

**Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zu einem  
Tarifeinheitsgesetz**

**Expertise**

erstattet im Auftrag der **Bundestagsfraktion DIE LINKE**

von

Prof. Dr. Wolfgang **Däubler**, Bremen

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>A. Der Inhalt des Gesetzentwurfs</b>	<b>2</b>
I. Festlegung der Tarifeinheit	2
1. Die Grundsatzentscheidung	2
2. Die zulässige Tarifpluralität	3
3. Unwirksamkeit der Tarifverträge der Minderheits- gewerkschaften bei Tarifkollision	4
4. Der Betrieb als maßgebende Einheit	5
5. Anhörungs- und Nachzeichnungsrecht	7
II. Flankierende Bestimmungen	8
1. Publizität	8
2. Bestandsschutz	8
3. Verfahrensrechtliche Umsetzung	9
a) Zuständigkeit	9
b) Beweismittel	9
c) Durchführung des Beschlussverfahrens	10
III. Aussagen zum Arbeitskampfrecht	11
IV. Fragestellungen	12
<b>B. Die erwartbaren Konsequenzen des Tarifeinheitgesetzes</b>	
I. Verhinderung von Streiks durch kleine Gruppen, die Sondervorteile für sich herausholen wollen?	13

II.	Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip als Mittel zur Stabilisierung des Tarifsystems?	17
III.	Durchlöcherung des Flächentarifs	19
IV.	Gefährdung bestehender Tarifgemeinschaften	20
V.	Die „neue Unübersichtlichkeit“ – absehbare Streitigkeiten über die Feststellung der Mehrheitsgewerkschaft	22

### **C. Verfassungswidrigkeit der Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip?**

I.	Die Fragestellung im Einzelnen	26
II.	Der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG	27
	1. Der Ausgangspunkt	27
	2. Konkrete Konsequenzen	29
	a) Organisationsprinzipien	29
	b) Inhaltliche Vorgaben	30
	c) Das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen	31
III.	Ausgestaltung oder Eingriff?	32
IV.	Rechtfertigung des Eingriffs mit dem Gedanken der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie?	37
	1. Die Ausgangsthesen	37

2. Koalitionsfreiheit unter Funktionsvorbehalt?	39
3. Mangelnde Praktikabilität der Tarifpluralität? Die bisherigen Erfahrungen	42
4. Aushöhlung der Friedenspflicht?	48
5. Zwischenergebnis	51
V. Hilfsweise: Prüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit	51
1. Geeignetheit des Mittels	52
a) Annäherung an die verfolgten Ziele?	52
b) Vermeidung von Arbeitskämpfen?	53
c) Der selektive Charakter der gewünschten Regelung	54
d) Zwischenergebnis	56
2. Erforderlichkeit des Mittels	56
3. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	57
4. Ergebnis	58
<b>D. Zusammenfassung</b>	<b>59</b>

## **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)** <sup>1</sup>Der Arbeitgeber kann nach § 3 an mehrere Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften gebunden sein. <sup>2</sup>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. <sup>3</sup>Kollidieren die Tarifverträge erst zu einem späteren Zeitpunkt, ist dieser für die Mehrheitsfeststellung maßgeblich. <sup>4</sup>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

---

1  
2  
3  
4

entgegen.<sup>5</sup> 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

Tarifverträge 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 Beispielfall 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 Lohn tariflich abschließen, die Arbeitszeit aber unreguliert 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 Ärzttarif 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 Tarifeinheitgesetzes**

### **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](http://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](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 Bezugnahme Klausel 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 keine 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 Leiharbeiter 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 unstrittig.

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 Arbeitskampfbudikatur, 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 beitriftswilligen 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 Verfassungen 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 gesetzlichen Reformlösung, erstattet im Auftrage der  
BDA, Mai 2010, insbes. S. 29

den 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 Unterstützungstreiks (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 besitzen 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 großes 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, Koalitions Wettbewerb – 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 Arbeitskämpfrechts, 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 Kempfen, 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 der 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 Praktikabilitätsabwägungen 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 viel mehr 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.