaus überzeugen. Könnten sie selbst statusbildende Bestimmungen erlassen, könnten sie im Extremfall ihre eigene Basis stetig erweitern. Es ist auch ohne weiteres verständlich, dass die Eingriffsbefugnis aufgrund der Satzungshoheit von öffentlich-rechtlichen Zwangskörperschaften im Wesentlichen auf die eigenen Mitglieder beschränkt ist.

Die oben dargestellten Erkenntnisse zeigen aber, dass das nicht dazu verleiten darf, diese Konzeption auf die zur Regelung der Wirtschaftsbedingungen berufenen freiwilligen Verbände zu erstrecken. Diese unterscheiden sich nicht nur durch fehlenden Beitrittszwang. Wenn man den Vergleich mit den auf Pflichtmitgliedschaften basierenden Kammern erzwingen möchte,⁴³ ist die Parallele anders zu ziehen. Der Mitgliederbasis der Pflichtmitgliedschaft entspricht idS die Menge derjenigen, auf die sich die oben dargestellte Regelungsbefugnis erstreckt. Diese geht über den Mitgliederbestand des freiwilligen Verbandes hinaus. Das geht aber im Verhältnis zur Pflichtmitgliedschaft für den Außenseiter nicht mit einem Defizit der Mitbestimmungsmöglichkeit einher.

Anders als in den öffentlich-rechtlichen Körperschaften mit Pflichtmitgliedschaft kann Widerspruch zur bisherigen Verbandspolitik nicht allein

40 BVerfGE 33, 125.

41 Verwiesen wird in beiden Entscheidungen auf BVerfGE 33, 125, 158 die Seitenangabe entspricht Juris Rn. 106; vgl. BVerfGE 44, 322 (Rn. 74); BVerfGE 64, 208 (Rn. 25).

42 BVerfGE 33, 125 Leitsatz 2.

43 Überzeugender der Vergleich zur politischen Aushandlung unter dem Stichwort „Tarifbürgerschaft“, vgl. *F. Rödl*, Der Tarifvertrag: Ausdruck privater oder politischer Autonomie?, WSI-Mitteilungen 2023, 168 (174 f.).

dadurch wirkmächtig werden, dass man sich in den internen Gremien durchsetzt. Die positive Koalitionsfreiheit beinhaltet auch das Recht, konkurrierende Verbände zu gründen.⁴⁴ Es besteht die Möglichkeit, dass diese sich durch eine „Abstimmung mit Füßen“ gegenüber dem alten Verband und gegenüber dessen Vereinbarungen durchsetzt.⁴⁵ Der Versuch, die gleichen Prüfungsmaßstäbe hinsichtlich der Zulässigkeit von einzelnen Regelungen bei freien Koalitionen und öffentlich-rechtlichen Zwangsmitgliedschaften anzulegen, kann also nicht gelingen. Es ist zu berücksichtigen, dass es individuelle Freiheitsausübung darstellt, ob und welcher Koalition man sich anschließt. Darauf baut der kollektive, demokratische Prozess auf, der der wirkmächtigen Koalition das Setzen von Regeln erlaubt. Insofern entzieht sich die Regelungstätigkeit der Koalitionen auch der zB von *Bachmann* unterstellten Bipolarität, wenn er als entscheidenden Strukturunterschied von öffentlichen und privaten Verbänden angibt, dass es eine Exit-Option gibt.⁴⁶ Für die Tarifautonomie gilt: Es gibt zwar eine Exit-Option hinsichtlich des Verbandes, aber keine Exit-Option zum Austritt aus dessen potenziellen Wirkungskreis. Dafür gibt es neben der Möglichkeit der Mitwirkung an bestehenden Verbänden die positive Freiheit, diesen Wirkungskreis mit einem konkurrierenden Verband selbst zu gestalten.

Dass tarifautonome Regelung nicht als zu rechtfertigender Widerspruch zur Demokratie gesehen wurde, lässt sich auch deutlich an der Begründung des *Lemgoer Entwurfs* zum TVG ablesen. Dort wird die ans Werk zu setzende Tarifautonomie auch „als grundlegende Erscheinungsform einer volkstümlichen Demokratie“⁴⁷ bezeichnet. Dass dem parallel entstehenden Grundgesetz ein Demokratieverständnis eingeschrieben sein soll, welches die auch im TVG angelegten Außenseiterwirkungen (vgl. nur § 3 Abs. 2 iVm § 4 Abs. 1 S. 2 TVG) gleichsam wieder zurückdrängen soll, kann kaum angenommen werden. Die Tarifautonomie ist in diesem Sinne eine „poli-

44 Dann treten mehrere freie Verbände an, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu fördern.

45 Dies zeigt auch, dass es vom Gewährleistungsgehalt umfasst ist, dass der Staat eine Kollisionsregel vorzuhalten hat. Mit diesem Ergebnis wohl auch: *Klocke*, Tarifautonomie und Außenseiter (Fn. 29), S. 295.

46 *G. Bachmann*, Private Ordnung - Grundlagen ziviler Regelsetzung, Tübingen 2006, S. 188.

47 *TVG Entwürfe*, Materialien zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes vom 9.4.1949, ZFA 1973, 129 (132).

tische Autonomie⁴⁸ zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.⁴⁹

IV. Tarifrecht

Nach der hM beschreiben die Begriffe „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ nicht nur den Schutzbereich der kollektiven Koalitionsfreiheit, sondern sind auch für das einfache Recht die maßgebliche Umgrenzung dessen, was Gegenstand tariflicher Regelung sein kann.⁵⁰ Die in § 1 Abs. 1 TVG dargestellten Alternativen zeigen dabei verschiedene Regelungstechniken auf. Für Regelungen zu Nachhaltigkeit im Unternehmen sind besonders die Möglichkeiten, schuldrechtliche Verpflichtungen der Tarifparteien zu vereinbaren und Betriebs- und betriebsverfassungsrechtliche Normen zu setzen, interessant.

1. Arbeitskampf um schuldrechtliche Verpflichtungen

Die Legitimität von Streikforderungen gerichtet auf schuldrechtliche tarifvertragliche Regelungen wird jedoch bisweilen in Frage gestellt.⁵¹ Soll dieses Ergebnis (auch) aus dem TVG abgeleitet werden,⁵² stünde es im

48 *Rödl*, Ausdruck privater oder politischer Autonomie? (Fn. 43), 174 f.

49 In diesem Sinne kann auch von einer erweiterten Autonomie gesprochen werden, so *Klocke*, Tarifautonomie und Außenseiter (Fn. 29), S. 265 ff.; zurückgehend auf: *W. Bogs*, Zur Entwicklung der Rechtsform des Tarifvertrages, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät Göttingen (Hrsg.), Festschrift für Julius Von Gierke- Zu seinem Goldenen Doktorjubiläum Am 25. Okt. 1948, Berlin/Boston 1950 Reprint 2016, 39 (60); Begriffsschöpfung durch *O. von Gierke*, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895, S. 152 f.

