

Tarifvertrag und Beschäftigung*

Von Professor Dr. Volker Rieble, München



	Seite		
I. Tarifverträge: »negative« Beschäftigungswirkung und »positive« Beschäftigungsregulierung?	2	IV. Beschäftigungssicherung gegen den Tarifvertrag	30
1. Tarifvertrag definiert Lohnkosten		1. Sturheit der Tarifparteien?	
2. Reaktion durch Lohnsenkung		2. Die Vorschläge	
II. Grundsatzfrage nach »beschäftigungspolitischem Mandat«	8	a) Zwei Hebel	
1. Ausschließliche Staatskompetenz zur Gemeinwohlordnung		b) Gesetzgebungsvorschläge	
2. Funktionsdefizit der Tarifautonomie in (gesamtwirtschaftlichen) Verteilungsfragen		(1) Förmliche	
III. Beschäftigungssicherung durch Tarifvertrag	16	(2) Informelle Vorschläge aus der Wissenschaft	
1. Vom betrieblichen »Bündnis für Arbeit« zum Beschäftigungssicherungstarifvertrag		c) Ergänzend: Tarifikündigung aus wichtigem Grund?	
2. Die neuen Entscheidungen im Überblick		3. Neukonturierung des Günstigkeitsprinzips	
3. Sachliche Reichweite und Grenzen der Tarifmacht als systematische Fragen		a) Verfassungsgarantie der zwingenden Wirkung?	
4. Tariflicher Zugriff auf den Beschäftigungsstand (Regelung der Arbeitsnachfrage)		b) Ausgestaltung, Umgestaltung und Verhältnismäßigkeit	
a) Standortentscheidungen und Standortsicherungstarifverträge		c) Austritt als ultimates Wahlrecht	
b) Zugriff auf Veräußerungsentscheidungen des Arbeitgebers		d) Kein Verfassungsrecht auf Bevormundung	
c) Individuelle Unkündbarkeit		e) Einfachrechtlich: geltendes Günstigkeitsprinzip	
5. Verteilung der knappen Arbeit		(1) § 4 Abs. 3 TVG fordert Vergleich von Regelungsinhalten	
a) Vergabe von Arbeitsplätzen durch Besetzungsregeln		(2) Tarifverteidigung durch tarifliche Beschäftigungssicherung	
b) Echte Arbeitszeitminderung durch beschäftigungspolitische Höchst-arbeitszeiten sowie Arbeitszeitverkürzung ohne Lohnausgleich (»tarifliche Kurzarbeit«)		(3) Keine generelle Ausschaltung der zwingenden Wirkung des § 4 Abs. 1 TVG	
6. Beschäftigungssicherung durch Eingriff ins Synallagma (Entgeltkürzung und Mehrarbeit ohne Lohnausgleich)		(4) Kein Schutz durch kollektive Absicherung (Mitbeurteilung des Betriebsrates)	
7. Folgeproblem: Geltungsanspruch gegenüber Nicht- und Andersorganisierten		(5) Schutz durch »objektive« Vertragskontrolle?	
a) Bezugnahmeklauseln und Andersorganisierte		(6) Freiwilligkeitsschutz durch Rückkehroption	
b) Betriebsnormen als Ausweg?		f) Einfachrechtliche Folgeprobleme	
c) Flucht in die Betriebsverfassung?		g) Konsequenz für die Friedenspflicht	
		4. Betriebliche Lösungen als Intervention?	
		a) Kein Eingriff durch Veto-Lösung	
		b) Bevormundung durch betriebliche Tarifizensur	
		c) Rechtfertigung	
		d) Konsequenzen für die Friedenspflicht	
		V. Schluss	64

* Vortrag vor dem Wiesbadener Seminar am 11.4.2003. Ich widme diesen Beitrag Frau Christel Finke-Hollweg, die sich in der (am 1.2.2004 leider endenden) Betreuung von ZfA und SAE besonders der wissenschaftlichen Jugend des Arbeitsrechts angenommen hat. Dafür gebührt ihr besonderer Dank.

I. Tarifverträge: »negative« Beschäftigungswirkung und »positive« Beschäftigungsregulierung?

1. Tarifvertrag definiert Lohnkosten

Der Arbeitsmarkt ist gestört. Dass Arbeitsrecht mehr auf Beschäftigungsförderung achten soll, hört man oft. Die Wahrheit freilich ist konkret. Ob und inwieweit das staatliche Arbeitsrecht »beschäftigungsfördernd« umgestaltet werden kann, ist zweifelhaft. Noch immer werden Arbeitsplätze von Unternehmen kraft ihrer Arbeitsnachfrage geschaffen und nicht vom Arbeitsrecht. Insofern genügt es für das Arbeitsrecht als Schutzrecht, wenn man seine Anwendungsfolgen für den Beschäftigungsstand (vor allem durch ihre Kosten, die Rechtsunsicherheit und die Komplexität) reduziert.

Tarifverträge wirken auf die Beschäftigung vor allem über das Entgelt als Preis der Arbeit und seine Wirkung auf die Nachfrage: Wenn – wie das die Bundesanstalt für Arbeit neuerdings wieder sagt¹ – jeder Prozentpunkt der Lohnnebenkosten 100 000 Arbeitsplätze kostet, gilt das für die Erhöhung der Lohnkosten nicht minder. Der Arbeitsmarkt ist durchaus Markt und reagiert auf eine Preiserhöhung mit einer verminderten Nachfrage. Jede Lohnerhöhung kann erstens einen Substitutionswettbewerb auslösen: Menschliche Arbeit im Inland kann ersetzt werden durch preiswertere menschliche Arbeit im Ausland oder durch preiswerteren Maschineneinsatz. Selbst wenn eine solche Substitution der Arbeit ausscheidet – wie das teilweise bei ortsgebundenen Dienstleistungen der Fall ist –, kann die Entgeltsteigerung sich als Preissteigerung des Produktes oder der Dienstleistung auf dem Gütermarkt nachgedämpft auswirken.

Wenn weniger Menschen deutsche Autos kaufen, weil diese deutschen Autos teurer geworden sind (und statt dessen entweder billigere Autos kaufen oder das alte Auto länger fahren oder vermehrt mit öffentlichen Verkehrsmitteln fahren), dann wird diese Nachfragesenkung an die Arbeitsmärkte – hier an die Beschäftigten der Automobilindustrie – weitergegeben. Diese ökonomischen Gesetze werden gerade von denjenigen bestätigt, die nach der schützenden Staatsintervention gegen das »Lohndumping« rufen²: Dass dieser Lohnunterbietungswettbewerb einsetzt, ist Folge der hohen Preise

1 Die der Tagespresse im Frühjahr 2003 zu entnehmenden Äußerungen von Florian Gerster (etwa <http://www.netzeitung.de/wirtschaft/234943.html>, abgerufen am 7.7.2003) fußen auf dem IAB-Werkstattbericht Nr. 7/1997, Die Senkung der Sozialversicherungsbeiträge. Weiter der IAB-Werkstattbericht 15/2003, Ein Freibetrag bei den Sozialabgaben könnte mehr Beschäftigung schaffen, (<http://doku.iab.de/Kurzber/2003/kb1503.pdf>, abgerufen 18.1.2004).

2 Zur unzulässigen, protektionistischen Staatshilfe insbesondere zugunsten der Gewerkschaften gegen das »Lohndumping« durch das AEntG Rieble/Lessner, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Nettolohnhaftung und EG-Vertrag, ZfA 2002, 29 ff.; Gerken/Löwisch/Rieble, Der Entwurf eines Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in ökonomischer und rechtlicher Sicht, BB 1995, 2370; durch die »Lohnleichheit für Leiharbeiter« nach dem AÜG Rieble/Klebeck, Lohnleichheit für Leih-

für Arbeit. Anschwellende Preisunterbietung ist ein Zeichen für das Marktbedürfnis nach verstärktem Wettbewerb.

Das gilt für den nicht-gewerblichen Bereich – Staat und andere nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtete Arbeitgeber – nicht minder. Hier sorgt die Kassenknappheit (Gott sei Dank) dafür, dass überbezahlte Tarifabschlüsse den Sparzwang verschärfen, gerade auf der Personalkostenseite. Der jüngste Tarifabschluss im öffentlichen Dienst wird dessen Verschlingung weiter beschleunigen. Dass nichtgewerbliche Arbeitgeber von hohen Personalkosten »aufgefressen« werden, zeigen insbesondere Kirchen und Gewerkschaften mit ihren Rationalisierungsprogrammen.

Wie bei allen Arbeitsrechtslasten wird gern behauptet, dass die Last sich durch Produktivitätssteigerung von selbst trüge. Das war das Argument des BetrVG-Reformgesetzgebers³ und so wird auch dem Tarifvertrag stets nachgesagt, er entlaste den Markt von umfassenden Einzelverhandlungen und spare so Transaktionskosten⁴. Das stimmt, auch wenn dieser Effekt nicht quantifizierbar ist und wenn gegenzurechnen ist, dass die Anwendung eines zentralverhandelten Tarifvertrages in der Praxis ihrerseits eigene Transaktionskosten auslöst – von der Eingruppierung bis hin zur Konkretisierung betrieblicher Arbeitszeitsysteme.

Nicht stimmig ist das mantraartig vorgetragene Nachfrage- oder Kaufkraftargument, mit dem die Gewerkschaften schädliche Auswirkungen dieser Preissteigerung leugnen⁵. Dieser Pseudo-Keynesianismus ist so abwegig, dass man ihn gar nicht widerlegen mag. Nur so viel: Warum sind Gewerkschaften bei den von ihnen bezahlten Entgelten so geizig, wenn es doch darum geht, dass Arbeitgeber den Mitarbeitern Geld schenken, damit sie bei den Arbeitgebern einkaufen? Richtig ist allein, dass Investitionen und nicht der Konsum Arbeitsplätze schaffen, weshalb rigide Lohnsenkungspolitik den Unternehmen den Freiraum zu beschäftigungssichernden Investitionen verschafft. Mit Blick auf die Lohnsenkung verhalten sich Gewerkschaften gegenüber eigenen Arbeitnehmern vorbildlich, freilich fehlt es bei ihnen an der Investition.

Dem Tarifvertrag – genauer: den Tarifvertragsparteien – die Verantwortung für die Lohnhöhe und die daraus resultierende Arbeitslosigkeit zuzuweisen, begegnet recht-

arbeit, NZA 2003, 23 ff.; durch die Verpflichtung zur Tariftreue Löwisch, Tariftreue-Verpflichtung im Vergaberecht und Koalitionsfreiheit, DB 2001, 1090 ff.

3 Siehe die Begründung zum BetrVG-Reformgesetz, BT-Drs. 14/5741, S. 32, die auf die erwartete Produktivitätssteigerung durch Mitbestimmung hinweist – ohne empirische Einschätzung. Aus ökonomischer Sicht Jirjahn, Produktivitätswirkungen betrieblicher Mitbestimmung – Welchen Einfluss haben Betriebsgröße und Tarifbindung?, Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Ergänzungsheft 4/2003, 64 ff.

4 Hierzu nur Seitel, Öffnungsklauseln in Tarifverträgen – Eine ökonomische Analyse für Löhne und Arbeitszeiten (1995), S. 80 f.; Bremkamp, Die Flexibilisierung des deutschen Tarifvertragssystems (1998), S. 109.

5 Hierzu Külp, Der Lohnfindungsprozess der Tarifpartner (1977), S. 69 ff.; Bremkamp (Fn. 4), S. 119 ff.; Franz, Arbeitsmarktköonomik, 4. Aufl. (1999), S. 115 f. und 280.

lich zunächst einem Bedenken: Der ständig sinkende Organisationsgrad macht aus Gewerkschaftsmitgliedern die eigentlichen Außenseiter des Arbeitslebens⁶. Die Arbeitgeberverbände halten zwar ihre Organisationen im Großen und Ganzen stabil, gerade weil OT-Verbände interessanterweise den schnellen Austritt ermöglichen und deshalb vom Austritt abhalten. Das Ausmaß originärer Tarifbindung jedenfalls schwindet. Gleichwohl prägt das Tarifentgelt die Arbeitsmarktlage: weil die nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber sich an den Tarif zumindest »anlehnen«, ja anlehnen müssen, weil die großen marktstarken Arbeitgeber tarifgebunden sind.

Die Beschäftigungswirkung der Tarifbedingungen trifft nicht nur die Volkswirtschaft als Ganzes, sondern ebenso den einzelnen Betrieb, ja den einzelnen Arbeitnehmer auf der »ökonomischen Mikro-Ebene«: Deutlich wird das an der – wenigstens mit Eventualvorsatz vereinbarten – *Altersdiskriminierung durch Altersentgeltsschutz*: Vergütungssysteme mit Seniorität lassen Entgelt mit dem Alter steigen⁷; Verdienstsicherungstarifverträge sorgen für den Erhalt von Sonderentgelten, etwa für den Nachtschichtarbeiter, der altersbedingt nicht mehr in der Nachtschicht arbeiten kann. Solche Verdienstsicherung löst erheblichen Austauschdruck aus: Der jüngere Arbeitnehmer ist produktiver *und* billiger. Deshalb rechnen Berater vielfach vor, dass sich die Alterszeit und damit die Verdrängung der Alten aus dem Arbeitsmarkt lohnt. Während der Wiedervereinigungsphase war es offenes Geheimnis, dass die Westfunktionäre in den ostdeutschen Gewerkschaftsgliederungen bei den Lohnverhandlungen durchaus intensiv daran dachten, dass hohe Ostlöhne den Westunternehmen Schutz vor Konkurrenz und den Westarbeitnehmern Arbeitsplatzschutz verschafften.

Der Tarifvertrag hat mit seinen Kosten eine *doppelte Selektionswirkung*: Unternehmen, die die geforderte Produktivität nicht bringen, werden ebenso ausgemustert wie Arbeitnehmer, die ihr Geld nicht wert sind. Die gähnende Leere bei der Besetzung der unteren Lohngruppen ist bezeichnend. Bezeichnend ist auch, dass hier Korrektur erwogen wird primär durch staatliche Subvention (Kombilohn)⁸, aber weniger durch Absenken der Sozialhilfe und Senkung der unteren Lohnsätze, so dass Arbeitnehmer mit geringer Produktivität bezahlbare Arbeit finden.

Rechtlich stellt sich die Frage, ob diese Selektionswirkung auch Funktion des Tarifvertrages ist, ob er also »Produktivitätspeitsche« ist und unrentable Unternehmen vom

6 Siehe iwd Nr. 8/2003: Nurmehr 20 % Nettoorganisationsgrad.

7 Zur Unvereinbarkeit derartiger Regelungen mit der Richtlinie 00/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27. 11. 2000 (Allgemeine Gleichbehandlungsrichtlinie), Abl. EG L 303, 16 ff.; *Löwisch/Caspers/Neumann*, Beschäftigung und demographischer Wandel (2003), S. 34 ff.

8 *Löwisch/Caspers*, Kombilohn als Beschäftigungschance – Entgeltersetzende Transferleistungen für neue Arbeitsplätze im Niedrigentgeltbereich, ArbRGwart 36 (1999), 81 ff.

Markt drängen soll⁹. Freilich schlägt diese Peitsche am Ende immer auf einen Arbeiterücken. Verdrängt werden nicht nur Unternehmen, die die vom Tarifvertrag »geforderte« Produktivität nicht erreichen, sondern vor allem Arbeitnehmer, deren Produktivität unterhalb der Lohnkosten liegt. Deswegen war ja die Leiharbeit vor der Lohngleichheit ein Ausweg gerade für die Problemgruppen des Arbeitsmarktes¹⁰. Ist es also Funktion des Tarifvertrages, Arbeitnehmer vom Markt zu verdrängen? Mündet das gar in die zynische Betrachtungsweise, es sei effizient und damit sinnvoll, den minder produktiven Bodensatz der Arbeiterschaft aus dem Markt zu drängen und sie mit einer Sozialrente dafür zu belohnen, dass sie den Produktionsprozess nicht mit ihrer Unfähigkeit stören? Welch abseitiges Menschenbild!

2. Reaktion durch Lohnsenkung

Die zentrale Erkenntnis, dass vor allem die Lohnkosten die Arbeitsnachfrage dämpfen, setzt sich gegenüber stupiden Versuchen, die Arbeit nur umzuverteilen, (langsam) durch: bei den Tarifparteien, die in der Krise Löhne senken oder kostenfreie Mehrarbeit anordnen, und bei der Politik, die Öffnungsklauseln fordert, um in die zu teuren Tarifentgelte eingreifen zu können. Die entscheidenden zwei Rechtsfragen lauten:

- *Kann der Staat mit gesetzlichen Öffnungsklauseln in aktuell geltende Tarifverträge eingreifen, um Arbeitsplätze zu sichern oder zu fördern?*
- *Können ihrerseits Tarifverträge in Arbeitsverträge eingreifen, um insbesondere mit Arbeitszeitverkürzungen oder unbezahlter Mehrarbeit oder Entgeltensenkungen Entlassungen abzuwenden?*

Die erste Frage zielt in erster Linie auf das betriebliche Bündnis für Arbeit; die zweite auf den Standortsicherungstarifvertrag. Zur ersten Frage hat die Rechtsprechung mit der Burda-Entscheidung gemeint, die derzeitige Gesetzeslage des § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG erlaube keinen Günstigkeitsvergleich zwischen Beschäftigungschance und Tarifbedingung¹¹. Seither gibt es Gesetzesvorschläge und -initiativen sowie Literatur für und gegen Öffnungsklauseln, namentlich ein Gutachten des gewesenen BAG-Präsidenten *Dieterich*¹² – aber naturgemäß keine weitere Rechtsprechung. Die zweite Frage wird in einer Welle neuer Entscheidungen behandelt, die dem Tarifvertrag durchweg

9 Dafür etwa *Lieb*, Mehr Flexibilität im Tarifvertragsrecht? »Moderne« Tendenzen auf dem Prüfstand, NZA 1994, 289 ff., 337 ff., 342, und *Wanke*, Kündigung und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Tarifverträgen, FS G. Schaub (1998), S. 761, 771.

10 Dazu *Rieble/Klebeck* (Fn. 2), NZA 2003, 23; ausführlich demnächst *Klebeck*, Lohngleichheit der Leiharbeitnehmer als Verfassungsverstoß? (2004).

11 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 – AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = EzA Art. 9 GG Nr. 65 = NZA 1999, 887 ff.

12 *Dieterich*, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1 ff.

großzügig bis sehr großzügig gestatten, in Arbeitsverträge zu Lasten der Arbeitnehmer einzugreifen, um Beschäftigung zu sichern.

Der ersten Frage geht es um Beschäftigungssicherung *gegen* den Tarifvertrag, die zweite sorgt sich um Beschäftigungssicherung *durch* den Tarifvertrag. Beide Fragestellungen gehören rechtlich zusammen: Im Zentrum der Betrachtung steht die Tarifautonomie – als Täter wie als Opfer – und damit deren auch verfassungsrechtliches Gewicht. Vor allem aber geht es um die zentrale Frage, wem in einer Krisensituation die *Verhandlungskompetenz* über die Arbeitsbedingungen zukommt: Auf Arbeitgeberseite ist – aus meiner Sicht – klar, dass der Verband nicht das Recht hat, das Mitglied zu bevormunden. Vielmehr kann der Arbeitgeber in der Krise einen Sanierungstarifvertrag mit der Gewerkschaft schließen, der sich gegen den Verbandstarif und damit auch gegen den Willen des Arbeitgeberverbandes durchsetzt. Dass dahinter ein zwingendes Prinzip steht, habe ich anhand des Falles Holzmann einmal zu zeigen versucht¹³; Söllner hat mir in diesem Punkte zugestimmt¹⁴.

Es geht vielmehr um die *Verhandlungskompetenz auf Arbeitnehmerseite*: Wer entscheidet über die Arbeitsbedingungen in der Krise: Der Arbeitnehmer, der Betriebsrat oder die Gewerkschaft? Vor allem: Darf die Gewerkschaft die Arbeitnehmer »über die Klinge« springen lassen – aus übergeordneten Gesichtspunkten der Tarifiedisziplin? Die Vorschläge zu den betrieblichen Bündnissen wollen zumindest, dass gewerkschaftliches tarifpolitisches Fehlverhalten betrieblich korrigiert werden kann. Zum Teil wollen sie aber auch Gewerkschaften aus der Krisenbereinigung gezielt heraushalten.

Von der Frage nach der Verhandlungskompetenz zu scheiden ist die Frage nach den *zulässigen Vereinbarungsinhalten*: Vom Kündigungsverbot auf zehn Jahre bis zur tariflichen Namensliste für das Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis ist umstritten, wie weit der Tarifvertrag gehen kann, inwieweit also die Individualrechte der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber ihm Grenzen ziehen.

Derzeit eher theoretisch ist die Frage, ob dem Staat das Recht zukommt, die Kräfteverteilung im Arbeitsrecht – von Gleichgewicht mag ich nicht sprechen – zu modifizieren, weil der die Ergebnisse der Tarifpolitik für beschäftigungspolitisch unerträglich hält. Das BVerfG hat diese Frage in den jüngeren Entscheidungen zur Beschränkung der Tarifautonomie – Lohnabstandsklauseln für Lohnsubventionen¹⁵ und Arbeitgeber-Anrechnungsbefugnis von Kuren auf tarifliche Urlaubsansprüche¹⁶ – im Prinzip bejaht, und das zu Recht: In Zeiten hoher Arbeitslosigkeit müssen sich alle Akteure des Arbeitsmarktes und damit auch die Tarifparteien gefallen lassen, dass der Staat ihre

13 Rieble, Der Fall Holzmann und seine Lehren, NZA 2000, 225 ff.

14 Söllner, Tariftmacht – Grenzen und Grenzverschiebungen, NZA 2000, Sonderbeilage, 33 ff.

15 BVerfG 27. 4. 1999 – 1 BvR 2203/93 und 1 BvR 897/95 – BVerfGE 100, 271 = EzA Art. 9 GG Nr. 66 = NJW 1999, 3033 = NZA 1999, 992; dazu Dieterich, Tarifautonomie und Bundesverfassungsgericht, AuR 2001, 390, 392 f.

16 BVerfG 3. 4. 2001 – 1 BvL 32/97 – AP Nr. 2 zu § 10 BUrlG Kur = DB 2001, 1367 ff.

Rechte im Individual-Interesse der Arbeitslosen (vom BVerfG merkwürdigerweise an der Menschenwürde festgemacht, obwohl die Berufsfreiheit des Art. 12 GG nur Deutschen zukommt) beschränkt. *Henssler* hat dies bereits vor fünf Jahren klar dargelegt¹⁷.

Freilich: Vom regelnden Staat ist nicht viel zu erwarten. Ein Staat, der als Arbeitgeber nicht einmal einer angeschlagenen Gewerkschaft wie ver.di in der Tarifaus-ein-ander-setzung standhält, bringt den Mumm nicht auf, Gewerkschaftsmacht zu be-schneiden, um Arbeitslosigkeit zu bekämpfen.

Was systemimmanent helfen könnte, wäre eine Verschiebung der *arbeitskampfrechtlichen Vorgaben*. Der Erste Senat des BAG neigt allerdings eher umgekehrt dazu, die Organisationsschwäche der Gewerkschaften durch Begünstigung im Arbeitskampf-recht zu kompensieren, zuletzt durch die Erfindung des Partizipationsarbeitskampfes gegen den Außenseiter-Arbeitgeber¹⁸. Das Arbeitskampfrecht zeichnet heute eine strukturelle Schiefelage zugunsten des Streiks in allen Varianten und zu Lasten der Aus-sperrung aus. Wer streikt, braucht sich um die Rechtswidrigkeit kaum zu kümmern: Die kampfwirksamen Rechtsfolgen entsprechen denen des wirksamen Streiks, Scha-densersatz scheitert typischerweise am fehlenden Verschulden oder an der Nichtnach-weisbarkeit des Schadens¹⁹. Für die Arbeitgeberseite dagegen ist die Aussperrung zur riskanten Rechtsausübung geworden: Kein Arbeitgeber kann rechtssicher aussperren und er muss verschuldensunabhängig das Rechtswidrigkeitsrisiko mit dem Annahme-verzugsentgelt tragen²⁰. Ich behaupte: Diese faktische Verunmöglichung der Aussper-rung ist vom Ersten Senat des BAG gewollt, als »kaltes Aussperrungsverbot«. Für die Lebenswirklichkeit heißt das: Die Verhandlungsmacht der Gewerkschaften wird nicht durch die Macht der Arbeitgeberseite begrenzt, sondern durch die ökonomischen Wettbewerbsverhältnisse, mithin durch die Ohnmacht der Arbeitgeber²¹. Eben deshalb versuchen die Gewerkschaften auch den Wettbewerb zu beschränken, wo er ihnen be-drohlich erscheint. Das zentrale »Arbeitskampfmittel« der Arbeitgeberseite ist die end-gültige Betriebsstillegung. So steht zu befürchten, dass am Ende allenfalls die Flucht der Vollbeitragszahler aus den Gewerkschaften und die Flucht der Arbeitgeber aus der inländischen Beschäftigung zu einer Korrektur der Machtverhältnisse führt. Anders gewendet: Wie viele Millionen Arbeitslose müssen es werden, bis das »pathologische« Lernen, also das Lernen durch Schmerz, Wirkung zeigt?

17 *Henssler*, Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 1 ff.

18 BAG 18.2.2003 – 1 AZR 142/02 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 135 = AP Nr. 163 zu Art. 9 GG = NZA 2003, 866 ff.

19 Zu den Rechtsfolgen unzulässiger Arbeitskämpfe *Löwisch/Rieble*, in: Löwisch (Hrsg.), Ar-beitskampf und Schlichtungsrecht (1997), SD 170.3.1. Rn. 41 ff.

20 *Löwisch/Rieble*, in: Löwisch (Hrsg.), Arbeitskampf und Schlichtungsrecht (1997), SD 170.3.1. Rn. 42.

21 Zur Machtbegrenzung durch den (noch) bestehenden Restwettbewerb eingehend *Rieble*, Walter Eucken und die Frage nach der Arbeitsmarktordnung, Gedenkschrift Walter Eucken (2000), S. 199, 207 ff.

II. Grundsatzfrage nach »beschäftigungspolitischem Mandat«

1. Ausschließliche Staatskompetenz zur Gemeinwohlordnung

Ob die Tarifparteien ein beschäftigungspolitisches Mandat haben, ist eine zunächst akademisch anmutende und viel diskutierte Frage²². Sie ist in zweifacher Weise von grundlegendem Interesse: Wenn die Tarifparteien ein »beschäftigungspolitisches Mandat« haben, könnte dies zuerst die Tarifparteien berechtigen, in Arbeitsverträge einzugreifen, um Arbeit umzuverteilen oder sonstwie für Beschäftigung zu sorgen. Auch ein Zugriff auf die Unternehmerfreiheit fiele dann womöglich leichter. Insofern geht es also um Beschäftigungspolitik als Gegenstand der Tariftmacht – also um ein zunächst einfachrechtliches Problem des § 1 Abs. 1 TVG. Art. 9 Abs. 3 GG schwingt gleichwohl mit, weil die Grenzen der Tariftmacht und damit die Grenzen beschäftigungsregulierender Tarifnormen von den kollidierenden Verfassungsgütern mit abhängen.

Ob die Tarifparteien ein »beschäftigungspolitisches Mandat« haben, kann zweitens für die Frage maßgebend sein, ob der beschäftigungsregulierende Staatseingriff in den Tarifvertrag zulässig ist. Insofern kann man dialektisch denken. Einmal könnte das »beschäftigungspolitische Mandat« für die Tarifparteien einen gewissen Vorrang bedeuten, etwa ein Recht des ersten Zugriffes ergeben. Der Staat dürfte womöglich nur subsidiär tätig werden. Vor allem aber könnte das beschäftigungspolitische Mandat bedeuten, dass die Tarifparteien eine korrespondierende beschäftigungspolitische Verantwortung tragen. Meiner Auffassung nach wäre der Staatseingriff in den Tarifvertrag dann sogar leichter zu rechtfertigen – weil dem Tarifvertrag insofern beschäftigungspolitisches Versagen vorgehalten werden kann: Gemeinwohlfunktion bedingt Gemeinwohlverantwortung.

Indes: Den Tarifvertragsparteien kommt von vornherein keine Gemeinwohlkompetenz zu: Zu bestimmen, was der Gesamtheit des Staatsvolkes frommt, ist dem hierzu demokratisch allein legitimierten Staat vorbehalten²³. Jedes Sondermitwirkungsrecht

22 Rieble, Beschäftigungspolitik durch Tarifvertrag, ZTR 1993, 54; Picker, Tariftmacht und tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik, ZfA 1998, 573 ff.; ders., Die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip?, ZfA 1986, 199, 229 ff.; Hanau/Thüsing, Tarifverträge zur Beschäftigungssicherung, ZTR 2001, 1 (Teil 1), 49 (Teil 2); Zachert, Beschäftigungssicherung durch Tarifvertrag als Prüfstein für Umfang und Grenzen der Tarifautonomie, DB 2001, 1198, 1199; Dieterich (Fn. 12), RdA 2002, 10; Wolter, Standortsicherung, Beschäftigungssicherung, Unternehmensautonomie, Tarifautonomie, RdA 2002, 218 ff.; Zöllner, Die Zulässigkeit einzelvertraglicher Verlängerungen der tariflichen Lebensarbeitszeit, DB 1989, 2121, 2122; Kempen, Die beschäftigungspolitische Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien, 1. FS Hanau (1999), S. 529 ff.; Däubler, Der Arbeitsvertrag – ein Mittel zur Verlängerung der Wochenarbeitszeit?, DB 1989, 2534, 2535 f.; Richardi, Arbeitszeitverlängerung nach der Tarifvertragsregelung in der Metallindustrie, DB 1990, 1613, 1615; Reuter, RdA 1994, 152, 156; Waltermann, Beschäftigungspolitik durch Tarifvertrag, NZA 1991, 754, 755 ff.

