



dbb
tarifunion

RECHTSGUTACHTEN

zur Verfassungsmäßigkeit
eines von BDA und DGB geplanten
„Gesetzes zum Erhalt der Tarifeinheit“

Erstattet im Auftrag der dbb tarifunion
von Professor Dr. Hermann Reichold
(Universität Tübingen)

Impressum

Herausgeber: Vorstand dbb tarifunion,
Friedrichstraße 169/170, 10117 Berlin

Layout/Satz: Jacqueline Behrendt, dbb

Druck: Sprintout Digitaldruck GmbH, Berlin

© dbb 2010

Inhalt

I. Fragestellung	5
II. Tatsächliche und rechtliche Grundlagen	6
1. Rechtstatsächliche Entwicklung hin zur Tarifpluralität	6
a) Allgemeine Entwicklung, insb. im öffentlichen Dienst	6
b) Gelebte Tarifpluralität bei „öffentlichen“ Dienstleistungen	6
2. Rechtliche Grundlagen der Tarifpluralität	7
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	7
b) Einfachrechtliche Grundlagen im TVG	8
III. Verfassungsmäßigkeit der geplanten Regelung des § 4a TVG-E zur Herstellung der Tarifeinheit im Betrieb	9
1. Praktische Konsequenzen des § 4a TVG-E	9
a) Regelung § 4a Abs. 1 TVG-E.....	9
b) Regelung § 4a Abs. 2 TVG-E.....	9
2. Verfassungsrechtliche Würdigung: Eingriff, nicht Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 3 GG	10
a) Abgrenzung Ausgestaltung / Eingriff	10
b) „Eingriff“ durch § 4a TVG-E wegen substanziellen Eingriffs in die normgeprägte Koalitionsfreiheit	10
3. Keine Rechtfertigung des Eingriffs durch das Postulat einer „funktionsfähigen“ Tarifautonomie	12
a) Schutz anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Belange?	12
b) Insbesondere: Schwierigkeit der Feststellung von „Repräsentativität“	12
IV. Ergebnis	14

I. Fragestellung

1. Die „dbb tarifunion“, die als Spitzenverband im Sinne des § 2 Abs. 2 TVG die tariffähigen Gewerkschaften des dbb beamtenbund und Tarifunion mit derzeit bundesweit 360.000 tarifbeschäftigten Angestellten (neben knapp einer Million Beamter) als Mitglieder unter ihrem Dach vertritt, ist am 7. Juli 2010 durch Herrn Vorsitzenden Stöhr mit der Bitte auf mich zugekommen, ein Rechtsgutachten über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der laut Presseerklärung vom 4. 6. 2010 von der BDA und dem DGB gemeinsam angestrebten gesetzlichen Neuregelung zur Tarifeinheit zu erstatten. Danach soll im Tarifvertragsgesetz in einem neuen § 4a das Prinzip der Tarifeinheit nach folgendem Grundsatz geregelt werden:

„Überschneiden sich in einem Betrieb die Geltungsbereiche mehrerer Tarifverträge, die von unterschiedlichen Gewerkschaften geschlossen werden (konkurrierende Tarifverträge/ Tarifpluralität), so ist nur der Tarifvertrag anwendbar, an den die Mehrzahl der Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb gebunden ist. Maßgeblich ist bei solchen sich überschneidenden Tarifverträgen folglich, welche der konkurrierenden Gewerkschaften im Betrieb mehr Mitglieder hat (Grundsatz der Repräsentativität). Treffen demnach z.B. zwei Entgelt-Tarifverträge zusammen, die das Entgelt zumindest teilweise gleicher Arbeitnehmergruppen regeln, gilt im Betrieb der Tarifvertrag, an den die größere Anzahl von Gewerkschaftsmitgliedern gebunden ist“,

vgl. Gemeinsames Eckpunktepapier von BDA und DGB zur gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern – Tarifeinheit gesetzlich regeln“ vom 4. 6. 2010 (unter 3.); dazu vgl. auch Göhner, FS Bauer, 2010, S. 351; Greiner, NZA 2010, 743 m. w. Nachw.

