

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 213

Der Schutz tariflicher Normsetzung

Von

Doreen Döttger



Duncker & Humblot · Berlin

Doreen Döttger · Der Schutz tariflicher Normsetzung

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 213

Der Schutz tariflicher Normsetzung

Zur Erforderlichkeit einer Erweiterung
der bestehenden Handlungsinstrumentarien
der Tarifvertragsparteien um einen Unterlassungsanspruch
gegen tarifwidriges Handeln vor dem Hintergrund
des Art. 9 Abs. 3 GG

Von

Doreen Döttger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena hat diese Arbeit
im Jahre 2002 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Selignow Verlagsservice, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 3-428-11066-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Betriebliche Bündnisse für Arbeit sind angesichts der andauernden wirtschaftlichen Krisensituation als Instrumentarium zur Sicherung von Arbeitsplätzen von großer Bedeutung. Unterlaufen solche Bündnisse jedoch verbindliche Tarifverträge, treten sie in Widerstreit zur Tarifautonomie und zur grundrechtlich geschützten Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge. Ob tarifunterlaufende betriebliche Ordnungen sogar einen grundrechtlich begründeten Schutz der Tarifnormen erforderlich werden lassen, unterlag schon lange lebhafter Diskussion in Literatur und Rechtsprechung. In dieser Debatte vollzog die Rechtsprechung des Ersten Senates des Bundesarbeitsgerichts mit Beschluß vom 20.4.1999 eine bedeutsame Wendung, indem nunmehr ein Unterlassungsanspruch der Tarifvertragsparteien gegen tarifunterlaufende betriebliche Praktiken zuerkannt wurde. Dieser Rechtsprechungswandel bildet den Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung, die sich mit der Frage beschäftigt, ob der Erweiterung des Schutzes tariflicher Normsetzung mit Art. 9 Abs. 3 GG ein grundrechtliches Fundament zugrundegelegt werden kann.

Die Arbeit ist im Sommersemester 2002 von der Juristischen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena als Dissertation angenommen worden. Das Manuskript wurde im Juni 2002 abgeschlossen. Für die Veröffentlichung wurden neue Literatur und Rechtsprechung bis September 2002 berücksichtigt.

Mein Dank gilt an erster Stelle und in besonderem Maße Frau Prof. Dr. Monika Schlachter, die die Arbeit betreut hat. Ihr verdanke ich eine Zeit sehr angenehmer und fruchtbarer Tätigkeit an ihrem Lehrstuhl, während der sie durch jederzeitige Gesprächsbereitschaft den Fortgang der Arbeit gefördert hat.

Danken möchte ich weiterhin Herrn Prof. Dr. Hartmut Oetker, der nicht nur das Zweitgutachten erstellt hat, sondern auch stets für Gespräche zur Verfügung stand.

Nicht zuletzt gilt mein Dank auch meiner Familie und meinen Freunden.