23 So auch Picker (Fn. 22), ZfA 1986, 230; insbesondere gegen Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem (1971), S. 221, und Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeits-

der Verbände läuft letztlich auf einen undemokratischen, mithin verfassungswidrigen »Reichswirtschaftsrat« nach dem Vorbild der WRV hinaus, der den Koalitionen ein Sonderverwaltungsrecht und ihren Mitgliedern ein Sonderstimmrecht einräumt²⁴.

Die Tarifparteien haben also kein Recht zu »halb- oder quasistaatlicher« Arbeitsmarktpolitik. Das Demokratieprinzip beschränkt insofern die Legitimation der Tarifparteien gegenüber den Außenseitern und den von den Drittwirkungen betroffenen Privaten²⁵. Insbesondere sind die Tarifparteien nicht zur Arbeitsmarktverwaltung in dem Sinne befugt, dass sie Arbeitsplätze zuteilen dürften oder mit ausschließlich beschäftigungspolitisch motivierten Höchstarbeitszeiten eine Arbeitsmengenverteilung vornehmen dürften. Noch schärfer: Selbst wenn die Gewerkschaften die Arbeiterklasse organisierten und die Arbeitgeberverbände die ganze Wirtschaft repräsentierten²⁶, wären sie zu einer umfassenden Arbeitsmarktpolitik nicht befugt, weil die Rentner und Hausfrauen, Kinder und Studenten sowie Arbeitslose diese Politik nicht mittrügen; die Sozialpartner sind keine Nebenlegislative des ganzen Volkes. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sind aber nicht einmal Berufsorgan, sondern Mitgliederverband²⁷. Ihre Legitimationsbasis ist privatrechtlich, also politisch gesehen schmal, zumal in Zeiten erbärmlicher Organisationsgrade von weniger als 25 %.

Tarifliche Arbeitsmarktpolitik scheitert zudem daran, dass es von vornherein nicht möglich ist, mit Tarifregeln den ganzen Arbeitsmarkt abzudecken²⁸: Schon auf Gewerkschaftsseite gibt es keine tarifliche Allzuständigkeit (wer schließt beschäftigungssichernde Tarifverträge für die Gewerkschaftsbeschäftigten), auf Arbeitgeberseite gibt es Branchen ohne Tarifverband, jedenfalls ohne Flächentarif. Die Arbeitgeberaußen-

kampfes (1968), S. 30; zust. *Bengelsdorf*, Tarifliche Arbeitszeitbestimmungen und Günstigkeitsprinzip, ZfA 1990, 563, 570 ff.; ähnlich *Junker*, Individualwille, Kollektivgewalt und Staatsintervention im Arbeitsrecht, NZA 1997, 1305 ff. Zur Gemeinwohldefinition als Kompetenzproblem zuletzt *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse (1999), S. 140 ff., sowie *Engel*, Offene Gemeinwohldefinitionen, Rechtstheorie 32 (2001), S. 23 ff.

24 Siehe *Rupp*, Konzertierte Aktion und freiheitlich-rechtsstaatliche Demokratie, in: Hoppmann (Hrsg.), Konzertierte Aktion (1971), S. 1 ff.

25 Deutlich wird das an der Legitimationsfrage der Tarifierstreckung auf Außenseiter. In den Worten des BVerfG: »Der die Außenseiter an die Tarifnorm bindende Geltungsbefehl bleibt dem Staat vorbehalten. Sowohl die Mitwirkung der Koalitionen und des diese repräsentierenden Tarifausschusses als auch die Beteiligung des Staates sind notwendig, um die Außenseiter dem Tarifvertrag zu unterwerfen.« BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 346 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG = NJW 1977, 2255 ff. = EzA § 5 TVG Nr. 5. Siehe weiter die Bergmannsversorgungsscheinentcheidung des BVerfG vom 14. 6. 1983 – 2 BvR 488/80 – BVerfGE 64, 208, 215 = AP Nr. 21 zu § 9 BergmannsVersorgScheinG NRW = NJW 1984, 1225 ff. = SAE 1984, 1 ff. mit Anm. *Scholz*.

26 So insbesondere *Wiedemann*, Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan?, RdA 1969, 321 ff.; *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit (1966), S. 36 ff.

27 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 1106, 1118 ff.

28 So schon *Zöllner* (Fn. 22), DB 1989, 2122.

seiter sind für die Gewerkschaften gleichfalls nicht effektiv flächendeckend erreichbar. Insofern ist den Tarifvertragsparteien systemimmanent jede Fähigkeit zur Arbeitsmarktpolitik abzusprechen.

Wer den Tarifvertragsparteien eine derartige (legitimationslose) Gemeinwohlkompetenz zusprechen will, muss sie notwendig auch für an das Gemeinwohl gebunden halten²⁹. Kompetenz ohne Verantwortung gibt es nicht. Dann aber sind die Tarifverträge ihrerseits auf Beschäftigungsverträglichkeit hin zu kontrollieren, insbesondere, was die Nachfragedämpfung durch Preisauftrieb betrifft. Das eine ohne das andere kann es nicht geben. So in der Tat und entschieden *Wiedemann*³⁰: Weil die Folgen des tariflichen Handelns die Allgemeinheit trafen, müsste der Tarifvertrag Rücksicht auf deren Belange nehmen. Dagegen ist nicht nur mit *Dieterich* und *Hromadka* einzuwenden, dass diese »bestechende« Idee nicht justitiabel sei³¹. Sie ist nicht einmal bestechend. Folgen für das Gemeinwohl hat jedes privatautonome Handeln, bis hin zum privaten Konsum, etwa von japanischen Autos. Eine umfassende Gemeinwohlbindung doch wenigstens für Unternehmen hat es auf dem Papier auch schon gegeben, mit § 70 Abs. 1 AktG 1937³² – und mit § 49 Abs. 1 BetrVG 1952, der beide Betriebspartner im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit auf das Gemeinwohl verpflichtete³³. Gleichwohl sind solche Gemeinwohlbindungskonzepte wenig plausibel, weil sie die alles entscheidende Kompetenzfrage nicht beantworten: Wer bestimmt, was der Allgemeinheit wohl tut³⁴?

Das ist insbesondere jenen entgegenzuhalten, die die Unternehmen als umfassend auf das Gemeinwohl (gemeint: auf Beschäftigungsoptimierung) verpflichtet sehen (Stichwort: § 2 SGB III) und meinen, gerade die Tarifparteien (gemeint: die deutschen Gewerkschaften) seien berufen, diese Beschäftigungsverpflichtung der Unternehmen zu konkretisieren. Wer anderen den Spiegel vorhält, muss darin den eigenen Anblick ertragen. Wenn es eine Verpflichtung von privaten Rechtssubjekten gäbe, bei allen eige-

29 Zur Gemeinwohlbindung insbesondere *Zöllner*, Maßregelungsverbote und sonstige tarifliche Nebenfolgenklauseln nach Arbeitskämpfen (1977), S. 46 ff.

30 *Wiedemann*, in: *Wiedemann*, TVG, 6. Aufl. (1999), Einleitung Rn. 351; ebenso im Ergebnis *Rüfner*, Zur Gemeinwohlbindung der Tarifvertragsparteien, RdA 1985, 193 ff. Vorausschauend *Löwisch*, Die Ausrichtung der tariflichen Lohnfestsetzung am gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht, RdA 1969, 129.

31 *Dieterich* (Fn. 12), RdA 2002, 10; *Hromadka*, Bündnis für Arbeit – Angriff auf die Tarifaufonomie, DB 2003, 42, 44.

32 Grundlegend *Rittner*, Zur Verantwortung des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AktG 1965, FS Geßler (1971), S. 139 ff., 145 ff.; *Wolf U. Schilling*, Shareholder Value und Aktiengesetz, BB 1997, 373, 378 f.; *Mülbner*, Shareholder Value aus rechtlicher Sicht, ZGR 1997, 129, 147 ff.

33 Dazu *Bulla*, »Vertrauensvolle Zusammenarbeit« von Arbeitgeber und Betriebsrat als Generalklausel des Betriebsverfassungsrechts, RdA 1965, 121, 124 f.; *Galperin/Siebert*, BetrVG 1952, 4. Aufl. (1963), § 49 Anm. 13.

34 Weiter *Engel* (Fn. 23), Rechtstheorie 32 (2001), S. 23 ff.

nen Entscheidungen auf Arbeitsmarkt-, also Beschäftigungsverträglichkeit zu achten, dann träfe diese Verpflichtung gerade auch die Tarifparteien. Eine umfassende staatliche Kontrolle der Tarifverträge auf Beschäftigungsverträglichkeit müsste auch mit Blick auf die jüngste Verfassungsgerichtsrechtsprechung die Konsequenz sein. Das kann niemand wollen³⁵.

Hinter diesem Gemeinwohlkonzept steht ein gescheitertes Denk- und Erklärungsmodell: Umfassend auf sozialen Nutzen verpflichtet ist der Einzelne in seinem Verhalten dann und nur dann, wenn er seine privatautonomen Rechte aus der Rechtsgemeinschaft ableitet, wie das in der Tat *von Gierke* meinte³⁶. Sind Vertragsfreiheit und Eigentum von der Rechtsgemeinschaft »verliehen«, dann stehen sie in der Tat unter dem Vorbehalt einer »inneren« Gemeinnützigkeitsverpflichtung: Gemeinnutz kommt in diesem Falle notwendig vor Eigennutz. Das ist die Idee des »überindividuellen«, eben kollektiven »Sozialrechts«, die *Sinzheimer* gelehrt in das Arbeitsrecht übertragen hat, die aber auch im Vereinsrecht bis heute nachwirkt³⁷. Manche wollen gar das Sozialrecht als Rechtsgebiet zwischen dem Zivilrecht und dem öffentlichen Recht sehen – mit der kennzeichnenden Besonderheit, dass die Freiheit des Einzelnen von den Rechts- und Moralvorstellungen der beteiligten Sozialgruppen geprägt wird³⁸. Der richtige Dualismus der *loi le chapelier* von Individuum und Staat³⁹ wird durch die Verbände als »intermediäre Mächte« mit originärer Befugnis zu einer Dreiheit ergänzt⁴⁰. Eben das ist falsch: Eine originäre – und damit notwendig legitimationslose – Kollektivautonomie kann es nicht geben⁴¹.

Für den Tarifvertrag hieße dies an sich: Insbesondere die Gewerkschaften dürften gar nicht primär Mitgliederinteressen verfolgen, sondern müssten das ihnen anvertraute Verhandlungsmandat in erster Linie gemeinwohlorientiert nutzen⁴² – und damit etwa wirtschaftspolitischen Vorstellungen folgen, wie derjenigen vom gesamtwirt-

35 Vgl. BVerfG 3. 4. 2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293 = EzA Art. 9 GG Nr. 75 = DB 2001, 1367 = AP Nr. 2 zu § 10 BUrlG Kur = EzA Art. 9 GG Nr. 75 (Anrechnung von Urlaubstagen) und BVerfG 27. 4. 1999 – 1 BvR 2203/93 und 1 BvR 897/95 – BVerfGE 100, 271 = EzA Art. 9 GG Nr. 66 = NJW 1999, 3033 = NZA 1999, 992 (Lohnabstandsklauseln).

36 Dazu mit Nachw. *Rieble* (Fn. 27), Rn. 832 ff.

37 Überblick etwa bei *Staudinger/Weick* (1995), vor § 21 Rn. 6 ff. mit Nachw.

38 Vor allem *Pawłowski*, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. (2003), Rn. 17 ff.

39 *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung (2000), S. 41 f.; *ders.*, Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, NZA 2002, 761, 762 f.

40 Insbesondere *Pawłowski* (Fn. 38), Rn. 23, der gar eine Verfassungsentscheidung hierfür sieht – und bezeichnenderweise im Gierkeschen Sinne von Rechtsgenossen spricht.

41 Insbesondere *Picker* (Fn. 39), NZA 2002, 768 ff.; auch schon *Rieble* (Fn. 27), Rn. 1128 ff. Dort auch zur *loi le chapelier*.

42 Kritisch *Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung (2000), S. 48 f.

schaftlichen Gleichgewicht⁴³. Doch geht der juristische Kunstgriff des »Sozialrechts« einen entscheidenden Schritt weiter: Es will nicht etwa den Staat als gesellschaftlichen Allverband, sondern die Verbände und mit *Sinzheimer* gerade die Tarifparteien zu *Trägern* des Gemeinwohls machen und ihnen so ein Recht zur Herrschaft über die Individuen und ihre »egoistischen« Einzelinteressen verschaffen. Der Kernsatz lautet: Das überindividuelle Sozialrecht sei gegenüber dem Privatrecht ein Rechtssystem höherer Ordnung, weil in den Verbänden das Gemeinschaftsinteresse lebt, während das Privatrecht nur den individuellen Interessen dient⁴⁴.

Diese Idee lebt in einem nicht hinterfragbaren »Urvertrauen« gegenüber den Tarifvertragsparteien fort, die letztlich notwendig unkontrolliert das Richtige tun. So meinte *Gamillscheg* einmal zu Betriebsstrukturtarifverträgen: »Die Tarifpartner werden schon nichts vereinbaren, was den Arbeitnehmern schadet, und sie haben jedenfalls einen besseren Überblick als der zufällig damit befasste Richter⁴⁵.« Gerade als Rechtfertigung der Beschäftigungspolitik durch Tarifvertrag betont *Dieterich*, dass »die *spezielle Kompetenz und Kreativität* der sach nächsten Interessenvertretung unverzichtbar« sei. Einen Beleg gibt *Dieterich* dafür nicht – weder für die Kompetenz, noch für die Kreativität. Das wird auch nicht dadurch besser, dass *Dieterich* meint, die Tarifparteien realisierten das Gemeinwohl durch antagonistisches Zusammenwirken. Sowenig der Wettbewerb auf den Gütermärkten automatisch richtige und vernünftige Ergebnisse hervorbringt, sowenig schafft dies das Gegenmachtprinzip auf dem Arbeitsmarkt. Im Gegenteil: Die ökonomischen Insider-Outsider-Theorien zeigen: Diejenigen, die Arbeit haben, verschaffen sich mit spezifischer Marktmacht Vorteile und schotten sich gegenüber den Outsidern ab⁴⁶. Auch *Dieterich* sieht und betont zunächst das unabweisbare Recht des Staates, die Tarifparteien zur Ordnung zu rufen. Freilich: am Ende soll bei ihm doch die unkontrollierte Eigenverantwortung der Tarifparteien für die »beschäftigungspolitischen Implikationen« stehen⁴⁷.

Sein *Argument der kreativen Tarifpolitik* ist fragwürdig, weil es auf Behauptung ohne Nachprüfung zielt. Mit derselben Berechtigung ließe sich die »Beschäftigungspolitik des Dritten Reiches« gutheißen, was nicht nur aus Österreich zu hören war, sondern letztlich von den Gewerkschaften mit ihrem steten Ruf nach staatlich finan-

43 Dazu *Löwisch*, Die Ausrichtung der tariflichen Lohnfestsetzung am gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht, RdA 1969, 129 ff.

44 *Von Gierke*, Genossenschaftstheorie (1887), S. 9, 10.

45 *Gamillscheg*, Tarifverträge über die Organisation der Betriebsverfassung, Sozialpartnerschaft in der Bewährung, FS K. Molitor (1988), S. 133, 143.

46 Etwa *Wagner*, Reform des Tarifvertragsrechts und Änderungen der Verhaltensweisen der Tarifpartner als Voraussetzungen für eine wirksame Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, ORDO 50 (1999), S. 143 ff. mit Nachw.; *Franz*, Arbeitsmarktökonomik, 5. Aufl. (2003), S. 290, 305 ff.

47 *Dieterich* (Fn. 12), RdA 2002, 11.

zierten Beschäftigungsprogrammen vertreten wird. Aber: Sowenig die Beschäftigungspolitik des Dritten Reiches effektiv oder sinnvoll war – wie das der Mannheimer Wirtschaftshistoriker *Christoph Buchheim* in der FAZ anschaulich schildert⁴⁸ –, sowenig ist eine effektive Beschäftigungspolitik der Tarifparteien sichtbar. Die Arbeitslosenzahlen sprechen objektiv dagegen; die permanente Kritik von Sachverständigenrat, aber auch Bundesbank nicht minder. Ist es Kompetenz und Kreativität der Beschäftigungspolitik, wenn Gewerkschaften, die aus eigener Kraft nicht mehr weiter wissen, nach dem Staat rufen – sei es als dem großen Subventionsgeber, der Fehlentwicklungen der Tarifpolitik mit Zuschüssen ausgleichen soll, sei es als Interventionist, der die Gewerkschaften vor marktkonformem Wettbewerbsdruck schützen soll (Allgemeinverbindlicherklärung⁴⁹, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Tariftreue)? *Picker* hat diese einschneidende Fehlentwicklung in mehreren Veröffentlichungen eindrucksvoll kritisch beleuchtet⁵⁰.

Schließlich braucht es jene »innere« Gemeinwohlbindung nicht. Der Staat ist befugt, das Handeln von Privatrechtssubjekten einzuschränken, um den gemeinschädlichen Gebrauch der Privatautonomie zu unterbinden. So muss die Sozialbindung des Eigentums in Art. 14 Abs. 2 GG nur deshalb erwähnt werden, weil es um die Beschränkung eines absoluten Rechtes geht. Selbstredend gibt es auch eine Sozialbindung des schuldrechtlichen Vertrages⁵¹, wie sie insbesondere durch § 138 Abs. 1 BGB aktualisiert wird. Nur muss die staatliche Rechtsordnung klar definieren, aus welchem Grund die Vertragsfreiheit im öffentlichen Interesse beschnitten wird.

Mithin sind die Tarifparteien weder Träger noch Entscheider des Gemeinwohles. Sie sind nicht befugt, mit Wirkung gegenüber Staat und Gesellschaft zu entscheiden, was gut ist und was nicht. Sie sind insbesondere nicht befugt, vermeintliche Gemeinwohlbindungen der deutschen Unternehmen zu aktualisieren und zu konkretisieren. Ihnen fehlt, wie das *Dieterich* selbst sagt, die Befugnis zu Ordnungspolitik⁵² – eben deswegen hat das BAG auch das Ordnungsprinzip aufgegeben⁵³.

48 Der Keim des Zusammenbruchs, FAZ 8.2.2003, S. 13: Die umfassende Staatskonjunktur war nicht seriös finanziert, löste Inflationsgefahren aus und behinderte Wachstumskräfte.

49 Bezeichnend jüngst *Zachert*, »Neue Kleider für Allgemeinverbindlichkeitserklärung?« (gemeint: Allgemeinverbindlicherklärung), NZA 2003, 132.

50 *Picker*, Ursprungsidee und Wandlungstendenzen des Tarifvertragswesens. Ein Lehrstück zur Privatautonomie am Beispiel Otto von Gierkes, in: Gedächtnisschrift für Knobbe-Keuk (1997), S. 879 ff.; *ders.* (Fn. 39), NZA 2002, 761 ff.; *ders.*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung (2000); *ders.* (Fn. 22), ZfA 1998, 573; *ders.*, Privatautonomie und Kollektivautonomie – Arbeitsrecht als Freiheitsproblem, in: *Picker/Rüthers* (Hrsg.), Recht und Freiheit (Richardi-Symposium [2003]), S. 25 ff.

51 Näher *Rieble* (Fn. 27), Rn. 836.

52 *Dieterich*, Tarifautonomie und Bundesverfassungsgericht, AuR 2001, 390, 391.

53 BAG zuletzt 25.7.2001 – 10 AZR 390/00 – EzA § 4 TVG Günstigkeitsprinzip Nr. 10 = NZA 2002, 56.

2. Funktionsdefizit der Tarifaufonomie in (gesamtwirtschaftlichen) Verteilungsfragen

Tarifaufonomie ist kollektive Privataufonomie. Ihre spezifische Kraft bezieht sie aus dem (ökonomischen) Gegenmachtprinzip: Der ökonomische Interessengegensatz zwischen Arbeitnehmerseite und Arbeitgeberseite soll weniger durch individuellen Wettbewerb, sondern vor allem durch kollektive Vermachtung ausgeglichen werden. Ihre spezielle »funktionale« Rechtfertigung hat diese Marktverfassung mit Blick auf die Vertragsparität: Weil und soweit sich ein Machtgleichgewicht einstellt, werden die gegensätzlichen Interessen angemessen ausgeglichen.

Das heißt aber auch: Die tarifliche Richtigkeitsgewähr greift nur bei gegensätzlichen Interessen und dann nicht, wenn es um Verteilungskonflikte auf nur einer Seite geht. Und dies betrifft die Beschäftigungspolitik dann, wenn sie die knapp gewordene Arbeit auf die Beschäftigungssuchenden zu verteilen sucht. Deswegen hat *Zöllner* gemeint, wegen der von vornherein fehlenden Richtigkeitsgewähr könne der Tarifvertrag für solche Fragen keinerlei Regelungsmacht beanspruchen⁵⁴. Das trifft in dieser Schärfe freilich deshalb nicht zu, weil sich die Tarifmacht nicht nach dem Zweck oder gar verborgen gebliebenem Motiv einer Regelung bemisst.

Dazu sagt *Dieterich*: »Wenn den Koalitionen keine branchenübergreifende Perspektive zugetraut werden könnte, wäre die Tarifaufonomie grundsätzlich verfehlt. Mit dem unterstellten Tunnelblick ließen sich nicht einmal regionale Lohn tarifverträge sinnvoll abschließen. Die Erfolgsgeschichte unseres Tarifvertragssystems widerlegt diese Sicht⁵⁵.« Nun will er damit sicher nicht der Abschaffung der Tarifaufonomie das Wort reden⁵⁶. Sein Argument kehrt sich freilich gegen die Tarifaufonomie: Was zeigt der Tarifabschluss 2003 im öffentlichen Dienst anderes als einen Tunnelblick. Und wer glaubt denn, dass die Gewerkschaften Tarifabschlüsse allen Ernstes auch im Interesse der Arbeitslosen und der Angehörigen anderer Branchen verhandelten? *Dieterich* müsste die Vereinigung Cockpit als Fleisch gewordenen Gruppenegoismus verbieten, ja überhaupt jeden Versuch von Schlüsselkräften, sich autonom zum eigenen Vorteile der Koalitionsfreiheit und Tarifaufonomie zu bedienen – wie jetzt auch noch die Bundesligaspieler⁵⁷ und die Lokomotivführer⁵⁸. Arbeitskämpfe, deren erkennbar einziger Grund die Mitglieder motivation ist, müssten als sozialschädlich verboten sein.

Wären Tarifparteien so vertrauenswürdig, dann könnte man in der Tat die Gleichbehandlungskontrolle des Tarifvertrages mit dem Vierten Senat auf eine Willkürkontrolle

54 *Zöllner* (Fn. 22), DB 1989, 2122.

55 *Dieterich* (Fn. 12), RdA 2002, 10.

56 So etwa *Monopolkommission*, 10. Hauptgutachten 1992/93: Mehr Wettbewerb auf allen Märkten (1994), Nr. 880, 933 ff.; *Möschel*, Tarifaufonomie – ein überholtes Ordnungsmodell?, WuW 1995, 704.

57 Hierzu *Pröpper*, Die Vereinigung der Vertragsspieler als Gewerkschaft, NZA 2001, 1346 ff.

58 Dazu *Rieble*, Zulässigkeit des Lokführer-»Funktionseliten«-Streiks, BB 2003, 1227.

beschränken⁵⁹. Indes will dies auch *Dieterich* nicht⁶⁰ – zu Recht. Die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ist keine Einwilligung in die tarifliche Diskriminierung. Und wenn Gewerkschaften schon unter ihren Mitgliedern zum angemessenen Ausgleich nicht in der Lage sind⁶¹, wie kann man ihnen dann Rücksicht auf Nichtmitglieder zutrauen⁶², namentlich auf die Arbeitslosen, die selbst als Gewerkschaftsmitglied uninteressant sind, weil sie keinen Vollbeitrag zahlen. Am Tunnelblick leiden Gewerkschaften auch, wenn sie jede Veränderung im Sozialstaat abwehren wollen, jede Kürzung als Eingriff in den unantastbaren sozialen Besitzstand (Unterfall der Menschenwürde) abwehren und überall nur noch »Umverteilung von unten nach oben« sehen. Dass die harmlosen jetzigen Reformpläne als »schmerzhaftester Sozialabbau seit 1945« apostrophiert werden⁶³, belegt eine erhebliche Wahrnehmungsstörung. Dabei ist die Massenarbeitslosigkeit der eigentliche Sozialabbau – eine Umverteilung von ganz unten nach oben: Unqualifizierte und minderbegabte Menschen können in Deutschland keine Arbeit mehr finden, weil die unteren Lohngruppen wegrationalisiert sind. Dies geschieht im Kollektivinteresse der (gewerkschaftlich gut organisierten) Arbeitnehmer-Mittelschicht, die sichere Arbeitsplätze und Wohlstand auf Kosten der »ehernen Lohnreserve« begehrt.

In Wahrheit nimmt *Dieterich* in seinem DGB-Gutachten einen argumentativ raffinierten Schachzug vor: Im ersten Schritt wird behauptet, dass die Tarifaufonomie gut und sinnvoll sein müsse, andernfalls abzuschaffen sei – wer mag da widersprechen. Im zweiten Schritt sagt er dann, dass man (leider) wegen des Verbotes der Tarifzensur nicht feststellen könne, wenn die Tarifaufonomie im Einzelfall nicht so funktioniere, wie sie solle. Die »beschäftigungspolitischen Implikationen« seien »von ihnen allein« zu verantworten⁶⁴ – notwendig unkontrolliert. Nach dieser »Dieterichschen Rosinentheorie« haben die Tarifvertragsparteien ein beschäftigungspolitisches Mandat, unterliegen einer allenfalls theoretischen Bindung und – vor allem – keiner Kontrolle. Das heißt: Rechte ohne Pflichten und Freiheit ohne Verantwortung. Tarifparteien und Tarifaufonomie sind sakrosankt; man muss zur Vervollständigung dieser Rechtsidee

59 BAG 30. 8. 2000 – 4 AZR 563/99 – AP Nr. 25 zu § 4 TVG Geltungsbereich = EzA Art. 9 GG Nr. 74 = SAE 2001, 289 mit instruktiver Anm. *Löwisch*; hierzu auch *Rieble*, Anm. zu BAG 29. 8. 2001 – 4 AZR 352/00, SAE 2003, 11, 13 ff.

60 *Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, FS Schaub (1998), S. 117 ff.; *ders.*, Anm. zu BAG 4. 4. 2000 – 3 AZR 729/98 – RdA 2001, 112, 117.

61 Mit dieser Erwägung wird gar die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages in Zweifel gezogen; hierzu auch *Wiedemann*, in: *Wiedemann*, TVG, 6. Aufl. (1999), Einleitung Rn. 225 m. w. N.

62 Zu den Interessenkonflikten auch *Reuter*, Zulässigkeit und Grenzen tarifvertraglicher Besetzungsregelungen, ZfA 1978, 1, 22 f.; *Blomeyer*, Besitzstandswahrung durch Tarifvertrag, ZfA 1980, 1, 22; *Singer*, Tarifvertragliche Normenkontrolle am Maßstab der Grundrechte, ZfA 1995, 611, 627; *A. Wiedemann*, Die Bindung der Tarifnormen an Grundrechte (1994), S. 117 ff.

63 FAZ 2. 4. 2003, S. 1.

64 *Dieterich* (Fn. 12), RdA 2002, 10 f.

nur noch die Kritik an ihnen entsprechend § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG als Behinderung der Koalitionsarbeit unter Strafe stellen, oder doch jedenfalls unter einen Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB.

Für unsere Zwecke bleibt folgendes Fazit: Die Tarifparteien können sich, wenn sie Beschäftigungspolitik betreiben wollen, nicht auf ein den ganzen Arbeitsmarkt umfassendes »beschäftigungspolitisches Mandat« berufen⁶⁵. Schon verfassungsrechtlich fehlt ihnen hierfür jede Legitimation. Mit Recht sieht das einfache TVG in § 1 Abs. 1 mithin keine überbetrieblichen Normen vor.

Für unser Thema heißt die konkrete Schlussfolgerung: Weder dürfen die Tarifparteien zum Zwecke der Arbeitsmarktpolitik in Arbeitsverträge eingreifen, noch sind sie berufen, Unternehmen im gesamtwirtschaftlichen Beschäftigungsinteresse in die Pflicht zu nehmen, noch kommt ihnen eine irgendeartete Regelungsprärogative gegenüber dem Staat zu. Damit korrespondiert dann aber auch, dass die Tarifparteien keine gesteigerte Beschäftigungsverantwortung, keine spezielle »Gemeinwohlbindung« trifft.

III. Beschäftigungssicherung durch Tarifvertrag

1. Vom betrieblichen »Bündnis für Arbeit« zum Beschäftigungssicherungstarifvertrag

Die Burda-Entscheidung des BAG⁶⁶ hat den Betriebspartnern den Eingriff in den laufenden Tarifvertrag zu Zwecken der Beschäftigungssicherung bekanntermaßen verwehrt – sowohl durch Betriebsvereinbarung, die am Tarifvorbehalt (§ 77 Abs. 3 BetrVG) ebenso scheitert wie am Tarifvorrang, als auch durch eine individualvertraglich umzusetzende Regelungsabrede, weil diese mit der spezifischen Tarifbruch-Unterlassungsklage à la Burda unterbunden werden kann. Der neue § 92a BetrVG mit seinem Beschäftigungssicherungsvorschlagsrecht ändert hieran nichts zugunsten der Betriebsverfassung⁶⁷. Der den Betriebspartnern bleibende Spielraum ist klar definiert: Zur Beschäftigungssicherung kann der Betriebsrat mit der in § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nach – dogmatisch fragwürdiger⁶⁸ – herrschender Meinung verbundenen Kurzarbeitsermächtigung auch in die tariflich vorgesehene Arbeitszeit eingreifen und so das Entgelt senken.

