

**SONDERDRUCK
AUS
GEDÄCHTNISSCHRIFT
FÜR
MEINHARD HEINZE**



Herausgegeben
von

ALFRED SÖLLNER
WOLFGANG GITTER
RAIMUND WALTERMANN
RICHARD GIESEN
OLIVER RICKEN



VERLAG C.H.BECK 2005

VOLKER RIEBLE

Arbeitgeberfrage nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft

I. Das Problem

Meinhard Heinze war Arbeitsrechtler und Prozessualist von hohem Rang. Gerade an der Schnittstelle zwischen materiellem und Prozessrecht sind spannende Fragen angesiedelt. Zu ihnen rechnet die Frage, ob und wie die Arbeitsrechtsakteure erfahren, ob Arbeitgeber oder Arbeitnehmer tarifgebunden, also Mitglied eines tarifschließenden Verbandes sind. Einerseits knüpft das Gesetz (§§ 4 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1 TVG) hieran die maßgebenden tarifrechtlichen Folgen; andererseits befürchten Arbeitnehmer, sie könnten Nachteile erleiden, wenn der Arbeitgeber weiß, dass sie organisiert sind. Damit nicht genug. Auch der Datenschutz¹ vernebelt die Rechtsfindung. Doch kann der Umstand, dass die Gewerkschaftszugehörigkeit zu den besonders geschützten „höchstpersönlichen“ Daten gehört (§ 3 Abs. 9 BDSG), weswegen der Betroffene ausdrücklich in die Datenerhebung einwilligen muss (§ 4 a Abs. 3 BDSG) und insgesamt der Zweck des BDSG, vor der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechtes durch Datenmissbrauch zu schützen,² keinesfalls dazu führen, dass der Tarifvertrag nun als „Quasi-Betriebsnorm“ erga omnes für alle Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitgeber gelten müsste. Das BDSG selbst weist darauf hin, dass die rechtsstaatliche Befugnis zur Geltendmachung und Abwehr von Rechtspositionen die Datenerhebung und -nutzung rechtfertigen kann (§ 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG).

Aus dem Datenschutz lässt sich nur eine Konsequenz ziehen: Die Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in der Gewerkschaft ist privatnützig seinen Interessen zugeordnet. Die Kollektivierung des Individuums durch die Gewerkschaft findet hier ihre Grenze: Die Gewerkschaft darf gerade nicht ihr Mitglied gegen dessen Willen gegenüber dem Arbeitgeber offenbaren. Nicht der Arbeitnehmer dient der Gewerkschaft, die Gewerkschaft dient dem Arbeitnehmer. Doch belegt der Datenschutz insofern nur, was ohnehin gilt.³

¹ Allgemein zur Wechselwirkung von Fragerecht und BDSG: *Thüsing/Lambrich*, Das Fragerecht des Arbeitgebers – aktuelle Probleme zu einem klassischen Thema, BB 2002, 1146 ff.; *ErfK/Wank*, 4. Auflage 2004, § 28 BDSG Rn. 3.

² *ErfK/Wank* § 28 BDSG Rn. 3, 6; *Dörr/Schmidt*, Neues BDSG, 2. Aufl. 1992, § 4 Rn. 2; *MünchArbR/Blomeyer*, § 99 Rn. 26; *Däubler*, Das neue Bundesdatenschutzgesetz und seine Auswirkungen im Arbeitsrecht, NZA 2001, 874 (877); *Büllesbach*, Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NJW 1991, 2593.

³ *Löwisch*, Anm. zu BAG 5.10.1999 – 4 AZR 668/98, RdA 2000, 312; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1151 ff.; *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, 2000, S. 21 ff., 51 ff.

Merkwürdigerweise beschäftigt dieses Problem die Rechtsprechung weniger aus Sicht der individuellen Tarifbindung und -geltung, obschon gerade dort die Mitgliedschaft entscheidet. Virulent ist die Frage vielmehr an zwei anderen Fällen geworden. So berühmt wie berüchtigt ist die Entscheidung des BAG zum „Geheimverfahren“, mit dem eine Gewerkschaft ihr „Vertretensein im Betrieb“ nach § 2 Abs. 2 BetrVG nachweisen kann, ohne ihr Mitglied namentlich zu benennen. Hier ist nicht der Ort, die Entscheidung vom 25. 3. 1992⁴ zu diskutieren. Immerhin sagt der Siebte Senat dort – ohne jede Begründung – dass die Vorgesetzten ihre Arbeitnehmer nicht nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft befragen dürften, weswegen die Arbeitnehmer nicht zu einer wahrheitsgemäßen Beantwortung solcher Fragen verpflichtet gewesen seien, weswegen wiederum der Arbeitgeber keinen Gegenbeweis durch Arbeitnehmer-Bekennnis-Listen zur Organisationsfreiheit führen könne (unter B IV 3).

Schon bei der *Tarifbruchunterlassungsklage* („Burda“) wendet sich freilich das Blatt: Auch dort hätten die Gewerkschaften es gern gesehen, wenn der Arbeitgeber im Rahmen dieses kollektiven Störungsabwehrverfahrens zur Unterlassung des Tarifbruches verurteilt werden könnte, ohne dass die tarifgebundenen Mitglieder zu benennen sind. Das freilich hätte praktisch geheißen, dass der Arbeitgeber auch die nicht Organisierten nach Tarif hätte behandeln müssen – zu einem derart systemwidrigen Entgegenkommen hat sich der Erste Senat bei allem Mut zur Rechtsfortbildung nicht verstanden. Immerhin hat die Burda-Entscheidung noch gemeint, man könnte die Mitgliederbenennung in das Vollstreckungsverfahren „verbannen“⁵ Das ist mit zivilrechtlichen Maßstäben nicht fassbar. Anspruchsgrundlage jener Störungsabwehr ist § 1004 BGB. Sie setzt eine Störung voraus! Widrigenfalls könnte der Arbeitgeber, wenn nicht ein einziger Arbeitnehmer tarifgebunden ist, zu einer Unterlassung verurteilt werden, die er nicht schuldet, weil keine Störung vorliegt. Dass auch im Arbeitsrecht gilt, was jedem Zivilrechtler geläufig ist, hat nun der Vierte Senat wunderbar klar betont: Störung und Tarifbruch setzen beiderseitige Tarifgebundenheit voraus. Der Arbeitgeber und zumindest ein Arbeitnehmer, der namentlich benannt sein muss, müssen qua Mitgliedschaft des § 3 Abs. 1 TVG tarifgebunden sein. Ein eigenes Recht der Gewerkschaft auf Unterlassung der Tarifstörung kann es nur für die kraft privat-autonom-mitgliedschaftlicher Legitimation Tarifgebundenen geben. Selbst wenn der Arbeitgeber seine nicht Organisierten also durch Bezugnahmeklausel nach Tarifvertrag behandelt, hat die Gewerkschaft dort keinerlei Recht.

Der Vierte Senat verlangt – richtig und schärfer – die namentliche Benennung der tarifgebundenen Arbeitnehmer nicht nur für die Schlüssigkeit der Klage, sondern für die Zulässigkeit, weil der Klagantrag ohne Identifizierung der abzuwehrenden Stö-

⁴ BAG vom 25. 3. 1992 – 7 ABR 65/90, EzA § 2 BetrVG Nr. 4 = AP Nr. 4 zu § 2 BetrVG 1972 = NZA 1993, 134. Hiergegen mit recht *Prütting/Weth*, Die Vertretung einer Gewerkschaft im Betrieb – Geheimverfahren zum Nachweis der Voraussetzungen, DB 1989, 2273

⁵ BAG vom 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98, EzA Art. 9 GG Nr. 65 = AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = NZA 1999, 887 = NJW 1999, 3281 – offenbar in der Hoffnung, dass sich der Arbeitgeber vorher füge. Grundlegend zur Dogmatik des Unterlassungsanspruches *Heinze*, Rechtsnachfolge in Unterlassen, 1974, S. 23 ff.; dort auch S. 29 ff. zur Rechtsgüterbildung kraft Wertentscheidung (die das BAG in Ansehung der Koalitionsfreiheit gezielt vorgenommen hat).

rung schlicht zu unbestimmt ist.⁶ Zugleich setzt der Vierte Senat – in Übereinstimmung mit dem BGH⁷ und in Abgrenzung zum Geheimverfahren des Siebten Senats – einen Meilenstein prozessualer Gerechtigkeit: Weil der Prozessgegner zu allen prozess-erheblichen Tatsachen auch Stellung nehmen können muss, sind Geheimverfahren grundsätzlich unzulässig. Und weil für die konkrete Tarifgeltung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG so oder so die Individualisierung der Tarifgebundenheit erforderlich wird, braucht man ihr gar nicht erst auszuweichen suchen. Der Blick auf die BGH-Rechtsprechung zeigt vielmehr, dass mit der klaren Härte des Prozessrechts und seiner Waffengleichheit ein Element moralischer Haltung zurückkehrt: Ein Wettbewerbsverband, der seine Klagebefugnis aus der Mitgliederzahl herleitet (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG), muss diese mit einer namentlichen Mitgliederliste ohne jedes Geheimverfahren nachweisen. Rechtliche Auseinandersetzungen werden mit „offenem Visier“ geführt. Was der BGH dort sagt, gilt für das Vertretensein im Betrieb genauso: „Unberechtigten Gegenschlügen ist mit den Mitteln staatlichen Rechtsschutzes zu begegnen.“⁸ Also: Farbe bekennen statt Versteckspiel.

