

## 17. Ortstagung der Arbeitsgemeinschaft Ostwestfalen-Lippe des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. am 02. Oktober 2015

Die 17. Ortstagung Ostwestfalen-Lippe konnte wiederum in den Räumen der Industrie- und Handelskammer zu Bielefeld stattfinden. Referenten der Ortstagung waren Herr Prof. Dr. Rolf Wank von der Ruhr-Universität Bochum, Herr Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. André Pleßner sowie Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Hamm Frank Auferkorte. Herr Prof. Dr. Wank referierte zum Thema „Das Tarifeinheitsgesetz“, Dr. Pleßner zum Thema „Der Auflösungsantrag im Kündigungsschutzverfahren nach §§ 9, 10 KSchG“ und Herr Auferkorte zum Thema „Der Betriebsrat und social media“. Die Themen waren wohl hochaktuell, was sich daran zeigte, dass die ursprünglich vorgesehene Tagungszeit wieder einmal überschritten wurde.

Da die Thematik „Tarifeinheitsgesetz“ hoch aktuell war, wird der Beitrag von Dr. Wank in Gänze wiedergegeben. Die anderen Themen werden nur kurz dargestellt.

### 1. Thema: Das Tarifeinheitsgesetz

#### I. Die Entstehung des Gesetzes

Warum gibt es überhaupt das Tarifeinheitsgesetz? Lange Zeit kam das deutsche Tarifvertragsrecht auch ohne ein solches Gesetz aus.<sup>1</sup> Das BAG hatte vor vielen Jahren den Grundsatz der Tarifeinheit<sup>2</sup> als einen der Grundsätze des deutschen Tarifrechts aus der Taufe gehoben.<sup>3</sup> Unabhängig von der Frage nach dem Inhalt dieses Prinzips verfestigte sich im Schrifttum die Meinung, dass zum einen eine derart gravierende Beschränkung der Tarifautonomie nicht durch Richterrecht gelöst werden dürfe,<sup>4</sup> sondern entsprechend der Wesentlichkeitstheorie eine gesetzliche Regelung verlange und dass zum anderen verfassungsrechtliche Bedenken inhaltlicher Art<sup>5</sup> gegen den Grundsatz der Tarifeinheit bestehen.<sup>6</sup> Das BAG ist 2010 inhaltlich von dem Grundsatz der Tarifeinheit abgerückt.<sup>7</sup> Es argumentiert, das TVG knüpfe an das Arbeitsverhältnis und nicht an den Betrieb an, und der Grundsatz der Tarifeinheit verstoße gegen das Grundrecht der Minderheitsgewerkschaft aus Art. 9 Abs. 3 GG. Nunmehr liegt eine gesetzliche Regelung vor, die sich an eine gemeinsame Vorlage von BDA und DGB aus dem Jahre 2010<sup>8</sup> anlehnt.

#### II. Verfassungsmäßigkeit

Bei einer Bewertung des Gesetzes geht es vorrangig um dessen Verfassungsmäßigkeit. Ist ein Tarifeinheitsgesetz überhaupt verfassungsgemäß, und wenn ja, mit diesem Inhalt?

##### **1. Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG**

Betroffen ist der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG. Der Fokus wird aber verengt, wenn man nur auf die Rechtsposition der durch das Gesetz in ihren Rechten beeinträchtigten Minderheitsgewerkschaft und ihrer Mitglieder sieht. Es geht um mehr:<sup>9</sup>

- um die Rechte der Arbeitgeber, die sich unerwünscht mehreren Gewerkschaften gegenüber sehen oder durch das Gesetz in ihrer Abschlussfreiheit beschränkt werden,<sup>10</sup>
- um die Rechtsposition der konkurrierenden Gewerkschaften,
- um die Rechtspositionen Dritter,<sup>11</sup> z.B. von Bahnfahrern, die aufgrund eines Streiks einen Termin nicht wahrnehmen können, und schließlich
- um die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems insgesamt.

Diese *Gesamtabwägung* fehlt in manchen Aussagen, die allein auf die Rechtsposition der Minderheitsgewerkschaft verweisen. Sie findet sich dagegen im Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts: Die Koalitionsfreiheit könne

<sup>1</sup> Zur Vorgeschichte *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 2 ff.

<sup>2</sup> Dazu allgemein *Giesen*, ZfA 2011, 1 ff.; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität, 2010, S. 257 ff.; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 246 ff.; *Benedikt Schmidt*, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011.

<sup>3</sup> BAG 29.3.1957 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 4

<sup>4</sup> S. insbes. *Jacobs*, Tarifeinheit, S. 373 ff.; a. A. *Greiner*, Rechtsfragen, S. 306 ff., 342.

<sup>5</sup> Den Grundsatz bejahend *Buchner*, ZfA 2004, 229, 246 ff.; *Giesen*, NZA 2009, 1; *Göhner*, FS Bauer, 2010, S. 351 ff.; *Hromadka*, NZA 2014, 1105.

<sup>6</sup> S. die Schriftumsnachweise in BAG AP GG Art. 9 Nr. 140 Rn. 210.

<sup>7</sup> BAG 27.1.2010 – 4 AZR 537/08 (A) - NZA 2010, 645; 23.6.2020 – 10 AS 2/10 - NZA 2010, 778; 7.7.2010 – 4 AZR 549/08- AP GG Art. 9 Nr. 140 (B. *Schmidt*) = NZA 2010, 1068.

<sup>8</sup> BDA/DGB v. 4.6.2010, RdA 2010, 315.

<sup>9</sup> BVerfGE 92, 365, 394 f.; Schriftsatz der BDA (*Giesen/Kersten*) an das BVerfG v. 28.7.2015, S. 18; s. auch *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 408 ff.

<sup>10</sup> *Henssler*, RdA 2015, 222, 223; *Papier/Krönke*, ZfA 2011, 807, 840, 844.

<sup>11</sup> *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 73 Rn. 2 ff.; speziell zur Tarifeinheit *Hufen*, NZA 2014, 1237, 1239; *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 4 f.; *Richardi*, NZA 2014, 1233, 1236; *Schliemann*, NZA 2014, 1250, 1251.

nur über freiheitlich ausgestaltete Rechtsinstitute und Normenkomplexe ausgeübt werden, und sie betreffe eine Vielzahl von sozialen und wirtschaftlichen Belangen.<sup>12</sup> Insofern bestehen, wie sich daraus ableiten lässt – jedenfalls für den Bereich der Daseinsvorsorge – Schutzpflichten des Staates im Hinblick auf die Grundrechte der Bürger, die von Arbeitskämpfen betroffen sind.<sup>13</sup>

Die Koalitionsfreiheit ist kein Selbstzweck.<sup>14</sup> Sie dient, wie BVerfG<sup>15</sup> und BAG<sup>16</sup> mehrfach festgestellt haben, als Mittel zu einer sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens. Es ist daher nicht richtig, wenn gesagt wird, die „verfassungsrechtlichen Schutzgarantien gelten für kleine und große, für alte und neue Gewerkschaften gleichermaßen“.<sup>17</sup> Es stimmt bereits deshalb nicht, weil zu kleine Gewerkschaften nach der vom BVerfG gebilligten Rechtsprechung des BAG nicht *tariffähig* sind. Und es stimmt insofern nicht, als die Koalitionsfreiheit einer Gewerkschaft unter dem Vorbehalt steht, dass sie sich in ein *stimmiges Tarifvertrags- und Arbeitskampfsystem* einfügen lässt. Die verbreitete Berufung auf den Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG, der keine Beschränkungen vorsehe,<sup>18</sup> ist methodisch unzutreffend. Der Wortlaut sieht nur ein Grundrecht des Einzelnen vor, und keine Tarifautonomie irgendeiner Gewerkschaft selbst. Diese beruht vielmehr auf Rechtsfortbildung. Eine Rechtsfortbildung ist aber nur insoweit zulässig, als sie ein in sich stimmiges Gefüge schafft, wie es ein Gesetzgeber schaffen müsste. Notwendigerweise gehören dann zur richterrechtlich entwickelten Tarifautonomie Schranken im Sinne eines funktionierenden Tarifvertrags- und Arbeitskampfsystems, das auch die Grundrechte Dritter berücksichtigt.<sup>19</sup>

An den Anfang gestellt wird häufig die Frage, ob es sich um einen *Eingriff*<sup>20</sup> in die Tarifautonomie *oder um eine Ausgestaltung*<sup>21</sup> handelt. Aus der Sicht der Minderheitsgewerkschaft spricht alles für einen Eingriff. Das beruht aber auf einem zwar verbreitet anerkannten, aber zweifelhaften Autonomiebegriff. In einem Rechtsstaat fallen Regelungsbefugnisse nicht vom Himmel, sondern werden vom Staat eingeräumt. Es wird also nicht etwa einer Minderheitsgewerkschaft etwas genommen, was ihr quasi kraft Naturrechts zustünde;<sup>22</sup> sondern der Staat, der die Tarifautonomie achten muss, muss das Tarifvertragssystem sinnvoll regeln und sehen, welche Rolle die einzelnen Gewerkschaften in diesem System einnehmen können.<sup>23</sup> Es bedarf der Ausgestaltung, wo es um die „Voraussetzungen für die Wahrnehmung des Freiheitsrechts“<sup>24</sup> geht und um „die Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen.“<sup>25</sup> Der Gesetzgeber legt in Form einer Ausgestaltung die Spielregeln fest. Für die weitere Prüfung spielt die Unterscheidung zwischen Eingriff und Ausgestaltung insofern eine Rolle, als bei einer Konzentration auf den Eingriff die anderen Rechtspositionen von vorherein zurückgedrängt werden. Bei jeder Ausgestaltung muss eine Balance gewahrt werden: Einerseits spricht die Funktionsfähigkeit des Systems für klare Strukturen und die Vertretung durch nur eine Gewerkschaft; andererseits bedeutet Tarifautonomie die Selbstbestimmung der Grundrechtsträger. Das Tarifeinheitsgesetz schließt aber Angehörige einer Berufsgruppe bei der Wahrnehmung ihrer Interessen weitgehend aus.<sup>26</sup> Angesichts der Mitgliederzahlen von Spartengewerkschaften und DGB-Gewerkschaften<sup>27</sup> steht fest, dass die Spartengewerkschaften jedenfalls in den meisten Betrieben Minderheitsgewerkschaften sind. Eine Beschränkung ihrer Rechtsposition ist nur bei überragenden konkurrierenden Interessen möglich. „Jede Ausgestaltungsbefugnis endet, wo es um Eingriffe geht, die bis in den Kernbereich der ... Koalitionsfreiheit hineinreichen.“<sup>28</sup>

Des Weiteren kann die Tarifeinheit auf einem Umweg dazu führen, dass die *Tariffähigkeit* der Spartengewerkschaften schwindet. Wenn nämlich Voraussetzung der Tariffähigkeit ist, dass die Gewerkschaft auf ihren Gegenspieler genügend Druck ausüben kann und ihr dazu die Möglichkeit genommen wird, ist sie auf die Dauer auch nicht tariffähig.<sup>29</sup>

*Zusammengefasst:* Auch wenn man, wie ich es für zutreffend halte, von einer Ausgestaltung spricht, unterliegt die Prüfung des Eingriffs in die Rechte der Minderheitsgewerkschaft und ihrer Mitglieder einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung.

