

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 244

**Die Grenzen zwischen tariflicher und
privatautonomer Regelungsbefugnis**

Von

Simone Kühnast



Duncker & Humblot · Berlin

SIMONE KÜHNAST

**Die Grenzen zwischen tariflicher und
privatautonomer Regelungsbefugnis**

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 244

Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis

Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur privatautONOMEN
Unterschreitung tarifvertraglicher Mindestarbeitsbedingungen
sowie zur tariflichen Einflussnahme
auf den über- und außertariflichen Bereich

Von

Simone Kühnast



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2004 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

D 188

Alle Rechte vorbehalten
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 3-428-11710-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat in nahezu unveränderter Fassung im Wintersemester 2003/2004 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript berücksichtigte Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich Oktober 2003. Für die Drucklegung habe ich die Einleitung, § 5 und das Resümee im Hinblick auf das mittlerweile gescheiterte Gesetzgebungsvorhaben zur Änderung des Tarifvertragsgesetzes geringfügig überarbeitet. Ferner habe ich vereinzelt Fußnoten um Urteile, Aufsätze und Monographien ergänzt, die bis einschließlich Dezember 2004 veröffentlicht wurden.

An dieser Stelle möchte ich die Gelegenheit nutzen, um all denjenigen Menschen herzlich zu danken, die zum Gelingen der Arbeit einen entscheidenden Beitrag geleistet haben.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dr. h.c. mult. Franz Jürgen Säcker, der dieses sehr interessante und anspruchsvolle Thema angeregt und mir während der Erstellung der Arbeit immer wieder gerne für lebhafte Diskussionen zur Verfügung gestanden hat. Mein besonderer Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. iur. Jochem Schmitt für dessen zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Zu Dank verpflichtet bin ich auch Herrn Wolfgang Möller und Herrn Andreas Döhring von der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Arbeit und Frauen, die mir bereitwillig Auskünfte erteilten und Informationsbroschüren zur Verfügung stellten.

Schließlich gilt mein Dank meiner Familie und meinen Freunden, die mir bei meinem Promotionsvorhaben mit Rat und Tat zur Seite gestanden haben.

Danken möchte ich insbesondere meinen Eltern, Heidelinde und Helmut Kühnast, die stets für mich da sind. Sie haben meine Ausbildung gefördert und vor allem mit ihrem Glauben an meine Fähigkeiten und ihrem Zuspruch einen wesentlichen Beitrag zu der Vollendung meiner Dissertation geleistet. Nicht genug danken kann ich meiner Mutter schließlich dafür, dass sie die unangenehme und zeitintensive Aufgabe des Korrekturlesens übernahm.

Ferner danke ich Herrn Jörg Habekost, der mir in der schwierigen Phase der Fertigstellung der Dissertation auf vielerlei Weise, vor allem in Computerfragen, geholfen hat.

Zu guter Letzt gebührt mein Dank Frau Dr. Urte Bruhn, Frau Dr. Marein Müller, Herrn Dr. Thorsten Bauer, Herrn Tibor Pirschel und Frau Rautgundis Uebel für anregende Diskussionen und mancherlei Freundschaftsdienste.

Inhaltsübersicht

1. Kapitel

Einleitung 35

§ 1 Einführung in die Problematik 35

§ 2 Gegenstand und Gang der Untersuchung 39

2. Kapitel

Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grundlagen 42

§ 3 Tarifaufonomie, tarifliche Rechtsetzung und Grundrechtsbindung 42

A. Die verfassungsrechtliche Verankerung der Tarifaufonomie in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG 42

B. Die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Tarifaufonomie im TVG 50

C. Die Grundrechtsbindung der Tarifverträge 72

D. Zusammenfassung des § 3 108

§ 4 Das Günstigkeitsprinzip 110

A. Die einfachgesetzliche Regelung des § 4 Abs. 3, 2. Alt. TVG 110

B. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Günstigkeitsprinzips 112

C. Der Anwendungsbereich des Günstigkeitsprinzips 138

D. Zusammenfassung des § 4 169

3. Kapitel

**Privataufonomie Unterschreitung tarifvertraglicher
Mindestarbeitsbedingungen** 173

§ 5 Die Einbeziehung der Arbeitsplatzsicherheit in den Günstigkeitsvergleich ... 173

A. Problemstellung und Überblick über den Meinungsstand 173

B. Die maßgeblichen Kriterien des Günstigkeitsvergleichs 180

C. Der Günstigkeitsvergleich bei Einbeziehung der Arbeitsplatzsicherheit	207
D. Zur Möglichkeit einer richterlichen Rechtsfortbildung	247
E. Zusammenfassung des § 5	259
§ 6 Das Günstigkeitsprinzip und die Wochenarbeitszeit	263
A. Problemstellung und Überblick über den Meinungsstand	263
B. Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien für Arbeitszeitregelungen	269
C. Der Günstigkeitsvergleich	284
D. Schuldrechtliche Verpflichtung zur Einhaltung der Regelarbeitszeit	302
E. Zusammenfassung des § 6	305
<i>4. Kapitel</i>	
Tarifvertragliche Einflussnahme auf den über- und außertariflichen Bereich	308
§ 7 Formen der tarifvertraglichen Einflussnahme auf den über- und außertariflichen Bereich	308
A. Tarifvertragliche Regelungen für den über- und außertariflichen Bereich	308
B. Die verschiedenen Beeinflussungsklauseln und ihre Wirkungsweise	310
C. Die rechtliche Beurteilung der Klauseln durch das BAG	355
D. Zusammenfassung des § 7 und Festlegung der weiteren Vorgehensweise	365
§ 8 Die Bindung der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis an § 1 Abs. 1 TVG und das Schriftformgebot des § 1 Abs. 2 TVG	368
A. Die Bindung der tariflichen Regelungsbefugnis an § 1 Abs. 1 TVG	368
B. Das Schriftformgebot des § 1 Abs. 2 TVG	394
C. Zusammenfassung des § 8	397
§ 9 Das Spannungsfeld zwischen Tarifautonomie und individueller Arbeitsvertragsfreiheit	398
A. Das Dogma vom „tariffreien Raum“	398
B. Die Vorgaben des § 4 Abs. 3, 2. Alt. TVG	404
C. Richterliche Konkordanzbildung	411
D. Zusammenfassung des § 9	425