Ein hier nicht zu behandelnder Sonderfall ist die Frage, wie eine Gewerkschaft, der die Tariffähigkeit bestritten ist, ihre Mitgliederzahl und damit die Mächtigkeit im Beschlussverfahren nach § 97 ArbGG nachzuweisen hat. Das ArbG Stuttgart hat im CGM-Verfahren hier erste und unbefriedigende Antworten gefunden.⁹

Für unsere Frage hingegen hochbedeutsam ist der umgekehrte Fall: Der Informationsanspruch des Arbeitnehmers, der vom Arbeitgeber wissen will, ob dieser tarifgebunden ist. Hier hat der Vierte Senat – ebenfalls am 19. 3. 2003 – für die Frage, welchen Inhalt eine Bezugnahme Klausel in Abhängigkeit von der Tarifbindung des Arbeitgebers haben kann,¹⁰ gemeint: Der Arbeitgeber darf bei Vertragsschluss nicht erfragen, ob der Arbeitnehmer tarifgebunden ist oder nicht. Wenn ein Arbeitgeber von sich aus die Anwendung der einschlägigen Tarifverträge anbietet, erfolgt das typischerweise deshalb, weil er an die in Bezug genommenen Tarifverträge gebunden ist und mit der Bezugnahme eine Gleichstellung der tarifgebundenen und der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer erreichen will. Diese objektiven durch das arbeitsrechtliche Frageverbot nach der Gewerkschaftszugehörigkeit des Arbeitnehmers bedingten Umstände sind von dem Empfängerhorizont des verständigen Arbeitnehmers erkennbar ... Der Arbeitnehmer hat kraft seines Fragerechts die Möglichkeit, sich Kenntnis darüber zu verschaffen, ob der Arbeitgeber, der von sich aus die Anwendung der einschlägigen Tarifverträge in ihrer jeweiligen Fassung anbietet, tarifgebunden ist.¹¹

⁶ BAG vom 19. 3. 2003 – 4 AZR 271/02, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = EzA § 253 ZPO 2002 Nr. 1 = NZA 2003, 1221.

⁷ BGH vom 18. 10. 1995 – I ZR 126/93 „Anonymisierte Mitgliederliste“, BGHZ 131, 90 = NJW 1996, 331.

⁸ BGH vom 18. 10. 1995, aaO Fn. 7, unter I 2 b cc.

⁹ ArbG Stuttgart vom 12. 9. 2003 – 15 BV 250/96, n. v.

¹⁰ Dazu auch *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 3 Rn. 230 ff.

¹¹ BAG vom 19. 3. 2003 – 4 AZR 331/02, AP Nr. 33 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 27 = NZA 2003, 1207. Zu dieser Entscheidung *Boenke*, Frage-recht des Arbeitnehmers nach Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband?, NZA 2004, 142 ff.

Auch der Vierte Senat geht also – argumentativ – von einem Frageverbot des Arbeitgebers aus. Beleg und Begründung fehlen.

II. Arbeitnehmerschützendes Frageverbot nur vor der Einstellung

Die Dogmatik des Fragerechts auf der einen und des Lügerechts auf der anderen Seite soll hier nicht dargestellt werden.¹² Insofern muss für die rechtliche Betrachtung aber unterschieden werden: Vor der Einstellung mag es Aufklärungs und Informationspflichten geben. Sie sind aber jedenfalls praktisch nicht durchsetzbar, weil die Auskunftsverweigerung typischerweise mit dem Abbruch der Vertragsverhandlungen beantwortet wird. Das ist auch der Grund, weshalb das BAG das Notwehrlügerecht im vorvertraglichen Raum „erfunden“ hat.

Vor der Einstellung ist nach herrschender Meinung in der Tat die Frage des Arbeitgebers nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft des Bewerbers grundsätzlich unzulässig.¹³ Das Fragerecht des Arbeitgebers vor Abschluss des Arbeitsvertrages setzt nach ständiger Rechtsprechung des BAG voraus, dass der Arbeitgeber zu diesem Zeitpunkt ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage hat.¹⁴ Dieses Interesse fehlt, weil der Arbeitgeber wegen Art. 9 Abs. 3 GG die Einstellung nicht von der Gewerkschaftsmitgliedschaft abhängig machen darf. Das Frageverbot vor der Einstellung ist also eine Schutzmaßnahme des Staates vor Diskriminierung desjenigen Arbeitnehmers, der wegen seiner Organisationszugehörigkeit sonst keinen Arbeitsplatz erhielte. Eine Ausnahme wird man freilich machen müssen: Hängt die Wirksamkeit des Vertragsschlusses selbst von einer Tarifnorm ab (Abschlussverbot, Befristungsbeschränkung), muss der Arbeitgeber auch schon vor Vertragsschluss wissen, woran er ist. Gerade der Abschluss befristeter Arbeitsverträge muss im Fall eines Befristungsverbots für Tarifgebundene gezielt mit tariffreien Arbeitnehmern möglich sein. Dieses Fragerecht hat die Gewerkschaft mit dem auf tarifgebundene Arbeitnehmer beschränkten Befristungsverbot selbst ausgelöst.

Auch wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu „tarifwidrigen“ Bedingungen beschäftigen will, hat er kein Recht auf Information. Denn dass der Arbeitgeber letztlich dem Tarifvertrag ausgeliefert ist, liegt an seiner eigenen Tarifgebundenheit und nicht an der des Arbeitnehmers. Ein tarifgebundener Arbeitgeber hat sich privatautonom selbst oder über seinen Verband dazu verpflichtet, Gewerkschaftsmitgliedern die

¹² Hierzu ErfK/Wank § 28 BDSG Rn. 3; Palandt/Putzo, 63. Aufl. 2003, § 611 Rn. 5 ff.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 254 ff.; *Moritz*, Fragerecht des Arbeitgebers sowie Auskunft- und/oder Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen?, NZA 1987, 329 ff.

¹³ MünchArbR/*Buchner*, 2. Aufl. 2000, § 41 Rn. 18; 113; MünchArbR/*Berkowsky* § 137 Rn. 112, 117, 126; ErfK/Wank § 28 BDSG Rn. 7; *Boenke*, aaO Fn. 11, NZA 2004, 143; MünchKommBGB/*Roth*, 4. Aufl. 2003, § 241 Rn. 150.

¹⁴ BAG vom 18.10. 2000 – 2 AZR 380/99, AP Nr. 49 zu § 123 BGB = EzA § 123 BGB Nr. 56 = NZA 2001, 315.

tariflichen Arbeitsbedingungen zu gewähren. Dazu setzt er sich in treuwidrigen Widerspruch, wenn er nun von organisierten Arbeitnehmern nichts mehr wissen will. Abgesehen davon: Der Organisationsstatus vor der Einstellung sagt doch gar nichts. Die Tarifgeltung hängt von der Tarifbindung nach Vertragsschluss ab. Der zwischenzeitliche Eintritt ist – als von Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG verbotener „yellow-dog-contract“ vertraglich nicht regelbar.

Eben dies bestätigt eine jüngere Entscheidung des Ersten Senats, der dem Betriebsrat für diesen Fall das Zustimmungsverweigerungsrecht des § 99 BetrVG aus der Hand schlägt – gerade weil der Betriebsrat nicht die Beschäftigungsaufnahme durch den organisierten Arbeitnehmer zu tarifwidrigen Bedingungen verhindern darf, sondern weil es Sache des Arbeitnehmers ist, den Tarifvertrag nach der Einstellung durchzusetzen.¹⁵

Ein zweites ausnahmsweises Informationsinteresse greift in dem Sonderfall, dass eine Gewerkschaft als Arbeitgeber nach der Mitgliedschaft in gegnerischen oder konkurrierenden Organisationen fragt. So darf die IG Metall als Arbeitgeber nach der Mitgliedschaft in der CGM fragen, nicht aber nach der Mitgliedschaft im Verband der Gewerkschaftsbeschäftigten.

Dieser Schutz ist halbseitig. Die gelegentliche Praxis insbesondere der IG Metall in einigen Großunternehmen, in denen dem Bewerber von einem Betriebsratsmitglied bedeutet wird, dass die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung nach § 99 BetrVG mit Gewerkschaftsmitgliedschaft sicher ist, ignoriert nicht nur die negative Koalitionsfreiheit, sondern auch Datenschutz und Informationsfreiheit. Aber das ist Teil und Konsequenz jenes einseitig „gegen die Arbeitgeber“ positionierten Arbeitsrechtes, das den Arbeitnehmer nicht vor seinen Kollektiven schützt. Gegen jenes Arbeitsrechtsverständnis hat *Heinze* stets Stellung bezogen.

Nichts zu tun hat dies mit einem allgemeinen aus der Koalitionsfreiheit folgenden „Differenzierungsverbot“, mit dem *Boemke* fälschlich auch den Arbeitgeber vor der Frage nach der Verbandszugehörigkeit schützen will.¹⁶ Ein solches Verbot gibt es nicht. Denn das Tarifrecht differenziert gerade zwischen tarifgebundenen und tariffreien Mitarbeitern des tarifgebundenen Arbeitgebers. Der Bewerber hat durchaus ein anerkanntes Interesse, zu wissen, ob sein potentieller Arbeitgeber tarifgebunden ist. Davon hängt für ihn nicht nur der aktuelle Stand der Arbeitsbedingungen sondern auch die künftige Entwicklung ab. Gerade wenn man die Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie mit einem Verhandlungsmandat durch Mitgliedschaft begreift,¹⁷ ist es für den Arbeitnehmer von großer Bedeutung, inwiefern sein Gegenüber das für die kongruente Tarifgebundenheit erforderliche „komplementäre Legitimationselement“ mitbringt.¹⁸

¹⁵ BAG vom 28. 3. 2000 – 1 ABR 16/99, AP Nr. 27 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = EzA § 99 BetrVG 1972 Einstellung Nr. 6 = NZA 2000, 1294.

¹⁶ *Boemke*, aaO Fn. 11, NZA 2004, 144.

¹⁷ *Rieble*, Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie, ZfA 2000, 5 ff. *Löwisch/Rieble*, aaO Fn. 10, § 3 Rn. 1 ff.

¹⁸ *Löwisch/Rieble*, aaO Fn. 10, § 3 Rn. 2 ff.

