Öffnungsklausel und Tarifverantwortung[*]

Von Professor Dr. *Volker Rieble*, München

Urheberrechte achten!

	Seite
I. Das Problem	405
II. Rechtsnatur der Tariföffnung gegenüber der Betriebsvereinbarung	407
1. Autonome Begrenzung der Tarifnormwirkung	
2. Öffnung für die Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG	
3. Keine (unzulässige) Delegation von Tarifmacht	
4. Ermächtigung durch Tarifvertrag	
III. Begrenzungsversuche in Literatur und Rechtsprechung	414
1. Tarifliche »Wesentlichkeitslehre« in der Literatur	
2. Rechtsprechungs-Andeutungen des Bundesarbeitsgerichts	
3. Plausibilitätskontrolle	
a) Arbeitszeit und Entgelt als »wesentliche« Flexibilisierungsgegenstände	
b) Denkbare Rechtsfolgen eines Verstoßes	
IV. (Selbst-)Entäußerung und Tarifherrschaft	421
V. Zentral: keine Tarifregelungspflicht	422
1. Tarifautonomie: Freiheitsrecht oder Freiheitspflicht	
2. Gleichheitssatz als Grenze	
3. Alternative: staatliche Schutz- und Regelungspflicht	
4. Hypothetisch: Reichweite einer Regelungspflicht	
VI. Einfachrechtlich: Öffnungsgrenze »ergänzende« Betriebsvereinbarungen?	428
VII. Ergebnisse	429

I. Das Problem

In der Metalltarifrunde 2004 forderten die Metallarbeitgeber – im Gefolge der Diskussion um gesetzliche Öffnungsklauseln[1] – eine tarifautonome Öffnungsklausel: Als »doppelte Öffnungsklausel« sollte diese sowohl die Arbeitszeit wie das Entgelt betreffen. *Inhaltlich* soll der Arbeitszeit ein allgemeiner Arbeitszeitkorridor von 35 bis 40 Stunden individueller Arbeitszeit (gegenüber der derzeitigen tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden) vorgegeben werden (im Westen Deutschlands; im Osten: 38 Stunden). »Verdoppelt« sollte die Öffnung dadurch erfolgen, dass für etwaige Mehrarbeit über die 35 Stunden hinaus nicht notwendig die volle Bezahlung erfolgt; vielmehr soll das Entgelt für die bis zu fünf Stunden pro Woche zwischen 0 und 100 Pro-

---

* Der Beitrag beruht auf einem Gesamtmetall erstatteten Gutachten.

1 Dazu *Buchner*, Beschäftigungssicherung unter dem Günstigkeitsprinzip – Betriebliche Arbeitsplatzgarantien gegen Verzicht auf tarifliche Positionen?, DB 1996, Beilage 12; *Dieterich*, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1; *Hromadka*, Bündnis für Arbeit – Angriff auf die Tarifautonomie, DB 2003, 42, 44; *Löwisch*, Tariföffnung bei Unternehmens- und Arbeitsplatzgefährdung, NJW 1997, 905; *Rieble*, Tarifvertrag und Beschäftigung, ZfA 2004, 1, 30 ff.; *Schliemann*, Tarifliches Günstigkeitsprinzip und Arbeitsvertragsfreiheit, in: Picker/Rüthers (Hrsg.), Recht und Freiheit (Richardi-Symposion, 2003), S. 1 ff.; *ders.*, Tarifliches Günstigkeitsprinzip und Bindung der Rechtsprechung, NZA 2003, 122 ff.

zent des normalen Stundensatzes betragen. Die begehrte Öffnungsklausel sollte damit für Flexibilität in Arbeitszeit und Entgelt sorgen und damit die Beschäftigung und die Wettbewerbsfähigkeit sichern. Insofern geht es also nicht zentral um Sanierungs- und Krisenfälle.

Als *Regelungsinstrument* sollte die Betriebsvereinbarung dienen. Dabei liegt die tarifpolitische Neuerung darin, dass die Öffnung nicht von der Zustimmung der Tarifparteien abhängen sollte, die Betriebspartner vielmehr autonom entscheiden sollten, ob die Arbeitszeit und gegebenenfalls auch das Entgelt im Rahmen dieses Korridors abweichend vom Tarifvertrag geregelt werden sollen.

Nun ist diese Öffnung nicht tarifliche Wirklichkeit geworden, weil die nun vereinbarte Flexibilisierung im Tarifvertrag im Wesentlichen doch von der Zustimmung der Tarifparteien abhängt: Das Verhandlungsergebnis in Baden-Württemberg (»Pforzheimer Vereinbarung«) vom 12.2.2004 setzt vor allem auf ergänzende Tarifregelungen und gestattet den Betriebsparteien nur – aber immerhin – in Betrieben mit höherqualifizierten Beschäftigten eine Erhöhung der 18 %-Quote derjenigen, die bis zu 40 Stunden im Monat arbeiten (dürfen), auf 50 %. Die entscheidende Frage, ob die Tarifparteien so überhaupt das Arbeitsvolumen der Nichtorganisierten bestimmen oder ob Arbeitgeber vielmehr mit ihren tariffreien Mitarbeitern auch die 48-Stunden-Woche vereinbaren können, ist hier nicht zu diskutieren.

Im Vorfeld der Auseinandersetzung wurde – mit Blick auf die Arbeitszeitverkürzung in der Metalltarifrunde 1984 – das Argument geführt, dadurch werde in verfassungsrechtlich angreifbarer Weise der »Kernbereich der Tarifpolitik« auf die Betriebsparteien delegiert. Die Tarifparteien müssten die wesentlichen Arbeitsbedingungen selbst regeln, also auch und gerade Arbeitszeit und Entgelt. Die Verfassung gebiete mithin, dass die Tarifparteien die Tariföffnung auch kontrollierten[2]. Ferner wird sowohl aus dem Lager der Tarifpartner als auch aus dem der Betriebsräte vorgebracht, dass eine zu weit gehende Übertragung von Befugnissen nicht wie der Tarifvertrag den Gesetzgeber aus der Verantwortung nehmen könne, da das betriebliche Mitbestimmungsrecht kein dem Streikrecht vergleichbares Druckmittel kenne[3]. Schließlich wird darauf hingewiesen, dass § 77 Abs. 3 BetrVG durch eine Erweiterung der Regelungsbefugnisse der Betriebsparteien seine friedenssichernde Funktion einbüße[4].

Auch wenn die Frage hier nicht streitentscheidend geworden ist, bleibt sie doch mit Blick auf autonome Öffnungsklauseln in anderen und künftigen Tarifwerken aktuell:

---

2 So *Zachert* in einem Gespräch mit der Frankfurter Rundschau, FR 5.2.2004, 11.

3 *Martin Kannegiesser* (Präsident des Arbeitgeberverbands Gesamtmetall) und *Stefan Schwaab* (IG Metall) auf der Betriebsrätekonferenz am 30.10.2003 in Berlin, sowie *Peters* (1. Vorsitzender IG Metall) auf: www.igmetall.de/pressedienst/2003/133.html, abgerufen am 13.2.2004.

4 *Düwell*, Arbeitsrechtsmodernisierung im Streit: Was ist vom Vermittlungsausschuss zu erwarten? Auf: www.arbeitsrecht-fa.de/aktuell/nachrichten/n084.html, abgerufen am 13.2.2004.

Wie weit dürfen die Tarifparteien sich zurücknehmen und die Regelung der Arbeitsbedingungen den Betriebsparteien oder den Arbeitsvertragsparteien überlassen?

II. Rechtsnatur der Tariföffnung gegenüber der Betriebsvereinbarung

Für das richtige Verständnis einer Tariföffnung gegenüber der Betriebsvereinbarung müssen der Öffnungsklauselbegriff des § 4 Abs. 3 Var. 1 TVG und derjenige des § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG ins richtige Verhältnis gesetzt werden.

1. Autonome Begrenzung der Tarifnormwirkung

§ 4 Abs. 3 Var. 1 TVG sieht vor, dass die Tarifvertragsparteien von ihren Tarifnormen abweichende Abmachungen gestatten können. Andere Abmachung kann dabei – ähnlich wie bei der Nachwirkung des § 4 Abs. 5 TVG – jede arbeitsrechtliche Regelung sein, also ein anderer Tarifvertrag, etwa ein Regionaltarifvertrag, aber auch eine Betriebsvereinbarung oder der Individualvertrag. Dogmatisch bringt die Vorschrift zunächst eine bloße Selbstverständlichkeit zum Ausdruck: Die Tarifvertragsparteien können – wie jeder andere Normgeber auch – auf die zwingende Wirkung ihrer Regelungen verzichten und lediglich dispositives Recht setzen.

Weil der Tarifvertrag von Gesetzes wegen »nach oben« geöffnet ist – durch das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 Var. 1 TVG –, erlauben Öffnungsklauseln in erster Linie, von den tariflichen Mindestarbeitsbedingungen zu Lasten der Arbeitnehmer abzuweichen: *Geöffnet wird der Tarifvertrag notwendig nach unten.*

Wirtschaftlich ermöglichen Öffnungsklauseln somit *flexible Arbeitsbedingungen.* Tarifliche Arbeitsbedingungen gelten undifferenziert für eine Vielzahl von Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Die Tarifvertragsparteien sind von vornherein nicht in der Lage, in einem Flächentarifvertrag für jedes denkbare Problem auf Unternehmens-, Betriebs- oder Abteilungsebene oder für einzelne Arbeitsverhältnisse eine maßgeschneiderte Lösung im Tarifvertrag bereitzuhalten. Insofern kann die zwingende Wirkung der Tarifnorm sich als Hindernis einer flexiblen Regelung der Arbeitsbedingungen darstellen[5].

Festzuhalten bleibt: Die Tariföffnung des § 4 Abs. 3 TVG ist zuerst eine autonome Selbstbeschränkung der Tarifvertragsparteien. Die Regelungsmöglichkeit der Parteien der anderen Abmachung ergibt sich daraus, dass die Tarifvertragsparteien auf ihren Regelungsvorrang (durch zwingende Wirkung) verzichten. Eine irgendgeartete Übertragung einer Regelungsbefugnis liegt darin nicht.

---

5 Dazu *Zöllner*, Flexibilisierung des Arbeitsrechts, ZfA 1988, 265 ff., insbes. 272 ff.; *v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, Flexibilisierung des Arbeitsrechts durch Verlagerung tariflicher Regelungskompetenzen auf den Betrieb, ZfA 1988, 293 f.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997), S. 810; Däubler/*Deinert*, TVG (2003), § 4 Rn. 553.

2. Öffnung für die Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG

Damit die Betriebsvereinbarung den durch eine Öffnungsklausel gewonnenen Spielraum nutzen kann, müssen die Betriebspartner für diese Betriebsvereinbarung überhaupt kompetent sein. Das setzt betriebsverfassungsrechtlich einmal die allgemeine Regelungskompetenz der Betriebsparteien nach § 88 BetrVG – also in sozialen Angelegenheiten – voraus[6]. Geht es um eine Regelung in personellen oder gar wirtschaftlichen Angelegenheiten, haben die Betriebsparteien von vornherein keine Regelungsbefugnis; können also von dem Verzicht auf die zwingende Wirkung des Tarifvertrages nicht profitieren.

