DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache **18(11)357(neu)**

29. April 2015

Materialien

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 4. Mai 2015 zu den Vorlagen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Drucksache 18/4062
b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen, Drucksache 18/4184
c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln, Drucksache 18/2875

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung 2
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen 4
C. Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger
dbb beamtenbund und tarifunion 5
Prof. Dr. Dres. H.c. Hans-Jürgen Papier 9
Prof. Dr. Wolfgang Däubler 15
Deutscher Städte- und Gemeindebund 37
Prof. Franz Josef Düwell 39
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände 42
Bundesverband der Deutschen Luftverkehrswirtschaft e.V. 48
Gerhart R. Baum 52
Prof. Dr. Gregor Thüsing 56
Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit 59
Prof. Dr. Bernd Waas 64
Deutscher Gewerkschaftsbund 75
D. Stellungnahmen nicht eingeladener Verbände
Deutscher Anwaltverein 79
Bundesrechtsanwaltskammer 82
Deutscher Bühnenverein - Bundesverband der Theater und Orchester 89

Mitteilung

Berlin, den 16. April 2015

Die 41. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales
findet statt am
Montag, dem 4. Mai 2015, 12:00 bis 14:00 Uhr
10117 Berlin, Adele-Schreiber-Krieger-Str. 1
Sitzungssaal: MELH 3.101

Sekretariat
Telefon: +49 30 - 227 3 24 87
Fax: +49 30 - 227 3 60 30

Sitzungssaal
Telefon: +49 30 - 227 3 14 87
Fax: +49 30 - 227 3 04 87

Achtung!
Abweichender Sitzungsort!

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziger Punkt der Tagesordnung

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz)

BT-Drucksache 18/4062

verbundene Dokumente:
BT-Drucksache: 18/2875 Antrag
BT-Drucksache: 18/4184 Antrag

Hierzu wurde/wird verteilt:
18(11)340 Schriftliche Stellungnahme
18(11)341 Information für den Ausschuss
18(11)343 Schriftliche Stellungnahme
18(11)345 Schriftliche Stellungnahme

Federführend:
Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:
Innenausschuss
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur
Ausschuss für Kultur und Medien

Gutachtlich:
Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen

BT-Drucksache 18/4184

verbundene Dokumente:
BT-Drucksache: 18/2875 Antrag
BT-Drucksache: 18/4062 Gesetzentwurf

Hierzu wurde/wird verteilt:
18(11)340 Schriftliche Stellungnahme
18(11)343 Schriftliche Stellungnahme
18(11)345 Schriftliche Stellungnahme

Federführend:
Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln

BT-Drucksache 18/2875

verbundene Dokumente:
BT-Drucksache: 18/4062 Gesetzentwurf
BT-Drucksache: 18/4184 Antrag

Hierzu wurde/wird verteilt:
18(11)340 Schriftliche Stellungnahme
18(11)343 Schriftliche Stellungnahme
18(11)345 Schriftliche Stellungnahme

Federführend:
Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Kerstin Griese, MdB
Vorsitzende

Liste der Sachverständigen
zur Anhörung am Montag, dem 04. Mai 2015, in der Zeit 12.00 bis 14.00 Uhr

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
Bundesverband der Deutschen Luftverkehrswirtschaft e. V.
Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
Deutscher Städte- und Gemeindebund
dbb beamtenbund und tarifunion
Deutscher Gewerkschaftsbund

Prof. Dr. Gregor Thüsing
Prof. Dr. Franz Josef Düwell
Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier
Prof. Dr. Bernd Waas
Prof. Dr. Wolfgang Däubler
Gerhart Baum

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**340**

30. März 2015

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 4. Mai 2015 zu den Vorlagen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Drucksache 18/4062
b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen, Drucksache 18/4184
c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln, Drucksache 18/2875

dbb beamtenbund und tarifunion

0. Einleitung

> „Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig. Hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig. […]“
> aus: § 9 Abs. 3 GG

Der dbb beamtenbund und tarifunion lehnt jede gesetzliche Regelung von Tarifeinheit/Tarifpluralität grundsätzlich ab. Maßgeblich für diese Haltung ist die grundgesetzlich gewährte Koalitionsfreiheit, die durch den zur Diskussion stehenden Referentenentwurf eingeschränkt würde. Aus Sicht des dbb kann jeglicher Versuch, Tarifeinheit gesetzlich zu regeln, nur zu einer verfassungswidrigen Einschränkung führen.

Neben grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken (Kapitel 1), sieht der dbb aber auch schwerwiegende gesellschaftspolitische Nachteile (Kapitel 2) sowie unüberbrückbare handwerkliche Probleme (Kapitel 3) bei der Umsetzung des Referentenentwurfs.

1. Verfassungsrechtliche Bedenken

Artikel 9 des Grundgesetzes ist eindeutig. Die Freiheitsrechte werden über jede Ordnungsfunktion gestellt. Er lässt eine Unterordnung des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit unter gesellschafts- oder wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitserwägungen nicht zu.

Genau das jedoch versucht der vorliegende Referentenentwurf. Vorgebliche „gesamtwirtschaftliche Belange“ und eine behauptete „Entsolidarisierung“ sollen mit dem „Tarifeinheitsgesetz“ rechtfertigen, die Koalitionsfreiheit einzuschränken. In der Konsequenz dieses Gesetzes würde in Zukunft zahlreichen Gewerkschaften und hunderttausenden von Arbeitnehmern die Möglichkeit genommen, sich frei und selbstbestimmt um die Wahrung und Förderung ihrer Arbeitsbedingungen zu kümmern. Denn die Verweigerung eigener Tarifpartnerschaft vernichtet mittelfristig die Existenzgrundlage jeder Gewerkschaft, deren Mitglieder gerade Einflussnahme auf ihre Arbeitsbedingungen erwarten. Der im Gesetzentwurf gemachte Versuch, diesen Verlust an Koalitionsfreiheit über ein „Recht auf Nachzeichnung“ und ein „Recht auf Anhörung“ zu kompensieren, reicht bei weitem nicht aus, um plausible Interessenvertretung gegenüber den Mitgliedern zu beweisen oder gar verfassungsrechtliche Bedenken zu zerstreuen. Im Gegenteil: Der Gesetzentwurf würde ein Zwei-Klassen-Ge-

werkschaftssystem manifestieren, bei dem die Gestalter die erste Klasse bilden und die Nachzeichner (ohne Streikrecht) die zweite Klasse.

Mag dies auch im vorliegenden Entwurf nur mittelbar geschehen, so ist die Wirkung umso nachhaltiger. Wenn es nämlich allein der als mitgliederstärksten Gruppierung ermittelten Gewerkschaft erlaubt ist, Tarifverträge zu verhandeln und abzuschließen, dann würden kleinere im Betrieb organisierende Gewerkschaften zukünftig auf ein unmögliches Ziel hin streiken und ihr Streik würde als unverhältnismäßig verboten werden. Jenseits davon, dass dies gesellschafts- und gewerkschaftspolitisch fragwürdig ist, ist es schlicht mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.

Der dbb beamtenbund und tarifunion ist schließlich der Auffassung, dass das Mehrheitsprinzip kein grundgesetzkonformes Kriterium ist, da es die Organisationsfreiheit der Arbeitnehmer in unzulässiger Weise einschränkt, wenn diese sich berufsspezifisch oder weltanschaulich orientiert organisieren wollen. Anders als im parlamentarischen Umfeld, das Quotierungen wie eine 5%-Klausel erlaubt, ist der Koalitionsfreiheit aus sich heraus jedes Zählverfahren fremd.

2. Gesellschaftspolitische Nachteile

Obwohl im Entwurf verschiedentlich davon die Rede ist, dass der Grundsatz der Tarifeinheit nur „subsidiär“ greife, ist das Gegenteil der Fall. Allein durch seine Existenz beschwört das Gesetz Konflikte herauf, die es ohne Gesetz nicht geben würde. Das passiert gleich in drei möglichen Fällen:

- Aktuell gibt es mannigfaltige Beispiele für freiwillige Absprachen zwischen konkurrierenden Gewerkschaften. Insbesondere im Bereich des öffentlichen Dienstes gibt es viele positive Beispiele. Dabei sprechen sich Gewerkschaften im Vorfeld von Tarifverhandlungen ab. Unter Wahrung ihrer jeweiligen tarifautonomen Eigenständigkeit streben sie freiwillig tarifeinheitliche Regelungen an. Diese Option könnte mit Durchsetzung einer gesetzlich erzwungenen Einheit in den meisten Fällen ein abruptes Ende finden. Schließlich basiert die freiwillige Kooperation darauf, dass zwei Konkurrenten zu der Überzeugung gelangen, in Abstimmung mehr zu erreichen, als in ungebremster Konkurrenz. Bei Umsetzung des vorliegenden Gesetzentwurfs besteht die große Gefahr, dass die nach dem im Entwurf vorgesehenen Mitgliederzählungsprocedere größere Gewerkschaft das Interesse an einer Kooperation verliert. Auf diese Weise gingen zahlreiche den Betriebsfrieden und den Flächentarif stärkende Absprachen verloren. Ersetzt würden sie in vielen Betrieben durch eine Verschärfung der Konkurrenz zwischen verschiedenen Gewerkschaften auf Betriebsebene. Die Idee des subsidiären Einsatzes des Gesetzes geht an der Realität vorbei, weil schon das bloße Vorhandensein des Gesetzes für die jeweils mitgliederstärkere Gewerkschaft im Betrieb ein gewerkschaftspolitisches Gestaltungsinstrument bzw. Druckinstrument im Verhältnis zu kleineren Gewerkschaften im Betrieb darstellt.
- Ob es zur Kollision kommt oder nicht, legt der Gesetzgeber mit dem vorgelegten Entwurf in die Hände der mitgliederstärkeren Gewerkschaft. Bislang organisiert ver.di nicht im Bereich der Piloten, Cockpit dagegen ist dort gut organisiert. Würde sich zum Beispiel ver.di durch internen Beschluss dafür öffnen, auch Piloten zu tarifieren, würden sie zwar nicht gleich eine nennenswerte Anzahl aus dieser Beschäftigtengruppe organisieren, über ihre Mitglieder im weiteren Bereich des Betriebs (der Airline) wären sie jedoch, wenn man dem Gesetzentwurf folgt, die mitgliederstärkste Gewerkschaft. Auf diese Weise würde die Gewerkschaft Cockpit, obwohl zunächst keine „Tarifkollision“ vorliegt, indirekt, aber doch wirkungsmächtig, schon durch die Option eingeengt, die der Gesetzentwurf der größeren Gewerkschaft im Betrieb zuspricht. Anders im Bereich der Bahn, wo die im Gesamtunternehmen stärkere EVG auch Tarifverträge für Lokführer anstrebt und die konkurrierende GDL bedeutungslos werden ließe. Keinesfalls darf der Gesetzgeber aber die Überlebenschance einer kleineren Gewerkschaft in die Willkür von Toleranz oder Aggressivität des Wettbewerbers unterstellen.
- Aber auch für die Arbeitgeberseite ergeben sich nachteilige Folgen. Aktuell verhandelt die Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) mit ver.di und dem dbb, die unter Wahrung ihrer tarifpluralen Rechte in den Einkommensrunden kooperieren. Das stellt seit Jahren ein befriedendes Erfolgsmodell dar. Wenn nun Mitgliederzählungen zur Basis von Tarifverhandlungen gemacht werden, stellt sich zunächst die Frage, welche Einheit in diesem Fall für den Betrieb stehen soll. Ist es ein einzelnes Bundesland? Dann hätte möglicherweise ver.di (mit der GEW) in der einen Hälfte der Länder die Mehrheit und der dbb in der anderen. Oder soll zum Beispiel die einzelne Schule als Betrieb angesehen werden. Das würde ganz konkret im Bundesland Sachsen, das seine Lehrkräfte nicht verbeamtet, dazu führen, dass für die eine Hälfte der Schulen mit dem dbb und für die andere Hälfte mit der GEW verhandelt werden muss. Der bisher auf identische Resultate bauende Arbeitgeberverband TdL wäre so gezwungen, tarifplurale Lösungen zu zeichnen. Der dbb hat zur Kenntnis genommen, dass eine Begründung für das in Rede stehende Gesetzgebungsverfahren die Angst vor einer weiteren Zerfledderung des Flächentarifs und eine um sich greifende Zerstörung des Betriebsfriedens sein soll. Das gerade skizzierte Beispiel belegt, dass das Gegenteil der Fall wäre.

Der vorliegende Entwurf krankt aber noch an einer weiteren Fehleinschätzung. In der beigefügten Begründung ist mehrfach von „Entsolidarisierung“ die Rede und davon, dass „besondere Schlüsselpositionen“ in einem Betrieb gleichsam missbraucht werden könnten. Das lässt zwar deutlich werden, was den Gesetzgeber motiviert haben mag, die tarifpolitische Realität ist damit aber nicht abgebildet worden.

Sogenannte Überbietungswettbewerbe, wie sie von gut organisierten Gewerkschaften bestritten werden

können, haben in der Vergangenheit oftmals dazu geführt, dass letztlich die gesamte Belegschaft davon profitiert, wenn eine bestimmte Gruppe ein gutes Ergebnis erzielt hat. Solche Gruppen wiederum finden sich jedoch nicht nur bei den Berufsgewerkschaften, sie finden sich auch bei den Branchengewerkschaften. Auch dort streiken zunehmend bestimmte Berufszweige. Ursächlich ist hier die Zerstörung des Flächentarifvertrags durch immer weitere Ausgliederungen und Betriebsteilungen. Dass in einem Krankenhaus für Arzt, Schwester, Verwaltung und Reinigungskraft unterschiedliche Tarifverträge gelten, ist kein Ergebnis überbordender Tarifpluralität auf Seiten der Gewerkschaften. Von daher greift das Gesetzesvorhaben ins Leere, wenn es anstrebt, zukünftig Streiks einzelner Berufsgruppen verhindern zu wollen. In den vergangenen und kommenden Jahren war und ist der Bereich der Luftsicherheit hier ein einschlägiges Beispiel.

Grundsätzlich jedoch ist ein Ansatz verfehlt, der Tarifpluralität dadurch zu erklären versucht, dass unzufriedene Eliten ihre Schlüsselpositionen ausnutzen wollten. Tarifpluralität ist Ausdruck einer pluralen Gesellschaft. Der Wunsch, die Arbeits- und Entgeltbedingungen nach den eigenen Vorstellungen zu gestalten, ist nicht ausschließlich entlang der Linie „Beschäftigter in Schlüsselposition“ vs. „Normalbeschäftigter“ zu definieren. So gibt es zum Beispiel für Ärzte im Bereich des TVöD und im Bereich des TV-L je einen Vertrag mit dem Marburger Bund und einen, der von ver.di und dem dbb abgeschlossen wurde. Während der eine günstigere Regelungen im Bereich des Entgelts enthält, hat der andere seine Vorteile im Bereich der Arbeitszeit, ganz einfach, weil sich auf ihr grundgesetzliches Recht berufende Arbeitnehmer unterschiedliche Prioritäten gesetzt und sich in unterschiedlichen Gewerkschaften organsiert haben. Diesen Ausdruck tarifpluraler und tarifautonomer Interessenvertretung als „Entsolidarisierung“ oder Gefahr für das „öffentliche Interesse“ anzusehen, entspricht nach Überzeugung des dbb weder den Vorgaben des Grundgesetzes, noch den gesellschaftlichen Entwicklungen in unserem Land. Tarifpluralität ist Ausdruck einer mündigen Gesellschaft, die ihre Interessen bewusst wahrnimmt. In diesem Sinne hat das Bundesarbeitsgericht 2010 mit der Aufgabe der Tarifeinheit nichts Neues begründet, sondern nur eine längst Realität gewordene Vielfalt akzeptiert.

3. Handwerkliche Probleme

Dreh- und Angelpunkt der Umsetzung des Tarifeinheitsgesetzes ist die Mitgliederzählung im Betrieb, wenn zwei Tarifverträge und zwei Gewerkschaften in „Kollision“ geraten. Die dazu im Referentenentwurf gemachten Vorschläge sind unzureichend, weil nicht gerichtsfest und letztlich auch dazu geeignet, den Betriebsfrieden nachhaltig zu stören, wenn der Kampf ums einzelne Mitglied existentielle Bedeutung erlangt.

Die Mitgliederzählung wird nicht funktionieren. Der dbb schließt sich der Auffassung des Bremer Arbeitsrechtlers Wolfgang Däubler an. Däubler hat 2012 in einer gutachterlichen Stellungnahme folgendes ausgeführt:

> „Bislang existiert kein wirklich verlässliches Verfahren, wie in überschaubarer Zeit die Mitgliederzahl von zwei Gewerkschaften festgestellt werden soll. Auch gibt es keine einsichtigen Regeln für die Zeit bis zu einer denkbaren gerichtlichen Regelung.“

Im Streitfall – und dieser wird nicht die Ausnahme bleiben – wird der jeweilige Notar an einer Offenlegung der Gewerkschaftszugehörigkeit von Einzelmitgliedern nicht vorbei kommen. Das widerspricht jedoch der informationellen Selbstbestimmung des Einzelnen. Ohne Befragung der einzelnen Beschäftigten sind zuverlässige Mitgliederzählungen aber nicht möglich. Jenseits der ungelösten datenschutzrechtlichen Fragen, ist auch die Frage nach Dauer und Aufwand (Kosten) offen. Für den Notar bestimmt sich die Gebühr nach dem Geschäftswert der Angelegenheit. Die Geschäftswerte sind abschließend im GNotKG (Gerichts- und Notarkostengesetz) geregelt. Darin aber findet sich kein für die Wertbestimmung heranzuziehender Tatbestand, der mit dem Sachverhalt vergleichbar wäre. Deutlich wird jedoch, dass neben der informationellen Selbstbestimmung des einzelnen Beschäftigten auch der zeitliche und finanzielle Aufwand, der zur Klärung nötig wäre, noch völlig ungewiss ist, ganz abgesehen davon, wer die entstehenden Kosten zu tragen hat. Wenn in der Begründung zum Gesetzentwurf davon gesprochen wird, dass „geringe – nicht näher quantifizierbare – Kosten für die Feststellung des anwendbaren Tarifvertrages“ (Seite 10) entstehen können, erscheint dieser dilatorische Hinweis im Angesicht oben skizzierter Probleme keineswegs ausreichend.

Nicht kleiner als die Zählproblematik erscheint die Betriebsproblematik. Nur auf den ersten Blick erscheint der Rückgriff auf den betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff hilfreich. Schon im Falle des öffentlichen Dienstes, der in vielen Sektoren echte gewerkschaftliche Konkurrenz kennt, mit dem hier geltenden Personalvertretungsrecht „funktioniert“ der gewählte Ansatz nicht. Wie oben bereits am Beispiel der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) dargelegt, wird es kaum sinnvoll und rechtssicher festzulegen sein, was dort ein Betrieb im Sinne des Gesetzesvorhabens sein soll.

Dort, wo das vielleicht möglich ist, tut sich ein anderes Problem auf. Die Zuschneidung eines Betriebs hat unmittelbare Auswirkung auf das Ergebnis der oben bereits problematisierten Mitgliederzählung. Zuordnungstarifverträge nach § 3 BetrVG müssen jedoch nur mit einer im Betrieb vorhandenen Gewerkschaft abgeschlossen werden. In der Vergangenheit hat das schon im Kontext von Betriebsratswahlen zu erheblichen und den Betriebsfrieden gefährdenden Streitigkeiten geführt. Wenn nun über die Zuschneidung eines Betriebes auch Zuständigkeiten bei Tarifverhandlungen verändert werden könnten, sind die Negativfolgen für den Betriebsfrieden unabsehbar. Der Option, einen Betrieb so zuzuschneiden, dass die dem Arbeitgeber genehmere Gewerkschaft Tarifpartner wird und bleibt, ist Tür und Tor geöffnet, sie wird eindeutig zur Manipulation.

Wenn schließlich im vorgelegten Referentenentwurf behauptet wird, mit dem Gesetz würden „Betriebsgewerkschaften“ verhindert, wird verkannt, dass es für

solche „Betriebsgewerkschaften“ nicht schwer sein dürfte, sich überbetrieblich zusammenzuschließen und sich eine Satzung zu geben, die bei einer solchen „Betriebsgewerkschaftengewerkschaft“ dennoch den Entscheidungsschwerpunkt in einzelne Betriebe verlagert.

4. Zusammenfassung

Ausgehend von der schwerwiegenden und in keiner Weise zu akzeptierenden impliziten Einschränkung von Grundrechten, geht der dbb davon aus, dass das mit dem Referentenentwurf vorgestellte Gesetzesvorhaben nachhaltigen Schaden in der bundesdeutschen Gewerkschaftslandschaft anrichtet, der nicht ohne Folgen für die Gesamtstärke der bundesdeutschen Gewerkschaftbewegung bleiben und über eine Zerrüttung des Betriebsfriedens in unzähligen Fällen auch für die Arbeitgeber von nachteiliger Wirkung sein wird. Dass darüber hinaus das konkrete Gesetzesvorhaben auch handwerklich gleich mehrere (Zählverfahren, Betriebsdefinition) unlösbare Probleme aufwirft, macht deutlich, dass das gesamte Projekt nicht geeignet ist, die Tarifautonomie in Deutschland zu stärken. Das Gegenteil wäre der Fall.

Es bleibt weiteren Stellungnahmen vorbehalten, diese fundamentalen Bedenken einzelnen Artikeln des Gesetzes konkret zuzuordnen.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**343**

13. April 2015

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 4. Mai 2015 zu den Vorlagen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Drucksache 18/4062
b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen, Drucksache 18/4184
c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln, Drucksache 18/2875

Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier

A. Zusammenfassende Ergebnisse

1. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG – insbesondere die darin gewährleistete Tarifautonomie – ist ein normgeprägtes und zweckgebundenes Grundrecht. Es bedarf daher der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber, die sich am objektivrechtlichen Gehalt des Art. 9 Abs. 3 GG zu orientieren hat. Im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit müssen mithin zwei Formen gesetzlicher Regelungen unterschieden werden, nämlich die Ausgestaltungsregelungen einerseits und die Grundrechtseingriffsregelungen andererseits. Im Rahmen seiner Ausgestaltungs- und Ausgleichskompetenz ist der Gesetzgeber zwar nicht frei von verfassungsrechtlichen Bindungen, er unterliegt hier aber nicht den gleichen engen Vorgaben des Übermaßverbotes wie im Falle des Eingriffs in einen vorgegebenen grundrechtlichen Rechtsbestand.

2. Der objektiv-rechtliche Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG umfasst nicht die bloße Bereitstellung kollektiver Vertragsmechanismen und die Herstellung einer staatsfreien Privatautonomie im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Er überträgt vielmehr dem Staat die Verantwortung, dafür zu sorgen, dass die Koalitionsbetätigungsfreiheit ihrer dienenden Funktion zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerecht werden kann. Der Gesetzgeber hat koordinierende Regelungen zu treffen, die einen Ausgleich der konkurrierenden, verfassungsrechtlich ebenfalls geschützten Interessen herstellen, namentlich der widerstreitenden Interessen aller Parteien des Tarifvertragssystems. Der Gesetzgeber hat vor allem dem überragenden Gemeinwohlziel Rechnung zu tragen, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und ihre gemeinwohlverträgliche Ausübung zu sichern.

3. Gesetzliche Regelungen, die der Vermeidung von Tarifkollisionen dienen, haben ihrem Regelungsgegenstand nach die Beziehungen der Tarifvertragsparteien untereinander zum Gegenstand und zielen ihrem Regelungszweck nach auf die durch Art. 9 Abs. 3 GG gebotene Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ab. Solche Regelungen zur Auflösung von Tarifkollisionen und zur Tarifeinheit stellen demgemäß eine Ausgestaltung des Tarifvertragssystems und keinen Eingriff in die Koalitionsfreiheit im engeren verfassungsrechtlichen Sinne dar.

4. Die vorgesehenen gesetzlichen Regelungen, die dem Ausschluss von Tarifkollisionen in ein und demselben Betrieb dienen, verfolgen das Ziel der Wahrung eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems, des angemessenen Ausgleichs mit den konkurrierenden Belangen anderer Parteien des Tarifvertragssystems

und des schonenden Ausgleichs mit den Gemeinwohlbelangen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts.

5. Dafür, dass der Gesetzgeber die Grenzen seines Gestaltungsspielraums bei einer Regelung der Tarifeinheit nicht einhielte, sind keine überzeugenden Gründe vorgetragen. Mangels offensichtlich milderer, gleich effektiver Mittel zum Schutz vor den mit der Tarifpluralität vernünftigerweise in Verbindung gebrachten Gefährdungen und aufgrund des Gewichts der mit dem Regelungsvorschlag verfolgten Zwecke kann der Gesetzgeber daher grundsätzlich eine Regelung der Tarifeinheit nach Maßgabe des Mehrheitsprinzip beziehungsweise der Repräsentativität in verfassungsrechtlich zulässigerweise treffen.

B. Begründungen

I. Inhalt und Funktionen der Koalitionsfreiheit

1. Im Grundsätzlichen ist der Inhalt der Koalitionsfreiheit – nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – geklärt und unstrittig: Im Beschluss vom 24. April 1996[1] hat das Bundesverfassungsgericht den Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG wie folgt umschrieben: „Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet jedermann das Recht, zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Die individualrechtliche Gewährleistung setzt sich nach feststehender Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in einem Freiheitsrecht der Koalitionen selbst fort. Er schützt sie in ihrem Bestand und garantiert ihnen die Bestimmung über ihre Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte. Den Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG genießen ferner Betätigungen der Koalitionen, soweit sie den dort genannten Zwecken dienen… Der Schutz ist auch nicht von vorneherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung beschränkt. Er erstreckt sich vielmehr auf alle Verhaltensweisen, die koalitionsspezifisch sind…“[2] Dazu gehört auch und gerade die Tarifvertragsfreiheit. Das Aushandeln und Abschließen von Tarifverträgen und die damit einhergehende autonome Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Koalitionen selbst stellt einen wesentlichen Zweck der Koalitionen dar, die sich wie ein roter Faden durch die gesamte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zieht.[3] Den Sinn dieses mit der grundrechtlichen Garantie der Tarifautonomie eröffneten Freiheitsbereichs sieht das Gericht selbst zum einen „in der historischen Erfahrung, dass auf diese Weise eher Ergebnisse erzielt werden, die den Interessen der widerstreitenden Gruppen und die dem Gemeinwohl gerecht werden, als bei einer staatlichen Schlichtung“.[4] Zum anderen wird auf den „Zusammenhang mit dem für die Gestaltung nicht öffentlich-rechtlicher Beziehungen charakteristischen Prinzip der Privatautonomie hingewiesen, also letztlich der Entscheidung des Grundgesetzes zugunsten des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaats“.[5]

2. Wie alle Grundrechte des Grundgesetzes auch ist das Grundrecht der individuellen und kollektiven Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG ein Freiheitsrecht mit der klassischen negativen Abwehrfunktion und schützt daher vor staatlichen Eingriffen, unterwirft diese einem verfassungsrechtlichen Rechtfertigungszwang, der hier besonders strikt ist, weil das Grundrecht vorbehaltslos gewährleistet ist. Als Freiheitsrecht gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG den einzelnen die Freiheit, Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden und diesen Zweck gemeinsam zu verfolgen. „Darüber sollen die Beteiligten grundsätzlich frei von staatlicher Einflussnahme, selbst und eigenverantwortlich bestimmen können“.[6]

In dieser Funktion als Abwehrrecht gegenüber staatlichen Beschränkungen und Beeinträchtigungen, etwa der Tarifautonomie, erschöpft sich der Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG eindeutig nicht. Insbesondere die Tarifvertragsfreiheit gehört zu den normgeprägten Grundrechtsgewährleistungen.[7] Ähnlich wie die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG, der Schutz der Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG und die Rechtschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG ist dieses Grundrecht in besonderem Maße auf eine einfachrechtliche Ausgestaltung durch den Gesetzgeber angewiesen. Der verfassungsrechtliche Gewährleistungsgehalt der Tarifautonomie kann nicht anhand vorgefundener vorrechtlicher, natürlicher oder sozialer tatsächlicher Gegebenheiten bestimmt werden, wie dies etwa bei anderen Freiheitsrechten der Fall ist. Zu denken ist hier insbesondere an die Schutzbereiche des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG, an das Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG oder an die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Ähnlich wie das Eigentum oder die Ehe ist auch die Tarifvertragsfreiheit ohne rechtliche Ausgestaltung nichts wert. Es geht hier nicht um den Schutz eines natürlichen Zustands, wie etwa bei der körperlichen Unversehrtheit, oder um die Freiheit zur Vornahme natürlicher Handlungen, wie beispielsweise bei der freien Meinungsäußerung oder der freien Berufsausübung, sondern um die „Freiheit zur Ausübung eines rechtlichen Könnens“,[8] nämlich der rechtlichen Befugnis und des rechtlichen Könnens der Setzung normativer Regelungen im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Erst durch die gesetzliche Verleihung dieses rechtlichen Könnens, also der Normsetzungsbefugnis, erlangen die Träger der Tarifvertragsfreiheit die spezifisch rechtliche, grundrechtlich gewährleistete Handlungsfreiheit, über die sie zweifelsohne von Natur aus nicht

[1] BVerfGE 94, S. 268 ff.
[2] BVerfGE 94, S. 268 (282 f.).
[3] Siehe dazu auch Papier/Krönke, Gesetzliche Regelung der Tarifeinheit aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZfA 2011, S. 807 (820 ff.), dort auch weitere Nachweise.
[4] BVerfGE 88, S. 103 (114 f.).
[5] BVerfGE 34, S. 307 (317).
[6] BVerfGE 92, S. 365 (393).
[7] Dazu im Einzelnen Papier/Krönke, aaO., S. 821 ff.
[8] Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. I, 6. Auflage 2010, Art. 9 Rdnr. 141.

verfügen. „Der Gesetzgeber hat den Koalitionen auf der Grundlage dieser historisch gewachsenen Bedeutung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit im Tarifvertragsgesetz das Mittel des Tarifvertrags an die Hand gegeben, damit sie die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte normative Ordnung des Arbeitslebens verwirklichen können. Der Tarifvertrag enthält in seinem normativen Teil Rechtsregeln, das heißt generell-abstrakte, nach Maßgabe des § 4 Abs. 3 TVG zwingende Bestimmungen für den Inhalt der von ihm erfassten Arbeitsverhältnisse".[9]

3. Die eher rechtstheoretische Frage, ob es sich dabei um einen Fall delegierter Rechtsetzungsmacht handelt oder ob die tarifvertraglichen Normen primär als kollektiv vereinbarte privatrechtliche Regelungen anzusehen sind, denen kraft staatlicher Anerkennung Rechtssatzqualität zukommt,[10] ist nicht entscheidend. Wichtig ist allein die Erkenntnis, dass die Koalitionen ohne ein staatlicherseits, in concreto durch das Tarifvertragsgesetz bereit gestelltes rechtliches Instrumentarium gar nicht in der Lage wären, Tarifverträge mit normativer Wirkung zu schließen, die Tarifvertragsfreiheit also weitgehend ins Leere liefe. Daher garantiert das Grundrecht der Koalitionsfreiheit einen Bestand an Normen, die dem Zweck der Koalitionen entsprechen, eine sinnvolle und effiziente Ordnung des Arbeitslebens durch eine autonome Gestaltung seitens der Grundrechtsträger selbst zu gewährleisten. Die Garantie der Tarifvertragsfreiheit gleicht damit den grundrechtlichen Institutsgarantien.[11] Wie diese garantiert Art. 9 Abs. 3 GG einen Grundbestand an Normen, die der Staat in einer Weise bereit zu stellen hat, die den Zwecken der Koalitionsfreiheit, insbesondere der Gewährleistung einer funktionierenden Tarifautonomie, genügt.

Diese Gewährleistung eines normativen Instrumentariums erfolgt nicht allein zum Zweck der Realisierung einer staatsfreien kollektiven Privatautonomie im Bereich des Arbeitslebens, deren maßgebliches Ordnungsprinzip allein „die Funktionsbedingungen des kollektiven Vertragsmechanismus" bilden.[12] Auch das Bundesverfassungsgericht hat zwar die Tarifvertragsfreiheit in die Nähe des Prinzips der Privatautonomie gestellt,[13] dieses Recht unterliegt aber von vorneherein der Bindung an den objektiv-rechtlichen Gehalt des Art. 9 Abs. 3 GG. Das will besagen, dass die individuelle Tarifvertragsfreiheit an den Koalitionszweck aus Art. 9 Abs. 3 GG („Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen") gebunden ist[14] und grundsätzlich unter dem „Vorbehalt einer funktionierenden Tarifautonomie insgesamt" steht[15]. Trotz des den Koalitionen eingeräumten prinzipiell autonomen Wirkbereichs trifft den Staat mithin die Verantwortung, dafür zu sorgen, dass die Koalitionsbetätigungsfreiheit ihrer „dienenden Funktion"[16] zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerecht wird.

Das Bundesverfassungsgericht hat das mit den Worten ausgedrückt: „Die aus der Koalitionsfreiheit entspringende Tarifautonomie verfolgt den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck, in dem von der staatlichen Rechtsetzung freigelassenen Raum das Arbeitsleben im Einzelnen durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, insbesondere die Höhe der Arbeitsvergütung für die verschiedenen Berufstätigkeiten festzulegen, und so letztlich die Gemeinschaft sozial zu befrieden".[17] Das will freilich nicht besagen, dass in dieser verfassungsrechtlichen Gewährleistung eine „Garantie objektivierbarer richtiger Resultate des den Koalitionen überlassenen Rechtsetzungsmechanismus zu erblicken sei".[18] Auch dürfte Art. 9 Abs. 3 GG keine bestimmte „rechtlich vorgegebenen Ordnung" des Tarifsystems zu entnehmen sein, die etwa eine betriebseinheitliche Geltung von Tarifnormen zwingend gebieten würde.[19] Der Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG geht allerdings in jedem Fall über die bloße Bereitstellung der Vertragsmechanismen hinaus und ist vor dem Hintergrund des durch das Bundesverfassungsgericht bereits früh anerkannten „öffentlichen Zwecks" der Tarifautonomie zu ermitteln.[20]

4. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG dem Staat übertragene Aufgabe der Schaffung von Normenkomplexen beschränkt sich daher nicht auf die für die Tarifautonomie unerlässliche Ausstattung der Koalitionen mit den rechtlichen Kompetenzen zum Abschluss von Tarifverträgen mit normativer Wirkung, sondern bezieht sich vor diesem Hintergrund der objektiv-rechtliche Koordinierungs- und Ordnungsfunktion des Art. 9 Abs. 3 GG umfassend auf die „rechtliche(n) Rahmenbedingungen…, die sichern, dass Sinn und Zweck dieses Freiheitsrechts sowie seine Einbettung in die verfassungsrechtliche Ordnung gewahrt bleiben".[21] Auch in jüngeren Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht stets den ordnungspolitischen Zweck der Tarifautonomie betont. „Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers findet seine Grenzen am objektiven Gehalt des Art. 9 Abs. 3 GG. Die Tarifautonomie muss als ein Bereich gewahrt bleiben, in dem die Tarifvertragsparteien ihre Angelegenheiten grundsätzlich selbstverantwortlich und ohne staatliche Einflussnahme regeln können. Ihre Funktionsfähigkeit darf nicht gefährdet werden. Die Koalitionen müssen ihren verfassungsrechtlich anerkannten

[9] BVerfGE 44, S. 322 (341).
[10] Zu diesem Meinungsstreit siehe Papier/Krönke, aaO., S. 822.
[11] Siehe dazu auch Papier/Krönke, aaO., S. 823.
[12] Siehe Dieterich, AuR 2011, S. 46 (50).
[13] BVerfGE 34, S. 307 (317).
[14] Vgl. Kemper, AuR 2011, S. 51 (53).
[15] Vgl. Scholz, ZfA 2010, S. 681 (697).
[16] Dazu Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 415.
[17] BVerfGE 18, S. 18 (28).
[18] Cornils, aaO., S. 415, der sich auch dagegen ausspricht.
[19] So zutreffend auch BAG, NZA 2010, S. 1068 (1076 f.).
[20] Papier/Krönke, aaO., S. 824.
[21] BVerfGE 92, S. 365 (394).

Zweck, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern, insbesondere durch den Abschluss von Tarifverträgen, erfüllen können".[22]

Der verfassungsrechtliche Schutz der Tarifvertragsfreiheit ist allerdings nicht gleichzusetzen mit ihrer jeweils bestehenden einfachgesetzlichen Ausgestaltung. Das bedeutet aber auch, dass nicht jede abstrakt-generelle Regelung im Gewährleistungsbereich der Tarifvertragsfreiheit, mit der auf die Rechtspositionen all seiner Grundrechtsträger im Verhältnis zum Stande de lege lata nachteilig eingewirkt wird, automatisch einen Grundrechtseingriff darstellt. Im Schutzbereich der Koalitionsfreiheit müssen also zwei Formen der gesetzgeberischen Intervention unterschieden werden, nämlich die Ausgestaltungsregelungen einerseits und die Eingriffs- und Schrankenregelungen andererseits.[23] Während letztere die klassische individual-rechtliche Abwehrfunktion des Grundrechts auf den Plan rufen, sind die Ausgestaltungsregelungen der objektiv-rechtlichen Schutz- und Leistungsdimension des Grundrechts zuzuordnen, die – wie gesagt – den Gesetzgeber dazu verpflichtet, im Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG ausgestaltend und konkretisierend tätig zu werden.

II. Abgrenzung von Ausgestaltungs- und Schrankenregelungen

1. Die im Einzelnen zu treffenden Ausgestaltungsregelungen sind verfassungsrechtlich nicht detailliert vorgezeichnet. Der Gesetzgeber hat bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung der Tarifvertragsfreiheit einen breiten Gestaltungsspielraum. Der Gesetzgeber hat dabei „koordinierende" Regelungen zu treffen, die einen Ausgleich der betroffenen verfassungsrechtlich geschützten Interessen herstellen müssen, namentlich der widerstreitenden Interessen der Tarifvertragsparteien, der verfassungsrechtlichen Ordnung allgemein sowie, nicht zuletzt, der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie selbst.[24] Auch im Rahmen seiner objektiv-rechtlich fundierten Ausgestaltungs- und Ausgleichskompetenz ist der Gesetzgeber allerdings nicht frei von verfassungsrechtlichen Bindungen. Aber er unterliegt nicht in gleicher Weise den engen Vorgaben des Übermaßverbotes, wie sie im Falle eines die subjektiv-rechtliche Abwehrfunktion des Grundrechts auslösenden Eingriffs in einen vorgefundenen grundrechtlichen Schutzbereich gelten.

2. Die Grenzziehung zwischen Ausgestaltung einerseits und Beschränkung beziehungsweise Eingriff andererseits bereitet im Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nicht unerhebliche Schwierigkeiten.[25] Das wird auch durch einen Blick in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestätigt. Diese Rechtsprechung kann hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden. Resümierend lässt sich allerdings festhalten, dass die Befugnis des Gesetzgebers zur Ausgestaltung der Tarifvertragsfreiheit vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich dort angesiedelt wird, wo es um „die Voraussetzungen für eine Wahrnehmung des Freiheitsrechts", insbesondere: um die Regelung der Beziehung zwischen den „Trägern widerstreitender Interessen" geht. In seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Einführung eines internationalen Schifffahrtregisters im Jahre 1995 stellte das Gericht fest:[26] „Die Koalitionsfreiheit ist ein vorbehaltslos gewährleistetes Grundrecht. Grundsätzlich können ihr daher nur zur Wahrung verfassungsrechtlich geschützter Güter Schranken gesetzt werden. Das schließt allerdings eine Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers nicht aus, soweit er Regelungen trifft, die erst die Voraussetzungen für eine Wahrnehmung des Freiheitsrechts bilden. Das gilt insbesondere dort, wo es um die Regelung der Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen geht. Die Ausgestaltung muss sich jedoch am Normziel des Art. 9 Abs. 3 GG orientieren und darf die Parität der Tarifpartner nicht verfälschen".

3. Entscheidend für die Einordnung einer gesetzlichen Regelung als Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit sind somit nicht etwa ihre aus der Sicht einzelner Grundrechtsträger freiheitsfördernde Wirkung, sondern ihr Regelungsgegenstand und ihr Regelungszweck. Ausgestaltungen der Koalitionsfreiheit regeln sachlich-gegenständlich die Voraussetzungen und systematischen Rahmenbedingungen für die Wahrnehmung des Freiheitsrechts, insbesondere die Beziehungen zwischen den Trägern widerstreitender Interessen. Sie treffen somit ihrem Gegenstand nach die „Spielregeln",[27] nach denen die Koalitionen auf dem ihnen zu einem bestimmten Zweck überlassenen Betätigungsfeld agieren können und dürfen.[28] Das Bundesverfassungsgericht spricht insoweit von den „rechtlichen Rahmenbedingungen…, die sichern, dass Sinn und Zweck dieses Freiheitsrechts sowie seine Einbettung in die verfassungsrechtliche Ordnung gewahrt bleiben. Bei dieser Ausgestaltung hat der Gesetzgeber einen weiten Handlungsspielraum… Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers findet seine Grenzen am objektiven Gehalt des Art. 9 Abs. 3 GG".[29] Diese Regeln zeichnen sich mit anderen Worten entscheidend dadurch aus, dass sie dazu bestimmt und geeignet sind, den objektiv-verfassungsrechtlichen Zwecken des Art. 9 Abs. 3 GG zu dienen, also der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Wege einer funktionierenden Tarifautonomie.

4. Gesetzliche Regelungen zur Auflösung von Tarifkollisionen, die eine Verdrängung betrieblich konkurrierender Tarifverträge, etwa nach dem Grundsatz der

[22] BVerfGE 92, S. 365 (394 f.).

[23] Siehe dazu Papier/Krönke, aaO., S. 825 f., m. w. Nachw.

[24] Siehe BVerfGE 92, S. 365 (394 f.); ferner Cornils, aaO., S. 408 ff.; Papier/Krönke, aaO., S. 826.

[25] Siehe dazu Papier/Krönke, aaO., S. 827 ff., m. w. Nachw.

[26] BVerfGE 92, S. 26 (41); ebenso BVerfGE 88, S. 103 (115); BVerfGE 92, S. 365 (394).

[27] Ladeur, AöR 131 (2006), S. 643 (651).

[28] Papier/Krönke, aaO., S. 832.

[29] BVerfGE 92, S. 365 (394).

Repräsentativität oder dem Mehrheitsprinzip, bewirken, betreffen ihrem Regelungsgegenstand nach in grundlegender Weise die Beziehungen der Tarifvertragsparteien untereinander und zielen ihrem Regelungszwecke nach auf die durch Art. 9 Abs. 3 GG gebotene Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ab. Regelungen zur Tarifeinheit stellen daher eine Ausgestaltung der Tarifvertragsfreiheit und keine Eingriffe in die Koalitionsfreiheit im verfassungsrechtlichen Sinne dar.[30]

III. Verfassungsrechtliche Direktiven der gesetzlichen Ausgestaltung

1. Zu den grundlegenden verfassungsrechtlichen Direktiven für die Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit[31] hat sich das Bundesverfassungsgericht insbesondere in seiner Kurzarbeiterentgelt-Entscheidung aus dem Jahre 1995 geäußert.[32] Als maßgebliche Verfassungsrechtspositionen, die der Ausgestaltungsgesetzgeber beachten und miteinander in Einklang bringen muss, hat das Gericht dabei – wie bereits erwähnt – die widerstreitenden Interessen der Tarifvertragsparteien, die verfassungsrechtliche Ordnung allgemein sowie die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie benannt. Im Rahmen seiner Ausgestaltungs- und Ausgleichskompetenz unterliegt der Gesetzgeber nicht in gleicher Weise den strikten Vorgaben etwa des Übermaßverbotes, wie sie im Falle eines Eingriffs in einen vorgefundenen grundrechtlichen Schutzbereich gelten. Diese Feststellung ist freilich nicht neu und vor allem nicht auf den Art. 9 Abs. 3 GG beschränkt. Hier sei nur an die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG beispielhaft erinnert. Die Gestaltungsfreiheiten des Gesetzgebers sind auch hier ganz andere, wenn es nicht um Eingriffe in vorhandene Eigentumsrechte, etwa enteignungsrechtliche Eingriffe, geht, sondern nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG Inhalt und Schranken des Eigentums durch den Gesetzgeber bestimmt werden. So unterliegt etwa die Einschätzung darüber, was zu einer sinnvollen, tragfähigen und effizienten Ordnung des Tarifvertragssystems geeignet und erforderlich sowie im Hinblick auf die Grundentscheidung der Verfassung zugunsten der Koalitionsfreiheit angemessen ist, einem weiteren, zweifelsohne nicht grenzenlosen, Prognose- und Einschätzungsspielraum und einer entsprechenden Prärogative des Gesetzgebers.[33]

2. Speziell im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Beurteilung einer Tarifeinheitsregelung bedeutet dies Folgendes: Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist die „Einschätzung durch den Gesetzgeber". Nur wenn diese von vorneherein ungeeignet ist, die verfolgten Ziele zu erreichen, oder wenn sich deutlich erkennbar abzeichnet, dass eine Fehleinschätzung vorliegt, etwa wegen möglicher milderer, gleich effektiver Mittel, ist der gesetzgeberische Ausgestaltungsansatz verfassungswidrig und kann eine entsprechende gesetzliche Regelung durch das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt werden. Der auch vom Bundesverfassungsgericht betonte weite gesetzgeberische Ausgestaltungsspielraum trägt insgesamt in sachgerechter Weise den komplexen und damit nur schwerlich exakt vorhersehbaren tatsächlichen und rechtlichen Funktionsbedingungen des Tarifvertragssystems Rechnung. Die legislative Einschätzungsprärogative sichert insofern die Handlungsfähigkeit des Gesetzgebers auch im Rahmen der vergleichsweise schwierigen und konfliktträchtigen Aufgabe, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu sichern und damit dem objektiv-rechtlichen Gehalt des Art. 9 Abs. 3 GG gerecht zu werden.[34] Man kann es auch in den Worten der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. November 1954 formulieren: „Da der Tarifvertrag das Gebiet des privaten Vertragsrechts verläßt und als unabdingbarer Kollektivvertrag normative Kraft äußert", kann „es dem Gesetzgeber nicht gleichgültig sein, zu wessen Gunsten er sich … seines Normsetzungsrechts begibt".[35] Der Gesetzgeber hat in jedem Fall Regelungen zu treffen, die einen koordinierenden Ausgleich der konkurrierenden, verfassungsrechtlich ebenfalls geschützten Interessen herstellen, namentlich der widerstreitenden Interessen aller Parteien des Tarifvertragssystems. Der Gesetzgeber hat aber auch dem überragenden Gemeinwohlziel Rechnung zu tragen, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und ihre gemeinwohlverträgliche Ausübung zu sichern.

3. Nur wenn die Annahme des Gesetzgebers, dass im Falle einer Koalitionspluralität das Ziel der Wahrung eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems am ehesten mittels des Prinzips der Tarifeinheit erreicht werden könne, von vorneherein sachwidrig erschiene, wäre der verfassungsrechtliche Regelungsrahmen überschritten. Ein solches Überschreiten läge aber nicht vor, wenn die Einschätzung des Gesetzgebers, dass ein solches Prinzip geeignet und erforderlich ist, um befürchtete Störungen im Tarifvertragssystem und bei der Ausübung von Tarifautonomie zu vermeiden, noch im Rahmen des legislatorischen Einschätzungsspielraum liegt. Anders gewendet: Die Annahme des Gesetzgebers, bei uneingeschränkter Tarifpluralität sei eine sinnvolle und effiziente Ordnung des Tarifvertragssystems nicht mehr hinreichend gewährleistet, muss auf vertretbaren und nicht offensichtlich sachwidrigen Prognoseentscheidungen und legislatorischen Einschätzungen beruhen.

Dafür, dass derartige Annahmen nicht sachwidrig und unvertretbar sind, spricht, dass auf einschlägige Gefährdungen in Literatur und Praxis immer wieder hingewiesen worden ist und praktische Erfahrungen gerade aus letzter Zeit sowie Gegebenheiten im Ausland es nahe legen, dass diese Annahmen nicht realitätsfremd sind. So wird nicht zuletzt unter Rückgriff auf diese tatsächlichen Erfahrungen betont, dass Unternehmen bei Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit Gefahr liefen, mit ständigen Tarifverhandlungen

[30] So Papier/Krönke, aaO., S. 839.

[31] Siehe dazu Papier/Krönke, aaO., S. 844 ff.

[32] BVerfGE 92, S. 365 (394 f.).

[33] Siehe auch Papier/Krönke, aaO., S. 846.

[34] Papier/Krönke, aaO., S. 847.

[35] BVerfGE 4, S. 96 (108).

und Arbeitskämpfen überzogen zu werden. Konkurrierende Gewerkschaften werden – und müssen – versuchen, einander zu überbieten. Schon heute haben manche Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen ansehnliche, überproportionale Gehälter erstritten, was nicht zuletzt zu Lasten der Mehrheit der Arbeitnehmer in diesen Betrieben und damit der Binnenloyalität innerhalb der Arbeitnehmerschaft geht. Auch kann eine kohärente Personalpolitik nahezu unmöglich werden. Unternehmen können beispielsweise daran gehindert werden, rational nachvollziehbare Entgeltsysteme zu installieren, wenn die Tätigkeiten einzelner Berufsgruppen nicht mehr entsprechend ihrem Arbeitswert eingeordnet werden können.

Auch die gesamtwirtschaftlichen Gefährdungen, die von einer unbegrenzten Tarifpluralität konkurrierender Gewerkschaften ausgehen können, darf der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Tarifvertragssystems berücksichtigen und zum Anlass für tarifrechtliche Rahmenregelungen nehmen, die die negativen Folgen unbegrenzter Tarifpluralität zu vermeiden suchen.

Vergleichbare Bewertungs- und Einschätzungsspielräume bestehen für den Gesetzgeber auch im Hinblick auf die Frage, ob mit der Normierung des Prinzip der Tarifeinheit eine übermäßig schwerwiegende Beschränkung der Koalitionsfreiheit bestimmender Gewerkschaften verbunden wäre, ob insbesondere Gestaltungsalternativen bestünden, die einerseits die betroffenen „kleineren“ Gewerkschaften eindeutig weniger belasteten, andererseits den Ausgleich mit den widerstreitenden Belangen in gleicher oder gar besserer Weise erzielten. In diesem Zusammenhang werden in der Literatur immer wieder Formen von Kooperation und Koordinierung der konkurrierenden Gewerkschaften als Alternativlösungen vorgeschlagen. Hierzu kann in diesem Rahmen nur allgemein festgestellt werden: Der verfassungsrechtliche Regelungsrahmen des Gesetzgebers wäre auch unter diesem Aspekt gewahrt, wenn die Einschätzung des Gesetzgebers sich als vertretbar erweist, dass alle diese Alternativen zum Prinzip der Tarifeinheit nicht in gleicher Weise geeignet sind, die prognostizierten Gefährdungen abzuwenden, oder dass sie – mit rechtlicher Verbindlichkeit ausgestaltet, wie etwa im Falle der Zwangsschlichtung, der Zwangstarifgemeinschaft oder gar des partiellen Streikverbotes – entweder zu gleich schweren oder gar zu noch schwerwiegenderen Belastungen auf der Gewerkschaftsseite schlechthin führten. Eine solche gesetzgeberische Prognose halte ich für vertretbar und verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn die immer wieder diskutierten Regelungsalternativen evidentermaßen keine gleich geeigneten oder gar besser geeigneten oder wirkungsvolleren Instrumente zur sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens und der Abwehr drohender Störungen darstellten und die Koalitionsfreiheit der „kleineren“ Gewerkschaften auch nicht erkennbar und eindeutig weniger beeinträchtigten. Dementsprechende vertretbare Prognosen und Einschätzungen des sich für das Prinzip der Tarifeinheit entscheidenden Gesetzgebers sprengte meines Erachtens den von Verfassungs wegen eingeräumten legislatorischen Spielraum bei der normativen Ausgestaltung der Tarifautonomie nicht.[36]

Auf der anderen Seite fällt bei der Beurteilung, ob die mit der Tarifeinheitsregelung angestrebte Auflösung von Tarifkollisionen angemessen und für alle Seiten zumutbar ist, ins Gewicht, dass den sogenannten Minderheitsgewerkschaften damit die koalitionsspezifischen Betätigungen nicht gänzlich vorenthalten werden. Das gilt selbst für das Recht, Tarifverträge abzuschließen. So gilt der Anwendungsvorrang nur für die normativen Teile der Tarifverträge, die schuldrechtlichen Teile bleiben von der Kollisionsregelung unberührt. Ferner bleibt die gewillkürte Tarifpluralität unangetastet, es besteht auch das Recht der Nachzeichnung (sogenannter Anschlusstarifvertrag), es können Tarifgemeinschaften gebildet werden oder Ergänzungen einer tarifvertraglichen Regelung durch eine andere Gewerkschaft möglich sein. Der gesetzliche Grundsatz der Tarifeinheit zur Auflösung von Tarifkollisionen stellt mithin nur eine ultima ratio dar, die nur dann – subsidiär – zum Tragen kommt, wenn es den Tarifvertragspartnern nicht gelingt, im Wege autonomer Entscheidungen Tarifkollisionen zu vermeiden. Ungeachtet dessen wird es vielfach möglich sein, dass in den jeweiligen Betrieben eine Minderheitsgewerkschaft zur Mehrheitsgewerkschaft werden kann, also die Chance zur Repräsentativität im Betrieb nicht ein für alle Mal gesetzlich vorenthalten wird.

Schlussbemerkung

Der die Rechts- und Sozialordnung gestaltende, demokratisch legitimierte und berufene Parlamentsgesetzgeber kann nach der grundgesetzlichen Ordnung zweifellos nicht nach Belieben schalten und walten, er ist an die im Grundgesetz kodifizierten Grundrechte gebunden. Richtig ist aber auch: Kein Grundrecht kann zu gemein- und sozialschädlichem oder die verfassungslegitimen Belange anderer schädigendem Verhalten missbraucht werden. Es ist Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers dafür Sorge zu tragen, dass die Grundrechte stets in Konkordanz mit den unerlässlichen Anforderungen des gemeinen Wohls und der Sozialverträglichkeit in Anspruch genommen werden. Insoweit geht es nicht allein um Rechte oder Ermächtigungen des Gesetzgebers, sondern im gewissen Grade auch um seine Pflichten. Der Parlamentsvorbehalt verlangt, dass der Gesetzgeber selbst die wesentlichen oder grundlegenden Entscheidungen, insbesondere für die Ausübung der Grundrechte, trifft und dies nicht der zweiten oder dritten Gewalt überlässt. Das besagt vor allem die sogenannte „Wesentlichkeitsrechtsprechung“ des Bundesverfassungsgerichts. Das gilt selbstverständlich auch und insbesondere für das normgeprägte Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG, also für die Ausgestaltung der Tarifautonomie mit dem darin enthaltenen Recht privater Verbände, verbindliche Normen zu setzen.

[36] Siehe auch Papier, Tarifeinheit als tragende Säule der Tarifautonomie, in: Bewährte Sozialpartnerschaft, Festschrift für Dieter Hundt zum 75. Geburtstag, 2013, S. 175 ff.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**345**

16. April 2015

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 4. Mai 2015 zu den Vorlagen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Drucksache 18/4062
b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen, Drucksache 18/4184
c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln, Drucksache 18/2875

Prof. Dr. Wolfgang Däubler

Inhaltsverzeichnis

A. Der Inhalt des Gesetzentwurfs 2
I. Festlegung der Tarifeinheit 2
1. Die Grundsatzentscheidung 2
2. Die zulässige Tarifpluralität 2
3. Unwirksamkeit der Tarifverträge der Minderheitsgewerkschaften bei Tarifkollision 3
4. Der Betrieb als maßgebende Einheit 3
5. Anhörungs- und Nachzeichnungsrecht 4
II. Flankierende Bestimmungen 4
1. Publizität 4
2. Bestandsschutz 4
3. Verfahrensrechtliche Umsetzung 4
a) Zuständigkeit 4
b) Beweismittel 4
c) Durchführung des Beschlussverfahrens 5
III. Aussagen zum Arbeitskampfrecht 5
IV. Fragestellungen 5
B. Die erwartbaren Konsequenzen des Tarifeinheitsgesetzes
I. Verhinderung von Streiks durch kleine Gruppen, die Sondervorteile für sich herausholen wollen? 5
II. Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip als Mittel zur Stabilisierung des Tarifsystems? 7
III. Durchlöcherung des Flächentarifs 8
IV. Gefährdung bestehender Tarifgemeinschaften 8
V. Die „neue Unübersichtlichkeit“ – absehbare Streitigkeiten über die Feststellung der Mehrheitsgewerkschaft 8
C. Verfassungswidrigkeit der Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip?
I. Die Fragestellung im Einzelnen 10
II. Der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG 10
1. Der Ausgangspunkt 10
2. Konkrete Konsequenzen 11
a) Organisationsprinzipien 11
b) Inhaltliche Vorgaben 11

c) Das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen 12

III. Ausgestaltung oder Eingriff? 12

IV. Rechtfertigung des Eingriffs mit dem Gedanken der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie? 13

1. Die Ausgangsthesen 13
2. Koalitionsfreiheit unter Funktionsvorbehalt? 14
3. Mangelnde Praktikabilität der Tarifpluralität? Die bisherigen Erfahrungen 15
4. Aushöhlung der Friedenspflicht? 17
5. Zwischenergebnis 18

V. Hilfsweise: Prüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit 18

1. Geeignetheit des Mittels 18

a) Annäherung an die verfolgten Ziele? 18

b) Vermeidung von Arbeitskämpfen? 19

c Der selektive Charakter der gewünschten Regelung 19

d) Zwischenergebnis 19

2. Erforderlichkeit des Mittels 19
3. Verhältnismäßigkeit im engeren 20
4. Ergebnis 20

D. Zusammenfassung 20

A. Der Inhalt des Gesetzentwurfs

Am 11. Dezember 2014 hat die Bundesregierung den „Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit" beschlossen, der anschließend dem Bundesrat zugeleitet wurde (Bundesrats-Drucksache 635/14). Er will das Tarifvertragsgesetz (TVG) ändern; daneben sollen Bestimmungen in das Arbeitsgerichtsgesetz aufgenommen werden, die eine Reihe von Folgeproblemen sowie mögliche Rechtsstreitigkeiten zum Gegenstand haben. Der Gesetzentwurf ist mit einer eingehenden Begründung versehen, die bei der Bestimmung seines Inhalts von erheblicher Bedeutung ist.