---

<sup>12</sup> BVerfGE 50, 290, 368.

<sup>13</sup> Giesen/Kersten, ZfA 2015, 201, 214.

<sup>14</sup> Hromadka, NZA 2014, 1105, 1106.

<sup>15</sup> BVerfGE 4, 96; 18, 18; BVerfG AP TVG § 21 Nr. 2.

<sup>16</sup> BAG AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 96; AP BeschFG 1965 § 1 Nr. 1.

<sup>17</sup> Rütters, ZRP 2015, 2 ff.

<sup>18</sup> Zu eng *di Fabio*, Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem, 2014, S. 27 und S. 50 oben, richtig S. 51; zum Schichtenmodell Wank, FS Kissel, 1994, S. 1225, 1228.

<sup>19</sup> S. auch Cornils, Ausgestaltung, S. 431 ff.; Greiner, Rechtsfragen, S. 67; Henssler, ZfA 1998, 1, 3; Wank, JZ 1996, 629, 631.

<sup>20</sup> Einen Eingriff bejahend Bayreuther, DB 2010, 2223 f.; Bepler, 70. DJT 2014 Bd. I, B 91; *Die Fabio*, Tarifeinheit, S. 23 f.

<sup>21</sup> Greiner, Rechtsfragen, S. 93 ff.; 337 f.; Paper/Krönke, ZfA 2011, 807, 821 ff., 838 mwN Fn. 118; Scholz/Lingemann/Ruttloff, NZA Beil. 2015, 3, 4.

<sup>22</sup> So die Argumentation von *die Fabio*, Tarifeinheit, S. 24: „Schutzbereichsverfassung als prädominantes Ordnungsdenken“.

<sup>23</sup> S. auch Greiner, Rechtsfragen, S. 147 ff.

<sup>24</sup> BVerfGE 92, 26, 41.

<sup>25</sup> BVerfGE 94, 268, 284.

<sup>26</sup> Greiner, NZA 2015, 769, 771.

<sup>27</sup> Ewer, NJW 2015, 2230, 2231.

<sup>28</sup> *di Fabio*, Tarifeinheit, S. 30.

<sup>29</sup> Ewer, NJW 2015, 2230, 2232.

## 2. Verhältnismäßigkeit

Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes stehen unter dem Aspekt der *Verhältnismäßigkeit*. Sie ist in den drei Stufen Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S. zu prüfen.

### a) Rechtstatsachen

Angesichts der Intensität des Eingriffs muss der Gesetzgeber im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde *Tatsachen vortragen*, die den Eingriff als geboten erscheinen lassen. Soweit der Gesetzgeber Prognosen anstellt, müssen diese ebenfalls auf nachprüfbaren Tatsachenbehauptungen beruhen.<sup>30</sup> In der Literatur wird bezweifelt, dass der Gesetzgeber die entsprechenden Nachweise erbringen kann.<sup>31</sup> Das BAG hatte in seinem Urteil von 2010 erklärt: „Es sind auch derzeit keine Anzeichen dafür erkennbar, dass ein solcher Eingriff... zur Wahrung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie (...) erforderlich wäre.“<sup>32</sup>

Vor der Rechtsprechungsänderung gab es bereits zehn Spartenewerkschaften, inzwischen sind drei dazugekommen.<sup>33</sup> Insofern könnte man bezweifeln, dass die Aufgabe des Prinzips der Tarifeinheit zu Verwerfungen geführt hat oder führen wird. Nach Aussage eines Autors ist die Zahl der Streiktage in den Jahren nach dem Urteil zurückgegangen.<sup>34</sup> Dem steht allerdings eine Studie des Instituts der deutschen Wirtschaft (IW) entgegen, die das Gegenteil besagt.<sup>35</sup> Auch braucht im Rahmen einer Prognose nicht abgewartet zu werden, bis ein Schaden eingetreten ist, wenn er jedenfalls absehbar droht.<sup>36</sup>

Der Gesetzgeber verfügt über einen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum. Insofern muss auch berücksichtigt werden, dass durch die Rechtsprechung des BAG das Arbeitskampfrecht zwar formal gesehen unter dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit steht. Tatsächlich überlässt das BAG aber in seiner neuen Rechtsprechung die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Streiks den Gewerkschaften selbst und übt nur eine stark zurückgenommene Missbrauchskontrolle aus.<sup>37</sup> Der Gesetzgeber muss und darf dem Verhältnismäßigkeitsprinzip wieder zu seiner Geltung verhelfen.

### b) Eignung

Im Hinblick auf die Eignung muss man fragen, woran sich die Eignung einer Regelung bemisst. Hier trifft es sich gut, dass der Gesetzgeber selbst die Gesetzesziele in § 4 a Abs. 1 TVG nennt: Das Gesetz soll der Sicherung verschiedener Funktionen von Rechtsnormen eines Tarifvertrages dienen.<sup>38</sup> Als derartige Funktionen werden genannt:

- Schutzfunktion
- Verteilungsfunktion
- Befriedigungsfunktion
- Ordnungsfunktion.

Manche Autoren meinen, § 4a Abs. 1 TVG habe keine eigenständige Bedeutung, sondern sei nur kosmetischer Natur. Das trifft nicht zu. Wenn der Gesetzgeber Ziele angibt, dann ist die Auslegung des Gesetzes an diesen Zielen zu messen (teleologische Auslegung). Man darf und muss den Gesetzgeber beim Wort nehmen. Wenn er im Gesetz selbst, nicht nur in der Begründung, bestimmte Ziele nennt, sind diese für die Auslegung der einzelnen Bestimmungen verbindlich.

Geeignet im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist das Tarifeinheitgesetz also dann, wenn es die genannten Funktionen voraussichtlich sichern kann. Die im Gesetz aufgeführten „Funktionen“ werden in der Tarifrechtsliteratur schon immer genannt.<sup>39</sup> Genauer gesagt handelt es sich aber zunächst nur um Auswirkungen. Von Funktionen kann man nur sprechen, wenn die genannten Ziele auch gewollt sind<sup>40</sup> – das ist nach § 4a Abs. 1 TVG der Fall.

aa)

<sup>30</sup> *di Fabio*, Tarifeinheit, S. 59; *Papier/Krönke*, ZfA 2011, 807, 846 ff.

<sup>31</sup> *Ewer*, NJW 2015, 2230, 2233; *Henssler*, RdA 2015, 222, 223; *Schliemann*, NZA 2014, 1250, 1251.

<sup>32</sup> Dazu auch *di Fabio*, Tarifeinheit, S. 56 ff.

<sup>33</sup> *Seeling/Probst*, BB 2014, 2421, 2422.

<sup>34</sup> *Ewer*, NJW 2015, 2230, 2233.

<sup>35</sup> <http://www.iwkoeln.de/infodienste/iw-nachrichten/beitrag/streikrekordjahr-2015-unterschiedliche-gruende-231476..>

<sup>36</sup> *di Fabio*, Tarifeinheit, S. 57.

<sup>37</sup> *Giesen/Kersten*, ZfA 2015, 201, 217 ff.

<sup>38</sup> Zu Funktionen des Tarifvertrages *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 227 ff., 225; *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, Grundlagen Rn. 19 ff.; *Wiedemann-Wiedemann*, TVG, 7. Aufl. 2007, Einl. Rn. 2 ff.

<sup>39</sup> *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 19 ff.; *Wiedemann-Wiedemann*, TVG, Einl. Rn. 3 ff.; umfassende Nachw. bei *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 227 ff., 228 Fn. 1643.

<sup>40</sup> Zur Unterscheidung zwischen Wirkung und Aufgabe *Däubler/Däubler*, TVG, 3. Aufl. 2012, Einl. Rn. 77 ff., 83 a; *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 235; *JKOS-Krause*, Tarifrecht, § 1 Rn. 25.

Was die *Schutzfunktion*<sup>41</sup> angeht, soll der Arbeitnehmer vor der Übermacht der Arbeitgeberseite durch ein Kollektiv auf Arbeitnehmerseite geschützt werden. Nun erhalten Arbeitnehmer aber nicht weniger Schutz, wenn sie statt von nur einer Gewerkschaft von mehreren Gewerkschaften vertreten werden.

Allerdings dient die Tarifeinheit dem Schutz derjenigen Arbeitnehmer, die keine Spezialisten in Schlüsselstellungen sind, davor, dass aus der zur Verfügung stehenden Lohnsumme ein überproportionaler Anteil an Mitglieder von Spartengewerkschaften ausgeteilt wird. Man muss daher unterscheiden zwischen dem Schutz der Arbeitnehmerschaft insgesamt gegenüber der Arbeitgeberseite, und dem *Schutz der Arbeitnehmer untereinander*. Insoweit geht es nicht um die Schutzfunktion, sondern um die Verteilungsfunktion. Bei einer Gesamtabwägung zu Art. 9 Abs. 3 GG sind nicht nur die Einzelinteressenten zweier Gewerkschaften zu berücksichtigen, sondern auch die Eingriffe in die *Rechtsposition Dritter*. Es ist nicht nachvollziehbar, warum es einer Gewerkschaft erlaubt sein soll, für die Ausweitung des persönlichen Geltungsbereichs des von ihr vorgeschlagenen Tarifvertrags zu streiken, wenn die betreffenden Arbeitnehmer bereits von einer anderen Gewerkschaft ausreichend vertreten werden. Hier wird ein Arbeitskampf innerhalb der Arbeitnehmerseite zulasten der Arbeitgeber und Dritter ausgeübt.<sup>42</sup> Das ist jedenfalls von der Schutzfunktion nicht gedeckt.

bb)

Die Eignung des Gesetzes ist des Weiteren im Hinblick auf die *Verteilungsfunktion* zu prüfen.<sup>43</sup> So können Spartengewerkschaften<sup>44</sup> für ihre Mitglieder überproportional viele Vorteile gegenüber anderen Arbeitnehmern erkämpfen, weil der Arbeitgeber auf ihre Arbeit besonders angewiesen ist und weil hier ein Streik von wenigen Arbeitnehmern den gesamten Betrieb lahmlegen kann.<sup>45</sup> Im Ergebnis stehen sich die Angehörigen derjenigen Berufsgruppen, die durch Spartengewerkschaften vertreten werden, besser als die Angehörigen anderer Berufsgruppen.

Man kann das *positiv sehen*: Durch Spartengewerkschaften haben die Mitglieder derjenigen Berufsgruppen die Gelegenheit, ihre eigenen Interessen adäquat zu vertreten, die ansonsten von der Gewerkschaft vernachlässigt werden; sie verschaffen sich selbst nunmehr diejenigen Rechte, die ihnen von einer anders orientierten Gewerkschaft vorenthalten wurden.<sup>46</sup> Man kann es aber auch *kritisch sehen*, dass aufgrund der Kampfstärke, nicht aufgrund der Qualität einiger weniger Arbeitnehmer das Gefüge der Verteilungsgerechtigkeit zum Einsturz gebracht wird.

