

In: *Recht der Arbeit. Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts.*
München: Verlag C.H. Beck. Jg. 56. 2003, H. 1, S. 26-32

Privatdozent Dr. Andreas Hänlein, Kassel

Die Legitimation betrieblicher Rechtsetzung

I. Anlass der Untersuchung

„Es erstaunt, dass die demokratische Legitimation der Betriebsvereinbarung in der Rechtsprechung überhaupt nicht und in der Literatur allenfalls am Rande thematisiert wird“.

Diese Aussage findet sich in einer Schrift des Rostocker Staatsrechtslehrers *Völker Neumann*, die den Titel trägt: „Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlicherklärung“¹. Gegenstand der Untersuchung *Neumanns* ist die Frage, ob sich verfassungsrechtlich erhebliche Legitimationsprobleme einstellen, wenn in der Pflegeversicherung die öffentlich-rechtlichen Pflegekassen und die privatrechtlichen Verbände der Pflegeeinrichtungen mit Rechtsetzungsbefugnissen ausgestattet werden. Die Überlegungen *Neumanns* zur Rechtsetzung durch privatrechtlich verfasste Verbände beginnen mit einem Hinweis auf die Betriebsvereinbarung, die er als „Prototyp privater Rechtsetzung“ bezeichnet. Es folgt die zitierte Feststellung, dass die arbeitsrechtliche Rechtsprechung und Literatur die verfassungsrechtliche, insbesondere die demokratische Legitimation der Betriebsvereinbarung stiefmütterlich behandle.

Dieser Befund *Neumanns* erstaunt seinerseits, ist doch „Kollektivgewalt und Individualwille“ geradezu ein klassisches Thema der Arbeitsrechtswissenschaft. Dementsprechend finden sich durchaus vielfältige Antworten auf die Frage nach der Legitimation der Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung, Antworten, die freilich unter dem Stichwort *demokratischer* Legitimation nicht vollständig zu erfassen sind.

Aus Anlass des von *Neumann* angenommenen Diskussionsdefizits wird im Folgenden – nach einer vorbereitenden Skizze der Grundprinzipien der Legitimation² öffentlicher und privater Rechtsetzung (II) – über einige kontroverse Antworten auf die Frage nach der Legitimation betrieblicher Rechtsetzung berichtet, und zwar vor allem über Konzeptionen aus jüngerer Zeit (III, IV). Da diese modernen Ansätze allerdings nicht ohne weiteres überzeugen, soll ferner einem Konzept wieder zu Ansehen verholfen werden, das sich auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, aber auch auf einige Stimmen aus der Wissenschaft berufen kann (V). In einer resümierenden Schlussbemerkung wird zugleich an den spekulativen Charakter dieser Art arbeitsrechtlicher Theoriebildung erinnert (VI).

II. Die Legitimation der Setzung von Recht im Allgemeinen

Bei der Untersuchung der Legitimationsfrage sind hoheitliche und private Rechtsetzung getrennt in den Blick zu nehmen.

1. Die Legitimation hoheitlicher Rechtsetzung

Staatliche Machtentfaltung ist begründungsbedürftig, bedarf, anders ausgedrückt, der Legitimation³. Dieser fundamentale Gedanke ist positiviert in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG: Da „Alle Staatsgewalt ... vom Volke aus(geht)“, ist sie eben nicht aus sich heraus gerechtfertigt, sondern nur dann, wenn sie auf den Willen des Volkes zurückgeht. Damit ist zugleich das Prinzip angesprochen, das auf die Frage nach der Rechtfertigung staatlicher Machtentfaltung antwortet, nämlich das Demokratieprinzip. Hiernach muss sich jedenfalls alles „staatliche Handeln mit Entscheidungscharakter“⁴ und damit auch die hoheitliche Setzung von Recht im Sinne allgemeiner und ggf. auch gegen den Willen der Adressaten verbindlicher Regeln⁵ mit dem Willen des Volkes, d. h. mit dem Willen des Staatsvolkes⁶, vermitteln lassen. Dabei bewirken nach neuerer, vom Bundesverfassungsgericht übernommener Lehre⁷ meist zwei Komponenten im Zusammenspiel das Gelingen demokratischer Legitimation: eine persönliche – der Entscheidungsträger muss vom Volk gewählt oder zumindest von einem Gewählten ernannt worden sein; die zweite, sachliche oder materielle Komponente verweist darauf, dass staatliche Entscheidungen auch inhaltlich im Willen

des Volkes bzw. der gewählten Volksvertretung gründen müssen, der insbesondere im Parlamentsgesetz zum Ausdruck kommt.

2. Die Legitimation privater Rechtsetzung

Regeln Private ihre Angelegenheiten mit dem Instrument des Vertrages, ist im Ausgangspunkt freie Selbstbestimmung am Werk. Sie machen von ihrer Freiheit Gebrauch, die die Grundrechte gewährleisten: von der Vertragsfreiheit, verankert in Art. 2 Abs. 1 GG, beim Abschluss eines Arbeitsvertrages von der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG. Der Staat spielt bei diesem Vorgang sozusagen nur eine Rolle am Rande – die zu spielen er allerdings von Grundrechts wegen befugt und verpflichtet ist⁸ – indem er nämlich den Akteuren das Instrument des Vertrages zur Verfügung und für den Fall der Fälle dessen Durchsetzung mit staatlicher Gewalt in Aussicht stellt. Ungeachtet dessen findet eine verbindliche vertragliche Regelung ihre Legitimation in der Privatautonomie der Partner.

Entsprechend verhält es sich, wenn sich Menschen etwa in einem Verein zusammenschließen und die Vereinsangelegenheiten in der Satzung des Vereins regeln. Mit der Satzung stellt der Staat Privaten ein Regelungsinstrument zur Verfügung, das Recht im objektiven Sinne hervorbringt⁹, das aber ebenfalls seine Legitimation in der Privatautonomie, hier der Mitglieder, findet, in deren freiem Beitritt und vor allem auch in der „exit option“, also in dem Recht, den Verein auch wieder zu verlassen¹⁰. Diese Form privatautonomer Legitimation lässt sich auch als mitgliederschaffliche Legitimation bezeichnen¹¹.

Ein weiteres wichtiges, wenn auch etwas komplizierteres Beispiel mitgliederschafflich legitimerter Rechtsetzung durch private Kollektive bietet der Tarifvertrag¹². Ihm hat das Bundesarbeitsgericht – inspiriert von *Dieterich*¹³ – in letzter Zeit

1) *Neumann*, Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlicherklärung? – Verfassungsrechtliche Grenzen der vertraglichen Rechtsetzung in der gemeinsamen Pflegeselbstverwaltung, 2002, S. 33.