Vor allem aber muss der Tarifvertrag speziell die Betriebsvereinbarung als konkurrierenden normativen Kollektivvertrag explizit zulassen, § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG. Während nämlich die Öffnungsklausel des § 4 Abs. 3 Var. 1 TVG von der zwingenden Wirkung *eines bestimmten Tarifinhalts* befreit, geht es der Öffnungsklausel des § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG um eine generelle und kompetentielle Regelungssperre zu Lasten der Betriebsvereinbarung. Diese ist an einem *bestimmten Regelungsgegenstand* orientiert – eben demjenigen, der üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt ist. Das ist bei dem Regelentgelt und der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit unproblematisch der Fall. Wäre der Arbeitszeitkorridor von vornherein auf eine vorübergehende Verlängerung der Arbeitszeit hin konzipiert, griffe § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG und damit wäre nach der Vorrangtheorie des BAG die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ohnehin beiseite geschoben[7].

Beide Öffnungsmöglichkeiten – die tarifliche und die betriebsverfassungsrechtliche – stehen grundsätzlich unabhängig nebeneinander[8]:

- Die Tarifparteien können die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG belassen und die konkreten Tarifbedingungen nur dem Arbeitsvertrag öffnen.

---

6 Richtig GK-BetrVG/*Wiese*, 7. Aufl. (2002), § 88 Rn. 10; anders MünchArbR/*Matthes*, 2. Aufl. (2000), § 327 Rn. 31 f., der ernstlich die freiwillige Betriebsvereinbarung »in jeder Angelegenheit« für möglich hält und dies nur vom Belieben des Arbeitgebers abhängig machen will. Das Grundprinzip hat das BAG gerade in der Entscheidung »vorsorglicher Sozialplan« bestätigt, BAG 26. 8. 1997 – 1 ABR 12/97 – EzA § 112 BetrVG 1972 Nr. 96 = AP Nr. 117 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 1998, 216. Auch die Altersgrenze soll – so ein obiter dictum des Großen Senats – eine »soziale Angelegenheit« in diesem Sinne sein, BAG *GS* 7. 11. 1989 – GS 3/85 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 34 = AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1990, 816; mit Recht kritisch *Veit*, Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats (1998), S. 284 f.

7 BAG 20. 8. 1991 – 1 ABR 85/90 – AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 41 = NZA 1992, 317 = SAE 1992, 151 mit Anm. *Oetker*. Zur Flexibilität der Regelungssperre nachdrücklich *Dieterich*, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1, 4 f. (fußend auf einem dem DGB erstatteten Rechtsgutachten).

8 Im Ergebnis auch GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 6), der zwar in § 77 Abs. 3 BetrVG zunächst eine gegenüber § 4 Abs. 3 Var. 1 TVG »speziellere Regelung« sehen will, § 77 Rn. 146, dann aber Rn. 154 doch zur gebotenen Differenzierung gelangt.

- Sie können umgekehrt die Regelungssperre als solche beseitigen, aber auf den zwingenden Tarifvorgaben bestehen, weswegen dann Betriebsvereinbarungen möglich sind, aber die tariflichen Mindestarbeitsbedingungen entsprechend der zwingenden Wirkung (die dem Tarifvorrang des § 87 Einleitungssatz BetrVG entspricht) beachten müssen. Geöffnet wird für die Betriebsvereinbarung dann nur »nach oben«.
- Sie können »doppelt öffnen« und damit der Betriebsvereinbarung ein Regelungsfeld zur Tarifunterschreitung freigeben.

Ob die Tarifparteien gegenüber der Betriebsvereinbarung in die eine oder andere Richtung öffnen wollen, entscheiden sie selbst. Normalerweise empfiehlt sich zur Vermeidung von Auslegungsproblemen eine eindeutige Regelung im Tarifvertrag. Für die hier geforderte Öffnung führt die Auslegung zu einem eindeutigen Ergebnis: Bei einer Entgeltunterschreitung durch Betriebsvereinbarung ist *notwendig eine »doppelte Öffnung«* gemeint. Gleiches gilt im Prinzip für die Arbeitszeitverlängerung, weil diese als neutrale Abweichung vom Tarifvertrag nicht ohne Weiteres vom Günstigkeitsprinzip gedeckt ist. Insofern also ist der geplante Arbeitszeitkorridor mit Entgeltflexibilität notwendig mit einer doppelten Öffnung des Tarifvertrages gegenüber der Betriebsvereinbarung verbunden – nach § 4 Abs. 3 Var. 1 TVG *und* nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG.

Damit erweist sich auch die Öffnungsklausel nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als ein Zurücknehmen eigener Befugnisse; der »Rangrücktritt« lässt fremde Regelungskompetenzen aufleben, ist aber kein Übertragungsakt[9].

3. Keine (unzulässige) Delegation von Tarifmacht

Mit der Öffnung nach § 4 Abs. 3 Var. 1 TVG wie nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG ist also keine Delegation von Tarifmacht verbunden: Die Arbeitsvertragsparteien oder die Betriebspartner handeln nicht »auf Grund einer Ermächtigung« der Tarifparteien, sie vereinbaren auch keine Tarifnormen; denn die Tarifautonomie ist als Element der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG allein den frei gebildeten Koalitionen als Tarifvertragsparteien anvertraut und vorbehalten[10].

Auch das BAG hat den Delegationscharakter von Öffnungsklauseln stets verneint. In der Entscheidung vom 20. 8. 1991 heißt es überaus deutlich: »Auch bei der näheren

---

9 Siehe schon *Buchner*, Arbeitszeitregelungen im Spannungsfeld zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung, NZA 1986, 377, 378 f.; *v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz* (Fn. 5), ZfA 1998, 304.

10 Herrschende Meinung: GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 6), § 77 Rn. 147; *v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz* (Fn. 5), ZfA 1988, 302, 304; *Richardi*, Kollektivvertragliche Arbeitszeitregelung, ZfA 1990, 211, 213; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004 (erscheint demnächst), § 4 Rn. 202, 212; *Wiedemann*, Anm. zu BAG AP Nr. 7 zu § 1 TVG Form; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 91; anderer Ansicht *Baumann*, Die Delegation tariflicher Rechtsetzungsbefugnisse (1992), S. 42 ff., 136 ff.

Ausgestaltung einer bloßen tariflichen Rahmenregelung handeln die Betriebspartner in Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Regelungsbefugnisse, nicht aber werden sie nur auf Grund einer durch die Tarifvertragsparteien delegierten Regelungsbefugnis tätig[11].«

Solange das BAG und mit ihm die herrschende Meinung insbesondere mit Blick auf §§ 77 Abs. 3 und 88 (»insbesondere«) BetrVG davon ausgeht, dass *alle Arbeitsbedingungen* – auch die Dauer der Arbeitszeit und das Entgelt – *tauglicher Inhalt einer freiwilligen Betriebsvereinbarung* sein können, solange kann von Delegation keine Rede sein[12].

Bedenken gegen diese umfassende Regelungsermächtigung des Betriebsrats sind zwar angebracht und werden vor allem von *Richardi* geäußert[13]. Doch fehlt dem Gesetz bislang ein dem Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG vergleichbarer »Arbeitsvertragsvorbehalt«. Herleitbar ist er nur dadurch, dass man § 88 BetrVG mit *Merten* auf freiwillige zusätzliche Leistungen des Arbeitgebers oder aber auf solche Gegenstände beschränkt, die dem Direktions- oder Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers unterfallen.

Mit der Regelungswirkung einer solchen Betriebsvereinbarung – nur gegenüber den Gewerkschaftsmitgliedern oder gegenüber der ganzen Belegschaft – hat dies zunächst wenig zu tun[14]. Denn denkbar ist auch, dass der Betriebsrat kraft eigener Zuständigkeit eine Betriebsvereinbarung nur für diejenigen Arbeitnehmer abschließt, die der tariflichen Arbeitszeitregelung unterfallen, weil der Betriebsrat verpflichtet ist, die Rege-

---

11 BAG 20. 8. 1991 – 1 ABR 85/90 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 41 = AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = NZA 1992, 317 = SAE 1992, 151 mit Anm. *Oetker* unter B III 1 c a. E.; zuvor schon BAG 18. 8. 1987 – 1 ABR 30/86 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 18 = AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1987, 779 = SAE 1988, 97 mit Anm. *Löwisch/Rieble* unter B II 3 b.

12 BAG ständig, vor allem die Altersgrenzen-Entscheidung des *Großen Senats* vom 7. 11. 1989 – GS 3/85 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 34 = AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1990, 816; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 6), § 77 Rn. 83 ff. mit zahlreichen Nachweisen; *v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz* (Fn. 5), ZfA 1988, 304; *Jahnke*, Tarifautonomie und Mitbestimmung (1984), S. 93; *Zöllner* (Fn. 5), ZfA 1988, 276 – gerade mit Blick auf das Delegationsproblem. Ähnlich *Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung (2000), S. 435.

13 *Richardi*, Kollektivvertragliche Arbeitszeitregelung, ZfA 1990, 211, 230 ff. Instruktiv auch *Merten*, Die Regelungsbefugnisse der Betriebspartner erörtert am Beispiel der ablösenden Betriebsvereinbarung (2000), S. 107 ff., 147 ff.; sowie *Veit* (Fn. 6), S. 345, 424; *Joost*, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze Bl. 1310 (1311 f.); *Löwisch*, Möglichkeiten und Grenzen der Betriebsvereinbarung, AuR 1978, 97 (100); *Waltermann*, Rechtssetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie (1996), S. 18 ff., 148; *Hermann*, Kollektivautonomie contra Privatautonomie: Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung und Mitbestimmung, NZA 2000, Sonderbeilage zu Heft 3, 14, 16 ff.

14 So aber die Problematisierung bei BAG 18. 8. 1987 – 1 ABR 30/86 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 18 = AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1987, 779 = SAE 1988, 97 mit Anm. *Löwisch/Rieble*.

lungsvorgaben des Tarifvertrages (aber auch des Arbeitsvertrages) insbesondere über die Dauer der Arbeitszeit zu konkretisieren[15].

Jede »verliehene« Konkretisierungszuständigkeit des Betriebsrats muss sich aber daran messen lassen, dass der Betriebsrat als solcher überhaupt nur im Rahmen seiner betriebsverfassungsrechtlichen Zuständigkeit agieren kann. Insbesondere ist es dem Betriebsrat verwehrt, als vertragsrechtlich berufener Leistungsbestimmer i. S. v. § 317 BGB zu agieren: Der *Betriebsrat* kann nicht Dritter sein i. S. v. § 317 BGB, weil er »individualarbeitsrechtlich« nicht rechtsgeschäftsfähig ist, also den Vertragswillen der Arbeitsvertragsparteien nicht vervollständigen kann[16].