Ist es aber Aufgabe des Gesetzgebers, für eine Verteilungsgerechtigkeit innerhalb der Arbeitnehmerschaft zu sorgen? Wenn Tarifautonomie bedeutet, dass die Betroffenen ihre Angelegenheiten selbst regeln dürfen, muss sich der Staat insoweit heraushalten. Das Mindestlohngesetz zeigt aber, dass der Staat die Tarifautonomie beiseiteschiebt, um anstelle der Gewerkschaften für Lohngerechtigkeit zu sorgen.<sup>47</sup> Wenn aber ein zu niedriger Lohn anstößig ist und das Einschreiten des Gesetzgebers erfordert, dann, so könnte man argumentieren, müsste auch ein im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern zu hoher Lohn in gleicher Weise zu einem Eingriffsrecht führen.

Im Hinblick auf den Gedanken der Lohngerechtigkeit lassen sich einige Widersprüche feststellen: So wird – unter Verfälschung der Statistik - eine Lohnlücke im Verhältnis von Männern und Frauen beklagt. Dabei wird nicht berücksichtigt, dass sich die Lohngefüge in unterschiedlichen *Tarifverträgen* unterschiedlicher Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände finden. Selbst der EuGH hat festgestellt, dass er insoweit keine Diskriminierung überprüfen kann<sup>48</sup>. Das Bundesarbeitsministerium will zurzeit in Tarifvertragsverhandlungen eingreifen mit dem Ziel der Lohngerechtigkeit. Dann müsste aber auch ein Gesetz zulässig sein, das eine Lohnungerechtigkeit im Hinblick auf Arbeitnehmer erster Klasse (Mitglieder von Spartengewerkschaften) und zweiter Klasse (Mitglieder der allgemeinen Gewerkschaften) verhindert.

Ebenso wie die Tarifvertragsparteien sind die *Betriebsparteien* zur Wahrung der Lohngerechtigkeit verpflichtet. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG sieht die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit als wesentliche Aufgabe der Betriebsparteien.<sup>49</sup> Ohne die Tarifeinheit würde eine Lohnungerechtigkeit im Betrieb durch Arbeitnehmer erster und zweiter Klasse installiert. Aber auch für den einzelnen *Arbeitgeber* gilt nicht nur ein Diskriminierungsverbot nach §§ 1, 7 AGG im Hinblick auf die Entlohnung; sondern darüber hinaus gilt der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Er kommt immer dann zum Zuge, wenn der Arbeitgeber die Löhne nicht im Einzelnen aushandelt, sondern wenn er nach einer Regel verfährt.<sup>50</sup>

Tarifkonkurrenz bedeutet im Ergebnis, dass für gleiche oder gleichartige Arbeit unterschiedliche Löhne bezahlt werden, und zwar nicht aus Sachgründen, sondern weil die Spartengewerkschaft besser in der Lage ist, durch Arbeitskämpfe ein

<sup>41</sup> Dazu BVerfGE 84, 212.

<sup>42</sup> Giesen/Kersten, ZfA 2015, 201, 203.

<sup>43</sup> Zu ihr Wiedemann-Wiedemann, TVG, Einl. Rn. 7 ff.; Höpfner, Tarifgeltung, S. 236.

<sup>44</sup> Zu ihnen Greiner, Rechtsfragen, S. 15 f.

<sup>45</sup> BT-Drs. 18/4062, S. 8, 11f.

<sup>46</sup> B. Schmidt, Tarifpluralität, S. 284.

<sup>47</sup> Wank, RdA 2015, 88.

<sup>48</sup> EuGH, 17.9.2002 Rs. C-320-00-Lawrence, Slg. 2002, I-7325 Rn. 18.

<sup>49</sup> Zum Zusammenhang mit der Tarifeinheit Henssler, RdA 2011, 65, 67; s. auch Bayreuther, NZA 2007, 187, 188; Giesen, ZfA 2011, 1, 6; Hromadka, NZA 2014, 1105, 1107; Löwisch, RdA 2010, 263, 264.

<sup>50</sup> BAG 3.9.2014 – 5 AZR 6/13 – demn. RdA 2015 m. Anm. Lingemann/Mitius; Creutzfeld, Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 52, 2014.

Unternehmen lahmzulegen.<sup>51</sup> Als Rechtfertigungsgrund für die Ungleichheit kann daher nicht auf die jeweilige mitgliedschaftliche Legitimation verwiesen werden, sondern es liegt ein Systemfehler zugrunde.

Die Tarifkonkurrenz führt zur *Entsolidarisierung* der Arbeitnehmerseite und zu einem *Dominoeffekt*.<sup>52</sup> Eine Entsolidarisierung erfolgt insofern, als sich die Mitglieder der Spartengewerkschaft im Bewusstsein ihrer Arbeitskrafmmacht Sondervorteile verschaffen und allgemeine gewerkschaftliche Ziele außer Acht lassen können. Die Zahlung unterschiedlicher Löhne für gleiche Arbeit führt, wie im Verhältnis der Mitarbeiter von GDL und EBV gesehen, zu erheblichen Spannungen innerhalb der Belegschaft. Hinzu kommt ein Dominoeffekt: Die Forderungen konkurrierender Gewerkschaften schaukeln sich gegenseitig hoch.

#### *Zusammenfassend:*

Wenn Lohngerechtigkeit ein Prinzip ist, das für arbeitsrechtliche Gesetze, für Arbeitsverträge, Betriebsvereinbarungen und für Tarifverträge gilt, dann muss eine auf Lohnungleichheit aufbauende Ausgestaltung der Tarifautonomie vermieden werden. Nun kann allerdings die Verteilungsfunktion nur im Verhältnis Spartengewerkschaften zu Industrieverbänden ins Spiel gebracht werden, nicht für Industrieverbände untereinander.<sup>53</sup> Aber auch dann spricht gegen einen Eingriff des Staates, dass er auf diese Weise gegen die Spartengewerkschaften Partei ergreift. Er entscheidet also darüber, was ein gerechtes Lohnsystem ist. Nun ist aber allgemein bekannt, dass die Suche nach dem gerechten Lohn vergebens ist. Man kann allenfalls ersichtliche Ungerechtigkeiten ausschließen, also insbesondere Diskriminierungen im Hinblick auf bestimmte Merkmale.

Insoweit lässt sich zwar sagen, dass die Existenz von Spartengewerkschaften zu Lohnungerechtigkeiten führen *kann*; aber wenn Gewerkschaften allgemein Interessenverbände sind, dann muss auch Spartengewerkschaften zugestanden werden, dass sie ihre besonderen Interessen vertreten.<sup>54</sup>

cc)

*Befriedungsfunktion*<sup>55</sup> und *Ordnungsfunktion*<sup>56</sup> kann man in einem Zusammenhang sehen. Negativ formuliert geht es um die *Kartellfunktion* von Tarifverträgen.<sup>57</sup> Insbesondere Volkswirte betonen, dass Tarifverträge Konkurrenz ausschalten und daher schon im Ansatz bedenklich sind. Bei dieser Sichtweise muss man sich dann natürlich auch gegen ein Tarifeinheitsgesetz wenden: Konkurrenz belebt das Geschäft, und je mehr Gewerkschaften, desto besser.

Auf der anderen Seite ist die *Befriedungsfunktion* auch im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit der *Arbeitgeber* zu sehen. Der Abschluss eines Tarifvertrages verbunden mit der Friedenspflicht führt dazu, dass sich die Arbeitgeber für die Vertragsdauer keinen weiteren Forderungen gegenüber sehen. Demgegenüber führt eine Tarifkonkurrenz dazu, dass jederzeit eine andere Gewerkschaft mit anderen Forderungen an die Arbeitgeber herantreten und einen Streik beginnen kann.<sup>58</sup> Jedenfalls für das Arbeitskrafrecht ist eine Befriedungsfunktion durch Tarifeinheit zu sehen.

Die *Ordnungsfunktion* wird im Schrifttum von einigen Autoren in Frage gestellt. Tarifautonomie sei „eine Form der Wahrung von Gruppeninteressen“.<sup>59</sup> In seiner Entscheidung von 2010 hat das BAG die Ordnungsfunktion nur als auf Mitglieder der Organisationen begrenzt anerkannt.<sup>60</sup>

dd)

Als geeignet könnte sich die gesetzliche Regelung unter dem Aspekt der *Konfliktvermeidung* darstellen.<sup>61</sup> Die amtliche Begründung betont, das Gesetz greife nur subsidiär ein, die Gewerkschaften sollten „durch autonome Entscheidungen Tarifkollisionen...vermeiden“.<sup>62</sup> Wenn zwei Gewerkschaften erkennen, dass der Tarifvertrag der einen Gewerkschaft verdrängt werden wird, könnten sie im Vorfeld geneigt sein zu kooperieren. Insbesondere könnten sie Tarifgemeinschaften bilden.<sup>63</sup> Sie könnten auch die persönlichen Geltungsbereiche der Tarifverträge gegeneinander abgrenzen, wie beispielsweise zwischen der Vereinigung Cockpit und Verdi geschehen.<sup>64</sup> Auch könnten beide Gewerkschaften statt gemeinsam zu verhandeln auch parallele Verhandlungen führen.

<sup>51</sup> *Papier/Krönke*, ZfA 2011, 807, 841.

<sup>52</sup> *Giesen*, NZA 2009, 11, 13; *ders.*, ZRP 2013, 222; *Giesen/Kersten*, ZfA 2015, 202 f.

<sup>53</sup> *Hensler*, RdA 2015, 222, 224.

<sup>54</sup> *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 243 ff.

<sup>55</sup> Zu ihr BVerfGE 50, 290, 371 f.; BVerfGE 58, 233, 248; BT-Drs. 18/4062, S. 8; *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 231; *Wiedemann-Wiedemann*, TVG, Einl. Rn. 20 ff. („Friedenspflicht“).

<sup>56</sup> BVerfGE 58, 233; *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 233 ff.; *Wiedemann-Wiedemann*, TVG, Einl. Rn. 13 ff. mwN Rn. 16 f. Rn. 13; kritisch *Löwisch/Rieble*, § 4 TVG, Rn. 663 f.

<sup>57</sup> *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 232; *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 32 ff.

<sup>58</sup> *Giesen/Kersten*, ZfA 2015, 201, 205 f.

<sup>59</sup> *Richardi*, ZfA 2003, 665, 664.

<sup>60</sup> BAG 7.7. 2010 AP GG Art. 9 Nr. 140; s. auch BVerfGE 44, 322, 347 f.

<sup>61</sup> S. amtliche Begründung, BR-Drs. 635/14, S. 5 f.; *Giesen/Kersten*, ZfA 2015, 201, 220 ff.

<sup>62</sup> BT-Drs. 14/4062, S. 9.