2) Zum Begriff der Legitimation *Hänlein*, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht – System und Legitimation untergesetzlicher Rechtsquellen des deutschen Sozialversicherungsrechts, 2001, S. 21 f.

3) Zum Folgenden *Hänlein* (Fn. 2), S. 24 ff.; *Neumann* (Fn. 1), S. 25, jeweils mit weiteren Nachweisen.

4) So BVerfGE 83, 60, 73; 93, 37, 68.

5) Zum hier zugrunde gelegten Begriff des Rechts näher *Hänlein* (Fn. 2), S. 4–6.

6) Vgl. dazu z. B. *Neumann* (Fn. 1), S. 25 f.; *Hänlein* (Fn. 2), S. 24.

7) Vgl. v. a. *Böckersförde*, in: Handbuch des Staatsrechts I, § 22 Rn. 9–57, sowie die soeben zitierten Entscheidungen; Darstellung und Kritik v. a. bei *Neumann*, RsDE 50 (2002), S. 60, 65, 72 f.; scharfe Kritik an dieser Konzeption bei *Nagel*, Wirtschaftsrecht I, 4. Aufl. 2000, S. 116 ff.; vgl. ferner *dens.*, Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform und Demokratieprinzip, 2002, S. 16 ff.

8) Vgl. etwa *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung, S. 511 ff., 513 ff.

9) Zum Rechtscharakter der Vereinsatzung *Hänlein* (Fn. 2), S. 36, 223 f.; *F. Kirchhof* (Fn. 8), S. 267 ff.; vgl. auch die Nachweise bei *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, S. 142, Fn. 62.

10) Dazu näher *Hänlein* (Fn. 2), S. 37 f.; *F. Kirchhof* (Fn. 8), S. 295; BGHZ 105, 306, 319; vgl. auch *Adomeit*, in: Festschrift Kelsen (1971), S. 9 ff., insbes. S. 18: „Im Ergebnis steht jedoch ... die zur Verbandsgewalt gehörende Heteronomie nicht für sich, sondern ist stets zurückführbar auf autonome Rechtsakte, entweder unmittelbar, wenn nicht, dann doch (erststufig, zweit- oder mehrstufig) mittelbar“; vgl. ferner *Reuter*, RdA 1994, 152, 158, vgl. auch S. 168; *Reuter* spricht von „Verbandsregelungen, die generell nicht wie Vertragsinhalte durch konkrete Zustimmung des einzelnen Betroffenen, sondern durch Abhängigkeit der Inhaber der Regelungsmacht von ihnen privatautonom legitimiert werden“.

11) *Hänlein* (Fn. 2), S. 38, Fn. 97.

12) Zur mitgliederschafflichen Legitimation des Tarifvertrages *Hänlein* (Fn. 2), S. 38 ff.; zur Parallelität von Vereinsatzung und Tarifvertrag bereits *Zöllner*, Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht, 1966, S. 32.

13) Vgl. *Dieterich*, in: Festschrift Schaub (1998), S. 117 ff., 121; ferner *Reuter*, RdA 1994, 152, 153, 163.

mehrfach attestiert, er sei ein Produkt kollektiv ausgeübter Privatautonomie¹⁴.

In der Lebenswirklichkeit kann freilich das Gelingen privat-autonomer Legitimation privater Rechtsetzung auch verfehlt werden. So kann etwa ein Vereinsmitglied auf die Mitgliedschaft in seinem Verein derart angewiesen sein, dass der Austritt keine reale Option darstellt. In solcher Lage darf sich der Staat nichts aufs Zuschauen beschränken, trifft ihn doch Verantwortung dafür, dass die Freiheit der Menschen nicht nur auf dem Papier steht. Dies ist dogmatisch zu verankern in der Schutzpflichtfunktion der jeweils einschlägigen Grundrechte¹⁵. Wo es um Rechtsetzung durch private Kollektive geht, hat das Bundesverfassungsgericht den Staat bereits früh an diese seine Verantwortung erinnert, dass der Staat nämlich den Bürger „nicht schrankenlos der normsetzenden Gewalt autonomer Gremien ausliefern darf, die ihm gegenüber nicht demokratisch bzw. mitgliedschaftlich legitimiert sind“, wie es etwa in der Entscheidung¹⁶ zu den Heimarbeitsausschüssen im Anschluss an den Facharztbeschluss¹⁷ heißt.

Eine elementare Vorkehrung, die in diesem Zusammenhang geboten ist, besteht darin, in einem solchen Kollektiv für Binnenstrukturen zu sorgen, die eine angemessene Artikulation der Interessen aller Mitglieder ermöglichen. Binnendemokratie kompensiert hier, jedenfalls in gewissem Umfang, faktisch defizitäre private Freiheit¹⁸. Entsprechend wird aus gutem Grund, vor allem von *Schüren*, eine binnendemokratische Organisationsstruktur der Gewerkschaften gefordert¹⁹. Mit Vorsicht zu genießen ist hier nur der Begriff „binnendemokratisch“, denn es geht nicht um die Herrschaft des Volkes, sondern um den Einfluss der jeweiligen „Basis“ eines privaten Verbandes²⁰, um autonom-mitgliedschaftliche Legitimation²¹.

III. Demokratische Legitimation betrieblicher Rechtsetzung durch das Gesetz?

1. Die Legitimationsfunktion des Betriebsverfassungsgesetzes nach Waltermann

In jüngerer Zeit hat sich, worauf auch *Neumann* aufmerksam macht, vor allem *Waltermann*²² mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Betriebsvereinbarung befasst.

Nach *Waltermann* hat der Staat durch das Betriebsverfassungsgesetz die kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen im Betrieb ermöglicht und dazu Regelungsinstrumente zur Verfügung gestellt²³. Zu ihnen gehört die Betriebsvereinbarung, deren normative Geltung in § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG als staatlichem Geltungsbefehl gründet²⁴. So hat der Staat „eine private soziale Macht geschaffen, die nicht über dieselbe demokratische Legitimation verfügt und die nicht denselben demokratischen Bindungen unterworfen ist wie der Staat“²⁵. Dieses Minus an demokratischer Legitimation ist nach *Waltermann* nicht ohne weiteres akzeptabel. Bei „Betriebsvereinbarungen mit Grundrechtsrelevanz“ muss vielmehr eine gesetzliche Grundlage vorhanden sein, die die wesentlichen Dinge hinreichend genau selbst regelt²⁶, die also über den bloßen Geltungsbefehl hinausgeht. An einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage fehlt es *Waltermann* zufolge etwa in Bezug auf die Festsetzung von Altersgrenzen in Betriebsvereinbarungen²⁷. Entsprechende Defizite macht er aus im Hinblick auf Lohn- und Gehaltabtreungsverbote²⁸ sowie in Bezug auf betriebliche Regelungen über die Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit²⁹.