§ 10 Der allgemeine Gleichheitssatz	427
A. Die These von der Gleichheitswidrigkeit der auf den Arbeitsvertrag bezugnehmenden Tarifnormen	427
B. Allgemein zur Bindung der Tarifvertragsparteien an den Gleichheitssatz	432
C. Die Vereinbarkeit der verschiedenen Tarifklauseln mit dem Gleichheitssatz ...	441
D. Zusammenfassung des § 10	452

5. Kapitel

Resümee	454
----------------------	-----

§ 11 Thesenartige Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	454
§ 12 Ausblick	456
Anhang zum 4. Kapitel: Übersicht über die verschiedenen Beeinflussungsklauseln	458
Literaturverzeichnis	463
Sachwortverzeichnis	490

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einleitung	35
§ 1 Einführung in die Problematik	35
§ 2 Gegenstand und Gang der Untersuchung	39

2. Kapitel

Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grundlagen	42
§ 3 Tarifautonomie, tarifliche Rechtsetzung und Grundrechtsbindung	42
A. Die verfassungsrechtliche Verankerung der Tarifautonomie in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG	42
I. Die Herleitung der Tarifautonomie aus der Koalitionsfreiheit	42
II. Die Reichweite der Koalitionsbetätigungsfreiheit, insb. zur „Kernbereichslehre“	44
III. Die „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“	46
1. Das Begriffspaar der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“	46
2. Die Regelungsintentionen	48
B. Die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Tarifautonomie im TVG	50
I. Die dogmatische Begründung der normativen Wirkung	51
1. Überblick über den Meinungsstand	52
2. Stellungnahme	54
a) Die Lehre von der mitgliedschaftlichen Legitimation	54
b) Die Autonomietheorie	59
c) Die Integrationstheorie	60
d) Die Delegationstheorie	60
e) Die Geltungsbefehlslehre	61

II. Die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers im Hinblick auf die Un- abdingbarkeit sowie die sachlich-gegenständliche Reichweite der Tarif- regelungen	62
1. Die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts	63
2. Der Meinungsstand im Schrifttum	65
3. Stellungnahme	67
C. Die Grundrechtsbindung der Tarifverträge	72
I. Meinungsstand	75
1. Unmittelbare Grundrechtsgeltung	75
a) Rechtsnormqualität der Tarifregelungen	76
b) Soziale Macht und Minderheitenschutz	78
c) Öffentliche Funktion der Koalitionen	80
2. Mittelbare Grundrechtsbindung	80
a) Die Ausstrahlungswirkung der zivilrechtlichen Generalklauseln ...	80
b) Die Schutzfunktion der Grundrechte	82
3. Immanenztheorien	84
II. Stellungnahme	85
1. Die Immanenztheorien	85
a) Der Ansatz von Scholz	85
b) Der Ansatz von Schnorr	85
2. Unmittelbare Grundrechtsgeltung	88
a) Öffentliche Funktion der Koalitionen	89
b) Rechtsnormcharakter der Tarifregelungen	90
aa) Gesetzgebung im Sinn des Art. 1 Abs. 3 GG	90
bb) Normenhierarchie	90
cc) Delegation oder staatlicher Geltungsbefehl	91
c) Soziale Macht und Minderheitenschutz	93
3. Plädoyer für die Schutzpflichtfunktion	94
4. Kontrolldichte	96
5. Wirkungsweise der Schutzfunktion bei Freiheitsgrundrechten	99
a) Diskutierte Prüfungsmaßstäbe	99
b) Keine Reduzierung auf den unverzichtbaren Kernbereich	101

c) Erfordernis einer praktischen Konkordanz	102
d) Anhaltspunkte für eine Konkordanzbildung	105
D. Zusammenfassung des § 3	108
§ 4 Das Günstigkeitsprinzip	110
A. Die einfachgesetzliche Regelung des § 4 Abs. 3, 2. Alt. TVG	110
B. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Günstigkeitsprinzips	112
I. Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG	113
1. Das Günstigkeitsprinzip als Teil einer Einrichtungsgarantie	113
a) Meinungsstand	113
b) Stellungnahme	115
2. Begrenzung des Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG auf die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen	117
a) Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG	117
b) Die historische Auslegung	118
c) Systematisch-teleologische Auslegung: eingrenzende Schutzbe- reichsdefinition zwecks Vermeidung einer Grundrechtskollision ...	120
aa) Meinungsstand	121
bb) Stellungnahme	122
d) Zwischenergebnis	124
II. § 4 Abs. 3, 2. Alt. TVG als gesetzgeberische Konkretisierung verfas- sungsimmanenter Schranken	125
1. Kollisionslage von Tarifautonomie und Arbeitsvertragsfreiheit	125
a) Der Schutz der Arbeitsvertragsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 bzw. 12 Abs. 1 GG	125
b) Die Beschränkung der Privatautonomie des Koalitionsmitglieds ...	126
2. Ermittlung einer praktischen Konkordanz	128
3. Verfassungsrechtliche Gewährleistung der einfachgesetzlichen Kon- kretisierung?	131
III. Das Günstigkeitsprinzip als Ausdruck allgemeiner Prinzipien	134
1. Subsidiaritätsprinzip	134
2. Sozialstaatsprinzip	136
3. Wirtschaftliche und liberal-freiheitliche Prinzipien	136
4. Leistungsprinzip	137