<sup>63</sup> *Kamanabrou*, ZfA 2008, 241, 271.

<sup>64</sup> *Giesen/Kersten*, ZfA 2015, 201, 221.

Der frühere Vorschlag von Hromadka,<sup>65</sup> konkurrierende Gewerkschaften kraft Gesetzes zur Zusammenarbeit zu verpflichten, wurde vom Autor selbst inzwischen zurückgenommen.<sup>66</sup>

Praktisch findet eine Kooperation eher dann statt, wenn die Mehrheitsverhältnisse in einem Betrieb unklar sind, so dass es beide Gewerkschaften nicht auf eine gerichtliche Klärung ankommen lassen wollen. In der Vergangenheit hat sich allerdings ergeben, dass die Einbindung in eine Tarifgemeinschaft für eine Spartengewerkschaft eher nachteilig ist, so dass sich Gewerkschaften aus der Tarifgemeinschaft gelöst haben.<sup>67</sup> Im Übrigen wird in der Regel schon feststehen, welches die Mehrheitsgewerkschaft ist – und diese weiß, dass sie die besseren Karten hat und sich auf keine Zugeständnisse einzulassen braucht.<sup>68</sup>

#### *Zusammengefasst:*

Wie schon in der Vergangenheit werden die Möglichkeiten zu freiwilliger Zusammenarbeit wohl auch in Zukunft wenig wahrgenommen werden.

ee)

In der Gesetzesbegründung wird insbesondere auf die *Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems*<sup>69</sup> Bezug genommen. Im Kern handelt es sich dabei um eine zusammenfassende Würdigung der Einzelfunktionen. Hier stellt sich die Frage, ob vielleicht der Koalitionspluralismus als solcher Schutzgegenstand des Art. 9 Abs. 3 GG ist. Wenn ja, würden sich die Einzelüberlegungen weitgehend erübrigen. Das BAG nimmt jedenfalls einen solchen Schutzzweck an.<sup>70</sup> Auch beim BVerfG finden sich entsprechende Anklänge.<sup>71</sup> Eine solche Annahme wäre jedoch eine *petitio principii*. Inwieweit ein Koalitionspluralismus verfassungsrechtlich geschützt ist, kann nur auf Grund einer Gesamtabwägung entschieden werden.

ff)

An dieser Stelle muss gesagt werden, dass das *Tarifeinheitsgesetz am Thema vorbei geht* – oder, wie es Richardi treffend formuliert: „Tarifeinheit als Placebo für ein Arbeitskampfverbot“.<sup>72</sup> Entsprechend der „mischief rule“ aus der englischen Methodenlehre muss man im Hinblick auf die Ziele eines Gesetzes fragen, welchem früheren Missstand das Gesetz abhelfen soll. Entgegen dem Anschein ist es weniger die Gefahr, dass es für jede einzelne Berufsgruppe einen eigenen Tarifvertrag gibt,<sup>73</sup> als dass jede Gewerkschaft unabhängig von der anderen streiken kann.<sup>74</sup> Das kann dazu führen, wie früher in England, dass für ein Unternehmen 300 Gewerkschaften zuständig sind, die alle irgendwann von ihrem Streikrecht Gebrauch machen. Im Kontrast dazu sind die Gewerkschaften in Deutschland nach dem *Industrieverbandsprinzip* organisiert.<sup>75</sup> Das bedeutet, dass nicht der einzelne Beruf entscheidet, sondern die Branchenzugehörigkeit des Unternehmens bestimmt den fachlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages. Befriedungsfunktion, Ordnungsfunktion und Kartellfunktion bedeuten bei dieser Sicht, dass ein untragbarer Arbeitskampfirrwarr durch den Zuschnitt der Tarifvertragslandschaft vermieden wird.

Mit der Berufung auf die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems ist im vorliegenden Zusammenhang also eigentlich nicht diese gemeint, sondern die *Funktionsfähigkeit des Arbeitskampfssystems*. Insofern geht, wie gesagt, das Tarifeinheitsgesetz an der Sache vorbei: Eigentlich geregelt werden müsste das Arbeitskampfrecht.<sup>76</sup> Die Erkenntnis, dass das Arbeitskampfrecht gesetzlich geregelt werden müsste, ist zwar nicht neu. Aber bisher hat sich noch jede Bundesregierung davor geschaut, hierzu einen Gesetzentwurf vorzulegen, und das Bundesverfassungsgericht hat für diesen Bereich die sonst von ihm hoch gehaltene Wesentlichkeitstheorie mit fadenscheinigen Argumenten über Bord geworfen: Nur für das Randproblem des Beamteneinsatzes beim Streik soll die Wesentlichkeitstheorie gelten,<sup>77</sup> für das Streikrecht im allgemeinen dagegen nicht.<sup>78</sup>

<sup>65</sup> Hromadka, NZA 2008, 384; krit. Giesen, ZfA 2011, 1, 32; Konzen, JZ 2010, 1036, 1043 f.

<sup>66</sup> Hromadka, NZA 2014, 1108.

<sup>67</sup> Seeling/Probst, BB 2014, 2421, 2422,

<sup>68</sup> Greiner, RdA 2015, 36, 37; ders., NZA 2015, 769, 770.

<sup>69</sup> Dazu BVerfGE 92, 365, 394 f.; BT-Drs. 18/4062, S. 1, 8; di Fabio, Tarifeinheit, S. 55 f.; Scholz, ZfA 2010, 681, 697; Papier/Krönke, ZfA 2011, 807, 823 f.; Wank, FS Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 141 ff.; Cornils in Epping/Hillgruber, GG, Art. 9 Rn. 61; Hufen, NZA 2014, 1237, 1239.

<sup>70</sup> BAG AP GG Art. 9 Nr. 14.

<sup>71</sup> BVerfGE 18, 18, 32 f.

<sup>72</sup> Richardi, NZA 2014, 1231.

<sup>73</sup> Zur Zersplitterung der Tariflandschaft Franzen, RdA 2008, 193, 201; Giesen, NZA 2009, 11, 15; Jacobs, NZA 2008, 325, 329.

<sup>74</sup> Deinert, RdA 2011, 12; Giesen, NZA 2009, 11, 15 f.; Henssler, RdA 2015, 222, 223; Hromadka, NZA 2008, 384, 387; Papier/Krönke, ZfA 2011, 807, 839 f.; Willemsen/Mehrens, NZA 2010, 1313; zu den individualrechtlichen Folgen für andere Arbeitnehmer Kalb, RdA 2015, 226, 227 f.

<sup>75</sup> Wiedemann-Wank, § 4 TVG Rn. 135.

<sup>76</sup> Bayreuther, in: Lehmann, Tarifverträge in der Zukunft, 2008, S. 130, 133; Fischer, NZA 2015, 662; Henssler, BB 2014, 1, 2;

Hergenröder/Deyhle, RdA 2013, 50, 54; Richardi, NZA 2014, 1233; B. Schmidt, Tarifpluralität, 2011, S. 288.

<sup>77</sup> BVerfG, NJW 1993, 1379.

<sup>78</sup> BVerfG AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 1127; kritisch Fischer, RdA 2009, 287; Wank, FS Kissel, 1994, S. 1225.

Der Gesetzgeber hat zum Arbeitskampfrecht eine eigene Form der Regelung gewählt, die in der amtlichen Begründung geäußerte Erwartung.<sup>79</sup> Die Argumentation verläuft wie folgt: Arbeitskämpfe sind nach herrschender Meinung nur zulässig im Hinblick auf den Abschluss eines Tarifvertrages. Wenn aber aufgrund des Tarifeinheitsgesetzes feststeht, dass eine von zwei Gewerkschaften mit ihrem Tarifvorschlag nicht zum Zuge kommt, dann könne sie keinen Tarifvertrag abschließen und ein Arbeitskampf für den Abschluss des Tarifvertrages sei unverhältnismäßig und damit rechtswidrig.<sup>80</sup> Die Arbeitsgerichte müssten dann die Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfs feststellen.

So schlüssig der Gedankengang in der amtlichen Begründung klingt: Das Gesetz selbst widerspricht ihm.<sup>81</sup> Ob ein Tarifvertrag verdrängt wird, entscheidet sich nämlich nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG „zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags“. Mit anderen Worten: Zuerst muss das Kind in den Brunnen fallen, d.h. zuerst müssen zwei Tarifverträge abgeschlossen werden, bevor man feststellen darf, dass einer verdrängt wird.<sup>82</sup> Dann muss es aber auch erlaubt sein, für diesen Tarifvertrag zu streiken. Deshalb ist es unzutreffend, wenn angenommen wird, das Gesetz schränke das Streikrecht der Minderheitsgewerkschaft unmittelbar ein.<sup>83</sup> Wenn aber das Gesetz selbst von der Vorstellung ausgeht, dass erst um den Abschluss eines Tarifvertrages verhandelt und gestreikt werden muss, bevor feststeht, welcher Tarifvertrag gilt, dann kann – entgegen der allgemeinen Annahme – der Streik der Minderheitsgewerkschaft nicht unverhältnismäßig sein.<sup>84</sup> Zwar sollte nach dem gemeinsamen Vorschlag von BDA und DGB ein Streik der Minderheitsgewerkschaft während der Geltung der Friedenspflicht aus dem Tarifvertrag mit der Mehrheitsgewerkschaft ausgeschlossen sein; doch ist gerade dies nicht Gesetz geworden.<sup>85</sup> Unverhältnismäßig könnte unter diesen Umständen ein Tarifvertrag nur dann sein, wenn es *evident* ist, dass er im Ergebnis nicht zum Zuge kommt.<sup>86</sup> Aber welches Arbeitsgericht wird schon eine Evidenz<sup>87</sup> bezogen auf einen bestimmten Betrieb feststellen wollen? Ist schon die Feststellung der Mehrheit in einem ordentlichen Verfahren schwer zu bewerkstelligen (s. u. III 3), wie soll dann eine evidente Mehrheit festgestellt werden?

Damit erübrigt sich aber auch die Idee, ein Arbeitgeberverband könne im Wege der *einstweiligen Verfügung* den Arbeitskampf einer konkurrierenden Gewerkschaft verhindern. Gemessen an den eigenen Zielen des Gesetzes ist die Regelung des Tarifrechts ohne Regelung des Arbeitskampfrechts ungeeignet, und selbst eine mittelbare Regelung des Arbeitskampfrechts unter Bezug auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist insofern ungeeignet, als das Gesetz einen ungeeigneten Zeitpunkt für die Feststellung der Konkurrenz wählt. Wie bei der Tariffähigkeit und bei der Tarifzuständigkeit muss es jederzeit, also noch vor dem Abschluss eines Tarifvertrages und noch vor einem Arbeitskampf, möglich sein, die Tarifkonkurrenz feststellen zu lassen. Eine kleine Gewerkschaft kann dem nur dadurch entgegenreten, dass sie zum gegenwärtigen Zeitpunkt den Verzicht auf Tarifverhandlungen und Arbeitskampf erklärt.