2. Notwendigkeit demokratischer Legitimation der Betriebsvereinbarung?

Diese Konzeption wirft die Frage auf, ob es überhaupt berechtigt ist, in Bezug auf die Betriebsvereinbarung von „demokratischer Legitimation“ zu sprechen, wie *Waltermann* es

tut. Man könnte insoweit vor allem an zwei Begründungsansätze denken:

Plausibel wäre diese Redeweise vor allem dann, wenn Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung als Ausübung öffentlicher Gewalt zu beurteilen wäre. Dann ließe sich nämlich ohne weiteres aus Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG ableiten, dass auch diese Form der Ausübung öffentlicher Gewalt vom Volk auszugehen hätte, also demokratisch legitimiert sein müsste³⁰. Die öffentlich-rechtliche Qualifizierung war unter der Geltung des Betriebsrätegesetzes 1920 ganz gängig; sie wurde vertreten etwa von *Flatow*³¹ oder von *Sinzheimer* mit dem Ausruf „Die Räte sind die Organe der wirtschaftlichen Demokratie“³². Dahinter stand die Konzeption einer neben der politischen Staatsverfassung zu errichtenden wirtschaftsdemokratischen Parallelverfassung, die in Art. 165 WRV ihren Ausdruck gefunden hatte. Auch in der Bundesrepublik war zunächst von

14) BAGE 87, 1, 4; 88, 118, 123; 88, 162, 168 f.; 95, 277, 285; AP Nr. 2 zu § 1 TVG Gleichbehandlung mit Anm. *Dieterich*, RdA 2001, 110; aus der Literatur vor allem *Zöllner* (Fn. 12), S. 24 ff.; *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, v. a. S. 164: tarifliche Gestaltungsmacht wird bei *Richardi* gesehen als „besonderer Fall normativer Gestaltung innerhalb der Privatautonomie“; *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 204 f.; vgl. auch *Hänlein* (Fn. 2), S. 39 m. w. N. in Fn. 103 sowie jüngst *Giesen*, (Fn. 9), S. 159-176; siehe aber auch den vehementen Protest von *Belling*, ZfA 1999, 547 ff.; kritisch auch *Waltermann*, ZfA 2000, 53, 78 f.; vgl. ferner *Boerner*, Altersgrenzen für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, 1992, S. 27-30.

15) Vgl. etwa *F. Kirchhof* (Fn. 8), S. 522; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1998, S. 37 ff.; *Dieterich*, in: Festschrift Schaub (1998), S. 117, 121 f.; *Giesen* (Fn. 9), S. 237-256.

16) BVerfGE 44, 322, 348; außerdem: BVerfGE 64, 208, 214; 78, 32, 36.

17) BVerfGE 33, 125, 158.

18) *Hänlein* (Fn. 2), S. 38; Münch-Komm/Reuter, 4. Aufl. 2001, vor § 21 BGB Rn. 115 m. w. N.; vgl. auch Rn. 71: ergänzend sei innerverbandliche Opposition erforderlich.

19) *Schüren*, Die Legitimation der tariflichen Normsetzung, 1990, S. 238 f.; *Dieterich*, in: Festschrift Schaub (1998), S. 117, 125 (*Dieterich* fordert außerdem Minderheitenschutz); eingehend *Oetker*, RdA 1999, 96, 102 f.; *Hänlein* (Fn. 2), S. 40; kritisch *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 400 f.

20) Zum Begriff der Binnendemokratie *Hänlein* (Fn. 2), S. 51, Fn. 168; ähnlich BVerfGE 91, 367, 386 betr. Wahl des Personalrats: „Demokratie als Staats- und Regierungsform ist ein Organisationsprinzip für die Innehabung und Ausübung der Staatsgewalt“.

21) Eine Parallelerscheinung findet sich bei öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörperschaften mit Pflichtmitgliedschaft; auch dort sind binnendemokratische Strukturen erforderlich, vgl. *Hänlein* (Fn. 2), S. 53; BVerfGE 33, 125, 157, dort wird im Blick auf autonome Körperschaften des öffentlichen Rechts hervorgehoben, dass der Staat durch die Verleihung der Satzungsgewalt „einen bestimmten Kreis von Bürgern ermächtigt, durch demokratisch gebildete Organe ihre eigenen Angelegenheiten zu regeln“; gerade jüngst hat eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts die „freiheitssichernde und legitimatorische Funktion“ der Pflichtmitgliedschaft in einer Industrie- und Handelskammer betont, die sich aus der „Mitwirkung der Betroffenen“ ergebe, vgl. BVerfG NVwZ 2002, 335, 337.

22) *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 1996; vgl. auch *dens.*, NZA 1996, 357 ff.

23) *Waltermann* (Fn. 22), S. 145.

24) *Waltermann* (Fn. 22), S. 144.

25) *Waltermann* (Fn. 22), S. 145; vgl. auch S. 203.

26) *Waltermann* (Fn. 22), S. 155.

27) *Waltermann* (Fn. 22), S. 157-167; a. A. BAGE (GS) 63, 211, 215 ff.; kritisch gegenüber dem BAG auch *Richardi*, BetrVG, 8. Aufl., § 77 Rn. 107 m. w. N.

28) *Waltermann* (Fn. 22), S. 169-175; von Rechtsprechung und h. M. werden Lohn- und Gehaltabtreungsverbote in Betriebsvereinbarungen hingegen für zulässig gehalten; vgl. *Richardi* (Fn. 27), § 77 Rn. 105 m. w. N.

29) *Waltermann* (Fn. 22), S. 182 ff. betr. BAGE 56, 18 ff. zum Leber-Rüthers-Kompromiss.

30) *Neumann* (Fn. 1), S. 25 ff.; *Hänlein* (Fn. 2), S. 24 ff., 47 ff.

31) Z.B. *Flatow*, Kommentar zum Betriebsrätegesetz, 12. Aufl. 1928, S. 307.