C. Der Anwendungsbereich des Günstigkeitsprinzips	138
I. Anwendbarkeit auf normative Regelungen	140
1. Materielle und formelle Arbeitsbedingungen	140
2. Abschlussnormen	141
3. Beendigungsnormen	143
4. Inhaltsnormen, insb. negative Inhaltsnormen	143
5. Betriebliche Normen	146
6. Betriebsverfassungsrechtliche Normen	148
7. Normen über gemeinsame Einrichtungen	150
II. Anwendbarkeit auf schuldrechtliche Regelungen	150
1. Meinungsstand	151
2. Stellungnahme	152
a) Auslegung nach Wortlaut und Systematik	153
b) Historische Auslegung	153
c) Teleologische/verfassungskonforme Auslegung	153
3. Ergebnis	156
III. Geltung des Günstigkeitsprinzips bei vortariflichen Allgemeinen Arbeits- bedingungen	156
1. Problemstellung	156
2. Überblick über das Meinungsspektrum	158
a) Die Entwicklung der Rechtsprechung des BAG	158
b) Die divergierenden Ansätze des Schrifttums	159
3. Stellungnahme	160
a) Das Ordnungsprinzip als maßgebliche Kollisionsnorm	160
b) Funktionelle Gleichstellung Allgemeiner Arbeitsbedingungen mit Kollektivnormen	162
c) Die Normsetzungsprärogative der Tarifparteien	165
d) Vorliegen einer Regelungslücke als Voraussetzung für das Ab- lösungsprinzip	166
e) Ergebnis	169
D. Zusammenfassung des § 4	169

3. Kapitel

**Privatautonome Unterschreitung tarifvertraglicher
Mindestarbeitsbedingungen 173**

§ 5 Die Einbeziehung der Arbeitsplatzsicherheit in den Günstigkeitsvergleich ... 173

A. Problemstellung und Überblick über den Meinungsstand 173

I. Eine neue und zugleich alte Diskussion 175

II. Der heutige Streitstand 176

1. Die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts 176

2. Die im Schrifttum vertretenen Ansichten 177

B. Die maßgeblichen Kriterien des Günstigkeitsvergleichs 180

I. Der Vergleichsgegenstand 180

1. Gesamtvergleich 181

2. Isolierter Vergleich im Sinn einer „Rosinentheorie“ 182

3. Sachgruppenvergleich 182

a) Streitstand 184

b) Stellungnahme 186

II. Die Günstigkeitsbeurteilung 190

1. Der Bezugspunkt 190

a) Streitstand 190

b) Stellungnahme 192

2. Einschätzungsprärogative der Tarifvertragsparteien? 193

3. Die Beurteilungsperspektive 195

a) Die objektiv-hypothetische Beurteilungsperspektive 195

b) Kritik an der rein objektiven Betrachtungsweise 195

c) Die subjektiv-reale Beurteilungsperspektive 198

d) Kritik an der rein subjektiven Betrachtungsweise 198

e) Das sog. Optionsmodell 200

f) Kritik am Optionsmodell 201

g) Vermittelnde Ansichten 202

h) Stellungnahme zu den vermittelnden Ansichten, eigene Konzeption 203

C. Der Günstigkeitsvergleich bei Einbeziehung der Arbeitsplatzsicherheit	207
I. Der Vergleichsgegenstand	207
1. Vergleich mit dem Zustand der Arbeitslosigkeit?	207
2. Vergleich der Synallagmata?	209
3. Arbeitgeberseitiger Kündigungsverzicht als Kompensation	210
a) Wirksamkeit und Wirkung des individualvertraglichen Kündigungsverzehrs	211
aa) Streitstand	212
bb) Stellungnahme	214
b) Der Kündigungsverzicht bei Betriebsstilllegung	218
c) Der Kündigungsverzicht in der Insolvenz	219
d) Vorliegen eines inneren Sachzusammenhangs	219
4. Zulässigkeit einer Kompensation untertariflicher Arbeitsbedingungen durch erhöhten Bestandsschutz	221
a) Wortlaut und Entstehungsgeschichte	221
b) Systematik	222
c) Teleologische / verfassungskonforme Auslegung	224
aa) Art. 9 Abs. 3 GG	224
bb) Widerstreitende Verfassungsgüter, insb. Art. 12 GG	225
cc) Notwendigkeit einer praktischen Konkordanz	226
dd) Ermittlung einer praktischen Konkordanz	231
(1) Eingriff in die Berufsfreiheit	232
(2) Eingriff in die Tarifautonomie	234
(3) Abschließende Abwägung	238
II. Hilfgutachtliche Überlegungen zur Günstigkeitsbeurteilung	240
1. Der Bezugspunkt	241
2. Die Beurteilungsperspektive	242
a) Streitstand	242
b) Die Günstigkeitsbeurteilung nach der hier vertretenen Konzeption	243
D. Zur Möglichkeit einer richterlichen Rechtsfortbildung	247
I. Auslegung des § 4 Abs. 3 TVG oder richterliche Rechtsfortbildung?	248
1. Die Wortsintheorie der h. M.	248
2. Die Gesetzessintheorie	250
3. Ergebnis	250

II. Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung	250
1. Voraussetzungen	251
2. Lückenfeststellung	252
3. Verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung	255
a) Demokratieprinzip	255
b) Gewaltenteilungsprinzip	258
c) Materielles Rechtsstaatsprinzip	258
d) Ergebnis	259
E. Zusammenfassung des § 5	259
§ 6 Das Günstigkeitsprinzip und die Wochenarbeitszeit	263
A. Problemstellung und Überblick über den Meinungsstand	263
I. Die Arbeitszeitverkürzung in der historischen Entwicklung und die Diskussion in der Weimarer Zeit	263
II. Der heutige Streitstand	265
1. Die Auffassung der Rechtsprechung	265
2. Die im Schrifttum vertretenen Ansichten	266
B. Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien für Arbeitszeitregelungen	269
I. Inhalt des rechtsgeschäftlichen Leistungsversprechens	269
II. Regelungsgehalt und Rechtscharakter tariflicher Arbeitszeitbestimmungen	270
1. Entgeltbemessungsgrundlage	270
2. Höchstarbeitszeiten als tarifliche Verbote	271
a) Regelungsintention der Tarifparteien	271
b) Abschlussverbot oder negative Inhaltsnorm	272
3. Festlegung des Umfangs der Arbeitspflicht	273
4. Arbeitszeitvolumina und Quotenregelungen	274
a) Quotenregelungen (Metall-Tarifmodell 1990)	275
b) Arbeitszeitvolumina (Leber-Kompromiss von 1984)	278
III. Beschäftigungspolitisches Mandat der Koalitionen	281
IV. Grundrechtsverletzungen durch Höchstarbeitszeiten	283

C. Der Günstigkeitsvergleich	284
I. Vergleichsgegenstand	284
1. Isolierter Vergleich der Entgeltbemessungsregelungen	285
a) Verhältnis der übertariflichen Arbeitszeiten zur tariflichen Mehrarbeitszeit	285
b) Die Bedeutung eines Lohnausgleichs bei tariflicher Arbeitszeitverkürzung	286
2. Isolierter Vergleich der Wochenarbeitszeiten	286
3. Sachgruppenvergleich: Arbeitszeit und Arbeitsentgelt	287
a) Meinungsstand	287
b) Stellungnahme	288
II. Günstigkeitsbeurteilung	289
1. Beurteilungsmaßstab	289
2. Gesundheitsschutz, Freizeitinteresse und beschäftigungsstrategisch motivierte Arbeitszeitverkürzungen	289
3. Die Günstigkeitsbeurteilung (Beurteilungsperspektive)	292
III. Rückkehr zur tariflichen Arbeitszeit	295
1. Die Bedeutung eines Wahlrechts des Arbeitnehmers	295
2. Begrenzung der Bindung auf die Laufzeit des Tarifvertrages	297
3. Die Einräumung eines Teilkündigungsrechts	298
4. Verringerung der Arbeitszeit gemäß § 8 TzBfG	300
a) Tarifliche Regelarbeitszeit als „Teilzeitarbeit“ im Sinne des TzBfG	301
b) Voraussetzungen der Arbeitszeitverringerung	302
D. Schuldrechtliche Verpflichtung zur Einhaltung der Regelarbeitszeit	302
E. Zusammenfassung des § 6	305

4. Kapitel

Tarifvertragliche Einflussnahme auf den über- und außertariflichen Bereich 308

§ 7 Formen der tarifvertraglichen Einflussnahme auf den über- und außertariflichen Bereich 308

A. Tarifvertragliche Regelungen für den über- und außertariflichen Bereich 308

 I. Modalitätsklauseln 309

 II. Bezugsnormen 309

 III. Beeinflussungsklauseln 310

B. Die verschiedenen Beeinflussungsklauseln und ihre Wirkungsweise 310

 I. Die Auswirkungen von Tarifverdiensterhöhungen auf die Effektivverdienste 311

 1. Auslegung bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung 313

 a) Der Zweck der Zulage 313

 b) Näheres zur „Tarifautomatik“ 317

 c) Einfluss der Vertragspraxis 318

 d) Modifizierung der Auslegungsgrundsätze bei Allgemeinen Arbeitsbedingungen? 319

 e) Besonderheiten bei „unechten“ Tariflohnerhöhungen 319

 aa) Arbeitnehmer mit Wochen- oder Monatsverdienst 320

 bb) Arbeitnehmer mit Stundenlohn 321

 2. Vorrang der individualvertraglichen Abmachung 322

 a) Vereinbarte Aufstockung 322

 b) Vereinbarte Aufsaugung 322

 c) Anrechnungsvorbehalt 323

 d) Widerrufsvorbehalt und vorbehaltene Teilkündigung 325

 e) Befristung und auflösende Bedingung 327

 II. Effektivklauseln 328

 1. Effektivgarantieklauseln 328

 a) Effektivgarantieklausel im „Normalfall“ 328

 b) Effektivgarantieklausel bei „unechten“ Tariflohnerhöhungen 329

2. Begrenzte Effektivklauseln	330
a) Begrenzte Effektivklausel als Schaffung eines abdingbaren Tarifanspruchs	332
b) Begrenzte Effektivklausel als normative Aufstockungsanordnung oder als Anrechnungsverbot	333
c) Begrenzte Effektivklausel bei „unechten“ Tariflohnerhöhungen ...	334
d) Qualifizierte begrenzte Effektivklausel	335
e) Vertragsergänzende begrenzte Effektivklausel und Auslegungsregel	336
3. Tarifliches Verbot bestimmter Vertragsgestaltungen	338
III. Anrechnungsklauseln	338
IV. Besitzstandsklauseln	340
1. Neutrale bzw. deklaratorische Besitzstandsklausel	341
2. Konstitutive Besitzstandsklauseln	341
a) Einfache konstitutive Besitzstandsklausel	341
b) Besitzstandsgarantieklausel	342
3. Tarifliches Verbot bestimmter Vertragsgestaltungen	343
V. (Effektive) Verdienstsicherungsklauseln	343
VI. Tarifklauseln, die das Schicksal über- und außertariflicher Vergütungsbestandteile in die Hände der Betriebsparteien legen	347
1. „Quasi-Effektivklauseln“	349
a) „Quasi-Effektivgarantieklausel“	349
b) „Quasi-begrenzte-Effektivklausel“	350
aa) Abdingbarer Tarifentgeltbestandteil	350
bb) Sicherung des individualvertraglichen Charakters der Zulage	350
c) „Quasi-qualifizierte-begrenzte-Effektivklausel“	352
2. „Quasi-Anrechnungsklausel“	352
3. „Quasi-Besitzstandsklauseln“	352
a) „Quasi-einfache-Besitzstandsklausel“	352
b) „Quasi-Besitzstandsgarantieklausel“	353
VII. Schuldrechtliche Vereinbarungen	353
1. Schuldrechtliche Effektivklauseln	354
2. Schuldrechtliche Anrechnungsklauseln	354
3. Schuldrechtliche Besitzstandsklauseln	355