50 BAGE 171, 264 (Rn. 47); *I. Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl., München 2024, Einleitung zum GG Rn. 50; *W. Däubler*, in: *W. Däubler* (Begr.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, Einleitung Rn. 124.

51 Gegen ein Streikrecht zB *Löwisch/ Rieble*, Tarifvertragsgesetz (Fn. 33), § 1 Rn. 131I mwN; für ein Streikrecht zB LAG Nürnberg NZA-RR 2023, 539, 541 mwN.

52 So zB *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz (Fn. 33), § 1 Rn. 131I ff. mwN; es gibt auch jene, die dies aus Art. 9 Abs. 3 GG und einer auf die Regelung der eigenen Arbeitsbedingungen beschränkten Tarifautonomie ableiten wollen, zB: *F. Bayreuther*, Lehren aus den Lokführerstreikentscheidungen des LAG Hessen für das Koalitions- und Arbeitskampfrecht, NZA 2024, 649 (655); *Höpfner*, Schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen (Fn. 22), 139 Insofern bedarf es hier keiner erneuten Auseinandersetzung, da dazu das Wesentliche unter B. und C. gesagt wurde.

Konflikt mit dem hier herausgearbeiteten Schutzbereich der kollektiven Koalitionsfreiheit. Eigentlich bietet der Wortlaut des § 1 TVG für eine solche Restriktion auch keinen Anlass. Dieser nennt „Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien“ in einer Reihe mit den übrigen Tarifnormen. Das BAG hat bisher ebenfalls die Möglichkeit, schuldrechtliche Tarifverträge zu schließen, anerkannt:

„Ein Tarifvertrag kann daher [Wortlaut § 1 Abs. 1 TVG] sowohl schuldrechtliche als auch normative Bestimmungen enthalten.“⁵³

Auch aus dem Umstand, dass beide Arten der Regelungstechnik mit einem „und“ verbunden sind, lässt sich nicht schließen, dass ein Tarifvertrag immer auch Rechtsnormen enthalten müsse, um als ein solcher zu gelten. Das erschließt sich schon dadurch, dass das Ergebnis in der Sache nicht weiterführend wäre: Die Tarifvertragsparteien wären lediglich dazu genötigt, eine möglicherweise ganz nebensächliche Rechtsnorm zu schaffen, um ihre geplanten schuldrechtlichen Regelungsgegenstände niederzulegen. Auch der an den Verhandlungen des TVGs maßgeblich beteiligte *Herschel* bestätigte dies im Nachgang⁵⁴: In dem „und“

„sollte aber keine Entscheidung darüberliegen, daß ein Tarifvertrag stets diesen Inhalt zur Gänze aufweisen müsse. Es bestand nicht die Absicht, einen solchen Inhalt doppelter Art für jeden Tarifvertrag zwingend zu verlangen.“⁵⁵

Nun wird aber behauptet, „Der Tarifvertrag regelt die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien“ sei dahingehend zu verstehen, dass entweder nur sogenannte Flankennormen⁵⁶ vereinbart werden könnten oder nur Gegenstände, die auch Inhalt einer Tarifnorm sein könnten.⁵⁷ Wenn auch rein schuldrechtliche Tarifverträge ermöglicht sein sollten, scheidet es aber schon logisch aus, dass mit „Rechte und Pflichten“ nur flankierende Normen gemeint sein sollen.

53 BAG, BeckRS 2017, 129004 (Rn. 29).

54 Auch, wenn bei der nachträglichen Befragung von Personen, die an Gesetzgebungsverfahren beteiligt waren, eine gewisse Vorsicht geboten ist, besteht hier kein Anhaltspunkt, der an der Authentizität zweifeln lässt. Vgl. zur Methodik Ausführungen bei *T. Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers - Fallgruppen verbindlicher Willensäußerungen, Tübingen 2017, S. 205.

55 *W. Herschel*, Zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes, ZFA 1973, 183 (186).

56 Vgl. *C. Frank*, Die Forderung einer gemeinsamen Antragstellung auf Allgemeinverbindlicherklärung als zulässiges Streikziel, ZESAR 2024, 217 (222 f.).

57 Vgl. *S. Greiner*, "Tarifsozialplan" bei Betriebsübergang?, NZA 2008, 1274 (1277).

Auch sonst gibt der Wortlaut des § 1 Abs. 1 TVG für solcherlei Restriktionen nicht viel her. Warum „Rechte und Pflichten“ direkt an erster Stelle der Norm steht, obwohl dem nur eine dienende und damit nachgeordnete Funktion zukommen soll, kann jedenfalls nicht recht einleuchten. Der Versuch, bei einer Aufzählung von Alternativen (Rechte und Pflichten und Tarifnormen) jedem Tatbestandsmerkmal eine ähnliche Reichweite in der Auslegung zu geben, ist zwar bisweilen eine plausible Auslegungsmethode. Es kann jedoch dann nicht überzeugen, wenn der Unterschied in der Reichweite des Tatbestandsmerkmals auch bewusste Unterschiede in der Rechtsfolge beinhaltet. So gelten die „Rechte und Pflichten“ eben nur inter partes, während die Rechtsnormen nach § 4 Abs. 1 TVG auch andere erfassen. Wenn nun in dem schuldrechtlichen Teil *mehr* vereinbart werden kann als in den Normen, stört das nicht die Konsistenz der Reihe – sofern man eine solche überhaupt verlangen kann.

Um entgegen dem weiten Wortlaut nun dennoch zu einer restriktiven Auslegung zu kommen, bedürfte dies jedenfalls sehr triftiger Gründe. Dass sich dies nicht aus der Eigenlogik der Tarifautonomie ergibt, wurde schon unter II. erörtert. Auch aus der historischen Auslegung ergibt sich nichts anderes.

a) Historische Auslegung

Betrachtet man die Entstehung des TVG und dessen Vorgeschichte, kann eine Einschränkung der Möglichkeit, schuldrechtliche Verpflichtungen vorzusehen und zu erstreiken, nicht überzeugen.

Im frühen Tarifvertragsrecht lassen sich im Wesentlichen drei Perioden unterscheiden, die für das Verständnis des TVG fruchtbar gemacht werden können. Die Zeit vor dem Inkrafttreten der Tarifvertragsordnung (TVVO) vom 23. Dezember 1918,⁵⁸ die Zeit unter Geltung der TVVO bis zur Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30. Oktober 1923⁵⁹ und die Zeit danach.