Nach *Bayreuther* lässt sich allerdings für eine bestimmte Konstellation im Voraus feststellen, dass der Arbeitskampf unzulässig ist, nämlich wenn sich der angestrebte Tarifvertrag der Minderheitsgesellschaft im personellen Geltungsbereich mit dem Tarifvertrag der Mehrheitsgesellschaft überschneidet.<sup>88</sup> Das ist nach dem Vorstehenden keine mögliche Lösung. Dagegen halte ich diesen Ansatz dann für richtig, wenn die Minderheitsgewerkschaft einen Arbeitskampf führt, um den personellen Geltungsbereich ihrer Tarifverträge auf den Bereich bestehender Tarifverträge auszudehnen. Das ist ein Verteilungskampf innerhalb der Arbeitnehmerschaft zu Lasten der Arbeitgeber und der Allgemeinheit.

#### *Zusammenfassend:*

Geeignet ist das Gesetz insbes. im Hinblick auf die Befriedungsfunktion, d.h. im Hinblick auf die Lohngerechtigkeit.

#### c) Erforderlichkeit

Unterstellt man, dass bei einer Regulierung des Arbeitskampfrechts Verteilungs- und Befriedungsfunktion gesichert werden, stellt sich die weitere Frage danach, ob der *Eingriff* in die Tarifautonomie der verdrängten Gewerkschaft *verhältnismäßig* ist.

#### aa)

Insoweit muss zunächst geklärt werden, - was in der Diskussion zu kurz kommt -, wann *überhaupt ein Kollisionsfall nach dem Gesetz eintritt*. Sollte das nur selten der Fall sein oder sollte sich eine Kollision leicht vermeiden lassen, ist der Eingriff nicht schwerwiegend.

<sup>79</sup> BT-Drs. 18/4062, S. 12.

<sup>80</sup> Literaturnachw. bei B. Schmidt, Tarifpluralität, S. 515 Fn. 36.

<sup>81</sup> Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 2.

<sup>82</sup> ErfK-Franzen, § 4a TVG Rn.26; Schliemann, NZA 2014, 1250, 1252.

<sup>83</sup> S. Scholz/Lingemann/Ruttloff, NZA Beilage 2005, 3, 4.

<sup>84</sup> Löwisch, DB 2015, 1102.

<sup>85</sup> Giesen/Kersten, ZfA 2015, 201, 205.

<sup>86</sup> Nach Löwisch, DB 2015, 1102 ist ein derartiger Streik nie unverhältnismäßig, da der verdrängte Tarifvertrag potentiell immer noch Geltung erlangen kann.

<sup>87</sup> S. BT-Drs. 18/4062, S. 12 „offensichtlich“.

<sup>88</sup> Dagegen B. Schmidt, Tarifpluralität, S. 551 f.

Dazu enthält der Gesetzestext, im Zusammenhang gesehen mit der amtlichen Begründung, zwei einander möglicherweise widersprechende Aussagen. Zum einen heißt es bezüglich „kollidierender Tarifverträge“, in § 4 a Abs. 2 Satz 2 TVG: „Soweit sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden“.<sup>89</sup> Damit kommt es auf zweierlei an:

- auf den unterschiedlichen „Geltungsbereich“ und auf ein

- „insoweit“.

Anscheinend genügt es danach, für die eigene Tarifforderung einen etwas anderen Inhalt vorzusehen, um § 4a TVG auszuschalten.

In Bezug auf die Überschneidung der Geltungsbereiche wird in der Literatur die Ansicht vertreten, eine Minderheitsgewerkschaft brauche nur einen Tarifvertrag mit einem anderen Inhalt als nach dem der Mehrheitsgewerkschaft zu schließen, und schon sei § 4 a TVG nicht anwendbar. Dazu ist Folgendes zu bemerken:

Zum einen: Es ist richtig, dass die Verdrängung immer nur „soweit“ gilt; nur im Überschneidungsbereich gilt allein der Mehrheitstarifvertrag,

Zum anderen: Zu vergleichen sind nicht die Inhalte von Tarifverträgen, sondern ihre Geltungsbereiche. Hat die Mehrheitsgewerkschaft A einen Tarifvertrag über zwei Wochen Zusatzurlaub geschlossen und fordert Minderheitsgewerkschaft B einen Zusatzurlaub von vier Wochen, so verdrängt wegen des übereinstimmenden Geltungsbereichs Tarifvertrag A den Tarifvertrag B vollständig, ohne dass es auf den Inhalt der Tarifverträge ankommt.

In der amtlichen Begründung steht aber auch, dass es auf die Tarifinhalte nicht ankomme. Selbst wenn ein Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft ein Thema ausklammere, sei es dann eben durch Nichtregelung geregelt und verdränge einen Minderheitstarifvertrag.<sup>90</sup> Diese Folgerung wird man allerdings nur für den Fall bejahen können, dass ein diskutiertes und bewusstes Ausklammern vorliegt; zuzustimmen ist aber der Aussage, dass es eben nur auf die Geltungsbereiche und nicht auf die Inhalte von Tarifverträgen ankommt.

(1) Nun besteht in Rechtsprechung und Literatur aber keineswegs Einigkeit darüber, was unter Geltungsbereich zu verstehen ist.<sup>91</sup> Einigkeit besteht, was den *zeitlichen*<sup>92</sup> und den *räumlichen Geltungsbereich*<sup>93</sup> betrifft. Wenn also der Tarifvertrag der Gewerkschaft A eine Laufzeit von einem Jahr hat und der Tarifvertrag der Gewerkschaft B eine Laufzeit von zwei Jahren, dann überschneiden sie sich im ersten Jahr. Ist A die Mehrheitsgewerkschaft, so gilt in diesem Jahr nur ihr Tarifvertrag. Kommt allerdings mit Gewerkschaft A im nächsten Jahr kein Tarifvertrag zustande, so gilt automatisch Tarifvertrag B – der ist nämlich nicht nichtig, sondern wird nur im ersten Jahr verdrängt.

(2) Entsprechendes gilt für den *räumlichen Geltungsbereich*. Gilt Tarifvertrag A nur für das Rheinland und Tarifvertrag B für das Rheinland und auch für Ostwestfalen-Lippe, dann gilt von vorneherein in Ostwestfalen-Lippe nur der Tarifvertrag B, unabhängig von den Mehrheitsverhältnissen.

Durch das Tarifeinheitsgesetz kommt noch eine Problematik hinzu: Zwar hatte man bisher auch teilweise im Sinne einer *falsa demonstratio* vom „*betrieblichen Geltungsbereich*“ gesprochen, wenn damit der „*unternehmerische Geltungsbereich*“ gemeint war.<sup>94</sup> Da es aber nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG auf die meisten Arbeitnehmer einer Gewerkschaft im Betrieb ankommt, muss man nunmehr in wörtlicher Auslegung des Gesetzes den Geltungsbereich je nach Betrieb feststellen. Das kann zu einem Kuriosum führen: Ein Tarifvertrag wird bei der Nennung des räumlichen Geltungsbereichs wohl kaum aufzählen, in welchen Betrieben er gelten soll und in welchen nicht.<sup>95</sup> Man muss daher nun jeweils doppelt prüfen: Wird ein Betrieb vom räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages erfasst, und: hat die Gewerkschaft in diesem Betrieb die meisten Mitglieder? Im Unternehmen können dann beide Tarifverträge nebeneinander gelten, je nach Betrieb mal der eine und mal der andere.

(3) Ganz unübersichtlich wird es allerdings, wenn es um den *persönlichen und den sachlichen Geltungsbereich* geht. Die Terminologie dazu ist bei den Gerichten und bei den Autoren ganz unterschiedlich. Der Sache nach ist zu unterscheiden nach:

<sup>89</sup> Zur Überschneidung von Geltungsbereichen BT-Drs. 18/4062, S. 13; allgemein *Waas*, Tarifkonkurrenz, S. 18 ff., 24.

<sup>90</sup> BT-Drs. 18/4062, S. 13 unter Verweis auf BAG AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 19.

<sup>91</sup> Zur Terminologie *Wank* in *Wiedemann*, TVG, § 4 Rn. 96 f.; *Wiedemann-Wank*, TVG, Rn. 93 ff.; zum nachwirkenden Tarifvertrag im Hinblick auf das TEG s. *Franzen* in *ErfK*, 16. Aufl. 2016, § 4 a TVG Rn. 7 f.

<sup>92</sup> *Wiedemann-Wiedemann*, TVG, Einl. Rn. 228 ff.; *Wiedemann-Wank*, § 4 TVG Rn. 228 ff.

<sup>93</sup> *Wiedemann-Wiedemann*, TVG, Einl. Rn. 115 ff.; *Wiedemann-Thüsing*, § 1 TVG Rn. 75 ff.; *Wiedemann-Wank*, § 4 TVG Rn. 115 ff.

<sup>94</sup> Zutreffend *Wiedemann-Wiedemann*, TVG, Einl. Rn. 100; s. auch *Wiedemann-Wank*, § 4 TVG Rn. 98 ff., 144.

<sup>95</sup> S. aber *Wiedemann-Wank*, § 4 TVG Rn. 131.



- der Haupttätigkeit des Unternehmens, was sich nach dem Industrieverbandsprinzip richtet. Insoweit spricht man verbreitet vom „fachlichen Geltungsbereich“; das ist aber irreführend; hier sollte man besser vom branchenmäßigen Geltungsbereich sprechen,<sup>96</sup>

- nach der Art der Tätigkeit von Arbeitnehmergruppen; das wäre der fachliche Geltungsbereich.<sup>97</sup> Hier geht es um Lohngruppen und um Eingruppierung,

- nach persönlichen Umständen beim Arbeitnehmer, das betrifft den persönlichen Geltungsbereich im eigentlichen Sinne.<sup>98</sup>

Man kann den fachlichen oder den persönlichen Geltungsbereich aber auch danach verstehen, welche Arbeitnehmergruppen erfasst werden. So kann z.B. ein Tarifvertrag für die Luftfahrt den Personenkreis der Piloten ausnehmen.<sup>99</sup> Wenn dann eine andere Gewerkschaft einen speziellen Tarifvertrag nur für Piloten abschließt, findet keine Kollision der Geltungsbereiche statt.

Im Ergebnis zeigt sich: Für eine Minderheitsgewerkschaft bleibt nur wenig Raum für einen Tarifvertrag mit abweichendem Geltungsbereich. Der Eingriff in die Tarifautonomie der Minderheitsgewerkschaft ist daher erheblich.

bb)

Die Verhältnismäßigkeit hängt des Weiteren davon ab, ob es *mildere Mittel* zur Erreichung des Zieles gibt und ob die Absätze 4 und 5 des § 4 a TVG den Interessen der verdrängten Gewerkschaft genügend Rechnung tragen.

