

THOMAS DIETERICH

Die betriebliche Mitbestimmung im Zusammenspiel mit der Tarifautonomie

I. Einleitung

Ich soll das schwierige, komplizierte und umstrittene Verhältnis beschreiben, das zwischen zwei unterschiedlichen Systemen des kollektiven Interessenausgleichs besteht: Der Tarifautonomie und der betrieblichen Mitbestimmung, die man auch als Betriebsautonomie bezeichnen kann. Die Veranstalter haben vorgeschlagen, von einem „Zusammenspiel“ zu sprechen. Das ist aber ein ziemlich irreführender Euphemismus. Man denkt da ja unwillkürlich an so etwas wie ein „gemischtes Doppel“ oder einen Staffellauf. Die Realität ist weit weniger harmonisch. Sucht man aber nach einem passenderen Etikett, stößt man auf ein Methodenproblem. Dazu muss man sich nämlich auf einen bestimmten Blickwinkel festlegen. Drei verschiedene Perspektiven ergeben höchst unterschiedliche Bilder und Bewertungen. Da ist zunächst das Idealbild des Gesetzgebers, wie es sich dem unbefangenen Betrachter bei der Lektüre des Tarifvertragsgesetzes und des Betriebsverfassungsgesetzes darstellt. In der Tarif- und Betriebspraxis hat sich aber unter dem Druck der Verhältnisse nach und nach ein sehr viel bunteres und verworreneres Bild entwickelt, das der Gesetzgeber mit Sicherheit so nicht erwartet hatte. Und schließlich ist von einer lebhaften rechtspolitischen Diskussion zu berichten, die sich an einem Wunschbild orientiert und eine grundlegende Veränderung des geltenden Rechts fordert. Lassen Sie mich diese drei Bilder eins nach dem anderen vorstellen, gleichsam als Stufen einer Problementwicklung.

II. Das Konzept der Gesetzgebung

Wer sich unserem Thema nähert, indem er sich zunächst auf das Studium der Gesetze beschränkt, findet dort zwei scharf abgegrenzte Systeme der kollektiven Interessenwahrnehmung und Regelung, die sich in fast jeder Beziehung grundsätzlich unterscheiden: nämlich in ihrem Einigungsverfahren, ihrer Legitimationsgrundlage und in ihrer Wirkungsweise.

Auf der einen Seite steht das privatautonome System der Tarifautonomie, das aus dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG) abgeleitet wurde und deshalb durch Staatsferne gekennzeichnet ist. Gesetzgebung und Rechtsprechung sind zwar

von Verfassungswegen verpflichtet, ein funktionstaugliches Tarifvertragsrecht bereitzustellen und zu sichern¹, aber dessen Realisierung ist allein Sache der Tarifvertragsparteien. Ihnen bleibt es überlassen, wie sie durch geeignete organisations- und tarifpolitische Konzepte einen Mitgliederbestand erwerben und erhalten, der ausreicht, um ihre Interessen durchzusetzen – notfalls mit Druck und Gegendruck im Arbeitskampf. Eine Zwangsschlichtung findet nicht statt. Verhandlungsergebnisse sind auch im Prinzip nur für die beiderseitige Mitgliedschaft verbindlich, weil die Legitimationsgrundlage nicht weiter reicht (mit kleinen Ausnahmen und Auslaufristen²). Das ganze System ist vertragsrechtlich konzipiert und wird daher mit Recht als kollektive Privatautonomie bezeichnet³.

Im Gegensatz dazu ist die betriebliche Mitbestimmung ein Produkt staatlicher Rechtsgestaltung, das demokratische Prinzipien in das Privatrecht einführt. Der Betriebsrat vertritt als gewählter Repräsentant die ganze Belegschaft mit demokratischer Legitimation in den Grenzen gesetzlich geregelter Kompetenzen und Verhaltenspflichten. Dieser gesetzliche Rahmen ist nicht verhandelbar. Der angestrebte Interessenausgleich darf auch nicht mit Kampfmitteln erzwungen werden, sondern nur in vertrauensvollem Zusammenwirken zustande kommen (§ 2 I, § 74 I und II BetrVG). Dafür stellt der Gesetzgeber ein Einigungsstellenverfahren zur Verfügung, das im Kompetenzbereich der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten als Zwangsschlichtung wirkt (§ 76 BetrVG). Insgesamt ein stark reguliertes, wirtschaftsfriedliches Modell mit bürokratischen Strukturen.