Vor der TVVO waren die Tarifvertragsparteien darauf beschränkt, rein schuldrechtliche Vereinbarungen zu treffen. Lediglich *Lotmar*⁶⁰ war der

58 RGBl. 1918, S. 1456.

59 Veröffentlicht im Deutschen Reichsanzeiger und Preußischen Staatsanzeiger 1923, Nr. 253, S. 3.

60 *P. Lotmar*, Der Arbeitsvertrag - durchgesehen und herausgegeben von Manfred Rehbinder, Berlin 1902/ 2001, S. 780.

Ansicht, schon mit Mitteln des BGB eine unmittelbare und zwingende Wirkung für die Arbeitsvertragsparteien konstruieren zu können, konnte sich damit aber nicht durchsetzen.⁶¹ Das Reichsgericht erkannte 1910 zumindest an, dass es sich bei Teilen des Tarifvertrags um Regelungen zugunsten Dritter handeln kann.⁶² Neben Verpflichtungen, den Beschäftigten gewisse Lohn- und Arbeitsbedingungen zu gewähren, die potentiell auch Arbeitsvertragsgegenstand hätten sein können, wurden zwischen den Tarifvertragsparteien auch zahlreiche Vereinbarungen getroffen, die die wirtschaftliche Betriebsführung betrafen.⁶³

Mit der TVVO wurde 1918 zwar die Möglichkeit geschaffen, Inhaltsnormen mit unmittelbarer Wirkung für die Arbeitsverhältnisse zu erzeugen, im Übrigen waren die Tarifvertragsparteien aber weiterhin darauf verwiesen, schuldrechtliche Abreden zu treffen. Diese Möglichkeit wurde auch nicht eingeschränkt.⁶⁴ So wurden die oben beschriebenen unternehmenspolitischen Tarifvertragsgegenstände weiterhin schuldrechtlich geregelt.⁶⁵

Dies gilt auch für den Arbeitskampf: In Streiks der Zeit war besonders die Forderung der Wiedereinstellung von entlassenen Arbeitnehmern ein zentrales Arbeitskampfthema.⁶⁶ Auch das konnte nur schuldrechtlich geregelt werden. Eine Beschränkung der Arbeitskampffreiheit auf die nach der TVVO allein möglichen Inhaltsnormen wurde nicht angenommen. Die Möglichkeit, Abschlussnormen, Betriebsnormen und betriebsverfassungsg-

61 F. Sitzler, Tarifvertragsrecht - 1. Abschnitt d. Verordnung vom 23. Dez. 1918, Berlin 1921, S. 18 f.

62 RGZ 73, 92 (105 f.).

63 Siehe nur Auflistung bei *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag (1907) (Fn. 26), S. 52 ff.; *Lotmar*, Tarifverträge (Fn. 26), 13 ff.

64 „Mit diesem Satze [§ 1 S. 1 TVVO] hat der Gesetzgeber nicht etwa den allein möglichen, nicht den gesetzlich allein zulässigen Inhalt eines Tarifvertrags festlegen, sondern dem klaren Wortlaute nach nur denjenigen Teil seines Inhalts genau umschreiben wollen, auf den sich der von ihm neu eingeführte Grundsatz der Unabdingbarkeit bezieht [...]. § 1 a. a. O. handelt also nur von den Arbeitsnormen und ihrer Bedeutung für die Einzelarbeitsverträge verbietet aber nicht die Aufnahme anderer, [...] reinschuldrechtlicher Bestimmungen in den Tarifvertrag. Sie ist nach dem Inkrafttreten der TVVO. ebenso zulässig wie früher und allgemein üblich.“, so RGZ III, 166 (170 f.).

65 Vgl. Aktenstück 215 in Verhandlungen der Nationalversammlung, Band 335 (Fn. 27), S. 6 der Drucksache.

66 „Psychologisch und wirtschaftlich ist diese Klausel oft das wichtigste Stück des TV. und dasjenige, bei dem die Einigung der Parteien oft am schwersten herbeizuführen ist.“, so treffend: *O. Kahn-Freund*, Umfang der normativen Wirkung des Tarifvertrages und Wiedereinstellungsklausel, Berlin 1928, S. 79.

rechtliche Normen zu setzen, sah die TVVO nicht vor. Auch eine ausdrückliche Regelung, dass schuldrechtliche Verpflichtungen im Tarifvertrag eingegangen werden können, enthielt die TVVO noch nicht. Dennoch ging man von einer allgemeinen Vertragsfreiheit der Tarifparteien aus.⁶⁷ Die grundsätzliche Zulässigkeit des Inhalts von Tarifverträgen richtete sich weiterhin bloß nach den Bestimmungen des BGB.⁶⁸

Diese umfassende Freiheit unterschied sie auch von den durch das Betriebsrätegesetz von 1920⁶⁹ eingesetzten Betriebsräten. *Flatow* brachte das wie folgt auf den Punkt:

"Schließlich sind die Gewerkschaften als reine privatrechtliche Vereinigungen, wenn auch mit öffentlich-rechtlichem Einschlag, in der Gestaltung des Inhaltes ihrer Vereinbarung mit der Arbeitgeberseite **keinerlei Schranken** unterworfen, während die Betriebsvertretung nur so weit Vereinbarungen treffen kann, wie der Rahmen des BRG. es gestattet."⁷⁰

Die rechtswissenschaftliche Debatte der Zeit war beherrscht von der Frage der Reichweite der unmittelbaren und zwingenden Wirkung. Streit bestand nicht darüber, ob etwas vereinbart und erstreikt werden konnte, sondern hinsichtlich der Abgrenzung, ob es sich „nur“ um eine schuldrechtliche Abrede handelte oder um eine Norm mit unmittelbarer und zwingender Wirkung für die Tarifunterworfenen.⁷¹ Denn schuldrechtlicher Tarifvertrag verpflichtet nur die Tarifvertragsparteien. Hinsichtlich der Mitglieder besteht insofern nur ein schwacher Einwirkungsanspruch. Da die praktische Durchsetzung von schuldrechtlichen Regelungen in Flächentarifverträgen deshalb häufig scheiterte, forderte *Sinzheimer* lege ferenda eine Erweiterung der Normsetzungsbefugnis:

„Wir müssen den Umfang der Vertragsautonomie erweitern, indem wir ihr nicht nur den Inhalt der Arbeitsverträge, sondern auch alle anderen Beziehungen unterwerfen, die sich aus den Abschluß-, Solidar- und Durchführungsbestimmungen eines Tarifvertrags ergeben. Das Kernpro-

67 „Im übrigen geht der Tarifvertrag in der Praxis dank der allgemeinen Vertragsfreiheit über die Regelung des Einzelarbeitsverhältnisses weit hinaus.“; so: *G. Flatow/ O. Kahn-Freund*, Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920, Berlin, Heidelberg 1931, S. 25.