Insofern zieht der Informationsanspruch nur die Konsequenz aus der Halbseitigkeit der Tarifgebundenheit: Die Tarifgebundenheit (des Arbeitgebers) nach § 3 Abs. 1 TVG wirkt (für die Arbeitnehmer) wie ein Optionsrecht: Die Tarifgebundenheit ist dynamisch angelegt. Der abgeschlossene Tarifvertrag – also die Tarifgebundenheit der Gegenseite nach § 3 Abs. 1 und 3 TVG – bedeutet für die Tariffreien das Recht, durch Eintritt in den tarifschließenden Verband, die Tarifwirkungen auf sich zu beziehen. Deutlich wird das Optionsrecht, wenn eine Seite ihrem Verband erst beitrifft, wenn die andere Seite bereits ausgetreten ist: Weil § 3 Abs. 3 nicht die konkrete Tarifgeltung (§ 4 Abs. 1) perpetuiert, sondern die einseitige Tarifgebundenheit und damit das Optionsrecht, sorgt der Eintritt für die Tarifgeltung, obzwar zu *keinem Zeitpunkt beide Seiten Mitglied der tarifschließenden Parteien* waren.¹⁹

Will nun der Bewerber vom künftigen Arbeitgeber wissen, ob dieser tarifgebunden ist, verschafft er sich damit Klarheit nur über seine tarifrechtlichen Option. Bei Lichte besehen ist Ziel des Auskunftsbegehrens auch nicht die Mitgliedschaft in der tarifschließenden Organisation als solche. Denn die aus dieser folgende Tarifmacht für künftige Tarifabschlüsse kann durch Beendigung der Mitgliedschaft jederzeit beseitigt werden. Die Auskunft bezöge sich mithin auf ganz unsichere Erwartungen, die wegen ihrer Flüchtigkeit kein Informationsinteresse decken. Das Auskunftsbegehrt ist vielmehr auf die aktuelle Tarifgebundenheit, bezogen auf die derzeit geltenden Tarifverträge gerichtet. Dementsprechend kann der Arbeitgeber verpflichtet sein, auch über die beendete Mitgliedschaft Auskunft zu geben, solange aus dieser mit Blick auf § 3 Abs. 3 TVG Rechtsfolgen erwachsen. Fragen kann man nur zweierlei:

- Zuerst, ob der Arbeitgeber das Auskunftsbegehrt damit abwehren kann, dass er auf die schuldrechtliche Bezugnahme verweist. Dem Arbeitnehmer braucht es aber nicht gleichgültig zu sein, ob der Tarifvertrag normativ oder schuldrechtlich gilt. Die zwingende Wirkung ist stärker. Dem Arbeitnehmer darf es auch vor der Einstellung hierauf ankommen.
- Auf der anderen Seite ist ein Auskunftsanspruch des tariffreien Arbeitnehmers abzulehnen (wenn es nicht ausnahmsweise auf Betriebsnormen des Tarifvertrags ankommt). Denn ob sich für ihn der Gewerkschaftsbeitritt tarifrechtlich lohnt, ist dies keine Information, die ihm der (potentielle) Arbeitgeber schuldet.

Boemke verkennt den Unterschied zwischen Differenzierung und Diskriminierung. Richtig ist, dass der Koalitionsfreiheit ein Diskriminierungsverbot zu entnehmen ist.²⁰ Der Unterschied hinsichtlich des Frageverbotes vor der Einstellung findet seine Rechtsfertigung darin, dass es für den (abgewiesenen) Arbeitnehmer um seine Berufstätigkeit insgesamt oder doch zur Hälfte geht, wohingegen der Arbeitgeber statt des einen auch einen anderen Arbeitnehmer beschäftigen kann. Eine vergleichbare Intensität wird beim (nichtorganisierten) Arbeitgeber erst erreicht, wenn er kollektiv gemieden wird, etwa wegen eines Boykottaufrufes der Gewerkschaft. Das

¹⁹ BAG 4. 8. 1993 – 4 AZR 499/92, AP Nr. 15 zu § 3 TVG = EzA § 3 TVG Nr. 7 = NZA 1994, 34; auch BAG 7. 11. 2001 – 4 AZR 703/00, AP Nr. 11 zu § 3 TVG = EzA § 3 TVG Nr. 24 = NZA 2002, 748 = SAE 2003, 112 mit insofern kritischer Anm. *Gutzeit*.

²⁰ Eingehend MünchArbR./Löwisch/Rieble § 245 Rn. 67 ff.

aber ist eine Frage der Sittenwidrigkeit des Boykotts als kollektiver Maßnahme und nicht der individuellen Vertragsverweigerung. Selbstverständlich darf ein Gewerkschaftsmitglied, so es die Wahl zwischen mehreren Arbeitgebern hat, sich für ein Arbeitsverhältnis mit Tarifgeltung und Tarifschutz entscheiden. Der Arbeitgeber dagegen kann die Tarifgeltung schon dadurch vermeiden, indem er seine eigene Tarifgebundenheit verhindert. Ist er umgekehrt an einheitlicher Tarifgeltung interessiert, kann er für die nicht organisierten Arbeitnehmer einseitig Bezugnahmeklauseln in die von ihm vorformulierten Arbeitsverträge einbauen. So gesehen kommt es für ihn auf die Mitgliedschaft des Arbeitnehmers nicht an. Für den Arbeitnehmer aber durchaus!

Das heißt im Teilergebnis: der organisierte Arbeitnehmer hat als Bewerber – mit dem Vierten Senat²¹ einen vorvertraglichen Auskunftsanspruch, vom potentiellen Arbeitgeber über dessen Tarifgebundenheit informiert zu werden. Die Falschauskunft kann zur Arglistanfechtung oder zur culpa in contrahendo führen, wobei der Arbeitnehmer etwa geltend machen kann, bei wahrheitsgemäßer Antwort hätte er sich für einen anderen Arbeitsplatz mit höherem Lohn oder geringeren Fahrtkosten entschieden.

Der Arbeitgeber dagegen hat – wenn nicht die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages von der Tarifgeltung abhängt – weder einen vorvertraglichen Auskunftsanspruch noch ein entsprechendes Fragerecht. Seine Frage ist rechtswidrig und darf vom Arbeitnehmer, die BAG-Rechtsprechung zugrunde gelegt, mit der Notwehrlüge beantwortet werden.²²

III. Rechtsfolgenbezogenes Informationsbedürfnis des Arbeitgebers nach der Einstellung

1. Grundsatz: Informationsanspruch folgt Tarifgebundenheit und Tarifgeltung – bei Zweiteilung der Belegschaft

Weil die Geltung der Individualnormen des Tarifvertrags von der Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers und damit grundsätzlich von seiner Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft abhängt, hat der tarifgebundene Arbeitgeber nach der Einstellung ein grundsätzliches Interesse, die Mitgliedschaft festzustellen. Er muss wissen, ob im Einzelarbeitsverhältnis zum jeweiligen Arbeitnehmer der Tarifvertrag gilt oder nicht. Die Diskriminierungssorge ist mit der Einstellung zwar nicht vollständig erledigt, doch hat der Arbeitnehmer nunmehr einen Arbeitsvertrag und ist durch Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG, § 612a BGB geschützt. „Fragerechtlich“ gesprochen: Die

²¹ BAG vom 19. 3. 2003 – 4 AZR 331/02, aaO Fn. 11.

²² Mir erscheint ein Lügerecht dagegen unangemessen und unmoralisch. Nicht einmal dem Straftäter kommt es zu. Angemessen sind scharfe anderweitige Sanktionen (Entschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung, Ordnungswidrigkeit . . .).

Tarifgebundenheit ist für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses bedeutsam, weshalb sie erfragt werden darf.²³

Wollte man nunmehr – wie dies in der Rechtsprechung „anklingt“ – ein generelles Frageverbot einrichten, wäre der Arbeitgeber daran gehindert, die gegenüber den nicht Organisierten gerade bestehende Arbeitsvertragsfreiheit zu nutzen. Das heißt: Der Schleier des Nichtwissens über die Tarifgeltung im Einzelarbeitsverhältnis zwänge den Arbeitgeber mittelbar dazu, die Tariffreien nach Tarif zu behandeln. Das ist ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit. Indem das TVG selbst die Geltung des Tarifvertrages von der beiderseitigen Mitgliedschaft abhängig macht, verneint das Gesetz das individuelle Geheimhaltungsinteresse.

Immerhin fordern gewerkschaftsfreundliche Juristen die Wiederkehr der Differenzierungsklausel (als Organisationsinstrument) – und damit notwendig die Aufdeckung des Organisationsstatus zu gewerkschaftsnützigen Zwecken.²⁴

Auch die (an die Stelle der verfassungswidrigen Tarifeinheit im Betrieb tretende) Tarifpluralität²⁵ im Falle der mehrfachen Tarifbindung an unterschiedliche Tarifverträge erfordert die Aufklärung über die jeweilige Gewerkschaftsmemberschaft. Tarifkonkurrenz und -pluralität setzen das Fragerecht gleichsam voraus: Ist der Arbeitgeber mehrfach tarifgebunden, so muss er in jedem Arbeitsverhältnis wissen, welcher Tarifvertrag zur Anwendung kommt und damit welcher Gewerkschaft der Betreffende angehört. Auch zur Auflösung von Tarifkonkurrenzen im jeweiligen Einzelarbeitsverhältnis muss der Arbeitgeber nach etwaigen Doppelmitgliedschaften fragen können. Weil schließlich die Tarifkonkurrenz einheitlich geltender Betriebsnormen nach dem Prinzip der größten Zahl von der Mitgliedschaftsstärke der beteiligten Gewerkschaften in der Belegschaft abhängt,²⁶ ist in diesem Sonderfalle sogar die umfassende Belegschaftsbefragung erlaubt.²⁷

Schließlich und vor allem kann der wissbegierige Arbeitgeber gezielt seinen Arbeitnehmern „etwas weniger“ als das Tarifentgelt zahlen und so jeden tarifgebundenen Arbeitnehmer zwingen, *von sich aus* die Gewerkschaftsmemberschaft aufzudecken, wenn er nach Tarifvertrag behandelt werden will. Denn die individuelle Tarifgebundenheit muss der Arbeitnehmer darlegen und beweisen, der für sich die normative Anwendung des Tarifvertrags verlangt.²⁸

²³ Boemke, aaO Fn. 11, NZA 2004, 143; Lembke, Die Arbeitskampfbeteiligung von Außenseitern, 2000, S. 191f.; Hromadka, Ein Arbeitsvertragsgesetz – Der Diskussionsentwurf des Arbeitskreises „Deutsche Rechtsinheit im Arbeitsrecht“, NJW 1992, 1985, 1987; MünchArbR./Buchner § 41 Rn. 121; Ehrlich, Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellungen und Folgen der Falschbeantwortung, DB 2000, 421, 426.