Jena, Dezember 2002

Doreen Döttger

Inhaltsverzeichnis

Einführung	15
-------------------------	----

Erster Teil

Schutz tariflicher Normsetzung im ausgestalteten Tarifsysteem	25
§ 1 Das Problem: Die Defizite der individuellen Durchsetzung im Hinblick auf eine wirkungsvolle Sicherung der Tarifnormen	25
§ 2 Einfachgesetzlicher Schutz tariflicher Normsetzung zwischen „Gewerkschaftsaufsicht über Betriebsvereinbarungen“ und „Rechtsschutzmisere“	29
I. Durchsetzung der Tarifnormen durch die Tarifvertragsparteien	29
1. Vertragsklage	29
a) Schuldner und Inhalt der Durchführungspflicht	31
b) Voraussetzungen der Geltendmachung der Durchführungspflicht	34
c) Maß des Schutzes tariflicher Normen durch schuldrechtliche Durchsetzung	37
aa) Beim Firmentarifvertrag	37
bb) Beim Verbandstarifvertrag	38
2. Verbandsklage nach § 9 TVG	39
3. Kollektive Geltendmachung tariflicher Verpflichtungen	42
a) Gewillkürte Prozeßstandschaft der Verbände	42
b) Feststellung der tariflichen Verpflichtung	44
II. Durchsetzungsinstrumentarien zugunsten der Tarifnormen in den Händen Dritter	45
1. Schutz tariflicher Normen durch den Betriebsrat	46
2. Die Rolle des Staates bei der Durchsetzung tariflicher Normen	48
III. Schutzinstrumentarien der Tarifvertragsparteien zugunsten der tariflichen Normen	49
1. Geltendmachung des Antragsrechts aus § 23 Abs. 1, 3 BetrVG	49
a) Funktion und Voraussetzungen des § 23 Abs. 1, 3 BetrVG	49
b) Erfasste Pflichtverstöße der Betriebspartner	51
aa) Verstoß gegen den Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ...	52
bb) Verstoß gegen den Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG	56
(1) Pflichtenkreis des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG	57
(2) Rügbarkeit im Verfahren nach § 23 Abs. 1, 3 BetrVG	59
cc) Mißachtung der Grenzen geöffneter Tarifverträge	60
dd) Verstoß gegen § 2 Abs. 1 BetrVG	61
c) Schutzmaß der über § 23 BetrVG möglichen Abwehr konkurrierender betrieblicher Regelungen	63

2. Überprüfung der Wirksamkeit betrieblicher Regelungen im Beschlußverfahren	64
a) Folgen der Tarifwidrigkeit betrieblicher Regelungen	64
b) Feststellung der Unwirksamkeit im Beschlußverfahren	66
aa) Antragsbefugnis als Sachentscheidungsvoraussetzung	68
bb) Antragsbefugnis aufgrund Geltendmachung eigener Rechte	69
cc) Unmittelbare Betroffenheit in materiellrechtlich begründeter Rechtsposition	72
dd) Zusammenfassung	73
IV. Bewertung der bestehenden Handlungsmöglichkeiten	74

Zweiter Teil

**Der Einfluß des Art. 9 Abs. 3 GG
auf die kollektiven Handlungsmöglichkeiten
nach Auffassung der Rechtsprechung
sowie der Literatur**

77

§ 3 Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 20. April 1999 als Wendepunkt in der Diskussion um eine grundrechtlich begründete Erweiterung des Schutzes tariflicher Normsetzung	77
I. Der Schutz tariflicher Normsetzung unter dem Einfluß des Art. 9 Abs. 3 GG im Lichte der Rechtsprechung bis zum 20.4.1999	78
1. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	78
2. Die Rechtsprechung der Instanzgerichte	80
3. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	81
II. Die Auffassungen in der Literatur bis zum Beschluß vom 20.4.1999	82
1. Versagung einer Rückgriffsmöglichkeit	82
2. Erweiterung des Rechtsschutzes unter Rückgriff auf Art. 9 Abs. 3 GG	83
III. Der Wechsel der Position des Ersten Senates im Beschluß vom 20.4.1999 ...	87
1. Sachverhaltskonstellation	88
2. Die Entscheidung des Ersten Senates	88
IV. Reaktionen in der Literatur	91
V. Erste Bewertung und Fortgang der Untersuchung	93

Dritter Teil

**Die Reichweite koalitionsgrundrechtlichen Schutzes
im Bereich tariflicher Normsetzung**

98

§ 4 Schutz und Ausgestaltung der Tarifautonomie im Grundrechtsgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG	98
I. Historische Grundlagen	98
II. Die Gewährleistung der Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 GG	100
1. Gewährleistung der kollektiven Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG .	100
2. Die Tarifautonomie als umfassend geschützte Betätigung	103
a) Der Schutz der Tarifautonomie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	103