Weiter heißt es in diesem „Eckpunktepapier“:

„Für die Laufzeit des nach diesem Grundsatz im Betrieb anwendbaren Tarifvertrages gilt – ebenfalls wie bisher – die Friedenspflicht. Diese wird durch die gesetzliche Regelung auch auf konkurrierende Tarifverträge erstreckt, die nach der vorstehenden Regelung nicht zur Geltung kommen könnten. Die Friedenspflicht gilt damit während der Laufzeit des vorrangigen Tarifvertrages auch gegenüber den anderen Gewerkschaften.“

2. Inzwischen ist dem Gutachter vertraulich der geplante Gesetzestext zugetragen worden. Der neue § 4a TVG (im Folgenden: § 4a TVG-E) soll danach wie folgt lauten:

„(1) Überschneiden sich im Betrieb eines Unternehmens die Geltungsbereiche der Rechtsnormen von Tarifverträgen, die auf Gewerkschaftsseite durch unterschiedliche Tarifvertragsparteien geschlossen worden sind (konkurrierende Tarifverträge), ist nur derjenige Tarifvertrag anwendbar, der dort die größere Arbeitnehmerzahl im Sinne von § 3 Absatz 1, Absatz 3, § 4 Absatz 1 Satz 1 erfasst.

(2) Die Friedenspflicht aus dem nach Absatz 1 anwendbaren Tarifvertrag erstreckt sich auch auf konkurrierende Tarifverträge“.

3. Veranlasst wurden diese Gesetzgebungspläne der großen Dachverbände BDA und DGB durch den Anfragebeschluss des 4. BAG-Senats vom 27. 1. 2010 – 4 AZR 549/08 (A), wonach dieser die Auffassung vertreten möchte,

„dass die Rechtsnormen eines Tarifvertrags nach §§ 3 I, 4 I TVG, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, in den jeweiligen Arbeitsverhältnissen eines Betriebs unmittelbar gelten und diese durch das TVG vorgesehene Geltung nicht dadurch verdrängt wird, dass für den Betrieb kraft Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nach § 3 I TVG mehr als ein Tarifvertrag gilt, für die jeweiligen Arbeitsverhältnisse derselben Art im Falle der Tarifbindung eines oder mehrerer Arbeitnehmer allerdings jeweils nur ein Tarifvertrag (sog. Tarifpluralität). (...)“,
vgl. NZA 2010, 645 (Orientierungssatz 4 – Hervorhebung durch Verf.).

Der angefragte 10. BAG-Senat, von dessen Rechtsprechung der 4. Senat ebenso abweichen wollte wie von seiner eigenen Rechtsprechung (vgl. BAG v. 25. 7. 2001 – 10 AZR 599/00, BAGE 98, 263; v. 18. 10. 2006 – 10 AZR 576/05, BAGE 120, 1), hat sich dann in seinem Beschluss vom 23. 6. 2010 (10 AS 2/10 bzw. 3/10) der Rechtsauffassung des 4. BAG-Senats angeschlossen, wonach es keinen übergeordneten Grundsatz gebe, dass für verschiedene Arbeitsverhältnisse derselben Art in einem Betrieb nur einheitliche Tarifregelungen zur Anwendung kommen dürften. Danach gibt es jetzt keinen Zweifel mehr daran, dass bei Vorliegen der vom 4. BAG-Senat definierten sog. Tarifpluralität der Grundsatz der Tarifeinheit, wonach in einem Betrieb nur ein Tarifvertrag Anwendung finden könne und eine Tarifpluralität demnach nach dem Grundsatz der Spezialität aufzulösen sei, seitens der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Anerkennung mehr finden wird.

II. Tatsächliche und rechtliche Grundlagen

1. Rechtstatsächliche Entwicklung hin zur Tarifpluralität

a) Allgemeine Entwicklung, insb. im öffentlichen Dienst. Über lange Jahre hinweg konnten die DGB-Gewerkschaften mit konkurrierenden kleineren Gewerkschaften relativ gut leben. Man organisierte sich unter dem Dach des DGB nach dem sog. Industrieverbandsprinzip in große „Industriegewerkschaften“ und schloss großflächige Branchentarifverträge ab. Dadurch wurden gemeinsam mit den großen Arbeitgeberverbänden nicht nur die ökonomisch relevanten Marktbedingungen für die Branche gesetzt. Gerade im öffentlichen Dienst konnte man seitens der ÖTV Konkurrenzgewerkschaften wie DAG oder Marburger Bund oder GGVöD (als Vorgängerin der dbb tarifunion) auch dadurch „domestizieren“, dass die BAG-Rechtsprechung das Prinzip „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ frühzeitig herausbildete und dadurch den Anreiz für kleinere Gewerkschaften deutlich abschwächte, speziellere Konditionen für besondere Berufe auszuhandeln,