²⁴ Däubler, Tarifliche Leistungen nur für Gewerkschaftsmitglieder?, BB 2002, 1643; Zachert, Renaissance der tariflichen Differenzierungsklausel?, DB 1995, 322.

²⁵ Löwisch/Rieble, aaO Fn. 10, § 4 Rn. 133 ff.; eingehend Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, aaO Fn. 1998, S. 411 ff.; kritisch Heinze/Ricken, Tarifeinheit bei Verbandsaustritt und Verbandsauflösung, ZfA 2001, 159, 171 ff.

²⁶ Löwisch/Rieble, aaO Fn. 10, § 4 Rn. 151; Wänk in: Wiedemann, TVG, 6. Aufl. 1999, § 4 Rn. 295; Jacobs, aaO Fn. 25, S. 308 f.

²⁷ Dazu Sächsisches LAG vom 13. 11. 2001 – 7 Sa 118/01, AuR 2002, 310; BAG vom 4. 12. 2002 – 10 AZR 113/02, AP Nr. 28 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2003, 632.

²⁸ Siehe BAG vom 15. 6. 1993 – 9 AZR 208/92, EzA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 104 = AP Nr. 123 zu § 4 TVG Ausschlussfristen = NZA 1994, 274; BAG vom 12. 2. 1997 – 4 AZR 419/95, NZA 1997, 1064;

Umgekehrt gilt: Wegen §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 Satz 1 TVG ist der Arbeitgeber zur *Zweiteilung der Belegschaft* in tarifgebundene und tariffreie Arbeitnehmer ohne weiteres berechtigt. Nur für die Ersten gilt der Tarifvertrag, für die tariffreien Arbeitnehmer ergeben sich Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag. Die unterschiedliche Behandlung stößt freilich an rechtliche und faktische Grenzen: Von Rechts wegen darf der Arbeitgeber die Tariffreien nicht gezielt besser stellen als die Gewerkschaftsmitglieder; Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG verbietet jede Prämie für fehlende Gewerkschaftsmitgliedschaft. Faktisch darf er die Tariffreien nicht gezielt schlechter stellen, weil sie dann in die Gewerkschaft eintreten. Der organisierte Arbeitgeber kann seine nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer in der Tat *anders* behandeln als die Gewerkschaftsmitglieder – nicht gezielt besser oder schlechter, aber anders. So kann auch bei einer tariflichen Regelarbeitszeit von 35 Stunden mit den Tariffreien eine 40-Stunden-Woche vereinbart werden. Der Arbeitgeber kann eine leistungsabhängige variable Vergütung, die um das Tarifentgelt herum schwankt, nur für Tariffreie vorsehen. Rechtlich ist das ohne weiteres zulässig.²⁹ Die Arbeitnehmer haben dann das „große“ Wahlrecht zwischen Tarifbindung und dem Status des Nichtorganisierten. Dieses große Wahlrecht ist die Alternative zum kleinen Wahlrecht des Günstigkeitsprinzips (zu diesem bei Fn. 41).

Das heißt im Ausgangspunkt: Nicht nur der (seinerseits tarifgebundene!) Arbeitnehmer muss vom Arbeitgeber erfahren können, ob dieser tarifgebunden ist und ob deswegen aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit die Individualnormen des Tarifvertrags gelten. Was der Vierte Senat für den Informationsanspruch „bei“ Einstellung gesagt hat, gilt nach derselben erst Recht. Und es gilt auch für den Arbeitgeber, weil dieser im Arbeitsverhältnis gleichberechtigter Vertragspartner ist.

2. Es sei denn: Tarifierung auch für Tariffreie

Das Fragerecht ist in Frage gestellt, wenn die Tarifgeltung entgegen dem tarifrechtlichen Leitprinzip der §§ 3 Abs. 1, Abs. 1 Satz 1 TVG nicht auf die tarifgebundenen Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers beschränkt ist. Das betrifft im Ausgangspunkt drei Fälle:

- die Allgemeinverbindlicherklärung des § 5 TVG,
- die Betriebsnormen des §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 Satz 2 TVG oder
- die individualrechtliche Gleichstellung der Nichtorganisierten durch arbeitsvertragliche Bezugnahme (auch durch betriebliche Übung) oder nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

BAG vom 18. 8. 1999 – 4 AZR 247/98, NZA 2000, 432; Stein, Anm. zu BAG AP Nr. 22 zu § 3 TVG; Oetker, Anm. zu BAG vom 18. 8. 1999, AuA 2001, 91; HdBArbR./Schaub § 206 Rn. 5.

²⁹ Picker, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, in: Walter-Raymond-Stiftung (Hrsg.), Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft [1997] S. 113 ff., 146 ff.; für die Entgeltflexibilisierung Rieble/Cutzeit, Individualarbeitsrechtliche Kontrolle erfolgsabhängiger Vergütungsformen, Jahrbuch des Arbeitsrechts Band 37, 2000, S. 47; Löwisch/Rieble, aaO Fn. 10, § 3 Rn. 435 f.; Däubler-TVG/Winter § 1 Rn. 362; ErfK/Schlachter Art. 9 GG, Rn. 18.

Der für *allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag* gilt wegen § 5 Abs. 4 TVG unabhängig von der Mitgliedschaft. Doch ist praktisch nie ein ganzes Tarifwerk für allgemeinverbindlich erklärt, so dass das Fragerecht greift, sofern es um solche Arbeitsbedingungen geht, die nicht allgemeinverbindlich gelten. Zudem kann der Arbeitgeber nach der Mitgliedschaft in einer anderen Gewerkschaft fragen, deren autonomer Tarifvertrag in der Tarifkonkurrenz dem allgemeinverbindlichen vorgeht.³⁰

Betriebsnormen betreffen nur die notwendig betriebseinheitlich geltenden Arbeitsbedingungen, zu denen nach richtigem Verständnis weder das Entgelt noch die Dauer der Arbeitszeit gehören können. Insofern wird dieser Fall wenig praktisch.

Der Hauptfall ist die – freiwillige – Verwendung arbeitsvertraglicher *Bezugnahmeklauseln*, die den tariffreien Arbeitnehmern die tariflichen Arbeitsbedingungen auf vertragsrechtlichem Wege verschaffen.³¹ Sie dienen als Gleichstellungsabrede, die gezielt verhindern soll, dass von der Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers die Anwendung tariflicher Arbeitsbedingungen abhängt.³²

Eine solche Gleichstellung schließt das Fragerecht im Allgemeinen aus (zum Besonderen sogleich 3). Der Arbeitgeber verhielte sich widersprüchlich, wenn er einmal mit der Bezugnahmeklausel erklärt, aus der Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers keine Folgen ziehen zu wollen und dann andererseits nach eben dieser Tarifgebundenheit fragt. Mit der Bezugnahmeklausel hat sich der Arbeitgeber des Fragerechts begeben.

Allerdings hat die Bezugnahmefreiheit eine Grenze: Auf Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen kann nicht Bezug genommen werden, weil dies einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter bedeutet. Ist also im Arbeitsvertrag eine umfassende Bezugnahmeklausel vorhanden und gilt im Rahmen des in Bezug genommenen Tarifwerkes auch ein (nicht für allgemeinverbindlich erklärter) Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung, so kommt dem Arbeitgeber das Fragerecht zu.

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz kann den Arbeitgeber nicht verpflichten, die Tarifgeltung auf die nicht Organisierten zu erstrecken.³³ Gewährt der Arbeitgeber aber vereinzelt Tariffreien die Tarifvorteile (insbesondere durch Bezugnahmeklausel), ver-

³⁰ Dazu Sächsisches LAG vom 13. 11. 2001 – 7 Sa 118/01, AuR 2002, 310; BAG vom 4. 12. 2002 – 10 AZR 113/02, AP Nr. 28 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 17 = NZA 2003, 632; BAG vom 25. 7. 2001 – 10 AZR 599/00, AP Nr. 242 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau = EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 15 = NZA 2002, 1406. Kritisch zur Rechtsprechung des 10. Senats *Löwisch/Rieble*, aaO Fn. 10, § 4 Rn. 128 ff.

³¹ Hierzu eingehend *Löwisch/Rieble*, aaO Fn. 10, § 3 Rn. 431 ff.; *Hanau/Kania*, Die Bezugnahme auf Tarifverträge durch Arbeitsvertrag und betriebliche Übung, FS Schaub, 1998, S. 239; *Heinze*, Bezugnahmeklausel: Individualvertrag versus Betriebsvereinbarung, NZA Sonderheft 2001, 75, 76; *Schliemann*, Arbeitsvertragliche Verweisung auf Tarifverträge, NZA Sonderbeilage zu Heft 16/2003, 3 ff.

³² Zur Dogmatik der Gleichstellungsabrede zentral BAG vom 26. 9. 2001 – 4 AZR 544/00, AP Nr. 21 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 19 = NZA 2002, 634; BAG vom 19. 3. 2003 – 4 AZR 331/02, AP Nr. 33 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 27 = NZA 2003, 1207; BAG vom 20. 2. 2002 – 4 AZR 123/01, EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 20 = NZA 2003, 933; BAG vom 21. 8. 2002 – 4 AZR 263/01, AP Nr. 21 zu § 157 BGB = EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 21 = NZA 2003, 446.

³³ Dazu *Thüsing*, Der Anspruch des Nichtorganisierten auf Tariflohn, ZTR 1997, 433.

pflichtet ihn der Gleichbehandlungsgrundsatz, hierbei konsequent und diskriminierungsfrei zu verfahren.³⁴ Auch das kann die Arbeitgeberfrage nach der Tarifgebundenheit der Arbeitnehmer abschneiden.