C. Die rechtliche Beurteilung der Klauseln durch das BAG	355
I. Modalitätsklauseln	356
II. Bezugsnormen	356
III. Beeinflussungsklauseln	356
1. Effektivklauseln	356
a) Effektivgarantieklauseln	356
b) Begrenzte Effektivklauseln	357
c) Qualifizierte begrenzte Effektivgarantieklausel	359
d) Vertragsergänzende begrenzte Effektivklausel und Auslegungsregel	359
e) Tarifliches Verbot bestimmter Vertragsgestaltungen	360
2. Anrechnungsklauseln	360
3. Besitzstandsklauseln	361
4. (Effektive) Verdienstsicherungsklauseln	362
5. Tarifklauseln, die das Schicksal übertariflicher Vergütungsbestandteile in die Hände der Betriebsparteien legen	363
6. Schuldrechtliche Vereinbarungen	364
D. Zusammenfassung des § 7 und Festlegung der weiteren Vorgehensweise	365
§ 8 Die Bindung der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis an § 1 Abs. 1 TVG und das Schriftformgebot des § 1 Abs. 2 TVG	368
A. Die Bindung der tariflichen Regelungsbefugnis an § 1 Abs. 1 TVG	368
I. Allgemeine Anforderungen an Tarifregelungen als Rechtsnormen	369
II. Inhaltsnormen	371
1. Bezugsnormen	371
2. Modalitätsklauseln	371
3. Beeinflussungsklauseln	371
a) Effektivgarantieklauseln	372
b) Begrenzte Effektivklauseln	372
aa) Die Kontroverse um die dogmatische Konstruktion	373
bb) Stellungnahme	375
c) „Quasi-Effektivklauseln“	378
aa) „Quasi-Effektivgarantieklausel“	378
bb) „Quasi-begrenzte-Effektivklausel“	379

d) Anrechnungsklauseln	380
e) Besitzstandsklauseln	380
f) Verdienstsicherungsklauseln	381
III. Betriebsverfassungsrechtliche Normen	381
1. „Quasi-begrenzte-Effektivklausel“, „Quasi-Anrechnungsklausel“, „Quasi-Besitzstandsklauseln“	381
2. Erweiterbarkeit der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates	383
a) Streitstand	384
b) Stellungnahme	386
aa) Die Betriebsverfassung als Teil der Koalitionsbetätigungs- garantie	386
bb) Die Arbeitsvertragsfreiheit als Hinderungsgrund?	387
cc) Die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter als Hinde- rungsgrund?	389
dd) Abschließende Regelung der Mitbestimmungsrechte im BetrVG?	390
ee) Erweiterbarkeit des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auf die An- rechenbarkeit von Tariferhöhungen	392
ff) Vetorecht oder Einigungsstellenverfahren?	393
IV. Die schuldrechtliche Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien ...	394
B. Das Schriftformgebot des § 1 Abs. 2 TVG	394
I. Die Inkonsequenz der höchstrichterlichen Rechtsprechung	394
1. Bezugsnormen	395
2. Verdienstsicherungsklauseln	395
II. Anforderungen des Schriftformgebots	395
C. Zusammenfassung des § 8	397
§ 9 Das Spannungsfeld zwischen Tarifautonomie und individueller Arbeitsver- tragsfreiheit	398
A Das Dogma vom „tariffreien Raum“	398
I. Die Inkonsequenz der höchstrichterlichen Rechtsprechung	398
1. Besitzstandsklauseln	398
2. Verdienstsicherungsklauseln	399
3. Modalitätsklauseln	401
II. Kritik des Schrifttums an der Rechtsprechung	402

B. Die Vorgaben des § 4 Abs. 3, 2. Alt. TVG	404
I. Auslegung	405
1. Wortlaut und Systematik	405
2. Historische Auslegung	405
3. Teleologische Auslegung	406
II. Konsequenzen für die Wirksamkeit der erörterten Tarifklauseln	407
1. Anrechnungsklauseln	408
2. Quasi-Anrechnungsklauseln	408
3. Schuldrechtliche Anrechnungsklausel	409
4. Tarifliches Verbot bestimmter Vertragsgestaltungen	409
5. Sonstige Tarifklauseln	410
III. Ergebnis	410
C. Richterliche Konkordanzbildung	411
I. Modalitätsnormen	411
II. Bezugsnormen	413
III. Beeinflussungsklauseln	414
1. Effektivklauseln	414
a) Begrenzte Effektivklauseln	415
b) Effektivgarantieklauseln und qualifizierte begrenzte Effektivklauseln	417
2. Besitzstandsklauseln	419
3. Tarifklauseln, die das Schicksal über- und außertariflicher Vergütungsbestandteile in die Hände der Betriebsparteien legen	420
a) „Quasi-Effektivklauseln“	420
b) „Quasi-Besitzstandsklauseln“	422
4. Verdienstsicherungsklauseln	423
5. Schuldrechtliche Vereinbarungen	424
D. Zusammenfassung des § 9	425