Der Gesetzgeber meint, die Bezugnahme auf das Spezialitätsprinzip sei kein geeignetes Mittel; ebenso wenig eine auf den Bereich der Daseinsvorsorge beschränkte Regelung.<sup>100</sup>

Das Gesetz sieht für die Minderheitsgewerkschaft zwei Bonbons vor, das sog. Nachzeichnungsrecht und ein Anhörungsrecht.<sup>101</sup>

(1) Das „*Nachzeichnungsrecht*“ nach § 4a Abs. 4 TVG bedeutet, dass die Minderheitsgewerkschaft einen Anschlusstarifvertrag mit demselben Inhalt wie in dem Tarifvertrag mit der Mehrheitsgesellschaft schließen darf. Mit anderen Worten: Wenn die Minderheitsgewerkschaft einen Tarifvertrag mit eigenem Inhalt abschließt, so ist dieser als Tarifvertrag, d. h. mit normativer Wirkung, unwirksam. Schließt sie dagegen einen eigenen Tarifvertrag mit demselben Inhalt wie bei der anderen Gewerkschaft ab, so ist dieser wirksam.

Einerseits tritt die Minderheitsgewerkschaft dadurch ihren Mitgliedern gegenüber mit einem eigenen, normativ wirkenden Tarifvertrag auf und beweist dadurch ihre Daseinsberechtigung. Auch wird so vermieden, dass – anders als nach der richterrechtlichen Tarifeinheit – tariflose Zustände für die Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft eintreten.<sup>102</sup> Andererseits darf sie aber auch nur einen „inhaltsgleichen“ Tarifvertrag abschließen; d.h. sie erscheint nur als Nachahmer – dann kann man aber als Arbeitnehmer auch gleich beim Original bleiben.<sup>103</sup>

(2) Ein weiteres Bonbon enthält § 4a Abs. 5 TVG: Der Arbeitgeber oder der Arbeitgeberverband müssen die *Aufnahme von Tarifvertragsverhandlungen* mit einer anderen Gewerkschaft rechtzeitig und in geeigneter Weise *bekannt geben*. Das hilft nicht weiter. Einen Tarifvertrag mit eigenständigem Inhalt kann die Minderheitsgewerkschaft nach dieser Bekanntgabe ohnehin nicht abschließen, sondern nur einen mit gleichem Inhalt.

Weiterführend ist dagegen der Vorschlag *Hromadkas*, dass die Minderheitsgewerkschaft das Recht haben soll, sich an den Tarifverhandlungen zu beteiligen und dass die Forderungen in die Tarifverhandlungen eingebracht werden müssen.<sup>104</sup>

cc)

Unverhältnismäßig ist die gesetzliche Regelung insoweit, als sie *über ihr Ziel hinausschießt*. Das ist insofern der Fall, als die Verdrängung des einen Tarifvertrages bereits dann einsetzt, wenn überhaupt eine Überschneidung von Tarifverträgen vorliegt. Insoweit werden die Inhalte der Tarifverträge überhaupt nicht verglichen;<sup>105</sup> das geschieht vielmehr nur im Hinblick auf Tarifnormen nach § 3 Abs.1 Nr. 1 - 3 BetrVG. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass beispielsweise ein

<sup>96</sup> Wiedemann-Wank, § 4 TVG Rn. 100, 135 ff.

<sup>97</sup> Wiedemann-Wiedemann, TVG, Einl. Rn. 175 ff.; Wiedemann-Wank, § 4 TVG Rn. 101, 173 ff.

<sup>98</sup> Wiedemann-Wank, § 4 TVG Rn. 218 ff.

<sup>99</sup> S. Wiedemann-Wank, § 4 TVG Rn. 226.

<sup>100</sup> BT-Drs. 18/4062 S. 10.

<sup>101</sup> Zuwenig nach *Henssler*, RdA 2015, 222, 225.

<sup>102</sup> *Greiner*, NZA 2015, 769, 770.

<sup>103</sup> Vgl. *Greiner*, NZA 2015, 769, 770.

<sup>104</sup> *Hromadka*, NZA 2014, 1005, 1109 (Vorschlag für § 4a Abs. 4 TVG).

<sup>105</sup> *ErfK-Franzen*, § 4a TVG Rn. 12.

Urlaubstarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft auch dann verdrängt wird, wenn die Mehrheitsgewerkschaft gar keinen Urlaubstarifvertrag abgeschlossen hatte.<sup>106</sup>

dd)

In der Literatur wurde – schon vor dem Gesetzentwurf - festgestellt, dass, anders als im Gesetz vorgesehen, keine Verdrängung eines Tarifvertrages erforderlich ist, sondern dass – wie der Vergleich mit dem Ausland zeige – eine *Kanalisierung ausreiche*.<sup>107</sup> Danach sollten die Laufzeiten von Tarifverträgen parallel geschaltet werden. Derartige mildere Mittel werden in der amtlichen Begründung zum Gesetz nicht diskutiert. Der Gesetzgeber müsste im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde nachweisen, dass derartige Maßnahmen nicht mehr ausreichen und dass eine Verdrängung des einen Tarifvertrages „erforderlich“ ist.

So wurde vertreten, dass das Gesetz nur bei Pluralität von DGB-Gewerkschaften gelten solle.<sup>108</sup> Vor allem wird in der Literatur zwischen *gewillkürter* und zufälliger *Tarifkonkurrenz* unterschieden. Wenn der Arbeitgeber selbst mehrere Tarifverträge geschlossen habe, nehme er eben die Tarifkonkurrenz in Kauf.<sup>109</sup>

ee)

Überhaupt ist fraglich, ob zwei Tarifverträge in einem Unternehmen die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gefährden. Immerhin hat seit der Änderung der Rechtsprechung die Zahl der Gewerkschaften und die Zahl der Streiks nicht signifikant zugenommen. Worum es eigentlich geht, ist weniger eine Beschränkung des Streikrechts der „Funktionseliten“, als vielmehr eine *Beschränkung des Streikrechts in der Daseinsvorsorge*.<sup>110</sup> Man mag darüber streiten, was im Einzelnen zur Daseinsvorsorge gehört, ob beispielsweise auch die Aufrechterhaltung von Kitas. Sicher gehören aber Energieversorgung, Verkehr und Krankenpflege dazu. Insofern bieten sich folgende Regelungen gemäß dem Professorenentwurf<sup>111</sup> an:

- vorherige Ankündigung von Arbeitsk Kampfmaßnahmen,
- obligatorische Schlichtung,
- Notfallpläne,

ferner Urabstimmung und Mindestquorum.

Es ist verständlich, dass der Gesetzgeber das eigentliche Thema nicht aufgreift. Für das Tarifeinheitsgesetz haben sich die Arbeitgeberverbände und einige DGB-Gewerkschaften ausgesprochen. Demgegenüber lehnen die Gewerkschaften seit jeher jede gesetzliche Regelung des Streikrechts ab – wenn man von den Regelungen für Sonderfälle absieht, die die Gewerkschaften wünschen, wie „kein Einsatz von Leiharbeitnehmern in bestreikten Betrieben“. Es spricht aber gegen die Eignung des Gesetzes, wenn es das eigentliche Problem bewusst ausklammert und erwartet, dass die Gerichte das Problem lösen – wobei wiederum nur die Tarifkonkurrenz angesprochen ist und nicht die Daseinsvorsorge unabhängig von Tarifkonkurrenz.

ff)

Als Ergebnis einer *Gesamt abwägung*<sup>112</sup> ist festzustellen: Das Tarifeinheitsgesetz bedeutet eine Ausgestaltung der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG, die gegenüber der Minderheitsgewerkschaft Eingriffscharakter hat. Insofern sind die Interessen der konkurrierenden Gewerkschaften, der Arbeitgeberseite, Dritter und Gemeinwohlinteressen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge in die Gesamt abwägung einzubeziehen. Der Eingriff in die Rechtsposition der Minderheitsgewerkschaft geht sehr weit; er betrifft Mitgliederwerbung, Tarifverhandlungen und Streikrecht sowie im Ergebnis auch die Tariffähigkeit. Der Gesetzgeber muss vor dem Bundesverfassungsgericht Tatsachen vortragen, die eine Gefährdung der Tarifautonomie ohne dieses Gesetz belegen. Im Rahmen der Gestaltungsfreiheit kann er aber auch auf abstrakt erkennbare Gefahren verweisen.

Das Gesetz ist aber nur dann verfassungsgemäß, wenn der Eingriff verhältnismäßig ist. Dazu muss es zuerst zur Wahrung der vom Gesetzgeber selbst gesetzten Ziele geeignet sein.

<sup>106</sup> Vgl. Greiner, NZA 2015, 769, 770.

<sup>107</sup> S. zu Alternativen Bayreuther/Franzen/Greiner/Krause/Oetker/Rebhahn/Thüsing/Waltermann, Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, 2011 (sog. Professorenentwurf); Henssler, RdA 2011, 65; Kamanabrou, ZfA 2008, 241 ff.; Konzen, RdA 2010, 262; Rieble, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, 2010.

<sup>108</sup> Hanau/Kania, FS Schaub, S. 252.

<sup>109</sup> Bayreuther, NZA 2007, 181; Schliemann, FS Hanau, S. 373 ff.

<sup>110</sup> Dazu Bayreuther, NZA 2008, 12, 16 f.; Franzen/Thüsing/Waldhoff, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012; Hufen, NZA 2014, 1237, 1238 ff.; Kamanabrou, ZfA 2008, 241, 270 ff.; Rudkowski, Der Streik in der Daseinsvorsorge, 2010; dies., in Fütter/Pöppers/Stiebert/Traut, Arbeitsrecht für wen und wofür?, S. 93 ff.; Schliemann, FS Hromadka, 2008, S. 378; ders., RdA 2012, 14, 19; Stegmüller, NZA 2015, 723.

<sup>111</sup> Professorenentwurf, S. 1ff.

<sup>112</sup> Im Rahmen einer Prüfung nach Art. 3 Abs. 1 GG sind ähnliche Erwägungen wie zu Art. 9 Abs. 3 GG maßgeblich.

Im Hinblick auf die genannten Ziele ist das Gesetz *geeignet*. Allerdings trifft das für die konkrete Gesetzesfassung insofern nicht zu, als es auf den falschen Zeitpunkt für die Feststellung der Konkurrenz abstellt und als es auf den Betrieb statt auf das Unternehmen abstellt (s. u. III. 1, 2).

Probleme bereitet die Feststellung der *Erforderlichkeit*. Hier ist vor allem zu kritisieren, dass das eigentlich erforderliche und mildere Mittel, ein Gesetz zur Beschränkung des Streikrechts in der Daseinsvorsorge – nicht in Angriff genommen wurde. Die DGB-Gewerkschaften verhalten sich in diesem Punkte widersprüchlich. Einerseits wollen sie von den Segnungen eines Tarifeinheitsgesetzes profitieren, da sie sich davon eine Stärkung versprechen; andererseits lehnen sie jeden Eingriff in das Arbeitskämpfrecht, also eine Regelung, die primär oder zumindest flankierend geschaffen werden müsste, vehement ab.

Bei der Prüfung der Verfassungsbeschwerde wird es vor allem um die Erforderlichkeit des Gesetzes gehen:

- Sind mildere anderweitige Maßnahmen nicht erfolgversprechend?