I. Festlegung der Tarifeinheit

1. Die Grundsatzentscheidung

Kernstück der vorgeschlagenen Regelung ist ein neuer § 4a TVG, der den Grundsatz der Tarifeinheit festschreiben will. Seinem Wortlaut nach bestimmt er:

§ 4a
Tarifkollision

(1) Zur Sicherung der Schutzfunktion, Verteilungsfunktion, Befriedungsfunktion sowie Ordnungsfunktion von Rechtsnormen des Tarifvertrags werden Tarifkollisionen im Betrieb vermieden.

(2)[1] Der Arbeitgeber kann nach § 3 an mehrere Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften gebunden sein.[2] Soweit sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden (kollidierende Tarifverträge), sind im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft anwendbar, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat. [3]Kollidieren die Tarifverträge erst zu einem späteren Zeitpunkt, ist dieser für die Mehrheitsfeststellung maßgeblich. [4]Als Betriebe gelten auch ein Betrieb nach §1 Absatz 1 Satz 2 des Betriebsverfassungsgesetzes und ein durch Tarifvertrag nach § 3 Absatz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 des Betriebsverfassungsgesetzes errichteter Betrieb, es sei denn, dies steht den Zielen des Absatzes 1 offensichtlich entgegen. [5]Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Betriebe von Tarifvertragsparteien unterschiedlichen Wirtschaftszweigen oder deren Wertschöpfungsketten zugeordnet worden sind.

(3) Für Rechtsnormen eines Tarifvertrags über eine betriebsverfassungsrechtliche Frage nach § 3 Absatz 1 und §117 Absatz 2 des Betriebsverfassungsgesetzes gilt Absatz 2 Satz 2 nur, wenn diese betriebsverfassungsrechtliche Frage bereits durch Tarifvertrag einer anderen Gewerkschaft geregelt ist.

(4) Eine Gewerkschaft kann vom Arbeitgeber oder der Vereinigung der Arbeitgeber die Nachzeichnung eines mit ihrem Tarifvertrag kollidierenden Tarifvertrags verlangen. Der Anspruch auf Nachzeichnung beinhaltet den Abschluss eines die Rechtsnormen des kollidierenden Tarifvertrags enthaltenden Tarifvertrags, soweit sich die Geltungsbereiche und Rechtsnormen der Tarifverträge überschneiden. Die Rechtsnormen eines nach Satz 1 nachgezeichneten Tarifvertrags gelten unmittelbar und zwingend, soweit der Tarifvertrag der nachzeichnenden Gewerkschaft nach Absatz 1 Satz 2 nicht zur Anwendung kommt.

(5) Nimmt ein Arbeitgeber oder eine Vereinigung von Arbeitgebern mit einer Gewerkschaft Verhandlungen über den Abschluss eines Tarifvertrags auf, ist der Arbeitgeber oder die Vereinigung von Arbeitgebern verpflichtet, dies rechtzeitig und in geeigneter Weise bekanntzugeben. Eine andere Gewerkschaft, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben der Abschluss eines Tarifvertrags nach Satz 1 gehört, ist berechtigt, dem Arbeitgeber oder der Vereinigung von Arbeitgebern ihre Vorstellungen und Forderungen mündlich vorzutragen.

Während Absatz 1 die verschiedenen Zwecke von Tarifverträgen aufzählt, die es nach Ansicht der Bundesregierung zu beachten gilt, regelt Abs. 2 die Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip und stellt damit den Kern des Gesetzgebungsvorhabens dar.

2. Die zulässige Tarifpluralität

§ 4a Abs. 2 Satz 1 betont zunächst den Grundsatz, dass ein Arbeitgeber auch an mehrere Tarifverträge gebunden sein kann, die er mit verschiedenen Gewerkschaften abgeschlossen hat. Dies ist etwa dann der Fall, wenn er für zwei Berufsgruppen mit zwei Gewerkschaften Tarifverträge geschlossen hat, deren Geltungsbereiche sich in keiner Weise überschneiden. Als Beispiel kann etwa das Nebeneinander eines Tarifvertrags für Piloten mit der Vereinigung Cockpit und eines Tarifvertrags für das Kabinenpersonal mit der UFO gelten. Möglich ist nach Abs. 2 Satz 1 aber auch eine sog. gewillkürte Tarifpluralität; die beteiligten Gewerkschaften und Arbeitgeber können sich beispielsweise dahingehend verständigen, dass für eine bestimmte Gruppe von Beschäftigten je nach Mitgliedschaft in einer bestimmten Gewerkschaft unterschiedliche Tarifverträge gelten sollen. So kann etwa die Deutsche Bahn mit EVG und GDL eine Absprache der Art treffen, dass für die Zugbegleiter, die EVG-Mitglieder sind, die EVG-Tarifverträge, und für die Zugbegleiter, die GDL-Mitglieder sind, die GDL-Tarifverträge gelten sollen.

> Ebenso im Ergebnis die Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf, Besonderer Teil, Zu § 4a Absatz 2, 3. Absatz

Über entsprechende Abmachungen wird aus dem Bereich der Privatbahnen berichtet.

3. Unwirksamkeit der Tarifverträge der Minderheitsgewerkschaft bei Tarifkollision

Soweit eine solche Abmachung nicht zustande kommt, ist danach zu fragen, ob eine sog. Tarifkollision besteht. Diese ist nach § 4a Abs. 2 Satz 2 dann gegeben, wenn sich die Geltungsbereiche von Tarifverträgen überschneiden, die von verschiedenen Gewerkschaften abgeschlossen wurden und die inhaltlich nicht identisch sind.

> Beispiel: Für die angestellten Krankenhausärzte gibt es einen Tarifvertrag des Marburger Bundes, doch bezieht auch der von Ver.di abgeschlossene TVöD die Ärzte mit ein.

In diesem Fall soll allein der Tarifvertrag der Gewerkschaft gelten, die im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat. Der Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft kann keine Wirkung mehr entfalten. Maßgebend für die Bestimmung der Mehrheit ist der Zeitpunkt, in dem der jüngere Tarifvertrag abgeschlossen wurde. Kommt die Kollision erst später zustande, so ist nach Satz 3 dieser spätere Zeitpunkt maßgebend. Erfasst der ältere Tarifvertrag nicht die gesamte Belegschaft, klammert er beispielsweise Führungskräfte aus, so kann eine Führungskräftegewerkschaft für diesen Bereich weiterhin Tarifverträge abschließen.

> So auch die Amtliche Begründung, Besonderer Teil, Zu § 4a Absatz 2, Abs. 8

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass jede Gewerkschaft ihren Zuständigkeitsbereich selbst bestimmen kann und deshalb ggf. in der Lage ist, einen Tarifvertrag auch auf eine bisher ausgeklammerte Gruppe auszudehnen.

> Darauf verweist auch Konzen, Die Kodifikation der Tarifeinheit im Betrieb, JZ 2010, 1036, 1038

Soweit wie im Beispielsfall der Kliniken eine Überschneidung des Geltungsbereichs von Tarifverträgen verschiedener Gewerkschaften besteht, treten die Tarife der Minderheitsgewerkschaft *generell* zurück. Welche Gegenstände tariflich geregelt sind, spielt keine Rolle. Würde die Mehrheitsgewerkschaft beispielsweise nur einen Lohntarif schließen, die Arbeitszeit aber ungeregelt lassen, würde ein Arbeitszeittarif der Minderheitsgewerkschaft gleichwohl verdrängt.

> So die Amtliche Begründung, Besonderer Teil, Zu § 4a Absatz 2, Abs. 9

Eine Ausnahme gilt nach Abs. 3 nur für betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen, die lediglich dann zurücktreten, wenn die Mehrheitsgewerkschaft ihrerseits betriebsverfassungsrechtliche Normen vereinbart. Dies soll der „Kontinuität tarifvertraglich geschaffener betriebsverfassungsrechtlicher Vertretungsstrukturen“ dienen. Die Frage, was bei erheblichen inhaltlichen Abweichungen durch den zweiten Tarifvertrag geschieht, wird nicht angesprochen.

4. Der Betrieb als maßgebende Einheit

Bezugsgröße für die Bestimmung der Mehrheit ist der Betrieb. Dieser wird im Gesetz nicht definiert. Die Amtliche Begründung ist nicht völlig eindeutig, scheint jedoch in die Richtung zu tendieren, dass der Betriebsbegriff des BetrVG maßgebend sein soll. So heißt es in Abs. 12 der Erläuterungen zu § 4a Abs. 2:

> „Der Betriebsbegriff, der für die Ermittlung der Mehrheitsverhältnisse zugrunde zu legen ist, ist tarifrechtlich zu bestimmen. Danach ist ein Betrieb diejenige organisatorische Einheit, innerhalb derer der Arbeitgeber mit seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt. Damit entspricht der tarifrechtliche Betriebsbegriff in seiner grundsätzlichen Ausrichtung dem betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff, der infolge seiner Konturierung durch die Rechtsprechung einen für die Praxis praktikablen Rahmen setzt. Damit dient als Anknüpfungspunkt für das Mehrheitsprinzip die Solidargemeinschaft, die infolge der Zusammenfassung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke entsteht.“

Für eine solche Übereinstimmung spricht weiter die ausdrückliche Erwähnung des gemeinsamen Betriebes nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG und der tariflich errichteten betriebsverfassungsrechtlichen Einheit nach § 3 Abs. 1 Nummer 1 bis 3 BetrVG; beide werden durch Absatz 2 Satz 4 ausdrücklich einem „Betrieb“ im hier relevanten Sinne gleichgestellt. Damit ist zugleich die These abgelehnt, dass die Mehrheit in dem Bereich zu bestimmen ist, in dem sich die beiden Tarifverträge überschneiden.

> So ausdrücklich auch die Amtliche Begründung, Allgemeiner Teil, III, 2. Abs.

Geht es beispielsweise um die Überschneidung zwischen einem Ärztetarif und einem anderen für das ganze Krankenhaus geltenden Tarif, so wäre allein danach zu fragen, welche Organisation in dem (in den Regel einen Betrieb darstellenden) Krankenhaus die Mehrheit hat.

Der Unternehmer kann durch organisatorische Maßnahmen in gewissem Umfang bestimmen, welche Einheiten als Betrieb zu qualifizieren sind. Hier könnte eine Versuchung bestehen, die Einheiten so zuzuschneiden, dass die weniger „angesehene“ Gewerkschaft typischerweise in der Minderheit bleibt. Der Gesetzentwurf nimmt zu solchen Gefahren nicht Stellung, wohl aber zu einem möglichen Missbrauch der Gestaltungsbefugnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 – 3 BetrVG. So betont § 4a Abs. 2 Satz 4, die Festlegung der Einheit nach § 3 Abs. 1 BetrVG sei dann nicht maßgebend, wenn dadurch den Zwecken der tariflichen Rechtsetzung im Sinne des § 4a Abs. 1 zuwidergehandelt werde. Dies soll nach § 4a Abs. 2 Satz 5 insbesondere dann der Fall sein, wenn die tariflich geschaffene Einheit Betriebe unterschiedlicher Wirtschaftszweige zusammenfasst oder wenn der Tarif dies in Bezug auf Teile der Wertschöpfungsketten von Betrieben unterschiedlicher Branchen macht. Damit soll vermutlich einer Dienstleistungsgewerkschaft die Möglichkeit genommen werden, Industriedienstleistungsunternehmen mit sonstigen Dienstleistungsbetrieben zusammenzufassen, um sich so eine Mehrheit zu sichern.

5. Anhörungs- und Nachzeichnungsrecht

Eine Gewerkschaft kann zwar für ihre Mitglieder in den Betrieben, in denen sie Minderheit ist, keine wirksamen Tarifverträge mehr abschließen, doch gibt ihr der neue § 4a Abs. 4 und 5 zum (scheinbaren) Ausgleich bestimmte Rechte. Nach § 4a Abs. 5 hat sie ein Recht auf Anhörung durch die Arbeitgeberseite, wenn diese mit einer konkurrierenden Gewerkschaft in Verhandlungen über den Abschluss eines Tarifvertrags eintritt. Die Gewerkschaft kann allerdings lediglich ihre Auffassung mündlich darlegen; ein Erörterungs- oder Verhandlungsrecht besteht nicht.

> So ausdrücklich die Amtliche Begründung, Besonderer Teil, Zu § 4a Absatz 5, letzter Absatz

Diese Möglichkeit dürfte insbesondere von Kleinstgewerkschaften (etwa aus dem Bereich des CGB) in Anspruch genommen werden.

Nach Abs. 4 steht der Minderheitsgewerkschaft ein sog. Nachzeichnungsrecht zu, sofern ein bestehender und von ihr abgeschlossener Tarifvertrag verdrängt wird. Sie kann auf diese Weise die unmittelbare und zwingende Wirkung des Tarifvertrags auf ihre Mitglieder erstrecken. In der Praxis ist dies von eher geringer Bedeutung, da Arbeitgeber typischerweise im Arbeitsvertrag den im Betrieb (allein) anwendbaren Tarifvertrag in Bezug nehmen und so auch für Nicht- oder Andersorganisierte verbindlich machen.

Vgl. auch Hufen, Gesetzliche Tarifeinheit und Streiks im Bereich der öffentlichen Infrastruktur: Der verfassungsrechtliche Rahmen, NZA 2014, 1237, 1239/40: Nur bei Beteiligung an Tarifverhandlungen entsprechend der Mitgliederzahl ist Art. 9 Abs. 3 GG gewahrt. Ebenso im Ergebnis Schliemann NZA 2014, 1250, 1252; ähnlich Hromadka, Wiederherstellung der Tarifeinheit – Die Quadratur des Dreiecks, NZ 2014, 1105, 1109

II. Flankierende Bestimmungen

1. Publizität

Welcher Tarifvertrag im Betrieb anwendbar ist, muss dort bekannt gemacht werden. Dies kommt in der Neufassung des§ 8 TVG zum Ausdruck und soll der Rechtssicherheit dienen. Im Einzelnen lautet die geplante Bestimmung:

§ 8
Bekanntgabe des Tarifvertrags

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die im Betrieb anwendbaren Tarifverträge sowie rechtskräftige Beschlüsse nach § 99 des Arbeitsgerichtsgesetzes über den nach § 4a Absatz 2 Satz 2 anwendbaren Tarifvertrag im Betrieb bekanntzumachen.

Besondere Interpretationsprobleme sind nicht ersichtlich.

2. Bestandsschutz

Bestehen schon bei Inkrafttreten des Gesetzes in einem Betrieb zwei Tarifverträge nebeneinander, die mit zwei verschiedenen Gewerkschaften abgeschlossen wurden, so bleiben diese bestehen. Für die Minderheitsgewerkschaft bedeutet dies, dass ihr Tarifvertrag auf dem bisher erreichten Stand „eingefroren" wird. Dies ist in einem neuen § 13 Abs. 3 TVG festgelegt, der lautet:

§ 13
Inkrafttreten

(3) § 4a ist nicht auf Tarifverträge anzuwenden, die am [einsetzen: Tag nach der Verkündung dieses Gesetzes) gelten.

3. Verfahrensrechtliche Umsetzung

a) Zuständigkeit

Der Gesetzentwurf will auch Änderungen im Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) vornehmen, um die neuen Regeln wirksam werden zu lassen. Besteht Streit oder Ungewissheit über den im Betrieb anwendbaren Tarifvertrag, soll dies im Rahmen eines Beschlussverfahrens geklärt werden. Insoweit wird § 2a ArbGG um diesen neuen Anwendungsfall ergänzt. Der Gesetzentwurf bestimmt insoweit:

§ 2a Absatz 1 wird wie folgt geändert:

a) In Nummer 5 wird der Punkt am Ende durch ein Semikolon ersetzt.

b) Folgende **Nummer 6** wird angefügt:

„6. die Entscheidung über den nach § 4a Absatz 2 Satz 2 des Tarifvertragsgesetzes im Betrieb anwendbaren Tarifvertrag."

b) Beweismittel

Um festzustellen, welche Gewerkschaft im Betrieb die höhere Mitgliederzahl hat, sind alle zulässigen Beweismittel möglich. Allerdings besteht ein vom Gesetzgeber anerkanntes Interesse daran, dass die Gewerkschaft die Namen ihrer Mitglieder dem Arbeitgeber gegenüber nicht aufdecken muss. Deshalb wird ausdrücklich die Möglichkeit geschaffen, die Zahl der Mitglieder durch eine notarielle Tatsachenbescheinigung zu belegen. In **§ 58 ArbGG** soll deshalb ein **Absatz 3** angefügt werden, der bestimmt:

„(3) Insbesondere über die Zahl der in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder oder das Vertretensein einer Gewerkschaft in einem Betrieb kann Beweis auch durch die Vorlegung öffentlicher Urkunden angetreten werden."

Aus der Begründung wird deutlich, dass es sich dabei in der Regel um eine notarielle Erklärung handeln wird. Ausdrücklich wird betont, dass der Notar nach § 18 Abs. 1 Bundesnotarordnung zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.

> Amtliche Begründung, Besonderer Teil, Zu Artikel 2, Zu Nummer 2, 4. Absatz

Zahlreiche Folgefragen wie z. B. das Problem, wie der Notar ausgesucht wird, wer als „Arbeitnehmer" zählt und wie der Notar die Richtigkeit der eingereichten Mitgliederliste überprüfen kann, sind nicht angesprochen.

> Zu diesen Problemen insbesondere Bayreuther, Funktionsfähigkeit eines Tarifeinheitsgesetzes in der arbeitsrechtlichen Praxis? NZA 2013, 1395 ff.

c) Durchführung des Beschlussverfahrens

Ein neuer § 99 ArbGG soll die praktische Durchführung eines Beschlussverfahrens sichern. Zentrale Bedeutung hat dabei die Vorschrift des Abs. 3, die der getroffenen Entscheidung Rechtskraftwirkung gegenüber jedermann zuweist. Abs. 4 lässt unter erleichterten Voraussetzungen eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu. Keine Aussage wird zu der Frage getroffen, wann veränderte Umstände (z. B. ein gestiegener oder gefallener Mitgliederbestand) eine Abänderung der Entscheidung ermöglichen sollen. Auch die Begründung enthält dazu keine Aussagen. Der neue § 99 soll lauten:

„§ 99
Entscheidung über den nach § 4a Absatz 2 Satz 2 des Tarifvertragsgesetzes im Betrieb anwendbaren Tarifvertrag

(1) In den Fällen des § 2a Absatz 1 Nummer 6 wird das Verfahren auf Antrag einer Tarifvertragspartei eines kollidierenden Tarifvertrags eingeleitet.

(2) Für das Verfahren sind die §§ 80 bis 82 Absatz 1 Satz 1, §§ 83 bis 84 und §§ 87 bis 96a entsprechend anzuwenden.

(3) Der rechtskräftige Beschluss über den nach § 4a Absatz 2 Satz 2 des Tarifvertragsgesetzes im Betrieb anwendbaren Tarifvertrag wirkt für und gegen jedermann.

(4) In den Fällen des § 2a Absatz 1 Nummer 6 findet eine Wiederaufnahme des Verfahrens auch dann statt, wenn die Entscheidung über den nach § 4a Absatz 2 Satz 2 des Tarifvertragsgesetzes im Betrieb anwendbaren Tarifvertrag darauf beruht, dass ein Beteiligter absichtlich unrichtige Angaben oder Aussagen gemacht hat. § 581 der Zivilprozessordnung findet keine Anwendung."

III. Aussagen zum Arbeitskampfrecht

Der Gesetzeswortlaut erwähnt das Arbeitskampfrecht nicht. Allerdings stellt sich die Frage, ob ein Streik für einen Tarifvertrag zulässig ist, der im Ergebnis gar keine Wirkung entfalten kann, da der von einer Gewerkschaft mit größerer Mitgliederzahl abgeschlossene Tarifvertrag den Vorrang besitzt. Denkbar und durchaus naheliegend ist allerdings die Situation, dass im Zeitpunkt des Arbeitskampfes noch gar nicht feststeht, welcher Tarifvertrag der „repräsentative" und deshalb allein wirksame sein wird. Die Amtliche Begründung hat das Problem gesehen. In den Erläuterungen zu § 4a Abs. 2 ist im 5. Absatz ausgeführt:

> „Die Regelungen zur Tarifeinheit ändern nicht das Arbeitskampfrecht. Über die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen, mit denen ein kollidierender Tarifvertrag erwirkt werden soll, wird allerdings im Einzelfall im Sinne des Prinzips der Tarifeinheit zu entscheiden sein. Der Arbeitskampf ist Mittel zur Sicherung der Tarifautonomie. Der Arbeitskampf dient nicht der Sicherung der Tarifautonomie, soweit dem Tarifvertrag, der mit ihm erwirkt werden soll, eine ordnende Funktion offensichtlich nicht mehr zukommen würde, weil die abschließende Gewerkschaft keine Mehrheit der organisierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb haben würde. Im Rahmen der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Dazu können auch Strukturen des Arbeitgebers und die Reichweite von Tarifverträgen gehören."

Die bestehenden richterrechtlichen Regeln des Arbeitskampfrechts werden durch den Entwurf in der Tat nicht formal geändert, doch wird eine Situation geschaffen, durch die unter Anwendung der schon bisher anerkannten Grundsätze Streiks von Minderheitengewerkschaften rechtswidrig werden. Dieser Fall ist – wenn man der wiedergegebenen Formulierung folgt – jedenfalls dann gegeben, wenn sich eine Gewerkschaft „offensichtlich" in einer betrieblichen Minderheitenposition befindet. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn sie nur eine kleinere Berufsgruppe organisiert und die zahlenmäßig bei weitem überwiegenden sonstigen Beschäftigten einen durchschnittlichen gewerkschaftlichen Organisationsgrad von 15 bis 20 % aufweisen. Erst recht gilt dies, wenn durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung festgestellt ist, dass eine andere Gewerkschaft die Mehrheitsposition im Betrieb innehat. In vielen Fällen wird die „Offensichtlichkeit" zweifelhaft sein, weshalb die Gewerkschaft wegen des Haftungsrisikos lieber auf einen Arbeitskampf verzichtet.

> Darauf verweist Löwisch. BB Heft 48/2014 Die Erste Seite, der im Übrigen auf die Möglichkeit eines Sympathiestreiks verweist, wenn die Minderheitsgewerkschaft in einzelnen Betrieben ausnahmsweise die Mehrheit stellt.

IV. Fragestellungen

Im Folgenden stellt sich zunächst die Frage nach der gesellschaftspolitischen Einordnung: Was kann die Realisierung des Gesetzentwurf bewirken, wie sehen die Konsequenzen des geplanten Gesetzes für die industriellen Beziehungen in Deutschland aus? Dazu unten B.

Weiter ist dem Problem nachzugehen, ob der Grundsatz der Tarifeinheit in der geplanten Form mit der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar ist. Dazu unten C.

B.) Die erwartbaren Konsequenzen des Tarifeinheitsgesetzes

I. Verhinderung von Streiks durch kleine Gruppen, die Sondervorteile für sich herausholen wollen?

Das am häufigsten geäußerte Argument zugunsten der gesetzlichen Schaffung der Tarifeinheit ist die Verhinderung von Streiks kleiner Gruppen, die ihre Schlüsselposition ausnutzen könnten, um auf Kosten der Allgemeinheit die eigenen wirtschaftlichen Interessen zu befriedigen. Die Tatsache, dass 200 Vorfeldmitarbeiter den ganzen Flugverkehr auf dem Frankfurter Flughafen lahm legen können, vermag diese Befürchtung besonders realistisch erscheinen zu lassen.

Bevor man die These von dem „Egoistentrip" auf Kosten der Übrigen vertritt, sollte man zunächst die Erfahrungen berücksichtigen, die bisher mit Spartenorganisationen und ihrer Tarifpolitik gemacht wurden. Die „neuen" Gewerkschaften existieren nicht erst seit einigen Monaten; wäre dies der Fall, müsste man für Spekulationen Verständnis haben. Vielmehr bestehen sie als selbständig agierende Tarifparteien zum Teil schon länger als zehn Jahre.

- Die Vereinigung Cockpit kündigte im Jahr 1999 die tarifpolitische Vertretung durch die DAG auf und verfolgte von da an selbständig ihre Ziele.
- Im Jahre 2001 löste die GDL die Tarifgemeinschaft mit der damaligen GdED auf und tritt seither als eigenständige Tarifpartei in Erscheinung.
- Im Jahre 2002 kündigten die Fluglotsen die Zusammenarbeit mit ver.di auf und gründeten 2004 die GdF.
- Seit 2005 kämpft der Marburger Bund für eigene Tarifverträge, nachdem er zuvor die Kooperation mit ver.di beendet hatte.

- Die UFO wurde als eigenständige Organisation schon im Jahre 1992 gegründet, ohne dass es zu einer längerfristigen Bindung an eine größere Organisation gekommen wäre. Ihre eigenständige Tarifpolitik begann 1999.
- Seit 1997 verhandelt die VAA allein mit dem BAVC über den Akademiker-Tarifvertrag, wobei es allerdings primär um Konzessionen ging, die die IG Chemie-Papier-Keramik (heute: IG BCE) nicht als akzeptabel betrachtete.

  Darstellung im Anschluss an Hensche, Hände weg von Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Streikrecht! Über das Gesetz der Bundesregierung zur Tarifeinheit, Schriftenreihe der Rosa-Luxemburg-Stiftung, 2014, S. 9 f.

Im Zeitraum zwischen dem Jahr 2000 und dem Jahr 2010 haben die Arbeitsniederlegungen trotz der „Ausdifferenzierung der Gewerkschaftslandschaft" nicht zugenommen. Vielmehr bewegten sie sich wie schon zuvor weiter in einem recht bescheidenen Rahmen.

Nach der amtlichen Statistik der Bundesagentur für Arbeit gingen in dem fraglichen Zeitraum pro Jahr zwischen 11.000 und 429.000 Arbeitstage durch Streik verloren. Die Dimension dieser Ausfälle wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass bei einer Gesamtzahl von ca. 36 Mio. abhängig Erwerbstätiger 36.000.000 Arbeitstage verloren gegangen wären, wenn jeder Arbeitnehmer einen Tag lang gestreikt hätte. Im Einzelnen verteilten sich die streikbedingten Ausfalltage wie folgt:

Zahlen bei Däubler-*Däubler,* Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, § 8 Rn 30; WSI-Tarifarchiv, Tariftaschenbuch 2014, Abschnitt 4.2, abrufbar unter www.boeckler.de

2000	11.000
2001	27.000
2002	310.000
2003	163.000
2004	51.000
2005	19.000
2006	429.000
2007	286.000
2008	132.000
2009	64.000
2010	26.000
2011	70.000
2012	86.000

Damit sind allerdings kurzfristige Arbeitsniederlegungen von bis zu einem Tag nicht erfasst. Bezieht man sie ein, so erhöhen sich die Streiktage um das Zwei- bis Dreifache,

WSI-Tarifarchiv, Tariftaschenbuch 2012, a. a. O., Abschnitt 4.3

doch ist zu berücksichtigen, dass damit auch Arbeitsniederlegungen von ein oder zwei Stunden Dauer so mitgezählt werden, als wenn sie einen Tag gedauert hätten. Sogar auf dieser Grundlage gehört die Bundesrepublik weiter zu den streikärmsten Ländern in Europa. Bezieht man die verlorenen Arbeitstage auf jeweils 1.000 Beschäftigte (wie dies den auch in andern Ländern praktizierten statistischen Methoden entspricht), so liegt Deutschland selbst nach den WSI-Kriterien im Durchschnitt der Jahre 2005 – 2012 bei 16 Tagen, während Großbritannien bei 26, Norwegen bei 59, Spanien bei 65 und Belgien bei 73 liegen. Spitzenreiter sind Finnland mit 84, Dänemark mit 106, Kanada mit 117 Tagen und Frankreich mit 150 Tagen.

Angaben nach Bispinck/WSI-Tarifarchiv (Hrsg.), WSI-Tarifhandbuch 2014, Düsseldorf 2013, Abschnitt 4.4

Eine Steigerung der Streikhäufigkeit im Vergleich zu den 1990-er und 1980-er Jahren ist nicht feststellbar.

Ebenso im Ergebnis der Abg. Kolb (FDP) und der Abg. Vogel (FDP) in der Aktuellen Stunde des Bundestags vom 7.3.2012, Protokolle des Deutschen Bundestags, 17. WP, 164. Sitzung S. 19484 bzw. S. 19488

Im Gegenteil: Zahlen wie im Jahre 1997 (534.000), 1993 (593.000), 1992 (1.545.000) und 1984 (5.617.595) wurden während des ganzen Jahrzehnts von 2000 bis 2010 und auch in den folgenden Jahren bei weitem nicht erreicht.

Auch die These, „kleine Gruppen" würden Sondervorteile für sich herausholen und ihre Marktmacht rücksichtslos ausnutzen, lässt sich empirisch nicht belegen.

Ebenso Henssler RdA 2011, 65, 70: Ein allgemeiner Trend zu rücksichtslosem Gruppenegoismus ist bislang nicht erkennbar. Abwegig Hufen, Gesetzliche Tarifeinheit und Streiks im Bereich der öffentlichen Infrastruktur: Der verfassungsrechtliche Rahmen, NZA 2014, 1237: Spezialistengewerkschaften können „ohne eigenes Risiko" ganze Bereiche der Infrastruktur lahmlegen.

Nur der Vereinigung Cockpit, dem Marburger Bund, der GDL und der GdF ist es bislang gelungen, Tarifverträge abzuschließen, die über das von den DGB-Gewerkschaften erreichte Niveau hinausgehen.

So die zusammenfassende Darstellung bei Schroeder/Kalass/Greef, Berufsgewerkschaften in der Offensive. Vom Wandel des deutschen Gewerkschaftsmodells, Wiesbaden 2011, S. 262. Die Angaben zur GdF beruhen auf einer Auskunft an den Verf. Dazu weiter Hensche, a. a. O., S. 10 f.

Der „Vorsprung" führte aber nicht dazu, dass die Arbeitgeberseite in wirtschaftliche Schwierigkeiten gekommen wäre. Vielmehr liegt der Schluss nahe, dass lediglich die Verteilungsspielräume ausgeschöpft wurden.

Ebenso Henssler RdA 2011, 65, 70: Ausgleich „eines gewissen Rückstaus in der Lohnentwicklung". Zur Einschätzung der Lohnpolitik durch die Deutsche Bundesbank, die die Gewerkschaften zu höheren Lohnabschlüssen aufgefordert hat, s.

https://magazin.spiegel.de/digital/index_SP.html#SP/2014/30/128239323

Bei rein abstrakter Betrachtung wäre es sicherlich denkbar, dass eine kleine Gruppe von Beschäftigten ihre Schlüsselposition dazu benutzt, um ausschließlich für sich ungewöhnlich gute Vergütungen und Arbeitsbedingungen zu erzwingen. Etwas Derartiges ist jedoch bisher nicht geschehen und wird aller Voraussicht nach auch in Zukunft nicht eintreten. Dies hängt damit zusammen, dass die Gewerkschaftsmitglieder sowie die Streikenden generell darauf angewiesen sind, für ihre Forderungen Unterstützung auch in der Öffentlichkeit zu finden. Würde es daran völlig fehlen, würde im Gegenteil die Öffentlichkeit bis hin zu den Arbeitskollegen ihr Verhalten deutlich ablehnen, wäre auch für „Schlüsselkräfte" kein Erfolg erreichbar. Die Gegenseite wäre nicht zu einem Kompromiss bereit, die eigene Aktion stünde noch stärker als sonst in der Gefahr, im Wege der einstweiligen Verfügung verboten zu werden. Es verwundert daher nicht, dass sich die Forderungen der „neuen" Gewerkschaften nicht qualitativ von denen der DGB-Gewerkschaften unterscheiden; in der Regel geht es nur darum, die vorhandenen wirtschaftlichen Spielräume etwas stärker auszuschöpfen und sich weniger durch Loyalitäten binden zu lassen.

Auch der Egoismus-Vorwurf hat somit keine Grundlage. Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass die Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) Tarifverträge nicht nur für ihre Kerntruppe, die Lotsen, abschließt, sondern auch für die bei der DFS beschäftigten Verwaltungskräfte, die ihrerseits nicht dieselbe starke Verhandlungsposition wie die Lotsen besitzen. Das Argument „Es wird nur um Privilegien gestreikt" geht daher ins Leere.

II. Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip als Mittel zur Stabilisierung des Tarifsystems?

Mit dem Gedanken, das Erstreiken von Sondervorteilen zu vermeiden, ist das Argument verwandt, die industriellen Beziehungen könnten in der Bundesrepublik nur dann stabil bleiben, wenn auf Arbeitnehmerseite nicht eine Vielzahl von Organisationen existieren würde: Wären beispielsweise fünf verschiedene Gewerkschaften zu unterschiedlichen Zeiten in der Lage, für ihre Mitglieder Tarifverhandlungen zu beginnen und ggf. einen Streik zu organisieren, so würde das Unternehmen in eine Situation des permanenten Verhandeln-Müssens versetzt. Dies würde im Vergleich zum Status quo viele Dispositionen erschweren und sich ggf. negativ auf die Rentabilität auswirken. Hätte man dagegen nur einen Partner, so ließe sich eine Einigung erreichen, die für ein bis zwei Jahre jede weitere Auseinandersetzung ausschließt. Dabei mag in der Regel die Vorstellung eine Rolle spielen, dass die Funktion des einheitlichen Ansprechpartners von einer DGB-Gewerkschaft, und nicht von einer der „lästigen" Spartengewerkschaften wahrgenommen würde.

Schon die Annahme, die DGB-Gewerkschaften würden durchweg vom Mehrheitsprinzip profitieren, lässt sich empirisch nicht belegen. So ist es etwa denkbar, dass in einem Krankenhaus der Marburger Bund und nicht etwa Ver.di die Mehrheit der Gewerkschaftsmitglieder stellt.

Unterstellt, in einem großen Klinikum seien 200 Ärzte und 800 Pflege- und Verwaltungskräfte tätig. Der Marburger Bund habe einen Organisationsgrad von 80 %, so dass sich 160 „Organisierte" ergeben. Die Gewerkschaft ver.di habe jedoch nur einen Organisationsgrad von 15 %, was 120 Personen ergibt. Gemäß dem Grundsatz der Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip gelten die Tarifverträge des Marburger Bundes.

Auch im Bereich der Zeitungsredaktionen hat nach verbreiteter Einschätzung der Deutsche Journalisten-Verband (DJV) mehr Mitglieder als ver.di.

Mitgeteilt bei Hensche, Wider die Tarifeinheitsfront, Blätter für deutsche und internationale Politik, Heft 8/2010 S. 13,16

Weiter lässt sich nicht ausschließen, dass die gesetzliche Einführung der Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip zu einem Zusammenschluss der bestehenden Berufsgewerkschaften bei den Fluggesellschaften und Flughafenbetreibern führen könnte, sodass am Ende des Tages die „Flugverkehrsgewerkschaft" mehr Mitglieder als die DGB-Gewerkschaft ver.di aufweisen würde.

S. den Vorschlag der Flugbegleiter-Gewerkschaft UFO vom 4. November 2014, wiedergegeben bei http://www.zeit.de/news/2014-11/04/gewerkschaften-flugbegleiter-wollen-neue-gewerkschaft-fuerluftverkehr-04131213

Neustrukturierungen dieser Art stellen keinen Beitrag zur Stabilität der Arbeitsbeziehungen dar, weil ggf. neue Verhaltensmuster auf beiden Seiten dominieren, die zu unerwarteten Konflikten führen können.

Im Bereich der Eisenbahn befindet sich zwar die GDL in einer strukturellen Minderheitenposition, doch wird es ihr voraussichtlich gelingen, eine Abgrenzung der Tätigkeitsfelder im Verhältnis zur EVG und damit eine „gewillkürte Tarifpluralität" zu erreichen. Diese kann auch die Variante einschließen, dass es für die Zugbegleiter eine Doppelzuständigkeit von GDL und EVG gibt. Abmachungen dieser Art sollen weiterhin den Vorrang vor dem gesetzlichen Prinzip der Tarifeinheit haben.

Dazu oben A I 2

III. Durchlöcherung des Flächentarifs

Eine weitere Folge der Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip liegt in der Gefahr, dass der Flächentarif zahlreiche Durchbrechungen erfährt, Insbesondere in Betrieben mit geringem Organisationsgrad kann unschwer die Situation eintreten, dass eine an sich mitgliederschwache Organisation, die in der Branche eine eher unbedeutende Rolle spielt, plötzlich die Mehrheit der Gewerkschaftsmitglieder stellt. Da der Gesetzentwurf nicht zwischen „Mehrheit" und „starker Mehrheit" differenziert, könnte dieser Fall schon dann eintreten, wenn die Gewerkschaft A vier, die Gewerkschaft B dagegen nur drei Mitglieder hat. Außerdem ist auch an den Fall zu denken, dass der Arbeitgeber unter solchen Umständen einigen ihm wohl gesonnenen Arbeitnehmern nahe legt, sich der für ihn „pflegeleichteren" Gewerkschaft anzuschließen und sich so die bisherigen Mehrheiten verschieben.

> Beispiel: Im Betrieb sind 200 Arbeitnehmer beschäftigt. 20 von ihnen gehören der IG Metall, 8 der CGM an. Einige leitende Angestellte rühren die Werbetrommel für die CGM; im Betrieb verbreitet sich das Gerücht, wenn die CGM „an die Macht käme“, sei das 13. Monatsgehalt für alle Zeiten gesichert. Daraufhin treten 15 Arbeitnehmer (darunter 10 AT-Angestellte) der CGM bei, die damit zur Mehrheitsgewerkschaft wird.

Es erstaunt, dass in den Stellungnahmen der IG Metall zu dem Gesetzentwurf an keiner Stelle eine solche Konstellation bedacht wird, obwohl sie sich im Kfz-Handwerk unschwer realisieren lässt. Erst recht gilt dies für viele Dienstleistungsbetriebe.

Statt des berechenbaren einheitlichen Flächentarifs könnte ein Flickenteppich unterschiedlicher Abmachungen entstehen. Im einen Betrieb würde der Branchentarif der Gewerkschaft A, im anderen der der Gewerkschaft B gelten. Dies wäre auch innerhalb desselben Unternehmens denkbar, was eine neue Form von „Tarifpluralität“ darstellen würde. Dazu kämen Firmentarife, die je nach Mehrheitsverhältnissen die Flächentarife verdrängen würden.

Auch für die Arbeitgeberseite würde dies wenig überzeugende Resultate hervorbringen, soweit eine Steuerung der Mitgliederentwicklung nicht beabsichtigt ist oder misslingt. In die Arbeitsverträge eine Bezugnahmeklausel aufzunehmen, die immer auf denselben Flächentarif verweist, hätte ggf. kostspielige Nebenfolgen: Würde ein anderer Tarif wegen des Grundsatzes der Tarifeinheit eingreifen, könnte die Verweisung nur im Rahmen des Günstigkeitsprinzips wirksam bleiben. Dabei müsste man die einzelnen Sachgruppenregelungen in beiden Tarifverträgen vergleichen – eine schwierige und „streitanfällige“ Angelegenheit.

> Zur Handhabung des Günstigkeitsprinzips nach dem Sachgruppenvergleich s. Däubler-*Deinert*, TVG, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, § 4 Rn 657 ff.; Wiedemann-*Wank*, TVG, 7. Aufl., München 2007 § 4 Rn 470 ff

Die gewünschte Stabilität würde unter diesen Bedingungen nicht eintreten, sondern im Gegenteil unter der durch Gesetz eingeführten Tarifeinheit leiden.

IV. Gefährdung bestehender Tarifgemeinschaften

Die Diskussion um die Tarifeinheit ist durchweg von dem Gedanken bestimmt, potentielle Störungen vom System der industriellen Beziehungen fernzuhalten. Dabei fällt völlig unter den Tisch, dass es funktionierende Kooperationsbeziehungen zwischen verschiedenen gewerkschaftlichen Organisationen gibt, die durch das geplante gesetzliche Prinzip der Tarifeinheit in Frage gestellt wären. Reichold hat in seiner Studie

> Gelebte Tarifpluralität statt verordneter Tarifeinheit. Zu den Auswirkungen gesetzlicher Tarifeinheit auf die vorhandene Tarifpluralität in der Praxis des Öffentlichen Dienstes, herausgegeben von dbb tarifunion, Berlin 2010, S. 6 ff

zwei Beispiele aus dem öffentlichen Dienst genannt, nämlich den Flughafen Frankfurt-Hahn und den Nahverkehr in Bayern, in denen zwei Gewerkschaften ohne größere Konflikte zusammengearbeitet haben, um den Interessen ihrer Mitglieder zum Erfolg zu verhelfen. Mit Recht weist er auf die allgemeine und nie auszuschließende Gefahr hin, dass die Interessen bestimmter Teile des Mitgliederspektrums nicht ausreichend berücksichtigt werden. Diese Personengruppen müssten deshalb die Chance haben, sich nach alternativen Möglichkeiten umzusehen.

> Reichold, a. a. O., S. 9

Würden sie sich in einem eigenen Verband organisieren, könnten sie gemeinsam mit ihrer ursprünglichen Gewerkschaft ein Forderungspaket in die Verhandlungen einbringen, das ihre Interessen sehr viel besser abbildet als dies eine einzige Organisation tun könnte. Würde das Prinzip der Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip gelten, würde eine in den meisten Betrieben dominierende Gewerkschaft das Interesse verlieren, mit einer Minderheitsgewerkschaft zu kooperieren. Wer allein handeln kann, wird bei Meinungsverschiedenheiten keine Kompromisse eingehen, sondern sich auf sein einseitiges Entscheidungs- und Gestaltungsrecht zurückziehen.

> Reichold, a. a. O., S. 11

Die Kooperation, die unterschiedlich akzentuierte Interessen zusammen führt, würde zerstört. Im besten Fall könnte sie einige Zeit als „Kooperation bis auf Widerruf“ weiterexistieren.

V. Die „neue Unübersichtlichkeit“ – absehbare Streitigkeiten über die Feststellung der Mehrheitsgewerkschaft

Im deutschen Recht gibt es wie auch in anderen europäischen Ländern aus guten Gründen kein staatliches Register, aus dem Zahl und Namen der Gewerkschaftsmitglieder ersichtlich sind. Eine solche „Publizität“ würde die Autonomie der gewerkschaftlichen Organisation aufs schwerste beeinträchtigen und die Mitglieder ggf. repressiven Maßnahmen aussetzen.

Die Mitglieder der Gewerkschaften sind in (unterschiedlichen) Betrieben als abhängig Beschäftigte tätig. Ihr von der Verfassung, d. h. von Art. 9 Abs. 3 GG ausdrücklich akzeptiertes Grundanliegen ist die „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“, die sich häufig nur durch Konzessionen der Arbeitgeberseite realisieren lässt, die Kosten verursachen. Von daher besteht die nahe liegende Gefahr, dass das Management die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft wenig schätzt und ggf. Maßnahmen ergreift, die die Beschäftigten von einem Engagement in der Gewerkschaft abhalten sollen. Selbst wenn eine solche Entwicklung im konkreten Fall nicht droht und die Arbeitgeberseite die gewerkschaftliche Interessenvertretung im Grundsatz akzeptiert, besteht gleichwohl die Gefahr, dass einzelne Arbeitnehmer Nachteile auf sich zukommen sehen, wenn sie sich als Gewerkschaftsmitglieder zu erkennen geben. Der Einzelne befindet sich ersichtlich in einer asymmetrischen Machtbeziehung.

Dies hat auch die Rechtsprechung des BAG im Zusammenhang mit der Frage anerkannt, wie die Gewerkschaft den Beweis führen kann, dass sie „im Betrieb vertreten“ ist, also dort zumindest über ein Mitglied verfügt.

BAG 25. 3. 1992 – 7 ABR 65/90 - DB 1993, 95 ff

Ihr wird in diesem Zusammenhang das Recht zuerkannt, das Mitglied als solches nicht namhaft zu machen, sondern die Tatsachenbescheinigung eines Notars vorzulegen, aus der sich ergibt, dass jedenfalls ein Beschäftigter aus dem Betrieb gleichzeitig über eine gewerkschaftliche Mitgliedschaft verfügt. Daneben kann das „Vertreten-Sein" auch auf anderem Wege wie z. B. durch Vernehmung eines Gewerkschaftssekretärs bewiesen werden. Das BVerfG hat diese Vorgehensweise gebilligt und das Grundrecht des Arbeitgebers auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG als nicht verletzt angesehen.

BVerfG 21. 3. 1994 – 1 BvR 1485/93 - AP Nr. 4a zu § 2 BetrVG 1972 = AuR 1994, 313

Was bei der Feststellung eines einzelnen Gewerkschaftsmitglieds gut funktionieren kann, ist deshalb noch lange nicht geeignet, gewissermaßen flächendeckend das Vorhandensein von Gewerkschaftsmitgliedern mit Verbindlichkeit zu klären. Der BDA/DGB-Vorschlag war davon ausgegangen, bei der Feststellung der Mehrheitsverhältnisse gleichfalls einen Notar einzuschalten, der von der fraglichen Gewerkschaft eine Mitgliederliste erhält und deren Richtigkeit dadurch überprüft, dass er stichprobenweise einzelne Personen anruft. Er sollte über die Identität der fraglichen Personen Stillschweigen bewahren. Dies scheint auf den ersten Blick ein plausibles Vorgehen zu sein, weshalb es auch durch den Gesetzentwurf aufgegriffen wird.

S. oben A II 3 b

Bei näherem Hinsehen ergeben sich gewichtige Bedenken. Zum einen ist denkbar, dass sich einzelne Personen nicht oder nicht direkt telefonisch erreichen lassen. Innerbetriebliche Recherchen (etwa eine Anfrage an einen Abteilungsleiter: „Gibt es bei Ihnen einen Franz X. Müller?") verbieten sich, weil dies den Rückschluss auf eine potentielle Gewerkschaftsmitgliedschaft zulassen würde. Hausbesuche wären außerordentlich aufwendig und deshalb kostenintensiv. Zum zweiten ist es denkbar, dass einzelne im Rahmen einer Stichprobe Befragte falsche oder kein Angaben machen, weil sie die Vertraulichkeit nicht als garantiert ansehen, da ihnen der Notar in aller Regel nicht persönlich bekannt ist. Er wird also ggf. seine Mitgliedschaft der Wahrheit zuwider in Abrede stellen und so das Ergebnis verfälschen. Möglich ist auch, dass er die Auskunft verweigert. Ungeklärt ist zum dritten, wie sich der Notar verhalten soll, wenn er durch Rückfragen einige (richtige oder unrichtige) Antworten erhält, wonach die befragte Person zu Unrecht auf der Liste der Gewerkschaftsmitglieder stehe und in Wirklichkeit kein Mitglied sei. Sagen dies beispielsweise vier von zehn Personen – muss er dann die gesamte Liste überprüfen, weil die zunächst anzunehmende Vermutung ihrer Richtigkeit und Vollständigkeit erschüttert ist? Welcher Zeitraum steht ihm zur Verfügung, wenn es um einen Betrieb mit 500 oder 1000 Beschäftigten (oder gar um eine noch viel größere Einheit) geht? Welche Folgen hat es – viertens -, wenn jemand auf der Liste steht, der keine Beiträge mehr bezahlt hat, so dass die Mitgliedschaft nach der Satzung an sich erloschen ist, die Gewerkschaft sich darauf aber nicht beruft? Müssen solche „Karteileichen" mitgezählt werden? Wer gehört – fünftens – zu den Arbeitnehmern? Zählen auch Leiharbeitnehmer oder Beschäftigte mit, die sich in der Freizeitphase der Altersteilzeit befinden? Wie steht es mit Beurlaubten oder ins Ausland Entsandten? Sind auch Personen zu berücksichtigen, die sich in Elternzeit befinden? Anders als bei Betriebsratswahlen, wo sich ähnliche Probleme stellen können, gibt es keinen „Wahlvorstand", der gemeinsam mit dem Arbeitgeber eine rasche Klärung herbeiführen kann.

Die Schwierigkeiten potenzieren sich, wenn man bedenkt, dass mindestens zwei dieser Verfahren durchgeführt werden müssen, damit die „Mehrheitsorganisation" festgestellt werden kann. Was geschieht, wenn die zweite Organisation sich dem Verfahren entzieht und lediglich behauptet, die Zahl ihrer Mitglieder sei so groß, dass sie selbstredend mehr Organisierte als die „kleine Konkurrenz" habe? In solchen Fällen hilft nur eine gerichtliche Klärung im Beschlussverfahren. Kann das Gericht auch für die zweite Organisation einen Notar beauftragen? Gibt es hier besondere Voraussetzungen für die Unparteilichkeit? Wie lange kann das „Feststellungsverfahren" durch den Notar dauern? Was geschieht, wenn eine beträchtliche Zahl von Arbeitnehmern von ihrem informationellen Selbstbestimmungsrecht Gebrauch macht und jede Auskunft verweigert? Welche Kosten sind mit dem Verfahren verbunden? Was soll während seiner Dauer geschehen? Müssen beide Gewerkschaften oder muss zumindest die sich der Zählung entziehende auf Arbeitskampfmaßnahmen verzichten?

Die Dinge komplizieren sich weiter, wenn zwei verschiedene Notare eingeschaltet werden, um den Mitgliederbestand ein und derselben Gewerkschaft festzustellen. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass eine Gewerkschaft freiwillig einen Notar beauftragt, das Gericht im Beschlussverfahren aber einen zweiten Notar heranzieht, um den Verdacht einer Beeinflussung auszuschließen. Was geschieht, wenn beide zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen? Während beispielsweise der eine bei bloßen Stichproben stehen blieb, da alle telefonisch Angerufenen ihre Mitgliedschaft ohne Einschränkung bejahten, traf der andere auf Organisationsunwillige oder Furchtsame, die die Mitgliedschaft in Abrede stellten, und nahm so eine umfassende Befragung vor, die zu zahlreichen „Ausfällen" auf der Liste führte. Wem ist zu glauben? Muss ein dritter Notar als „Obergutachter" eingeschaltet werden?

Das alles bezieht sich nur auf den einzelnen Betrieb. Nun ist aber der Flächentarif noch immer die beherrschende Form des Tarifvertrags, der sich (beispielsweise) auf 100 oder mehr Betriebe erstrecken kann. Wie will man hier in überschaubarer Zeit eine Klärung herbeiführen? Auch ein Blick in ausländisches Recht führt nicht weiter, weil dort keine „Mitgliederzählung" stattfindet, sondern z. B. in Frankreich darauf abgestellt wird, wie die Wahlergebnisse der einzelnen Gewerkschaften bei der letzten Wahl zu den betrieblichen Interessenvertretungen (oder zur Arbeitnehmerseite bei den Arbeitsgerichten) beschaffen waren.

Zu weiteren Modellen s. Waas, Der Regelungsentwurf von DGB und BDA zur Tarifeinheit – Verfassungs- und internationalrechtliche Aspekte – AuR 2011, 93, 98 f.

Dies lässt sich ersichtlich unschwer durch Dokumente nachweisen, während der Gesetzentwurf auf eine Art Volkszählung im Kleinformat setzt, die jedoch auf freiwilliger Mitwirkung der beteiligten Arbeitnehmer beruht.

Auf diese Probleme verweist nachhaltig auch Bayreuther, a. a. O., NZA 2013, 1395 ff. S. auch Löwisch, Referentenentwurf eines Tarifeinheitsgesetzes – hofft Nahles auf das Bundesverfassungsgericht? BB 48/2014 Die Erste Seite

Die Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip schafft also nicht die erwünschten und erhofften klaren Verhältnisse. Sie führt im Gegenteil zu einer Unzahl von Zweifelsfragen, über die sich trefflich streiten lässt. Die Rechtsunsicherheit würde alle bisherigen Erfahrungen übertreffen. Wie soll man schließlich verfahren, wenn es um einen Antrag der Arbeitgeberseite auf einstweilige Verfügung gegen einen drohenden Streik geht? Wie will man innerhalb eines halben oder eines vollen Tages die Mehrheitsfrage klären?

C) Verfassungswidrigkeit der Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip?

I. Die Fragestellungen im Einzelnen

Wie oben unter A I 3 und A III festgestellt, können Minderheitsgewerkschaften nach der geplanten Regelung keine wirksamen Tarifverträge mehr abschließen und sind zumindest bei „eindeutigen“ Mehrheitsverhältnissen auch nicht mehr in der Lage, einen Streik für tarifliche Ziele zu organisieren. Die wichtigsten Handlungsformen einer Gewerkschaft sind ihnen so verschlossen. Ob dies mit der Verfassung in Einklang steht, lässt sich nur beurteilen, wenn zuvor eine Reihe von Fragen geklärt ist.

- Wie weit reicht der Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 9 Abs.3 GG? Umfasst er insbesondere auch den Abschluss von Tarifverträgen und die Durchführung von darauf gerichteten Arbeitskämpfen? (unten II).
- Handelt es sich bei der geplanten Regelung um einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 9 Abs.3 GG oder wird dieses nur „ausgestaltet“? (unten III)
- Geht man von einem Eingriff aus, so ist zu fragen, ob dieser durch ein verfassungsrechtlich geschütztes Gut gerechtfertigt ist. Nach der Amtlichen Begründung geht es um die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie; insbesondere könne die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit durch selbständige Tarifverhandlungen für Arbeitskräfte in Schlüsselpositionen verletzt werden.

  Amtliche Begründung, Allgemeiner Teil, unter I

  Kann dies als Basis ausreichen? (unten IV)
- Unterstellt man, dass dies Ziele sind, die der Gesetzgeber nach seinem Ermessen verfolgen kann, stellt sich das Problem der Verhältnismäßigkeit. Ist eine Auflösung der Tarifpluralität durch Rückgriff auf das Mehrheitsprinzip geeignet und erforderlich, um den gewollten Effekt zu erreichen? Wird ein angemessener Ausgleich zwischen den konkurrierenden Interessen geschaffen? (unten V)

II. Der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG

1. Der Ausgangspunkt

Das Grundrecht aus Art. 9 Abs.3 Satz 1 GG gewährleistet das Recht, „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ Vereinigungen zu bilden, für „jedermann und für alle Berufe“.

Dies umfasst nach allgemeiner Auffassung einmal die individuelle Koalitionsfreiheit, d. h. das Recht einzelner abhängig Beschäftigter und einzelner Arbeitgeber, sich mit anderen in derselben Situation befindlichen Personen zu Vereinigungen zusammenzuschließen und bestehenden Organisationen beizutreten. Geschützt ist dabei auch das Recht, in der einmal gewählten Organisation zu verbleiben oder diese wieder zu verlassen. Dies alles ist – soweit ersichtlich – völlig unstreitig.

Aus der Rechtsprechung s. etwa die Zusammenfassung in BVerfGE 50, 290

Die Koalitionsfreiheit schützt weiter den „Bestand“ der einmal gebildeten Vereinigung.

BVerfG NZA 2005, 153

Dies umfasst u. a. „die Bestimmung über ihre Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte.“

So BVerfG DB 1996, 2082

Auch darf sie nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass der Staat Konkurrenzorganisationen mit ähnlichem Aufgabengebiet schafft, wozu etwa ein flächendeckendes Netz von Arbeitnehmerkammern mit Zuständigkeiten auch im Tarifbereich gehören würde.

BVerfGE 38, 281, 309

Von Art. 9 Abs.3 GG umfasst wird weiter das Recht zur „spezifisch koalitionsmäßigen Betätigung“, also zu all jenen Handlungsformen, die der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen. Diese sind in Abweichung von früheren Auffassungen nicht nur in einem Kernbereich, sondern ganz generell garantiert.

Grundlegend BVerfGE 94, 268, 292 = DB 1996, 1627, bestätigt durch BVerfGE 100, 214, 221 und BVerfGE 100, 271, 282

Dazu gehört das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen

So bereits BVerfGE 4, 96, 106; BVerfGE 18, 18, 27

sowie das Recht, für dieses Ziel in den Streik zu treten oder andere Druckmittel einzusetzen.

Vgl. BVerfGE 84, 212 ff.; BVerfG AP Nr. 126 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

Gegenläufige grundrechtlich geschützte Interessen des Arbeitgebers sind im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen.

Vgl. Engels, Verfassung und Arbeitskampfrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen arbeitsgerichtlicher Arbeitskampfjudikatur, Berlin 2008, S. 199 ff.m. w. N.

2. Konkrete Konsequenzen

a) Organisationsprinzipien

Das Grundgesetz enthält keinerlei Vorgaben, nach welchen Grundsätzen Koalitionen organisiert sein müssen.

