

Der Tarifvorbehalt in § 77 Abs. 3 BetrVG

– Verfassungsrechtliche Grundlagen und Spielräume einer legislativen Fortentwicklung –

A. Einleitung

Der Tarifvorbehalt in § 77 Abs. 3 BetrVG zählt zu denjenigen Bereichen des kollektiven Arbeitsrechts, bei denen jeder gesetzgeberische Eingriff von höchster Brisanz ist, mag auch die gegenwärtige rechtspolitische Diskussion im Arbeitsrecht diesem Komplex weniger Aufmerksamkeit schenken als dies noch Ende des Jahres 2003 der Fall war. Das damals der Endphase zustrebende Vermittlungsverfahren zwischen Bundestag und Bundesrat war bekanntlich unter anderem von dem Stichwort „Bündnisse für Arbeit“ und damit insbesondere von den Bestrebungen geprägt, durch Ergänzungen bzw. Korrekturen im Bereich des § 77 Abs. 3 BetrVG die Grenzziehungen zwischen den Akteuren im kollektiven Arbeitsrecht zugunsten der Betriebsräte bzw. der betrieblichen Normsetzung zu verschieben. Der damals von den Spitzenvertretern der Sozialpartner proklamierte „Burgfrieden“ und die in Aussicht gestellte Ausdehnung von Öffnungsklauseln in Verbandstarifverträgen hat die Diskussion vorübergehend beruhigen können. Die Ruhe ist indes trügerisch und hängt vor allem von der Bereitschaft der Gewerkschaften ab, betriebs- bzw. unternehmensspezifischen Abweichungen von den Verbandstarifverträgen ihr „Ja-Wort“ zu geben.

Die Befreiung von der Hektik aktueller Gesetzgebungsarbeiten und die ausgebrochene Zeit relativer Ruhe sind jedoch prädestiniert dafür, die dem Gesetzgeber eröffneten Handlungsspielräume nochmals einer genaueren Betrachtung zu unterziehen. Insbesondere der grundrechtliche Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit – bzw. genauer: der Schutz der aktualisierten Tarifautonomie – steht hierbei denknotwendig im Zentrum des Interesses. Vor dem Aufstieg in die lichten Sphären der Grundrechtsdogmatik ist im Rahmen einer Einführung in die Thematik jedoch zunächst das Gespür für die enorme Brisanz zu schärfen, den die konkrete Ausformung des Tarifvorbehalts für die Arbeitsverfassung hat. Nur so wird verständlich, warum die Gewerkschaften Bestrebungen selbst zu marginalen Korrekturen des Gesetzes stets mit besonderer Sensibilität argwöhnisch betrachten bzw. diesen getreu dem Motto „Wehret den Anfängen“ abwehrend gegenüberstehen. Der Grund hierfür liegt letztlich in der Historie der Arbeiterbewegung begründet und begleitet die Entwicklung des kollektiven Arbeitsrechts seit den ersten Anfängen bis hinein in die aktuelle Gegenwart.

Bereits in den Anfängen der organisierten Interessenvertretung der Arbeitnehmer im ausgehenden 19. Jahrhundert zählte es zu dem Selbstverständnis der Gewerkschaften, die Interessen der Arbeitnehmer

* Manuskript des Vortrages, gehalten auf der 3. Arbeitstagung des „Fachanwalts-Forum-Arbeitsrecht“ am 20. November 2004 in Berlin.

auf überbetrieblicher Ebene zu bündeln, was letztlich auch von dem Bestreben geleitet war, hierdurch die Schlagkraft der Organisation zu erhöhen. Im Vordergrund stand von Beginn an das Bestreben, die gemeinsamen Interessen der Arbeitnehmer einer Branche zu organisieren. Betriebs- bzw. unternehmensspezifische Besonderheiten haben bei diesem Ansatz keine Daseinsberechtigung. Dementsprechend war der Abschluß von Verbandstarifverträgen das vornehmliche Ziel der Gewerkschaften, das sich mit dem Interesse der Arbeitgeber zu einer sog. win-win-Situation vereinte, auf diese Weise die Arbeitskosten als Parameter im Wettbewerb zu neutralisieren.

Angesichts dessen war es ein bewußter Affront gegenüber dem organisationspolitischen Ansatz der Gewerkschaften, als der Gesetzgeber vor dem Hintergrund der sog. Februarstreiks im Jahre 1890 mittels einer Novelle der Gewerbeordnung erstmals versuchte, durch sog. Arbeiterausschüsse eine betriebliche Interessenvertretung zu installieren. Bei einem Blick auf die Intentionen für diesen Startschuß des Betriebsverfassungsrechts ist dies nur allzu verständlich. Er war eingebettet in das von Bismarck eingeleitete sozialpolitische Konzept, mittels einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen den sog. gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie und der Gewerkschaften zu begegnen. Dies vor allem deshalb, weil sich die sog. Sozialistengesetze – wie auch Bismarck selbst schmerzlich erfahren mußte – letztlich als politisch wirkungslos erwiesen hatten.

Angesichts dessen war es auch nach dem Sturz Bismarcks das vor allem seitens Wilhelm II. verfolgte politische Anliegen, den in den Februarstreiks von den Gewerkschaften aufgegriffenen und artikulierten Mißständen dadurch zu begegnen, daß einerseits die Bestimmungen zum Arbeitsschutz verbessert, andererseits aber betriebliche Interessenvertretungen bewußt als Gegengewicht zu den gewerkschaftlichen Organisationen ermöglicht wurden. Sie sollten dafür Sorge tragen, innerbetriebliche Mißstände möglichst frühzeitig zu beseitigen, um auf diese Weise der Notwendigkeit zu einer überbetrieblichen Interessenvertretung die Grundlage zu entziehen. Dementsprechend wurden die Arbeiterausschüsse in der parlamentarischen Diskussion der Gewerbeordnungs-Novelle insbesondere von der SPD-Fraktion im Reichstag entschieden bekämpft, weil sie gezielt und unverkennbar als Gegenspieler zu den Gewerkschaften aufgebaut werden sollten. Bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts blieben sie in der Praxis schon aus diesem Grunde letztlich bedeutungslos. Dies änderte sich erst, als die Gewerkschaften unter dem Vorsitz von Carl Legien die Arbeiterausschüsse in ihre Organisationspolitik integrierten und sie gewissermaßen als Transmissionsriemen zur Umsetzung gewerkschaftlicher Vorstellungen in den Betrieben in Dienst nahmen.