Dieser zugespitzte Vergleich der beiden Systeme macht deutlich, dass ihre Vereinbarkeit keineswegs ganz unproblematisch ist. Die betriebliche Mitbestimmung erweist sich als Eingriff in die durch Art. 9 III GG gewährleistete Tarifautonomie. Ist dieser Eingriff denn gerechtfertigt? Das hängt von der Intensität des Eingriffs ab, genauer: von den Möglichkeiten einer sinnvollen Verzahnung der Systeme. Vor allem stellt sich die Frage, ob die beiderseitigen Akteure überhaupt ausreichenden Anlass und Spielraum zur Kooperation haben.

Der Gesetzgeber hat diese Probleme ansatzweise erkannt. Im Betriebsverfassungsgesetz finden sich dazu einige sehr knappe und auslegungsbedürftige Regelungen. Dabei steht der Schutz der Tarifautonomie ganz im Vordergrund. Tariflichen Regelungen wird grundsätzlich der Vorrang eingeräumt. Erzwingbare Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten gibt es nur, soweit keine tarifliche Regelung besteht (§ 87 Abs. 1, Halbs. 1 BetrVG). Das spezielle Gestaltungsmittel der Betriebsvereinbarung ist sogar generell gesperrt, soweit Arbeitsbedingungen in Tarifverträgen geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden (§ 77 III BetrVG). Das gilt sogar in Betrieben, die gar nicht tarifgebunden sind. Immerhin sind dem Betriebsrat nach der Rechtsprechung die Hände nicht völlig gebunden. Freiwillige Reglungsabsprachen bleiben ihm unbe-

¹ St. Rsp. seit BVerfG 18.11.1954 E 4,96,104 = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG unter C II b) aa).

² Z. B. bei betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen (§ 3 II TVG) sowie im Nachgeltungszeitraum (§ 3 III TVG). Die Allgemeinverbindlicherklärung ist hingegen staatliche Rechtsgestaltung.

³ Henssler, ZfA 1988, 1, 21; Junker, ZfA 1996, 383, 392; Rieble ZfA 2000, 5 ff.; Kempen/Zachert, TVG, Grundl. Rn. 60; Däubler/Schieck, TVG Einl. Rn. 188; ErfK/Dieterich, GG Art. 9 Rn. 54 f.

nommen⁴ und kennzeichnen ja auch normalerweise die Umgangsformen vertrauensvoller Zusammenarbeit. Dennoch erscheint der Tarifvorrang zunächst so dominant, dass hier eher der Eindruck einer Mauer als der einer Brücke entsteht.

Zum Glück hat der Gesetzgeber in diese Mauer einige Öffnungen gebrochen, die sich in der Praxis als bedeutsam erwiesen haben. Dass eine Kooperation der beiden Systeme grundsätzlich erwünscht ist, wird schon in § 2 Abs. 1 BetrVG deutlich, wo die Betriebspartner verpflichtet werden, mit den Tarifvertragsparteien zusammenzuwirken. Zu diesem Zweck kann auch die Regelungssperre des § 77 III BetrVG überwunden werden. Tarifverträge können ergänzende Betriebsvereinbarungen zulassen (§ 77 III S. 2 BetrVG), sie können auch Abweichungen zu Ungunsten der Arbeitnehmer gestatten (§ 4 III TVG). Solche Ausnahmen von der Regel sind nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht an bestimmte Formen gebunden. Die Tarifvertragsparteien können sie auch formlos zulassen, ja, sogar nachträglich genehmigen⁵. Aber diese Rechtsprechung löst sich bereits vom Wortlaut der Vorschriften und ist nur verständlich, wenn man die Nöte der Praxis und die tarifpolitische Entwicklung der letzten 20 Jahre berücksichtigt.

III. Die Praxis der Kooperation

Die Erfahrung hat gezeigt, dass eine scharfe Trennung der beiden kollektiven Regelungssysteme sachgerechte Lösungen außerordentlich erschwert. Es besteht ein wachsendes Bedürfnis, ihre jeweiligen Stärken zu kombinieren und dadurch ihre Schwächen zu kompensieren. So erklärt es sich, dass das Bild der aktuellen Tarifpolitik geprägt ist von Kooperationsmodellen, die die betriebliche Mitbestimmung einbeziehen.