So bereits BVerfGE 4, 96, 105

Unbestritten zulässig ist die Bildung einer einheitlichen branchenübergreifenden Organisation wie sie beispielsweise in Österreich existiert, aber auch die Schaffung von Zusammenschlüssen, die auf bestimmte Branchen beschränkt sind. Dies ist das herrschende, wenngleich nicht universelle Organisationsprinzip innerhalb der DGB-Gewerkschaften.

Ausnahmen: Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft und Gewerkschaft der Polizei, die man ihrer Struktur nach als berufsorientiert bezeichnen kann

Zulässig ist auch, nur eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern als Mitglieder gewinnen zu wollen; prominentestes Beispiel hierfür ist die DAG, die inzwischen in ver.di aufgegangen ist, doch ist aktuell insbesondere an die Vereinigung Angestellter Akademiker zu denken. Vom Grundgesetz her bestehen auch keine Bedenken dagegen, dass sich eine Organisation auf eine bestimmte weltanschauliche und religiöse Überzeugung festlegt und von daher ihren Rekrutierungsbereich erheblich enger als andere fasst. Beispiele hierfür sind die im CGB zusammengeschlossenen Organisationen (soweit sie die Voraussetzungen des Gewerkschaftsbegriffs erfüllen).

Diese Freiheit zur Wahl des eigenen Organisationsprinzips ist selbstverständliche Konsequenz der Tatsache, dass Art. 9 Abs.3 GG ein Freiheitsrecht gewährt. Es ist den gründungs- oder beitrittswilligen Individuen überlassen, die Organisationsform nach ihren Vorstellungen zu gestalten bzw. von einem Beitritt abzusehen, wenn ihnen die Struktur einer bestehenden Organisation nicht zusagt. Es gibt keine verfassungsrechtliche Garantie einer „Einheitsgewerkschaft“.

Zachert, Einheitsgewerkschaft und Koalitionspluralismus – ein schwieriger Spagat, FS Bauer, München 2010, S. 1197, 1203. Vgl. auch Hanau, Ordnung und Vielfalt von Tarifverträgen und Arbeitskämpfen im Betrieb, RdA 2008, 98: Keine Einheitsgewerkschaft „nach Art des FDGB“; Richardi, NZA 2014, 1233, 1236: Folgt dem Modell einer korporatistischen Arbeitsverfassung

Wenn in neuerer Zeit behauptet wird, die Aufspaltung in berufsspezifische Gruppeninteressen sei „dem Gedanken des Art. 9 Abs.3 GG fremd“,

Giesen, Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11, 16

so findet dies in Wortlaut und Sinn der Verfassungsbestimmung keinerlei Stütze. Sie deckt ersichtlich auch berufsbezogene Zusammenschlüsse ab, wie im Übrigen schon ihr Wortlaut („für jedermann und für alle Berufe“) hinreichend deutlich macht. Die in dem Gesetzentwurf betonte Festlegung, man wolle die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit sichern, kollidiert von vorne herein mit Art. 9 Abs.3 GG, der eben auch solche Vereinigungen schützt, die von vorne herein nur bestimmte Funktionsträger in den Betrieben organisieren..

b) Inhaltliche Vorgaben

Vorgaben gibt es von der Verfassung her nur insoweit, als die Organisation in der Lage sein muss, die Funktion der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ zu erfüllen. Daraus haben Rechtsprechung und Literatur eine Reihe von Voraussetzungen abgeleitet, die weitgehend unstrittig sind und die deshalb hier nur stichwortartig in Erinnerung gerufen werden sollen:

- Die Koalition muss auf freiwilligem Beitritt beruhen.
- Ihr Hauptzweck muss in der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bestehen.
- Die Interessen der Mitglieder müssen dem sozialen Gegenspieler und dem Staat gegenüber wahrgenommen werden.
- Die Organisation muss von ihrem Gegenspieler, aber auch vom Staat, von politischen Parteien und von den Kirchen unabhängig sein. Dies schließt aber nicht aus, sich z. B. programmatisch zu den Zielen einer bestimmten politischen Partei zu bekennen, soweit die autonome Willensbildung gewahrt bleibt.

Nicht jede Koalition ist eine Gewerkschaft. Um die Voraussetzungen des Gewerkschaftsbegriffs zu erfüllen, muss die Organisation auf Dauer angelegt sein und zwei inhaltliche Voraussetzungen erfüllen:

- Sie muss einmal über eine gewisse „Mächtigkeit“ verfügen, insbesondere über die Fähigkeit, die Gegenseite unter Druck zu setzen und sie so in eine Situation zu bringen, dass sie Verhandlungsangebote nicht einfach ignorieren kann.

  So die Formulierung in BVerfG DB 1982, 231

  Dies wird normalerweise nur über die Bereitschaft zum Arbeitskampf erreichbar sein.

- Zum zweiten muss sie über die nötige „Leistungsfähigkeit“ verfügen. Von ihren Ressourcen her muss sie in der Lage sein, vor Beginn von Tarifverhandlungen die wirtschaftliche Lage zu analysieren, Tarifforderungen aufzustellen und die Einhaltung der getroffenen Abmachungen zu überwachen.

  So BAG BB 2005, 1054 , 1059

c) Das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen

Jede Gewerkschaft, die den eben skizzierten Voraussetzungen gerecht wird, hat das Recht, mit der Arbeitgeberseite in Tarifverhandlungen einzutreten und Tarifverträge abzuschließen. Der Gesetzgeber hat allerdings nach einer älteren Entscheidung des BVerfG (BVerfE 4, 96 ff.) das Recht, die Tariffähigkeit weiter zu beschränken. Damals blieb es unbeanstandet, dass eine Vorschrift des geltenden Landesrechts so interpretiert wurde, dass gemischt-fachlichen Verbänden auf Arbeitgeberseite die Tariffähigkeit vorenthalten

blieb. Derartiges sei aber nur möglich, wenn es sich um eine außergewöhnliche oder durch die Entwicklung weithin überholte Organisationsform handle, deren Tariffähigkeit eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens erheblich störe und zu schwer überwindbaren Schwierigkeiten führe.

So BVerfGE 4, 96, 108

Dies sind singuläre Voraussetzungen, die in der heutigen Diskussion keine Rolle mehr spielen. Die Tariffähigkeit berufsorientierter Organisationen ist allgemein anerkannt. Soweit bei einzelnen „christlichen" Organisationen Zweifel bestehen, beruhen diese nicht auf der Organisationsform, sondern darauf, dass die Unabhängigkeit von der Arbeitgeberseite und die „Mächtigkeit" nicht ausreichend dargetan sind.

Das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen steht jeder tariffähigen Organisation, d. h. jeder Gewerkschaft zu. Sie kann sich der Tarifautonomie bedienen, um für ihre Mitglieder (oder auch darüber hinaus) bessere Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu erreichen. Diese ist nicht eine „Institution", an der Gewerkschaften, Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände in unterschiedlicher Weise teilhaben. Vielmehr geht es um die Ausübung eines Freiheitsrechts, das jeder beteiligten Organisation zusteht. Es gibt nicht „die" Tarifautonomie, in die sich die Handlungsmöglichkeiten der einzelnen Beteiligten einfügen müssen. Vielmehr kann jede einzelne Gewerkschaft genauso wie die Arbeitgeberseite von ihren Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch machen. Soweit es mehrere Gewerkschaften geben kann, müssen auch unterschiedliche Tarifverträge möglich sein. Deren Tarifverträge sollten dann ihrerseits den Vorgaben des neuen § 4a Abs. 1 entsprechen („Schutzfunktion", „Verteilungsfunktion", „Befriedungsfunktion" und „Ordnungsfunktion").

III. Ausgestaltung oder Eingriff?

In der gemeinsamen Erklärung von DGB und BDA vom 4. Juni 2010 mit dem Titel „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern – Tarifeinheit gesetzlich regeln" wurde unter Ziff. 2 der Standpunkt vertreten, die vorgeschlagene Regelung über eine obligatorische Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip, die sich inhaltlich in § 4a Abs. 2 Satz 2 des Gesetzentwurfs wiederfindet, diene der „Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit". Träfe dies zu, wäre sie jedenfalls nicht an den Kriterien zu messen, die für einen Eingriff in Grundrechte gelten. Auch in der Literatur wird zum Teil der Standpunkt vertreten, bei der Schaffung von Kollisionsregeln zwischen verschiedenen Tarifverträgen handle es sich um die „Ausgestaltung" des Grundrechts aus Art. 9 Abs.3 GG.

Hromadka, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Tarifkollision, NZA 2008, 384, 387; ähnlich Kempen, Die „Tarifeinheit" der Koalitionsfreiheit – ein Zwischenruf, in: FS Hromadka, München 2008, S. 177, 179 ff.

Das Problem der „Ausgestaltung" stellt sich nur bei jenen Grundrechten und grundrechtlichen Betätigungen, die nicht – wie z. B. das Äußern von Meinungen – als „natürliche Freiheit" garantiert sind, sondern auf Umsetzungsnormen angewiesen sind, damit man von ihnen effektiv Gebrauch machen kann. Ausdrücklich angesprochen ist das Problem bei Art 14 Abs.1 Satz 2 GG, wonach Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden, doch gilt bei zahlreichen anderen Grundrechten wie z. B. der Vereinigungsfreiheit nichts anderes: Sie setzt ein – wie auch immer beschaffenes - Vereins- und Gesellschaftsrecht voraus, um in der Realität ausgeübt werden zu können. Die bereit zu stellenden Normen können förmliche Gesetze, aber auch richterrechtliche Grundsätze, ja selbst gewohnheitsrechtliche Normen sein.

Auch die Koalitionsfreiheit bedarf der normativen Ausgestaltung. Dies gilt einmal ähnlich wie bei der Vereinigungsfreiheit für die Möglichkeit zum Zusammenschluss als solchem, wobei das durch richterrechtliche Grundsätze modifizierte Vereinsrecht den Anforderungen in vollem Umfang genügt. Wichtiger und im vorliegenden Fall unmittelbar einschlägig ist die Notwendigkeit, einen rechtlichen Rahmen für die Tarifautonomie bereit zu stellen, der insbesondere die unmittelbare und zwingende Wirkung von Tarifverträgen, aber auch die Frage regelt, wer im Einzelnen an Tarifverträge gebunden ist. Diese Aufgabe erfüllt das TVG, das allerdings nicht die einzig denkbare Lösung enthält. Ob auch der Arbeitskampf einer gesetzlichen oder richterrechtlichen Ausgestaltung bedarf, erscheint weniger offenkundig. Anders als bei der Tarifautonomie lässt sich hier der Standpunkt vertreten, der Streik sei eine natürliche Freiheit,

so etwa Engels, Verfassung und Arbeitskampfrecht, a. a. O., S. 261 ff.

deren Ausübung von Verfassungs wegen arbeitsvertragliche Pflichten suspendiert, doch kann

dies im vorliegenden Zusammenhang letztlich dahin stehen.

Eine **„Ausgestaltung"** liegt – abstrakt gesprochen – dann vor, wenn die Voraussetzungen für die Wahrnehmung eines Grundrechts geschaffen werden. Dies hat das BVerfG gerade im Zusammenhang mit der Koalitionsfreiheit betont und hinzugefügt, dies gelte insbesondere dort, wo es um die Regelung der Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen gehe.

BVerfG NZA 1995, 272, 273 rechte Spalte unten: (Die vorbehaltlose Gewährleistung der Koalitionsfreiheit) „schließt eine Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers nicht aus, soweit er Regelungen trifft, die erst die Voraussetzungen für eine Wahrnehmung des Freiheitsrechts bilden. Das gilt insbesondere dort, wo es um die Regelung der Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen geht."

Konkret sind damit die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen gemeint, nicht etwa Konkurrenzprobleme, die auf Arbeitnehmer- oder auf Arbeitgeberseite auftreten mögen. Ein **Eingriff,** der nur zur Wahrung verfassungsrechtlich geschützter Güter zulässig ist (BVerfG, a. a. O.), ist demgegenüber dann gegeben, wenn der tatbestandliche Schutzbereich verkürzt wird, wenn die potentiellen Verhaltensmöglichkeiten eingeschränkt werden.

Degenhart, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Heidelberg 2009, § 61 Rn 13. Zu unspezifisch Dieterich, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1, 11, wonach ein Eingriff dann vorliege, wenn das Regelungsziel nicht in der Realisierung eines funktionsgerechten Tarifsystems bestehe. Ebenso Hromadka/Schmitt-Rolfes, Am Ziel? Senat will Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität kippen, NZA 2010, 687, 689

Im Einzelfall kann die Abgrenzung erhebliche Probleme aufwerfen. Als Beispiel mag der hier nicht relevante Fall dienen, dass die auf das Eigentum bezogene Gesetzgebung bestimmte Gegenstände für nicht eigentumsfähig erklärt oder ihrem Inhaber nur eine geminderte Rechtsposition zuweist. Wirklich exakte Grenzen sind in diesem Bereich noch nicht erarbeitet.

Dazu eingehend Engels, Verfassung und Arbeitskampfrecht, a. a. O., S. 281 ff.; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, Berlin 1999, S. 425 ff

Im hier interessierenden Zusammenhang kommt es auf dieses Abgrenzungsproblem nicht an. Die geplante gesetzliche Regelung gestaltet die Rechte einzelner Gewerkschaften aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht aus, sondern schränkt sie in weitestem Umfang ein. Der faktische Entzug des Rechts, Tarifverträge abzuschließen und dafür einen Arbeitskampf zu führen,

Dazu oben A II 3, III

stellt einen denkbar weitreichenden Eingriff dar, der nur noch durch ein Gewerkschaftsverbot übertroffen werden könnte.

S. Jacobs, Tarifpluralität statt Tarifeinheit, NZA 2008, 325, 329: „Intensivere Eingriffe in die Koalitionsfreiheit sind nicht möglich, sieht man von einem Gewerkschaftsverbot ab.“ Wie hier Konzen, JZ 2010, 1036, 1041, Schliemann, NZA 2014, 1250, 1251 und in der Sache BAG NZA 2010, 645 Tz. 79. Ebenso di Fabio, Rechtsgutachten (zitiert nach Richardi, NZA 2014, 1233, 1235) und Hufen NZA 2014, 1237, 1238

Betroffen ist dabei nicht nur die Organisation als solche, sondern auch das einzelne Mitglied: Die Früchte der Mitgliedschaft werden ihm entzogen,

BAG NZA 2010, 645 Tz 81; Thüsing/v. Medem, Tarifeinheit und Koalitionspluralismus: Zur Zulässigkeit konkurrierender Tarifverträge im Betrieb, ZIP 2007, 511

er wird weitgehend auf den Status eines Nichtorganisierten zurückgeworfen.

Franzen, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 194

Erschwerend kommt hinzu, dass die „Tarifeinheit kraft Mehrheit“ bestimmte Gewerkschaften in besonderer Weise benachteiligt, die sich ihrer Ausrichtung nach nur an bestimmte Teile der Belegschaften wenden. Auch bei „allgemeinen“, sich an alle abhängig Beschäftigten wendenden Gewerkschaften gäbe es keine Rechtfertigung der Art, dass man im einen Betrieb Mehrheit, im anderen Minderheit sei, was sich im Ergebnis ausgleiche: Dies wäre allenfalls unter der Prämisse potentiell gleich starker Organisationen plausibel, wovon unter den gegebenen Umständen nicht die Rede sein kann. Das BVerfG nimmt bereits dann einen „Eingriff“ an, wenn durch Gesetz ein Tarifvertrag außer Kraft gesetzt wird;

BVerfGE 100, 271, 283; BVerfGE 103, 293, 305

dasselbe muss erst recht gelten, wenn bestimmten Gewerkschaften schon der Abschluss von Tarifverträgen faktisch unmöglich gemacht wird.

Übereinstimmend Reichold, Gutachten, S. 11. Auf die Differenzierung zwischen „Eingriff“ und „eingriffsgleichen Beeinträchtigungen“ (dazu Cornils, Von Eingriffen, Beeinträchtigungen und Reflexen. Bemerkungen zum Status Quo der Grundrechts-Eingriffsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts, FS Bethge, Berlin 2009, S. 137, 140 ff.) kommt es in diesem Zusammenhang nicht an

Anders als in der gemeinsamen Erklärung angenommen, handelt es sich bei der geplanten Regelung nicht um eine Ausgestaltung von Grundrechten, sondern um einen massiven Eingriff in die Koalitionsfreiheit.

IV. Rechtfertigung des Eingriffs mit dem Gedanken der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie?

1. Die Ausgangsthesen

In der Literatur wird insbesondere von Rupert Scholz

Bahnstreik und Verfassung, FS Buchner, München 2009, S. 827 f.; Ders., Rechtsgutachten zur Problematik von Tarifpluralität und Tarifeinheit – Verfassungsfragen zu einer gesetzliche Reformlösung, erstattet im Auftrage der BDA, Mai 2010, insbes. S. 29

der Standpunkt vertreten, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sei angesichts einer größer werdenden Anzahl von Gewerkschaften nur dann gewährleistet, wenn das Prinzip der Tarifeinheit gelte. Dies sei auch im Hinblick auf Art. 9 Abs.3 GG unbedenklich, weil die dort garantierten Rechte „unter dem Vorbehalt einer funktionierenden Tarifautonomie insgesamt“ stehen würden.

Scholz, a. a. O., FS Buchner, S. 828

Zwischen den Rechten der einzelnen Organisationen und ihrer Mitglieder sei ein „möglichst schonender Ausgleich“ zu schaffen,

Scholz, FS Buchner, S. 829

so dass eine unverhältnismäßige Zurücksetzung der Minderheitsorganisationen nicht in Betracht komme. Wie deren verbleibende Rechte beschaffen sein sollen, wird nicht näher ausgeführt.

Ähnlich argumentiert Kempen.

a. a. O., FS Hromadka, S. 184 ff.

Art. 9 Abs.3 GG schalte den Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt dadurch aus, dass „Angebotskartelle“ der Arbeitnehmer ermöglicht würden. Die Kartellfunktion erfordere funktionell, „dass am Ende des Wettbewerbs als Ergebnis eine einheitliche Tarifregelung für das konkrete betriebliche Arbeitsfeld“ stehe.

Kempen, FS Hromadka, S. 186

Eine Tarifpluralität tendiere dazu, den gerade zu vermeidenden Unterbietungswettbewerb auf kollektiver Ebene erneut zu entfesseln; auf diese Weise könne die Tarifautonomie ihre Funktion nicht mehr erfüllen.

Andere Autoren stützen sich auf die bisherige Rechtsprechung des BAG

> S. etwa BAG AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz

und verweisen auf praktische Probleme. Die Tarifpluralität führe zu einem Zustand, der der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit abträglich sei. Organisatorische Probleme seien angesichts einer Vielfalt von Tarifverträgen schwer zu lösen, zumal der Arbeitgeber Schwierigkeiten habe, die Zugehörigkeit von Beschäftigten zu einzelnen Gewerkschaften überhaupt zu erfahren.

> S. etwa Göhner, 60 Jahre TVG – Zeit für Reformen? FS Bauer, München 2010, S. 359 ff.

Auch sei es schwierig, in ein und demselben Betrieb drei oder vier verschiedene Arbeitszeitmodelle zu praktizieren.

> Göhner, a. a. O.

Problematisch sei zudem die Abgrenzung zu Betriebsnormen, bei denen wegen § 3 Abs.2 TVG notwendigerweise nur ein Tarifvertrag im Betrieb gelten könne; allein bei Inhalts-, Einstellungs- und Beendigungsnormen sei aber überhaupt eine Tarifpluralität denkbar.

In der neueren Literatur wird weiter darauf verwiesen, die Tarifpluralität führe zu permanenten Tarifauseinandersetzungen und Streiks; auf diese Weise verliere die Friedenspflicht weitgehend ihre Funktion.

> Giesen NZA 2009, 15 („Vervielfältigung von Arbeitskämpfen"); Hromadka NZA 2008, 383, 387

Betriebsklima und Personalarbeit würden erheblich beeinträchtigt. In Bezug auf Spartengewerkschaften werden auch arbeitskampfrechtliche Argumente herangezogen, wonach die Arbeitsniederlegungen durch Spezialisten nicht nur exorbitante Schäden hervorrufen, sondern auch die Kampfparität gefährden, weil der Arbeitgeberseite keine ausreichenden Abwehrmittel mehr zur Verfügung stehen würden.

> v. Steinau-Steinrück/Glanz, Dauerarbeitskämpfe durch Spartenstreiks – Die verbliebenen Kampfmittel der Arbeitgeber, NZA 2009, 114

Allen Argumentationen ist gemeinsam, dass sie das Funktionieren der Tarifautonomie als gefährdet ansehen, wenn man nicht weiter den Grundsatz der Tarifeinheit praktiziere. Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob die getroffenen normativen und empirischen Annahmen überhaupt zutreffen.

2. Koalitionsfreiheit unter Funktionsvorbehalt?

Art. 9 Abs.3 GG gewährt ein Freiheitsrecht „für jedermann und alle Berufe". Ob und wie man von ihm Gebrauch macht, ist den Individuen und ihren Organisationen überlassen. Dieses Freiheitsrecht enthält keinen Gesetzesvorbehalt, ist deshalb jedoch nicht schrankenlos garantiert. Zum Schutz gleichermaßen verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechtsgüter sind Einschränkungen möglich, soweit diese von der Sache her geboten, d. h. verhältnismäßig sind.

> BAG NZA 2010, 645 Tz 82

Dies muss im Einzelfall dargelegt und geprüft werden. Einen pauschalen Vorbehalt, dass nur ein „funktionsgerechter" Gebrauch von Grundrechten garantiert wäre, kennt das Grundgesetz nicht. Insofern ist schon der Ausgangsthese von Rupert Scholz zu widersprechen. Würde man eine solche Annahme akzeptieren, hätte dies letztlich zur Folge, dass der Einzelne in entscheidenden Fragen fremdbestimmt wäre, weil andere festlegen würden, was unter einem „funktionsgerechten" Freiheitsgebrauch zu verstehen ist. Der These kann nur insoweit Bedeutung zukommen, als konkrete Nachteile benannt werden, die eine Tarifpluralität mit sich bringen würde. Dies wird von anderen Autoren unter den Stichworten „mangelnde Praktikabilität" und „permanente Auseinandersetzungen" durchaus getan. Ein weiteres Bedenken besteht gegen die Handhabung des Prinzips der praktischen Konkordanz: Welche Rechte Minderheitsgewerkschaften im Bereich der Tarifpolitik noch haben sollen, wird nirgends ausgeführt und ist auch nicht ersichtlich: Sie behalten das Recht, Flugblätter zu verteilen oder E-Mails zu versenden, aber für eine effektive Verbesserung der Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder können sie letztlich nichts mehr unternehmen. Zwar könnte man sich die Frage stellen, ob nicht auch ohne tarifbezogenen Streik entsprechende Möglichkeiten bestünden, weil Arbeitsniederlegungen auch für andere als tarifliche Ziele denkbar und rechtmäßig sind,

> Das BAG hat in zwei Entscheidungen (NZA 2003, 735, 740 und NZA 2007, 987, 994 Tz. 79) die Frage, ob ein Streik um andere als tarifliche Ziele rechtmäßig ist, dahinstehen lassen. Auch die Anerkennung des Unterstützungsstreiks (BAG NZA 2007, 1055) lockert zumindest den Tarifbezug

doch hat diese Perspektive in der bisherigen Diskussion keine Rolle gespielt und soll angesichts der Ungewissheit, wie sich die Rechtsprechung entwickeln wird, hier nicht weiterverfolgt werden. Jedenfalls würde man dem Autor Scholz Unrecht tun, wollte man ihm einen solchen Ausweg als gewollt unterstellen. Es bleibt somit dabei, dass die „praktische Konkordanz" zu einer „praktischen Dominanz" wird, ohne dass Bremsen und Gegengewichte irgendwie sichtbar gemacht würden.

Auch die Thesen Kempens beisitzen nicht mehr Überzeugungskraft.

> Zutreffend noch derselbe Autor in NZA 2003, 415, 417: „Die unter dem Schutz des Art. 9 Abs.3 GG getroffenen….Entscheidungen (werden) für den von der Rechtsprechung verdrängten Tarifvertrag… praktisch wertlos gestellt, ohne dass dies durch ein ´Gegengrundrecht´ legitimiert wäre." Kleider machen Leute, Funktionen machen Meinungen (Kempen war an der Ausarbeitung der DGB/BDA-Initiative beteiligt)

Die „Kartellwirkung" von Tarifverträgen reicht nach dem Grundgesetz nicht über die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft hinaus. Ob sich ein gro-

ßes oder mehrere kleine „Kartelle“ bilden, ist der Entscheidung der Beteiligten überlassen. Sie allein können bestimmen, welchen Umfang ihre Zusammenschlüsse annehmen sollen, wo es nach ihrer Auffassung notwendig ist, der Überlegenheit der Arbeitgeberseite mit gemeinsamem Handeln zu begegnen. Die These, schon die Existenz mehrerer Gewerkschaften, die sich um Tarife bemühen, gefährde oder beseitige die „Kartellwirkung“, läuft letztlich darauf hinaus, nur noch ein „Superkartell“ zuzulassen und damit das Konzept der Einheitsgewerkschaft entgegen Wortlaut und Sinn des Art. 9 Abs.3 GG zu einem von der Verfassung gebotenen zu machen. Dass die „Unterbietungskonkurrenz“ Probleme bereiten kann, liegt auf der Hand, doch gibt es andere Mittel, ihr zu begegnen.

Dazu eingehend Dieterich, Koalitionswettbewerb – Nutzung von Freiheit oder Störung der Ordnung? GS Zachert, Baden-Baden 2010, S. 532, 541 ff.

Insbesondere sollte man strenger als bisweilen in der Vergangenheit prüfen, ob bei einer Organisation wirklich die nötige Unabhängigkeit von der Arbeitgeberseite und die erforderliche „Mächtigkeit“ besteht. Tarifverträge allein können hierfür kein ausreichendes Indiz sein.

Anders aber im Grundsatz BAG NZA 2006, 1112

Auch sollte man die „Überbietungskonkurrenz“ nicht übersehen, die zu einer Aktivierung von Gewerkschaften führen kann, die als Alleinvertretung eine sehr viel halbherzigere Form von Interessenvertretung betreiben würden.

Die Tatsache, dass ein früherer Justiziar der Gewerkschaft ver.di (Kempen, FS Hromadka, S. 184 ff.) den solidarischen Zusammenschluss von Arbeitnehmern durchgehend als „Kartell“ bezeichnet, macht deutlich, wie wenig von den gewerkschaftlichen Traditionen bisweilen auf den Direktionsetagen noch übrig geblieben ist.

3. Mangelnde Praktikabilität der Tarifpluralität? – Die bisherigen Erfahrungen

Die These, die Anerkennung der Tarifpluralität im Betrieb führe zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten und zu schwer erträglicher Rechtsunsicherheit, geht stillschweigend davon aus, dass bisher, d. h. bis 2010 generell nach dem Prinzip der Tarifeinheit verfahren worden sei. Dem ist jedoch nicht so. Es gab vielmehr auch schon in der Vergangenheit zahlreiche Fälle, in denen mehr als ein Tarifvertrag in einem Betrieb angewandt wurde, ohne dass dies irgendwelche Klagen zur Folge gehabt hätte.

Ebenso Henssler, Ende der Tarifeinheit – Eckdaten eines neuen Arbeitskampfrechts, RdA 2011, 65, 66 f.

(1) Wirkt ein Flächentarifvertrag nur noch nach und schließt der Arbeitgeber mit einer anderen Gewerkschaft einen Firmentarif, so löst dieser nicht etwa den nachwirkenden Flächentarif ab. Vielmehr existieren nach der Rechtsprechung beide Tarife nebeneinander.

BAG NZA 1998, 40 ff.

Nur für die Mitglieder der anderen Gewerkschaft gilt der neue, in ihrem Namen abgeschlossene Tarif. Dies ließ sich auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung mit dem Argument kritisieren, der nachwirkende Tarifvertrag habe auf diese Weise eine stärkere Wirkung als ein noch voll in Kraft befindlicher,

Vgl. Jacobs NZA 2008, 327: „dogmatisch seltsame Begründung“

doch ist dies im vorliegenden Zusammenhang ohne Interesse.

(2) Wird ein Betrieb oder Betriebsteil nach § 613a BGB auf einen Erwerber übertragen, so gelten die bisherigen Tarifnormen fort; von ihnen kann nach § 613a Abs.1 Satz 2 BGB grundsätzlich während eines Jahres nicht zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen werden. Gilt beim Erwerber ein anderer Tarifvertrag, so tritt dieser nach § 613a Abs.1 Satz 3 BGB nur dann an die Stelle des bisher geltenden, wenn beiderseitige Tarifgebundenheit besteht. Fehlt es daran, bleiben die bisherigen Tarifverträge weiter für die übergegangenen Arbeitsverhältnisse maßgebend.

BAG NZA 2010, 41 unter Rückgriff auf BAG NZA 2001, 1318

Auch dann sind im Betrieb zwei verschiedene Tarifverträge anzuwenden.

(3) Gilt im Erwerberbetrieb ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag, so würden an sich die bisherigen Tarifbestimmungen unanwendbar werden, da nach § 5 TVG eine beiderseitige Tarifgebundenheit besteht. Wird jedoch im Arbeitsvertrag auf einen Tarif (in der Regel den der bisherigen Branche) verwiesen, so geht diese arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel nach § 613a Abs.1 Satz 1 BGB auf den Erwerber über. Ist der in Bezug genommene Tarifvertrag günstiger (im konkreten Fall ging es um eine Bezugnahme auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes und um den für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag für das Gebäudereinigungshandwerk), so findet er weiter Anwendung.

BAG NZA 2008, 364

Das BAG nimmt auch hier keine Vereinheitlichung vor, sondern mutet dem Arbeitgeber die Beachtung von zwei verschiedenen Normenkomplexen zu.

Ebenso BAG NZA 2009, 151

(4) Bilden zwei Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb, so wird dort zwar ein einheitlicher Betriebsrat gewählt. Das Prinzip der „Tarifeinheit“ wird jedoch nicht herangezogen. Vielmehr gelten im Verhältnis zum jeweiligen Vertragsarbeitgeber die in dessen Unternehmen maßgebenden Tarifverträge. Die im Gemeinschaftsbetrieb typischerweise vorhandene Personalleitung muss daher mindestens zwei verschiedene Tarifverträge anwenden.

BAG NZA 1993, 405 unter Bezugnahme auf BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität. Gibt es mehr als zwei Trägerunternehmen, kommt auch eine höhere Anzahl von Tarifverträgen in Betracht. Wie hier Henssler, a. a. O., RdA 2011, 65, 66

(5) Im Bereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes kann aus unionsrechtlichen Gründen ein Firmentarif

den für allgemein verbindlich erklärten Mindestbedingungstarif nicht verdrängen. Dies gilt aber nur, soweit es um Mindestbedingungen geht. Bei anderen Fragen kommen nach bisheriger Rechtsprechung sehr wohl die allgemeinen Regeln der Tarifkonkurrenz zur Anwendung. Dies hatte beispielsweise zur Folge, dass in Bezug auf die Urlaubskasse der für allgemein verbindlich erklärte Tarifvertrag, in Bezug auf sonstige gemeinsame Einrichtungen jedoch ein anderer Tarif zur Anwendung kam.

BAG NZA 2007, 1111, 1115

Auch hier wurde eine Ausnahme vom Prinzip der Tarifeinheit gemacht.

(6) Existiert ein speziellerer Tarifvertrag nur für Arbeiter, geht dieser vor. Für Angestellte bleibt es aber bei dem für alle geltenden Tarifvertrag.

BAG NZA 1994, 1038, 1041

Auch in diesem Fall werden im Betrieb zwei Tarifverträge angewandt. Ob man dies als allgemeine Ausnahme zugunsten von Berufsgruppentarifen ansehen kann,

Überlegung bei Deinert, Arbeitsrechtliche Herausforderungen einer veränderten Gewerkschaftslandschaft, NZA 2009, 1181; in diese Richtung auch Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, München 1997, S. 753

ist bislang nicht ausreichend geklärt.

(7) Die wohl wichtigste Ausnahme vom Prinzip der Tarifeinheit liegt im Arbeitskampfrecht. Die jüngere Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte vertritt den Standpunkt, bei Erhebung einer Tarifforderung sei noch nicht absehbar, ob der auf ihrer Grundlage abgeschlossene Tarifvertrag als speziellerer vorgehen würde oder hinter einem anderen zurücktreten müsse. Aus diesem Grund wurde kein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip angenommen, der auch den Streik unzulässig gemacht hätte.

LAG Hessen NZA 2003, 679, 680 f.; LAG Rheinland-Pfalz DB 2007, 2432 (in Abweichung von LAG Rheinland-Pfalz AP Nr. 169 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anm. Däubler); LAG Sachsen NZA 2008, 59, 64 ff.; dazu auch Rieble, Zulässigkeit des Lokführer-„Funktionseliten"-Streiks, BB 2003, 1227 ff.

In der Folgezeit haben sich die Tarifverträge der Gewerkschaft der Flugsicherung und der Gewerkschaft der Lokomotivführer durchgesetzt, ohne dass ihre Gültigkeit unter Hinweis auf das Prinzip der Tarifeinheit in Frage gestellt worden wäre. Auch auf diese Weise entstand nach bisherigem Recht eine Tarifpluralität.

Ebenso Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 4. Aufl. Frankfurt/Main 2013, Grundlagen des Streik- und Tarifrechts, Rn 181 ff.; Harasser/Pagel, DIW-Wochenbericht Nr. 30/2010 S. 7

(8) Unbestritten zulässig ist schon immer eine sog. gewillkürte Tarifpluralität. Arbeitgeber und Gewerkschaften konnten (und können) sich einigen, dass im Betrieb mehrere Tarifverträge gelten sollten. In der Regel erfolgt dies in der Weise, dass auf einzelne Gruppen von Beschäftigten jeweils ein Tarifvertrag angewandt wird. Auch der vorliegende Gesetzentwurf will daran nichts ändern.

S. oben A II 2

Das BAG hat aus dieser Rechtsprechungspraxis den Schluss gezogen, es gebe kein „Ordnungsprinzip der betrieblichen Tarifeinheit".

BAG NZA 2010, 645 Tz. 59

In der Literatur wurde zwar betont, es sei bei den Ausnahmen immer um Sonderkonstellationen gegangen,

Göhner, FS Bauer, S. 356

doch wurde dem entgegengehalten, in Wahrheit befinde sich die Tarifeinheit „in Auflösung".

Bayreuther NZA 2008, 12

Letzteres erscheint auch deshalb überzeugender, weil selbst in den ganz „normalen" Fällen der Geltung mehrerer Tarife in einem Betrieb nicht immer nach dem Einheitsprinzip verfahren wurde.

Vgl. Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, München 2010, S. 290, 298 ff.; Kohte, Entscheidungsanmerkung, SAE 1996, 15; Konzen JZ 2010, 1036, 1040

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert allerdings ein anderer Punkt:

Wenn in all den aufgezählten Fallgruppen schon früher Tarifpluralität praktiziert wurde, kann diese schwerlich zu unüberwindbaren oder inakzeptablen praktischen Schwierigkeiten führen.

Das gilt auch dann, wenn sich weitere berufsorientierte Gewerkschaften bilden sollten, was aber nach einer Analyse des DIW nicht zu erwarten ist.

Harasser/Pagel, DIW-Wochenbericht Nr. 30/2010 S. 10 f.

Dies wird bestätigt, wenn man sich die einzelnen spezifischen „Schwierigkeiten" vor Augen führt, die das Prinzip der Tarifeinheit rechtfertigen sollen.

Dazu zusammenfassend Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, S. 400 ff. Zutreffend Schliemann NZA 2014, 1250, 1251: Keine drohende Störung des Tarifsystems durch Tarifpluralität aufgezeigt

Belastend sollen einmal die auftretenden Verwaltungskosten wirken – ein Argument, das im Zeitalter der EDV schwerlich Überzeugungskraft entfalten kann.

BAG NZA 2010, 645 Tz. 64; Deinert NZA 2009, 1178; Henssler RdA 2011, 65, 67; Jacobs NZA 2008, 328

Weiter wird darauf verwiesen, die Abgrenzung von Individual- und Betriebsnormen sei außerordentlich schwierig, doch stellt sich dieses Problem auch dann, wenn man Tarifeinheit praktiziert und dann wissen möchte, ob eine Tarifnorm für und gegen alle wirkt oder nur die Organisierten bindet.

Thüsing/v. Medem ZIP 2007, 512

Auch unterschiedliche Arbeitszeitregelungen in verschiedenen Tarifverträgen lassen sich einplanen; in

der Literatur wird berichtet, dass es bei Opel Rüsselsheim aufgrund betrieblicher Abmachungen 130 Arbeitszeitregimes gebe.

Mitgeteilt bei Deinert NZA 2009, 1178. Weniger überzeugend dagegen Kempen, in: FS Hromadka, S.178, wonach sich in nicht tarifgebundenen Betrieben die „individualrechtliche Vielfalt" gut bewältigen ließe: Der Arbeitgeber wird diese immer nur so weit vorantreiben, wie dies mit seinen Interessen vereinbar ist, und deshalb im Regelfall Standardbedingungen verwenden.

Weiter kann sich der Arbeitgeber nicht immer dagegen wehren, dass eine größere Zahl von Beschäftigten nach § 8 TzBfG einen Anspruch auf Verkürzung der Arbeitszeit erfolgreich geltend macht, was dann gleichfalls die Einplanung unterschiedlicher Arbeitszeiten erfordert. Schließlich stellt sich bei Tarifpluralität das Problem, nach der Gewerkschaftszugehörigkeit differenzieren zu müssen.

Göhner, FS Bauer, S. 359

Auch hier findet sich unschwer eine Lösung. Im Normalfall wird in den Arbeitsverträgen einheitlich auf einen bestimmten Tarifvertrag verwiesen. Vertritt ein Arbeitnehmer den Standpunkt, er gehöre einer Gewerkschaft an, die einen aus seiner Sicht besseren Tarif abgeschlossen hat, so muss er seine Mitgliedschaft offenlegen und damit die Voraussetzungen für seine Ansprüche deutlich machen.

Deinert NZA 2009, 1179

4. Aushöhlung der Friedenspflicht?

Das vierte Argument scheint auf den ersten Blick das plausibelste zu sein. Kann jede Gewerkschaft ihren eigenen Tarif schließen, der dann jedenfalls für ihre Mitglieder auch Bestand hat, so könnte sich theoretisch für den Arbeitgeber die Situation ergeben, dass er fast kontinuierlich Tarifverhandlungen führen muss und mit Streikdrohungen konfrontiert ist. Auch könne er - so einzelne Stimmen in der Literatur - bei einem Spezialistenstreik in eine Situation geraten, in der ihm Gegenmittel nicht zur Verfügung stünden: Die Streikenden ließen sich nicht ersetzen, eine Aussperrung der wenigen Arbeitswilligen würde die Situation nur verschlimmern, und am Ende müsste er sogar die Vergütung an jene weiterbezahlen, die er wegen des Streiks nicht beschäftigen kann. Dies lasse sich nicht mehr mit dem Paritätsprinzip vereinbaren.

S. etwa in der Literatur Giesen NZA 2009, 15; v. Steinau-Steinrück/Glanz NZA 2009, 114; vgl. auch Bayreuther NZA 2008, 15

Auch hier ist zunächst auf Erfahrungen zu verweisen. Die eben geschilderten zahlreichen Fälle, in denen schon in der Vergangenheit nach dem Prinzip der Tarifpluralität verfahren wurde, haben keine permanenten Arbeitskämpfe zur Folge gehabt.

Ähnlich BAG NZA 2010, 645 Tz. 74

Diese wären zwar durchaus legal gewesen, fanden aber nicht statt: Die Bereitschaft zum Streik oder anderen Arbeitskampfmaßnahmen ist in Deutschland deutlich weniger ausgeprägt als in anderen vergleichbaren Ländern.

S. die Nachweise oben B I

Mit Recht ist deshalb auch in der juristischen Literatur davon die Rede, das „Schreckgespenst" fortwährender Arbeitskämpfe sei fiktiv,

Deinert NZA 2009, 1182, 1183

die Arbeitgeberseite halte bei Tarifverhandlungen die Fäden zur Koordinierung der Abschlüsse in der Hand.

Thüsing/v. Medem ZIP 2007, 515

Selbst die erbitterten Auseinandersetzungen bei der Bahn haben es nicht verhindert, dass schon 2010 ein tariflicher Rahmen zustande kam, wonach bis 2014 eine koordinierte Tarifpolitik der verschiedenen Gewerkschaften stattgefunden hat.

Göhner, FS Bauer, S. 362: Bis 2014 widerspruchsfreie Tarifverträge bei der Bahn. S. weiter Fritz/Meyer, Quo vadis Tarifeinheit? NZA Beilage 3/2010, S. 111, 112

Auch rechtlich ergeben sich keine wesentlichen Probleme. Wenn durch Art. 9 Abs.3 GG die Möglichkeit zum Gewerkschaftspluralismus eröffnet ist, muss automatisch auch eine Mehrzahl von Tarifverträgen akzeptiert werden. Diese können ihrerseits durch Streik oder andere Druckmittel erkämpft werden. Selbst wenn diese häufiger sein sollten als in einem System einer allumfassenden Einheitsgewerkschaft, ist dies als Preis des Freiheit in Kauf zu nehmen. Die Sonderprobleme, die bei einem Spezialistenstreik auftauchen könnten, hängen nicht mit der Organisationsform zusammen: Auch eine Einheitsgewerkschaft, die ihre Fluglotsen, Piloten, Ärzte, Lokführer usw. zum Streik aufruft, würde (mindestens) dasselbe Maß an Druck ausüben wie eine entsprechende Berufsorganisation.

Zutreffend Hanau RdA 2008, 100, 102

Ob insoweit arbeitskampfrechtlicher Handlungsbedarf besteht, steht auf einem anderen Blatt. Wenn manche die Parität gefährdet sehen, nur weil dem Arbeitgeber faktisch weder das Gegenmittel des Streikbrechereinsatzes noch die Aussperrung zur Verfügung steht, so ist an die Entscheidungen des BAG vom 10. 6. 1980 zu erinnern.

BAG DB 1980, 1266 ff.

Dort wird ausdrücklich betont, dass einerseits der Streik unabdingbar sei, um zu wirklichen Tarifverhandlungen zu kommen, dass andererseits aber die Arbeitgeberseite nur unter ganz bestimmten Umständen ein Gegenmittel benötige, um ihrerseits nicht in eine Position der Unterlegenheit zu geraten. Eine solche Ausnahmesituation sei etwa dann gegeben, wenn den Nichtstreikenden auch dann die Vergütung fortbezahlt werden müsste, wenn sie wegen der Arbeitsniederlegung effektiv nicht weiterbeschäftigt werden könnten. Dies ist jedoch nicht der Fall, da der Betrieb als eine arbeitskampfrechtliche Einheit betrachtet wird, wo der Entgeltanspruch auch bei den Beschäftigten entfällt, die nicht am Streik teilnehmen.

Franzen RdA 2008, 201

Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Streik für die beteiligten Arbeitnehmer wegen des Entgeltwegfalls

mit erheblichen Opfern verbunden ist, die einen zurückhaltenden Gebrauch von diesem Mittel nahelegen.

Ebenso Thüsing/v. Medem ZIP 2007, 515

Bei kleinen Gewerkschaften kommt hinzu, dass sie in der Regel keine Streikunterstützungen bezahlen, so dass die Lebensführung der Streikenden unmittelbar betroffen ist, soweit sich die Aktion über einen längeren Zeitraum als ein paar Tage erstreckt.

Dominierend sind heute allerdings kurzfristige Streiks, die höchstens wenige Tage dauern. Zu diesem Trend Dribbusch, in: Bispinck/WSI-Tarifarchiv (Hrsg.), Tarifhandbuch 2008, S. 60 ff.

5. Zwischenergebnis

Ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit lässt sich mit den vorgebrachten Gründen nicht rechtfertigen. Das Freiheitsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG lässt sich nicht in das Korsett eines ganz bestimmten Freiheitsgebrauchs pressen; es gibt keine ungeschriebenen „Funktionsvorbehalt“. Der Hinweis darauf, ob Tarifpluralität würden sich große praktische Probleme ergeben, geht schon deshalb fehl, weil es bereits unter der bis 2010 bestehenden Rechtsprechung des BAG zahlreiche Fälle gab, in denen Tarifpluralität herrschte, ohne dass sich dabei Unzuträglichkeiten ergeben hätten. Auch der Gedanke, einer Aushöhlung der Friedenspflicht entgegen zu wirken, überzeugt nicht, da sich diese immer nur auf einzelne abgeschlossene Tarifverträge bezieht.

V. Hilfsweise: Prüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit

Dem Gesetzgeber steht bei seinen Entscheidungen ein sehr weiter Beurteilungsspielraum zu. So könnte er etwa den Standpunkt vertreten, die Einführung der Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip könne die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie fördern, weil in der Praxis weniger Friktionen als bei Tarifpluralität auftreten würden und weil auf diese Weise zahlreiche Arbeitskämpfe vermieden werden könnten. Dies wären zwar fehlerhafte Annahmen, doch ist nicht von vorne herein ausgeschlossen, dass bei einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung eine solche Zielsetzung gleichwohl als legitim erachtet würde. Legt man dies einmal zu Grunde, so sind drei weitere Fragen zu prüfen.

Einmal stellt sich das Problem, ob der Gesetzentwurf überhaupt geeignet ist, die verfolgten Ziele zu erreichen. Zum zweiten fragt es sich, ob es statt der Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip andere, weniger eingreifende Mittel gibt, die eine vergleichbare Wirkung entfalten könnten. Schließlich geht es darum, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn gewahrt wäre: Steht die Tragweite des Eingriffs in einem angemessenen Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck?

1. Geeignetheit des Mittels

Eine gesetzliche Regelung erweist sich dann von vorne herein als ungeeignet, wenn sie nicht in der Lage ist, dem erstrebten Ziel näher zu kommen, oder wenn sie aus anderen Gründen gegen Verfassungsrecht verstößt.

a) Annäherung an die verfolgten Ziele?

Was das Ziel „Vermeidung praktischen Unzuträglichkeiten“ und Erreichen von „Rechtssicherheit und Rechtsklarheit“ angeht, so würden zwar durch das gewünschte Gesetz die der Tarifpluralität zugeschriebenen Nachteile vermieden, doch wären gleichzeitig neue Schwierigkeiten geschaffen, die die Rechtssicherheit eher stärker beeinträchtigen würden. Ins Gewicht fallen dabei insbesondere die großen Unsicherheiten, die der zugrunde gelegte Betriebsbegriff mit sich bringt,

dazu oben A I 4, B V

zumal anders als in der Betriebsverfassung ein Verfahren fehlt, um eine schnelle Klärung herbeizuführen. Dies fällt im vorliegenden Zusammenhang besonders ins Gewicht, weil die Frage, wer als Mehrheitsgewerkschaft zu (aussichtsreichen) Tarifverhandlungen und zu Streiks befugt ist, typischerweise in Konfrontationssituationen entsteht, die keine monatelangen gerichtlichen Auseinandersetzungen vertragen. Bei betriebsverfassungsrechtlichen Fragen besteht demgegenüber deutlich weniger Zeitdruck, da eine fehlerhafte Abgrenzung der Einheit „Betrieb“ lediglich zur Wahlanfechtung berechtigt, das Mandat des zunächst gewählten Betriebsrat aber unangetastet bleibt. Gravierende Unsicherheiten ergeben sich weiter im Zusammenhang mit dem Verfahren, wie die Zahl der im Betrieb vorhandenen Mitglieder zu bestimmen ist; dies ist bereits im Einzelnen dargestellt worden.

S. oben B V

In einzelnen Fällen entsteht zusätzliche Verunsicherung dadurch, dass die Behandlung der arbeitnehmerähnlichen Personen im geplanten Gesetz ersichtlich übersehen wurde. Vergleichbare Schwierigkeiten sind im Zusammenhang mit der Tarifpluralität nicht einmal behauptet, geschweige denn belegt worden.

b) Vermeidung von Arbeitskämpfen?

Das weitere Ziel „Vermeidung von Arbeitskämpfen“ scheint in sich eher schlüssig zu sein. Allerdings wird dabei übersehen, dass die Friedenspflicht einen Unterstützungsstreik nicht ausschließt, der nach der neueren BAG-Rechtsprechung angesichts der hier meist gegebenen (betrieblichen) „Nähe“ durchaus zulässig sein dürfte.

BAG NZA 2007, 1055

Weiter wird im Gesetzentwurf vorausgesetzt, dass sich alle Beteiligten an die ihnen vorgegebenen Regeln halten. Dies ist keineswegs sicher. Wie das Beispiel der Gründungs- bzw. Verselbständigungsphase der heutigen Berufsgewerkschaften zeigt, werden dann, wenn das Verbleiben in der größeren Gewerkschaft als inakzeptabel empfunden wird, auch erhebliche rechtliche Risiken in Kauf genommen. Niemand kann wirklich ausschließen, dass es in einer vergleichbaren Situation nicht zu Arbeitsniederlegungen kommt, die gegen die gesetzliche Regelung verstoßen: Generell gesprochen drohen sie immer dann, wenn das bestehende System der industriellen Beziehungen keine ausreichenden Möglichkeiten bietet, die eigenen Interessen in angemessener Weise zur Geltung zu bringen. Die „Friedensfunktion“ der gewünschten

Regelung muss daher nachhaltig in Frage gestellt werden. Auch insoweit ist die Geeignetheit des Mittels höchst zweifelhaft.

c) Der selektive Charakter der gewünschten Regelung

Die Entscheidung für das Mehrheitsprinzip schließt die in bestimmter Weise organisierten Gewerkschaften faktisch vom Abschluss von Tarifverträgen und von darauf bezogenen Arbeitskämpfen aus.

Dazu oben A III. Vgl. auch Harasser/Pagel DIW – Wochenbericht Nr. 30/2010, S. 9

Dies gilt insbesondere für solche Organisationen, die sich nur an die Angehörigen bestimmter Berufe wenden oder die weltanschaulich/religiös geprägt sind. Ob diese „Ausgrenzung" bewusst geschieht, ist rechtlich im Ergebnis ohne Bedeutung. Auch wenn man nur von einer bestimmten objektiven Wirkung ausgeht, liegt eine nicht zu rechtfertigende Differenzierung vor.

Über die Frage, inwieweit zwischen einzelnen Gewerkschaftstypen differenziert werden darf, ist bislang nur wenig nachgedacht worden. Dies hängt damit zusammen, dass es bis in die jüngste Vergangenheit wenig Anlass für eine Vertiefung dieser Problematik gab. Kontroversen tauchten allenfalls im Zusammenhang mit der Frage auf, ob der Arbeitgeber alle im Betrieb vertretenen Gewerkschaften gleichbehandeln muss, was insbesondere bei der Wahl, aber auch bei der evtl. Gewährung von Ressourcen wie Räumlichkeiten, Schwarzes Brett usw. von Bedeutung sein kann.

Näher dazu Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 11. Aufl. Baden-Baden 2010, § 20 (Rn 548g ff.)

Das Differenzierungsproblem hat bislang nur gewissermaßen eine Stufe früher, d. h. bei der Zuerkennung der Tariffähigkeit, eine Rolle gespielt. Hier ist an die bereits erwähnte Entscheidung des BVerfG zu erinnern, wonach außergewöhnliche oder durch die Entwicklung überholte Organisationsformen ohne Tariffähigkeit bleiben können, wenn ihre Einbeziehung zu einer erheblichen Störung des Arbeitslebens und zu kaum überwindbaren Schwierigkeiten führen würde.

BVerfGE 4, 96, 108

Ob die hier eröffnete Möglichkeit zu selektivem Vorgehen auch auf Organisationen erstreckt werden kann, die unbestrittenermaßen als Gewerkschaften anerkannt und tariffähig sind, erscheint höchst zweifelhaft. Man würde damit zwei Klassen von Gewerkschaften – die „repräsentativen" und die „sonstigen" – schaffen, wofür die Verfassung angesichts der egalitären Formulierung des Art. 9 Abs.3 GG keinerlei Anhaltspunkte bietet. Auch wäre es widersprüchlich, auf der einen Seite die Tariffähigkeit an bestimmte qualifizierte Voraussetzungen zu knüpfen, auf der anderen Seite jedoch eine Situation zu schaffen, wonach tariffähige Vereinigungen allenfalls in besonders günstigen Sonderkonstellationen Tarifverträge abschließen könnten. Die (mit Mühe erlangte) Tariffähigkeit würde so ihre praktische Bedeutung verlieren. Man hätte damit ohne jede innere Rechtfertigung ein zweigestuftes System der „Gewerkschaftsanerkennung", das jeder inneren Logik entbehrt.

Wie hier Henssler, RdA 2011, 65, 72; Konzen, Die Kodifikation der Tarifeinheit im Betrieb, JZ 2010, 1036, 1041: Keine Benachteiligung einer bestimmten Organisationsstruktur; anders Hromadka/Schmitt-Rolfes NZA 2010, 690, die einen Erst-recht-Schluss befürworten (kritisch dazu Löwisch, Tarifeinheit – Was kann und soll der Gesetzgeber tun? RdA 2010, 263). In Wirklichkeit geht es um eine Zwei-Schranken-Theorie neuer Art, die sich nicht mit verfassungsrechtlichen Argumenten rechtfertigen lässt.

Selbst wenn man jedoch die Differenzierungsmöglichkeiten bei der Zuerkennung der Tariffähigkeit – gewissermaßen als Gedankenspiel – auf die Ebene der Gleichbehandlung von Gewerkschaften übertragen würde, wäre die hier gewählte Form der Differenzierung nicht zu rechtfertigen. Weder die berufsorientierten noch die weltanschaulich orientierten Organisationen sind von „außergewöhnlichem" Charakter oder durch die „Entwicklung überholt"; auch ist in keiner Weise ersichtlich, inwiefern ihre Teilhabe am Tarifsystem zu unüberwindbarem Schwierigkeiten führen soll.

d) Zwischenergebnis

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass das vorgeschlagene Gesetz nicht geeignet ist, seine proklamierten Ziele zu erreichen. Es schafft im Gegenteil zusätzliche Rechtsunsicherheit und differenziert ohne ausreichenden Grund zwischen einzelnen Formen von Gewerkschaften.

2. Erforderlichkeit des Mittels

Der Gesetzentwurf setzt sich im Allgemeinen Teil der Begründung unter III auch mit der Frage auseinander, weshalb das bis 2010 von der Rechtsprechung zugrunde gelegte Spezialitätsprinzip abzulehnen sei: Es würde den Gewerkschaften, die nur bestimmte Berufsgruppen organisieren, von vorne herein den Abschluss von Tarifverträgen unmöglich machen. Dieses Argument vermag jedoch nur dann zu überzeugen, wenn man das Spezialitätsprinzip mit einer besonderen „Sachnähe" zum Betrieb gleichsetzt. Geht man stattdessen von dem Grundsatz aus, dass der effektiv „speziellere" Tarifvertrag vorgeht, der also für die jeweils kleinere Einheit eine passgenaue Lösung zu schaffen versucht, so wäre eine solche Konsequenz vermieden. Eine Minderheitsgewerkschaft wäre sogar leichter in der Lage, einen „spezielleren" Tarif abzuschließen als zu einer Mehrheitsorganisation für den ganzen Betrieb zu werden. Insoweit stellt die geplante Regelung einen sehr viel weiter gehenden Eingriff in die Koalitionsfreiheit dar als ein Prinzip der Tarifeinheit, das sich eines so verstandenen Spezialitätsprinzips bedient. Letztere wäre das bei weitem mildere Mittel.

Die Erforderlichkeit eines so weitreichenden Eingriffs in die Koalitionsfreiheit ist auch noch aus einem anderen Grund zweifelhaft. Hromadka hat schon vor einiger Zeit einen Gesetzgebungsvorschlag veröffentlicht, in dem auch die Rechtsstellung der Gewerkschaft mit dem „weichenden" Tarifvertrag eine nähere Ausgestaltung erfahren hat.

Hromadka NZA 2008, 384, 389

Danach war diese in die Tarifverhandlungen einzubeziehen, was letztlich über ein Schlichtungsverfahren sichergestellt werden sollte.

Deutliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine solche „Zwangstarifgemeinschaft" jedoch mit Recht bei BAG NZA 2010, 712 Tz. 53, weil die Verpflichtung, mit jemandem gemeinsam verhandeln zu müssen, nicht mit Art. 9 Abs.3 GG vereinbar sei. Ebenso zuvor bereits BAG NZA 2009, 1424, 1429 Tz. 38

Gegenüber dem Anhörungsrecht und dem Nachzeichnungsrecht im Gesetzentwurf der Bundesregierung wäre dies die deutlich weniger belastende Variante im Verhältnis zu den Minderheitsgewerkschaften. Dies gilt erst recht für die Überlegung, nur eine zeitliche Koordinierung der Tarifverhandlungen vorzunehmen und die Laufzeiten der verschiedenen Tarife aneinander anzupassen, wie dies Löwisch vorgeschlagen hat.

Löwisch RdA 2010, 263, 266, der dafür auch eine Gesetzesformulierung entwickelt hat; kritisch dazu Konzen JZ 2010, 1036, 1045.

Im Vergleich zum Gesetzentwurf der Bundesregierung handelt es sich um ein weniger tief eingreifendes Mittel, so dass eine Umsetzung des Vorschlags auch aus diesem Grund scheitern muss.

