

Privatdozent Dr. Andreas Hänlein, Freiburg / München

## Frischer Wind für betriebliche „Bündnisse für Arbeit“

– Die Reform des Betriebsverfassungsgesetzes und der Burda-Beschluss des BAG –

### I. Einleitung

Der Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG lässt betrieblichen „Bündnissen für Arbeit“ nur wenig Spielraum. Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können grundsätzlich nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein, sofern nicht der Tarifvertrag eine sog. „Öffnungsklausel“ enthält. Erst in der Krise des Unternehmens, wenn es die Folgen von Betriebsänderungen durch einen Sozialplan zu mildern gilt, ist der Tarifvorrang ausgesetzt (§ 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG). In seinem bekannten „Burda-Beschluss“ vom 20. 4. 1999<sup>1</sup> hat das BAG den Spielraum der betrieblichen Akteure auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Tarifvorrangs des § 77 Abs. 3 BetrVG eng begrenzt, indem es sog. „Regelungsabreden“ zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat als Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit angesehen hat, wenn diese darauf abzielen, normativ geltende Tarifbestimmungen zu verdrängen<sup>2</sup>. Derartige Eingriffe kann die am Abschluss des Tarifvertrags beteiligte Gewerkschaft mit einem Unterlassungsanspruch gem. §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB bekämpfen<sup>3</sup>. Anzunehmen ist ein solchermaßen abzuwehrender Eingriff, wenn die Umsetzung einer Regelungsabrede, die auf die arbeitnehmerindividuelle Vereinbarung untertariflicher Arbeitsbedingungen abzielt, nicht i. S. des § 4 Abs. 3 TVG „zugunsten der Arbeitnehmer“ ausfällt. Das Günstigkeitsprinzip gestatte es aber nicht, Tarifbestimmungen über Arbeitsentgelt oder Arbeitszeit mit einer betrieblichen Arbeitsplatzgarantie zu vergleichen, weil die zu vergleichenden Regelungen nicht miteinander in sachlichem Zusammenhang stünden<sup>4</sup>.

Dieser Beschluss ist auch deshalb kritisiert worden, weil er „betriebliche Bündnisse für Arbeit“, nach denen Arbeitsplatzsicherheit durch Verzicht auf tarifliche Rechte erkaufte werden soll, als tarifwidrig einstuft<sup>5</sup>. De lege ferenda wird gefordert, § 4 Abs. 3 TVG („Günstigkeitsprinzip“) und § 77 Abs. 3 BetrVG („Tarifvorrang“) zu novellieren und so den Handlungsspielraum der Betriebspartner gerade auch in der Zeit vor der manifesten Krise des Unternehmens zu erweitern<sup>6</sup>. Auf diese Forderungen ist der Gesetzgeber bei der umstrittenen Reform des Betriebsverfassungsgesetzes<sup>7</sup> nicht eingegangen<sup>8</sup>. § 77 Abs. 3 BetrVG bleibt unverändert. Immerhin hat das Reformgesetz einige Regelungen über die Beschäftigungssicherung in das BetrVG eingefügt. Mit diesen Regelungen haben sich die gesetzlichen Rahmenbedingungen in einer Weise geändert, dass gewissermaßen die Geschäftsgrundlage der Burda-Entscheidung entfallen ist. Diese These soll im folgenden erläutert werden.

### II. Beschäftigungssicherung und Betriebsverfassung

Eines der elf Ziele der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes bezieht sich auf das Thema der Beschäftigungssicherung<sup>9</sup>. Angesprochen ist das Thema künftig in einer Reihe von Einzelschriften. So wurde zunächst der Katalog der Aufgaben des Betriebsrats um die Aufgabe erweitert, „die Beschäftigung im Betrieb zu fördern und zu sichern“ (§ 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG n. F.). Der Regierungsbegründung zufolge geht es dabei darum, dass sich der Betriebsrat dafür einsetzen soll, dass die Arbeitnehmer nicht ihren Arbeitsplatz und damit ihre Lebensgrundlage verlieren. Die Beschäftigungssicherung solle „ein Schwerpunkt der Betriebsratsarbeit sein“<sup>10</sup>. Zu diesem Zweck stellt das Gesetz künftig dem Betriebsrat ein Instrumentarium zur Verfügung, um zum Thema Beschäfti-

