

V. Neues aus der Senatsrechtsprechung

1. Der Senat hatte für den 12. 6. 96 eine Entscheidung zu den Rechtsfragen der Tarifkonkurrenz und der Tarifpluralität in der Presse angekündigt. Hierzu ist es nicht gekommen.

2. Nach dem vom Arbeitsgericht festgestellten Sachverhalt, dessen Beschluß mit der Sprungrechtsbeschwerde angefochten worden war, war der Arbeitgeber im Wege der Betriebsnachfolge aus einer S.-GmbH hervorgegangen. Der Arbeitgeber hatte dann einige Jahre später den Verband gewechselt, weil er nicht mehr in den Zuständigkeitsbereich der Metallindustrie, sondern des Groß- und Außenhandels gehörte. Der Senat hätte nach dem festgestellten Sachverhalt zwei Rechtsfragen klären müssen:

(1) Welche Auswirkungen hat der Verbandswechsel auf die Tarifbindung?

(2) Welche Auswirkungen hatte es, daß der Arbeitgeber unbestritten nicht mehr unter die Tarifverträge der Metal-

lindustrie, sondern unter die des Groß- und Außenhandels fiel?

Der Betriebsrat des Unternehmens hatte im Wege der Betriebsvereinbarung versucht, den Außenseitern die Metalltarifverträge durch Betriebsvereinbarung zu erhalten. Das Arbeitsgericht hatte seine Entscheidung mit einer heftigen Kritik an der Rechtsprechung des Senats begründet.

Die Entscheidung des Arbeitsgerichtes war schlicht falsch. Nach dem Vortrag der am Beschlußverfahren Beteiligten hatte der Arbeitgeber möglicherweise niemals zum Metallbereich gehört, weil die Handelsabteilung eines größeren Metallunternehmens rechtlich verselbständigt und an einen anderen Ort verlegt worden war. Bereits zum Zeitpunkt der Betriebsnachfolge gehörte der neue Arbeitgeber vermutlich nicht mehr zum Metallbereich. Der Senat hat die Sache aufgehoben und zur Sachverhaltsaufklärung zurückverwiesen.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Abschaffung der Tarifautonomie mit Hilfe des Günstigkeitsprinzips?*

I. Einleitung

1. Die traditionelle Sicht des Günstigkeitsprinzips

Die recht unscheinbar daher kommende Vorschrift des § 4 Abs. 3 TVG läßt vom TV abweichende Abmachungen nur zu, soweit sie in diesem selbst gestattet sind „oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des ArbN enthalten.“ Wo die normative Wirkung des TV endet, soll der Arbeitsvertrag wirksam bleiben. Die Gefahr, daß dies zum Nachteil des prinzipiell unterlegenen ArbN gereichen könnte, wird durch das materiale Kriterium der „Günstigkeit“ verhindert: Wie ungleich auch immer die Verhandlungspositionen beschaffen sein mögen, zulässig ist nur eine Verbesserung des Tarifniveaus.

Die Entscheidung des Gesetzgebers ist keine Selbstverständlichkeit. In der Weimarer Zeit räumte § 1 Abs. 1 Satz 2 TVVO den Tarifparteien ausdrücklich das Recht ein, nicht nur Mindest-, sondern auch Höchstarbeitsbedingungen festzulegen. Österreich folgt diesem Muster bis heute, ohne daß allerdings in der Praxis in relevantem Umfang von den dadurch eröffneten Möglichkeiten Gebrauch gemacht worden wäre¹.

Über den Anwendungsbereich des § 4 Abs. 3 TVG hinaus wird das Günstigkeitsprinzip überall dort als Mittel der Kollisionslösung eingesetzt, wo eine höherrangige mit einer rangniedrigeren arbeitsrechtlichen Regelung zusammentrifft. Dies ist vom Großen Senat des BAG ausdrücklich betont worden²; relevanter Widerspruch hat sich in der Lit. nicht gezeigt. Tarifverträge können daher grundsätzlich das gesetzliche Niveau verbessern, z.B. eine längere Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall vorsehen; auch von einer Betriebsvereinbarung kann im Arbeitsvertrag zugunsten des ArbN abgewichen werden³.

Das Günstigkeitsprinzip kennt allerdings Ausnahmen. Schon die Vorschrift des § 4 Abs. 3 TVG wird nicht auf jede denkbare Tarifnorm bezogen⁴. Gesetze können sich im Einzelfall „absolut zwingende“ Wirkung beilegen; so wäre es den Tarifparteien beispielsweise nicht möglich, die Struktur der Sozialversicherung nach eigenen Vorstellungen zu verändern, auch wenn das Resultat für den einzelnen ArbN höchst erfreulich sein sollte. Die wichtigste Durchbrechung findet sich in § 77 Abs. 3 BetrVG: Auch solche Betriebsvereinbarungen, die das Tarifniveau zugunsten des ArbN verbessern, sind unzulässig, auf betrieblicher Ebene soll es keine „beitragsfreie Ersatzgewerkschaft“ geben, die der eigentlichen Gewerkschaft das Wasser abgräbt⁵.

Soweit keine dieser Ausnahmen eingreift, kommt dem Günstigkeitsprinzip nach einhelliger Auffassung zwingender Charakter zu; tarifliche Abweichungen würden auf eine Rückkehr zu Weimar hinauslaufen, die man gerade in diesem Punkte bei der Ausarbeitung des TVG vermeiden wollte⁶.

2. Kontroversen um das Günstigkeitsprinzip

Seit gut 10 Jahren erfreut sich das Günstigkeitsprinzip eines außerordentlich hohen wissenschaftlichen Interesses. Die-

* Überarbeitete Fassung eines Vortrags auf der Tagung „Tarifautonomie in Gefahr“ in Kassel am 19. 6. 96

1 Dazu eingehend *Firlei* DRdA 1981 S. 1 ff.

2 BAG AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 = ArbU 1987 S. 115, 349, 378 m. Anm. Däubler: „Alle arbeitsrechtlichen Gestaltungsfaktoren können im Verhältnis zu rangniedrigeren Regelungen ... Verbesserungen nicht ausschließen, sie können nur einseitig zwingendes Recht schaffen.“

3 Berg, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), BetrVG, Kommentar für die Praxis, 5. Aufl., Köln 1996, § 77 Rn. 19 m. w. N.

4 Dazu näher unten II 1.

5 Zum gleichwohl sehr starken Einfluß der betriebsverfassungsrechtlichen auf die gewerkschaftlichen Strukturen s. Börsche/Grimberg, Die Mitbestimmung Heft 2/1993, S. 67 ff.

6 Belling, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, Berlin 1984, S. 49.

ses konzentriert sich weniger auf Einzelfragen seiner Handhabung als darauf, ihm Auslegungen zu geben, die die Tarifaufonomie tiefgreifend verändern, im Extremfall sogar abschaffen würden. Dabei sind insgesamt vier Ansätze entwickelt worden, deren Aktualität angesichts der Standortdebatte größer denn je ist.

(1) Die arbeitsvertragliche Verlängerung der Wochenarbeitszeit soll wegen der höheren Vergütung für den ArbN günstiger sein⁷. Grenze sei nur der durch das ArbZG definierte Gesundheitsschutz⁸.

(2) Hat der ArbN ein Wahlrecht z.B. bezüglich der Lage der Arbeitszeit, sei dies günstiger als eine starre tarifliche Festlegung. Deshalb sei etwa eine freiwillig übernommene Wochenendarbeit auch dann nicht zu beanstanden, wenn sie der TV verbiete oder ausschließe⁹. Auch die Nachtarbeit soll davon nicht ausgenommen sein¹⁰.