Ob diese Vorschläge ihrerseits nicht eine unverhältnismäßige Einschränkung der Koalitionsfreiheit darstellen, soll uns hier – da außerhalb des Untersuchungsgegenstands liegend – nicht näher interessieren. Gegen die „Erforderlichkeit" auch Konzen JZ 2010, 1036, 1043

3. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Selbst wenn der Gesetzentwurf für die Erreichung legitimer Ziele geeignet und kein milderes Mittel vorhanden wäre, würde sich die Frage stellen, ob die erstrebten Ziele in einem angemessenen Verhältnis zu dem gleichzeitig bewirkten Grundrechtseingriff stehen würden. Auch dies wird man verneinen müssen.

Auf der einen Seite stehen die Herstellung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie die Vermeidung von Arbeitsniederlegungen. Auf der anderen Seite steht der faktische Ausschluss eines beträchtlichen Teils der vorhandenen wie der künftigen Gewerkschaften von der Tarifautonomie und dem auf einen Tarifabschluss zielenden Streikrecht. Eine so weitreichende Reduzierung von Handlungsmöglichkeiten kann nicht mit bloßen Praktikabilitätserwägungen und dem Gedanken einer leichteren Handhabbarkeit des geltenden Rechts legitimiert werden. Die schlichte Vermeidung von Streiks ist erst recht kein Argument, das eine Beschränkung der kollektiven Koalitionsfreiheit rechtfertigen könnte. Dies liefe auf den Grundsatz hinaus „weil Streiks unerwünscht sind, werden sie verboten, soweit sie von Minderheitsgewerkschaften ausgehen". Dies kann ersichtlich nicht richtig sein. Die Abwägung zwischen den auf dem Spiel stehenden Rechtsgütern könnte allenfalls dann Einschränkungen rechtfertigen, wenn andernfalls Grundrechte Dritter oder andere verfassungsgeschützte Werte aufs schwerste bedroht wären. Davon kann aber nicht die Rede sein, insoweit ist außer pauschalen Vermutungen nichts in die Diskussion eingebracht werden. Auch wäre nicht erkennbar, weshalb eine solche Beschränkung ausschließlich zu Lasten bestimmter Organisationen gehen soll – die Selektivität des Eingriffs müsste auch hier Berücksichtigung finden.

4. Ergebnis

Selbst wenn man die mit dem Gesetzentwurf verfolgten Ziele als legitim unterstellt, würde die Realisierung des Gesetzesvorhabens am Verhältnismäßigkeitsprinzip scheitern. Es fehlt bereits an der Geeignetheit; auch sind mildere Mittel als die Herstellung der Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip vorhanden. Schließlich stehen die erstrebten Regelungszwecke in keinem angemessenen Verhältnis zur Schwere des Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 9 Abs.3 GG.

D. Zusammenfassung

1. „Tarifeinheit" ist in der politischen Diskussion wie im Gesetzentwurf der Bundesregierung so zu verstehen, dass nur der Tarifvertrag gelten soll, der von der Gewerkschaft mit der relativ größten Mitgliederzahl im Betrieb abgeschlossen wurde. Ein von einer Minderheitsgewerkschaft abgeschlossener Tarifvertrag kommt nicht zur Wirkung.
2. Das Abstellen auf die größere Mitgliederzahl führt entgegen dem ersten Eindruck zu einer schwer erträglichen Rechtsunsicherheit. Bislang existiert kein wirklich verlässliches Verfahren, wie in überschaubarer Zeit die Mitgliederzahl von zwei Gewerkschaften festgestellt werden soll. Auch gibt es keine einsichtigen Regeln für die Zeit bis zu einer denkbaren gerichtlichen Klärung.
3. Eine grundsätzliche Gefahr, dass kleine Gruppen von Beschäftigten durch Streiks Sondervorteile für sich herausholen wollen, besteht nach den bisherigen Erfahrungen nicht. Allenfalls werden bestehende Verteilungsspielräume konsequenter ausgeschöpft.
4. Eine gesetzlich verordnete Tarifeinheit würde keineswegs zur Stabilisierung der industriellen Beziehungen beitragen. Die Mehrheitsposition muss keineswegs immer von einer DGB-Gewerkschaft errungen werden. Zudem besteht schon nach heutigem Recht die häufig beschworene Gefahr nicht, dass sich in relevantem Umfang neue gewerkschaftliche Organisationen bilden. Die öffentliche Aufmerksamkeit sollte vielmehr darauf gelenkt werden, dass Umstrukturierungen auf Arbeitgeberseite und die Beschäftigung atypischer Arbeitskräfte zu einem Abbau und einer „Zergliederung" des Tarifsystems geführt haben.
5. Bestehen in einzelnen Betrieben unterschiedliche Mehrheiten, wird der Flächentarif durchlöchert; an seine Stelle tritt noch mehr als bisher ein bunter Flickenteppich von vielfältigen Regelungen.
6. Bestehen Kooperationsbeziehungen und Tarifgemeinschaften zwischen verschiedenen Gewerkschaften, so werden diese zumindest mittelfristig

zerstört, wenn eine Mehrheitsorganisation keinem Zwang zum Kompromiss mehr unterliegt.

7. Der Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 9 Abs.3 GG umfasst die freie Entscheidung über die Organisationsform sowie den Abschluss von Tarifverträgen und die Vornahme von Maßnahmen des Arbeitskampfes. Wird das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen und zum darauf bezogenen Arbeitskampf entzogen, liegt ein Grundrechtseingriff vor; der Spielraum für eine bloße „Ausgestaltung“ ist bei weitem überschritten.

8. Der Regierungsentwurf will Minderheitengewerkschaften das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen entziehen. Nach seiner Begründung muss damit gerechnet werden, dass auch ein Streik jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn die Minderheitenposition der fraglichen Gewerkschaft offensichtlich ist oder in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren rechtskräftig festgestellt wurde.

9. Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs.3 GG steht nicht unter einem allgemeinen Funktionsvorbehalt; Eingriffe sind nur zugunsten anderer verfassungsrechtlich geschützter Güter möglich. Die bloße „Praktikabilität“ genügt hierfür nicht – ganz abgesehen davon, dass die vom BAG zugelassene Tarifpluralität weniger Friktionen als der vorliegende Gesetzentwurf hervorruft. Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass schon in der Vergangenheit in zahlreichen Konstellationen nicht nach dem Prinzip der Tarifeinheit verfahren, sondern mehrere Tarifverträge im selben Betrieb angewandt wurden; Schwierigkeiten haben sich daraus nicht ergeben. Auch kam es keineswegs häufiger zu Arbeitskämpfen. Mit der freien Gewerkschaftsbildung ist notwendigerweise auch die Konsequenz verbunden, dass bestimmte Organisationen bessere Erfolge als andere erzielen können. Ein vorgegebenes Prinzip der Verteilungsgerechtigkeit gibt es entgegen den Annahmen des Regierungsentwurfs nicht. Weitere auch nur ansatzweise überzeugende Argumente zugunsten der Tarifeinheit sind nicht ersichtlich.

10. Die Realisierung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung würde jedenfalls einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Koalitionsfreiheit darstellen.

    - Es fehlt bereits die Geeignetheit, da die Förderung der Rechtssicherheit nicht ersichtlich ist und die gewünschte Regelung außerdem selektiven Charakter hat, d. h. im Aufbau befindliche oder nach bestimmten Kriterien organisierte Organisationen in besonderem Maße benachteiligt.
    - Die Erforderlichkeit ist nicht gegeben, da es mildere Mittel gibt, um die proklamierten Ziele zu erreichen.
    - Die verfolgten Ziele stehen in keinem angemessenen Verhältnis zur Intensität der Grundrechtseingriffe.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**347**

22. April 2015

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 4. Mai 2015 zu den Vorlagen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Drucksache 18/4062
b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen, Drucksache 18/4184
c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln, Drucksache 18/2875

Deutscher Städte- und Gemeindebund

Der Deutsche- Städte- und Gemeindebund begrüßt grundsätzlich die Intension des Gesetzentwurfs, dem Grundsatz der Tarifeinheit wieder Geltung verschaffen zu wollen. Auslöser des Gesetzentwurfs ist das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 07. Juli 2010, mit dem nach Jahrzehnten seiner Geltung der Grundsatz der Tarifeinheit aufgegeben wurde. Es ist unstreitig, dass die Problemlagen, die die Rechtssprechungsänderung des Bundesarbeitsgerichts ausgelöst hat, sich bis heute fortsetzen. Wir sehen es als Aufgabe des Gesetzgebers an, Tarifkollisionen künftig gesetzgeberisch zu verhindern. Wir begrüßen, dass das Ziel des Gesetzes ausdrücklich in die Begründung aufgenommen wurde. Wir erlauben uns mit Blick auf die Kommunen aber folgende Hinweise:

1. Weder der Gesetzestext im § 4a TVG (neu) noch die Gesetzesbegründung (S. 14) erwähnen ausdrücklich, dass auch Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts mit ihren Verwaltungen vom Betriebsbegriff erfasst sind. Anders als im Kündigungsschutzgesetz werden Verwaltungen nicht ausdrücklich erwähnt. Es besteht daher die Sorge, dass die Anwendung der zur Wiederherstellung der Tarifeinheit vorgesehenen Regelungen auf die öffentliche Hand in Zweifel gezogen werden könnten. Von daher halten wir es für geboten, dass an geeigneter Stelle klar gestellt wird, dass die neuen Regelungen auch für die Verwaltungen von Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts Anwendung finden.

2. Mit Blick auf die Auswirkungen von Streiks im Dienstleistungsbereich halten wir den Gesetzentwurf für noch nicht ausreichend. Es bedarf unter Beachtung des grundgesetzlich geschützten Kernbereichs der Tarifautonomie präziser Regelungen, ob und unter welchen Voraussetzungen vom Streikrecht Gebrauch gemacht werden darf. Das o. g. Urteil des BAG hat auch dazu geführt, dass es zunehmend Streiks von Berufsgruppen-Gewerkschaften gibt, die oft für einen geringen Anteil der Beschäftigten auftreten. Die weit überwiegenden Streiks finden dabei im Dienstleistungsbereich statt und treffen mit ihren Auswirkungen unmittelbar die Bürgerinnen und Bürger. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass die Entscheidung über die Zulässigkeit von Streiks allein der Rechtsprechung überlassen werden soll. Die Gesetzesbegründung bringt lediglich zum Ausdruck, dass im Falle eines Arbeitskampfes über dessen Verhältnismäßigkeit im Sinne des Prinzips der Tarifeinheit zu entscheiden sein werde. Eine Gesetzesbegründung ist für die Arbeitsgerichte aber nicht bindend.

   Wir halten es für dringend notwendig, im Interesse der betroffenen Bürgerinnen und Bürger gesetzlich konkrete Regelungen für Arbeitskämpfe

im Dienstleistungsbereich zu formulieren. Zugegebenermaßen ist es umstritten, in wie weit einschränkende Regelungen für die Führung von Arbeitskämpfen im Bereich der Daseinsvorsorge zulässig sind. Verfassungsrechtlich ist zu beachten, dass der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG aber nicht schrankenlos gewährleistet wird. Dem Gesetzgeber ist es nicht verwehrt, im Gemeinwohlinteresse und zum Schutz von Gemeinwohlbelangen Regelungen zur Gestaltung der Tarifautonomie zu treffen. Letztendlich muss es um einen angemessenen Interessenausgleich zwischen dem berechtigten Interesse der in der Daseinsvorsorge beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und der auf diese Dienste im täglichen Leben angewiesenen Bürgerinnen und Bürger gehen. In Anlehnung an den Vorschlag der Professoren Thüsing, Franzen und Waldhof aus dem Jahr 2012 sollte das Gesetz folgende Regelungen für das Streikrecht in Betrieben und Verwaltungen der Daseinsvorsorge aufnehmen:

Eine Arbeitskampfmaßnahme ist nur zulässig, wenn die Arbeitskampfpartei ihre Arbeitskampfmaßnahmen 4 Tage vor ihrem geplanten Beginn gegenüber der anderen Arbeitskampfpartei ankündigt.

- Die Arbeitskampfparteien haben dafür zu sorgen, dass die zur Befriedigung der elementaren persönlichen, sozialen und öffentlichen Bedürfnisse erforderliche Grundversorgung aufrechterhalten wird. Die Arbeitskampfparteien haben die für die Sicherstellung der Grundversorgung erforderlichen Arbeitnehmer von Arbeitskampfmaßnahmen auszunehmen.
- Eine gewerkschaftliche Arbeitskampfmaßnahme ist nur zulässig, wenn mehr als 50 Prozent der teilnahmeberechtigten Mitglieder der Gewerkschaft an einer Urabstimmung teilgenommen und mehr als 50 Prozent der abstimmenden Mitglieder der Gewerkschaft der Arbeitskampfmaßnahme zugestimmt haben.
- Während eines Schlichtungsverfahrens sind Arbeitskampfmaßnahmen nicht zulässig.

Dem Argument, der Begriff der Daseinsvorsorge lasse sich nichts rechtssicher abgrenzen, kann dadurch begegnet werden, dass die Bereiche im Gesetz selbst aufgeführt werden.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**348**

23. April 2015

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 4. Mai 2015 zu den Vorlagen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Drucksache 18/4062
b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen, Drucksache 18/4184
c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln, Drucksache 18/2875

Prof. Franz Josef Düwell

1. Gesetzliche Regelung der Tarifpluralität

Nach dem jährlich neu aufzustellenden Geschäftsverteilungsplan des Bundesarbeitsgerichts (BAG) werden seit mehreren Jahrzehnten „Urteils- und Beschlussverfahren betreffend Tarifvertragsrecht“ ständig dem Vierten Senat zugewiesen. Deshalb wird dieser Senat auch als Fachsenat für die Grundfragen des Tarifvertragrechts angesehen.[1] Unter der Präsidentschaft des ersten Präsidenten des BAG Hans Carl Nipperdey war der Erste Senat des BAG zuständig. Dieser hat den so genannten Grundsatz der Tarifeinheit aufgestellt, der besagt, „dass in jedem Betrieb grundsätzlich für alle in diesem Betrieb begründeten Arbeitsverhältnisse nur ein Tarifvertrag anzuwenden ist“.[2] Der Vierte Senat des BAG hat 2010 erkannt: „Der Senat gibt seine bisherige Rechtsprechung zur Auflösung einer Tarifpluralität nach dem Grundsatz der Tarifeinheit zu Gunsten des spezielleren Tarifvertrages im Falle einer unmittelbaren Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 TVG auf“.[3] Die Möglichkeit zu dieser Entscheidung ist dem Vierten Senat eröffnet worden, obwohl der Ausgangsfall eine urlaubrechtliche Streitigkeit (Zahlung eines Aufschlags zur Urlaubsvergütung nach Maßgabe des für Angehörige des Marburger Bundes weiter geltenden § 47 Abs. 2 BAT) betraf und deshalb bei Eingang der Revision dem nach Nr. 9.1.1. des Geschäftsverteilungsplans dem für „Erholungs-, Bildungs-, Sonder- und Erziehungsurlaub/Elternzeit, Urlaubsgeld“ zuständigen Neunten Senat zugewiesen war.[4] Der Neunte Senat beschloss entsprechend Abs. 2 der Vorbemerkungen zum Geschäftsverteilungsplan des BAG die Sache wegen des Schwerpunkts Tarifpluralität abzugeben. So erhielt der Vierte Senat Gelegenheit, die seit Nipperdeys Zeiten als gelöst angesehene Rechtsfrage angesichts zahlreicher im Schrifttum vorgebrachter Bedenken erneut zu prüfen und zu beantworten. Aus den Urteilsgründen der Vierten Senats geht deutlich hervor:

1. Der Gesetzgeber hat bislang die mit der Tarifpluralität verbundenen Rechtsfragen nicht geregelt.

[1] Zur Missverständlichkeit dieses Sprachgebrauchs, der eine nur vermeintliche, rechtlich aber nicht bestehende ausschließliche Zuständigkeit zum Ausdruck bringt, vgl. Dörner in Festschrift für Bepler München 2012 S. 101, 104, 105
[2] BAG 29.03.1957 - 1 AZR 208/55 - BAGE 4, 37, 40; übernommen von BAG 19.12.1958 - 1 AZR 55/58 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 6; BAG 29.11.1978 - 4 AZR 304/77 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 12
[3] BAG 07. Juli 2010 – 4 AZR 549/08 –, BAGE 135, 80
[4] Der Sachverständige war von 2001 bis 2011 Vorsitzender des Neunten Senats des BAG.

2. Den Gerichten für Arbeitssachen kommt weder die Kompetenz zur Schließung einer unbewussten Regelungslücke noch zur gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung zu.
3. Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bedarf es einer gesetzlichen Regelung, die für die Normunterworfenen so klar ist, dass sie disponieren können.[5]

Deshalb ist auch nach förmlicher Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit, der von Anfang an die Kompetenz der Gerichte für Arbeitssachen überschritt, der Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen zum Tätigwerden aufgerufen. Das Tarifvertragsrecht ist im TVG so auszugestalten, dass es für die Fälle der Pluralität von Tarifverträgen hinreichend klare Regeln aufstellt. Deshalb ist den BT-Drs. 18/4184 und BT-Drs. 18/2875 zu widersprechen; denn sie belassen es bei der gegenwärtigen Rechtslage, die als Flucht des Gesetzgebers vor der Verantwortung zu beschreiben ist. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 18/4062 setzt demgegenüber hinreichend klare Regeln. Das ist im Grundsatz zu begrüßen.

Ob die in der BT-Drs. 18/4062 enthaltenen Änderungen in § 4a TVG eine unzulässige Einschränkung oder eine zulässige Ausgestaltung der in Art 9 Abs. 3 verbürgten Koalitionsfreiheit enthalten, ist umstritten. Der Richter am Bundesverfassungsgericht Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio, Direktor des Instituts für Öffentliches Recht der Universität Bonn, hat in einem im Antrag BT-Drs. 18/2875 zitierten Auftragsgutachten die Regelung in § 4a TVG als unzulässigen Eingriff beurteilt. Ich möchte die Beurteilung der schwierigen verfassungsrechtlichen Frage, ob Eingriff oder Ausgestaltung, den als Sachverständigen geladenen Verfassungsrechtlern überlassen.

2. Gesetzlicher Nachweis der Gewerkschaftsmitgliedschaft

- Zu Artikel 2 Nummer 1 und 3 Änderungen in § 2 a Abs. 1 und § 99 nF ArbGG

Die Einführung eines besonderen Verfahrens zur Feststellung der gewerkschaftlichen Vertretungsverhältnisse in den Betrieben ist notwendig: Diese muss es ermöglichen, dass dem Schutz der Koalitionsfreiheit Rechnung getragen wird. Dazu gehört es, den sozialen Gegenspieler sowohl über die Namen der zur Gewerkschaft gehörenden Mitglieder als auch über deren Anzahl im Ungewissen zulassen.[6] Ohne dieses besonders ausgestaltete Nachweisverfahren müsste sich die den Nachweis führende Gewerkschaft gegenüber dem Arbeitgeber als sozialem Gegenspieler schwächen, weil er Informationen über die tatsächliche Durchsetzungskraft der Arbeitnehmerkoalition in einer konkreten Verhandlungssituation erhielte und bei Kenntnis der Namen auch gezielte Maßregelungen vornehmen könnte, die zwar rechtlich unzulässig wären aber dennoch sich tatsächlich auswirken.

- Zu Artikel 2 Nummer 2 Ergänzung § 58 ArbGG durch Anfügung Absatz 3

Aus den oben dargelegten Gründen ist es erforderlich, den Nachweis über die Anzahl der im Betrieb beschäftigten Gewerkschaftsmitglieder durch die Vorlegung öffentlicher Urkunden führen zu können. Das gilt nicht nur für den Fall des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG nF sondern auch für den Nachweis des Vertretenseins im Betrieb, um die Berechtigung zum Zugang zum Betrieb nach 2 Abs. 2 BetrVG zu erlangen. Das notarielle Beurkundungsverfahren entspricht in der betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsfrage dem Stand der Rechtsprechung[7]. Im Ausschuss sollte deshalb klargestellt werden, dass die Neuregelung nicht allein auf den Fall des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG nF bezogen ist. Das notarielle Beurkundungsverfahren ist gut geeignet. Der Notar ist beruflich zur Verschwiegenheit verpflichtet. Das Verfahren ist erforderlich, um zu vermeiden, dass die sensiblen Mitgliederdaten über die zugängliche Gerichtsakte öffentlich würden.

- Zweckmäßige Ergänzungen zu § 99 ArbGG nF

Es bedarf für eine möglichst störungsfreie Handhabung ergänzender Regeln. Dazu gehört insbesondere, dass die Arbeitgeber gehalten sind, dem Gericht die erforderlichen Informationen über den Betrieb entsprechend § 390 Abs. 1 Satz 2 ZPO [8]zu überlassen.

Das Gericht sollte einen Amtsermittlungsauftrag erhalten und in diesem Rahmen auch den Notar bestimmen, der unmittelbar von den Gewerkschaften die Liste ihrer im Betrieb beschäftigten Mitglieder unter eidesstattlicher Versicherung ordnungsgemäßer Karteiführung erhält. Bestehen Anhaltspunkte auf eine nicht ordnungsgemäße Karteiführung, kann das Gericht der Gewerkschaft aufgeben, die Liste durch zusätzliche Angaben zu untersetzen. Der Notar beurkundet dann abschließend ohne Mitteilung der absoluten Zahlen, welche der von den Gewerkschaften vorgelegten Listen die größere Anzahl von Arbeitnehmern aufweist. Ergänzend zu der dem Gericht obliegenden Amtsermittlung sollte den Gewerkschaften ein Recht auf Durchführung des notariellen Verfahrens bei den Gewerkschaften eingeräumt werden, damit diese für den Fall, dass das Gericht einen anderen, nicht zielführenden Weg der Beweisführung beschreiten will, von diesem Antragsrecht Gebrauch machen können.

Notwendig ist auch eine Regelung, dass eine erneute Feststellung der Mehrheitsverhältnisse vorzunehmen ist, wenn ein Antragsteller Tatsachen glaubhaft macht, die wesentliche Änderungen der Mehrheitsverhältnisse wahrscheinlich erscheinen lassen. Hier sollte jedoch eine Fristsetzung erfolgen, die jenseits

[5] BVerfG 12. 01.1967 - 1 BvR 169/63 - zu C III 1 a der Gründe,

[6] BAG 18.11.2014 – 1 AZR 257/13 – NZA 2015, 306

[7] BAG 25.03.1992 – 7 ABR 65/90 –, BAGE 70, 85; nachgehend BVerfG 1. Senat 2. Kammer, 21.03.1994 - 1 BvR 1485/93- Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung angenommen worden.

[8] § 390 Folgen der Zeugnisverweigerung
(1) 1Wird das Zeugnis oder die Eidesleistung ohne Angabe eines Grundes oder aus einem rechtskräftig für unerheblich erklärten Grund verweigert, so werden dem Zeugen, ohne dass es eines Antrages bedarf, die durch die Weigerung verursachten Kosten auferlegt. 2Zugleich wird gegen ihn ein Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft festgesetzt.

der Kündigungsmöglichkeit des kollidierenden Tarifvertrags liegt, die bei Lohntarifverträgen regelmäßig nur ein Jahr ausmacht. Die zu knappe Fristsetzung könnte durch jährliche Anträge einer Gewerkschaft den Betriebsfrieden gefährden. Erwägenswert ist die Übernahme der zweijährigen Ruhefrist aus § 8 Abs. 6 TzBfG.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**349**

24. April 2015

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 4. Mai 2015 zu den Vorlagen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Drucksache 18/4062
b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen, Drucksache 18/4184
c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln, Drucksache 18/2875

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Einleitung

Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie sind Standortvorteile, die für die Wirtschaftsordnung in Deutschland unverzichtbar sind. Durch eine verantwortungsvolle und differenzierte Tarifpolitik, die Vereinbarung tariflicher Öffnungsklauseln und die Nutzung gesetzlicher Öffnungsmöglichkeiten sind die Tarifverträge in vielen Branchen in Deutsch-land in den letzten Jahren grundlegend überarbeitet und modernisiert worden. Tarifautonomie und Tarifverträge sind damit ein Ausweis erfolgreicher Sozial- und Vertrauenspartnerschaft, die in den letzten Jahren gestärkt worden ist.

Eine Voraussetzung dafür ist, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer wissen, woran sie sind, was für sie gilt und sich auf diese Geltung auch verlassen können. Das hat über Jahrzehnte die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Tarifeinheit gewährleistet. Auch wenn es über die Ermittlung des vorrangingen Tarifvertrags in der Literatur immer wieder Diskussionen gab, war klar, dass sich im Überschneidungsbereich von Tarifverträgen ein Tarifvertrag durchsetzte. Dies galt sowohl für den Fall einer Tarifkonkurrenz (für Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten mehrere sich überschneidende Tarifverträge) wie für den Fall einer Tarifpluralität (der Arbeitgeber wird von mehreren, sich überschneidenden Tarifverträgen erfasst, der Arbeitnehmer ist jeweils nur an einen gebunden).

Zumindest für den Fall der Tarifpluralität hat das Bundesarbeitsgericht mit seiner Entscheidung vom 7. Juli 2010 den Grundsatz der Tarifeinheit aufgegeben. Ob und wie künftig über Konkurrenzen zu entscheiden ist, ist vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechungsänderung noch offen.

Das Ergebnis dieser Rechtsprechungsänderung ist Unsicherheit über den anzuwendenden Tarifvertrag und Unklarheit, was in tariflichen Überschneidungsbereichen gilt. Daher ist es zu begrüßen, dass die vom Bundesverfassungsgericht als Grundlage der Tarifautonomie anerkannte Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifeinheit durch den vorliegenden Gesetzentwurf bestätigt wird.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Tarifeinheitsgesetz greift zentrale Elemente des Vorschlags von BDA und DGB auf, den diese gemeinsam im Juni 2010 vorgelegt haben, um durch eine gesetzliche Regelung der Tarifeinheit das Tarifvertragssystem in geordneten Bahnen zu halten. Der vorgesehene neue § 4a im Tarifvertragsgesetz (TVG) bestimmt, dass bei kollidierenden Tarifverträgen in einem Betrieb der Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft gilt. Vor allem bestimmt die vorgesehene Norm zu Recht, dass Ziel und Zweck der Tarifeinheit die Sicherung der Ordnungs- und Befriedungsfunktion von Tarifverträgen ist.

Der Gesetzentwurf ändert nichts am Arbeitskampfrecht – darüber bestand zwischen allen Beteiligten immer Konsens. Er unterstreicht, dass bei der Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen das Prinzip der Tarifeinheit und die im Gesetz verankerte Befriedungsfunktion von Tarifverträgen Berücksichtigung finden müssen. Damit wird ausdrücklich klargestellt, dass der Tarifvertrag mit der Mehrheitsgewerkschaft für die betroffene Belegschaft abschließend die Arbeitsbedingungen regelt und der Mehrheitstarifvertrag als Übereinkunft nicht entwertet werden darf. So kann auf der Grundlage des Mehrheitstarifvertrages während seiner Laufzeit ohne Konflikte gearbeitet werden.

Die gesetzliche Regelung der Tarifeinheit stärkt Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie. Daher entspricht der vorliegende Gesetzentwurf den Vorgaben von Artikel 9 Absatz 3 GG in vollem Umfang. Minderheitsgewerkschaften werden durch den Gesetzentwurf nicht in ihrer Tariffähigkeit beschränkt. Eine Minderheitsgewerkschaft kann zur Mehrheitsgewerkschaft werden. Das Ziel der Tarifeinheit ist, den Verteilungskampf zwischen einzelnen Arbeitnehmergruppen aus den Betrieben herauszuhalten. Das ist das Markenzeichen der Tarifautonomie und der Flächentarifverträge in Deutschland. Diesen Markenkern gilt es zu schützen, zu bewahren, zu sichern und zukunftsfest zu machen. Streiks gegen die Tarifeinheit führen demgegenüber zur Zerfaserung der Tarifautonomie.

I. Gesetzentwurf der Bundesregierung

Der neue § 4a TVG ist die zentrale Vorschrift für die Auflösung von Tarifkollisionen. Wir gehen davon aus, dass es sich bei dem Begriff der Tarifkollision um den Oberbegriff für Tarifpluralität und Tarifkonkurrenz handelt.

Wortlaut und Begründung machen deutlich, Tarifkollisionen können für Betriebe und Arbeitnehmer gravierende Probleme auslösen. Sie sind geeignet, Funktionsfähigkeit, Belastbarkeit und Akzeptanz der Tarifautonomie in Deutschland grundsätzlich in Frage zu stellen. Daher ist es richtig, solche Tarifkollisionen im Rahmen des TVG einer befriedigenden Lösung zuzuführen. Ohne eine solche Lösung können Tarifverträge ihre vom Bundesverfassungsgericht anerkannten und vorausgesetzten wichtigen Funktionen nicht erfüllen, das Arbeitsleben zu ordnen und zu befrieden.

1. Zielbeschreibung

Programmsätze sind in der Rechtsetzung zurzeit nicht geboten. Im Einzelfall kann es notwendig sein, „vor der Klammer“ das Ziel einer gesetzlichen Regelung zu definieren. Das ist im vorliegenden Gesetzentwurf in Abs. 1 von § 4a TVG notwendig und gelungen. Die BDA begrüßt ausdrücklich die in Abs. 1 niedergelegte Zielsetzung des Gesetzes, Tarifkollisionen zu vermeiden, um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sicherzustellen und damit die wesentlichen Funktionsvoraussetzungen der Tarifautonomie zu umschreiben.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die für die Legitimation der Tarifautonomie zentralen Funktionen von Tarifverträgen deren Ordnungs- und Befriedungswirkung. Ein Tarifvertrag kann Arbeitsbeziehungen nur sinnvoll ordnen, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer wissen, welcher Tarifvertrag für das Arbeitsverhältnis gilt – und zwar unabhängig davon, ob der Tarifvertrag normativ oder qua Verweisung für das Arbeitsverhältnis Anwendung findet.

So wie im Verhältnis des Bürgers zum Staat nicht unterschiedliche Rechtsnormen bezogen auf denselben Lebenssachverhalt zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können, kann auf ein Arbeitsverhältnis und kann auf die Arbeitsverhältnisse vergleichbarer Arbeitnehmer nur ein Tarifvertrag Anwendung finden. Das muss im Fall der normativen Geltung wie im Fall der Bezugnahme auf einen Tarifvertrag im Arbeitsvertrag gewährleistet bleiben. Daher ist es unverzichtbar, dass der Arbeitgeber auch bei fehlender Tarifbindung des Arbeitnehmers problemlos erkennen kann, welcher Tarifvertrag für die Arbeitsverhältnisse im Betrieb maßgeblich ist. Ohne diese Garantie werden Tarifverträge im Betrieb unanwendbar.

Zu Recht unterstreicht die Begründung des Gesetzentwurfes die Friedensfunktion der Tarifverträge. Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssen nicht nur wissen, was für sie gilt. Sie müssen sich auch auf diese Geltung unbedingt verlassen können. Dieses Vertrauen wird dann untergraben, wenn sich ein tarifgebundener Arbeitgeber jederzeit einer Vielzahl weiterer Forderungen konkurrierender Gewerkschaften gegenüber sehen kann. Dann kann er sich nicht mehr darauf verlassen, mittels seiner Tarifbindung die Arbeitsbedingungen für die Belegschaft abschließend geregelt zu haben. Das entwertet die Tarifordnung und untergräbt die Akzeptanz des Tarifvertragssystems bei Arbeitgebern und schlussendlich auch bei Arbeitnehmern. Ohne die Sicherung der Friedensfunktion der Tarifverträge läuft die Tarifautonomie leer!

2. Auflösung von Tarifkollisionen

Zu Recht betont der Entwurf, dass eine Auflösung von Tarifkollisionen nur dort notwendig ist, wo diese Kollisionen nicht auf andere Weise vermeidbar sind. Einvernehmliche Regelungen von Tarifverträgen für unterschiedliche Arbeitnehmergruppen im Unternehmen oder Betrieb bleiben damit beispielsweise ebenso möglich, wie die Vereinbarung von Anschlusstarifverträgen für identische Personengruppen.

Für den Eintritt von Tarifkollisionen im Fall der Tarifkonkurrenz hat der Gesetzgeber zum Beispiel in § 5 TVG oder in §§ 7, 8 AEntG Lösungen auf der Grundlage des Mehrheitsprinzips entwickelt. Die Regelung des § 4a Abs. 2 wird daher unserer Erwartung nach primär in Fällen von Tarifpluralität Anwendung finden. Sie schafft Lösungen für eine aufgezwungene Tarifpluralität. Einvernehmlich vereinbarte Tarifpluralität, die zu sinnvollen, überschneidungsfreien Lösungen führt, bleibt möglich. Auch bleibt weiterhin möglich, dass sich Gewerkschaften zu Tarifgemeinschaften zusammenschließen und gemeinsam Tarifverträge aushandeln. Der Gesetzentwurf unterstützt die Kooperation von Gewerkschaften.

a) Geltungsbereiche

Richtigerweise stellt der Gesetzentwurf auf die Überschneidung von Geltungsbereichen von Tarifverträgen ab. Die Geltungsbereiche eines Tarifvertrages bestimmen die Weite seiner Anwendung und sollten daher Anknüpfungspunkt für die Vermeidung von Tarifkollisionen sein. Das entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, nach der – wie die Begründung des Gesetzentwurfs betont – eine Tarifpluralität auch dann zur Tarifkollision führen kann, wenn beispielsweise ein Manteltarifvertrag einen Regelungsgegenstand bewusst nicht regelt, der in einem kollidierenden Tarifvertrag ausdrücklich erstrebt wird. Auch für diese Fälle bedarf es einer sinnvollen Kollisionsregelung, die durch das Abstellen auf die tariflichen Geltungsbereiche gewährleistet ist.

b) Mehrheitsprinzip

Das betriebsbezogene Mehrheitsprinzip ist ein geeignetes Mittel, um den vorrangigen Tarifvertrag zu bestimmen. Damit wird keiner Gewerkschaft die Möglichkeit genommen, sich im Betrieb zu betätigen. Vielmehr wird ihr die Chance eingeräumt, im Wettbewerb selbst Mehrheitsgewerkschaft zu werden.

Erfüllt eine Gewerkschaft, deren Tarifvertrag nicht zu Anwendung gelangt, die von der Rechtsprechung bereits seit Jahrzehnten aufgestellten Grundsätze der Tariffähigkeit, bleibt sie tariffähig. Die Einführung des Mehrheitsprinzips in § 4a ändert an der Tariffähigkeit einer Gewerkschaft ebenso wenig wie die Einführung des Mehrheitsprinzips im AEntG und TVG.

Das Mehrheitsprinzip konkretisiert damit das in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bis zum 7. Juli 2010 angewendete Spezialitätsprinzip. Auch künftig wird sich derjenige Tarifvertrag als der maßgebliche durchsetzen, der den Erfordernissen und Eigenarten eines Betriebes am ehesten gerecht wird. Das ist der Tarifvertrag, der für die Mehrheit der Arbeitsverhältnisse im Betrieb gilt oder gelten würde. Das Bundesarbeitsgericht hat zur Ermittlung dieses Grundsatzes auf die betriebliche Geltung des Tarifvertrages abgestellt. Es ging und geht nicht darum, dem Tarifvertrag Vorrang einzuräumen, der für möglichst kleine segmentierte Gruppen und Grüppchen im Betrieb gilt. Vorrang muss vielmehr immer der Tarifvertrag haben, der möglichst widerspruchsfrei die Mehrheit der Arbeitsverhältnisse im Betrieb erfasst und regelt. Das ist regelmäßig der Tarifvertrag einer Gewerkschaft, die die Mehrheit der Arbeitnehmer im Betrieb organisiert.

In diesem Sinne hat die Rechtsprechung schon bisher die „Größenverhältnisse“ der vertretenen Arbeitnehmergruppen als Maßstab der Geltung der tariflichen Normen akzeptiert und danach den vorrangigen Tarifvertrag bestimmt. Das Mehrheitsprinzip wird danach als Auslegungsprinzip gestärkt – und dies zu Recht. Wie bisher bleibt es möglich, dass sich Gewerkschaften darüber einigen, für unterschiedliche Arbeitnehmergruppen Tarifverträge abzuschließen, die sich nicht überschneiden. Ebenso wird die Vereinbarung von Anerkenntnis- und Anschlusstarifverträgen nicht eingeschränkt.

Vor der Berücksichtigung der Mehrheitsverhältnisse galt bisher der Grundsatz, dass ein Haustarifvertrag grundsätzlich spezieller als ein firmenbezogener Verbandstarifvertrag und dieser wiederum spezieller als ein Flächentarifvertrag sei, soweit in allen Tarifverträgen identische Geltungsbereiche vereinbart waren. Dieses Auslegungsprinzip kann zu willkürlichen Ergebnissen führen. Daher ist es richtig und angemessen, es durch das Mehrheitsprinzip als Auslegungshilfe zu ersetzen. Es gilt – wie bereits dargelegt – auch für das TVG und das AEntG. Dies lässt auch künftig den Abschluss von Sanierungstarifverträgen mit der Mehrheitsgewerkschaft zu. Es stellt einen gesetzlich angeordneten Anwendungsvorrang nicht in Frage.

c) Betriebsbezogenheit

Anknüpfungspunkt des Gesetzentwurfes zur Ermittlung der Mehrheit ist der Betrieb. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung. Ebenso entspricht es der bisherigen Rechtsprechung im kollektiven Arbeitsrecht zur Vermeidung von Widersprüchen, den Betriebsbegriff einheitlich im Tarifrecht, Mitbestimmungsrecht und Betriebsverfassungsgesetz anzuwenden.

Es ist daher angemessen, dass der Gesetzentwurf grundsätzlich den Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes, einschließlich Gemeinschaftsbetrieben und tarifvertraglich vereinbarten Betriebsstrukturen, als Ansatzpunkt bestimmt. Der Betrieb ist die organisatorische Einheit, innerhalb derer der Arbeitgeber allein oder zusammen mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sachlicher und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt.

Zu Recht bestimmt daher der erste Halbsatz des Satzes 5 von Absatz 2 diesen Vorrang. Maßgeblich ist der Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes gemäß deren §§ 1 und 3. Die im zweiten Halbsatz und im folgenden Satz enthaltenden Einschränkungen dieses richtigen Grundsatzes erschließen sich demgegenüber nicht.

Zwar ist es theoretisch denkbar, dass mehrere Betriebe durch Tarifverträge einerseits zu einem Betrieb zusammengefasst werden, andererseits aber in anderen Tarifverträgen unterschiedlichen Wirtschaftszweigen zugeordnet worden sind. Das ist insbesondere die Konsequenz der Novelle des Betriebsverfassungsgesetzes von 2001. Auch Betriebe unterschiedlicher Wirtschaftsbereiche sollten danach betriebsverfassungsrechtlich einen Betrieb bilden können. Warum dieser nicht unumstrittene, im Einzelfall aber sinnvolle Grundsatz an dieser Stelle durchbrochen werden soll, ist nicht nachvollziehbar.

Ebenso nicht nachvollziehbar ist die Verwendung des Begriffes „Wertschöpfungsketten“. Der Begriff der Wertschöpfungskette taucht regelmäßig im Arbeitsrecht nicht in Gesetzen auf. Er enthält viele Fragestellungen, die zumindest nichts mit dem Begriff des Betriebs zu tun haben. Daher sollte an dieser Stelle auf den Begriff der Wertschöpfungskette verzichtet werden.

Notwendig ist vielmehr eine gesetzliche Klarstellung für Situationen, in denen der Betriebsbegriff und die Ermittlung der Repräsentativität auf der Grundlage des Betriebsbegriffs allein nicht zu sinnvollen Lösungen führt. Das ist z. B. dann der Fall, wenn Betriebe oder nach § 3 BetrVG gebildete Betriebseinheiten zwar in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht gegeneinander abgegrenzt, produktionstechnisch aber

so unauflösbar miteinander verflochten sind, dass zur Sicherung der Ordnungs- und Befriedungsfunktion von Tarifverträgen eine betriebsübergreifende Sicht notwendig ist – z. B. für betriebsübergreifende Planungen und Personaleinsätze.

Ein gewichtiges Indiz hierfür kann es unserer Auffassung nach sein, wenn für alle Betriebe eines Unternehmens oder Konzerns und alle darin beschäftigten Arbeitnehmer ein Haustarifvertrag oder ein unternehmensbezogener Verbandstarifvertrag gilt. In diesen Fällen könnte z. B. eine gesetzliche Vermutungsregelung zu erwägen sein, nach der im Fall eines Haustarif- oder unternehmensbezogenen Flächentarifvertrags, der für alle Arbeitsverhältnisse des betroffenen Unternehmens oder Arbeitgebers gilt, die Kollision unternehmens- oder konzernbezogen gelöst wird. Dies würde eine den gesetzlichen Regelfall ergänzende (nicht ersetzende) Lösung darstellen, soweit die entsprechenden Tarifverträge alle Arbeitsverhältnisse im Unternehmen bzw. Konzern ordnen und befrieden sollen und das Abstellen auf den Betriebsbegriff dem nicht ausreichend Rechnung trägt.

d) Verhältnismäßigkeit

Die Begründung des Entwurfes unterstreicht, dass für Arbeitskämpfe der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt. Arbeitskämpfe dürfen nur insoweit eingeleitet und durchgeführt werden, wie sie zur Erreichung rechtmäßiger Kampfziele geeignet und sachlich erforderlich sind. Auch bei der Durchführung des Arbeitskampfes ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Der Entwurf hebt in der Gesetzesbegründung diese Grundsätze noch einmal hervor. Völlig zu Recht wird bestätigt, dass die tarifliche Friedensordnung ohne Friedenspflicht der Tarifverträge diese als Übereinkunft entwerten würde. Nur mit der von Tarifverträgen ausgehenden Friedenspflicht kann auf der Grundlage eines Tarifvertrags während dessen Laufzeit ohne Konflikte zusammengearbeitet werden.

Eine gesetzliche Regelung der Tarifeinheit soll also – wie ebenfalls in der Begründung festgehalten – nicht das Streikrecht ändern, wohl aber im Rahmen von Arbeitskämpfen einen Maßstab für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter Beachtung des Prinzips der Tarifeinheit bieten.

Der Gesetzentwurf bestätigt und manifestiert damit, dass die von Tarifverträgen ausgehende Friedenspflicht nicht in Frage gestellt werden darf. Wie bisher schon ist der Streik um einen Tarifvertrag unverhältnismäßig, der mangels Geltung für die Mehrheit der betroffenen Arbeitsverhältnisse im Betrieb überhaupt nicht zur Anwendung kommen kann. Solche Arbeitskämpfe sind nicht auf ein tariflich wirksam geregeltes bzw. zu regelndes Ziel gerichtet.

Demgegenüber müsste im Fall einer gesetzlichen Regelung des Arbeitskampfrechts auch anderes grundsätzlich geklärt werden. So wäre es z. B. überfällig, klar zu machen, dass es keine generelle Beliebigkeit bei der Auswahl von Arbeitskampfmitteln geben kann. Dort wo die Grenze von Streiks zur Einladung von Unmutsäußerungen an die gesamte Bevölkerung überschritten wird (euphemistisch unter dem Begriff der modernen Kunst als Flash Mob bezeichnet), könnte eine entsprechende gesetzliche Klarstellung sinnvoll und heilend wirken.

In der fast 70jährigen Geschichte der Bundesrepublik Deutschland hat es dafür aber bisher keinen gesellschaftlichen Konsens gegeben. Daher ist es richtig, ein Gesetz zur Sicherung der Tarifeinheit unter Bestätigung hergebrachter Grundsätze, wie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter besonderer Berücksichtigung des von diesem Mehrheitstarifvertrags ausgehenden Befriedungswirkung, nicht mit einer Diskussion zu belasten, das Arbeitskampfrecht neu zu regeln. Dies bedürfte wissenschaftlicher Vorbereitung und gesellschaftlicher Diskussion, um einen zumindest weitgehenden Konsens zu erreichen.

3. Betriebsverfassungsrechtliche Normen

Zur Ergänzung der in § 4a Abs. 2 des Gesetzentwurfs festgelegten Anwendung der Tarifeinheit für tarifliche Geltungsbereiche ist es sinnvoll, eine Ergänzung für betriebsverfassungsrechtliche Normen im Sinne von §§ 3 bzw. 117 BetrVG zu schaffen. Solche betriebsverfassungsrechtlichen Normen sollen Fragen des Miteinanders von Betriebsrat und Arbeitgeber im Sinne einer vertrauensvollen Zusammenarbeit lösen helfen. Dieser Regelungsgegenstand eines Tarifvertrages muss daher klar und deutlich im Tarifvertrag beschrieben sein. Abweichend von der Grundregel des § 4a Abs. 2 Satz 2 muss deshalb in diesen Fällen der Regelungsgegenstand ausdrücklich im Tarifvertrag benannt sein. Nur dann ist es geboten und notwendig, eine Tarifkollision nach den in Abs. 2 im Übrigen genannten Grundsätzen aufzulösen.

4. Nachzeichnung

Abs. 4 sieht das Recht einer Gewerkschaft vor, die Nachzeichnung des Mehrheitstarifvertrages zu verlangen, soweit der eigene Tarifvertrag nicht zur Anwendung kommt. Es ist richtig, dass dieses Nachzeichnungsrecht nur im Fall bestehender Tarifkollisionen greifen soll. Das Nachzeichnungsrecht gilt demnach nicht, wenn zum Zeitpunkt des Abschlusses des repräsentativen Mehrheitstarifvertrages, der im Betrieb Geltung erlangt, der Tarifvertrag einer „Minderheitsgewerkschaft“ noch gar nicht in Kraft gewesen ist. Ein Nachzeichnungsrecht kann nicht künstlich geschaffen werden. Es kann nur dort existieren, wo eine Tarifkollision stattfindet, weil ein zuvor geltender Tarifvertrag nicht zur Geltung gelangen kann.

Ebenso ist zu begrüßen, dass die Nachzeichnung nicht eine eigenständige normative Geltung für den nachzeichnenden Tarifvertrag auslöst. Die normative Geltung wird vielmehr von dem für den Betrieb maßgeblichen nachgezeichneten Tarifvertrag nach Abs. 2 ausgelöst.

Insoweit handelt es sich bei dem „Nachzeichnungsrecht“ faktisch um den Anspruch auf Abschluss eines Anerkennungstarifvertrages. Dieser kann und soll nur dann bestehen, wenn bei Inkrafttreten des maßgeblichen Tarifvertrags ein anderer Tarifvertrag gegolten hat. Für diesen – und nur für diesen – Fall ist ein solches Nachzeichnungsrecht akzeptabel.

Der nachzeichnende Tarifvertrag löst sämtliche üblichen schuldrechtlichen Verpflichtungen aus, die einem Tarifvertrag inhärent sind. Ob dies als eigenständige schuldrechtliche Verpflichtung anzusehen ist

(wie es offenbar Abs. 4 sicherstellen soll) oder ebenfalls als übertragene schuldrechtliche Verpflichtung des maßgeblichen Tarifvertrags zu werten sein kann, lässt unterschiedliche Lösungen zu. Auch eine Übertragung der schuldrechtlichen Verpflichtung wäre unserer Auffassung nach eine sinnvolle Möglichkeit gewesen.

Demgegenüber halten wir die in der Begründung vorgesehene Nachzeichnungsmöglichkeit bzw. -pflicht für den Fall der Änderung des für den Betrieb nach § 4a Abs. 2 maßgeblichen Tarifvertrages für nicht zwingend. Dieses Ergebnis könnte einfacher statt durch eine „Opt In-Lösung“ auch durch eine „Opt Out-Lösung“ erreicht werden. Danach würden Änderungen des maßgeblichen Tarifvertrages im Fall der Tarifkollision immer auch automatisch den bereits einmal nachzeichnenden Tarifvertrag erfassen, wenn die nachzeichnende Gewerkschaft hiervon nicht ausdrücklich Abstand nimmt.

5. Unterrichtung und Anhörung

Zur verfahrensrechtlichen Absicherung der Tarifeinheit soll darüber hinaus in einem eigenständigen Absatz 5 geregelt werden, dass der Arbeitgeber die Aufnahme von Verhandlungen über den Abschluss eines Tarifvertrages rechtzeitig und in geeigneter Weise bekannt zu geben hat. Gegen diese Information und Unterrichtung ist dem Grunde nach nichts einzuwenden, da sichergestellt ist, dass der Abschluss und die Wirkung eines Tarifvertrages von ihr unabhängig möglich bleiben sollen. Das stellt die Begründung klar. Eine an den Verhandlungen nicht beteiligte Gewerkschaft kann den Abschluss von Tarifverträgen nicht verhindern.

Überflüssig ist es demgegenüber, dass ausdrücklich ein Recht auf mündliche Anhörung vorgesehen ist. Ein entsprechendes Verfahren lässt sich häufig – gerade gegenüber Klein- und Kleinstgewerkschaften – besser, kostengünstiger und befriedender durch eine insgesamt schriftliche oder in Textform verfasste Erörterung sicherstellen.

6. Pflicht zur Bekanntgabe

In § 8 TVG wird klargestellt, dass der Arbeitgeber nicht nur über die im Betrieb geltenden Tarifverträge, sondern auch die rechtskräftigen Beschlüsse bekanntzugeben hat, durch die eine Tarifkollision aufgelöst wird. Das ist vor dem Hintergrund der mit der Entscheidung des jeweiligen Arbeitsgerichts verbundenen Wirkung auf die tarifliche Situation im Betrieb akzeptabel.

7. Übergangsregelung

Gegen die in § 13 TVG vorgesehene Übergangsregelung für existierende Tarifverträge während ihrer Geltung bestehen keine Bedenken. Zu Recht weist die Entwurfsbegründung darauf hin, dass lediglich nachwirkende Tarifverträge nicht erfasst werden.

8. Arbeitsgerichtsgesetz

Zur Flankierung der Tarifeinheit sind Änderungen im Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) vorgesehen. Diese zielen insbesondere darauf, Verfahrensregelungen für die Arbeitsgerichtsbarkeit zur Feststellung des Mehrheitstarifvertrages zu schaffen. Diese Verfahrensregelungen leisten einen Beitrag zur Herstellung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.

a) Beschlussverfahren

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass über die Frage der Auflösung einer Tarifkollision im Wege des Beschlussverfahrens entschieden wird. Ein solches Beschlussverfahren bietet eine Möglichkeit, die Klärung von Tarifkollisionen herbeizuführen. Zu erwägen bleibt eine klarstellende Ergänzung um eine Regelung zum Urteils- und Verfügungsverfahren, die flankierend festschreibt, was zu gelten hat, wenn es zwischen einer Gewerkschaft und einem Arbeitgeber zu einem Rechtsstreit über die Folgen einer eingetretenen oder drohenden Tarifkollision kommt. Zwar gelten hier die allgemeinen Regeln, trotzdem kann eine solche Klarstellung präzisierend wirken.

Nach der vorliegenden Begründung soll z. B. der Rechtsstreit im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens nicht zwingend ausgesetzt werden. Während dies für Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes richtig und angemessen ist, kann es im Hauptsacheverfahren zu Friktionen führen. Daher ist eine entsprechende Aussetzungsmöglichkeit für Hauptsacheverfahren zu erwägen. Denkbar wäre eine Klarstellung derart, dass eine inzidente Prüfung der Mehrheitsverhältnisse möglich ist. Insoweit bietet sich eine Ergänzung des vorgesehenen § 99 um einen Absatz 5 in Anlehnung an § 97 Absatz 5 ArbGG an. Entsprechendes gilt für eine Ergänzung von § 2 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 ArbGG.

b) Urkundenbeweis

Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zur Möglichkeit des mittelbaren Beweises durch Urkunden in der Frage des Vertretenseins einer Gewerkschaft im Betrieb nach dem BetrVG, ist es angemessen, entsprechende Beweisregelungen für den Fall der Tarifkollision vorzusehen.

c) Rechtskraft der Entscheidung

Es ist zu begrüßen, dass die Entscheidung über den maßgeblichen Tarifvertrag Wirkung für und gegen jedermann erhält. Dies entspricht hinsichtlich der Wirksamkeit und Geltung eines Tarifvertrages der Regelung in § 9 TVG. Wir gehen davon aus, dass die Rechtskraft entsprechend dieser im TVG enthaltenen Rechtsnorm geregelt werden soll und für die Geltungsdauer des im Falle der Kollision geltenden Tarifvertrages nach § 4a Abs. 2 TVG in Rechtskraft erwachsen soll. Das ist eine Lösung, wie sie das TVG auch in einigen Fällen vorsieht.

II. Antrag der Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen

Die Tarifeinheit gesetzlich zu regeln, ist erforderlich, um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sicherzustellen. Dies verkennt der Antrag leider vollständig. Er geht von verfassungsrechtlichen Fehleinschätzungen aus, die nicht auf den vorliegenden Gesetzentwurf angewandt werden können.

Beschäftigte haben auch in Zukunft das Recht sich zu organisieren. Dies wird nicht durch die gesetzliche Regelung der Tarifeinheit in Frage gestellt. Durch den Gesetzentwurf der Bundesregierung wird keine Gewerkschaft aus der Tarifautonomie gedrängt oder ihr die Tariffähigkeit genommen. An den Anforderungen

an die Tariffähigkeit ändert der Gesetzentwurf ausdrücklich nichts. Die Tarifeinheit stellt nicht die Existenzberechtigung von Gewerkschaften in Frage, sondern stärkt die Tarifautonomie im Kern.

III. Antrag der Fraktion DIE LINKE

Die gesetzliche Regelung der Tarifeinheit ist eine Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit. Sie greift nicht ungerechtfertigt in dieses Grundrecht ein. Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen können sich nach wie vor zu Gewerkschaften zusammenschließen und Tarifverträge aushandeln und ggf. für diese streiken. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung verfolgt das Ziel, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch die Auflösung von Tarifkollisionen zu gewährleisten. Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie stabilisiert die Akzeptanz von Flächentarifverträgen und Sozialpartnerschaft. Die Entscheidung der jahrelangen Geltung der Tarifeinheit belegt, dass sie Vielfalt und tarifliche Betätigung garantiert und in angemessenen Bahnen lenkt.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**351**

24. April 2015

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 4. Mai 2015 zu den Vorlagen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Drucksache 18/4062
b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen, Drucksache 18/4184
c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln, Drucksache 18/2875

Bundesverband der Deutschen Luftverkehrswirtschaft e.V.

Der BDL begrüßt die Initiative der Koalition, das Thema Tarifeinheit und die Stärkung der friedenstiftenden Wirkung sowie der Ordnungsfunktion von Tarifverträgen, anzugehen. Insbesondere im Bereich der kritischen Verkehrsinfrastruktur haben die Tarifkonflikte erheblich zugenommen. Die Tarifkonflikte haben gezeigt, dass die ursprünglich friedensstiftende Wirkung der Tarifautonomie in Deutschland nicht mehr hinreichend gewährleistet ist. Seit 2008 hat es im Bereich des Luftverkehrs mehr als vierzig Streiks gegeben. Jede dieser Streikmaßnahmen im Bereich des Luftverkehrs (oder bereits jede Ankündigung solcher, wie z.B. bei den Lotsen der deutschen Flugsicherung 2011) hat enorme wirtschaftliche Auswirkungen auf die reisende Öffentlichkeit in Deutschland und in Europa. Bereits die Ankündigung einer Arbeitskampfmaßnahme bewirkt enorme wirtschaftliche Auswirkungen, z.B. Stornierungen/Buchungsrückgänge. Der Schaden bleibt auch dann bestehen, wenn die Arbeitskampfmaßnahme kurz vor Beginn abgesagt wird.

Der Gesetzentwurf hat zum Ziel eine friedenstiftende und ordnende Wirkung dort zu entfalten, wo es zu Tarifkollisionen kommt. Demzufolge greifen die Regelungen des Gesetzentwurfs zur Tarifeinheit auch im Luftverkehr in den Bereichen, wo es zu Tarifkollisionen kommt. Dies ist vor allem bei Flughäfen der Fall, bedingt durch ihre im Vergleich zu Luftfahrtunternehmen gröbere Unternehmensstruktur mit einer geringeren Anzahl an Betrieben. Vor diesem Hintergrund wird die Gesetzesinitiative ausdrücklich unterstützt. Allerdings kann in wesentlichen Bereichen des Luftverkehrs das Ziel des Gesetzentwurfes mit den darin enthaltenen Bestimmungen nicht erreicht werden. In diesem Sinne verstehen wir unsere Stellungnahme, mit der wir auf weitere Handlungserfordernisse und erforderliche Ergänzungen der Gesetzesinitiative aufmerksam machen wollen.