vgl. nur BAG v. 29. 3. 1957 – 1 AZR 208/55, BAGE 4, 37, 40 = NJW 1957, 1006 (Ls.); v. 14. 6. 1989 – 4 AZR 200/89, NZA 1990, 325; v. 20. 3. 1991 – 4 AZR 455/90 (Einzelhandelsentscheidung DAG./HBV), NZA 1991, 736; ferner Deinert, NZA 2009, 1176, 1177; Franzen, ZfA 2009, 297, 298 ff.; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 79 (der keinen „roten Faden“ in einer uneinheitlichen BAG-Rspr. ausmachen kann); Reichold, RdA 2007, 321, 324.

Es ist kein Zufall, dass erst mit der Gründung der „Multibranchen-Gewerkschaft“ ver.di im Jahre 2001 zentrifugale Kräfte freigesetzt wurden, die mit der fusionsbedingten Selbstauflösung der DAG die dort bisher organisierten kleineren Berufsgruppenverbände wie die „Vereinigung Cockpit (VC)“ und den „Marburger Bund (MB)“ zur neuerlichen eigenständigen Interessenvertretung geradezu ermunterten,

vgl. nur Müller/Niederhoff/Wilke, ver.di: Porträt und Positionen, Köln 2002, insb. S. 105 ff.

Auch im Bereich des dbb verdeutlichte man durch die neue Namensgebung „dbb tarifunion“ im Vorfeld der ver.di-Gründung im Jahr 1999, dass die anstehenden Herausforderungen nur bewältigt werden können, wenn jeweils eine starke Dachorganisation für den Beamtenbereich und den Arbeitnehmerbereich für die dbb-Familie nach außen hin als Konkurrenz zu den DGB-Gewerkschaften in Erscheinung tritt. Viel mehr als das Zurücklassen der sperrigen Sammelbezeichnung „GGVöD“ stand mit dem neuen Namen das Ziel und die Einsicht in die Notwendigkeit, die Zugehörigkeit zum dbb erkennbar werden zu lassen und zu zeigen, dass der dbb eben auch in großen Maße Tarifbeschäftigte organisiert und sich dazu auch bekennt,

vgl. die in der Broschüre der dbb tarifunion „Zahlen – Daten – Fakten 2010“ dokumentierte positive Mitgliederentwicklung auf S. 62.

Seit 2007 besteht zwischen dbb und ver.di eine Vereinbarungsabgabe über gemeinsame Verhandlungen in den Einkommensrunden mit Bund, Kommunen und Ländern. Ansonsten aber verdeutlicht die dbb tarifunion durch § 3 Abs. 1 ihrer Satzung ihren Vertretungsanspruch und ihre Tarifzuständigkeit für alle Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst bzw. in privaten Dienstleistungsunternehmen, die Aufgaben der Daseinsvorsorge und sonstiger ursprünglich öffentlich-rechtlich organisierter Dienstleistungen erfüllen. Damit steht sie in Konkurrenz zur DGB-Gewerkschaft ver.di und hat ein elementares Interesse daran, ggf. auch durch eigenständige Tarifabschlüsse für ihre derzeit 39 Mitgliedsgewerkschaften oder als Spitzenverband selbst ihre besondere Kompetenz für den öffentlichen Dienst und für öffentliche Dienstleistungen zu beweisen.