(3) Untertarifliche Arbeitsbedingungen sollen ganz generell günstiger sein, wenn und solange ihnen eine Beschäftigungsgarantie gegenübersteht. Angesichts negativer Perspektiven auf dem Arbeitsmarkt müsse der Bestand des Arbeitsverhältnisses in den „Günstigkeitsvergleich“ einbezogen werden¹¹.

(4) Nur soweit es zum Schutz der Tarifaufonomie erforderlich sei, könne § 77 Abs. 3 BetrVG eingreifen. Dies sei gerade bei günstigeren Betriebsvereinbarungen nicht generell der Fall¹².

Alle vier, hier nur thesenartig skizzierten Positionen legen es nahe, Inhalt und Funktion des Günstigkeitsprinzips einer erneuten Würdigung zu unterziehen und im Anschluß der Frage nachzugehen, ob es wirklich die genannten Konsequenzen deckt.

II. Gesetzlicher und verfassungsrechtlicher Rahmen des Günstigkeitsprinzips

1. Anwendungsbereich

Schwerpunkt des Günstigkeitsprinzips sind herkömmlicherweise die tariflichen Inhaltsnormen; daß ein höherer Lohn oder ein längerer Urlaub im Arbeitsvertrag vereinbart werden darf, ist geradezu eine Selbstverständlichkeit. Zweifelhaft ist jedoch, ob das Günstigkeitsprinzip auch gegenüber tariflichen Abschluß- und Beendigungsnormen Anwendung findet¹³. Insoweit ist zu differenzieren. Enthält der TV das Gebot, z.B. einen bestimmten Prozentsatz von Schwerbehinderten oder Langzeitarbeitslosen einzustellen, so ist selbstredend der Arbeitsvertrag mit einem Angehörigen dieser Problemgruppen auch dann wirksam, wenn das tarifliche Kontingent bereits ausgeschöpft ist. Anders bei Abschlußverboten: Dürfen etwa Personen über 50 nicht für Akkordarbeit eingestellt werden, ist eine abweichende arbeitsvertragliche Abmachung unwirksam; das Verbot würde sonst leerlaufen. Wie weit solche Verbote gehen können, ist eine Frage der Gestaltungsbefugnis der Tarifparteien, die u.a. die Arbeitnehmergrundrechte zu beachten haben. Bei Tarifnormen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist ein über sie hinausgehender arbeitsvertraglich vereinbarter Bestandsschutz jederzeit möglich¹⁴.

Gegenüber betriebsverfassungsrechtlichen Normen sollen günstigere Individualregelungen ausscheiden¹⁵. Dies ist insofern konsequent, als z.B. die Befugnisse des BR nur

einheitlich in bezug auf den gesamten Betrieb erweitert oder neugestaltet werden können. Möglich ist allerdings, in einzelnen (oder allen) Arbeitsverträgen bestimmte inhaltliche Regeln vorzusehen, wonach bei einzelnen Maßnahmen der BR zustimmen muß.

Ob das Günstigkeitsprinzip auch bei Betriebsnormen Platz greift, hängt letztlich davon ab, wie man diese Kategorie von anderen Tarifnormen abgrenzt. Folgt man der neueren Rspr. des BAG, wonach es um Bestimmungen geht, die „aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nur einheitlich gelten können“ und deren Regelung im Arbeitsvertrag „wegen evident sachlogischer Unzweckmäßigkeit ausscheidet“¹⁶, so kann auch keine arbeitsvertragliche Verbesserung in Betracht kommen. Legt man stattdessen einen weiteren Begriff zugrunde, der beispielsweise auch Regeln über den Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit im Betrieb erfaßt, so muß § 4 Abs. 3 Platz greifen: Wird einem ArbN das Recht eingeräumt, nicht wie alle übrigen um 7.00 Uhr, sondern bei Bedarf erst um 8.00 oder um 9.00 Uhr mit der Arbeit zu beginnen, so ist dies selbstredend günstiger¹⁷.

Eine notwendige Einheitlichkeit, die Sonderabmachungen mit einzelnen ArbN ausschließt, ist auch bei Normen über Gemeinsame Einrichtungen anzunehmen¹⁸. Die gewollte Verteilung der Lasten und Risiken auf alle beteiligten Firmen darf nicht durch höhere Zusagen eines Arbgeb. gegenüber seinen Beschäftigten aus dem Gleichgewicht gebracht werden.

Schon dieser kurze Überblick macht deutlich, daß das Günstigkeitsprinzip nicht ausnahmslos gelten kann; es sind Fälle denkbar, in denen tarifliche Regelungen nur dann Wirkung entfalten können, wenn man auf die Anwendung des Günstigkeitsprinzips verzichtet.

2. Vergleichsmaßstäbe

Gegenstand des Günstigkeitsvergleichs ist im Rahmen des § 4 Abs. 3 TVG die tarifliche und die arbeitsvertragliche

7 Grundlegend Joost ZfA 1984 S. 176 ff.

8 S. etwa Bengelsdorf ZfA 1990 S. 563, 581; Buchner DB 1989 S. 2029; Heinze NZA 1991 S. 329, 336; D. Neumann NZA 1990 S. 966.

9 Grundlegend Löwisch NZA 1989 S. 960 ff.; ders. BB 1991 S. 63.

10 Kritisch zur „Günstigkeit“ der Nachtarbeit Buschmann NZA 1990 S. 388.

11 So nunmehr eingehend Buchner Beilage 12/1996 zu DB, S. 9 ff.; entsprechende Ansätze bereits bei Adomeit NJW 1984 S. 26.

12 Blomeyer NZA 1996 S. 344 ff.; s. auch Ehmann/Schmidt NZA 1996 S. 193 ff.

13 Ablehnend Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius, TVG. Kommentar für die Praxis, 2. Aufl., Köln 1990, § 4 Rn. 141.

14 Zur Günstigkeit eines höheren Bestandsschutzes s. BAG NZA 1988 S. 358 = ArbUR 1988 S. 257 (zum Verhältnis tariflicher Befristungsregelungen – Art. 1 § 1 BeschFG). Zustimmend Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius § 4 Rn. 167.

15 Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius § 4 Rn. 142; ähnlich Löwisch/Rieble, Kommentar zum TVG, München 1992, § 4 Rn. 192 für alle Regelungen, die die Belegschaft als solche besser stellen wollen.

16 BAG NZA 1990 S. 850, 853 = ArbUR 1990 S. 329.

17 Vgl. Löwisch/Rieble § 4 Rn. 177.

18 BAG AP Nr. 1 zu § 4 TVG Ausgleichskasse = ArbUR 1959 S. 17, 250 m. Anm. Schneider; Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius § 4 Rn. 143; Wiedemann/Stumpf, Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 5. Aufl., München 1977, § 4 Rn. 225; Wlotzke, Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis des TV zum Einzelarbeitsvertrag und zur Betriebsvereinbarung, Heidelberg 1957, S. 31; a.A. Löwisch/Rieble § 4 Rn. 183.

Regelung. Dabei wird ein sog. Sachgruppenvergleich angestellt: Gegenübergestellt werden Regelungen, die sich auf ein bestimmtes Sachgebiet beziehen und die dabei in einem inneren Zusammenhang stehen¹⁹. Wann letzterer vorliegt, kann zweifelhaft sein. Die h.M. neigt dazu, ganze Komplexe wie den Urlaub, die Lohnfortzahlung und die Kündigung zu einer Einheit zusammenzufassen; Bedenken entstehen für sie erst, wenn etwa Sozialzulagen untertarifliche Vergütungen ausgleichen sollen²⁰.