Unter umgekehrten Vorzeichen wiederholte sich dieser Konflikt im Anschluß an die November-Revolution bei der Schaffung des Betriebsrätegesetzes. Dieser war von dem Ringen zwischen parlamentarischer Demokratie auf der einen und Räterepublik auf der anderen Seite, die sich als Systemalternativen gegenüberstanden, geprägt. Während die Gewerkschaften, die den Arbeitgebern im Rahmen des Stinnes-Legien-Abkommens im November 1918 gerade ihre Anerkennung als einzige Interessenvertretung der Arbeitnehmer abgetrotzt hatten, in ihrer überwiegenden Mehrheit den vor allem von der deutschen Sozialdemokratie verfolgten Weg der parlamentarischen Demokratie

unterstützten, stand dem das Konzept einer Räterepublik gegenüber, die sich unter anderem auf die in den Betrieben gebildeten Arbeiterräte als Basis stützen sollte. Abermals mußten die Gewerkschaften die betrieblichen Interessenvertretungen als unmittelbare Bedrohung ihrer eigenen organisationspolitischen Interessen bewerten. Angesichts dessen ist es leicht nachvollziehbar, daß sie auch bei der Schaffung des Betriebsrätegesetzes auf die Sicherung ihres Einflusses bzw. auf die Etablierung eines wirksamen Konkurrenzschutzes bedacht sein mußten.

Dieser Konflikt brach auch nach dem 2. Weltkrieg auf und wiederholte sich insbesondere bei den jeweiligen Gesetzgebungsarbeiten zum Betriebsverfassungsrecht. Sowohl bei der Schaffung des BetrVG Anfang der 50er Jahre, als aber auch bei der Novellierung des Gesetzes Anfang der 70er Jahre wurde das Anliegen der Gewerkschaften nach einem wirksamen Konkurrenzschutz deutlich artikuliert. Deshalb ist es nur folgerichtig, daß bereits der Tarifvorbehalt in § 59 BetrVG 1952 bewußt geschaffen wurde, um die von den Gewerkschaften gestaltete Tarifautonomie vor einer betrieblichen Normsetzung zu schützen. Öffnungen sollten zwar möglich, aber von der Zustimmung der Tarifvertragsparteien und damit letztlich der Gewerkschaft abhängig sein. Im Rahmen des § 77 Abs. 3 BetrVG kehrt dieser Grundgedanke an gesetzessystematisch exponierter Stelle wieder und prägt auch heute unverändert die Diskussion. Die Tarifkonflikte der vergangenen Monate, ich nenne nur die Stichworte Siemens, Daimler, Opel und schließlich VW, haben dieses latente Spannungsverhältnis abermals eindrucksvoll vor Augen geführt. Dem Streben der betrieblichen Interessenvertreter, meist durch mächtige Vorsitzende der Konzernbetriebsräte repräsentiert, stand das anfängliche Beharren der Gewerkschaften auf Wahrung der durch den Verbandstarifvertrag vermittelten Ordnungsfunktion gegenüber.

Der vorstehende historische Ausflug führt für die Fachdiskussion vor Augen, daß sich diese nicht allein am abstrakten Firmament der Grundrechtsdogmatik vollzieht, an dem im Wege rationalen Rasonierens die Sterne beliebig oder den Maximen ökonomischer Effizienz gehorchend verschoben werden können. Insbesondere der Schutz der Tarifautonomie durch die koalitionsverfassungsrechtliche Gewährleistung des Grundgesetzes, der – was naheliegt – in der juristischen Fachdiskussion im Fokus steht, ist deshalb auch ein ganz bewußt eingesetztes Instrument im Rahmen eines politischen Diskurses, der sich den Aufgaben und dem Stellenwert der Gewerkschaften bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen zuwendet. Daß sie jede Ausweitung der betrieblichen Rechtsetzungsmacht mit besonderem Argwohn betrachten, liegt auf der Hand, bedeutet doch der Zuwachs an Rechtsetzungsmacht für die betrieblichen Akteure zwangsläufig eine Einbuße für die eigenen Gestaltungsmöglichkeiten und damit auch ein Verlust an rechtspolitischer Impulskraft. Dies wiederum rührt bei den Gewerkschaften an ihrem Lebensnerv, verstehen sie die Tarifpolitik doch seit jeher als Motor der Sozialpolitik, deren Ergebnisse der Gesetzgeber mit gebührendem zeitlichen Abstand aufzugreifen und in allgemein verbindliche Gesetzeskraft zu gießen hat.

Am Beginn der nachfolgenden Ausführungen soll zunächst eine Bestandsaufnahme stehen, in der die rechtspolitischen Überlegungen in ihren zentralen Elementen dargestellt werden sollen, die in der rechtspolitischen Diskussion zu § 77 Abs. 3 BetrVG bislang vorgetragen worden sind. Im Vordergrund

stehen dabei insbesondere jene Initiativen zur Erleichterung sog. Bündnisse für Arbeit. Bei ihnen rückt jedoch nicht nur ein Austausch der Normsetzungsakteure in den Vordergrund. Vielmehr ist darüber hinaus die zwingende Wirkung der Tarifnormen betroffen. Der Tarifvorbehalt in § 77 Abs. 3 BetrVG und das Günstigkeitsprinzip sind deshalb zwei Seiten derselben „Bündnis-Medaille“. Nachfolgend wird diese jedoch nur von der einen Seite betrachtet; die andere Seite ist existent, bleibt aber dem Betrachter wie bei einem Blick auf den Mond verborgen. Ausgehend von der Bestandsaufnahme wird sodann der Versuch unternommen, das koalitionsverfassungsrechtliche Umfeld des Tarifvorbehalts auszuleuchten. Dabei sind die durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG markierten Grenzlinien zu kennzeichnen, innerhalb der sich die aktuelle Diskussion zur Rechtslage *de lege ferenda* bewegen kann, um den jenseits koalitionsverfassungsrechtlicher Tretminen verbleibenden Spielraum für legislative Reformbestrebungen aufzuzeigen und damit den Akteuren der Rechtspolitik das von ihnen zu besetzende Terrain zuzuweisen. Im Lichte der so gewonnenen Ergebnisse werden sodann die bislang vorliegenden Initiativen zur Änderung des Tarifvorbehalts in § 77 Abs. 3 BetrVG im Lichte der koalitionsverfassungsrechtlichen Vorgaben gewürdigt.

B. Der Tarifvorbehalt in § 77 Abs. 3 BetrVG als Gegenstand der Rechtspolitik

Die avisierte knappe rechtspolitische Bestandsaufnahme muß sich im Hinblick auf die im Vordergrund stehende koalitionsverfassungsrechtliche Fragestellung auf zentrale Kernelemente beschränken. Unter bewußter Vernachlässigung einzelner Verästelungen stehen fünf Ansätze im Vordergrund.