68 Vgl. *Sitzler*, Tarifvertragsrecht (Fn. 61), S. 12.

69 RGBl. 1920, S. 147-174.

70 *G. Flatow*, Gewerkschaften und Betriebsräte, in: W. Kaskel (Hrsg.), Koalitionen und Koalitionskampfmittel- Arbeitsrechtl. Seminarvortr., Berlin 1925, 157 (158).

71 *Kahn-Freund*, Umfang der normativen Wirkung (Fn. 66); *Sitzler*, Tarifvertragsrecht (Fn. 61), S. 15.

blem der künftigen Tarifrechtsreform ist daher die Frage nach der Erweiterung der normativen Funktion des Tarifvertrags.⁷²

Zu der von *Sinzheimer* geforderten Erweiterung sollte es erst 1949 mit der Verabschiedung des TVG kommen. In der Weimarer Republik war dagegen schon ab 1923 mit der Schlichtungsverordnung⁷³ die Tarifautonomie auf dem Rückzug. Kreative (schuldrechtliche) Regelungen in Tarifverträgen dürften schon deshalb abgenommen haben, weil eine entsprechende Kampfforderung vor dem Hintergrund eines drohenden Zwangstarifvertrags nur noch schwer durchsetzbar gewesen sein dürfte. Im Nationalsozialismus wurde durch Zerschlagung der Gewerkschaften und durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) das Führerprinzip im Betrieb durchgesetzt.⁷⁴

Nach dem Krieg wurde am 30. November 1946 mit Kontrollratsgesetz Nr. 40 das AOG aufgehoben und mit Erlass des Kontrollrats vom 12. April 1946 der Abschluss von Tarifverträgen erlaubt.⁷⁵ Es blieb jedoch zunächst die *Lohnstopverordnung* vom 12.10.1939 in Kraft. Erst ab November 1948 wurden insoweit wieder Spielräume eröffnet. Somit waren zunächst nur Tarifverträge über andere Fragen als Löhne möglich.⁷⁶

In der Bi-Zone wurde 1949 mit dem TVG die Tarifautonomie nicht nur wiederhergestellt, sondern die Möglichkeiten, Normen mit unmittelbarer und zwingender Wirkung zu schaffen, gar erheblich erweitert. Aus dieser Entwicklung lässt sich aber kaum der Umkehrschluss ziehen, dass schuldrechtliche Verpflichtungen, die über die Friedens- und Durchführungspflicht oder „Flankennormen“ hinausgehen, nicht mehr möglich sein sollten. Dies zeigt sich schon daran, dass ausdrücklich aufgenommen wurde, dass der Tarifvertrag die „Rechte und Pflichten“ regelt. Dass damit nur Durchführungs- und Friedenspflicht gemeint sein soll, erscheint durch einen Vergleich mit der TVVO unrealistisch. Denn die TVVO kam ohne Verweis auf ebendiese aus und es wurde nicht bezweifelt, dass sie Teil des Tarifvertrags sind.

72 H. *Sinzheimer*, Das Kernproblem der Tarifrechtsreform (1924), in: O. Kahn-Freund/T. Ramm (Hrsg.), *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie- Gesammelte Aufsätze und Reden* Band 1, Frankfurt 1976, 216 (218).

73 Veröffentlicht im Deutschen Reichsanzeiger und Preußischen Staatsanzeiger 1923, Nr. 253, S. 3.

74 Eindrücklich: G. *Freytag*, *Die Betriebsverfassung*, Dresden 1935, S. 1 ff.

75 *Herschel*, Entstehung (Fn. 55); *Däubler* (Fn. 50), Einleitung Rn 37.

76 *Däubler* (Fn. 50), Einleitung Rn. 37.

Mit dem TVG wurden im Vergleich zur TVVO die Möglichkeiten erweitert und nicht beschränkt. Da zur Zeit der TVVO und WRV unstrittig Arbeitskämpfe für schuldrechtliche Gegenstände möglich waren, muss das auch für das TVG und GG gelten. Wäre eine Beschränkung im Vergleich zur Rechtslage unter der TVVO bezweckt gewesen, wäre dies sicher ausdrücklich zur Sprache gekommen.

b) Zwischenfazit

Eine Beschränkung des Tarifvertrags und des Streikrechts auf Friedens- und Durchführungspflicht oder tarifnormflankierende Regelungen findet keinen Anker im Wortlaut des TVG. Die historische Tarifpraxis zeigt, dass die Tarifparteien Tarifvertragsfreiheit genossen und zu deren Aushandlung Arbeitskämpfe gerade auch für nur schuldrechtlich regelbare Gegenstände führten. Dies ist durch ausdrückliche Erwähnung in § 1 Abs. 1 TVG, dass der Tarifvertrag die „Rechte und Pflichten“ regelt, bestätigt worden. Wenn sich eine Beschränkung der Erkämpfbarkeit wie dargetan nicht aus einem entsprechend beschränkten Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG ergibt, kann sie kaum im TVG gefunden werden.

Wer sie dennoch meint zu finden, müsste diese – das ist die Konsequenz aus dem unter II. gesagten – als zu rechtfertigenden Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit prüfen.

2. Betriebs- und betriebsverfassungsrechtliche Normen

Ein weiterer Streitpunkt im TVG, welcher unmittelbar mit dem hier herausgearbeiteten Schutzbereich der Tarifautonomie im Kontakt steht, ist die Auslegung des § 1 Abs. 1 TVG in Hinblick auf die Möglichkeit, Betriebs- und betriebsverfassungsrechtliche Normen zu setzen.

Geht es um Regelungen zur Nachhaltigkeit in der Auseinandersetzung um einen Haus- oder Firmentarifvertrag, bedarf es, nach dem zu schuldrechtlichen Verpflichtungen gesagten, eigentlich keiner Betriebs- und betriebsverfassungsrechtlicher Normen zur Regelung von Nachhaltigkeitsfragen. Die Arbeitgeberin kann sich direkt schuldrechtlich zu entsprechenden Handlungen verpflichten. Anders schaut es jedoch im Flächentarifvertrag aus. Vertragspartei ist hier grundsätzlich nur der tarifschließende Arbeitgeberinnenverband. Dieser agiert in der Regel auch nicht als mit Vollmacht ausgestatteter Vertreter. Hinsichtlich konkreter Handlungen der Unterneh-

men besteht insofern nur ein Einwirkungsanspruch gegen den Verband auf seine Mitglieder. Eine unmittelbare Verpflichtung der Mitgliedsunternehmen im Flächentarifvertrag ist nur durch Setzung von Tarifnormen zu erreichen. Dafür könnte die in § 1 TVG vorgesehene Möglichkeit, betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen zu setzen, geeignet sein.