Zusammenfassung:

- Das erklärte Ziel des Gesetzes zur Tarifeinheit ist es, die Befriedungs- und Ordnungsfunktion von Rechtsnormen des Tarifvertrages zu stärken. Dabei soll der Entsolidarisierung der Belegschaften für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ohne hinreichende Schlüsselposition im Betriebsablauf entgegen gewirkt werden. Durch das Tarifeinheitsgesetz soll auch das Ziel erreicht werden, dass Tarifabschlüsse den Wert verschiedener Arbeitsleistungen innerhalb einer betrieblichen Gemeinschaft in einem fairen Rahmen zueinander widerspiegeln und nicht Ausdruck der jeweiligen Schlüsselposition der unterschiedlichen Beschäftigungsgruppen im Betriebsablauf sind.
- In wesentlichen Bereichen des Luftverkehrs kann genau dieses Ziel des Gesetzentwurfs zur Tarifeinheit mit den darin enthaltenen Regelungen nicht

erzielt werden, denn der Luftverkehr ist strukturell dahingehend geprägt, dass für seine Aufrechterhaltung eine Vielzahl unabhängig voneinander bestehender Unternehmen reibungslos zusammenwirken. Jede Gruppe an dieser Dienstleistungskette ist in der Lage den gesamten Flugverkehr lahmzulegen, ohne dass die betroffenen Unternehmen Beteiligte an der jeweiligen Tarifauseinandersetzung sind. Der Gesetzesentwurf hat darauf keine Antwort. Insofern würden die Bestimmungen des Tarifeinheitsgesetzes hier auch nicht ihre friedensstiftende Wirkung entfalten können. Darüber hinaus würde der Gesetzentwurf auch in den Unternehmen seine friedensstiftende Wirkung nicht erreichen, wo Gewerkschaften ihre Zuständigkeiten abgestimmt haben und die Tarifverträge jeweils für verschiedene Arbeitnehmergruppen gelten (sog. gewillkürte Tarifpluralität) – dies ist z.B. bei Piloten und Flugbegleitern, also im fliegenden Bereich der Luftverkehrsunternehmen der Fall.

- Um das Ziel des Gesetzes zur Tarifeinheit auch im Luftverkehr zu erreichen, sollten Ergänzungen für den Bereich der kritischen Infrastruktur erfolgen.

  a) Das Tarifeinheitsgesetz sollte durch die Aufstellung von Verfahrensregeln ergänzt werden. Dabei sollten folgende Verfahrensregelungen normiert werden: Schlichtung, Ankündigungspflichten, Aufrechterhaltung einer Grundversorgung und Urabstimmung.

  b) Es sollte ferner eine Änderung des im Gesetzentwurf zur Tarifeinheit vorgesehenen Betriebsbegriffs auf einen allgemeineren Unternehmensbegriff erfolgen, um Rechtssicherheit insbesondere in größeren Unternehmen mit zahlreichen Betrieben zu schaffen. Andernfalls wäre sogar mit einer Vervielfachung von Konflikten in den verschiedenen Betrieben eines Unternehmens zu rechnen.

Diese Eingriffe lassen sich mit der wesentlichen Funktion, die der Luftverkehr für den Wirtschaftsstandort und die Aufrechterhaltung seiner Anbindung an die globale Mobilität hat, begründen

<u>Im Einzelnen:</u>

1. **Der Gesetzentwurf zur Tarifeinheit in der vorliegenden Fassung ist für wesentliche Bereiche des Luftverkehrs nicht weitreichend genug.**

   a) Herausforderungen der Tarifautonomie durch die Komplexität der Dienstleistungskette im Luftverkehr (Thema Drittbetroffenheit)

   Der Luftverkehr zeichnet sich durch viele unterschiedliche und rechtlich voneinander unabhängige Unternehmen, die an der Dienstleistungskette mitwirken, aus. In jedem Bereich kann es zu unterschiedlichen Zeiten Tarif- und Streikbewegungen geben. Dabei kommt es häufig vor, dass eine kleine stark durchsetzungsfähige Gruppe die komplette Dienstleistungskette der Unternehmen, die zur Aufrechterhaltung des Luftverkehrs zwingend zusammenwirken müssen, lahmlegt. Der Luftverkehr funktioniert nur durch das reibungslose Zusammenspiel vieler unterschiedlicher Gewerke; fällt auch nur eines der Schlüsselgewerke aus, aus welchen Gründen auch immer, ist der ganze Flugbetrieb betroffen.

   Die Belegschaften bei Flughäfen sowie deren Dienstleister, Fluggesellschaften, Flugsicherung und Luftsicherheitskontrolldienstleistern sind in unterschiedlichen Gewerkschaften organisiert; für einzelne Unternehmen kommt konfliktverschärfend hinzu, dass diese in monopolistischen Strukturen organisiert sind (z.B. Flugsicherung). Zu den zahlreichen Belegschaftsgruppen gehören u.a.: die Fluglotsen, die Luftsicherheitskräfte, das Bodenpersonal – welches noch in Bodenpersonal der Luftfahrtunternehmen und Bodenpersonal der Flughäfen unterteilt ist – und das fliegende Personal, d.h. Flugbegleiter und Piloten.

   Hier kommt es bei Belegschaftsgruppen unterschiedlicher im Rahmen der Dienstleistungskette tätigen Unternehmen zu keinen Tarifkollisionen. Das Tarifeinheitsgesetz entfaltet hier daher keine Wirkung und Streiks einer Gruppe (Streiks in einzelnen Unternehmen), die sich in einem Schlüsselbereich der Dienstleistungskette befindet, führen unweigerlich zu einer großen Drittbetroffenheit mit hohen volkswirtschaftlichen Schäden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist hier in einem besonderen Maße berührt. Betroffen ist hierbei nicht nur der Personenverkehr, sondern in besonderem Maße auch der Warenverkehr, der u.a. auch auf Passagierflugzeugen durchgeführt wird.

   Beispiele:

   - Die erhebliche Drittbetroffenheit hat sich zum Beispiel im Jahre 2012 bei einem Streik der Vorfeldlotsen gezeigt. So haben im Jahr 2012 knapp 200 Mitarbeiter der Vorfeldkontrolle und der Vorfeldaufsicht am Flughafen Frankfurt in einem neuntägigen Streik den Luftverkehr an einem der größten europäischen Drehkreuzflughäfen massiv behindert. Damit haben Sie nicht nur für 1.700 ausgefallene Flüge unbeteiligter Luftfahrtunternehmen gesorgt, sondern auch die Reisepläne von mehr als 150.000 unbeteiligten Passagieren durcheinander gebracht.

   - Ein weiteres Beispiel sind die Streiks von Luftsicherheitskräften an Flughäfen. In den Jahren 2014 und 2015 führten Streiks von Luftsicherheitskräften u.a. an den Flughäfen Hamburg, Stuttgart, Köln, Düsseldorf und Hannover zu sehr weitgehenden Behinderungen des kompletten Flugverkehrs. Die Streikwirkung bei Luftsicherheitskräften ist im Vergleich zu den anderen Beschäftigten von Sicherheitsdienstleistern weitaus höher, da Streiks an Flughäfen mit relativ wenigen Streikenden einen sehr hohen Streikeffekt erzielen. Da die Kontrolle von Passagieren und ihres Gepäcks an den Flughäfen eine hoheitliche Aufgabe des Staates ist und die Bundespolizei für die Durchführung der Kontrollen an den internationalen Flughäfen in Deutschland private Sicherheitsdienstleister beauftragt, haben die Flughäfen keinerlei Einfluss auf die Tarifauseinandersetzungen. Deshalb sind hier als unbeteiligte Dritte sowohl

die Flughäfen, als auch die Luftfahrtunternehmen und die Passagiere betroffen.

Diese Beispiele zeigen, dass es im Bereich des Luftverkehrs zu einer Vervielfachung von Streiks kommt, ohne dass eine Konkurrenz der Spartengewerkschaft gegeben ist und damit jedes Mal erneut die Dienstleistungskette lahmgelegt wird.

b) Herausforderungen der Tarifautonomie bei abgestimmten Zuständigkeiten der Gewerkschaften innerhalb eines Unternehmens des Luftverkehrs

Die Gewerkschaften haben im Bereich des fliegenden Personals vor allem bei den Piloten ihre jeweiligen Zuständigkeiten faktisch abgestimmt, die verschiedenen Tarifverträge für die Mitarbeitergruppen überschneiden sich nicht. In diesem Fall sind auch nach dem Gesetzentwurf zur Tarifeinheit mehrere Tarifverträge für unterschiedliche Mitarbeitergruppen in einem Betrieb möglich. Der Gesetzentwurf zur Tarifeinheit würde bei Fluggesellschaften und einigen anderen Unternehmen des Luftverkehrs keinen Tariffrieden bringen, denn er soll keine Anwendung finden, wenn Gewerkschaften ihre Zuständigkeiten abgestimmt haben und die Tarifverträge jeweils für verschiedene Arbeitnehmergruppen gelten (sog. gewillkürte Tarifpluralität) – dies ist wie bei Piloten (Gewerkschaft „Vereinigung Cockpit“) und Flugbegleitern (Gewerkschaft „UFO“) der Fall.

Der Gesetzentwurf zur Tarifeinheit zielt darauf ab, Tarifkollisionen zu vermeiden. Derartige Tarifkollisionen gibt es jedoch nicht zwischen Fluglosten und Piloten oder zwischen Flugbegleitern und Luftsicherheitskräften, um nur wenige Beispiele zu nennen. Mit dem geplanten Gesetz würde deswegen hier die beabsichtigte befriedungs- und Ordnungsfunktion nicht greifen und damit auch die zunehmende Streikfrequenz nicht vermeiden (z.B. mit einem 3. Streik innerhalb von 13 Tagen bei Lufthansa, der sich in eine Reihe mit einem dreitägigen Streik im April 2014 eingefügt hat).

2. Der vorliegende Gesetzentwurf zur Tarifeinheit bedarf der Ergänzungen, um das Gesetzesziel, die Stärkung der Befriedungs- und Ordnungsfunktion des Tarifvertrages, zu erreichen.

Das Ziel des Tarifeinheitsgesetzes, die Befriedungs- und Ordnungsfunktion von Rechtsnormen des Tarifvertrages zu stärken und dabei der Entsolidarisierung der Belegschaften ohne hinreichende Schlüsselposition im Betriebsablauf entgegen zu wirken wird von der deutschen Luftverkehrswirtschaft begrüßt. Wie dargelegt, kann der Betriebsfrieden nachhaltig gestört sein, wenn zum Beispiel ein sehr geringer Anteil an der Belegschaft eines Luftfahrtunternehmens mit besonderer Schlüsselposition im Unternehmen seine Interessen gesondert wahrnimmt. Der Betriebsfrieden im gesamten Unternehmen ist dann dadurch gestört, dass die Nachteile eines arbeitskampfbedingten Ausfalls auch von der großen Gruppe der nicht im Arbeitskampf stehenden Belegschaft mitgetragen werden müssen und bei erfolgreichen Tarifverhandlungen der Gewerkschaft, die die Belegschaft in einer Schlüsselposition vertritt, der Verteilungsspielraum für den Rest der Belegschaft erheblich verringert wird. Dies kann zu einer Beeinträchtigung einer wirksamen kollektiven Interessenvertretung durch die übrigen Beschäftigten, die keine besonderen Schlüsselpositionen im Betriebsablauf innehaben, führen. Dabei wird die Verteilungsfunktion des Tarifvertrags gestört, wenn unterschiedliche Tarifabschlüsse nicht den Wert verschiedener Arbeitsleistung innerhalb eines Unternehmens widerspiegeln, sondern vor allem Ausdruck der jeweiligen Schlüsselpositionen der unterschiedlichen Beschäftigtengruppen im Unternehmen sind. So forderten z.B. Sicherheitskontrollkräfte an Flughäfen, die in ihrer Schlüsselposition den kompletten Flughafenbetrieb lahmlegen können, bis zu 63% mehr Lohn.

Vor diesem Hintergrund könnten Streikfolgen und die zunehmende Multiplizierung der Streiks im Bereich der kritischen Infrastruktur besser reduziert werden durch einen ergänzenden und weiterführenden Ansatz, als durch die vorgeschlagene leicht zu umgehende formale Regelung zur Tarifeinheit. Der weitergehende Ansatz ließe sich mit der wesentlichen Funktion, die der Luftverkehr für den Wirtschaftsstandort und die Aufrechterhaltung seiner Anbindung an die globale Mobilität hat, begründen. Vergleichbares wird in anderen Ländern, wie z.B. USA, Frankreich, Italien und Spanien bereits praktiziert. Dort gibt es im Verkehrsbereich eine Abwägung zwischen dem Streikrecht und ebenfalls grundlegenden Persönlichkeitsrechten von Betroffenen (Bewegungs- und Berufsfreiheit). In diesen Ländern kommt es daher zu Maßnahmen, die deutlich weitergehen als das, was in Deutschland mit dem Gesetzentwurf zur Tarifeinheit angedacht ist.

a) Einführung von Verfahrensregeln bei Tarifkonflikten im Luftverkehr

1. Zunächst sollte es Voraussetzung sein, dass vor Streikmaßnahmen ein **Schlichtungsverfahren** einzuleiten ist, in dem eine Kommission aus Vertretern der Tarifpartner unter einem unparteiischen Vorsitzenden eine nicht bindende Einigungsempfehlung an die Tarifvertragsparteien ausarbeitet und beschließt. Während des Schlichtungsverfahrens darf nicht gestreikt werden. Nur bei Nichtakzeptanz der Empfehlung würden dann ggf. Arbeitskampfmaßnahmen eingeleitet.
2. Sollte dann ein Streik unabwendbar sein, sollte eine Pflicht auferlegt werden Streiks (auch kurze Warnstreiks) frühzeitig gegenüber Tarifpartei und Öffentlichkeit anzukündigen, damit die Fluggäste ausreichend Zeit haben, sich auf den Streik einzurichten und um Notfallplanungen der betroffenen Unternehmen zu ermöglichen. Damit würde der wirtschaftliche und betriebliche Druck auf die Arbeitgeber aufrechterhalten, ohne die Kunden in unvertretbarem Maße zu schädigen.
3. Zudem sollten Notstandsvereinbarungen zur Sicherstellung einer notwendigen

Grundversorgung der Allgemeinheit im Luftverkehr sichergestellt werden.

4. Eine Urabstimmung sollte für jeden Streik in der Daseinsvorsorge erforderlich sein. Diese müsste mit doppelter Mehrheit erfolgen, d.h. mehr als die Hälfte der teilnahmeberechtigten Mitglieder der Gewerkschaft müsste an der Urabstimmung teilgenommen haben und mehr als die Hälfte der abstimmenden Mitglieder müsste der Arbeitskampfmaßnahme zugestimmt haben.

b) Stärkung der Rechtssicherheit der Tarifeinheit in Unternehmen mit zahlreichen Betrieben

Um Rechtssicherheit zu gewährleisten erscheint es darüber hinaus notwendig, den in Bezug auf die Tarifeinheit verwendeten „betriebsbezogenen Mehrheitsbegriff“ zu präzisieren. Bei Anwendung dieses Betriebsbegriffs würde die dann nötige Verifikation der Mehrheitsgewerkschaft in größeren Unternehmen mit zahlreichen „Betrieben“ einen hohen administrativen Aufwand mit sich bringen und die Pluralität (relativer) tariffähiger „Mehrheitsgewerkschaften“ würde stark zunehmen. Beispielsweise könnte bei einer Fluggesellschaft die Situation entstehen, dass eine Gewerkschaft die Mehrheit für den Stationsbetrieb in Frankfurt die Mehrheitsgewerkschaft ist und eine weitere Gewerkschaft die Mehrheit für den den Stationsbetrieb in München inne hält. Damit würde innerhalb eines Unternehmens die identische Berufsgruppe von zwei verschiedenen Gewerkschaften vertreten werden. Damit besteht die Gefahr eines Aufschaukelungswettbewerbs zwischen diesen beiden Gewerkschaften. Das Problem der Tarifpluralität würde dadurch erst wirklich entstehen. Dies kann nicht im Interesse des Gesetzgebers liegen. Es sollte daher auch eine Änderung auf einen allgemeineren Unternehmensbegriff erfolgen.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**352neu**

24. April 2015

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 4. Mai 2015 zu den Vorlagen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Drucksache 18/4062
b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen, Drucksache 18/4184
c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln, Drucksache 18/2875

Gerhart R. Baum

I. Vorbemerkung

1. Kein Regelungsbedarf

- Tarifpluralität ist keine Folge der Änderung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 2010 – de facto ist sie seit Jahrzehnten angewandte und gelebte Praxis in Deutschland. Die befriedende Wirkung der Flächentarifverträge unterlag arbeitgeberseitig bereits lange zuvor zunehmender Kritik, weil gleiche Arbeitsbedingungen den bestehenden Besonderheiten in unterschiedlichen Branchen und Unternehmen nicht gerecht wurden. Es kam zur Bildung einer Vielzahl neuer Arbeitgeberverbände – umgekehrt aber nur zur Gründung einiger weniger Fachgewerkschaften.
- Die Möglichkeit zur Gründung neuer Gewerkschaften hat natürliche Grenzen: Rechtliche und tatsächliche Hürden zur Anerkennung eines Gewerkschaftsstatus sind enorm hoch. Die Geschlossenheit innerhalb eines Berufsverbandes oder einer (Teil-)Belegschaft ist angesichts arbeitgeberseitiger Handlungsoptionen ausgesprochen groß. Seit 2010 ist keine bedeutende neue Gewerkschaft hinzugekommen.
- Verlässliche Friedensphasen in den Unternehmen werden weiterhin die Regel sein. Deutschland ist in der westlichen Welt eines der Länder mit den geringsten arbeitskampfbedingten Ausfallzeiten, trotz weitgehend fehlender gesetzlicher Regulierung des Tarif- und Arbeitskampfrechts. Gerade die Fachgewerkschaften bringen es auf besonders wenig Streiktage pro Kopf. Auch liegt die Anzahl der Streiktage seit 2010 konstant unter dem langjährigen Durchschnitt.
- Größtmögliche Verteilungsgerechtigkeit innerhalb eines Unternehmens lässt sich nicht durch gesetzliche Verankerung der Tarifeinheit oder eine Einschränkung des Arbeitskampfrechts herstellen. Die Tarifautonomie ist auf Veränderung in einer dynamischen Arbeits- und Wirtschaftswelt angelegt. Hierzu gehört auch das Recht von Mitgliedern einzelner Berufsgruppen, die sich von anderen (Mehrheits-) Gewerkschaften nicht ausreichend vertreten fühlen, sich von ihrer ursprünglichen Gewerkschaft abzuspalten und durch ihre Berufsgewerkschaft eigenständig Tarifverhandlungen zu führen. Gesetzliche Eingriffe in diesen von autonomen Kräften des Wettbewerbs bestimmten Prozess sind zu vermeiden. Selbst unbedeutend erscheinende Eingriffe können ein gewachsenes freiheitliches System des Interessensausgleichs zwischen den Koalitionen stark beeinträchtigen und bieten ein Einfalls-

tor für jede weitere Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit. Die Tarifparteien selbst, nicht der Gesetzgeber sind zu eventuell erforderlichen Lösungen aufgerufen und in der Lage. Die Durchsetzung der Mehrheitsgewerkschaft ist also kein Garant für Verteilungsgerechtigkeit.

2. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

- Gewerkschaftspluralismus ist die notwendige Folge eines demokratischen Gemeinwesens. Die Vorgabe eines Mehrheitsprinzips kann nur innerhalb einer Gewerkschaft gelten, nicht aber auf Betriebsebene gewerkschaftsübergreifend angeordnet werden, ohne in das Grundrecht der Koalitionsfreiheit einzugreifen. Eine mögliche Kollision der Koalitionsrechte von Mehrheitsgewerkschaften einerseits und Minderheitsgewerkschaften andererseits ist Ausdruck des Kollektivwettbewerbs der Gewerkschaften um Mitglieder oder Tarifbedingungen und kann deshalb keinen Sachgrund für eine Einschränkung der Koalitionsfreiheit (Recht zum Abschluss wirksamer Tarifverträge) darstellen. Gesetzliche Eingriffe in diesen Wettbewerb sind eine Diskriminierung der jeweiligen Minderheiten und betreffen den Kernbereich ihrer Koalitionsfreiheit. Dieser Eingriff wäre nur bei schweren und konkreten Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt, die aber nicht bestehen. Die Bundesregierung kann sich allenfalls auf Risiken für wichtige Gemeinschaftsgüter oder abstrakte Gefahren berufen. Die volkswirtschaftlichen Schäden einzelner Arbeitskämpfe überschreiten aber nicht das Maß, das Art. 9 Abs. 3 GG für Arbeitskämpfe als Preis der Koalitionsfreiheit und der Gestaltungsmacht der Tarifautonomie voraussetzt. Damit ist ein Eingriff in den Kernbereich der Koalitionsfreiheit nicht gerechtfertigt und letztlich verfassungswidrig.
- Der Arbeitskampf ist ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Instrument zur Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit, um eine wirksame Tarifregelung zu vereinbaren. Um als Gewerkschaft einen abgrenzbaren Tarifvertrag schließen zu können (auch als „Minderheitsgewerkschaft“ für bestimmte Berufsgruppen), muss auch das Arbeitskampfrecht wahrgenommen werden können. Die angedachte Ausdehnung der Friedenspflicht auf die Minderheitsgewerkschaft kommt einem Gewerkschaftsverbot gleich.
- In einem System der Tarifpluralität kann es daher keine arbeitskampfrechtliche Belegschaftseinheit geben. Wenn jeder Arbeitnehmer, der sich bewusst für die Vertretung durch eine andere Gewerkschaft entschieden hat, der Friedenspflicht der Mehrheitsgewerkschaft unterworfen wird, wird er hiermit gleichzeitig in seinem individuellen verfassungsrechtlichen Arbeitskampfrecht eingeschränkt. Eine gesetzliche Einführung der Tarifeinheit im Betrieb würde sogar den Betriebsfrieden gefährden, da zwischen einzelnen Gewerkschaften eine Konfrontation und ein Kampf um Mehrheiten auf betrieblicher Ebene entstehen würden.
- Der Begriff des Betriebs wäre zur Festlegung und Betrachtung von Mehrheiten ohnehin gänzlich ungeeignet. Zum einen ist der Betriebsbegriff nicht immer klar abgrenzbar. Zudem bestehen bei einem Betriebsbezug der Tarifeinheit Manipulationsmöglichkeiten (z.B. durch arbeitgeberseitige Neugestaltung der Betriebe) und Rechtsrisiken hinsichtlich der Frage des anwendbaren Tarifvertrages. Bei der Mehrheitsfeststellung im Betrieb wären ebenfalls praktische und rechtliche Hindernisse zu überwinden.
- Da die geplanten Regelungen des Tarifeinheitsgesetzes bereits verfassungswidrig sind, kann es auch keine „flankierenden Verfahrensregelungen“ geben, die solche Regelungen verfassungsrechtlich absichern könnten.

II. Stellungnahme zu einzelnen Regelungen und praktischer Umsetzung des vorgesehenen Tarifeinheitsgesetzes

1. Das vorgesehene Tarifeinheitsgesetz greift in die Tarifautonomie ein, indem es das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen und damit auch das Streikrecht von Minderheitsgewerkschaften im Betrieb beschränkt. Die Bundesregierung lässt zwar verlauten, dass sie das Streikrecht gar nicht regeln wolle. Sie erläutert aber ausdrücklich (BT-Drs. 18/4062, S. 12), dass <u>ein Arbeitskampf nicht der Sicherung der Tarifautonomie dient (und damit rechtswidrig wird), soweit dem Tarifvertrag, der mit ihm erwirkt werden soll, keine ordnende Funktion mehr zukommen würde</u>. Dies ist der Fall, wenn es sich um den angestrebten Tarifabschluss einer Minderheitsgewerkschaft handelt. Damit wird ein hierauf gerichteter <u>Streik einer Minderheitsgewerkschaft unzulässig</u>, was die Tarifautonomie verletzt. Dieses Verständnis des Tarifeinheitsgesetzes ergibt sich auch aus der aktuellen Äußerung des Herrn MdB Michael Fuchs, stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion. Er hat die Bundesarbeitsministerien aufgefordert, ein solches Streikverbot „ehrlich“ in das Gesetz zu schreiben und nicht in der Gesetzesbegründung zu „verstecken“.
2. Konsequenterweise müssen die Arbeitsgerichte im Einzelfall entscheiden, ob der Arbeitskampf einer Minderheitsgewerkschaft rechtmäßig ist. Dabei gilt: Ein Arbeitskampf, der nicht auf den Abschluss eines (gültigen) Tarifvertrages gerichtet ist, kann nicht zulässig sein. Damit wäre automatisch jeder Arbeitskampf unzulässig, wenn der angestrebte Tarifvertrag letztlich verdrängt würde. Hierfür müsste das Arbeitsgericht aber eine Prognose darüber aufstellen, welche Mehrheitsverhältnisse in welchem Betrieb des bestreikten Unternehmens zum Zeitpunkt eines möglichen Tarifvertragsabschlusses herrschen werden.

Die Arbeitsgerichte müssten im Einzelfall berücksichtigen, in wie vielen Betrieben eine Gewerkschaft voraussichtlich in der Minderheit sein wird oder zukünftig Mehrheitschancen haben soll.

3. Aus § 4a Abs. 2 S. 2 TVG-E ist zu folgern, dass die konkreten Mehrheitsverhältnisse im Betrieb erst wieder neu ausgezählt werden, wenn ein neuer Tarifvertrag durch die Gewerkschaft abgeschlossen wird, die zuvor in der Minderheit war. Ein solcher neuer Tarifvertrag und damit eine Neuauszählung der Gewerkschaftsmitglieder wird damit aber faktisch unmöglich: Der Arbeitgeber kann einen (freiwilligen) Tarifabschluss mit der Minderheitsgewerkschaft verweigern. Aus den o.g. Gründen kann die Minderheitsgewerkschaft auch nicht streiken. Somit kommt es zu keiner Neuauszählung und die Mehrheitsverhältnisse könnten „auf Ewigkeit“ festgelegt sein.

4. Verfassungsrechtlich ist weiter zu bedenken, dass die von der Bundesregierung für die Notwendigkeit der Regelung aufgeführten angeblichen Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht das Gewicht haben, um die Koalitionsfreiheit beschränken zu dürfen. Hierfür wären gewichtige Gemeinwohlbelange erforderlich. Rein theoretische Funktionsstörungen durch die Tarifpluralität auf Betriebsebene, die die Bundesregierung allein aufführt, sind aber nicht solche gewichtigen Gemeinwohlbelange. Praktisch sind bislang keinerlei Funktionsstörungen durch die Tarifpluralität feststellbar.

5. Das Tarifeinheitsgesetz soll u.a. dann nicht gelten, wenn Gewerkschaften im Rahmen einer gewillkürten Tarifpluralität ihre Zuständigkeiten für bestimmte Arbeitnehmergruppen voneinander abgrenzen. Dies hat zur Folge, dass der Gesetzentwurf ungeeignet ist, die unter A.I. der Begründung angeführten Ziele zu erreichen. Eine gewillkürte Tarifpluralität hat zwingend zur Folge, dass u.a. auch die Kollision von Tarifverträgen unter Berücksichtigung von Schlüsselpositionen bestimmter Berufsgruppen vereinbart werden kann. In diesem Fall wird keines der von der Bundesregierung angeführten Ziele im Rahmen der „Auflösung von Tarifkollisionen“ erreicht. Dies wiederum legt den Schluss nahe, dass die angeführten Ziele eher vorgeschoben sind.

6. Die Bundesregierung rechtfertigt das Mehrheitsprinzip im Betrieb damit, dass es im Demokratieprinzip verwurzelt sei und dem Koalitionswettbewerb nach Art. 9 Abs. 3 GG Raum gebe (BT-Drs. 18/4062, S. 9). Die Bundesregierung übersieht dabei, dass das Mehrheitsprinzip zu einer „Abwärtsspirale“ für die Minderheitsgewerkschaften führt: Eine Gewerkschaft, die aufgrund ihrer Minderheitsposition keine gültigen Tarifverträge abschließen kann, wird unattraktiv und verliert ihre Mitglieder. Dies führt dazu, dass sie erst recht in eine Minderheitsposition gerät und durch das Mehrheitsprinzip praktisch vollständig aus dem Betrieb verdrängt wird. Auch dies kann zu „ewigen Mehrheiten“ im Betrieb (s.o., Ziff. 4.) führen.

7. Das Mehrheitsprinzip soll an den Betrieb anknüpfen, wobei die Bundesregierung eine tarifrechtliche Bestimmung des Betriebsbegriffs vornehmen soll, die bislang nicht existiert. Damit wird im Tarifvertragsrecht nun erstmals nicht an das Unternehmen als Tarifvertragspartei, sondern an den Betrieb angeknüpft. Bislang wird der Betriebsbegriff nur betriebsverfassungsrechtlich von der Rechtsprechung als organisatorische Einheit definiert, die innerhalb derer ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt. Dies ist durch eine typologische Betrachtung im Einzelfall festzustellen. Für Unternehmen, die über eine Vielzahl von Betrieben verfolgen, entsteht eine extreme Rechtsunsicherheit, wenn es für jeden seiner Betriebe die Mehrheitsverhältnisse der Gewerkschaftsmitglieder feststellen muss und dies ggf. jeweils im gerichtlichen Beschlussverfahren geklärt wird. Erschwerend kommt noch hinzu, dass bei jeder Betriebsänderung nach § 4a Abs. 1 S. 4 TVG-E die Mehrheitsverhältnisse neu beurteilt werden müssen, was zu einem häufigen Wechsel des (allein) anwendbaren Tarifvertrags im Betrieb führen könnte.

8. Die von der Bundesregierung in § 4a Abs. 3 und 4 TVG-E vorgesehenen flankierenden Verfahrensregelungen (Anhörungs- und Nachzeichnungsrecht) erweisen sich als inhaltlich völlig bedeutungslos und können daher in keiner Weise den Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Minderheitsgewerkschaften verfassungsrechtlich absichern.

9. Das Anhörungsrecht der Minderheitsgewerkschaft nach § 4a Abs. 4 TVG-E soll keine formale Wirksamkeitsvoraussetzung für das Streikrecht und den Tarifvertragsabschluss der Mehrheitsgewerkschaft sein und entfaltet somit keinerlei praktische Wirkung. Im Gegenteil werden durch die Regelung des Anhörungsrechts die Streikbefugnisse aller in Frage kommenden Gewerkschaften beschränkt, da die Arbeitgeberseite Verhandlungen „mit einer Gewerkschaft“ bekanntgeben muss. Dies wird konsequenterweise ab diesem Zeitpunkt eine Friedenspflicht für alle im Betrieb vertretenen Gewerkschaften zur Folge haben.

10. Die in § 4a Abs. 3 TVG-E vorgesehene Nachzeichnungsmöglichkeit würde selbst in der Theorie nur einem Tarifdiktat der Mehrheitsgewerkschaft gleichkommen. In der Praxis wird durch die Regelung aber ein Verbot der Minderheitsgewerkschaft erzeugt: Nach der Begründung der Bundesregierung soll das Nachzeichnungsrecht nur für Gewerkschaften bestehen, die bereits einen kollidierenden Tarifvertrag abgeschlossen haben (BT-Drs. 18/4062, S. 14). Eine an sich im Betrieb zuständige Minderheitsgewerkschaft, der die Arbeit-

geberseite von vornherein einen Tarifabschluss verweigert, wird daher sogar vom Nachzeichnungsrecht ausgeschlossen. Ebenfalls vom Nachzeichnungsrecht ausgeschlossen wird eine Gewerkschaft, die einmal in die Minderheitsposition geraten ist und damit praktisch möglicherweise gar keinen eigenen Tarifvertrag mehr abschließen darf. In beiden Fällen darf die Minderheitsgewerkschaft aufgrund der Tarifeinheit auch keinerlei Arbeitskampfmaßnahmen durchführen.

11. Die angeführte Notwendigkeit der Regelung der Tarifeinheit ist unzutreffend. Die Bundesregierung meint, dass kollidierende tarifliche Regelungen im Betrieb die widerspruchsfreie Ordnung der Arbeitsbeziehungen im Betrieb beeinträchtigen, weil sie Ausdruck der jeweiligen Schlüsselpositionen der unterschiedlichen Beschäftigungsgruppen sind und nicht den Wert verschiedener Arbeitsleitungen widerspiegeln (BT-Drs. 18/4062, S. 8). Es entspricht aber bestimmten Schlüsselpositionen, dass auch deren Arbeitsleistung einen Wert hat, der von der Leistung anderer Arbeitnehmer abweicht. Daher besteht in Bezug auf die Herstellung von „Lohngerechtigkeit“ kein Gegensatz zwischen der Leistung von Arbeitnehmern und ihrer Schlüsselposition.

12. Auch die Behauptung, dass der Betriebsfrieden durch die Konkurrenz von Gewerkschaften gefährdet werde (S. 8), ist unzutreffend. Dass anders- und nichtorganisierte Arbeitnehmer nicht an erfolgreichen Tarifverhandlungen der tarifschließenden Gewerkschaft partizipieren, liegt im Wesen der Tarifautonomie. Durch verantwortungsvolle Tarifabschlüsse muss sich aber nicht zwingend der Verteilungsspielraum für die anders- und nichtorganisierten Arbeitnehmer verringern, sondern kollektive Regelungen können vielmehr sogar für mehr Verteilungsgerechtigkeit sorgen. Die Befriedungsfunktion der Tarifautonomie wird im Übrigen noch viel mehr gestört, wenn eine Berufsgewerkschaft infolge der Tarifeinheit für ihre Mitglieder gar keinen gültigen Tarifvertrag abschließen könnte. Sie wird auch gestört, wenn bei konkurrierenden Gewerkschaften ein „Häuserkampf“ um Mitgliedermehrheiten in jedem Betrieb entstehen muss.

13. Als Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft führt die Bundesregierung an, dass die Kosten der Arbeitgeber für den erhöhten Verwaltungsaufwand bei kollidierender Tarifverträgen verringert werden, wogegen bei der Tarifeinheit für die Feststellung des anwendbaren Tarifvertrages „geringe“ Kosten anfallen könnten. Dies ist nicht nachvollziehbar, da mit der Geltung des Tarifeinheitsgesetzes mindestens identische Kosten auf die Arbeitgeber zukämen. Sie müssten zunächst prüfen, ob überhaupt eine Tarifkollision vorliegt und sodann ggf. im Wege einer gerichtlichen Feststellung den anwendbaren Tarifvertrag identifizieren. Sie müssen außerdem für jeden Betrieb ihres Unternehmens möglicherweise unterschiedliche Tarifverträge zur Anwendung bringen, was ebenfalls keinerlei Verringerung des Verwaltungsaufwandes bedeutet.

14. Durch die vorgesehene Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes wird auf die Arbeitsgerichte ein erheblicher Mehraufwand zukommen. So ist vorgesehen, dass die Arbeitsgerichte im Beschlussverfahren auf Antrag jeder Tarifvertragspartei die Mehrheitsverhältnisse und damit die Geltung eines bestimmten Tarifvertrages im Betrieb feststellen sollen. Die Arbeitsgerichte müssen hierzu zunächst von Amts wegen alle Gewerkschaften ermitteln, die im Betrieb vertreten sein könnten, um sie am Verfahren zu beteiligen. Anders als bei der Frage der Tariffähigkeit, auf deren Verfahrensregelungen der Gesetzentwurf verweist, kann dies durchaus unklar sein. Wie die konkrete Beweiserhebung über die Mehrheitsverhältnisse mit Hilfe einer notariellen Erklärung erfolgen soll, bleibt weiter unklar. Ein Notar kann allenfalls eine von der Gewerkschaft vorgelegte Liste auszählen, aber nicht feststellen, ob es sich bei den genannten Personen um Angehörige eines bestimmten Betriebs handelt, ob Personen freigestellt sind, sich in Eltern- oder Pflegezeit befinden etc.

Aus all diesen Gründen sollte von den Plänen zur gesetzlich normierten Tarifeinheit aus tatsächlichen und verfassungsrechtlichen Gründen Abstand genommen werden.

Gerne stehe ich für weitere Stellungnahmen und Ausführungen zur Verfügung.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**353**

24. April 2015

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 4. Mai 2015 zu den Vorlagen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Drucksache 18/4062
b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen, Drucksache 18/4184
c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln, Drucksache 18/2875

Professor Dr. Gregor Thüsing

10 Thesen
zum Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz)
BR-Drucks. 635/14

1. Die in § 4a TVG-E genannten Ziele sind in Rechtsprechung und Literatur bislang zwar nur ungenau konturiert, als rechtspolitische Eckpfeiler des Handelns aber sicherlich richtig. Es geht im Kern um eine Stärkung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie.
2. Diese ist durch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 7.7.2010 (4 AZR 549/08), in dem der Grundsatz der Tarifeinheit aufgegeben wurde, möglicherweise gefährdet. Ob sich diese Gefährdungen tatsächlich realisieren werden, ist schwer zu prognostizieren. Der Gesetzgeber braucht jedoch nicht zu warten, bis eine Regelung u.U. zu spät ist. Er kann sich auf Regeln vernünftigen Vermutens verlassen. Es ist gut, dass der Gesetzgeber handelt.
3. Um diese Gefährdung zu beseitigen, will der Entwurf jedoch nicht den erprobten Status quo ante wiederherstellen, sondern er ist einen neuen Weg der Auflösung von Tarifkonkurrenzen gegangen: das betriebsbezogene Mehrheitssystem. Zuvor wurden Tarifpluralitäten regelmäßig nach dem Spezialitätsprinzip aufgelöst, d.h. der Tarifvertrag, der dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebes und der darin tätigen Arbeitnehmer am besten gerecht wird (z.B. BAG v. 20.3.1991 - 4 AZR 455/90, BAGE 67, 330, zu B II 3 der Gründe; 20.3.1991 - 4 AZR 457/90 -, zu B II 3 der Gründe, jeweils m.w.N.). Nun soll sich die Gewerkschaft durchsetzen, die mehr Mitglieder im Betrieb hat.
4. Der Wert des Gesetzes liegt dabei in der Verhinderung der Herausbildung von Kleinstgewerkschaften und der Zersplitterung der Tariflandschaft. Sollte sich zukünftig die Betriebsfeuerwehr eines chemischen Unternehmens entscheiden, eine eigene Gewerkschaft zu gründen (ggf. mit andere Betriebsfeuerwehren), und wäre diese Gruppe dann tatsächlich eine Gewerkschaft, dann könnte sie eigennützig streikend nur für ihre wenigen Mitglieder das ganze Unternehmen lahmlegen, das ohne funktionierende Feuerwehr nicht produzieren darf. Dies gilt es zu verhindern, sollte dies eine reale Gefahr sein. Das Wirken der GDF deutet freilich in der Tat in diese Richtung (s. den Streik der Vorfeldlotsen in Frankfurt im Februar 2012).
5. Dieser Weg kann freilich im Einzelfall zu sinnwidrigen Ergebnissen führen. So könnte eine Berufsgruppe damit von einer Gewerkschaft vertreten

werden, in der sie kein einziges Mitglied hat, obwohl die konkurrierende Gewerkschaft, deren Tarifvertrag verdrängt wird, einen sehr hohen Organisationsgrad hat. Ein plastisches Beispiel: Sollte sich UFO auf Grundlage des vorliegenden Gesetzesentwurfs entscheiden, künftig auch die Piloten zu behandeln, so würde deren Cockpit-Tarifvertrag verdrängt werden, obwohl kein einziger Pilot bei UFO ist und sie ggf. alle zu 100 % bei Cockpit organisiert sind –einzig und allein deswegen, weil UFO unter Flugbegleitern einen sehr hohen Organisationsgrad hat, und es sehr viel mehr Flugbegleiter als Piloten gibt. Zudem: Statt Tarifpluralitäten im Betrieb gibt es nun solche im Unternehmen. Das ist auch nicht praktikabler oder solidarischer. Wenn künftig etwa die GDL in einem Betrieb die Mehrheit der Arbeitnehmer organisiert, in einem anderen Betrieb aber die EVG, so gilt im einen Betrieb für die Lokführer der GDL-Tarifvertrag, im anderen der EVG-Tarifvertrag. Der Arbeitgeber könnte dieses Ergebnis zudem durch Versetzungen von Arbeitnehmern beeinflussen, leichter noch als durch den Zuschnitt der Betriebe, der ebenfalls in seiner Hand liegt.

6. Auch löst der Entwurf das Problem der Häufung von Arbeitskämpfen bei konkurrierenden Gewerkschaften nicht. Um es deutlich zu sagen: Hierdurch wird es keinen Streik weniger geben. Denn der Gesetzesentwurf sagt es in seiner Begründung deutlich: „Die Regelungen zur Tarifeinheit ändern nicht das Arbeitskampfrecht“. Bislang durfte jeder Arbeitnehmer eines Unternehmens für einen Tarifvertrag streiken, auch wenn er nicht von ihm erfasst wurde. Dies ist unbestritten, und eben dies ist der Grund, warum auch unbestritten ist, dass Nichtorganisierte streiken dürften (s. so schon vor vielen Jahren Thüsing, Der Außenseiter im Arbeitskampf, 1994). Daher könnte jeder Arbeitnehmer eines Unternehmens streiken für einen Tarifvertrag, von dem nicht ausgeschlossen ist, dass er sich später in zumindest einem Betrieb durchsetzen würde. Dies aber kann ex ante nie sicher ausgeschlossen werden. Sollte daher das Gesetz hier Streiks eindämmen wollen, müsste das Bundesarbeitsgericht seine Rechtsprechung ändern. Dies wäre wohl nicht zu erwarten, auch weil dann viele Folgefragen auf einmal nicht mehr stimmig beantwortet werden könnten. Wer also tatsächlich eine Begrenzung des Streikrechts will, der müsste dies ausdrücklich normieren.

7. Nicht alles, was – wie dargelegt – zu zuweilen sinnwidrigen Ergebnissen führt oder wichtige Probleme ungelöst lässt, ist verfassungswidrig. Hier liegt jedoch eine strukturelle Benachteiligung von Spartengewerkschaften, die rechtfertigungsbedürftig ist, unabhängig davon, ob es sich hierbei um eine Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit handelt oder um einen Eingriff in diese. Beides dürfte kaum abgrenzbar sein. Denn jede Ausgestaltung ist auch eine Begrenzung, dass andere Varianten der Ausgestaltung nicht gewählt wurden („to define is to limit“). Denn auch bei der Ausgestaltung sind die grundrechtlich geschützten Interessen der Betroffenen in einen verhältnismäßigen verfassungsrechtlichen Ausgleich zu setzen. Eine Ausgestaltung, die den Spartengewerkschaften die Luft zum Atmen nimmt, wäre ohne hinreichende Rechtfertigung auch als Ausgestaltung verfassungswidrig. Viele sehen diese Rechtfertigung als nicht gegeben an. Zählt man die Stimmen, ohne sie zu wiegen, so sind diese klar in der Überzahl (s. nur die Nachweise im Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags vom Februar 2015, im Übrigen zuletzt insb. Schliemann/Konzen, RdA 2015, 1-16). Ich selber bin mir da nicht sicher. Die Sicherungsmittel des Entwurfs, die Verfassungskonformität zu sichern, sind jedenfalls absurd: Ein einklagbares Recht der Minderheitsgewerkschaft, ihre Forderungen mündlich vortragen zu dürfen (§ 4 Abs. 5 TVG-E), ist genauso funktionslos wie das Recht einer Gewerkschaft, den von ihr nicht mit beeinflussten Tarifvertrag, zu dem sie ja in Konkurrenz agiert hat, eins zu eins nachzuzeichnen (§ 4 Abs. 4 TVG-E). Welche Gewerkschaft, die etwas auf sich hält, würde sich auf solche Rechte berufen?

8. Die verfassungsrechtlichen Probleme lassen sich deutlich entschärfen, wenn man einen Weg findet, die Konkurrenzen anders aufzulösen, ohne die Spartengewerkschaften strukturell zu benachteiligen. Ein möglicher Weg wäre es, das Mehrheitssystem nicht am Betrieb ansetzen zu lassen, sondern am sich überschneidenden Bereich: Es würde sich im Bereich der Überschneidung der Tarifvertrag der Gewerkschaft durchsetzen, die in der Personengruppe, für die beide Gewerkschaften tätig geworden sind, die meisten Mitglieder hat. Weil hierin aber eine strukturelle Bevorzugung von Spartengewerkschaften liegen würde (die in Sparten tendenziell besser organisieren können), sollte im Gegenzug diese Konkurrenzregelung davon abhängig gemacht werden, dass dieser Überschneidungsbereich eine Mindestgröße der Belegschaft ausmacht, z.B. 15 %. Damit würden die bisherigen Spartengewerkschaften in ihrem Wirken regelmäßig nicht beeinträchtigt, neue Kleinstgewerkschaften könnten sich jedoch nicht etablieren, weil sie es nicht schaffen, in einem solchen Teil der Belegschaft die Mehrheit zu organisieren. Die Werksfeuerwehr und die Vorfeldlotsten wären ein zu kleiner Teil der Belegschaft, um sich hier gegen eine Gewerkschaft durchzusetzen, die die gesamte Belegschaft repräsentiert. Dieser Ansatz wäre verfassungsrechtlich weitaus unproblematischer als der vorliegende Entwurf und würde das bisherige Gleichgewicht der Gewerkschaften deutlich weniger beeinträchtigen.

9. Auch dieser Ansatz lässt aber die Probleme des Arbeitskampfs in der Daseinsvorsorge ungelöst. Diese aber bedürfen dringend einer Lösung. Nicht die Geltung mehrerer Tarifverträge im Betrieb ist das zurzeit wohl drängendste Problem, sondern die Vielzahl und die Heftigkeit der Arbeitsniederlegungen in Unternehmen, auf deren Leistungen die Öffentlichkeit in besonderem Maße angewiesen ist. Eben hier müsste eine Regelung ansetzen. Es braucht angemessene Regeln für die Arbeitsniederlegung, die die Drittinteressen in Betrieben der Daseinsvorsorge schützen. Hierzu gibt es an erprobten Modellen des Auslands orientierte Vorschläge. Andere Länder haben sehr wohl die Not-

wendigkeit des Handelns erkannt: Wer sich umschaut, der findet Rechtsordnungen mit Ankündigungspflichten, mit Wartezeiten, mit obligatorischen Schlichtungsverfahren, mit detaillierten Regelungen des Notdienstes – all das kann Modell sein. Das wesentliche Problem, dass die Streiks vor allem unbeteiligte Dritte – z.B. die Reisenden –treffen, die nichts zur Lösung des Tarifkonfliktes beitragen können, wird so gelöst oder zumindest erheblich reduziert, ohne dass kleinen Gewerkschaften ihre Verhandlungsfreiheit genommen wird. Ein solcher Ansatz ist verfassungskonform und er adressiert das eigentliche Problem.

10. Der Ansatz des Gesetzes ist daher zu ergänzen um Regelungen, wie sie der CSU-Vorstand in seinem Beschluss vom Januar 2015 und die Mittelstands- und Wirtschaftsvereinigung der CDU fordern. Verfassungsrechtliche Hürden bestehen hier nicht (ausführlich die in der BR-Drucks. 6355/14 erwähnte Initiative der Carls Friedrich von Weizsäcker Stiftung, dargestellt Franzen/Thüsing/Waldhoff, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012, abrufbar in einer gekürzten Fassung unter, http://www.cfvw.org/stiftung/images/stories/downloads/Mono_17.10._final_Web-Version.pdf).

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**354**

24. April 2015

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 4. Mai 2015 zu den Vorlagen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Drucksache 18/4062
b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen, Drucksache 18/4184
c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln, Drucksache 18/2875

Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit

Der Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit (im folgenden BRA) nimmt zum oben genannten Entwurf Stellung wie folgt:

1. **Der BRA begrüßt, dass der Gesetzgeber die Aufgabe angeht, Fragen der Tarifgeltung normativ zu regeln.**

   Der Fragenkreis betrifft gesellschaftspolitische Wertentscheidungen, deren Lösungen nicht allein den Gerichten überantwortet werden sollte.

2. **Besonders dringlich erscheinen aus Sicht der Arbeitsgerichtsbarkeit gesetzliche Regelungen zum Arbeitskampfrecht.**

   Die Arbeitsgerichte fühlen sich wegen des Fehlens von gesetzlichen Regelungen außerhalb des Art. 9 Abs. 3 GG und wegen der hieraus folgenden Notwendigkeit, sämtliche Arbeitskampfmaßnahmen allein am weiten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit prüfen zu müssen, allein gelassen. Dies gilt umso mehr, als diese Prüfung häufig im Rahmen von einstweiligen Verfügungen in kürzester Zeit geschehen muss. Zudem sind obergerichtliche Vorgaben kaum vorhanden und auch nicht zu erwarten, weil die Streitfragen nur im einstweiligen Rechtsschutz zur Entscheidung anstehen und Hauptsacheverfahren wegen Zeitablaufs regelmäßig nicht durchgeführt werden. Besonders die Instanzgerichte sehen sich angesichts des Fehlens gesetzlicher Vorgaben einerseits und der Reichweite von ihren Entscheidungen über Arbeitskampfmaßnahmen andererseits, gerade auch wegen möglicher Auswirkungen auf Dritte wie etwa auf die Bahnkunden, häufig großer öffentlicher Kritik und erheblichem Druck ausgesetzt.

   Die durch die Verfassung den Gerichten zugewiesene Aufgabe und Kompetenz besteht in der Anwendung von gesetzlichen Bestimmungen und der Entscheidung der hieraus entstehenden Streitfragen, nicht aber in der Schaffung von Regelungen zum Arbeitskampf mit derart weitreichenden Auswirkungen. Der Gesetzgeber sollte die Verantwortung zur Regelung derart grundlegender und weitreichender Problembereiche selbst übernehmen.

3. **Mit Blick auf diese Grundsätze ist der Entwurf aus Sicht der Gerichtsbarkeit enttäuschend.**

   Regelungen zum Arbeitskampfrecht – und sei es die Festlegung von Verfahrensregeln, Friedensmoratorien oder Schlichtungsverfahren – enthält der Entwurf des Gesetzes nicht. Gerade an solche Regelungen sollte jedoch für den Fall gedacht werden, dass Gewerkschaftskonkurrenzen zur umfassenden Blockade betrieblicher Tätigkeiten werden sollten. In diesem Zusammenhang erscheinen Schlichtungsregelungen bis hin zur

Einführung einer gesetzlich vorgeschriebenen Zwangsschlichtung für den Ausgleich verschiedener Forderungen konkurrierender Gewerkschaften vorzugswürdig. Hinsichtlich sämtlicher Änderungen am Streikrecht wird empfohlen, wegen der verfassungsrechtlichen Vorgaben im Grundgesetz entsprechende Einschränkungen klarzustellen.

Hinsichtlich der vom Gesetzentwurf vorgeschlagenen Regelungen erscheint die Verdrängung von Tarifverträgen, die durch Minderheitsgewerkschaften abgeschlossen wurden, im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich als sehr problematisch.

4. **Nicht nachvollziehbar erscheint die Erwartung des Gesetzgebers über eine Einschränkung des Streikrechts auch deshalb, weil die Minderheitsgewerkschaft nach § 4a Abs. 4 TVG (neu) einen Anspruch auf Nachzeichnung nur dann haben soll, wenn sie eine kollidierende Tarifnorm selbst abgeschlossen hat. Würde man ihr das Streikrecht nehmen, könnte sie eine solche Nachzeichnung niemals erzwingen. Ein solcher Eingriff erscheint in jedem Fall als unverhältnismäßige Einschränkung der in Art. 9 GG bestehenden Rechte.**

5. **Kritikwürdig ist zudem die Gesetzestechnik, weil in der Gesetzesbegründung Rechtsausführungen, Erwartungen und Vorgaben enthalten sind, deren Bedeutung zu Missverständnissen und verfehlten Erwartungen Anlass geben wird. Insbesondere sollte die Begründung in folgenden Punkten abgeändert werden:**

   a. Soweit in der Gesetzesbegründung zu § 4a Abs. 2 (neu) im 5. Absatz die „Erwartung“ oder „Vorgabe“ geäußert wird, „über die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen, …, wird allerdings im Einzelfall im Sinne des Prinzips der Tarifeinheit zu entscheiden sein“, erscheint eine solche Äußerung als fragwürdig. Ausführungen in Gesetzesbegründungen haben keinen normativen Charakter. Sie werden gerade nicht Bestandteil des Gesetzes und haben keine Bindungswirkung für die Gerichte. Wenn der Gesetzgeber Regelungen aufstellen will, wie Gerichte „zu entscheiden“ haben, muss er dies im Gesetzestext selbst tun. Es wird daher vorgeschlagen, diesen Satz in den Gesetzestext zu übernehmen oder so zu formulieren, dass eine Vorgabe für die Gerichte hieraus nicht herausgelesen oder abgeleitet werden kann. Dies gilt unabhängig davon, dass eine entsprechende „Erwartung“ dann, wenn der Vorschlag in der vorliegenden Form Gesetz würde, völlig illusorisch ist. Wie soll bei Anträgen auf Streikverbote im Wege einstweiliger Verfügung die Repräsentativität festgestellt werden? Wieso soll es schon beim Streik auf das Mehrheitsprinzip ankommen, wenn doch die Kollision erst im Zeitpunkt des Tarifabschlusses relevant wird?

   b. Ähnliches gilt für Abs. 7 der Begründung zu § 4a Abs. 2 (neu), in dem Teile des von der Rechtsprechung aufgestellten Gewerkschaftsbegriffs memoriert werden. Der Gesetzgeber sollte auch in Gesetzesbegründungen keine Tatbestandsmerkmale für die Prüfung der Gewerkschaftseigenschaft aufführen, die möglicherweise als abschließend angesehen werden könnten. Es wäre völlig ausreichend, hier auf die Rechtsprechung zur Tariffähigkeit zu verweisen.

   c. Ähnlich kritikwürdig ist die Aussage in Abs. 10 der Begründung zu § 4a Abs. 2 (neu) am Ende. Zwar ist aus Sicht der Gesetzesanwender erfreulich, dass der Gesetzgeber im Text des § 4a Abs. 2 S. S. 2 TVG (neu) mit dem Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags eine exakte Zeitbestimmung für die Prüfung der Repräsentanz der Gewerkschaften regelt. Die Gesetzesbegründung geht jedoch darüber hinaus, indem sie Ausführungen dazu enthält, wann tarifliche Änderungen als Neuabschluss zu bewerten sein sollen und wann nicht. Der Gesetzgeber sollte dies entweder im Gesetz selbst regeln oder der Rechtsprechung überlassen. Es ist gesetzestechnisch verfehlt, in der Begründung zu Gesetzen Auslegungsregeln vorzugeben oder von einer bestimmten Auslegung auszugehen.

   d. Dieselbe Problematik zeigt sich in Abs. 11 der Begründung zu § 4a Abs. 2 (neu). Dort sind Ausführungen enthalten, von welchem „Betriebsbegriff“ auszugehen ist. Definitionen von gesetzlichen Bestimmungen wie etwa dem maßgeblichen Betriebsbegriff gehören in den Gesetzestext selbst. Rechtsausführungen in Gesetzesbegründungen sind verfehlt. Dies gilt umso mehr, als die in der Begründung enthaltene Aussage, der tarifrechtliche Betriebsbegriff entspreche „in seiner grundsätzlichen Ausrichtung dem betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff“, zumindest als gewagt erscheint. Wie verhält sich hierzu der kündigungsrechtliche Betriebsbegriff?

6. **Der BRA weist darauf hin, dass – wie in der Gesetzesbegründung angesprochen – die Auslegung des Begriffs „Betrieb“ im Sinne von § 4a Abs. 2 TVG (neu) ohne gesetzliche Definition zu weiteren Streitfragen Anlass geben wird.**

   Der Gesetzgeber wird aufgefordert, diesen Begriff im Gesetz zu definieren. Wenn der Gesetzgeber auf den „betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff“ abstellen will, würde es hierfür genügen, § 4a Abs. 2 S. 3 TVG (neu) etwa wie folgt einzuleiten:

   „Maßgebend im Sinne dieses Gesetzes ist der Betrieb im Sinne des § 1 Abs. 1 BetrVG.“

   Mit dieser Definition würde erstens klargestellt, dass der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff maßgeblich sein soll. Zweitens enthält diese Definition die auch im Gesetzentwurf vorgesehene Klarstellung, dass auch gemeinsame

Betriebe im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG Anknüpfungspunkt sein können.

7. **Der BRA empfiehlt, auch Betriebsteile nach § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG in die Definition des „Betriebes" nach § 4a Abs. 2 S. 3 TVG (neu) einzubeziehen, etwa durch die Formulierung:**

   Maßgebend im Sinne dieses Gesetzes ist der Betrieb im Sinne der §§ 1 und 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BetrVG."

   Nach der Gesetzesbegründung ist die einheitliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretung ein maßgeblicher Gesichtspunkt dafür, dass auf den betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff abzustellen sein soll. Hierfür sprechen gewichtige Gesichtspunkte. Es wird allerdings auf folgendes hingewiesen: In der arbeitsgerichtlichen Praxis ist die Feststellung des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs auch deswegen oft nicht problematisch, weil sich die betriebsverfassungsrechtliche Selbstständigkeit aus § 4 S. 1 Nr. 1 BetrVG ergibt – der räumlich weiten Entfernung des Betriebsteils vom Hauptbetrieb. Auf § 4 BetrVG wird im vorliegenden Gesetzentwurf aber nicht Bezug genommen. Auch weit entfernte, etwa in anderen Bundesländern – vielleicht sogar außerhalb der Tarifzuständigkeit – gelegene Betriebsteile würden also zum maßgeblichen „Betrieb" im Sinne des § 4a Abs. 2 (neu) mitzählen, obwohl in ihnen ein eigener Betriebsrat gebildet ist. § 4 Abs. 2 BetrVG bezieht sich auf kleine, nicht betriebsratsfähige (weniger als fünf Arbeitnehmer), dennoch aber selbständige Betriebe, die – wie nicht betriebsratsfähige Betriebsteile – auch für die Frage der Tarifgeltung dem Hauptbetrieb zugeordnet werden sollten.

   Das Abstellen auf den betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff erscheint auch deswegen vorzugswürdig, weil die Eingriffe in die Rechte der Minderheitsgewerkschaft möglichst gering gehalten werden sollen. Nach dem vorliegenden Entwurf könnte eine Gewerkschaft etwa in einem in einem anderen Bundesland gelegenen Betriebsteil die klare Mehrheit haben, aber wegen der Eigenschaft als Minderheit im Gesamtbetrieb dennoch nicht zum Zug kommen können. Das Abstellen auf die Mehrheit in der kleinstmöglichen Einheit stellt den geringstmöglichen Eingriff in die Gewerkschaftsrechte dar.