I. Rücknahme des Tarifvorbehalts in „Notfällen“

Abgesehen von jenen Stimmen, die eine ersatzlose Streichung des Tarifvorbehalts fordern, wurden in der bisherigen Diskussion wiederholt Überlegungen vorgetragen, die dafür plädieren, den Tarifvorbehalt für sog. „Notfälle“ bzw. „Härtefälle“ zurückzuschneiden. Danach soll den Betriebspartnern das Gestaltungsinstrument Betriebsvereinbarung auch außerhalb des schmalen Anwendungsbereichs der Betriebsänderung und ihrer sozialen Abfederung durch Sozialpläne zur Verfügung stehen. Anknüpfen können diese Überlegungen an die *lex lata*, da diese für den sozialpolitischen Notfall der Betriebsänderung bereits den Raum für eine betriebliche Normsetzung ausweitet. Ungeachtet der noch bevorstehenden verfassungsrechtlichen Würdigung sah sich dieser Ansatz jedoch stets zwei Einwänden ausgesetzt:

Erstens bereitet schon die tatbestandliche Konkretisierung erhebliches Kopfzerbrechen. So plausibel der „Notfall“ als Sachgrund für eine Zurückdrängung des Schutzes der Tarifautonomie auf den ersten Blick erscheint, um so weniger klar sind die an ihn zu stellenden Anforderungen. Vor allem aber hat die Diskussion zu den „Bündnissen für Arbeit“ gezeigt, daß das Streben nach vom Verbandstarifvertrag abweichenden Betriebsvereinbarungen heute immer weniger von der Linderung aktueller Not, sondern vor allem von dem Anliegen einer Standortsicherung und damit von der Prävention geleitet ist.

Zweitens zeigt gerade die Parallele in § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG, daß die Zurückdrängung des Tarifvorbehalts nur die eine Seite der Medaille ist. Selbst eine wirksam abgeschlossene

Betriebsvereinbarung ist für sich allein nicht in der Lage, die zwingende Wirkung der Tarifnormen aufzuheben oder individualvertraglich fundierte Ansprüche abzusenken. Hierfür bedarf es stets einer flankierenden gesetzlichen Regelung. Insbesondere eine Auflockerung des Günstigkeitsprinzips muß ergänzend hinzukommen, so es denn überhaupt als sachgerecht erachtet wird, dieses im Verhältnis zwischen rangverschiedenen Kollektivverträgen zur Anwendung zu bringen.

II. Einschränkung des Tarifvorbehalts durch Belegschaftsplebiszit

Der zweite Ansatz leitet seinen Charme gerade daraus her, daß er die Probleme einer tatbestandlichen Konkretisierung vermeidet. Von verschiedener Seite und in unterschiedlichen Ausformungen wurde gerade in der neueren Diskussion versucht, der Auflockerung des Tarifvorbehalts mit Hilfe plebiszitärer Elemente eine breitere Legitimationsbasis zu verschaffen. Sehr weitreichend war dabei unter anderem ein Vorschlag der FDP. Dieser wollte eine Abweichung vom Tarifvertrag bei freiwilligen Betriebsvereinbarungen stets dann gestatten, wenn dieser 75 % der Mitarbeiter zugestimmt haben.

Aufgegriffen hat diesen Ansatz auch der aus den Reihen der CDU/CSU unterbreitete Regelungsvorschlag, der als § 88a in das BetrVG aufgenommen werden sollte. Danach sollte ein Abweichen von dem für das Unternehmen geltenden Tarifvertrag im Hinblick auf eine Vereinbarung zur Beschäftigungssicherung gestattet sein, wenn dieser 2/3 der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zustimmen. Abweichend von dem Vorschlag der FDP zeichnete sich diese Regelung jedoch dadurch aus, daß den Tarifvertragsparteien das Recht zur Intervention vorbehalten bleiben sollte. Die Wirksamkeit einer abweichenden Betriebsvereinbarung stand ausdrücklich unter dem Vorbehalt, daß von Seiten der Tarifvertragsparteien bei dem Arbeitgeber fristgerecht kein Widerspruch einging.

III. Ausdehnung des Günstigkeitsprinzips

Weniger weitreichend war ein dritter Vorschlag, der aber den vorgenannten Überlegungen durchaus ähnelt. Dieser zielte zwar vor allem auf das Günstigkeitsprinzip ab, ist aber letztlich nur mittels einer Einschränkung des Tarifvorbehalts realisierbar bzw. setzt diese denkbare Voraussetzung voraus. So verknüpfte ein ebenfalls von der FDP unterbreiteter Vorschlag das Belegschaftsvotum nicht mit der Wirksamkeit einer vom Tarifvertrag abweichenden Betriebsvereinbarung, sondern zog dieses ausschließlich oder zusätzlich als Legitimations- und Bewertungsgrundlage für eine Einschränkung des Günstigkeitsprinzips heran. Erhielt die vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarung die Zustimmung von 75 % der Arbeitnehmer, so sollte von der Günstigkeit einer entsprechenden Abrede auszugehen sein.

IV. Prozedurale Flankierungen für abweichende Betriebsvereinbarungen

Ein von der Arbeitsgruppe Tarifvertragsrecht entwickelter vierter Ansatz griff die in der Praxis unverkennbaren Schwierigkeiten bei der Anwendung des Tarifvorbehalts zwar ebenfalls auf, beschränkte sich jedoch auf eine prozedurale Flankierung für vom Tarifvertrag abweichende Betriebsvereinbarungen, insbesondere um deren Legalisierung zu erleichtern.

Die Arbeitsgruppe geht von dem tatsächlichen Phänomen aus, daß auf betrieblicher Ebene in größerem Ausmaß Betriebsvereinbarungen unter Verstoß gegen § 77 Abs. 3 BetrVG abgeschlossen werden,

ohne daß die Tarifvertragsparteien eine derartige Normsetzung ausdrücklich gestattet haben. Es fehlt sowohl eine Öffnungsklausel in dem Tarifvertrag als auch eine nachträgliche Genehmigung seitens der Tarifvertragsparteien, obwohl § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG diesen Weg durchaus eröffnet. Trotz dieses eklatanten Verstoßes gegen den Tarifvorrang, der nach der Rechtsprechung des 1. Senats des Bundesarbeitsgerichts immerhin Unterlassungsansprüche begründet, wird der tarifwidrige Zustand von den Akteuren des Verbandstarifvertrages, insbesondere auch von den Gewerkschaften, toleriert.

Um in diesem Punkt Rechtssicherheit zu schaffen, schlägt die Arbeitsgruppe vor, den Akteuren der betrieblichen Rechtsetzung einen Weg zu eröffnen, um eine Zustimmung der Tarifvertragsparteien zu erreichen, ohne von ihnen jedoch ein ausdrückliches Bekenntnis zugunsten der vom Tarifvertrag abweichenden Betriebsvereinbarung zu erzwingen. Hierfür wird im Kern auf die Regelungstechnik der Fiktion zurückgegriffen, wobei die Zustimmung der Tarifvertragsparteien immer dann als erteilt gelten soll, wenn sie diese nicht innerhalb einer Monatsfrist unter Angabe der Gründe verweigern.