b) Gelebte Tarifpluralität bei „öffentlichen“ Dienstleistungen. Jenseits aller Theorie haben sich in ehemaligen Staatsbetrieben des Verkehrssektors (Flug- und Bahnverkehr) sowie im Gesundheitswesen besondere Berufsgruppen in Schlüsselfunktionen (Piloten, Lokführer, Ärzte etc.) seit 2002 schlagkräftiger als bisher in ihren Verbänden VC, GDL, MB in Szene gesetzt und durch eigenständige Streikaktionen mit einigem Erfolg Sonderkonditionen durchgesetzt,

vgl. nur F. Bayreuther, NZA 2008, 12, 13 ff.; Blanke, KJ 2008, 204; Deinert, NZA 2009, 1176, 1181 f.; Greiner, NZA 2007, 1023; Jacobs, NZA 2008, 325; Kamanabrou, ZfA 2008, 241; Lesch, SozF 2008, 144; Reichold, NZA 2007, 1262 (Sonderfall DB./GDL); Rieble, BB 2003, 1227; Schliemann, FS Bauer, 2010, S. 923; Scholz, FS Buchner, 2009, S. 827.

Breit diskutiert wurde aus Anlass der Streiks solcher Sparten- oder Spezialistengewerkschaften die Frage nach der Zulässigkeit ihrer Arbeitskampfaktionen aufgrund des Arguments, dass der erkämpfte Tarifvertrag wegen des Prinzips der Tarifeinheit unanwendbar sein könnte,

so z.B. Buchner, ZfA 2004, 229, 247 f.; ders., BB 2003, 2121, 2124; ders., FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 631, 640 ff.; ders., FS Hromadka, 2008, S. 39, 50 ff.; Feudner, RdA 2008, 104, 106; Meyer, NZA 2006, 1387; Rolfs/Clemens, NZA 2004, 410, 414.

Infolge der aufgrund entsprechender Verfügungsstreitigkeiten ergangenen LAG-Rechtsprechung setzte sich aber zunehmend als „herrschende“ Meinung durch, dass das Prinzip der Tarifeinheit im Falle des Zusammentreffens von Sparten- und Branchentarifverträgen nicht als für das Verfügungsverfahren relevantes „K. O.-Argument“ akzeptiert werden könne,

vgl. nur LAG Hessen v. 2. 5. 2003, NZA 2003, 679, 680 f.; LAG Rheinland-Pfalz v. 14. 6. 2007, DB 2007, 2432; LAG Sachsen v. 2. 11. 2007, NZA 2008, 59, 64 ff.; so auch Jacobs, NZA 2008, 325, 332; Kamanabrou, ZfA 2008, 241, 252 ff.; Reichold, FS Buchner, 2009, S. 721, 726 ff.; a. A. LAG Rheinland-Pfalz v. 22. 6. 2004, AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 169 sowie die o.g. Autoren Buchner, Feudner etc.

Auch das BAG hatte sich in 2004 in einem Fall des Aufeinander-treffens eines Tarifvertrages für Piloten und eines Tarifvertrages für Kabinenpersonal für ein Nebeneinander solcher Tarife in einem Betrieb offen gezeigt; abweichende Auslegungsergebnisse seien aus dem Gesichtspunkt der „gewillkürten“ Tarifpluralität hinzunehmen,

vgl. BAG v. 11. 2. 2004 – 4 AZR 94/03 (n.v.).

Überdies lässt sich nicht bestreiten, dass ein Nebeneinander verschiedener, sich nicht ergänzender Tarifverträge im Betrieb eine längst gelebte Wirklichkeit darstellt, so schon früher im Fall der DAG-Tarife gegenüber den ÖTV/HBV-Tarifen ebenso wie im Bereich der öffentlich-rechtlich verfassten Bühnen mit der Anwendung des BAT/TVöD neben dem NV Bühne für das künstlerische Personal, im Bereich von Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen mit der Anwendung von Journalisten- und Druckerstarifen in ein und demselben Betrieb, im Bereich der Krankenhäuser für die Tarifverträge von ver.di und Marburger Bund. Daraus ergibt sich folgendes

Zwischenergebnis II.1:

Das Nebeneinander verschiedener, nicht aufeinander abgestimmter Tarifverträge ist entgegen dem so genannten Prinzip der Tarifeinheit im Betrieb nicht erst eine (der „ver.di“-Gründung geschuldete) Erscheinung der letzten Jahre, sondern eine der Heterogenität verschiedener Berufsgruppen in ein und demselben Betrieb geschuldete, teils schon länger erprobte und eingeübte Arbeitsrechtsspraxis wie z.B. in Presse- und Medienunternehmen oder in öffentlichen Bühnenbetrieben.