Dabei kann an dieser Stelle keine Auseinandersetzung mit allen Aspekten der gegenwärtigen Diskussion um das Verständnis der Normtypen erfolgen.⁷⁷ Im Folgenden werden zwei gängige Argumentationsmuster, die zu einem restriktiven Verständnis führen sollen, näher untersucht.

a) Keine Trennung zwischen betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung

§ 1 Abs. 1 TVG spricht von Rechtsnormen, die „betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen“, ohne dies näher zu beschreiben. Auch aus den Gesetzesmaterialien lässt sich kein eindeutig zugewiesener Bedeutungsgehalt entnehmen. In der Begründung des *Lemgoer Entwurfs* heißt es hinsichtlich der Betriebsnormen lediglich, dass es um Fragen geht, „deren Bedeutung über das einzelne Arbeitsverhältnis [hinausreicht] und deren tarifvertragliche Normierung daher bislang mindestens zweifelhaft war.“⁷⁸

Beide Normtypen teilen sich den Begriffsteil „betrieb“, der der Auslegung bedarf. Heute wird mit Blick auf die verschiedenen gesetzlichen Grund-

77 Vgl. hierfür K. Nebe, in: W. Däubler (Begr.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 1 Rn. 347 ff.; T. Dieterich, Tarif- und Betriebsautonomie - ein Spannungsverhältnis, in: G. Annuß (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag, München 2007, 117 (117 ff.); J. L. Teusch, Die Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag, Berlin 2007; C. Arnold, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter - Zur Legitimation der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis, Berlin 2007; R. Giesen, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb - Gegenstand und Reichweite betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen, Tübingen 2002; B. Friese, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, Berlin 2000; T. Dieterich, Verfassungsmäßigkeit tariflicher Betriebsnormen, in: T. Klebe/P. Wedde/M. Wolmerath (Hrsg.), Recht und soziale Arbeitswelt- Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main 1999, 451 (451 ff.); H. Ingelfinger, Arbeitsplatzgestaltung durch Betriebsnormen, Berlin 1996; C. Schmidt-Eriksen, Tarifvertragliche Betriebsnormen - Zum Konflikt individueller und kollektiver Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und zur Reichweite tarifvertraglicher Gestaltungsmacht gegenüber dem Arbeitgeber, Baden-Baden 1992; A. Hueck, Normen des Tarifvertrags über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen, BB 4 (1949), 530.

78 TVG Entwürfe, Materialien (Fn. 47), 134.

lagen zwischen der betrieblichen (BetrVG) und der Unternehmensmitbestimmung (MontanMitbestG, MitbestG und DrittelbG) unterschieden. Mit Blick auf die in den Gesetzen vorgesehenen Befugnisse wird bei der betrieblichen Mitbestimmung an die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und bei der Unternehmensmitbestimmung an die wirtschaftliche Mitbestimmung gedacht. Insofern könnten diese Normtypen, mit den Begriffen Betrieb, bzw. der Betriebsverfassung, so verstanden werden, dass die wirtschaftliche Seite ausgeklammert werde.⁷⁹ Das wäre ein Ergebnis, welches im Konflikt mit dem durch Art. 9 Abs. 3 GG vermittelten verfassungsrechtlichen Schutz, die Wirtschaftsbedingungen tarifautonom zu regeln, stünde.

Doch dieser Widerspruch löst sich auf, berücksichtigt man die Begriffsbedeutung im entstehungszeitlichen Kontext. Sowohl das Betriebsrätegesetz von 1920,⁸⁰ als auch das nach dem TVG erlassene Betriebsverfassungsgesetz von 1952⁸¹ enthielten Regelungen, die heute als Gegenstände der Unternehmensmitbestimmung bezeichnet würden. So war die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in die Aufsichtsräte in § 70 BRG vorgesehen. Dies wurde auch deutlich in der Gesetzesbegründung ausgedrückt, so hatten die Betriebsvertretungen zwei Arten von Aufgaben:

„einerseits die Wahrung der sozialen und wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer (Arbeiter und Angestellten) des Betriebes, andererseits die Einflußnahme auf Betriebsleitung und Betriebsleistung.“⁸²

Die Kommentatoren *Flatow* und *Kahn-Freund* charakterisierten die Betriebsverfassung wie folgt:

„Sämtliche Organe der Betriebsverfassung sind [...] ihrer Rechtsnatur nach wirtschaftsparlamentarische Organe der ‚Betriebe‘“⁸³

Das wirtschaftliche Gebiet war also keinesfalls begrifflich ausgeklammert. Die im Gesetz angelegte wirtschaftliche Mitbestimmung konnte auch durch

79 So selbst *Däubler* (Fn. 50), Einleitung Rn. 126 dabei zeigt auch § 106 Abs. 1 BetrVG, dass dem BetrVG keine strikte Trennung entnommen werden kann.

80 RGBl. 1920, S. 147-174.

81 BGBl. 1952, Teil I, S. 681.

82 Begründung S. 19, zitiert nach: *Flatow/Kahn-Freund*, Betriebsrätegesetz (Fn. 67), S. 27; der Begriff „Betriebsleitung“ umfasste in jener Zeit auch das, was man heute als „Unternehmensleitung“ fassen würde, besonders deutlich auch bei *L. Brentano*, Die Gegner der Koalitionsfreiheit, *Soziale Praxis* 8 (1899), 1329, 1335.

83 *Flatow/Kahn-Freund*, Betriebsrätegesetz (Fn. 67), S. 33.

Tarifvertrag erweitert werden.⁸⁴ Dies setzte sich auch nach dem TVG im Betriebsverfassungsgesetz von 1952 fort. Auch dieses beinhaltet das, was heute in Abgrenzung zur betrieblichen Mitbestimmung als Unternehmensmitbestimmung bezeichnet würde. Das BetrVG 1952 enthielt die Regeln zur Unternehmensmitbestimmung in den §§ 76 ff. Erst 2004⁸⁵ wurde die Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat als Kern der Unternehmensmitbestimmung begrifflich von der betrieblichen Mitbestimmung geschieden und in ein eigenes Gesetz außerhalb der „Betriebsverfassung“ überführt.⁸⁶ Der entstehungszeitliche Kontext spricht also gegen ein enges Verständnis, welches die wirtschaftliche Mitbestimmung ausklammert. Von einer trennscharfen Begriffsbildung der Rechtswissenschaft jenseits der gesetzlichen Grundlage kann in jener Zeit auch nicht gesprochen werden.⁸⁷

Man könnte nun aber versucht sein, das begriffliche Verständnis zu aktualisieren. Methodisch überzeugend wäre dies, wenn man dem Gesetzgeber einen Willen unterstellten könnte, dass er 2004 auch eine (indirekte) Änderung des TVG im Sinn hatte. Die Materialien geben dafür aber nichts her. Letztlich gebietet es vor dem Hintergrund des hier dargestellten Schutzbereichs auch das Gebot der verfassungskonformen Auslegung, sich am historischen Kontext der Gesetze zur Deutung zu orientieren.

b) Keine Restriktion aufgrund der Rechtsfolge

Der aktuelle Diskurs um Betriebsnormen wird beherrscht von der Regelung der Rechtsfolge in § 4 Abs.1 S.2, § 3 Abs.2 TVG. Der Umstand, dass die Normen unmittelbar und zwingend auf Außenseiter-Arbeitnehmer wirken, führe demnach zu einer einschränkenden Auslegung.⁸⁸ Prägnant bringt *Nebe* diesen Ansatz auf den Punkt:

84 *Flatow*, Gewerkschaften (Fn. 71), S. 168.