Ansonsten sind die Betriebsparteien dort, wo es Flächentarifverträge »üblicherweise« gibt (also nicht: bei Gewerkschaftsverwaltungen oder EDV-Dienstleistungen), wegen § 77 Abs. 3 BetrVG auf eine tarifliche Öffnungsklausel angewiesen. Diese

65 Dazu auch *Löwisch*, Tarifliche Kompensation versicherungsmathematischer Rentenabschläge, BB 2000, 821, 824.

66 BAG 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98 – (Fn. 11).

67 Anders *Hänlein*, Frischer Wind für betriebliche »Bündnisse für Arbeit«, DB 2001, 2097 f.

68 Dazu *Heinze*, Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit, RdA 1998, 14.

kann auch – wie die Parallelentscheidung zu Burda⁶⁹ zeigt – zeitgleich und rückwirkend erfolgen. Praktisch geworden ist das in einem Fall des LAG Hamm⁷⁰: Dort hatte eine nachträgliche Öffnungsklausel im Haustarif ein betriebliches Bündnis für Arbeit geheilt – und so nachträglich und rückwirkend die Vergütung für Mehrarbeit genommen. Die bislang ungelöste Frage lautet: Kann der Haustarifvertrag eine Öffnungsklausel zu Lasten des Verbandstarifvertrages normieren? Ich meine – entgegen dem BAG – ja: wenn der Haustarifvertrag von derselben Gewerkschaft stammt wie der Flächentarif.

Möglich bleibt schließlich stets das »Bündnis durch Rechtsbruch«. Die Tarifbruch-Unterlassungsklage ist nicht effektiv, weil die Gewerkschaft die eigenen Mitglieder benennen muss. Der Osten Deutschlands derogiert die Geltungskraft des Tarifvertrages in der Fläche. Freilich sind hier sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen mit Blick auf das Entstehungsprinzip und § 266a StGB zu beachten.

Die Burda-Entscheidung hat den Blick darauf gelenkt, dass die Verantwortung für Beschäftigungssicherung in tarifgebundenen Unternehmen zuerst bei den Tarifparteien liegt. »Sanierungstarifvertrag«, »Konsolidierungstarifvertrag«, »Standortsicherungstarifvertrag« lauten die Stichworte, nicht erst seit Holzmann. Seit dem Jahr 2000 sind eine Reihe von Tarifverträgen zur Beschäftigungssicherung arbeitsgerichtlich geprüft worden: Soweit ersichtlich, hat das BAG alle Tarifverträge passieren lassen – gleichwohl sind Reichweite und Grenzen des Beschäftigungssicherungstarifvertrages nicht ausgelotet.

2. Die neuen Entscheidungen im Überblick

Das BAG hatte es in einer Mehrzahl von Fällen mit beschäftigungssichernden Tarifverträgen zu tun, teils in Unternehmen, teils im öffentlichen Dienst.

So hat die vormalige ÖTV für ein Bildungszentrum in Berlin zur »sozialverträglichen Gestaltung personalwirtschaftlicher Angelegenheiten« die in einem Manteltarifvertrag festgelegte *wöchentliche Arbeitszeit* durch Haustarifvertrag für einen Zeitraum von immerhin drei Jahren *von 38,5 auf 30,5 Stunden gesenkt* und einen *Teillohnanspruch* zwischen 20 und 40 Prozent festgeschrieben. Flankiert wurde diese Regelung durch eine mäßige Verstärkung des allgemeinen Kündigungsschutzes bei betriebsbedingten Kündigungen. Der Vierte Senat des BAG hat den Sanierungstarifvertrag in einer Leitentscheidung vom 25. 10. 2000 gehalten⁷¹. Jedenfalls eine »vorübergehende« Kürzung der Arbeitszeit – Tarif-Kurzarbeit – könne zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen eingeführt werden. Der Sanierungshaustarifvertrag enthalte auch keine

69 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.

70 LAG Hamm 9. 3. 2000 – 8 Sa 1995/99 – NZA-RR 2001, 42.

71 BAG 25. 10. 2000 – 4 AZR 438/99 – NZA 2001, 328 = EzA § 1 TVG Arbeitszeit Nr. 1 = AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Internationaler Bund mit Anm. Kort.

mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG unzulässige Höchstarbeitszeitregelung. Weil zugleich ein Teillohnausgleich und ein verstärkter Bestandsschutz gewährt werde, sei insoweit das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung angesprochen. Dies falle in die Regelungszuständigkeit der Tarifvertragsparteien. Ob allerdings die gewährte »Gegenleistung« auch ausreichend sei, habe das Gericht nicht zu entscheiden. Das wäre eine Tarifzensur.

Mit dieser Entscheidung hat der Vierte Senat – das darf ich vorwegnehmen – vorbereitet, was sein Vorsitzender nunmehr geäußert hat: Dass nämlich Beschäftigungssicherung gegen einen Nachlass bei den Arbeitsbedingungen verhandelbar ist⁷². Freilich hatte jener Fall entgegen *Kort* mit dem Günstigkeitsprinzip und dem Günstigkeitsvergleich zunächst einmal nichts zu tun: Denn der Tarifvertrag hat weder auf ein arbeitsvertragliches (übertarifliches) Entgelt zugegriffen, noch etwa eine arbeitsvertraglich ausdrücklich garantierte Mindestarbeitszeit und das damit verbundene Mindestentgelt geschmälert⁷³. Auch regelt der Tarifvertrag keine arbeitsvertragsfeste Höchstarbeitszeit. Das kann er in Krisenzeiten sowenig wie sonst.

Auch einfachrechtlich hat der Senat keine Bedenken gegen den Sanierungstarifvertrag. Insbesondere kündigungsschutzrechtliche Normen seien nicht verletzt. Das Kündigungsschutzgesetz schütze nicht vor Änderungen der Arbeitsbedingungen durch die Tarifvertragsparteien. Es schütze den Arbeitnehmer nur vor einseitig vom Arbeitgeber verfügten Änderungen.

Eine zweite Entscheidung vom 7.11.2000 stammt vom *Ersten Senat*⁷⁴: IG Metall, Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbarten in einem dreiseitigen »Konsolidierungsvertrag« einen »flexibilisierten Verzicht« auf einmalig $\frac{2}{3}$ eines Monatsgehaltes. Die Verichtsregelung war variabel, also von mehreren Bedingungen abhängig. So würde bei einem Krankenstand von unter 4 % im Geschäftsjahr der Lohnverzicht um $\frac{1}{3}$ reduziert. Der »Verzicht« als solcher bereitete dem BAG kein Kopfzerbrechen. Allein die Rechtsqualität des Papiers als Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag beschäftigte den Ersten Senat, denn der Konsolidierungsvertrag war immerhin von drei Seiten unterschrieben – Arbeitgeber, Gewerkschaft und Betriebsrat. Das BAG entschied sich für die Qualifikation als Tarifvertrag, schon weil eine Betriebsvereinbarung an § 77 Abs. 3 BetrVG gescheitert wäre⁷⁵. Ob aber die Tarifvertragsparteien überhaupt das Monatsentgelt – wenn auch einmalig – um $\frac{2}{3}$ kürzen dürfen, war dem BAG keine Erörterung wert.

72 Insofern bemängelt *Kort*, a. a. O., mit Recht, dass das Urteil die Frage eher verschleiert denn benennt.

73 So aber *Kort*, Anm. AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Internationaler Bund, Bl. 12.

74 BAG 7. 11. 2000 – 1 AZR 175/00 – NZA 2001, 727 = EzA § 1 TVG Nr. 43 = AP Nr. 14 zu § 77 BetrVG 1972, Tarifvorbehalt.

75 Denkbar wäre auch, in dem Tarifvertrag eine Öffnungsklausel zugunsten einer Betriebsvereinbarung zu sehen.

Auch die dritte Entscheidung vom 24.1.2001 wiederum des Vierten Senates betraf einen *Haustarifvertrag der IG Metall mit einem notleidenden verbandstarifgebundenen Unternehmen*⁷⁶. Abweichend von den jeweiligen Flächentarifverträgen sollte eine zusätzliche Urlaubsvergütung und ein Teil des 13. Monatseinkommens für jeweils 3 bzw. 4 Jahre in Folge nicht ausgezahlt werden – jedenfalls solange, bis ein bestimmter Gewinn durch das Unternehmen nicht erzielt würde. Auch dies hat das BAG ohne Bedenken gehalten. Zutreffend hat es in dieser Entscheidung allerdings zwei einfachrechtliche Einwände verworfen: Der verschlechternde Sanierungs-Haustarifvertrag mit derselben Gewerkschaft setze sich gegenüber dem Verbandstarif als speziellere Regelung stets durch; auf § 4 Abs. 3 TVG kommt es nicht an. Dementsprechend zieht auch das Verzichtsverbot des § 4 Abs. 4 TVG keine Grenze.

Der Sechste Senat hatte es am 28.6.2001 mit einem Beschäftigungssicherungstarif für die Schulen Sachsen-Anhalts und damit mit klagefreudigen Lehrern zu tun⁷⁷. Die Arbeitszeit der Lehrkräfte an Grundschulen wurde auf 81 Prozent, die der Lehrkräfte an den übrigen allgemeinbildenden Schulen auf 87 Prozent herabgesetzt. Das Entgelt wurde entsprechend gekürzt. Im Gegenzug hatte das Land auf betriebsbedingte Kündigungen verzichtet. Der Sechste Senat hatte hiergegen keine Bedenken und berief sich zunächst auf die bereits vorgestellte Entscheidung des Vierten Senats vom 25.10.2000: Weil der Tarifvertrag selbst die Arbeitszeit herabsetze und das Entgelt festlege, liege ein Verstoß gegen kündigungsschutzrechtliche Vorschriften nicht vor. Ausdrücklich bejahte der Sechste Senat ein beschäftigungspolitisches Mandat der Tarifpartner – jedenfalls insoweit, als es um die Beschäftigungssicherung der schon dem Tarifvertrag unterfallenden Arbeitnehmer ginge.

Auch ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG sei nicht gegeben. Zwar werde die Arbeitszeit und damit der Verdienst der Arbeitnehmer insgesamt abgesenkt. Darin liege aber noch kein Verstoß gegen deren Berufsfreiheit, auch wenn das Kündigungsverbot sich nur für die Arbeitnehmer positiv auswirke, die überhaupt von einer Kündigung betroffen gewesen wären. Dass den anderen nur Nachteile entstehen, sei verhältnismäßig.

Wiederum der Vierte Senat hat am 1.8.2001 einen von der ÖTV geschlossenen Haustarifvertrag zur Beschäftigungssicherung für wirksam erachtet, der den Arbeitgeber – unter einem Zustimmungsvorbehalt – ermächtigte, die Arbeitszeit befristet auf bis zu 32 Stunden wöchentlich herabzusetzen – bei nur partiellem Lohnausgleich und Kündigungsverbot für die von der Arbeitszeitverkürzung betroffenen Arbeit-

76 BAG 24.1.2001 – 4 AZR 655/99 – NZA 2001, 788 = EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 14 = AP Nr. 173 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie.

77 BAG 28.6.2001 – 6 AZR 114/00 – EzA § 4 TVG Beschäftigungssicherung Nr. 7 = DB 2002, 274 = NZA 2002, 331 = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Arbeitszeit.

nehmer⁷⁸. Das Problem des Falles sah der Vierte Senat in erster Linie in der fehlenden Tarifbindung der klagenden Arbeitnehmerin. Während die Vorinstanz noch ernstlich eine Betriebsnorm annahm und so über die fehlende Tarifbindung der Arbeitnehmerin hinwegkam, lehnte das BAG eine solche Qualifikation ab, weil eine Betriebsnorm jedenfalls eine eigenständige normative Regelung enthalten müsse. Da die streitige Tarifnorm aber nur eine Ermächtigung enthalte, könne sie keine Betriebsnorm sein. Allerdings hält es der Vierte Senat obiter für möglich, dass Firmentarifverträge zur Beschäftigungssicherung Betriebsnormen darstellen können.

Die jüngste mir berichtenswert erscheinende Entscheidung vom 14. 11. 2001 stammt vom Zehnten Senat⁷⁹: Das 13. Monatseinkommen des Verbandstarifes wurde durch den streitigen Sanierungshaustarifvertrag für ein existenzbedrohtes Unternehmen pauschal auf 1000 DM reduziert. Auch der Zehnte Senat des BAG hält dies für zulässig und erörtert nur Vertrauensschutzprobleme der Rückwirkung sowie die Frage, inwiefern das Weihnachtsgeld schon anteilig erdient und damit eingriffsfest sein kann.

3. Sachliche Reichweite und Grenzen der Tariftmacht als systematische Fragen

Welche Beschäftigungssicherungsregelungen von Tarifvertragsparteien normativ getroffen werden können, löst eine weitreichende Diskussion aus, die in der Vergangenheit vor allem um die Unternehmerfreiheit kreiste und jetzt die von Entgelt- und Arbeitszeitkürzungen bedrohten Arbeitnehmer und ihre Arbeitsvertragsfreiheit in den Blick nimmt. Insofern geht es dann immer gleich um die vorgelagerte dogmatische Frage der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien und mithin um verfassungsrechtliche Nebelkerzen.

Dabei bleibt unberücksichtigt, dass sich jede *Beschäftigungsregulierung* durch normativen Tarifvertrag zuerst einmal als Rechtsnorm im Sinne des § 1 Abs. 1 TVG darstellen muss, also entweder als Individualnorm oder als Betriebsnorm. Beschäftigungssicherung zugunsten der im Unternehmen schon beschäftigten Arbeitnehmer lässt sich damit machen. Beschäftigungsförderung zugunsten Arbeitsloser dagegen ist vom Gegenstand her notwendig branchenbezogen und überbetrieblich. Normen über überbetriebliche Regelungsgegenstände sieht das TVG aber nicht vor⁸⁰.

4. Tariflicher Zugriff auf den Beschäftigungsstand (Regelung der Arbeitsnachfrage)

a) Standortentscheidungen und Standortsicherungstarifverträge

Wiewohl es vielfach Standortzusagen und -verträge gibt, sind sie am Ende ökonomisch allesamt unverbindlich: Kein Unternehmen kann einen bestimmten Standort garantie-

78 BAG 1. 8. 2001 – 4 AZR 388/99 – EZA § 1 TVG Betriebsnorm Nr. 2 = AP Nr. 5 zu § 3 TVG Betriebsnormen = DB 2001, 2609.

79 BAG 14. 11. 2001 – 10 AZR 698/00 – EZA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 16 = NZA 2002, 1056.

80 Dazu näher *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 114.

ren, unrentable Investitionen zusagen oder sich auf Dauer zur (Quer-)Subvention unrentabler Einheiten verpflichten oder gar einen kollektiv maßgeblichen Mindestbeschäftigungsstand versprechen. Am Ende jeder Argumentation steht der Insolvenzverwalter und sein Verwertungsrecht im Gläubigerinteresse. Jede unrentable Standortregelung erhöht die Arbeitskosten und gefährdet den Standort zusätzlich.

Geht man der Frage tarifrechtlich nach, so ist der Bestand einer unternehmerischen Einheit zunächst allenfalls schuldrechtlich regelbar: Die Entscheidung über die Stilllegung oder Einschränkung von Unternehmen, Betrieben, Betriebsteilen ist gegenständig weder eine Frage des Einzelarbeitsverhältnisses noch eine Frage des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebes. Es handelt sich um eine Frage der Unternehmenspolitik. Unternehmerische Entscheidungen sind nicht Gegenstand der normativen Tariftmacht des § 1 Abs. 1 TVG.

Insbesondere lässt sich auch kein Umweg über §§ 111 ff. BetrVG i. V. m. den Betriebsnormen der §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG gehen. Nur scheinbar lässt es sich hören, in der Verpflichtung zur Unterlassung einer Betriebsänderung (Betriebseinschränkung) eine betriebliche Frage sehen zu wollen, die deswegen tariflich regelbar sein soll. Umgekehrt respektieren die §§ 111 ff. BetrVG, dass die Entscheidung über die Betriebsänderung als solche keine betriebliche, sondern eine unternehmerische Entscheidung ist. Diese ist keiner Mitbestimmung unterworfen, sondern nur der Mitberatung.

Was tariflich-normativ geregelt ist, sagt § 1 Abs. 1 TVG abschließend. Die These, aus Art. 9 Abs. 3 GG folge die »prinzipielle tarifliche Regelbarkeit aller Arbeitsbedingungen«, ist verfassungsrechtlich nicht haltbar, weil die Tarifautonomie als kollektive Koalitionsbetätigungsfreiheit ausgestaltungsbefähigt ist. Tarifvertragsparteien haben kein Grundrecht auf »maximale« Tarifrechtsausstattung. Das gilt gerade für die Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie.

Der strategische Denker erwäge womöglich den Umweg über die betriebliche Mitbestimmung – ein bisschen an den Rüthers-Leber-Kompromiss denkend: Was der Tarifvertrag nicht selbst regeln kann, dafür ordnet er die Mitbestimmung an. Also: Warum nicht eine zweifelsfrei betriebsverfassungsrechtliche Norm, die die §§ 111 ff. BetrVG – mit Seitenblick auch auf den neuen § 92a BetrVG – zur erzwingbaren Mitbestimmung erhebt, ja den Betriebsrat (mit Initiativrecht) befähigt, Standortsicherungsbetriebsvereinbarungen zu erzwingen.

Zu diskutierendes Leitbild kann etwa der in der FAZ mitgeteilte Standortsicherungsvertrag des Automobilherstellers Allgaier mit seinem Betriebsrat sein⁸¹. Seine Eckpunkte: Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen bis Ende 2007 (also für fünf Jahre) – Ausbildung von jährlich mindestens 25 Lehrlingen nebst Übernahme in unbefristete Arbeitsverhältnisse – Investitionsvolumen von 50 Mio. Euro und dafür im Gegenzug weitreichende Arbeitszeitflexibilisierung (Samstagsarbeit möglich, Verdoppelung des Arbeitszeitkontenausgleichszeitraums auf zwei Jahre).

81 FAZ 3. 3. 2003, S. 16.

Die abstrakte Tarifmacht hierfür lässt sich – bis auf das Investitionsversprechen – nicht bestreiten. Doch verbietet richtigerweise die Unternehmerfreiheit den auch nur mittelbaren Zugriff auf solche unternehmerischen Entscheidungen, die – wie Standortentscheidungen – den Kern der Unternehmerfreiheit ausmachen. Das hat insbesondere das LAG Hamm klar anerkannt, indem es den Streik um einen Standortsicherungstarif (Inhalt: Nichtverlagerung der Produktion) wegen der fehlenden tariflichen Regelbarkeit für rechtswidrig gehalten hat⁸². Aus demselben Grunde kann der Tarifvertrag den Arbeitgeber nicht normativ zwingen, eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft zu errichten oder eine unternehmens- oder konzerninterne Arbeitsvermittlung zu betreiben (»Job Center«). Das in der Tat macht den ersten Unterschied zum schuldrechtlichen Standortsicherungstarifvertrag: Letzterer kann nie durch Arbeitskampf erzwungen werden, weil der Arbeitskampf nur um normative Tarifregelungen geführt werden darf.

b) Zugriff auf Veräußerungsentscheidungen des Arbeitgebers

Gelegentlich will die Gewerkschaft Einfluss darauf nehmen, ob und an wen ein Unternehmen veräußert wird. Beim Anteilsverkauf ist klar: Der Anteilseigner ist als solcher nicht Arbeitgeber und schon deshalb nicht Ansprechpartner der Gewerkschaft. Einen Konzerntarifvertrag der Mutter über die Arbeitsbedingungen der Töchter gibt es nicht. Aber auch die Frage, an wen, zu welchem Preis und zu welchen sonstigen schuldvertraglichen Bedingungen (gewerkschaftlich meist gewünscht: Festschreibung von günstigen Arbeitsbedingungen im Veräußerungsvertrag) ein Betrieb oder Unternehmen als Sachgesamtheit veräußert wird, ist keine betriebliche Frage i. S. v. § 1 Abs. 1 TVG, sondern eine Frage der Unternehmenspolitik, mithin tariflich nicht regelbar. Der Gewerkschaft bleibt nur, gegenüber dem Erwerber Tarifforderungen zu stellen und durchzusetzen.

c) Individuelle Unkündbarkeit

Beschäftigungssicherung kann immer über individuelle Unkündbarkeit erfolgen. Zur Beschäftigung zwingen kann man Arbeitgeber so freilich nicht. Denn die tariflich nicht ausschließbare außerordentliche Kündigung übernimmt dann die Funktion der ordentlichen Kündigung – qua sogenannter Orlando-Kündigung⁸³. Dahinter steht die Erkenntnis, dass kein Arbeitgeber über die Unkündbarkeit gezwungen werden kann, Arbeitnehmer auf Dauer zu beschäftigen, für die er nach seiner unternehmerischen Entscheidung keine Verwendung hat. Dabei ist zwar noch nicht exakt vermessen, in-

82 LAG Hamm 31.5.2000 – 18 Sa 858/00 – NZA-RR 2000, 535; hiergegen *Wolter*, Standortsicherung, Beschäftigungssicherung, Unternehmensautonomie, Tarifautonomie, RdA 2002, 218 ff.

83 BAG 5.2.1998 – 2 AZR 227/97 – EzA § 626 BGB Unkündbarkeit Nr. 2 mit instruktiver Anm. *Walker* = AP Nr. 143 zu § 626 BGB = NZA 1998, 771; *Bröhl*, Die Orlando-Kündigung – Zwischenwort zur außerordentlichen ordentlichen Kündigung tariflich unkündbarer Arbeitnehmer, FS Schaub (1998), S. 55 ff.

wieweit die Maßstäbe der betriebsbedingten Kündigung verschärft werden⁸⁴. Doch bleibt in der Praxis stets die Drohung mit der Insolvenz und ihrem Sonderkündigungsrecht auch gegenüber tariflich Unkündbaren.

Ebenfalls noch nicht klar entschieden ist die Frage, welche Grenzen verlängerten Kündigungsfristen zu ziehen sind. Ab einer bestimmten Länge – meines Erachtens irgendwo zwischen ein und zwei Jahren – schlägt die Kündigungsfristenregelung in eine Quasi-Unkündbarkeit um⁸⁵.

5. Verteilung der knappen Arbeit

a) Vergabe von Arbeitsplätzen durch Besetzungsregeln

Wie jeder weiß, hat das BAG die Verteilung von Arbeitsplätzen nach den Besetzungsregeln der Druckindustrie gebilligt – aber nur weil sie befristet waren. Mit solchen Vorrangregeln als Einstellungsnormen soll bestimmten Arbeitskräften auf Kosten anderer ein Arbeitsplatz verschafft werden⁸⁶. Ich halte das nach wie vor für keinen tauglichen Gegenstand des Tarifvertrages und hilfsweise für einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG: Hier werden Arbeitnehmer ungeachtet ihrer individuellen Fähigkeiten von Arbeitsplätzen ferngehalten, nur damit andere Arbeitnehmer aus sozialen Gründen einen Arbeitsplatz erhalten. Für eine solche Arbeitsmarktregel fehlt den Tarifparteien die Legitimation gegenüber den so Ausgesperrten. Das ist in Wahrheit die auch von *Dieterich* geschmähte Ordnungspolitik⁸⁷ – in berufsständischem Gewand. Praktisch werden deshalb Besetzungsregeln heute kaum mehr. Die IG Medien ist in Schwäche vergangen; die Gewerkschaften streben solche Regelungen kaum mehr an. Sie führen auch nur zur Erhöhung der Personalkosten und damit zu noch höherer Arbeitslosigkeit. Solange um die Republik kein Arbeitsmarktschutzwall gezogen ist, der die Unternehmer an der Flucht hindert, solange werden auf eine Zentralverwaltungswirtschaft zielende Konzepte keinen Erfolg haben.

Einzige Ausnahme bleiben die tariflichen Pflichten zur Übernahme von Auszubildenden, die zumindest einen Einstellungsvorrang auf freie Arbeitsplätze bedeuten⁸⁸.

84 Sehr weitgehend BAG 13.6.2002 – 2 AZR 391/01 – AP Nr. 97 zu § 615 = EzA § 15 n. F. KSchG Nr. 55 = NZA 2003, 44, wonach nur das völlig sinnentleerte Arbeitsverhältnis ohne Umschulungsmöglichkeit über § 626 BGB beendet werden kann. Entlarvend ist der zweite Orientierungssatz: Dem Arbeitgeber solle nur Unmögliches oder evident Unzumutbares erspart bleiben; also soll Unzumutbares unterhalb der Evidenzschwelle zugemutet werden.

85 Zu den Kündigungsbeschränkungen auch *Hanau/Thüsing*, Tarifverträge zur Beschäftigungssicherung (Teil II, Ziff. 6 und 7), ZTR 2001, 49, 49 ff.

86 BAG 26.4.1990 – 1 ABR 84/87 – EzA § 4 TVG Druckindustrie Nr. 20 = AP Nr. 57 zu Art. 9 GG; 22.1.1991 – 1 ABR 19/90 – EzA § 4 TVG Druckindustrie Nr. 22 = AP Nr. 67 zu Art. 12 GG.

87 *Dieterich* (Fn. 52), AuR 2001, 391.

88 Siehe zu tariflichen Übernahmeverpflichtungen BAG 17.6.1998 – 7 AZR 443/97 – EzA § 611 BGB Einstellungsanspruch Nr. 13 = AP Nr. 158 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie =

Mir ist aus der Praxis sogar ein Fall bekannt, in dem der Arbeitgeber sich verpflichtet hat, befristet Beschäftigte nicht zu übernehmen, wenn das für die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden erforderlich wird. An diesem Fall wird die fehlende Richtigkeitsgewähr solcher Vereinbarungen besonders deutlich: Die Gewerkschaft wollte die Übernahme der Auszubildenden, weil sie bei diesen über einen sehr hohen Organisationsgrad verfügt (die Ausbilder sind Gewerkschaftsmitglieder). Die soziale Schutzbedürftigkeit von befristet Beschäftigten mit Ehegatten und Kindern und typischerweise geringem Organisationsgrad wird vom Arbeitgeber nicht verteidigt. Auch hier zeigt sich: Gleichbehandlung und Verteilungsgerechtigkeit gehören nicht zu den Stärken gruppenegoistischer Tarifpolitik.

- b) Echte Arbeitszeitminderung durch beschäftigungspolitische Höchstarbeitszeiten sowie Arbeitszeitverkürzung ohne Lohnausgleich (»tarifliche Kurzarbeit«)

Eine vergleichbar harte Wirkung haben echte beschäftigungspolitisch induzierte Arbeitszeitminderungen: Sie wollen die knappe Arbeit »gerecht« verteilen, sodass es allen möglichst gleich schlecht geht. Die 28,8-Stunden-Woche bei VW ist in guter Erinnerung: Dort hat der Tarifvertrag schlicht die Arbeitszeit – praktisch ohne Lohnausgleich – herabgesetzt, um dem Arbeitgeber ein atmendes Reagieren auf die schwankende Arbeitsnachfrage zu ermöglichen.

Die entscheidende erste Frage lautet: Kann der Tarifvertrag überhaupt die Arbeitszeit absenken – gegen den Willen des Arbeitnehmers, im Wege einer »teilweisen Arbeitsplatzeinteignung«. Das kann rundweg immerhin derjenige verneinen, der – wie *Richardi* – die Arbeitsmenge so wie die Tätigkeit als tariflich überhaupt nicht regelbar ansieht, weil sie der Entscheidung des Individuums vorbehalten sind⁸⁹. Die tarifliche Arbeitszeitregelung hat dann nur den Sinn, dasjenige Arbeitszeitdeputat zu definieren, mit dem das normale Entgelt verdient wird, wäre also nur eine Berechnungsgröße für das Synallagma. Dann könnten die Tarifparteien die Arbeitszeit des Individuums gegen dessen Willen weder verlängern noch verkürzen.

Rechtsprechung und herrschende Lehre sehen dagegen die Arbeitszeit als grundsätzlich tariflich regelbar an, erlauben also dem Tarifvertrag die Arbeitszeitverkürzung⁹⁰. Das ist im Ausgangspunkt und für die Verkürzung der Arbeitszeit richtig. Die Arbeitszeitverkürzung kann dem Individualinteresse des Arbeitnehmers auf unterschiedliche Weise dienen: Sie kann ihm – im Rahmen der allgemeinen gesellschaftlichen Entwick-

NZA 1998, 1178; BAG 14. 5. 1997 – 7 AZR 159/96 – EzA § 4 TVG Beschäftigungssicherung Nr. 1 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Übernahme ins Arbeitsverhältnis = NZA 1998, 50; und BAG 14. 10. 1997 – 7 AZR 298/96 – EzA § 611 BGB Einstellungsanspruch Nr. 10 = AP Nr. 5 zu § 611 BGB Übernahme ins Arbeitsverhältnis = NZA 1998, 775.

89 *Richardi*, Kollektivvertragliche Arbeitszeitregelungen, ZfA 1990, 211, 240 f.; *ders.*, Arbeitszeitverlängerung nach der Tarifvertragsregelung in der Metallindustrie, DB 1990, 1613, 1618.

90 *Wiedemann*, in: Wiedemann (Fn. 30), § 1 Rn. 329 ff. m. w. N.; *Zöllner* (Fn. 22), DB 1989, 2121; *Hromádka*, Privat- versus Tarifautonomie – Ein Beitrag zur Arbeitszeitdiskussion, DB 1992, 1042, 1044 ff.

lung – mehr Freizeit zuwenden. Seine Freiheit, länger zu arbeiten, wird dann durch das Günstigkeitsprinzip gewahrt⁹¹. Die Arbeitszeitverkürzung kann aber gerade auch der individuellen Beschäftigungssicherung dienen, weil so die Arbeitsnachfrage zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers stabilisiert wird. Der Eingriff in die »Leistungs(erbringungs)freiheit« des Arbeitnehmers ist durch den Gewinn an Bestandsschutz gerechtfertigt. Das meint der Vierte Senat, wenn er den Bestandsschutz als »tarifiert« ansieht⁹².