32) *Sinzheimer*, Das Räteystem, in: Gesammelte Aufsätze und Reden, Band 1, S. 327; im Übrigen Nachweise bei *Waltermann* (Fn. 22), S. 106, Fn. 24.

einigen, vor allem von Dietz die Betriebsverfassung öffentlich-rechtlich gedeutet worden³³, wobei hierin wohl weniger wirtschaftsdemokratisches Denken „von unten“, als sozialstaatlicher Etatismus „von oben“ zum Ausdruck kam³⁴. Heute wird demgegenüber ganz allgemein, insbesondere auch vom Bundesverfassungsgericht³⁵ und auch von Waltermann³⁶ angenommen³⁷, dass es sich bei Betriebsvereinbarungen um private Rechtsetzung privater Akteure handelt. Dies gilt auch dann, wenn der Spruch der Einigungsstelle die Einigung der Betriebspartner ersetzt³⁸.

Ohne die Betriebsverfassung insgesamt dem öffentlichen Recht zuzuschlagen, könnte man im Erlass einer Betriebsvereinbarung auch dann einen demokratischer Legitimation bedürftigen Akt öffentlicher Gewalt sehen, wenn man die Rechtsetzungsermächtigung der Betriebspartner als Beleihung auffasst³⁹. Auch diese Deutung betrieblicher Rechtsetzung kommt jedoch nicht in Frage, weil nicht Staatsaufgaben, sondern Modalitäten der privaten Arbeitsbeziehungen Gegenstand von Betriebsvereinbarungen sind. Dies hat u. a. Waltermann überzeugend ausgeführt⁴⁰.

Festzuhalten ist mithin, dass es sich bei der Betriebsvereinbarung nicht um hoheitliche Rechtsetzung handelt, so dass sie demokratischer Legitimation nicht bedarf⁴¹. Wenn Waltermann mit Demokratieprinzip, Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie operiert, um betriebliche Rechtsetzung zu rechtfertigen und auch um diese in Schranken zu weisen, ist dies wenig überzeugend, weil hier auf den Staatsapparat gemünzte Kategorien ins Privatrecht übertragen werden⁴². Aber selbst dann, wenn man mit Waltermann Betriebsvereinbarungen für demokratisch legitimiert halten wollte, weil oder soweit das Betriebsverfassungsgesetz eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage darstellt, bezöge sich das nur auf die sachlich-materielle Komponente demokratischer Legitimation. Gleichmaßen erforderliche demokratische Legitimation in persönlicher Hinsicht hingegen fehlte vollständig, denn der Betriebsrat wird nicht vom Staat bestellt.

IV. Die Legitimation der Betriebsvereinbarung durch den Arbeitsvertrag

1. Die These von der Vertragsrechtsakzessorietät der Betriebsvereinbarung

Wenn betriebliche Rechtsetzung Rechtsetzung Privater ist, ist richtigerweise mithin zu fragen, ob und wie sie ihre Legitimation in der Privatautonomie findet. In diesem Zusammenhang wird in den Habilitationsschriften von Reichold⁴³ und Rieble⁴⁴ die These vertreten, die privatautonome Legitimation der Betriebsvereinbarung gründe allein im Arbeitsvertrag, den die Betriebsangehörigen mit dem Arbeitgeber geschlossen haben.

Dieser These liegt der Gedanke von der „Vertragsrechtsakzessorietät der Betriebsverfassung“ zu Grunde, den zunächst Reichold eingehend begründet hatte: Der materiale Wertungsgrund betrieblicher Mitbestimmung bestehe darin, die grundrechtlich geschützte Freiheit der Berufsausübung beider Arbeitsvertragsparteien im Betrieb zu einem schonenden Ausgleich zu bringen, und zwar durch deren Ermöglichung auf Seiten des Arbeitnehmers, durch deren Beschränkung auf Seiten des Arbeitgebers⁴⁵. Mit Abschluss des Arbeitsvertrages gehe der Arbeitnehmer eine Vertragsbeziehung ein, die sich qualitativ und quantitativ durch eine gesteigerte Bindungsintensität der Vertragsparteien auszeichne⁴⁶. Angesichts der Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitsvertrag und von der betrieblichen Organisation behalte die Beziehung der Vertragspartner den Charakter gegenseitig wahrgenommener Freiheit nur unter der Voraussetzung, dass die Abhängigkeit des Arbeitnehmers kompensiert werde. Deshalb stelle das Gesetz die „Kunstfigur Betriebsrat bereit, die (funktionell) nichts anderes als ‚Ver-

trags helfer‘ zu Gunsten des Arbeitnehmers sein soll und sein kann“⁴⁷, „ein Vertragshelfer für betriebliche Angelegenheiten“⁴⁸, der nämlich die Interessen der Belegschaft bündele und diese bei der ständig notwendigen Konkretisierung⁴⁹ der arbeitsvertraglichen Pflichten zur Geltung bringe. Der Betriebsrat bewirke u. a. mit dem Instrument der Betriebsvereinbarung die angesichts der Abhängigkeit des Arbeitnehmers notwendige „Angemessenheitskontrolle“, und zwar in Bezug auf „die eher sozial-immateriellen Interessen der Belegschaft“⁵⁰. Vor diesem Hintergrund sieht Reichold „im Arbeitsvertrag die alleinige und ausreichende privatautonome Legitimation für die Normenwirkung der Betriebsvereinbarung“⁵¹.

Reicholds Gedanken von der Vertragsrechtsakzessorietät der Betriebsverfassung hat Rieble aufgegriffen und noch zugespitzt, indem er nämlich den Betriebsrat gewissermaßen vollends aus dem Lager der Arbeitnehmer in die Sphäre des Arbeitgebers verschiebt: Im Unterschied zu den Gewerkschaften aggregiere der Betriebsrat nicht die Vertragskompetenzen der Arbeitnehmer, um eine Gegenmacht zu deren Stärkung zu bilden; er sei vielmehr intern in die Willensbildung nur des Arbeitgebers eingeschaltet und beschränke dessen Vertragsautonomie kraft staatlichen Auftrags; Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Zusammenspiel mit der Theorie von der Wirksamkeitsvoraussetzung komme deshalb im Ergebnis dieselbe Funktion zu wie § 315 Abs. 3 BGB⁵². Wenn aber der Betriebsrat nur intern die Entscheidungsmacht des Arbeitgebers begrenze und beeinflusse, entstehe im Verhältnis zu den Arbeitnehmern kein Legitimationsproblem; der Betriebsrat dürfe den Arbeitnehmer nur insoweit belasten, wie dies auch der Arbeitgeber könnte,

33) Vgl. Richardi (Fn. 27), Einleitung, Rn. 126 f.

34) Vgl. Reichold, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995, S. 436 ff.

35) BVerfGE 73, 261, 268 f. – Hausbrandkohle.

36) Waltermann (Fn. 22), S. 140.