gungssicherung die Initiative ergreifen zu können. Nach § 92 a BetrVG n. F., übertitelt mit „Beschäftigungssicherung“, kann der Betriebsrat dem Arbeitgeber Vorschläge zur Sicherung und Förderung der Beschäftigung machen. Diese können, wie es im Gesetz heißt, „insbesondere eine flexible Gestaltung der Arbeitszeit, die Förderung von Teilzeitarbeit und Altersteilzeit, neue Formen der Arbeitsorganisation, Änderungen der Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufe, die Qualifizierung der Arbeitnehmer, Alternativen zur Ausgliederung von Arbeit oder ihrer Vergabe an andere Unternehmen sowie zum Produktions- und Investitionsprogramm zum Gegenstand haben“ (§ 92 a Abs. 1 Satz 2 BetrVG n. F.). Der Arbeitgeber muss die Vorschläge des Betriebsrats mit diesem beraten und eine etwaige Ablehnung begründen, in größeren Betrieben sogar schriftlich (§ 92a Abs. 2 Satz 1 u. 2 BetrVG n. F.). Zu den Beratungen können Arbeitgeber wie Betriebsrat einen Vertreter des Arbeitsamts oder des Landesarbeitsamts hinzuziehen (§ 92a Abs. 2 Satz 3 BetrVG n. F.). Nach der Begründung des Regierungsentwurfs sind die möglichen Vorschläge des Betriebsrats „von ihrem Gegenstand her nicht begrenzt“; die Aufzählung der vorschlagsfähigen Maßnahmen sei nicht abschließend, sondern nur beispielhaft<sup>11</sup>. Um kompetent Vorschläge entwickeln zu können, hat der Betriebsrat in Unternehmen mit mehr als 300 Arbeitnehmern künftig ferner das Recht, angesichts geplanter Betriebsänderungen einseitig einen Berater hinzuzuziehen (§ 111 Satz 2 BetrVG n. F.)<sup>12</sup>. Schließlich soll künftig der Sozialplan „verstärkt auch zur Schaffung neuer Beschäftigungsperspektiven für die vom Verlust des Arbeitsplatzes bedrohten Arbeitnehmer eingesetzt werden“. Deshalb erteilt das Gesetz der Einigungsstelle, deren

**Dr. Andreas Hänlein** ist Privatdozent der Universität Freiburg im Breisgau für die Fächer Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, deutsches und europäisches Sozialrecht und Mitarbeiter des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht in München.

- 1... BAGE 91 S. 210 = DB 1999 S. 1555 = AP Nr. 89 zu Art. 9 GG m. Anm. Richardi; vgl. zu diesem Beschluss etwa folgende Stellungnahmen: Annuß, RdA 2000 S. 287 ff.; Buchner, NZA 1999 S. 897 ff.; Bauer, NZA 1999 S. 957 ff.; Kocher, AuR 1999 S. 382 ff.; Löwisch, BB 1999 S. 2080 ff.; Müller, DB 1999 S. 2310 ff.; Rieble, ZTR 1999 S. 483 ff.; Trappehl/Lambrich, NJW 1999 S. 3217 ff.; Wohlfahrth, NZA 1999 S. 962 ff.
- 2... BAGE 91 S. 210 (227 f.) = DB 1999 S. 1555 (1558).
- 3... BAGE 91 S. 210 (224) = DB 1999 S. 1555 (1557).
- 4... BAGE 91 S. 210 (230 ff.) = DB 1999 S. 1555 (1559 f.).
- 5... Vgl. die diesbezügliche Kritik bei Buchner, NZA 1999 S. 897 ff.; Bauer, NZA 1999 S. 957 ff.; Müller, DB 1999 S. 2310; Trappehl/Lambrich, NJW 1999 S. 3217 ff.; an diesem Punkt findet das BAG freilich durchaus auch Zustimmung: vgl. Annuß, RdA 2000 S. 287 (296 f.); Kocher, AuR 1999 S. 382 ff.; Löwisch, BB 1999 S. 2080 (2081); Richardi, Anm. zu AP Nr. 89 zu Art. 9 GG; ders., DB 2000 S. 42 (47); Wohlfahrth, NZA 1999 S. 962 ff.
- 6... Vgl. etwa die Beschlüsse der arbeitsrechtlichen Abteilungen des 61. Deutschen Juristentags, Verhandlungen, Band II/1, K 69 Nr. 3 und des 63. Deutschen Juristentags, Beschluss Nr. 33, sowie den Antrag der F.D.P.-Bundestagsfraktion BT-Drucks. 14/2612; zustimmend Adomeit, NJW 2000 S. 1918.
- 7... Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVerf-Reformgesetz) vom 23. 7. 2001, BGBl. I S. 1825; Regierungsentwurf: BT-Drucks. 14/5741; Ausschussbericht: BT-Drucks. 14/6352.
- 8... Vgl. Hanau, RdA 2001 S. 65 (74); Rieble, ZIP 2011 S. 133 (142); Buchner, NZA 2001 S. 633 (639).
- 9... BT-Drucks. 14/5741, S. 26.
- 10... BT-Drucks. 14/5741, S. 46.
- 11... BT-Drucks. 14/5741, S. 49.
- 12... BT-Drucks. 14/5741, S. 51 f.