1. Betriebsnahe Tarifverträge

Diese Entwicklung beruht allerdings nicht auf prinzipiellen Grenzen der Tarifautonomie. Deren Anwendungsbereich ist keineswegs betriebsfern zu verstehen. Ihr Prototyp ist nicht der Flächentarifvertrag. Fast die Hälfte aller registrierten Tarifverträge sind Haustarifverträge, die mit einzelnen Arbeitgebern abgeschlossen wurden, also auf konkrete Betriebe zugeschnitten sind⁶. Das geschieht manchmal auch aus besonderen Anlässen oder Notlagen. Ich erinnere an den spektakulären Sanierungstarifvertrag der Holzmann AG⁷. Seit den letzten Jahren bemühen sich die Gewerkschaften verstärkt

⁴ BAG 20.4.1999 AP Nr. 89 zu Art. 9 GG; 21.3.2003 AP Nr. 1 zu § 21 a BetrVG 1972; *Fitting*, BetrVG § 77 Rn. 102; *GK-Kreuz* BetrVG § 77 Rn. 135; a.A.: *DKK/Berg*, BetrVG § 77 Rn. 78; *Richardi*, BetrVG § 77 Rn. 292 f.

⁵ BAG 20.4.1999 AP Nr. 12 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.

⁶ WSI Tarif-Handbuch 2005 S. 70 Tabelle 6.1.

⁷ Dazu *Rieble*, NZA 2000, 225 ff.

und auch mit Erfolg, die sozialen Folgen von Betriebsänderungen und -verlagerungen abzumildern, z. B. durch tarifliche Übergangsfristen, Abfindungen und Qualifizierungspflichten. Das hat zu einer lebhaften Diskussion im Schrifttum und zu divergierenden LAG-Urteilen geführt⁸, die Grundfragen unseres dualen Systems berühren. So wird argumentiert, Tarifverträge dieser Art seien nach Inhalt und Wirkung Sozialplänen vergleichbar. Dafür sei aber allein das in den §§ 111 ff. BetrVG geregelte Verfahren mit begrenzten Sanktionen vorgesehen. Nur dieses Verfahren werde der Unternehmerfreiheit gerecht. Die ausschließlich zuständigen Betriebsräte dürften nicht von den Tarifvertragsparteien verdrängt werden⁹.

Eigentlich lässt sich diese Diskussion, die ungezählte Druckseiten füllt, mit einem kühlen Hinweis auf das Gesetz erledigen. Das Betriebsverfassungsgesetz stellt nämlich schon einleitend klar, dass die Interessenvertretung der Tarifvertragsparteien „nicht berührt“ werden soll (§ 2 III BetrVG). Außerdem bestimmt § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG, dass die Sperrwirkung des § 77 III BetrVG nicht für Sozialpläne gilt, was ja offensichtlich voraussetzt, dass thematische Überschneidungen mit sozialplanähnlichen Tarifverträgen möglich sind. Es geht also nicht um die Definition einer kollektivfreien Sphäre¹⁰. Dennoch lässt sich diese Diskussion nicht als Produkt bloßer Rechtsunkenntnis abtun. Sie ist vielmehr symptomatisch und eine Erscheinungsform vielfältiger Bemühungen, das Verhältnis der beiden kollektiven Regelungssysteme zu verschieben. Ziel ist es, den Primat der Tarifautonomie zu relativieren und Tarifverträge auf betriebsferne Themenfelder oder Abstraktionshöhen abzudrängen. Aber dafür lässt sich die aktuelle Gesetzeslage nicht in Anspruch nehmen. Interessanter sind die verschiedenen rechtspolitischen Initiativen, die in die gleiche Richtung zielen.