37) Z. B. Richardi (Fn. 14), S. 297, 316 f.; ders., (Fn. 27), § 77 Rn. 29 m. w. N.; F. Kirchhof (Fn. 8), S. 212 ff.

38) Vgl. etwa Schlüter, in: Festschrift Lukes (1989), S. 559, 566 f.

39) So zur Betriebsvereinbarung E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, 1954, S. 491 f. mit S. 446, 431 ff. mit Hinweis (S. 492) auf die nach dem AOG 1934 vom „Führer des Betriebes“ als autonome Satzung zu erlassende Betriebsordnung; Nachweise zur Erklärung der Rechtsetzungsgewalt der Betriebspartner auch bei Giesen (Fn. 9), S. 143, Fn. 65; allgemein zur Beleihung Privater mit Rechtsetzungsbefugnissen Neumann (Fn. 1), S. 34; Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 33.

40) Waltermann (Fn. 22), S. 125–130; vgl. auch Kreutz, Grenzen der Betriebsautonomie, S. 111 ff.

41) Vgl. z. B. Kreutz (Fn. 40), S. 88 f.

42) Vgl. z. B. Canaris, JuS 1989, 166, 167: Gesetzesvorbehalte der Grundrechte seien auf Betriebsvereinbarungen nicht anzuwenden, „da diese spezifisch auf staatliche Eingriffe zugeschnitten sind und demgemäß Grundrechtseinschränkungen durch Betriebsvereinbarungen nicht strikt begrenzen“; vgl. ferner Richardi (Fn. 14), S. 165 mit Bezug auf den Tarifvertrag.

43) Reichold (Fn. 34), 1995; Besprechung von Hromádka, RdA 1997, 250 f.

44) Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996.

45) Reichold (Fn. 34), S. 493, 489.

46) Reichold (Fn. 34); insbes. S. 497, 505.

47) Reichold (Fn. 34), S. 499; ähnlich bereits früher Thiele, in: Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, GK-BetrVG, 1973, Einleitung Anm. 54 ff.; dazu Kreutz (Fn. 40), S. 156 ff., der Thieles Ansatz als „Sachwalter-Konzeption“ bezeichnet; nach Belling, Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 1990, S. 132 ff. wird der Betriebsrat treuhänderisch tätig; aus der Parallele zu anderen Ämtern des Privatrechts leitet Belling die Forderung ab, die dort jeweils maßgeblichen Haftungsbestimmungen auf den Betriebsrat analog anzuwenden, ebd., S. 137–186.

48) Reichold (Fn. 34), S. 549.

49) Reichold (Fn. 34), S. 526.

50) Reichold (Fn. 34), S. 509.

51) Reichold (Fn. 34), S. 542.

52) Rieble (Fn. 44), Rn. 1422; dieses Konzept ähnelt der Auffassung Richardis, der die Verleihung der Regelungsbefugnis an die Betriebspartner deutet als „Staatsintervention zur Verteilung von Regelungsmacht zwischen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite innerhalb der Arbeitsorganisation der Unternehmen“, Richardi (Fn. 27), § 77 Rn. 70.

so dass keine begründungsbedürftige Fremdbestimmung gegeben sei⁵³.

2. Leistungsfähigkeit und Grenzen der These von der Vertragsrechtsakzessorietät der Betriebsverfassung

Im Ausgangspunkt erscheint der Gedanke von der Vertragsrechtsakzessorietät bestechend, weil er eine freiheitliche Deutung der Betriebsverfassung ermöglicht, die die Arbeitnehmer nicht einem mystifizierten Betriebsverband eingliedert oder einverleibt. Das Akzessorietätsdenken lässt sich auch dogmatisch durchaus fruchtbar machen. So leitet etwa Reichold aus der solchermaßen entwickelten funktionalen Akzessorietät der Betriebsverfassung und damit auch der Betriebsvereinbarung zum Arbeitsvertrag einleuchtend ab, dass sich die Mitbestimmung des Betriebsrats nicht auf die essentialia der einzelvertraglichen Beziehung erstrecken dürfe⁵⁴; die „Herstellung der Austauschgerechtigkeit in der synallagmatischen Leistungsbeziehung“ bleibe deshalb „grundsätzlich der vertraglichen Festlegung überlassen und wird gesichert durch den Vorrang des Günstigkeitsprinzips“⁵⁵. „Den Betriebspartnern stehen nicht mehr Rechte zu als dem Arbeitgeber“⁵⁶.

Gleichwohl vermag dieser Ansatz nicht zu überzeugen. Die Tätigkeit des Betriebsrats lässt sich nämlich nicht darauf reduzieren, dass er dem Arbeitgeber stets nur in den Arm fällt, ihn daran hindert, Dinge zu tun, die er kraft Arbeitsvertrag und Direktionsrecht ansonsten unkontrolliert durchsetzen könnte⁵⁷. Die Mitwirkung des Betriebsrats an Maßnahmen des Arbeitgebers kann vielmehr durchaus auch eigenständig belastenden Charakter haben⁵⁸. Zu denken wäre etwa an Betriebsvereinbarungen, die gestützt auf § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG vorübergehend die betriebsübliche Arbeitszeit verkürzen⁵⁹. Zu Einbußen einzelner Arbeitnehmer kann es vor allem aber dann kommen, wenn der Betriebsrat in die Bewältigung komplexer Fragen mit kollektivem Bezug eingeschaltet ist. Ein Beispiel hierfür, bei dem es zunächst nicht um Rechtsetzung geht, bietet die Einschränkung des Rechtsschutzes gegen eine Kündigung, wenn der Arbeitnehmer in einem vom Betriebsrat mit dem Insolvenzverwalter vereinbarten Interessenausgleich als zu Kündigender bezeichnet wurde (§ 125 InsO). Um belastende Rechtsetzung in diesem Sinne handelt es sich bei einer Betriebsvereinbarung nach § 95 BetrVG, die Auswahlrichtlinien enthält, und die die Chancen eines gekündigten Arbeitnehmers im Prozess ebenfalls verschlechtert (§ 1 Abs. 4 KSchG). Ein weiteres Beispiel ist die Umstrukturierung betrieblicher Sozialleistungen, die aufgrund vertraglicher Einheitsregelung oder betrieblicher Übung gewährt werden; beim dem in diesem Fall nach Auffassung des Großen Senats gebotenen „kollektiven Günstigkeitsvergleich“⁶⁰ kann es für einzelne Arbeitnehmer zu Verschlechterungen kommen, die der Arbeitgeber u. U. ohne die betriebsverfassungsrechtliche Eingriffsbefugnis gar nicht hätte vornehmen können⁶¹.