b) Ansätze zur Begründung eines Schutzes der Tarifautonomie in der Literatur	105
c) Der umfassende Schutz der Tarifautonomie	107
aa) Grundrechtsverständnis als Orientierungspunkt für die Grundrechtsauslegung	107
bb) Die tarifautonome Betätigung als Schutzgut des Art. 9 Abs. 3 GG ..	108
3. Vorgaben des Art. 9 Abs. 3 GG für ein ausgestaltetes Tarifvertragssystem ..	112
a) Die Ausgestaltungsbedürftigkeit der Tarifautonomie	112
b) Erfordernis einer koalitionsgrundrechtlichen Verankerung der Ausgestaltung	113
c) Ausgestaltungsbefugnis und -pflicht des Gesetzgebers im Hinblick auf die Tarifautonomie	115
aa) Institutionelle Gewährleistung als Wurzel der Ausgestaltungspflicht	115
bb) Die Ausgestaltungspflicht als objektive Grundrechtskomponente des Art. 9 Abs. 3 GG	121
(1) Der objektive Gehalt des Art. 9 Abs. 3 GG als Grundlage von Ausgestaltungsbefugnis und -pflicht	121
(2) Funktionalisierung der grundrechtlichen Schutzpflicht	123
(3) Die Ausgestaltungspflicht als eigenständige objektive Grundrechtskomponente des Art. 9 Abs. 3 GG	125
cc) Die Tarifautonomie als erforderliche Betätigungsform	131
III. Zusammenfassung	135
§ 5 Die Durchsetzung der tariflichen Normen im Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG	137
I. Die Durchsetzung der tariflichen Normen als koalitives Betätigungsrecht	137
1. Die Bedeutung der faktischen Beachtung tariflicher Normen	137
2. Die Durchsetzung der tariflichen Bedingungen als erforderliche Betätigungsform	138
II. Die koalitive Durchsetzung der tariflichen Normen als Funktionsbedingung der Tarifautonomie	141
III. Die Durchsetzung als Annex der gewährleisteten Tarifautonomie	144
IV. Zusammenfassung	146
§ 6 Der Schutz der Tarifautonomie vor tarifwidrigem Handeln der konkurrierenden betriebsautonomen Gestalter	148
I. Die Überschneidung von Tarif- und Betriebsautonomie vor dem Hintergrund der Grundrechte	150
II. Kein Monopol für die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen	151
III. Kein Monopol für die normative Gestaltung	153
IV. Vorgaben des Art. 9 Abs. 3 GG für das ausgestaltete Tarifsysteem	155
1. Konkretisierung der Garantie normativer Gestaltung	155
2. Vorgaben für das funktionelle Verhältnis von tarif- und betriebsautonomer Normsetzung	158
a) Grundlage einer Normsetzungsprärogative der Tarifvertragsparteien ...	158
b) Konkretisierung anhand der Vorgaben für den Gesetzgeber	163

aa)	Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine konkurrierende gesetzgeberische Gestaltung in Literatur und Rechtsprechung	164
bb)	Übertragbarkeit der Ansätze	169
c)	Vorgaben aufgrund der Bindung an Art. 9 Abs. 3 GG	172
aa)	Gefährdungsaspekte rechtlicher Konkurrenz auf Betriebsebene	173
bb)	Verfassungsrechtliche Vorgaben für das funktionelle Verhältnis nach Auffassung von Literatur und Rechtsprechung	175
cc)	Schutz vor konkurrierender betrieblicher Normsetzung als Funktionsbedingung	178
dd)	Schutz tarifüblicher Gestaltung	184
ee)	Erstreckung auf andere Formen kollektiver betrieblicher Regelungen	185
d)	Ergebnis	189
3.	Schutz vor Mißbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeit als Funktionsbedingung	190
a)	Der Ansatz des Bundesarbeitsgerichts	191
aa)	Beschluß vom 23.2.1988	191
bb)	Beschluß vom 20.8.1991	191
cc)	Beschluß vom 20.4.1999	193
dd)	Beschluß vom 13.3.2001	195
b)	Die Ansätze in der Literatur	196
c)	Die Notwendigkeit einer differenzierten Betrachtung der Auswirkungen tarifwidriger Handlungen der Betriebspartner	198
aa)	Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts	199
bb)	Probleme einer rein betriebsverfassungsbezogenen Betrachtung ...	200
cc)	Bestimmung der Dimensionen tarifwidrigen Handelns der Betriebspartner	202
d)	Die Gebotenheit eines Schutzinstrumentariums bei Verletzung der Vorrangstellung der Tarifautonomie	205
aa)	Wirkrichtung und Konzeption eines möglichen Schutzinstrumentariums	207
bb)	Ausschluß der Erforderlichkeit durch die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Koalitionen	208
cc)	Funktionsgefahren durch kompetenzwidrige betriebliche Regelungen	209
(1)	Verstoß gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG	209
(a)	Funktionsgefährdung durch die Mißachtung des Normsetzungsvorbehalts	209
(b)	Bestehende Befugnisse zur Geltendmachung des Tarifvorbehalts	215
(2)	Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG	215
(3)	Mißachtung der Grenzen geöffneter Tarifverträge	218
V.	Zusammenfassung	220
§ 7	Der Schutz vor faktischem Unterlaufen der Geltung des Tarifvertrages	222
I.	Die Verknüpfung von normativer Wirkung, Schutzfunktion des Tarifvertrages und tariflicher Rechtsnormsetzung in historischer Betrachtung	222