3. Nachträgliche Tarifabweichung als Rechtfertigung

a) Umfassende Dispositivität der freiwilligen Tarifanwendung

Auch wenn der Arbeitgeber seine tariffreien Arbeitnehmer mit einer Bezugnahme auf den Tarifvertrag ausstattet, bleibt doch gegenüber der normativen Wirkung des Tarifvertrags in den Arbeitsverhältnissen der Tarifgebundenen ein entscheidender Unterschied: Die Bezugnahmeklausel ist umfassend disponibel, so dass mit dem tariffreien Arbeitnehmer die Abweichung vom Tarifvertrag stets vereinbart werden kann. So kann der Arbeitgeber gezielt seinen nicht organisierten Arbeitnehmern die 40-Stunden-Woche anbieten – gegen entsprechend höheres Entgelt. Deswegen darf er vor Abschluss der Arbeitszeitverlängerungsabrede nach der Mitgliedschaft (wiederum mit Blick auf § 3 Abs. 3 TVG genauer: nach der fehlenden Tarifgebundenheit) fragen und den Abschluss einer solchen Abrede vom Bekenntnis zur Tariffreiheit abhängig machen.³⁵

Nicht anders liegt es beim betrieblichen Bündnis für Arbeit: Will der Arbeitgeber für alle Arbeitnehmer untertarifliche Bezahlung einführen, und sei es durch unvergoltene Mehrarbeit, so kann er – um der Diskussion um den Tarifbruch und die beschäftigungsorientierte Version des Günstigkeitsprinzips aus dem Weg zu gehen – im Betrieb alle Arbeitnehmer befragen.³⁶

In diesen Fällen muss der Tarifvertrag aber noch zwingend gelten – und sei es in der Nachbindungsphase des § 3 Abs. 3 TVG. Wirkt der Tarifvertrag nur noch nach (§ 4 Abs. 5 TVG), besteht die Arbeitsvertragsfreiheit für tarifgebundene und tariffreie Arbeitnehmer in gleicher Weise.³⁷ Hier darf der Arbeitgeber dann nicht mehr differenzieren. Eine Besonderheit besteht insofern bei der Tarifweitergeltung nach Betriebsübergang: Die Tariftransformation mit der Veränderungssperre greift nur zum Schutz derjenigen Arbeitnehmer, in deren Arbeitsverhältnis der Tarifvertrag zuvor zwingend gegolten hat.³⁸

³⁴ BAG vom 22. 3. 1994 – 1 ABR 47/93, EZA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10 mit Anm. Rieble unter II 2 b.

³⁵ Zur Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit: ErfK/Kania § 75 BetrVG, Rn. 6; Münch-KommBGB/Reuter Vor § 21 Rn. 96; MünchArbR./Richardi, § 14 Rn. 25. Umgekehrt zu Bedenken bei Erstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiter durch Betriebsvereinbarungen: Hanau, Verkürzung und Differenzierung der Arbeitszeit als Prüfstein des kollektiven Arbeitsrechts, NZA 1985, S. 73 ff.

³⁶ Löwisch/Rieble, aaO Fn. 10, § 4 Rn. 16 ff.; Davon geht die Burda-Entscheidung, aaO Fn. 5, unter B III 2 b selbst aus.

³⁷ Heinze, Ausgewählte Rechtsfragen zu § 613 a BGB, FS Schaub, aaO Fn. 31, S. 275 (280).

³⁸ ErfK/Preis, § 613 a BGB Rn. 115; Heinze, FS Schaub, S. 275 (292); DäublerTVG/Lorenz, § 3 Rn. 157, 161; hierzu auch Soergel/Raab, BGB, § 613 a Rn. 104.

Weiterer Sonderfall ist die *Ablösung transformierter Tarifbedingungen nach § 613 a Abs. 1 S. 2 bis 4 BGB*: Will der Erwerber mit dem Rest der Belegschaft eine vorzeitige Ablösung des Tarifsystems, so ist er auf die Erhebung der Mitgliedschaft angewiesen.

Bei der Verknüpfung von Frage und „tarifwidriger“ Vereinbarung kann der Arbeitnehmer dem Fragerecht aus dem Wege gehen, indem er die angesonnene vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarung verweigert. An seine Weigerung darf dann keine Sanktion geknüpft werden (§ 612a BGB). Da es zur vom Tarifvertrag abweichenden Vereinbarung nicht kommt, hat der Arbeitgeber insofern auch kein Informationsbedürfnis.

Der Arbeitgeber kann aber das Ziel einer „tarifwidrigen“ Vereinbarung auch mit der Änderungskündigung verfolgen. Die Tarifwidrigkeit der Änderungsvereinbarung macht nach der Rechtsprechung des BAG auch die Änderungskündigung rechtsunwirksam³⁹ – davon abgesehen hülfe auch die Versäumung der Klagfrist nach den neugefassten §§ 4, 7, 13 KSchG ab 1.1. 2004 nicht über die Tarifwidrigkeit der Vertragsänderung hinweg.⁴⁰ So könnte der Arbeitgeber etwa ein neues betriebliches Organisations- und Arbeitszeitkonzept der 44-Stunden-Woche nur für vollzeitbeschäftigte tariffreie Mitarbeiter durch Änderungskündigung durchsetzen wollen.

Solange eine derartige Änderungskündigung nicht ersichtlich aussichtslos ist, hat der Arbeitgeber gegenüber jedem Arbeitnehmer, den er für diese Änderungskündigung im Auge hat, einen entsprechenden Informationsanspruch. Dem Arbeitgeber ist es nicht zuzumuten, erst im Änderungskündigungsschutzprozess (oder gar danach) zu erfahren, dass sich der Arbeitnehmer auf seine Tarifbindung beruft.

b) Zweifel um die Günstigkeit

Bei manchen Vertragsänderungsangeboten mag sich der tarifgebundene Arbeitnehmer denken: Hier liegt doch eine Abweichung vom Tarifvertrag vor, die durch das Günstigkeitsprinzip gedeckt ist. Dann in der Tat hat der Arbeitgeber kein Recht, den organisierten Arbeitnehmern eine günstigere und kraft § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG mit dem Tarifvertrag zu vereinbarende Arbeitsvertragsgestaltung vorzuenthalten. Das wäre eine von Art. 9 Abs. 3 GG verbotene Diskriminierung. Darf der Arbeitgeber dann mithin nicht nach der Tarifgebundenheit differenzieren, entfällt wiederum das das Fragerecht auslösende berechnete Interesse.

Unproblematisch ist das aber nur in den zweifelsfreien Fällen. Das Günstigkeitsprinzip ist in seiner Reichweite aber mitnichten von Zweifeln befreit. Im Kern werden heute zwei Modernisierungen des Günstigkeitsprinzips vertreten: Flexibilisierung soll im Anschluss an *Buchner* und *Löwisch* die Günstigkeit des arbeitsvertraglichen Wahl-

³⁹ BAG vom 10. 2. 1999 – 2 AZR 422/98 – AP Nr. 52 zu § 2 KSchG 1969 mit Anm. *Rieble* = NZA 1999, 657 = EzA § 2 KSchG Nr. 34; weiter zur Änderungskündigung zur Beseitigung tariflicher Arbeitsbedingungen im Nachwirkungszeitraum BAG vom 27. 9. 2001 – 2 AZR 236/00 – AP Nr. 40 zu § 4 TVG Nachwirkung = EzA § 2 KSchG Nr. 44 = NZA 2002, 750.

⁴⁰ *Löwisch/Rieble*, aaO Fn. 10, § 4 Rn. 21.

rechts vor allem in Fragen der Dauer und Lage der Arbeitszeit bringen⁴¹ – gerade mit Blick auch auf die Neuregelung des § 7 Abs. 2a, 7 ArbZG.⁴² In der Tat kann der tarifgebundene Arbeitnehmer danach streben, ebenfalls 40 Wochenstunden mit Wahlrecht (der Rückkehr zum Tarifvertrag) zu arbeiten. Nur: erstens muss sich der Arbeitgeber auf die Vereinbarung eines Wahlrechtes im Arbeitsvertrag nicht einlassen. Er kann auch darauf setzen, mit den tariffreien Arbeitnehmern eine Dauerlösung ohne Rückkehrrecht zu vereinbaren, womit dann anstelle des kleinen Wahlrechtes im Arbeitsvertrag zwischen den vertraglichen und den tariflichen Arbeitsbedingungen dann das große Wahlrecht zwischen Tarifgebundenheit und Tariffreiheit greift.

Aber selbst wenn der Arbeitgeber grundsätzlich zu einem Wahlrecht bereit ist, darf er gleichwohl die riskante Rechtsausübung gegenüber den tarifgebundenen Arbeitnehmern scheuen: Solange die Rechtsprechung nicht geklärt hat, inwieweit der Vorstoß der Literatur zur Wahlrechtsgünstigkeit trägt, solange darf der Arbeitgeber gerade wegen des Unwirksamkeitsrisikos (und der sozialrechtlichen Folge der am Entstehungsprinzip ausgerichteten Beitragslast) die tarifgebundenen Arbeitnehmer ausschließen – weswegen er sein Fragerecht behält. Das Rechtsrisiko mögen diese auf sich nehmen, indem sie Gleichbehandlung nach dem Günstigkeitsprinzip einklagen: Mal schau'n, ob die Gewerkschaft Rechtsschutz gewährt. Anders zu entscheiden hieße einmal mehr, den Arbeitgeber über nicht handhabbare Rechtsrisiken in seinem Verhalten (risikoavers) zu steuern – das ist des Rechtsstaates nicht würdig.

Besonders kritisch wird die Frage bei der zweiten „Baustelle“ des Günstigkeitsprinzips, der Günstigkeit der Beschäftigungssicherung in Abkehr von Burda.⁴³ Hier kann kein Arbeitgeber sicher sein, dass die Rechtsprechung den Äpfel-Birnen-Vergleich mitträgt. Deswegen lassen sich Beschäftigungssicherungsvereinbarungen gerade mit nicht Organisierten denken – was das Fragerecht auslöst.

Ein Sonderfall schließlich ist die missratene Vorschrift des § 17 Abs. 5 BetrAVG. Hier ist nicht ansatzweise klar, ob damit das Günstigkeitsprinzip beiseitegeschoben werden soll, ob also die vertragliche Umwandlung von Tarifentgelt von der Zulassung der Tarifparteien abhängt.⁴⁴ Wer hier zwar den offensiven Günstigkeitsstandpunkt teilt, wird gleichwohl keinem Arbeitgeber eine solche Strategie anraten können. Denn wenn die Gegenseite recht hat, hat die Entgeltumwandlung nicht stattgefunden

⁴¹ Buchner, Tarifliche Arbeitszeitbestimmungen und Günstigkeitsprinzip, DB 1990, 1715, 1720; Löwisch, Die Freiheit zu arbeiten – nach dem Günstigkeitsprinzip, BB 1991, 59, 62; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1607f.; aA DäublerTVG/Deinert, § 4 Rn. 691, Rn. 221; Buschmann, Die Günstigkeit der Nachtarbeit, NZA 1990, 387, 388.