Seine funktional beschränkte Aktionsfähigkeit ist auf die Betriebsverfassung als Teil des kollektiven Arbeitsrechts beschränkt. Individualarbeitsrechtliche Wirkung kann er nur als Reflex seiner kollektiven Handlungen erzeugen, also positiv durch die Normwirkung der Betriebsvereinbarung und negativ durch die Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung. Auch die Tarifparteien können diese Rechtskreisschranke der Betriebsratszuständigkeit nicht überwinden. Sie können den Betriebsrat zwar durch zusätzliche Mitbestimmungsrechte in seinem betriebsverfassungsrechtlichen Aktionsrahmen bestärken; sie können dem Betriebsrat aber keine privatautonomen Befugnisse der Tarifparteien übertragen.

Dass die Öffnung eines Tarifvertrages dazu führt, dass die Arbeitsvertragsparteien oder die Betriebspartner eine konkrete Regelungsmacht gewinnen, die ihnen *ohne die Tariföffnung* nicht zustünde, macht aus der Öffnung keine Ermächtigung oder Delegation[17].

Freilich: Die seinerzeitige Diskussion stellt stark ab darauf, dass die Dauer der Arbeitszeit im Konfliktfall von der *Einigungsstelle* geregelt werden soll. Dass dem Betriebsrat ohne den Tarifvertrag insofern grundsätzlich kein Mitbestimmungsrecht zukommt, ist richtig. Deswegen spricht auch *Baumann*, der insofern gelegentlich missverstanden wird, die Möglichkeit an, dass in Ansehung freiwilliger Betriebsvereinbarungen die Regelungsbefugnis nach § 88 BetrVG die Delegation ausschließen könne – und verneint das mit Blick auf die Kompetenz der Einigungsstelle[18]. Dementsprechend spielt dieses Argument für die hier geforderte Tariföffnung nur für eine freiwillige Betriebs-

---

15 Richtig *Schwarze*, Der Betriebsrat im Dienst der Tarifvertragsparteien (1991), S. 251 ff., der zu Recht scharf danach trennt, ob der Betriebsrat betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen (also: Mitbestimmungsrechte) konkretisiert oder tarifliche Inhaltsnormen, wie Arbeitszeitvorgaben, konkretisiert, weswegen er dann insofern die Zuständigkeit des Betriebsrats auf die tarifgebundenen Arbeitnehmer beschränkt.

16 Arg. § 165 BGB, Staudinger/*Rieble* (2004), § 317 Rn. 22 f. Zur Unmöglichkeit der Stellvertretung durch den Betriebsrat auch *Löwisch/Rieble* (Fn. 10), § 1 Rn. 749.

17 So aber *Wiedemann*, Tarifvertragliche Öffnungsklauseln, 1. FS Hanau (1999), S. 611 ff.; *Baumann*, S. 24 ff., der das für die Öffnung nach § 4 Abs. 3 Var. 1 auch selbst sieht, S. 37; dem zuneigend Däubler/*Deinert* (Fn. 5), § 4 Rn. 550.

18 *Baumann* (Fn. 10), S. 38.

vereinbarung keine Rolle. Erst wenn im Laufe der Tarifentwicklung eine Zwangsschlichtung hinzukäme, gewönne jene Differenzierung an Gewicht.

Richtig spricht *Gamillscheg* von der »Freigabe des Gegenstandes an untertarifliche Abmachungen« und sieht gerade »nicht die Qualität einer Beauftragung, ›Delegation‹«. Das sei nur der Fall, wo die Betriebsvereinbarung für den Vollzug des Tarifvertrages zwingend erforderlich ist[19].

Ich selbst habe mich 1996 zur »Krise des Flächentarifvertrages« geäußert und dabei betont, dass die echte »Delegation von Tarifmacht an die Betriebspartner« unzulässig ist, aber zugleich auch schon damals festgehalten, dass die bloße Tariföffnung insbesondere durch eine Rahmenregelung keine Delegation ist:

»Aus *tarifrechtlicher Sicht* ist es immerhin möglich, dass die Tarifparteien auf die Regelung einer Frage verzichten, oder es bei einer *dispositiven Vorgabe* bewenden lassen, die qua Öffnungsklausel i. S. v. § 4 Abs. 3 Var. 1 TVG und § 77 Abs. 3 BetrVG der Betriebsvereinbarung die Abweichung vom Tarifvertrag erlaubt. Sie können auch lediglich eine *Rahmenregelung* treffen – wie das bei den Arbeitszeittarifverträgen der Metallindustrie der Fall ist –, die einen Regelungsspielraum lässt, den (auch) die Betriebsparteien nutzen können. Möglich ist es auch, dass die Tarifparteien bestimmte Fragen – etwa den Umfang der Arbeitszeit – *überhaupt nicht mehr regeln*, damit die Tarifsperre des § 77 Abs. 3 BetrVG beseitigen und den Weg für die Betriebsvereinbarung frei machen[20].«

Zentrale Einwände habe ich damals aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht (!) geäußert, weil der Betriebsrat nicht inhaltlich auf Tarifziele verpflichtet werden kann. Darum geht es bei der hier geforderten Öffnungsklausel aber nicht. Der Betriebsrat

»kann nur in eigener Verantwortung, unabhängig von der Gewerkschaft und *ohne Verpflichtung auf Tarifziele* Entscheidungsspielräume des Arbeitgebers ausfüllen. Wollen die Gewerkschaften eine betriebsnahe Tarifpolitik, müssen sie einen eigenen Apparat für dezentrale Entscheidungsfindung schaffen. Dazu lassen sich in größeren Unternehmen die gewerkschaftlichen Vertrauensleute nutzen[21].«

Die Vorstellung *Wiedemanns* ist eng verknüpft mit der – überholten – Lehre, wonach die Tarifautonomie selbst eine echte quasi-hoheitliche Normsetzungsbefugnis bedeute, die dann ihrerseits »analog Art. 80 GG« auch das Recht umfasse, zu Ausführungsregelungen zu »ermächtigen«. So sagt er:

»Man wird dem § 4 Abs. 3 TVG insgesamt entnehmen können, dass sich der staatliche Gesetzgeber die Tarifvertragsparteien als echte Normgeber vorgestellt hat, die frei darüber entscheiden können, ob sie überhaupt eine Regel aufstellen wollen, und wenn sie dies beschließen, welche Folgen und Wirkungen ihre Rechtssätze haben sollen. Dann ist es nur ein kleiner Schritt dahin, aus § 4 Abs. 3 Alt. 1 TVG herauszulesen, dass die Tarifpartner als Normgeber auch die Befugnis zur Ermächtigung anderer Rechtsträger besitzen[22].«

---

19 *Gamillscheg* (Fn. 5), S. 810 f.

20 *Rieble*, Krise des Flächentarifvertrages?, RdA 1996, 151, 154 linke Spalte.

21 *Rieble*, RdA 1996, 154 rechte Spalte.

22 *Wiedemann* (Fn. 17), 1. FS Hanau, S. 613; zu dieser Grundvorstellung weiter *ders.*, Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan?, RdA 1969, 321; *ders.*, in: Wiedemann (Hrsg.), TVG, 6. Aufl. (1999), Einleitung Rn. 87 ff.

Indes sieht die neuere Lehre im Tarifvertrag einen privatautonomen Vertrag, der nicht der staatlichen Gesetzgebung, sondern dem Arbeitsvertrag gleicht: einem kollektiven Arbeitsvertrag kraft Legitimation durch Mitgliedschaft. Das hat hier ausnahmsweise eine unmittelbare Konsequenz, nämlich dass die Ermächtigungslehre *Wiedemanns* konstruktiv scheitert[23].

4. Ermächtigung durch Tarifvertrag

Gleichwohl ist festzuhalten, dass es durchaus *»Ermächtigungen«* durch Tarifvertrag gibt. So kann der Tarifvertrag (gleich einem Individualvertrag) ein Leistungsbestimmungsrecht nach §§ 315, 317 BGB schaffen; der Tarifvertrag fungiert dann als Unterwerfungsvereinbarung. Die Tarifergänzung findet dann auf arbeitsvertraglicher Ebene statt. Mit Delegation hat auch das nichts zu tun – der bestimmungsberechtigte Arbeitgeber übt mit dem Leistungsbestimmungsrecht keine delegierte Tarifmacht aus. Die Leistungsbestimmung des Arbeitgebers selbst ist auch keine konkretisierte Tarifnorm. Der Tarifvertrag schafft vielmehr mit seiner Regelung die zivilrechtlich erforderliche Unterwerfungsvereinbarung des § 315 BGB[24], nutzt also seine arbeitsvertragsersetzende Kraft.

Entsprechend kann der Tarifvertrag dem Betriebsrat mit einer betriebsverfassungsrechtlichen Norm i. S. v. § 3 Abs. 2 TVG ein Mitbestimmungsrecht zuwenden und ihn insofern zu einer betriebsverfassungsrechtlichen Aktivität ermächtigen. Auch das ist entgegen *Baumann* also keine Delegation: Weil weder die Betriebsparteien noch die Einigungsstelle Tarifnormen setzen und Tarifmacht ausüben.

Die *Abgrenzung* fällt leicht: Eine tarifliche Ermächtigung liegt dann und nur dann vor, wenn der Ermächtigte ohne den ermächtigenden Tarifvertrag zur entsprechenden Regelung nicht in der Lage ist. Gibt es aber gar keinen Tarifvertrag, so sind sowohl die Arbeitsvertragsparteien kraft ihrer Privatautonomie als auch die Betriebsparteien kraft der gesetzlichen Zuständigkeit berufen, Arbeitszeit und Entgelt zu regeln[25]. Auch mit der *dynamischen Verweisung* eines Tarifvertrages auf einen anderen Tarifvertrag oder eine sonstige Regelung – die der Öffnungsklausel gelegentlich vergleichend an die Seite gestellt wird – hat die Öffnung nichts zu tun. Zwar ist auch die Verweisung keine Delegation, weil die verweisenden Tarifparteien auf eine fremde Regelung Bezug nehmen,

---

23 Siehe nur *Rieble*, Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5 ff.; *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung (2000), S. 42 ff.; *Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, FS Schaub (1998), S. 117 ff.; *Richardi*, Arbeitsvertrag und Tarifgeltung, ZfA 2003, 655 ff.

24 Eingehend Staudinger/*Rieble* (2001), § 315 Rn. 187 ff.

25 In diesem Sinne auch BAG 18. 8. 1987 – 1 ABR 30/86 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 18 = AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1987, 779 = SAE 1988, 97 mit Anm. *Löwisch/Rieble* unter B II 3 b: kein Fall des § 317 BGB und keine Delegation.

die von den Regelsetzern *in eigener Zuständigkeit für eigene Angelegenheiten* getroffen ist – und nicht in übertragener Zuständigkeit für fremde Angelegenheiten[26].