II. Die Verknüpfung von normativer Wirkung, Schutzfunktion des Tarifvertrages und tariflicher Rechtsnormsetzung in koalitionsgrundrechtlicher Betrachtung	225
1. Schutzfunktion und Art. 9 Abs. 3 GG	225
2. Die Bedeutung der tariflichen Rechtsnormsetzung vor dem Hintergrund des Art. 9 Abs. 3 GG	229
a) Tarifvertragliche Gestaltung als Rechtsnormsetzung	229
b) Verfassungsrechtliche Erforderlichkeit tariflicher Rechtsnormsetzung	233
c) Funktionelle Stellung der Rechtsnormsetzungsbefugnis	235
III. Die verfassungsrechtliche Erforderlichkeit geltungssichernder Instrumente zugunsten der Tarifnormen	237
1. Der gebotene Schutz vor einem Unterlaufen nach Ansicht der Rechtsprechung	238
2. Die verfassungsrechtliche Erforderlichkeit tarifvertragssichernder Instrumentarien in der Literatur	240
3. Die Reichweite der grundrechtlich gebotenen Geltungssicherung	246
a) Die Tragfähigkeit der vorgebrachten Argumente zur Begründung eines Schutzbedürfnisses	246
b) Geltungssicherung der Tarifnormen als Funktionsbedingung	250
aa) Bestehen einer Korrelation zwischen tarifvertraglicher Schutzfunktion und Schutzbedürfnis	252
bb) Der Wirklichkeitsbezug der tarifvertraglichen Rechtsnormsetzung	253
cc) Gefährdungsaspekte tarifunterlaufender Praktiken auf Betriebsebene	256
(1) Der Aspekt der Beeinträchtigung der Funktionserfüllung	256
(2) Der Aspekt des drohenden Geltungsverlustes	262
(3) Der Aspekt des Anpassungsdruckes	266
dd) Die Verengung zu Funktionsgefahren für das Tarifsysteem	267
(1) Die Konstellationen in der Konzeption des Ersten Senates im Beschluß vom 20.4.1999	267
(2) Vereitelung der faktischen Geltung im einzelnen Arbeitsverhältnis	271
(3) Tarifnormwidrige betriebliche Ordnung infolge Auslegungs- oder Gültigkeitsstreitigkeiten	273
(4) Tarifnormwidrige betriebliche Ordnung unter Hinwegsetzung über tarifliche Regeln	277
a) Beim Verbandstarifvertrag	277
b) Beim Firmentarifvertrag	283
c) Bei „fehlerhafter Anschlußregelung auf betrieblicher Ebene“	284
c) Zwischenergebnis	290
4. Hinreichende Geltungssicherung durch bestehende Instrumentarien	293
a) Unmittelbarer Unterlassungsanspruch aus Art. 9 Abs. 3 GG	293
b) Möglichkeit schuldrechtlicher Durchsetzung der Tarifnormen	294
c) Der Einfluß sonstiger Durchsetzungs- und Schutzinstrumentarien	299
5. Die Schaffung eines Geltungssicherungsmittels als Reservat des Gesetzgebers	302