Von diesen Unschärfen einmal abgesehen, stellt sich das grundsätzlichere Problem, daß für das „Zusammenziehen“ verschiedener Regelungen nur dann ein Bedürfnis besteht, wenn der Arbeitsvertrag zum Teil schlechtere, zum Teil bessere Bedingungen als der TV enthält – würde er ausschließlich eine Abweichung „nach oben“ bringen, könnte man es beim Vergleich von Einzelbestimmungen belassen. § 4 Abs. 3 TVG weist jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür auf, daß eine Unterschreitung des Tarifniveaus dann zulässig sein soll, wenn sie durch entsprechende (oder größere) Verbesserungen kompensiert wird. Die Schutzfunktion des TV wird ausgehöhlt, die einzelne Tarifbestimmung zum Handelsobjekt, wenn die Möglichkeit besteht, daß der Arbgeb. eine ihm wenig zusagende Tarifnorm durch Konzessionen in ihrem Umfeld hinfallen lassen kann. Möglich ist daher ein Sachgruppenvergleich nur dann, wenn die Tarifparteien mehrere Einzelregelungen bewußt zu einer Einheit zusammenfassen²¹ und sie so als selbständigen „Schutzbereich“ ausgestalten wollen. Dies ist insbes. dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung

ohne eine andere sinnlos wäre, etwa bei Regelungen der Lohnberechnung, bei denen nicht einzelne Faktoren herausgelöst werden können, sondern bei denen es allein auf das Ergebnis ankommt²². Einzelheiten können hier nicht vertieft werden.

Bei der Vornahme des Günstigkeitsvergleichs wird im Rahmen des § 4 Abs. 3 TVG allein auf das Individualinteresse des einzelnen ArbN abgestellt²³. Dies entspricht der umfassenden Berücksichtigung von Individualinteressen im geltenden Arbeitsrecht²⁴, läßt sich aber auch auf den Wortlaut des § 4 Abs. 3 TVG stützen: Dort ist nur von „Abmachungen“ die Rede, ohne daß irgendwelche im Gesamtinteresse liegenden Grenzen der Vertragsfreiheit angedeutet wären. Auch dies läßt sich freilich nicht ausnahmslos durchhalten. Verläßt man den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 4 Abs. 3 TVG und stellt sich etwa die Frage, wie die „Günstigkeit“ einer tariflichen gegenüber einer gesetzlichen Bestimmung zu ermitteln ist, so lassen sich generelle Maßstäbe nicht vermeiden²⁵. Nach der Rspr. des BAG kann ein kollektiver Günstigkeitsvergleich ausnahmsweise auch dann erfolgen, wenn es um die Umstrukturierung betrieblicher Sozialleistungen geht²⁶.

Die Vornahme des Günstigkeitsvergleichs ist ein Werturteil²⁷. Dies impliziert die Frage, wessen Auffassung maßgebend sein soll. Auf den ersten Blick wäre es naheliegend, den betroffenen ArbN jeweils selbst entscheiden zu lassen, was er für günstiger hält. Dies könnte jedoch zu einer unterschiedlichen Geltung der Tarifnormen je nach dem Willen der Betroffenen führen. Auch bestünde die Gefahr, daß sich „Wünsche“ und „Einschätzungen“ nur deshalb bilden, weil ihr Vorhandensein Voraussetzung für die Einstellung oder die Weiterbeschäftigung ist. Entgegen der Unabdingbarkeitsregel des § 4 Abs. 1 TVG käme die typische Abhängigkeit des ArbN doch wieder ins Spiel. Um eine gleichmäßige Handhabung des TV zu erreichen und gleichzeitig seine Schutzfunktion sicherzustellen, kann man deshalb auf objektive Maßstäbe nicht verzichten. Abgestellt wird deshalb darauf, wie ein „verständiger Arbeitnehmer“ den Arbeitsvertrag unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung und der spezifischen Verhältnisse in seiner Branche beurteilen würde²⁸. Dabei ist insbes. auch zu berücksichtigen, wie die Rechtsordnung an anderer Stelle bestimmte Rechtsgüter bewertet²⁹.

Auch beim Günstigkeitsvergleich wird deutlich, daß es in § 4 Abs. 3 TVG um ein Prinzip geht, das die Unabdingbarkeit des TV ergänzt. Seine Handhabung erfolgt so, daß dessen Effizienz nicht in Frage gestellt wird. Am deutlichsten zeigt sich dies bei der Handhabung des Sachgruppenvergleichs sowie beim Abstellen auf den „verständigen Arbeitnehmer“.

3. Verfassungsgarantie?

Nach zwei älteren BAG-Entscheidungen ist das Günstigkeitsprinzip ein „verfassungsmäßig anerkannter Grundsatz des kollektiven Arbeitsrechts“³⁰. Dies wurde häufig als Votum für eine Verfassungsgarantie angesehen³¹ und der gegenteiligen Rspr. des Bundesverwaltungsgerichts³² gegenübergestellt. Der Große Senat des BAG hat lediglich die frühere Rspr. referiert, ohne selbst zu ihr Stellung zu nehmen³³.

Das Recht, im Arbeitsvertrag übertarifliche Arbeitsbedingungen zu vereinbaren, ist nichts anderes als ein Anwen-

19 BAG AP Nr. 1 zu § 4 TVG Sozialzulage = ArbUR 1959 S. 19, 313 m. Anm. Trieschmann; BAG DB 1984, 2143 f. = ArbUR 1984 S. 311; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968, S. 377 ff.; Wiedemann/Stumpf § 4 Rn. 243; Wlotzke, S. 81 ff. Zur Ablehnung eines Gesamtvergleichs s. Belling, S. 179; Etzel, Beilage 1/1987 zu NZA, S. 19, 24; Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius § 4 Rn. 164; Wiedemann/Stumpf § 4 Rn. 243; zur Ablehnung eines Einzelvergleichs, der auf eine Rosintheorie hinauslaufen könnte, s. BAG DB 1984 S. 2143.

20 BAG AP Nr. 1 zu § 4 TVG Sozialzulage (Fn. 19); Wiedemann/Stumpf § 4 Rn. 243; Wlotzke, S. 88.

21 Sog. subjektiver Zusammenhang. S. BAG AP Nr. 1 zu § 4 TVG Sozialzulagen (Fn. 19).

22 Grundsätzlich gegen eine Kompensation untertariflicher Arbeitsbedingungen durch übertarifliche Leistungen Belling, S. 177; Linnenkohl/Rauschenberg/Reh BB 1990 S. 629. Auch Löwisch (DB 1989, 1187) sieht eine solche Kompensation als „weitgehend ausgeschlossen“ an. Konsequenzen für die Zulässigkeit des Gruppenvergleichs werden aber jedenfalls nicht ausdrücklich gezogen.

23 S. statt aller BAG (Fn. 2); Buchner RdA 1990 S. 1, 8; Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius § 4 Rn. 160.

24 Dazu Däubler NZA 1988 S. 857 ff.

25 Sacker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, München 1992, S. 180.

26 Einzelheiten und Kritik bei Däubler ArbUR 1987 S. 349, 353 f.

27 Richardi, Empfiehlt es sich, die Regelungsbefugnisse der Tarifparteien im Verhältnis zu den Betriebsparteien neu zu ordnen? 61. DJT (1996), S. B 96.

28 Belling, S. 176; Löwisch NZA 1989 S. 960 und BB 1991 S. 59. Einzelheiten sind umstritten; s. die Nachweise bei Neumann NZA 1990 S. 962 Fn. 10 und 11.