Den entscheidenden Unterschied zwischen Tariföffnung und dynamischer Verweisung erkennt und ignoriert *Zachert*[27]. Die dynamische Verweisung ist zwar keine (insofern von vornherein unzulässige) Übertragung eigener Tarifmacht auf fremde Tarifparteien. Richtig ist aber, dass unter dem Aspekt der Tarifverantwortung positive Fremdeinflüsse auf Tarifinhalte bestandet werden können – sei es die Geltung fremder Regelungen kraft dynamischer Verweisung, sei es die Fremdbestimmung durch Stellvertretung beim Tarifabschluss oder durch Schlichter oder sei es schließlich die vertragliche Verpflichtung auf bestimmte Tarifinhalte[28].

Bei Öffnungsklauseln haben die Dritten – Arbeitsvertragsparteien oder Betriebsparteien – aber gerade keinen Einfluss auf dasjenige, was *als tarifliche Regelung* gilt. Arbeitsvertragsparteien und Betriebsparteien schaffen, wie gesehen, eine *eigene Regelung in eigener Kompetenz*. Sie können einen sehr mittelbaren Einfluss auf die Tarifpolitik dadurch haben, dass sie die ihnen freigegebenen Regelungsbereiche erfolgreich »bewirtschaften« und damit die Tarifparteien davon abhalten, ihren Regelungsvorrang auszuüben. Diese Anreizwirkung ist aber nicht zu beanstanden. Das Prinzip der Tarifverantwortung kann den Tarifparteien nur negativ verbieten, ihre Regelungen unter fremden Einfluss zu stellen; es kann ihnen aber nicht positiv gebieten, überhaupt eigene Regelungen zu schaffen oder diese mit einer gebotenen Mindestintensität (zwingende Wirkung, keine Abweichungsbefugnisse) zu versehen.

Gleichwohl liefern die Tarifvertragsparteien mit der dynamischen Bezugnahme ihre Mitglieder einer fremden, nicht von ihnen selbst legitimierten Regelung aus. Weil es um Fremdbestimmung der *Tarifinhalte* geht, muss die dynamische Verweisung ihrerseits rechtlich beschränkt werden. Daraus resultieren dann in der Tat Einschränkungen der Tarifautonomie.

Hier stellt sich dieses Legitimationsproblem nicht, weil die Geltungskraft der anderen Abmachung in der Privatautonomie oder der Betriebsverfassung liegt. Dort sind dann auch die Legitimationsfragen zu stellen.

III. Begrenzungsversuche in Literatur und Rechtsprechung

Gegen solche Öffnungsklauseln werden im Kern drei Einwände gemacht: An erster Stelle steht die Behauptung, die Tarifparteien gäben mit der Öffnung die Tarifautonomie weg, Stichwort »Selbstentäußerung« oder »Selbstentmündigung«. An zweiter

26 *Wiedemann*, in: Wiedemann, § 1 Rn. 202.

27 *Zachert*, Krise des Flächentarifvertrages?, RdA 1996, 140, 142.

28 Eingehend *Löwisch/Rieble* (Fn. 10), § 1 Rn. 169 ff.

Stelle folgt der aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitete Regelungsauftrag an die Koalitionen, der durch eine Analogie zu Art. 80 Abs. 1 GG noch veredelt wird. Drittens schließlich wird aus dem Wort »ergänzend« in § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG eine einfach-rechtliche Grenze entwickelt.

1. Tarifliche »Wesentlichkeitslehre« in der Literatur

Unmittelbar im Anschluss an den Rüthers-Leber-Kompromiss zur Arbeitszeitverkürzung in der Metallindustrie 1984 hat eine Diskussion darüber eingesetzt, ob der Betriebsrat überhaupt dazu berufen werden kann, die nur »im Prinzip« geregelte tarifliche Arbeitszeitvorgabe von durchschnittlich 38,5 Wochenstunden umzusetzen. In diesem Zusammenhang ist schon damals von *Kissel* vor allem rechtspolitisch der Verzicht auf Tarifautonomie gerügt worden[29].

Rigide verworfen wurden die Öffnungsklauseln von *Heinze*:

»Tarifliche Öffnungsklauseln vermögen in keinem Falle tarifvertragsersetzende Betriebsvereinbarungen zu legitimieren; hier wäre die negative Koalitionsfreiheit des Art. 9 III GG irreparabel verletzt. ... Mit anderen Worten können erstens die Tarifvertragsparteien durch tarifliche Öffnungsklauseln in keinem Falle ihre Regelungskompetenz delegieren; sie können und dürfen sich im Rahmen des Art. 9 III GG nicht selbst entmündigen. Stets müssen sie für Öffnungsklauseln den ergänzenden Rahmen nach oben wie nach unten selbst bestimmen[30].«

Baumann hat 1992 monografisch aus Art. 80 Abs. 1 GG eine Wesentlichkeitslehre herzuleiten versucht – mit Blick auf die (falsche, oben unter II.3) Einordnung der Tariföffnung als Delegation. Er sieht den gemeinsamen Grundgedanken von staatlicher und tariflicher Regelung im Rechtsstaatsprinzip: Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der geregelten Arbeitsbedingungen für die Betroffenen erfordere ein bestimmtes Mindestmaß an Selbstregelung in der Ermächtigungsgrundlage[31]. Auch *Schwarze* will mit Blick auf die Parallele zu den Verweisungsklauseln am Ende Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG analog anwenden – freilich mit dem ganz anderen Zungenschlag, es fehle an der hinreichenden autonomen Legitimation, und wie *Baumann* unter Rekurs auf das Gesetzmäßigkeitsprinzip[32].

Freilich: Daraus ließe sich vor allem ableiten, dass die ungeschriebene Ermächtigung der Tarifparteien zu betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmungserweiterung selbst vorhersehbar sein muss. Zudem steht die Meinung von *Baumann* und *Schwarze* wiederum zentral unter der Prämisse, dass die tarifliche Normsetzung als Rechtssetzungs-

---

29 *Kissel*, Das Spannungsfeld zwischen Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag, NZA 1986, 73, 78 ff. – der aber kein Unzulässigkeitsverdikt gefällt hat.

30 *Heinze*, Kollektive Arbeitsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Tarif- und Betriebsautonomie, NZA 1995, 5 ff., 7.

31 *Baumann* (Fn. 10), S. 54 ff.

32 *Schwarze* (Fn 15), S. 299, 128 ff.

akt auf das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet ist. Das trifft nicht zu. Der Tarifvertrag ist privatautonomer Vertrag; die Tarifautonomie ist gerade keine »Übertragung staatlicher Normsetzungsbefugnis«[33].

Für privatautonom begründete Regelungsbefugnisse – sei es die Stellvertretung, sei es die Leistungsbestimmung – gibt es aber *keine generelle Selbstregelungsobliegenheit*, wie sie Art. 80 GG für das Verhältnis von Gesetz zu der konkretisierenden Rechtsverordnung festschreibt. Der Gesetzgeber erlaubt insbesondere mit den §§ 315 ff. BGB, aber auch mit der Generalvollmacht nach §§ 167, 164 BGB gerade, dass die Parteien ihre privatautonome Regelungsverantwortung delegieren, indem sie dynamisch auf die spätere Leistungsbestimmung verweisen oder den Stellvertreter ohne eine programmatische »gebundene Marschroute« zum Vertragsschluss bevollmächtigen. Diese Unterwerfung ist kein unzulässiger Verzicht auf die Privatautonomie, sondern deren Ausübung[34]. Als unverzichtbaren Kern der Selbstregelung eigener Angelegenheiten bleibt im Zivilrecht nur die Identität des Schuldverhältnisses und das Willkürverbot (genauer: das Verbot der Ermächtigung zu Willkür)[35].

Tarifrechtlich teilt vor allem *Däubler* jene Auffassung: Die Tarifparteien müssten von ihrer verfassungsrechtlich vorgegebenen Normsetzungsbefugnis selbst Gebrauch machen und dürften diese Kompetenzverteilung nicht durch beliebige Delegierung unterlaufen. Deswegen hält *Däubler* die Reichweite gerade des hier vorgeschlagenen Korridors für eine unzulässige, ja verfassungswidrige »Selbstentäußerung« der Tarifmacht. Wörtlich:

»Eine Norm ›Die betriebliche Wochenarbeitszeit bewegt sich zwischen 35 und 40 Stunden, alle weiteren Fragen entscheiden die Betriebsparteien‹ würde dieser Anforderung nicht genügen[36].«

Henssler will gleichfalls Bestimmungsklauseln wie Öffnungsklauseln als »Verlagerung von Regelungsbefugnissen«, also als »begrenzte Delegation von Kompetenzen« begreifen und meint im Anschluss an *Baumann*, dass die wesentlichen Entscheidungen von den Tarifparteien selbst getroffen werden müssten[37]. Eine »Totalöffnung« des Tarifvertrages, die also alle Regelungen nurmehr dispositiv gelten lässt, sei als »völlige Aufgabe

---

33 So aber *Schwarze* (Fn 15), S. 128 f.

34 Vgl. auch BVerfG 23. 4. 1986 – 2 BvR 487/80 – BVerfGE 73, 261, 272 f. = NJW 1987, 827 für die unterschiedlichen Maßstäbe privatautonomer und gesetzlicher Verweisungsklauseln.

35 Dazu näher Staudinger/*Rieble* (2004), § 315 Rn. 252.

36 *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. (1993), Rn. 243; 2003 wortgleich wiederholt und ohne Auseinandersetzung mit den Gegenauffassungen von *Dieterich* (Fn. 7), RdA 2002, 10 f., und *Gamillscheg* (Fn. 5, S. 816) durch Däubler/*Däubler* (Fn. 5), Einleitung Rn. 146; ähnlich *Kittner*, Öffnung des Flächentarifvertrags, FS Schaub (1998), S. 389, 408 ff.; explizit hiergegen Däubler/*Zwanziger*, § 4 Rn. 1007 ff.: »grobe Richtung« im Tarifvertrag genüge; ohne Gefolgschaft auch bei Däubler/*Deinert*, § 4 Rn. 549 ff.

37 *Henssler*, Flexibilisierung der Arbeitsmarktordnung, ZfA 1994, 487 ff., 497 f.

des Prinzips der ›Unabdingbarkeit‹« unzulässig[38]. Freilich hat *Henssler* diesen Standpunkt nicht aufrecht erhalten. 1998 kam die Wende: Seitdem hält *Henssler* die zwingende Wirkung des Tarifvertrages nicht mehr für ein Verfassungsgebot[39]. Wenn aber schon der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht mehr auf die zwingende Wirkung verpflichtet ist, dann sind es die Tarifvertragsparteien selbst erst recht nicht. Sie brauchen mithin von der Wohltat der zwingenden Wirkung keinen Gebrauch zu machen.

Auch *Wiedemann*, der die Tariföffnung als Delegation begreifen will, erwägt 1998 eine »unverzichtbare Zuständigkeit« der Tarifvertragsparteien in Anlehnung an die für den staatlichen Gesetzgeber entwickelte *Wesentlichkeitstheorie*. Sie könne etwa – praktisch für die hier diskutierte Frage – die Sozialpartner verpflichten, »tarifvertragliche Kernbereiche wie Haupt- und Nebenvergütungen im Wesentlichen selbst zu regeln«[40].