Zu fragen ist aber nach den *Grenzen*: Kann der Tarifvertrag etwa einen Arbeitnehmer von 35 auf 17,5 Stunden »herunterfahren« und ihm die Hälfte seines Entgeltes nehmen? Der Vierte Senat meint in der Leitentscheidung vom 25. 10. 2000⁹³: Im Prinzip ja. Der Bestandsschutz zöge überhaupt keine Grenze, schon weil das KSchG nur auf einseitige Änderungen des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber anwendbar sei, aber eben nicht auf die zweiseitig vertragliche. Vorsichtiger ist der Sechste Senat⁹⁴. Das hieße nicht nur, dass der Tarifvertrag Arbeitszeit und damit das Entgelt *grenzenlos* auf die Hälfte oder ein Drittel herabfahren kann. Ein Sanierungstarifvertrag könnte dann vielleicht auch gleich den ihm genehmen Teil der Belegschaft ganz entlassen oder doch mit einer Restlaufzeit befristen. Schöner noch: Man denke an die nachträgliche Altersgrenze von 50 Jahren. Auch sie wäre möglich. Ebenso könnte der Sanierungshaustarifvertrag nicht nur die alte und jetzt wieder neue Namensliste als tariflich verbindliche Sozialauswahl vorgeben – ohne Kontrolle auch nur auf grobe Unrichtigkeit (§ 1 Abs. 5 KSchG), weil das KSchG auf solche zweiseitig-tariflichen Regelungen nicht anwendbar ist. Der Tarifvertrag könnte sogar die namentlich benannten Arbeitnehmer gleich selbst entlassen, durch eine Beendigungsnorm, die zugleich Betriebsnorm sein müsste. Warum nicht? Das spart noch die Anhörung des Betriebsrats.

Das hieße zunächst für die organisierten Arbeitnehmer: Die privatautonome Legitimation des Tarifvertrages durch Mitgliedschaft, die Mandatierung der Gewerkschaft durch den Arbeitnehmer, bedeutete eine Ermächtigung zum Änderungsvertrag, aber auch zum Aufhebungsvertrag. Und gerade weil die Gewerkschaft zur vertraglich-konsensualen Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen berufen ist, kann konsequenterweise der Kündigungsschutz nicht greifen: Er schützt nicht vor dem Missbrauch der Vertretungsmacht. Problematisch sind aus dieser legitimatorischen Sicht dann allerdings die Nichtorganisierten: Sie haben der Gewerkschaft gerade kein Mandat erteilt. Wie will man die Betriebsnorm zu ihren Lasten rechtfertigen?

Genug der Argumente ad absurdum: Wer die Schutzpflicht des Staates ernst nimmt und wer aus der Verfassung ableitet, dass es einen Mindestkündigungsschutz auch

91 Dazu nur Löwisch, Die Freiheit zu arbeiten – nach dem Günstigkeitsprinzip, BB 1991, 59.

92 BAG 25. 10. 2000 – 4 AZR 438/99 – (Fn. 71).

93 BAG 25. 10. 2000 – 4 AZR 438/99 – (Fn. 71).

94 BAG 28. 6. 2001 – 6 AZR 114/00 – EzA § 4 TVG Beschäftigungssicherung Nr. 7 = DB 2002, 274 = NZA 2002, 331 = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Arbeitszeit.

gegenüber der vom KSchG nicht erfassten Arbeitgeberkündigung geben müsse⁹⁵, der muss auch den Arbeitnehmer vor dem auch nur teilweisen Entzug seines Arbeitsplatzes durch Tarifvertrag schützen⁹⁶. Andernfalls würde der Arbeitnehmer einer unbegrenzten Vertragsherrschaft der Tarifparteien ausgeliefert. So wie aber der BGH die Verbandsmacht von Monopolverbänden (insbesondere Gewerkschaften) gegenüber dem Mitglied kontrolliert, ohne dass dem die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft als »Belastungseinwilligung« entgegenstünde, so muss auch die privatautonome Tarifmacht durch Kontrolle begrenzt werden. Alles andere verstößt gegen das Untermaßverbot. Vollends abwegig wäre im Übrigen die Kontrolle tariflicher Rückzahlungsklauseln: Wenn der Tarifvertrag dem Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz nehmen darf, darf er ihm erst recht beliebig Geld zur Rückzahlung abknüpfen. Dass die Arbeitsplatzsicherung in den Worten des Vierten Senats »tarifiziert« worden ist, gibt keine Rechtfertigung für einen grenzenlosen Eingriff ab.

Daraus leite ich ab: Dem Tarifvertrag ist es verwehrt, (in der Beschäftigungskrise) Arbeitsverhältnisse zu beenden. Weder eine nachträgliche Altersgrenze 50 noch die tarifliche Namensliste mit Beendigungswirkung ist zulässig. Möglich bleiben nur Sozialauswahlrichtlinien nach § 1 Abs. 4 KSchG und allenfalls eine Namensliste i. S. v. § 1 Abs. 5 KSchG, die dann aber auf grobe Unrichtigkeit überprüft werden kann. Mit gutem Grund behält der Reformgesetzgeber in § 1 Abs. 5 KSchG g. n. F.⁹⁷ freilich die Namensliste den Betriebsparteien im freiwilligen Interessenausgleich vor – obschon einen Absatz zuvor tarifliche Regeln genannt sind.

Entscheidend ist darüber hinaus: Mit Blick auf den Bestandsschutz muss ein tariffester und höchstpersönlicher Arbeitsvertragskern definiert werden – etwa von 75 % der Arbeitszeit⁹⁸. Über ihn kann nur der Arbeitnehmer selbst verfügen. Denn insofern geht es um die individuelle Entscheidung über das gewollte Arbeitszeitdeputat. Gegen seinen Willen ist der Eingriff nur im Wege der Kündigung möglich.

Die weitere Frage, ob solche Arbeitszeitverkürzungen nur dispositiv gelten können, weil das Günstigkeitsprinzip angesichts der fehlenden Richtigkeitsgewähr des Tarifver-

95 BVerfG 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169 = EzA § 23 KSchG Nr. 17 = AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 = NZA 1998, 470; BAG 21. 2. 2001 – 2 AZR 15/00 – EzA § 242 BGB Kündigung Nr. 1 = AP Nr. 12 zu § 242 BGB Kündigung = DB 2001, 1677 = NZA 2001, 833 und BAG 6. 2. 2003 – 2 AZR 672/01 – EzA § 242 BGB 2002 Kündigung Nr. 1. Speziell zur Altersgrenze: BAG 27. 11. 2002 – 7 AZR 414/01 – EzA § 620 BGB 2002 Altersgrenze Nr. 1 = AP Nr. 21 zu § 620 BGB Altersgrenze = NZA 2003, 812.

96 Hierzu *Löwisch*, Tarifliche Regelung von Arbeitgeberkündigungen, DB 1998, 877 ff.

97 »ganz neue Fassung« und zugleich die alte.

98 *Rieble* (Fn. 27), Rn. 1636 ff., 1639 (85 %); zust. *Reichold*, Rechtsprobleme der Einführung einer 32-Stunden-Woche, ZfA 1998, 237, 255. Mit Blick auf die Vertragsflexibilität im Entgeltbereich dürfte eine einheitliche Schwankungsgrenze von 25 % angemessen sein; dafür auch *Gotthardt*, Grenzen von Tarifverträgen zur Beschäftigungssicherung durch Arbeitszeitverkürzung, DB 2000, 1462, 1464.

trages (oben III 2) Vorrang des Individualvertrages vor dem Tarifvertrag gebietet⁹⁹, stellt sich bei den typischen Haustarifverträgen nur theoretisch: Denn um von der dispositiven Vorgabe eines Tarifvertrages abzuweichen, braucht der Arbeitnehmer einen Vertragspartner, den Arbeitgeber. Beim Haustarif entspricht aber die tarifliche Arbeitszeitabsenkung gerade dem Arbeitgeberwillen. Praktisch würde das nur entweder beim Verbandstarif, der ganz abstrakt und unabhängig von den konkreten Umständen eine umverteilende Arbeitszeitregelung will, und zweitens dann, wenn der Sanierungstarif seine Funktion erfüllt hat und der Arbeitgeber nun statt Neueinstellungen wieder die Arbeitszeit anheben will.

6. Beschäftigungssicherung durch Eingriff ins Synallagma (Entgeltkürzung und Mehrarbeit ohne Lohnausgleich)

Die Tarifparteien können Arbeitnehmern den tariflichen Entgeltanspruch beschneiden. Nach dem Motto »wie gewonnen so zerronnen« kann die Entgeltfestsetzung des Tarifvertrages durch Tarifvertrag (derselben Tarifparteien, aber auch durch vorrangigen Haustarif mit derselben Gewerkschaft) korrigiert werden, insbesondere in Krisenzeiten des Unternehmens. Hier gibt es auch keine 85 %-Grenze: Denn der *Tarifvertrag* korrigiert nicht den Arbeitsvertrag, er *korrigiert sich selbst*. Der Tarifvertrag nimmt, was er zuvor gegeben. Für das private Arbeitsverhältnis gibt es auch keinen Alimentationsgrundsatz der amtsangemessenen Besoldung, die eine Lohnkürzung zur Beschäftigungssicherung verböte¹⁰⁰.

Einen tariffesten Mindestlohn gibt nur das Lohnwucherverbot vor. § 138 BGB ist tariffest. Dagegen besteht, wie die Rechtsprechung zu den negativen Effektivklauseln hinreichend klar macht, keine Möglichkeit, durch Tarifvertrag *übertarifliche Entgelte* zu beschneiden. Sie gehen nach dem Günstigkeitsprinzip eindeutig dem Tarifvertrag vor und bewegen sich außerhalb der Tariftmacht. Tariffest kann das Tarifentgelt auch werden, wenn es insbesondere durch eine statische Verweisung zum Inhalt des Arbeitsvertrages gemacht worden ist. Jenes seinerzeitige Arbeitsentgelt ist sodann grundsätzlich durch Tarifvertrag nicht antastbar.

Der Tarifvertrag kann Arbeitnehmer nicht ohne weiteres zur Mehrarbeit verpflichten, die das arbeitsvertraglich zugesagte Maß übersteigt. Das gilt ganz unabhängig davon, ob die – typischerweise zwei zusätzlichen Wochenstunden (etwa 38 statt 36 Stunden) – kostenlos zu leisten sind oder hinreichend vergütet werden. Denn das Günstigkeitsprinzip ist insofern nur sekundär betroffen. Primär gilt: Der *Umfang der Arbeitszeit* ist eine höchstpersönliche Entscheidung, die »nach oben« tariffest ist. Eine tarifliche Arbeitszeitverlängerung verträge sich auch nicht mit dem Teilzeitanspruch des § 8 TzBfG, der seinerseits nicht tarifdispositiv ist.

99 Dazu vor allem Rieble (Fn. 27), Rn. 1598; vgl. auch Kort, Anm. AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Internationaler Bund, Bl. 11.

100 Vgl. BAG 15. 11. 2001 – 6 AZR 382/00 – NZA 2002, 808 für Dienstordnungsangestellte.

Eine solche Mehrarbeitsverpflichtung ist für einen Sanierungstarif auch nicht erforderlich. Die Mehrarbeit soll doch dem Arbeitnehmer lediglich ein finanzielles Sanierungsoffer ersparen. Der Sanierungstarifvertrag kann (und muss) mithin dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht einräumen, ob er seinen Sanierungsbeitrag durch Lohnverzicht (im Beispiel: 5,3 %) oder durch unbezahlte Mehrarbeit (38 statt 36 Stunden) leisten will.

Gestaltungen, mit denen Arbeitnehmer durch zusätzlichen Entgeltabzug dafür bestraft werden, dass sie solche Mehrarbeit verweigern, sind mit Blick auf Art. 3 GG und § 612a BGB bedenklich¹⁰¹.

7. Folgeproblem: Geltungsanspruch gegenüber Nicht- und Andersorganisierten

a) Bezugnahmeklauseln und Andersorganisierte

Der beschäftigungssichernde Tarifvertrag, der in die Individualverträge eingreift, kann das kraft der Tarifmacht mit Individualnormen nur gegenüber den Gewerkschaftsmitgliedern. Gegenüber den Außenseitern können solche Regeln als Individualnormen nur via Bezugnahmeklausel und notfalls mit Hilfe der Änderungskündigung greifen. Insofern kommt es zu einem Folgeproblem: Tarifverträge können Richtigkeitsgewähr nur für die Tarifgebundenen haben, für Arbeitnehmer-Außenseiter kann die Gewerkschaft nicht sprechen. Sie ist nicht Vertreter aller Arbeitnehmer.

Das wiederum hieße womöglich, dass die Außenseiter, die über eine Bezugnahmeklausel von der Arbeitszeit- oder Entgeltreduzierung erfasst werden, arbeitsvertragsrechtlich geschützt werden müssen. Das könnte sogar dazu führen, dass die Tarifverträge ihnen gegenüber – als Arbeitsvertragsinhalt – scharf zu kontrollieren sind, im Rahmen einer AGB-Kontrolle oder sonstwie. Eben das will § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB mit seinem Verweis auf § 307 Abs. 3 BGB nunmehr verhindern: Damit wird nicht etwa vom Gesetzgeber behauptet, Tarifverträge gäben das Maß der Angemessenheit auch für Nichtorganisierte vor, zeitigten für diese also allgemeine Richtigkeitsgewähr. Vielmehr würde eine AGB-Kontrolle nur für Nichtorganisierte dazu führen, dass diese alle Vorteile des in Bezug genommenen Tarifvertrages genießen, aber von denjenigen Nachteilen teilweise verschont würden, die die Organisierten kraft mitgliedschaftlicher Tarifgebundenheit zu tragen haben. Solche einseitige Besserstellung von Nichtorganisierten wäre ihrerseits mit der Koalitionsfreiheit nicht vereinbar. Gibt es aber in der Belegschaft Andersorganisierte, für die ein eigener Tarifvertrag greift, scheitert der Zugriff: Die Bezugnahmeklausel kann einen normativen Tarifvertrag nicht beiseiteschieben.

101 Vgl. BAG 7.11.2002 – 2 AZR 742/00 – EzA § 612a BGB 2002 Nr. 1 und BAG 12.6.2002 – 10 AZR 340/01 – EzA § 612a BGB Nr. 2 = AP Nr. 8 zu § 612a BGB.

b) Betriebsnormen als Ausweg?

Der Vierte Senat ist mutig. Er hat – obiter – erwogen, in arbeitszeit- und entgeltkürzenden Tarifnormen nicht Individualnormen, sondern Betriebsnormen zu sehen¹⁰². Das hätte den »Vorteil«, dass der Sanierungstarifvertrag gem. §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 Satz 2 TVG für alle Arbeitnehmer eines Arbeitgebers gilt. Außerdem könnte man so zu einer anderen Sicht des Günstigkeitsprinzips gelangen: Bei Betriebsnormen kann die individuelle Günstigkeit regelmäßig nicht den Schutz der Belegschaft abbedingen. Indes: Diese Zuordnung ist greifbar falsch. Arbeitszeit und Entgelt sind Regelungselemente des Einzelarbeitsverhältnisses, folglich Gegenstand von Individualnormen. Dass die Beschäftigungssicherung ein *überindividuelles Anliegen oder Motiv* ist, ändert am individuellen Regelungsgegenstand nichts.

Das leuchtet sofort ein, wenn man den Fall der Gewerkschafts- und Tarifkonkurrenz bedenkt – ein im übrigen sehr nützlicher »Lackmus«-Test für Betriebsnormen: Die Gewerkschaft darf den Nichtorganisierten nur dasjenige zumuten, was sie den eigenen Mitgliedern durch den Tarifvertrag einer anderen Gewerkschaft zumutet. Die betriebs-einheitliche Geltung unterscheidet insofern nicht. Kann also die CGM (Tariffähigkeit unterstellt) mit einem Sanierungstarifvertrag qua Betriebsnorm in die Arbeitsverhältnisse der Mitglieder der IG Metall eingreifen – an sich schon in der Normwirkungsphase, vor allem aber in der Nachwirkungsphase von deren Metalltarif? Eine hübsche Vorstellung: Man ruft die eine Gewerkschaft wegen der beschäftigungsbedrohenden Arbeitsbedingungen der anderen zu Hilfe. Das wäre aus meiner Sicht eine greifbare Verletzung der Tarifautonomie der IG Metall. Deshalb bleibt es dabei: Die notwendig betriebseinheitliche Geltung von Betriebsnormen fehlt bei Arbeitszeit- und Entgeltregeln.

Zudem schösse sich der Senat mit dieser Strategie selbst ab: Beruht doch sein abgemilderter Prüfungsmaßstab bei der Grundrechtsbindung darauf, dass der Arbeitnehmer sich der Normsetzung selbst ausgeliefert hat. Eben das ist bei der Betriebsnorm nicht der Fall: Hier muss die staatliche Schutzpflicht uneingeschränkt greifen. Je mehr Betriebsnorm, desto mehr Tarifkontrolle (wie bei der Allgemeinverbindlicherklärung)¹⁰³.

c) Flucht in die Betriebsverfassung?

Der Begrenzung der Tarifmacht auf die Organisierten wird betriebsverfassungsrechtlich auf zwei Wegen begegnet: Einmal kann eine Betriebsvereinbarung versuchen, die Tarifwirkungen auf die Nichtorganisierten zu erstrecken, gelegentlich auch in einem »dreiseitigen« Vertrag. Doch hat auch die freiwillige Betriebsvereinbarung keine entsprechende Eingriffsgrundlage.

102 BAG 1.8.2001 – 4 AZR 388/99 – (Fn. 78).

103 Zu diesem Aspekt der Grundrechtsbindung Rieble, Anm. zu BAG 30.8.2000, SAE 2003, 11, 15; zuvor schon Gamillscheg, Anm. zu BAG 30.8.2000 und 25.10.2000, AuR 2001, 226, 228.

Dem wird begegnet, indem der Tarifvertrag genau diese Eingriffsgrundlage schafft: Durch ein Mitbestimmungsrecht über die Dauer der Arbeitszeit – in Erweiterung von § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG oder doch jedenfalls durch eine entsprechende Vereinbarungskompetenz durch freiwillige Betriebsvereinbarung: Noch recht zurückhaltend sieht der bayerische Metalltarif zur Beschäftigungssicherung vom 22. 2. 1999 vor:

»1. Zur Sicherung und zum Erhalt von Arbeitsplätzen können Arbeitgeber und Betriebsrat durch Betriebsvereinbarung die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit vorübergehend absenken auf eine Dauer von unter 35 bis zu 29 Stunden. ...

3. Grundsätzlich wird während der Absenkung der Arbeitszeit zur Absicherung der Beschäftigung den Betroffenen gegenüber keine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen. ...

6. Durch Kündigung ... ausscheidende Arbeitnehmer sind für die letzten 6 Monate der Absenkung der Arbeitszeit bezüglich ihrer monatlichen Vergütung so zu stellen, wie sie ohne Anwendung der verkürzten Arbeitszeit gestanden hätten. ...

7. Können sich Arbeitgeber und Betriebsrat bei vorübergehenden Beschäftigungsproblemen nach Ausschöpfung der Kurzarbeitsmöglichkeiten nicht über die Absenkung der tariflichen Arbeitszeit ... einigen, entscheidet die tarifliche Schlichtungsstelle. ...«

Richtigerweise können Tarifverträge den Betriebsrat jedoch nicht durch eine betriebsverfassungsrechtliche Norm ermächtigen, die Arbeitszeit zur Beschäftigungssicherung dauerhaft zu senken¹⁰⁴. Denn erstens definiert § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG mit »vorübergehend« auch eine Grenze des kollektiven Eingriffes in das Arbeitszeitdeputat des Mitarbeiters im Sinne eines kollektivfesten Bestandsschutzes. Zweitens sind hier ähnliche Einwände zu erheben wie gegen den damaligen Rütters-Leber-Kompromiss: Der Tarifvertrag hat gegenüber den Nichtorganisierten keine hinreichende Legitimation, um sie einer derart weiten Fremdbestimmung zu unterwerfen. Das wird deutlich, wenn man sich ein Eingriffsrecht in die Entgelte vorstellt: Die Betriebsparteien erhielten durch Tarifvertrag das Recht, in kollektiv oder individuell vereinbarte Entgelte zum Zweck der Beschäftigungssicherung einzugreifen.

IV. Beschäftigungssicherung gegen den Tarifvertrag

1. Sturheit der Tarifparteien?

Da die Tarifparteien für die nachteiligen Beschäftigungswirkungen der von ihnen vereinbarten Arbeitsbedingungen eine Verantwortung tragen, werden sie allenthalben aufgefordert, entweder selbst (Lohn-)Zurückhaltung zu üben oder doch Öffnungsklauseln vorzusehen. Der Kanzler droht gar gesetzliche Öffnungsklauseln an, wenn die Tarifparteien nicht aktiv werden¹⁰⁵ – freilich wird der Mangel an Ernstlichkeit auch hier

104 A. A. für den Beschäftigungssicherungstarifvertrag Metall Hamburg/Schleswig-Holstein: LAG Hamburg 24. 6. 1997 – 3 TaBV 4/97 – AiB 1998, 226.

105 Regierungserklärung von Bundeskanzler Schröder am 14. 3. 2003; abrufbar unter www.bundesregierung.de, zuletzt abgerufen 2. 4. 2003.

nicht verkannt. Mustergültig sind immer schon die Chemietarifparteien, die auf vielfache Weise in ihren Tarifverträgen die Öffnung vorsehen. Aber auch sonst gibt es mehr Öffnungs- und Härtefallklauseln, als man gemeinhin denkt¹⁰⁶.

Stur sind aber auch manche Arbeitgeber, die die Krise kommen sehen, bis zum letzten Moment aber (zu)wenig tun und dann meinen, jetzt müsse ihnen aus der teils selbstverantworteten Misere durch Tarifabschlag geholfen werden. Ihnen wird gerne entgegengehalten, dass sie nun an den Tarifbedingungen als Arbeitsmarktbedingungen und damit am Markt scheitern.

2. Die Vorschläge

a) Zwei Hebel

Die Vorschläge zur Auflockerung der zwingenden und als »beschäftigungsfeindlich« empfundenen Wirkung der Tarifverträge setzen an zwei Punkten an: Einmal wird das *Günstigkeitsprinzip* modifiziert. Während § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG auf den Vergleich von Arbeitsbedingungen als dem »Wie« zielt, soll der Arbeitsplatz als »Ob« einbezogen werden, was die Burda-Entscheidung mit ihrer fragwürdigen Apfel-Birnen-Logik abgetan hatte. Ehre, wem Ehre gebührt: Das ist die *Adomeit*-Version des Günstigkeitsprinzips, wonach der Erhalt bedrohter Arbeitsplätze stets günstiger ist als das Beharren auf tariflichen Mindestarbeitsbedingungen¹⁰⁷.

Daneben treten Vorschläge, die bewusst eine weitere gesetzliche Öffnungsklausel neben dem Günstigkeitsprinzip installieren wollen, um dessen Beschränkungen zu entgehen. Der Betriebsrat soll als Tarifaufseher entscheiden dürfen, welche Tarifbedingungen für den Betrieb noch erträglich sind. Leitbild ist dabei der 61. DJT 1996, der in Abteilung B mit Beschluss Nr. 3 (mit wenig eindrucksvoller Mehrheit 94 : 71 : 9) empfohlen hat:

»Den Betriebsparteien sollte durch Novellierung des § 4 Abs. 3 TVG und des § 77 Abs. 3 BetrVG gestattet werden, in einer konkret festzustellenden Notsituation durch Betriebsvereinbarung tarifliche Leistungen vorübergehend herabzusetzen, wobei ein solcher Notfall nur anzunehmen ist,

106 *Clasen*, Tarifverträge 2002: Neue Öffnungsklauseln (= Auswertung des Tarifregisters), BARBI 2003, Heft 3, S. 20 ff.

107 *Adomeit*, Das Günstigkeitsprinzip – neu verstanden, NJW 1984, 26, 27; *ders.*, Grenzen der Tarifautonomie – neu gezogen, NJW 1984, 595, 596; *ders.*, Regelung von Arbeitsbedingungen und ökonomische Notwendigkeiten (1996), S. 37 ff.; so auch *Bauer*, Betriebliche Bündnisse vor dem Aus?, NZA 1999, 957, 960; *Bauer/Haufsmann*, Betriebliche Bündnisse für Arbeit und gewerkschaftlicher Unterlassungsanspruch, Sonderbeilage zu NZA 2000, Heft 24, 42, 47; *Buchner*, Der Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft – Stabilisierung oder Ende des Tarifvertrages? Zum Beschluss des BAG vom 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 897, 901; *ders.*, Betriebsräte auf schwierigem Terrain – die Vießmann-Entscheidung des Arbeitsgerichts Marburg, NZA 1996, 1304, 1305; *Freihube*, Probleme der Tarifbindung (2001), S. 51 ff.; *Robert*, Vereinbarkeit betrieblicher Bündnisse für Arbeit mit dem Günstigkeitsprinzip (2003), S. 115 ff.

wenn das Unternehmen in seiner Existenz bedroht ist oder erhebliche Teile der Belegschaft ihren Arbeitsplatz zu verlieren drohen¹⁰⁸.«

Dieterich hat diesen DJT kleinzureden versucht: Neoliberale Ideen habe der Juristentag mit großer Mehrheit zurückgewiesen; dieser unscharfe Beschluss betreffe eigentlich das Insolvenzrecht¹⁰⁹. Abgesehen davon, dass der Beschluss Nr. 2 b einer Korrektur des Arbeitskampfrechtes zugunsten der Arbeitgeber das Wort redet, damit Tarifverträge wieder Mindestarbeitsbedingungen im ökonomischen Sinn werden (Nr. 2 a Abs. 2), und abgesehen davon, dass ein Sonderlösungsrecht des Arbeitgebers gegenüber Tarifverträgen auch nur in der Insolvenz ein deutlicher Fortschritt gegenüber dem jetzigen § 120 Abs. 1 InsO bedeutet¹¹⁰, verfälscht *Dieterich* die Reichweite jenes Beschlusses. Auf Insolvenz deutet nur die erste Variante »Existenzbedrohung«. Mit der Arbeitsplatzgefahr für »erhebliche Teile der Belegschaft« ist gerade auch der Fall erfasst, dass das Unternehmen nicht insolvent ist oder dass nur einer von mehreren Betrieben rote Zahlen schreibt. Die Parallele zu § 112 Abs. 5 Nr. 3 BetrVG liegt auf der Hand: Dort ist die Sozialplanbegrenzung nicht nur auf die Gefährdung des Fortbestandes des Unternehmens, sondern gerade auch die nach Durchführung der Betriebsänderung verbleibenden Arbeitsplätze – das sind diejenigen im Betrieb – abgestellt¹¹¹. So gesehen spricht sich der DJT durchaus für eine allgemeine Öffnungsklausel zur Abwehr betrieblicher Arbeitsplatzgefährdungen aus.

Der Unterschied zwischen beiden Versionen ist erheblich: Das Günstigkeitsprinzip zielt in erster Linie auf den einzelnen Arbeitnehmer, der seinen individuellen Arbeitsplatz sichert; gelegentlich wird es gleichwohl in »Mischvorschlägen« auf die Belegschaft erstreckt. Ob damit eine »kollektive Günstigkeit« gemeint ist? Die Öffnungsklauselvariante dagegen meint nicht die individuelle Arbeitsplatzgefährdung. Ob ein, zwei oder drei Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz wegen zu hoher Löhne verlieren, ist hier gleichgültig. Es kommt auf die überwiegende Mehrheit der Belegschaft an. Sie zielt auf die Öffnung des Tarifvertrages gegenüber der Betriebsvereinbarung oder jedenfalls der betrieblichen Regelung.

Zweiteilen lässt sich die Diskussion noch dahin, ob eine *Gesetzesänderung* für erforderlich gehalten wird – was aus Sicht der Gegner wie der Skeptiker jedwede Lösung

108 Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages, Bd. II Sitzungsberichte, K 193 ff.; abgedruckt auch in NZA 1996, 1277 f.

109 *Dieterich* (Fn. 12), RdA 2002, 8.

110 Siehe MünchKommInsO/Löwisch/Caspers (2002), § 120 Rn. 4 ff.; *Rieble*, Kollektivverträge in der Insolvenz, RWS-Forum 18, Insolvenzrecht 2000 (2001), S. 127 ff.; *Belling/Hartmann*, Die Tarifbindung in der Insolvenz, NZA 1998, 57 ff.

111 So schon *Löwisch*, Tariföffnung bei Unternehmens- und Arbeitsplatzgefährdung, NJW 1997, 905, 910, These 20. Vgl. auch für die Frage, ob es bei der Entbindung von der Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG auf die Belastung des Unternehmens oder des Betriebes ankommt, *Rieble*, Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG, BB 2003, 844 ff.

auf den Sankt-Nimmerleins-Tag verschiebt – oder ob man innerhalb des bestehenden Günstigkeitsprinzips zu einer richterrechtlichen Lösung kommen kann, wie dies *Adomeit* vorschwebte¹¹², *Buchner* entscheidend vorangetrieben¹¹³ und jüngst *Schliemann*¹¹⁴ aktualisiert hat.

Allgemein gehaltene Forderungen nach Abschaffung der Tarifautonomie, Beseitigung der Allgemeinverbindlicherklärung, Einsteigertarifen, gesetzlicher Öffnungsklausel, Kartellkontrolle von Tarifverträgen wie solchen der Monopolkommission und der Deregulierungskommission, Kronberger Kreis will ich hier nicht erneut behandeln¹¹⁵. In den Jahresgutachten des Sachverständigenrates werden die Vorschläge von Jahr zu Jahr tarifkritischer. 1999/2000 wurde neben der Streichung von § 77 Abs. 3 BetrVG eine Präzisierung des Günstigkeitsprinzips mit Blick auf den Arbeitsplatzzerhalt und erstmals eine Öffnungsklausel zugunsten des Betriebsrates (nebst Belegschaftsquorum) gefordert¹¹⁶. 2000/01 wird das wiederholt und die betriebliche Praxis am Gesetz vorbei betont¹¹⁷. 2001/02 steht das Günstigkeitsprinzip im Vordergrund; zudem sei die Nachwirkung des Tarifvertrages gem. § 4 Abs. 5 TVG eng zu befristen¹¹⁸

b) Gesetzgebungsvorschläge

(1) Förmliche

Allen voran die *FDP-Fraktion* des Bundestages hat am 3.7.2001 unter dem Titel »Gesetz zur Sicherung betrieblicher Bündnisse für Arbeit« folgenden Gesetzesvorschlag eingebracht¹¹⁹ – Ergänzung von § 4 Abs. 3 TVG um folgende Sätze 2 und 3:

112 *Adomeit* – wie Fn. 107.