29 Belling, S. 176.

30 BAG AP Nr. 2 und 3 zu § 4 TVG Angleichungsrecht = ArbUR 1961 S. 189 und 317.

31 S. etwa Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius § 4 Rn. 139.

32 AP Nr. 4 zu § 4 TVG Angleichungsrecht.

33 BAG DB 1987 S. 383, 386 unter II 3a a.E. der Gründe.

dungsfall der Vertragsfreiheit. Die Situation der Arbeitsvertragsparteien ist insoweit keine andere als die von Vermieter oder Mieter: Wo der Schutz des Schwächeren endet, setzt die Freiheit des Individualvertrags wieder ein³⁴. Niemand ist bislang auf die Idee verfallen, aus dieser relativen Selbstverständlichkeit ein Prinzip mit Verfassungsrang zu machen. Dies schließt nicht aus, daß das GG dennoch einer beliebigen Einschränkung oder Abschaffung des Günstigkeitsprinzips entgegensteht. Als Anwendungsfall der Vertragsfreiheit unterliegt das Recht zur Vereinbarung übertariflicher Bedingungen dem Grundrechtsschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG³⁵. Dem Gesetzgeber sind deshalb z. B. im Interesse der Gesundheit der ArbN Einschränkungen möglich, zu denen er ggf. mit Rücksicht auf den grundgesetzlichen Schutz von Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 GG sogar verpflichtet ist³⁶. Auch aus anderen sozial- und beschäftigungspolitischen Erwägungen sind Einschränkungen möglich. Löwisch-Rieble³⁷ sehen es etwa für zulässig an, wegen der Arbeitsmarktsituation die Leistung von Überstunden zu verbieten. Verfassungsrechtlich möglich wäre es deshalb auch, zur Weimarer Lösung zurückzukehren und die Tarifparteien zu ermächtigen, Höchstarbeitsbedingungen festzusetzen³⁸. Ausgeschlossen ist lediglich eine ersatzlose Beseitigung des Günstigkeitsprinzips mit der Folge, daß die Tarifparteien automatisch Höchstarbeitsbedingungen festsetzen müßten: Eine solche im Arbeitsrecht der USA vorkommende Regel³⁹ wäre nicht nur ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG, sondern auch eine sachwidrige Beschränkung der Tarifautonomie⁴⁰, haben doch die Tarifparteien insbes. beim Verbandstarif ein vitales Interesse daran, betriebsspezifische Sonderregelungen zuzulassen. Insofern ergibt sich ein mittelbarer verfassungsrechtlicher Schutz des Günstigkeitsprinzips; ob die BAG-Rechtsprechung⁴¹ eine stärkere verfassungsrechtliche Absicherung intendierte, darf füglich bezweifelt werden.

III. Arbeitsvertragliche Verlängerung der Wochenarbeitszeit

Wird im Arbeitsvertrag die tarifliche Wochenarbeitszeit z. B. von 35 auf 40 Stunden verlängert und wird dafür eine entspr. höhere Vergütung vereinbart, so stellt sich als erstes die Frage, was eigentlich Grundlage des Günstigkeitsvergleichs ist: Die tarifliche 35-Stunden-Woche oder aber die Regelung, die dann gilt, wenn der einzelne zusätzlich zur Normalarbeitszeit pro Woche fünf Überstunden leistet. Daß das letztere jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn der TV jede Überschreitung der Normalarbeitszeit regelt und als Überstunde qualifiziert, scheint außer Zweifel zu sein⁴². Anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn die Tarifparteien die Leistung von Überstunden von bestimmten inhaltlichen Voraussetzungen wie z. B. einem „dringenden betrieblichen Erfordernis“ abhängig machen oder sie von vornherein als vorübergehende Maßnahme qualifizieren. In diesem Fall enthält der TV ein stillschweigendes Verbot, die Wochenarbeitszeit auch dann zu verlängern, wenn die spezifischen Voraussetzungen von Überstunden nicht vorliegen⁴³. Hier kommt es in der Tat darauf an, ob eine solche Begrenzung der Wochenarbeitszeit mit Hilfe des Günstigkeitsprinzips überwunden werden kann. Sollte dies zu verneinen sein, wären allerdings die gleichwohl geleisteten Stunden mit Zuschlägen zu bezahlen; die Verletzung arbeitszeitrechtlicher Bestimmungen kann

nicht dazu führen, daß sich für den durch sie geschützten ArbN Nachteile bei der Vergütung ergeben⁴⁴.

Die Frage, ob „übertariflich lange Arbeitszeit“ plus „übertarifliche Vergütung“ günstiger sind als „tarifliche Arbeitszeit“ und „tarifliche Vergütung“, läßt sich nicht mit einem spontanen „Ja“ oder „Nein“ beantworten. Zweifelhaft ist schon, ob die Dauer der Arbeitszeit und die Vergütung zur selben „Sachgruppe“ gehören, bei der allein ein Günstigkeitsvergleich zulässig ist⁴⁵. Eine verwandte Problematik findet sich im Urlaubsrecht. Dort ist allgemein anerkannt, daß man sich „Erholungszeit“ nicht „abkaufen“ lassen darf; tut man es, läuft der Vertrag insoweit ins Leere, als der Urlaubsanspruch gleichwohl erhalten bleibt⁴⁶. Wie ähnlich die Situation bei der arbeitsvertraglichen Verlängerung der tariflichen Wochenarbeitszeit ist, wird dann deutlich, wenn man die einschlägige Tarifnorm umformuliert und auf die arbeitsfreie Zeit abstellt: Statt „der regelmäßige Arbeitstag beträgt 7½ Stunden“ heißt es dann „innerhalb eines 24-Stunden-Tages beträgt die arbeitsfreie Zeit 16½ Stunden“. Durch vertragliche Verlängerung der Arbeitszeit um eine Stunde pro Tag würde sich die arbeitsfreie Zeit auf 15½ Stunden reduzieren; ein Stück „Erholungszeit“ wäre abgekauft. Die im Urlaubsrecht zum Ausdruck gekommene Wertung muß – mangels anderer Anhaltspunkte – auch bei der Konkretisierung des Günstigkeitsvergleichs in anderen Bereichen herangezogen werden. Dies spricht als erstes gegen die Möglichkeit arbeitsvertraglicher Verlängerung.

Zum zweiten verfolgen Arbeitszeittarifverträge heutigen Zuschnitts Ziele, die nicht zur Disposition des einzelnen stehen. Dies gilt einmal für den Gedanken des Gesundheitsschutzes, der auch bei der Einführung der 35-Stunden-Woche noch immer eine Rolle spielt: Wo man die Grenze zwischen „akzeptabler“ und „nicht mehr generell hinzunehmender“ Belastung ziehen will, ist eine Entscheidung, die nicht allein dem Gesetzgeber, sondern auch den Tarifparteien überlassen ist⁴⁷. Das ArbZG bezeichnet nur einen äußersten Rahmen – schon vorher Grenzen zu

34 Auf die Parallele zum Zivilrecht verweist richtig *Belling*, S. 51.

35 Zum Schutz der Privatautonomie durch Art. 2 Abs. 1 GG s. BVerfGE 89, 214 ff.

36 BVerfGE 85, 191, 213 (zur Nachtarbeit).

37 § 1 Rn. 173.

38 So auch *Hagemeier/Kempfen/Zachert/Zilius* § 4 Rn. 139; *Löwisch/Rieble* § 1 Rn. 173, § 4 Rn. 177.

39 *Kronke*, Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt. Kernbereiche des Arbeitsrechts im internationalen Vergleich, Baden-Baden 1990, S. 340.

40 *Hagemeier/Kempfen/Zachert/Zilius* § 4 Rn. 139.

41 S. oben Fn. 30.

42 So für den MTV Druck auch *Bengelsdorf* ZfA 1990 S. 563, 602.

43 Zu der Problematik der Überstunden als Bezugsgröße s. auch *Hanau* NZA 1985 S. 24; *Leinemann* DB 1990 S. 734.

44 Wie hier *ArbG Stuttgart*, *ArbuR* 1996, S. 360, in diesem Heft. Vgl. auch den Fall bei der Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit; vgl. *Anzinger* RdA 1994 S. 15.