Zachert will zwar in einem ersten Schritt ebenfalls die Koalitionsfreiheit als Freiheitsrecht begreifen und sieht (noch) richtig, dass es kein »allgemeines Gebot der [gemeint: an die] Koalitionen zur Selbstgestaltung der Arbeitsbedingungen als Rechtspflicht« geben könne[41]. In einem zweiten Schritt meint *Zachert* sodann, es gebe einen »Verfassungsauftrag der [gemeint: an die] Koalitionen zur freiwilligen Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen«, der zu einer »Rechtspflicht verdichtet« sei. Deswegen müssten die »Autonomieträger zumindest in einem Kernbereich selbstverantwortlich handeln«[42]. Den Spagat zwischen Freiheitsrecht der Koalitionen und Regelungspflicht will *Zachert* drittens dahin auflösen, dass es zwar einerseits »keine justitiable Verpflichtung, Tarifverträge zu vereinbaren«, geben könne, »wohl aber ein Verbot, sich im Kernbereich der eigenen Normsetzung durch Verweis auf fremdes Rechtsgut der verfassungsrechtlichen Aufgabe zu entziehen«. Insofern sieht er die vom BAG entwickelten Grenzen der dynamischen Verweisung als Leitbild[43].

Er begreift die dynamische Verweisung als Delegation (zu Unrecht, oben II.4) und sieht die Gemeinsamkeit im *»teilweisen Verzicht zur Ausnutzung von Rechtsmacht«*. Daraus leitet er ab, dass Öffnungsklauseln generell – aber insbesondere nach § 77 Abs. 3 BetrVG – verschiedenen Wirksamkeitsanforderungen unterfallen:

- Inhaltliche Minimalerfordernisse im Sinne der gebotenen »Selbstentscheidung« und
- Rahmen- und Strukturvorgaben im Sinne der geforderten »Programmvorgabe«.

---

38 *Henssler*, ZfA 1994, 498.

39 *Henssler*, Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 1 ff., 31 f.

40 *Wiedemann*, 1. FS Hanau (Fn. 17), S. 616. Dem folgend *Wank*, in: Wiedemann, TVG, § 4 Rn. 592.

41 *Zachert*, RdA 1996, 142. Früher zurückhaltender *ders.*, Neue Entwicklungen zur Tarifautonomie und betrieblichen Mitbestimmung, NZA 1988, 185, 187 f.

42 *Zachert*, RdA 1996, 142.

43 *Zachert*, RdA 1996, 143.

Eine saubere Scheidung beider Aspekte wird nicht versucht. So landet auch *Zachert* am Ende bei Art. 80 Abs. 1 GG[44]. »Konkret« meint *Zachert*, die Tarifparteien dürften auf die Festlegung der Hauptleistungspflichten nicht *völlig* zu Gunsten der Betriebsparteien verzichten. Welche Flexibilitätsspielräume bleiben, bleibt unklar. Unklar bleibt auch, ob damit auch die Tariföffnung gegenüber dem Arbeitsvertrag beanstandet werden kann.

2. Rechtsprechungs-Andeutungen des Bundesarbeitsgerichts

Das Bundesarbeitsgericht hat immerhin in der Entscheidung gerade zum Rüthers-Leber-Kompromiss gemeint, zur Arbeitszeitregelung seien in erster Linie die Tarifparteien »berufen« (Leitsatz 1). Auch hat es erwogen, dass »Grundsätze der Tarifautonomie« den »Verzicht auf inhaltliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses« verbieten könnten (unter B II 3 b)[45]. 1995 hat der Dritte Senat einmal und eher beiläufig die Offenheit der Frage nach den Grenzen einer »Verlagerung der Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien auf die Betriebspartner« wiederholt[46].

Solange aber der Tarifvertrag nur seinen eigenen Geltungsanspruch zurücknimmt mit der Folge, dass originäre arbeitsvertragliche oder betriebsverfassungsrechtliche Regelungsbefugnisse wieder aufleben, kann von einer »Übertragung« nicht die Rede sein. Im konkreten Fall betont der Senat zu Recht:

> Das tarifliche Rationalisierungsabkommen »eröffnet nicht auf einem zusätzlichen Gebiet weitere Rechtssetzungsbefugnisse, sondern belässt den Betriebspartnern die ihnen bereits durch §§ 111 ff. BetrVG eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten«[47].

In den späteren zwei Entscheidungen zur nachträglichen Öffnungsklausel ist der Erste Senat auf die Frage nicht mehr zurückgekommen. Vor allem in der Parallelentscheidung zu *»Burda«* vom 20. 4. 1999 ging es um die Verlängerung der tariflichen Wochenarbeitszeit von 35 Stunden durch Betriebsvereinbarung auf eine betriebliche Arbeitszeit von »generell 40 Stunden« die Woche, wobei von den fünf Mehrstunden lediglich 1,5 Stunden durch Freizeitausgleich abgegolten wurden und für die übrigen 3,5 Stunden pro Woche keinerlei Bezahlung erfolgte. Die nachträglich rückwirkende Öffnungsklausel, die die IG Metall dort mit dem Arbeitgeber vereinbart hatte, wurde vom Ersten Senat aber gerade nicht unter dem Gesichtspunkt der Tarifverantwortung und der erforderlichen Selbstregelung geprüft – auszusetzen hatte das BAG nur (und zu Un-

---

44 *Zachert*, RdA 1996, 143. Ähnlich *Kittner*, FS Schaub, S. 409.

45 BAG 18. 8. 1987 – 1 ABR 30/86 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 18 = AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1987, 779 = SAE 1988, 97 mit Anm. *Löwisch/Rieble*.

46 BAG 11. 7. 1995 – 3 AZR 8/95 – EzA § 4 TVG Öffnungsklausel Nr. 1 = AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: Versicherungsgewerbe = NZA 1996, 264 unter II 2 der Gründe.

47 BAG 11. 7. 1995 – 3 AZR 8/95 – a. a. O.; ähnlich BAG 24. 6. 1992 – 5 AZR 468/91 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 48; BAG 9. 4. 1991 – 1 AZR 406/90 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 39 = AP Nr. 1 zu § 77 BetrVG 1972 = SAE 1992, 193 mit Anm. *Hönn*.

recht), dass der Haustarifvertrag den Flächentarif geöffnet hatte. Ansonsten hat der Senat die zweite Öffnungsklausel zwischen der IG Metall und dem Arbeitgeberverband umfassend geprüft und als Hinderungsgrund nur den Vertrauensschutz der Arbeitnehmer gesehen – nicht aber, was angesichts der Literaturäußerungen von *Däubler* und anderen nahegelegen hätte – die hinreichende Selbstregelung durch den Tarifvertrag[48].

Ganz ähnlich hat das BAG in Folgeentscheidungen nurmehr den Vertrauensschutz problematisiert – freilich ging es dort auch nur um den Zugriff auf Sonderzahlungen[49].

3. Plausibilitätskontrolle

a) Arbeitszeit und Entgelt als »wesentliche« Flexibilisierungsgegenstände

Die Vertreter der Wesentlichkeitstheorie im Tarifrecht sind aufgefordert, die These am Regelungsobjekt zu erklären. Denn an der (tariflichen) Entgelt- und Arbeitszeitflexibilisierung auch durch Betriebsvereinbarung führt ohnehin kein Weg vorbei.

Für die Arbeitszeit ist zu beachten, dass die tarifliche Arbeitszeit von vornherein nur eine recht beschränkt zwingend geltende Arbeitsbedingung ist. Denn die betriebsübliche Arbeitszeit ist bereits durch § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG hoch flexibel, solange die Änderung der Arbeitszeit nur »vorübergehend« wirkt. Geht man von der (richtigen) Vorrangtheorie des BAG aus, ist damit von vornherein der Weg zur Betriebsvereinbarung eröffnet, weil der Mitbestimmungstatbestand die Sperre des § 77 Abs. 3 BetrVG beiseite schiebt[50].

In welchem Ausmaß das geschehen kann, zeigt eine neue Entscheidung des Ersten Senats vom 3. 6. 2003, die den Betriebspartnern bei der vorübergehenden – auch mehrjährigen – Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG einen erheblichen Freiraum eingeräumt hat. Im konkreten Fall hatte eine »Flexi«-Betriebsvereinbarung die 35-Stunden-Woche der Druckindustrie von 2000 bis 2004 und bei unterbliebener Kündigung bis 2009 für Schichtarbeiter durch zusätzliche Schichten um bis zu 72 Stunden jährlich oder 1,38 Stunden in der Woche verlängert. Das hat das BAG ohne weiteres gebilligt und auch dem Umfang der Erhöhung keine Grenzen gezogen. Es genüge, dass die Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit

---

48 BAG 20. 4. 1999 – 1 AZR 631/98 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 64 = AP Nr. 12 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = NZA 1999, 1059 = SAE 2000, 109 mit Anm. *Natzel*; der Haustarif mit derselben Gewerkschaft muss schon aus Gründen der Tarifkonkurrenz den Flächentarif öffnen können, *Löwisch/Rieble* (Fn. 10), § 4 Rn. 220.

49 BAG 29. 1. 2002 – 1 AZR 267/01 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 71 = NZA 2002, 927; BAG 29. 10. 2002 – 1 AZR 573/01 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 72 = NZA 2003, 393.

50 BAG 24. 2. 1987 – 1 ABR 18/85 – EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 10 = AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1987, 639 = SAE 1989, 1 mit Anm. *Wiese*; BAG 20. 8. 1991 – 1 ABR 85/90 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 41 = AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1992, 317 = SAE 1992, 151 mit Anm. *Oetker*.

irgendwann ende und insofern die Rückkehr zur tariflichen Arbeitszeit zu erwarten sei – wenn auch erst nach mehreren Jahren[51].

Das heißt praktisch: Wenn die Tarifparteien das Flexibilisierungsbedürfnis hinsichtlich der Arbeitszeit nicht aufnehmen, dann können die Betriebspartner das im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG auch ohne Tarifvertrag tun. Auch ein Arbeitszeitkorridor von 35 bis 40 Stunden ist möglich – solange nur irgendwann die Rückkehr zum Tarifvertrag möglich erscheint und solange die Tarifparteien der Mehrarbeit keine Schranke nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG ziehen. Wer also den Tarifparteien mit der »Wesentlichkeitslehre« Schranken der Flexibilisierung auferlegen – und so die Tarifautonomie beschränken – will, der riskiert, dass die Entwicklung den Tarifparteien aus der Hand genommen wird.