Spruch gegebenenfalls die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über den Sozialplan ersetzt, die Direktive, sie solle „insbes. die im Dritten Buch des Sozialgesetzbuchs vorgesehenen Förderungsmöglichkeiten zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit berücksichtigen“ (§ 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2a BetrVG n. F.). Die Einigungsstelle und auch die Betriebspartner erhielten so eine Vielzahl von Möglichkeiten, die von der inner- oder außerbetrieblichen Qualifizierung, der Förderung einer Anschlussfähigkeit bis hin zu Leistungen reichten, die der Vorbereitung einer selbstständigen Existenz des Arbeitnehmers dienen<sup>13</sup>.

Insgesamt kommt also künftig der Beschäftigungssicherung innerhalb der Betriebsverfassung eine beachtliche Rolle zu, und zwar sowohl *in* wie auch *vor* der manifesten Unternehmenskrise.

### III. Beschäftigungssicherung und Günstigkeitsvergleich

In der Literatur ist gerade auch die neue betriebliche Beschäftigungspolitik auf Skepsis gestoßen, weil sie erheblichen bürokratischen Aufwand mit sich bringe und die unternehmerische Entscheidungsfreiheit beeinträchtige<sup>14</sup>. Es wird dabei jedoch übersehen, dass die Reform nicht nur den Handlungsspielraum des Betriebsrats erweitert, sondern auch denjenigen der Betriebspartner im Verhältnis zu den Koalitionen. Zwar hat die Reform den Vorrang des Tarifvertrags gegenüber der Betriebsvereinbarung nicht angetastet. Es lassen sich ihr aber Wertungen entnehmen, die eine geänderte Bestimmung des Verhältnisses von Tarifvertrag einerseits zu Regelungsabreden und vertraglichen Einheitsregelungen andererseits nahe legen.

Eine vertragliche Einheitsregelung kann, so der Burda-Beschluss, nur dann als Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit betrachtet werden, wenn sie etwa hinsichtlich Entlohnung oder Arbeitszeit zuungunsten der Arbeitnehmer vom Tarifvertrag abweicht. In diesem Beschluss hat nun zwar das BAG die „Saldierung“ eines Verzichts auf den Tariflohn bzw. einer Verlängerung der tariflichen Arbeitszeit mit einer Arbeitsplatzgarantie nicht für akzeptabel gehalten<sup>15</sup>. Ein derartiger Vergleich von Regelungen, die sich thematisch nicht berührten, sei „methodisch unmöglich ('Äpfel mit Birnen')“ und mit § 4 Abs. 3 TVG nicht vereinbar<sup>16</sup>. Das Gericht hat allerdings auch betont, dass die von ihm angewandte Vergleichsmethode nicht die im Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG allein verfassungskonforme Art des Günstigkeitsvergleichs sein müsse. Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG bedürfe der rechtlichen Ausgestaltung, wobei der Gesetzgeber die Tarifautonomie in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit auch einschränken könne<sup>17</sup>.

Bei den neuen Regeln des Betriebsverfassungsgesetzes handelt es sich um einen Gesetzgebungsakt, der eine Änderung der Konzeption des Günstigkeitsvergleichs nahelegt<sup>18</sup>. Dafür spricht zunächst schon der Umstand, dass Beschäftigungssicherung gesetzlich überhaupt als Aufgabe des Betriebsrats anerkannt wurde<sup>19</sup>.

Ein zweites Argument ergibt sich daraus, dass die Einigungsstelle nunmehr damit beauftragt ist, bei einer Entscheidung über die Aufstellung eines Sozialplans insbes. die Förderungsmöglichkeiten des Arbeitsförderungsrechts zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit zu berücksichtigen (§ 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2a BetrVG n. F.). Im Arbeitsförderungsrecht ist aber der Rechtsgedanke kodifiziert, dass Beschäftigungsförderung durchaus mit untertariflichen Arbeitsbedingungen einhergehen kann. Die diesbezügliche Regelung der §§ 265 bzw. 275 SGB III, die für die förderungsfähige Vergütung bei Arbeitsbeschaffungs- bzw. bei Struktur Anpassungsmaßnahmen ein Lohnabstandsgebot vorsieht, führt zwar zu einem Eingriff in die Tarifautonomie. Dieser ist jedoch nach überzeugender Auffassung des BVerfG wegen seiner beschäftigungsfördernden Zielsetzung unter dem Gesichtspunkt des Sozialstaatsprinzips gerechtfertigt<sup>20</sup>. Die neue Vorschrift des § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2a BetrVG kann man als Integration die-

ser arbeitsförderungsrechtlichen Wertung in das Betriebsverfassungsrecht deuten, so dass sie sich auch bei der Bewertung von Absprachen der Betriebspartner sollte auswirken können.