Ohne an dieser Stelle bereits auf die weiteren prozeduralen Einzelheiten dieses Vorschlages einzugehen, ähnelt er in seinem Kernelement denjenigen Überlegungen, die bereits in dem CDU/CSU-Entwurf eines § 88a BetrVG enthalten sind, der den Tarifvertragsparteien ein fristgerecht auszuübendes Widerspruchsrecht einräumen wollte. Im Unterschied zu diesem verzichtet der von der Arbeitsgruppe Tarifvertragsrecht unterbreitete Regelungsvorschlag jedoch auf die Verknüpfung mit einem Belegschaftsplebiszit.

V. Beschränkung des Tarifvorbehalts auf tarifgebundene Arbeitgeber

Fünftens ist abschließend noch ein weiterer Ansatz zur Modifizierung des Tarifvorbehalts hervorzuheben, der sich einer oftmals eher vernachlässigten Gruppe von Arbeitgebern zuwendet. Die bislang vorgestellten Überlegungen zielten augenscheinlich darauf ab, den Betriebspartnern mittels Betriebsvereinbarung eine Abweichung von den für den Betrieb geltenden Regularien eines Verbandstarifvertrages zu eröffnen. Dies setzt jedoch wiederum denknotwendig voraus, daß der Inhaber des Betriebes überhaupt an den Tarifvertrag gebunden ist. Von den bislang vorgestellten Modifizierungen profitieren deshalb vor allem diejenigen Arbeitgeber, die tarifgebunden sind. Der Tarifvorbehalt reicht jedoch nach vorherrschendem, insbesondere auch vom Bundesarbeitsgericht befürworteten Verständnis über diesen Personenkreis hinaus. Er untersagt Betriebsvereinbarungen über tarifvertraglich geregelte Arbeitsbedingungen auch in den Fällen, in denen der Betrieb in den fachlichen und räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fällt, der Arbeitgeber an diesen jedoch wegen fehlender Verbandsmitgliedschaft nicht gebunden ist.

Unter anderem an diesem Punkt setzte wiederholt der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung in seinen Jahresgutachten an. Neben sehr viel weiterreichenden, hier aber zu vernachlässigenden Vorschlägen zum Günstigkeitsprinzip forderte er auch, die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern aufzuheben. Er plädiert damit letztlich dafür, die personelle Reichweite des Tarifvorbehalts in § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG mit der des Tarifvorranges in § 87 Abs. 1 BetrVG zu synchronisieren. Dieser Vorschlag würde allerdings die

Betriebsvereinbarung bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern zu einer Art Ersatztarifvertrag und den Betriebsrat zu einer beitragsfreien Ersatzgewerkschaft aufwerten.

C. Koalitionsverfassungsrechtliche Vorgaben bei gesetzlichen Vorschlägen zur Änderung des § 77 Abs. 3 BetrVG

Der knappe Einblick in die Reformdiskussion wirft zwangsläufig die Frage auf, ob die Umsetzung der vorgenannten Regelungsvorschläge allein vom Ermessen der jeweiligen parlamentarischen Mehrheit abhängt oder aber sich diese in einen unvermeidbaren und ggf. unauflösbaren Konflikt zu den koalitionsverfassungsrechtlichen Vorgaben in Art. 9 Abs. 3 GG begibt. Dabei soll sich die Beantwortung an diejenigen Koordinaten orientieren, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Judikatur für die Interpretation von Art. 9 Abs. 3 GG gesetzt hat. Ungeachtet ihrer Überzeugungskraft oder der Notwendigkeit einer kritischen Reflektion ist es bei einer Diskussion der eingeführten Reformvorschläge unrealistisch, daß eine Bundesregierung, welcher Couleur auch immer, das Koordinatensystem der verfassungsgerichtlichen Judikatur verlassen und sich zusätzlichen Angriffspunkten im Gesetzgebungsverfahren aussetzen wird. Deshalb unterwerfen sich die nachfolgenden Ausführungen zu den koalitionsverfassungsrechtlichen Fragestellungen bewußt einer Selbstbeschränkung.

I. Einbeziehung tarifautonomer Normsetzung in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit

Dies zeigt sich bereits beim Betreten der ersten Stufe der koalitionsverfassungsrechtlichen Überlegungen. Sie betreffen den personellen Schutzbereich der Koalitionsfreiheit. Entgegen denjenigen Stimmen im Schrifttum, die die Koalitionsfreiheit primär aus dem Blickwinkel des individuellen Grundrechtsschutzes betrachten, zählte es von Beginn an zu den Kernelementen der ständigen verfassungsgerichtlichen Judikatur, daß Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG auch die Koalitionen als solche in den Grundrechtsschutz einbezieht. Dieser umfaßt zudem nicht nur einen Schutz der Organisation, sondern auch den Schutz ihrer koalitionsspezifischen Betätigung. Zu dieser zählt seit jeher die Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder durch unmittelbar und zwingend wirkende Gesamtvereinbarungen, also durch Tarifverträge. Deshalb gehört auch der Schutz der ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie zu den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannten Elementen des Schutzes der kollektiven Koalitionsfreiheit.

II. Der Schutz vor konkurrierender Normsetzung als Inhalt der koalitionsverfassungsrechtlichen Gewährleistung

Unmittelbarer Adressat dieses Schutzes ist vor allem der Gesetzgeber. Im Hinblick auf die Tarifautonomie schützt Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG die tarifvertragliche Rechtsetzung deshalb vor gesetzgeberischen Interventionen. Dabei sind zwei Schutzrichtungen streng zu unterscheiden:

Erstens muß der Gesetzgeber den verfassungsrechtlich geforderten Schutz der kollektiven Normsetzung bei seiner eigenen arbeitsrechtlichen Regelsetzung beachten. Er darf also nur in eingeschränktem Umfang die Aufgabe der Tarifvertragsparteien selbst übernehmen und deren Normsetzung durch eigene zwingende Regelungen verdrängen und den Koalitionen den Weg zu einer

tarifvertraglichen Rechtsetzung versperren. Mit dieser Aussage ist den Koalitionen allerdings weder ein absoluter Schutz zugewiesen noch läßt sich aus Art. 9 Abs. 3 GG eine generelle Normsetzungsprärogative zugunsten der Koalitionen ableiten. Vielmehr kann der Gesetzgeber seine verbliebene Zuständigkeit zur Regelung der Arbeitsbedingungen in Anspruch nehmen, muß diese bei einer Kollision mit dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit jedoch auf hinreichend gewichtige Sachgründe stützen, die nach vorherrschendem Verständnis zudem ein grundrechtliches bzw. verfassungsrechtliches Fundament aufweisen müssen.