§ 10 Der allgemeine Gleichheitssatz	427
A. Die These von der Gleichheitswidrigkeit der auf den Arbeitsvertrag bezugnehmenden Tarifnormen	427
I. Inkonsequenz der höchstrichterlichen Rechtsprechung	427
1. Bezugsnormen	428
2. Besitzstandsklauseln	429
3. Verdienstsicherungsklauseln	429
II. Überblick über den Meinungsstand im Schrifttum	430
B. Allgemein zur Bindung der Tarifvertragsparteien an den Gleichheitssatz	432
I. Die Geltung des Gleichheitssatzes für tarifvertragliche Regelungen	432
1. Überblick über den Meinungsstand	432
2. Stellungnahme	435
II. Die Anforderungen des Gleichheitssatzes	437
1. Willkürmaßstab und „neue Formel“	437
2. Ungleichbehandlung/Gruppenbildung	438
3. Differenzierungsgrund	439
4. Prüfungsintensität	440
C. Die Vereinbarkeit der verschiedenen Tarifklauseln mit dem Gleichheitssatz ...	441
I. Vorliegen einer Ungleichbehandlung	441
II. Sachlicher Differenzierungsgrund	444
1. Das Problem der innerbetrieblichen Ungleichbehandlung	444
2. Das Problem der tariflichen überbetrieblichen Ungleichbehandlung ...	446
a) Bezugsnormen	446
b) Verdienstsicherungsklauseln	448
c) Begrenzte Effektivklauseln	449
d) Einfache Besitzstandsklauseln	451
D. Zusammenfassung des § 10	452

Inhaltsverzeichnis	27
<i>5. Kapitel</i>	
Resümee	454
§ 11 Thesenartige Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	454
§ 12 Ausblick	456
Anlage zum 4. Kapitel: Übersicht über die verschiedenen Beeinflussungsklauseln	458
Literaturverzeichnis	463
Sachwortverzeichnis	490

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort (innerhalb derselben Fußnote)
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.E.	am Ende
a.F.	alte / r Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AiB	Arbeit im Betrieb (Zeitschrift)
AK-GG	Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Zeitschrift)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei-SD	Arbeitsrecht-Blattei Systematische Darstellungen
ArbR	Arbeitsrecht
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ARS	Arbeitsrechtliche Sammlung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AZV	Arbeitszeitverordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)

BenshSamml.	Bensheimer Sammlung (Entscheidungssammlung)
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BPersVG	Bundespersönlichkeitsgesetz
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BV	Betriebsvereinbarung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich Soziale Union
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRdA	Das Recht der Arbeit (österreichische Zeitschrift)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)

DVO	Durchführungsverordnung
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
ErfKom	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
e.V.	eingetragener Verein
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f./ff.	folgende Seite/n
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung für Deutschland
FDP	Freiheitlich Demokratische Partei
Fn.	Fußnote
Forts-BI.	Fortsetzungsblatt
FS	Festschrift
GewG	Gewerbegericht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GK-BetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
GK-KSchR	Großkommentar zum Kündigungsschutzrecht
GS	Großer Senat
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
HK-KSchG	Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
IG	Industriegewerkschaft
ILO	International Labour Organization
insb.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)

JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSchR	Kündigungsschutzrecht
LAG	Landesarbeitsgericht
Lfg.	Lieferung
LTV	Lohntarifvertrag
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
M.M.	Mindermeinung
MTV	Manteltarifvertrag
MünchArbR	Münchener Handbuch Arbeitsrecht
MünchKomm	Münchener Kommentar – Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NRW	Nordrhein-Westfalen
n. v.	nicht veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
o. g.	oben genannt
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdn.	Randnummer(n)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite(n)
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
str.	streitig
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz

TVVO	Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23. 12. 1918
TzBfG	Teilzeitbefristungsgesetz
u. a.	unter anderem
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vor / Vorb. / Vorbem.	Vorbemerkung
WiB	Wirtschaftliche Beratung (Zeitschrift)
WM	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WR	Weimarer Republik
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes (Zeitschrift)

Wegen nicht aufgeführter Abkürzungen wird auf *Kirchner/Butz*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Auflage, Berlin / New York 2003 verwiesen.

1. Kapitel

Einleitung

§ 1 Einführung in die Problematik

Der Flächentarifvertrag steckt in der Krise.¹ Dieser Erkenntnis kann man sich kaum entziehen, steht doch seit einigen Jahren die Kritik am Branchentarifvertrag im Mittelpunkt der arbeitsrechtlichen Diskussion.² Dafür, dass der Flächentarifvertrag den heutigen wirtschaftlichen Gegebenheiten immer weniger gerecht wird, spricht zum einen die fortschreitende Tariffucht der Unternehmen³ und zum anderen der Umstand, dass nicht selten auch bei bestehender Tarifbindung von tariflichen Mindestarbeitsbedingungen abgewichen wird.⁴ Zugleich hat in den letzten zehn Jahren der Bereich der über- und außertariflichen Zulagen immer mehr an Bedeutung verloren. Zahlten 1993 noch 60,6 % der westdeutschen tarifgebundenen

¹ Die Krise bzw. die Reformbedürftigkeit des Tarifvertrages ist bereits titelgebend für eine Reihe von Aufsätzen und Monographien gewesen, vgl. z. B.: *Hanau*, RdA 1989, 65: „Der Tarifvertrag in der Krise“; *Hundt*, Arbeitgeber 1995, 49: „Ein reformierter Flächentarifvertrag hat Zukunft“; *Heinze*, FS für Alfons Kraft, 1998, S. 329: „Zur Reform des Flächentarifvertrages“; *Zachert*, Schriftenreihe der Otto Brenner Stiftung Nr. 64, S. 35: „Krise des Flächentarifvertrages? – Herausforderungen für das Tarifrecht“; *Artus*, Krise des deutschen Tarifsystems – Erosion des Flächentarifvertrages in Ost und West, 2001; *Greiffenberger*, AuA 2003, 1: „Die Zukunft des Flächentarifvertrages“.