113 *Buchner*, Beschäftigungssicherung unter dem Günstigkeitsprinzip – Betriebliche Arbeitsplatzgarantien gegen Verzicht auf tarifliche Positionen?, DB 1996, Beilage 12; *ders.*, Der Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft – Stabilisierung oder Ende des Verbandstarifvertrages?, NZA 1999, 897, 901 f.

114 *Schliemann*, Tarifliches Günstigkeitsprinzip und Arbeitsvertragsfreiheit, in: Picker/Rüthers (Hrsg.), Richardi-Symposion (Fn. 50), S. 1 ff.; *ders.*, Tarifliches Günstigkeitsprinzip und Bindung der Rechtsprechung, NZA 2003, 122 ff.

115 Dazu *Rieble* (Fn. 27), Rn. 1 ff., 18 ff.; *Dieterich* (Fn. 12), RdA 2002, 7 f.; *Söllner*, Der Flächentarifvertrag – ein Kartell?, Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 35 (1998), S. 21 ff.

116 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung; Wirtschaftspolitik unter Reformdruck, Jahresgutachten 1999/2000, S. 175 ff.

117 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung; Chancen auf einen höheren Wachstumspfad, Jahresgutachten 2000/01, S. 222.

118 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung; für Stetigkeit – gegen Aktionismus, Jahresgutachten 2001/02, S. 233 ff. Freilich sagt der Sachverständigenrat nicht, was nach Ablauf des Nachwirkungszeitraums gelten soll. Dazu für den Fall der fristlosen Kündigung *Rieble*, Anm. zu BAG 18.12.1996 – 4 AZR 129/96 – EzA § 1 TVG Fristlose Kündigung Nr. 2.

119 BT-Drs. 14/6548; nunmehr wortgleich wiederholt in BT-Drs. 15/1225; auf diesen Vorschlag bezieht sich das Rechtsgutachten für den DGB von *Dieterich* (Fn. 12), RdA 2002, 8; weiter *Hromádka* (Fn. 31), DB 2003, 42.

»Eine Regelung zugunsten des Arbeitnehmers kann auch dann vorliegen, wenn dieser gegen Aufgabe oder Einschränkung einzelner tarifvertraglich festgelegter Positionen die Aufnahme in ein Arbeitsverhältnis oder den Verzicht des Arbeitgebers auf betriebsbedingte Kündigungen erlangt (betriebliche Beschäftigungssicherungsabrede).

Von der Günstigkeit einer solchen Abrede ist auszugehen, wenn

- a) der Arbeitnehmer jederzeit unter Wahrung einer seiner gesetzlichen Kündigungsfrist entsprechenden Ankündigungsfrist die Tarifbedingungen in Anspruch nehmen kann oder
- b) ihr der Betriebsrat oder 75 vom Hundert der mit einem entsprechenden Angebot des Arbeitgebers bedachten Arbeitnehmer des Betriebs zustimmen.«

Der *Freistaat Bayern* hat am 22. 11. 2002 ein »Gesetz zur Flexibilisierung des Arbeitsrechts« eingebracht (BT-Drs. 15/406). Die eigentliche Neuregelung soll im BetrVG verankert werden:

»§ 88a Betriebliches Bündnis für Arbeit

(1) Der Betriebsrat oder, falls kein Betriebsrat vorhanden ist, ein von den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern Beauftragter kann mit dem Arbeitgeber eine Vereinbarung zur Beschäftigungssicherung treffen und dabei von einem für das Unternehmen geltenden Tarifvertrag abweichen.

Die Vereinbarung wird wirksam, wenn

- mindestens zwei Drittel der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zustimmen,
- die Vereinbarung jeder Tarifvertragspartei angezeigt wurde,
- keine Tarifvertragspartei der Vereinbarung innerhalb von vier Wochen, nachdem ihr die Mitteilung gemäß Spiegelstrich zwei zugegangen ist, unter Nennung der Gründe widerspricht.

(2) Wird eine Zustimmung vor Ablauf der vier Wochen von beiden Tarifvertragsparteien erteilt, wird die Vereinbarung sofort wirksam. Die Zustimmung bedarf der Schriftform.«

§ 4 Abs. 3 TVG soll in seiner Neufassung hierauf nur verweisen:

»(3) Abweichende Abmachungen sind zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zu Gunsten des Arbeitnehmers enthalten. § 88a Betriebsverfassungsgesetz bleibt davon unberührt.«

Mit dieser Veto-Lösung nimmt der bayerische Entwurf einen Vorschlag aus dem Wahlprogramm der CDU/CSU auf¹²⁰.

Der *Freistaat Sachsen* hat am 6. 3. 2003 ein »Gesetz zum Abbau von Hemmnissen auf dem Arbeitsmarkt (AHA-G)«¹²¹ eingebracht – dort soll das TVG wie folgt geändert werden:

Einfügung § 4 Abs. 3a TVG:

»(3a) Bis zum 31. Dezember 2008 für Betriebe mit Sitz in Ländern, in denen die bundesweite Arbeitslosenquote zum 1. Januar 2003 um mehr als 50 vom Hundert überschritten wird, gilt Abs. 3 mit der Maßgabe, dass ein Vergleich von Arbeitszeit oder Arbeitsentgelt mit einer Beschäftigungsgarantie möglich ist. Die abweichende Abmachung gilt als günstig für den Arbeitnehmer, wenn zwei Drittel der im Betrieb Beschäftigten oder der Betriebsrat der abweichenden Abmachung zustimmen. In Ländern, in denen die Arbeitslosenquote am 1. Januar 2008 um mehr als 50 vom Hundert über der bundesweiten Arbeitslosenquote liegt, gelten die Sätze 1 und 2 ab dem 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2013.«

120 »Regierungsprogramm 2002 bis 2006«, www.regierungsprogramm.de, zuletzt abgerufen am 2. 4. 2003; abgedruckt in AiB 2002, 393, 394.

121 BR-Drs. 158/03.

Einfügung § 4 Abs. 4a TVG:

»(4a) Unter den Voraussetzungen des Absatzes 3a kann durch Betriebsvereinbarung auf tarifliche Rechte verzichtet sowie auch außerhalb des Tarifvertrages eine Ausschlussfrist vereinbart werden.«
Neuer § 5 Abs. 4a:

»(4a) Absatz 4 findet unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 3a keine Anwendung. Dies gilt nicht für Tarifverträge, die Verfahren betreffen, die über die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (§ 4 Abs. 2) abgewickelt werden.«

Neuer § 5 Abs. 5 Satz 4:

»Sie entfaltet unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 3a keine Nachwirkung.«

Die SPD-»Agenda 2010«, die als »Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt« nur in den Kündigungsschutz und in das Befristungsrecht eingreift, im übrigen aber das Recht der Arbeitslosenhilfe neu ordnet¹²², enthält keine tarifrechtliche Öffnungsklausel.

Anders dagegen der »Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Arbeitsrechts (ArbRModG)« der CDU/CSU-Bundestagsfraktion¹²³: Er modifiziert das Günstigkeitsprinzip durch einen allgemeinen »Einstiegtarif« in § 4 Abs. 2a TVG –

»Bei der Einstellung zuvor Arbeitsloser kann während der Probezeit bis zu 10 % von den tarifvertraglichen Entgeltregelungen abgewichen werden.«

– und will in Abs. 3 das Günstigkeitsprinzip nochmals modifizieren, nun nicht im Interesse des Zugangs zur Beschäftigung, sondern im Interesse des Verbleibs in der Beschäftigung.

»Abweichende Abmachungen sind nur zulässig, soweit sie durch Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelung zugunsten des Arbeitnehmers enthalten. Bei dem Günstigkeitsvergleich sind die Beschäftigungsaussichten zu berücksichtigen. Eine abweichende Abmachung gilt als günstiger für den Arbeitnehmer, wenn der Betriebsrat und die Belegschaft mit Zwei-Drittel-Mehrheit einer solchen abweichenden Abmachung zustimmen und diese Abweichung nicht über die Laufzeit des Tarifvertrages hinausreicht, von dem abgewichen wird.«

Dabei fällt freilich auf, dass die Beschäftigungssicherung (anders als die Beschäftigungsförderung des Abs. 2a) insofern weder prozentual begrenzt noch individuell befristet wird. Die Begrenzung auf die Laufzeit des Tarifvertrages leuchtet ein, führt aber dazu, dass die Tarifparteien durch Änderung des Entgelttarifes nachträglich die Laufzeit begrenzen und so der betrieblichen Lösung die Grundlage entziehen. Zugleich will der CDU/CSU-Entwurf die Veto-Lösung im BetrVG verankern (nahezu wortgleich mit dem Entwurf des Freistaates Bayern).

»§ 88a Betriebliches Bündnis für Arbeit

(1) Der Betriebsrat oder, falls kein Betriebsrat vorhanden ist, ein von den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern Beauftragter kann mit dem Arbeitgeber eine Vereinbarung zur Beschäftigungssicherung treffen und dabei von einem für das Unternehmen geltenden Tarifvertrag abweichen.

Die Vereinbarung ist wirksam, wenn

– mindestens zwei Drittel der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zustimmen,

122 Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen vom 24. 6. 2003, BT-Drs. 15/1204.

123 Vom 18. 6. 2003, BT-Drs. 15/1182.

- die Vereinbarung jeder Tarifvertragspartei angezeigt wurde,
 - keine Tarifvertragspartei der Vereinbarung innerhalb von vier Wochen, nachdem ihr die Mitteilung gemäß Spiegelstrich zwei zugegangen ist, unter Nennung von Gründen widerspricht.
- (2) Wird eine Zustimmung vor Ablauf der vier Wochen von beiden Tarifvertragsparteien erteilt, wird die Vereinbarung sofort wirksam.«

(2) Informelle Vorschläge aus der Wissenschaft

Aus der Wissenschaft sind zwei Vorschläge zu verzeichnen. *Löwisch* hat 1997 zur »Tariföffnung bei Unternehmens- und Arbeitsplatzgefährdung« neben einem Sonderkündigungsrecht in § 3 Abs. 3a TVG¹²⁴ folgenden § 4 Abs. 3a TVG vorgeschlagen¹²⁵:

»Sich aus dem Tarifvertrag ergebende Ansprüche können durch Betriebsvereinbarung vorübergehend ausgesetzt oder herabgesetzt werden, wenn die weitere Anwendung des Tarifvertrags den Fortbestand des Unternehmens des tarifgebundenen Arbeitgebers oder der Arbeitsplätze erheblicher Teile der Belegschaft des Unternehmens gefährdet. Die Parteien des Tarifvertrags sind vorher zu hören. Kommt eine solche Betriebsvereinbarung zustande, ist eine Kündigung der Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 3a TVG ausgeschlossen; eine bereits ausgesprochene Kündigung wird unwirksam. § 77 Abs. 3 BetrVG ist auf eine solche Betriebsvereinbarung nicht anzuwenden. Über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit nach Satz 1 kann im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren entschieden werden; die Parteien des Tarifvertrags, von dem abgewichen wird, sind in dem Verfahren antragsbefugt.«

Hromadka hatte 1996 einen ersten Gesetzgebungsvorschlag gemacht¹²⁶ und diesen 2003 präzisiert (»Bündnisse für Arbeit – Angriff auf die Tarifautonomie?«). § 4 Abs. 3 TVG sei um folgende Sätze 2 bis 6 zu ergänzen¹²⁷:

»Abweichende Abmachungen zuungunsten der Arbeitnehmer sind zulässig, wenn sie in einer Betriebsvereinbarung getroffen werden, zur Sicherung von Arbeitsplätzen erforderlich sind und 90 % der betroffenen Arbeitnehmer zustimmen. Die Zustimmung von 90 % der Arbeitnehmer begründet die Vermutung, dass die Abweichung zur Sicherung von Arbeitsplätzen erforderlich ist. Die Betriebsvereinbarung endet mit Ablauf eines Jahres, wenn nicht 90 % der betroffenen Arbeitnehmer einer Weitergeltung zustimmen. In Betrieben ohne Betriebsrat kann die Abweichung durch Arbeitsvertrag erfolgen; eine Änderungskündigung ist unter den Voraussetzungen des Satzes 2 sozial gerechtfertigt. Auf Antrag einer Tarifvertragspartei, von deren Tarifvertrag abgewichen werden soll, überprüft das Arbeitsgericht, ob die Voraussetzungen für eine Abweichung vorliegen.«

In § 77 Abs. 3 BetrVG soll ein Satz 2 angefügt werden:

»§ 4 Abs. 3 Satz 2 TVG bleibt unberührt.«

124 NJW 1997, 910, These 21.

125 NJW 1997, 911, These 24.

126 *Hromadka*, Mehr Flexibilität für die Betriebe – Ein Gesetzesvorschlag, NZA 1996, 1233, 1239.

127 *Hromadka* (Fn. 31), DB 2003, 47. Ergänzende Begründung durch *Hromadka*, Gesetzliche Tariföffnungsklauseln – Unzulässige Einschränkung der Koalitionsfreiheit oder Funktionsbedingung der Berufsfreiheit, NJW 2003, 1273 ff.

c) Ergänzend: Tarifikündigung aus wichtigem Grund?

Immer schon ist vertragsrechtstypisch erwogen worden, die für die Arbeitsvertragsparteien unzuträgliche Tarifbindung durch außerordentliche Kündigung zu beseitigen. Rechtlich unaufwendig ist das beim Haustarifvertrag: Hier kann der einzelne Arbeitgeber früher nach § 626 BGB und jetzt nach § 314 BGB kündigen¹²⁸. Die zivilrechtsdogmatisch eigentlich spannende Frage, ob die wirtschaftliche Unzumutbarkeit wirklich die Kündigung des Tarifvertrags begründen kann – wiewohl die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit normalerweise in die Risikosphäre allein des Unfähigen rechnet –, bejaht der Tarifenat ohne weiteres¹²⁹. Dafür lässt sich vorbringen, dass der Tarifvertrag kein Austauschvertrag über zu erbringende Leistungen, sondern ein Normenvertrag über die (angemessene) Regelung von Arbeitsbedingungen ist, weswegen die Leistungsfähigkeit gemeinsames Risiko ist.

Das eigentliche Problem liegt im Auseinanderfallen von Vertragspartei und unzumutbarer Beschwerde – beim Verbandstarifvertrag: Der Verband als Tarifpartei kann allenfalls dann kündigen, wenn die Mehrheit seiner Mitglieder unter dem Tarifvertrag unzumutbar leidet, weil nur dann eine Unzumutbarkeit auf kollektiver Ebene bejaht werden kann. Dem einzelnen Arbeitgeber ist die Kündigung verwehrt, weil er nicht Tarifpartei ist¹³⁰.

Möglich bleibt mithin nur ein *Durchgriff*: Entweder gestattet man dem einzelnen Arbeitgeber den Kündigungsdurchgriff wegen individueller Unzumutbarkeit, so wie ich das früher in Anlehnung an § 13 GWB a. F. vorgeschlagen habe¹³¹, was aber insbesondere daran scheitert, dass diese Norm mit dem gesamten Kartellvertragsrecht mit der 6. GWB-Novelle entfallen ist¹³². Durchgriff ist aber auch anders möglich: Der Arbeitgeber kann die Verbandsmitgliedschaft kündigen, weil aus ihr die Geltung der unzumutbaren Tarifbedingungen resultiert, § 3 Abs. 1 TVG. Störend wirkt sich dann »nur noch« § 3 Abs. 3 TVG aus, der trotz beendeter Mitgliedschaft die Tarifbindung andauern lässt. Hält man sich aber vor Augen, dass § 3 Abs. 3 Ausdruck nur der Vertragstreue ist, weil der Arbeitgeberverband seine Mitglieder für die Laufzeit des Tarifvertrags hat binden wollen¹³³, dann muss die Nachbindung des § 3 Abs. 3 teleologisch

128 Aus der Rechtsprechung des Vierten Senats etwa BAG 18. 12. 1996 – 4 AZR 129/96 – EzA § 1 TVG Fristlose Kündigung Nr. 2 = AP Nr. 1 zu § 1 TVG Kündigung = NZA 1997, 830.

129 Hierzu Rieble, Anm. EzA § 1 TVG Fristlose Kündigung Nr. 2 unter III 1 b mit Nachw.

130 Siehe nur BAG 26. 4. 2000 – 4 AZR 170/99 – EzA § 1 TVG Nr. 42 = AP Nr. 4 zu § 1 TVG Kündigung = DB 2000, 1872 = NZA 2000, 1010.

131 Rieble (Fn. 27), Rn. 1565 ff.; ebenso Löwisch, NJW 1997, 906 f.; ders., Anm. zu BAG 18. 12. 1996 AP Nr. 1 zu § 1 TVG Kündigung.

132 Ohne dass der Gesetzgeber Rücksicht auf den Analogiebedarf im Arbeitsrecht genommen hätte.

133 Rieble (Fn. 27), Rn. 1234 f.; Büdenbender, Tarifbindung trotz Austritts aus dem Arbeitgeberverband – eine notwendige oder eine korrekturbedürftige Regelung?, NZA 2000, 509.

reduziert werden, wo die Vertragstreue nicht mehr zumutbar ist. Anders gewendet: Während das erste Modell »§ 13 GWB a. F.« das Kündigungsrecht auf die Gewerkschaft als denjenigen erstreckt, der aus Sicht des Arbeitgebers »hinter dem Verband« steht, wird hier die Kündigung auf das autonome Mitgliedschaftsverhältnis des Arbeitgebers zum Verband beschränkt, dafür aber die Rechtswirkung der Kündigung verstärkt: indem die außerordentliche Kündigung § 3 Abs. 3 TVG zu Fall bringt¹³⁴.

Der Tarifvertrag wirkt aber gleichwohl nach, wie nach jeder außerordentlichen Beendigung der Mitgliedschaft, aber auch jeder fristlosen Kündigung¹³⁵; es ist Aufgabe des Arbeitgebers, die unzumutbaren Tarifbedingungen durch eine andere Abmachung abzulösen. Diese Lösung führt zu rechtsdogmatisch klareren Folgen: Der Arbeitgeber verliert den Schutz der Friedenspflicht und alle anderen Rechte aus der Mitgliedschaft. Er mag sich fortan alleine mit der Gewerkschaft auseinandersetzen.

Diese Vorschläge sind am Ende *unzureichend*, weil sie auf eine Lösung durch *einseitiges Gestaltungsrecht* zielen. Für den Arbeitgeber sind fristlose Kündigung wie außerordentlicher Austritt riskante Rechtsgeschäfte; er kann nicht rechtssicher einschätzen, ob die Tarifbindung nun beseitigt ist oder nicht. Das heißt: Er muss einen langwierigen Rechtsstreit fürchten, und sei es die Tarifbruchunterlassungsklage à la Burda. Und er muss womöglich Rückstellungen bilden. Für einen Ausweg in der akuten Krise kommt alles das zu spät¹³⁶. Jeder vernünftige Berater muss dem Arbeitgeber sagen: Lieber schnellen Beschäftigungsabbau. Für den Insolvenzverwalter dürfte das die erste Wahl zur Vermeidung eigener Haftung sein. Der Arbeitnehmer als primär Begünstigter der Beschäftigungssicherung kommt bei diesen Überlegungen nicht vor. Er wird angesprochen erst, wenn es um die Ablösung der Nachwirkung durch eine andere Abmachung geht.

Freilich: Spiegelbildlich kann man auch dem einzelnen Arbeitnehmer ein Sonderkündigungsrecht gegenüber seiner Gewerkschaft zusprechen, insbesondere, wenn der Tarifvertrag seinen Arbeitsplatz gefährdet. Auch diese Mitgliedschaftskündigung aus wichtigem Grund müsste § 3 Abs. 3 TVG beiseiteschieben. Der Arbeitnehmer könnte dann mit dem Arbeitgeber über tariffreie Arbeitsbedingungen verhandeln. Das hätte den so hübschen wie verfassungsrechtlich angreifbaren Aspekt, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmer zum Zwecke des Arbeitsplatzerhalts aus der Gewerkschaft drängt.

134 Zu dieser »neuen« Variante demnächst *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 532 ff.

135 Offengelassen vom BAG 18. 12. 1996 – 4 AZR 129/96 – (Fn. 128), wie hier *Buchner*, Kündigung der Tarifregelungen über die Entgeltanpassung in der Metallindustrie der östlichen Bundesländer, NZA 1993, 289, 299; *ErfK/Schaub*, 3. Aufl., § 1 TVG Rn. 80; eingehend *Rieble*, Anm. BAG 18. 12. 1996 – 4 AZR 129/96 – EzA § 1 TVG Fristlose Kündigung Nr. 2, S. 40 ff.; a. A. *Otto*, Die Kündigung des Tarifvertrages aus wirtschaftlichen Gründen, FS Kissel (1994), S. 787, 794; *Oetker*, Die Kündigung von Tarifverträgen, RdA 1995, 82, 95; *Belling*, Die außerordentliche Anpassung von Tarifverträgen an veränderte Umstände, NZA 1986, 906, 911.

136 Dazu *Rieble*, Anm. zu BAG 18. 12. 1996 – 4 AZR 129/96 – EzA § 1 TVG Fristlose Kündigung Nr. 2 unter V.

3. Neukonturierung des Günstigkeitsprinzips

a) Verfassungsgarantie der zwingenden Wirkung?

Die bislang herrschende Meinung sagt: Jawohl, der Tarifvertrag muss kraft der von Art. 9 Abs. 3 GG mitgarantierten Tarifaufonomie »im Prinzip« unmittelbar und zwingend gelten¹³⁷, so dass jede Durchbrechung dieser zwingenden Wirkung einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Eben aus diesem Verfassungsprinzip hat *Löwisch* für seinen Gesetzgebungsvorschlag gefolgert, dass die Durchbrechung des Tarifvertrages durch betriebliche Bündnisse für Arbeit wegen Art. 19 Abs. 4 GG justifiabel sein müsse, dass also die Tarifparteien das Recht haben müssen, diejenige wirtschaftliche Notlage, die die Durchbrechung des Tarifvertrages mit Blick auf die Berufsfreiheit und Vertragsfreiheit der Normunterworfenen in verhältnismäßiger Weise rechtfertigt, vom Arbeitsrichter überprüfen zu lassen¹³⁸. Das aber ist letztlich das Ende jedes betrieblichen Bündnisses: Denn Arbeitsplatzzerstörung setzt schnelle und rechtssichere Entlastung voraus – jedes mehrjährige Streitverfahren bringt für das sanierungsbedürftige Unternehmen den Tod.

Nur *Henssler* hat weitsichtig eingewandt, dass andere Rechtssysteme – vor allem in Großbritannien – die zwingende Wirkung des Tarifvertrages nicht kennen, ohne dass dort von einem Verstoß gegen die international-rechtlichen Gewährleistungen der Tarifaufonomie gesprochen wird¹³⁹. Am deutschen Wesen muss die Welt auch im Tarifrecht nicht genesen, weswegen ein Kollektivvertragssystem nicht notwendig mit zwingender Wirkung ausgestattet sein müsse.

Auch ich glaube nicht mehr an die zwingende Wirkung kraft Verfassungsschutz und möchte daher die von *Dieterich* apostrophierte »völlige Einigkeit«¹⁴⁰ aufkündigen. Art. 9 Abs. 3 GG garantiert dem Tarifvertrag nur und immerhin eine Schutzfunktion, aber keine spezifische Ausformung und schon gar kein Recht auf Bevormundung der eigenen Mitglieder. »Irgendwie« – und darüber werden wir uns verständigen müssen – muss der Tarifvertrag die Gewerkschaftsmitglieder mit seinen Arbeitsbedingungen erreichen können, aber nicht stets und nicht gegen den Willen der Arbeitnehmer. Vor allem ist dem Tarifvertrag von der Verfassung keine zwingende Wirkung garantiert, die die Arbeitnehmer in die Arbeitslosigkeit treibt. Das wäre verfassungsrechtliche Prinzipienreiterei, die das Schutzprinzip höher stellt als die zu schützenden Personen.

Um der Frage nach der verfassungsrechtlichen Garantie einer zwingenden Wirkung nachzugehen, muss man sich zunächst Rechenschaft darüber ablegen, was die zwingende Wirkung tarifdogmatisch ist. Sie kennzeichnet(e) den Tarifvertrag zunächst als qua-

137 Siehe nur *Hromádka*, Reformbedarf im Tarifrecht?, FS Wlotzke (1996), S. 333, 345.

138 *Löwisch*, Tariföffnung bei Unternehmens- und Standortgefährdung, NJW 1997, 905 ff., 910 f.

139 *Henssler* (Fn. 17), ZfA 1998, 31 f.; zu den international-rechtlichen Gewährleistungen der Koalitionsfreiheit MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, 2. Aufl. (2000), § 243; in Großbritannien spielte bislang vor allem Art. 11 EMRK eine Rolle.

140 *Dieterich* (Fn. 12), RdA 2002, 8.

sigesetzliche Norm. Die überkommene herrschende Meinung zur Verfassungsgarantie fußt insofern auf dem bisherigen Verständnis der Tarifparteien als berufsverbandlicher Normsetzer im Sinne *Wiedemanns*¹⁴¹. Hier kehrt die (Fehl-)Vorstellung der intermediären Mächte¹⁴² wieder, die »von oben« zur kollektiven Ordnung des Arbeitslebens berufen sind. Sie hält Mitglieder an sich für überflüssig, wie *Gamillscheg*¹⁴³ keineswegs zynisch meint. Und so könnte es ein Verfassungsrecht auf Herrschaft geben¹⁴⁴, also auf zwingende Wirkung ihrer Normen gegenüber den Normunterworfenen. Für deren Durchbrechung müsste man sich auf andere Rechte mit Verfassungsrang berufen, namentlich auf das von Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt und auf das Recht am eigenen Arbeitsplatz, das aber von interessierter Seite zur verfassungsrechtlichen Überhöhung des Kündigungsschutzes, nie aber zur Schwächung des Tarifvertrages genutzt wird – blamable Einseitigkeit des Denkens¹⁴⁵.

Genug des conjunctivus irrealis: Wenn mit der neueren, gerade von *Dieterich* mitentwickelten Lehre die Tarifaautonomie kollektive Privatautonomie ist und »von unten« durch freiwillige Mitgliedschaft legitimiert¹⁴⁶, dann stellt sich die Frage nach der Verfassungsgarantie der zwingenden Wirkung anders: Als kollektive Privatautonomie fußt die Tarifaautonomie auf dem Mandat der Mitglieder »von unten«. Damit steht sie neben deren eigener Privatautonomie. Die kollektive Verhandlungsfreiheit konkurriert mit der Arbeitsvertragsfreiheit. Die zwingende Wirkung des Tarifvertrages ist dann keine Herrschaft, sondern Vorrang des Kollektivvertrages vor dem Individualvertrag, der einer spezifischen privatautonom begreifbaren Rechtfertigung bedarf.

Das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG ist in einem privatautonom verstandenen Tarifsystem *keine* »Ausnahme« von der zwingenden Wirkung der Tarifnorm, sondern Ausdruck einer funktionalen Zuordnung von kollektivem und individuellem Verhandlungsmandat. Im Rahmen dieser Zuordnung kann dem Tarifvertrag kein genereller oder prinzipieller Vorrang vor dem Arbeitsvertrag mehr eingeräumt werden. Denn als Privatautonomie ist die Tarifaautonomie im Verhältnis zur Arbeitsvertragsfreiheit prinzipiell »von gleichem Rang«. Delegation von unten heißt, dass die Tarifparteien eben diejenige schuldrechtliche Regelungsmacht nutzen, die ihnen das Mitglied durch sein Mandat übertragen hat.

141 Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan?, RdA 1969, 321.

142 Oben bei Fn. 40.

143 Doppelanm. zu BAG 30. 8. 2000 und 25. 10. 2000, AuR 2001, 226, 228 unter 5; spezifisch hiergegen *Dieterich*, Tarifaautonomie und Bundesverfassungsgericht, AuR 2001, 390.

144 In diese Richtung auch *Kempen*, 1. FS Hanau (1999), S. 529 ff.

145 Etwa *Stein*, Betriebsbedingte Kündigung und unternehmerische Entscheidung, KJ 2001, 282 ff.

146 Für diese Sicht: *Dieterich* (Fn. 60), FS Schaub (1998), S. 117; *Rieble*, Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5 ff.; *Picker*, Die Tarifaautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung (2000), S. 39 ff.

Der Vorrang des Tarifvertrages vor dem Arbeitsvertrag ist also nicht apriorisch durch Adel oder Herrschaft des Kollektivs gegeben, sondern bedarf seinerseits einer privatautonomen, vertragsfunktionalen Begründung. Dafür gibt es in der Tat Ansätze. Am schlimmsten ist wiederum derjenige, der den Arbeitnehmern jede Vertragsfähigkeit abspricht, weil sie zu schwach und zu dumm sind. Dieser Gedanke *Heinz Potthoffs* – der einzelne Arbeitnehmer sei praktisch gar *nicht vertragsfähig*¹⁴⁷ –, der in dieser Härte nur noch von *Reuter* (»Lohn im ausgereiften Betrieb nur noch kollektivverhandlungsfähig«¹⁴⁸), aber in abgeschwächter Form vielfach vertreten wird¹⁴⁹, degradiert den Arbeitnehmer zum rechtlosen Objekt kollektiver Herrschaftswünsche; *Potthoff* selbst folgerte: »Organisation ist Notwendigkeit und soziale Pflicht des Arbeitnehmers, Organisationszwang ein »Zwang zu Freiheit«. Die Gewerkschaft kann ihre Aufgaben nicht ohne den Gehorsam der Mitglieder erfüllen.« Eben dieses Bild scheint *Reuter* von der Betriebsverfassung als Zwangskorporation zu haben.