2. Kreative Tarifpolitik

Wichtig und außerordentlich folgenreich sind hier vor allem die tarifpolitischen Tendenzen, die das Tarifvertragsrecht inzwischen völlig verändert haben. Angetrieben wird diese Entwicklung von den grundlegend veränderten Bedingungen unternehmerischer Tätigkeit im globalen Wettbewerb. Die regionalen und fachlichen Grenzen der Tarifgebiete verlieren ihre Wettbewerbsrelevanz, große Unterschiede in der Marktsituation der einzelnen Unternehmen sperren sich gegen einheitliche Regelungen der Sozialstandards und der Kostenbelastung, schnell wechselnde Rahmenbedingungen erzwingen kurzfristige Reaktionen. All das führt zu einem starken Bedürfnis nach Dezentralisierung und Flexibilität, dem sich die Tarifpolitik nicht entziehen kann. So sind in den letzten 10, 15 Jahren vielfältige Formen der Kooperation und Kombination

⁸ LAG Hamm 31.5.2000, AP Nr. 158 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; dagegen: LAG Schleswig-Holstein 27.3.2003 und LAG Niedersachsen 2.6.2004, AP Nr. 165 und 164 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁹ *Löwisch*, DB 2005, 554, 559; *Reichold*, BB 2004, 2814, 2815 f; *Thüsing* kommt praktisch zum gleichen Ergebnis mit Hilfe einer eigenwilligen Konstruktion und Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Jahrb. d. ArbR Bd. 42 (2005)S. 113, 130.

¹⁰ Eingehend *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017, 1018 ff. m.w.N.; ferner *Fitting*, BetrVG § 1 Rn. 259 und § 111 Rn. 9; *Hensche*, AuR 2004, 443, 445; *Wolter*, RdA 2002, 218 ff.

zwischen tariflichen und betrieblichen Regulierungssystemen zustande gekommen¹¹, Formen der Arbeitsteilung, die sich tatsächlich als „Zusammenspiel“ bezeichnen ließen. Heute ist die Tariflandschaft bunt, zerklüftet und unübersichtlich. Öffnungsklauseln der verschiedensten Art sind inzwischen so verbreitet, dass schon die Steuerungskraft des ganzen Systems angezweifelt wird – vor allem in Gewerkschaftskreisen, aber auch in der Wissenschaft. Diese Kritik beruht aber auf einer zu engen und traditionellen Vorstellung von Steuerung. Analysiert man das breite Spektrum der im Laufe der Zeit entwickelten Kooperationsmodelle, z. B. in der chemischen Industrie oder zuletzt in der Metall- und Elektroindustrie die „Pforzheimer Vereinbarung“, so zeigen sich ganz neue Steuerungsmöglichkeiten, die mit den klassischen Instrumenten unerreichbar gewesen wären. Nicht nur Arbeitsbedingungen als Kostenfaktoren, sondern auch Organisationsstrukturen werden zum Gegenstand kollektiver Kooperation. Das ist nur verzahnt mit der betrieblichen Ebene möglich.

Am Beginn dieser Entwicklung stand das Bedürfnis der Tarifpraktiker, im Interesse größerer Beweglichkeit und Differenziertheit in Tarifverträgen lediglich Rahmen, Alternativen oder Ziele vorzugeben, hingegen den Betriebspartnern zu überlassen, wie sich diese Vorgaben mit den jeweils vorhandenen Gegebenheiten umsetzen lassen. Dazu mussten allerdings zunächst einige rechtliche Stolpersteine beseitigt werden: Wie können Tarifnormen, die ja nur tarifgebundene Mitglieder erfassen, Betriebsvereinbarungen steuern, die für die ganze Belegschaft gelten? Und wie lassen sich Verhandlungsblockaden überwinden, obwohl auf der betrieblichen Regelungsebene Arbeitskämpfe ausgeschlossen sind? Die Antworten hierauf fand das BAG schon 1987¹² in einem Grundsatzurteil aus Anlass des bekannten Leber-Rüthers-Kompromisses. Sie erinnern sich: Im Streit um die Arbeitszeitverkürzung in der Metallindustrie war auf Vorschlag der Schlichter nur ein Durchschnittswert festgelegt worden; das daraus resultierende Arbeitsvolumen sollte dann von den Betriebspartnern differenziert nach Arbeitnehmergruppen aufgeteilt werden. Um das zu ermöglichen, interpretierte das BAG den Ergänzungsvorbehalt in § 77 III Satz 2 BetrVG im Sinne einer generellen Öffnungsmöglichkeit. So gesehen hatte der Tarifvertrag lediglich modifiziert zugelassen, dass die Betriebspartner von ihrer eigenen Regelungsautonomie Gebrauch machen durften. Im Anlassfall war allerdings keine freiwillige Betriebsvereinbarung zustande gekommen. Vielmehr war die Regelung in einem tarifvertraglichen Schlichtungsverfahren erzwungen worden. Aber auch darin sah das BAG kein Wirksamkeitshindernis, weil das Tarifvertragsgesetz Betriebsverfassungsnormen zulässt, die nur die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers verlangen. Die tarifliche Schlichtungsregelung stellte eine solche Betriebsverfassungsnorm dar. In einem späteren Urteil¹³, das Erschwerniszulagen betraf, hat das BAG nicht einmal eigene tarifliche Verfahrensre-