45 „Günstigkeitsneutralität“ nimmt z. B. *Hromadka* (DB 1992 S. 1042, 1047) an. Die Rspr. des BAG (Zusammenstellung bei *Löwisch/Rieble* § 4 Rn. 199) hat den Sachgruppenzusammenhang bisher nur in Fällen bejaht, in denen es um die Leistung einer Seite ging.

46 BAG AP Nr. 1 zu § 817 BGB = *ArbuR* 1957 S. 267 m. Anm. *Frey*; BAG DB 1991 S. 392 = *ArbuR* 1990 S. 387; *Däubler*, Arbeitsrecht 2, 10. Aufl., Reinbek 1995, unter 4.3.3.3.

47 Näher *Däubler* DB 1989 S. 2534.

ziehen, ist ebenso legitim wie beispielsweise die Beschränkung der Bildschirmarbeit oder das tarifliche Gebot, die Lärmbelastung unter die staatlichen Grenzwerte abzusenken⁴⁸. Der Gesundheitsschutz ist als solcher aber nicht disponibel; niemand darf gewissermaßen seine Haut zu Markte tragen⁴⁹.

Auch das zweite Ziel, die Aufteilung des vorhandenen Arbeitsvolumens unter eine größere Zahl von Beschäftigten, darf nicht durch arbeitsvertragliche Abmachungen unterlaufen werden. Das Günstigkeitsprinzip rechtfertigt keinen Vertrag zu Lasten Dritter. Dies ist zwar bislang immer nur in bezug auf andere Belegschaftsangehörige betont worden – so wenn es beispielsweise darum geht, daß der tarifliche Ausschluß der ordentlichen Kündigung die Arbeitsplatzsicherheit der übrigen Beschäftigten im Falle von Personalabbau verringert⁵⁰. Es besteht jedoch kein Grund, sich hierauf zu beschränken. Wer sich vom knappen Arbeitsvolumen einen überproportional hohen Anteil sichert, handelt nicht nur unsolidarisch, sondern eben auch tarifwidrig. Bislang sind allerdings keine Überlegungen in diese Richtung angestellt worden⁵¹. Dies mag damit zusammenhängen, daß der beschäftigungssichernde Effekt der Arbeitszeitverkürzung mit vollem Lohnausgleich von Arbeitgeberseite häufig infrage gestellt wurde – bei Beschäftigungssicherung in Reinkultur, wie sie etwa beim VW-Modell der 28,8-Stunden-Woche praktiziert wurde, könnte (und müßte) sich die Perspektive ändern.

Die arbeitsvertragliche Verlängerung der Wochenarbeitszeit scheitert schließlich daran, daß sie aus dem TV eine dispositive Norm macht, von der nach oben wie nach unten abgewichen werden kann. Daß Teilzeit jederzeit möglich ist, entspricht allgemeiner Auffassung. Läßt sich auch eine Verlängerung problemlos praktizieren, ist die Tarifnorm bestenfalls eine Art Empfehlung. Sie verliert ihre zwingende Wirkung, weil im Arbeitsvertrag beliebig über sie hinweggegangen werden kann. Dem Günstigkeitsprinzip wird so eine Auslegung gegeben, die das zentrale Prinzip des Tarifrechts – die Unabdingbarkeit – aufhebt. Damit ist

nicht nur die bisherige Handhabung verlassen⁵², sondern der Gedanke der systematischen Auslegung des Tarifrechts verletzt, die die einzelnen im TVG niedergelegten Prinzipien miteinander in Einklang bringen muß und nicht etwa das eine zur „Aushebelung“ des anderen verwenden darf. Ein solches Vorgehen ist methodisch vergleichbar fragwürdig wie etwa die (von niemandem vertretene) These, aus dem Prinzip der Unabdingbarkeit folge automatisch auch das Recht, Höchstarbeitsbedingungen festzulegen, dies sei nun mal mit dem „zwingenden“ Charakter von Tarifnormen verbunden.

Aus allen diesen Gründen ist die arbeitsvertragliche Verlängerung der Wochenarbeitszeit nur dann möglich, wenn und soweit der TV sie zuläßt; eine entsprechende Ermächtigung findet sich bekanntermaßen in den Tarifverträgen der Metallindustrie⁵³.

IV. Günstigkeit aufgrund Wahlrechts des Arbeitnehmers?

Speziell in Bereichen mit „unklarer“ Günstigkeit könnte sich ein anderer Ausweg auftun, um im Arbeitsvertrag vom TV abzuweichen. Was zunächst nur auf die Lage der Arbeitszeit bezogen wurde⁵⁴, läßt sich auch auf die Dauer der Wochenarbeitszeit und auf die Lebensarbeitszeit erstrecken: Habe der ArbN die Wahl, sich zwischen der tariflichen und einer anderen Regelung zu entscheiden, stehe er auf alle Fälle günstiger, als wenn er nur auf den TV verwiesen wäre⁵⁵. Schützenhilfe scheint vom *Großen Senat* des BAG zu kommen, der die Auffassung vertreten hat, für den ArbN sei es günstiger, wenn er zwischen Ruhestand mit 65 und Weiterarbeit bis 65½ entscheiden könne⁵⁶.

Für den Fall der Lebensarbeitszeit ist dem durchaus zuzustimmen, da sich der Betroffene hier in einer arbeitnehmeruntypischen Situation befindet: Wer entgegen dem vertraglich Vorgesehenen mit 65 in Rente gehen will, braucht den Zorn des Arbgeb. nicht mehr zu fürchten. Ganz anders verhält es sich dann, wenn es um eine Entscheidung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geht, das aus Sicht des ArbN möglichst lange erhalten bleiben soll. Mit Recht wird in der Lit. betont, bei typisierender Betrachtung sei die Ausübung des „Wahlrechts“ des ArbN immer eine fremdbestimmte Entscheidung⁵⁷. Hier liegt in der Tat der wesentliche Punkt: Die Institution der Tarifautonomie, die Existenz unabdingbarer Tarifverträge seit 1918 beruht auf dem Gedanken, die Funktionsdefizite der Arbeitsvertragsfreiheit auszugleichen⁵⁸. Das *Bundesverfassungsgericht* hat in seiner Entscheidung zur Aufhebung des § 19 AZO ausdrücklich betont, angesichts der gestörten Vertragsparität dürfe der Gesetzgeber die Vereinbarung von Nacharbeit nicht ausschließlich dem „freien Willen“ der Parteien überlassen⁵⁹. Wörtlich heißt es:⁶⁰

„Das dem Vertragsrecht zugrundeliegende Prinzip der Privatautonomie kann hinreichenden Schutz nur gewährleisten, soweit die Bedingungen freier Selbstbestimmung gegeben sind. Wo es an einem annähernden Gleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Das ist bei Abschluß von Arbeitsverträgen typischerweise der Fall.“

Die These, die arbeitsvertragliche Abweichung von einem TV sei ein Stück „Selbstbestimmung“ und deshalb nach der Art ihres Zustandekommens für den ArbN „günstiger“⁶¹,

48 Zur tariflichen Regelung von Fragen des Arbeitsschutzrechts s. Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 819–821 m. w. N.

49 BAG AP Nr. 1 zu § 817 BGB (Fn. 46); Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II/1, Berlin und München 1967, S. 609 u. a.

50 Zum Diskussionsstand s. Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Berlin u. a. 1996, Rn. 1033.

51 S. jedoch Blomeyer NZA 1996 S. 346, der unter der Voraussetzung, daß durch TV beschäftigungspolitische Ziele verfolgt werden (dürfen), ein Wahlrecht des ArbN für längere Arbeitszeit als Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG qualifiziert.