Das ist abseitig und in seiner Individualrechte leugnenden Grundtendenz letztlich verfassungswidrig. Die Koalitionsfreiheit begründet kein Herrschaftsrecht der Gewerkschaft über den Arbeitnehmer. Nicht der Arbeitnehmer dient der Gewerkschaft; die Gewerkschaft dient dem Arbeitnehmer. Das ist der Kern der privatautonom-mitgliedschaftlichen Deutung der Tarifautonomie als kollektiver Privatautonomie, die nur »von unten« begriffen werden kann. So wie aber die Legitimation »von unten«, vom Individuum stammt, so dient die kollektive Privatautonomie dem Individuum: sie soll ihm in seiner Verhandlungsschwäche beistehen. Tarifautonomie ist also privatrechtlich zu sehen und nicht etwa die Privatautonomie sozial- oder gruppennützig. Das scheint mir der entscheidende Gegensatz zu den kollektivistischen Rechtsauffassungen zu sein¹⁵⁰. Und in diesem Punkt weiß ich *Dieterich* auf der richtigen Seite; er bringt es mit der Kurzformel auf den Punkt: Aus Art. 9 Abs. 3 GG folge *kein »ordnungspolitisches Mandat«*¹⁵¹.

147 Arbeitsrecht (1928), S. 127.

148 *Reuter*, Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie, RdA 1991, 193, 197, *ders.*, Möglichkeiten und Grenzen einer Auflockerung des Tarifkartells, ZfA 1995, 1, 28 ff.; hiergegen *Rieble* (Fn. 27), Rn. 912; *Picker*, Richardi-Symposium (Fn. 50), S. 87 (Fn. 220) und S. 91 ff.

149 *Kittner*, Der freie Arbeitsvertrag, FS Kissel (1994), S. 497, 509 ff.; *Dorndorf*, Mehr Individualvertragsfreiheit im Arbeitsrecht?, FS Gnade (1992), S. 39 ff.; *Zachert*, Aufhebung der Tarifautonomie durch »freiwillige Regelungen« im Arbeitsvertrag, Betrieb 1990, 986 ff.

150 Siehe *Kempen* (Fn. 22), 1. FS Hanau, S. 529 ff., 536: Die Privatautonomie stehe unter ständigem Funktionsvorbehalt, den das Parlament – jetzt folgt der intellektuelle Überschlag – und ihm gleichgestellt die Tarifparteien wahrnehmen. Die kollektive Selbstbestimmung steht über der individuellen.

151 *Dieterich* (Fn. 15), AuR 2001, 391.

Picker weist mit Recht darauf hin, dass dem Privatrecht das Prinzip der verdrängenden Vollmacht fremd ist¹⁵²: Die Mandatierung beseitigt nicht die eigene Vertragskompetenz. Der Geschäftsherr bleibt »geschäftsfähig«, kann insbesondere die vom Vertreter geschlossenen Verträge aufheben und abändern¹⁵³. Weil also der Tarifvertrag von unten legitimierte kollektive Selbsthilfe ist, begegnen sich mit Tarifvertrag und Arbeitsvertrag Regelungen mit derselben Legitimationsquelle: der individuellen Privatautonomie. Kollektivvertrag und Individualvertrag stehen auf gleicher Stufe. Das ist die mit der *mandatorischen Tarifvertragsdogmatik* verbundene notwendige Rückkehr zur Vertretertheorie. Jene war unzureichend, weil die Gewerkschaft als Stellvertreter nicht weisungsgebunden und ohne eigenes Recht am Vertrag sein darf. Dass die Gewerkschaft keine Befehle des einzelnen Arbeitnehmers auszuführen hat, liegt auf der Hand. Der Grund dafür liegt aber nicht darin, dass die Gewerkschaft eine höhere (intermediäre) Macht mit besserer Legitimation ist, sondern weil sie dem Arbeitnehmer aus zwei Gründen vertragsfunktional überlegen ist: Erstens bündelt sie die Interessen vieler Arbeitnehmer, so dass deren »Weisungen« i. S. v. § 166 Abs. 2 BGB nur als Wünsche in die innerverbandliche Willensbildung eingehen können – Stichwort »demokratische« Organisation. Zweitens ist die Gewerkschaft infolge der gebildeten Gegenmacht im Prinzip verhandlungsstärker, also näher am Gleichgewicht. Freilich kann – und das ist die Krux des Gegenmachtprinzips – die Verhandlungsstärke der Gewerkschaften die Kompensation des Übergewichtes der Arbeitgeberseite ihrerseits übersteigen. Solche »Übermacht« der Gewerkschaften ist als Paritätsstörung schwer nachzuweisen, wird aber am Bumerangeffekt der immer weiter steigenden Arbeitslosigkeit mit ihrer Sockelverfestigung sichtbar. Hierauf bedarf es einer Reaktion.

Umgekehrt hat auch das Individuum keine Befehle der Gewerkschaft oder des Arbeitgeberverbandes auszuführen – eben weil die individuelle Vertragsfreiheit mit der Verbandsmitgliedschaft nicht endet; ein Tarifvertrag ohne zwingende Wirkung ist entgegen *Hanau* keineswegs »unverbindlich«¹⁵⁴. Mit der zwingenden Wirkung wird dem Tarifvertrag nur ein besonderer, der Rechtsordnung im übrigen fremder Durchsetzungserfolg verschafft. Nimmt man dem Tarifvertrag die zwingende Wirkung, so ist die Gewerkschaft lediglich dem Ungehorsam der Mitglieder ausgeliefert¹⁵⁵. Und diese Möglichkeit besteht auch so. Arbeitnehmer dürfen immer noch aus der Gewerkschaft

152 *Picker*, Richardi-Symposion (Fn. 50), S. 50, 56 ff.; ähnlich schon *Rieble* (Fn. 27), Rn. 1579 f.; weiter *Gernhuber*, Die verdrängende Vollmacht, JZ 1995, 381 ff.

153 Das ist entgegen dem von *Kohle* in der Diskussion geäußerten befremdlichen Zivilrechtsverständnis auch kein Widerruf von Vertretergeschäften: Selbstverständlich kann der (einseitige) Widerruf der Vollmacht die Mandatierung nur für die Zukunft beenden (vgl. § 3 Abs. 3 TVG); das ändert jedoch nichts daran, dass Vertretergeschäfte auch gegen den Willen des Vertreters vom Geschäftsherrn mit dem Vertragspartner abgeändert werden können.

154 *Hanau*, Handlungsbedarf im Arbeitsrecht aus rechtlicher Sicht, RdA 1988, 1, 3.

155 *Rieble* (Fn. 27), Rn. 1581; *Reuter*, Möglichkeiten und Grenzen einer Auflockerung des Tarifkartells, ZfA 1995, 1, 39.

austreten, das tun sie auch: immer öfter¹⁵⁶! Der Staat aber hat nicht die Aufgabe (auch nicht aus Art. 9 Abs. 3 GG), Mitgliedergehorsam zu gewährleisten, wo die Koalitionen keine Überzeugungskraft entfalten¹⁵⁷.

Dieterich wendet gegen die umfassende Arbeitsplatzorientierung des Günstigkeitsprinzips ein, dadurch würden die betroffenen Arbeitnehmer unkontrollierten Erpressungsversuchen des Arbeitgebers ausgeliefert¹⁵⁸: Denn ob ein Arbeitsplatz gefährdet sei oder nicht, entscheide der Arbeitgeber kraft seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit. Dieses Argument ist letztlich verfassungsrechtlicher Natur: *Dieterich* behauptet letztlich, dass die von Art. 9 Abs. 3 GG umfasste Schutzfunktion des Tarifvertrages dessen zwingende Wirkung jedenfalls insoweit gebiete, dass der Arbeitnehmer von solchen Erpressungsversuchen verschont bleibe. Das lässt sich in der Tat hören – auch ich habe das früher geglaubt¹⁵⁹.

Freilich: Die Schutzfunktion des Tarifvertrages bezieht sich auf die spezifische Vertragsschwäche des Arbeitnehmers, der sein Arbeitseinkommen zum Überleben braucht und deshalb ohne den starken Arm der Gewerkschaft gezwungen wäre, zu Hungerlöhnen zu arbeiten¹⁶⁰. Die Schutzfunktion des Tarifvertrages bezieht sich gerade nicht auf die Vertragsstärke des Arbeitgebers, der – in Massen – frei darin ist, Arbeitskraft nicht mehr nachzufragen, insbesondere, weil ihm der Preis für die Arbeit zu teuer erscheint. Denn das ist ein allgemeines Marktrisiko: Die Tarifautonomie kann den Arbeitnehmer nicht besserstellen als den Kaufmann. Wer Preise verlangt, die die Nachfrage dämpfen, muss es ertragen, dass seine Leistung nicht mehr nachgefragt wird. Die Tarifautonomie zielt auf den freien Arbeitsvertrag und soll den Arbeitnehmer so stellen, als wäre er so unabhängig wie der Kaufmann, der seine Ware veräußert. Anders gewendet: Die verfassungsrechtlich garantierte Schutzfunktion der Tarifautonomie umfasst nicht den Schutz vor Marktgesetzen.

Hätte *Dieterich* Recht, so hieße das, dass die Schutzfunktion des Tarifvertrages den Tarifvertragsparteien das Recht gäbe, so hohe Löhne zu vereinbaren, dass Arbeitnehmer notwendig in die Arbeitslosigkeit getrieben werden und dass hiergegen kein vertragsrechtliches Kraut wachsen dürfte, sondern dass die arbeitssuchenden Arbeitnehmer allein auf die kluge Einsicht der Gewerkschaften oder aber auf die Gegen-Gegenmacht der Arbeitgeber angewiesen wären. Auf beide kann man sich nicht verlassen: Für die Gewerkschaften gibt es offenbar keine hinreichenden Anreize, insbesondere für Arbeitnehmer mit geringer individueller Produktivität Niedriglöhne vorzuhalten. Einmal

156 Vgl. die iwd-Zahlen Fn. 6.

157 *Löwisch*, Deliktsschutz gegen abtrünnige Mitglieder?, BB 1999, 2080, 2082 f.; *Walker*, Rechtsschutz der Gewerkschaft gegen tarifwidrige Vereinbarungen, ZfA 2000, 29, 38 ff.

158 *Dieterich* (Fn. 12), RdA 2002, 12; ähnlich schon *Hanau*, Die Deregulierung von Tarifverträgen durch Betriebsvereinbarungen als Problem der Koalitionsfreiheit, RdA 1993, 1, 6.

159 Vgl. *Rieble* (Fn. 27), Rn. 1584 ff.

160 Zum Konkurrenzparadoxon *Rieble* (Fn. 27), Rn. 90 ff.

sind dann die Gewerkschaftsbeiträge niedriger. Zum anderen scheint es sich zu lohnen, die Interessen der leistungstärkeren Arbeitnehmer auf dem Rücken der Leistungsschwachen zu vertreten. Dass die Arbeitgeber sich um die Beschäftigung der Schwachen kümmern sollen, insbesondere im Arbeitskampf standhalten, obschon es für sie einfach ist, hierzulande unproduktive Tätigkeiten ins Ausland zu verlagern oder von dort die Zwischenprodukte einzukaufen, darf niemand erwarten.

Das *Dieterichsche* Verständnis von der Tarifautonomie begünstigt die starken Arbeitnehmer – aber eben nicht gegenüber den Arbeitgebern, sondern letztlich gegenüber den schwachen Arbeitnehmern, die im Wettbewerb verdrängt werden, damit die marktstarken Arbeitnehmer ihr hohes Entgelt verdienen. Worum es eigentlich geht, wird bei der Diskussion um die Leiharbeit ebenso wie beim AEntG deutlich: Die Lohngleichstellung dient nicht dem Schutz der unmittelbar betroffenen Arbeitnehmer; diesen wird vielmehr ein so hoher Preis vorgeschrieben, dass sie ihren Preiswettbewerbsvorteil einbüßen.

So muss der Arbeitnehmer zwischen Regen und Traufe wählen: Entweder ist er der Marktmacht des Arbeitgebers ausgeliefert, der seine Leistung nicht zu hohen Preisen will und von ihm Preisnachlass begehrt, oder er ist den Mindestlöhnen der Gewerkschaft ausgeliefert, die seine Beschäftigung vereiteln können. Dass Art. 9 Abs. 3 GG diese Wahl zugunsten der Traufe entschiede, lässt sich schwerlich sagen.

b) Ausgestaltung, Umgestaltung und Verhältnismäßigkeit

Ist also die zwingende Wirkung dem Tarifvertrag verfassungsrechtlich nicht garantiert, weil sich darin nur ein besonderer Durchsetzungserfolg gegenüber dem eigenen Mitglied äußert, so ist die Neukonturierung individueller und kollektiver Vertragsfreiheit zugunsten der ersten kein Eingriff in die Tarifautonomie¹⁶¹, sondern nur Ausgestaltung derselben¹⁶². Angesichts der hohen Arbeitslosigkeit ist diese Ausgestaltung unproblematisch verhältnismäßig – und zwar unabhängig davon, ob man die kollektive Koalitionsfreiheit als selbstständiges oder der Berufsfreiheit dienendes Grundrecht auffasst¹⁶³: Entscheidend kommt es weniger auf die Grundrechtsschublade an, sondern vielmehr auf die Privatnützigkeit der Koalitionsfreiheit.

Während der Erste Senat unter seinem Vorsitz in der Burda-Entscheidung noch gemeint hat, das Günstigkeitsprinzip könne einfachrechtlich modifiziert werden¹⁶⁴, sagt der Gutachter des DGB nunmehr, das Burda-Verständnis sei verfassungsrechtlich geboten. Eben hierzu findet er die Unterkategorie der Umgestaltung: Sie zeichne sich tatbestandlich dadurch aus, dass es zwar um eine Ausgestaltung geht, aber um eine solche,

161 So aber noch *Söllner*, Tarifmacht – Grenzen und Grenzverschiebungen, NZA 2000, Sonderbeilage zu Heft 24, 33, 35.

162 Richtig *Dieterich* (Fn. 12), RdA 2002, 12.

163 Dazu *Hromadka* (Fn. 127), NJW 2003, 1277.

164 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 – (Fn. 11).

die mit der Tradition bricht¹⁶⁵ – Tradition als ein die Verhältnismäßigkeit prägendes Verfassungsgut! Dieser Tatbestand wird rechtlich vom TVG unzweifelhaft erfüllt, emotional können die Gewerkschaften die Marke »Traditionsverein« beisteuern. In der Rechtsfolge bedürfe die »Umgestaltung« besonderer Begründung, weil die Veränderung des bestehenden gewachsenen und eben »erfolgreichen« Tarifrechtes sonst unverhältnismäßig wäre. Diese fehle¹⁶⁶.

Richtig ist der Ausgangspunkt von *Dieterich*: Der Traditionsbruch als solcher, die evolutorische Veränderung, ist nicht schon deswegen Eingriff. Sonst könnte es »Ausgestaltung« nurmehr in bislang ungeregelten Fragen geben, das Bedürfnis nach Anpassung bestehender Regelungen an veränderte Verhältnisse müsste von Rechts wegen »klein geschrieben« werden. Im Ausgangspunkt bin ich als konservativer Jurist sogar damit einverstanden, einer bewährten Regelung »ein bisschen« Bestandsschutz als Vertrauensschutz für die Zukunft über das Verhältnismäßigkeitsprinzip zuzusprechen, entsprechend der alten Devise des BGH, wonach man in eine gewachsene und bewährte Rechtsprechung nur mit triftigen Gründen eingreifen solle¹⁶⁷.

Freilich: *Dieterich* nimmt man das nicht ab. Als Richter hat er selbst und mit Lust immer wieder mit der gewachsenen und bewährten Tradition gebrochen und dem Machtkalkül zugunsten des Kollektivs (auf Arbeitnehmerseite) freien Raum gegeben, vom betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch über den Tarifbruchunterlassungsanspruch bis hin zum Arbeitskampfrecht (Aussperrungsquotierung und Betriebsstilllegung). Überall dort gab es gewachsene und bewährte Strukturen, die ohne Not überwunden wurden. Nähme *Dieterich* sein eigenes Argument ernst, müsste er jene Auffassungen widerrufen. Eine Einseitigkeit, die den Traditionsbruch nur zu Gunsten der Arbeitnehmerseite zulässt, wäre mit dem »Gebot des sozialen Fortschritts«¹⁶⁸ zu begründen. Für jenes gibt es leider keine normative Grundlage. Immerhin können sich seine Befürworter auf Erich Honecker berufen, der den 40. Jahrestag der DDR mit dem Spruch »vorwärts immer, rückwärts nimmer« begangen hat. Das war 1989; das politische wie persönliche »vorwärts« des Herrn H. ist bekannt.

Im Kern kehrt stets dasselbe Argument als Mantra wieder: Das TVG sei eine Erfolgsgeschichte, sei bewährt, jede Veränderung sei letztlich abseitig. Das Gegenteil ist richtig: Dass der deutsche Arbeitsmarkt in gutem Zustand sei, kann man nicht ernstlich behaupten. Schwere Veränderungen des Wirtschaftssystems und der Märkte (Zusammenbruch des Ostblocks, Aufbruch Asiens, weltweite Konkurrenz mit entsprechendem Lohnkostendruck, »wirtschaftliche Revolution«, Virtualisierung von Dienst-

165 *Dieterich* (Fn. 12), RdA 2002, 12.

166 RdA 2002, 14 f.

167 Siehe BGH 29.10.1968 – VI ZR 280/67 – NJW 1969, 98, 100; BAG 15.2.1962 – 2 AZR 322/60 – AP Nr. 35 zu § 1 ArbKrankhG = SAE 1962, 152; speziell für das Arbeitskampfrecht: *Löwisch/Rieble*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (1997), 170.1, Rn. 146.

168 Statt vieler: *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. (1993), Rn. 603.

leistungen etc.) fordern die Anpassungsfähigkeit alter Industrienationen heraus¹⁶⁹ – und damit auch die der Tarifparteien und des Tarifrechtes. Das Tarifvertragssystem wird rechtlich durch die Neuorientierung in Richtung kollektiver Privatautonomie erschüttert. Hinzu kommt ein gewandeltes Menschenbild, das dem Einzelnen – endlich – wieder mehr zutraut, in ihm den mündigen Staats- und Vertragsbürger in einer offenen Zivilrechtsgesellschaft sieht¹⁷⁰. Woran soll hier noch eine Umgestaltung als unverhältnismäßig scheitern? Und so wie *Dieterich* kein verfassungsrechtliches Problem damit hat, die gewachsene und bewährte unmittelbare Grundrechtsbindung à la *Nipperdey* über Bord zu werfen – und den Tarifparteien so mehr Regelungsbefugnisse zu geben –, weil jene Grundrechtsbindung nicht mehr systemgerecht ist, so habe ich kein Problem damit, die Arbeitsvertragsfreiheit in den Vordergrund zu stellen und den Individualvertragsparteien mehr Regelungsbefugnisse zu geben¹⁷¹.

Erkenntnis ist möglich, auch im Tarifrecht. Die bessere Erkenntnis darf zum besseren Recht führen.

c) Austritt als ultimatives Wahlrecht

Wie bei der Wahlrechtsdiskussion im Rahmen des Günstigkeitsprinzips muss auch auf verfassungsrechtlicher Seite stets darauf hingewiesen werden, dass das ultimative Wahl- und Entscheidungsrecht des Arbeitnehmers von der Verfassung garantiert ist: die Wahl zwischen dem »Außenseiterstatus« als Gewerkschaftsmitglied und dem phänomenologischen Normalstatus des Nichtorganisierten. Dass der Nichtorganisierte verfassungsrechtlich wie einfachrechtlich berechtigt ist, Arbeitsverträge zu tarifwidrigen Bedingungen abzuschließen, weil die Tarifverträge für ihn als Nichtmitglied nicht gelten, ist unbestreitbar. Dass solche Verträge aus Sicht des einfachen Tarifrechtes »unverbindlich« im Sinne *Hanaus* sind, liegt daran, dass der Arbeitnehmer – sobald er einmal seinen Arbeitsvertrag hat – jederzeit in die Gewerkschaft eintreten, dadurch (beim tarifgebundenen Arbeitgeber) den Tarifvertrag in Kraft setzen kann, sodass die effektive Vereinbarung untertariflicher Arbeitsbedingungen des Nichtorganisierten gegen einen Arbeitsplatz nur halbseitig zu Gunsten des Arbeitnehmers wirken kann. So erfährt der nichtorganisierte Arbeitnehmer unmittelbar die eine positive Optionswirkung des Ta-

169 Vgl. *Rüthers*, Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht (1996), S. 26 ff.; *Konzen*, Die Tarifautonomie zwischen Akzeptanz und Kritik, NZA 1995, 913, 914, in: Zohlhöfer (Hrsg.), Die Tarifautonomie auf dem Prüfstand (1996), S. 25 ff., 41. Allgemein *Löwisch*, Arbeitsrecht und wirtschaftlicher Wandel, RdA 1999, 69 ff.

170 Zum Arbeitnehmerbild *Fastrich*, Vom Menschenbild des Arbeitsrechts, in: FS Kissel, S. 193; zum individuellen Menschenbild im kollektiven Arbeitsrecht *Picker*, Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung (2000), S. 21 ff.; *ders.* (Fn. 22), ZfA 1998, 675 ff.; für die erhebliche Entwicklung des Verbraucherleitbildes vom Schutzobjekt zum verständigen Individuum: *Sack*, Das Verbraucherleitbild und das Unternehmerrleitbild im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, wrp 1998, 264; *Dreher*, Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ 1997, 167.

171 Ähnlich *Hromádka* (Fn. 127), NJW 2003, 1276 f.

rifvertrages zu Gunsten der Nichtorganisierten¹⁷² – mittelbar ist das eine Lastwirkung, weil kein tarifgebundener Arbeitgeber mit ihm »freie« Arbeitsverträge abschließen kann. Selbst wenn also im Fall Burda/Viessmann/Holzmann die von ihrer Gewerkschaft enttäuschten Arbeitnehmer kollektiv ausgetreten wären – wozu der Arbeitgeber aus Gründen der Beschäftigungssicherung aufrufen kann –, könnten sie auch als Nichtorganisierte den Arbeitsvertrag zu untertariflichen Bedingungen nur mit beschränkter Wirkung abschließen.

Dem dürfte meines Erachtens auch ein Tarifvertragssystem damit begegnen, dass die Arbeitsverträge Nichtorganisierter nach Eintritt des Arbeitnehmers nicht unmittelbar, sondern erst nach einer amortisierenden Mindestlaufzeit – vielleicht ein oder zwei Jahre – dem Tarifvertrag unterstellt würden. Das wäre praktisch ein Spiegelbild von § 3 Abs. 3 TVG, mit dem der *Arbeitsvertragstreue* mehr Gewicht verschafft würde. Spiegelbild deshalb, weil § 3 Abs. 3 TVG auf der konzeptionellen Überlegung beruht, dass in einem Gesamtvertragssystem die eine Seite der anderen die Einhaltung der vereinbarten Bedingungen für eine bestimmte Dauer versprechen können muss. Das lässt sich sonst nur über Mindestmitgliedschaftsfristen machen, etwa nach dem Marktstrukturgesetz. Insofern geht das TVG mit der Entkoppelung von Mitgliedschaft und Vertragsbindung in § 3 Abs. 3 einen anderen Weg, wie das erstmals *Böttcher* gezeigt hat¹⁷³. Nur so bleibt das Recht zum effektiven Austritt trotz laufender unterschiedlicher Tarifverträge (mit ganz unterschiedlichen Laufzeiten und Beendigungsterminen) gewahrt.

Eben dies bewahrheitet sich auch beim Spiegelbild der Arbeitsvertragstreue: Man kann durchaus daran denken, den Kündigungsschutz bei Beschäftigungszusagen zurückzunehmen: Wenn ein Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz nur auf Grund einer untertariflichen Arbeitsbedingung als Außenseiter erhält, so muss er, wenn er der Gewerkschaft beitrifft und so selbst den Arbeitsvertrag außer Kraft setzt, eben den Arbeitsplatz wieder räumen. Das wäre vertragsrechtlich nur eine – sinnvolle – Rückabwicklung in Konsequenz der eigenen Abkehr vom Arbeitsvertrag – aber für die meisten, auch für mich, ein erheblicher Eingriff in das mit der positiven Koalitionsfreiheit verbundene Eintrittsrecht. So gesehen ist auch hier die Abkoppelung von Vertragsgeltung und Mitgliedschaft durch den befristeten Vorrang des beschäftigungssichernden Arbeitsvertrages vor dem Tarifvertrag der bessere weil verhältnismäßigere Weg.

d) kein Verfassungsrecht auf Bevormundung

Auf Arbeitnehmerseite kommt noch folgendes hinzu: Die neuerdings gerühmte Legitimation der Tarifgeltung durch Mitgliedschaft trägt nicht weit. Denn nur (inzwischen angesichts von Tarifprotektionismus: allenfalls) der Arbeitgeber kann effektiv Tariffucht durch Austritt begehen. Tritt der tarifgebundene Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers aus, bleibt er durch die typische Bezugnahmeklausel an

172 Dazu Rieble (Fn. 27), Rn. 1548 ff.

173 Dazu Rieble (Fn. 27), Rn. 1234 f. mit Nachw.

den Tarifvertrag gebunden. Die Mitgliedschaft als Belastungseinwilligung taugt angesichts dieser »betrieblichen Allgemeinverbindlichkeit« nicht¹⁷⁴. Verweigern können sich die Arbeitnehmer ihrer Gewerkschaft also nicht effektiv durch Austritt, sondern effektiv nur über den Tarifungehorsam beschäftigungssichernder Arbeitsverträge – und im Arbeitskampf!

Schon auf Arbeitgeberseite kann es kein Verbandsrecht auf Bevormundung des Mitgliedes geben, wie der Vorrang des Haustarifes gerade des verbandsgebundenen Mitgliedes vor dem Verbandstarif deutlich macht: Weder verliert der Arbeitgeber durch die Verbandsmitgliedschaft seine Haustariffähigkeit, noch kann der Verbandstarif Vorrang vor dem Haustarif beanspruchen; die Tarifkonkurrenzlehre sagt vielmehr umgekehrt: Der Haustarif mit derselben Gewerkschaft ist notwendig spezieller und geht deswegen vor. Dahinter steht das Prinzip, dass die Vertragskompetenz des Individuums derjenigen des Verbandes vorrangig ist. Weshalb soll es auf Arbeitnehmerseite nicht ebenso sein können – immer aus dem Blickwinkel der kollektiven Koalitionsfreiheit.

Anders gewendet: Das klassisch harte Verständnis des Günstigkeitsprinzips ist von der Verfassung nicht geboten. Weder die leicht aufgelockerte moderne Variante des Günstigkeitsprinzips mit seinem Wahlrecht ist verfassungswidrig, noch ist es der Vorschlag von *Heinze*, der jede freiwillig einvernehmliche Änderung des Tarifvertrages durch den Arbeitsvertrag als günstiger ansehen will¹⁷⁵, noch ist der Vorschlag *Schliemanns* verfassungswidrig, der das Äpfel-Birnen-Trennungsgebot des Ersten Senates durch seine synallagmatische Betrachtung unterlaufen will¹⁷⁶.

Es geht schlicht zu weit, das TVG, so wie es heute ist oder wie es gerade verstanden wird, in die Verfassung hineinzuinterpretieren. Das ist allein im Interesse der veränderungsunwilligen Gewerkschaften, die mit *Dieterich* einen hochpotenten Gutachter gefunden haben. Mir leuchtet diese Verfassungsgarantie nicht mehr ein. Im Gegenteil: Weil die kollektive Koalitionsfreiheit kein klassisches Grundrecht im Sinne eines unveränderlichen Bestandes an rechtlicher Mindestausstattung ist, sondern ein Element der im übrigen unregelmäßig verfassten Wirtschaftsordnung in das Grundgesetz trägt, darf sie nicht rigide mit statischen Inhalten gefüllt werden. Für jede Wirtschafts- und Arbeits(markt)verfassung gilt: sie muss angesichts einer sich wandelnden Welt veränderungsfähig bleiben. Verfassungsrechtler und -richter sind nicht berufen, über die evolutorische Kraft eines Wirtschaftssystems zu entscheiden. Art. 9 Abs. 3 GG ist keine »arbeitsrechtliche Wundertüte«¹⁷⁷. Mit *Picker* ist festzuhalten: Materielle, freiheitsbedrohende Not leiden die Arbeitnehmer heute nicht mehr; auch insofern hat sich die Tarifaufonomie von ihrer ursprünglichen Rechtfertigung gelöst, ist auf gewisse

174 Im Ergebnis auch *Hromádka* (Fn. 127), NJW 2003, 1275: Theorie versagt.

175 *Heinze*, Tarifaufonomie und sogenanntes Günstigkeitsprinzip, NZA 1991, 329, 334 f.

176 *Schliemann*, Richardi-Symposium (Fn. 114), S. 1 ff.; *ders.* (Fn. 114), NZA 2003, 122 ff.

177 Schon *Zöllner*, Der Abbau einheitsvertraglicher Arbeitsbedingungen im nicht tariflich gesicherten Bereich, RdA 1969, 250, 254; *Henssler* (Fn. 17), ZfA 1998, 4.

Weise »überlebt«¹⁷⁸. Die Gewerkschaften haben sich mit ihrem großen Wohlstandserfolg auf gewisse Weise selbst erübrigt, womit die »*doppelte Dialektik gewerkschaftlicher Sinngebung*« (Zacher) eingetreten ist, dass nämlich »Gewerkschaften system-immanent auf soziale Verbesserungen hinwirken müssen, deren Verwirklichung das Interesse an der gewerkschaftlichen Organisation abbauen muss; und dass Gewerkschaften system-transzendent in die Gefahr geraten können, soziale und politische Verhältnisse zu fördern, in denen sie aufhören würden, eine unter vielen Kräften einer freien Wirtschaft und Gesellschaft zu sein«¹⁷⁹. Auch diese Veränderung muss die Tarifaufonomie verarbeiten können.