85 BGBl. 2004, Teil I, S. 974.

86 Das in diesen Punkten bis dahin fortgeltende Betriebsverfassungsgesetz 1952 wurde mit der Einführung des Drittelbeteiligungsgesetzes außer Kraft gesetzt, siehe BGBl. 2004, Nr. 25, S. 979.

87 Vgl. *D. Joost*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, München 1988, S. 13 ff.; *T. Raiser*, Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969, S. 128 ff.; *Flatow/Kahn-Freund*, Betriebsrätegesetz (Fn. 67), S. 36 f.; *R. Passow*, Betrieb, Unternehmung, Konzern, Jena 1925, S. 26, alle genannten sprechen fundiert gegen eine bisweilen behauptete Hegemonie der Lehre von *E. Jacobi*, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriff, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg zum 30. März 1926, Leipzig 1927, S. 1 ff.

88 BAGE 86, 126; BAG, AP Nr 1 zu § 3 TVG Betriebsnormen; BAGE 64, 368.

„Die durch § 3 Abs. 2 vorgenommene Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs von Betriebsnormen wirkt auch auf ihren sachlichen Regelungsbereich zurück.“⁸⁹

Dem muss auf zwei Ebenen widersprochen werden. Zum einen hat schon *Dieterich* mit Verweis auf die Gesetzgebungsmaterialien zum TVG zutreffend herausgearbeitet, dass das Definieren der Betriebsnormen allein über ihre Besonderheit der Rechtsfolge nicht überzeugen kann.⁹⁰ Diese kann nicht essentiell für ihren Charakter gewesen sein, da die frühen Entwürfe zum TVG, obgleich sie schon Betriebsnormen vorsahen, noch keine besondere Regelung zur Rechtsfolge kannten.⁹¹ Die heute bekannte Rechtsfolge wurde erst gegen Ende der Beratungen auf Vorschlag von *Herschel* eingefügt.⁹² Möchte man den Vorentwürfen also nicht unterstellen, dass sie insofern sinnlose Regelungen vorschlugen, kann man kaum von der zunächst nicht vorhandenen Rechtsfolge auf den intendierten Sinn schließen.

Selbst wenn man nun von dem Erfordernis ausgeht, dass Außenseiterwirkungen von Tarifverträgen aufgrund von höherrangigem Recht möglichst zu vermeiden seien, dann sollte das nur zu einer Einschränkung auf Ebene der Rechtsfolge (Außenseiterwirkung) führen. Aus diesem Grunde die Möglichkeit zu beschränken, eine tarifgebundene Arbeitgeberin mittels Betriebsnorm zu verpflichten, überzeugt nicht.

Mit dem hier zuvor ausgebreiteten Verständnis der personellen Reichweite der tariflichen Regelungsmacht⁹³ sind entsprechende Restriktionen zudem ohnehin nicht erforderlich. Auch das Art. 20 GG zu entnehmende Demokratieprinzip erfordert dies nicht. Es zwingt insofern nur den Staat, Kollisionsregeln bereitzuhalten für den Fall, dass Betriebsnormen von konkurrierenden Gewerkschaften aufeinandertreffen.⁹⁴

c) Zwischenfazit und Normdurchsetzung

Denkt man nun diese beiden Aspekte zusammen, kann von einem Konflikt des TVG mit dem hier vertretenen Verständnis des verfassungsrechtli-

⁸⁹ *Nebe* (Fn. 77), § 1 Rn. 363.

⁹⁰ *T. Dieterich*, Die betrieblichen Normen nach dem Tarifvertragsgesetz vom 9.4.1949 - Thomas Dieterich, Heidelberg 1964, S. 31.

⁹¹ Vgl. *TVG Entwürfe*, Materialien (Fn. 47), 130 u. 143.

⁹² *TVG Entwürfe*, Materialien (Fn. 47), 151.

⁹³ Siehe II.

⁹⁴ Siehe III.

chen Schutzes der Tarifautonomie keine Rede mehr sein. Betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen erfassen nach der entstehungszeitlichen Bedeutung auch rein wirtschaftliche Aspekte, die in der Fachsprache heute nicht der betrieblichen, sondern der Unternehmensmitbestimmung zugerechnet werden. Mit diesen Normtypen kann die einzelne Arbeitgeberin auch im Flächentarifvertrag an unternehmenspolitische Regelungen gebunden werden (durch Betriebsnorm). Es können aber auch Organe und deren Kompetenzen zur Entscheidung von wirtschaftlichen Fragen bestimmt werden (durch betriebsverfassungsrechtliche Norm).

Nach der Frage, was mit diesen Normtypen vereinbart werden kann, stellt sich jedoch auch die Frage, wie das Vereinbarte durchgesetzt werden kann. § 3 Abs. 2 TVG spricht deutlich aus, dass die tarifgebundene Arbeitgeberin durch Rechtsnormen des Tarifvertrages über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen verpflichtet ist. Wer allerdings durch sie berechtigt ist, wer das Einhalten der Verpflichtung der Arbeitgeberin also einklagen kann, ist durch das TVG nicht so deutlich ausgesprochen.

Durch die Einfügung von § 4 Abs. 1 S. 2 TVG könnte man auf die Idee kommen, dass die Durchsetzung der Betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen allein auf die individualrechtliche Ebene verschoben und die Geltendmachung durch die Gewerkschaft damit ausgeschlossen worden sein sollte. Das gibt der Wortlaut der Norm aber nicht her. So gelte nach § 4 Abs. 1 S. 2 TVG der Satz 1 nur entsprechend, deshalb kann nicht auf einen Erfüllungsanspruch des einzelnen Arbeitnehmers geschlossen werden.⁹⁵ Außerdem spricht § 3 Abs. 2 TVG die Geltung dieser Rechtsnormen *nur* für die Betriebe aus und eben nicht auch wechselseitig für die (Außenseiter-) Arbeitnehmerinnen. Auch die Behauptung allein dem Betriebsrat obliege die Durchsetzung der Normen nach § 3 Abs. 2 TVG,⁹⁶ erscheint für das TVG systemwidrig. Es erwähnt an keiner Stelle den Betriebsrat. Dass die Durchsetzung der Normen dem Zufall überlassen bleiben soll, ob vor Ort ein Betriebsrat existiere, kann auch nicht so recht überzeugen.