52 S. oben II.

53 Dazu Bispinck/WSI-Tarifarchiv WSI-Mitt 1991 S. 139; Richardi DB 1990 S. 1613 ff. Wie hier zuletzt ArbG Stuttgart, Fn. 44.

54 S. oben Fn. 9.

55 S. etwa Hromádka DB 1992 S. 1042, 1043.

56 BAG DB 1990 S. 1724 = ArbU 1990 S. 330.

57 Buschmann NZA 1990 S. 388; Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius § 4 Rn. 166a; Zachert DB 1990 S. 986, 988.

58 So insbes. auch BVerfGE 34, 307, 316: Tarifautonomie dort, wo der Individualvertrag sich „als unzureichendes Instrument zur Begründung sozial angemessener Vertragsbedingungen erweist.“

59 BVerfG DB 1992 S. 377 = ArbU 1992 S. 92.

60 A. a. O., S. 378/379.

61 Vgl. Heinze NZA 1991 S. 334 ff.

wirft jahrzehntealte Erkenntnisse der Arbeitsrechtswissenschaft über Bord und stellt die Unabdingbarkeit des TV generell zur Disposition der Parteien des Arbeitsvertrags. Ob dies in die Form eines Änderungsvertrags oder einer „freiwilligen“ Arbeitnehmerentscheidung gekleidet wird, spielt keine Rolle. Der TV verliert seine Schutzfunktion, er ist nicht mehr „unabdingbar“. Dies bedeutet nicht, daß es dem Arbgeb. deshalb jederzeit möglich wäre, sich quasi formularmäßig über tarifliche Regelungen hinwegzusetzen, weil sich insbes. in mittleren und größeren Betrieben Belegschaften dem nicht unterwerfen würden. Auf der anderen Seite sind jedoch ohne viel Phantasie Situationen vorstellbar, in denen wirkliche oder vorgeschobene wirtschaftliche Argumente das Verweigerungspotential der Belegschaften gegen Null gehen lassen.

V. Der Tausch untertariflicher Arbeitsbedingungen gegen Beschäftigungsgarantie

Angesichts der veränderten Bedingungen auf dem Weltmarkt will *Buchner*⁶² das Günstigkeitsprinzip neu definieren. In die „Vergleichsrechnung“ zwischen tariflicher und arbeitsvertraglicher Regelung müsse auch der Bestand des Arbeitsverhältnisses als solcher einbezogen werden. Bisher habe man dies nicht getan, weil im wesentlichen nur ein Risiko kurzfristiger Arbeitslosigkeit bestanden habe, das von der Arbeitslosenversicherung wenigstens teilweise aufgefangen worden sei⁶³. Nunmehr sei damit zu rechnen, daß auf absehbare Zeit auf deutschem Tarifniveau keine ausreichende Zahl von Arbeitsplätzen mehr verfügbar sei; dies ändere das Schutzanliegen der Arbeitnehmerseite. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BVerfG zum sog. Zweiten Schiffsregister⁶⁴ wird betont:⁶⁵

„Wenn Arbeitsverhältnisse nur unter Inkaufnahme einer Minderung des tariflichen Status sichergestellt werden können, ist diese Gestaltung gegenüber einer uneingeschränkten Anwendung der Tarifbedingungen, die aber im Ergebnis zu einem Verlust der Arbeitsplätze führt, vorzuziehen. Die Sicherung der Arbeitsplätze, ggf. zu untertariflicher Ausstattung, ist gegenüber einem Festhalten an Tarifbedingungen mit der Konsequenz des Verlusts von Arbeitsplätzen auch i. S. v. § 4 Abs. 3 TVG günstiger.“

Den ArbN müsse dabei das Recht eingeräumt werden, auf Wunsch zu tariflichen Bedingungen zurückzukehren – eine im Argumentationsgang *Buchners* im Grunde nicht zwingende „Auflockerung“, der allerdings angesichts der geringen Entscheidungsautonomie von ArbN keine erhebliche praktische Bedeutung zukommt.

Die Position *Buchners* geht insoweit über die bisher behandelten hinaus, als jede tarifliche Regelung zur Disposition gestellt wird – auch die Regeln über die Höhe der Vergütung oder über den Kündigungsschutz älterer Arbeitnehmer. Die Begründung vermag allerdings nicht zu überzeugen⁶⁶.

Bedenken bestehen schon gegen die „Neuartigkeit“ der vorhandenen Situation. Die Wirtschaftskrise ist – wie ein spanischer Arbeitsrechtler es formulierte – ein „Weggefährte“ des Arbeitsrechts⁶⁷. Auch am deutschen Beispiel läßt sich dies gut zeigen: Die Arbeitslosigkeit während der Weimarer Zeit ist einschließlich ihrer mutmaßlichen politischen Fernwirkungen uns allen in Erinnerung. Nach 1945 dauerte es rund 15 Jahre, bis für den vergleichsweise kurzen Zeitraum von etwa 1960 bis 1966 Vollbeschäftigung

erreicht war⁶⁸. Nach einem ersten Einbruch 1966/67 waren dann wieder „goldene Zeiten“ angebrochen, ehe Ende 1974 die bis heute andauernde Massenarbeitslosigkeit einsetzte. Die Vollbeschäftigung war also die Ausnahme; auch in Deutschland haben sich die Institutionen des Arbeitsrechts angesichts verbreiteter Arbeitslosigkeit entwickelt.

Das eigentliche Anliegen *Buchners* besteht allerdings darin, die deutschen Arbeitsbeziehungen an den internationalen Wettbewerb anzupassen, um so eine Fortsetzung des Exports von Arbeitsplätzen zu stoppen⁶⁹. Dies ist ein durchaus beifallswertes Ziel, das jedoch in keiner Weise die Durchbrechung von Tarifstandards auf breiter Front rechtfertigen kann. Das Grundgesetz, das nun einmal die Tarifaufonomie und damit die Möglichkeit zu verbindlichen Mindestnormen garantiert, ist keine Ordnung, deren Teile bei Bedarf auf dem Altar des Weltmarkts geopfert werden dürfen. Auch in seiner Entscheidung zum Zweiten Schiffsregister hat das BVerfG Derartiges weder verlangt noch zugelassen. Entscheidender Gesichtspunkt war vielmehr, daß sich das Geschehen auf Schiffen unter deutscher oder ausländischer Flagge weitgehend dem Zugriff der deutschen Staatsgewalt entzieht; nur deshalb müsse man ggf. Abstriche in Kauf nehmen⁷⁰. Wichtig ist in diesem Zusammenhang nicht die unter den gegebenen Umständen nach Auffassung des Gerichts unvermeidliche „Konzession“, sondern das ausdrücklich hervorgehobene Gebot, auch unter den Bedingungen eines veränderten Weltmarkts den Verfassungsbestimmungen „größtmögliche Anwendung“ zu sichern⁷¹.

Zu einer Preisgabe der Tarifaufonomie besteht um so weniger Anlaß, als diese anders als ein Gesetz nicht bestimmte materielle Standards festschreibt, sondern lediglich ein bestimmtes Verfahren bei der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ garantiert. Dieses ist in hohem Maße flexibel und deshalb geeignet, auch auf ungünstige Entwicklungen für deutsche Unternehmen zu reagieren. Warum soll der Arbeitsvertrag das geeignetere Mittel sein, um eine Anpassung an veränderte Umstände sicherzustellen? Die Tarifaufonomie hat nicht anders als die Mitbestimmung des BR und die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat u. a. den Sinn, über notwendige Anpassungen auf der Ebene relativer Ebenbürtigkeit zu verhandeln und gerade auch in Krisensituationen die Entscheidung nicht allein der sich im Arbeitsvertrag durchsetzenden Arbeitgeberseite zu überlassen. Von daher rechtfertigt sich das Konzept *Buchners* im Grunde nur mit einem unausgesprochenen Mißtrauen gegen die Tarifparteien und die Tarifaufonomie insgesamt.