Die richtige Reaktion besteht jedenfalls nicht darin, das Freiheitskonzept von Koalitionsfreiheit und Tarifaufonomie in ein Protektorkonzept zu verwandeln. Mit *Friedrich-August von Hayek*: »Dass die Arbeitnehmer ein Recht haben, Gewerkschaften zu bilden, heißt aber nicht, dass die Gewerkschaften ein Recht haben, unabhängig vom Willen der einzelnen Arbeitnehmer zu existieren«¹⁸⁰. Und sowenig die Tarifparteien ein Recht haben, gegen den Willen ihrer Mitglieder überhaupt zu existieren, so wenig haben sie ein Recht, die Mitglieder gegen deren achtenswerten Willen zu bevormunden.

Verfassungsrechtlich ist zunächst daran festzuhalten, dass der Tarifvertrag *unmittelbar* gelten muss: Das ist Konsequenz des privatautonomen Mandates: Weil der Arbeitgeber seinen Verband beauftragt und weil der Arbeitnehmer seine Gewerkschaft mandatiert, müssen die auf kollektiver Ebene vereinbarten Arbeitsbedingungen auch für die Individuen gelten. Daraus folgt dann grundsätzlich eine »arbeitsvertragliche Stunde Null« für die Tarifparteien mit entsprechendem Regelungsvorrang. Tarifverträge könnten mithin durch den Gesetzgeber umfassend dispositiv gestellt werden, auch der die zwingende Wirkung ergänzende Verzichtsschutz des § 4 Abs. 4 TVG ist nicht geboten.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, so werde dem Arbeitnehmer der Tarifschutz schlechthin entzogen: Denn die Dispositivität des Tarifvertrages eröffnet dem Arbeitnehmer umfassende Verhandlungsfreiheit, weil er vor dem materiellen Hintergrund des Tarifvertrages handelt. Ihm wird die Kompetenz zugesprochen, den Verzicht auf bestimmte tarifliche Arbeitsbedingungen »zu verkaufen«, etwa die Bereitschaft zur Arbeit über die tarifliche Arbeitszeit hinaus oder zur Arbeit während des Tarifurlaubs. Wenn sein Arbeitsplatz gefährdet ist, kann er den Verbleib erkaufen. Und der Arbeitslose kann sich durch Einstiegarbeitsbedingungen unter Tarif »einkaufen«. Die individuelle Vertragsstärke des Arbeitnehmers wird nachhaltig erhöht – auf Kosten des Kollektivs¹⁸¹. So wie tarifdispositives Gesetzesrecht das Verhandlungsgleichgewicht

178 *Picker*, Richardi-Symposium (Fn. 50), S. 77 f., 80 f. auch dazu, dass es keine Besitzstandsgarantie für Gewerkschaften geben kann.

179 *Zacher*, Gewerkschaften in der rechtsstaatlichen Demokratie einer Arbeitnehmergesellschaft, 2. FS Böhm (1975), S. 707, 710.

180 Verfassung der Freiheit, 3. Aufl. (1991), S. 348.

181 Dazu schon *Rieble* (Fn. 27), Rn. 1608.

zwischen den Tarifparteien verschiebt, so korrigiert der dispositive Tarifvertrag das Verhandlungsungleichgewicht zugunsten des Arbeitnehmers. Dass der Arbeitgeber auf diese Weise dauerhaft untertarifliche Arbeitsbedingungen erkaufte, ist für sich genommen nicht zu beanstanden, entscheidend kommt es darauf an, dass er dies nicht gegen den freien Willen des Arbeitnehmers erzwingen darf.

Ich will das an einem Beispiel erläutern: Der Manteltarifvertrag für *Waldarbeiter* der Länder und der kommunalen Arbeitgeberverbände Rheinland-Pfalz und Saar i. d. F. vom 23. 4. 2002 sieht in seinem § 60 Abs. 2 vor, dass für ältere Arbeitnehmer, die über die Altersgrenze von 65 hinaus weiterbeschäftigt werden sollen, alle Tarifbedingungen bis auf den Tariflohn dispositiv sind. Der Tariflohn ist ersichtlich nur ausgenommen, damit die Alten keinen Unterbietungswettbewerb starten können. Eine solche Öffnungsklausel ist – als freiwillig-tarifautonome wie als gesetzliche – aus meiner Sicht unproblematisch selbst dann, wenn man den Tariflohn einbezieht: Denn die Alten jenseits der Altersgrenze verhandeln typischerweise vor dem Hintergrund, dass sie jederzeit Altersrente beziehen können: Ihre Arbeitsverträge sind frei. Und so ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn ein älterer Arbeitnehmer, dem Entgeltsicherung und Seniorität derart hohe Tariflöhne aufzwingen, dass er jungen leistungsfähigeren Arbeitnehmern im Wettbewerb unterliegt, sich durch einen Arbeitsvertrag »ein- und freikaufte«.

Damit will ich nicht sagen, dass gerade dieses Verständnis von der Günstigkeit das einfachrechtlich richtige ist. Doch sollten wir uns des ehrenvollen Streites um das richtige Recht nicht durch Berufung auf das verfassungsrechtlich festgelegte entziehen. »Burda« ist verfassungsrechtlich nicht geboten: Der Arbeitsvertrag darf Äpfel und Birnen vergleichen – weil er selbst die Vergleichbarkeit privatautonom herstellt. Das folgt nicht nur aus dem individuellen Vertragswillen, das folgt auch aus der Verkehrsauffassung: Ich bin mir sicher, dass eine Meinungsumfrage unter Arbeitnehmern zu der Frage, ob eine Entgeltverringerung durch einen Zugewinn an Arbeitsplatzsicherheit zu rechtfertigen ist, eine überwältigende Mehrheit ergeben wird.

Dementsprechend können die jüngsten Gesetzentwürfe in Abkehr von der Äpfel-Birnen-Logik ohne weiteres die Beschäftigungssicherung zum Günstigkeitsvergleich »zulassen«. Damit wird nicht nur »Burda« überwunden, zugleich wird damit allgemein der Sachgruppenzusammenhang als Grenze des Günstigkeitsprinzips aufgegeben und dem Arbeitnehmer gestattet, eine Verschlechterung der Tarifbedingungen mit einer arbeitsvertraglichen Kompensation als »günstiger« zu überwinden. Das Gesetz anerkennt so die Kraft des autonomen Vertrages, Unvergleichliches vergleichbar zu machen – wie das dem Synallagma seit je eignet.

e) Einfachrechtlich: geltendes Günstigkeitsprinzip

Solange der Gesetzgeber schweigt, geht es um die einfachrechtliche Frage, ob das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG als »einfach-gesetzliche Öffnungsklausel« durch »Neuinterpretation« der Beschäftigungssicherung geöffnet werden kann. Solange § 4 TVG gilt, solange also der Gesetzgeber nicht dem neuen Günstigkeitsprin-

zip Bahn bricht, zieht der einfachrechtliche Wortlaut des § 4 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 Grenzen. Wer es verfassungsrechtlich mag, kann diese Grenze mit der Bindung des Richters an das Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG »veredeln«. Für den einfachen Arbeitsrechtler lautet die Frage: Was kann das BAG – insbesondere sein Vierter und sein Erster Senat – zur Neukonturierung des Günstigkeitsprinzips beitragen, solange sich der Gesetzgeber nicht zur Neuregelung entschließt?

Immerhin hat es das BAG inzwischen schon verstanden, die gesetzliche Mindestausbildungsvergütung des § 10 BBiG »beschäftigungs-, also ausbildungssichernd« zu modifizieren. Hier setzt sich immerhin die Einsicht durch, dass der – ordnungspolitisch verfehlt dynamische – Mindestlohn Ausbildungsplätze verhindert und vernichtet. Erfolgt die Ausbildung durch einen gemeinnützigen Bildungsträger und wird sie von der Bundesanstalt für Arbeit finanziert, so sorgt der Vorrang des Sozialrechts, dass die Ausbildungsvergütung erbärmlich sein darf¹⁸². Und auch sonst soll – so die weithin freie Erfindung des Sechsten Senats – das Mindestmaß der Ausbildungsvergütung von 80 % auf 66 % oder 70 % der (tarif)üblichen sinken, wenn die Ausbildung durch öffentliche Gelder und private Spenden finanziert wird und der nicht-tarifgebundene Arbeitgeber davon allerdings »keinerlei finanzielle Vorteile« hat¹⁸³. Die entscheidenden Wendungen lauten: »Ohne die finanzielle Beteiligung Dritter hätte der Ausbildungsplatz der Klägerin nicht zur Verfügung gestanden¹⁸⁴« und »Um so vielen betroffenen Jugendlichen wie möglich eine Zukunftsperspektive auf dem Arbeitsmarkt eröffnen zu können, kann es gerechtfertigt sein, die Ausbildungsvergütungen geringer zu halten¹⁸⁵.« Ist soviel Einsicht nicht auch beim Günstigkeitsprinzip möglich¹⁸⁶?

(1) § 4 Abs. 3 TVG fordert Vergleich von Regelungsinhalten

Aus dem Wortlaut folgen zwei Restriktionen: Aus der in Abs. 1 Satz 1 festgelegten zwingenden Wirkung »im Prinzip« folgt, dass das Günstigkeitsprinzip des Abs. 3 diese nicht vollständig ausschalten darf. Eine noch so weite Interpretation des Günstigkeitsprinzips muss der zwingenden Wirkung und damit § 4 Abs. 1 TVG Raum lassen.

Zweitens setzt die Günstigkeit des § 4 Abs. 3 TVG einen *inhaltlichen Vergleich zweier Regelungen* voraus. Die bloße Freiwilligkeit des Arbeitsvertrages als solche bezieht sich nur auf die Art und Weise des Zustandekommens. Freiwillig könnte auch ein

182 BAG 16.1.2003 – 6 AZR 325/01 – EzA § 10 BBiG Nr. 7 = AP Nr. 13 zu § 10 BBiG = NZA-RR 2003, 607.

183 BAG 24.10.2002 – 6 AZR 626/00 – EzA § 10 BBiG Nr. 8 = AP Nr. 12 zu § 10 BBiG = NZA 2003, 1203; jetzt BAG 8.5.2003 – 6 AZR 191/02 – EzA § 10 BBiG Nr. 10 = AP Nr. 14 zu § 10 BBiG = NZA 2003, 1343.

184 BAG 24.10.2002 – 6 AZR 626/00 – (Fn. 184) unter III 3 der Gründe.

185 BAG 24.10.2002 – 6 AZR 626/00 – (Fn. 184) unter III 3 bbb der Gründe.

186 Dazu noch *Natzel*, Äpfel oder Birnen? Beschäftigung oder Arbeitsrecht?, NZA 2003, 835.

altruistischer »Verzicht«¹⁸⁷ auf das Entgelt sein, für den der Arbeitnehmer gar keine Gegenleistung erhält. Ihn verbietet das Gesetz.

Deswegen ist auf der einfachrechtlichen Ebene aus meiner Sicht der *Heinze*-Vorschlag¹⁸⁸ nicht zu verwirklichen: Dass ein Arbeitsvertrag durch und durch freiwillig zustandegekommen ist, macht ihn nicht günstiger i. S. v. § 4 Abs. 3 TVG¹⁸⁹. Das Günstigkeitsprinzip verlangt einen Vergleich beider Regelungsinhalte. Beide Einschränkungen meinen letztlich dasselbe: *Heinze* will mit seinem Freiwilligkeitsvorbehalt in Wahrheit die zwingende Wirkung abschaffen und lediglich das Nutzen der allgemeinen Dispositivität von Tarifregeln von einer vertragsfunktionalen, aber nicht inhaltlichen Qualität des Arbeitsvertrages abhängig machen. Das wiederum ist dem Gesetzgeber vorbehalten.

Auf der zweiten Stufe: günstiger ist der Arbeitsvertrag nicht schon wegen einer nachfrageerhöhenden oder -stabilisierenden beschäftigungssichernden *Wirkung*. Dass dem Arbeitgeber infolge einer Entgeltabsenkung der Kündigungsanreiz wirtschaftlich genommen ist, ist zweifellos ein Vorteil – aber eben keiner, der Inhalt des Arbeitsvertrages ist. Auch schon jeder faktische Verzicht auf eine betriebsbedingte Kündigung in der aktuellen Sekunde des Arbeitsverhältnisses ist von Vorteil: Man kann sogar die Frage nach der Wirksamkeit der hypothetischen Kündigung des Arbeitgebers dahinstehen lassen; ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis ist günstiger als ein gekündigtes, weil der Arbeitnehmer um den Erhalt seines Arbeitsplatzes nicht kämpfen muss. Freilich besagt das für den Günstigkeitsvergleich noch wenig: Denn dass ein Lohnverzicht oder ein Dispens von anderen Tarifstandards als ökonomische Folgewirkung den Arbeitsplatz sichert, ist für sich genommen irrelevant.

Das Günstigkeitsprinzip stellt nicht auf einen Wirkungsvergleich ab, sondern auf einen Vergleich der Regelungsinhalte¹⁹⁰. Zwar ist es denkbar, die Dogmatik des Günstigkeitsvergleiches auch wirkungsbezogen zu verstehen, so wie das Kartellrecht wesentlich auf die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der wettbewerbsbeschränkenden Abreden abstellt. Doch geht es beim Günstigkeitsprinzip (derzeit) nicht primär um die

187 Der Sache nach geht es nicht um einen Lohnverzicht nach § 4 Abs. 4 TVG, sondern um eine Änderung der lohnerzeugenden – tariflichen – Regelung durch Arbeitsvertrag, die nur nach § 4 Abs. 3 TVG möglich ist.

188 *Heinze* (Fn. 175), NZA 1991, 329, 334 f.

189 Siehe schon *Rieble* (Fn. 27), Rn. 1606; so auch *Schliemann* (Fn. 114), NZA 2003, 126.

190 Das zeigt sich etwa an der geringfügigen Herabsetzung von Lohn- oder Arbeitszeit, um Beitrags- oder Steuerlasten zu vermeiden oder Ansprüche auf staatliche Leistungen (etwa Wohngeld) zu begründen oder zu erhöhen, die nicht vom Günstigkeitsprinzip gedeckt ist: BAG 11.9.1974 – 4 AZR 515/73 – AP Nr. 3 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie für die Rundung; *Wank*, in: Wiedemann, § 4 Rn. 379: keine konkludente Öffnung des Tarifvertrags; widersprüchlich *Koberski/Clasen/Menzel*, § 4 Rn. 101 einerseits und Rn. 114 andererseits. Zu großzügig BSG 28.2.1990 – 10 RKG 15/89 – NZA 1990, 995: Verzicht auf Teile der tariflichen Ausbildungsvergütung, um Kindergeldberechtigung der Eltern zu erhalten.

Milderung schädlicher Vertragsinhalte, sondern um die Sicherung der Individualvertragsfreiheit und damit genuin um die Beschäftigung mit Regelungsinhalten. Günstiger kann mithin nur ein Arbeitsvertrag sein, der seinerseits einen konkreten beschäftigungssichernden Inhalt hat:

Der Arbeitgeber muss also, um dem Arbeitnehmer den Tarifdispens »abkaufen« zu können, konkrete inhaltliche Beschäftigungssicherung zusagen:

- sei es die individuelle Unkündbarkeit – unbegrenzt oder aber für die Dauer der Beschäftigungsabrede oder für eine fest vereinbarte Sanierungsphase,
- sei es eine verlängerte Kündigungsfrist, etwa von einem Jahr,
- sei es eine »Straf«-Zahlung für den Fall planwidriger Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die für den Arbeitgeber entsprechende verhaltenssteuernde Wirkung auslöst.

(2) Tarifverteidigung durch tarifliche Beschäftigungssicherung

Drittens: Dadurch, dass der Günstigkeitsvergleich ein *Vergleich von Regelungsinhalten* ist, ist automatisch der Tarifaufonomie hinreichend Rechnung getragen: Die *Tarifparteien können selbst Beschäftigungssicherungselemente* der vorgenannten Art vorsehen. So mag der Tarifvertrag ganz konkret in einer Standortsicherungsabrede betriebsbedingte Kündigungen befristet ausschließen. Um »günstiger« zu sein, muss der Arbeitsvertrag in diesem Fall dann den Tarifvertrag in der Beschäftigungssicherung noch überbieten. Dem ohnehin unkündbaren Arbeitnehmer hilft also auch das Günstigkeitsprinzip nicht¹⁹¹.

Wenn Arbeitsverträge nach dem »neuen« Günstigkeitsprinzip durch Beschäftigungszusage den Tarifabschlag rechtfertigen können, so hat das seinen Grund vor allem darin, dass der Tarifvertrag sich sträflich der Beschäftigungssicherung nicht annimmt. Je höher das tarifliche Beschäftigungssicherungsniveau ist, desto weniger Raum bleibt für den beschäftigungssichernden Arbeitsvertrag. Spätestens dann bleibt dem Arbeitgeber nur die Flucht aus dem Tarifvertrag.

Hieran zeigt sich dann aber auch, dass der Tarifvertrag als Regelungsinstrument durch dieses beschäftigungsorientierte Günstigkeitsprinzip eben nicht »ausgehebelt« wird: Das »kompensatorisch verstandene« Günstigkeitsprinzip kann nur solange effektiv vorstoßen, solange der Tarifvertrag selbst zur Beschäftigungssicherung wenig Brauchbares leistet. So gesehen *öffnet nicht das Günstigkeitsprinzip den Tarifvertrag*: die Tarifparteien selbst sind es, indem sie das Feld der Beschäftigungssicherung unbestellt lassen und damit erst die Arbeitsvertragsparteien herausfordern.

Damit wird der Ball zurück in das Feld der Tarifparteien gespielt: Wenn sie selbst ihre Tarifaufonomie durch beschäftigungssichernde Elemente aktualisieren, sind sie insofern und insoweit vor dem Günstigkeitsprinzip geschützt – wenn das kein sinnvoller Anreiz ist! Zugleich ist so ein weiteres verfassungsrechtliches Argument gewonnen: Die Verteidigung der Tarifaufonomie liegt in den Händen der Tarifparteien. Da gehört sie hin.

191 Hellsichtig: *Adomeit*, Regelung von Arbeitsbedingungen ... (Fn. 107), S. 44.

(3) Keine generelle Ausschaltung der zwingenden Wirkung des § 4 Abs. 1 TVG
Diesem Einwand müssen sich *Schliemann*, *Buchner* und *Adomeit* stellen: Wird nicht mit der Beschäftigungssicherung auf der Basis des die Vergleichbarkeit herstellenden Arbeitsvertrages – Arbeitsplatz im Eintauch gegen Tarifdispens – die einfach-rechtliche zwingende Wirkung grundsätzlich ausgehebelt? Ist dem Richterrecht mithin jeder Weg versperrt?

Wer die Frage »prinzipiell« angeht, kommt schnell zum »ja«. Als Rechtsprinzip ist die zwingende Wirkung in Gefahr, weil eine Arbeitsplatzgefahr nach bisherigem Kündigungsrecht mit der freien Unternehmerentscheidung leicht herzustellen ist. Kann nicht jeder Arbeitgeber die Verlagerung einer Produktionseinheit in die Tschechei oder ins Elsass androhen (Viessmann und Burda), weil dort die Löhne günstiger seien? Erst wenn sich diejenigen durchsetzen, die die betriebsbedingte Kündigung mit einer umfassenden Kontrolle unternehmerischen Handelns verbinden wollen¹⁹², wäre dieser Missbrauch zu verhindern. Muss deshalb das erweiterte Günstigkeitsprinzip mit einer Verschärfung des Kündigungsschutzes »erkauft« werden?

Doch ist die zwingende Wirkung im TVG nicht zum Behufe der Prinzipienreiterei normiert. Sie soll die Schutzfunktion des Tarifvertrages konkretisieren. Dementsprechend kommt es auf die faktischen Verhältnisse an. Solange in der Wirklichkeit des Arbeitslebens der überwiegende Teil der tarifgebundenen Arbeitnehmer mindestens zu Tarifbedingungen arbeitet, solange greift auch die zwingende Wirkung als Schutzelement. Anders gewendet: Wenn von diesem Günstigkeitsprinzip nicht mehr als 20 % der tarifgebundenen Arbeitnehmer Gebrauch machen, also mindestens 80 % bei der normativen Wirkung des Tarifvertrages bleiben, lässt sich von einer »Erosion« des Flächentarifes und seiner zwingenden Wirkung oder gar von einer gesetzwidrigen Richterrechtsbildung nicht sprechen.

Und eben das steht gar nicht zu erwarten: das öffenungsfreudigste und insofern modernste Tarifwerk – nach meinem Eindruck – findet sich in der Chemischen Industrie. Einsteigertarife für Langzeitarbeitslose, Entgeltkorridor und die umfassende MTV-Öffnungsklausel für ausgliederungsbedrohte Dienstleistungsbereiche werden zwar effektiv genutzt, das ist auch ihr Zweck. Nach Auskunft der Tarifparteien der Chemischen Industrie bleibt es aber bei deutlich über 90 % »Flächentariftreue«.

Schließlich gilt auch hier: Die Tarifparteien öffnen – bei diesem neuen Günstigkeitsverständnis – die Pforten selbst, indem sie die Beschäftigungssicherung tariflich nicht regeln.

(4) Kein Schutz durch kollektive Absicherung (Mitbeurteilung des Betriebsrates)
Nun meinen Freunde des Günstigkeitsprinzips, man könne – am Ende – dem Arbeitnehmer doch nicht (zu)viele (zu)trauen: Einen »freien Beschäftigungssicherungsvertrag« könne der Arbeitnehmer nicht abschließen, er sei doch stets dem Druck des Arbeit-

192 Siehe nur Fn. 145.

gebers ausgesetzt. Das ist letztlich ein Hauch jener *Pottboffs*chen Irrlehre (bei Fn. 147), die den Arbeitnehmer für vertragsunfähig hält. Beispielhaft ist *Konzen*, der sich – allerdings de lege lata – für das den Vertrag begleitende Belegschaftsquorum aussprach¹⁹³, worin ihm die aktuellen Gesetzgebungsvorschläge zu § 4 Abs. 3 TVG insofern folgen (FDP: Fn. 119; Freistaat Sachsen: Fn. 121; CDU/CSU: Fn. 123). Auch *Schliemann* will für seinen Vorstoß die Stellungnahme des Betriebsrates als »gewichtigen Anhaltspunkt« für das Günstigkeitsurteil werten¹⁹⁴.

Indes: das ist systematisch unsinnig und verfehlt praktisch den Schutzzweck. Das Günstigkeitsprinzip schützt das Individuum vor dem Kollektiv und schafft dem Arbeitsvertrag seinen Freiraum. Dementsprechend ist die Wahrnehmung solcher Individualvertragsspielräume von kollektivem Einfluss gerade freizuhalten. Der Betriebsrat ist nicht zuständig für die Mitbeurteilung der arbeitsvertragsbezogenen Günstigkeit. Die Individualvertragsfreiheit steht dem Individuum zu. Wer hier noch kollektive Sicherung einbaut, will das Individuum entmündigen. Außerdem wird so über einen Umweg der Betriebsrat doch wieder gegen den Tarifvertrag in Stellung gebracht, was verfassungsrechtlich deutlich schwerer wiegt, als wenn man dem Arbeitnehmer die individuelle Entscheidung überlässt.

Ganz praktisch: Angehörige betrieblicher Minderheitengruppen, deren Beschäftigungssicherung dem amtierenden Betriebsrat kein Herzensanliegen ist, haben Anspruch auf ebensoviel Beschäftigungssicherung wie die Mehrheit. Jene Gedanken zielen zu sehr auf das betriebseinheitliche Bündnis, wenn der ganze Betrieb von der Schließung bedroht ist. Doch ist das Günstigkeitsprinzip eben vertrags- und nicht betriebsbezogen. Kleine Abteilungen und einzelne Arbeitnehmer können ihren Verbleib im Betrieb ebenso sichern.

(5) Schutz durch »objektive« Vertragskontrolle?

Wer dem Arbeitnehmer nicht traut, will eine konkrete Vertragskontrolle: Hat die vom Arbeitgeber behauptete Kündigungsgefahr überhaupt bestanden? Wie groß war diese Arbeitsplatzverlustgefahr (gemessen in »milli-Dieterich [mD]«)? Sollte nicht die Wirksamkeit der Beschäftigungssicherungszusage an einen betriebsbedingten Grund i. S. v. § 1 KSchG gebunden sein, Wirksamkeit also nur dann, wenn der Arbeitgeber wirklich (und hypothetisch) hätte kündigen können¹⁹⁵? Selbst *Schliemann* will die Bestandschutzzusage des Arbeitgebers nur dann als günstiger ansehen, wenn »die Existenz des Arbeitsplatzes aktuell und ernstlich bedroht ist«¹⁹⁶, will aber den Arbeitsvertragsparteien hierbei einen Beurteilungsspielraum belassen¹⁹⁷.

193 *Konzen* (Fn. 169), NZA 1995, 919 = in: Zohnhöfer, S. 41.

194 (Fn. 114), NZA 2003, 127.

195 Hiergegen *Schliemann* (Fn. 114), NZA 2003, 126.

196 *Schliemann* (Fn. 114), NZA 2003, 126.

197 *Schliemann* (Fn. 114), NZA 2003, 127.

Das ist dogmatisch nicht stimmig: Insofern verfielen man nun auf der Kontrollseite in eine *Beurteilung von Wirkungen statt von Regelungsinhalten*. Es geht aber nicht darum, in welchem Maße sich der Tarifvertrag arbeitsplatzgefährdend auswirkt und inwieweit der Arbeitsvertrag mit seiner Gegenwirkung dies neutralisiert. Wollte man das ernstlich anders sehen, müsste auch gleich noch eine wirtschaftliche Kontrolle des Sanierungskonzeptes her. Denn sonst droht ja Entwertung der Beschäftigungszusage durch Insolvenz. Im Insolvenzfall aber ist jeder Vertrag von beschränktem Wert. Eine solche umfassende »Beschäftigungswirkungsanalyse« überforderte den Richter auch dann, wenn den Vertragsparteien ein gewisser Einschätzungsspielraum zugebilligt würde. Um wieviel sicherer ein Arbeitsplatz infolge einer Beschäftigungssicherungsvereinbarung geworden ist, lässt sich schlicht nicht messen. Entgegen dem Leitbild des BGB würde auch der Individualvertrag einer umfassenden Inhaltskontrolle unterstellt.

Erinnert man sich, dass es um den Vergleich von Regelungsinhalten geht, so lautet die Frage, ob ein Arbeitsvertrag mit einer inhaltlichen Beschäftigungszusage, aber mit Tarifabschlag, günstiger ist als der Tarifvertrag. Diese Frage ist objektiv oder objektiviert überhaupt nicht zu entscheiden. Subjektiviert aber entscheiden die Arbeitsvertragsparteien diese Frage eigenverantwortlich. Das ist die große Freiheit, die die Privatautonomie gewährt, die einen Tausch von Äpfeln gegen Birnen zulässt und auch sonst zu einer Preisfindung führt, die »objektiv« nicht nachvollziehbar ist, aber funktioniert.

Allenfalls ein Plausibilitätstest ist denkbar, der dem Arbeitsvertrag die Günstigkeit abspricht, wenn das Beschäftigungssicherungsziel nur vorgeschoben ist. Insofern stünde letztlich eine Umgehungskontrolle in Rede. Und nur im Sinne einer Umgehungskontrolle lässt sich das Ausmaß des Tarifabschlages in ein plausibles Verhältnis zur Beschäftigungssicherung stellen – genauer: ein erhebliches Missverhältnis beanstanden.

Wenn der ältere Lohnbuchhalter seinen Arbeitsplatz sichern will, darf ihm der Arbeitgeber durchaus mehr abverlangen, als zur Herstellung von Konkurrenzfähigkeit erforderlich ist (etwa gegenüber der Fremdvergabe der Buchhaltung an Datev). Nur bewuchern darf er den Arbeitnehmer nicht.

(6) Freiwilligkeitsschutz durch Rückkehrproption

Vor allem und entscheidend ist auch hier die Günstigkeit kraft Wahlrecht zu aktivieren, wie sie für die Arbeitszeit von *Buchner* und *Löwisch* sowie für die Beschäftigungssicherung von *Buchner* bereits fruchtbar gemacht worden ist¹⁹⁸. Der Kerngedanke gilt auch hier: Weil nur ein subjektives Günstigkeitsurteil des Arbeitnehmers möglich ist und sich seine Vorstellungen ändern können, muss dem Arbeitnehmer der *Weg zurück zum Tarif* offenstehen. So ist effektiv gesichert, dass die von *Schliemann* betonte subjektive Einschätzungsprärogative der Arbeitsvertragsparteien nicht zu einem Einschätzungsdiktat

198 *Buchner*, Tarifliche Arbeitszeitbestimmungen und Günstigkeitsprinzip, *Betrieb* 1990, 1715, 1720; *Löwisch*, Die Freiheit zu arbeiten – nach dem Günstigkeitsprinzip, *BB* 1991, 59, 62; diesen folgend *Rieble* (Fn. 27), Rn. 1607f.; *Buchner* (Fn. 113), *DB* 1996, Beilage 12, S. 10 f.

des Arbeitgebers missrät. Denn sonst könnte der beschäftigungssichernde Arbeitsvertrag lauten: Der Arbeitnehmer erhält auf Dauer das Tarifentgelt minus 10 %, im Gegenzug verlängert sich die tarifliche Kündigungsfrist um drei Monate.

Ein solches Rückkehrrecht verhindert effektiv, dass der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern etwas vormacht: das nämlich kann er genau einmal wagen. Danach hat er seine Glaubwürdigkeit verloren.