IV. Ergebnis und Konsequenzen für den Beschluß des Ersten Senates vom 20.4.1999	305
---	-----

Vierter Teil

Der quasinegatorische Unterlassungsanspruch als Geltungssicherungsmittel	307
§ 8 Zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch als Weg zur Geltungssicherung	307
I. Tarifüberwindung als Verletzung des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG	308
1. Beeinträchtigung der drittwirkenden Koalitionsfreiheit	308
2. Die Relevanz grundrechtlich geschützter Positionen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer	310
II. Möglichkeit einer Geltungssicherung über zivilrechtliche Instrumentarien ...	315
1. Herleitung des Unterlassungsanspruchs der Koalitionen	315
a) Die kollektive Koalitionsfreiheit als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB	318
b) Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB	320
c) Deliktsschutz nach § 826 BGB	322
d) Ausschluß des deliktischen Schutzes der Koalitionen im Verhältnis zum Koalitionsmitglied	323
2. Eignung des Unterlassungsanspruchs zur Geltungssicherung	325
III. Gesamtwürdigung der eignungsrelevanten Aspekte des Unterlassungsanspruchs	331
§ 9 Die Reichweite der Geltungssicherung mittels quasinegatorischer Ansprüche 333	
I. Unterlassungsanspruch gegen eine tarifersetzende betriebliche Ordnung und die ihr vorausgehende Regelung	333
1. Voraussetzungen und Anwendungsbereich	335
a) Anforderungen an die faktische Gestaltung im Betrieb	335
aa) Vorliegen einer Beeinträchtigung nach der Konzeption des Bundesarbeitsgerichts	335
bb) Konkretisierung der abwehrfähigen Geltungsbeeinträchtigung	336
(1) Tarifnormwidrigkeit der betrieblichen Praxis	336
(a) Unmittelbare und zwingende Wirkung der Tarifnormen ...	336
(aa) Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 3 TVG.....	338
(bb) Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 2 TVG.....	339
(cc) Tarifgebundenheit nach § 5 Abs. 4 TVG.....	340
(dd) Ausnahmsweise Entbehrlichkeit einer Tarifgebundenheit	343
(b) Geltungsbeeinträchtigung außerhalb der normativen Tarifwirkung	347
(aa) Verhältnis des Unterlassungsanspruchs zu §§ 77 Abs. 3 Satz 1, 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG	347
(bb) Geltung nach § 4 Abs. 5 TVG.....	349
(cc) Geltung nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB	351

(dd) Sonstige Fälle außerhalb der unmittelbaren und zwin- genden Wirkung der Tarifnormen	351
(c) Die Grenzen geltungsbeeinträchtigender Wirkungen, insb. Günstigkeitsprinzip	352
(d) Zusammenfassung	356
(2) Hinwegsetzung über den tarifvertraglichen Ordnungsentwurf ...	356
b) Weitere Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs	360
2. Inhalt des Unterlassungsanspruchs	362
3. Aktivlegitimation	363
4. Passivlegitimation	364
5. Gegenrechte des Inanspruchgenommenen	368
6. Verhältnis zu anderen Ansprüchen	370
II. Beseitigungsansprüche der tarifschließenden Parteien	371
III. Einzelfragen der prozessualen Geltendmachung	372
1. Verfahrensart	372
2. Bestimmter Antrag und Rechtsschutzinteresse	379
3. Beweisfragen	382
4. Einstweiliger Rechtsschutz	386
5. Zusammenfassung	388
IV. Reichweite der durch den Unterlassungsanspruch möglichen Geltungssiche- rung	389

Fünfter Teil

Zusammenfassung	393
§ 10 Zusammenfassung und Ausblick	393
Literaturverzeichnis	402
Sachwortverzeichnis	431