Im übrigen macht man sich die Arbeit allzu leicht, wenn man sich auf die Forderung beschränkt, bei den Lohnko-

62 Beilage 12/1996 zu DB.

63 A.a.O., S. 10.

64 DB 1995 S. 483 = ArbU 1995 S. 61.

65 A.a.O., S. 13.

66 Kritisch zur Einbeziehung des Bestandsschutzes in den Günstigkeitsvergleich zuletzt *Küttner* AiB 1995 S. 158; *Konzen* NZA 1995 S. 919.

67 *Palomeque Lopez*: „Un compañero de viaje“.

68 Angaben bei *Weller*, Arbeitslosigkeit und Arbeitsrecht, Stuttgart 1969.

69 *Buchner* a. a. O., S. 14.

70 BVerfGE 92, 26 ff.

71 BVerfGE 92, 26, 42.

sten 10 oder 20% einzusparen. Ohne in die Diskussion unter Ökonomen eingreifen zu wollen: Gibt es nicht vielleicht andere Mittel, um eine möglicherweise gefährdete Position auf dem Weltmarkt zu sichern? Wie verhält man sich eigentlich in jenen Fällen, in denen die Verlagerung von Produktion in ein Billiglohnland nicht lediglich das Überleben des Unternehmens sichert, sondern seine Gewinne verdrei- oder verfünffacht? Muß sich dies lediglich in erfreulichen Bilanzen und guten Dividenden niederschlagen? Könnte man ggf. auch daran denken, die im Ausland gemachten Gewinne teilweise dafür zu verwenden, bei den Beschäftigten im Inland eine drastische Arbeitszeitverkürzung mit vollem oder teilweisem Lohnausgleich zu finanzieren? Und weiter: Ist es wirklich notwendig, daß der deutsche Fiskus Auslandsinvestitionen steuerlich begünstigt, etwa die Verrechnung von Anlaufverlusten mit im Inland gemachten Gewinnen zuläßt⁷²? Wieviel Erfolg ist von einer „Verzichtsstrategie“ zu erwarten, wenn die Lohnkosten z. B. in Polen oder Ungarn 10 bis 15% der deutschen ausmachen? Wer zum Schutze deutscher Unternehmen auf dem Weltmarkt Verfassungsgarantien einschränken oder abschaffen will, muß zuerst auf diese Fragen eine plausible Antwort geben.

VI. Günstigkeitsprinzip im Verhältnis Tarifvertrag – Betriebsvereinbarung?

Die Diskussion um das Verhältnis Tarifvertrag–Betriebsvereinbarung gewinnt ihre potentielle inhaltliche Dimension durch die eben skizzierten Versuche einer Neubestimmung des Günstigkeitsprinzips: Es geht nicht mehr nur um Dezentralisierung und Anpassung an betriebliche Spezifika, sondern darüber hinaus um eine faktische Unterschreitung des Tarifniveaus.

Ausgangspunkt und zugleich „Angriffsobjekt“ ist der bislang einhellig angenommene Vorrang der Tarifaautonomie gegenüber Betriebsvereinbarungen, wie er in § 77 Abs. 3 BetrVG niedergelegt ist. Die Auffassung des BAG, daß bloße Tarifüblichkeit nicht genüge, um den Abschluß von Betriebsvereinbarungen im Rahmen des § 87 Abs. 1 BetrVG unmöglich zu machen⁷³, wird als entscheidende Durchbrechung qualifiziert⁷⁴. Schwerlich zu Recht: Auf Sachgebieten, in denen im konkreten Fall kein TV eingreift, ist eben die Tarifaautonomie nicht „aktualisiert“; von daher stellt sich kein Vorrangproblem. Mit Recht hat das BAG davon abgesehen, eine Art von tarifvertraglichem Reservat zu schaffen, das ohne Rücksicht darauf zu schüt-

zen wäre, ob denn im konkreten Fall ein ArbN oder eine Belegschaft überhaupt von einer Tarifnorm erfaßt wird.

Soweit ein TV eingreift, schließt § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG den Rückgriff auf das Günstigkeitsprinzip aus. Sein Wortlaut ist keineswegs „unergiebig“ wie *Ehmann/Schmidt* meinen⁷⁵. Wenn es dort heißt, „Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch TV geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein“, so ist schwer vorstellbar, wie sonst eine Bestimmung lauten müßte, die generell jegliche Betriebsvereinbarung ausschließen will. Sollten „Verbesserungen“ möglich bleiben, müßte davon die Rede sein, das tariflich Geregelte könne nicht Gegenstand einer „verschlechternden“ Betriebsvereinbarung sein. Daß ein genereller Ausschluß gemeint ist, wird weiter an der Ausnahmvorschrift des § 77 Abs. 3 Satz 2 deutlich, wonach ein TV den Abschluß „ergänzender“ Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulassen kann; auch hier ist in keiner Weise auf deren Qualität abgestellt. § 4 Abs. 3 TVG nötigt zu keinem anderen Schluß. Auch wenn man ihn als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips versteht, ist jedenfalls § 77 Abs. 3 im Hinblick auf das Verhältnis Tarifvertrag–Betriebsvereinbarung das speziellere Gesetz⁷⁶. Unter diesen Umständen läßt sich die Anwendung des Günstigkeitsprinzips nur noch mit verfassungsrechtlichen Erwägungen rechtfertigen. Diese werden in zweierlei Hinsicht angestellt.

Zum einen wird – durchaus in Übereinstimmung mit der bisherigen Auffassung – § 77 Abs. 3 Satz 1 als Mittel zum Schutz der Tarifaautonomie begriffen. Daraus folge jedoch, daß er nur insoweit Platz greifen könne, als es von diesem Zweck her geboten sei; bei günstigeren Betriebsvereinbarungen sei dies jedenfalls nicht generell anzunehmen⁷⁷. Zum zweiten wird der Versuch unternommen, das Recht zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen als Ausdruck der in Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Privatautonomie zu werten; beide Rechtsgüter müßten einander verhältnismäßig zugeordnet werden⁷⁸. Dies bedeute im Ergebnis einen Vorrang des Günstigkeitsprinzips⁷⁹.

Beide Positionen verkennen, daß der Gesetzgeber bei der Abgrenzung von tariflicher und betrieblicher Rechtsetzung einen Ermessensspielraum besitzt, von dem er in bestimmter Weise Gebrauch gemacht hat. Die in § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG getroffene Entscheidung ist sicherlich nicht die einzig denkbare. So besteht von Verfassungs wegen kein Gebot, freiwillige Betriebsvereinbarungen auch dann auszuschließen, wenn ihr Gegenstand lediglich „üblicherweise“ durch TV geregelt wird. Auch kann man sich eine andere Zuordnung von Privat- und Tarifaautonomie vorstellen, sofern man die Betriebsverfassung privatautonom begründen will. Dies alles sind jedoch bis auf weiteres Gedankenspiele: Der Gesetzgeber hat eine eindeutige Regelung getroffen und niemand kann ernsthaft behaupten, daß sie etwa wegen übermäßigen Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verfassungswidrig wäre⁸⁰.

VII. Schlußbetrachtung

Die massiert vorgetragenen Angriffe gegen die Tarifaautonomie haben nicht allein die hier diskutierte juristische Dimension. Wirtschaftlich wie gesellschaftspolitisch geht es um größere Handlungsspielräume für Unternehmer und –

72 S. das Gesetz über steuerliche Maßnahmen bei Auslandsinvestitionen der deutschen Wirtschaft v. 18. 8. 69, BGBl I, 1211, 1214 (AuslInvG). Zur Besteuerung von Auslandsstöckern s. *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 14. Aufl., Köln 1994, § 18, 10.