- Würde nicht eine Regelung des Arbeitskämpfrechts in der Daseinsvorsorge die eigentlichen Probleme lösen?

- Sind die flankierenden Maßnahmen nach dem Gesetz ausreichend?

Angesichts der Intensität des Eingriffs und vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eher damit zu rechnen, dass das Gericht die Verhältnismäßigkeit verneinen wird.

Im Folgenden lasse ich die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes offen und beleuchte einige Einzelfragen.

### **III. Einzelfragen**

#### **1. Der Betrieb als Anknüpfungspunkt**

Um festzustellen, welcher Tarifvertrag zum Zuge kommt, muss geklärt werden, welche Gewerkschaft – ich zitiere: - „im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat“. Für diese Regelung spricht, dass sie den speziellen Gegebenheiten des Betriebs gerecht wird und insoweit als demokratischer erscheint. Auch deckt sich das im Kern mit dem bis zum Inkrafttreten des Gesetzes geltenden Spezialitätsprinzip zur Lösung einer Tarifkonkurrenz: Der sachnähere Tarifvertrag soll vorgehen. Während bisher zur Lösung des Konkurrenzproblems der fachliche Geltungsbereich im Unternehmen maßgeblich war, kommt es jetzt auf den fachlichen Geltungsbereich im Betrieb an.

Das bedeutet allerdings, dass ein herausragender Zweck des Gesetzes, nämlich in die Befriedung der Tariflandschaft, gerade nicht erreicht wird.<sup>113</sup> Knüpft man an das Unternehmen an, so lässt sich vergleichsweise leicht und auch ein für alle Mal feststellen, welche Gewerkschaft die meisten Mitglieder hat. Knüpft man an den Betrieb an, können die Mehrheitsverhältnisse von Betrieb zu Betrieb und von Monat zu Monat schwanken.<sup>114</sup> Arbeitskämpfrechtlich ergibt sich aus dem Gesetz, dass eine Gewerkschaft in dem Betrieb, in dem sie die Minderheit der Arbeitnehmer stellt, nicht streiken darf (s. aber unten zum Zeitpunkt der Kollision).<sup>115</sup> Das TEG bietet geradezu einen Anreiz für die Minderheitsgewerkschaft zu versuchen, in einem oder mehreren Betrieben des Unternehmens die Mehrheit zu erreichen.<sup>116</sup> Will der Arbeitgeber eine tarifvertragliche Regelung, so muss er bei unterschiedlichen Mehrheitsverhältnissen zwei Tarifverträge abschließen – mit dem Ergebnis, dass in dem einen Betrieb der Tarifvertrag mit Gewerkschaft A und laufender Friedenspflicht gilt, während in einem anderen Betrieb die Gewerkschaften B für ihren Tarifvertrag streikt.

Die DGB-Gewerkschaften können sich auch bezüglich Bezugnahmeklauseln nicht sicher sein, dass immer nur ihr Tarifvertrag gilt. Haben sie weniger Mitglieder im Betrieb als eine konkurrierende Gewerkschaft, so ist ihr Tarifvertrag nicht anwendbar, und das heißt auch dann nicht, wenn der Arbeitsvertrag auf den Tarifvertrag mit der DGB-Gewerkschaft Bezug nimmt.<sup>117</sup>

Es wird eingewandt, das Problem habe nur geringe *praktische Bedeutung*. Das stimmt sicher, wenn ein Unternehmen nur einen Betrieb hat. Aber schon bei einem Unternehmen mit zwei Betrieben kann es anders aussehen.<sup>118</sup> Vor allem kann der Fall eintreten bei einem Unternehmen wie der Deutschen Bahn mit ca. 300 Betrieben. Wenn die Spartengewerkschaft eine bestimmte Berufsgruppe vertritt und diese im Unternehmen in einem bestimmten Betrieb besonders stark vertreten sind, kann die Minderheitsgewerkschaft in diesem Betrieb zur Mehrheitsgewerkschaft werden – beispielsweise die Gewerkschaft der Lokführer in einem Betrieb, in dem gerade die Lokführer viel vertreten sind.

Ein weiterer Einwand gegen die Anknüpfung an den Betrieb geht dahin, sie ermögliche es dem Arbeitgeber, Betriebe *nach seinem Gusto zurechtzuschneiden* und dadurch einer Minderheitsgewerkschaft das Wasser abzugraben.<sup>119</sup> Das Gleiche gilt,

<sup>113</sup> Fischer, NZA 2015, 662, 664; Greiner, NZA 2015, 769.

<sup>114</sup> S. demgegenüber für § 4 a TVG Fischer, NZA 2015, 662, 663.

<sup>115</sup> S. auch Giesen/Kersten, ZfA 2015, 201, 225.

<sup>116</sup> Greiner, NZA 2015, 769, 770.

<sup>117</sup> Fischer, NZA 2015, 662, 665.

<sup>118</sup> Bepler, RdA 2015, unter II 4.

<sup>119</sup> Greiner, RdA 2015, 36, 38.

wenn Tarifvertragsparteien einvernehmlich eine Organisationsstruktur nach § 4 a Abs. 2 iVm. § 3 TVG wählen, so dass nur die eine Gewerkschaft zum Zuge kommt. Nun ist es allerdings unwahrscheinlich, dass ein Unternehmen seine Betriebe danach organisiert, wo welche Gewerkschaft die Mehrheit stellt. Selbst wenn das geschehen würde, entspräche es dem Zweck des Gesetzes: Der Arbeitgeber sorgt für stabile Mehrheitsverhältnisse.

Die Eignung der Anknüpfung an den Betrieb verfehlt die vom Gesetzgeber selbst angestrebte Befriedungsfunktion. Das Bundesverfassungsgericht könnte den Gesetzgeber zur Nachbesserung und zur Anknüpfung an das Unternehmen verpflichten.

Soweit an den Betrieb angeknüpft wird, stellt sich zum einen die Frage, *welcher Betriebsbegriff* gemeint ist und zum anderen die Frage, wie festgestellt werden kann, in welchem Betrieb welche Mehrheit herrscht.<sup>120</sup> Der Gesetzgeber denkt an den Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsrechts.<sup>121</sup> Dabei wird verkannt, dass der für die Zwecke des Betriebsverfassungsrechts geschaffene Betriebsbegriff nicht auch für das Tarifrecht geeignet ist. Im Übrigen gibt es daneben einen abweichenden autonomen Betriebsbegriff, den der EuGH zu der § 17 KSchG entsprechenden Regelung in der MERL entwickelt hat. Insofern ist nicht zweifelsfrei, ob nicht auch für das Tarifeinheitsgesetz ein eigenständiger Betriebsbegriff entwickelt werden muss.

## 2. Die Feststellung der Mehrheit

Nach dem neuen § 4 a TVG kommt es darauf an, welche Gewerkschaft die meisten Mitglieder im Betrieb hat. Wie stellt man diese Mehrheit fest? Nach dem neuen § 58 ...BetrvG kann im Rahmen des Beschlussverfahrens nach § 2 a Abs. 1 Nr. 6 ArbGG iVm. §§ 80 ff. ArbGG der Beweis durch Vorlegung einer notariellen Urkunde angetreten werden.

Praktisch sieht das so aus, dass die Gewerkschaft einem Notar eine Liste derjenigen Arbeitnehmer vorliegt, die Gewerkschaftsmitglieder sind und in einem bestimmten Betrieb eingestellt sind.

Im Einzelnen muss der Notar jedoch für jeden Einzelfall prüfen:<sup>122</sup>

- Handelt es sich wirklich um einen Arbeitnehmer?
- Wie bestimmt sich der Betrieb?
- Sind die von der Gewerkschaft Genannten tatsächlich in diesem Betrieb beschäftigt?

Man kann sich vorstellen, dass zwischen zwei Gewerkschaften um jeden einzelnen dieser Punkte erbittert gestritten wird.

Im Hinblick auf die Arbeitnehmereigenschaft sind nur diejenigen Mitglieder der Gewerkschaft zu zählen, die in ihren Arbeitsbedingungen von dem Tarifvertrag betroffen werden; also nicht außertarifliche Angestellte und Ehrenmitglieder.<sup>123</sup> Auch kann sich der Notar nicht mit der Kenntnisnahme von Mitgliederlisten begnügen. Erforderlich ist eine eigene Überprüfung, etwa durch Vorlage von Beitrittserklärungen oder Gehaltsabrechnungen. Schwierigkeiten wird es auch bereiten, die Zuordnung zu einem bestimmten Betrieb festzustellen.

Auswirkungen muss § 4 a TVG auch auf das *Fragerecht* des Arbeitgebers haben. Wenn er wissen muss, welche Gewerkschaft die meisten Mitglieder im Betrieb hat, muss er auch seine Arbeitnehmer nach ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit fragen dürfen.<sup>124</sup>

## 3. Dispositivität des § 4 a TVG?

a)

Unabhängig von der Frage, ob das TEG verfassungsgemäß ist, stellt sich die Frage, ob das Gesetz in der Praxis vielleicht leerläuft.

Die Feststellung, welche Gewerkschaft die Mehrheit hat, trifft das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren. Ein solches Verfahren muss aber erst einmal eingeleitet werden. Wie, wenn niemand ein Interesse an der Einleitung des Verfahrens hat? Die scheinbare Mehrheitsgewerkschaft nicht, weil sich vielleicht herausstellt, dass sie in diesem Betrieb gar nicht die Mehrheit hat; die andere Gewerkschaft ohnehin nicht. Dann können zwei Tarifverträge gelten, und es kann für jeden gestreikt werden.

b)

Die Akteure können aber auch darüber hinausgehen, in dem sie sich zum Nichtstun verpflichten. Das ist gerade in einem Fall geschehen: Die Deutsche Bahn hat sich gegenüber der GDL verpflichtet, das TEG unangewendet zu lassen, also gerade kein Beschlussverfahren einzuleiten. Diese Abmachung ist allerdings nur dann wirksam, wenn § 4a TVG dispositiv ist. Gegen

<sup>120</sup> Kritisch *Bayreuther*, NZA 2013, 1395, 1397; dagegen *Giesen/Kersten*, ZfA 2015, 201, 223 f.

<sup>121</sup> BT-Drs. 18/4062, S. 13.

<sup>122</sup> *Bayreuther*, NZA 2013, 1395; *Bepler*, RdA 2015 unter II 5; *Fischer*, NZA 2015, 662, 663.

<sup>123</sup> *Fischer*, NZA 2015, 662, 663; *Greiner*, NZA 2015, 769, 770; *Preis*, FA 2014, 354, 356.