Es spricht viel dafür, dass die Betriebsnormen gerade geschaffen wurden, um die Schwäche des schuldrechtlichen Anspruchs der Gewerkschaft im Flächentarifvertrag (bloßer Einwirkungsanspruch) zu beseitigen (siehe oben IV. 1. a)). § 4 Abs. 1 S. 2 ist in der Zusammenschau mit § 3 Abs. 1 und 2 TVG so zu verstehen, dass die Tarifparteien einen direkten Anspruch gegen

95 So schon BAG NZA 1990, 886, 889.

96 So zB Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz (Fn. 33), § 4 Rn. 20 f.

die tarifgebundenen Arbeitgeberinnen auf Einhaltung der Betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen haben.

V. Praktische Konkordanz

Im letzten Prüfungsschritt ist zu klären, ob bzw. welche Arbeitskampfforderungen gerichtet auf Nachhaltigkeit im Unternehmen die in Art. 12 Abs. 1 GG wurzelnde unternehmerische Freiheit verletzen.

Im Folgenden wird keine umfassende Darstellung der anzustellenden Prüfung stattfinden können. Inwiefern Tarifverträge und darauf gerichtete Arbeitskampfforderungen an den Grundrechten zu prüfen sind, ist auf allen Ebenen umstritten. Es gibt zwar weitgehende Einigkeit darüber, dass die Tarifunterworfenen nicht schrankenlos der Tarifnormsetzung durch die Koalitionen ausgeliefert werden dürfen, die genaue dogmatische Verortung der Grundrechtsprüfung und deren Prüfungsdichte ist aber weitgehend ungeklärt und hängt auch wesentlich vom Verständnis der Tarifautonomie ab.⁹⁷ Ohne auf die Einzelheiten einzugehen, sollen daher nur einige grundlegende Überlegungen zur Struktur der Prüfung der unternehmerischen Freiheit angestellt werden, welche sich aus den Ergebnissen der Reichweite der Tarifautonomie ergeben.⁹⁸

Leitend für die folgende Betrachtung ist die Erkenntnis, dass das Telos hinter dem verfassungsrechtlichen Schutz der Tarifautonomie die Demokratisierung der Wirtschaftsführung ist.⁹⁹ Diese Betrachtung rückt auch die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers in den Blick. Insofern erscheint auch eine Abwägung bloß zwischen der unternehmerischen Freiheit und der Koalitionsfreiheit verkürzt. Die unternehmerische Freiheit ist in Art. 12 Abs. 1 GG zu verorten.¹⁰⁰ Gleichrangig schützt dieser aber auch die Berufsfreiheit jedes Arbeitnehmers. Die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers wäre aber im Verhältnis zu jener der Unternehmerin verkürzt, wenn erstere nur die unmittelbaren Arbeitsbedingungen in den Blick nehmen würde. Dies deckt

97 Grundlegend: *D. Ulber*, in: *W. Däubler* (Begr.), *Tarifvertragsgesetz*, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, Einleitung Rn. 205 ff.; beispielhaft für die Rechtsprechung BAGE 169, 163; beispielhaft für eine zurückgenommene Prüfung *Jacobs*, in: *H. Wiedemann* (Begr.), *Tarifvertragsgesetz*, 9. Aufl., München 2023, Einleitung Rn. 312 ff.

98 Umfassend zum Verhältnis zur unternehmerischen Freiheit: *W. Däubler*, *Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht - Eine unantastbare Größe?*, Saarbrücken 2012.

99 Siehe II.

100 Vgl. *Ulber* (Fn. 97), Einleitung Rn. 483 ff.

sich auch mit den empirisch feststellbaren Interessen der Arbeitnehmer. In einer Untersuchung der Stepstone Group¹⁰¹ gaben 84 % der Befragten an, dass sie bei einem Jobwechsel gezielt nach einem nachhaltigen Unternehmen suchen. Ein Drittel der Beschäftigten stimmt gar der Aussage zu, dass sie ihre bisherige Beschäftigung kündigen würden, wenn ihre Arbeitgeberin sich in einem nicht nachhaltigen oder umweltschädlichen Projekt engagieren würde.¹⁰² Aufgrund der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt können sie sich mit ihren Interessen aber erst durch kollektive Wahrnehmung in der Koalition Gehör verschaffen.¹⁰³ Art. 9 Abs. 3 GG kann insofern auch als Instrument des Ausgleichs zwischen der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer- und Berufsfreiheit der Arbeitgeberinnenseite begriffen werden.¹⁰⁴

Aus dieser Betrachtung lassen sich auch Grenzen ableiten. Die Berufswahlfreiheit der Arbeitgeberin wäre verletzt, wenn sie ihre Geschäfte vollständig aufgeben möchte, aber daran (dauerhaft) durch Streik und Tarifvertrag gehindert werden soll. Insofern kann völlig zurecht differenziert werden zwischen der Auseinandersetzung um einen von vielen Standorten einer größeren Kapitalgesellschaft (Berufsausübungsfreiheit) und der Auseinandersetzung um die Schließung des einzigen Standorts (Berufswahlfreiheit).¹⁰⁵ Anders, als das LAG Hessen 2015 meinte,¹⁰⁶ sprechen gegen solch eine Differenzierung auch nicht Gleichheitsgesichtspunkte, denn Ungleiches ist auch ungleich zu behandeln. Die Erforderlichkeit der Berück-

101 „Die Studienreihe “Hiring Trends Index” ist eine quartalsweise erscheinende Untersuchung von The Stepstone Group. Dafür wurden im Zeitraum vom 6. bis 18. Juni 2024 online 3.700 deutsche Arbeitnehmende sowie 500 Recruiter und Recruiterinnen befragt.“ C. Delorme, Recruiting Trends 2024 – aktuelle Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt, <https://www.stepstone.de/e-recruiting/hr-wissen/arbeitsmarkt/recruiting-trends/>, 01.11.2024.

102 C. Delorme, Green Recruiting: Mit Nachhaltigkeit im Recruiting punkten, <https://www.stepstone.de/e-recruiting/hr-wissen/recruiting/nachhaltigkeit-recruiting/>, 01.11.2024.

103 F. Rödl, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: M. Bieder/F. Hartmann (Hrsg.), Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2012, 81 (94 ff.).

