

## 1. Teil: Problemdarstellung

Der Flächentarifvertrag steht überall in der Diskussion. Insbesondere von Arbeitgeberseite wird teilweise stark kritisiert. Einige bezeichnen ihn zusammen mit der hohen Regulierungsdichte des deutschen Arbeitsrechts als Ursache der Massenarbeitslosigkeit und sehen in ihm ein "drittbelastendes Tarifkartell"<sup>1</sup>. Seine mangelnde Akzeptanz läßt sich auch an dem häufigen Abschluß von Betriebsvereinbarungen unterhalb des Tarifniveaus erkennen<sup>2</sup>. Ebenso zeugt der Mitgliederschwund in Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften von der geringeren Attraktivität der Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch die Sozialpartner<sup>3</sup>. Jüngst forderten die deutschen Arbeitgeber eine Reform des Flächentarifvertrags und eine "Verbetrieblichung der Tarifpolitik"<sup>4</sup>. Andererseits meinen Gewerkschaftsvertreter, der Tarifvertrag sei schon heute nicht mehr in der Lage, seine ordnungs- und wettbewerbspolitische Funktion zu erfüllen<sup>5</sup>.

Die zunehmende Dezentralisation von Unternehmensteilen und die Interessendifferenzierung innerhalb der Belegschaft hat unbestreitbar zu der Frage geführt, ob der Flächentarifvertrag noch eine zeitgemäße Form der Lohngestaltung ist<sup>6</sup>. Auch die hohe Arbeitslosigkeit und der Druck eines globalen Wettbewerbs lassen an andere Regulierungsmöglichkeiten denken<sup>7</sup>.

Um so häufiger werden Forderungen nach einer weitergehenden Flexibilisierung und Deregulierung des Tarifvertrags an den Gesetzgeber herangetragen. Dabei bezeichnet Flexibilisierung die Anpassung der Arbeitsbedingungen an individuelle oder betriebliche Besonderheiten, während der Begriff Deregulierung für den Abbau rechtlicher Arbeitsvertragsgrenzen steht<sup>8</sup>.

Im folgenden ist zu untersuchen, ob das Konzept einer gesetzlichen Ausnahmeklausel, durch die existenzbedrohte Unternehmen die Tariflöhne in Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat herabsetzen können, zulässig ist.

---

<sup>1</sup> Ehmann ZRP 1996, 314; Deregulierungskommission S. 133; vgl. Kronberger Kreis S. 21 (Nr. 16).

<sup>2</sup> Ehmann ZRP 1996, 314 (315); Adomeit NJW 1994, 837 (838); Reuter RdA 1994, 152 (154); Buchner FS Kissel S. 97 (108); bekannt der Fall Viessmann ArbG Marburg v. 7.8.1996 DB 1996, 1925ff..

<sup>3</sup> Däubler in: Bispinck S. 64 (67); vgl. Wirth AuA 1997, 109 (112).

<sup>4</sup> Frankfurter Rundschau v. 18.11.1997 S. 5.

<sup>5</sup> IG-Bau-Vorsitzender Wiesehügel; Der Spiegel v. 13.10.1997 (Nr. 43), S. 114.

<sup>6</sup> Löwisch JZ 1996, 812 (812/813); vgl. Zöllner ZfA 1988, 265 (273/274); Heinze NZA 1997, 1; Bahn Müller/Bispinck in: Bispinck S. 137 (142).

<sup>7</sup> Wirmer in Hromadka, S. 139 (149); vgl. Däubler in: Bispinck S. 64 (71); Ehmann ZRP 1996, 314.

<sup>8</sup> Junker ZfA 1996, 383 (404); Zöllner ZfA 1988, 265 (268); Henssler ZfA 1994, 487 (488).

## **2. Teil: Öffnungsvorschläge für den Tarifvertrag**

### **A. Vorschläge zur Tariföffnung**

#### **I. Allgemeine gesetzliche Öffnungsklausel**

Die Monopolkommission hat in ihrem Hauptgutachten wie schon früher der Kronberger Kreis eine allgemeine gesetzliche Öffnungsklausel gefordert. Die Betriebsparteien könnten dann ohne jegliche tatbestandliche Einschränkung das Tarifniveau unterschreiten<sup>9</sup>.

#### **II. Gesetzliche Öffnungsklausel in Notfällen**

Sowohl die Deregulierungskommission wie auch die Monopolkommission wollen eine Öffnung für die Betriebsparteien zulassen, wenn bei einzelnen Unternehmen ein Notfall, also z.B. gravierende Absatzschwierigkeiten oder drohende Zahlungsunfähigkeit, eingetreten ist<sup>10</sup>. Diese Klauseln sollen eingreifen, wenn ein kurzfristiges Reagieren erforderlich ist, um die Existenz eines betroffenen Unternehmens und die Arbeitsplätze zu retten<sup>11</sup>. Ein Minderheitsvotum innerhalb der Deregulierungskommission sprach sich allerdings gegen diese Forderung aus, da ein Funktionsverlust der Tarifautonomie befürchtet wurde<sup>12</sup>.

#### **III. Weitere Flexibilisierungsvorschläge**

##### **1. Korridorlösung**

Unter Korridorlösung ist zu verstehen, daß die Tarifvertragsparteien keine bestimmte Lohnerhöhung vereinbaren, sondern gesetzlich bestimmt wird, daß sie nur einen Rahmen vorgeben, der von den Betriebsparteien ausgefüllt wird<sup>13</sup>.

##### **2. Optionsmodell**

Das Optionsmodell hat zum Inhalt, daß die Tarifvertragsparteien nur eine bestimmte Lohnobergrenze festsetzen können, die durch die Betriebsparteien verschieden ausgefüllt werden kann<sup>14</sup>. Dann wäre z. B. ein betrieblicher Verzicht auf ein Teil der Lohnerhöhungen gegen eine

---

<sup>9</sup> Monopolkommission Nr. 937; vgl. Kronberger Kreis, S. 16 (Nr. 12).

<sup>10</sup> Deregulierungskommission S. 147; Monopolkommission Nr. 206, 944.

<sup>11</sup> vgl. die Beschlüsse des 61. DJT, S. K 69, Beschluß 3.

<sup>12</sup> Deregulierungskommission - Minderheitsvotum S. 157, 159.

<sup>13</sup> Monopolkommission Nr. 944; dazu Walker ZTR 1997, 193 (201).

<sup>14</sup> Monopolkommission Nr. 944; dazu Junker ZfA 1996, 383 (410).

Beschäftigungsgarantie möglich. Eine abgeschwächte Form stellt die sogenannte Menülösung dar, nach der die Tarifvertragsparteien verpflichtet würden, verschiedene Modelle zu definieren, aus denen der Betriebsrat dann auswählen kann<sup>15</sup>. Diese Vorschläge sind hier aufgrund der Themenstellung jedoch nicht näher zu behandeln.

## **B. Notwendige Änderungen des jetzigen Rechtszustands**

Um eine solche Öffnungsklausel umzusetzen, müssten § 77 III BetrVG, der die Zulässigkeit abändernder Betriebsvereinbarungen regelt, sowie § 4 III TVG geändert werden<sup>16</sup>. Hier ist zu untersuchen, welche Schutzzwecke dieser Normen bei einer Neuregelung betroffen sind.

### **I. Regelungszweck des § 77 III BetrVG**

#### **1. Inhalt der Regelung**

Die Betriebsparteien sind in ihrer Regelungsbefugnis zugunsten der Tarifvertragsparteien eingeschränkt, wenn die Sperrwirkung des § 77 III BetrVG eingreift. Regelungen, die üblicherweise durch Tarifvertrag abgeschlossen werden, dürfen hiernach nicht Inhalt einer Betriebsvereinbarung sein. Dabei ist es für den Eintritt der Sperrwirkung ausreichend, wenn die Arbeitsbedingungen in mehreren aufeinanderfolgenden Tarifverträgen erfaßt wurden<sup>17</sup>. Das BAG sieht Tarifüblichkeit schon als gegeben an, wenn eine Regelung erstmalig getroffen wurde und eine Wiederholung zu erwarten ist<sup>18</sup>. Lohnregelungen sind immer von Tarifverträgen erfaßt. Daher gibt es bei Beibehaltung des § 77 III BetrVG eigentlich gar keine Regelungsbefugnis in diesem Bereich für die Betriebsparteien.

#### **2. Regelungszweck des Tarifvorbehalts**

Zu prüfen ist, welche Schutzzwecke von der Änderung betroffen sind.

##### *a) Sicherung der Vorrangs der Tarifautonomie*

Der grundsätzliche Regelungszweck des § 77 III BetrVG ist die Sicherung des Vorranges der Tarifautonomie, die somit qualitativ höher gewichtet wird als die Betriebsautonomie<sup>19</sup>. Hierdurch soll die Tarifauto-

---

<sup>15</sup> Monopolkommission Nr. 944.

<sup>16</sup> dazu Hanau RdA 1993, 1 (1/2); Kempfen ArbRGgw 30, 97 (98/99).

<sup>17</sup> BAG v. 27.1.1987 AP Nr. 42 zu § 99 BetrVG (Bl. 519); DKK/Berg § 77 Rn 72; Dietz/Richardi § 77 Rn 207; Brox/Rüthers Rn 404; Schaub § 231 II 5 b (S. 1872); Hess/Schlochauer/Glaubitz § 77 Rn 148.

<sup>18</sup> BAG v. 23.10.1985 AP Nr. 33 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie (Bl. 536).

<sup>19</sup> BAG v. 24.2.1987 AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972 (Bl. 802);

nomie und die Stellung der Koalitionen, insbesondere der Gewerkschaften, in ihrem Aufgabenzweck abgesichert werden<sup>20</sup>. Teilweise wird angenommen, daß diese Vorschrift nur für tarifgebundene Arbeitgeber gilt<sup>21</sup>. Dann besteht aber die Gefahr, daß der Arbeitgeber aus dem Verband austritt und nach Ablauf der Frist des § 3 III TVG mit dem Betriebsrat eine die Tarifautonomie störende Konkurrenzregelung setzt. Daher gilt § 77 III BetrVG auch für nicht tarifgebundene Arbeitgeber<sup>22</sup>.

#### *b) Weitere Funktionen*

Nach älteren Auffassungen diene die Regelung auch dem Betriebs- und Arbeitsfrieden sowie der Einheitlichkeit der betrieblichen Ordnung<sup>23</sup>. Diese weiteren Funktionen stehen jedoch im Widerspruch zur Möglichkeit von Öffnungsklauseln und Firmentarifverträgen und sind daher abzulehnen<sup>24</sup>.

#### *c) Verhältnis zu tarifvertraglicher Öffnungsklausel*

Der Vorrang des Tarifvertrags gilt nicht, wenn die Tarifvertragsparteien gem. § 77 III 2 BetrVG eine Öffnungsklausel zugunsten der Betriebsparteien beschlossen haben.

##### *aa) Anforderungen an tarifvertragliche Öffnungsklauseln*

Eine Öffnungsklausel ist nur rechtswirksam, wenn der Tarifvertrag in klarer und eindeutiger Bestimmung eine ergänzende Betriebsvereinbarung zuläßt<sup>25</sup>. Auch Regelungen, die vom Tarifvertrag abweichen, sind zulässig, da die Tarifvertragsparteien auch ganz von der Regelung absehen können und somit mangels Sperrwirkung den Betriebsparteien die gesamte Regelung überlassen können<sup>26</sup>. Strittig ist die Frage, in welchem Umfang die Koalitionen ihre Aufgabenbereiche an die

---

BAG v. 3.12.1991 AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohnausgleich (Bl. 294); Weiss/Weyand § 77 Rn 28; Kissel NZA 1995, 1 (4); Zöllner/Loritz § 46 II 6 (S. 483); MünchArbR/Matthes § 318 Rn 59.

<sup>20</sup> BAG v. 18.8.1987 AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972 (Bl. 64); BAG v. 24.1.1996 DB 1996, 1882; BT-Ds. 6/1786 S. 47 zu § 77 BetrVG; FKHE § 77 Rn 61; Buchner DB 1997, 573; Biedenkopf S. 282; Zöllner FS Nipperdey S. 699 (703); GK-BetrVG/Kreutz § 77 Rn 66;

<sup>21</sup> GK-BetrVG/Kreutz § 77 Rn 83; Ehmann/Schmidt NZA 1995, 193 (196).

<sup>22</sup> BAG v. 24.1.1996 DB 1996, 1882; FKHE § 77 Rn 68; Wiedemann/Stumpf § 4 Rn 291; Buchner DB 1997, 573; Dietz/Richardi § 77 Rn 198; Hess/Schlochauer/Glaubitz § 77 Rn 141; Moll S. 42; Löwisch BetrVG § 77 Rn 50; Kempen/Zachert Grundlagen Rn 268.

<sup>23</sup> BAG v. 6.3.1958 AP Nr. 1 zu § 59 BetrVG 1952 (Bl. 197); BAG v. 27.3.1963 AP Nr. 9 zu § 59 BetrVG 1952 (Bl. 619); Galperin/Löwisch § 77 Rn 73; Wlotzke S. 130; Schelp DB 1962, 1242 (1244); Hablitzel DB 1971, 2158.

<sup>24</sup> Kempen/Zachert Grundlagen Rn 259; Wiedemann/Stumpf § 4 Rn 275; DKK/Berg § 77 Rn 62; Moll S. 37.

<sup>25</sup> BAG v. 20.12.1961 AP Nr. 7 zu § 59 BetrVG 1952; FKHE § 77 Rn 104; Schaub § 231 II 5 f (S. 1874); Dietz/Richardi § 77 Rn 229; Galperin/Löwisch § 77 Rn 86; Löwisch BetrVG § 77 Rn 53.

<sup>26</sup> FKHE § 77 Rn 106; Dietz/Richardi § 77 Rn 230; GK-BetrVG/Kreutz § 77 Rn 131; Hess/Schlochauer/Glaubitz § 77 Rn 164.

Betriebsparteien delegieren können<sup>27</sup>. Darauf ist hier jedoch nicht einzugehen.

*bb) Abgrenzung zu gesetzlicher Öffnungsklausel*

Im Gegensatz zu einer selbstbestimmten Öffnung durch die Tarifvertragsparteien gem. § 77 III 2 BetrVG ermöglicht eine gesetzliche Öffnungsklausel auch eine Abweichung ohne den Willen der Sozialpartner.

*c) Ergebnis*

Durch eine Änderung des § 77 III BetrVG würde das Verhältnis zwischen Betriebs- und Tarifautonomie neu geregelt werden.

## **II. Regelungszweck des Günstigkeitsprinzip**

Das Günstigkeitsprinzip gem. § 4 III 2. Alt. TVG gibt Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen Freiraum für die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ist somit Ausdruck der Vertrags- und Berufsfreiheit<sup>28</sup>. Bessere Arbeitsbedingungen sollen aber gerade nicht erreicht werden. Daher dient eine Änderung des § 4 III TVG nur dazu, Abweichungen vom Tarifniveau nicht nur bei nachwirkenden und in Bezug genommenen Tarifverträgen zuzulassen<sup>29</sup>.

## **III. Ergebnis**

Durch eine Änderung des § 77 III BetrVG wird somit der Schutz der Tarifautonomie eingeschränkt. Die Änderung des § 4 III TVG ist nur erforderlich, um die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien auch auf noch laufende Tarifverträge zu erweitern.

## **3. Teil: Rechtliche Bewertung**

### **A. Systematik der Arbeitsrechtsordnung**

Eine Streichung oder Veränderung des § 77 III BetrVG könnte eine Umkehr der bisherigen Arbeitsrechtsordnung darstellen, die die Tarifautonomie stärker schützt als die Betriebsautonomie (s. 2. Teil B I). Eine solche Umkehr liegt nicht vor, wenn auch nach geltendem Recht die Betriebsparteien eine Regelungszuständigkeit haben können.

---

<sup>27</sup> einschränkend: Kissel NZA 1986, 73 (78); Walker ZTR 1997, 193 (196); Weiss/Weyand § 77 Rn 37; umfassend: GK-BetrVG/Kreutz § 77 Rn 133.

<sup>28</sup> Löwisch/Rieble § 4 Rn 137; Kempen/Zachert § 4 Rn 164.

<sup>29</sup> Hanau RdA 1993, 1 (2).

## **I. Abgrenzung zwischen Tarif- und Betriebsautonomie**

Zunächst sind die Begriffe Tarif- und Betriebsautonomie zu definieren.

### **1. Tarifautonomie**

Unter Tarifautonomie ist die Selbstgesetzgebung zweier organisierter Gemeinschaften mit entgegengesetzter Willensrichtung innerhalb einer größeren Gemeinschaft zu verstehen, wobei die Gemeinschaft das Ergebnis anerkennt<sup>30</sup>. Die Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers bei Abschluß des Arbeitsvertrages auszugleichen und so ein annähernd gleiches Aushandeln der Arbeitsbedingungen zu gewährleisten<sup>31</sup>.

### **2. Betriebsautonomie**

Die Betriebsverfassung stellt die gesetzliche Ausformung des Widerstreits zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in ihren jeweiligen Grundrechten aus Art. 12 I GG dar<sup>32</sup>. Sie soll die Beteiligung der Arbeitnehmer an den Entscheidungen der Arbeitgeber und eine Konfliktlösung im Dialog sicherstellen<sup>33</sup>.

### **3. Ergebnis**

Unter Tarifautonomie ist also die kollektive Selbstgesetzgebung zu verstehen, während die Betriebsautonomie dem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer dient.

## **II. Generelle Vorrangstellung der Betriebsparteien**

Zu prüfen ist, ob die Betriebsparteien gegenüber den Tarifparteien eine generelle Vorrangstellung haben. Daher ist zu untersuchen, aus welchen Rechtsgrundlagen sich ein solcher Vorrang ergeben könnte.

### **1. Betriebsparteien als Koalitionen**

Teilweise wird behauptet, daß auch die Betriebsparteien das Schutzrecht aus Art. 9 III GG beanspruchen können<sup>34</sup>.

#### *a) historische Auslegung*

---

<sup>30</sup> vgl. Kahn-Freund in: Ramm S. 211 (218); dazu Reuter 61. DJT S. K 35 (K 45).

<sup>31</sup> BVerfG v. 26.6.1991 AuR 1992, 30 (32);  
Däubler TVG Rn 349.

<sup>32</sup> BVerfG v. 18.12.1985 DB 1986, 486;  
Kempen RdA 1994, 140 (141).

<sup>33</sup> DKK/Däubler Einl. Rn 69; Schaub § 210 2 (S. 1743); Brox/Rüthers Rn 343;  
Zöllner/Loritz § 44 I (S. 433).

<sup>34</sup> vgl. Ehmman/Lambrich NZA 1996, 346 (350).

In der Weimarer Republik waren durch das Betriebsrätegesetz die Betriebsparteien nur regelungsbefugt, soweit kein Tarifvertrag bestanden hat<sup>35</sup>. Auch der Bundesgesetzgeber wollte ein Monopol der Sozialpartner schaffen<sup>36</sup>. Aus der historischen Auslegung ist also kein Indiz für eine Gleichberechtigung der Betriebsparteien zu gewinnen.

*b) Erfüllung der Merkmale einer Koalition*

Ein Schutz durch Art. 9 III GG besteht nur, wenn die Betriebsparteien die Merkmale einer Koalition erfüllen. Zu den kennzeichnenden Merkmalen einer Koalition gehören Gegnerfreiheit, freie Bildung, Unabhängigkeit und Überbetrieblichkeit<sup>37</sup>.

*aa) Überbetrieblichkeit*

Nach der Wertung des Bundesverfassungsgerichtes können auf einen Betrieb beschränkte Arbeitnehmervertretungen das Arbeitsleben nicht sinnvoll ordnen<sup>38</sup>. Aufgrund dieser unterstellten Unfähigkeit ist es widersinnig, gerade in kritischen Situationen die Betriebsräte über Tarifverträge entscheiden zu lassen<sup>39</sup>.

*bb) soziale Mächtigkeit*

Ferner ist die sogenannte soziale Mächtigkeit, das heißt die Fähigkeit, Tarifforderungen auch durchzusetzen, Voraussetzung einer Koalitionseigenschaft, da nur so ein inhaltlicher zutreffender Abschluß zu treffen ist<sup>40</sup>. Teilweise wird argumentiert, daß die Betriebsräte aufgrund der Mitbestimmungsrechte ein gewisses Maß an Mächtigkeit besitzen<sup>41</sup>. Dagegen spricht aber, daß der Tarifvertrag aufgrund einer Kampfparität unter den Parteien eine Richtigkeitsgewähr hat, während die Betriebsvereinbarung einer richterlichen Billigkeitskontrolle unterliegt<sup>42</sup>. Ferner ist das mangelnde Streikrecht der Betriebsparteien zu berücksichtigen. Lohnverhandlungen ohne die Möglichkeit eines Streiks als Durchsetzungsmittel führen dazu, daß die Forderungen nicht nachdrücklich

---

<sup>35</sup> Heinze NZA 1989, 41 (44); Kempen RdA 1994, 140 (143); Flatow/Kahn-Freund S. 72; Neumann RdA 1990, 257 (258).

<sup>36</sup> Dietz BB 1954, 349 (350); Nikisch II § 79 V 2 (S.399).

<sup>37</sup> BVerfG v. 20.10.1981 BVerfGE 58, 233 (247); BVerfG v. 18.11.1954 BVerfGE 4, 96 (106); Piroth/Schlink Rn 799; Däubler/Hege Rn 101.

<sup>38</sup> BVerfG v. 6.5.1964 BVerfGE 18, 18 (28); Hanau RdA 1993, 1 (5); Richardi 61. DJT S. B 1 (B 34).

<sup>39</sup> Hanau RdA 1993, 1 (5); Zachert GMH 1994, 168 (176); ähnlich: Wiedemann/Stumpf § 4 Rn 238; Lieb NZA 1994, 289 (293); Krummel S. 247.

<sup>40</sup> BVerfG v. 20.10.1981 BVerfGE 58, 233 (249); BAG v. 16.1.1990 AP Nr. 38 zu § 2 TVG (Bl. 307); Brox/Rüthers Rn 257; Neumann RdA 1990, 257 (258); Lieb Rn 558; Zöllner/Loritz § 34 I 2 a (S. 341); Scholz in: HbdStR VI § 151 Rn 66.

<sup>41</sup> Ehmman/Lambrich NZA 1996, 346 (353); Reuter RdA 1991, 193 (196/197).

<sup>42</sup> BAG v. 26.7.1988 AP Nr. 45 zu § 112 BetrVG 1972 (Bl. 355); Hanau RdA 1993, 1 (6); Kempen ArbRGgw 30, 97(102); Kissel NZA 1986, 73 (76); vgl. Kahn-Freund in: Ramm S. 211 (223).

geltend gemacht werden können<sup>43</sup>. Somit fehlt Betriebsräten in aller Regel auch die soziale Mächtigkeit.

*c) Ergebnis*

Die Betriebsautonomie ist mithin nicht durch Art. 9 III GG gewährleistet.

## **2. Betriebsverfassung als Selbstbestimmungsordnung**

Die Betriebsautonomie könnte der Tarifautonomie gleichstehen, wenn sie in einem höheren oder wenigstens gleichen Maß die Selbstbestimmung sicherstellt.

*a) Betriebsautonomie als Selbstbestimmungsordnung*

Teilweise wird vertreten, die Betriebsautonomie sei ein Ausdruck freier Selbstbestimmung, die durch die Vereinigungsfreiheit gem. Art. 9 I GG und die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG geschützt sei<sup>44</sup>. Sie sei der Privatautonomie näher als der Tarifvertrag, da sie eine Organisation der Freiheit auf Gegenseitigkeit darstelle, während der Tarifvertrag ein abgenötigter Zwangsvertrag sei<sup>45</sup>. Ferner sei ein Betrieb aus Effizienzgründen auf die Akzeptanz der Belegschaft angewiesen. Daher habe er den Charakter eines Arbeitsverbandes, in dem das Zusammenwirken der Mitarbeiter auf einer rechtsgeschäftlich legitimierten Ordnung beruhe<sup>46</sup>.

*b) Gegenargumente*

Fraglich ist aber, ob die Betriebsverfassung tatsächlich eine höhere Selbstbestimmung sichert als die Tarifautonomie.

*aa) Betriebsverfassung als Fremdbestimmungsordnung*

Unabhängig von einer Anerkennung basiert die Zugehörigkeit zu einem Betrieb nicht aufgrund einer freien Versammlung, sondern auf der gesetzlichen Festlegung im Betriebsverfassungsgesetz<sup>47</sup>. Der Betriebsrat gestaltet das Direktionsrecht des Arbeitgebers durch Mitbestimmungs- und Gestaltungsteilhaberechte verträglich aus und ist somit eine Art Vertragshelfer für betriebliche Arbeitsbedingungen<sup>48</sup>. Er sammelt also gerade nicht die Arbeitnehmerinteressen, sondern ist intern in die Willensbildung des Arbeitgebers eingebunden. Damit sorgt der Betriebsrat aber nur für eine modernere Ausgestaltung des Leistungsbestimmungsrechts aus § 315 BGB, die seine Abhängigkeit

---

<sup>43</sup> BAG 10.6.1980 AP Nr. 64 Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 913); Zachert GMH 1994, 168 (176); Kempen ArbRGgw 30, 97 (108).

<sup>44</sup> Ehmann ZRP 1996, 314 (319); Blomeyer NZA 1996, 337 (345); Reuter RdA 1994, 152 (154/160).

<sup>45</sup> Ehmann ZRP 1996, 314 (319); Blomeyer NZA 1996, 337 (338).

<sup>46</sup> Reuter 61. DJT S. K 35 (K 41); im Ergebnis Ehmann ZRP 1996, 314 (320).

<sup>47</sup> Walker ZfA 1996, 353 (357); Staudinger/Richardi v. § 611 Rn 1336; Löwisch JZ 1996, 812 (817); Waltermann RdA 1996, 129 (134).

<sup>48</sup> Rieble Arbeitsmarkt Rn 1419; Reichold S. 545.

von den Strukturen des Arbeitgebers aber nicht beseitigt<sup>49</sup>. Während der Arbeitnehmer aufgrund seiner durch Art. 12 I GG geschützten Berufsfreiheit seine Arbeitsbedingungen individuell festlegen kann, sind die Institutionen der Betriebsverfassung keine autonomen Marktteilnehmer, sondern eher eine betriebliche Verhandlungsinstanz<sup>50</sup>. Die Betriebsverfassung stellt sich somit weniger als ein Verband, sondern eher als eine Zwangs- und Fremdbestimmungsordnung dar<sup>51</sup>.

*bb) Legitimation der Betriebsverfassung*

Möglicherweise besteht aber eine vertrags- oder verbandsrechtliche Legitimation der Betriebsverfassung.

α) Der innerbetriebliche Wahlakt reicht aufgrund des individualrechtlichen Unterwerfungscharakters unter eine gesetzliche Norm zu einer demokratischen Legitimation alleine nicht aus<sup>52</sup>.

β) Auch eine verbandsrechtliche Legitimation ist nicht erkennbar, da diese in allen anderen Fällen auf Freiwilligkeit beruht, hier aber keine freie Wahl des Verbandszwecks besteht<sup>53</sup>.

χ) Der Arbeitsvertrag selbst regelt nur einen schuldrechtlichen Austauschvertrag und kann daher nicht als Legitimationsgrundlage gesehen werden<sup>54</sup>.

δ) Ferner würden bei der Einschaltung des Betriebsrates zur Entgeltgestaltung über die Löhne von Gewerkschaftsmitgliedern Nichtmitglieder entscheiden, denen dazu die demokratische Legitimation fehlt<sup>55</sup>.

ε) Die Betriebsverfassung ist somit nicht hinreichend legitimiert.

*cc) Freiheitlichkeit der Tarifautonomie*

Fraglich ist, ob die Tarifautonomie eine höhere Selbstbestimmung ermöglicht. Die Tarifautonomie liegt darin begründet, daß die Vertragsfreiheit des einzelnen Arbeitnehmers sich als ein unzureichendes Mittel zur Begründung eines sozial angemessenen Arbeitsverhältnis erwiesen hatte<sup>56</sup>. Die freie Aushandlung von Arbeitsbestimmungen gem. § 105 GewO stellte sich als ein nicht ausreichender Schutz heraus. Ohne Tarifvertrag kann somit aufgrund des - zumindest zu befürchtenden - Machtungleichgewichts zwischen den Parteien keine Vertragsgerech-

---

<sup>49</sup> Rieble Arbeitsmarkt Rn 1422; Kempfen ArbRGgw 30, 97 (117).

<sup>50</sup> Kempfen/Zachert Grundlagen Rn 253; Dorndorf FS Gnade S. 39 (48).

<sup>51</sup> Dietz/Richardi § 77 Rn 50; Heinze DB 1996, 729 (734);  
Richardi Kollektivgewalt S. 313; Kreutz S. 74, Rieble Arbeitsmarkt Rn 1417;  
Kempfen RdA 1994, 140 (145); Wendeling-Schröder 61. DJT S. K 1 (K 18).

<sup>52</sup> Reichold S. 539; ähnlich Kreutz S. 68.

<sup>53</sup> Dietz/Richardi § 77 Rn 50; Waltermann NZA 1996, 357 (360);  
Reichold S. 539; Rieble RdA 1996, 151 (153).

<sup>54</sup> Reichold S. 541; Richardi Kollektivgewalt S. 338; Kreutz S. 61.

<sup>55</sup> Hanau RdA 1993, 1 (6/7); Kempfen ArbRGgw 30, 97 (110).

<sup>56</sup> vgl. Söllner S. 118; Säcker Grundprobleme S. 45; Heinze NZA 1997, 1 (7);  
Konzen NZA 1995, 913 (914).

tigkeit und Selbstbestimmung möglich sein<sup>57</sup>. Erst durch die kollektive Autonomie können somit die Entscheidungsbedingungen gleicher Vertragsfreiheit wiederhergestellt werden<sup>58</sup>. Ferner basiert die Tarifautonomie im Gegensatz zur Betriebsautonomie auf einem freien Entschluß des Arbeitnehmers, einer Koalition beizutreten. Somit fungiert die Tarifautonomie als soziales Freiheitsrecht und als Ausdruck der kollektiven Selbstbestimmung durch Vertrag<sup>59</sup>. Durch ihren Zweck, eine gleiche Verhandlungsstärke herzustellen, stellt sie auch eine konkrete Ausformung des Sozialstaatsprinzips dar<sup>60</sup>. Also garantiert der Tarifvertrag die Privatautonomie.

### *c) Ergebnis*

Somit garantiert die Betriebsautonomie keine größere, sondern sogar eine geringere Selbstbestimmungsordnung als der Tarifvertrag. Daher ist aus ihr keine Vorrangstellung der Betriebsautonomie ableitbar.

## **3. Vorrangstellung aus dem Subsidiaritätsprinzip**

Aus dem Subsidiaritätsprinzip könnte sich eine Vorrangstellung der Betriebsautonomie ergeben.

### *a) Wesen der Subsidiaritätsprinzip*

Durch das Subsidiaritätsprinzip wird eine gestufte Zuständigkeit herbeigeführt, wenn die Kräfte eines kleineren Verbundes nicht ausreichen, eine Angelegenheit zu bewältigen<sup>61</sup>. Dieser Grundsatz ist inzwischen gem. Art. 23 I GG i.V.m. Art. 3 b EGV als Verfassungsprinzip anerkannt<sup>62</sup>. Teilweise wird vertreten, daß zwischen Flächentarifvertrag und Betriebsvereinbarung ein Verhältnis der Spezialität oder Subsidiarität bestehe<sup>63</sup>.

### *b) Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips*

Zweifelhaft ist, ob das Subsidiaritätsprinzip hier anwendbar ist. Dazu ist eine Homogenität des Mitglieder- und Aufgabenkreises erforderlich<sup>64</sup>. Während der Tarifvertrag eine normative Regelung der Arbeits- und

---

<sup>57</sup> BAG v. 21.12.1970 AP Nr. 1 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle (Bl. 480); BAG v. 23.2.1967 AP Nr. 57 zu § 611 BGB Gratifikation (Bl. 582); Biedenkopf S. 2; Hueck/Nipperdey II/1 § 3 I (S. 25).

<sup>58</sup> Kempen ArbRGgw 30. 97 (106); vgl. Rieble Arbeitsmarkt Rn 1115.

<sup>59</sup> BVerfG v. 4.7.1995 BVerfGE 92. 365 (393); BVerfG v. 27.2.1973 BVerfGE 34, 307 (317); Däubler TVG Rn 18; MünchArbR/Richardi § 234 Rn 18; Zachert RdA 1996, 140 (142); Richardi 61. DJT S. B 1 (B 35).

<sup>60</sup> BVerfG v. 26.6.1991 BVerfGE 84, 217 (224); BVerfG v. 18.11.1954 BVerfGE 4, 96 (102); MDHS/Scholz Art 9 Rn 155; AK/Kittner Art. 9 III Rn 26; Däubler/Hege Rn 82.

<sup>61</sup> Isensee in: HbdStR III § 57 Rn 166; Hablitzel DB 1971, 2158 (2159).

<sup>62</sup> Ehmans ZRP 1996, 314 (318); Isensee in: HbdStR III § 57 Rn 165.

<sup>63</sup> Ehmans ZRP 1996, 314 (318); Ehmans/Schmidt NZA 1995, 193 (195); Reuter RdA 1991, 193 (202).

<sup>64</sup> Richardi Kollektivgewalt S. 56; Bakopoulos S. 41.

Wirtschaftsbedingungen mit dem ultimativen Mittel des Streiks darstellt, ist die Betriebsverfassung eine interessengerechte Binnenregulierung des betrieblichen Arbeitsverbandes, weswegen die Instrumente auf einer unterschiedlichen Ebenen stehen<sup>65</sup>. Das Subsidiaritätsprinzip ist also zwischen Betriebsverfassung und Tarifvertrag nicht anwendbar.

#### *c) Ergebnis*

Auch aus dem Subsidiaritätsprinzip kann nicht der Vorrang der Betriebsautonomie gesehen werden.

### **4. Ergebnis**

Die Betriebsparteien haben somit keine generelle Vorrangstellung vor den Tarifvertragsparteien.

## **III. Vorrangstellung der Betriebsparteien aus anderen Gründen**

Die Vorrangstellung der Betriebsparteien könnte sich auch aus anderen Gründen ergeben.

### **1. Gewohnheitsrechtliche Derogierung**

Teilweise wird aufgrund der geringeren Akzeptanz des § 77 III BetrVG in der Praxis (s. 1. Teil) angenommen, daß diese Regelung gewohnheitsrechtlich derogiert sei und daher nicht mehr zum geltenden Recht gehöre, sondern nur noch einen Symbolwert habe<sup>66</sup>. Dagegen ist einzuwenden, daß Rspr. und Lit. diesen weiterhin als geltendes Recht behandeln<sup>67</sup>. Bloße Nichtbeachtung der Norm in der Praxis kann daher nicht zu einer Unverbindlichkeit führen.

### **2. Einseitige Kürzungskompetenz des Betriebsrates**

Andere meinen, daß der Betriebsrat gem. § 242 BGB bei schwerster Existenzgefährdung die Löhne herabsetzen könne, da jedem Arbeitnehmer bei schweren wirtschaftlichen Krisen eine Rettungspflicht für seinen Betrieb obliege<sup>68</sup>. Diese These, die darauf beruht, daß der Betrieb ein Verband sei, ist aber abzulehnen (s. A II 2). Ferner trägt der

---

<sup>65</sup> Hueck/Nipperdey II/1 § 27 V 1 (S. 545); Kempen AuR 1996, 337 (343); Kempen/Zachert Grundlagen Rn 252; Hanau RdA 1993, 1 (6); Rieble RdA 1996, 151 (153).

<sup>66</sup> Reuter RdA 1991, 193 (199); angedacht Birk ZfA 1986, 73 (105); Zöllner FS Nipperdey S. 699 (702).

<sup>67</sup> GK-BetrVG/Kreutz § 77 Rn 67; Wank NJW 1996, 2273 (2281); Waltermann RdA 1996, 129 (131); Walker ZfA 1996, 353 (356).

<sup>68</sup> Vollmer DB 1982, 1670 (1672); Reuter ZfA 1995, 1 (68/69); offen gelassen in BAG v. 30.5.1963 AP Nr. 15 zu § 615 Betriebsrisiko.

Arbeitgeber das Wirtschaftsrisiko und ist daher auch bei schlechter wirtschaftlicher Lage nicht berechtigt, die Lohnzahlung zu reduzieren<sup>69</sup>. Eine einseitige Kürzungskompetenz des Betriebsrats besteht also nicht.

#### **IV. Ergebnis**

Nach dem geltenden Recht ist ein Vorrang der Betriebsvereinbarung vor dem Tarifvertrag nicht festzustellen. Daher kehrt eine Änderung des § 77 III BetrVG das bisherige Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung zumindest in Teilbereichen um, was einem Eingriff in die Arbeitsrechtsordnung gleichkommt<sup>70</sup>.

### **B. Eingriff in die Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 III GG**

Dieser Eingriff in die Arbeitsordnung könnte auch gegen die Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 III GG verstoßen. Das ist der Fall, wenn ein Eingriff in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit vorliegt, der verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

#### **I. Schutzbereich der Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 III GG**

Der Schutzbereich des Art. 9 III GG ist berührt, wenn die Tarifautonomie und der Vorrang tariflicher Regelungen davon erfaßt ist. Dann müßten die Koalitionen Grundrechtsträger sein und die Tarifautonomie als solche geschützt sein.

##### **1. Grundrechtsträger**

Nach dem Wortlaut des Art. 9 III GG ist nur die individuelle positive Koalitionsfreiheit des Einzelnen geschützt, der mit anderen eine Koalition gründet<sup>71</sup>. Die Koalitionsfreiheit ist aber nicht nur ein subjektives Freiheitsrecht, sondern ein objektives Ordnungsprinzip, das die autonome Ordnung des Arbeitsleben durch die Koalitionen intendiert<sup>72</sup>. Art. 9 III GG schützt als Doppelgrundrecht somit nicht nur das Individuum, sondern auch Betätigung und Bestand des Kollektivs<sup>73</sup>. Daher sind auch die Koalitionen Grundrechtsträger.

---

<sup>69</sup> BGH v. 10.7.1969 NJW 1969, 1734;  
Staudinger/Richardi § 615 Rn 186; Däubler I Rn 223.

<sup>70</sup> Zachert GMH 1994, 168 (175); DKK/Berg § 77 Rn 76;  
Rieble Arbeitsmarkt Rn 1417.

<sup>71</sup> Däubler I Rn 108; v.Münch/Löwer Art. 9 Rn 54; Pieroth/Schlink Rn 801.

<sup>72</sup> BVerfG v. 24.5.1977 BVerfGE 44, 322 (341);  
MDHS/Scholz Art. 9 Rn 164.

<sup>73</sup> BVerfG v. 14.4.1964 BVerfGE 17, 319 (333);  
BVerfG v. 18.11.1954 BVerfGE 4, 96 (101);

## 2. Schutz der Tarifautonomie

Zu prüfen ist, ob der Schutz der Koalitionen auch den Schutz der Tarifautonomie umfaßt. In Art. 165 WRV war diese noch ausdrücklich garantiert, während heute eine entsprechende Vorschrift fehlt.

### a) spezifisch koalitionsgemäße Betätigung

Eine koalitionsmäßige Betätigung ist nur geschützt, wenn ohne sie die individuelle Koalitionsfreiheit nicht effektiv werden kann. Auf der kollektiven Seite des Grundrechts ist das Recht mit umfaßt, frei von staatlicher Einflußnahme über die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zwischen rechtsgleichen Partnern zu entscheiden<sup>74</sup>. Außerdem soll eine sinnvolle Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens nicht in die Hände des Gesetzgebers gelegt, sondern durch die sachnäheren Sozialpartner sichergestellt werden<sup>75</sup>. Daher wird auch die spezifisch koalitionsmäßige Betätigung der Tarifvertragsparteien garantiert<sup>76</sup>.

### b) Tarifautonomie

Zu untersuchen ist, ob auch die Tarifautonomie zu dieser spezifisch koalitionsgemäßen Betätigung gehört. Da ohne Tarifvertrag zwischen den Parteien weniger Vertragsgerechtigkeit möglich ist (s. A I 1), gehört die Tarifautonomie zu zur spezifisch koalitionsgemäßen Betätigung und ist durch die Verfassung geschützt<sup>77</sup>. Wenn aber die Privatautonomie zur Verwirklichung von Vertragsgerechtigkeit besser in der Lage ist, endet das kollektive Schutzrecht<sup>78</sup>. Die Betriebsparteien sind aufgrund des größeren Abstands von der Privatautonomie (s. A I 2) dazu aber nicht in der Lage. Somit muß auch die Tarifautonomie geschützt sein.

### c) Ergebnis

Damit ist auch die Tarifautonomie durch Art. 9 III GG garantiert.

## 3. Garantie eines unabdingbaren Tarifvertrags

Die gesetzlichen Öffnungsklauseln stellen die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags zur Disposition. Der Schutzbereich ist aber nur berührt,

---

Säcker Grundprobleme S. 33; Richardi Kollektivgewalt S. 77; Lieb Rn 432; Biedenkopf S. 88; MDHS/Scholz Art. 9 Rn 170; v.Münch/Löwer Art. 9 Rn 54.

<sup>74</sup> BVerfG v. 20.10.1981 BVerfGE 58, 233 (246);  
BVerfG v. 4.7.1995 BVerfGE 92, 365 (395);  
v.Münch/Löwer Art. 9 Rn 56; MünchArbR/Löwisch § 237 Rn 12.

<sup>75</sup> Müller AuR 1992, 257 (258); Zachert AuR 1993, 97 (100).

<sup>76</sup> BVerfG v. 30.11.1965 BVerfGE 19, 303 (312);  
BVerfG v. 19.10.1966 BVerfGE 20, 312 (320);  
Gamillscheg § 3 2 a (S. 128); Hanau/Adomeit C I 4 b bb (S. 62);  
Hesse Rn 415; Butzer RdA 1994, 375 (377); MDHS/Scholz Art. 9 Rn 241.

<sup>77</sup> BVerfG v. 2.3.1993 BVerfGE 88, 103 (114);  
BVerfG v. 19.10.1966 BVerfGE 20, 312 (320);  
Lieb ArbR Rn 442; Staudinger/Richardi v. § 611 Rn 876;  
Butzer RdA 1994, 375 (377); MünchArbR/Löwisch § 239 Rn 40.

<sup>78</sup> Heinze NZA 1997, 1 (7); Ehmann/Schmidt NZA 1995, 193 (195).

wenn die auch unabdingbare Wirkung des Tarifvertrags geschützt ist. Dem Wortlaut des Art. 9 III GG ist dieses nicht zu entnehmen. Ein solcher Grundsatz könnte aber durch Auslegung ermittelt werden.

*a) Historische Auslegung*

In der Weimarer Republik erfolgte unter Reichskanzler Brüning eine gesetzliche Tariflohnunterschreitung<sup>79</sup>. Im Nachhinein stellte sich aber heraus, daß diese vom Reichsarbeitsgericht gebilligte Tariflohnunterschreitung nicht zum sozialem Frieden beigetragen hat und somit kein nachahmenswertes Beispiel darstellt<sup>80</sup>. Die Verbände zeigten sich immer weniger kompromißbereit und hatten praktisch zugunsten der Staatsbürokratie abgedankt<sup>81</sup>. Daher wird heute angenommen, daß die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags verfassungsrechtlich abgesichert sei und ein Wesensmerkmal des Tarifvertrags darstelle<sup>82</sup>. Die historische Auslegung spricht somit für eine Unabdingbarkeit des Tarifvertrags.

*b) Teleologische Auslegung*

Stellte man die tarifvertraglichen Normen zur Disposition der Betriebsparteien, hätten sie nur eine Empfehlungsfunktion, der Tarifvertrag würde also nur zu einer bloßen Leitlinie verkommen<sup>83</sup>. Dann kann die Funktion des Tarifvertrags, nämlich die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, nicht mehr zu erreichen sein, so daß eine andere Möglichkeit, die Ordnung abhängiger Arbeit zu realisieren ausscheidet<sup>84</sup>. Somit ist auch nach der teleologischen Auslegung die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags geschützt.

*c) Ergebnis*

Die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags gehört zur Koalitionsgarantie.

#### **4. Ergebnis**

Der Schutzbereich des Art. 9 III GG ist somit durch eine gesetzliche Öffnungsklausel berührt.

### **II. Eingriff in Schutzbereich der Tarifautonomie**

---

<sup>79</sup> Vierte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutz des inneren Friedens v. 8.12.1931; dazu Krummel S. 187 ff; Hanau RdA 1993, 1 (4).

<sup>80</sup> Wendeling-Schröder 61. DJT S. K 9 (K 16); Hanau RdA 1993, 1 (4); Junker ZfA 1996, 383 (387); Krummel S. 198ff.

<sup>81</sup> Kahn-Freund in: Ramm S. 211 (226); Neumann RdA 1990, 257 (258) Reuter RdA 1991, 193 (194).

<sup>82</sup> BVerfG v. 24.5.1977 BVerfGE 44, 322 (340/341); Krummel S. 202; Hanau RdA 1993, 1 (5).

<sup>83</sup> Reuter ZfA 1995, 1 (88); ähnlich: Lieb NZA 1994, 289 (293); Henssler ZfA 1994, 487 (506).

<sup>84</sup> Junker ZfA 1996, 383 (395); Walker ZfA 1996, 353 (370); Kempen/Zachert Grundl. Rn 125; Wendeling-Schröder 61. DJT S. K 9 (K 18); Löwisch/Rieble Grundlagen Rn 32; vgl. schon Flatow/Kahn-Freund S. 29.

Ein Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts stellt jedes staatliche Handeln dar, das ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, unmöglich macht<sup>85</sup>. Hier macht die gesetzliche Öffnung des Tarifvertrags den Sozialpartnern den Abschluß unabdingbarer Tarifverträge in Teilbereichen unmöglich. Somit ist ein Eingriff des Gesetzgebers gegeben.

### **III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Eingriffs**

Der Eingriff in die Tarifautonomie könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn eine Einschränkung formell und materiell zulässig ist.

#### **1. Formelle Zulässigkeit einer Einschränkung**

Der Eingriff ist formell zulässig, wenn der Gesetzgeber die Regelungskompetenz für dieses Gebiet hat und das Grundrecht einschränkbar ist.

##### *a) Regelungskompetenz des Gesetzgebers*

Art. 74 Nr. 12 GG beinhaltet eine umfassende Kompetenznorm für den Gesetzgeber, den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit zu definieren<sup>86</sup>. Damit besteht eine formelle Regelungskompetenz des Gesetzgebers. Kompetenzregeln allein sind allerdings nicht ausreichend für eine Grundrechtseinschränkung, denn auch der Gesetzgeber darf Grundrechtsgrenzen nicht überschreiten<sup>87</sup>.

##### *b) materielle Einschränkung des Grundrechts*

Zu prüfen ist, ob die Koalitionsfreiheit materiell einschränkbar ist.

###### *aa) fehlender Gesetzesvorbehalt*

Art. 9 III GG unterliegt keinen Gesetzesvorbehalt und ist daher eigentlich nicht einzuschränken. Teilweise wird angenommen, daß die Koalitionsfreiheit nur mittelbar garantiert ist, da die ursprünglich aus dem Wortlaut der Koalitionsfreiheit nur ein subjektives Freiheitsrecht zu entnehmen ist<sup>88</sup>. Deswegen unterliege zumindest die kollektive Freiheit doch einem Gesetzesvorbehalt. Ob diese Auffassung zutreffend ist, ist nicht zu entscheiden, da Einigkeit darüber besteht, daß auch bei einem

---

<sup>85</sup> Pieroth/Schlink Rn 259.

<sup>86</sup> Lohs BB 1996, 1273; Butzer RdA 1994, 375 (379); vgl. Däubler/Hege Rn 214.

<sup>87</sup> Kempen AuR 1996, 337 (340).

<sup>88</sup> Staudinger/Richardi v. § 611 Rn 854; Butzer RdA 1994, 375 (381).

schrankenlosen Grundrecht der Handlungsträger keinen unbegrenzten Spielraum hat<sup>89</sup>. Eine materielle Einschränkung ist also möglich.

*bb) Kernbereichsformel*

Ursprünglich vertraten die Gerichte die Auffassung, daß nur diejenigen Bereiche geschützt sind, welche für eine Koalitionsbetätigung unerlässlich sind<sup>90</sup>. Diese sogenannte Kernbereichslehre hat das Bundesverfassungsgericht allerdings aufgegeben und wendet jetzt die normale Grundrechtsdogmatik an<sup>91</sup>. Die Kernbereichsformel kann somit kein taugliches Einschränkungskriterium mehr sein.

*cc) allgemeine Grundrechtsdogmatik*

Gesetzliche Änderungen sind allgemein nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen<sup>92</sup>. Die Koalitionsfreiheit ist daher nicht in der bestehenden gesetzlichen Ausformung garantiert, vielmehr besteht ein erheblicher Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers<sup>93</sup>. Der Art. 9 III GG gebietet somit keinen absoluten Vorrang der Tarifvertrags- vor den Betriebsparteien, weswegen auch § 77 III BetrVG nicht in seiner jetzigen Fassung von der Verfassung geboten ist<sup>94</sup>. Eingriffe in den Schutzbereich sind geringer zu werten, je weiter die zu regelnde Materie vom Wortlaut, also der individuellen Koalitionsfreiheit entfernt ist<sup>95</sup>. Insbesondere das Entgelt gehört jedoch zum Schwerpunkt tarifvertraglicher Regelungsgegenstände, weswegen diese Kompetenz besonders geschützt ist und nur durch kollidierende Verfassungsgüter zu rechtfertigen ist<sup>96</sup>. Die Grenze der Eingriffsbefugnis ist in jedem Fall überschritten, wenn die Einschränkung nicht zum Schutz von anderen Rechtsgütern von der Sache her geboten ist<sup>97</sup>.

*dd) Ergebnis*

---

<sup>89</sup> BVerfG v. 26.6.1991 AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 356); Wiedemann FS Stahlhacke S. 675 (678); Däubler TVG Rn 172; Löwisch/Rieble Grundlagen Rn 23.

<sup>90</sup> BVerfG v. 30.11.1965 BVerfGE 19, 303 (321); BVerfG v. 17.2.1981 BVerfGE 57, 220 (245); vgl. auch Hanau/Adomeit C I 4 b bb (S. 62); Söllner S. 64.

<sup>91</sup> BVerfG v. 14.11.1995 BVerfGE 93, 352 (359); Söllner in: Hromadka S. 51 (55); Heilmann AuR 1992, 121 (122).

<sup>92</sup> Däubler TVG Rn 352; AK/Kittner Art. 9 III Rn 54.

<sup>93</sup> BVerfG v. 20.10.1981 BVerfGE 58, 223 (248); Butzer RdA 1994, 375 (381); Lohs BB 1996, 1273; Wagner DB 1992, 2550 (2553).

<sup>94</sup> BAG v. 24.2.1987 AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG (Bl. 804); Bakopoulos S. 146; GK-BetrVG/Kreutz § 77 Rn 67; Wiedemann/Stumpf § 4 Rn 276.

<sup>95</sup> BVerfG v. 24.4.1996 BVerfGE 94, 268 (285); Löwisch NJW 1997, 905 (909); Söllner in: Hromadka S. 51 (55).

<sup>96</sup> BVerfG v. 24.4.1996 BVerfGE 94, 268 (287); Löwisch/Rieble Grundlagen Rn 24; vgl. auch Walker ZfA 1996, 353 (371); Däubler TVG Rn 350; Kempen AuR 1996, 337 (342).

<sup>97</sup> BVerfG v. 17.2.1981 BVerfGE 57, 220 (246); BVerfG v. 14.11.1995 BVerfGE 93, 352 (359); Löwisch JZ 1996, 812 (816).

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist also auch das Grundrecht aus Art. 9 III GG einschränkbar.

## **2. Keine Antastung des Wesensgehaltes gem. Art. 19 II GG**

Zu prüfen ist, ob durch eine Öffnungsklausel der Wesensgehalt der Koalitionsfreiheit angetastet wird. Ein solcher Eingriff ist gem. Art. 19 II GG generell ausgeschlossen. Unter Wesensgehalt eines Grundrechts ist derjenige Bereich zu verstehen, der trotz aller Eingriffe bestehen bleiben muß<sup>98</sup>.

### *a) Bestimmung des Wesensgehaltes der Koalitionsfreiheit*

In einer freiheitlichen Gesellschaft die Tarifautonomie als ein Eigenwert zu sehen, der zur Verwirklichung des Allgemeinwohls dient<sup>99</sup>. Eine Aufhebung des § 77 III BetrVG kommt dann nur in Betracht, wenn den Tarifvertragsparteien genügend Durchsetzungskraft für ihre eigenen Regelungen behalten<sup>100</sup>. Die Koalitionen müssen also die Möglichkeit dazu haben, ihr Grundrecht effizient wahrzunehmen, wozu insbesondere die Vertragsfreiheit auf kollektiver Ebene gehört und dürfen darauf beschränkt werden, bloße Leitlinien in der Tarifaufeinanderersetzung zu geben<sup>101</sup>. Der Gesetzgeber kann also Zuständigkeitserweiterungen für die Tarifvertragsparteien vornehmen, aber keine grundsätzliche Verschiebung<sup>102</sup>.

### *b) Antastung des Wesensgehaltes*

Fraglich ist, ob der Wesensgehalt durch die Öffnung angetastet wurde.

#### *aa) allgemeine Öffnung*

Durch eine umfassende Öffnung würde die Tarifautonomie vom Gesetzgeber ausgehöhlt. Solch eine Klausel stellt die Unabdingbarkeit des Tarifvertrages vollständig zur Disposition und ist daher abzulehnen<sup>103</sup>. Eine allgemeine Öffnung würde den Wesensgehalt berühren.

#### *bb) Notfallöffnung*

Bei einer Notfallöffnung wird die Rolle der Tarifvertragsparteien nur in Ausnahmefällen beschnitten, weswegen der Wesensgehalt nicht angetastet wird<sup>104</sup>.

### *c) Ergebnis*

---

<sup>98</sup> Pieroth/Schlink Rn 327.

<sup>99</sup> BAG v. 24.4.1985 AP Nr. 4 zu § 3 BAT (Bl. 262);  
Däubler TVG Rn 352.

<sup>100</sup> Löwisch JZ 1996, 812 (818); Walker ZTR 1997, 193 (200).

<sup>101</sup> BVerfG v. 18.11.1954 BVerfGE 4, 96 (106);  
AK/Kittner Art. 9 III Rn 64; Löwisch JZ 1996, 812 (818);  
Konzen NZA 1995, 913 (919); Junker ZfA 1996, 383 (398).

<sup>102</sup> Wank NJW 1996, 2273 (2275); vgl. Walker ZTR 197, 193 (201).

<sup>103</sup> vgl. Däubler I Rn 225; Wiedemann FS Stahlhacke S. 675 (682);  
Hueck/Nipperdey II/1 § 13 VII 2 b (S. 232); Kempen RdA 1994, 140 (141).

<sup>104</sup> vgl. Henssler ZfA 1994, 487 (511); Kissel NZA 1995, 1 (5);  
Konzen NZA 1995, 913 (919); Walker ZfA 1996, 353 (371).

Durch eine bloße Notfallöffnung wird der Wesensgehalt der Koalitionsfreiheit nicht angetastet. Zu prüfen bleibt daher, ob diese Notfallöffnung aufgrund anderer kollidierender Verfassungsgüter möglich ist.

### **3. Verhältnis der Tarifautonomie zur Betriebsverfassung**

Die Betriebsautonomie ist der Privatautonomie nicht näher als die Tarifautonomie (s. A II 2). Ein Eingriff in die Tarifautonomie ist daher nicht durch den Schutz der Betriebsautonomie zu rechtfertigen.

### **4. Rechtfertigung durch Gemeinwohlbindung der Sozialpartner**

Eine Rechtfertigung eines Eingriffs könnte sich daraus ergeben, daß die Tarifvertragsparteien das Gemeinwohl zu wenig beachteten.

#### *a) Anwendbarkeit der Gemeinwohlbindung*

Eine Gemeinwohlbindung könnte im Widerspruch zum Notstandsartikel des Art. 9 III 3 GG stehen<sup>105</sup>. Allerdings ist dieser Artikel staatspolitisch unerträglich und eignet sich somit nicht zu einer Ableitung<sup>106</sup>. Die abstrakte Aussage, daß Tarifparteien das Gemeinwohl nicht mißachten dürften, wird generell gebilligt<sup>107</sup>. Fraglich ist aber, ob eine Gemeinwohlbindung eine rechtliche Verpflichtung darstellt.

#### *aa) Gemeinwohlbindung bei Lohnforderungen*

Teilweise werden überhöhte Tarifforderungen bereits als gemeinwohlschädlich angesehen, wenn dadurch das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht gestört wird<sup>108</sup>. Besonders bei der Lohnfindung würde dies aber dazu führen, daß die Lohnfindung zu den Gerichten verlagert wird und der Staat aufgrund eines repressiven richterlichen Genehmigungsvorbehalts unter dem Deckmantel des Gemeinwohls in die Tarifautonomie eingreift<sup>109</sup>.

#### *bb) Gemeinwohlbindung zur Beschäftigungsförderung*

Fraglich ist, ob die Tarifvertragsparteien gesetzlich zur Beschäftigungsförderung verpflichtet werden können<sup>110</sup>. Dagegen spricht aber, daß damit ein eklatanter Widerspruch zum Prinzip der freien Einigung zwischen Vertragspartnern vorliegt<sup>111</sup>.

---

<sup>105</sup> Kempen/Zachert Grundlagen Rn 137.

<sup>106</sup> v. Münch/Löwer Art. 9 Rn 89; Gamillscheg § 7 II 1 a (S. 319).

<sup>107</sup> BVerfG v. 18.12.1974 BVerfGE 38, 281 (307);

Wiedemann/Stumpf Einl. Rn 100; Scholz in: HbdStR VI § 151 Rn 32;

Hanau/Adomeit C II 3 b (S. 72); Lohs BB 1996, 1273 (1274);

Gamillscheg § 7 III 1 (S. 317); ; Säcker Gruppenautonomie S. 278.

<sup>108</sup> vgl. Säcker Grundprobleme S. 72; Butzer RdA 1994, 375 (382).

<sup>109</sup> Kempen/Zachert Grundlagen Rn 136; Gamillscheg § 7 III 2 c (S. 321);

Däubler TVG Rn 564; Hanau/Adomeit C II 3 b (S. 72);

MünchArbR/Löwisch § 240 Rn 31; Löwisch/Rieble Grundlagen Rn 39;

vgl. auch BGH v. 14.3.1987 WM 1978, 935.

<sup>110</sup> vgl. dazu Monopolkommission Nr. 204.

<sup>111</sup> Löwisch/Rieble Grundlagen Rn 36; MünchArbR/Löwisch § 239 Rn 84;

*cc) Ergebnis*

Der Begriff des Gemeinwohls ist daher aufgrund der inhaltlichen Weite und Unbestimmtheit in den allermeisten Fällen nicht brauchbar<sup>112</sup>.

*b) Anwendbarkeit in äußerster Mißbrauchssituation*

Eine Gemeinwohlbindung zur Kontrolle der Tarifvertragsparteien kann in äußersten Mißbrauchs- oder Notsituationen zulässig sein <sup>113</sup>. Eine solche Situation liegt heute aber nicht vor.

*c) Ergebnis*

Damit kann der Gesetzgeber nicht aufgrund der Gemeinwohlbindung der Tarifvertragsparteien die Tarifautonomie einschränken.

## **5. Rechtfertigung aus Art. 12 I GG**

Der Eingriff könnte gerechtfertigt sein, wenn die Tarifautonomie aufgrund der Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG eingeschränkt werden kann.

*a) Bestehen einer Eingriffsmöglichkeit*

Eine Eingriffsmöglichkeit kann sich ergeben, wenn der Staat aufgrund des Grundrechts aus Art. 12 I GG einschreiten kann.

*aa) Eingriff zur Beschäftigungsförderung*

Fraglich ist, ob der Staat zum Zwecke der Beschäftigungsförderung in die Tarifautonomie eingreifen darf. Die Deregulierungskommission sieht in dem geltenden Tarifvertragswesen keine Chance für die Arbeitslosen und fordert daher vom Gesetzgeber, daß wenigstens das Individualrecht auf eine Erwerbschance gesichert werden muß<sup>114</sup>. Grundsätzlich hat der Staat aber nur eine allgemeine Schutzpflicht zur Sicherung der objektiven Grundrechtsordnung, es besteht jedoch kein Teilhaberecht des Einzelnen auf Beschaffung oder Sicherung eines Arbeitsplatzes<sup>115</sup>. Ein Eingriff zur Beschäftigungsförderung bzw. zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit kann aber durch das Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 III begründet sein<sup>116</sup>. Damit ist der Gesetzgeber gem. Art. 12 I GG i.V.m. Art. 20 III GG berechtigt sein, zum Zweck der Beschäftigungsförderung in die Tarifautonomie einzugreifen.

---

Walker ZTR 1997, 193 (201).

<sup>112</sup> vgl. BAG v. 29.1.1986 AP Nr. 115 zu §§ 22, 23 BAT (Bl. 1543); AK/Kittner Art. 9 Rn 65; Söllner S. 144; Biedenkopf S. 65; Däubler I Rn 278; Isensee in HbdStR III § 57 Rn 127; Junker ZfA 1996, 383 (392).

<sup>113</sup> Löwisch/Rieble Grundlagen Rn 39; Wiedemann/Stumpf Einl. Rn 100; MDHS/Scholz Art. 9 Rn 276; Konzen NZA 1995, 913 (914).

<sup>114</sup> Deregulierungskommission S. 145, 149.

<sup>115</sup> BVerfG v. 24.4.1991 NJW 1991, 1667; v.Münch/Gubelt Art. 12 Rn 25.

<sup>116</sup> BVerfG v. 4.4.1967 BVerfGE 21, 245 (251); MDHS/Scholz Art. 12 Rn 45; Friauf NZA 1985, 513 (514); Butzer RdA 1994, 375 (382).

*bb) Berufsfreiheit des Arbeitgebers*

Ferner könnte die Tarifautonomie auch in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers eingreifen. Grundsätzlich muß der Arbeitgeber Eingriffe durch den Tarifvertrag zwar dulden, aber die Kartellwirkung des Tarifvertrags verliert ihre Berechtigung, wenn sie den unterworfenen Unternehmer in seiner Existenz beeinträchtigt<sup>117</sup>. In diesem Fall hat parallel zu § 13 GWB die Durchsetzung der Wettbewerbsfreiheit Vorrang gegenüber der Wettbewerbsbeschränkung<sup>118</sup>.

*cc) Ergebnis*

Sowohl unter dem Gesichtspunkt der Beschäftigungsförderung gem. Art. 20 III i.V.m. Art. 12 I GG als auch der Berufsfreiheit des Arbeitgebers gem. Art. 12 I GG kann der Gesetzgeber in die Tarifautonomie eingreifen. Ein Eingriffsmöglichkeit ist also gegeben. Die Tarifautonomie kann also gemäß den Grundsätzen der praktischen Konkordanz eingeschränkt werden. Die praktische Konkordanz hat zum Ziel, alle Verfassungsgüter zu optimaler Wirksamkeit zu verhelfen<sup>119</sup>. Der Eingriff ist also gerechtfertigt, wenn er geeignet, erforderlich und angemessen ist.

*b) Geeignetheit des Eingriffs*

Geeignet ist ein gesetzgeberisches Mittel, wenn es den zu erzielenden Zweck fördert<sup>120</sup>. An der Geeignetheit einer Öffnungsklausel bestehen unter mehreren Gesichtspunkten Bedenken.

*aa) "Betriebsegoismus"*

Fraglich ist schon, ob durch die Verlagerung der Kompetenzen auf die Betriebsebene überhaupt der Beschäftigungsförderung dient. Bedenken bestehen deshalb, weil der Betriebsrat immer Rücksicht auf seine Wählerschaft zu nehmen hat. Daher können höchstens die vorhandenen Arbeitsplätze im Betrieb gesichert werden, nicht aber neue gefördert werden, so daß durch den Betriebsrat gerade die Arbeitslosen nicht berücksichtigt werden<sup>121</sup>. Eine abweichende Betriebsvereinbarung kann somit nur ein Mittel zur Beschäftigungssicherung oder zur Rettung der Betriebsexistenz sein. Aufgaben der Beschäftigungsförderung können dagegen nicht auf Betriebsparteien delegiert werden, sondern sind weiterhin von den Sozialpartnern und der Politik zu gewährleisten.

*bb) mangelnde Akzeptanz durch Gewerkschaften*

Bedenken bestehen auch bezüglich der Wirkung einer Öffnungsklausel.

α) Eine Öffnungsklausel könnte die Gewerkschaften von jeder lohnpolitischen Zurückhaltung entbinden und somit zu einer tendenziellen

---

<sup>117</sup> Löwisch NJW 1997, 905 (906).

<sup>118</sup> Löwisch NJW 1997, 905 (906); ähnlich Rieble Arbeitsmarkt Rn 1565 ff.

<sup>119</sup> Hesse Rn 72; v.Münch vor Art. 1 Rn 47.

<sup>120</sup> Pieroth/Schlink Rn 304; v.Münch vor Art. 1 Rn 55.

<sup>121</sup> Richardi 61. DJT S. B 1 (B 19); Neumann RdA 1990, 257 (261); Seitel S. 381; Wendeling-Schröder 61. DJT S. K 9 (K 15).

Steigung der Tariflöhne führen, was gerade zu Lasten der Grenzanbieter ginge<sup>122</sup>. Auch die Arbeitgeberseite könnte geschwächt werden, da sie aufgrund der Möglichkeit einer Zusatzvereinbarung weniger kampfbereit sein würde<sup>123</sup>. Im Ergebnis würden dann die Tariflöhne noch weniger Mindestarbeitsbedingungen sein.

β) Ferner besteht die Gefahr, daß Öffnungsklauseln, die gegen die Gewerkschaft durchgesetzt werden, an mangelnder Akzeptanz leiden und somit die betriebliche Durchsetzung erschwert wird<sup>124</sup>.

#### *cc) Ungeklärte Friedenspflicht*

Ungeklärt ist, ob bei allgemeinen Öffnungsklauseln ein Abweichen vom Tarifvertrag auch eine Aufgabe der Friedenspflicht gem. § 74 II 1 BetrVG zur Folge hat. Diese Pflicht verbietet jede gegen den anderen Betriebspartner gerichtete Störung des Betriebsfriedens<sup>125</sup>. Durch eine Öffnungsklausel aber können sich lohnpolitische Konflikte in die Betriebe verlagern und dort zu einer Störung des Betriebsfriedens führen<sup>126</sup>. Die durch eine Betriebsvereinbarung abgeänderten Tarifnormen würden nach einer Öffnung nicht mehr gelten, so daß ein erstreikbarer Firmentarifvertrag möglich wäre, während ein Bestehenbleiben der Friedenspflicht zu einem indirekten Streikverbot führen würde<sup>127</sup>.

#### *dd) Ergebnis*

Gegen eine Öffnungsklausel bestehen unter dem Gesichtspunkt der Geeignetheit einige Bedenken. Diese Bedenken reduzieren sich jedoch, wenn eine Öffnung nur in seltenen Ausnahmefällen vorgenommen wird.

#### *c) Erforderlichkeit der Einschränkung*

Eine Einschränkung ist nur dann erforderlich, wenn es kein milderes Mittel gibt, um denselben Zweck zu erzielen<sup>128</sup>. Erforderlichkeit liegt besonders dann vor, wenn es ansonsten zu einer erheblichen Störung der sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens kommt<sup>129</sup>. Daher sind hier andere mögliche Maßnahmen als Öffnungsklauseln zu beurteilen.

#### *aa) außerordentliche Kündigung*

Möglicherweise kann der Tarifvertrag außerordentlich gekündigt werden. Grundsätzlich besteht dazu in schwierigen wirtschaftlichen Situa-

---

<sup>122</sup> Seitel S. 469; Lieb NZA 1994, 289 (291); Zachert RdA 1996, 140 (151); Müller/Seifert WSI-Mitt. 1991, 489 (494); Walker ZTR 1997, 193 (197); Rosdächer WSI-Mitt. 1997, 459 (463); Henssler ZfA 1994, 487 (512).

<sup>123</sup> Junker ZfA 1996, 383 (413).

<sup>124</sup> Rosdächer WSI-Mitt. 1997, 459 (463); Seitel S. 467.

<sup>125</sup> Löwisch BetrVG § 74 Rn 5; Hess/Schlochauer/Glaubitz § 74 Rn 11.

<sup>126</sup> Waltermann RdA 1996, 129 (133); Pfarr in: Hromadka S. 127 (136).

<sup>127</sup> dazu Hanau GMH 1994, 129 (147); Zachert AuR 1993, 97 (101); Kempen ArbRGgw 30, 97 (120/121); vgl. auch Kissel NZA 1986, 73 (79).

<sup>128</sup> Pieroth/Schlink Rn 306; v.Münch/Löwer vor Art. 1 Rn 55.

<sup>129</sup> BVerfG v. 18.11.1954 BVerfGE 4, 96 (108); Wagner DB 1992, 2550 (2554).

tionen die Möglichkeit<sup>130</sup>. Anwendung finden kann die außerordentliche Kündigung aber nur bei völliger Unzumutbarkeit<sup>131</sup>. Problematisch ist ferner, daß bei der Ermittlung der Unzumutbarkeit nicht auf den einzelnen Normunterworfenen, sondern vielmehr auf den Verband abgestellt wird<sup>132</sup>. Selbst wenn man, wie teilweise vorgeschlagen, auch dem einzelnen Arbeitgeber ein Kündigungsrecht zubilligt, ist noch eine betriebliche Änderungskündigung erforderlich, die bei einer Notfallöffnung entfällt<sup>133</sup>. Damit ist die außerordentliche Kündigung kein milderes Mittel.

*bb) Austritt aus dem Arbeitgeberverband*

Ferner wird argumentiert, daß auch der Arbeitgeber freiwillig entscheiden kann, ob er tarifgebunden sein will oder nicht<sup>134</sup>. Aufgrund der langen Austrittsfristen und der Fortwirkung der Tarifvertragsnormen gem. § 3 III TVG kann dieses Mittel in Notsituationen aber nicht greifen.

*cc) stärkerer Appell an Tarifvertragsparteien*

Ein milderes Mittel kann aber darin bestehen, die Tarifvertragsparteien stärker in die Pflicht zu nehmen<sup>135</sup>. Das geltende Tarifvertragsrecht bietet z.B. durch Öffnungsklauseln oder Firmentarifverträge, genügend Möglichkeiten zur Flexibilisierung, so daß ein Einschreiten des Gesetzgebers nicht erforderlich ist<sup>136</sup>. Insgesamt ist die künftige Gestaltungsaufgabe damit keine Frage des Tarifrechts, sondern der Tarifpolitik<sup>137</sup>. Verschiedene Tarifabschlüsse, insbesondere in der Chemie-, Textil- und Baubranche, sind ein Beleg dafür, daß die Tarifpolitik noch handlungsfähig ist. Wenn die Verbände diese Aufgaben weiterhin wirksam wahrnehmen sollen, darf die Tarifautonomie aber nicht geschwächt werden, sondern ist vielmehr zu stärken<sup>138</sup>. Diese Erkenntnis wird grundsätzlich auch von den Arbeitgebern geteilt<sup>139</sup>. Der Appell an die Tarifvertragsparteien ist somit ein milderes Mittel.

*dd) Ergebnis*

---

<sup>130</sup> Hanau RdA 1991, 1 (5); Wendeling-Schröder WSI-Mitt. 1997, 90 (96).

<sup>131</sup> BAG v. 5.3.1953 AP Nr. 1 zu § 1 TVG Rückwirkung;  
BAG v. 18.6.1997 NZA 1997, 1234 (1236);  
Wiedemann/Stumpf § 4 Rn 28; Oetker RdA 1995, 82 (94).

<sup>132</sup> Henssler ZfA 1994, 487 (492); Oetker RdA 1995, 82 (95);  
Löwisch NJW 1997, 905 (907).

<sup>133</sup> Löwisch NJW 1997, 905 (911).

<sup>134</sup> vgl. Hanau RdA 1993, 1 (10).

<sup>135</sup> Seitel S. 480; Rieble Arbeitsmarkt Rn 44; Löwisch NJW 1997, 905 (906).

<sup>136</sup> Walker ZfA 1996, 353 (381); Zachert RdA 1996, 140 (151);  
Wendeling-Schröder, 61. DJT S. K 13; Heinze NZA 1997, 1 (8);  
Waltermann RdA 1996, 129 (139); Pfarr in: Hromadka S. 127 (133).

<sup>137</sup> Hromadka FS Wlotzke S. 333 (336); Löwisch JZ 1996, 812 (821);  
Waltermann RdA 1996, 129 (133).; Wirmer in: Hromadka S. 139 (149).

<sup>138</sup> Wirmer in: Hromadka S. 139 (149); Pfarr in: Hromadka S. 127 (137).

<sup>139</sup> Reß (Leiter der Tarifabteilung des BDA) in: Handelsblatt v. 27.10.1997 S. 3;  
Wirth AuA 1997, 109 (111).

Ein gesetzlicher Eingriff ist also aufgrund der bestehenden Flexibilität eigentlich nicht erforderlich. Sollten die Tarifvertragsparteien allerdings in Zukunft Aufgaben der Beschäftigungsförderung vernachlässigen, kann eine solche Öffnungsklausel für einen Notfall Gültigkeit besitzen. Für diesen Fall sind aber noch nähere materiell-rechtliche Ausprägungen zu entwickeln.

## **6. Rechtspolitische Überlegungen**

Für die Erforderlichkeit einer Öffnungsklausel spricht, daß in vielen Fällen Betriebsvereinbarungen abgeschlossen wurden, die unterhalb des Tarifniveaus liegen (s. 1. Teil). Wenn man mit Hegel davon ausgeht, daß das tatsächliche auch vernünftig ist, besteht ein Bedürfnis der Wirtschaft, den Tarifverträgen zu entkommen<sup>140</sup>. Außerdem stehen der Gewerkschaft zur Beseitigung dieses gesetzwidrigen Zustands keine Mittel zur Verfügung, da die Rspr. weder eine Klage auf Erfüllung tarifvertraglicher Ansprüche zugunsten der Arbeitnehmer noch eine Feststellungsklage zuläßt<sup>141</sup>. In einem solchen Fall ist es aber angebracht, ein gesetzeskonformes Verfahren zu wählen, das die Interessen beider Parteien berücksichtigt, als auf Dauer einen gesetzeswidrigen Zustand hinzunehmen. Vom Gesetzgeber ist zu entscheiden, ob er eine gesetzliche Härtefallklausel wählt oder aber die Rechtsschutzmöglichkeit gegen solche absenkenden Betriebsvereinbarungen verbessert.

## **C. Anforderungen an eine Härtefallklausel unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit**

Sollte eine Härtefallklausel aufgrund des Versagens der Tarifparteien erforderlich werden, oder der Gesetzgeber sich aufgrund der Nichtbeachtung des § 77 III BetrVG zu einer Neuregelung entschließen, muß diese Klausel verfassungsrechtlichen Vorgaben genügen. Insbesondere muß sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Im folgenden sind diese Voraussetzungen zu entwickeln.

### **I. Voraussetzungen des Eingriffs einer Härtefallklausel**

Zu untersuchen ist, unter welchen Voraussetzungen eine Notfallklausel eingreifen kann.

---

<sup>140</sup> so Ehmann/Schmidt NZA 1995, 193 (203); Reuter ZfA 1995, 1 (65); vgl. Buchner FS Kissel S. 97 (99); Wagner DB 1992, 2550 (2551).

<sup>141</sup> BAG v. 8.11.1957 AP Nr. 7 zu § 256 ZPO;  
BAG v. 8.2.1963 AP Nr. 42 zu § 256 ZPO;  
Wendeling-Schröder WSI-Mitt. 1997, 90 (96); Hanau GMH 1994, 129 (138).

## 1. Schnelle Entscheidungsfindung

Die Interessendivergenzen zwischen dem Arbeitgeber, der möglichst frühzeitig daran interessiert ist, den Tariflohn zu unterschreiten, und den Arbeitnehmern, die möglichst lange die tarifliche Vergütung erhalten wollen, sprechen eher gegen eine einvernehmliche Einigung über das Vorliegen einer Notfallklausel<sup>142</sup>. Eine tatsächliche Entlastung der Betriebe ist jedoch nur möglich, wenn der Begriff des Notfalls schnell und eindeutig geklärt werden kann<sup>143</sup>. Daher ist ein zügiges und den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügendes Verfahren zu finden, um Rechtssicherheit zu erlangen. Unter dieser Prämisse sind die verschiedenen Verfahrensvorschläge zu bewerten.

## 2. Einzelne Feststellungsmethoden

Hier ist zu untersuchen, welche Feststellungsmöglichkeiten praktikabel sind und verfassungsrechtliche Vorgaben erfüllen.

### a) Gesetzliche Definition eines Notfalls

In Betracht kommt eine gesetzliche Definition eines Notfalls.

#### aa) Nähe zur Insolvenz

Teilweise werden Härteklauseln nur dann für anwendbar gehalten, wenn der Betrieb sich in unmittelbarer Nähe zur Insolvenz befindet<sup>144</sup>. Dagegen spricht, daß dann das Unternehmen schon zu schwerwiegend geschädigt sein kann, und die Härteklausel keinen Erfolg mehr verspricht. Daher ist ein Notfall bereits dann gegeben, wenn erhebliche Teile der Belegschaft ihren Arbeitsplatz zu verlieren drohen<sup>145</sup>.

#### bb) Definition aus § 7 I BetrAVG

Die Deregulierungskommission will dabei auf den Notfallbegriff gem. § 7 I BetrAVG abstellen<sup>146</sup>. Danach besteht eine Notlage nur, wenn sie durch ein rechtskräftiges Urteil festgestellt ist. Gegen diese Methode ist einzuwenden, daß die Konflikte auf die Rechtsprechung verlagert werden<sup>147</sup>. Im Interesse einer schnellen Lösung ist dieses jedoch nicht sinnvoll. Außerdem könnte eine solche gesetzliche Festlegung schwer Rücksicht auf die Besonderheiten eines Betriebs nehmen. Eine gesetzliche Definition der Notlage ist somit abzulehnen.

### b) Festlegung durch eine überbetriebliche Instanz

---

<sup>142</sup> Rosdächer WSI-Mitt. 1997, 459 (465);  
vgl. auch Hromadka FS Wlotzke S. 333 (346).

<sup>143</sup> Lieb NZA 1994, 289 (291); Hanau RdA 1993, 1 (3).

<sup>144</sup> Heinze NZA 1995, 5 (7).

<sup>145</sup> so auch der Beschluß des 61. DJT S. K 69, Beschluß 3.

<sup>146</sup> Deregulierungskommission S. 149.

<sup>147</sup> Hromadka FS Wlotzke S. 333 (346); Löwisch JZ 1996, 812 (820);  
Lieb NZA 1994, 289 (291); Müller AuR 1992, 257 (259).

Teilweise wird vorgeschlagen, die Notfallage durch eine überbetriebliche Instanz feststellen zu lassen<sup>148</sup>.

*aa) Bedenken gegen Schlichtungsstelle*

Bedenken bestehen, ob die Schlichtung tarifvertraglicher Konflikte durch eine Einigungsstelle überhaupt mit der Tarifautonomie vereinbar ist. Grundsätzlich haben die Koalitionen das Recht zu einer autonomen Regelung des Lohnfindungsprozesses<sup>149</sup>. Ferner ist zu beachten, daß sich der Gesetzgeber aufgrund seiner Neutralitätspflicht dem Koalitionsverfahren gegenüber gegen eine Zwangsschlichtung entschieden hat<sup>150</sup>. Es besteht also grundsätzlich ein Verbot von Zwangsschlichtungen bei Auseinandersetzungen tarifpolitischer Art, außer wenn tarifpolitische Streitigkeiten in grob mißbräuchlicher Weise evident gesamtwirtschaftliche Belange bedrohen<sup>151</sup>. Das ist aber hier nicht anzunehmen.

*bb) Anforderungen an eine Schiedsstelle*

Eine Zwangsschlichtung besteht nicht, wenn Vertreter beider Tarifvertragsparteien dort anwesend sind und zumindest angehört werden<sup>152</sup>. Weitergehender wird gefordert, daß die Tarifvertragsparteien selbst über die Abweichung entscheiden sollten<sup>153</sup>. Auf diese Art und Weise besteht die Gewähr, daß die Tarifvertragsparteien das Verfahren weiterhin autonom gestalten können.

*cc) Ergebnis*

Die Festlegung der Abweichung durch eine Schiedsstelle ist also unproblematisch, wenn die Tarifvertragsparteien selbst über die Abweichung entscheiden. Allerdings könnte der Arbeitgeber durch diese Regelung belastet werden, da er nun praktisch ein weiteres Mal eine Tarifverhandlung führen muß<sup>154</sup>.

*c) Festlegung eines Notfalls durch den Betriebsrat*

---

<sup>148</sup> Deregulierungskommission S. 149.

<sup>149</sup> Wendeling-Schröder WSI-Mitt. 1997, 90 (97);  
Rosdücher WSI-Mitt. 1997, 459 (465); Löwisch/Rieble Grundlagen Rn 43.

<sup>150</sup> vgl. BAG v. 28.1.1955 BAGE 1, 291 (308);  
Bakopoulos S. 69; MünchArbR/Otto § 288 Rn 14; Söllner S. 116;  
Säcker Grundprobleme S. 80; Gamillscheg § 31 2 c (S. 1304).

<sup>151</sup> MDHS/Scholz Art. 9 Rn 285; Gamillscheg § 7 II 2 a (S. 291);  
vgl. Hanau RdA 1993, 1 (3).

<sup>152</sup> Henssler ZfA 1994, 487 (512); Wendeling-Schröder 61. DJT S. K 9 (K 22);  
vgl. Löwisch NJW 1997, 905 (911) These 24.

<sup>153</sup> Hickel/Kurtzke WSI-Mitt. 1997, 98 (111);  
Rosdücher WSI-Mitt. 1997, 459 (465).

<sup>154</sup> vgl. Hromadka FS Wlotzke S. 333 (346).

Schließlich ist es auch möglich, daß der Betriebsrat unter Berücksichtigung der Meinung der Belegschaft die Entscheidung über das Bestehen einer Notfallage trifft.

*aa) Vergleich mit dem Insolvenzverfahren*

Gegen ein solches Quorum spricht aber, daß selbst im Insolvenzverfahren nach § 251 InsO auch eine Minderheit der Belegschaft ein Widerspruchsrecht hat. Eine Öffnungsklausel würde mithin dazu führen, daß die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags im Insolvenzverfahren stärker berücksichtigt würde als in einem gesetzlich nicht näher geregelten Notfall<sup>155</sup>. Unter diesem Gesichtspunkt bestehen Bedenken gegen die Festlegung durch den Betriebsrat.

*bb) Eingriff in individuelle Rechtspositionen*

Zu prüfen ist, ob durch eine Festlegung von Löhnen unterhalb des Tarifniveaus durch die Betriebsparteien ein Eingriff in individuelle Befugnisse der Arbeitnehmer vorliegt. Grundsätzlich können die Betriebsparteien, also Arbeitgeber und Betriebsrat, durch eine Betriebsvereinbarung umfassend die Arbeitsbedingungen in ihrem funktionellen Zuständigkeitsbereich regeln<sup>156</sup>. Allerdings darf eine Betriebsvereinbarung den Arbeitgeber grundsätzlich nicht einseitig begünstigen<sup>157</sup>. Teilweise wird sogar vertreten, daß eine Betriebsvereinbarung als Ersatztarifvertrag die negative Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer verletze, da der Betrieb zu einer beitriftsfreien Zwangsgewerkschaft würde<sup>158</sup>. Hier liegt in jedem Fall eine belastende Betriebsvereinbarung vor.

*bb) Rechtfertigung einer Feststellung durch die Betriebsparteien*

Diese belastende Regelung könnte aber gerechtfertigt sein. Bei der Rechtfertigung sei, wie auch bei Regelungen von Berufsverbänden, auf die Intensität des Eingriffes abzustellen<sup>159</sup>. Hier liegt durch die Regelung des Entgeltbereichs ein erheblicher Eingriff in eine individuelle Rechtsposition vor. Ein solcher Eingriff ist nur dann möglich, wenn die Interessen des Unternehmens gegenüber denen der Arbeitnehmer überwiegen oder die Zielsetzung nur durch die Einbeziehung von Außenstern erreicht werden kann<sup>160</sup>. In einer Notfallage kann das Interesse

---

<sup>155</sup> Hanau RdA 1993, 1 (8/9); Wendeling-Schröder WSI-Mitt. 1997, 90 (96).

<sup>156</sup> vgl. BAG v. 18.8.1987 AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972; DKK/Berg § 77 Rn 37; FKHE § 77 Rn 30; Weiss/Weyand § 77 Rn 9; MünchArbR/Matthes § 318 Rn 51; Hromadka NZA 1996, 1233 (1235).

<sup>157</sup> BAG v. 5.3.1959 BAGE 7, 280 (281); Dietz/Richardi § 77 Rn 89; Galperin/Löwisch § 77 Rn 47; Hromadka NZA 1996, 1233 (1234); Waltermann NZA 1996, 357 (362).

<sup>158</sup> zu tarifvertraglicher Öffnung: Heinze NZA 1997, 1 (5); Richardi Kollektivgewalt S. 313; Waltermann RdA 1996, 129 (134).

<sup>159</sup> dazu BVerfG v. 14.7.1987 BVerfGE 76, 171 (184); Waltermann NZA 1996, 357 (362); vgl. Hromadka NZA 1996, 1233 (1236).

<sup>160</sup> Hromadka NZA 1996, 1233 (1236); vgl. Zichert AuR 1995, 1 (8).

des Arbeitgeber die Interessen der Arbeitnehmer überwiegen (s. B III 5 a bb). Ein Eingriff mittels belastender Betriebsvereinbarung ist möglich.

*cc) Voraussetzungen an die Feststellung durch die Betriebsparteien*

Wie bereits oben festgestellt, leidet der Betriebsrat unter einer mangelnden demokratischen Legitimation (s. A 2 b bb). Nur die Arbeitnehmer selbst können kraft ihrer durch Art. 12 I GG geschützten Befugnisse über eine Abweichung vom Tariflohn entscheiden (s. A 2 b aa). Daher ist zusätzlich zu der Feststellung durch den Betriebsrat die Zustimmung der Arbeitnehmer erforderlich<sup>161</sup>. Damit würde praktisch eine Änderungskündigung vorliegen. In einer Notfalllage ist aber gerade ein schnelles Handeln erforderlich. Daher ist nicht die Zustimmung aller Arbeitnehmer zu fordern, vielmehr dürfte ein Quorum von etwa 75% der Arbeitnehmer ausreichen<sup>162</sup>. Dann besteht zumindest die Vermutung, daß im überwiegenden Interesse des Unternehmens gehandelt wurde und somit eine Rechtfertigung für die belastende Vereinbarung vorliegt<sup>163</sup>. Da durch diese Art der Festlegung nur eine Vermutung für die Rechtfertigung des Eingriffs besteht, ist der Rechtsschutz für die Minderheit nicht ausgeschlossen, sondern nur erschwert.

*dd) Ergebnis*

Auch eine Feststellung der Notfalllage durch den Betriebsrat unter Zustimmung der Arbeitnehmer ist möglich. Dabei ist nicht die Zustimmung aller Arbeitnehmer erforderlich, sondern nur ein Quorum, das bei 75% der Beschäftigten liegen sollte.

## **II. Weitere sachliche Voraussetzungen**

Ferner könnten auch weitere Voraussetzungen erforderlich sein, damit die Regelung angemessen ist.

### **1. Konzept zur Unternehmenssanierung**

Zu prüfen ist, ob die Öffnung nur bei weiteren Maßnahmen des Unternehmens wirksam wird. Durch Lohnpolitik allein kann eine Sanierung des bedrohten Unternehmens kaum möglich sein<sup>164</sup>. Zu berücksichtigen ist auch, daß die Herstellung einer Konkurrenzfähigkeit über niedrigerer Löhne eigentlich eine Subventionierung des Unternehmens durch die Beschäftigten darstellt. Unklar ist daher, warum gerade die Beschäftigten Sonderleistungen erbringen müssen, während ein billigerer Roh-

---

<sup>161</sup> Konzen NZA 1995, 913 (919) ; Walker ZTR 1997, 193 (197); Hromadka NZA 1996, 1233 (1238).

<sup>162</sup> Hromadka NZA 1996, 1233 (1239); vgl. Konzen NZA 1995, 913 (919).

<sup>163</sup> Hromadka NZA 1996, 1233 (1236).

<sup>164</sup> vgl. Hickel/Kurtzke WSI-Mitt. 1997, 98 (107).

stoffeinkauf nicht möglich ist<sup>165</sup>. Wenn der Tarifvertrag aufgrund der Kampfparität grundsätzlich angemessen ist und nur einzelne Betriebe den Tariflohn nicht zahlen können, hat der Tarifvertrag auch die Funktion, die schwächeren Unternehmen aus dem Markt zu drängen<sup>166</sup>. Eine Unterschreitung des Tariflohnes kann also nur sinnvoll sein, wenn ein Konzept zur Unternehmenssanierung vorgelegt werden kann, oder zumindest die Unterschreitung des Tariflohns die letzte mögliche Maßnahme ist, nachdem andere Mittel, wie ein Widerruf übertariflicher Leistungen oder die Anpassung der Altersversorgung, versagt haben<sup>167</sup>.

## **2. Zeitliche Dauer**

Eine untertarifliche Bezahlung muß ferner auf eine gewisse Zeit beschränkt werden, damit kein Tarifvertrag zweiter Klasse entsteht<sup>168</sup>. Um die Tarifvertragsparteien nicht von der Regelung der Arbeitsbedingungen in bestimmten Betrieben auszuschließen, ist bei der Notwendigkeit einer längerfristiger Abweichung ein Haustarifvertrag abzuschließen<sup>169</sup>.

## **III. Ergebnis**

Eine Unterschreitung des Tariflohnes ist im Notfall möglich. Dabei müssen entweder die Tarifvertragsparteien selbst über die Abweichung entscheiden, oder der Betriebsrat unter Zustimmung von 75% der Belegschaft den Notfall festlegen. Ferner muß die untertarifliche Bezahlung befristet sein und außer der Lohnkürzung auch weitere Maßnahmen zur Unternehmenssanierung getroffen werden.

## **C. Andere Rechtsverstöße**

### **I. Eingriff in Art. 14 I GG**

Eine gesetzliche Öffnungsklausel könnte gegen Art. 14 I GG verstoßen, wenn dadurch in durch den Tarifvertrag geschützte Eigentums-

---

<sup>165</sup> Pfarr in: Hromadka S. 127 (132); Lieb NZA 1994, 289 (29).

<sup>166</sup> Heinze NZA 1995, 5 (6); Wank NJW 1996, 2273 (2281);  
vgl. Bahnmüller/Bispinck in: Bispinck S. 137 (149).

<sup>167</sup> Hickel/Kurtzke WSI-Mitt. 1997, 98 (111); Löwisch NJW 1997, 905 (908).

<sup>168</sup> Hromadka FS Wlotzke S. 333 (346); Henssler ZfA 1994, 487 (505);  
vgl. auch den Beschluß des 61. DJT S. K 69.

<sup>169</sup> Hromadka FS Wlotzke S. 333 (347).

positionen eingegriffen würde<sup>170</sup>. Die Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit gem. § 87 I Nr. 3 BetrVG beweist jedoch, daß in Krisenzeiten eine Abweichung durch eine förmliche und absenkende Betriebsvereinbarung möglich ist<sup>171</sup>. Ein Eingriff in Art. 14 I GG liegt also nicht vor.

## **II. Verstoß gegen völkerrechtliche Abkommen**

Ferner wird geltend gemacht, daß eine Öffnung des Tarifvertrags gegen Art. 5 des ILO-Abkommens Nr. 135 verstoße<sup>172</sup>. Das ist allerdings nur dann der Fall, wenn die Betriebsparteien gänzlich die Aufgaben der Gewerkschaft übernehmen<sup>173</sup>. Durch eine Härteklausele wird jedoch nur eine Notzuständigkeit begründet, die diese Gefahr ausschließt. Damit ist Art. 5 des ILO-Abkommens Nr. 135 nicht verletzt.

## **III. Ergebnis**

Eine gesetzliche Öffnungsklausel verstößt nicht gegen weitere Rechtsvorschriften.

## **4. Teil: Fazit**

Eine allgemeine Öffnungsklausel verstößt gegen Art. 9 III GG und ist daher auch de lege ferenda nicht möglich.

Eine Härtefallklausel ist unter engen Voraussetzungen zulässig, wenn die Tarifvertragsparteien in einem Schiedsverfahren beteiligt werden oder der Härtefall durch den Betriebsrat unter Zustimmung des größten Teils der Arbeitnehmer festgestellt wird.

Zunächst ist aber nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erforderlich, an die Sozialpartner zu appellieren, die Beschäftigungskrise aus eigenem Antrieb mit den bestehenden Möglichkeiten des Tarifrechts zu lösen. Aufgrund der Bereitschaft zu mehr Flexibilisierung bei den Verbänden ist diese Hoffnung auch nicht unbegründet.

Offen bleibt die Frage, wie gegen die gesetzeswidrigen Betriebsvereinbarungen vorgegangen werden kann. Statt der Duldung eines offenen

---

<sup>170</sup> erwägt bei Hanau RdA 1993, 1 (2); dazu auch Wagner DB 1992, 2550 (2551).

<sup>171</sup> BAG v. 15.12.1961 AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit (Bl. 1499);  
BAG v. 14.2.1991 AP Nr. 4 § 615 BGB Kurzarbeit (Bl. 150);  
Vollmer DB 1982, 1670 (1672); Hromadka NZA 1996, 1233 (1235).

<sup>172</sup> Hanau RdA 1993, 1 (7).

<sup>173</sup> Reuter ZfA 1995, 1 (60).

Rechtsbruchs ist entweder eine Legalisierung in Form einer gesetzlichen Öffnungsmöglichkeit oder aber die Einführung eines ausreichenden Rechtsschutzes zu empfehlen.