⁴² Löwisch/Rieble, aaO Fn. 10, § 4 Rn. 319.

⁴³ Wegweisend Adomeit (NJW 1984, 26); Schliemann, Tarifliches Günstigkeitsprinzip und Arbeitsvertragsfreiheit, in: Picker/Rüthers (Hrsg.), Recht und Freiheit, 2003, S. 1ff.; ders., Tarifliches Günstigkeitsprinzip und Bindung der Rechtsprechung, NZA 2003, 122; Löwisch/Rieble, aaO Fn. 10, § 4 Rn. 326 ff.; aA Dieterich, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1ff.; DäublerTVG/Deinert, § 4 Rn. 636 ff. mwN.

⁴⁴ Dazu Rieble, Die Entgeltumwandlung, BetrAV 2001, 584, 588 ff.; Konzen, Kollektivrechtliche Grundlagen und Grenzen der Entgeltumwandlung in der betrieblichen Altersversorgung, GedS Blomeyer, 2003, S. 173 ff., 187 ff.; Schliemann, Tarifrecht und Entgeltumwandlung bei Betriebsrenten, GedS Blomeyer, 2003, S. 375, 380 ff.

und damit fallen planwidrig Sozialabgaben an. In diesem Falle also lässt sich (wenn der Tarifvertrag keine Öffnungsklausel enthält) die Entgeltumwandlung unproblematisch mit den tariffreien Arbeitnehmern durchführen⁴⁵ – und vom entsprechenden Bekenntnis abhängig machen.

c) Insbesondere: Kein Verzichts- und Vergleichsschutz

Zulässig ist die Frage stets in Ansehung des *Verzichts- und Vergleichsschutzes* nach § 4 Abs. 4 TVG. Denn hierbei handelt es sich um einen Umgehungsschutz der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags, der mithin den tarifgebundenen Arbeitnehmer vorbehalten ist.⁴⁶ Will der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis oder einen Streit aus ihm mit einem Vergleich abschließen, der auch nur einen teilweisen Verzicht auf tarifliche Rechte bedeutet – insbesondere durch eine wechselseitige Ausgleichsquittung⁴⁷ oder einen Abfindungsvergleich⁴⁸ – so ist eine derartige Vereinbarung mit tariffreien Arbeitnehmern, für die der Tarifvertrag allenfalls kraft Bezugnahme gilt, problemlos möglich. Schon weil ein Verzicht tarifgebundener Arbeitnehmer unwirksam ist, und ein von ihm vereinbarter Vergleich von der Zustimmung der Tarifparteien abhängt, muss der Arbeitgeber fragen dürfen – genauer: den Abschluss des Verzichts oder Vergleichs von der Erklärung der Tariffreiheit abhängig machen dürfen.

4. Sonderfall: Verteidigung gegen Tarifbruchunterlassungsklage

Besonderer Fall ist das Tarifbruchunterlassungsbegehren einer Gewerkschaft: Wird der tarifgebundene Arbeitgeber von einer tarifschließenden Gewerkschaft in Anspruch genommen, so braucht er nicht abzuwarten, bis jene im Erkenntnisverfahren ihre Mitglieder benennt, um die Störung im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB zu belegen (oben I bei Fn. 5). Vielmehr gehört zur prozessualen Waffengleichheit, dass sich der Arbeitgeber über das „Ob“ und das Ausmaß der behaupteten Störung selbst Klarheit verschaffen kann, indem er die Mitarbeiter fragt, ob sie der die Unterlassung begehrenden Gewerkschaft angehören.

5. Vereitelung durch Maßregelungsverbot (§ 612 a BGB)?

Ungleichbehandlung und damit auch das Fragerecht können durch das Maßregelungsverbot nicht beiseitegeschoben werden. Zwar haben der zweite und der zehnte Senat in zwei etwas krummen Fällen § 612 a BGB gefährlich aufgeblasen: Dass der Arbeitgeber

⁴⁵ Richtig *Klemm*, Fragen der Entgeltumwandlung nach dem Altersvermögensgesetz, NZA 2002, 1123, 1127.

⁴⁶ *Löwisch/Rieble*, aaO Fn. 10, § 4 Rn. 333 ff., 337; weiter *Migsch*, Der sogenannte Verzicht des Arbeitnehmers auf Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, Festschrift Strasser, 1983, S. 255 ff.

⁴⁷ *Löwisch/Rieble*, aaO Fn. 10, § 4 Rn. 346 ff. mwNw.

⁴⁸ *Löwisch/Rieble*, aaO Fn. 10, § 4 Rn. 355 ff. mwNw.

die Arbeitnehmer, die sich einer Arbeitszeitverlängerung ohne Lohnausgleich versagen, nicht einseitig aus dem Begünstigtenkreis einer schon eingeführten freiwilligen Erfolgsbeteiligung herausnehmen darf⁴⁹ ist richtig. Ebenso richtig ist aber auch, dass ein Arbeitgeber eine bestehende begünstigende Regelung abschaffen darf und dann ein insgesamt neues Arbeitszeit- und Vergütungssystem anbieten kann, mit der Folge, dass derjenige Arbeitnehmer, der die Arbeitszeitelemente nicht will, auch die Vergütung nicht erhält. Der vertragliche Sachzusammenhang ist vom Arbeitgeber einseitig privatautonom gestaltbar. Es ist keine (verbotene) Maßregelung, wenn die nachteilige Folge dem Arbeitnehmer *unmittelbar* aus seiner individuellen Rechtswahrnehmung erwächst.

Missverständlicher noch ist die zweite Entscheidung: Natürlich darf der Arbeitgeber vom tarifgebundenen Arbeitnehmer für die Zuweisung von Überstunden nicht verlangen, dass er auf tarifliche Vergütungsansprüche verzichtet – weil dies ein tarifwidriges Ansinnen ist.⁵⁰ Er darf aber meiner Meinung nach die Zuweisung von Überstunden von vornherein gezielt nur den tariffreien Arbeitnehmern anbieten, weil für diese keine Zuschläge anfallen. Das ist keine Maßregelung, sondern Folge der tariflichen Preisgestaltung. Verböte der Tarifvertrag die Mehrarbeit, könnte der Arbeitgeber sie von vornherein nur den Tariffreien anbieten. Und in jedem Fall darf der Arbeitgeber seinen tariffreien Arbeitnehmern ein vom Tarifvertrag abweichendes Arbeitszeitmodell anbieten, etwa mit der 42-Stunden-Woche und hoher Flexibilität. Sabotageversuche des Betriebsrats über die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG sind zwar möglich, aber nicht lange durchzuhalten.

Das heißt gerade für den spannenden Fall der *zuschlagsfreien Arbeitszeitverlängerung für tariffreie Arbeitnehmer*: Tarifgebundene Arbeitnehmer werden nicht dadurch gemäßregelt, dass der Arbeitgeber ihnen diese nicht anbietet. Sie tragen die mittelbare Last des Tarifvertrags als Kehrseite des Tarifschutzes, für den sie sich entschieden haben. Der entscheidende gestalterische Gesichtspunkt liegt darin, dass der Arbeitgeber vom tarifgebundenen Arbeitnehmer keinen Tarifbruch verlangen darf (und dann aus der Verweigerung nachteilige Folgen ableitet „allein deshalb“⁵¹), sondern ihm von vornherein jene Vertragsgestaltung gar nicht anbietet.

Dass Tarifschutz nicht ausschließlich vorteilhaft ist, zeigen die Verhandlungen über einen Abfindungsvergleich. Der tarifgebundene Arbeitnehmer erhält die Abfindung nicht, weil § 4 Abs. 4 TVG den Vergleich insofern beschränkt.

⁴⁹ BAG vom 12.6. 2002 – 10 AZR 340/01 – EzA § 612a BGB Nr. 2 = AP Nr. 8 zu § 612a BGB = NZA 2002, 1389.

⁵⁰ BAG vom 7.11. 2002 – 2 AZR 742/00 – EzA § 612a BGB 2002 Nr. 1 = AP Nr. 100 zu § 615 BGB = BB 2003, 742.

⁵¹ So die Diktion in den beiden BAG-Entscheidungen.

VI. Auskunftsanspruch

1. Grundlage

In diesen Fällen der zulässigen Befragung in der Zeit nach der Einstellung hat der tarifgebundene Arbeitgeber nicht nur ein Fragerecht, sondern sogar einen *Auskunftsanspruch* aus §§ 241 Abs. 2, 242 BGB, weil die Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers sonst nicht zu ermitteln ist und der Arbeitnehmer unschwer Auskunft geben kann.⁵² Dieser Auskunftsanspruch wird nicht durch eine berechtigte oder vermeintliche Diskriminierungsgefahr hinfällig. Denn zur Sanktionierung des Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG stehen mit § 612a BGB und der richterrechtlichen Entschädigung in Entsprechung zur Persönlichkeitsrechtsverletzung hinreichend effektive Instrumente zur Verfügung.⁵³ Den Auskunftsanspruch kann der Arbeitgeber im Klagewege verfolgen, weil die Auskunftspflicht als Nebenpflicht selbständig klagbar ist. Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach § 888 Abs. 1 ZPO und ist auch nicht durch Abs. 3 ausgeschlossen.