Einführung

Der Verbandstarifvertrag, der mit einer Verbreitung in mehr als 300 Wirtschaftszweigen und mit einer Zahl von 34.400 gültigen Vereinbarungen zum Ende des Jahres 2001 die Tariflandschaft noch immer wesentlich prägt¹, sieht sich dennoch steter Kritik ausgesetzt. So gelten seine Regelungen insbesondere im Bereich der Arbeitszeit sowie des Entgelts als zu starr und belastend, das Institut selbst als zu unflexibel und zu kostenwirksam.² Forderungen nach einer Flexibilisierung des Arbeitsrechts wurden daher in der jüngeren Diskussion gerade an das Tarifsysteem herangetragen und Regelungen eingefordert, die den unternehmens- bzw. betriebspezifischen Bedürfnissen und den konkreten Standortinteressen oder -problemen eher gerecht werden. Dies zum einen für Betriebe in wirtschaftlichen Krisensituationen, für die der Verbandstarifvertrag eine Erschwernis bei der Standortsicherung und -erhaltung bedeutet, weil er keine Abweichungsmöglichkeit nach unten zuläßt und so Sanierungsmaßnahmen durch Einsparungen im Bereich der Personalkosten entgegensteht. Zum anderen verstärkte sich aber ebenso die Forderung nach genereller Förderung der Flexibilität, um auch außerhalb von Krisenzeiten die Anpassungsfähigkeit und mit ihr die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen zu steigern. Die bisherigen verbandstariflichen Regelungen führten insbesondere im Bereich der Entlohnung zu einem „Tarifkorsett“³, das es hindere, den Wettbewerbsbedingungen des einzelnen Unternehmens und seiner Stellung im globalen Wettbewerb Rechnung zu tragen, und damit zu einem Wettbewerbsnachteil werde.

Gerade der Rigidität wegen, mit der die Tarifbedingungen den Interessen und Bedürfnissen des einzelnen Unternehmens gegenüberstehen, wird das Tarifvertragssystem für die hohe Arbeitslosigkeit in Deutschland mit verantwortlich gemacht.⁴ Hierdurch gerät über die Kritik an den Inhalten der maßgebenden Tarifverträge hinaus auch das Tarifvertragssystem selbst unter Druck. Es sei in sich zu starr, um der Forderung nach Deregulierung, Flexibilisierung und Dezentralisierung entsprechen zu können.⁵ Für den zukünftig einzuschlagenden Weg finden sich dabei unterschied-

¹ Vgl. Tarifbericht 2001 des Bundesarbeitsministeriums, S. 4 f. Zur Tarifsituation des Jahres 2000 *Clasen*, BArbBl. 2001, 12.

² Vgl. zur Kritik *Wisskirchen*, FS Hanau (1999), S. 623.

³ So die Formulierung von BDI-Präsident *Michael Rogowski* im Rahmen des Vortrags „Herausforderungen der deutschen Wirtschaft im internationalen Standortwettbewerb“, gehalten am 12.9.2001 in Essen.

⁴ Vgl. *Pieroth*, FS BVerfG (2001), Bd. II, S. 293 (316).

⁵ Vgl. nur die Begründung zum Gesetzesentwurf der FDP zur Änderung des § 4 Abs. 3 TVG, BT-Drucks. 14/6548, S. 3.

liche Vorschläge. Während teilweise die Zukunftsfähigkeit des gewachsenen Tarifsystems generell verneint und daher die Forderung nach einer Abschaffung der Tarifautonomie erhoben wird⁶, bekennen sich sowohl die Gewerkschaften als auch die Arbeitgeber grundsätzlich zur Tarifautonomie und zur verbandstarifvertraglichen Regelung der Arbeitsbedingungen.⁷ Den veränderten Anforderungen müsse aber durch inhaltlich differenzierte Regelungen Rechnung getragen und so das Bedürfnis nach größerer Flexibilität bewältigt werden.