¹¹ Materialreiche Übersichten bei *Bispinck*, WSI-Tarifarchiv, Elemente qualitativer Tarifpolitik, Nr. 37 (1999); *Oppolzer/Zachert*, Krise und Zukunft des Flächentarifvertrages, 2000, S. 25 ff.; *H. Seifert*, WSI Mitteilungen 1999, 156 ff.; zuletzt *Busch/Frey/Hüther/Rehder/Streeck*, Tarifpolitik im Umbruch, 2005.

¹² BAG 1.4.1987, AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972.

¹³ BAG 9.5.1995, AP Nr. 2 zu § 76 BetrVG 1972 Einigungsstelle.

geln verlangt, sondern den stillschweigenden Verweis auf das Einigungsstellenverfahren des Betriebsverfassungsgesetzes genügen lassen.

3. Tarifwidrige „Bündnisse für Arbeit“

Damit waren die beiden Systeme des kollektiven Interessenausgleichs rechtssystematisch verbunden, ihre Kooperation erscheint also trotz des Vorrangs der Tarifautonomie rechtlich gesichert. Dennoch sind die Verhältnisse noch immer in Unordnung. Das tarifpolitische Ideal „kontrollierter Dezentralisierung“ stößt auf große Widerstände in der Betriebspraxis. Jede Kooperation verlangt bekanntlich Zeit und Konzessionsbereitschaft. Aber beides können oder wollen viele Unternehmen nicht aufbringen, wenn sie eine schnelle Kostenentlastung für erforderlich halten und wenn sie auch ihre eigenen Betriebsräte von der Notwendigkeit einer Tarifabweichung überzeugt haben. So kommen betriebliche Regelungen zustande, die werbewirksam „Bündnisse für Arbeit“ genannt worden sind, deren Besonderheit aber lediglich darin besteht, dass sie ohne Mitwirkung der Tarifvertragsparteien maßgebende Tarifstandards unterschreiten. Manchmal wird wenigstens nachträglich deren Genehmigung erbeten und auch das hat die Rechtsprechung als noch ausreichend akzeptiert¹⁴. Aber viele tarifgebundene Betriebe (Schätzungen rechnen mit ca. 15 %) machen sich nicht einmal diese Mühe und riskieren den offenen Tarifbruch. Das ist zwar rechtswidrig und in einem Rechtsstaat mit funktionierender Justiz auch ziemlich riskant, gilt aber neuerdings als innovativ. Ermutigt wird diese Praxis von Ökonomen, die die Marktrationalität kollektivvertraglicher Bindungen grundsätzlich in Zweifel ziehen.

IV. Korrekturversuche

So war zu erwarten, dass in Rechtswissenschaft und Politik nach Wegen gesucht werden würde, wie Unternehmen die Last tarifvertraglicher Bindungen abschütteln können, und zwar ohne die Lästigkeit von Verhandlungen mit den Tarifvertragsparteien. Wenn man einige Korrekturvorschläge in Randbereichen bei Seite lässt, bleiben nur zwei Konzepte, die dieses Ziel ganz konsequent verfolgen. Ich halte beide für untauglich und werde damit sicher unsere anschließende Diskussion in Schwung bringen.