2. Sozialrechtliche Flankierung

Dieser zivilrechtliche Auskunftsanspruch wird sozialrechtlich durch § 280 Abs. 1 SGB IV flankiert. Zur Durchführung des Meldeverfahrens und der Beitragszahlung muss der Arbeitgeber wissen, ob das Arbeitsentgelt vom Tarifvertrag bestimmt wird oder nicht. Aber auch dann, wenn der Arbeitgeber meint, nach Arbeitsvertrag ein geringeres Entgelt zu schulden und deshalb nach dem sozialversicherungsrechtlichen Entstehungsprinzip einen geringeren Beitrag errechnet, kann der zuständige Versicherungsträger nach § 280 Abs. 2 S. 1 SGB IV vom Beschäftigten Auskunft über die Tarifgebundenheit als „für die Erhebung von Beiträgen notwendige Tatsache“, ja sogar die Vorlage der „erforderlichen Unterlagen“ verlangen!⁵⁴

3. Fragelast oder vereinbarte Meldepflicht?

Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich nicht von sich aus verpflichtet, den Arbeitgeber über seine Gewerkschaftsmitgliedschaft oder eine Änderung in deren Status zu unterrichten.⁵⁵ Nur ganz ausnahmsweise, wenn dem Arbeitnehmer bewusst ist, dass der Arbeitgeber irrig von einer fehlenden Gewerkschaftsmitgliedschaft ausgeht und dabei

⁵² BAG vom 8.6.1996 – 6 AZR 314/95, AP Nr. 25 zu § 242 Auskunftspflicht = EzA § 242 BGB Auskunftspflicht Nr. 5 = NZA 1997, 41.

⁵³ MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 245 Rn. 104, noch zu § 847 BGB aF.

⁵⁴ KasslerKommentar Sozialversicherungsrecht/Seewald (Stand: 2003), § 280, Rn. 2f.; Otto/Schwarze, Die Haftung des Arbeitnehmers, 3. Aufl. 1998, Rn. 117 f.

⁵⁵ Lembke, aaO Fn. 23, Arbeitskampfbeteiligung, S. 189.

erhebliche Folgen drohen, mag man den Arbeitnehmer unaufgefordert zur Auskunft verpflichtet halten. Eine solche Pflicht zur Aufklärung von sich aus ist schließlich denkbar, wenn die Initiative zum tarifwidrigen Vertrag vom Arbeitnehmer ausgeht und er wissen kann, dass dem Arbeitgeber durch das Vertrauen auf die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages ein Schaden entsteht. Insofern gilt hier nichts anderes als bei den früheren §§ 307, 309 BGB.⁵⁶

Die eigentlich spannende Frage ist, ob der tarifgebundene Arbeitgeber den Arbeitnehmer in einer *arbeitsvertraglichen Klausel verpflichten* kann, ihn über die Statusänderung, d.h. die *Änderung der Gewerkschaftsmitgliedschaft* – den Austritt, vor allem aber den Eintritt, *zu informieren*. Spezielle Klauselverbote sind nicht in Sicht, so dass nur die Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB die Klausel hindern kann. Unangemessen ist dabei nicht schon, dass der Arbeitgeber überhaupt die Gewerkschaftsmitgliedschaft wissen will. Das entspricht dem Leitbild des § 3 Abs. 1 TVG. Unangemessen ist es auch nicht, dass der Arbeitgeber seine Fragelast durch eine Auskunftslast des Arbeitnehmers abstreift. Denn die Gewerkschaftsmitgliedschaft ist ein Umstand aus der Sphäre des Arbeitnehmers; zudem verhindert die Selbstauskunft die Frage des Arbeitgebers, etwa durch monatliches, rituelles Nachfragen – im Interesse aller Beteiligten. Insbesondere wenn der tariffreie Arbeitnehmer eine individuelle Arbeitszeitgestaltung vereinbart, die mit dem Tarifvertrag nicht übereinstimmt, hat er das individuelle Recht, kraft der mit der Tarifgebundenheit verbundenen Option (oben bei Fn.18) die Geltung des Tarifvertrages durch einseitigen Beitritt zur Gewerkschaft herbeizuführen. Aus der Unwissenheit über die nunmehrige Tarifgeltung aber Nachteile für den Arbeitgeber erwachsen zu lassen, das ist unangemessen, weswegen die Auskunftspflicht aus der Informationsasymmetrie überhaupt erst die angemessene Folge ableitet.

Unangemessen ist es aber, wenn die Auskunftspflicht ganz generell und losgelöst von einem *Informationsbedürfnis* des Arbeitgebers greifen soll, weil damit die Beschränkung des allgemeinen Informationsanspruches zum Schutz des Auskunftspflichtigen unterlaufen würde.⁵⁷ Eine solche Mitgliedschaftsauskunftsklausel muss deshalb *bedarfsbezogen formuliert* oder vereinbart werden. So kann der Arbeitgeber in der Vereinbarung über eine tarifwidrige Verlängerung der Arbeitszeit den Arbeitnehmer verpflichten, den Gewerkschaftseintritt anzuzeigen, weil damit diese Vereinbarung unwirksam wird. Umgekehrt ist eine solche Klausel im Abfindungsvergleich über ein tarifliches Recht unzulässig, weil dessen Wirksamkeit nur vom punktuellen Stand der Mitgliedschaft abhängig ist.

⁵⁶ Zum Hineinwachsen der culpa in contrahendo in diese Fallgruppe Rieble, Die Kodifikation der culpa in contrahendo, in: *Konzen/Schmidt/Dauner-Lieb* (Hg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S.137, 149f.

⁵⁷ *Boemke*, aaO Fn. 11, NZA 2004, 143; *Lembke*, Arbeitskampfbeteiligung, aaO Fn. 23, S. 191f.; *Hromadka*, aaO Fn. 23, NJW 1992, 1987; MünchArbR/*Buchner*, § 41 Rn. 121; *Ehrlich*, aaO Fn. 23, DB 2000, 421 (426).

V. Rechtsfolgen der Lüge

1. Schadensersatz

Wichtiger als die Durchsetzung der Auskunftspflicht ist die *schadensrechtliche Reaktion* auf die Falschauskunft. Dass der Arbeitnehmer fälschlich die Tarifgebundenheit behauptet, um einen tariflichen Vorteil zu erlangen wird dabei eher selten sein. Insofern kann der Arbeitgeber sich die Gewerkschaftsmitgliedschaft positiv nachweisen lassen.

Der umgekehrte Fall wird praktisch: Der Arbeitnehmer begehrt eine Vertragsgestaltung, die mit tarifgebundenen Arbeitnehmer nicht möglich ist (Entgeltumwandlung, Reduktion des Urlaubsanspruches auf das gesetzliche Mindestmaß, Abfindung gegen Rechtsverzicht) und behauptet dabei wahrheitswidrig, nicht Mitglied der Gewerkschaft zu sein – genauer: nicht an den Tarifvertrag gebunden zu sein, der die begehrte Vertragsgestaltung verbietet. Hier kann der Arbeitgeber keinen Nachweis verlangen, weil die negative Tatsache der Nichtmitgliedschaft in der Gewerkschaft (mit Blick auf § 3 Abs. 3 TVG: während des gesamten bisherigen Geltungszeitraums des Tarifvertrags) gar nicht beweisbar ist.

Der sehr vorsichtige Arbeitgeber kann sich entsprechend den so genannten Bietererklärungen (nach denen Teilnehmer an öffentlichen Ausschreibungen versichern, ihre Gebote nicht mit Konkurrenten abgesprochen zu haben) für den Fall der wahrheitswidrigen Auskunft eine „Strafzahlung“ ausbedingen. Diese ist freilich keine Vertragsstrafe iSv § 339 BGB, weil sie ein Verhalten in der Vergangenheit betreffen und nicht die Verhaltenssteuerung in der Zukunft.⁵⁸ Das wiederum hat den hübschen Vorteil für sich, dass der lügende Arbeitnehmer keine Strafermäßigung nach § 343 BGB begehren kann.⁵⁹ Freilich bleibt die AGB-Kontrolle als Schadenspauschalierung nach § 309 Nr. 5 BGB.

Aber auch ohne solche Vorsorge ist die Falschauskunft über die eigene Tarifgebundenheit eine Pflichtverletzung, die nach § 280 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Am Vertretenmüssen kann es nur dann Fehlen, wenn der Arbeitnehmer einem entschuldbaren Irrtum über seine Mitgliedschaft erlegen ist.⁶⁰ Irgend geartete *Haftungsprivilegien gibt es nicht*. Regelmäßig wird der Arbeitnehmer seine Gewerkschaftsmitgliedschaft vorsätzlich verschwiegen haben, um etwa in den Genuss des mit der tarifwidrigen Verlängerung der Arbeitszeit verbundenen, höheren Entgelts zu kommen, oder um im Rahmen eines Abfindungsvergleiches anstelle des unverzichtbaren tariflichen Rechts die Barabfindung mitzunehmen.

Aber auch im Fall eines angemäßen Lügerechts oder eines fahrlässigen Irrtums über die Mitgliedschaft hilft dem Arbeitnehmer *keine Haftungsbeschränkung*. Denn die

⁵⁸ BGH vom 23. 6. 1988 – VII ZR 117/87, BGHZ 105, 24 = NJW 1988, 2536.

⁵⁹ Näher Staudinger/Rieble, 2004, § 339 Rn. 46.

⁶⁰ Vgl. ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 869, 898, 910; Palandt/Sprau, 63. Aufl. 2003, § 675, Rn. 39; § 611, Rn. 5.

Antwort auf eine Arbeitgeberfrage ist *keine betrieblich veranlasste Tätigkeit*.⁶¹ Hier geht es nicht um die vom Arbeitgeber beherrschte Arbeitsorganisation und die spezifisch bei ihm liegende Möglichkeit zur Gefahrenminimierung oder Versicherbarkeit. Die intellektuelle und moralische Kraft zur wahrheitsgemäßen Aussage liegt allein beim Arbeitnehmer.

Auch die zweite zu erwartende „Ausrede“ trägt nicht weit: Ein Notwehrlügerecht fehlt objektiv und auch subjektiv sind die Anforderungen an einen unvermeidbaren Rechtsirrtum hoch gesteckt: Der Arbeitnehmer darf nicht „aus dem Bauch heraus“ die Frage nach seiner Organisationszugehörigkeit oder die auf ihr beruhende Tarifgebundenheit verneinen. Ihn trifft eine Erkundigungspflicht. Erhält er von seiner Gewerkschaft oder von seinem Rechtsanwalt die falsche Auskunft, er dürfe lügen, exkulpiert ihn das nicht. Sein professioneller Helfer ist Erfüllungsgehilfe im Schuldverhältnis zum Arbeitgeber. Er mag dann im Innenverhältnis Regress nehmen.