Im Hinblick auf die Mittel, mit denen eine flexiblere und betriebsnahe Tarifpolitik erreicht werden soll, steht anders als noch in den 60er Jahren, wo ein Flexibilisierungspotential primär im Abschluß von Firmentarifverträgen gesehen wurde⁸, nunmehr eine Öffnung verbandstarifvertraglicher Regelungen zugunsten individueller Gestaltungen für das einzelne Unternehmen im Vordergrund. Mitentscheidend für diese Entwicklung war der Tarifvertrag über die Arbeitszeiten in der Metallindustrie von 1984, der auf der Grundlage des sog. Leber-Rüthers-Kompromisses⁹ entstand und mit dem die Kombination von tariflicher und betrieblicher Regelung auf der Grundlage tarifvertraglicher Öffnungsklauseln Einzug in die tarifpolitische Praxis hielt. Die hierdurch eingeläutete Flexibilisierung über Öffnungen des Tarifvertrages nahm zunächst den Weg über die Vereinbarung von Not- oder Härtefallklauseln, wie sie insbesondere in den Tarifverträgen für das Gebiet der neuen Bundesländer Aufnahme fanden.¹⁰ Sie gestatteten bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine Unterschreitung der tariflichen Bedingungen in existenzgefährdeten Betrieben, um so durch die Einsparung von Arbeitskosten die Überwindung der wirtschaftlichen Krise und damit die Erhaltung von Arbeitsplätzen zu ermöglichen. Trotz der teilweise nur begrenzten Wirksamkeit der Härtefallregelungen¹¹, verbreitete sich ihr Einsatz

⁶ So Engel, Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung, VVDStRL 59 (2000), S. 56 (78 ff.). Ablehnend Böckenförde, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 59 (2000), S. 150, der auf die insoweit erforderliche Verfassungsänderung verweist, a. A. Isensee, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 59 (2000), S. 152.

⁷ Vgl. zum Bekenntnis der Arbeitgeberseite etwa die Erklärung von Martin Kannegießer bei seinem Amtsantritt als neuer Präsident des Arbeitgeberverbandes Gesamtmetall, Pressemitteilung v. 8.9.2000, sowie im Interview in der FAZ v. 4.9.2000, S. 18. Siehe auch das Positionspapier des Vorstandes von Gesamtmetall zum Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit vom 19.9.1999, abgedruckt im Geschäftsbericht 1999–2001, S. 55 f.

⁸ Vgl. Buchner, DB 1970, 2025 ff.; Hensche, RdA 1971, 9 ff.; Mayer-Maly, DB 1965, 32 ff. Siehe zur Entwicklung auch v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, ZfA 1988, 293 (294).

⁹ Siehe NZA 1984, 79.

¹⁰ Vgl. die Zusammenstellung bei Bispinck, WSI-Mitt. 1997, 551 (555). Siehe speziell zu den Tarifregelungen für die ostdeutsche Metall- und Elektroindustrie von 1993, wo für den Fall einer betrieblichen Krisensituation die Einsetzung einer Kommission und die Vornahme einer Härtefallregelung durch die Tarifvertragsparteien selbst vereinbart wurde, Sontowski, Löhne in der Unternehmenskrise, insb. S. 19 ff.; Hickel/Kurtzke, WSI-Mitt. 1997, 98 ff.

¹¹ So hatten von insgesamt 61 der bis Oktober 1993 gestellten Anträgen nur 9 die Vereinbarung einer Härtefallregelung und damit eine Umsetzung der Härtefallklausel zur Folge, die in den Tarifregelungen der ostdeutschen Metall- und Elektroindustrie von 1993 enthalten war. Ausführlich Sontowski, Löhne in der Unternehmenskrise, S. 45 ff.