Vor diesem Hintergrund lässt sich das Handeln des Betriebsrats nicht lediglich als Bremsen des vom Arbeitnehmer grundsätzlich konsentierten Arbeitgeberverhaltens begreifen; vielmehr kommt dem Betriebsrat faktisch und zum Teil auch rechtlich eine gewisse eigenständige Machtposition im Verhältnis zu den Arbeitnehmern zu, so dass betriebliche Rechtsetzung letztlich eben doch ein Legitimationsproblem aufwirft, das sich nicht im Abschluss des Arbeitsvertrages erschöpft. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die besagten Regelungskompetenzen legitime Zwecke verfolgen, nämlich die Gewährleistung der betrieblichen Ordnung und die Verhinderung von Diskriminierungen⁶². Der Hinweis auf einen vernünftigen, im Gesetz verankerten Regelungszweck beantwortet noch keineswegs die Frage, mit welchem Recht gerade der Betriebsrat zum (Mit-)Regelungsgeber berufen ist.

Deshalb hat es doch einen wahren Kern, wenn die Betriebsvereinbarung aus Arbeitnehmersicht als „privatheteronomes

Rechtsgeschäft“ – so Kreuz⁶³ –, als „Fremdbestimmungsordnung“ – so Waltermann⁶⁴ – bezeichnet wird. Es gilt also nach einem zusätzlichen Element der Legitimation zu suchen, das die privatautonome Legitimation aufgrund des Arbeitsvertrages ergänzt und stützt.

V. Die Legitimation der Betriebsvereinbarung durch Arbeitsvertrag und Betriebsratswahl

1. Die These von der Repräsentation der Belegschaft

Das zusätzliche Element mit legitimatorischer Kraft ist die Wahl des Betriebsrats durch die Belegschaft. Es handelt sich hierbei um einen Akt repräsentativer Autonomie.

Dieser Gedanke ist natürlich nicht neu. Angesichts der so prononciert vorgetragene neueren Ansätze soll er hier jedoch neu belebt werden. Im Rahmen der Vertragshelferkonzeption von Reichold und Rieble spielt die Wahl des Betriebsrats nämlich überhaupt keine Rolle. Der Vertragshelfer ist allein durch seine Aufgabe legitimiert. Diese Aufgabe könnte er wohl ebenso gut wahrnehmen, wenn er wie etwa der Insolvenzverwalter oder der Betreuer gerichtlich bestellt würde. Nach Auffassung Waltermanns verschafft zwar die Wahl des Betriebsrats diesem ergänzende autonome binnendemokratische Legitimation⁶⁵; letztlich ist ihm der Gedanke der Repräsentation aber nur schmückendes Beiwerk, denn weder für die Legitimation betrieblicher Rechtsetzung noch für die Erarbeitung von Begrenzungen der Regelungsmacht der Betriebspartner hält Waltermann diesen Gedanken für tragfähig⁶⁶. Dies zeigt sich etwa daran, dass er keine unüberwindlichen Probleme sieht, wenn Betriebsvereinbarungen Geltung gegenüber ausgeschiedenen Arbeitnehmern⁶⁷ oder gegenüber nicht wahlberechtigten Leiharbeitnehmern⁶⁸ beanspruchen.

In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hingegen hat der Gedanke der Repräsentation der Belegschaft durch den gewählten Betriebsrat eine beachtliche Rolle gespielt. Ausgehend vom Beschluss des Großen Senats vom 16. 3. 1956 beschränkt das Bundesarbeitsgericht die normative Wirkung von Betriebsvereinbarungen auf die aktiven Betriebsangehörigen; gegenüber ausgeschiedenen Arbeitnehmern könne deshalb eine Betriebsvereinbarung über betriebliche Ruhegelder keine Wirkung entfalten. Das Argument für diese Auffassung lautet: „Jedenfalls fehlt es dem Betriebsrat an dem Recht zur Vertretung der Interessen der ausgeschiedenen Belegschaftsmitglieder. Er wird nur von den Mitgliedern der aktiven Belegschaft

53) Rieble (Fn. 44), Rn. 1423; ähnlich Richardi (Fn. 14), S. 319, 321.

54) Reichold (Fn. 34), S. 514 ff.

55) Reichold (Fn. 34), S. 527.

56) So die Zusammenfassung der Reichold'schen These bei Hromadka, RdA 1997, 250, 251.

57) Skeptisch auch Hromadka, RdA 1997, 250, 251: Reichold frage nicht, „ob den Betriebsräten nicht gerade heute neue Funktionen zu wachsen, die über ihre klassische Rolle hinauswachsen“.

58) Eindringlich dargelegt von Belling (Fn. 47), S. 41 ff., 179 ff., 181 ff.

59) BAG AP Nr. 4 zu § 615 BGB Kurzarbeit sub IV 3; Richardi (Fn. 27), § 87 Rn. 334 ff., insbes. Rn. 335, 360; kritisch Rieble (Fn. 44), Rn. 1437.

60) BAGE 53, 42, 64 ff.; kritisch Richardi (Fn. 27), § 77 Rn. 154 m. w. N.

61) Vgl. aber auch die Hinweise bei Richardi (Fn. 27), § 77 Rn. 156 auf spätere Judikate, die die praktische Bedeutung des „kollektiven Günstigkeitsvergleichs“ mindern. Weiteres Beispiel: die Umsetzung der tariflich vereinbarten Arbeitszeitverkürzung auf der betrieblichen Ebene nach dem Leber-Rüthers-Kompromiss, dazu BAGE 56, 18 ff.; kritisch Rieble (Fn. 44), Rn. 1473.

62) Zu diesen Zielsetzungen Rieble (Fn. 44), Rn. 1426 ff., 1438 ff.

63) Kreuz (Fn. 40), S. 99 ff.

64) Z. B. Waltermann (Fn. 22), z. B. S. 98; vgl. auch Richardi (Fn. 27), § 77 Rn. 25 u. 65.

65) Waltermann (Fn. 22), S.*205 f.

66) Waltermann (Fn. 22), S. 206.

67) Waltermann (Fn. 22), S. 212 f.; zur dieser Problematik eingehend Konzen/Jacobs, in: Festschrift Dieterich (1999), S. 297 ff.

68) Waltermann (Fn. 22), S. 225-233.

zur Vertretung ihrer Interessen gewählt, soweit sie Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes sind“⁶⁹

Auch in der Literatur findet sich, wenn auch nicht herrschend⁷⁰, der Gedanke, Legitimation von unter Beteiligung des Betriebsrats entstandenem Recht in der Wahl des Gremiums, in der Idee der Repräsentation zu suchen, und in diesem Zusammenhang eine Brücke zur Privatautonomie zu schlagen⁷¹.