   Soweit dieser Anregung nicht gefolgt wird, wird angeregt, in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass auf die Einbeziehung von Betriebsteilen nach § 4 BetrVG bewusst verzichtet worden ist.

8. **Auf die Einbeziehung gewillkürter, von den Tarifparteien erst gebildeter „Betriebe" nach § 3 BetrVG sollte für die Frage der Tarifzuständigkeit in § 4a Abs. 1 S. 2 TVG (neu) verzichtet werden.**

   Verfehlt erscheint es, den sog. „gewillkürten" Betrieb im Sinne des § 3 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 BetrVG als maßgeblich im Sinne des § 4a Abs. 2 TVG (neu) zuzulassen. Dies würde bedeuten, dass die durch Tarifvertrag erst gebildete Einheit als maßgeblich für die Repräsentanz der Gewerkschaften anzusehen wäre. Es erscheint als merkwürdig und verfassungsrechtlich kaum haltbar, wenn Arbeitgeber und Gewerkschaft die jeweiligen Betriebe selbst so strukturieren könnten, dass andere Gewerkschaften möglichst wenig zum Zug kommen könnten.

   Zudem gilt: **Jede Gewerkschaft könnte dann, wenn sie in einem bisher als betriebsverfassungs- (und damit nach § 4a Abs. 2 TVG neu auch tarif-)rechtlich maßgeblichen „Betrieb" in der Minderheit wäre, versuchen, den Abschluss eines Tarifvertrags mit einem geänderten Betriebsbegriff zu erstreiken**, mit dem ein anderer „Betrieb" nach § 3 Abs. 1 BetrVG, in dem sie vielleicht nicht in der Minderheit wäre, festgelegt würde. Ein solcher Streik wäre nach bisheriger Rechtsprechung des BAG zulässig. Letztlich könnte gerade eine solche Regelung dazu führen, dass ein neuer „Kampfplatz" aufgemacht würde mit dem Ziel, eine betriebliche Organisation zu erreichen, dass die eigene Gewerkschaft möglichst weitgehend zum Zug käme. Dies würde dem Gesetzeszweck, nach Möglichkeit Arbeitskampfmaßnahmen zu verringern, geradezu entgegenlaufen.

   Darauf hinzuweisen ist zudem, dass ein vermehrter Streit über die Bildung von Betriebsorganisationen nach § 3 BetrVG zusätzlich auch eigentlich nicht beabsichtigte Folgen für die Organisation der Betriebsvertretungen hätte.

9. **Der BRA regt an, in § 4a Abs. 5 TVG (neu) präzise zu regeln, wann eine Bekanntgabe der Aufnahme von Verhandlungen mit einer Gewerkschaft „rechtzeitig" ist und wie diese Verhandlungsaufnahme „bekanntzugeben" ist, etwa durch die Formulierung:**

   „Nimmt ein Arbeitgeber oder eine Vereinigung von Arbeitgebern mit einer Gewerkschaft Verhandlungen über den Abschluss eines Tarifvertrages auf, so ist der Arbeitgeber oder die Vereinigung von Arbeitgebern verpflichtet, dies in geeigneter Weise bekanntzugeben. Hierfür ist, soweit nicht eine andere Gewerkschaft ebenfalls Verhandlungswünsche beim Arbeitgeber oder der Vereinigung von Arbeitgebern bereits angezeigt hat, die Bekanntgabe in einem beim Bundesministerium für Arbeit elektronisch geführten Register ausreichend. Nach Bekanntgabe der Verhandlungsaufnahme sind die Verhandlungen für einen Zeitraum von mindestens zwei Wochen zu unterbrechen."

   Die Bestimmung soll der konkurrierenden Gewerkschaft die Möglichkeit eröffnen, ihre Forderungen mitzuteilen und so zu helfen, Tarifkollisionen möglichst zu vermeiden. Nach der Begründung des Gesetzes soll jede Bekanntgabe geeignet sein, die der konkurrierenden Gewerkschaft die Möglichkeit verschafft, tatsächlich von der Aufnahme von Tarifverhandlungen Kenntnis zu erlangen, also auch eine mündliche oder sonstige Mitteilung. Hier könnten sich ebenso wie bei der Frage der Rechtzeitigkeit der Bekanntgabe erhebliche Beweisprobleme ergeben. Zudem dürfte

es für den Arbeitgeber häufig schwierig zu ermitteln sein, welche möglicherweise konkurrierenden Gewerkschaften überhaupt als Adressaten seiner Mitteilung bedacht werden müssen. Durch die vorgeschlagene Regelung in einem öffentlichen Register und die Einführung einer festen Frist könnten solche Umsetzungsprobleme weitgehend vermieden werden. Dem Gesetzgeber sind solche Register nicht fremd. Es wird auf das derzeit beim Bundesministerium der Justiz eingeführte elektronische Schutzschriftenregister verwiesen.

10. **Der BRA weist darauf hin, dass das aus der Begründung erkennbare Ziel, Streiks zu verhindern, bei denen es um Konkurrenz der Gewerkschaften geht, mit dem vorgelegten Entwurf nicht erreicht werden kann.**

    - Bei der Frage, ob nicht ein bestimmter gewillkürter Betrieb nach § 3 BetrVG geschaffen werden soll, dürfte es neue Arbeitskampfziele geben
    - Als maßgeblicher Zeitpunkt für die Geltung des repräsentativen Tarifvertrags ist der Zeitpunkt des Abschlusses des letzten Tarifvertrages vorgesehen. Dies heißt aber gleichzeitig, dass im Zeitpunkt eines Streiks noch gar nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, ob der erstrebte Tarifvertrag – vielleicht auch nach Beitritt vieler Mitglieder wegen des besonders attraktiven Streikziels – zum späteren Abschlusszeitpunkt der Mehr- oder der Minderheitstarifvertrag sein wird. Es besteht in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren im Hinblick auf diese Offenheit kein Anlass und keine Befugnis, Arbeitskampfmaßnahmen – noch dazu im Wege einstweiliger Verfügung – zu untersagen.
    - Unabhängig hiervon erscheint es als prozessual kaum vorstellbar, wie eine Gewerkschaft in einem Verfahren der einstweiligen Verfügung glaubhaft machen könnte, dass sie die Mehrheit der Gewerkschaftsmitglieder repräsentiert – oder umgekehrt, wie der Arbeitgeber das Gegenteil glaubhaft machen soll. Immerhin ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, nach der Gewerkschaftszugehörigkeit der Arbeitnehmer zu fragen.
    - Dieses Problem setzt sich bei der verfahrensrechtlichen Regelung zur Antragsbefugnis (§ 99 Abs. 1 ArbGG-Entwurf) fort. Antragsbefugt ist allein die Partei eines kollidierenden, also bereits abgeschlossenen Tarifvertrags. Die jeweilige Gewerkschaft ist also gezwungen, einen Tarifabschluss – ggf. im Wege des Streiks – herbeizuführen, um dann anschließend im gerichtlichen Verfahren eine Klärung über die Geltung des Tarifvertrags zu erreichen.
    - Das Recht der Gewerkschaft auf „Nachzeichnung“ des Tarifvertrags mit der Folge, dass die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer dieser Gewerkschaft in den Genuss der durch die Mehrheitsgewerkschaft getroffene Regelung kommen sollen (§ 4a Abs. 4 neu), erscheint als nicht durchdacht. Dieses Recht besteht nur dann, wenn die Minderheitsgewerkschaft einen Tarifvertrag abgeschlossen hat, der dann verdrängt wird. Sie wäre im Fall der Weigerung des Arbeitgebers im Extremfall erst gezwungen, einen Tarifvertrag abzuschließen, der dann verdrängt würde, um auf diesem Weg die Nachzeichnung für ihre Mitglieder zu erreichen. **Der BRA befürwortet daher ein Nachzeichnungsrecht der Minderheitsgewerkschaft für ihre Mitglieder ohne vorherigen Abschluss eines eigenen verdrängten Tarifvertrages.**

11. **Es wird befürwortet, dass die Entscheidung über den nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG (neu) geltenden Tarifvertrag im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zu erfolgen haben soll.**

    Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren erscheint als weit besser geeignet, unter Einbeziehung aller „Beteiligten“, also auch der konkurrierenden Gewerkschaften, eine Klärung der Repräsentativität, die erhebliche Auswirkungen auf die den Tarifnormen unterfallenden Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat, zu erreichen. Gerade für Fragen derartiger Reichweite erscheint es zudem als sinnvoll, die Klärung der tatsächlichen Fragen im Rahmen des im Beschlussverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes zu klären, um Zufälligkeiten unzureichender Prozessführung, die sich im Urteilsverfahren weit stärker auswirken, auszuschließen.

12. **Die Einführung des geplanten § 99 ArbGG (neu) wird befürwortet. Allerdings ist auf folgende Gesichtspunkte hinzuweisen:**

    - Die Antragsbefugnis soll nur den Partnern eines kollidierenden Tarifvertrags zustehen. Dies bedeutet, dass der Tarifvertrag bereits abgeschlossen sein muss. Die Gewerkschaft ist gezwungen, einen solchen Tarifabschluss erst zu erstreiken.
    - Zu erwägen ist, ob die Antragsbefugnis nicht auch dem jeweiligen Arbeitgeber gegeben werden sollte, nachdem es auf die Repräsentativität im Betrieb ankommen soll.
    - **Der BRA empfiehlt, den Begriff „absichtlich“ in § 99 Abs. 4 ArbGG (neu) durch den Begriff „vorsätzlich“ zu ersetzen.** „Absicht“ setzt zusätzlich ein – schwer feststellbares – Motiv zur Erzielung eines Erfolges voraus. Es ist fraglich, ob dies bei Falschangaben oder Falschaussagen nicht ohnehin so gut wie immer gegeben ist. Jedenfalls erscheint die vorsätzliche, auch mit Eventualvorsatz vorgenommene Falschangabe oder Falschaussage als ausreichend für die Wiederaufnahme. Diese kommt ohnehin nur in Betracht, wenn die Entscheidung auf dieser Falschangabe „beruht“. Die falsche Aussage oder Angabe muss zudem von einem „Beteiligten“ gemacht worden sein, die Einschränkung des § 581 ZPO soll ohnehin nicht gelten, wenn die Angabe von anderen Personen, etwa Zeugen, stammt.

13. **Der BRA regt an, die Durchführung eines Verfahrens nach § 99 ArbGG (neu) auch vorzuschreiben, wenn die Geltung einer kollidierenden Tarifnorm im Individualstreit streitentscheidend ist. Hierzu sollte entsprechend §§ 97 Abs. 5, 98 Abs. 6 ArbGG eine Aussetzungspflicht vorgeschrieben werden.**

    § 99 ArbGG (neu) soll die Tarifkollision nur auf Antrag einer beteiligten Tarifpartei klären. In einem Individualstreit, bei dem es auf die Geltung der Tarifnorm bzw. ihre Verdrängung durch Normen eines kollidierenden Tarifvertrags ankommt, muss nach dem Entwurf die Klärung „inter partes“ im anhängigen Individualstreit erfolgen. Dies erscheint, da es typischerweise um eine Vielzahl betroffener Rechtsverhältnisse geht, als aufwändig und überflüssig. Für die Frage, ob eine Gewerkschaft tariffähig ist, hat sich die gesetzliche allgemeine Klärungspflicht, wie sie § 97 ArbGG vorsieht, bewährt. Es wird daher empfohlen, im Fall des Aufkommens eines solchen Streits entsprechend der Regelung in § 97 Abs. 5 ZPO die Pflicht zur Aussetzung eines Rechtsstreits und die Klärung durch das gesonderte Beschlussverfahren nach § 99 BetrVG vorzuschreiben. In diesem Fall müsste entsprechend § 97 Abs. 5 S. 2 ArbGG auch der Kreis der Antragsberechtigten auf derartige Prozessparteien ausgeweitet werden.

14. **Der BRA regt an, bei der Verweisung in § 99 Abs. 2 ArbGG (neu) auf die Vorschriften des Beschlussverfahrens klarzustellen, dass den Beteiligten die Möglichkeit eines Vergleichsschlusses versagt ist. Es wird daher empfohlen, § 99 Abs. 2 ArbGG (neu) wie folgt zu fassen:**

    „Für das Verfahren sind die §§ 80 bis 82 Abs. 1 S. 1, 83, 83a Abs. 2 und 3, 84 sowie 87 bis 96a entsprechend anzuwenden.“

    Durch diese Klarstellung könnte ein Streit darüber vermieden werden, ob und inwieweit die Beteiligten über den Gegenstand, der im Verfahren nach § 99 ArbGG (neu) zur Entscheidung gestellt ist, verfügen können.

15. **Der BRA regt an, die zur Feststellung der Zahl der Gewerkschaftsmitglieder vorgesehene Regelung wie folgt zu präzisieren:**

    „Der Beweis darüber, dass ein in einem bestimmten Betrieb zu einem bestimmten genannten Zeitpunkt ein oder mehrere Arbeitnehmer Mitglied einer bestimmten Gewerkschaft war bzw. waren, kann ebenso wie die Zahl der in einem bestimmten Zeitpunkt in einem bestimmten Betrieb beschäftigten Gewerkschaftsmitglieder durch notarielle Bestätigung ohne Namensnennung der Arbeitnehmer geführt werden. Die notarielle Erklärung muss beinhalten, auf welche Weise der Notar sich von der Richtigkeit des Inhalts seiner Erklärung überzeugt hat.“

    Hinsichtlich der in § 58 Abs. 3 ArbGG (neu) geplanten Regelung dahingehend, dass der Beweis der Zahl der Gewerkschaftsmitglieder auch durch notarielle Urkunde geführt werden kann, ist auf folgendes hinzuweisen:

    a. Die Regelung erscheint für das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren des § 99 ArbGG (neu) als überflüssig. Nach § 83 Abs. 2 ArbGG ist das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren ohnehin zur Untersuchung und Feststellung des Sachverhalts verpflichtet. Dies kann auch durch die Einholung von Auskünften oder die Vorlage öffentlicher Urkunden geschehen.

    b. § 58 Abs. 3 ArbGG (neu) hat damit in erster Linie Bedeutung für das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren. Die Beweiskraft einer „öffentlichen Urkunde“ im Sinne des § 415 ZPO beschränkt sich allerdings darauf, dass eine Person eine bestimmte Erklärung gegenüber dem Notar abgegeben hat (vgl. etwa Zöller-Geimer, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 415 Rn. 5 m.w.N.). **Die Richtigkeit des Inhalts einer solchen Erklärung bestätigt der Notar dabei gerade nicht.**

       Um solche Erklärungen der Partien geht es vorliegend nicht. Vielmehr soll der Notar im Rahmen des § 58 Abs. 3 ArbGG (neu) die Richtigkeit einer bestimmten Tatsache bestätigen. Hierzu muss er eigene Feststellungen treffen. Dies müsste in § 58 Abs. 3 ArbGG (neu) zum Ausdruck gebracht werden.

    c. **Eine derartige Beweisführung erscheint als schwer vorstellbar. Sinnvoller wäre es, auch im Urteilsverfahren, in denen die Repräsentativität als Vorfrage relevant ist, einen Notar als gerichtlichen Sachverständigen vorzusehen.**

       Dieser könnte dann mit einer vom Gericht vorgegebenen Arbeitnehmerliste – damit wäre die maßgebliche Einheit des „Betriebes“ impliziert – vom Gericht verlangte Feststellungen treffen, etwa durch Abgleich mit der Liste der Gewerkschaftsmitglieder, der Prüfung aller oder ausgewählter Mitgliedsausweise, der stichprobenweisen persönlichen Befragung der behaupteten Gewerkschaftsmitglieder usw. Im Fall der Behauptung einer anderen Gewerkschaft, sie sei repräsentativer, könnte er dies auch für die Konkurrenzgewerkschaft in vergleichbarer Weise feststellen. Beanspruchen mehrere Gewerkschaften bestimmte Arbeitnehmer als ihre Mitglieder, könnte er dies durch Befragung der Arbeitnehmer und ggf. Abnahme notarieller Erklärungen dieser Arbeitnehmer aufklären. Damit wäre die erforderliche Geheimhaltung gewährt. Das Verfahren wäre einigermaßen rechtssicher gestaltet. Bliebe man bei der bisherigen Regelung, könnten verschiedene Gewerkschaften unterschiedliche notarielle Erklärungen vorlegen, ohne dass man erkennen könnte, auf welche Weise die Ermittlungen der Mitgliederzahl stattgefunden hat.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**355**

27. April 2015

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 4. Mai 2015 zu den Vorlagen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Drucksache 18/4062
b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen, Drucksache 18/4184
c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln, Drucksache 18/2875

Professor Dr. Bernd Waas

Überragende Bedeutung für die Beurteilung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz) hat die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Regelung in § 4a Abs. 2 Satz 1 TVG-RegE. Diese Frage steht denn auch im Mittelpunkt dieser Stellungnahme. Nach kurzen Vorüberlegungen zur Offenheit der verfassungsrechtlichen Bewertung (I.) soll zunächst die – für die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit höchst bedeutsame – Unterscheidung von Ausgestaltung und Eingriff kurz beleuchtet werden (II.). Im Anschluss ist der Gesichtspunkt der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems näher in den Blick zu nehmen; dabei soll insbesondere aufgezeigt werden, inwieweit Tarifpluralität gewisse „Störpotenziale" für ein „funktionierendes" Tarifsystem in sich birgt (III.). Vor diesem Hintergrund wird dann § 4a Abs. 2 Satz 1 TVG-RegE näher betrachtet (IV.). Die Stellungnahme endet mit einer kurzen Zusammenfassung (V.)

I. Offenheit der verfassungsrechtlichen Bewertung

Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit einer auf Wiederherstellung der Tarifeinheit zielenden gesetzlichen Regelung ist auch nach der Entscheidung des BAG vom 7. Juli 2010 zur Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit[1] offen. Dies ergibt sich allein schon daraus, dass die Beurteilung nach den Maßstäben der Verfassung dem BVerfG und nicht dem BAG obliegt. Doch ist darüber hinaus auch zu beachten, dass sich das BAG im Zusammenhang mit seinen Erwägungen zur Reichweite der grundrechtlichen Gewährleistung der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG explizit nur auf die Unzulässigkeit einer richterrechtlichen Rechtsfortbildung bezogen,[2] die Möglichkeit einer gesetzlichen Regelung aber ebenso ausdrücklich unbeantwortet gelassen hat.[3]

[1] BAG, NZA 2010, 1068.

[2] BAG, NZA 2010, 1068: „Ungeachtet der fehlenden Voraussetzungen für eine Rechtsfortbildung, die zur Verdrängung eines nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend geltenden Tarifvertrags nach dem Grundsatz der Tarifeinheit führen könnte, wäre eine solche mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG auch nicht zu vereinbaren." (Rn. 75).

[3] BAG, NZA 2010, 1068: „Es kann deshalb offenbleiben, ob der einfache Gesetzgeber eine Regelung überhaupt schaffen könnte, die in einer derart weit reichenden Weise in die verfassungsrechtlich geschützte Koalitionsfreiheit eingreift." (Rn. 88); vgl. zum Ganzen auch *Giesen*, ZfA 2011, 1 (9) mit weiteren Nachw. (u. Fußn. 24); die Verfassungswidrigkeit zuletzt klar bejahend allerdings *Bepler*, NJW-Beil. 2014, 31 (32) .

Den Blick auf die Offenheit der verfassungsrechtlichen Bewertung sollte man sich auch nicht durch ein bestimmtes konzeptionelles Vorverständnis verstellen lassen. Das gilt insbesondere auch für den vom BAG in seiner Entscheidung herangezogenen Gesichtspunkt, wonach die „Koalitionsfreiheit in erster Linie als Freiheitsgrundrecht strukturiert" sei und „Art. 9 Abs. 3 GG es den tariffähigen Koalitionen überlasse, „in Ausübung ihrer kollektiven Privatautonomie im Rahmen der Verfahrensregelungen des Tarifvertragsrechts autonom durch Tarifverträge die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu regeln".[4] Denn unabhängig davon, inwieweit diese Beobachtung zutrifft,[5] ist allgemein anerkannt, dass der Gesetzgeber zur Ausgestaltung des Gewährleistungsbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist.[6] An den Grenzen der verfassungsrechtlich anerkannten Befugnisse des Gesetzgebers und nicht an einer bestimmten Anschauung des Art. 9 Abs. 3 GG entscheidet sich daher die Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Regelung.[7]

Ebenfalls nicht blenden lassen sollte man sich durch den Umstand, dass das geltende Tarifvertragsgesetz gewisse Entscheidungen über ein Tarifsystem enthält, an denen mit einer auf die Wiederherstellung der Tarifeinheit zielenden gesetzlichen Regelung gerüttelt wird. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Verfassungsgesetzgeber das Tarifvertragsgesetz, das wenige Wochen älter als das Grundgesetz ist, gewissermaßen „vorgefunden" hat. Denn zwar konnte das Grundgesetz „das TVG voraussetzen, dessen Regelungen sollten aber nicht verfassungsrechtlich festgeschrieben werden".[8] Auch das BVerfG hat in seiner Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Mitbestimmung klipp und klar ausgeführt, dass die Gewährleistung der Tarifautonomie „ganz allgemein" sei und „nicht die besondere Ausprägung [umfasst], die das Tarifvertragssystem in dem zur Zeit des Inkrafttretens des Grundgesetzes geltenden Tarifvertragsgesetz erhalten hat".[9]

Erst recht nicht weiter helfen insbesondere in der veröffentlichten Meinung gelegentlich begegnende außerrechtliche Überlegungen, die z. B. in die Richtung zielen, Tarifpluralität sei als Beitrag zur Stärkung des Wettbewerbsgedankens prinzipiell wünschenswert. Ungeachtet der Frage, ob diese Sichtweise – wie das nicht selten der Fall ist – möglicherweise durchaus einen berechtigten Kern enthält,[10] sind derlei Erwägungen nicht zielführend. Dies zeigt sich allein schon daran, dass die ihnen zugrunde liegende Parallele zum Marktgeschehen offenkundig nur sehr bedingt tragfähig ist, da es vorliegend nicht um das Angebot von Waren oder Dienstleistungen, sondern, der Sache nach, um die Reichweite der Befugnisse der Tarifparteien zu materieller Gesetzgebung geht.

Zwischenergebnis: Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit einer auf Tarifeinheit zielenden Regelung ist prinzipiell offen.

II. Unterscheidung von Ausgestaltung und Eingriff

Von fundamentaler Bedeutung für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer auf die Wiederherstellung von Tarifeinheit zielenden gesetzlichen Regelung ist die Grenzziehung zwischen einer Ausgestaltung des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG[11] auf der einen und einem Eingriff in das Grundrecht auf der anderen Seite. Dies wird auch im Schrifttum ganz überwiegend so gesehen.[12] Während bei Bejahung eines Eingriffs eine Rechtfertigung nur unter Hinweis auf den Schutz anderer Rechtsgüter oder Gemeinwohlbelange mit Verfassungsrang und bei strenger Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit möglich ist,[13] sind dem Gesetzgeber bei Annahme einer Ausgestaltung nicht unerhebliche Freiräume eröffnet.[14] Darüber hinaus begegnet in der Literatur vielfach die Annahme eines verhältnismäßig weiten Beurteilungs- und Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers,[15] wobei dies u. a. mit der – wohl zutref-

---

[4] BAG, NZA 2010, 1068 (u. Rn. 91); vgl. hierzu zuletzt auch *Richardi*, NZA 2014, 1233.

[5] Kritisch gegenüber dieser Sichtweise zuletzt etwa *Waltermann*, RdA 2014, 86 (88) mit Blick auf die Begründung von Rechtsfolgen gegenüber Dritten.

[6] Vgl. insoweit nur ErfKomm/*Linsenmaier*, 15. Aufl., 2015, Art. 9 GG Rn. 82: „Zum einen wird er [der Gesetzgeber] durch Art. 9 Abs. 3 verpflichtet, ein funktionsfähiges TV-System bereitzustellen (...). Zum anderen aber und genau entgegengesetzt hat er den auf diese Weise ausgestalteten Autonomiebereich zu respektieren (…).".

[7] Umgekehrt gilt selbstverständlich auch, dass Tarifeinheit nicht mit „vorgefassten Vernunftargumenten" gerechtfertigt werden könnte; zutr. daher *di Fabio*, Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem, 2014, S. 26.

[8] So ErfKomm/*Linsenmaier*, 15. Aufl., 2015, Art. 9 GG Rn. 83.

[9] BVerfG, NJW 1979, 699 (u. C. IV. 1.).

[10] Vgl. insoweit etwa *BAG*, NZA 2010, 1068 (u. Rn. 91); auch *Reichold*, NZA 2014, 2534 (2537).

[11] Nicht näher eingegangen werden soll hier aus Gründen der Übersichtlichkeit auf die im Schrifttum zuweilen bemühte Kategorie der „Umgestaltung", zumal deren Bedeutung, wenn sie denn anzuerkennen ist, i. W. darin liegen dürfte, dass den Gesetzgeber bei Änderungen von Regelungen bzw. Wertungen des TVG eine gesteigerte „Rechtfertigungspflicht" trifft; vgl. insoweit *Dieterich*, RdA 2001, 1 (12).

[12] Vgl. nur *Papier/Krönke*, ZfA 2011, 807 (827 ff.).

[13] Vgl. nur ErfKomm/*Linsenmaier*, 15. Aufl., 2015, Art. 9 GG Rn. 87.

[14] Auch hierzu ErfKomm/*Linsenmaier*, 15. Aufl., 2015, Art. 9 GG Rn. 85; vgl. auch MünchArbR-*Löwisch/Rieble*, 3. Aufl., 2009, § 157 Rn. 77: „Bei der Ausgestaltung des 'Wie' der Koalitionsfreiheit darf der Staat *Zweckmäßigkeitserwägungen* anstellen und *Gemeinwohlbelange* oder andere *Rechtsgüter ohne Verfassungsrang* berücksichtigen."

[15] Vgl. etwa auch *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1 (12), die einen „weiten Beurteilungsspielraum mit einer beträchtlichen Einschätzungsprärogative" annehmen, allerdings zugleich darauf hinweisen, dass die „Garantie der Koalitionsbetätigung (…) ein wichtiger Abwägungsfaktor" sei.

fenden Beobachtung – begründet wird, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip[16] nur in begrenztem Umfang justiziabel sei.[17]

Die Beantwortung der Frage, wo genau die Grenze zwischen Ausgestaltung und Eingriff verläuft, ist nun allerdings außerordentlich schwierig: Analysen einschlägiger Entscheidungen des BVerfG wurden an anderer Stelle unternommen, haben aber nicht unbezweifelbaren Ergebnissen geführt.[18] Eine Betrachtung der Rechtsliteratur hilft ebenfalls nur sehr beschränkt weiter, da sich die Verfassungsdogmatik noch im Fluss zu befinden scheint.[19] Zwar sind in der jüngeren verfassungsrechtlichen Literatur Tendenzen zu verzeichnen, die im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 3 GG auf die Anerkennung eines ungeschriebenen Gesetzesvorbehalts[20] bzw. auf die Bejahung erweiterter gesetzgeberischer Ausgestaltungsbefugnisse bei einer abgeschwächten Kontrolle hinauslaufen.[21] Dennoch bleiben erhebliche Unsicherheiten.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, dreistufig vorzugehen. Dabei ist zunächst die Frage zu stellen, ob es hinsichtlich eines grundrechtlich geschützten tariflichen Regelungssystems wenigstens einen gewissen gesicherten Grundkonsens gibt (1.). Sodann ist nach der Funktion der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber zu fragen, um hieraus möglicherweise Hinweise auf deren Grenzen gewinnen zu können (2.). Schließlich ist die Frage zu stellen, ob sich als Ausgestaltung anerkannte Elemente des tariflichen Regelungssystems finden lassen, die es nahelegen könnten, eine Regelung zur Herbeiführung von Tarifeinheit ebenfalls als Ausgestaltung einzuordnen (3.).

1. Zurverfügungstellung eines „Tarifsystems“ als Aufgabe des Gesetzgebers

Was die erste Frage anbelangt, so dürfte Einigkeit bestehen, dass der Gesetzgeber angesichts der Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG gehalten ist, den Beteiligten ein „Tarifsystem“ zu Verfügung zu stellen. So heißt es etwa im Mitbestimmungsurteil des BVerfG: „Demgemäß geht das BVerfG in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionsfreiheit nur in ihrem Kernbereich schützt (…): Das Grundrecht räumt den geschützten Personen und Vereinigungen nicht mit Verfassungsrang einen inhaltlich unbegrenzten und unbegrenzbaren Handlungsspielraum ein (…); es ist vielmehr Sache des Gesetzgebers, die Tragweite der Koalitionsfreiheit dadurch zu bestimmen, dass er die Befugnisse der Koalitionen im Einzelnen gestaltet und näher regelt. Dabei kann er den besonderen Erfordernissen des jeweils zu regelnden Sachverhalts Rechnung tragen. Allerdings dürfen dem Betätigungsrecht der Koalitionen nur solche Schranken gezogen werden, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind. Regelungen, die nicht in dieser Weise gerechtfertigt sind, tasten den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Kerngehalt der Koalitionsbetätigung an (…).“.[22] Auch in der Literatur finden sich überwiegend Aussagen wie die, dass der Gesetzgeber den Beteiligten den „Kernbereich eines Tarifvertragssystems überhaupt“ zur Verfügung zu stellen habe.[23]

Nicht restlos geklärt ist, welche Elemente des Tarifvertragssystems in dessen „Kernbereich“ zählen. Viel spricht indes dafür, dass das BVerfG die normative Wirkung von Tarifverträgen und insbesondere auch deren zwingende Wirkung zum Kernbereich rechnet.[24] In der Literatur wird zu-

[16] Kritisch gegenüber dessen Geltung im vorliegenden Zusammenhang allerdings *Giesen*, ZfA 2011, 1 (18).

[17] Vgl. MünchArbR-*Löwisch/Rieble*, 3. Aufl., 2009, § 157 Rn. 81: „Die *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* ist nur schwer justitiabel, weil Gewichtungs- und Bewertungsmaßstäbe für die Abwägung zwischen dem Koalitionsbetätigungsinteresse einerseits und dem vom Staat verfolgten Regelungszweck andererseits fehlen. Mit dieser Schwierigkeit korrespondiert ein *weiter Bewertungs- und Einschätzungsspielraum des Staates,* der als Gesetzgeber und kraft Richterrechts die Koalitionsbefugnisse ausgestaltet. Vom Staat ist im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne deshalb einmal zu verlangen, dass er sich seiner Abwägungspflicht zugunsten der Koalitionsfreiheit bewusst ist und dass er zweitens erkennt, wenn Koalitionsbetätigungsinteressen von besonderem Gewicht sind.“

[18] Vgl. nur *Papier/Krönke*, ZfA 20111, 830, wonach eine Differenzierung zwischen Ausgestaltung und Eingriff „kaum eindeutige Ergebnisse erwarten“ lasse.

[19] Dies gilt auch für denkbare Parallelbetrachtungen –, bei denen man etwa die Ausgestaltung der kommunalen Selbstverwaltung in den Blick nehmen könnte; vgl. nur *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 28 GG Rn. 99: „Eine systematisch entwickelte Unterscheidung von *Eingriff und Ausgestaltung* lässt sich in der Dogmatik nicht nachweisen. (…) In beiden Fällen ist anerkannt, dass dem Gesetzgeber eine notwendige Rolle zukommt, um die Garantie mit Leben zu füllen.“ Immerhin mag man es als einen gewissen Fingerzeig verstehen, wenn dort weiter ausgeführt wird, dass für „die Ermöglichung von Strukturen, innerhalb derer sich die Selbstverwaltung überhaupt erst ergeben kann, (…) die Anknüpfung an den Eingriffsbegriff nicht überzeugend ist“.

[20] *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 441 f.; abl. *di Fabio*, Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem, 2014, S. 19, wobei allerdings die von ihm dagegen angeführte „Idee einer durch Koalitionen erst erzeugten Tarifordnung“ angesichts der im Kern allgemein akzeptierten Verpflichtung des Gesetzgebers zur Zurverfügungstellung eines Tarifsystems nur sehr bedingt tragfähig erscheint.

[21] Vgl. die Nachw. bei *Giesen*, ZfA 2011, 1 (17) u. Fußn. 60.

[22] BVerfG, NJW 1979, 699 (u. C. IV. 1.).

[23] MünchArbR-*Löwisch/Rieble*, 3. Aufl. 2009, § 175 Rn. 33.

[24] Vgl. BVerfG, NJW 1954, 1881 (u. B. II. 2b aa): „Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit betrifft nicht nur den Zusammenschluß als solchen, sondern den Zusammenschluß zu einem bestimmten Gesamtzweck, nämlich zu einer aktiven Wahrnehmung der Arbeitgeber- (Arbeitnehmer-)Interessen. Dies bedeutet zugleich, daß frei gebildete Organisationen auf die Gestaltung der Löhne und Arbeitsbedingungen Einfluß nehmen, insbes. zu diesem Zweck Gesamtvereinbarungen treffen können. Die historische Entwicklung hat dazu geführt, daß solche Vereinbarungen in Gestalt geschützter Tarifverträge mit Normativcharakter und Unabdingbarkeit abgeschlossen werden. Wenn also die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit nicht

dem geltend gemacht, dass ein Tarifvertragssystem den Anforderungen nur dann entspreche, wenn es den Voraussetzungen von „Exklusivität und Funktionalität“ genüge. Unter Exklusivität wird dabei verstanden, dass „staatliche Einflussnahme im Aufgabenbereich der Koalitionen ausgeschlossen“ sei.[25] Unter Funktionalität wird verstanden, „dass in diesem Bereich Kollektivverträge reibungslos zustande kommen können und beachtet werden müssen“.[26]

2. Funktion der Ausgestaltung

Was die zweite Frage betrifft, so ist vorliegend von Bedeutung, dass allgemein ein wichtiges Element der Ausgestaltung in „koordinierenden“ Regelungen gesehen wird. So wird in der Literatur etwa bemerkt, dass „Inhalt und Umfang“ der Tarifautonomie „der Koordinierung und Strukturierung“ bedürften. Darüber hinaus müsse „die Tarifautonomie ausgestaltet und in die Gesamtrechtsordnung integriert werden“. Dies bedürfe „einer Vielzahl konkretisierender Regelungen, die den Gestaltungsfreiraum der Koalitionen teilweise einschränken, andererseits aber auch über die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG hinaus erweitern können“.[27]

Zu unterstreichen ist insoweit, dass die gesetzliche Ausgestaltung eines Grundrechts, auch soweit sie – der allgemeinen Wortbedeutung entsprechend – als „Ausformung“ verstanden wird, Regelungen mit beschränkender Wirkung nicht ausschließt. Dementsprechend heißt es etwa in der Kommentarliteratur, dass vom Eingriff „die gesetzliche Ausgestaltung eines Grundrechts, die den verfassungsrechtlichen Gewährleistungsrahmen näher ausformt“, zu unterscheiden sei. Dabei schließe „die dem Gesetzgeber innerhalb gewisser Grenzen zukommende 'Bestimmungsmacht' auch die Einschränkung potentiell geschützter Grundrechtsexpression ein“.[28]

Sodann ist festzustellen, dass in der Rspr. wiederholt die Abhängigkeit des Gewährleistungsbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG (und damit auch der Befugnis und Verpflichtung zur Ausgestaltung dieses Bereichs) von den tatsächlichen Gegebenheiten betont wird. So hat das BVerfG etwa in seinem Mitbestimmungsurteil festgehalten, der Gesetzgeber könne „einen weiten Spielraum zur Ausgestaltung“ beanspruchen. Dabei habe er insbesondere auch „die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Tariffähigkeit der jeweiligen gesellschaftlichen Wirklichkeit so anzupassen, dass die Koalitionen ihre Aufgabe erfüllen können“. Dementsprechend sei der Gesetzgeber „an einer sachgemäßen Fortbildung des Tarifvertragssystems nicht gehindert“.[29] Diese Sichtweise findet in der Literatur ihren Widerhall, wenn dort etwa festgehalten wird, dass sich der Gegenstand der Tarifautonomie „auf wandelbare wirtschaftliche und soziale Bedingungen beziehe und deshalb mehr als andere Freiheitsrechte auf die Möglichkeit zu Modifikation und Fortentwicklung angewiesen sei.“[30] Bedeutsam ist dies im vorliegenden Zusammenhang insbesondere deshalb, weil sich die „Verbandslandschaft“ in Deutschland in der jüngeren Vergangenheit in erheblichem Umfang verändert hat, sodass man die Frage stellen muss, ob insoweit nicht ein relevanter „Wandel der Normsituation“ eingetreten ist.[31] Unbestritten dürfte aber jedenfalls sein, dass der ausgestaltende Gesetzgeber heute andere Fragen zu beantworten hat, als sie sich bei Inkrafttreten von Grundgesetz und Tarifvertragsgesetz stellten.[32]

3. Tariffähigkeit als Ausgestaltung des Tarifsystems

Unter den verschiedenen Elementen des Tarifsystems, die im vorliegenden Zusammenhang eine Parallelbetrachtung nahelegen,[33] bietet sich das Merkmal der Tariffähigkeit besonders an. § 2 Abs. 1 TVG lautet: „Tarifvertragsparteien sind Gewerkschaften, einzelne Arbeitgeber sowie Vereinigungen von Arbeitgebern.“ Von einer gesonderten Fähigkeit zum Abschluss von Tarifverträgen ist in der Bestimmung nicht die Rede.

Dennoch ist mittlerweile fast allgemein anerkannt, dass das Erfordernis einer Tariffähigkeit mit spezifischen Voraussetzungen besteht. Nach der Rechtsprechung des BAG ist die Fähigkeit zum Abschluss von Tarifverträgen insbesondere

---

ihres historisch gewordenen Sinnes beraubt werden soll, so muß im Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG ein verfassungsrechtlich geschützter Kernbereich auch in der Richtung liegen, daß ein Tarifvertragssystem i.S. des modernen Arbeitsrechts staatlicherseits überhaupt bereitzustellen ist und daß Partner dieser Tarifverträge notwendig frei gebildete Koalitionen sind.“.

[25] Illustrativ hierfür etwa BVerfG, NZA 2011, 777 zu § 10 BUrlG a.F.: „Das Aushandeln von Tarifverträgen ist ein wesentlicher Zweck der Koalitionen (…). Der Staat enthält sich in diesem Betätigungsfeld grundsätzlich einer Einflussnahme (…) und überlässt die erforderlichen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum großen Teil den Koalitionen, die sie autonom durch Vereinbarungen treffen (…).“.

[26] *Dieterich*, RdA 2002, 1 (9).

[27] ErfKomm/*Linsenmaier*, 15. Aufl., 2015, Art. 9 GG Rn. 54, 88 u. 59.

[28] *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 41 (mit dem zusätzlichen Hinweis, dass sich gesetzliche Ausgestaltung von Grundrechten „nur innerhalb des verfassungsunmittelbaren Gewährleistungsstandards bewegen“ dürfe).

[29] BVerfG, NJW 1979, 699 (u. C. IV. 1.).

[30] So *Dieterich*, RdA 2001, 1 (9). Eine Abhängigkeit der Ausgestaltung von rechtstatsächlichen Gegebenheiten ergibt sich übrigens auch in anderen Zusammenhängen, etwa im Bereich des Schutzes von Ehe und Familie; vgl. hierzu *Badura*, in: Maunz/Dürig, Art. 6 GG Rn. 49 ff.

[31] Ein solcher kann auch richterlicher Rechtsfortbildung als Legitimation dienen; vgl. MünchKomm/*Säcker*, Einleitung Rn. 149.

[32] Zum historischen Zusammenhang von Tarifeinheit und Industrieverbandsprinzip vgl. nur *Silvia*, Holding the Shop Together, 2013, S. 111.

[33] Vgl. hierzu auch *Giesen*, ZfA 2011, 1 (11 ff.).

von der sog. „sozialen Mächtigkeit“ einer Koalition abhängig.[34] Tariffähig sind danach „nur Vereinigungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, die die tarifrechtlichen Aufgaben einer Koalition sinnvoll, d. h. durch einen im Rahmen der Rechtsordnung sich haltenden wirkungsvollen Druck und Gegendruck erfüllen können“.[35] Das BVerfG hat diese Konkretisierung des Koalitions- bzw. Gewerkschaftsbegriffs als mit Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG in Einklang stehende Ausgestaltung der Tarifautonomie gebilligt. Dabei hat es ausgeführt, es sei „mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit vereinbar, nur solche Koalitionen an der Tarifautonomie teilnehmen zu lassen, die in der Lage sind, den von der staatlichen Rechtsordnung freigelassenen Raum des Arbeitslebens durch Tarifverträge sinnvoll zu gestalten, um so die Gemeinschaft sozial zu befrieden (…)“. Demgemäß sei es „verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Rechtsprechung die Tariffähigkeit von gewissen Mindestvoraussetzungen abhängig macht“.[36] In der Literatur hat diese Sichtweise überwiegend Zustimmung gefunden. Allerdings sind durchaus auch Alternativkonzepte zur „Mächtigkeitsrechtsprechung“ in die Diskussion eingebracht worden. Diese reichen von einer erweiterten Inhaltskontrolle von Tarifverträgen über eine erweiterte Missbrauchskontrolle bis zur Anerkennung einer relativen Tariffähigkeit; zuweilen ist auch angeregt worden, die Entscheidung über die Tariffähigkeit einfach dem freien Spiel der Kräfte zu überlassen bzw. den „Markt“ entscheiden zu lassen.[37]

Soweit sich die Literatur zustimmend äußert – was, wie gesagt, weit überwiegend der Fall ist –, so ist zweierlei unübersehbar: Zum einen, dass die Qualifizierung als Ausgestaltung nicht in Abrede gestellt wird; zum anderen, dass hinsichtlich der Reichweite der Ausgestaltungsbefugnis ein großzügiger Maßstab gilt. Was die erstgenannte Frage betrifft, so heißt es in der Literatur etwa, die Mächtigkeitslehre stelle einen Fall der Ausgestaltung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG und nicht etwa einen Fall des Grundrechtseingriffs dar, da es um „die Grund- und Ausgangsbedingungen einer normativ konstituierten Freiheit“ gehe: Was die letztgenannte Frage betrifft, so wird in der Literatur betont, dass dem Gesetzgeber „ein weiter Spielraum zur Ausgestaltung der Tarifautonomie offen(steht)“.[38]

Eine Parallelbetrachtung der Tariffähigkeit bietet sich vorliegend deshalb an, weil eine auf Tarifeinheit zielende Regelung vergleichbare, aber tendenziell eher weniger weitreichende Wirkungen entfaltet, wie sie mit den Anforderungen an die Tariffähigkeit einhergehen.[39] Vergleichbar sind die Wirkungen, weil sich Unwirksamkeit und Unanwendbarkeit eines Tarifvertrags – insbesondere aus Laiensicht – wenig voneinander unterscheiden. Weniger weit reichen die Wirkungen aber allein schon deshalb, weil im Fall der Tarifeinheit eben doch „nur“ eine Verdrängung eintritt, wobei diese nicht allein von der Erfüllung von gewissen Voraussetzungen abhängig, sondern v. a. auch auf den jeweiligen Betrieb begrenzt ist.[40]

Zwischenergebnis: Art. 9 Abs. 3 GG verpflichtet den Staat dazu, den Beteiligten ein „Tarifsystem“ zu Verfügung zu stellen. Dieser ist der Ausgestaltung zugänglich und auch bedürftig. Die Unterscheidung von Ausgestaltung und Eingriff ist mit erheblichen Unsicherheiten belastet. Anerkannt ist aber, dass Ausgestaltungen dieses Systems den Gestaltungsfreiraum der Koalitionen einschränken und mit der Ausgestaltung insbesondere auch Anpassungen an die gesellschaftliche Wirklichkeit vorgenommen werden können. Die Anerkennung des Mächtigkeitserfordernisses im Zusammenhang mit der Tariffähigkeit bildet einen wichtigen „Referenzpunkt“ für die Grenzziehung zwischen Ausgestaltung und Eingriff.

III. Sicherung der „Funktionsfähigkeit“ der Tarifautonomie

1. „Funktionsfähigkeit“ der Tarifautonomie als zulässiges Ausgestaltungsziel

Nach der Rspr. bildet, neben dem Gesichtspunkt einer „sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens“[41], die „Funktionsfähigkeit des Tarifsystems“ einen zulässigen Maßstab für die Ausgestaltung des Gewährleistungsbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG. Während der erstgenannte „Ordnungsgedanke“ mittlerweile wohl überwiegend kritisch gesehen wird,[42] dürfte die „Funktionsfähigkeit des Tarifsystems“ ein im Kern unangefochtener Maßstab sein.[43] Dies ist v. a. deshalb bemerkenswert, weil

[34] Überblick hierzu bei Wiedemann/*Oetker*, 7. Aufl. 2007, § 2 TVG Rn. 383 ff.
[35] So etwa BAG AP § 2 TVG Nr. 25.
[36] BVerfG AP § 2 TVG Nr. 31 (u. B. I. 2.). Unklar daher *di Fabio*, Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem, 2014, S. 38 f.: „Wenn demnach die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung eine hinreichende Durchsetzungsfähigkeit im Blick auf die Verbandsmacht und soziale Mächtigkeit der Koalition fordert, dann muss das nicht für das Verfassungsrecht maßgeblich sein.“.
[37] Überblick über und Auseinandersetzung mit diesen Alternativkonzepten bei *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257.
[38] *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257.
[39] Vor diesem Hintergrund wird verständlich, dass in 4a Abs. 2 Satz 2 TVG-RegE in der Literatur zuweilen eine Beeinträchtigung der Tariffähigkeit der Minderheitengewerkschaft gesehen wird; so *Konzen/Schliemann*; RdA 2015, 1 (12).
[40] Hinzugefügt sei, dass es hier nur um die Frage der Qualifizierung als Ausgestaltung geht. Auf einem anderen Blatt steht, dass eine Regelung zur Tarifeinheit eine (tariffähige) Gewerkschaft zusätzlich beschränkt.
[41] BVerfG AP § 2 TVG Nr. 31.
[42] Vgl. nur *di Fabio*, Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem 2014, S. 16 ff.
[43] Noch weitergehend wohl *Dieterich*, RdA 2002, 1 (11), wonach das BVerfG schon die Qualifizierung als Ausgestaltung davon abhängig mache, ob die gesetzgeberische Maßnahme der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems dient: „Das Bundesverfassungsgericht versucht begrifflich zwischen den gegenläufigen Funktionen der Gesetzgebung scharf zu

mit dem Abstellen auf die Notwendigkeit der Sicherstellung eines „intakten Systems“ fast notwendigerweise eine Überlagerung individueller Positionen eintritt: Die Schranken der individuellen Koalitionsfreiheit liegen dort, wo (nach der zulässigen Einschätzung des Gesetzgebers) die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems auf dem Spiel steht. In der Literatur kommt dieser Zusammenhang etwa in Aussagen wie jener zum Ausdruck, dass die Tarifautonomie als verfassungsrechtliche Teilgewährleistung „nicht einfach im Sinne einer Addition der kollektiven Koalitionsfreiheiten zu verstehen“ sei[44] und dass ein Tarifvertragssystem „nicht nur Freiräume schaffen“, sondern auch „Freiheiten beschränken“ müsse.[45]

Mit Blick auf die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems als möglichem „Rechtfertigungsgrund“ für eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG steht man nun allerdings vor dem Problem, dass, soweit ersichtlich, wenig geklärt ist, wann das Tarifsystem als „gestört“ zu betrachten ist bzw. welche Erscheinungen als evtl. relevante „Störquellen“ zu bewerten sind.[46] Zwar dürfte Einigkeit darin bestehen, dass der Staat z. B. daran gehindert wäre, die Tarifparteien auf bestimmte Ordnungsvorstellungen auszurichten, indem er deren Erreichung schlicht zu „Funktionsvoraussetzungen“ erklärt. Jenseits dessen fällt es aber außerordentlich schwer, klare Aussagen zur Funktions(un)fähigkeit zu treffen, da hierfür nicht nur geklärt werden müsste, was genau man unter „funktionierender Tarifautonomie“ versteht, sondern auch zu entscheiden wäre, welche Störungen oder Beeinträchtigungen ggf. noch hinnehmbar sind.[47] Auch ein Blick auf Rspr. und Rechtsliteratur führt insoweit nicht viel weiter, da die dort angebotenen Maßstäbe erhebliche Interpretationsspielräume lassen. So fällt es, um nur diese Beispiele zu nennen, schwer, verlässlich anzugeben, wann man davon sprechen kann, dass die Gestaltung durch Tarifverträge „sinnvoll“ ist[48] oder „Kollektivverträge reibungslos zustande kommen können“.[49] Zugleich ist aber z. B. auch nicht o. W. deutlich, ob Gesichtspunkte wie die Sicherung der „Attraktivität“ des Tarifvertragssystems“ geeignet sind, Ausgestaltungen im Interesse der Funktionsfähigkeit zu legitimieren.[50]

Angesichts dieses Befundes bietet sich vorliegend ein gewissermaßen induktives Vorgehen an. Statt den Versuch zu unternehmen, abstrakt zu bestimmen, wo die Grenzen der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems verlaufen, sollen (nicht gewillkürte) tarifplurale Strukturen näher in den Blick genommen werden, um aufzuzeigen, wo diese möglicherweise „Beeinträchtigungspotenziale“ bergen.[51] Dass dabei die Besonderheiten des Zustandekommens von Tarifverträgen besondere Aufmerksamkeit beanspruchen, liegt auf der Hand.

2. Besonderheiten tarifpluraler Strukturen

Eine erste Besonderheit besteht darin, dass organisationspolitische Erwägungen in tarifpluralen Strukturen deutlich mehr Gewicht haben dürften als dies bei Tarifeinheit der Fall ist. Zwar wird eine Gewerkschaft in Tarifverhandlungen und mit Blick auf Tarifabschlüsse stets auch verbandspolitische Interessen bedenken und auf Solidarisierungs-

---

unterscheiden. Es spricht von Ausgestaltung, wo es um die verfassungsgeleitete Aufgabe geht, die Voraussetzungen für eine effiziente Nutzung der Tarifautonomie zu schaffen. Hingegen ist immer von Schranken oder Eingriffen die Rede, wenn das Regelungsziel nicht in der Realisierung eines funktionsgerechten Tarifvertragssystems besteht, sondern anderen Belangen des Gemeinwohls dient, die eine Beschränkung der Tarifautonomie rechtfertigen sollen. Das eine ist Grundrechtsvollzug, das andere Grundrechtsbeeinträchtigung.“. An anderer Stelle heißt es (mit Blick auf die Qualifizierung als Ausgestaltung): „Maßgebend ist das Regelungsziel. Als Ausgestaltung der Tarifautonomie kann ein Gesetz, das die Rechtsstellung der Koalitionen einschränkt, nur dann gelten, wenn gerade die Funktionsfähigkeit des Systems hergestellt bzw. verbessert werden soll, z. B. die kollektiven Beziehungen der Koalitionen, das Verfahren ihres Zusammenwirkens oder die Durchsetzbarkeit ihrer Vereinbarungen.“; so *ders*, a.a.O., 11.

[44] ErfKomm/*Linsenmaier*, 15. Aufl., 2015, Art. 9 GG Rn. 54.

[45] So *Dieterich*, RdA 2001, 1.

[46] Für weitere Unsicherheiten sorgt der Umstand, dass jedenfalls in der Rspr. des BAG vielfach nicht auf die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit abgestellt wird, sondern schon eine (bloße) „Gefährdung der Tarifautonomie“ bzw. „die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems gefährdende[n Erscheinungen] genügen soll(en); vgl. nur BAG, NZA 2008, 1366 (unter Rn. 47: „abstrakt geeignet, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in verfassungsrechtlich relevanter Weise zu stören“).

[47] Zuletzt wurde bei der Reform der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ins Feld geführt und damit die „Stützung der tariflichen Ordnung“ zu legitimieren versucht; vgl. Gesetzentwurf Tarifautonomiestärkungsgesetz, S. 58.

[48] Vgl. insoweit BVerfG AP § 2 TVG Nr. 31 (u. B. I. 2.).

[49] Vgl. *Dieterich*, RdA 2002, 1 (9).

[50] Auf diese berufen sich *Dieterich/Hanau/Henssler/Oetker/Wank/Wiedemann* RdA 2004, 65 (76) bei ihrer Empfehlung zur Begrenzung der sog. Nachbindung aus § 3 Abs. 3 TVG; vgl. hierzu zuletzt auch *Bepler*, Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, B 60.

[51] Hilfreich könnte insoweit überdies eine ökonomische Analyse tarifpluraler Verhandlungen sein. Allerdings ist diese, soweit ersichtlich, noch nicht allzu weit fortgeschritten; vgl. zuletzt immerhin *Aghadadashliy/Wey*, Multi-union Bargaining: Tariff Plurality and Tariff Competition, Düsseldorf Institute für Competition Economics, Discussion Paper No. 138, April 2014. Näher zu untersuchen wäre überdies, welche Erkenntnisse die Spieltheorie liefern könnte; vgl. hierzu allg. etwa *Allen*, Games Bargaining: A Proposed Application of the Theory of Games to Collective Bargaining (1956), Faculty Scholarship Series, Paper 4520; zuletzt auch *Gröls*, Innovationspotenziale im Ablauf von Tarifverhandlungen, Diss. Hamburg, 2014, S. 70 ff.

und Werbeeffekte hoffen. Auch sind verbandspolitisch motivierte Tarifregelungen, wie insbesondere die Rspr. des BAG zur Zulässigkeit von einfachen Differenzierungsklauseln zeigt, in gewissem Umfang durchaus legitim.[52] Damit sollte man sich aber im vorliegenden Zusammenhang nicht beruhigen. Denn zum einen dürfte die Beeinflussung des gewerkschaftlichen Kalküls durch organisationspolitische Interessen ungleich größer sein, wenn es nicht um die Besserstellung der Mitglieder gegenüber Nichtmitgliedern, sondern um deren Verhältnis zu den Mitgliedern konkurrierender Gewerkschaften geht. Und zum anderen ergibt sich hier – und nur hier – das Problem, dass die Verhandlungsposition einer Gewerkschaft von entsprechenden Tarifforderungen und/oder -abschlüssen einer anderen Gewerkschaft beeinflusst wird, was – ebenso wie in anderen Zusammenhängen53 – insoweit bedenklich ist, als dabei eine Verfälschung der gewerkschaftlichen Agenda droht.

Mit dem letzteren Umstand in engem Zusammenhang steht die Sorge vor einem gewerkschaftlichen „Überbietungswettbewerb".[54] Diese ist überaus ernst zu nehmen. Denn nicht nur wird eine Gewerkschaft in der Formulierung ihrer Verhandlungsposition vom Tarifgebaren einer konkurrierenden Gewerkschaft beeinflusst, sie wird v. a. auch in der Weise beeinflusst, dass sie sich, schon zur Wahrung ihrer „Unterscheidungskraft", geradezu gedrängt sehen wird, für ihre Mitglieder nach Möglichkeit „mehr herauszuholen". Dass in diesen Wettbewerb überdies eine gewisse Dynamik eingebaut ist, liegt geradezu auf der Hand. Der geschilderten Besorgnis kann man auch nicht ihre rechtliche Relevanz absprechen. Dies zeigt sich allein schon daran, dass in anderen rechtlichen Zusammenhängen der Wert autonomer – und d. h. hier von Drittinteressen nach Möglichkeit freier – Verhandlungen vielfach ausdrücklich betont wird. So wird z. B. gegen die Wirksamkeit von – auf die Übernahme eines fremden Tarifvertrags gerichteten – sog. Meistbegünstigungsklauseln eingewandt, dass diese die „autonome Konfliktlösung" vereitelten, „unzulässigerweise Drittinteressen in die Tarifauseinandersetzung" hineintrügen und verhinderten, „dass die Gewerkschaft ihrer Tarifverantwortung gegenüber ihren Mitgliedern nachkommt".[55] Konsequenterweise sehen die Vertreter dieser Ansicht denn auch in derartigen tarifvertraglichen Gestaltungen einen „Eingriff in den Vertragsmechanismus" und eine Verletzung der „tariflichen Richtigkeitsgewähr".[56]

Auch droht in tarifpluralen Strukturen eine Überschreitung des Verteilungsspielraums zu Lasten der Arbeitgeberseite.[57] Dabei kommt es gar nicht darauf an, wie dieser im Einzelnen zu bestimmen ist. Denn nicht diese Frage interessiert hier; vielmehr geht es nur um die begründete Annahme, dass eine Gewerkschaft stets bemüht sein wird, diesen von ihr (nach welchen Kriterien auch immer) bestimmten Spielraum nach Möglichkeit zugunsten ihrer Klientel auszuschöpfen. So legitim diese Zielsetzung einerseits auch ist – und zwar ganz unabhängig von dem jeweiligen Organisationsprinzip der Gewerkschaft und dem Zuschnitt ihres Mitgliederkreises –, so deutlich ist nun andererseits auch, dass hier eine „Überforderung" der Arbeitgeberseite geradezu angelegt ist, da diese kaum Gehör finden wird, wenn sie in Verhandlungen mit einer Gewerkschaft auf eine Schmälerung des Verteilungsspielraums verweisen will, die infolge von Zugeständnissen gegenüber einer anderen Gewerkschaft eingetreten ist.[58] Zu beachten ist überdies, dass insoweit eine massive Beeinträchtigung der „Verhandlungsparität"[59] zuungunsten der Arbeitgeberseite droht,[60] da der tarifliche Regelungsmechanismus allen tariffähigen Gewerkschaften offen steht, deren Kampfkraft aber mit ihrer Mitgliederstärke allenfalls schwach korreliert. Dabei zeigt sich sogleich, dass die Anschauung von Tarifautonomie als „kollektiver Privatautonomie", so zutreffend sie im Kern auch sein mag, mit Blick auf tarifplurale Strukturen an ihre Grenzen stößt, da hier auf einer Seite der Verhandlungen mehrere Akteure stehen, wobei einerseits deren Verhandlungsposition, anders als etwa beim Abschluss von Kauf- oder

[52] BAG, NZA 2009, 1028 (zur Zulässigkeit sog einfacher Differenzierungsklauseln); vgl. allerdings auch BAG AP GG Art. 9 Nr. 147 (Unwirksamkeit einer Differenzierungsklausel in der Form einer Spannenklausel).