Durch das Wahlrecht – Rückkehroption innerhalb einer bestimmten Ankündigungsfrist – wird einerseits dem Arbeitnehmer der Tarifschutz effektiv garantiert. Zum anderen aber kann durch eine hinreichend lang bemessene Rückkehrfrist der Arbeitnehmer auch in die Lage versetzt werden, seinem Arbeitgeber »etwas anzubieten«. Besonders wichtig ist das für den Einsteiger, der als Arbeitsloser Zugang zur Beschäftigung begehrt. Dabei mag man dezisionistisch an einen »Amortisationszeitraum« des Einsteigertarifes von maximal zwei Jahren denken. Diese Frist kann auch für ein »betriebliches Bündnis« auf arbeitsvertraglicher Grundlage gedacht werden. Denn auch hier geht es meist um standortsichernde Investitionen, für die der Unternehmer eine gewisse Planungssicherheit braucht.

f) Einfachrechtliche Folgeprobleme

Hat sich ein solches Verständnis des Günstigkeitsprinzips einmal etabliert, werden seine Gegner alle Wege nutzen, um es wieder zu Fall zu bringen. Gefahr droht vor allem von der AGB-Kontrolle. Denn die Arbeitsverträge, die das Günstigkeitsprinzip nutzen werden, werden vorformuliert sein. Und wer dann mit *Däubler* die AGB-Kontrolle funktionswidrig zu einer Kontrolle des Synallagma nutzen will¹⁹⁹, zieht damit dem beschäftigungssichernden Arbeitsvertrag Grenzen. Freilich ist erstens das Synallagma keiner AGB-Kontrolle unterworfen. Zweitens sind auch die Grenzen *Däublers* weit gesteckt. Selbst wenn man 80 % des Tarifentgelts für ein AGB-Gebot hält, lässt sich damit viel machen. Ergänzend bleibt stets die Lohnwuchergrenze, die irgendwo zwischen 50 und 70 % des marktüblichen Entgelts (nicht: des Tarifentgelts) festzumachen ist.

Erhebliche Folgeprobleme werden sich in der Mitbestimmung ergeben: Das BAG vereitelt mit § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ja bereits, dass der Arbeitgeber im Nachwirkungszeitraum die Tarifvergütungen einfach senken kann²⁰⁰. Unproblematisch sind hier die betrieblichen Bündnisse, bei denen der Betriebsrat »mitspielt«. Aber: wie kann eine Tarifaussenkung für eine bedrohte Abteilung gelingen, wenn der Betriebsrat diese Abteilung gar nicht retten will (weil sie die Minderheitsliste gewählt hat)? Hier wird man mit Blick auf den kollektiven Tatbestand über eine Restriktion des § 87

199 *Däubler*, Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht, NZA 2001, 1329, 1335 f.

200 BAG 11. 6. 2002 – 1 AZR 390/01 – EzA § 87 BetrVG Betriebliche Lohngestaltung Nr. 76 = AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 = NZA 2003, 570.

Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nachzudenken haben, damit nicht die individuelle Günstigkeit mitbestimmungspflichtig ist.

Gewisse Folgeprobleme bieten schließlich der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Maßregelungsverbot. Indes: Stimmt der eine Arbeitnehmer der Beschäftigungssicherung zu und der andere nicht, folgt die Ungleichbehandlung nicht aus dem Verhalten des Arbeitgebers, sondern aus dem Annahmeverhalten der Arbeitnehmer. Für diese Ungleichheit ist der Arbeitgeber nicht verantwortlich. Dass bei einem etwaigen individuellen Kündigungsschluss oder einer verlängerten Kündigungsfrist die Nein-Sager womöglich erste Opfer einer betriebsbedingten Kündigung werden, ist keine Maßregelung, sondern Folge der eigenen Entscheidung, für die Beschäftigungssicherung nichts opfern zu wollen. Das Maßregelungsverbot des § 612a BGB verbietet aber nicht, dass die Arbeitnehmer an denjenigen Nachteilen leiden, die sie durch eigenes Verhalten selbst auslösen.

Konsequenzen wird das schließlich für das allgemeine »normale« Günstigkeitsprinzip haben, das nicht arbeitsplatzbezogen ist, sondern bei dem es nur um einen Vergleich unterschiedlicher Arbeitsbedingungen geht. Wer Arbeitsplatzsicherheit gegen Tarifdispens eintauschen lässt, muss konsequent den Sachgruppenzusammenhang des »alten« Günstigkeitsprinzips aufgeben²⁰¹ – wie dies das BAG in der Burda-Entscheidung als Möglichkeit auch angedeutet hat²⁰².

Eine Tariflohnerhöhung kann dann in der Tat durch einen zusätzlichen Tag Urlaub oder eine freie Stunde oder ein Qualifizierungsangebot »abgefangen« werden. Denn alle Tarifbedingungen stehen dann in demjenigen Günstigkeitszusammenhang, den der Arbeitsvertrag herstellt. Eben diese Flexibilität ist angemessen. Der Tarifschutz wird auch hier dadurch sichergestellt, dass dem Arbeitnehmer ein Rückkehrrecht zum Tarifvertrag binnen angemessener Frist zukommen muss. Nur dann ist sein individuelles Wahlrecht günstiger. Und hier gilt wie eben: Die Tarifparteien können ihrerseits die arbeitsvertragliche Bewertung an sich ziehen, indem sie die vom Arbeitnehmer begehrte Günstigkeit selbst gewähren. Wenn etwa der Tarifvertrag eine Entgeltumwandlung in Qualifikationsleistungen des Arbeitgebers vorsieht, dann kann er auch ein »Mindestumtauschverhältnis« definieren, dem jeder die Günstigkeit beanspruchende Arbeitsvertrag standhalten müsste.

Das Günstigkeitsprinzip und sein Wahlrecht werden schließlich durch das Prinzip des zeitratierlichen Vergleiches faktisch begrenzt: Hat etwa ein Arbeitnehmer statt eines tariflichen Krankengeldzuschusses höheres Arbeitsentgelt oder mehr Urlaub ver-

201 Dafür bereits *Rieble* (Fn. 27), Rn. 1609; *Gitter*, Zum Maßstab des Günstigkeitsvergleichs, FS Wlotzke (1996), S. 297 ff.

202 BAG 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98 – (Fn. 11): »Das soll nicht heißen, dass der ›Sachgruppenvergleich‹, den das BAG seit Jahrzehnten ... anwendet, die allein verfassungskonforme Art des Günstigkeitsvergleichs sein müsste.«

einbart, kann er in der Tat²⁰³ zurückkehren, sobald er krank wird – innerhalb einer nicht zu kurz zu bemessenden Ankündigungsfrist. Damit wird das Günstigkeitsprinzip für Risikoabreden letztlich untauglich. Das aber ist nur die Konsequenz des Umstandes, dass es überhaupt ein Zurück zum Tarifvertrag geben muss. Der Arbeitgeber, der dieses nicht ertragen will, muss und mag sich aus der Tarifbindung herausbewegen.

g) Konsequenz für die Friedenspflicht

Jede Beschäftigungssicherung über das Günstigkeitsprinzip erhält die tarifliche Friedenspflicht. Das allein ist konsequent: Der Tarifvertrag wird durch den beschäftigungssichernden Arbeitsvertrag nicht beseitigt; er gilt nach wie vor und ist mit Blick auf das Rückkehrrecht des abweichenden Arbeitnehmers normative Leitlinie auch für seine Arbeitsbedingungen. Er kann seine Schutzfunktion mithin entfalten – muss also die Friedensfunktion als Kehrseite hinnehmen.

4. Betriebliche Lösungen als Intervention?

a) Kein Eingriff durch Veto-Lösung

Wer die Betriebspartner in betriebliche Bündnisse für Arbeit einschaltet, kann sich seiner Sache – soweit es um den Eingriff in den Tarifvertrag geht – nur sicher sein, wenn die Tarifparteien zugestimmt haben. Dass das geltende Recht die bloße Zustimmung der Tarifparteien nur für den Vergleich des § 4 Abs. 4 TVG verlangt, ist kein Verfassungsgebot. Die Tarifautonomie ist gewahrt, wenn eine gesetzliche Öffnungsklausel die Zustimmung der Tarifparteien verlangt. Dabei kann die Zustimmungslast auch im Wege einer fristgebundenen Zustimmungsfiktion den Tarifparteien auferlegt werden. Das fällt noch unter die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers, der auch sonst im Privatrecht gelegentlich Zustimmungsfiktionen mit Widerspruchslasten anordnet. Die Veto-Lösung des bayerischen Vorschlages ist verfassungsrechtlich mithin unbedenklich.

Freilich muss die Widerspruchsbefugnis noch zeitlich begrenzt werden: Keiner Tarifpartei kann unterstellt werden, dass sie schon jetzt auch für künftige Tarifverträge der Tarifunterschreitung zustimme. Deswegen kann sich die fingierte Zustimmung aus meiner Sicht immer nur auf die Laufzeit desjenigen Tarifvertrages beziehen, von dem abgewichen wird. Der Gesetzgeber könnte aber auch eine feste Laufzeit (»Sanierungsphase«) vorgeben, etwa ein Jahr. Für eines von beiden aber muss er sich entscheiden.

In Diskussionen wurde freilich vorgetragen, so werde auf die Gewerkschaft ein unverhältnismäßiger Rechtfertigungsdruck ausgelöst: Wenn ein Betrieb sich solchermaßen, womöglich mit einer Urabstimmungsmehrheit von 90 %, gegen den Tarifvertrag stelle, dann tue sich eine Gewerkschaft schwer mit einem auch sachlich begründeten Veto. Abgesehen davon, dass sich eine Gewerkschaft durchaus schwer damit tun

203 Den Einwand verdanke ich meinem verehrten Lehrer.

sollte, aus Gründen der Tarifdisziplin Belegschaften über die Klinge springen zu lassen, geht es nur um die bloße Belastung mit der Verantwortung für Folgewirkungen des Tarifvertrages. Eine Gewerkschaft, die das nicht ertragen kann, ist so schwach, dass man ihr die Tariffähigkeit aberkennen muss. Auf der anderen Seite sorgt das Veto schon präventiv dafür, dass der Betriebsrat sich nicht gewissenlos über den Tarifvertrag hinwegsetzt, sondern frühzeitig das Gespräch mit der Gewerkschaft sucht.

Dogmatisch ist das Veto entgegen *Hromadka*²⁰⁴ auch keine Form des Burda-Unterlassungsanspruches: Jener quasinegatorische Unterlassungsanspruch ist ein bloßer Störungsbeseitigungsanspruch. Das Veto verhindert indes nicht die faktische Störung, sondern ist Gestaltungsrecht zur Abwehr der Zustimmungsfiktion.

Problematisch ist also nicht der Eingriff in den Tarifvertrag, sondern das betriebsverfassungsrechtliche Folge- und Systemproblem, ob die Betriebsvereinbarung entweder ein abgemildertes Tarifentgelt für alle Arbeitnehmer regeln kann und so dem Tarifvertrag zu betrieblicher Allgemeinverbindlichkeit verhilft oder ob die Betriebsvereinbarung nur für die organisierten Arbeitnehmer gelten soll. Beides ist schwer erträglich und weist darauf hin, dass die unterschiedlichen Kollektivvertragssysteme inkompatibel sind.

b) Bevormundung durch betriebliche Tarifizensur

Das eigentliche Problem beginnt mit der gesetzlichen Öffnungsklausel, die die Betriebsparteien mit oder ohne Belegschaftsurabstimmung zum Herrn des Tarifvertrages auch gegen den Willen der Tarifparteien macht. *Hromadka* sieht darin nur eine »Nothilfe in einer Notsituation«²⁰⁵. Doch maßt sich der Betriebsrat an, besser zu wissen als die Tarifparteien, ob eine Notsituation vorliegt und welcher Nothilfe es bedarf. Der Betriebsrat übt aktive Tarifizensur, indem er den Tarifvertrag für »derzeit betrieblich unpassend« erklärt. Letztlich usurpiert er den Tarifvertrag und bildet einen eigenen Ersatztarifwillen. Das ist – und darin stimme ich *Dieterich*²⁰⁶ ausdrücklich zu – ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Tarifaufonomie.

Der entscheidende Unterschied zum »neuen« Günstigkeitsprinzip liegt darin, dass der Arbeitnehmer dort über die seinem Schutze dienende und von ihm legitimierte privatrechtliche Tarifaufonomie, also über »seine« Tarifbedingungen im eigenen Arbeitsverhältnis disponiert. Der Betriebsrat ist aber nicht Träger von Privatautonomie, insbesondere darf er nicht als »Ersatzgewerkschaft« die Privatautonomie der Arbeitnehmer in der Belegschaft geltend machen. Der Betriebsrat ist mit dem BetrVG vom Staat ermächtigt. Und dementsprechend kann der Betriebsrat nur im Wege mittelbarer Staatsintervention agieren.

204 (Fn. 31), DB 2003, 45.

205 (Fn. 31), DB 2003, 46.

206 (Fn. 12), RdA 2002, 16.

Dass es um Fremdbestimmung in der »Zwangskorporation« geht²⁰⁷, wird unmittelbar deutlich, wenn man sich vor Augen hält, dass der Betriebsrat womöglich mit den Stimmen der Nichtorganisierten oder der Andersorganisierten über den Tarifvertrag disponiert. Selbst bei einer Belegschaftsurabstimmung ist es angesichts der so niedrigen Organisationsgrade denkbar, dass ausschließlich Nichtorganisierte darüber befinden, ob der Tarifvertrag im Betrieb noch gelten darf, und zwar selbst gegen ein einhelliges Votum der Gewerkschaftsmitglieder. Eine absurde Vorstellung.

Auf Arbeitgeberseite ist die erforderliche privatautonome Legitimation vorhanden: So wie der einzelne Arbeitgeber sich mit dem Haustarif gegen seinen Verbandstarif stellen darf, so kann er auch mit dem Betriebsrat einen Tarifdispens vereinbaren.

c) Rechtfertigung

Der Betriebsrat braucht eine Rechtfertigung für den Eingriff in den Tarifvertrag. Diese Rechtfertigung kann nur die Gefahr für das Unternehmen oder die Arbeitsplätze der Arbeitnehmer sein. Dass diese ihrerseits verfassungsrechtlich geschützten Positionen gegen die Tarifautonomie ins Feld geführt werden können, lässt sich meines Erachtens nicht ernsthaft bestreiten. Das BVerfG hat denn auch – was *Dieterich* beklagt – sowohl in der Lohnabstandsentscheidung²⁰⁸ wie in der Kurtage-Tarifurlaubsanrechnung-Entscheidung²⁰⁹ betont, dass die Tarifautonomie nicht sakrosankt ist. Die Grundentscheidung ist einfach: der Staat darf bei Arbeitsmarktversagen eingreifen, so wie er das bei Gütermarktversagen darf und tut. Im Kern bestreitet letzteres auch *Dieterich* nicht, wenn er das Untermaßverbot als Schutzgebot auch gegen den Tarifvertrag aktiviert²¹⁰. Dass solcher Schutz vor den ökonomischen Folgewirkungen des Tarifvertrages (»Bumerang-Effekt«) nicht nur von Gerichten oder einer Tarifaufsichtsbehörde, vergleichbar dem Kartellamt, kommen darf, sondern dass hierzu auch der Betriebsrat aktiviert werden kann, lässt sich vom Prinzip her m. E. nicht ernstlich bestreiten. Das ist auch Konsens nicht bloß in der FDP, sondern auch in der Arbeitsrechtswissenschaft grundsätzlich anerkannt, wie die Vorschläge von *Hromadka* und *Löwisch* zeigen.

Wenn der Betriebsrat nach herrschender Meinung mit § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zum Eingriff in die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit ermächtigt ist²¹¹ – und damit mittelbar auch den Tariflohn schmälern kann –, dann kann der Betriebsrat »im Prinzip« auch in die – in gleicher Weise privatautonom legitimierten – Tarifverträge eingreifen.

207 Dazu *Picker*, Richardi-Symposion (Fn. 50), S. 83 ff.

208 BVerfG 27. 4. 1999 – 1 BvR 2203/93 und 1 BvR 897/95 – BVerfGE 100, 271 = EzA Art. 9 GG Nr. 66 = NJW 1999, 3033 = NZA 1999, 992.

209 BVerfG 3. 4. 2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293 = EzA Art. 9 GG Nr. 75 = DB 2001, 1367 = AP Nr. 2 zu § 10 BUrtG Kur = EzA Art. 9 GG Nr. 75.

210 (Fn. 12), RdA 2002, 16; *ders.* (Fn. 60), FS Schaub (1998), S. 122.

211 Dagegen vor allem *Heinze* (Fn. 68), RdA 1998, 14.

Dort wie hier wird man freilich Grenzen setzen müssen. So ist es schon für den Arbeitsvertrag nicht hinzunehmen, dass »vorübergehende« Kurzarbeit erst nach Jahren »vorübergeht«²¹² und dass es keine Belastungsgrenzen nach unten gibt. Und so würde man eine gesetzliche Eingriffsermächtigung in den Tarifvertrag mit einem justiziablen Tatbestand der Notlage versehen und *Umfang und Dauer* des Eingriffes beschränken müssen. Daran krankten die bisherigen Vorschläge: Sie erlauben dem betrieblichen Bündnis für Arbeit eine grundsätzlich zeitlich unbegrenzte Derogation des Tarifvertrages für den ganzen Betrieb. Auch die Wiederholung der Urabstimmung nach einem Jahr gemäß dem *Hromadka*-Vorschlag ist keine Begrenzung der Belastung des Einzelnen.

Das eigentlich Beanstandenswerte liegt dabei aus meiner Sicht wiederum weniger darin, dass das Recht der Gewerkschaft auf Tarifgeltung im Betrieb vereitelt wird. Die eigentliche Rechtsverletzung trifft den einzelnen tarifgebundenen Arbeitnehmer, dem seine Tarifbedingungen gegen seinen Willen genommen werden, nur weil dies der Betriebsrat oder eine betriebliche Urabstimmung so will. Dementsprechend ist die Idee der Öffnungsklausel zugunsten von Betriebsrat oder betrieblicher Urabstimmung verfehlt: Hier wird der Wille des frei gewählten Kollektivs durch den Willen im betrieblichen Zwangsverband ersetzt. Wer soll entscheiden, wenn auch der Betrieb versagt?

Schließlich führt die Öffnungsklausel zugunsten des Betriebes in ein Dilemma: Denn in *übertarifliche Entgeltbestandteile* kann bislang weder Betriebsrat noch Belegschaft eingreifen. Dazu müsste erst § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG geändert werden. Ist es aber nicht zugunsten des Tarifvertrages unverhältnismäßig, wenn Tarifentgelte gekürzt werden, obzwar noch teilweise übertariflich bezahlt wird? Muss die Betriebsvereinbarung womöglich in den Tarifvertrag eingreifen, weil der Arbeitgeber sich kein Widerrufsrecht ausbedungen hat? Kollektivisten werden hieraus nur folgern, dass § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG dahin zu ergänzen sei, dass auch in vertragliche Entgelte eingegriffen werden darf. Das ist eine ganz und gar unerträgliche Vorstellung: jeden Fehler des Kollektivsystems damit auszugleichen, dass man die kollektive Macht noch verstärkt.

Hieran zeigt sich: Gegen die Fehlsteuerung des Kollektivvertrages, gegen das Tarifversagen, hilft es nicht, den Betriebsrat in Interventionsstellung zu bringen. Es geht um den Arbeitsplatz des Einzelnen. Mag er selbst entscheiden, welches Entgeltopfer er bringen will, um seinen Arbeitsplatz zu erhalten. Betriebsvereinbarung oder betriebliche Urabstimmung könnten nur dazu dienen, die bösen Querulanten, die meinen, sie seien ihr Entgelt wert und zum Verzicht nicht bereit, gewaltsam zur Vernunft zu bringen. Schön zeigt dies der Vorschlag von *Hromadka*, der für den betriebsratslosen Betrieb meint, die Änderungskündigung sei im Falle der 90 %-Urabstimmung sozial gerechtfertigt. Als ob die überwältigende Mehrheit ein Enteignungsrecht »nach Be-

212 Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 709; jetzt BAG 3. 6. 2003 – 1 AZR 349/02 – EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 5 = NZA 2003, 303.

lieben« hätte. Eine Änderungskündigung kann ihre Rechtfertigung nur aus einer materiellen Notsituation des Betriebes ableiten. Deren Fehlen muss derjenige Arbeitnehmer, der auf seine Arbeitsbedingungen pocht, gerichtlich geltend machen können, ohne dass Betriebsrat oder überwältigende Urabstimmungsmehrheit ihn hierin beschneiden könnten.

Wiewohl ich also dafürhalte, dass die betriebliche Öffnungsklausel verfassungsrechtlich grundsätzlich möglich ist, möchte ich diesen Eingriff mit Blick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip erst zulassen, wenn das Günstigkeitsprinzip und die Veto-Lösung als mildere Mittel versagt haben: Bevor der Staat zum Erhalt von Arbeitsplätzen in Tarifverträge eingreift, ist es auch verfassungsrechtlich sinnvoller (weniger einschneidend mithin verhältnismäßig), das Verhältnis von Tarifautonomie zur Arbeitsvertragsfreiheit im Rahmen der Ausgestaltung durch das Günstigkeitsprinzip neu zu justieren. Verhältnismäßig ist das angesichts der Arbeitslosigkeit allemal. Der Arbeitnehmer kann und darf mithin über die beschäftigungssichernde Individualvereinbarung selbst etwas zur Erhaltung seines eigenen Arbeitsplatzes tun. Dementsprechend kann der ältere Lohnbuchhalter, dessen Entgeltsätze infolge der tariflichen Verdienstsicherung für ältere Arbeitnehmer nicht konkurrenzfähig sind und für den der Unternehmer die Wegrationalisierung durch Fremdvergabe (etwa Datev) erwägt, mit dem Arbeitgeber eine *Entgeltabsenkung zur Arbeitsplatzsicherung* vereinbaren. Ordnungspolitisch bleibt die betriebliche Öffnungsklausel so oder so verfehlt.

Ein Mittelweg zwischen dem Bedürfnis nach betrieblich-einheitlicher Regelung und Respekt vor der individuellen Arbeitsvertragsfreiheit könnte darin liegen, den Ausgang einer betrieblichen Urabstimmung zum Auslöser für eine individuelle Widerspruchslösung zu nehmen – also eine Veto-Lösung auf individueller Ebene: Das überragende Belegschafts- oder Abteilungsvotum (etwa: 90 %) rechtfertigt die Vermutung, dass auch die Minderheit die Arbeitsplatzsicherung akzeptieren wird. Der einzelne Arbeitnehmer müsste dann binnen einer Frist von etwa zwei Wochen seinen Widerspruch erklären, um die Änderung seines Arbeitsvertrages abzuwehren. Für die dann noch verbleibenden Widersprecher ist eine Modifikation des Änderungskündigungsschutzes zu erwägen.

d) Konsequenzen für die Friedenspflicht

Die tarifliche Friedenspflicht kann im Fall der betrieblichen Intervention (ohne auch nur fingierte Zustimmung der Tarifparteien) richtigerweise nicht aufrechterhalten werden. Denn die Betriebsvereinbarung klammert den Betrieb – soweit sie Tarifdispens erteilt – aus dem »Geltungsbereich« des Tarifvertrages aus. Gerade weil eine solche Betriebsvereinbarung den Tarif auch gegen den einheitlichen Willen aller organisierten Arbeitnehmer abbedingen kann, muss die Gewerkschaft zum Kampf berechtigt sein.

Deutlich wird das Problem, wenn eine derartige Betriebsvereinbarung im Nachwirkungszeitraum erfolgt: Sie könnte womöglich den Arbeitskampf um den Folgetarifvertrag sperren – mit der Begründung, dass der umkämpfte Tarifvertrag eben wegen der Bündnis-Betriebsvereinbarung von vornherein nicht gelten kann, der Arbeitskampf

also am fehlenden tariflichen Regelungskonflikt scheitert²¹³ – oder an der Unverhältnismäßigkeit. Der Unternehmer, der sich und seine Belegschaft vor der Kampfeteiligung schützen möchte (heiliger St. Florian ...), könnte eine solche Not-Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat schließen. Das wiederum wäre ein krasser Eingriff in die Streikbefugnis der Gewerkschaft und ihrer Mitglieder, weil diese vom Betriebsrat abhinge.

V. Schluss

»Fiat iustitia – (non) pereat mundus« schließt *Schliemann* und schließe ich. In nicht allzuweiter Zukunft wird die Arbeitslosenzahl die Fünf-Millionen-Grenze erreichen (wenn nicht die Statistik bereinigt wird). Soziale Kraft und mentale Dynamik der deutschen Politik erschöpfen sich in autistischen Grabenkämpfen am Rande der Bestandswahrung. Etwaige Aufbruchstimmung weist in Richtung Erhöhung der Staatsquote und Ausweitung der Umverteilung in den sozialen Sicherungssystemen. Die Primärprobleme auf dem Arbeitsmarkt und im Arbeitsrecht werden allenfalls diskutiert; Erschöpfung macht sich schon in der Peripherie breit, etwa bei der Frage der Neukonturierung des Kündigungsschutzes, dessen Beschäftigungsfolgen überschätzt werden.

Das BAG als Ersatzgesetzgeber kann und darf mehr Einsicht und Mut haben als der wirkliche, dessen Restmut in politischen Lähmungsprozessen versinkt. Warum also soll nicht das Bundesarbeitsgericht das »Ruder herumreißen«. Eine beschäftigungsorientierte Richterrechtsfortbildung ist möglich. Der Vorbehalt des parlamentarischen Gesetzgebers ist seit der Aussperrungsentscheidung im Arbeitsrecht als einem Recht »gleichgeordneter Grundrechtsträger« bedeutungslos geworden²¹⁴.

Dieterich rechtfertigt sein Beharren auf dem tarifrechtlichen status quo mit der »Erfolgsgeschichte unseres Tarifvertragssystems« und meint, die Gegenmeinung erliege einem Tunnelblick. Der »Tunnelblick« ist – sieht man vom Alkoholrausch einmal ab – eine symptomatische Phase in einer Erkrankung des Auges, der *retinopathia pigmentosa*²¹⁵. Diese Netzhautdegeneration beruht auf dem allmählichen Untergang der Lichtsinneszellen (Photorezeptoren) der Augennetzhaut. Schon in jungen Jahren tritt Nachtblindheit ein, anschließend verengt sich das Gesichtsfeld, Kontrast- und Farbsehen und später auch die Sehschärfe verschlechtern sich. Am Ende steht die Erblindung. Die Arbeitsrechtsdiskussion hat Nachtblindheit und Gesichtsfeldverengung

213 Siehe nur *Löwisch/Rieble*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (1997), 170.2, Rn. 1 ff.

214 BVerfG 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

215 Dazu *Grehn*, Augenheilkunde, 28. Aufl. (2003), 13.8.1, S. 278 ff. Falsch ist die geläufige Bezeichnung *Retinitis pigmentosa*, weil dieser hereditären progredienten Netzhautdystrophie kein Entzündungsvorgang zu Grunde liegt.

schon hinter sich. Aktuell fragen wir nach Kontrast- und Farbsehen. Ich bin kein Augenarzt. Wer sehen will, wird die Arbeitsmarktverfassung kritisch sehen und die von *Dieterich* zitierte Erfolgsgeschichte des Tarifsystems primär als Geschichte begreifen. Derzeit diagnostiziert der Arbeitsrechtler einen großen deutschen Misserfolg – auch im Vergleich zu anderen Nationen, neudeutsch »Benchmarking« genannt²¹⁶.

Deshalb schlage ich neben dem erforderlichen Individualschutz vor dem beschäftigungssichernden Tarifvertrag vor allem eine Neukonturierung des Günstigkeitsprinzips vor, mit deren Hilfe ein Individualschutz vor den Beschäftigungsfolgen des Tarifvertrages versucht werden kann. Das bedeutet nichts weniger als eine einschneidende Rechtsfortbildung – aber auch nicht mehr. Einschneidender als »Burda« ist das nicht.

Das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG ist bislang nicht auf den Adomeit-Vergleich ausgerichtet, sondern auf das bloße »Wie« des Arbeitsverhältnisses ohne Rücksicht auf das »Ob«. Durch Rückbesinnung auf die privatautonome Grundlage der Tarifaautonomie und auf deren Privatnützigkeit lässt sich der Anwendungsbeereich dieser »Öffnungsklausel« ausdehnen. Der Rechtsprechung obliegt es, dafür zu sorgen, dass die zwingende Wirkung des Tarifvertrages nach § 4 Abs. 1 TVG als Prinzip solange beachtet wird, bis das TVG reformiert ist. Dass damit die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems zerstört würde, ist eine bloße Behauptung²¹⁷. Ihr fehlt die tatsächliche Grundlage; die Öffnungsklauseln der Chemischen Industrie und deren Handhabung beweisen das Gegenteil.

Wer das neue Günstigkeitsprinzip nicht will, ruft die Arbeitgeber und ihre Belegschaften dazu auf, die Beschäftigungssicherung außerhalb der Verbände und außerhalb des TVG zu suchen. Unternehmen suchen – und finden – Lösungen auch außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs deutschen Arbeitsrechts.

Erst in einem zweiten Schritt wird man – wenn der erste sich in der Wirklichkeit des Arbeitslebens als unzureichend erweist – den beschäftigungssichernden Eingriff der Betriebsparteien in den Tarifvertrag anordnen können. Unproblematisch ist die Vetolösung. Problematisch und wenig hilfreich ist das echte Eingriffsrecht in den Tarifvertrag, weil der erforderliche Rechtsschutz die Sanierung hindert.

Mir drängt sich der Eindruck auf, dass Arbeitsmarktpolitik als Gestaltungsaufgabe des Staates nicht mehr verantwortet wird. Vielleicht hoffen die Apologeten des Nichtstuns auf die demographische Entwicklung: In dreißig Jahren schwindet die Arbeitslosigkeit, an ihre Stelle tritt eine nicht mehr finanzierbare überalterte Gesellschaft. Patentrezepte gibt es nicht. Auch ich weiß nicht, ob das Günstigkeitsprinzip am Ende fruchtet. Doch hat die Alternative des »Aussitzen und Nichtstun« ihre Untauglichkeit bereits erwiesen.

216 Vgl. den entsprechenden Bericht der Benchmarking-Gruppe des Bündnisses für Arbeit: *Eichhorst* (Hrsg.), *Benchmarking Deutschland – Arbeitsmarkt und Beschäftigung* (2001); im Internet unter <http://www.bundesregierung.de/Themen-A-Z/Arbeit-9043/Ergebnisse-der-Benchmarking-Gr.htm>.

217 *Dieterich* (Fn. 12), RdA 2002, 17 (These 8).