Etwas anders, aber im Ergebnis ähnlich ist es beim Arbeitsentgelt: Die Tarifparteien sind ohne weiteres frei darin, das tarifliche Arbeitsentgelt abzusenken. Für ein auf betrieblicher Ebene gewährtes übertarifliches Arbeitsentgelt griffe dann die Entgeltgerechtigkeitsmitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Wenn nun die Tarifparteien anstelle der Entgeltabsenkung den betroffenen Teil des Entgeltes dispositiv gestalten, ist der Betriebsrat in gleicher Weise zur Mitbestimmung berufen. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG kann die Betriebsvereinbarung nach der Vorrangtheorie nicht sperren: Worin also liegt die beanstandenswerte Verlagerung von Regelungsbefugnissen durch eine tarifliche Öffnungsklausel?

b) Denkbare Rechtsfolgen eines Verstoßes

Schließlich bleibt bei *Däubler, Zachert* und anderen im unklaren, welche *Rechtsfolgen* den Tarifvertrag bei einem Verstoß gegen diese Regelungsverpflichtung treffen sollen:

- Wollte man nur die Öffnungsklausel als solche beanstanden, würde der Tarifkompromiss stark zu Gunsten der Arbeitnehmerseite verschoben. Die tarifliche Einigung stünde von vornherein unter der Belastung, dass eine erstrebte Flexibilisierung rechtlich scheitert. Vor allem aber ist das ein erheblicher Eingriff in den Tarifinhalt: Eine als dispositiv vereinbarte Tarifnorm würde so durch richterliche Kontrolle zwingend gemacht, obschon kein Tarifwille für die intensiver geltende Norm festzustellen ist. Aus einem »Weniger« würde kraft Rechtsfolgenanordnung ein »Mehr«. Aus meiner Sicht ist das mit der Tarifautonomie nicht vereinbar. Insofern liegt es gerade anders als bei Tarifverträgen, die tarifdispositives Gesetzesrecht nutzen: Dort tragen die Tarifparteien kraft gesetzgeberischer Anordnung die Wirksamkeitslast für das Abbedingen.
- Wollte man umgekehrt die gesamte Tarifregelung – also den Tarifinhalt und die Anordnung der nur dispositiven Geltung – beanstanden, wäre mithin der Tarifvertrag insgesamt unwirksam. Das wiederum wäre die totale Öffnung durch Nicht-Rege-

51 BAG 3. 6. 2003 – 1 AZR 349/02 – EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 5 = AP Nr. 19 zu § 77 Tarifvorbehalt BetrVG 1972 (demnächst) = NZA 2003, 303.

lung, genauer: durch nichtige Regelung. Dem Ziel der Wesentlichkeitslehre wäre nicht gedient.

Auch von der Rechtsfolgenseite her ist eine derartige Wesentlichkeitskontrolle mithin unsinnig[52].

IV. (Selbst-)Entäußerung und Tarifherrschaft

»Entäußert« wird die Tarifmacht nur, wenn die Tarifparteien mit der Öffnungsklausel zugleich die Herrschaft über dasjenige einbüßen, was als Arbeitsbedingung gelten soll. Dann und nur dann haben die Tarifparteien einen Verlust an Regelungsmacht erlitten. So denken etwa *Kempen/Zachert*, die in der weitgehenden Tariföffnung einen unzulässigen Grundrechtsverzicht sehen[53].

Dass die Vorstellung einer Selbstentäußerung schlechthin falsch ist, zeigt der Vergleich mit der dynamischen Verweisung: Die Tarifparteien bleiben hier wie dort die Herren der von ihnen gesetzten Regelung. Sie können jederzeit einvernehmlich die Öffnung beseitigen und den Regelungsgegenstand wieder an sich ziehen und so ihrer Tarifverantwortung gerecht werden[54].

Das wird gerade für § 77 Abs. 3 BetrVG bedeutsam: Ist ein Regelungsgegenstand bislang tariflich überhaupt nicht geregelt, sind Betriebsvereinbarungen unproblematisch zulässig – selbst über das Entgelt (etwa bei Gewerkschaftsbeschäftigten)[55]. Sobald Tarifparteien dann aber den Regelungsgegenstand erstmals erfassen (und sei es, dass sie den Geltungsbereich entsprechend ausdehnen), wird jede »vortarifliche« Betriebsvereinbarung sofort unwirksam. Das ist die Konsequenz der Kompetenzsperre[56]. Das

---

52 *Wiedemann*, in: Wiedemann, § 1 Rn. 205.

53 TVG, Grundl. Rn. 266; hiergegen mit Recht *Friese*, S. 435 ff. – freilich mit dem Argument fehlender Regelungspflicht. Dieses sticht nicht, weil das pflichtwidrige Unterlassen entgegen einer Regelungspflicht doch kein Verzicht auf die Regelungskompetenz als solche sein kann.

54 Für die dynamische Verweisung: BAG 9. 7. 1980 – 4 AZR 564/78 – EzA § 1 TVG Nr. 13 = AP Nr. 7 zu § 1 TVG Form mit Anm. *Wiedemann*; bestätigt in der Entscheidung vom 10. 11. 1982 – 4 AZR 1203/79 – EzA § 1 TVG Nr. 16 = AP Nr. 8 zu § 1 TVG Form; *Dietz*, Tarifrechtliche Fragen beim Beitritt eines Arbeitgebers zu einem Arbeitgeberverband, FS Nipperdey II (1965), S. 141, 156; *Herschel*, Verweisungen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, BB 1963, 1220, 1222. Damit wurde gerade die ältere Auffassung aufgegeben, die in jeder Blankettverweisung eine *unzulässige Delegation* gesehen hat, BAG 27. 7. 1956 – 1 AZR 430/54 – AP Nr. 3 zu § 4 TVG Geltungsbereich = SAE 1956, 222 mit Nachweisen.

55 Vgl. BAG 20. 2. 2001 – 1 AZR 322/00 – EzA § 77 BetrVG Ablösung Nr. 2 = AP Nr. 107 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = NZA 2001, 1204.

56 Statt aller GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 6), § 77 Rn. 132 m. w. N.; dazu, dass die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG nur innerhalb des Geltungsbereiches greift: BAG 9. 12. 1997 – 1 AZR 319/97 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 61 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = NZA 1998, 66 = SAE 1998, 303 mit Anm. *H. Weber*.

gilt auch, wenn die Tarifparteien ihre Öffnungsklausel nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG – ohne Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG – nachträglich beseitigen (durch Aufhebungsvereinbarung, durch vereinbarte Teilkündigung etc.): Die Betriebsvereinbarung wird unwirksam[57].

Nichts anderes gilt für die Tariföffnung nach § 4 Abs. 3 Var. 1 TVG: Die Tarifparteien können jederzeit zur zwingenden Wirkung ihres Tarifvertrages zurückkehren und damit allen abweichenden Vereinbarungen, die nicht vom Günstigkeitsprinzip gedeckt sind, die Geltungsgrundlage entziehen. Einseitig können die Tarifparteien vom Recht zur ordentlichen Kündigung Gebrauch machen; in krassen Fällen kann der Tarifvertrag sogar nach § 314 BGB außerordentlich kündbar sein, etwa wenn die Öffnung zu nicht vorhergesehenen untragbaren Zuständen in der Lebenswirklichkeit führte[58].

V. Zentral: keine Tarifregelungspflicht

1. Tarifautonomie: Freiheitsrecht oder Freiheitspflicht

Ist die Tariföffnung also keine »Weggabe« von Tarifautonomie, so üben die Tarifparteien mit einer Nichtregelung, mit einer nur teilweisen Regelung oder mit einer geöffneten Regelung von Arbeitsbedingungen Tarifautonomie aus. Dieser Ausübung von Tarifautonomie lässt sich eine Grenze nur ziehen, wenn die Tarifparteien positiv überhaupt und dann auch noch zur zwingenden Regelung der solchermaßen flexibilisierten Arbeitsbedingungen verpflichtet sind. Der Gedanke, eine Öffnungsklausel könnte – verfassungsrechtlich oder tarifrechtlich – unzulässig sein, setzt also denknotwendig voraus, dass die Tarifvertragsparteien verpflichtet sind, bestimmte Regelungsmaterien mit zwingender Wirkung zu regeln, und zwar um zu verhindern, dass die Regelungsmacht der Arbeitsvertragsparteien oder der Betriebspartner greift.

Gegen eine solche Regelungspflicht – etwa kraft »verfassungsrechtlichen Schutzauftrages« zu Gunsten der unter unzuträglichen Arbeitsbedingungen leidenden Arbeitnehmer oder kraft Regelungsauftrages zur Ordnung des Arbeitslebens – verstieße dann erstens die Öffnung nach § 4 Abs. 3 Var. 1 TVG, weil die Tarifregelung nicht hinreichend »intensiv« wirkt. Vor allem aber müssten an einem solchen Schutzauftrag Nichtregelungen gemessen werden. Mithin könnte jedes Regelungsversäumnis durch Tarifvertragsparteien beanstandet werden. In der weiteren Folge wäre sogar zu erwägen, ob eine solche Regelungspflicht ihre Wurzel nicht im Mitgliedschaftsverhältnis der Arbeitnehmer zur Gewerkschaft hat mit der Folge, dass die pflichtwidrig un-

---

57 Hierauf weisen mit Recht *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 95 f., hin.

58 Vgl. *Löwisch/Rieble* (Fn. 10), § 1 Rn. 527. Freilich greift auch bei der außerordentlichen Kündigung eines Tarifvertrages grundsätzlich die Nachwirkung – auch in Ansehung einer Öffnungsklausel, *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 536.

geschützten Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch gegen ihre Gewerkschaft aus § 280 BGB herleiten könnten.

Genug des Konjunktivs: Nach herrschender Meinung trifft die Tarifvertragsparteien gerade keine Regelungspflicht, weil eine solche ihrerseits mit der Tarifautonomie nicht vereinbar wäre. Jede irgendgeartete Regelungspflicht müsste von den Gerichten inhaltlich konkretisiert werden; am Ende müssten Richter entscheiden, ob das Entgelt hinreichend hoch und die Arbeitszeit hinreichend niedrig ist, ob das Tarifwerk neue Regelungsfragen wie die Qualifizierung von Arbeitnehmern im Beruf rechtzeitig und effizient geregelt hat. Das ist ein absurder Weg zur *unzulässigen Tarifzensur*[59]. Wenn etwa ein Tarifvertrag vorsieht, dass Arbeitnehmer, die über die Altersgrenze hinaus arbeiten, ihre Arbeitsbedingungen frei vereinbaren können, müsste er einer Sachgrundkontrolle unterzogen werden[60].

Schlimmer noch: Wer (wie *Zachert*, oben Fn. 2) meint, Öffnungsklauseln seien überhaupt nur mit Zustimmungsvorbehalt der Tarifparteien zulässig, provoziert die Gefahr, dass auch in jeder konkreten Zustimmung einer Tarifpartei zur Tarifabweichung im Einzelfall ein Verzicht auf Tarifautonomie gesehen wird. Diese jeweilige Entscheidung müsste dann – Regelungspflicht unterstellt – darauf kontrolliert werden, ob ein Sachgrund für den konkreten Tarifdispens besteht. Eine abseitige Vorstellung!