Das stärkste Argument in diesem Sinne bietet freilich § 92a BetrVG n. F. Hier wird dem Betriebsrat ausdrücklich angesonnen, im Interesse der Beschäftigungssicherung Konzepte zu entwickeln, die eine arbeitsplatzbedrohliche Auslagerung betrieblicher Aktivitäten verhindern. In erster Linie sind damit zwar Änderungen der betrieblichen Arbeitsabläufe angesprochen. Reicht dies jedoch nicht, um „die Ausgliederung von Arbeit“ zu verhindern, kann der Betriebsrat auch andere Lösungen zur Sicherung der Beschäftigung vorschlagen. Dies ergibt sich aus dem nicht abschließenden Charakter des gesetzlichen Katalogs möglicher beschäftigungssichernder Vorschläge. Notfalls können also auch untertarifliche Arbeitsbedingungen vorgeschlagen werden. Sollen solche Vorschläge aber nicht von vornherein ins Leere zielen, muss es auch kollektivrechtliche Instrumente zu ihrer Verwirklichung geben. Da § 77 Abs. 3 BetrVG selbst bewusst nicht geändert wurde, ist das Instrument der Wahl die Regelungsabrede, die den Arbeitnehmern des Betriebs empfiehlt, angesichts der Bedrohung ihrer Arbeitsplätze gewissen Änderungen ihrer Arbeitsverträge zuzustimmen. Solchen Änderungen darf dann aber nicht länger die herkömmliche Methode des Sachgruppenvergleichs bei der Günstigkeitsbewertung nach § 4 Abs. 3 TVG entgegenstehen.

### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die Integration betrieblicher Beschäftigungspolitik in das Regelwerk der Betriebsverfassung spricht nach allem für eine Änderung der Vergleichsmethode im Kontext des § 4 Abs. 3 TVG, sofern der Betriebsrat bei konkret drohendem Verlust der Arbeitsplätze erheblicher Teile der Belegschaft untertarifliche Arbeitsbedingungen deshalb als günstiger empfiehlt, weil den Arbeitnehmern im Gegenzug eine Arbeitsplatzgarantie gewährt wird. Die nun deutlich dem Gesetz zu entnehmende Hochschätzung der Arbeitsplatzsicherheit verlangt, den Vergleich der „Äpfel“ der tariflich geregelten Arbeitsbedingungen mit den „Birnen“ der Arbeitsplatzsicherheit unter diesen Bedingungen zuzulassen. Nicht beantwortet ist damit die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang im einzelnen eine Unterschreitung der tariflich zugesagten Rechte angesichts des zugesagten Beschäftigungsschutzes als günstiger für die Arbeitnehmer zu bewerten ist. Nähere Überlegungen zu dieser Frage erschienen angesichts des „Burda-Beschlusses“ wenig sinnvoll<sup>21</sup>. Die Reform des BetrVG hat den Weg für neue Diskussionen über eine „Modernisierung des Günstigkeitsprinzips“<sup>22</sup> nun wieder freigemacht.

13... BT-Drucks. 14/5741, S. 52.

14... Vgl. etwa *Schiefer/Korte*, NZA 2001 S. 351 (356).

15... Zustimmung etwa: *Löwisch*, BB 1999 S. 2080 (2081); im Ergebnis zustimmend *Richardi*, Anm. zu AP Nr. 89 zu Art. 9 GG; *ders.*, DB 2000 S. 42 (47); *Annub*, RdA 2000 S. 287 ff. (296 f.).

16... BAGE 91 S. 210 (231) = DB 1999 S. 1555 (1559).

17... BAGE 91 S. 210 (233: sub B III 1 b, cc) = DB 1999 S. 1555 (1560).

18... Schon auf der Grundlage des bisher geltenden Rechts für eine Berücksichtigung des Arbeitsplatzarguments im Rahmen des Günstigkeitsvergleichs *Adomeit*, NJW 1984 S. 26 f. und 595 f.; *Buchner*, DB 1996 Beil. 12 S. 9 ff.; *ders.*, NZA 1999 S. 897 (901 f.).

19... Bisher war der Betriebsrat lediglich mit der Aufgabe betraut, die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer im Betrieb zu fördern (§ 80 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG a. F.), nicht aber, die Beschäftigung aller Arbeitnehmer zu sichern.

20... BVerfGE 100 S. 271 (283 ff.); vgl. auch die Hinweise bei *Buchner*, NZA 1999 S. 897 (902) und *Müller*, DB 1999 S. 2310 (2314), die die von ihnen geforderte Berücksichtigung des Arbeitsplatzarguments im Rahmen des Günstigkeitsvergleichs ergänzend mit einem Hinweis auf den Beschluss des BVerfG zum Lohnabstandsgebot stützen.

21... Vgl. *Buchner*, NZA 1999 S. 897 (902).

22... *Rieble*, ZIP 2001 S. 133 (142).