Diese Relativierung gilt es auch bei der zweiten Zielrichtung des Schutzes der Tarifautonomie zu beachten. So zählt es seit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu den Heimarbeiterausschüssen und den Arbeitskammern zu den koalitionsverfassungsrechtlichen Eckdaten, daß es die Koalitionsfreiheit der staatlichen Gesetzgebung auch verwehrt, Dritte mit arbeitsrechtlicher Normsetzungsmacht auszustatten, sofern diese geeignet ist, die Normsetzung der Tarifvertragsparteien auszuhöhlen. Dies gilt es auch zu beachten, wenn der Gesetzgeber den Betriebspartnern die Rechtsmacht verleiht, die Arbeitsbedingungen im Betrieb durch unmittelbar sowie zwingend wirkende und damit dem Tarifvertrag vergleichbare Abreden, also Betriebsvereinbarungen, auszugestalten. Damit steht zumindest fest, daß der durch § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG begründete Schutz der Tarifautonomie keine dem gesetzgeberischen Ermessen unterliegende Norm zur Abgrenzung der tarifvertraglichen von der betrieblichen Rechtsetzung ist. Vielmehr ist eine derartige Kompetenzabgrenzung ungeachtet ihrer konkreten Ausgestaltung koalitionsverfassungsrechtlich gefordert. Angesichts dessen ist der Tarifvorbehalt in § 77 Abs. 3 BetrVG zumindest im grundsätzlichen Ausgangspunkt aus Sicht der Koalitionsfreiheit zwingend vorgegeben.

III. Der Tarifvorbehalt im Lichte des koalitionsverfassungsrechtlich determinierten Abwägungsprogramms

Kopferbrechen bereitet allerdings die Konkretisierung des Tarifvorbehalts durch den Gesetzgeber. Die Schwierigkeiten liegen ungeachtet fehlender verfassungsgerichtlicher Judikatur vor allem darin begründet, daß nicht nur der grundrechtsdogmatische Boden mit dem aus Eingriff, Ausgestaltung und Umgestaltung gebildeten Dreieck ein erhebliches Gefahrenpotential begründet. Vor allem steht der koalitionsverfassungsrechtliche Schutz der Tarifautonomie schneidigen und simplifizierenden Problemlösungen entgegen, sondern zwingt zu einem diffizilen Abwägungsprozeß.

Selbst wenn § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG einen festen koalitionsverfassungsrechtlichen Kern hat, folgt aus der arbeitsrechtlichen Gestaltungsmacht des Gesetzgebers, daß dieser die exakten Grenzen zur betrieblichen Rechtsetzungsmacht in die eine oder andere Richtung verschieben kann. Analog zu den Grundsätzen, die der Gesetzgeber bei seiner eigenen arbeitsrechtlichen Normsetzung zu beachten hat, ist ihm eine Verschiebung zugunsten der betrieblichen Rechtsetzung zumindest dann gestattet, wenn er sich hierfür auf eine verfassungsrechtlich fundierte Legitimation zu stützen vermag. Unabhängig von den unterschiedlichen grundrechtsdogmatischen Ausgangspunkten, für die sich jeweils – wie stets – gute Gründe anführen lassen, hängt die Entscheidung deshalb letztlich immer von einer Abwägung ab.

Bei dieser sind nicht nur Bedeutung und Tragweite der zur Legitimation angeführten Sachgründe in den Blick zu nehmen. Vielmehr ist auch die Bedeutung und Tragweite des betreffenden Regelungsgegenstandes für die Tarifautonomie in die Abwägung einzubeziehen und genauer zu betrachten. So hat das Bundesverfassungsgericht, angefangen von der Befristungs-Entscheidung bis zu den Judikaten zur Lohnabstandsklausel sowie der urlaubsrechtlichen Anrechnungsklausel, stets ein besonderes Augenmerk darauf gelegt, welche Bedeutung die jeweilige Materie für die Tarifautonomie hat und maß dabei insbesondere der Tarifvertragspraxis ein besonderes Gewicht bei.

Bereits hieraus folgt für die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Tarifvorbehalts eine zentrale Weichenstellung: Aus verfassungsrechtlicher Sicht muß dieser so formuliert sein, daß er dem Gewicht des jeweiligen Regelungsgegenstandes für die Tarifautonomie ausreichend Rechnung trägt. Dies führt dazu, daß der Tarifvorbehalt zumindest aus verfassungsrechtlicher Sicht in den tarifvertraglichen Kernbereichen stärker ausgeprägt sein muß als in den Randbereichen, in denen sich die Tarifvertragsparteien wegen des betriebsspezifischen Regelungsgegenstandes typischerweise einer eigenen Normsetzung enthalten.

Dieses zu Differenzierungen zwingende Abwägungsprogramm läßt sich anhand der derzeitigen Ausgestaltung des Tarifvorbehalts anschaulich aufzeigen. So ist es im Hinblick auf das Gewicht einer Einschränkung der Tarifautonomie nicht zu beanstanden, wenn die in § 87 Abs. 1 BetrVG aufgezählten Materien dem Schutz durch den Tarifvorbehalt entzogen und den Betriebspartnern der Zugang zu einer eigenen Normsetzung erst versperrt wird, wenn der Arbeitgeber an eine unmittelbar und zwingend wirkende Tarifbestimmung gebunden ist, die dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates in gleicher Weise Rechnung trägt. Die in § 87 Abs. 1 BetrVG genannten Materien zählen – von Ausnahmen abgesehen – nicht zu den zentralen Betätigungsfeldern der Tarifvertragsparteien, so daß der Schutz der Tarifautonomie bei ihnen schwächer ausfallen darf. Die vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts gebilligte Vorrangtheorie und die mit ihr verbundene Verdrängung des Tarifvorbehalts in § 77 Abs. 3 BetrVG steht deshalb nicht im Widerspruch zu dem koalitionsverfassungsrechtlichen Schutz der Tarifautonomie.

Umgekehrt muß der einfachgesetzliche Schutz der Tarifautonomie bei den zentralen Elementen der Tarifvertragspraxis, also insbesondere der Höhe des Arbeitsentgelts und der Dauer der Arbeitszeit intensiver sein. Deshalb erstreckt § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG den Schutz der Tarifautonomie mit gutem Grund auf das „Arbeitsentgelt“. Auch die im Schrifttum lange Zeit vorherrschende Auffassung, welche die tatbestandliche Reichweite des Tarifvorbehalts mittels der Gegenüberstellung von formellen und materiellen Arbeitsbedingungen konkretisierte und diesen auf die Letztgenannten beschränkte, trägt den notwendigerweise zur Differenzierung zwingenden verfassungsrechtlichen Vorgaben ausreichend Rechnung. Andererseits zeigt das aus Sicht der Koalitionsfreiheit notwendige Abwägungsprogramm, daß die vom 1. Senat des Bundesarbeitsgerichts befürwortete extensive Auslegung der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ und ihre Ausdehnung auf die sog. formellen Arbeitsbedingungen zwar ohne

Zweifel den Schutz der Tarifautonomie optimiert, ist in dieser Ausdehnung aber nicht koalitionsverfassungsrechtlich gefordert.