² Demgegenüber weist *Gentz*, in FS für Günter Schaub, 1998, S. 205 (207–213) auf die immer noch bestehende arbeitsmarktregulierende und befriedende Funktion des Flächentarifvertrages hin.

³ Im Jahre 2002 waren in Berlin nur noch 26 % der Betriebe an einen Branchentarifvertrag gebunden, in denen 48 % der Beschäftigten tätig sind, vgl. Senatsverwaltung für Wirtschaft, Arbeit und Frauen, Betriebspanel Berlin, 2002, S. 120. In Deutschland waren im Jahre 2002 in den alten Bundesländern nur noch 50 % und in den neuen Bundesländern 23 % der Betriebe an einen Branchentarifvertrag gebunden. In diesen Betrieben arbeiteten 61 % (West) bzw. 35 % (Ost) der Beschäftigten, vgl. Bundesanstalt für Arbeit, <http://iab.de/asp/internet/dokShow.asp?pkyDoku=k030527a01>. Der Anteil der von Branchentarifverträgen erfassten Beschäftigten ist seit 1995 kontinuierlich zurückgegangen. Wurden 1995 in Westdeutschland noch 72,2 % der Beschäftigten von einem Branchentarifvertrag erfasst, waren es 1996 nur noch 69,2 % (West) bzw. 56,3 % (Ost), 1998 67,8 % (West) bzw. 50,5 % (Ost) und 2000 62,8 % (West) bzw. 45,5 % (Ost), vgl. *Kohaut/Schnabel*, Tarifverträge – nein danke!?, S. 20 unter Bezugnahme auf das IAB-Betriebspanel; *dies.*, IAB-Materialien, 2002 Nr. 1, S. 4 (5).

⁴ Die Dunkelziffer dieser „Betrieblichen Bündnisse für Arbeit“ dürfte groß sein. Nicht jeder Fall findet – so wie die Fälle Burda und Viessmann – seinen Weg vor die Arbeitsgerichte und in die Presse.

Betriebe über Tarif, waren es 1997 noch 48,9 % der westdeutschen und 16,8 % der ostdeutschen Betriebe.⁵ Im Jahre 2002 betrug der Prozentsatz übertariflich entlohnender Betriebe nur noch 29 % in den alten und 9 % in den neuen Bundesländern.⁶

Der Flächentarifvertrag hat somit im letzten Jahrzehnt eine schleichende Wandlung vollzogen. Während er früher dem Gros der Unternehmen die Zahlung übertariflicher Zulagen möglich machte, befinden sich die tariflichen Mindestarbeitsbedingungen nunmehr auf dem Weg zu faktischen Höchstarbeitsbedingungen.⁷ Insbesondere in Branchen mit starken Gewerkschaften wie der Metall- und der Chemiebranche haben die Tarifverträge ein Lohnniveau erreicht, das im Vergleich mit anderen Ländern wohl als einzigartig bezeichnet werden kann und das von den Unternehmen zunehmend als Wettbewerbsnachteil gegenüber der ausländischen Konkurrenz gesehen wird.⁸ Zugleich liegen die tariflichen Regelarbeitszeiten so niedrig wie nie zuvor.⁹ Dass die von den Gewerkschaften geforderten weiteren Arbeitszeitverkürzungen von einem Gutteil ihrer Mitglieder nicht mehr getragen werden, zeigt die jüngste Niederlage der IG-Metall. Ihre Forderung, die 35-Stunden-Woche auch für die neuen Bundesländer durchzusetzen, scheiterte nicht nur am Widerstand der Arbeitgeber, sondern auch an der geringen Streikbeteiligung. Dass die Arbeitnehmer nicht unbedingt mit der gewerkschaftlichen Arbeitszeitpolitik übereinstimmen, zeigen ferner Umfragen, die ergeben haben, dass viele Arbeitnehmer bereit wären, für ein gesteigertes Entgelt länger zu arbeiten als im Tarifvertrag vorgesehen.¹⁰

⁵ Institut der deutschen Wirtschaft Köln, <http://www.iwkoeln.de/default.aspx?p=content-high&i=8775>.

⁶ Senatsverwaltung für Wirtschaft, Arbeit und Frauen, Betriebspanel Berlin, 2002, S. 122. In Berlin zahlten 2002 im Westteil der Stadt 26 % und im Ostteil 13 % übertariflich. Gegenüber dem Vorjahr ist insoweit noch mal ein Rückgang zu verzeichnen, vgl. zu den Daten von 2001: Senatsverwaltung für Wirtschaft, Arbeit und Frauen, Betriebspanel Berlin, 2002, S. 118. Die Höhe der übertariflichen Entlohnung liegt weitestgehend unverändert zwischen 9 und 15 %, in Abhängigkeit von Branche und Tätigkeitsgruppen.

⁷ *Starnofsky/Rister*, Der Arbeitgeber 2003 Nr. 4, S. 19 ff., die auf die besonders schwierige Situation in den neuen Bundesländern hinweisen.

⁸ So weist *Gentz*, FS für Günter Schaub, 1998, S. 205 (208 f.), zutreffend darauf hin, dass das deutsche Tarifwesen ganz überwiegend von einem nationalen, im Wesentlichen geschlossenen Markt ausgeht, den es zu regeln sucht. Die Wettbewerbsregulierung durch Tarifverträge muss aber mit zunehmender Internationalisierung und Globalisierung des Waren- und Dienstleistungsverkehrs weitgehend ins Leere laufen, wenn die Hauptwettbewerber im Ausland sitzen.