Um jeden Zweifel auszuräumen, ist dem Arbeitgeber anzuraten, gezielt nicht nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft, sondern nach derjenigen Tarifgebundenheit zu fragen, die die maßgebende Rechtsfolge auslöst.

Steht der Ersatzanspruch einmal dem Grunde nach fest, so ist der Arbeitgeber nach § 249 BGB so zu stellen, wie er stünde, hätte der Arbeitnehmer die Frage rechtzeitig und richtig beantwortet. Der Arbeitgeber kann nur nicht verlangen, so gestellt zu werden, als sei die falsche Antwort richtig:

- Für den Fall des *Abfindungsvergleiches* heißt das: Der Vergleich scheidet zwar an § 4 Abs. 4 TVG. Das tariflich unverzichtbare Recht bleibt bestehen. Der Arbeitgeber kann aber die gewährte Abfindung nicht nur kondizieren, sondern auch – entreichungsfest – als Schaden herausverlangen.
- Im Fall der *tarifwidrigen Arbeitszeitverlängerung* ist die Mehrarbeitsabrede unwirksam. Der Arbeitnehmer kann für die geleistete Mehrarbeit anstelle der vereinbarten Vergütung die tariflich vorgesehene – insbesondere auch Mehrarbeitszuschläge – verlangen. Doch steht diesem Vergütungsanspruch der „dolo agit“ – Einwand entgegen, weil die Belastung durch den Mehrzuschlag Folge der Auskunftspflichtverletzung des Arbeitnehmers ist. Soweit der Arbeitgeber auf den tariflich entstandenen Mehrarbeitszuschlag Sozialabgaben zahlen muss, ist die schadensrechtliche Überwälzung auf den Arbeitnehmer durch § 28g SGB IV wegen dessen S. 4 regelmäßig nicht gehindert.

Den Haupteinwand gegen solche schadensrechtliche Reaktion kann man sich leicht ausmalen: Manche werden sagen, so würde die *zwingende Wirkung* des Tarifvertrages schadensrechtlich ausgehebelt oder neutralisiert.⁶² Doch jener Einwand sticht nicht: Das gilt zunächst formal. Die Tarifgeltung als solche bleibt von einem kompensatorischen Ersatzanspruch unberührt (wie die Rechtskraft von einem Staatshaftungsan-

⁶¹ BAG vom 14. 8. 2002 – 8 AZR 348/01, AP Nr. 122 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; *Otto/Schwarze*, aaO Fn. 54, R.n. 135 ff., 153; zur Verletzung vertraglicher Nebenpflichten; *Otto*, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2003, S. 395.

⁶² Dabei steht zu erwarten, dass dieser Einwand insbesondere von jenen kommt, die tarifliche Ausschlussfristen gerne durch Hinweispflichten des Arbeitgebers schadensrechtlich kompensieren.

spruch wegen judiziertem Unrecht). Nicht die Tarifgeltung ist das schädigende Ereignis, sondern die Lüge des Arbeitnehmers.

Materiell ist zu beachten, dass der Schadensersatzanspruch in der Tat nie auf das positive Interesse des Arbeitgebers an der fehlenden Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers gerichtet sein kann. Denn dann würde der Arbeitgeber verlangen so zu stehen, wie er stünde, hätte der Arbeitnehmer (mit seiner Verneinung der Gewerkschaftsmitgliedschaft) die Wahrheit gesagt. Das wiederum hieße: das Schadensrecht neutralisierte die Mitgliedschaft. Sowenig der Arbeitnehmer aber außerhalb des Günstigkeitsprinzips vereinbaren kann, so gestellt zu werden wie ein tariffreier Arbeitnehmer, so wenig darf das Schadensrecht diese tarifwidrige Folge anordnen.

Richtig dagegen ist ein Schadensersatzanspruch, der auf das *negative Interesse* gerichtet ist.⁶³ Der Arbeitgeber kann verlangen so gestellt zu werden, wie er stünde, hätte der Arbeitnehmer die Wahrheit gesagt. Der Arbeitgeber hätte dann aber auf den Abschluss der tarifwidrigen Vereinbarung verzichtet. Schadensrechtlich kommt es so zur Rückabwicklung dieser Vereinbarung⁶⁴ – vergleichbar insbesondere mit den Fällen der Rückabwicklung nach vorvertraglicher Täuschung gemäß der culpa in contrahendo.⁶⁵

Soweit die Vereinbarung ihrerseits bereits wegen der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags insgesamt unwirksam ist – etwa der gegen § 4 Abs. 4 TVG verstoßende Abfindungsvergleich – braucht es keine schadensrechtliche Vertragsaufhebung. Insofern konzentriert sich der Ersatzanspruch darauf, den Arbeitgeber als Geschädigten von Nachteilen der erfolgten Abwicklung zu befreien. Der Arbeitnehmer muss insbesondere die Abfindung zurückzahlen (ohne sich auf Entreicherung berufen zu können). Ähnlich verhält es sich im Urlaubsverzichtsfall: Der Arbeitnehmer will als vorgeblich tariffreie Kraft nur den gesetzlichen Mindesturlaub von vier Wochen und „verzichtet“ auf den ihm durch Bezugnahme zugesagten Tarifurlaub von zwei weiteren Wochen. Wenn der Arbeitnehmer nun nachträglich „April April“ ruft und den (bezahlten) Tarifurlaub geltend macht, obzwar er schon den gesetzlichen Urlaub erhalten und für seinen Urlaubsverzicht eine Prämie kassiert hat, dann findet schadensrechtliche Rückabwicklung statt. Zwar hat der Arbeitnehmer seinen tariflichen Urlaubsanspruch nicht eingeübt, doch muss er die Prämie herausgeben und dem Arbeitgeber weitere Nachteile ersetzen.

Schadensrechtlich problematisch sind die Fälle, in denen die Rückabwicklung daran scheitert, dass die Vereinbarung durch Arbeitsleistung vollzogen ist. Hauptfall ist die vermeintlich tarifzuschlagsfreie Mehrarbeit des vermeintlich tariffreien Arbeitnehmers: Hier stellt sich nachträglich heraus, dass der Arbeitnehmer tatsächlich tarifgebunden gewesen ist, weswegen die geleisteten Überstunden „an sich“ tariflich zuschlagspflichtig gewesen sind. Der Arbeitgeber kann nun geltend machen, dass er

⁶³ Allgemein zu den Schadensfolgen bei Falschauskunft Palandt/*Sprau*, 63. Aufl. 2003, § 675, Rn. 39; MünchKommBGB/*Oetker*, § 254, Rn. 58; /*Kramer*, Einl. Rn. 33; *Larenz*, 13. Aufl. 1986, Schuldrecht II/1, § 56 VI, S. 426 ff.

⁶⁴ Allgemein zum Schadensrecht als Rückabwicklungsmodus *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, 2000, S. 17 ff.

⁶⁵ Auch hierzu *Kaiser*, aaO Fn. 64, S. 23 ff.; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997.

nie bereit gewesen ist, die Überstunden zum „Zuschlagspreis“ einzukaufen, sondern nur die zuschlagsfreie Mehrarbeit der nichttarifgebundenen Arbeitnehmer entgegennehmen wollte. Der Vollzug des fehlerhaften Änderungsvertrages kann dem nicht entgegenstehen: Soweit es nämlich im Betrieb tariffreie Arbeitnehmer gibt, die zur zuschlagsfreien Mehrarbeit bereit sind, hat der Arbeitnehmer einen konkreten Schaden verursacht. Insofern also kann der Schadensersatzanspruch durchaus ausnahmsweise zum Verlust tariflicher Ansprüche führen. Das hat seinen Grund aber darin, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber pflichtwidrig zum Abschluss einer Vereinbarung verleitet hat, die der Arbeitgeber von der fehlenden Tarifgebundenheit abhängig machen dürfen. Das schädigende Ereignis ist mithin der Tarifgeltung (für die Mehrarbeit) vorgelagert und somit vorrangig. Es verhält sich nicht anders als beim Eingehungsbetrug, bei dem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer durchaus vorhalten kann, dass seine Arbeit nicht den erschlichenen Lohn wert ist. Anders gesagt: Die normative Tarifgeltung muss schadensrechtlich dort weichen, wo der Arbeitnehmer sich Sonder Vorteile erschlichen hat.

2. Andere Sanktionen

Die tarifwidrige Vereinbarung ist darüber hinaus wegen der arglistigen Täuschung über die fehlende Tarifgebundenheit anfechtbar (wobei der schadensrechtliche Weg typischerweise für den Arbeitgeber vorteilhafter ist). Die fristlose Kündigung wegen der Täuschung und des damit verbundenen unheilbaren Vertrauensverlustes ist ebenfalls gerechtfertigt.⁶⁶ Schließlich sollte der nachtragende Arbeitgeber Strafanzeige erstatten: Der Arbeitnehmer hat sich mit seiner Täuschung über die fehlende Tarifgebundenheit des Betrugers strafbar gemacht.

VI. Ergebnis

Ein Frageverbot über die Tarifgebundenheit (oder die ihr zugrunde liegende Gewerkschaftsmitgliedschaft) trifft den Arbeitgeber nur vor der Einstellung, wenn nicht die Wirksamkeit des Vertragsschlusses von der Tarifgeltung abhängt (Befristungsverbot).. Nach Abschluss des Arbeitsvertrages darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fragen, sobald tarifliche konkrete Rechtsfolgen einen Unterschied zwischen tarifgebundenen und tariffreien Arbeitnehmern auslösen. Die Zweiteilung der Belegschaft in Tarifgebundene und Tariffreie verschafft dem Arbeitgeber große Flexibilitätsspielräume. Das Fragerecht macht diese effektiv. Der Arbeitnehmer muss wahrheitsgemäß antworten und schuldet widrigenfalls Schadensersatz nach § 280 BGB – gerichtet auf das negative Interesse.

⁶⁶ BAG vom 12.8.1999 – 2 AZR. 832/98, NZA 2000, 27; hier ging es um eine außerordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers, der über längere Zeit Gleitzeitmanipulationen zu Lasten des Arbeitgebers begangen und dies auf Nachfrage des Arbeitgebers beharrlich geleugnet hatte.