Zöllner hatte bereits 1966 die Erteilung autonomer Rechtsetzungsbefugnisse durch den Staat unter der Voraussetzung für unbedenklich erklärt, „dass für die Normbetroffenen gewisse demokratische Mitwirkungsgarantien gegeben sind.“ Als Beispiel nannte Zöllner die Mitwirkung der Betriebsangehörigen bei der Wahl des Betriebsrats⁷².

Jahnke hat 1984 in seiner Habilitationsschrift das Legitimationsmedium des Arbeitsvertrags im Hinblick auf die betriebliche Mitbestimmung um eine zusätzliche Legitimationsgrundlage ergänzt, die er eben in der Wahl des Betriebsrats sieht⁷³.

Einen ähnlichen Ansatz vertritt schließlich Reuter, für den Betriebsautonomie „eine Fortsetzung der Privatautonomie auf Betriebsebene“ ist⁷⁴. Die Betriebsautonomie sei der Privatautonomie sogar näher als die Tarifautonomie, denn „die Chance des einzelnen Arbeitnehmers, seine konkreten Vorstellungen in den Willensbildungsprozess der Arbeitnehmerseite einzubringen, (sei) gegenüber dem nahen Betriebsrat weit größer ... als gegenüber der fernen gewerkschaftlichen Tarifkommission“⁷⁵.

2. Begründung der These von der ergänzenden Legitimation durch die Betriebsratswahl

Zur Vergabe einiger Sympathiepunkte für die hier entwickelte Konzeption, die die Wahl des Betriebsrats für legitimätorisch bedeutsam hält, führen zunächst gewisse positiv-rechtliche Argumente.

Einen ersten positiv-rechtlichen Anhaltspunkt gibt das EG-Recht: Das Gewicht, das die Freizügigkeitsverordnung (VO (EWG)1612/68) in Art. 8 Satz 2 dem Wahlrecht bei der Wahl der betrieblichen Vertretungen widmet, ließe sich kaum verstehen, wenn die Betriebsratswahl insgesamt eher als schmückendes Beiwerk begriffen wird.

Einen weiteren Ansatzpunkt bietet die Einbeziehung der Leiharbeiter in das betriebliche Wahlvolk durch die jüngste Reform des Betriebsverfassungsgesetzes. Diesbezüglich gab es vor der Reform eine Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht, die mit dem Gedanken, der Betriebsrat sei Repräsentant nur der Aktivbelegschaft, nicht recht zu vereinbaren war. Das Bundesarbeitsgericht hatte nämlich Leiharbeiter in den Anwendungsbereich von Betriebsvereinbarungen des Entleihers einbezogen, obwohl diese bei der Betriebsratswahl im Entleiherbetrieb nicht wahlberechtigt waren⁷⁶. Auf diese Ungereimtheit hatte Waltermann mit Recht aufmerksam gemacht⁷⁷. Der Gesetzgeber hat diese Schwierigkeit für die Repräsentationsthese nunmehr weitgehend beseitigt, indem er mit der Neufassung des § 7 BetrVG auch überlassenen Arbeitnehmern das aktive Wahlrecht einräumt, wenn sie dem Entleiherbetrieb länger als drei Monate angehören werden.

Allerdings soll auch nicht verschwiegen werden, dass mit der neuen Zuständigkeit des Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrats auch für betriebsratslose Betriebe (§ 50 Abs. 1 Satz 1, 2. HS; § 58 Abs. 1 Satz 1, 2. HS BetrVG n. F.) im reformierten Betriebsverfassungsgesetz auch entgegengesetzte Akzente gesetzt wurden⁷⁸. Diesbezüglich hatte das BAG bislang, seinem Legitimationskonzept getreu, die vom hier vertretenen Standpunkt aus überzeugende Auffassung vertreten, Gesamtbetriebsräte seien für betriebsratslose Betriebe nicht zuständig, weil es „dem Prinzip der demokratischen Legitimation der Betriebsvertretungen (widersprüche), wollte man die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats auf solche betriebsratsfähigen Betriebe er-

strecken, deren Belegschaften keinen Betriebsrat gewählt haben und die deshalb im Gesamtbetriebsrat auch nicht vertreten sind“⁷⁹.

Ein stärkeres Argument für das Konzept privatautonomer Legitimation durch den Arbeitsvertrag, die ergänzt wird durch „repräsentative Autonomie“, besteht deshalb darin, dass sich dieses Konzept einfügt in die oben vorgestellten Strukturen der Legitimation privater Rechtsetzung im Allgemeinen. Dass bei privater Rechtsetzung privatautonomie Legitimation nicht vollständig gelingt, ist nichts Ungewöhnliches. Eingangs war insbesondere auf die Rechtsetzung im monopoloiden Verein⁸⁰ hingewiesen worden, bei dem die privatautonomie Legitimation durch freien Bei- und vor allem Austritt u. U. nur auf dem Papier steht. Dort war auf die Notwendigkeit einer Kompensation dieses Defizits durch binnendemokratische Strukturen hingewiesen worden. Ganz ähnlich wie in einem solchen Verein verhält es sich, wenn ein Arbeitnehmer der Regelungsbefugnis von Arbeitgeber und Betriebsrat ausgesetzt ist. Will der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz behalten, bleibt ihm nichts übrig, als den etwa im Betrieb existierenden Betriebsrat hinzunehmen. Auch hier steht die „exit option“ nur auf dem Papier⁸¹. Das hier für betriebliche Rechtsetzung verfochtene Legitimationskonzept fügt sich also zwanglos ein in die auch sonst vorzufindende Struktur der Legitimation privater Rechtsetzung.

VI. Resümee

Der Streifzug durch neuere und auch ältere Deutungen der Betriebsverfassung hat zunächst gezeigt, dass man schwerlich

69) BAGE GS 3, 1, 9; ebenso die spätere Rechtsprechung: BAGE 60, 78, 83 ff.; AP Nr. 65 zu § 77 BetrVG, dazu Waltermann, NZA 1998, 505; der Fall-AP Nr. 65 illustriert deutlich die Gefahren, die Rechtsetzung gegenüber Außenseitern mit sich bringt: durch Betriebsvereinbarung waren allein Beihilfeansprüche der Ruheständler, nicht jedoch der Aktiven gestrichen worden; gegen das Konzept des BAG v. a. Waltermann (Fn. 22), S. 193-213; § 88 BetrVG sei als Ermächtigungsgrundlage hinreichend; zum Meinungsstand auch Richardi (Fn. 27), § 77 Rn. 76.