[53] Vgl. zu diesem Gesichtspunkt etwa auch *Waas*, in: FS Birk, 2008, S. 899 (mit Blick auf tarifdispositives Recht).

[54] Vgl. insoweit nur *Meyer*, DB 2011, 1920.

[55] *Rieble/Klebeck*, RdA 2006, 65 (77).

[56] So *Rieble/Klebeck*, RdA 2006, 65 (68).

[57] Vgl. auch RegE, S. 6. Auf diesen Aspekt soll die Betrachtung aus Arbeitgebersicht beschränkt bleiben. Doch sei zusätzlich der Hinweis gestattet, dass in tarifpluralen Strukturen eine Entwertung der Friedenspflicht droht, da der Arbeitgeber – um es in den Worten des Entwurfs zu sagen – „nicht mehr davon ausgehen (kann), mittels eines Tarifvertrags oder mittels mehrerer aufeinander abgestimmter Tarifverträge die Arbeitsbedingungen für die Belegschaft abschließend geregelt zu haben"; a.a.O., S. 6. Dies ist umso problematischer, als sich die Annahme einer jedem Tarifvertrag immanenten Friedenspflicht – als weiterer Ausgestaltung des Tarifsystems – gerade dem Umstand verdankt, dass der „Arbeitgeber (…) durch den Tarifvertrag gesicherte Daten für weitere unternehmerische Entscheidungen, der Arbeitnehmer gesicherte Arbeitsbedingungen erhalten (soll)"; Wiedemann/*Thüsing*, 7. Aufl., 2007, § 1 TVG Rn. 867.

[58] Ähnlich *Giesen*, ZfA 2011, 1 (7).

[59] Deren Wahrung übrigens in der Rechtsprechung einen hohen Stellenwert hat; vgl. etwa BAG, NZA 2008, 1366 (zum „Blitzwechsel" eines Arbeitgebers von einer Voll- in eine OT-Mitgliedschaft).

[60] Diese ist bislang – verständlicherweise – fast ausschließlich mit Blick auf die Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen beleuchtet worden; vgl. nur ErfK/*Linsenmaier*, 15. Aufl., 2015, Art. 9 GG Rn. 112: „Sinn und Zweck der kollektiven Vertragsautonomie ist die Herstellung fairer Verhandlungschancen. Das verlangt annähernd gleiche Verhandlungsstärke und Durchsetzungskraft, soll es sich nicht nur um „kollektives Betteln" handeln (BAG, NJW 1980, 1653)".

Werkverträgen, mit „Erzwingungsmacht“ unterlegt ist und andererseits, wieder anders als bei derartigen Verträgen, auf ein und dieselbe Ressource zugegriffen wird.[61]

Doch ist eine Betrachtung der „Verteilungsfrage“ aus der Perspektive der Arbeitgeberseite noch gar nicht der alleinige Gesichtspunkt, der insoweit zu beachten ist. Hinzu kommt nämlich noch, dass sich auch mit Blick auf die „Verteilungsgerechtigkeit“ Besorgnisse einstellen, die letztlich gar die Frage nach der – für die Tarifautonomie fundamental bedeutsamen – „Richtigkeitsgewähr“ des Tarifvertrags in ein neues Licht rücken: Bei manchen Unschärfen, die insoweit bestehen,[62] dürfte weitgehende Einigkeit darin bestehen, dass Tarifverträge deshalb die Vermutung der „Richtigkeit“ in sich tragen, weil hierbei einerseits das „Vertragsverfahren“ genutzt wird und andererseits die Voraussetzungen einer „effizienten Gegenmachtbildung“ gegeben sind.[63] Bedenkt man nun aber, dass von einer „Richtigkeit“ des Tarifvertrags eigentlich nur die Rede sein kann, wenn die Verteilungsfrage nicht nur im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmern, sondern eben auch im Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander „richtig“ beantwortet wird, dann bleibt mit Blick auf tarifplurale Strukturen nur der nüchterne Befund, dass *insoweit* ein „Vertragsverfahren“ gerade nicht besteht. Dementsprechend sind etwa Bewertungen der Arbeitsleistungen nicht nur nicht zwischen den konkurrierenden Gewerkschaften „abgestimmt“,[64] sondern es fehlt schon, sofern die Beteiligten sich nicht freiwillig verständigen, die rechtlich vorgezeichnete Möglichkeit, ein derartiges „Abstimmen“ herbeizuführen. Stattdessen stehen Tarifverhandlungen und daraus resultierende Tarifabschlüsse isoliert nebeneinander, wobei insbesondere die – ggf. auch zum „Spiel über Bande“ einladende – Intransparenz der Verfahren aus Sicht des jeweiligen „Konkurrenten“ und die evtl. Ungleichzeitigkeit der Verhandlungen zusätzliche Probleme aufwerfen dürften. Vor diesem Hintergrund stellt sich – rechtsethisch betrachtet – die Frage, ob die Beeinträchtigung der *iustitia distributiva* – verstanden als Bereitschaft der Gemeinschaft, jedem einzelnen Glied der Gemeinschaft und allen Teilgemeinschaften ihre Anteil an Gemeinschaftsgütern zukommen zu lassen – einfach hinzunehmen ist; eine Frage, die an Schärfe noch gewinnt, wenn man die Möglichkeit bedenkt, dass durchsetzungsschwache Arbeitnehmergruppen auf längere Sicht bei entsprechender Verbandsentwicklung „auf der Strecke bleiben“ könnten.[65] Auch ganz unabhängig von der rechtsethischen Bewertung sollte man die Problematik aber nicht auf die leichte Schulter nehmen. Dies zeigt sich allein schon daran, dass tarifvertragliche Regelungen einer strengen Kontrolle am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG unterworfen sind. Dementsprechend wird denn auch in der Literatur etwa ein „tarifvertragsübergreifender Gleichheitsvergleich“ für angezeigt gehalten, „wenn dieselben Tarifparteien für unterschiedliche Arbeitnehmergruppen derselben Branche oder Berufsgruppe je eigenständige Tarifverträge schließen oder eine Gruppe von ihrer Regelung ausnehmen“.[66] Diese Bewertung gilt, wie hier zur Vermeidung von Missverständnissen unterstrichen werden soll, nur für Tarifverträge derselben Tarifparteien. Dennoch gibt sie einen Hinweis darauf, dass das Recht auf Gleichheitsverstöße in Tarifverträgen außerordentlich sensibel reagiert. Zu bedenken ist insoweit schließlich auch, dass der Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit – etwa in Gestalt der sog. Honorarverteilungsgerechtigkeit“ – in anderen Zusammenhängen eine verfassungsrechtliche Ausformung erfahren hat,[67] an die vorliegend Zusammenhang evtl. anzuknüpfen sein könnte.

Eng verwandt mit der soeben skizzierten Fragestellung ist das Problem, dass es in tarifpluralen Strukturen zu einem Nebeneinander unterschiedlicher tariflicher Regelungen für dieselben Personengruppen kommen kann.[68] Darin liegt – wie übrigens auch von Kritikern der Tarifeinheit eingeräumt wird[69] – weit mehr als die Verletzung einer „Tarifästhetik“. Vielmehr drängt sich geradezu auf, dass die Betroffenen unterschiedliche Arbeitsbedingungen regelmäßig als höchst ungerecht empfinden werden.[70] Ob insoweit die Gefahr einer „Desavouierung“ der Tarifautonomie mit nachteiligen Langzeiteffekten für diese gegeben ist, soll hier nicht weiter erörtert werden. Jeden-

[61] Insofern kann man durchaus davon sprechen, dass Tarifverträgen eine „Lastwirkung“ für andere Koalitionen zukommt; allg. zur Kategorie der Verträge mit Lastwirkung für Dritte etwa MünchKomm/*Gottwald*, 6. Aufl. 2012, § 328 BGB Rn. 256 m. w. N.

[62] Vgl. hierzu nur *Waltermann*, RdA 2014, 86 (88 f.).

[63] Vgl. nur MünchArbR/*Rieble-Klebeck*, 3. Aufl., 2009, § 163 Rn. 8 f.

[64] Etwa auch im Sinne der Opportunität differenzierender Regelungen; vgl. insoweit RegE, S. 6 („Kohärenz des im Betrieb geltenden Entgeltsystems“).

[65] Ein Umstand, der angesichts der Gewährleistung auch von deren (individueller) Koalitionsfreiheit alles andere als bedeutungslos wäre; instruktiv insoweit auch die Ausführungen von *Scholz*, ZfA 2010, 681 (704) zur sog. „'mehrpoligen' Grundrechtskollision; vgl. zum Ganzen auch RegE, S. 7.

[66] ErfKomm/*Schmidt*, 15. Aufl., 2015, Art. 3 GG Rn. 27. Weiter heißt es dort: „Eine solche Differenzierung bedarf der sachlichen Rechtfertigung, um am Maßstab des Art. 3 bestehen zu können (…). Die Regelung in unterschiedlichen Tarifverträgen schließt für sich allein einen Gleichheitsverstoß nicht aus.“.

[67] Vgl. insoweit nur BSG, BeckRS 2011, 70646 unter Hinweis auf Art 12 Abs. 1 i. V m. Art. 3 Abs. 1 GG.

[68] Vgl. zur Frage der „Lohngerechtigkeit im Rahmen vergleichbarer Tatbestände“ übrigens auch BAG v. 10.06.1964 (zu Art. 24 Abs. 2 Satz 2 der Verfassung von Nordrhein-Westfalen).

[69] Vgl. nur *Greiner*, RdA 2015, 36 (42), der die Bewältigung dieser Problematik (unter Fußn. 65) explizit als „legitimes Ausgestaltungsziel“ bezeichnet.

[70] Vgl. insoweit RegE, S. 6 mit Bedenken i. H. a. die „Akzeptanz“.

falls besteht die begründete Befürchtung, dass Unterschiede für erhebliche Unruhe in den Betrieben sorgen und zugleich als „Prämie auf den Verbandswechsel“ wirken; letzteres könnte zu einer Destabilisierung des Tarifsystems führen und zwar insbesondere dann, wenn man zusätzlich die oben beschriebene Gefahr eines „Überbietungswettbewerbs“ bedenkt.[71]

Zwischenergebnis: Mit dem Ziel der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems ist der Staat zur Ausgestaltung des Gewährleistungsbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG berechtigt (und verpflichtet). Tarifplurale Strukturen weisen eine Reihe von Besonderheiten auf, welche aufgrund ihres „Beeinträchtigungspotentials“ ein Eingreifen des Gesetzgebers unter dem Gesichtspunkt der Sicherung der Funktionsfähigkeit rechtfertigen könnten.

IV. Regierungsentwurf

Eine abschließende verfassungsrechtliche Beurteilung des vorliegenden Regierungsentwurfs ist an dieser Stelle nicht zu leisten. Doch sollen immerhin einige Hinweise gegeben werden. Diese beziehen sich zum einen auf den Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems als Ziel der Ausgestaltung des Gewährleistungsbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG (und damit als mögliche „Rechtfertigung“ für die intendierte Gesetzgebung) und zum anderen auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

1. Funktionsfähigkeit des Tarifsystems als „Rechtfertigungsgrund“

Die zentrale Regelung des Entwurfs ist § 4a Abs. 1 Satz 2 TVG-RegE: „Soweit sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden (kollidierende Tarifverträge), sind im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft anwendbar, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat.“ Damit soll im Überschneidungsbereich kollidierender Tarifverträge nur der Tarifvertrag der Gewerkschaft anwendbar sein, die im Betrieb die meisten Arbeitnehmer organisiert.[72] Allerdings setzt der Entwurf primär auf ein Verhandlungsmodell. Besonders deutlich wird dies an der Aussage in der Begründung, wonach der Grundsatz der Tarifeinheit als Kollisionsregel nur „subsidiär“ eingreifen soll, wenn es „nämlich den Tarifvertragsparteien im Wege autonomer Entscheidungen nicht gelingt, Tarifkollisionen zu vermeiden“.[73] Das Eintreten in einen Abstimmungsprozess wird somit zu einer grundsätzlichen Obliegenheit jeder Gewerkschaft, sofern sie sich im Betrieb einer konkurrierenden Gewerkschaft gegenüber sieht, die – zumindest partiell – dieselbe Zuständigkeit beansprucht.

Der Zweck der „Vermeidung von Tarifkollisionen“ wird in § 4a Abs. 1 TVG-RegE selbst mit der „Sicherung der Schutzfunktion, Verteilungsfunktion, Befriedungsfunktion sowie Ordnungsfunktion von Rechtsnormen des Tarifvertrags“ umschrieben. § 4a Abs. 1 TVG-RegE soll erkennbar der Rechtfertigung der nachfolgenden Kollisionsregel dienen. Doch hilft die – verhältnismäßig „lieblose“ – Aufzählung (mehr oder minder) anerkannter Funktionen von Tarifverträgen nur bedingt weiter. Instruktiver ist insoweit die Begründung. Denn hier scheinen nun in der Tat einige der Gesichtspunkte auf, welche oben abstrakt als mögliche „Störpotenziale“ der Tarifpluralität identifiziert wurden. Dies gilt insbesondere für den Gedanken einer Beeinträchtigung der „Verteilungsgerechtigkeit“[74] und der „Befriedungsfunktion“[75] von Tarifverträgen. Beide Funktionen sind, wie oben beschrieben wurde, von einer Tarifpluralität berührt. Darüber hinaus ist an verschiedenen Stellen der Begründung von einer Beeinträchtigung der „Funktionsfähigkeit“ der Tarifautonomie (bzw. der Notwendigkeit ihrer Sicherung) die Rede.[76]. Auch insoweit wurde oben gezeigt, dass ein System der (nicht gewillkürten) Tarifpluralität in der Tat problematische Wirkungen zeitigt. Der Umstand, dass die Zusammenhänge in der Begründung des Entwurfs eher assoziiert als klar benannt werden,[77] ändert nichts daran, dass sie bestehen. Dass eine abschließende verfassungsrechtliche Bewertung an dieser Stelle nicht geleistet werden kann, hat mit dem erforderlichen Gewicht der Beeinträchtigungen bzw. der Frage nach möglichen „Toleranzgrenzen“ zu tun. Sie hat aber v. a. damit zu tun, dass die Frage nach dem exakten Umfang der Grenzen der Bindungen des „ausgestaltenden“ Gesetzgebers an dieser Stelle ausgeklammert bleiben muss.[78] Die Maßstäbe, die insoweit in der Rspr. des BVerfG und der begleitenden Literatur herangezogen werden, müssten auf den hier zu entscheidenden Fall „zugespitzt“ werden. Da dabei allerdings auch Berücksichtigung zu finden hätte, dass „der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eines funktionierenden Tarifvertragssystems einen breiteren Gestaltungsfreiraum benötigt und andere Vorgaben beachten muss als bei einer Einschränkung der Tarifautonomie“,[79] spricht an dieser Stelle sehr viel für die Verfassungsmäßigkeit der intendierten Regelung.

[71] Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass dabei Gewerkschaften, die nach dem Industrieverbandsprinzip organisiert sind, leicht ins Hintertreffen geraten können, da sie auf einen Ausgleich der verschiedenen Gruppeninteressen ausgerichtet und angewiesen sind.
[72] Vgl. auch RegE, S. 11.
[73] RegE, S. 7 f.; 11.
[74] Vgl. RegE, S. 6.
[75] Vgl. RegE, S. 6.
[76] Schon der erste Satz der Entwurfsbegründung lautet: „Ziel des Tarifeinheitsgesetzes ist es, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu sichern“; vgl. RegE, S. 1.
[77] Vgl. insoweit auch *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1.
[78] Ausgeklammert bleiben muss überdies die Frage nach der Berechtigung eines Abstellens auf ein (betriebsbezogenes) Mehrheitsprinzip.
[79] So *Dieterich*, RdA 2002, 1 (11).

2. Verhältnismäßigkeitsprinzip

Größere Probleme wirft das Verhältnismäßigkeitsprinzip auf. Dies gilt schon auf einer abstrakten Ebene, da hochgradig umstr. ist, ob und inwiefern der „ausgestaltende" Gesetzgeber überhaupt an dieses Prinzip gebunden und inwiefern eine mögliche Bindung aufgrund einer fehlenden Justiziabilität des Prinzips bzw. einer gerichtlich anzuerkennenden Einschätzungsprärogative eingeschränkt oder abgeschwächt sind.[80] Die Problematik kann hier nicht vertieft werden. Immerhin lässt sich sagen, dass eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit i. e. S. vorliegend kaum in Betracht kommen dürfte, da jedenfalls die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems als solche nicht zur Disposition und somit einer Abwägung von vornherein nicht offen steht.

Damit treten die Maßstäbe der Geeignetheit und der Erforderlichkeit in den Vordergrund. Was die Geeignetheit der Regelung des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG-RegE angeht, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die dort angeordnete Verdrängung von Rechtsnormen des Tarifvertrags der Minderheitengewerkschaft für sich genommen etwa das oben angesprochene Problem der Sicherung von Verteilungsgerechtigkeit erkennbar nicht lösen könnte. Sieht man die Vorschrift aber als subsidiäre Regelung für den Fall der „Nichtabstimmung" zwischen den Gewerkschaften – und in diesem Zusammenhang steht sie nach der Entwurfsbegründung –, dann rückt die Frage der Geeignetheit in ein anderes Licht, weil nicht allein die betriebsbezogene Kollisionsregel, sondern vielmehr auch die damit verbundene Verhaltensanforderung an die Gewerkschaft an diesem Maßstab zu messen ist.[81]

Was die Frage der Erforderlichkeit betrifft, so ist zunächst festzustellen, dass die Entwurfsbegründung auch insoweit wenig ergiebig ist.[82] Zwar sind auch die im Schrifttum erwogenen alternativen Modelle verfassungsrechtlich alles andere als unproblematisch. Das gilt etwa für das Modell, wonach die Tarifzuständigkeit durch ein Mächtigkeitserfordernis im Zuständigkeitsbereich inhaltlich aufgeladen werden sollte.[83] Das gilt aber auch für das Modell einer „Tarifeinheit mit Vetorecht", bei dem der von der Mehrheitsgewerkschaft ausgehandelte Tarifvertrag nur dann in Kraft treten könnte, „wenn alle in seinem Geltungsbereich vertretenen Gewerkschaften (…) ihn durch Urabstimmung innerhalb einer gesetzlich statuierten Frist gebilligt hätten"[84]. Dennoch hätte man erwarten können, dass die Entwurfsbegründung, wenn sie die möglichen Gegenmodelle schon nicht einzeln würdigen will, von einer „offeneren" Sichtweise bestimmt ist. Ganz abgesehen davon stellt sich die Frage, ob § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG-RegE nicht insoweit „über das Ziel hinausschießt", als er die Verdrängung der Rechtsnormen des Minderheitstarifvertrags – unabhängig von seinem Regelungsbereich – allein von einer Überschneidung der Geltungsbereiche abhängig macht und damit auch dann eintreten lässt, wenn die Mehrheitsgewerkschaft einen bestimmten Problemkreis gar nicht regeln will.[85]

Zwischenergebnis: Es gibt eine Reihe von Anhaltspunkten, welche die Regelung in § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG-RegE unter dem Gesichtspunkt der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems im Kern verfassungsrechtlich tragen könnten. Gewisse Vorbehalte bestehen mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit der Regelung.

V. Zusammenfassung

Eine auf Tarifeinheit zielende Regelung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber zulässigerweise zu der Einschätzung gelangt, dass Beeinträchtigungen der Funktionsfä-

[80] Vgl. hierzu bereits oben u. II.; zum Ganzen zuletzt auch *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1 (12) m. w. Nachw.

[81] Die Betriebsbezogenheit der Kollisionsregel ist bei dieser Sichtweise erkennbar Ausdruck des Bemühens, ihre Verhältnismäßigkeit sicherzustellen.

[82] Vgl. RegE, S. 2. Die knappe Auseinandersetzung mit dem „Modell dynamischer Repräsentativität" steht wohl im Einklang mit der Einschätzung von *Giesen*, ZfA 2011, 1 (38); krit. auch *Henssler*, RdA 2011, 65 (72 f.) u. a. mit dem Hinweis auf § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, der zum Ausdruck bringe, „dass bei der Gestaltung der betrieblichen Arbeitsbedingungen nicht nur auf Gerechtigkeit innerhalb bestimmter Berufsgruppen, sondern auf Gerechtigkeit innerhalb der Gesamtbelegschaft des Betriebes geachtet werden muss.". Weiter heißt es dann: „„Gibt man einer Berufsgruppe, die besonders kampfstark ist bzw. in Schlüsselpositionen sitzt, das Recht, überdurchschnittliche Begünstigungen für sich auszuhandeln, ist dieses Gemeinschaftsverhältnis gestört; die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit lässt sich nicht verwirklichen. Deshalb steht es in offenem Widerspruch zu kollektivarbeitsrechtlichen Grundprinzipien, wenn einer Berufsgruppe Sonderbefugnisse eingeräumt und die Gestaltungsmacht einer Gruppeninteressen vertretenden Spartengewerkschaft gestärkt wird, indem im Überschneidungsbereich die relative Repräsentativität Bedeutung erlangt.".

[83] So *Greiner*, RdA 2015, 36 (41) u. Hinw. auf *Ricken*, Autonomie und tarifliche Rechtsetzung, 2006, S. 151 f., der diese Lösung der Rechtsprechung in Zukunft „für eine verfassungskonforme Auslegung des tarifrechtlichen Regelungssystems" empfiehlt. Die „Tarifzuständigkeitslösung" begegnet unter dem Gesichtspunkt der „Garantie autonomer Bestimmung des Koalitionszwecks", die „Vetolösung" unter dem Gesichtspunkt der Betätigungsgarantie der Mehrheitsgewerkschaft Bedenken; vgl. zur ersteren insbesondere *Krause*, NZA 2008, 401 mit dem Einwand, „dass den Gewerkschaften durch das Kriterium der einzeltarifvertragsbezogenen Repräsentativität die Möglichkeit vorenthalten wird, einzelnen Mitglieder in noch nicht oder nicht mehr hinreichend organisierten Bereichen einen normativen tariflichen Schutz zukommen zu lassen". Dem schließt sich die Bewertung an, dass es sich dabei um eine „gravierende Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit sowohl der Gewerkschaft als auch der betroffenen Arbeitnehmer" handele, für die „kein rechtfertigender Grund ersichtlich" sei; krit. auch *Hromadka*, NZA 2014, 1105 (1107).

[84] So *Greiner*, RdA 2015, 36 (42 f.). Diese Lösung führt zu zahlreichen höchst problematischen Weiterungen, die bis zur Definition „gesetzlicher Rahmenparameter" zur Bestimmung der Tarifentwicklung reichen sollen.

[85] Vgl. RegE, S. 12; vgl. hierzu auch *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1 (7) u. Hinw. auf BR-Drucks. 635/14, S. 10.

higkeit der Tarifautonomie bestehen oder zumindest ernsthaft drohen. Die Besonderheiten von Verhandlungen in tarifpluralen Strukturen lassen eine derartige Einschätzung als grundsätzlich gerechtfertigt erscheinen. Gesetzgeberische Maßnahmen sind dann als Ausgestaltung des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG und nicht als Eingriff in dieses zu bewerten. Sofern man auch den „ausgestaltenden“ Gesetzgeber – jedenfalls in gewissem Umfang – an das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden sieht, rücken die Maßstäbe der Geeignetheit und Erforderlichkeit in den Vordergrund. Zwar bleiben auf der Grundlage der Begründung des Regierungsentwurfs gewisse Zweifel, da die Verdrängung des Minderheitstarifvertrags unabhängig von seinem Regelungsbereich eintreten soll. Im Kern dürfte die vorgeschlagene Regelung diesen Maßstäben aber genügen.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**356**

28. April 2015

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 4. Mai 2015 zu den Vorlagen

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Drucksache 18/4062
b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Klaus Ernst, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Tarifautonomie stärken - Streikrecht verteidigen, Drucksache 18/4184
c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Solidarität im Rahmen der Tarifpluralität ermöglichen - Tarifeinheit nicht gesetzlich regeln, Drucksache 18/2875

Deutscher Gewerkschaftsbund

Inhalt des Vorschlags

Mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Regelung der Tarifeinheit soll die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gesichert, der Schutz-, Verteilungs-, Befriedungs- und Ordnungsfunktion tariflicher Normen Rechnung getragen werden – mithin der Zer-splitterung des Tarifvertragssystems entgegengewirkt werden. Kommen in einem Betrieb mehrere Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften zur Anwendung, deren Geltungsbereiche sich überschneiden und die unterschiedliche Inhalte haben, so soll diese Tarifkollision ab dem Zeitpunkt der Überschneidung der beiden Tarifverträge aufgelöst werden: es sollen nur die Rechtsnormen des Tarifvertrages anwendbar sein, an den die meisten organisierten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen des Betriebes gebunden sind. Es kommt also auf die Mehrheit der Organisierten einer Gewerkschaft in diesem Betrieb an. Allein die Rechtsnormen des Tarifvertrages dieser Gewerkschaft sind anwendbar. Der Gewerkschaft mit einer Minderheit an Mitgliedern und einem eigenen Tarifvertrag verbleibt ein Nachzeichnungsrecht von Rechtsnormen soweit sich diese mit den Rechtsnormen ihres Tarifvertrages überschneiden. In der Gesetzesbegründung unter § 4a Absatz 2 heißt es: „Die Regelungen zur Tarifeinheit ändern nicht das Arbeitskampfrecht. Über die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen, mit denen ein kollidierender Tarifvertrag erstreikt werden soll, wird allerdings weiterhin im Einzelfall (im Sinne des Prinzips der Tarifeinheit und der o. g. Funktionen der Tarifautonomie) zu entscheiden sein. Der Arbeits-kampf dient nicht der Sicherung der Tarifautonomie, soweit dem Tarifvertrag, der mit ihm erwirkt werden soll, die o. g. Funktionen offensichtlich nicht mehr zukommen würden, weil die abschließende Gewerkschaft keine Mehrheit der organisierten Arbeitnehmer im Betrieb haben würde. Im Rahmen der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Dazu können auch Strukturen des Arbeitgebers und die Reichweite von Tarifverträgen gehören.“

Bewertung

Für die DGB Gewerkschaften ist das Prinzip „ Ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ politische Grundlage ihres Handelns im Betrieb, in der Branche und in der Gesellschaft. Tarifverträge sollen den unterbietenden Konkurrenzkampf um den Arbeitsplatz, dem die einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer untereinander dem Arbeitgeber gegenüber unterliegen, auflösen und gute Entgelt- und Arbeitsbedingungen für alle schaffen. Verteilungsfragen der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen untereinander sind von ihnen selbst zu lösen, bevor sie sich gegenüber dem Arbeitgeber gemeinsam auf Forderungen und eine Durchsetzungsstrategie verständigen. Dann können sie vom Arbeitgeber nicht ausgespielt werden. Ohne

diese interne Klärung und Geschlossenheit ist das nicht möglich. Bestehen mehrere konkurrierende Gewerkschaften, ist es das Ziel der DGB Gewerkschaften, den höchstmöglichen Grad an Geschlossenheit anzustreben.

Ausdrückliche Eingriffe in das Streikrecht enthält der Gesetzestext in der Entwurfsfassung nicht. Im Einzelfall kann aber die Tarifkollisionsregelung durch eine entsprechende Gerichtsentscheidung zu einer Einschränkung des Streikrechts führen.

Unabhängig von der unterschiedlichen Haltung zur Frage des Eingriffs ins Streikrecht – mehrere Gewerkschaften lehnen den Gesetzentwurf aus diesem Grund ab – sind sich die DGB Gewerkschaften einig, dass es kritische Punkte gibt, die in jedem Fall geändert werden müssen. Dazu nimmt der DGB im folgenden Stellung.

Zu ausgewählten Aspekten und Regelungen:

Zu wenig geht der Gesetzesentwurf auf die Bedeutung der Flächentarifverträge in Deutschland ein. Durch Tarifflucht der Arbeitgeber wie Austritte aus dem Arbeitgeberverband oder Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft, ständiges Outsourcing und Umstrukturieren – alles mit dem Ziel Lohn- und Arbeitsbedingungen zu verschlechtern – ist die Situation einer verstärkten Interessenkonkurrenz unter den Arbeitnehmergruppen geschürt worden.

Unklar sind die Auswirkungen, wenn arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln auf einen Tarifvertrag vereinbart sind, der aber wegen der Mehrheitsverhältnisse nicht zur Anwendung kommt.

zu § 4a Absatz 2, Satz 2: Tarifkollision

Die Vorschrift regelt, unter welchen Voraussetzungen nur noch ein Tarifvertrag im Betrieb anwendbar ist.

Der Vorschlag setzt lediglich eine Überschneidung der Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften voraus. Er bezieht nicht zugleich noch die Regelungsgegenstände mit ein, so dass es auch auf deren Überschneidung maßgeblich ankäme. Dieser Eingrenzung hatte auch die BDA in dem gemeinsamen Entwurf von DGB und BDA zugestimmt. Das Abstellen auf die Regelungsgegenstände und damit die Themenbereiche des Tarifvertrages spezifizieren die Überschneidung inhaltlich. Bliebe es bei der bestehenden Regelung, könnte auch z. B. nur die (teilweise) Geltung eines Entgelttarifvertrages möglicherweise die Verdrängung eines Manteltarifvertrages der anderen Gewerkschaft bedeuten, obwohl die abschließende Gewerkschaft überhaupt keinen Manteltarifvertrag geschlossen hat. In der Praxis könnte dies auch für Regelungen zur betrieblichen Altersversorgung oder zur Altersteilzeit oder für Differenzierungsklauseln etc. von Relevanz sein. Darüber hinaus ist der Fall denkbar, dass z. B. der Regelungsgegenstand Sonderzahlung nur bei der einen Gewerkschaft in einem Entgelt- oder Entgeltrahmentarifvertrag geregelt ist, während dies bei der anderen Gewerkschaft in keinem dieser ebenfalls vorhandenen Typen von Tarifverträgen erfolgte. Insofern findet dann keine Überschneidung statt. Diese Regelung kann infolgedessen auch nicht verdrängt werden. Diese differenziertere Herangehensweise erscheint auf beiden Ebenen sachgerechter und insbesondere grundrechtsschonender. Sind diese Regelungsgegenstände und Rechtsnormen eines Tarifvertrages nur in den Tarifverträgen der Minderheitsgewerkschaft zu finden, so findet insofern ebenfalls keine Überschneidung, aber auch keine Nichtanwendung statt, sondern den Mitgliedern dieser Gewerkschaft verbleiben diese Ansprüche aus ihren Tarifverträgen.

Die in Satz 2 beschriebene Rechtsfolge der Anwendbarkeit von Rechtsnormen des Tarifvertrages derjenigen Gewerkschaft, die die meisten Mitglieder hat, muss im Text dahingehend geändert werden, dass es sich dabei lediglich um diejenigen Organisierten handelt, die an dem Tarifvertrag, über dessen Anwendbarkeit entschieden werden soll, gebunden sind. AT-Angestellte sollten also nicht mitzählen; leitende Angestellte i. S. d. § 5 BetrVG scheiden aus, sie sind in den persönlichen Geltungsbereichen von Tarifverträgen ausgenommen.

In einem Gemeinschaftsbetrieb mit unterschiedlichen Tarifverträgen könnten dies, dann u. U. auch Beschäftigte eines anderen Arbeitgebers sein. Im Hinblick darauf, dass es sich um Nichttarifgebundene handelt, erscheint dieses Konzept nicht tragfähig zur Legitimation des Mehrheitsprinzips als Grundlage für eine mögliche Verdrängung eines Tarifvertrages. Zugleich wird dadurch die Bemessungsgrundlage für die Feststellung des Gerichtes für die Mehrheitsverhältnisse zur Entscheidung über die Anwendbarkeit des Tarifvertrages bestimmt.

Zu dem Aspekt des Zeitpunktes des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrages ist anzumerken, dass der Begründung zu entnehmen ist, dass es auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem der Tarifvertrag schriftlich abgeschlossen wird. Dies mag für die Frage der Feststellung, zu welchem Zeitpunkt die Mehrheitsverhältnisse gegeben sein mussten, sinnvoll sein. Für die Frage des Beginns der Überschneidung aber nicht. Für den Zeitpunkt der Anwendbarkeit des Tarifvertrages ist nämlich durchaus auch denkbar, dass der Tarifvertrag rückwirkend in Kraft gesetzt wird und insofern den Mitgliedern ggf. noch weitere Ansprüche zustehen und somit die Überschneidung vorverlagert wird. Hier muss klar getrennt und geklärt werden, wie diese Fälle zu behandeln sind. Nach der jetzigen Formulierung fallen sie aber materiell-rechtlich gesehen nicht in den Überschneidungszeitraum und werden deshalb nicht verdrängt. Dies kann ggf. tarifpolitisch problematische Folgewirkungen nach sich ziehen, weil dann die Regelungen für diesen Zeitraum ggf. eine andere Bedeutung erlangen können. Darüber hinaus ist ungeklärt, wie mit Tarifverträgen umgegangen wird, die erst in Zukunft in Kraft treten sollen. Bedacht werden sollte zudem, dass auch der Zeitpunkt einer Unterzeichnung maßgeblich beeinflusst werden kann.

Die jetzt in der Entwurfsbegründung eingefügte Behauptung zu allgemeinverbindlichen Tarifverträgen bei einer Tarifkollision ist nicht ausreichend. Die Rechtsprechung wird dieses Problem nicht offen lassen können, und allgemeinverbindliche Tarifverträge unterliegen deshalb der Gefahr in einzelnen Betrie-

ben verdrängt zu werden. Der DGB fordert zur Klarstellung die ausdrückliche gesetzliche Verankerung des Vorrangs allgemeinverbindlicher Tarifverträge in diesen Fällen.

Zu Sätzen 3, 4 und 5: Entstehen des Betriebes; Betriebsbegriff

Satz 3 wird so verstanden, dass das Entstehen eines neuen Betriebes nur bei einer vollständigen Neugründung eines Betriebes oder z. B. bei einem Abschluss eines Tarifvertrages, der erst später in Kraft tritt, geregelt ist, mehr nicht.

Daneben: Insbesondere in der Medienbranche wird nicht stets auf den Betriebsbegriff abgestellt. Oftmals wird in sog. Projekten gearbeitet, deren Strukturen nicht deckungsgleich mit der Betriebsdefinition sind. Beispiele sind zeitlich befristete Filmproduktionen mit festen und freien Beschäftigten, Künstlern, die über das Urheberrecht an der Verwertung der Ergebnisse beteiligt werden sowie Personen, die nur zeitweilig beschäftigt werden, wobei hier keine gleichmäßige zeitweilige Beschäftigung gegeben ist, sondern Beschäftigte in das Projekt hineinkommen und es verlassen zu ganz unterschiedlichen Zeitpunkten. Letzteres stellt sich auch für die Berechnung von Mehrheiten als problematisch dar. Auch § 12 a TVG wird im Entwurf nicht betrachtet.

Es fehlt an einem erweiterten Betriebsbegriff, der weitere Fallkonstellationen der Praxis erfasst. So müssen auch alle Betriebe eines Arbeitgebers als Betrieb gelten und den tarifvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten nach § 3 BetrVG gleichgestellt sein, wenn dies übereinstimmend jeweils in den konkurrierenden Haustarifverträgen oder unternehmensbezogenen Verbandstarifverträgen vereinbart ist. Dann sind die Mehrheitsverhältnisse nach der Zahl der Mitglieder der konkurrierenden Gewerkschaften in allen Betrieben des Arbeitgebers zu berücksichtigen.

Die von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als Ausfluss der Tarifautonomie anerkannte Freiheit der Tarifvertragsparteien, den fachlichen Geltungsbereich ihrer Tarifverträge und damit auch den darin maßgeblichen Betriebsbegriff autonom zu definieren, muss – auch aus verfassungsrechtlichen Gründen – Grundlage der vorliegenden Gesetzesbestimmung sein. Die Tarifvertragsparteien können somit in ihren Tarifverträgen (ggf. ergänzend) einen umfassenderen Betriebsbegriff, z. B. auch einen solchen, der mit dem Unternehmensbegriff identisch ist (so z. B. Tarifverträge der chemischen Industrie), wählen und eigenständig definieren, als auch (ggf. ergänzend) einen weniger umfassenden Betriebsbegriff, z. B. denjenigen der selbständigen Betriebsabteilung (so z. B. Tarifverträge der Holz- und Kunststoffverarbeitenden Industrie, der Sägeindustrie und übrigen Holzbearbeitung, der Steine- und Erdenindustrie, der Gebäudereinigung, des gesamten Bau- und Baunebengewerbes).

Zu Satz 5:

Grundsätzlich geht der Entwurf vom Betrieb als Bemessungsgrundlage für die Mehrheitsverhältnisse aus. Danach Satz 4 von der Bemessungsgrundlage durch die Bildung eines Gemeinschaftsbetriebes oder einem nach § 3 BetrVG errichteten Betrieb abgewichen werden kann, besteht die grundsätzliche Möglichkeit der Manipulation entweder durch den Arbeitgeber alleine oder durch Tarifvertragsparteien zu Lasten einer weiteren Gewerkschaft, die in einem Betrieb vertreten ist. Dadurch könnten bestehende Mehrheitsverhältnisse verschoben oder neue geschaffen werden. Um dieses Problem einzugrenzen, enthält der Entwurf im letzten Halbsatz von Satz 4 und Satz 5 eine Begrenzung, den Betriebsbegriff zu erweitern. Laut Gesetzesformulierung soll eine Erweiterung der Bemessungsgrundlage nicht möglich sein, wenn sie den Zielen des § 4a Abs. 1 entgegensteht. Dies soll dann der Fall sein, wenn Betriebe von Tarifvertragsparteien unterschiedlichen Wirtschaftszweigen oder deren Wertschöpfungsketten zugeordnet werden.

Diese Einschränkung als solche ist von ihrem Sinn und Zweck her zu begrüßen. Sinn und Zweck der Regelung ist, dass insbesondere über das Instrument eines Tarifvertrages nach § 3 BetrVG nicht willkürlich branchenübergreifende Betriebe errichtet werden, die aufgrund veränderter Mehrheitsverhältnisse zur Verdrängung branchenspezifischer Tarifregelungen führen. Die im Entwurf enthaltene Regelung wirft aber Fragen auf. So kann das in Satz 5 enthaltene gesetzliche Beispiel auch so verstanden werden, dass es sich ausschließlich auf Tarifverträge nach § 3 BetrVG bezieht. Dann wäre unklar, wie der Gemeinschaftsbetrieb oder eine andere Konstellation, an der nur die konkurrierenden Tarifvertragsparteien beteiligt sind, zu bewerten ist. Das gesetzliche Regelbeispiel müsste deshalb auch diese weitere Konstellation umfassen. Deshalb bedarf das Regelbeispiel in Satz 5 einer Klarstellung, dass eine Zuordnung sowohl durch die Tarifvertragsparteien des Tarifvertrages nach § 3 BetrVG als auch durch die konkurrierenden Tarifvertragsparteien erfolgen kann.

Im Entwurf bleibt zudem unklar, wie die beiden Begriffe „Wirtschaftszweige“ oder „Wertschöpfungsketten“ im Arbeitsrecht zu verwenden sind.

Sinn und Zweck der Regelung ist, dass insbesondere über das Instrument eines Tarifvertrages nach § 3 BetrVG nicht willkürlich branchenübergreifende Betriebe errichtet werden, die aufgrund veränderter Mehrheitsverhältnisse zur Verdrängung branchenspezifischer Tarifregelungen führen. Stehen die Begriffe gleichrangig oder alternativ zueinander? Werden sie nach dem allgemein üblichen Verständnis angewendet, wird vielfach ein und derselbe Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Zudem ist die Bedeutung beider Begriffe unklar, da sie bislang im Arbeitsrecht nicht verwandt bzw. definiert wurden. Beides führt zu Rechtsunsicherheit. Sie taugen wegen ihrer Vielschichtigkeit nicht zu Eindämmung eines Missbrauchs.

Zudem ergibt sich die Zuordnung zu einem Wirtschaftszweig oder einer Wertschöpfungskette regelmäßig aus den tatsächlichen Verhältnissen und nicht aus einer vertraglichen Vereinbarung der Tarifvertragsparteien. Es kann bezüglich letzterem jedenfalls nicht gemeint sein, dass eine explizite bzw. förmliche Zuordnung im Tarifvertrag erfolgt sein muss, um eine Erweiterung auszuschließen; das ist jedenfalls – auch sprachlich – klarzustellen.

Zu Absatz 4: (Nachzeichnungsrecht)

Die alleinige Nachzeichnung der Regelungsgegenstände ist grundrechtschonender als die im Gesetz vorgesehene Regelung und entspricht systematisch dem Vorschlag wie er zu Abs. 2 unterbreitet wurde.

Klarstellend sollte im Gesetzestext aufgenommen werden, dass das Nachzeichnungsrecht nur insoweit besteht wie Regelungsgegenstände sich überschneiden.

Zu Art. 2 Änderungen des ArbGG:

Zu kritisieren ist die im Entwurf enthaltene Regelung zur Feststellung von Mehrheitsverhältnissen. Die Frage der Feststellung von Mehrheitsverhältnissen im Betrieb korrespondiert mit der Auflösung kollidierender Tarifverträge und der Rechtsfolge einer Verdrängung eines Tarifvertrages und stellt somit ein wesentliches Kernelement des Gesetzes dar. Angesichts dieser Verdrängungswirkung greift die vorgelegte Regelung zu kurz. Es muss einerseits vermieden werden, dass Gewerkschaften im Rahmen des Verfahrens zur Vorlage von Mitgliederlisten im Gerichtsverfahren und damit der Öffentlichkeit und zur Kenntnismöglichkeit des Arbeitgebers verpflichtet werden können. Andererseits dürfen Inhalt und Umfang eines notariellen Beweises nicht ausschließlich den beteiligten Gewerkschaften selbst überlassen werden. Zu fordern ist daher, dass das Gesetz für die Feststellung von Mehrheitsverhältnissen ein eigenes Verfahren mit klaren Vorgaben vorsieht. Hierzu hat der DGB konkrete Vorstellungen, die im Gesetz deutlich werden müssen. Zum einen darf es – wie oben bereits angesprochen – nur um die ordnungsgemäß ihren satzungsgemäßen Beitrag (Einfallstor ist die satzungsrechtlich mögliche befristete Mitgliedschaft) zahlenden Gewerkschaftsmitglieder, die tatsächlich an den Tarifvertrag gebunden sind, gehen. Das Gericht muss also als Erstes feststellen, wer zum Stichtag im Betrieb Beschäftigte/r war und dem jeweiligen Tarifvertrag unterfallen könnte. Anhand dieser Liste hat ein vom Gericht bestellter Notar festzustellen, welche der konkurrierenden Gewerkschaft mehr Mitglieder hat. Die eidesstattliche Versicherung der ordentlichen Karteiführung der jeweiligen Gewerkschaft muss zur Prüfung der Mitgliedschaft auf den Gewerkschaftslisten durch den Notar zunächst ausreichen. Nur in begründeten Einzelfällen kann ein detaillierterer Nachweis geführt werden. Da die Frage der Mehrheitsverhältnisse im Betrieb aufgrund der Rechtsfolge der Verdrängung eines Tarifvertrages ein wesentliches Kernelement des Gesetzes darstellt, erscheint es angebracht, dass gesetzlich ausdrücklich klargestellt wird, dass die Anzahl der Mitglieder einer Gewerkschaft, die beim Notar keine Listen einreicht, so bewertet wird, dass sie kein Mitglied hat. Ausdrücklich geregelt werden muss, dass der Notar nur die Liste mit der Mehrheit aufgrund der unterschiedlichen Mitgliederzahlen, die sich aus den Listen ergibt, dem Gericht und damit der Öffentlichkeit gegenüber mitteilt; absolute Zahlen darf er nicht mitteilen, da diese zum einen für das weitere Verfahren irrelevant sind und zudem Informationen über die Mitgliederstärke enthält, die nicht für Dritte bestimmt ist.

Zudem muss klargestellt werden, dass Ausschlussfristen für Arbeitgeber und Beschäftigte gehemmt sind, bis zur rechtskräftigen Entscheidung, damit entsprechende Forderungen, die sich aus der Entscheidung ergeben, noch durchgesetzt werden können.

zu §§ 2a und 99:

Die Prüfung im Beschlussverfahren – wie in § 2a vorgesehen – ist richtig. Problematisch ist, dass Individualstreitigkeiten nicht ausgesetzt werden müssen, um die Frage der Mehrheitsverhältnisse klären zu lassen (wie es jetzt bereits im § 97 ArbGG geregelt ist). Aufgrund der unmöglichen Kenntnis des klagenden Arbeitnehmers im Individualrechtsstreit über die Mehrheitsverhältnisse wird diese Frage in diesem Verfahren nicht entschieden werden können, da die Gewerkschaften daran nicht beteiligt sind und nicht vortragen müssen bzw. ihr Unterlassen keinen Eingang in die Bewertung finden kann.

Das einzelne Mitglied bzw. der individuelle Kläger hat schon aus datenschutzrechtlichen Gründen weder Kenntnisse über die Mitglieder der konkurrierenden Gewerkschaft noch hat es eine Handhabe, an diese Angaben zu gelangen. Allein die vorgeschlagene Regelung der Anordnung der Wirkung der Entscheidung im Beschlussverfahren für und gegen alle betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber (Erga-Omnes-Wirkung) reicht also nicht aus.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**250**

19. November 2014

Information für den Ausschuss

Deutscher Anwaltverein

Stellungnahme durch den Ausschuss Arbeitsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit

Nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins (DAV) ist bisher nicht ausreichend dargelegt, dass das Grundrecht der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG im Hinblick auf die Pluralität von Koalitionen im Betrieb einer gesetzlichen Ausgestaltung bedarf.

Jenseits der Verfassungsproblematik ist fraglich, ob und inwieweit die beabsichtigte Neuregelung praktikabel ist. Zu den einzelnen Regelungsvorschlägen positioniert sich der DAV unter anderem wie folgt:

- Der DAV schlägt dem Gesetzgeber vor, in § 4 a TVG (neu) zur Auflösung einer „Tarifkollision“ nicht auf den Betrieb im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn abzustellen, sondern auf das Unternehmen.
- Der DAV kritisiert, dass § 4 a Abs. 2 TVG (neu) zur Auflösung einer Tarifkollision am Geltungsbereich des Tarifvertrags anknüpft. Damit kann ein Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft jeden anderen Tarifvertrag einer Minderheitsgewerkschaft verdrängen. Auf dessen denkbaren Regelungsgegenstand soll es offensichtlich nicht ankommen. Ein solcher genereller Vorrang des Tarifvertrags der Mehrheitsgewerkschaft erfasst damit auch Sachfragen, die mit der Mehrheitsgewerkschaft gerade noch nicht tarifvertraglich geregelt sind. Der DAV vertritt die Auffassung, dass es sich insoweit um eine überschießende Regelung handelt.
- Der DAV fordert den Gesetzgeber auf klarzustellen, dass § 4 a Abs. 2 TVG (neu) jedenfalls dann nicht einschlägig sein kann, wenn es zu gewillkürten Tarifpluralitäten ohne vorausgegangen Arbeitskampf kommt.
- Der DAV weist darauf hin, dass der Gesetzesentwurf das Wort „Arbeitskampf“ vermeidet, in der Begründung aber gleichwohl darauf Bezug nimmt. Will der Gesetzgeber verbindlich etwas zur Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen sagen, sollte er nach Auffassung des DAV Kraft und Mut haben, so etwas im Gesetzestext zu regeln.

Der DAV regt gegenüber dem Gesetzgeber an zu prüfen, zusätzlich oder ausschließlich das Problem von Arbeitskämpfen in den Kernbereichen der Daseinsvorsorge anzupacken.

Nach Auffassung des DAV wäre der Gesetzgeber nicht gehindert zu definieren, was zu diesem Bereich zählt und dafür Regeln zu erlassen, die sicherstellen, dass ein Streik wirklich nur als letztes Mittel („ultima ratio“) in Betracht kommt und nicht zu einer unverhältnismäßigen Schädigung der Allgemeinheit führt. Zu solchen gesetzlich vorgeschriebenen Spielregeln könnten vor allem vorherige Urabstimmungen der Gewerkschaftsmitglieder, Ankündigungsfristen und vor allem der Zwang gehören, sich im Sinne einer „Abkühlung“ auf ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vor Ausrufung eines Streiks einzulassen.

Nähere Einzelheiten bitte ich der beigefügten Stellungnahme zu entnehmen.

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht

zum Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit

vom 4. November 2014

Der Deutschen Anwaltverein (DAV) hat sich eingehend mit dem von dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales vorgelegten Referentenentwurf zur Regelung eines Tarifeinheitsgesetzes vom 4. November 2014 befasst.

Nach Auffassung des DAV ist bisher nicht ausreichend dargelegt, dass das Grundrecht der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG im Hinblick auf die Pluralität von Koalitionen im Betrieb einer gesetzlichen Ausgestaltung bedarf. Die mit dem Gesetzesentwurf bezweckte Einschränkung der Tarifpluralität beinhaltet einen weitreichenden Eingriff in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG. Damit stellt sich mit allem

Nachdruck die im Schrifttum bereits vielfach angesprochene Frage der Verfassungswidrigkeit des geplanten Gesetzes.

Jenseits der Verfassungsproblematik ist fraglich, ob und inwieweit die beabsichtigte Neuregelung praktikabel ist. Dazu folgende Feststellungen und Fragen:

Der beabsichtigte neue § 4 a TVG stellt zur Auflösung einer „Tarifkollision" (ein neuer Begriff – bisher war es üblich, von „Tarifpluralität" zu sprechen) auf den Betrieb als Anknüpfungspunkt ab. Gemeint ist offensichtlich der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff. Besser wäre es, auf das Unternehmen (= Arbeitgeber) abzustellen, zumal Tarifverträge regelmäßig nicht für einzelne Betriebe, sondern für Unternehmen abgeschlossen werden.

Die Organisationshoheit für die Bestimmung von Betrieben obliegt dem Arbeitgeber. Die Neuregelung könnte Arbeitgebern einen Anreiz bieten, ihre Betriebe im Sinne gewünschter Ergebnisse einseitig oder mit Hilfe einer Gewerkschaft nach § 3 BetrVG neu zu strukturieren.

§ 4 a Abs. 2 TVG knüpft zur Auflösung einer Tarifkollision am Geltungsbereich des Tarifvertrags an. Damit kann ein Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft jeden anderen Tarifvertrag einer Minderheitsgewerkschaft verdrängen. Auf dessen denkbaren Regelungsgegenstand soll es offensichtlich nicht ankommen. Ein solcher genereller Vorrang des Tarifvertrags der Mehrheitsgewerkschaft erfasst damit auch Sachfragen, die mit der Mehrheitsgewerkschaft gerade noch nicht tarifvertraglich geregelt sind. Der DAV vertritt die Auffassung, dass es sich insoweit um eine überschießende Regelung handelt, die auch für sich genommen nicht im Einklang mit Art. 9 Abs. 3 GG steht.

Es stellt sich die Frage, ob § 4 a TVG auch Fälle der sog. gewillkürten Tarifpluralität/Tarifkollision erfasst. Es sollte klargestellt werden, dass § 4 a Abs. 2 TVG jedenfalls dann nicht einschlägig sein kann, wenn es zu solchen gewillkürten Tarifpluralitäten ohne vorausgegangen Arbeitskampf kommt. In solchen Fällen schließt der Arbeitgeber bewusst und ohne gewerkschaftlichen Druck Tarifverträge unterschiedlichen Inhalts für ein und dieselbe Arbeitnehmergruppe mit verschiedenen Gewerkschaften ab. Einer Auflösung solcher Kollisionen bedarf es nicht. Auch diese Konsequenz verstößt nach Auffassung des DAV schon für sich genommen gegen Art. 9 Abs. 3 GG.

§ 4 a Abs. 2 Satz 2 TVG ist wohl so zu verstehen, dass ein Tarifvertrag mit der Mehrheitsgewerkschaft bereits abgeschlossen sein muss, wenn es zu einer Kollision im Sinne des Gesetzesentwurfs kommen soll. Damit stellt sich die Frage, ob ein nachwirkender Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft i. S. von § 3 Abs. 3 TVG entsprechende Wirkung entfaltet. Dazu findet sich weder im Gesetzestext noch in der Begründung ein Hinweis.

Welche Gewerkschaft Mehrheits- bzw. Minderheitsgewerkschaft ist, soll erst „zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrages" festzustellen sein (§ 4 a Abs. 2 Satz 2 TVG). Gezählt wird also erst zum Schluss. Das birgt die Gefahr eines noch stärkeren Gewerkschaftswettbewerbs als bisher, obgleich der Gesetzgeber doch ausweislich seiner Begründung gerade das Gegenteil erreichen will, nämlich die „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu sichern". Außerdem dürfte es im einstweiligen Verfügungsverfahren – Arbeitskampfstreitigkeiten werden regelmäßig in diesem Eilverfahren gerichtlich geführt – kaum möglich sein, die Mehrheit festzustellen. Wie sollen etwa bei Streiks in überregionalen Kliniken oder Verkehrsbetrieben die Gerichte auf die verschiedenen betroffenen Betriebe in derartigen Verfahren kurzfristig feststellen, welche Gewerkschaft die Mehrheit im jeweiligen Betrieb hat?

§ 58 ArbGG soll durch einen neuen Abs. 3 ergänzt werden, wonach insbesondere über die Zahl der Mitglieder oder das Vertretensein einer Gewerkschaft in einem Betrieb Beweis auch durch Vorlage öffentlicher Urkunden angetreten werden kann. Gedacht ist daran, dass betroffene Gewerkschaften einem Notar Mitgliederlisten für den maßgeblichen Betrieb vorlegen können, der eine entsprechende Urkunde zu erstellen hat. Welchen Beweiswert soll eine solche Urkunde haben? Woher soll der Notar wissen, ob darin genannte Personen (noch) Arbeitnehmer des betreffenden Betriebs sind? Schließlich: Soll der Notar etwa arbeitsrechtlich beurteilen, ob überhaupt auf den richtigen Betrieb abgestellt wird?

Das Gesetz vermeidet das Wort „Arbeitskampf". In der Begründung heißt es aber, dass „über die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen, mit denen ein kollidierender Tarifvertrag erwirkt werden soll, allerdings im Einzelfall im Sinne des Prinzips der Tarifeinheit zu entscheiden sein wird". Will der Gesetzgeber verbindlich etwas zur Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen sagen, sollte er nach Auffassung des DAV Kraft und Mut haben, so etwas im Gesetzestext zu regeln.

§ 4 a Abs. 3 TVG sollte klarer formuliert werden. Gewollt ist offensichtlich ein „Recht des ersten Zugriffs" bei der Bildung von Betriebsstrukturen nach § 3 BetrVG. Es müsste deutlicher hervorgehoben werden, dass auch eine Minderheitsgewerkschaft entsprechende Vereinbarungen abschließen kann, die ihre Wirkung jedoch dann verlieren, sobald der Arbeitgeber mit der Mehrheitsgewerkschaft zum gleichen Gegenstand einen Tarifvertrag abschließt.

Das „Nachzeichnungsrecht" in § 4 a Abs. 4 TVG könnte nach seinem Wortlaut so zu verstehen sein, dass mit der jeweiligen Minderheitsgewerkschaft ein kollidierender Tarifvertrag abgeschlossen sein *muss*. Das ginge zu weit. Nach Auffassung des DAV sollte das Recht auf Nachzeichnung gerade auch dann eingeräumt werden, wenn die Minderheitsgewerkschaft darauf verzichtet, einen Tarifvertrag zu erstreiken.