73 BAG AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972 = ArbUR 1987 S. 276. Dazu auch *Thüsing* ZTR 1996 S. 147.

74 *Blomeyer* NZA 1996 S. 345.

75 *Ehmann/Schmidt* NZA 1996 S. 198.

76 BAG AP Nr. 12 zu § 4 TVG Ordnungsprinzip = ArbUR 1986 S. 281; *Fitting/Heither/Kaiser/Engels*, Handkommentar zum BetrVG, München 1996, § 77 Rn. 86 m. w. N.

77 *Blomeyer* NZA 1996 S. 345.

78 *Ehmann/Lambrich* NZA 1996 S. 352 f.

79 Nach *Ehmann/Lambrich* NZA 1996 S. 355 soll sich dies auch aus der Auslegung des einfachen Rechts ergeben.

80 Wie hier zuletzt *Thüsing* ZTR 1996 S. 146, 149.

komplementär dazu – um die noch weitere Reduzierung gewerkschaftlicher Gegenmacht. Dies zu beklagen, wird schwerlich weiterführen. Auch sollte sich kein verantwortlicher Gewerkschafter bei dem Gedanken beruhigen, die Juristen würden die Kastanien schon aus dem Feuer holen, das Beharrungsvermögen der Arbeitsgerichte verhindere die gewünschten Umdefinitionen. Die Antwort muß vielmehr eine tarif- und gesellschaftspolitische sein: Tarifverträge müssen in Zukunft verstärkt auch die spezifischen

Interessen des einzelnen, von Arbeitnehmergruppen und von Belegschaften aufnehmen, und sie müssen „realistisch“ in dem Sinne sein, daß sie den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen Rechnung tragen⁸¹. Noch immer existiert das Prinzip Hoffnung.

81 Ansätze dazu in Bispinck (Hrsg.), Tarifpolitik der Zukunft. Was wird aus dem Flächentarifvertrag? Hamburg 1995.

Prof. Dr. Franz Gamillscheg, Göttingen

Durchsetzungsschwächen des Tarifvertrags*

1. Gegenstand unseres Seminars – den Ausdruck „Workshop“ lehne ich ab – ist das Problem, wie wir dafür sorgen können, daß der TV auch eingehalten wird, der ArbN zu seinem Geld kommt. Das ist, wie Sie alle wissen, bei uns komplizierter als nötig. Deshalb zuerst, gewissermaßen als Kontrastprogramm, ein **Blick ins Ausland, und zwar in die Vereinigten Staaten**. In den Vereinigten Staaten ist das Wesentliche des Arbeitsverhältnisses, bis hin zum Kündigungsschutz, der Vereinbarung des Unternehmens mit der Gewerkschaft überlassen. Zwar gibt es für besonders wichtige Anliegen – Schutz vor Benachteiligung wegen des Geschlechts oder der Hautfarbe etwa oder auch den Mindestlohn – auch einzelne Gesetze, doch ist das ganze Drum und Dran des Arbeitsalltags dem TV überlassen. Dabei steht der Firmentarifvertrag, das collective agreement, im Vordergrund. Zwar gibt es auch Flächenverträge, etwa bei der Hafenarbeit und im Bergbau, doch ist dies die Ausnahme, der Flächenvertrag wird als gebündelter Firmenvertrag betrachtet. Eine weitere Besonderheit, die nicht vergessen werden darf: Es gibt keine Betriebsräte, so daß die Gewerkschaft in ihre Verhandlungen auch alles das aufzunehmen gehalten ist, was bei uns durch die Betriebsvereinbarung oder in anderer Form zwischen Arbgeb. und BR bereinigt wird. Daraus folgt: Was der ArbN an Rechten hat, verdankt er ganz unmittelbar (und nicht nur, wie bei uns, auf dem Umweg über die normative Wirkung) einem Vertrag, den die Gewerkschaft mit dem Arbgeb. geschlossen hat. Die Gewerkschaft ist die Berechtigte. Streitigkeiten über die Rechte des ArbN werden in aller Regel, praktisch in 99 von 100 Fällen, in einem innerbetrieblichen Schiedsverfahren, grievance arbitration, zwischen Gewerkschaft und Unternehmen geschlichtet; der ArbN selbst, der eigentlich Begünstigte, tritt daneben nicht in Erscheinung, er hat gar keine Möglichkeit, sein Recht an der betrieblichen Schlichtung vorbei vor Gericht zu suchen (daß es auch hier viele Abgrenzungsprobleme gibt, steht auf einem andern Blatt). So sind denn dort die großen Schlichter besser bekannt als bei uns die großen Richterpersönlichkeiten.

Die Beschwerde, Klage, Forderung, oder wie immer man sie nennen will, wird i. d. R. von der gewerkschaftlichen Vertrauensperson im Betrieb, dem shop steward, aufgenommen und in der Mehrzahl der Fälle mit der Geschäftsleitung unmittelbar bereinigt. Erst wenn dies nicht gelingt, kommt es zu dem geschilderten Schlichtungsverfahren. Rechte und Pflichten der ArbN bilden den Gegenstand

zahlloser Schiedssprüche, die in Hunderten von Bänden gesammelt werden. Sie bilden das „common law of the particular plant“, wobei der Inhalt der Vereinbarung mit betrieblichen Übungen und Gewohnheiten untrennbar zusammenfließt; daß es ein betriebliches Gewohnheitsrecht gibt, wird dort, anders als bei uns, von niemand bezweifelt. Da es insoweit um die Erfüllung des agreement geht, kann die Gewerkschaft auch gegen den Willen des begünstigten ArbN vorgehen. Umgekehrt kann der Arbgeb. Beschwerden zurückweisen, die vom ArbN selbst vorgebracht werden. Erfüllt die Gewerkschaft Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht, etwa gegen Bummellei einzuschreiten, kann auch der Arbgeb. das Verfahren in Gang bringen.

Damit ist die Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte die wichtigste Tätigkeit, die die Gewerkschaft ihren Mitgliedern (und darüber hinaus auch den Außenseitern im Betrieb, den sie organisiert hat) schuldet; auch dies ist Gegenstand von Hunderten von Entscheidungen und Fällen. Daß der Gewerkschaft, wie das bei uns der Fall ist, das Recht bestritten werden könnte, das im Vertrag Vereinbarte zugunsten ihres Mitglieds einzuklagen, kommt dem Amerikaner nicht in den Sinn.

Die Gewerkschaft ist allerdings nicht gezwungen, jeder Beschwerde nachzugehen, sie hat in dieser Entscheidung vielmehr ein weites Ermessen, „a wide range of reasonableness“, was zeigt, daß nicht nur das deutsche Arbeitsrecht von Generalklauseln wimmelt. Eine Rolle bei der Frage, ob eine Beschwerde von der Gewerkschaft aufgegriffen wird, spielen die hohen Kosten des Verfahrens, die in Amerika als ein wesentlicher Minuspunkt ihres Systems angesehen werden. Daß dieses System für die Gewerkschaft auch große Nachteile mit sich bringt, werde ich später aufgreifen.

2. Kehren wir zum deutschen Recht zurück.

a) Man hat die Probleme des Tarifrechts vor 1918 im wesentlichen mit den Figuren der **Stellvertretung** zu lösen versucht. Diese hat es nicht gestattet, das tariflich Vereinbarte zwingend auszugestalten, der Arbeiter blieb den Ansinnen des Arbgeb. ausgesetzt, nach Abschluß des Vertrages, Ende des Streiks, Ungünstigeres vereinbaren zu müssen. Versuche der Dogmatik, etwa von Lotmar oder

* Seminarvortrag auf der Veranstaltung „Tarifautonomie in Gefahr“ am 19. 6. 96 in Kassel.