Zudem könnte und müsste sich eine Regelungspflicht, wie sie *Zachert* offenbar vorschwebt, zuerst gegen die Gewerkschaften und ihre tarifpolitischen Vorstellungen richten: Die Regelungspflicht müsste gerade die Massenarbeitslosigkeit aufgreifen; mit ihrer Hilfe könnte von den Tarifparteien etwa massive Lohnsenkung oder anderes gefordert werden. Womöglich spricht die Massenarbeitslosigkeit gerade für eine erzwungene – gesetzliche – Öffnung der Tarifverträge[61], weswegen sich das Argument der IG Metall letztlich als zirkulär oder perplex erweist. Wenn die Tarifparteien der Metallindustrie eine generelle Regelungspflicht träfe, dann könnte diese gerade diejenigen Erleichterungen für die Arbeitgeberseite fordern, die die IG Metall abzuwehren sucht. Anders gewendet: Man kann nicht dem Staatszugriff einer gesetzlichen Öffnungsklausel entgegenhalten, dieser sei solange unverhältnismäßig, als autonome Regelungen möglich sind und dann auch der autonomen Öffnungsklausel die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit entgegenhalten. Wenn das mildere Mittel versagt, darf man zum schärferen greifen.

---

59 Siehe BVerfG 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 mit Anm. *Rieble* = SAE 1991, 329 mit Anm. *Konzen* = NZA 1991, 809 unter C I 3 b cc der Gründe: »gerichtliche Kontrolle der Tarifziele ... widerspräche dem Grundgedanken der Tarifautonomie«.

60 So § 60 Abs. 2 des Manteltarifvertrags für Waldarbeiter der Länder und der kommunalen Arbeitgeberverbände Rheinland-Pfalz und Saar i. d. F. v. 23. 4. 2002, der für Arbeitnehmer, die über die Altersgrenze von 65 hinaus weiterbeschäftigt werden, alle Tarifbedingungen bis auf den Tariflohn dispositiv stellt.

61 Oben Fn. 1.

Eine Regelungspflicht würde schließlich das Tarifvertragssystem als solches in Frage stellen: Für die Gewerkschaft bedeutete das eine Pflicht zur Tariffordерung, für die Arbeitgeberseite eine Pflicht zum Nachgeben. Der Prozess freier Einigung der Tarifvertragsparteien wäre durchbrochen; Arbeitskämpfe verlören ihre innere Berechtigung. Kurz: die Tarifautonomie wäre aufgehoben[62].

Die weiteren Konsequenzen einer Regelungspflicht wären mit der *Satzungs- und Zweckautonomie* der Koalitionen nicht vereinbar: Die Rechtsordnung müsste der Regelungspflicht vorgelagert auch eine »Organisationspflicht« einführen – also für eine lückenlose Organisation aller Berufe in Tarifverbänden sorgen. Sie dürfte die Preisgabe der Tariffähigkeit, einen von Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Akt, nicht zulassen, müsste gar den Auflösungsbeschluss eines Tarifverbandes aufhalten, weil dieser sich damit seiner Regelungspflicht entzöge.

Mit Recht betont *Dieterich*, dass die Tarifautonomie ein *Freiheitsrecht der Koalitionen* ist (Art. 9 Abs. 3 GG) und dass die Koalitionen gerade *keinen staatlichen Regelungsauftrag* wahrnehmen[63].

Ähnlich (und ebenso richtig) sagt *Gamillscheg*, dass die Koalitionsfreiheit zwar eine dienende Freiheit (wozu und nicht wovon) sei, weswegen sich hieraus die Pflicht zu ergeben scheine, von dem Normsetzungsvorrang angemessenen Gebrauch zu machen. Indes »wäre diese Pflicht, wenn man sie für gegeben annimmt, nicht mehr als eine Naturalobligation ... wer sollte hier auch wen auf was verklagen?«[64] Gerade mit Blick auf Öffnungsklauseln formuliert *Gamillscheg* im gleichen Werk an anderer Stelle[65]:

»Gegen eine Preisgabe der Rechtsetzung ist allerdings kein Mittel gegeben: es besteht keine Pflicht zum Tätigwerden ... Allenfalls könnte sich Untätigkeit im Verlust der Koalitionseigenschaft [gemeint wohl: Tariffähigkeit] niederschlagen, aber davon ist natürlich keine Rede[66].«

Gerade *Wiedemann* schreckt vor der Konsequenz einer Regelungspflicht am Ende doch zurück (»wohl abzulehnen«), weil sie Art. 9 Abs. 3 GG zuwiderliefe[67].

---

62 Siehe zur Ablehnung selbst eines Verhandlungsanspruches unter Tarifparteien MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, 2. Aufl. (2000), § 246 Rn. 98. Das sieht gerade auch *Wiedemann*, 1. FS Hanau (Fn. 17), S. 616 bei Fn. 35.

63 RdA 2002, 10 f.; ErfK/*Dieterich*, 4. Aufl. (2004), Art. 9 GG Rn. 52.

64 *Gamillscheg* (Fn. 5), S. 293 f., wörtliches Zitat von S. 294.

65 Nicht gesehen von *Friese* (Fn. 12), S. 428, die sich intensiv zur Regelungspflicht äußert, interessanterweise die koalitionäre Regelungspflicht mit der elterlichen Erziehungspflicht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vergleicht (ohne zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite zu scheiden), dann aber entschieden die negative kollektive Koalitionsfreiheit verneint und aus der Zweckbindung dann nur folgert, dass die Koalitionen mit der Nichtregelung ihre Zwecksetzung aufgäben.

66 *Gamillscheg* (Fn. 5), S. 816; entschieden gegen eine Regelungspflicht auch *Schwarze* (Fn. 15), S. 203 ff.; *Fischer*, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen (1998), S. 210; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 6), § 77 Rn. 156.

67 *Wiedemann*, 1. FS Hanau (Fn. 17), S. 616.

Der Staat dürfte den Koalitionen auch einfach-rechtlich keinen solchen Regelungsauftrag erteilen, weswegen diese insbesondere frei darin sind, den *Geltungsbereich* des Tarifvertrages festzulegen[68]. Eine durchsetzbare »Regelungsaufgabe Tarifautonomie« müsste bei jeder Beschränkung des Geltungsbereichs nach dem Sachgrund fragen. Eben in diesem Sinne hat schon das BVerfG entschieden:

»Die Tariffähigkeit bedeutet lediglich eine rechtliche Möglichkeit, aber keinen rechtlichen Zwang zum Abschluss eines Tarifvertrages[69].«

Sprechen darf man insofern allenfalls von einer – unverbindlichen – *Verfassungserwartung*[70].

Ganz in diesem Sinne betonen auch *Säcker* und *Oetker*, dass aus Art. 9 Abs. 3 GG als Freiheitsrecht keine koalitionäre Betätigungspflicht folgen könne. Den Koalitionen kommt zwar eine Normsetzungsprärogative zu, doch können sie zu deren Wahrnehmung von Rechts wegen nicht angehalten werden[71]. Für diesen Regelungsvorrang aber genügt es, dass die Tarifparteien die von einer Öffnungsklausel betroffene Materie jederzeit wieder an sich ziehen können, oben IV.

Die Tarifparteien sind also – verfassungs- wie tarifrechtlich – nicht nur frei darin, ob sie dispositive statt zwingender Tarifnormen vereinbaren, sie können ebenso gut anstelle der Tarifnormen bloß schuldrechtliche Regelungen schaffen, denen es sogar an der unmittelbaren Wirkung mangelt[72]. Das heißt: Die Tarifparteien können die Arbeitszeit und das Arbeitsentgelt sogar insgesamt nurmehr dispositiv regeln und die zwingende Wirkung des Tarifvertrages insgesamt abschaffen – ohne dass rechtlich hiergegen ein Einwand stäche[73].

2. Gleichheitssatz als Grenze

Nach herrschender und richtiger Meinung ist die Öffnungsklausel (gleich einer Geltungsbereichsbeschränkung) am *Gleichheitssatz* zu messen. Denn insoweit geht es nicht um ein abstraktes Regelungsgebot, sondern nur um das gleichheitsspezifische Gebot zu konsequentem Regelungsverhalten.

---

68 MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 246 Rn. 97; ebenso BAG 24.4.1985 – 4 AZR 457/83 – AP Nr. 4 zu § 3 BAT = EzA Art. 9 GG Nr. 39 = NZA 1985, 602.

69 BVerfG 19.10.1966 – 1 BvR 24/65 – BVerfGE 20, 312, 320 = AP Nr. 24 zu § 2 TVG = EzA § 2 TVG Nr. 6 unter II der Gründe.

70 Allgemein zur Erwartung, dass die Grundrechtsträger in ihren jeweiligen Lebensbereichen jene Grundrechtsaktivität und jenes Grundrechtethos entwickeln, deren das Gemeinwohl bedarf: Handbuch des Staatsrechts/*Isensee*, Bd. III – Das Handeln des Staates, 2. Aufl. (1996), § 57 Rn. 86; zustimmend und für Art. 9 Abs. 3 konkretisierend ErfK/*Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 52.

71 *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 90 ff., 94 f.

72 BAG 5.11.1997 – 4 AZR 872/95 – AP Nr. 29 zu § 1 TVG = EzA § 1 TVG Nr. 41 = RdA 1998, 251 = SAE 1998, 325.

73 So schon *Rieble*, RdA 1996, 154.

Das gilt in doppelter Weise: Abstrakt darf die Tariföffnung nicht bestimmten Arbeitnehmergruppen oder Arbeitgebergruppen vorbehalten sein, wenn kein Sachgrund vorliegt. So dürfte die in Rede stehende Arbeitszeitverlängerung nicht Männern vorbehalten sein. Auf Unternehmerseite darf die Öffnungsklausel der unterschiedlichen Leistungsfähigkeit der Unternehmen Rechnung tragen. Dem Tarifvertrag kommt keine zwingende »Marktbereinigungsfunktion« dergestalt zu, dass schwache Unternehmen vom Markt vertrieben werden müssten[74]. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet *keinen Einheitstarifvertrag*. Abweichungen mit Blick auf die Leistungsfähigkeit sind nach oben wie nach unten möglich[75].

Für die hier geforderte generelle Öffnungsklausel heißt das: Der Tarifvertrag ist selbst nicht zur Differenzierung verpflichtet. Eine allgemeine Tariföffnung durch einen Arbeitszeit- und/oder Entgeltkorridor behandelt nicht etwa ungleiche Sachverhalte sachwidrig gleich. Vielmehr erstrebt der Tarifvertrag gerade die sachgemäße Differenzierung durch betriebsspezifische Regelungen, die auf die betriebliche Beschäftigungs- und Wettbewerbssituation abzielt.

3. Alternative: staatliche Schutz- und Regelungspflicht

Werden die Tarifparteien der Regelungserwartung nicht gerecht, dann ist der Staat gefordert – denn nur ihn, nicht die Tarifvertragsparteien trifft die grundrechtliche Schutz- und damit Regelungspflicht: Er muss diejenigen Mindestarbeitsbedingungen schaffen, zu denen die Tarifparteien sich außerstande sahen. Schönes historisches Beispiel ist die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (für Arbeiter). Hier hatte die Gewerkschaft im Arbeitskampf »versagt«, weswegen der Staat das von ihm so gesehene Schutzbedürfnis durch das Lohnfortzahlungsgesetz befriedigt hat. Diese wenigstens prinzipielle Subsidiarität staatlicher schützender Regelung vor der tariflich-autonomen ist herrschende Meinung[76].