1. Das Günstigkeitsprinzip

Im wissenschaftlichen Schrifttum wird die Auffassung vertreten, es bedürfe gar keiner Gesetzesänderung. Der Vorrang der Tarifverträge vor betrieblichen Regelungen

¹⁴ BAG 20.4.1999, AP Nr. 12 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.

lasse sich durch Änderung der bisherigen Rechtsprechung ohne Weiteres vermeiden¹⁵. Ausgangspunkt ist die zutreffende Feststellung, dass die Kompetenzsperre des § 77 III BetrVG nach der Rechtsprechung des BAG nur Betriebsvereinbarungen betrifft, nicht aber Regelungsabreden. Wenn die Betriebspartner also lediglich formlose Absprachen treffen, die dann mithilfe von Änderungsverträgen umgesetzt und notfalls mit Änderungskündigungen durchgesetzt werden, bestehen dagegen keine Bedenken aus der Sicht des Betriebsverfassungsrechts. Nur das Günstigkeitsprinzip des § 4 III TVG steht noch im Wege, wenn tarifvertragliche Rechte geschmälert werden sollen. Hier wird nun das Bundesarbeitsgericht aufgefordert, seine Maßstäbe für den Günstigkeitsvergleich zu korrigieren. Die Sicherung von Arbeitsplätzen sei für die betroffenen Arbeitnehmer allemal wichtiger als Mindestlöhne und Arbeitszeiten. Wenn man das bei der Bewertung der „Bündnisse für Arbeit“ angemessen berücksichtige, fielen alle Bedenken in sich zusammen.

Das klingt in der Tat handfest und praxisnah, verkürzt aber die Gesetzeslage. Das Prinzip der zwingenden Wirkung des Tarifvertrages und die Maßstäbe eines Günstigkeitsvergleiches werden vermischt. Das Günstigkeitsprinzip erhält dadurch eine systemwidrige, ja sogar systemsprengende Wirkung. Der Sinn dieses Prinzips besteht darin, den einzelnen Arbeitnehmer von kollektiven Zwängen freizustellen, soweit er auf kollektivrechtlichen Schutz nicht angewiesen ist. Wer bessere Arbeitsbedingungen für sich aushandeln kann als seine Gewerkschaft für den Normalarbeitnehmer, darf nicht zurückgepfiffen werden – etwa um der Solidarität willen oder um tarifpolitische Konzepte nicht zu stören. Die zwingende Wirkung des Tarifvertrags als Auffangnetz wird dadurch nicht in Frage gestellt. Sie ist sogar die Voraussetzung des Günstigkeitsprinzips. Bei Verhandlungen über Arbeitsverträge sollen die tariflichen Standards stets die Basis bilden. Wenn diese Basis durch vertragliche Einheitsregelungen mit dem Segen des Betriebsrats beiseite geschoben werden könnte, verlagerte sich nur die Regelungskompetenz auf ein anderes Kollektiv. Aus dem Günstigkeitsprinzip würde ein Ablösungsprinzip. Das ist nach geltendem Recht nicht möglich¹⁶.

2. Vorrang betrieblicher Regelungen

Diese Erkenntnis hat zum Ruf nach dem Gesetzgeber geführt. Der Vorrang der Tarifverträge vor betrieblichen Regelungen soll generell beseitigt werden. Dazu genügt es allerdings nicht, lediglich klar zu stellen, dass die Sicherung des Arbeitsplatzes beim Günstigkeitsvergleich zu berücksichtigen sei. Das könnte nämlich den rechtlichen Charakter des Günstigkeitsprinzips nicht ändern; es bliebe dabei, dass nur individuelle Sonderinteressen zu berücksichtigen sind. Will man weitergehend den Weg für kollektive Ablösungskonzepte bahnen, muss man den Vorrang der Tarifverträge aus-

¹⁵ *Adomeit*, NJW 1984, 26; *Buchner*, NZA 1999, 897, 907; *Hromadka*, DB 2003, 42, 43; *Rüthers*, in: „Bestandsaufnahme: die deutschen Arbeitsbeziehungen am Anfang des 21. Jahrhunderts“, S. 64 f.; wohl auch *Schliemann*, NZA 2003, 122, 128.

¹⁶ *Dieterich/Hanau/Henssler/Oetker/Wank/Wiedemann*, RdA 2004, 65, 69 f; *Wiedemann/Wank*, TVG § 4 Rn. 458 ff.

drücklich einschränken. Darauf zielen in der Tat Gesetzesinitiativen von CDU und FDP.