Werden die Auswirkungen einer konkurrierenden Normsetzung durch die Betriebspartner auf die aktualisierte Tarifautonomie betrachtet, so ist zudem die Nähe des Arbeitgebers zu den Tarifvertragsparteien in die Abwägung einzustellen. Es ist im Hinblick auf den Schutz der Koalitionsfreiheit und die ausgeübte Tarifautonomie von erheblichem Gewicht, ob es im Betrieb des Arbeitgebers zu konkurrierenden Normen kommt, weil die Tarifnormen im Betrieb des Arbeitgebers wegen seiner Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband oder aufgrund seiner Stellung als Tarifvertragspartei unmittelbar gelten oder aber die betriebliche Normsetzung lediglich ersatzweise zum Tragen kommt, weil der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist.

Deshalb wäre es aus koalitionsverfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber den Spielraum der Betriebsautonomie bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern größer ausgestaltet als bei solchen, die tarifgebunden sind. Allerdings ist auch bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern das Gefahrenpotential für die Tarifautonomie nicht zu vernachlässigen. Die uneingeschränkte Anerkennung der Betriebsvereinbarung als „Ersatztarifvertrag“ und des Betriebsrates als „beitragsfreie Ersatzgewerkschaft“ ist selbst in einer ausgedünnten Sphäre des koalitionsverfassungsrechtlichen Schutzes zweifelhaft, wenn der Betrieb in dem räumlichen und fachlichen Geltungsbereich eines Verbandstarifvertrages liegt. In dieser Konstellation treffen beide arbeitsrechtlichen Normsetzungsinstanzen zwar nicht im Betrieb aufeinander, sie konkurrieren aber um den jeweiligen Betrieb. Im Interesse des Arbeitnehmerschutzes mag eine derartige Konkurrenz selbst im Lichte der Tarifautonomie hinzunehmen sein, der Spielraum darf jedoch auch bei Außenseiter-Arbeitgebern nicht so groß sein, daß dieser geradezu eine Sogwirkung auf die verbandsangehörigen Arbeitgeber auslöst, den Arbeitgeberverband zu verlassen. Auch insoweit kann aber bei der koalitionsverfassungsrechtlichen Würdigung wiederum die der Betriebsautonomie zusätzlich eröffnete Regelungsmaterie nicht vollständig ausgeblendet werden.

Die vorstehend betrachteten sehr differenzierten Gesichtspunkte betrafen allerdings nur die eine Seite der Abwägung, den koalitionsverfassungsrechtlichen Schutz der Tarifautonomie. Dieser sind notwendigerweise die Sachgründe gegenüberzustellen, die für eine Ausdehnung der Betriebsautonomie zu Lasten der Tarifautonomie sprechen. Neben dem Schutz der Arbeitnehmer vor einer einseitigen Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber, der insbesondere im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG im Vordergrund steht, rückt vor allem das Bedürfnis nach einer betriebsspezifischen Normsetzung in den Mittelpunkt. Dabei steht nicht nur der Regelungsgegenstand im Vordergrund. Zu berücksichtigen ist auch der Anlaß für eine gegebenenfalls verdrängende Normsetzung durch die Betriebspartner. Zur Bestätigung dieses Ansatzes läßt sich de lege lata auf die Beseitigung des Tarifvorbehalts für den Abschluß eines Sozialplans in § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG hinweisen. Zur Abmilderung des sozialpolitischen Notfalls einer Betriebsänderung soll dieser den Gestaltungsspielraum der Betriebspartner erweitern, ohne aber zugleich § 4 Abs. 4 TVG zu modifizieren.

Dieser Ansatz ließe sich aus koalitionsverfassungsrechtlicher Sicht durchaus fortdenken und auf andere Anlässe ausdehnen. Zu denken ist dabei nicht nur an die Insolvenz, sondern auch an im Vorfeld anzusiedelnde Krisensituationen, welche das Bedürfnis nach betriebsspezifischen Lösungen gegenüber der Tarifautonomie als vorrangig erscheinen lassen. In Betracht zu ziehen ist hierbei auch der drohende Verlust von Arbeitsplätzen, also die Beschäftigungssicherung. So hat das Bundesverfassungsgericht in seiner inzwischen ständigen Rechtsprechung den Abbau der Arbeitslosigkeit bzw. die Beschäftigungsförderung als ein besonders gewichtiges und verfassungsrechtlich abgestütztes Interesse bewertet, das es auch rechtfertigt, den Schutz der ausgeübten Tarifautonomie einzuschränken.

In die notwendige Abwägung zwischen der Tarifautonomie einerseits und den zugunsten einer Ausdehnung der Betriebsautonomie angeführten Belangen andererseits ist schließlich auch einzubeziehen, ob gleichermaßen geeignete Handlungsformen zur Verfügung stehen, die dem Bedürfnis nach einem betriebsspezifischen Kollektivvertrag Rechnung tragen, die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie aber weniger intensiv beeinträchtigen. In den Mittelpunkt der Abwägung rückt damit zwangsläufig die Möglichkeit zum Abschluß von Firmentarifverträgen als alternatives Handlungsinstrumentarium. Wegen der negativen Koalitionsfreiheit ist aber auch die bewußte Entscheidung des Arbeitgebers gegen das tarifvertragliche Regelungsmodell zu respektieren. Deshalb erscheint es aus koalitionsverfassungsrechtlicher Sicht durchaus vertretbar, wenn tarifgebundene Arbeitgeber wegen des als Alternative zur Verfügung stehenden Firmentarifvertrages größere Einschränkungen der Betriebsautonomie hinnehmen müssen als tarifliche Außenseiter, die sich bewußt gegen das tarifliche Ordnungsmodell entschieden haben.