Wegen der Verfassungsproblematik und der Frage, ob die geplante Neuregelung überhaupt praktikabel ist, sollte der Gesetzgeber überlegen, ob es nicht sinnvoll ist, zusätzlich oder ausschließlich das Problem von Arbeitskämpfen in den Kernbereichen der Daseinsvorsorge anzupacken. Nach Auffassung des DAV wäre der Gesetzgeber nicht gehindert zu definieren, was zu diesem Bereich zählt und dafür Regeln zu erlassen, die sicherstellen, dass ein Streik wirklich nur als letztes Mittel („ultima ratio") in

Betracht kommt und nicht zu einer unverhältnismäßigen Schädigung der Allgemeinheit führt. Zu solchen gesetzlich vorgeschriebenen Spielregeln könnten vor allem vorherige Urabstimmungen der Gewerkschaftsmitglieder, Ankündigungsfristen und vor allem der Zwang gehören, sich im Sinne einer „Abkühlung“ auf ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vor Ausrufung eines Streiks einzulassen.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**272**

11. Dezember 2014

Information für den Ausschuss

Bundesrechtsanwaltskammer – Ausschuss Arbeitsrecht

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz)

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 163.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme:

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat erhebliche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Referentenentwurfes der Bundesregierung zur Regelung der Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz). Sollte die Bundesregierung das Gesetzesvorhaben jedoch weiter verfolgen wollen, schlägt die Bundesrechtsanwaltskammer vor, eine Tarifeinheit nicht betriebs- sondern unternehmensbezogen zu gestalten sowie Äußerungen zum Arbeitskampfrecht aus der Begründung zum Referentenentwurf herzauszunehmen. Schließlich unterbreitet die Bundesrechtsanwaltskammer einen eigenen Vorschlag zur Gestaltung eines Arbeitskampfprozessrechtes, durch das die Tarifvertragsparteien im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes während der Dauer von Arbeitskampfmaßnahmen höhere Rechtssicherheit erhalten können.

1. Verfassungswidrigkeit des Referentenentwurfes

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat erhebliche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Referentenentwurfes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz). Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 7. Juli 2010 – unter Berücksichtigung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts – ausführlich dargelegt, unter welchen Voraussetzungen ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG gerechtfertigt werden kann.[1] Die Bundesrechtsanwaltskammer vertritt die Auffassung, dass der vorliegende Entwurf diesen Anforderungen wohl nicht genügt.

1.1 Verfassungswidrigkeit der Tarifeinheit nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts

Der 4. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat zutreffend dargelegt, dass die Verdrängung eines nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG geltenden Tarifvertrags zur Auflösung einer Tarifpluralität nach dem Grundsatz der Tarifeinheit einen Eingriff – und keine bloße Ausgestaltung – in das Grundrecht der Koalitionsfreiheit darstellt.[2] Ein Eingriff könne daher allenfalls durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.[3] Eine Rechtfertigung mit Zweckmäßigkeits- oder Praktikabilitätserwägungen scheide von vorneherein aus.[4]

Das BAG hat weiter ausgeführt, dass der Grundsatz der Tarifeinheit als solcher kein kollidierendes Verfassungsrecht ist. Denn weder sei die Tarifeinheit von der Verfassung als Tarifordnung vorgesehen, noch sei es ein verfassungsrechtliches Element der grundgesetzlich geschützten Tarifautonomie.[5] Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sei dagegen zwar kollidierendes Verfassungsrecht. Sie werde aber durch die Tarifpluralität nicht gefährdet. Weder sei der Bestand der Tarifverträge der Mehrheitsgewerkschaften bedroht, noch seien schwer überwindbare Schwierigkeiten für Tarifklarheit und Rechtssicherheit erkennbar und absehbar.[6]

1.2 Verstoß des Referentenentwurfes gegen Art. 9 Abs. 3 GG

[1] BAG, Urt. v. 07.07.2010 – 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 1068.
[2] BAG, Urt. v. 07.07.2010, a.a.O., Rn. 56.
[3] BAG, Urt. v. 07.07.2010, a.a.O., Rn. 60.
[4] BAG, Urt. v. 07.07.2010, a.a.O., Rn. 72.
[5] BAG, Urt. v. 07.07.2010, a.a.O., Rn. 67.
[6] BAG, Urt. v. 07.07.2010, a.a.O., Rn. 73.

Nach diesen Grundsätzen verstößt auch der Referentenentwurf zum Tarifeinheitsgesetz gegen Art. 9 Abs. 3 GG.

1.2.1 Eingriff in die Koalitionsfreiheit

Anders als die frühere Praxis, die eine Tarifpluralität nach dem Spezialitätsprinzip aufgelöst hat, sieht der Entwurf eine Auflösung nach dem Mehrheitsprinzip vor. Der Eingriff in die Koalitionsfreiheit ist bei der Tarifeinheit jedoch darin zu sehen, dass eine konkrete Rechtsposition – die Geltung eines Tarifvertrags –, die durch Ausübung der Koalitionsfreiheit erlangt wurde, wieder entzogen wird.[7] Ob ein eigentlich nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG geltender Tarifvertrag nach dem Mehrheitsprinzip oder nach dem Spezialitätsprinzip verdrängt wird, ist damit zumindest für die Beurteilung der Eingriffsqualität dieser Regelung unerheblich.[8]

Da das Tarifeinheitsgesetz demzufolge in die Koalitionsfreiheit eingreift, wäre es nur verfassungsgemäß, wenn dieser Eingriff zum Schutze kollidierenden Verfassungsrechts erforderlich wäre.

1.2.2 Keine Rechtfertigung des Eingriffs

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll das Gesetz die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern. Dies stellt – wie das Bundesarbeitsgericht dargelegt hat – grundsätzlich ein legitimes Ziel dar, das einen Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG rechtfertigen kann. Nach der Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer wird aus der Begründung jedoch nicht hinreichend deutlich, dass dies erforderlich ist.

Dabei ist zunächst zu kritisieren, dass sich die Gesetzesbegründung an keiner Stelle mit der eindeutig formulierten Auffassung des Bundesarbeitsgerichts auseinandersetzt, dass die Tarifpluralität die Tarifautonomie nicht beeinträchtigt.

Aber auch unabhängig von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liefert die Gesetzesbegründung keine hinreichende Begründung, weshalb die Auflösung einer Tarifpluralität nach dem Grundsatz der Tarifeinheit zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie unerlässlich ist.

a. Sicherung der Tarifautonomie als Ziel des Referentenentwurfes

Nach der Gesetzesbegründung gefährdet die Tarifpluralität die Tarifautonomie zunächst dadurch, dass sie die widerspruchsfreie Ordnung der Arbeitsbeziehungen, insbesondere die „innerbetriebliche Lohngerechtigkeit“, beeinträchtigt. Die Verteilungsfunktion des Tarifvertrags werde gestört, wenn die konkurrierenden Tarifabschlüsse nicht den Wert verschiedener Arbeitsleistung innerhalb einer betrieblichen Gemeinschaft zueinander widerspiegeln, sondern vor allem Ausdruck der jeweiligen Schlüsselpositionen der unterschiedlichen Beschäftigtengruppen im Betriebsablauf sind. Aufgrund des begrenzten Verteilungsspielraums des Arbeitgebers komme es zwischen den konkurrierenden Gewerkschaften zu Verteilungskämpfen um die im Unternehmen vorhandenen Ressourcen, die stets zugunsten der Schlüsselträger ausgingen.

Außerdem werde der Betriebsfrieden dadurch beeinträchtigt, dass sich ein bereits tarifgebundener Arbeitgeber jederzeit einer Vielzahl weiterer Forderungen konkurrierender Gewerkschaften gegenüber sehen kann.

Und schließlich werde durch das Konzept der Tarifpluralität die Herstellung von Gesamtkompromissen, die sich insbesondere in Krisenzeiten bewährt hätten, gefährdet.

b. Tarifautonomie als Ausprägung der Koalitionsbetätigungsfreiheit

Die Tarifautonomie als Ausprägung der Betätigungsfreiheit der Koalitionen gibt diesen das Recht, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch den Abschluss von Kollektivverträgen autonom zu regeln.[9] Das Bundesverfassungsgericht charakterisierte in seinem Urteil zur Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes die dafür erforderliche Garantie eines gesetzlich geregelten und geschützten Tarifvertragssystems, dessen Partner frei gebildete Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG sein müssen, als verfassungsrechtlich gewährleisteten Kernbereich der Koalitionsfreiheit.[10]

c. Keine Gefährdung der Tarifautonomie durch die Tarifpluralität

Nach der Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer führen die in der Gesetzesbegründung aufgeführten Folgen der Tarifpluralität nicht zu einer Gefährdung der Tarifautonomie.

Es muss schon bezweifelt werden, ob es einer „Lohngerechtigkeit“ tatsächlich zuwiderläuft, wenn Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in Schlüsselfunktionen, z. B. Lokführer oder Piloten, am Erwirtschafteten anders teilhaben als andere Arbeitnehmer. Losgelöst von der wirtschaftspolitischen Frage, ob es Aufgabe des Staates sein sollte, die wirtschaftliche Position der Schlüsselarbeitnehmer zu begrenzen, kann die Bundesrechtsanwaltskammer nicht erkennen, weshalb die Tarifautonomie nur dann funktionsfähig sein soll, wenn eine solche „Leistungsgerechtigkeit“ im Betrieb existiert. Im Gegenteil, der durch die Tarifpluralität bestärkte Wettbewerb zwischen den Gewerkschaften gehört zum Kernbereich der Koalitionsfreiheit und kann gerade durch den Wettbewerb zu einer Verbesserung der Tarifsysteme führen. Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht bewiesen, dass ein auf Tarifpluralität basierendes Tarifsystem keine oder geringe Akzeptanz bei der Belegschaft findet.

Nach der Gesetzesbegründung soll die Tarifautonomie außerdem dadurch gefährdet werden, dass sich bereits tarifgebundene Arbeitgeber weiteren Forderungen konkurrierender Gewerkschaften gegenüber

[7] BAG, Urt. v. 07.07.2010, a.a.O., Rn. 56.

[8] So auch *Di Fabio*, Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem, Rechtsgutachten erstellt im Auftrag des Marburger Bundes, Verband der angestellten und beamteten Ärztinnen und Ärzte Deutschlands e.V., Juli 2014, S. 23.

[9] *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, Grundl., Rn. 123; BeckOK-*Waas*, § 1 TVG, Rn. 106.

[10] *BVerfG*, Urt. v. 01.03.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – NJW 1979, 699.

sehen können. Diese Furcht vor „weiteren Forderungen“ ist nach der Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer eigentlich eine Furcht vor ausufernden Arbeitskämpfen. Es wurde jedoch schon oft darauf hingewiesen, dass sich diese schon vor 2010 formulierte Angst vor einem Anstieg der Arbeitskämpfe auch nach der Rechtsprechungsänderung des Bundesarbeitsgerichts nicht realisiert hat.[11] Auch wenn sich die Anzahl der streikenden Arbeitnehmer erhöht hat, so ist die Zunahme der Anzahl von Streiks so gering geblieben, dass eine Beeinträchtigung des Tarifsystems nicht beobachtet werden kann. Im Übrigen wären etwaige aus der Tarifpluralität resultierende Probleme des Arbeitskampfrechtes auch durch das Arbeitskampfrecht zu lösen und sind daher nicht geeignet, einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit zu rechtfertigen. Denn es „folgt nicht das Tarifrecht dem Arbeitskampfrecht, sondern vielmehr das Arbeitskampfrecht dem Tarifrecht“.[12]

Schließlich ist auch nicht hinreichend dargelegt, weshalb die Möglichkeit, Gesamtkompromisse zu finden, durch die Tarifpluralität verhindert werden soll. Die Begründung zum Tarifeinheitsgesetz selbst sieht eine Vielzahl von Einigungsformen zwischen den Gewerkschaften vor. Es wird anscheinend davon ausgegangen, dass die Gewerkschaften grundsätzlich fähig und willig sind, gütliche Einigungen und Kompromisse zu erzielen. Gerade in Krisensituationen muss dann aber – zumindest solange keine Anhaltspunkte für das Gegenteil vorliegen – davon ausgegangen werden, dass die Gewerkschaften zu vernünftigen Ergebnissen kommen und gegebenenfalls auch freiwillig Gesamtkompromissen zustimmen. Dies lässt sich gerade auch an den zurückhaltenden Tariflohnabschlüssen der Gewerkschaften mit den Arbeitgeberverbänden im Zusammenhang mit der Wirtschaftskrise seit September 2008 beweisen.

Nach der Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer wird weder aus dem Gesetzesentwurf selbst noch aus der Gesetzesbegründung hinreichend deutlich, weshalb die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch den Grundsatz der Tarifpluralität eingeschränkt wird. Solange solche Einschränkungen nicht nachgewiesen werden können, erscheint es daher aus verfassungsrechtlicher Sicht schwierig, den Grundsatz der Tarifeinheit durch Gesetz festzulegen.

1.3 Fehlende Geeignetheit des Entwurfes zur Erreichung der Ziele

Zudem ist das Gesetz in der vorliegenden Fassung auch nicht geeignet, die erklärten Ziele zu erreichen. Auch aus diesem Grunde ist es nicht verfassungsgemäß.

1.3.1 Keine Gewährleistung der angestrebten Lohngerechtigkeit

Nach der Gesetzesbegründung gefährden innerbetriebliche Verteilungskämpfe nachhaltig den Betriebsfrieden, weil sich durch erfolgreiche Tarifverhandlungen einer Gewerkschaft der Verteilungsspielraum für die anders- und nichtorgansierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verringert. Dies soll dazu führen, dass die betriebliche Lohnpolitik von der Belegschaft nicht akzeptiert wird.

Einmal unterstellt, es gebe einen solchen begrenzten Verhandlungsspielraum, der dazu führt, dass Tarifabschlüsse mit einer starken Gewerkschaft den Spielraum des Arbeitgebers für Tarifabschlüsse mit anderen Gewerkschaften einschränken. Die Einführung der Tarifeinheit im *Betrieb* wäre jedenfalls nicht das richtige Mittel, diesen Konflikt zu lösen.

Da nicht der Betrieb sondern das Unternehmen Träger des Gesellschaftsvermögens ist, kann sich ein solcher „Verhandlungsspielraum“ nie auf einzelne Betriebe beziehen. Er resultiert vielmehr aus einer Gesamtkalkulation, welche das für alle Betriebe eines Unternehmens bestehende Lohnbudget vorgibt. Trotz einer Einführung der Tarifeinheit bliebe also die „Gefahr“ bestehen, dass ein Tarifabschluss mit einer Gewerkschaft für einen bestimmten Betrieb dazu führt, dass für den Tarifabschluss über einen anderen Betrieb das Budget verbraucht wäre. Dass ein solches Ungleichgewicht von den „leer“ ausgegangenen Arbeitnehmern besser akzeptiert werden soll als ein rein innerbetriebliches Ungleichgewicht ist nicht hinreichend belegt. Im Übrigen muss überhaupt bezweifelt werden, dass das Mehrheitsprinzip von den Belegschaften positiv aufgenommen wird. Weshalb soll es gerecht im Sinne der geforderten Lohngerechtigkeit sein, wenn von zwei Arbeitnehmern, welche die identische Tätigkeit ausführen und der gleichen Gewerkschaft angehören, der eine die Vorteile des Tarifvertrags erhält, der andere aber nicht, nur weil in seinem Betrieb der Tarifvertrag wegen einer knappen Mehrheit einer anderen Gewerkschaft verdrängt wurde?

1.3.2 Keine Gewährleistung von Betriebsfrieden

Erst Recht dient das neue Gesetz nicht dem Betriebsfrieden. Nach der Gesetzesbegründung soll verhindert werden, dass sich tarifgebundene Arbeitgeber weiteren Forderungen von Gewerkschaften ausgesetzt sehen. Genau dieses nicht gewollte Ergebnis wird aber durch den Entwurf gefördert. Eine Gewerkschaft, die nach Tarifabschluss im Mehrheitsvergleich den Kürzeren gezogen hat, wird so schnell wie möglich alle Hebel in Bewegung setzen, um mehr Mitglieder zu gewinnen. Sobald dies gelungen ist – zum Beispiel durch Veränderung von Zuständigkeiten – wird sie erneut versuchen, einen Tarifvertrag abzuschließen und dieses Ziel gegebenenfalls durch Streik durchsetzen. Von einer Gewährleistung des Betriebsfriedens kann hier daher keine Rede sein – das Gegenteil ist der Fall.

In der Gesetzesbegründung findet sich zwar der bereits viel diskutierte Satz „Über die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen, mit denen ein kollidierender Tarifvertrag erwirkt werden soll, wird allerdings

[11] So auch *Di Fabio*, Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem, Rechtsgutachten erstellt im Auftrag des Marburger Bundes, Verband der angestellten und beamteten Ärztinnen und Ärzte Deutschlands e.V., Juli 2014, S. 57 ff.; a.A. *Hufen*, Gesetzliche Tarifeinheit in Streiks im Bereich der öffentlichen Infrastruktur: Der verfassungsrechtliche Rahmen, NZA 2014, 1237.

[12] BAG, Urt. v. 07.07.2010, NZA 2010, 1068, Rn. 49.

im Einzelfall im Sinne des Prinzips der Tarifeinheit zu entscheiden sein." Dieser Satz suggeriert – und wird zum Teil wohl auch so verstanden[13] –, dass Arbeitskämpfe zum Erstreiken von Tarifverträgen, die später verdrängt werden, unzulässig sind.

Ein solches Verständnis vom Arbeitskampfrecht – sollte es tatsächlich so gemeint sein – würde jedoch in erheblicher Weise gegen das Grundgesetz verstoßen. Denn während des Arbeitskampfes kann nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob ein Tarifvertrag verdrängt werden wird. Zum einen können sich die Mehrheitsverhältnisse bis zum Abschluss des Tarifvertrages noch verändern. Und zum anderen ist es möglich, dass ein Tarifvertrag zwar in einem Betrieb verdrängt wird, in einem anderen jedoch nicht. Allein aufgrund der Vermutung einer Verdrängung den Arbeitskampf und damit den Tarifabschluss zu verhindern, ist nicht zu rechtfertigen.[14] Es muss also auch Gewerkschaften, deren Tarifverträge *möglicherweise* verdrängt werden, weiterhin erlaubt sein, Arbeitskämpfe zu führen. Dies ergibt sich auch daraus, dass es gemäß § 4a Abs. 2 Satz 2 des Referentenentwurfes auf die „zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrages" ankommen soll. Mit anderen Worten: Abgerechnet und gezählt wird zum Schluss – also kann auch bis zum Schluss gestreikt werden. Der Zweck einer Befriedung der Arbeitsbeziehungen wird mit dem vorliegenden Entwurf daher gerade nicht erreicht.

2. Verbesserungsvorschläge zum Referentenentwurf

Sollte trotz der oben aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken das Gesetzesvorhaben weiter betrieben werden, schlägt die Bundesrechtsanwaltskammer daher insbesondere folgende Änderungen vor:

2.1 Einführung einer unternehmensweiten Tarifeinheit

Wie dargestellt, kann durch Tarifeinheit im Betrieb die mit dem Gesetz bezweckte Lohngerechtigkeit nicht erreicht werden. Hinzu kommt, dass eine Betriebsbezogenheit der Tarifeinheit große Missbrauchsgefahr birgt. Der Betriebsbegriff als solcher ist höchst unsicher und stet fast vollständig zur Disposition des Arbeitgebers. Einem Arbeitgeber steht es daher frei für diesen und gegebenenfalls für eine konkurrierende Gewerkschaft die Betriebsstrukturen so festzulegen, dass die Gewerkschaft, die den unliebsamen Tarifvertrag geschlossen hat, im betreffenden Betrieb in der Unterzahl ist.[15]

Die Ungeeignetheit des Merkmals „Betrieb" zeigt sich bereits am Beispiel der Deutschen Bahn. Diese verfügt laut Angaben des Vorsitzenden der Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft, Alexander Kirchner, über rund 300 Betriebe. Nach dem jetzigen Referentenentwurf, könnte sich die Deutsche Bahn – stellt man auf den Betrieb ab – einer erheblichen Anzahl von unterschiedlichen Tarifverträgen ausgesetzt sehen, die im Fall einer Tarifkollision auch noch für jeden einzelnen der 300 Betriebe im Sinne des Mehrheitsprinzip aufzulösen wäre. Der vorliegende Referentenentwurf begünstigt daher bei Unternehmen mit einer Vielzahl von Betrieben gerade nicht eine Tarifeinheit, sondern das Gegenteil – die Tarifvielfalt.

Um diese Probleme zu lösen, wurde bereits vorgeschlagenen, anstelle einer betriebsweiten eine unternehmensweite Tarifeinheit einzuführen.[16] Es soll der Tarifvertrag der Gewerkschaft gelten, deren Mitglieder im *Unternehmen* in der Mehrheit sind. Diesem Vorschlag schließt sich die Bundesrechtsanwaltskammer ausdrücklich an. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass durch eine solche Ausweitung der Tarifeinheit stärker in die Koalitionsfreiheit kleiner Berufsgewerkschaften eingegriffen wird. Denn je größer der Bezugsrahmen ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass diese Gewerkschaften einmal zahlenmäßig überlegen sein werden.

Erachtet man jedoch die Ziele des Gesetzentwurfes – Ordnung der Arbeitsbeziehungen, Verteilungsgerechtigkeit und Einschränkung von Arbeitskämpfen – als legitim und ausreichend, um in die Koalitionsfreiheit einzugreifen, dann ist eine unternehmensweite Tarifeinheit das taugliche Mittel, um sie zu erreichen.

2.2. Keine Äußerungen zum Arbeitskampfrecht

Es wird dringend empfohlen, den missverständlichen Satz zum Arbeitskampfrecht aus der Gesetzesbegründung zu streichen. Er kann in der Tat so verstanden werden, dass durch das Tarifeinheitsgesetz auch das Arbeitskampfrecht eingeschränkt werden soll.

2.3 Keine Verdrängung des Tarifvertrags nur im Überschneidungsbereich

Es wurde von anderer Seite angeregt, den Entwurf dahingehend zu verändern, dass der Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft nur insoweit verdrängt wird, als es inhaltliche Überschneidungen gibt.[17] Diesem Vorschlag schließt sich die Bundesrechtsanwaltskammer nicht an. Er ist nicht zwingend grundrechtsschonender.

Es ist zunächst zutreffend, dass der Eingriff in die bestehenden Rechtspositionen der Gewerkschaft und ihrer Mitglieder in der Hinsicht geringer ist, als dass nicht der gesamte Tarifvertrag verdrängt wird, sondern nur die Regelungen, die mit anderen kollidieren. Auf der anderen Seite wird durch eine solche Aufspaltung der Anwendbarkeit in erheblicher Weise in die Tarifautonomie der Tarifparteien eingegriffen. Tarifverträge sind Kollektivvereinbarungen, die oft nur durch gegenseitiges Nachgeben entstanden sind. Es

[13] *Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände*, in: Stellungnahme „Tarifeinheit stärkt Tarifautonomie" zum Referentenentwurf, November 2014, S. 2.

[14] So auch *Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit*, in: Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), 18. November 2014, S. 5.

[15] So auch *DeutscherAnwaltVerein*, in: Stellungnahme zum Referentenentwurf, 4. November 2014, S. 3; *Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit*, in: Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), 18. November 2014, S. 4.

[16] *DeutscherAnwaltVerein*, in: Stellungnahme zum Referentenentwurf, 4. November 2014, S. 3.

[17] *DeutscherAnwaltVerein*, in: Stellungnahme zum Referentenentwurf, 4. November 2014, S. 4.

werden Regelungen vereinbart, die für die Arbeitnehmer besonders günstig sind, wenn im Gegenzug Regelungen akzeptiert werden, die eher den Arbeitgebern zugutekommen.

Man stelle sich daher vor, dass eine günstige Regelung nach dem Grundsatz der Tarifeinheit verdrängt würde, die schlechtere Regelung aber gelten würde, da der Mehrheitstarifvertrag diesbezüglich keine Regelung trifft. Den Arbeitnehmern dürfte damit nicht gedient sein und der Rechtssicherheit sicherlich auch nicht.

Hinzukommt die Frage der Friedenspflicht. Wäre eine Gewerkschaft auch an die Friedenspflicht gebunden, wenn nur einige der Regelungen zur Anwendung kommen? Und zwar auch dann, wenn es sich nur um eine und für die Gewerkschaft eher unwichtige Regelung handelt?

Im Ergebnis erscheint es daher grundrechtsschonender, wenn ein Tarifvertrag im Betrieb vollständig verdrängt wird und der unterlegenen Gewerkschaft damit weiterhin die Möglichkeit erhalten bleibt, neue Tarifverträge abzuschließen und gegebenenfalls auch zu erstreiken.

3. Alternativvorschlag

Ausgangspunkt der Initiative des Gesetzgebers zur Schaffung eines Tarifeinheitsgesetzes ist die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Kernbestandteil der Tarifautonomie ist jedoch das Arbeitskampfrecht, dessen Gestaltung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes der Gesetzgeber faktisch den Instanzgerichten überlassen hat, ohne dass die Arbeitskampfparteien hier auf vom BAG entwickelte Rahmenbedingungen zurückgreifen könnten. Sowohl aus Sicht der Tarifvertragsparteien als auch aus Sicht der Öffentlichkeit besteht für den Bereich des Arbeitskampfrechtes aber ein großes Interesse an Rechtssicherheit; dies gilt insbesondere für die die Öffentlichkeit in der Regel empfindlich tangierenden Arbeitskampfmaßnahmen.

Wenn die Entwicklung des Arbeitskampfrechts mangels einer Kodifizierung der Rechtsprechung durch die Arbeitsgerichte überlassen bleiben soll, wäre es wünschenswert, wenn es vom BAG entwickelte Grundsätze gäbe, die dann bundesweit Geltung hätten. Dies könnte erreicht werden, wenn gegen Urteile, durch die über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung einer einstweiligen Verfügung entschieden wird, die Revision zum BAG zulässig wäre beziehungsweise gegen Beschlüsse die Rechtsbeschwerde.

Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt daher vor, die Landesarbeitsgerichte für entsprechende Streitigkeiten als Eingangsinstanz vorzusehen. Die erstinstanzliche Zuständigkeit der Landesarbeitsgerichte nach diesem Vorschlag erstreckt sich bewusst auch auf das Hauptsacheverfahren. Dies folgt aus dem in §§ 937, 942 ZPO normierten Grundsatz, dass das zuständige Gericht im einstweiligen Verfügungsverfahren das Gericht der Hauptsache ist.

Der Entwurf zur Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes lautet wie folgt:

Das Arbeitsgerichtsgesetz vom 2. Juli 1979 (BGBl. I S. 853, 1036), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3786) wird wie folgt geändert:

1. In § 8 Absatz 1 werden nach dem Wort „zuständig“ die Wörter „soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist“ eingefügt.

2. § 48a wird wie folgt neu gefasst:

„§ 48a – Einstweiliger Rechtsschutz in Tarif- und Arbeitskampfstreitigkeiten

Die Landesarbeitsgerichte sind im ersten Rechtszug zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im einstweiligen Verfügungsverfahren zwischen tariffähigen Parteien oder zwischen diesen und Dritten betreffend unerlaubter Handlung, soweit es sich um Maßnahmen zum Zwecke des Arbeitskampfes oder um Fragen der Vereinigungsfreiheit einschließlich des hiermit im Zusammenhang stehenden Betätigungsrechts der Vereinigungen handelt. Für dieses Verfahren sind die Vorschriften über den ersten Rechtszug entsprechend anzuwenden. Im Übrigen finden die Vorschriften des Achten Buchs der Zivilprozessordnung Anwendung. Die Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung kann in dringenden Fällen, auch dann, wenn der Antrag zurückzuweisen ist, ohne mündliche Verhandlung ergehen. [Ab 01.01.2016:] Eine in das Schutzschriftenregister nach § 945a Absatz 1 der Zivilprozessordnung eingestellte Schutzschrift gilt auch als bei allen Arbeitsgerichten der Länder eingereicht.“

3. § 72 wird in Absatz 4 um einen Satz 2 wie folgt ergänzt:

„Dies gilt nicht für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im einstweiligen Verfügungsverfahren zwischen tariffähigen Parteien oder zwischen diesen und Dritten betreffend unerlaubter Handlung, soweit es sich um Maßnahmen zum Zwecke des Arbeitskampfes oder um Fragen der Vereinigungsfreiheit einschließlich des hiermit im Zusammenhang stehenden Betätigungsrechts der Vereinigungen handelt.“

Hinsichtlich der weiteren Begründung wird auf das in der Anlage beigefügte Thesenpapier der Bundesrechtsanwaltskammer „Einstweiliger Rechtsschutz in Tarif- und Arbeitskampfstreitigkeiten“ verwiesen.

Ziel ist es, mit der Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes Rechtssicherheit und eine einheitliche Rechtsanwendung beim einstweiligen Rechtsschutz in Tarif- und Arbeitskampfstreitigkeiten zu schaffen.

Im Arbeitskampfrecht kommt dem vorläufigen Rechtsschutz eine besondere Bedeutung zu, weil mit

Thesenpapier

1. Einstweiliger Rechtsschutz in Tarif- und Arbeitskampfstreitigkeiten

1.1 Problem

einem Hauptsacheverfahren infolge der langen Prozessdauer regelmäßig nicht mehr in das Arbeitskampfgeschehen eingegriffen werden kann.[1]

Der Streit darüber, ob einer Gewerkschaft untersagt werden kann, zum Zwecke des Abschlusses eines Tarifvertrages ihre Mitglieder und sonstige Arbeitnehmer zu Streiks aufzurufen und/oder Streiks durchzuführen, wird zwischen den Tarifparteien deshalb in der Regel im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens ausgetragen.[2]

Der Erlass einer Unterlassungsverfügung im Arbeitskampf ist statthaft, die verfassungsrechtlich in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Arbeitskampffreiheit schließt einstweilige Anordnungen im Wege der einstweiligen Verfügung nicht aus.[3]

Der Rechtszug eines Verfügungsverfahrens beginnt in erster Instanz bei den Arbeitsgerichten (§ 8 Abs. 1 ArbGG). Für die Berufung sind die Landesarbeitsgerichte zuständig (§§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1 ArbGG). Gegen Urteile, durch die über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung einer einstweiligen Verfügung entschieden wird, ist die Revision zum BAG nicht zulässig (§ 72 Abs. 4 ArbGG). Gegen Beschlüsse im einstweiligen Verfügungsverfahren ist die Rechtsbeschwerde zum BAG unzulässig (§ 92 Abs. 1, S. 3 i.V.m. § 85 Abs. 2 ArbGG).

Dies kann in einem einzigen Arbeitskampf zu unterschiedlichen und gegensätzlichen Entscheidungen von Arbeitsgerichten und Landesarbeitsgerichten führen. Es besteht in besonderem Maße die Gefahr der Rechtszersplitterung je nach dem Gerichtsbezirk, in dem der Arbeitskampf stattfindet.[4] Die jeweiligen Prozessparteien haben es in bestimmtem Umfang in der Hand, durch die Wahl eines Arbeitsgerichts, bei dem sie das Verfahren anhängig machen bzw. betreiben, den Verfahrensausgang zu beeinflussen.

Kommt aus dem besonderen Gerichtsstand der unerlaubten Handlung die örtliche Zuständigkeit einer Vielzahl von Arbeitsgerichten für Anträge auf Unterlassung bundesweiter Streikmaßnahmen in einem bundesweit tätigen Unternehmen in Frage, so kann der örtliche Gerichtsstand zwar unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots beschränkt sein.[5] Die Ausnutzung einer formal gegebenen Zuständigkeit durch die Klagepartei, um ein Gericht anzurufen, dessen Rechtsprechung der Klagepartei günstig erscheint, ist treuwidrig und rechtsmissbräuchlich.[6] Ein solches Verhalten stellt einen Fall unzulässiger „prozessualer Arglist“ dar. Entsprechende Situationen sind jedoch auf Ausnahmefälle beschränkt.

In der Vergangenheit spielte die Frage der Beschränkung des örtlichen Gerichtsstandes unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbotes sowie der Vorwurf des „Forumshoppens“ beziehungsweise „Gerichtspflückens“ immer wieder eine Rolle.[7]

1.2 Lösung

Sowohl aus Sicht der Parteien als auch aus Sicht der Öffentlichkeit besteht ein großes Interesse an Rechtssicherheit; dies gilt insbesondere für die die Öffentlichkeit in der Regel empfindlich tangierenden Arbeitskampfmaßnahmen.

Wenn die Entwicklung des Arbeitskampfrechts mangels einer Kodifizierung der Rechtsprechung durch die Arbeitsgerichte überlassen bleiben soll, wäre es wünschenswert, wenn es vom BAG entwickelte Grundsätze gäbe, die dann bundesweit Geltung hätten. Dies könnte erreicht werden, wenn gegen Urteile, durch die über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung einer einstweiligen Verfügung entschieden wird, die Revision zum BAG zulässig wäre bzw. gegen Beschlüsse die Rechtsbeschwerde.

Außerdem sollten für entsprechende Streitigkeiten als Eingangsinstanz die Landesarbeitsgerichte zuständig sein. Die erstinstanzliche Zuständigkeit der Landesarbeitsgerichte, die hier vorgesehen wird, erstreckt sich bewusst auch auf das Hauptsacheverfahren. Dies folgt aus dem in §§ 937, 942 ZPO normierten Grundsatz, dass das zuständige Gericht im einstweiligen Verfügungsverfahren das Gericht der Hauptsache ist.

Das Arbeitsgerichtsgesetz vom 2. Juli 1979,[8] zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10. Oktober 2013[9] wird wie folgt geändert:

In § 8 Absatz 1 werden nach dem Wort „zuständig“ ein Komma sowie die Wörter „soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist“ eingefügt.

§ 48a wird wie folgt neu gefasst:

„§ 48a – Einstweiliger Rechtsschutz in Tarif- und Arbeitskampfstreitigkeiten

Die Landesarbeitsgerichte sind im ersten Rechtszug zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im einstweiligen Verfügungsverfahren zwischen tariffähigen Parteien oder zwischen diesen und Dritten betreffend unerlaubter Handlung, soweit es sich um Maßnahmen zum Zwecke des Arbeitskampfes oder um Fragen der Vereinigungsfreiheit einschließlich des hiermit im Zusammenhang stehenden Betätigungsrechts der Vereinigungen handelt. Für dieses

---

1 Korinth, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 2. Aufl. 2007, J Rdnr. 2

2 vgl. z. B. für die Auseinandersetzung DB Regio Netz GmbH ./. GDL, ArbG Chemnitz v. 06.08.2007 – 7 Ga 15/07; Railion Deutschland AG und DB Fernverkehr AG ./. DGL, ArbG Nürnberg v. 08.08.2007 – 13 Ga 65/07; ArbG Chemnitz v. 08.08.2007 – 7 Ga 16/07; ArbG Chemnitz v. 05.10.2007 – 7 Ga 26/07 und Sächsisches LAG v. 02.11.2007 – 7 Sa Ga 19/07

3 LAG Schleswig-Holstein v. 25.11.1999 – 4 Sa 584/99; LAG Hamm v. 31.05.2000 – 18 Sa 858/00; Walker, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitskampf, ZfA 1995, 185, 188

4 Korinth, a.a.O.

5 ArbG Nürnberg v. 16.11.2007 – 13 Ca 5293/07

6 OLG Hamm v. 15.05.1986 – 4 U 326/85

7 vgl. z. B. ArbG Kiel v. 15.03.2011 – 5 Ga 2a/11; ArbG Nürnberg v. 16.11.2007 – 13 Ca 5293/07; Sächsisches LAG v. 02.11.2007 – 7 Sa Ga 19/07; ArbG Chemnitz v. 04.10.2007 – 7 Ga 26/07

8 BGBl. I 1979, 853 ff., 1036 ff.

9 BGBl. I 2013, 3786

Verfahren sind die Vorschriften über den ersten Rechtszug entsprechend anzuwenden. Im Übrigen finden die Vorschriften des Achten Buchs der Zivilprozessordnung Anwendung. Die Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung kann in dringenden Fällen, auch dann, wenn der Antrag zurückzuweisen ist, ohne mündliche Verhandlung ergehen. *[Ab 1.1.2016:] Eine in das Schutzschriftenregister nach § 945 a Absatz 1 der Zivilprozessordnung eingestellte Schutzschrift gilt auch als bei allen Arbeitsgerichten der Länder eingereicht.*"

§ 72 wird in Absatz 4 um einen Satz 2 wie folgt ergänzt:

„Dies gilt nicht für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im einstweiligen Verfügungsverfahren zwischen tariffähigen Parteien oder zwischen diesen und Dritten betreffend unerlaubter Handlung, soweit es sich um Maßnahmen zum Zwecke des Arbeitskampfes oder um Fragen der Vereinigungsfreiheit einschließlich des hiermit im Zusammenhang stehenden Betätigungsrechts der Vereinigungen handelt."

1.3 Begründung

Durch die vorgesehene Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes wird beim einstweiligen Rechtsschutz in Tarif- und Arbeitskampfstreitigkeiten eine einheitliche Rechtsanwendung geschaffen. Etwaige Bedenken gegen die Zulassung der Revision im einstweiligen Rechtsschutz in Tarif- und Arbeitskampfstreitigkeiten werden durch die Vorteile einer Rechtssicherheit ausgeglichen.

1.3.1 Grundsätzlich keine Revision im einstweiligen Verfügungsverfahren

Zwar schließen § 542 Abs. 2 ZPO und § 72 Abs. 4 ArbGG die Revisionen im einstweiligen Verfügungsverfahren generell aus, weil dieses nur vorübergehende Bedeutung hat.[10] Der Gesetzgeber hat diese Regelung wegen des provisorischen Charakters und der vorläufigen Bedeutung des Arrest- und Verfügungsverfahrens für notwendig gehalten.[11] Eine reine Rechtskontrollinstanz im einstweiligen Rechtsschutz ist dem Zivilprozess demnach grundsätzlich wesensfremd.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist jedoch in diesem Fall aufgrund der immensen wirtschaftlichen Bedeutung von Streikmaßnahmen und ihre Auswirkungen auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie Bürgerinnen und Bürger im Sinne einer erhöhten Rechtssicherheit für alle Beteiligten gerechtfertigt.

1.3.2 Möglichkeit der Verfahrensverzögerung

Schließlich könnten gegen die Einführung einer Revisionsinstanz im einstweiligen Rechtsschutz Bedenken im Hinblick auf eine mögliche Verzögerung der Rechtskraft im Urteilsverfahren erhoben werden. Insbesondere könnten dem Vorteil einer einheitlichen Rechtsprechung durch das BAG in Tarif- und Arbeitskampfstreitigkeiten im einstweiligen Rechtsschutz die Nachteile einer Verzögerung des Verfahrens entgegenstehen.

Diese Bedenken können jedoch durch die hier vorgeschlagene erstinstanzliche Zuständigkeit der Landesarbeitsgerichte entkräftet werden. Zum einen ist hier zu berücksichtigen, dass die Arbeitsgerichte als bisherige Eingangsinstanz solcher Streitigkeiten im Hinblick auf die Anzahl ihrer Verhandlungstermine deutlich stärker belastet sind als die Landesarbeitsgerichte und das Bundesarbeitsgericht, so dass dieser Umstand geradezu dafür spricht, als Eingangsinstanz das Landesarbeitsgericht zu bestimmen. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass beim Bundesarbeitsgericht das Arbeitskampfrecht dem 1. Senat zugewiesen ist und somit die Möglichkeit besteht, ausreichende organisatorische Maßnahmen vorzusehen, die auch eine rasche Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in einstweiligen Verfügungsverfahren sicherstellen.

1.3.3 Vergleichbare Fälle

Es wird zunächst auf das Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie hingewiesen. Da die Entscheidung über die Frage der Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages nach dem Tarifvertragsgesetz beziehungsweise einer Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7 a des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes oder § 3 a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes eine über den Kreis der unmittelbar am Verfahren Beteiligten hinausgehende Bedeutung zukommt, ist hier in erster Instanz die Zuständigkeit das Landesarbeitsgericht, in dessen Bezirk die den Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärende Behörde beziehungsweise die die Rechtsverordnung erlassende Behörde ihren Sitz hat, vorgesehen worden. Diese Regelung soll dabei ebenso der Verfahrensbeschleunigung sowie der schnelleren Herstellung von Rechtssicherheit dienen.

Im Übrigen zeigt ein Blick auf das Verwaltungsprozessrecht, dass der Gesetzgeber mehrfach Obergerichte als Eingangsgerichte bestimmt hat. So gilt für Normenkontrollanträge die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte (§ 47 Abs. 1 VwGO), die auch für einstweilige Verfügungen gilt (§ 47 Abs. 6 VwGO); außerdem besteht die erstinstanzliche Zuständigkeit für bestimmte bedeutende Vorhaben (§ 48 VwGO). Bereits die Änderung von § 47 VwGO hat der Gesetzgeber seinerzeit zu einem wesentlichen Teil mit der Schaffung von „Rechtssicherheit und Rechtsgewissheit und der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung und damit vor allem der Verfahrensökonomie durch Vermeidung weiterer Prozesse und durch die Entlastung der Verwaltungsgerichte" begründet.[12]

Nichts anderes kann für den einstweiligen Rechtsschutz in Tarif- und Arbeitskampfstreitigkeiten gelten.

---

[10] vgl. MüKo/Krüger, ZPO, § 542, Rdnr. 13
[11] BGHZ 152, 195, 196
[12] Kopp, VwGO, 18. Aufl., § 47, Rdnr. 3 unter Hinweis auf BT-Drucks. 3/55, 33; 7/4324, 11; 7/5492, 3

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**341**

1. April 2015

Information für den Ausschuss

Deutscher Bühnenverein - Bundesverband der Theater und Orchester

Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit

In den parlamentarischen Beratungen befindet sich zurzeit der oben genannte, von der Bundesregierung vorgelegte Gesetzentwurf. Der Bühnenverein hat gegenüber dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Dezember vergangenen Jahres zu dem seinerzeit vorliegenden Referentenentwurf bereits Stellung genommen. Diese Stellungnahme füge ich zu Ihrer Kenntnisnahme bei.

Die Bedenken des Bühnenvereins gegen den Gesetzentwurf, die von den in den Theatern und Orchestern vertretenen Gewerkschaften geteilt werden, fassen wir wie folgt zusammen:

1. Wegen der arbeitsteiligen und heterogenen Struktur der Mitglieder des Deutschen Bühnenvereins funktioniert eine Lösung des bestehenden Tarifproblems der Tarifkonkurrenz über die Mehrheitsverhältnisse in den Betrieben nicht. Die gewerkschaftlichen Mehrheitsverhältnisse in den rund 300 Mitgliedsbetrieben des Deutschen Bühnenvereins sind völlig unterschiedlich, sodass die Gefahr besteht, dass eine Gewerkschaft über einzelne Betriebe versucht, die flächentarifvertraglichen Regelungen auszuhebeln.
2. Die dem Bühnenverein angeschlossenen Theater und Orchester sind, soweit es sich um öffentlich getragene Betriebe handelt, völlig unterschiedlich organisiert. Die Organisationsformen vom Regiebetrieb über den Eigenbetrieb, die GmbH bis hin zu öffentlich rechtlichen oder privaten Stiftungen führen nicht zu einer einheitlichen Bestimmung dessen, was als Betrieb im Sinne des Gesetzentwurfes anzusehen ist.

   Die im Gesetzentwurf verankerte Nachzeichnungspflicht halten wir für verfassungswidrig. Aus Artikel 9 und Artikel 14 GG ist ein Recht jedes Arbeitgebers und Arbeitgeberverbandes abzuleiten, selbst zu entscheiden, welchen Tarifvertrag er mit welcher Gewerkschaft abschließt.
3. Es ist außerordentlich schwierig, in einem Theaterbetrieb bezogen auf eine bestimmte Beschäftigtengruppe festzustellen, welche Gewerkschaft die meisten Mitglieder hat, wenn für diese Beschäftigtengruppe zwei unterschiedliche, sich im Geltungsbereich überschneidende Tarifverträge existieren. Dies gilt insbesondere angesichts des im Kunstbereich festzustellenden geringen Organisationsgrads. Hat eine Gewerkschaft in einem Schauspielerensemble von 20 Schauspielern 4 Mitglieder und die andere Gewerkschaft 5 Mitglieder, kann der Beitritt von 2 Schauspielern oder Schauspielerinnen in die Gewerkschaft, die weniger Mitglieder hat, zu einer Verschiebung der Mehrheitsverhältnisse führen.
4. Hinsichtlich der Theater und Orchester ist die in Artikel 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierte Kunstfreiheit zu berücksichtigen. Künstler müssen entscheiden können, welcher Gewerkschaft sie sich anschließen, ohne damit rechnen zu müssen, dass diese Gewerkschaft gar nicht mehr in der Lage ist, für sie wirksame eigenständige Tarifverträge abzuschließen.

Wir bitten dringend um Berücksichtigung unserer Bedenken und Weiterleitung unseres Schreibens an den ganzen Ausschuss.

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit

1. Ausgangslage

Der Deutsche Bühnenverein vertritt als Arbeitgeberverband für das künstlerische Personal die Interessen von öffentlich getragenen Bühnen, also Stadt- und Staatstheatern, Landesbühnen, öffentlich getragenen Musiktheater- und Konzertorchestern sowie der Privattheater. Als solcher schließt er Tarifverträge für das künstlerische Personal dieser Betriebe, insbesondere für Schauspieler, Sänger, Tänzer, Musiker, für anderweitiges künstlerisches Personal (z.B. Dramaturgen, Inspizienten, Regisseure) und für künstlerisch-technische Mitarbeiter der Theater und Orchester ab. Der Abschluss der Tarifverträge erfolgt mit den sogenannten Künstlergewerkschaften, also der Genossenschaft Deutscher Bühnen-Angehöriger (GDBA), der Vereinigung deutscher Opernchöre und Bühnentänzer (VdO) und der Deutschen Orchestervereinigung (DOV). Mit der DOV wurde der Tarifvertrag für Musiker in Kulturorchestern (TVK) vereinbart, mit GDBA und VdO der Normalvertrag (NV) Bühne für das oben genannte künstlerische Personal; bezüglich des NV Bühne könnte nach der Definition des § 4 a Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs Tarifkonkurrenz eintreten, wenn GDBA und VdO in Zukunft getrennt verhandelten und auf eigenen Tarifverträgen bestünden. Von den genannten Künstlergewerkschaften liegen Ihnen Stellungnahmen zu dem Referentenentwurf vor.

Die nichtkünstlerischen Mitarbeiter der öffentlich getragenen Theater und Orchester werden dem öffentlichen Dienst hinzugerechnet und arbeiten auf der Grundlage von TVöD bzw. TV-L, zum Teil mit einigen theaterspezifischen Sonderregelungen, die ebenfalls seitens der Arbeitgeberverbände des öffentlichen Dienstes (VKA, TdL) mit der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di vereinbart werden. Dabei ist der Geltungsbereich der jeweiligen Tarifverträge (Künstlertarifverträge einerseits, TVöD/TV-L andererseits) eindeutig gegeneinander abgegrenzt, so dass diesbezüglich zurzeit keine Tarifkonkurrenz besteht.

Diese Tarifpraxis hat dazu geführt, dass sowohl in den öffentlichen getragenen Theatern und Orchestern als auch in den dem Bühnenverein angehörenden Privattheatern weitgehend jeweils gleiche Tarifbedingungen vorherrschen.

Bezogen auf die Lohnerhöhungen in den öffentlich getragenen Theatern und Orchestern ist in den Künstlertarifverträgen geregelt, dass für diese Mitarbeiter die jeweiligen Lohnerhöhungen des öffentlichen Dienstes durch Tarifvertrag mit den Künstlergewerkschaften sinngemäß übernommen werden müssen.

2. Grundsätzliches

Es ist das eindeutig bekundete Interesse der Theater und Orchester, der Rechtsträger dieser Einrichtungen (vor allem Kommunen und Länder) und der beteiligten Künstlergewerkschaften, dass sich an der unter Nr. 1. beschriebenen Ausgangslage nichts ändert. Zuletzt wurde ein Versuch der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, mit den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes in den künstlerischen Bereich vorzudringen und damit Tarifkonkurrenz entstehen zu lassen, im Jahr 2012 in konzertierter Aktion von VKA, TdL und Bühnenverein abgewehrt. Angesichts dessen begrüßt es der Bühnenverein, dass der vorliegende Referentenentwurf grundsätzlich die Tarifbindung an mehrere Tarifverträge zulässt, sofern keine Tarifkonkurrenz im Sinne von § 4a Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs besteht.

3. Arbeitgeberverbände mit heterogener Mitgliederstruktur

Der Deutsche Bühnenverein ist ein Arbeitgeberverband mit sehr heterogener Mitgliederstruktur. Es gibt Mitgliedsbetriebe, bei denen die Frage, welche der drei oben genannten Gewerkschaften die Mehrheit hat, unterschiedlich beantwortet werden muss. Betriebe, bei denen die DOV die Mehrheit hat, gibt es ebenso wie Mitgliedsbetriebe mit einer Mehrheit von GDBA oder VdO oder mit einer ver.di-Mehrheit. Dabei ist oft ausschlaggebend, wie der jeweilige Betrieb organisiert ist. Ein als GmbH geführtes Orchester beispielsweise hat in der Mehrheit DOV-Mitglieder; Mitglied im Arbeitgeberverband ist die GmbH. Bei einem als Regie- oder Eigenbetrieb einer Stadt organisierten Theater ist die Stadt Mitglied des Bühnenvereins; die stärkste Gewerkschaft ist ver.di. In einem kleinen, rechtlich selbstständigen Schauspielhaus verfügt oft die GDBA über die größte Mitgliedschaft. Mit dem Mehrheitsprinzip kommt man insoweit bei den vom Bühnenverein als Arbeitgeberverband abgeschlossenen Tarifverträgen+ also nicht weiter. Deshalb wird dringend angeregt, in der neuen gesetzlichen Regelung eindeutig festzulegen, wie zu verfahren ist, wenn ein Flächentarifvertrag für bestimmte Beschäftigtengruppen eines einem Arbeitgeberverband angehörenden Betriebes mit einzelnen Gewerkschaften abgeschlossen worden ist. Dafür müsste Folgendes gelten: Hat eine Gewerkschaft, die den für die gleiche Klientel abgeschlossenen Flächentarifvertrag nicht vereinbart hat, in einem Mitgliedsbetrieb des Arbeitgeberverbandes aus dem Geltungsbereich des Flächentarifvertrags Mitglieder, dann kann diese Gewerkschaft den Flächentarifvertrag für diesen Betrieb nachzeichnen, wenn ihr das von Arbeitgeberseite angeboten wird. Auf diese Nachzeichnung hat sie ein Streikrecht. Erfolgt die Nachzeichnung bundesweit, ist sie in Zukunft an den dann auf Gewerkschafsseite gemeinsam zu führenden Tarifverhandlungen zu beteiligen. Will die Arbeitgeberseite die Beteiligung beenden, muss sie den nachgezeichneten Tarifvertrag zum gegebenen Zeitpunkt wieder kündigen.

4. Der Betriebsbegriff

Angesichts der Strukturen des öffentlichen Dienstes und der dort abgeschlossenen Tarifverträge ist die Anknüpfung an den Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes in § 4a Abs. 1 Satz 3 des Entwurfs problematisch. Dies gilt umso mehr, als das Betriebsverfassungsgesetz für Regiebetriebe und Eigenbetriebe einer öffentlichen Gebietskörperschaft gar nicht gilt. Die Theater und Orchester haben jedenfalls ein großes Interesse daran, dass als Betrieb im Sinne des Gesetzes das einzelne Theater oder Orchester angesehen wird. Dies könnte

durch eine entsprechende Festlegung im Gesetz erreicht werden, indem eine Formulierung dahingehend erfolgt, dass als Betrieb auch solche Einrichtungen einer öffentlichen Gebietskörperschaft gelten, für deren Belegschaft oder Teile davon ein eigener Tarifvertrag abgeschlossen worden ist.

5. Die Mehrheitsgewerkschaft

Angesichts des in § 4a Abs.1 Satz 2 des Entwurfs festgelegten Mehrheitsprinzips stellt sich die Frage, wie das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „die meisten Mitglieder" ermittelt werden soll. Für den Arbeitgeber sind die von einer Gewerkschaft vorgelegten Beweismittel kaum nachprüfbar. Bei ähnlich hoher Mitgliedschaft zweier konkurrierender Gewerkschaften entsteht zudem für die Betriebsleitung eine ständige Notwendigkeit, zu überprüfen, welche Gewerkschaft gerade die Mehrheit hat. Diese Notwendigkeit geht einher mit einer Unklarheit über die Frage, mit welcher Gewerkschaft zu verhandeln ist, welcher Tarifvertrag gerade gilt und welche Gewerkschaft nachzeichnungsberechtigt nach § 4a Abs. 3 des Entwurfs ist. Außerdem sind die Prüfungsmöglichkeiten des Arbeitgebers begrenzt, denn nach der Gewerkschaftszugehörigkeit einzelner Mitglieder darf ja nicht arbeitgeberseits gefragt werden. Das kann gerade in kleinen Schauspielhäusern zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Dabei ergibt sich angesichts der in Artikel 2 des Entwurfs eingeräumten Klagemöglichkeit ein erhebliches Prozessrisiko. Zudem heizt der Gesetzentwurf in solchen Fällen die Konkurrenz der Gewerkschaften untereinander an. Dadurch wird genau das Ergebnis verfehlt, das mit dem Gesetzentwurf erreicht werden soll. Dem lässt sich nur wie folgt begegnen: Der Arbeitgeber hat ein Wahlrecht, mit welcher Gewerkschaft er bei Tarifkonkurrenz verhandelt, solange eine einzelne Gewerkschaft nicht die Mehrheit der Mitglieder innerhalb der betroffenen Beschäftigtengruppe nachgewiesen hat. Existiert für eine bestimmte Beschäftigtengruppe einmal ein für den einzelnen Betrieb abgeschlossener Tarifvertrag, kann eine andere Gewerkschaft nur noch nachunterzeichnen, wenn ihr das von der Arbeitgeberseite angeboten wird. Auf das Recht zur Nachzeichnung kann sie streiken (siehe oben Nr. 3). Einen eigenen Tarifvertrag kann sie fordern, wenn sie später den Nachweis erbringt, dass sie in dem Betrieb mehr Mitglieder hat. Zuvor muss sie sich jedoch durch eine Urabstimmung innerhalb der Beschäftigtengruppe, für die ein neuer Tarifvertrag abgeschlossen werden soll, ein Verhandlungsmandat holen; an der Urabstimmung nehmen alle Beschäftigten der jeweiligen Beschäftigtengruppe teil, nicht nur die Gewerkschaftsmitglieder.

6. Das Nachzeichnungsrecht

Das Nachzeichnungsrecht der Gewerkschaft mit der geringeren Anzahl von Mitgliedern im Konkurrenzbereich verstößt eindeutig gegen Art. 9 und Art. 14 GG. Es muss das Recht jedes Arbeitgebers bzw. jedes Arbeitgeberverbandes bleiben, frei zu entscheiden, mit wem er Tarifverträge abschließt. Für Arbeitgeberverbände ist die Regelung besonders fragwürdig. Ob die Arbeitgeberseite den mit einer Gewerkschaft ausgehandelten Tarifvertrag mit einer konkurrierenden Gewerkschaft abschließt, muss seiner freien Entschei-dung überlassen bleiben. Im Zweifel muss die unterlegene Gewerkschaft die Nachzeichnung mit Streiks durchsetzen.

7. Die Informationspflicht

Auch die Informationspflicht nach § 4a Abs. 4 des Entwurfs funktioniert bei Arbeitgeberverbänden mit sehr heterogener Mitgliederstruktur nicht. Denn im Prinzip muss der Arbeitgeberverband beide konkurrierenden Gewerkschaften nach dieser Vorschrift an den Verhandlungen beteiligen. Soweit die beiden konkurrierenden Gewerkschaften dann unterschiedliche Vorstellungen über den Inhalt des Tarifvertrags haben, müssen die Verhandlungen mit beiden fortgesetzt werden, da ja in dem einen Mitgliedsbetrieb die eine Gewerkschaft und in dem jeweils anderen Betrieb die andere Gewerkschaft die meisten Mitglieder hat. Deshalb wird noch einmal angeregt, die Vorschrift jedenfalls so zu fassen, dass sie im Falle von Flächentarifverträgen, die von Arbeitgeberverbänden abgeschlossen werden, nicht deswegen gilt, weil eine andere Gewerkschaft als die, mit der verhandelt wird, in einem Betrieb die Mehrheit der Mitglieder hat. Grundsätzlich bleibt es also bei der Auffassung des Bühnenvereins, lediglich ein Nachzeichnungsrecht im Sinne der Ausführungen unter Nrn. 3.,5. und 6. vorzusehen, wenn die Arbeitgeberseite ein entsprechendes Angebot – gegebenenfalls nach Streiks – macht.

8. Die Kunstfreiheit

Im vorliegenden Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass in den in Aussicht genommenen Regelungen des Entwurfs auch ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG zu sehen ist. Es muss die freie Entscheidung von Künstlern bleiben, von wem sie sich in ihren Interessen vertreten lassen. Kein Künstler darf de facto gezwungen werden, in eine bestimmte Gewerkschaft einzutreten, nur weil die von ihm gewählte Gewerkschaft tarifvertraglich nicht mehr zum Zuge kommt.

9. Die Alternative

Aus Sicht des Bühnenvereins lässt sich das durch den Gesetzentwurf angestrebte Ziel eher erreichen, indem man die Tarifkonkurrenz zulässt. Zugleich müsste der Streik aber bezogen auf einen Betrieb an die Voraussetzung gekoppelt werden, dass die Belegschaft des jeweiligen Betriebs mehrheitlich in einer Urabstimmung dem Streik zustimmt. Das wird nur der Gewerkschaft gelingen, die die meisten Mitglieder hat, bzw. die meisten Arbeitnehmer des Betriebs für sich gewinnt. Für diesen Fall wäre auch dem Versuch, Minderheiteninteressen durch einen Streik durchzusetzen, eine Grenze gesetzt. Zudem sollte das Streikrecht, auch bezogen auf den Warnstreik, so ausgestaltet werden, dass der Streik wieder zur ultima ratio wird, etwa durch das Vorschalten einer mindestens sechsmonatigen Verhandlungspflicht sowie durch das Außerkrafttreten eines Tarifvertrags als Streikbedingung.