104 Vgl. J. Heuschmid, in: W. Däubler (Begr.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 1 Rn. 1017 mwN.

105 So auch Linsenmaier (Fn. 9), Art. 9 Rn. 75; dem zustimmend auch Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, ArbR 2019, 231; aA. P. S. Fischinger, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, Berlin 2006, S. 160 ff.

106 Hessisches Landesarbeitsgericht, NZA 2015, 1337-1342 (Rn. 80).

sichtigung des personalen Grundzugs der Berufsfreiheit wurde schon vom BVerfG betont:

„Darüber hinaus unterscheidet er sich jedoch von ihr [Regelung in Art. 151 III WRV] durch seinen personalen Grundzug: Der ‚Beruf‘ wird in seiner Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen im ganzen verstanden, die sich erst darin voll ausformt und vollendet, daß der Einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist und durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt. Das Grundrecht gewinnt so Bedeutung für alle sozialen Schichten; die Arbeit als ‚Beruf‘ hat für alle gleichen Wert und gleiche Würde“¹⁰⁷

Insofern kann auch nicht überzeugen, pauschal und einseitig zugunsten der Berufsfreiheit der Unternehmerinnen (zulasten der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer und der Koalitionsfreiheit) einen Kernbereich auszumachen, der „Investitionen, Produktion und Vertrieb“ aus der Tarifautonomie ausklammert.¹⁰⁸ Dies ergibt sich schon logisch aus dem oben bestimmten Schutzbereich der Tarifautonomie. Wenn diese die Regelung von „Wirtschaftsbedingungen“ einschließt, dann können diese Aspekte nicht pauschal Teil des Kernbereichs der unternehmerischen Freiheit sein. Vielmehr will das Grundgesetz gerade die ansonsten einseitige Herrschaft der Arbeitgeberin über solche Entscheidungen durch Art. 9 Abs. 3 GG demokratisieren.¹⁰⁹ Eine Beschränkung der regelbaren Wirtschaftsbedingungen bedarf daher besonderer Gründe. Man wird wohl zB zu einer anderen Gewichtung kommen, wenn es sich bei der Arbeitgeberin um eine mit ihrem Privatvermögen haftende Einzelkauffrau handelt oder um eine OHG, mit persönlich haftenden natürlichen Personen. Im Übrigen wurde auch zu recht angemerkt, dass hinsichtlich der Gewichtung der unternehmerischen Freiheit zwischen Firmentarifvertrag (weniger Gewicht, da unmittelbare Selbstbindung) und Verbandstarifvertrag differenziert werden kann.¹¹⁰

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Frage der praktischen Konkordanz mit der unternehmerischen Freiheit nicht durch pauschale Lösungen beantwortet werden kann. Insofern besteht noch weiterer For-

107 BVerfGE 50, 290 (Rn. 171).

108 So aber das BAG, NZA 1990, 886 (889), dies geschah jedoch noch bevor das BVerfG aufklärte, dass die kollektive Koalitionsfreiheit nicht nur in ihrem Kernbereich geschützt ist.

109 Siehe oben II. und III.

110 *Ulber* (Fn. 97), Einleitung Rn. 534; *Dieterich*, betrieblichen (Fn. 90), S. 77.

schungsbedarf. Innerhalb der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ ist die tarifliche Regelbarkeit dabei aber die Regel. Die Ausnahmen bedürfen der besonderen Begründung.

VI. Zusammenfassung

Die Frage nach der Zulässigkeit eines Arbeitskampfs um nachhaltige Unternehmensführung wird also in vielen Fällen zu bejahen sein. Es handelt sich hierbei um Wirtschaftsbedingungen. Deren Regelung ist vom verfassungsrechtlichen Schutz der Tarifautonomie umfasst. Insofern geht die personelle Reichweite der Regelungsbefugnis auch über die Gruppe der Gewerkschaftsmitglieder hinaus. Dass bei der Regelung von Wirtschaftsbedingungen im Unternehmen die Angelegenheiten von Außenseitern betroffen sind, steht auch nicht im Konflikt mit dem Demokratieprinzip. Auch das Tarifrecht zeigt sich offen für Regelungen zur Nachhaltigkeit im Unternehmen. In Haustarifverträgen wird sich die Regelung in Form von schuldrechtlichen Verpflichtungen der Arbeitgeberin anbieten. Das Streikrecht ist dabei nicht an die Regelungstechnik gebunden. Die Arbeitskampfgeschichte war geprägt von Streiks, die als wesentliches Ziel Gegenstände hatten, die nur schuldrechtlich zu waren. Das TVG hat diese Möglichkeit nicht eingeschränkt. Es gestattet darüber hinaus, betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen mittels Rechtsnormen zu regeln. Dies ermöglicht den Tarifparteien, Wirtschaftsbedingungen auch im Flächentarifvertrag zu gestalten. Im Einzelfall kann eine tarifliche Regelung zur nachhaltigen Unternehmensführung bzw. eine entsprechende Arbeitskampfforderung wegen unverhältnismäßigen Eingriffs in die Berufsfreiheit des Unternehmers rechtswidrig sein. Dies bedarf aber besonderer Umstände, denn die Verfassung überlässt die Aushandlung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Tarifautonomie.

Ob die Rechtsprechung den hier geäußerten Argumenten folgen kann, wird sich erst zeigen, wenn ihr ein geeigneter Fall zur Entscheidung vorliegt. Für die Gewerkschaften bedeutet das Aufstellen einer neuartigen Arbeitskampfforderung aber ein erhebliches Haftungsrisiko,¹¹¹ welches zu

111 Stellt sich die Streikforderung und damit nach der noch hM der ganze Arbeitskampf nachträglich als rechtswidrig heraus, kann sich die Gewerkschaft einem Anspruch der Arbeitgeberin auf Schadenersatz aus § 823 Abs.1 BGB iVm. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ausgesetzt sehen. Trotz gewisser

einer Selbstzensur führt.¹¹² Daher dürfte die Rechtswissenschaft in der Zukunft noch ausgiebig um diese Fragen streiten können.

Zugeständnisse bei der Verschuldensprüfung handelt es sich für Gewerkschaften um ein kaum kalkulierbares Risiko. Vgl. BAGE 152, 213 (Rn. 31); BAGE 155, 347 (Rn. 61); BAGE 104, 155 (Rn. 55).

- 112 In einem Fall hat die Gewerkschaft versucht noch in dem arbeitsgerichtlichen Verfahren zu bestreiten, dass der Streik eine unternehmenspolitische Zielsetzung hatte. Zwar folgte das LAG dem Vortrag der Gewerkschaft auf tatsächlicher Ebene nicht, auf rechtlicher Ebene hatte das entscheidende Gericht aber gar nichts an der Zielsetzung auszusetzen: Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, ArbR 2019, 231 (Rn. 95).