im gesamten Bundesgebiet.¹² Auch in der Tarifrunde 2001 kennzeichnete die Vereinbarung von Härtefallklauseln die Abschlüsse als Element zur Flexibilisierung des tarifvertraglichen Arbeitsrechts.¹³ Neben der Handhabung wirtschaftlicher Not-situationen durch Not- oder Härtefallklauseln entwickelte sich seit Mitte der 80er Jahre die tarifvertragliche Öffnungsklausel und die sie prägende Verlagerung der Regelungsbefugnisse auf die Betriebspartner insbesondere im Bereich der Arbeitszeit zu einem Flexibilisierungsinstrumentarium, das eine kontrollierte Dezentralisierung der Gestaltung der Arbeitsbedingungen ermöglicht.¹⁴ Gerade die tarifvertragliche Öffnungsklausel gilt hierbei aus Sicht der Wirtschaft als vielversprechendes Instrumentarium, um die tarifvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen zukunftsfähig zu gestalten.¹⁵

Neben dieser durch die Tarifvertragsparteien gesteuerten Öffnung der Tarifverträge für betriebsnahe Lösungen, die mit einer Gestattung von Tarifabweichungen einhergehen kann, finden sich auf betrieblicher Ebene aber auch solche Gestaltungen, mit denen unter schlichter Mißachtung des geltenden Tarifvertrages die tariflichen Bedingungen unterschritten werden. Die Verlagerung der Gestaltungsbefugnisse auf die betrieblichen Akteure verläuft hierbei abseits der rechtlich zulässigen Bahnen und wird daher als sog. wilde Dezentralisierung¹⁶ bezeichnet. Im Gegensatz zu tarifvertraglich eingeräumten Handlungs- und Gestaltungsspielräumen für die Betriebspartner, die am Ende eines Verhandlungs- und Vereinbarungsprozesses stehen und deren Zustandekommen regelmäßig nur längerfristig möglich ist, geht es dabei in der Regel um kurzfristig zu verwirklichende Maßnahmen im Betrieb, die insbesondere durch Rationalisierung und Kostenreduzierung der Überwindung wirtschaftlicher Krisensituationen dienen sollen. Gerade der Aspekt der Kostenreduzierung durch die Einsparung von Arbeitskosten begründet dabei die Erforderlichkeit betriebseinheitlicher Maßnahmen, der Aspekt des tarifwidrigen und damit rechtswidrigen Handelns hingegen die Erforderlichkeit des Zusammenwirkens von Arbeitgeber, Arbeitnehmern und gegebenenfalls Betriebsrat, ohne die diese sog. Be-

¹² *Bahnüller*, Entlohnungsformen, S. 68; *ders.*, Mitbestimmung 2001, Hf. 10, S. 23 (25). Ausführlich *A. Seifert*, Betriebsvereinbarungen, S. 28 ff.

¹³ Vgl. Tarifbericht 2001 des Bundesarbeitsministeriums, S. 4, ausführlich S. 35 ff. Zur Tarif-situation des Jahres 2000 ebenso *Clasen*, *BArbBl.* 2001, 12.

¹⁴ *Wiedemann*, FS Hanau (1999), S. 607 f. Zur konkreten Situation der Tarifrunde 2001 siehe den Tarifbericht des Bundesarbeitsministeriums, S. 33 ff. Zur Praxis von Öffnungsklauseln siehe auch *Bispinck*, *WSI-Mitt.* 1997, 551 ff.

¹⁵ So etwa die Position des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln, *IW-Trends* Nr. 2/1999. Auch nach Ansicht des Wirtschaftsweisen *Jürgen Kromphardt* bieten Öffnungs- und Härtefallklauseln einen geeigneten Ansatz zur behutsamen Flexibilisierung des Arbeitsmarktes und zur Sicherung der Arbeitsplätze, vgl. *FAZ* v. 9.1.2001, S. 15. Vgl. auch das im Positionspapier des Vorstandes von Gesamtmetall zum Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit vom 19.9.1999 enthaltene Bekenntnis zu tariflichen Öffnungsklauseln, abgedruckt im Geschäftsbericht 1999–2001, S. 55 f.

¹⁶ So die Formulierung bei *Bahnüller*, *WSI-Mitt.* 2001, 23 (25); *Zachert*, *KJ* 1997, 411 (413).