D. Exemplarische Bewertung aktueller Reformbestrebungen zu § 77 Abs. 3 BetrVG

Die vorstehend skizzierten koalitionsverfassungsrechtlichen Vorgaben verdeutlichen, daß sich gesetzgeberische Korrekturen des Tarifvorbehalts in einem äußerst vielschichtigen und differenzierten Abwägungsprozeß bewegen. Hierzu trägt vor allem die inhaltliche Offenheit des Abwägungsprozesses bei. Jedenfalls bei den tarifvertraglichen Kernmaterien „Arbeitsentgelt“ und „Arbeitszeit“ ist bei tarifgebundenen Arbeitgebern eine generelle Öffnung zugunsten einer gegebenenfalls sogar verdrängenden betrieblichen Normsetzung nur dann mit den Vorgaben durch die Tarifautonomie in Einklang zu bringen, wenn tatbestandliche Restriktionen gewährleisten, daß hinreichend gewichtige Sachgründe die Zurückdrängung der Tarifautonomie rechtfertigen. Größer ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hingegen selbst bei den tarifvertraglichen Kernmaterien, wenn der Gestaltungsspielraum für die Betriebsvereinbarung bei tariflichen Außenseitern erweitert wird. Mit dieser Vorbemerkung sind nunmehr jene eingangs knapp skizzierten Vorschläge zu würdigen, die bei § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ansetzen und für eine Erweiterung des Regelungsspielraums für die Betriebsvereinbarung plädieren.

Dabei ist als erster, sehr weitreichender Schritt in Betracht zu ziehen, daß die Betriebspartner ohne jegliche tatbestandliche Einschränkungen berechtigt werden, von den Bestimmungen eines

Tarifvertrages, insbesondere zu Ungunsten der Arbeitnehmer abzuweichen. Für sich alleine würde eine derart weitgehende Öffnung zugunsten der Betriebsautonomie mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der tarifautonomen Normsetzung nicht vereinbar sein. Sie würde letztlich das Verhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung auf den Kopf stellen und den Tarifvertrag zu einer der Betriebsvereinbarung nachgelagerten Rechtsquelle herabstufen. Die Unvereinbarkeit mit den koalitionsverfassungsrechtlichen Vorgaben tritt vor allem dann besonders deutlich zu Tage, wenn hierdurch selbst den tarifgebundenen Arbeitnehmern der Schutz durch das tarifvertragliche Regelungsgefüge entzogen würde, ohne daß sie hierzu ihr Einvernehmen erteilt haben. Deshalb könnte auch ein Belegschaftsplebiszit einen derart weitreichenden Eingriff in die Tarifautonomie nicht rechtfertigen.

Eine andere Bewertung kommt deshalb erst in Betracht, wenn ein hinreichend gewichtiger Sachgrund für eine Prärogative der Betriebsautonomie vorliegt. Insofern treten vor allem die „Sicherheit der Arbeitsplätze“ und die „betriebliche Notlage“ als rechtfertigende Sachverhalte in den Mittelpunkt. Im Grundsatz lassen sich durchaus gute Gründe anführen, beide Sachverhalte als hinreichend gewichtig anzusehen, ein Zurückdrängen der Tarifautonomie selbst bei den tarifgebundenen Arbeitgebern zu legitimieren. Zweifelhaft bleibt aus koalitionsverfassungsrechtlicher Sicht allerdings, ob die genannten Sachgründe stets und in jedem Fall stark genug sind, eine Zurückdrängung der tarifautonomen Rechtsetzung bei allen Sachgebieten in gleicher Weise zu rechtfertigen. Insbesondere bei den tarifvertraglichen Kernmaterien „Arbeitsentgelt“ und „Arbeitszeit“ verbleiben erhebliche Bedenken.

Diese verstärken sich noch, wenn im Rahmen der Abwägung auch berücksichtigt wird, ob es aus Sicht der Tarifautonomie in gleicher Weise geeignete mildere Mittel gibt, den betriebs- bzw. unternehmensspezifischen Sonderlagen Rechnung zu tragen. Solange nicht hinreichend gesicherte Erkenntnisse vorliegen, daß der Firmentarifvertrag als Regelungsalternative ausscheidet bzw. Verbandstarifverträge nur in unzureichendem Maße den Weg für betriebsspezifische Besonderheiten öffnen, dürfte zumindest bei tarifgebundenen Arbeitgebern jedenfalls der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine nahezu unüberwindbare Hürde errichten, die einer Normsetzungsprärogative der Betriebspartner in den tarifvertraglichen Kernmaterien entgegensteht.

Hinzu tritt ein zweites Problem, das auf einer anderen Ebene liegt: In tatbestandlicher Hinsicht weisen die genannten Aspekte eine erhebliche Unschärfe auf. Insbesondere ist es bislang nicht gelungen, den Begriff der betrieblichen oder wirtschaftlichen Notlage mit festen und justitiablen Konturen zu versehen. Selbst wenn diese abstrakt hinreichend gewichtig wären, um Einschränkungen der Tarifautonomie zu legitimieren, sind sie aufgrund ihrer Unschärfe nicht in der Lage, den betrieblichen Akteuren ein rechtssicheres Aktionsfeld zur Verfügung zu stellen. Damit ist jedoch die Attraktivität der Betriebsvereinbarung gerade in der Situation der Krise entscheidend abgeschwächt.

Dieser Einwand gilt allerdings nicht bei in formaler Hinsicht eindeutig abgrenzbaren Kriterien. Insofern liegt der Rückgriff auf die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nahe. Eine derartige tatbestandliche Anknüpfung würde aber angesichts des wirtschaftlichen Anliegens, das regelmäßig hinter der erstrebten Verdrängung des Tarifvorbehalts liegt, zu kurz greifen. Ein nach US-amerikanischem Vorbild

strukturiertes Reorganisationsverfahren wäre deshalb ein geeigneterer Anknüpfungspunkt. Allerdings ist diese Alternative derzeit als kaum realisierbar zu bewerten. Schließlich ist zu bedenken, daß der eigentliche Anlaß zur Begründung eines betrieblichen Bündnisses für Arbeit nicht stets mit einer wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers verbunden ist. Das gilt insbesondere, wenn die Unternehmensleitung vor einer Standortentscheidung für eine Erweiterungsinvestition steht.

Angesichts der unvermeidlichen Unsicherheiten, die das koalitionsverfassungsrechtliche Abwägungsprogramm aufwirft, treten als Alternative zwangsläufig diejenigen Ansätze in den Vordergrund, die die Befugnis zum Abschluß abweichender Betriebsvereinbarungen mit dem Einverständnis der Tarifvertragsparteien verknüpfen. Sachgerecht erscheint deshalb der seitens des Freistaates Bayern unterbreitete und vom Bundesrat übernommene Vorschlag eines neu einzufügenden § 88a BetrVG, der auf tatbestandliche Voraussetzungen verzichtet und an deren Stelle formale Kriterien treten läßt. Der Weg einer Anzeige an die Tarifvertragsparteien und das Unterbleiben eines Widerspruchs läßt diesen jederzeit die Chance zur Intervention gegenüber einer tarifwidrigen Betriebsvereinbarung.