70) Gegen eine mandatarische Deutung des Betriebsratsamtes etwa Boerner (Fn. 14), S. 206-208.

71) Vgl. außer den im Folgenden genannten Autoren auch Adomeit, der den „rechtspolitisch-dogmatischen Grundsatz“ aufgestellt hat, dass „auch die autonom vermittelte Heteronomie rechtlich beschränkt sein muss, nicht zu völliger Subordination führen darf; und dass der Subordinierte wie an der Entstehung der heteronomen Gewalt auch an ihrer Ausübung, mindestens durch Information und Mitsprache, zu beteiligen ist“, Adomeit, in: Festschrift Kelsen (1971), S. 9, 19.

72) Zöllner (Fn. 12), S. 19.

73) Jahnke, Tarifautonomie und Mitbestimmung, 1984, S. 111 ff.; ähnlich ferner: Gast, Das Arbeitsrecht als Vertragsrecht, 1984, S. 79 ff., Canaris, JuS 1989, 161, 167; Schlüter, in: Festschrift Lukes (1989), S. 559, S. 567; ausdrückliche Gegenposition bei Nebel, Die Normen des Betriebsverbandes am Beispiel der ablösenden Betriebsvereinbarung, 1989, S. 119.

74) Reuter, RdA 1991, 193, 199.

75) Reuter, RdA 1991, 193, 200; vgl. auch dens.; RdA 1994, 152, 154; kritisch zu Reuters Ansatz etwa Richardi (Fn. 27), § 77 Rn. 68 m. w. N.; Richardi selbst hatte im Jahr 1973 die Meinung vertreten, der Betriebsrat sei wegen seiner Wahl durch die Arbeitnehmer des Betriebes zwar nicht durch das liberale, wohl aber durch das demokratische Prinzip legitimiert, die im Betrieb tätigen Arbeitnehmer zu repräsentieren (Richardi, Betriebsverfassung und Privatautonomie, 1973, S. 9); dies führt aber nach Richardis Ansicht nicht zu privatautonomer Legitimation, da die Betriebsratswahl einen privatrechtlichen Unterwerfungsakt nicht ersetzen könne, Richardi (Fn. 14), S. 317; ders. (Fn. 27), § 77 Rn. 65; die Regelungsbefugnis der Betriebspartner finde vielmehr – anders als die Tarifautonomie – ihre Basis nicht in der Privatautonomie, ders. (Fn. 27), § 77 Rn. 70.

76) BAGE 72, 107 ff. = NZA 1993, 513 ff.

77) Waltermann (Fn. 22), S. 224; gegen die Erstreckung der Betriebsvereinbarung auf entliehene Arbeitnehmer Kraft, in: Festschrift Pleyer (1986), S. 383, 399.

78) Berechtigte Kritik bei Rieble, ZIP 2001, 133, 135 f.; Hanau, RdA 2001, 65, 66; a. A. Reichold, NZA 2001, 857, 862.

79) BAGE 44, 86, 89 f.

80) Begriff bei Münch-Komm/Reuter, 4. Aufl. 2001, vor § 21 BGB, Rn. 115.

81) Vgl. auch Reuter, RdA 1994, 152, 158.

davon sprechen kann, hinsichtlich der Legitimation der Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung bestehe ein Diskussionsdefizit. Zugleich ist dabei deutlich geworden, dass sehr unterschiedliche Sichtweisen denkbar sind, und zwar sowohl hinsichtlich der legitimationsdogmatischen Grundannahmen wie auch in Bezug auf die Erklärung der betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen im Einzelnen.

Angesichts dessen fragt man sich, ob man bei solchen sehr komplexen Deutungsfragen nicht auch durchaus unterschiedliche Sichtweisen als fruchtbar ansehen könnte. Genau besehen geht es bei allen vorgestellten Argumentationsfiguren um hochspekulative Konstruktionen, die dem hermeneutischen Zirkel kaum entgehen können, hängen sie doch unverkennbar mit sehr unterschiedlichen Vorverständnissen zusammen. Die hier vertretene Konzeption etwa korrespondiert mit dem Vorverständnis, die Gewichte sollten ein wenig von der koalitionsären zur betrieblichen Regelungsebene verschoben werden⁸². Alle besprochenen Legitimationskonstrukte haben ihre Schwachstellen. Dies gilt natürlich auch für den hier vorgestellten Vorschlag, z. B. in Bezug auf folgenden Aspekt: Ergänzt man privatautonome Legitimation um ein Element repräsentativer Autonomie, entstehen Kosten, entstehen gewisse Defizite im Vergleich zu echter oder unmittelbarer Selbstbestimmung. So kann man etwa fragen, worauf sich der Geltungsanspruch einer Betriebsvereinbarung gegenüber denjenigen Arbeitnehmern stützen könne, die erst nach der letzten Betriebsratswahl zur Belegschaft gestoßen sind oder die bei dieser Wahl noch nicht volljährig waren⁸³. Derartige Probleme ergeben sich allerdings ganz ähnlich im Bereich gesamtstaatlicher Demokratie⁸⁴.

Bei der Deutung der Betriebsverfassung braucht der Deutungsstreit nicht mit aller Schärfe ausgetragen zu werden. Die Betriebsverfassung funktioniert alles in allem so gut, dass an diesem erfolgreichen Modell keiner rütteln will⁸⁵. Mag der Weg zur Legitimation betrieblicher Rechtsetzung auch holprig bleiben, mag ihre prozedurale Rechtfertigung auch nicht so elegant gelingen, so gibt es also glücklicherweise noch eine anderweitige Quelle, die zu ihrer Legitimität beiträgt: die Legitimitätsquelle der Akzeptanz als Folge des Erfolges.

82) In diesem Sinne bereits *Hänlein*, DB 2001, 2097 f.

83) Dieses Argument findet sich z. B. bei *Konzen/Jacobs*, in: Festschrift Dieterich (1999), S. 297, 303 m. w. N.; vgl. auch den Problemhinweis bei BGHZ 105, 306, 318.

84) Zu Beschränkungen des Kreises der Wahlberechtigten bereits *Hänlein*, SGB 1996, 462, 466.

85) Vgl. auch *FAZ* vom 27. 5. 2002, S. 24: „Arbeitgeber und Betriebsräte üben Schulterschluss“; in diesem Sinne etwa auch *Nagel/Nutzinger*, Zum Verhältnis von gesetzlicher und vertraglich vereinbarter Mitbestimmung, *Homo oeconomicus* XVI 3 (2000), S. 301 ff. (passim).