<sup>124</sup> *Sprenger*, NZA 2015, 719.

die Dispositivität spricht, wie eingangs erläutert, dass es bei dem Gesetz um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie geht. Über dieses öffentliche Interesse können sich die Tarifvertragsparteien aber nicht hinwegsetzen.<sup>125</sup>

Andererseits: Da das Gesetz der Stärkung der Tarifautonomie dienen soll, müsste es den Tarifvertragsparteien selbst überlassen, ob sie auf den Schutz durch das Gesetz zurückgreifen wollen oder nicht. Der vom Gesetzgeber betonte Gedanke der Subsidiarität des Gesetzes und der Konfliktvermeidung lassen das Gesetz als dispositiv erscheinen.<sup>126</sup>

#### IV. Ergebnis

1. Das Tarifeinheitsgesetz ist *geeignet*, die von ihm genannten Ziele zu erreichen, insbes. die Verteilungsgerechtigkeit. Gerade hier ist aber fraglich, ob der Gesetzgeber sein Gerechtigkeitsmodell verpflichtend machen kann.

2. Es ist aber zweifelhaft, ob der Gesetzgeber vor dem Bundesverfassungsgericht den Nachweis erbringen kann, dass ein Gesetz zur Tarifeinheit *erforderlich* ist. Eine akute Gefährdung der Tariffunktionen ist noch nicht zu erkennen. Die Erforderlichkeit wäre anders zu beurteilen, wenn der Gesetzgeber das eigentliche Problem aufgegriffen und ein Gesetz zur Regelung von Arbeitskämpfen im Allgemeinen oder jedenfalls in der Daseinsvorsorge vorgelegt hätte.

3. Im Hinblick auf die konkrete Regelung ist die Eignung insofern zweifelhaft, als für die Feststellung der Mehrheit der ungeeignete *Termin* festgelegt ist, dass schon zwei Tarifverträge abgeschlossen sein müssen.

4. Die Eignung der konkreten Regelung ist des Weiteren insofern zweifelhaft, als sie an den *Betrieb* anknüpft und damit dem eigenen Zweck der Befriedung der Tariflandschaft entgegenwirkt.

5. Gemäß dem Ziel des Gesetzes, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu sichern, ist es *dispositiv*.

## 2. Thema: „Der Auflösungsantrag im Kündigungsschutzverfahren nach §§ 9, 10 KSchG“

Unter bestimmten Voraussetzungen räumt § 9 KSchG den Vertragsparteien das Recht ein, das Arbeitsverhältnis durch Urteil auflösen zu lassen, wenn gerichtlich festgestellt wird, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat. Der Auflösungsantrag kann nicht getrennt von einem Kündigungsschutzprozess verfolgt werden.

Der Auflösungsantrag kann sowohl vom Arbeitnehmer nach § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG, vom Arbeitgeber nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG wie auch beidseitig gestellt werden. Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG auf Antrag des Arbeitnehmers kommt nur in Betracht, wenn die Kündigung zumindest auch sozialwidrig ist. Erweist sich die Kündigung aus weiteren Gründen als unwirksam, hat das Gericht festzustellen dass die Kündigung auch sozialangerechtfertigt ist (BAG 28.8.2008, NZA 2009, 279). Sollte die Kündigung dagegen ausschließlich aus anderen Gründen unwirksam sein, kann das Gericht das Arbeitsverhältnis nicht auf Antrag auflösen und keine Abfindung zuerkennen. Das Kündigungsschutzgesetz lässt diesbezüglich keine andere Auslegung zu. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung nach § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG setzt einen Antrag des Arbeitnehmers voraus. Eine Auflösung von Amts wegen kommt nicht in Betracht. Zu beachten ist, dass der Antrag des Arbeitnehmers als sogenannter unechter Hilfsantrag neben dem Antrag, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, gestellt wird (BAG 23.6.1993, NZA 1994, 264).

Der Referent stellte den Teilnehmern ausführlich die formellen und materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Auflösungsantrag durch den Arbeitnehmer, durch den Arbeitgeber und den beidseitigen Auflösungsantrag vor. Schließlich referierte er dann noch über die möglichen gerichtlichen Entscheidungen, die ergehen können. Im Rahmen seines Referats nahm er auch Bezug auf die wichtigsten Entscheidungen der letzten zwei Jahre. Den Teilnehmern machte er nochmals die Möglichkeit zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Auflösungsantrag deutlich. Zu beachten ist jedoch für Arbeitnehmervertreter, dass ein Wechsel zwischen einem sogenannten Weiterbeschäftigungsantrag und einem Auflösungsantrag untunlich ist. Ein derartiger Wechsel kommt sicherlich nur in ganz ganz seltenen Fallkonstellationen zum Tragen, denn wer den Weiterbeschäftigungsantrag gestellt hat, wird unglaublich mit einem plötzlichen Antragswechsel in Richtung Auflösung.

## 3. Thema: „Der Betriebsrat und social media“

Kein Unternehmen kann es sich heute leisten, nicht im „Netz“ vertreten zu sein. Die tägliche Arbeit wird von „social media“ begleitet. Die Arbeitgeber sind so mit eigenen „Facebook-Seiten“ u. ä. vertreten, sodass sich die Frage stellt, wie damit umzugehen ist in Bezug auf einen möglichen „social media guideline“ oder einer sogenannten „social media policy“. Braucht man Regelungen zur Kommunikation mit elektronischen Medien?

<sup>125</sup> S. Greiner, NZA 2015, 769, 776.

<sup>126</sup> ErfK-Franzen, § 4 a TVG Rn. 22 f.

Wer den Datenschutz will, der braucht auch bestimmte Regelungen. Die Frage ist nur, kann der Arbeitgeber sie vorgeben oder gibt es hier Mitbestimmungsrechte. Die Rechtsprechung hat sich noch nicht sehr häufig mit derartigen Streitigkeiten auseinandersetzen müssen. Die wichtigsten Entscheidungen stellte der Referent vor:

Das BAG hat am 22.07.2008 entschieden, dass der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitzubestimmen hat, wenn der Arbeitgeber in einem Verhaltenskodex das Verhalten der Arbeitnehmer und die betriebliche Ordnung regeln will. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG berechtigt die Betriebsparteien nicht, in die private Lebensführung einzugreifen. Die Vorschrift begründet dementsprechend auch kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG setzt nicht notwendig voraus, dass es sich um verbindliche Verhaltensregeln handelt. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG greift auch dann ein, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung betreffen, ohne dass sie verbindliche Vorgaben zum Inhalt haben. Ausreichend ist es, wenn die Maßnahme darauf gerichtet ist, das Verhalten der Arbeitnehmer zu steuern oder die Ordnung des Betriebs zu gewährleisten.

Am 28.05.2002 entschied das BAG, dass dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zusteht, wenn es um die Einführung eines Formulars, in dem Redakteure einer Wirtschaftszeitung aufgrund einer vertraglichen Nebenabrede den Besitz bestimmter Wertpapiere dem Arbeitgeber anzuzeigen haben, geht.

Gemäß Beschluss des BAGs vom 10.12.2013 ist „Überwachung“ im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ein Vorgang, durch den Informationen über das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers erhoben und – jedenfalls in der Regel – aufgezeichnet werden, um sie auch späterer Wahrnehmung zugänglich zu machen. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG setzt daher voraus, dass die technische Einrichtung selbst und automatisch die Daten über bestimmte Vorgänge verarbeitet (BAG 08.11.1994). Ausreichend ist, wenn lediglich ein Teil des Überwachungsvorgangs mittels einer technischen Einrichtung erfolgt (BAG 15.12.1992). Zur Überwachung „bestimmt“ sind technische Einrichtungen dann, wenn sie objektiv geeignet sind, Verhaltens- oder Leistungsdaten der Arbeitnehmer zu erheben und aufzuzeichnen; auf die subjektive Überwachungsabsicht des Arbeitgebers kommt es nicht an.

Am 21.06.2013 entschied das ArbG Düsseldorf, dass kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG für das Betreiben des Arbeitgebers einer „Facebook-Seite“ besteht. Der reine Betrieb einer solchen Seite enthält keine Regelungen dazu, wie sich die Beschäftigten im Betrieb miteinander beziehungsweise zueinander verhalten sollen. Hierdurch werden keine verbindlichen Verhaltenspflichten aufgegeben und keine zwingenden Maßnahmen angeordnet, da die Teilnahme an den „Facebook-Seiten“ den Beschäftigten freigestellt ist. Ein diesbezügliches Mitbestimmungsrecht folgt auch nicht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. „Facebook-Seiten“ stellen keine Einrichtung zur Verhaltens- oder Leistungskontrolle der Beschäftigten dar. Unter dem 27.06.2014 entschied das ArbG Düsseldorf jedoch, dass § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG durchaus Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei dem Betrieb einer „Facebook-Seite“ auslöst, da diese eben doch eine Einrichtung zur Verhaltens- oder Leistungskontrolle der Beschäftigten darstellt. Der Arbeitgeber bediene sich der visuellen Wahrnehmung durch Dritte und ermögliche deren dauerhafte Speicherung; ein Herunterbrechen der Erkenntnisse auf einzelne Beschäftigte sei möglich (entnommen der Entscheidungsbesprechung von Nebeling/Klumpp in BB 2014, 2352).

Am 12.01.2015 entschied dann das LAG Düsseldorf, dass dem Betriebsrat durch den Betrieb einer „Facebook-Seite“ gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG kein Mitbestimmungsrecht zusteht. Die Seite als solche ist keine technische Einrichtung, die dazu bestimmt ist, das Verhalten oder die Leistung der Mitarbeiter zu überwachen. Eine solche Einrichtung setzt voraus, dass sie – jedenfalls teilweise – aus sich heraus Aufzeichnungen über die Mitarbeiter automatisiert erstellt. Dies ist nicht der Fall, wenn Dritte dort Beschwerden anlässlich ihrer Blutspenden über Mitarbeiter eintragen. Die Möglichkeit, die „Facebook-Seite“ mittels der integrierten Werkzeuge zu durchsuchen, ist ebenfalls keine automatische Aufzeichnung im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Anders ist dies bei den Mitarbeitern, welche die „Facebook-Seite“ pflegen, weil deren Aktivität durch Datum und Uhrzeit aufgezeichnet wird. Da dies aber zehn Mitarbeiter betrifft, welche alle den gleichen allgemeinen Zugang benutzen, sind Rückschlüsse auf das Verhalten oder die Leistung einzelner Mitarbeiter nicht möglich. Das LAG hat die Rechtsbeschwerde zugelassen. Wie das BAG entscheiden wird, bleibt abzuwarten.

Der Vortrag von Herrn Auferkorte und die anschließenden Diskussionen zeigten, dass in Sachen „social media“ noch einiges auf die Arbeitsrechtler zukommen wird. Die wenigen Entscheidungen deuten darauf hin, dass wir erst am Anfang einer sich entwickelnden Diskussion stehen.

Insgesamt war die Veranstaltung wieder gut besucht. Die sich am jeweiligen Vortrag anschließenden Fragestellungen und Diskussionen zeigten, dass auch bei dieser Ortstagung wieder interessante Themen und hervorragende Referenten gefunden werden konnten.

Die nächste Veranstaltung findet voraussichtlich am **07. Oktober 2016** in Bielefeld statt, wiederum in den Räumlichkeiten der Industrie- und Handelskammer. Die Referenten sowie die Themen werden noch rechtzeitig mitgeteilt.