Eben diesen zutreffenden Schluss hat auch *Kissel* gezogen: Er hat die Öffnung mitnichten für rechtsunwirksam gehalten, sondern als rechtspolitische Gefahr für die Tarifparteien gesehen:

»Durch Art. 9 III GG ist der Gesetzgeber gehindert, die dort erwähnten Gegenstände den Tarifpartnern aus der Hand zu nehmen. Aber: Die Summierung der Verlagerung solcher Regelungen auf die betriebliche Ebene, also sozusagen der Verzicht der Koalitionen auf ihre originäre und ver-

---

74 In diese Richtung aber *Lieb*, Mehr Flexibilität im Tarifvertragsrecht? »Moderne Tendenzen« auf dem Prüfstand, NZA 1994, 289 ff. und 337 ff.; richtig *Löwisch*, Tariföffnung bei Unternehmens- und Arbeitsplatzgefährdung, NJW 1997, 905; *Rieble*, Der Fall Holzmann und seine Lehren, NZA 2000, 255.

75 A. A. *Buchner*, Möglichkeiten und Grenzen betriebsnaher Tarifpolitik, DB 1970, 2074, 2080; richtig Däubler/*Deinert* (Fn. 5), § 4 Rn. 565; auch noch *Wendeling-Schröder/Schubert*, Rechtsprobleme zweistufiger Tarifvertragssysteme, NZA 2003, 772.

76 Statt vieler MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 246 Rn. 56 ff.; *Henssler*, Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 1 ff.

fassungsrechtlich gewährleistete Regelungskompetenz, sie kann einen Punkt erreichen, wo Art. 9 III GG als nicht mehr ernsthaft gewollt und ausgefüllt anzusehen ist, mit der Folge, dass möglicherweise die ganze verfassungsrechtliche Anerkennung sowohl der Tarifautonomie als auch der Koalitionsfreiheit des Art. 9 III GG in diesem Zusammenhang Verluste erleidet. Das kann zur Folge haben, dass die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen anschwillt bis hin (ich male ein Menetekel an die Wand), bis hin zur gesetzlich geregelten Lohnhöhe und zur konkreten Arbeitszeit[77].«

Eben in diesem Sinne habe ich 1996 von einer Regelungsobliegenheit der Tarifvertragsparteien gesprochen:

»Eine Regelungsobliegenheit der Tarifparteien kann man nur für den elementaren Kern des tarifgebundenen Arbeitsverhältnisses, also die synallagmatische Festlegung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung bejahen. Der Tarifvertrag muss den Entgeltmaßstab grundsätzlich selbst bestimmen, er kann lediglich die Befugnis zur ›Rabattgewährung‹, also in Voraussetzung und Umfang klar definierten Entgeltermäßigungen schaffen[78].«

Obliegenheit heißt dabei im strengen zivilrechtlichen Sinn: keine (durchsetzbare) Verpflichtung gegenüber einem Gläubiger, sondern »Pflicht gegen sich selbst«, deren Verletzung Rechtsnachteile für die Tarifparteien selbst erzeugen kann – also insbesondere den von *Kissel* angesprochenen Verlust des Regelungsvorrangs.

So entsteht auch ein Schutzpflichtkonzept, das Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie genügt: Der Staat darf nicht die Tarifparteien zur Tarifregelung zwingen, er muss notfalls zur regelnden »Ersatzvornahme« greifen – insbesondere nach dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen. Das ist der verhältnismäßigere Eingriff.

4. Hypothetisch: Reichweite einer Regelungspflicht

Selbst wenn man – wie nicht – eine irgendgeartete inhaltliche Begrenzung von Öffnungsklauseln im zentralen tariflichen Regelungsbereich Arbeitszeit und Entgelt annehmen wollte, kann doch bei einer Arbeitszeit- und Entgeltflexibilisierung von fünf Wochenstunden und damit von entweder $^1/_7$ = 14,3 % (wenn man von der 35-Stunden-Woche aus rechnet) oder von $^1/_8$ = 12,5 % nicht ansatzweise die Rede davon sein, dass die Tarifparteien ihrer Regelungsverantwortung nicht gerecht würden.

Denn damit liegt die tarifliche Schwankungsbreite noch unterhalb der dem Arbeitgeber für die Flexibilisierung von Entgelt und Arbeitszeit gesetzten Grenzen (etwa 25 %)[79]. Wenn den (vollzeitbeschäftigten) Arbeitnehmern eine Arbeitszeit von 35

---

77 *Kissel*, NZA 1986, 79.

78 *Rieble*, RdA 1996, 154 linke Spalte.

79 BAG 21.4.1993 – 7 AZR 297/92 – EzA § 2 KSchG Nr. 20 = AP Nr. 34 zu § 2 KSchG 1969: Provisionsentfall von 15 % des Entgelts; BAG 13.5.1987 – 5 AZR 125/86 – EzA § 315 BGB Nr. 34 = AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle: Widerrufsvorbehalt einer Leistungszulage von knapp 25 % des Tarifstundenlohns, also Kürzung um knapp 20 % = SAE 1988, 161 mit Anm. *Henssler*; BAG 7.10.1982 – 2 AZR 455/80 – EzA § 315 BGB Nr. 28 = AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung: Widerruf einer Leistungszulage, die 25–30 % des tariflichen Stunden-

Stunden und das damit verbundene Entgelt garantiert ist und sie Arbeitszeit und/oder Entgeltschwankungen von deutlich weniger als 20 % hinzunehmen haben, bleibt das Arbeitsverhältnis im Kern tariflich geregelt. Dass die Tarifparteien weniger flexibilisieren dürften als der Arbeitgeber auf arbeitsvertraglicher Basis, lässt sich schlechthin nicht begründen.

VI. Einfachrechtlich: Öffnungsgrenze »ergänzende« Betriebsvereinbarungen?

Daraus, dass § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG selbst nur *»ergänzende«* Betriebsvereinbarungen nennt, lässt sich *keine eigenständige inhaltliche Grenze der Öffnungsklausel* gewinnen – etwa dahin, dass »tarifvertragsersetzende« Betriebsvereinbarungen im Tarifvertrag nicht zugelassen werden dürften[80]. In diese Richtung freilich argumentierte *Heinze* zum Rüthers-Leber-Kompromiss und leitete aus § 77 Abs. 3 BetrVG ein »Rangprinzip« ab: Es »muss sich stets nach oben wie nach unten lediglich um den Tarifvertrag ergänzende Betriebsvereinbarungen handeln«[81].

Das greift – aus dem Blickwinkel des § 77 Abs. 3 BetrVG – zu kurz: Denn einmal könnten die Tarifparteien einen *Gegenstand überhaupt nicht regeln*, dann griffe tatbestandlich schon keine Regelungssperre nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG. Vor allem aber: Der kompetentielle Regelungsvorrang ist nur im Interesse der Tarifparteien angeordnet – und nicht im Interesse der Nichtorganisierten oder der Belegschaft. Deswegen entscheiden auch die Tarifparteien selbst, ob sie auf diesen Regelungsvorbehalt verzichten oder nicht. Ihre diesbezügliche Entscheidung ist autonom und wird von § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG weder teleologisch noch mit dem Wort »ergänzend« beschränkt. Dass die Tarifparteien speziell betriebsverfassungsrechtlich in ihrer Tarifautonomie beschränkt sein sollen, lässt sich der Norm nicht entnehmen. Zudem setzte eine solche Beschränkung eine Regelungspflicht voraus, die nicht besteht (eben V).

Gemeint ist damit vielmehr etwas anderes: Das Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung gleicht insofern (auch wenn Tarifautonomie und Gesetzgebung nicht vergleichbar sind) dem Kompetenz- und Konkurrenzverhältnis von Bund und

---

lohns ausmacht (also Kürzung um 20–23 %) = SAE 1983, 185 mit Anm. *Beitzke*. Siehe weiter die Check-Purser-Entscheidung (Verlust einer Zulage von ca. 15 % der Bezüge) BAG 15.11.1995 – 2 AZR 521/95 – EzA § 315 BGB Nr. 45 = AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge Lufthansa = NZA 1996, 603. Dazu eingehend *Rieble*, Flexible Gestaltung von Entgelt und Arbeitszeit im Arbeitsvertrag, NZA Sonderbeilage zu Heft 3/2000, S. 34 ff.; *Rieble/Gutzeit*, Individualarbeitsrechtliche Kontrolle erfolgsabhängiger Vergütungsformen, Jahrbuch des Arbeitsrechts Band 37 (2000), S. 41 ff.; *Reichold*, Grundlagen und Grenzen der Flexibilisierung im Arbeitsvertrag, RdA 2002, 321.

80 BAG 24.6.1992 – 5 AZR 468/91 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 48; BAG 9.4.1991 – 1 AZR 406/90 – SAE 1992, 193.

81 *Heinze*, NZA 1995, 7.

Ländern im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72 GG): Sobald der Bund klarstellt, dass seine Regelung nicht abschließend gemeint ist, lebt die »ergänzende« Regelungsbefugnis der Länder auf. Und eben in diesem Sinne meint »ergänzende Betriebsvereinbarung« in § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG keine inhaltliche, sondern eine kompetentielle Ergänzung: Die Betriebsvereinbarung darf regeln, was der Tarifvertrag übrig lässt; das kann auch sehr viel sein[82].

»Ergänzend« hat insofern immerhin eine klarstellende Funktion für das Verhältnis zur Öffnung nach § 4 Abs. 3 Var. 1 TVG: § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG bringt damit zum Ausdruck, dass die Öffnung nur kompetentielle Bedeutung hat, also die Betriebsvereinbarung tarifergänzend nur dort zulässt, wo sie nicht im inhaltlichen Widerspruch zu tariflichen Arbeitsbedingungen steht. Den vorgegebenen Tarifinhalt muss die Betriebsvereinbarung solange achten, bis auch die zwingende Wirkung nach § 4 Abs. 3 Var. 1 TVG abbedungen ist.

VII. Ergebnisse

Tarifliche Öffnungsklauseln sind hinsichtlich des Ob unbeschränkt zulässig.

1. Sie stellen keine unzulässige Entäußerung von Tarifmacht dar, weil die Tarifparteien Herren der Öffnungsklausel bleiben und die Regelung der Arbeitsbedingungen jederzeit wieder an sich ziehen können.

2. Tarifparteien sind auch nicht verpflichtet, »alles Wesentliche« selbst zu regeln. Eine irgendgeartete Regelungspflicht für Tarifparteien ist mit der Tarifautonomie nicht vereinbar.

3. Folge einer unzureichenden Regelung durch Tarifvertrag kann nur sein, dass der Staat kraft seiner Schutzpflicht die Arbeitsbedingungen selbst regelt.

4. § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG zieht mit »ergänzend« der tariflichen Öffnungsklauseln keine einfachrechtliche Grenze.

5. Zu messen sind Öffnungsklauseln als solche am Gleichheitssatz.

82 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 6), § 77 Rn. 147.