Dem verfassungsrechtlich geforderten Schutz der tariflichen Normsetzung vor einer konkurrierenden Regelung durch die Betriebspartner trägt dieser Ansatz hinreichend Rechnung. Allerdings ist nicht zu übersehen, daß sich die Tarifvertragsparteien schwer tun werden, in offene Opposition zu einem auf betrieblicher Ebene geschnürten Kompromißpaket zu treten. Das Widerspruchsrecht kann sich deshalb in der Praxis deshalb durchaus als ein zu dünnes Schutzschild für die Tarifautonomie erweisen. Dieser Einwand sollte jedoch nicht dazu führen, vorschnell zu dem Stigma der koalitionsverfassungsrechtlichen Unvereinbarkeit zu gelangen. Vielmehr könnte den nicht zu vernachlässigenden Einwänden zum Schutz der Tarifautonomie dadurch Rechnung getragen werden, daß den Tarifvertragsparteien frühzeitig die Chance eröffnet wird, auf das betriebliche Verhandlungsgeschehen Einfluß zu nehmen.

Jenseits der koalitionsverfassungsrechtlichen Zwänge ist indes die Frage angesiedelt, ob der Vorschlag des Bundesrates regelungstechnisch optimiert werden kann. Ihm fehlt insbesondere eine Bestimmung für den Fall, daß die Tarifvertragsparteien auf eine Anzeige der Betriebspartner schweigen. Gesetzestechnisch besser wäre es deshalb, die Zustimmung der Tarifvertragsparteien nach Ablauf einer bestimmten Frist zu fingieren, wobei es die Tarifvertragsparteien in der Hand hätten, den Eintritt der Zustimmungsfiktion durch eine fristgerecht erfolgte und mit einer Begründung versehene Verweigerung der Zustimmung zu verhindern.

Bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern erweist sich der Weg einer prozedural erleichterten Zustimmung durch die Tarifvertragsparteien allerdings als wenig geeignet. Angesichts der fehlenden Nähe zu den Tarifvertragsparteien wird regelmäßig eine erhebliche Hemmschwelle bestehen, diese beim Abschluß einer Betriebsvereinbarung zu beteiligen. Deshalb bleibt zu erwägen, ob hinreichende Sachgründe existieren, bei ihnen die Betriebsautonomie auszudehnen bzw. die tatbestandliche Reichweite des Tarifvorbehalts einzuschränken. Insoweit haben die Ausführungen zu dem koalitionsverfassungsrechtlichen Abwägungsprogramm bereits gezeigt, daß es die fehlende Geltung

des Tarifvertrages in dem Betrieb durchaus rechtfertigt, den Schutz der Tarifautonomie in diesem Bereich abzuschwächen. Allerdings sind die Gefahren, die mit der Zulassung von „Ersatztarifverträgen“ und „beitragsfreien Ersatzgewerkschaften“ verbunden sind, nicht zu vernachlässigen. Deshalb ist es aus koalitionsverfassungsrechtlicher Sicht unverzichtbar, jedenfalls in der Sphäre jenseits der paritätischen Mitbestimmungsrechte, eine Prerogative der betrieblichen Rechtsetzungsmacht mittels hinreichend gewichtiger Sachgründe zu legitimieren und damit auf tatbestandlicher Ebene zu domestizieren.

Außerhalb eines Insolvenzverfahrens erweist sich allerdings die tatbestandliche Konkretisierung eines hinreichend gewichtigen Sachgrundes abermals als Hauptproblem aller Überlegungen de lege ferenda. Diskussionswürdig erscheint insoweit eine Anknüpfung an den Tatbestand des § 92a BetrVG sowie eine dort eingefügte Regelung, aufgrund der § 77 Abs. 3 BetrVG bei Vereinbarungen zur Beschäftigungssicherung bzw. -förderung bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern keine Anwendung findet. Allerdings setzt dies voraus, daß die tatbestandlich äußerst schillernden Begriffe „Beschäftigungssicherung“ und „Beschäftigungsförderung“ ausreichend gewichtige Sachverhalte umschreiben, um den einfachgesetzlichen Schutz der tariflichen Normsetzung einzuschränken. Hierüber kann man mit guten Gründen geteilter Ansicht sein. Im Rahmen der aus koalitionsverfassungsrechtlicher Perspektive notwendigen Abwägung ist allerdings nicht zu vernachlässigen, daß der Rechtsschutz der Tarifvertragsparteien gegenüber tarifvorbehaltswidrigen Betriebsvereinbarungen äußerst schwach und letztlich auf das Verfahren nach § 23 BetrVG beschränkt ist. Deshalb erscheint die Einbuße an Schutz für die Tarifautonomie vertretbar. Als Gewinn würde immerhin die Legalisierung einer rechtswidrigen Praxis verbleiben.

E. Zusammenfassung

1. Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG errichtet zugunsten der Tarifautonomie nicht nur ein Schutzschild gegenüber der staatlichen Normsetzung auf dem Gebiet der Arbeitsbedingungen. Vielmehr schützt Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG die Koalitionen auch vor einer konkurrierenden Normsetzung durch die Betriebspartner.
2. Der Tarifvorbehalt in § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ist deshalb Ausdruck des Schutzes der Tarifautonomie und in seinem Kern verfassungsrechtlich geboten. Seine generelle Aufhebung steht nicht im Ermessen des Gesetzgebers, sondern ist diesem im Gegenteil sogar von Verfassungs wegen verwehrt.
3. Veränderungen des Tarifvorbehalts, die der Betriebsvereinbarung zu Lasten der Tarifautonomie einen größeren Aktionsspielraum eröffnen, bewegen sich in einem komplexen Abwägungsprozeß. Bei diesem sind den Auswirkungen auf die Tarifautonomie diejenigen Sachgründe gegenüberzustellen, auf die der Gesetzgeber die Normsetzungsprärogative zugunsten der Betriebspartner stützt. Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, ob die Betriebsautonomie im Betrieb in Konkurrenz zu der Tarifautonomie tritt bzw. der Firmentarifvertrag als betriebs- bzw. unternehmensspezifische Gestaltungsalternative zur Verfügung steht. Aus diesem Grunde ist der

Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Hinblick auf den Tarifvorbehalt bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern größer als bei denjenigen, die kraft des Tarifrechts den Tarifvertrag im Betrieb zur Anwendung bringen müssen.

4. Prozedurale Regularien, die den Abschluß vom Verbandstarifvertrag abweichenden Betriebsvereinbarungen erleichtern, sind aus Sicht der kollektiven Koalitionsfreiheit nicht zu beanstanden, solange den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit verbleibt, die Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung durch Ausübung eines Widerspruchsrechtes zu verhindern, und ihnen zudem ermöglicht wird, ihren Standpunkt bereits während der Verhandlungen auf betrieblicher Ebene zur Geltung zu bringen.