⁹ Laut BDI-Vizepräsident Hans-Olaf Henkel leiden die deutschen Unternehmer noch heute an den Nachwirkungen der 35-Stunden-Woche, vgl. Tagesspiegel vom 1. August 2001, S. 2.

¹⁰ Dieser Trend ist nicht neu. So ergab bereits eine im Jahr 1993 vom Hamburger B.A.T. Freizeitforschungsinstitut unter 2000 Arbeitnehmern durchgeführte repräsentative Befragung, dass weit über die Hälfte aller bis zu 29 Jahre alten Arbeitnehmer, knapp 40 % der Arbeitnehmer zwischen 30 und 49 Jahren und noch gut 20 % in der Gruppe über 50 Jahren „gerne bereit sind, mehr zu arbeiten, um sich in der Freizeit mehr leisten zu können“ (vgl. FAZ vom 1. 9. 1993, S. 14).

Der Flächentarifvertrag wird vielfach für die anhaltende Beschäftigungskrise verantwortlich gemacht. Inwieweit dieser Vorwurf berechtigt ist, lässt sich nur schwer beurteilen. Es ist zu bedenken, dass aufgrund der erheblichen Sozialabgaben der Staat an den hohen Personalkosten und somit auch an der Beschäftigungsmisere zumindest ein gerüttelt Maß Mitschuld trägt. Kaum zu leugnen ist hingegen, dass die Koalitionen bislang mit ihrer Beschäftigungsförderungspolitik nicht besonders erfolgreich waren.¹¹ Zunehmend befinden sich in Tarifverträgen jedoch Härteklauseln, die in Not geratenen Unternehmen ein zeitweiliges Unterschreiten der Tarifbedingungen erlauben.¹² Allerdings ist es gerade die bisherige Zurückhaltung der Tarifvertragsparteien bei der Vereinbarung von Öffnungsklauseln, die immer wieder beklagt wird.¹³ Zur Sicherung ihrer Arbeitsplätze sehen daher Arbeitnehmer heutzutage zunehmend die Notwendigkeit, sich mit den Arbeitgebern gegen die Tarifvertragsparteien zu verbünden. In sog. Beschäftigungspakten bzw. „betrieblichen Bündnissen für Arbeit“ werden untertarifliche Arbeitsbedingungen vereinbart. Die Fälle Viessmann und Burda seien hier nur als Beispiele genannt.¹⁴ Die Dunkelziffer der betrieblichen Beschäftigungspakte dürfte beachtlich sein.

Schon seit längerer Zeit werden sowohl von Arbeitgeberseite als auch von Seiten der Wissenschaft rechtspolitische Vorschläge für eine Änderung des Tarifrechts gemacht.¹⁵ In den Jahren 2002/2003 wurden zahlreiche – mittlerweile ge-

¹¹ Eines der Hauptprobleme dürfte darin liegen, dass zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden nicht einmal Einigkeit darüber besteht, welche Maßnahmen zur Schaffung von Arbeitsplätzen geeignet sind. Im Jahr 2001 beispielsweise forderte Verdi kräftige Lohnsteigerungen, um die Binnennachfrage und somit das Wirtschaftswachstum anzukurbeln. Ein Vorstoß des DBG ging dahin, die Einführung der 4-Tage-Woche für alle Arbeitnehmer analog dem VW-Modell zu erwägen. Beide Ansätze wurden von BDI-Vizepräsident Hans-Olaf Henkel wegen der hiermit verbundenen Verteuerung des Produktionsfaktors Arbeit als kontraproduktiv angesehen (vgl. Tagesspiegel vom 1. August 2001, S. 1 und 2).

¹² Vgl. hierzu *Clasen*, Bundesarbeitsblatt 2003, 20, der die neuen Öffnungsklauseln der Tarifverträge im Jahre 2002 vorstellt und zu dem Ergebnis kommt, dass die deutsche Tariflandschaft differenzierter und flexibler ist, als manche in der öffentlichen Diskussion geäußerte Auffassung vermuten lasse.

¹³ Vgl. z. B. *Gentz*, FS für Günter Schaub, 1998, S. 205 (206). Anders jedoch die Einschätzung des Gesetzgebers im Jahre 2001: So heißt es unter IV. der Begründung zum Reformgesetz zum Betriebsverfassungsgesetz vom 23. 7. 2001, BGBl. I, S. 1852: „Der Flächentarifvertrag ist besser als sein Ruf. Tarifliche Öffnungsklauseln sorgen für ausreichende Flexibilität.“

¹⁴ Zum Viessmann-Fall vgl. ArbG Marburg vom 11. 12. 1998 ArbuR 1998, 493; zum Burda-Fall vgl. BAG vom 20. 4. 1999 AP Nr. 89 zu Art. 9 GG.

¹⁵ So plädiert z. B. *Reuter* (ZfA 1995, 1) für eine Auflockerung des „Tarifkartells“ mittels einer Abschaffung des § 3 Abs. 2 und 3 sowie des § 5. Teilweise wird auch befürwortet, in § 77 Abs. 3 BetrVG eine allgemeine gesetzliche Öffnungsklausel zugunsten von Betriebsvereinbarungen einzufügen, so die Arbeitsgemeinschaft selbständiger Unternehmer, zit. nach *Henssler*, ZfA 1994, 487 (496), vgl. ferner die Deregulierungskommission, Marktöffnung und Wettbewerb, 1991, Nr. 597, 599, 601. Eine Empfehlung der arbeitsrechtlichen Abteilung des 61. DJT mit 94:71:9 Stimmen lautete, den Betriebsparteien zumindest in konkret fest-