Aber auch dieser Weg kann nach meiner Überzeugung nicht zum gewünschten Ziel führen. Er muss an Vorgaben der Verfassung scheitern. Die vorgeschlagene Regelung verstieße gegen Art. 9 III GG. Die Bedeutung einer Öffnung für tarifwidrige Betriebsvereinbarungen wird verkannt, wenn man sie als bloße Randkorrektur versteht, als eine Art von Überdruckventil für ein funktionsfähiges Tarifsysteem. Tatsächlich würde der Kessel so durchlöchert, dass er nicht einmal den Mindestdruck halten könnte. Ein funktionsfähiges Tarifsysteem setzt nämlich voraus, dass seine Regelungen unmittelbar und zwingend wirken. Nur so kann es seine Schutzfunktion entfalten. Das hat das Bundesverfassungsgericht schon früh erkannt¹⁷. Die zwingende Wirkung steht aber zur Disposition der Betriebspartner, wenn diese von Fall zu Fall entscheiden können, ob die Einhaltung der Tarifstandards mit der entsprechenden Kostenbelastung aus der partikulären Interessenlage ihres Unternehmens akzeptabel ist oder nicht doch besser vermieden werden sollte. Tarifverträge würden zum schwächsten Gestaltungsmittel¹⁸. Die Tarifvertragsparteien hätten praktisch nur noch die Aufgabe, Richtlinien zu entwickeln, auf deren Beachtung sich niemand verlassen könnte.

Tarifpolitisch und organisationspolitisch hätte eine solche Abwertung der Tarifautonomie zerstörerische Vorwirkungen. Der ganze Aufwand tarifpolitischer Konzeptionen und Verhandlungen hätte kaum noch Sinn. Auch alle schon entwickelten Flexibilisierungsmodelle liefen dann leer und verlören ihre differenzierende Steuerungsfunktion. Die Arbeitgeberverbände könnten immerhin auf OT-Mitgliedschaften verzichten. Den Gewerkschaften hingegen würde die Möglichkeit genommen, auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen maßgebenden Einfluss zu nehmen. Auf der Betriebsebene müssten sie zudem mit einer gestärkten, aber beitragsfreien Zwangsrepräsentation – dem Betriebsrat – konkurrieren. All das hätte mit der Koalitionsfreiheit, die Art. 9 III GG gewährleisten will, kaum noch Ähnlichkeit. Im Übrigen wage ich zu bezweifeln, ob es im Interesse der Unternehmen liegen kann, das Konfliktpotenzial, das mit der kollektiven Regelung von Arbeitsbedingungen zwangsläufig verbunden ist, nahezu vollständig auf die Betriebsebene zu verlagern.

V. Resümee

1. Ursprünglich ging der Gesetzgeber davon aus, dass die beiden grundverschiedenen Regelungssysteme – Tarifautonomie und betriebliche Mitbestimmung – strikt zu trennen seien. Der Betriebsautonomie war nur eine eng begrenzte Kompetenz zugeacht, und zwar unter dem Vorbehalt tarifvertraglicher Regulierung. Diese scharfe Trennung ließ sich in der Praxis nicht durchhalten.

¹⁷ BVerfG 24.7.1977, E 44, 322, 340 f. = AP Nr. 15 zu § 5 TVG unter B II 1b) aa. Ebenso die herrschende Lehre, vgl. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. I § 7 III b; *Sachs/Höfling*, GG Art. 9 Rn. 90.

¹⁸ *Hanau*, RdA 1993, 1, 6.

2. Im globalen Wettbewerb besteht ein so starkes Bedürfnis nach flexiblen, differenzierten und dezentralisierten Regelungen, dass die Tarifpolitik mit einer Vielzahl von Öffnungsmodellen reagieren musste. Das hat zu unterschiedlichen Formen der Kooperation mit den Betriebspartnern geführt. Nicht selten akzeptieren die Tarifvertragsparteien sogar nachträglich betriebliche Regelungen, die von ihren Tarifverträgen abweichen.

3. Neuerdings wird darüber hinausgehend gefordert, die zwingende Wirkung von Tarifverträgen generell einzuschränken. Das verstößt gegen die grundrechtlich gewährleistete Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG).