

## **Betriebliches Bündnis für Arbeit mit und ohne Arbeitsrecht mit dem EuGH als gesetzlichem Richter**

Rechtsanwalt Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, München und Krefeld

Die globale Finanz- und Wirtschaftskrise hat viele Unternehmer und deren Beschäftigte in dem Bestreben zusammengeführt, der Krise zu trotzen. Viele Beschäftigte waren und sind bereit, Einbußen im Entgelt oder bei freiwilligen Leistungen vorübergehend hinzunehmen, um die Auftragsrückgänge des Unternehmens zu überbrücken und die Zukunft des Unternehmens und der Arbeitsplätze zu sichern.

So hat der Konzern Siemens im September 2010 mit der IG-Metall einen Beschäftigungspakt zur Standort- und Beschäftigungssicherung vereinbart, der an eine Vereinbarung aus dem Jahre 2008 anknüpft und nunmehr auf alle deutschen Tochtergesellschaften ausgeweitet ist. Ausgenommen ist die IT-Sparte SIS, die eine eigene Standort- und Beschäftigungssicherung hat. Siemens verpflichtet sich auch, keine Standorte in Deutschland zu schließen.<sup>1</sup> Zugleich erlaubt eine Klausel dem Arbeitgeber, in schweren Krisen auszuscheren und mit den Arbeitnehmern neue Vereinbarungen zu treffen.

Auch andere Konzerne haben Beschäftigungspakte abgeschlossen, wie die Zahlen des Institutes für Arbeitsmarkt und Berufsforschung (IAB) der Bundesagentur für Arbeit zeigen.<sup>2</sup> Allerdings dürfen die Beispiele den Blick nicht davor verstellen, dass betriebliche Bündnisse für Arbeit – auch Beschäftigungspakte genannt, zum Teil äußerst schwierig in Recht und Praxis zu erreichen sind.

Die Aktivitäten der Unternehmen und Beschäftigten stehen nicht immer im Einklang mit dem Arbeitsrecht. Dann aber gründen sie in der Regel auf der Willensbildung mündiger Personen, die in wirtschaftlicher Krise keine Bevormundung hinnehmen und in ihrer Betriebsnähe selbst über ihr Schicksal im Arbeitsleben durch betriebliche Bündnisse entscheiden wollen.

### **I. Deutsches Arbeitsrecht versus wirtschaftliche Vernunft**

Noch immer stehen der Gesetzgeber, Rechtsprechung und einzelne Gewerkschaften auf dem Standpunkt, dass der Arbeitnehmer stets gegenüber dem Arbeitgeber der Unterlegene und daher vor dem Arbeitgeber und auch vor sich selbst zu schützen sei. Der Arbeitnehmer selbst könne nicht erkennen, was für ihn günstiger sei. Diese Auffassung ist in der Rechtsliteratur nicht ohne Widerspruch geblieben.

Ungeachtet der Bevormundung durch das Arbeitsrecht oder die Tarifparteien versuchen nicht wenige Unternehmen und die an ihrer Zukunftssicherung interessierten Beschäftigten, mit oder ohne Arbeitsrecht sowie mit oder ohne Tarifverträge betriebliche Bündnisse für Arbeit zu vereinbaren, um nicht in Verneigung vor dem deutschen Arbeitsrecht und dem Bundesarbeitsgericht -neuerdings dem Europäischen Gerichtshof- in rechtlicher Noblesse unterzugehen. Auch der Benimmpapst Knigge hat sich beim Untergang seines Schiffes mit dem Messer gegen einen großen Fisch verteidigt.

Die Realität des Arbeitsrechtes, das die Tarifvertragsparteien übermäßig schützt, die Betriebsräte bevormundet sowie nicht zuletzt auch die Arbeitnehmer in ihrer Privatautonomie entmündigt, würde bei Rechtsgehorsam die Unternehmen entweder in die Arme der Tarifvertragsparteien zur Tarifbindung in einen langsamen oder schnellen Untergang führen.

---

<sup>1</sup> Süddeutsche Zeitung vom 23.09.2010 (S. 4 und Wirtschaft)

<sup>2</sup> In Deutschland hat ein Drittel aller Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten abkommen zur Beschäftigungssicherung geschlossen, beispielsweise der Autokonzern Daimler oder VW Konzern oder die BASF sowie Bayer.

## **1. Schleichende Rechtsverschiebungen zum Europarecht**

Der Zwang zur Zukunftssicherung mit oder ohne Arbeitsrecht macht auch nicht vor Eskapaden des Europäischen Gerichtshofes halt, der soziale Wohltaten beschert und dabei als oberster gesetzlicher Hüter und oberhalb der deutschen Verfassung stehender Exekutor deutsche Gesetzesnorm mittelbar mehrfach beseitigt hat. Zwar hat der Europäische Gerichtshof nicht die Macht, deutsche Gesetze aufzuheben, aber er kann Druck aufbauen und tut es auch.

Inzwischen haben sich kaum wahrgenommen von dem nationalen Publikum im deutschen Arbeitsrecht gewaltige schleichende Rechtsverschiebungen durch Unterwerfung nationalen Rechtes unter Europäisches Recht ergeben. So hat Paul Kirchhof vor dem schleichenden Übergang von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung an Europa warnend den Finger gehoben, obgleich auch er ein Anhänger des großartigen Gedankens „Europa“ ist. Er verbindet dies mit der Forderung „Gebt den Bürgern den Staat zurück!“<sup>3</sup>

Zwar beschränkt sich der EuGH in seinen Entscheidungen darauf, die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit einzelner deutscher Gesetze mit Europarecht festzustellen. Mittelbar greift er jedoch bei einer Unvereinbarkeit nationalen Rechts mit europäischen Richtlinien in die deutsche Gesetzgebung ein. Wenn der Gesetzgeber nicht spurt, drohen dem nationalen Staat Sanktionen. So hat der EuGH beispielsweise Normen im Arbeitszeitgesetz, Kündigungsschutzgesetz oder Teilzeit- und Befristungsgesetz für unvereinbar mit europäischem Recht gehalten und verlangt, dass der nationale Staat und die Gerichte sich nicht an europawidrige Gesetze halten. Dem stimmt unser höchstes Deutsches Bundesverfassungsgericht -mit einem Minderheitenvotum zu, indem es die eristische Begründung seiner Selbstentmachtung mit dem Argument versieht, dass die Nichtbeachtung gegen deutsches Verfassungsrecht verstößt. Dies macht eine nationale verfassungsrechtliche Überprüfung von Europarecht mit deutschem Recht in der Regel überflüssig.

Die hervorragende Idee „Europa“ hat sich in Deutschland ohne Volksbefragung politisch durchgesetzt. Die Politiker haben eine Volksbefragung (Referendum) vermieden, weil sie sich des Ergebnisses der Stimmen der Bürger nicht sicher sind. Durch Art. 23 Grundgesetz hat sich daher das Parlament selbst ermächtigt, die deutsche Souveränität – auch in der Rechtsprechung zum Arbeitsrecht -an die europäische Union – eine Institution sui generis – und somit an den EuGH zu übertragen. Dies erinnert an die Geschichte des Barons von Münchhausen, der sich am eigenen Schopf aus dem Sumpf gezogen hat.

## **2. Entmachtung des Gesetzgebers und der Richter durch den EuGH**

Die Frage nach der Rechtsgrundlage ist müßig.

Der Gesetzgeber und die Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit sind nunmehr durch die rechtlichen Bewertungen des Europäischen Gerichtshofs entmachtet. Dies wird bei den glühenden Befürwortern Freude und bei anderen Leid auslösen. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung vom 06.07.2010 (Fall Honeywell)<sup>4</sup>, in der es Umfang und Grenzen des Handelns von Organen der Europäischen Union durch eine sogenannte „Ultra-vires-Kontrolle“ geprüft hat, die Position bezogen, dass eine „Ultra-Vires-Kontrolle“ durch das Bundesverfassungsgericht nur dann in Betracht kommt, wenn ein Kompetenzverstoß der europäischen Organe hinreichend qualifiziert ist. Dies setzt voraus, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führt.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der gleichen Entscheidung ein neues oberstes Gericht anerkannt und dieses verbindlich in die deutsche Verfassung eingebettet, indem es erklärt hat, dass der EuGH der gesetzliche Richter im Sinne des Artikel 101 I 2 GG ist. Das Bundesverfassungsgericht

---

<sup>3</sup> P. Kirchhof „Das Gesetz der Hydra – Gebt den Bürgern ihren Staat zurück“ Knauer Taschenbuchverlag 2008; P. Kirchhof „Das Maß der Gerechtigkeit – bringt unser Land wieder ins Gleichgewicht!“ Droemer Verlag 2009, P. Kirchhof „Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“ Nomos Verlag 2010

<sup>4</sup> BVerfG, Besch. v. 06.07.2010- 2 BvR 2661/06, NZA 2010 S. 995 ff

hat durch die von ihm genannten Kriterien<sup>5</sup> alle Richter dazu ermuntert, in Zukunft dem großen Vater die Entscheidung auf Übereinstimmung mit europarechtlichen Fragen zu treffen.<sup>6</sup> Europarechtswidriges Unterlassen der Vorlagepflicht ist nun verfassungswidrig geworden. Dies wird eine Flut von Vorlagen der Arbeitsgerichte beim EuGH auslösen.

#### **Fazit:**

Das Bundesverfassungsgericht hat seine bisherige Position im Wårterhåuschen an der Brücke von und zu Europa verlassen. Als das Wårterhåuschen vom Bundesverfassungsgericht noch besetzt war, achtete der Håuter der deutschen Verfassung darauf, dass europåische Richtlinien und ebenso der EuGH die deutsche Verfassung nicht konterkarieren. Noch im Lissabon-Urteil gab es dieses von Paul Kirchhoff geprågte Gleichnis des Wårterhåuschens, jetzt ist es vom Bundesverfassungsgericht bis auf einen kleinen Rest endgültig beseitigt.

### **3. Verstårkung der Rechtsunsicherheit durch den EuGH**

Im Ergebnis kann sich kein Bürger auf die Geltung von Gesetzen verlassen. Wenn der EuGH „seine Watschen“ an den Gesetzgeber verteilt, trifft er zugleich den Bürger und den Unternehmer, der sich auf die Geltung deutscher Gesetze verlassen hat und verlassen können muss. Ihm wird nicht einmal Vertrauensschutz gewåhrt. Der einfache Handwerker oder Mittelständler hätte doch wissen müssen, dass der Gesetzgeber eine bestimmte nicht tragfåhige Gesetzesnorm verabschiedet hat.

Man kann darüber lachen oder weinen. Die Zeiten sind jedoch nicht schlechter geworden, als sie es ohnehin zuvor im nationalen Rechtssystem gewesen sind. Der EuGH ist im derzeitigen Status in seinen Entscheidungen zu wenig berechenbar.

Die Kompetenz hat der Gesetzgeber im Arbeitsrecht ohnehin nur unvollständig wahrgenommen, beispielsweise hat er auch im Jahr 2010 sich noch immer nicht an ein einheitliches Arbeitsvertragsgesetzbuch gewagt, obwohl ein ausgewogener Vorschlag vorliegt. Schon gar nicht hat er das Arbeitskampfrecht geregelt. Es liegt auf der Hand, dass die Bundesregierung und ihr folgend der Gesetzgeber sich angesichts der sozialpolitischen Brisanz diesen Todesstoß nicht selbst geben. Vielmehr hat er es dem Bundesarbeitsgericht überlassen, die Kastanien aus dem Feuer zu holen. Im Arbeitsrecht haben grundsätzlich nur Richter das Wort. Der Gesetzgeber hält sich weitgehend aus brisanten Fragen heraus. Dies betrifft auch das bekannte Thema der Gewerkschaftskonkurrenz und Gewerkschaftspluralitt. Dies sollen aus der Sicht vieler Politiker die Tarifvertragsparteien lieber unter sich regeln. Die Friedenspflicht wird in Zukunft erheblich tangiert, wenn Streikkaskaden unterschiedlicher Gewerkschaften entstehen.<sup>7</sup>

Der europåische Gerichtshof wird ohnehin auch die Kompetenz der Tarifvertragsparteien in den Blick des europåischen Rechts nehmen. Das Bundesarbeitsgericht hat in vorauseilendem Gehorsam mit Beschluss vom 20.05.2010<sup>8</sup> (Diskriminierung durch Dienstaltersstufen) erklärt, dass die in Rede stehende Frage, welche Bedeutung der Kollision oder Konkordanz von Tarifautonomie und Gleichheitssatz zuzumessen ist, allein vom EuGH zu entscheiden sei. Die ausstehende Entscheidung wird voraussichtlich einen weiteren Schritt zur Klärung der Reichweite der Tarifautonomie in Deutschland bringen.

Mittelbar könnte die zu erwartende Entscheidung möglicherweise Aufschluss geben zu den aktuell in Rede stehenden Fragen der Kollision des Grundrechtes der Tarifautonomie mit den Grundrechten Drittbetroffener, die sich aus dem Tarifgeschehen heraushalten wollen (negative Kollisionsfreiheit) .

Vor diesem Hintergrund der Machtverschiebungen und Unsicherheiten des deutschen

<sup>5</sup> Kriterien sind: 1.Grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht oder 2. bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft oder 3.Unvollständigkeit der Rechtsprechung des EuGH (Fortentwicklung europåischen Rechts)

<sup>6</sup> Thrsing/Ptters/Treut „Der EuGH als gesetzlicher Richter i.S. Von Art. 101 I 2 GG, NZA 2010 S.930 ff

<sup>7</sup> Lehmann „Schaffung eines Gesetzes über die Tarifeinheit – Gewerkschaftskonkurrenz im Betrieb – zwischen skylla und charybdis“ BB 2010 S. 2237, 2242 ff

<sup>8</sup> BAG vom 20.05.2010 – 6 AZR 148/09 EzA EG-Vertag 1999 Richtlinie 2000/78/EG Nr. 15

Arbeitsrechtes wird von den Unternehmern verlangt, dass sie sich perfekt an das deutsche Arbeitsrecht halten, um nicht Sanktionen zu erleiden. Zugleich sollen sie es hinnehmen, dass der EuGH deutsche Gesetzesnormen für unbeachtlich erklärt, also auch Gesetzesnormen, an die sich die Anwender deutschen Arbeitsrechtes bisher mit Vertrauen auf das Gesetz verlassen haben.

**Fazit:** Manche Unternehmer werden sich in Zukunft fragen, ob sie dem Arbeitsrecht stets nur Gehorsam schulden sollen oder ob sie nicht eher der Rechtsprechung des EuGH als gesetzlichem Richter im Sinne des Art.101 GG folgen sollten und sich nicht mehr blind auf die Richtigkeit deutscher Gesetzgebung verlassen. Dies betrifft auch die gesetzlichen Hürden beim Abschluss betrieblicher Bündnisse für Arbeit – insbesondere den Tarifvorrang aus § 77 Abs. 3 GG sowie das intransparente Günstigkeitsprinzip - und die dabei möglichen Kollisionen von Grundrechten.

## **II. Betriebliches Bündnis als Instrument der wirtschaftlichen Vernunft für Arbeitgeber und Arbeitnehmer**

Es hat sich wiederholt gezeigt, dass die Mehrzahl der Arbeitnehmer nach substantiierten Informationen ihres Arbeitgebers über die Geschäftslage des Unternehmens oder des Betriebes bereit ist, zumindest vorübergehend durch eine Änderung der Arbeitsbedingungen -beispielsweise in der Arbeitszeit, der Vergütung und freiwilligen, über die gesetzlichen oder tariflichen Normen hinausgehenden Leistungen - zur Anpassung der Arbeitsbedingungen mit dem Ziel der Zukunftssicherung beizutragen.

Sie erwarten dafür auch, dass die Lasten nach Möglichkeit auf alle Schultern verteilt werden, insbesondere dass der Arbeitgeber seinerseits eigene Beiträge zur Kostenentlastung leistet und dass das Sanierungskonzept in sich schlüssig und nachvollziehbar ist. Dazu gehört, dass sich die veränderten Arbeitsbedingungen nicht weiter vom Inhalt der bisher für den Mitarbeiter geltenden Arbeitsbedingungen entfernen, als dies nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel geeignet, erforderlich und proportional im Mittel-Zweck Verhältnis zu bewerten ist.

Das Vertrauen der Mitarbeiter in die Verhältnismäßigkeit der vom Arbeitgeber zur Sanierung vorgeschlagenen Mittel wird erheblich verstärkt, wenn der Arbeitgeber die einzelnen Arbeitnehmer oder das Kollektiv der Arbeitnehmer eingehend unter Darlegung der wirtschaftlichen Daten und Fakten unterrichtet. Wenn ein Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat besteht, erfordert allein schon die gebotene vertrauensvolle Zusammenarbeit der Betriebsparteien die rechtzeitige und umfassende Information sowie die Beratung der Betriebsparteien miteinander über die Maßnahmen. Dies liegt losgelöst von etwaigen Rechten und Pflichten des Arbeitgebers in dessen eigenen Interesse, weil der Betriebsrat ohnehin von Arbeitnehmern nach dessen Meinung gefragt wird und die befürwortende Meinung des Betriebsrates den entscheidenden Anstoß geben kann.

Unter der Prämisse, dass der Arbeitgeber ein schlüssiges Sanierungskonzept oder ein Konzept zur Überbrückung der Auftragsrückgänge vorlegt, sind viele Arbeitnehmer bereit, mit dem Arbeitgeber ein sogenanntes Bündnis für Arbeit zu vereinbaren.

## **III. Inhalt eines betrieblichen Bündnisses für Arbeit**

Zu den Veränderungen der Arbeitsbedingungen können in einem betrieblichen Bündnis je nach unternehmensindividuellen oder betrieblichen Notwendigkeiten die Flexibilisierung der Arbeitszeit, deren Verlängerung oder Verkürzung, die Kürzung von Zuschlägen, die Absenkung von Lohnnebenleistungen wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld sowie das Einfrieren der Dynamik der Vergütung gehören. Zur Kompensation erhalten Arbeitnehmer, die freiwillig am Bündnis teilnehmen, in der Regel vom Arbeitgeber die vertragliche Zusage, dass das Unternehmen während der Dauer der Teilnahme des Mitarbeiters am betrieblichen Bündnis dessen Weiterbeschäftigung garantiert.

#### **IV. Suche des Unternehmers nach dem „wie“**

Oft sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Auffassung, dass sich die Arbeitsbedingungen an die veränderte wirtschaftliche Situation während des Arbeitsvertragsverhältnisses einvernehmlich ändern lassen, wenn entweder der Betriebsrat eine entsprechende Regelung mit dem Arbeitgeber für das Kollektiv vereinbart oder der Arbeitgeber in jedem Einzelfall mit dem Arbeitnehmer einen veränderten Arbeitsvertrag abschließt.

In der Betriebspraxis ist der mutige Schritt des Unternehmers nach vorn die bessere Lösung, als ein ewiges Bedenken, er dürfe dies oder jenes nicht im Arbeitsrecht. Sein Entstehen für die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens und das Schicksal der Arbeitnehmer verlangt ihm ab, dass er sich nicht wie ein „Reichsbedenkenträger“ geriert, sondern dass er sich im Bewusstsein von Risiken dem Arbeitsrecht stellt und gemeinsam mit dem Betriebsrat betriebsnahe Lösungen sucht. Er hat ohnehin die von der Bestimmung des § 77 Abs. 3 BetrVG offen gelassene Möglichkeit, dass er mit dem Betriebsrat statt einer Betriebsvereinbarung lediglich eine erlaubte Regelungsabrede trifft, damit der Betriebsrat im Boot sitzt, den Arbeitnehmern Auskunft geben kann und kein Streitfall unter den Betriebsparteien darüber entsteht, ob oder inwieweit Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des Betriebsrates bestehen; durch die Regelungsabrede ist vorsorglich dem Mitbestimmungsrecht Genüge getan. Erst danach wird der Arbeitgeber unmittelbar mit den Beschäftigten Vereinbarungen treffen.

**Fazit:** Die Betriebspraxis setzt sich notgedrungen durch, sei es mit oder sei es ohne Arbeitsrecht. Diese Realität lässt sich nicht als unmoralisch und gesetzeswidrig bezeichnen. Denn der EuGH und ihm folgend das BAG sind offenbar der Meinung, dass der Unternehmer wissen muss, wenn ein deutsches Gesetz nicht europarechtskonform ist. Wie anders ist sonst das Urteil des BAG im Mangold-Fall zu verstehen. Das BAG hat den Schutz des Vertrauens des Anwenders der europarechtswidrigen Gesetzesnorm versagt. Daher muss in Zukunft jeder Unternehmer, auch der einfache Handwerker, wissen oder im Gefühl haben, wenn der deutsche Gesetzgeber wieder einmal eine nichtige Gesetzesnorm geschaffen hat. Die weitere Folge ist, dass der Bürger sich auch außerhalb des Arbeitsrechts gut überlegen muss, ob ein Gesetz mit der deutschen Verfassung konform ist. Er darf eben nicht mehr dem Gesetzgeber vertrauen, mit anderen Worten: er muss mit oder ohne das Gesetz, auf das er sich nicht verlassen darf, mit eigenem Risiko handeln.

#### **V. Hürden über Hürden des deutschen Arbeitsrechtes beim betrieblichem Bündnis**

Die nachgenannten Beispiele zeigen den Hürdenlauf über deutsches Arbeitsrecht innerhalb und außerhalb des Arbeitsrechtes auf..

##### **1. Beispiel: Kurzarbeit**

Auch die Einführung von vorübergehender Kurzarbeit stellt ein betriebliches Bündnis dar. Wer genauer hinsieht, erkennt, dass in den vergangenen Krisen die Ziele des Überlebens der Unternehmen und der Sicherung der Arbeitsplätze zu einem nicht unbedeutenden Teil durch die staatliche geförderte Kurzarbeit erreicht worden sind. Hierbei hat für zahlreiche Beschäftigte auch das Bewusstsein Pate gestanden, dass sie ohne Kurzarbeit ihren Arbeitsplatz verlieren können. Daher war es für sie bisher nicht von besonderem Interesse, auf welcher arbeitsrechtlichen Grundlage die Kurzarbeit erfolgt. Sie haben möglicherweise nicht bemerkt oder bemerken wollen, dass vielfach die Kurzarbeit ohne Arbeitsrecht oder entgegen Arbeitsrecht eingeführt worden ist.

In vielen Fällen reichen die Instrumente des Arbeitsrechts nicht aus, sondern sie verhindern geradezu die Entscheidungsfreiheit der einzelnen Personen, weil das deutsche Arbeitsrecht und ihm sehr gerne folgend die Tarifvertragsparteien die Tarifautonomie wie einen Gral vor sich hertragen. Daher darf beispielsweise der tarifgebundene Mitarbeiter ohne die Erlaubnis des Tarifvertrages nicht in die Verkürzung der Arbeitszeit einwilligen.

Auf der Ebene des Kollektivrechts, das die Arbeitsbedingungen ordnen und transparent machen soll, hat der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht bei der Dauer der Arbeitszeit, also auch nicht bei deren Verkürzung. Er darf auch nicht freiwillig mit dem Arbeitgeber eine Betriebsvereinbarung

über die Einführung von Kurzarbeit abschließen, weil nach dem Arbeitsrecht nur die Tarifvertragsparteien wissen, was für die Beschäftigten gut ist.

Diese Einschränkung der Kompetenz des Betriebsrates und des Arbeitgebers regelt die Bestimmung des § 77 Abs.3 BetrVG. Danach dürfen die Betriebsparteien auch dann nicht, selbst wenn alle Beteiligten dies für dringend geboten erachten, freiwillige Betriebsvereinbarungen (§ 88 BetrVG) abschließen. Dies gilt nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn das Unternehmen zwar nicht tarifgebunden, aber ein Tarifvertrag in der Branche üblich ist (§ 77 Abs.3 BetrVG). So ist sicherlich die Behauptung nicht falsch, dass in den meisten Unternehmen mit Betriebsrat unwirksame Betriebsvereinbarungen über die üblicherweise tariflich geregelten Themen bestehen, jedoch von allen Beteiligten für sinnvoll erachtet werden.

Die Folge ist, dass sich viele vernünftige Arbeitgeber und Arbeitnehmer vom Arbeitsrecht bevormundet fühlen und sich daher teilweise notgedrungen außerhalb des Arbeitsrechts bewegen. Zugleich wird das mit staatlichen Mitteln geförderte Instrument der Kurzarbeit als Retter in der Wirtschaftskrise gefeiert, obgleich es sich teilweise außerhalb des Arbeitsrechts vollzieht, um wirken zu können.

**Fazit:** Die Abänderung der Arbeitsbedingungen mit und ohne Arbeitsrecht funktioniert in der Betriebspraxis beim Thema „Kurzarbeit“

## **2. Beispiel: beiderseitige Tarifbindung**

Falls Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch die Zugehörigkeit zu einer tarifschließenden Organisation beiderseits tarifgebunden sind, wäre ein Verzicht der Arbeitnehmer auf die tariflichen Rechte nicht rechtmäßig (§ 4 Abs.3 TVG). Die Tarifautonomie ist verfassungsrechtlich geschützt (Art. 9 Abs. 3 GG).

Die Tarifparteien selbst dürfen demgegenüber kraft ihrer Tarifautonomie für die vom Geltungsbereich ihrer Tarifverträge erfassten Beschäftigten die Arbeitsbedingungen verbessern oder immateriellen Inhalt absenken. Jedenfalls sind sie nicht an das Günstigkeitsprinzip gebunden.

Betriebliche Bündnisse – auch Beschäftigungspakte genannt – haben daher eine realistische Chance zur Rechtswirksamkeit, wenn sie zwischen Tarifvertragsparteien auf tariflicher Ebene geregelt werden, sei es durch Verbände der Arbeitgeber und tariffähige Gewerkschaften, oder durch einen Tarifvertrag zwischen einer Gewerkschaft und einem einzelnen Unternehmen.

Wenn in einem Unternehmen oder einem Betrieb unterschiedliche Gewerkschaften miteinander konkurrieren und zum Beispiel die eine Gewerkschaft den Sanierungstarifvertrag unterzeichnet und die andere Gewerkschaft nicht,<sup>9</sup> so kommt es darauf an, welcher Tarifvertrag für den Beschäftigten kraft Tarifvertragsgesetzes bindend ist. Nur dieser Tarifvertrag vermag die Arbeitsbedingungen zu verändern, nicht jedoch automatisch der im Betrieb vorherrschende Tarifvertrag.

Der Begriff der Tarifbindung ist durch das Tarifvertragsgesetz definiert. Die gesetzlich zwingende Wirkung der Tarifnormen, von denen im Arbeitsvertrag nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers – auch nicht mit dessen Einverständnis - abgewichen werden darf, tritt nur dann ein, wenn der Arbeitgeber Mitglied in einem tarifschließenden für das Unternehmen zuständigen Arbeitgeberverband und der Arbeitnehmer Mitglied in der tarifschließenden zuständigen Gewerkschaft ist. Ebenso verhält es sich, wenn ein Unternehmen einen Haustarifvertrag abschließt und sich somit an den eigenen Haustarifvertrag/Firmentarifvertrag bindet.

In vielen Fällen weiß der Arbeitgeber allerdings nicht, welche Mitarbeiter tarifgebunden sind. Wenn er es nicht weiß, geht er das Risiko ein, mit dem organisierten Beschäftigten einen rechtswidrigen gegen das Tarifvertragsgesetz verstößenden Änderungsvertrag abzuschließen. Jedoch darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht nach seiner Gewerkschaftszugehörigkeit befragen. Wenn er

<sup>9</sup> Die veränderte Situation ergibt sich aus der Rechtsprechung des BAG über die Tarifeinheit und Tarifpluralität vgl. Lehmann „Schaffung eines Gesetzes über die Tarifeinheit“ BB 2010, S. 2237 ff

dies dennoch tut, braucht der Mitarbeiter nicht wahrheitsgemäß zu antworten. Zusätzlich könnte der Arbeitnehmer und im Falle der Klage der Arbeitsrichter die Frage als ein Indiz für eine Benachteiligung des Arbeitnehmers bewerten und dem Kläger wegen Verstoßes gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) einen Schadensersatzanspruch wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung und einen weitergehenden Schadensersatzanspruch zuerkennen.

In der Praxis ist eine mit dem zuständigen Tarifvertragspartner auszuhandelnde Abweichung vom Verbandstarifvertrag zu Gunsten des notleidenden Unternehmens und der Beschäftigten nicht einfach durchzusetzen. Es gibt positive und negative Beispiele.<sup>10</sup>

In der Unternehmenspraxis werden teilweise im Verborgenen, teilweise aber auch mit Außensignalen Abweichungen von den generell geltenden Verbandstarifverträgen/Flächentarifverträgen durch einen zwischen der Gewerkschaft und der Firma abgeschlossenen Firmentarifvertrag vereinbart. Derartige Sanierungsverträge sind spezieller als der generell geltende Tarifvertrag und gehen ihm daher nach dem bisher noch geltenden Prinzip der Spezialität vor. Sie können aufgrund der Tarifautonomie rechtswirksam zu Ungunsten der bisher für den einzelnen Mitarbeiter geltenden Arbeitsbedingungen abgeschlossen werden. Ein Günstigkeitsvergleich zwischen unterschiedlichen Sachgruppen, - wie der Arbeitszeit und der Vergütung einerseits und der Arbeitsplatzgarantie durch tarifliche Ausweitung des Kündigungsschutzes andererseits - erfolgt aus tarifrechtlicher Sicht nicht. Jedoch wird die Gewerkschaft in der Tarifpraxis sehr genau – zum Teil auch mit ideologischer Sicht- auf die Wahrnehmung der Interessen der tarifgebundenen Mitarbeiter achten.

Derartige tarifliche Vereinbarungen verändern nicht nur die Arbeitsbedingungen der beiderseits tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien, sondern auch der nicht tarifgebundenen Mitarbeiter mit Arbeitsverträgen, in denen der Arbeitsvertrag auf den jeweils für das Unternehmen oder den Betrieb geltenden Tarifvertrag Bezug nimmt, so dass es in diesen Fällen der vertraglichen Bezugnahmeklauseln automatisch zu einer vertraglichen Unterwerfung kommt.

Indes fordern Gewerkschaften in der Regel für ihre Unterschrift unter einen Sanierungstarifvertrag, dass sie an der Zukunftssicherung des Unternehmens und der Arbeitsplätze unternehmerisch auf der Arbeitnehmerseite „am runden Tisch“ mitwirken dürfen. Zum Teil fordern sie auch ein späteres Nachholen der vom Arbeitnehmer erlittenen Einbußen. Bekannt ist auch für eine gewerkschaftliche vorübergehende Mitwirkung das positive Beispiel eines Sanierungstarifvertrages und seiner Folgen bei der Deutschen Lufthansa.<sup>11</sup>

**Fazit:** Eine rechtlich wirksame Abänderung der Arbeitsbedingungen durch Verbands- oder Firmentarifvertrag funktioniert bei beiderseitiger Tarifbindung. Auch in der Praxis ist dies ein -wenn auch dornenreicher -Weg.

Der Arbeitgeber kann ein betriebliches Bündnis für Arbeit (Beschäftigungspakt) rechtswirksam herbeiführen, wenn er sich an die zuständigen Tarifvertragsparte wendet und dieses bittet, den Verbandstarifvertrag bezogen auf die besonderen Verhältnisse des Unternehmens zur Überwindung einer Krise abweichend von den generellen Tarifnormen des Verbandstarifvertrages mit geändertem Geltungsbereich beispielsweise durch einen Sanierungstarifvertrag zu regeln. Ebenso kann der Unternehmer mit einer zuständigen Gewerkschaft einen Firmentarifvertrag abschließen.

---

<sup>10</sup> Salzl, „Gestaltung eines Sanierungstarifvertrages und seine Folgen - am Beispiel der Deutschen Lufthansa AG“ S.192ff ; Lehmann Abweichungen vom Flächentarifvertrag durch betriebliche Bündnisse und tarifliche Öffnungsklauseln -Eingriff in den Kern der Tarifautonomie?“ S.204 ff ; Ehmann/ Lambrich „betriebliche Bündnisse für Arbeit gegen Tarifmacht“ S.221- Beiträge der genannten Autoren in Lehmann (Hrsg.) „Der Arbeitnehmer im 21.Jahrhundert-Tarifverträge im Wandel!“ Rainer Hampp Verlag München und Mehring.

<sup>11</sup> Salzl „Gestaltung eines Sanierungstarifvertrages und seiner Folgen am Beispiel der Deutschen Lufthansa AG in Lehmann (Hrsg.) „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert“ , 2005 Rainer Hampp Verlag München und Mehring

### **3. Beispiel der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf ein Tarifwerk**

Zu keiner gesetzlichen, sondern „nur“ zu einer arbeitsvertraglichen Bindung an den Tarifvertrag führt die vertragliche Bezugnahme auf einen bestimmten oder auf einen jeweils für das Unternehmen oder den Betrieb maßgebenden Tarifvertrag.<sup>12</sup>

Nicht tarifgebundene Arbeitnehmer können trotz arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf ein Tarifwerk durch eine mit dem Arbeitgeber getroffene einvernehmliche Anpassung des Arbeitsvertrags an die Krisensituation grundsätzlich rechtlich wirksam vom Tarifvertrag abweichen.

### **4. Beispiel: Abschluss von Einzelvereinbarungen für ein betriebliche Bündnis**

Auch diesen Weg einer einvernehmlichen vorübergehenden Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Krise behindert das Arbeitsrecht, indem es den Arbeitnehmer zu seinem Schutz bevormundet.

#### **4.1 Risiken:**

Risiken können sich für den Arbeitgeber ergeben, wenn er mit dem einzelnen Arbeitnehmer eine Abänderung der Arbeitsbedingungen vereinbart und der nicht tarifgebundene Mitarbeiter, der nachträglich die vertragliche Abweichung bedauert, der zuständigen Gewerkschaft beitrifft. Dann gilt nur das Günstigkeitsprinzip und der Arbeitnehmer kehrt zu den Arbeitsbedingungen des Tarifvertrages mit dessen Mindestnormen zurück.

Das gleiche Risiko besteht für den Arbeitgeber ohnehin, weil er oft nicht weiß, ob ein Mitarbeiter tarifgebunden ist oder nicht.

Selbst wenn der einzelne Arbeitnehmer der Anpassung der Arbeitsbedingungen zugestimmt hat, aber anschließend seine Zustimmung bedauert und die Leistungen, auf die er verzichtet hat, beim Arbeitsgericht einklagt, kann der Arbeitgeber nicht sicher sein, ob der Richter den Verzicht für unangemessen hält. Das Gericht wird prüfen, ob die veränderten vertraglichen Bedingungen der Kontrolle nach den Bestimmungen der §§ 305 ff BGB als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) standhalten.

#### **4.2 Beispiel für die Betriebspraxis: „Müller-Konzern-Fall“**

Ein für die Praxis interessantes Beispiel einer rechtswirksam vereinbarten Abweichung von einem Firmentarifvertrag mit tarifrechtlichen und betriebsverfassungsrechtlichen Auswirkungen ist der vom BAG entschiedene „Müller-Konzern-Fall“.

Der an den Firmentarifvertrag gebundene Arbeitgeber hatte mit 71 nicht tarifgebundenen Mitarbeitern individualrechtlich mit dem Ziel der Beschäftigungssicherung vereinbart, dass die wöchentliche Arbeitszeit auf 40 Stunden ohne eine Erhöhung der monatlichen Bezüge verlängert wird. Die betroffenen Mitarbeiter arbeiteten im Gleitzeitmodell.

Die IG-Metall hat zwar zunächst Widerstand geleistet, diesen aber letztlich aufgegeben.

Der Betriebsrat hatte beim Arbeitsgericht beantragt, die personellen Maßnahmen für unwirksam zu erklären, weil seine Zustimmung zur Änderung der Arbeitszeit und deren Verteilung nicht eingeholt worden sei.

Das BAG hat die vertraglichen Vereinbarungen nicht als einen Verstoß gegen das Tarifrecht angesehen, weil die Mitarbeiter, die der Änderung zugestimmt haben, nicht tarifgebunden gewesen sind. Denn arbeitsvertragliche Vereinbarungen, die unter Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte zustande kommen, sind unwirksam.<sup>13</sup>

Das BAG hat auch aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht die Wirksamkeit der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen bejaht. Es hat klargestellt, dass in der vertraglichen Vereinbarung über eine

<sup>12</sup> In den gebräuchlichen Arbeitsverträgen gibt es Varianten, die ihrerseits zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen können, nicht zuletzt auch vor oder nach dem von der Rechtsprechung gesetzten Stichtag des 31.12.2001; vgl hierzu Schliemann „Wechsel des Tarifvertrages: Auswirkungen auf Tarifgebundene und nicht Tarifgebundene“ S.96ff in „Lehmann (Hrg) „der Arbeitnehmer im 21.Jahrhundert-Tarifverträge im Wandel!“; Reinecke BB 2006,2637ff; Lehmann BB 2008,1618 ff und 1674 ff

<sup>13</sup> BAG vom 11.06.2002 -1 AZR 390/01;BAG vom 28.09.1994-1 AZR 870/93)

Ausdehnung der wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden auf 40 Stunden für tarifungebundene Arbeitnehmer weder ein Mitbestimmungsrecht über die Dauer der Arbeitszeit noch ein Mitbestimmungsrecht über eine mögliche Einstellung oder durch die Versetzung des Arbeitnehmers liegt.

Außerdem würden die im Betrieb (konkret) geltenden Betriebsvereinbarungen über die Verteilung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit durch die einzelvertraglichen Vereinbarungen nicht verletzt, weil diese Betriebsvereinbarungen eine Ausweitung der wöchentlichen Arbeitszeit der tarifungebundenen Arbeitnehmer durch flexiblere Regelungen genügend Raum geben.

Daher reiche die bestehende Betriebsvereinbarung aus, so dass auch insoweit nicht gegen die Mitbestimmung verstoßen werde. Außerdem würde eine Verlängerung der Wochenarbeitszeit um 5 Stunden keine erhebliche Veränderung der Arbeitsbedingungen bewirken, so dass die Veränderung der Arbeitsbedingungen auch nicht als erneute Einstellung des Arbeitnehmers im Betrieb zu werten sei.<sup>14</sup>

**Fazit:** Die Unternehmer sollten sich den „Müller-Konzern“ Fall näher anschauen und prüfen, ob und inwieweit sie aus diesem Lehrstück Nutzen für das Unternehmen und die Beschäftigten ziehen können.<sup>15</sup>

### **5. Beispiel Betriebsvereinbarung über ein Sanierungskonzept**

Eine besonders hohe Hürde kann sich aufbauen, wenn zwar Arbeitgeber und Betriebsrat vertrauensvoll und betriebsnah zusammenarbeiten und eine Betriebsvereinbarung über ein gemeinsam beratenes und verabschiedetes Sanierungskonzept abschließen, dann aber vor dem rechtlichen und tatsächlichen Problem stehen, dass sie aufgrund der Tarifsperre des § 77 Abs. 3 BetrVG keine rechtswirksame Betriebsvereinbarung abgeschlossen haben oder abschließen dürfen. Denn die Tarifsperre gilt auch dann, wenn das Unternehmen selbst nicht tarifgebunden, aber ein Tarifvertrag „üblich“ ist, was immer dieser gesetzliche Begriff bedeuten mag. In diesem Fall können die Hindernisse des Arbeitsrechts mit der blinden Binde der Justitia wie im Fall der volkswirtschaftlich erwünschten Kurzarbeit außerhalb des Arbeitsrechts überwunden werden.

Die Ratio des § 77 Abs. 3 BetrVG, mit der der Gesetzgeber den Vorrang des Tarifvertrages vor Betriebsvereinbarungen – nicht vor Regelungsabreden mit dem Betriebsrat – festgelegt hat, ist nach Ansicht des BAG der Schutz der ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie; die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie solle gewährleistet werden. Betriebliche Regelungen sollen tarifliche Regelungen nicht präjudizieren und in möglicherweise nicht gewollte Bahnen lenken.<sup>16</sup>

Der Gesetzgeber habe eine „klare Scheidung zwischen den Zuständigkeiten der Gewerkschaften und denen der Betriebsräte vornehmen wollen, um die latente Rivalität zwischen den Gewerkschaften und den Betriebsräten zugunsten der Gewerkschaften aufzulösen.“<sup>17</sup>

Mehr als die Hälfte aller Betriebsvereinbarungen in der Bundesrepublik Deutschland dürften daher unwirksam sein. Ausgenommen sind Regelungsabreden sowie Betriebsvereinbarungen, mit denen der Betriebsrat die ihm gemäß § 87 Abs. 1 BetrVG obliegenden Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten ausübt, beispielsweise bei der Verteilung der Arbeitszeit oder der Mitgestaltung der Entgeltstrukturen.

Die Bestimmung des § 77 Abs. 3 BetrVG hat nach Meinung vieler Kritiker – dies sind in der Regel nicht die tarifschließenden Verbände- keine wirkliche Ratio. Meist wissen Betriebsräte und

---

<sup>14</sup> vgl. hierzu die Erläuterungen unter [www.arbeitsrecht.com](http://www.arbeitsrecht.com) dort unter den Suchbegriffen „vertragliche Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit in tarifgebunden Unternehmen mit nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern abweichend vom Tarifvertrag zum Urteil des BAG vom 15.05.2007 – 1 ABR 32/06

<sup>15</sup> siehe unter [www.arbeitsrecht.com-Suchbegriffe](http://www.arbeitsrecht.com-Suchbegriffe) „vertragliche Erhöhung der Arbeitszeit in tarifgebundenen Unternehmen“

<sup>16</sup> BAG vom 30.05.2006, NZA 2006, 1170 ff

<sup>17</sup> Hromadka/Maschmann Lehrbuch zum Arbeitsrecht Band 2 „Kollektivarbeitsrecht und Arbeitsstreitigkeiten“ RN 365 ff zu § 16 Betriebsverfassungsrecht, 5. Auflage Springer Verlag

Mitarbeiter eines Betriebes besser, welche Lösungen in der wirtschaftliche Krise für sie günstiger sind. Schlechter können dies in der Regel die dem einzelnen Betrieb in größerer Ferne gegenüberstehenden Tarifvertragsparteien beurteilen. Dennoch ist die Bestimmung des § 77 Abs.3 BetrVG ein gesetzliches Faktum. Jedoch hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, durch die Tarifsperre gegenüber Betriebsvereinbarungen mit materiell mit dem Tarifvertrag konkurrierenden Regelungen die übrigen Instrumente der Gestaltung der Arbeitsbedingungen stumpf zu gestalten. Offen gesagt ist es das eigentliche Ziel, die Unternehmen in die Tarifverträge und die Mitarbeiter in die Arme der Gewerkschaften zu treiben.

Noch weniger Ratio hat der Günstigkeitsvergleich aus §4 Abs.3 TVG. Das BAG lässt nur die isolierte Betrachtung der einzelnen Norm für den Günstigkeitsvergleich zu. Bekanntlich hält es den Vergleich zwischen der Verlängerung der Arbeitszeit einerseits und der Arbeitsplatzgarantie andererseits für einen unzulässigen Vergleich zwischen Äpfeln und Birnen. Dies sehen mündige Arbeitnehmer in der Regel anders.

Aus diesem Grund haben bereits im Jahre 2002 Politiker mit wirtschaftlicher Vernunft versucht, der damaligen Bundesregierung und dem Gesetzgeber einen Vorschlag zur Ergänzung des in § 4 Abs. 3 TVG geregelten Günstigkeitsprinzips um folgende Sätze 2 und 3 zu ergänzen:

#### **Satz 2**

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

#### **Satz 3**

Von der Günstigkeit einer solchen Abrede ist auszugehen, wenn

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

Die Kompetenzgrenze zwischen Tarif- und Betriebsautonomie soll durch die vorgeschlagenen ergänzenden Normen in der bisherigen Schärfe entfallen. Die Gewerkschaften, die eine Konkurrenz der Betriebsräte nicht schätzen, haben sich vehement gegen die Vorschläge gewehrt. Auch diese Vorschläge sind daher verhallt. Der Mut zur sinnvollen Ergänzung fehlt in der Politik.

### **6. Beispiel: Ausspruch von betriebsbedingten Änderungskündigungen zur Gleichbehandlung**

Wenn ein Großteil der Arbeitnehmer , der nicht einer tarifschließenden Gewerkschaft angehört und somit ohne Tarifbindung ist, der Anpassung der Arbeitsbedingungen zustimmt, jedoch eine kleine Minderheit sich nicht mit der Änderung einzelvertraglich einverstanden erklärt, entsteht für den Arbeitgeber die Frage, ob er nicht den wenigen Arbeitnehmern eine betriebsbedingte Änderungskündigung aussprechen sollte, um die Gleichheit der Arbeitsbedingungen im Betrieb herzustellen und Spannungen innerhalb der Belegschaft zwischen den beiden Mitarbeitergruppen auszuschließen und den sozialen Frieden im Betrieb nicht zu gefährden.

Diese vermeintliche Möglichkeit hat das BAG in seiner letzten Entscheidung vom 10.09.2009<sup>18</sup> zur Illusion gemacht.

In jenem Fall hatte sich die große Mehrheit der Belegschaft (ca. 93%) mit der Reduzierung der Vergütung und weiteren Änderungen zum Zwecke der Sanierung des Unternehmens und der

---

<sup>18</sup> BAG vom 10.09.2009 – 2 AZR 822/07 – EZA § 2 KschG Nr. 74

Erhaltung ihrer Arbeitsplätze freiwillig einverstanden erklärt. Die Minderheit (7%) erhielt eine Änderungskündigung. Diese hat das BAG nicht für wirksam erachtet. Es hat die Hürden für den Arbeitgeber so hoch gesetzt, dass diese kaum noch von einem Unternehmer zu überwinden sind.

Im Ergebnis muss der Unternehmer, der das Sanierungsziel trotzdem nicht aufgeben will, den Beschäftigten, die am betrieblichen Bündnis nicht teilnehmen wollen die Arbeitsbedingungen so belassen wie sie sind. Sanktionen gegen die widersprechenden Arbeitnehmer gibt es nicht. Die Folge ist die soziale Unzufriedenheit der Beschäftigten. Die weitere Folge kann sein, dass das Unternehmen oder der Betrieb die Krise nicht übersteht und alle Beschäftigten den Arbeitsplatz verlieren.

Für Arbeitgeber, die sich gleichwohl von einem betrieblichen Bündnis nicht abschrecken lassen, mögen die nachfolgende Checkliste zur Prüfung der Anforderungen, die das BAG im Urteil vom 10.09.2009 an betriebsbedingte Änderungskündigungen zur Personalkostensenkung mit einem Sanierungsplan stellt, hilfreich sein:<sup>19</sup>

#### **Checkliste:**

- 1. Kann durch die Senkung der Personalkosten die Stilllegung des Betriebs oder eine deutliche Reduzierung der Belegschaft verhindert werden?**
- 2. Können die Kosten ganz oder zum Teil durch andere Maßnahmen gesenkt werden?**
- 3. Scheiden Einsparungen in anderen Bereichen aus, ggf. weshalb?**
- 4. Hat der Gesellschafter als natürliche oder juristische Person seinerseits ebenfalls einen deutlichen Beitrag zur Sanierung geleistet und ggf. welchen?  
Oder weshalb hat der Gesellschafter keinen Sanierungsbeitrag geleistet?  
Weshalb können keine Sanierungsbeiträge vom Gesellschafter erwartet werden?**
- 5. Schöpft der Sanierungsplan zunächst alle möglichen mildereren Mittel aus, bevor der Arbeitgeber Änderungskündigungen ausspricht?**
- 6. Ist im Sanierungskonzept die Finanzlage des Betriebs nachvollziehbar dargelegt?**
- 7. Zeigt der Sanierungsplan den Anteil der Personalkosten an den Gesamtkosten auf?**
- 8. Wie ist die Prognose der künftigen wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens mit und ohne die personellen Maßnahmen?**
- 9. Ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet? Sind die im Sanierungsplan vorgesehenen Maßnahmen im Sinne der Rechtsprechung geeignet, erforderlich und proportional zum Zweck? Ist die Änderungskündigung betrieblich unabweisbar?**
- 10. Entfernen sich die angebotenen Änderungen nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses, als dies zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist?**
- 11. Sind die Auswirkungen der erstrebten Kostensenkungen für den Betrieb und für die Arbeitnehmer nachvollziehbar dargestellt?**
- 12. Sind die betroffenen Arbeitnehmer und der Wirtschaftsausschuss sowie der Betriebsrat rechtzeitig und umfassend unterrichtet?**

---

<sup>19</sup> Die Checkliste erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit

Die Frage, ob eine Änderungskündigung sozial gerechtfertigt ist oder nicht, ist durch eine wertende Gesamtbetrachtung zu beantworten.

**Fazit:** Die betriebsbedingte Änderungskündigung zur Personalkostensenkung kann wegen Nichterfüllbarkeit eines Großteils der Anforderungen als beerdigt angesehen werden.

## **VI. Schlussbetrachtung**

Die arbeitsrechtlichen Hürden werden trotz der Globalität des Wettbewerbs des Unternehmens nicht kleiner, sondern von Gesetzgebung und Rechtsprechung stetig noch höher gebaut. Die Anforderungen des Arbeitsrechts sind zuweilen nur noch mit dem Seismografen zu messen.

Der Europäische Gerichtshof ist nicht zurückhaltender als das BAG. Wer den Weg der Übertragung der vollen Rechtsprechungsgewalt mitgehen will, dem soll es recht sein. Die von Paul Kirchhoff gezeigte schleichende Verlagerung der Souveränität von Deutschland auf Europa ist im Sinne der glorreichen europäischen Idee gewollt. Die vom ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichtes Hans-Jürgen Papier angeratene Zurückhaltung ist nicht mehr möglich. Den kreativen Unternehmern in Deutschland werden neue Wege einfallen, der EuGH wird sie schließen. So dreht sich das Karussell weiter.