2. Rechtliche Grundlagen der Tarifpluralität

a) Verfassungsrechtliche Grundlagen. Nach st. Rspr. des BVerfG und des BAG schützt das sog. „Doppelgrundrecht“ des Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur die Freiheit des Einzelnen, eine Koalition zu gründen, ihr beizutreten oder sie zu verlassen, sondern auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie verfolgt dabei den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck, den von der staatlichen Rechtssetzung ausgesparten Raum des Arbeitslebens durch die Akteure des Arbeitsmarkts selbst mittels des Abschlusses von Tarifverträgen regeln zu lassen. Das kann nur funktionieren, wenn die Koalitionen bei dieser Zweckverfolgung frei sind von staatlichen Vorgaben, vgl. nur BVerfG v. 24. 5. 1977, BVerfGE 44, 322 = NJW 1977, 2255.

Dem entspricht es, wenn das TVG als „Ausgestaltung“ der verfassungsrechtlich abgesicherten Tarifautonomie „keine gesetzlichen Vorgaben enthält, die auf eine bestimmte inhaltliche Ordnung des Tarifvertragssystems im Sinne einer **tarifeinheitlichen Regelung** der Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen im jeweiligen Betrieb ausgerichtet sind oder eine solche gar rechtlich vorschreiben“,

so BAG v. 27. 1. 2010 – 4 AZR 549/08 (A), NZA 2010, 645, 655 (Tz. 88 – Hervorhebung d. Verf.).

Wenn so vom 4. BAG-Senat zutreffend die fehlende gesetzliche Verankerung der sog. Tarifeinheit im Betrieb – in Bezug jedenfalls auf die wesentlichen Individualnormen – dargelegt wird, ergibt sich daraus im Umkehrschluss auch die positive verfassungsrechtliche Verankerung der Tarifpluralität im Betrieb. Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits 1964 deutlich betont, dass die Koalitionsfreiheit auf einen Wettbewerb zwischen verschiedenen Koalitionen angelegt ist: „Ob eine Koalition sich im Arbeitsleben bilden und betätigen kann, wird durch den Wettbewerb unter den verschiedenen Gruppen bestimmt“,

vgl. BVerfG v. 6. 5. 1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 26 = NJW 1964, 1267 (zu B III 2d); ferner BVerfG v. 15. 7. 1980, BVerfGE 55, 7 = NJW 1981, 215 (zu B II 2c); BAG v. 31. 5. 2005 – 1 AZR 141/04, NZA 2005, 1182 (GdP./DPoLG wg. Werbeaktion DPoLG).

Arbeitnehmerkoalitionen können im Wettbewerb aber nur bestehen, wenn sie ihre Stärken auch werbend gegenüber ihren Mitgliedern herausstellen können. Hauptsächlichliches Zeichen ihrer Verhandlungsstärke sind Abschluss und Anwendung eines Tarifvertrags. Betriebsweite Tarifeinheit und Koalitionspluralismus vertragen sich schon deshalb nicht. Auch das moderne Verständnis der Tarifautonomie als „kollektiv ausgeübte Privatautonomie“ denkt die Gewerkschaften nicht von „oben“ im Sinne eines Ordnungsprinzips, sondern von „unten“ im Sinne ihrer mitgliedschaftlichen Legitimation: je mehr Mitglieder sie an sich binden können, desto stärker können sie den Tarifverhandlungen ihren Stempel aufdrücken und gegebenenfalls durch Ausübung von kollektivem Druck diese zu ihren Gunsten befördern. Ist aber die mitgliedschaftliche Legitimation maßgeblich für den Erfolg einer Gewerkschaft, dann muss ihr vom Grundsatz her auch garantiert sein, dass die Ergebnisse ihrer Verhandlungen, d.h. die tariflich geregelten Arbeitsbedingungen, ihre Mitglieder auch erreichen können – das sog. Prinzip der Tarifeinheit könnte das aber gerade verhindern,

so auch BAG v. 27. 1. 2010 – 4 AZR 549/08 (A), NZA 2010, 645, 656 (Tz. 91); BVerfG v. 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 283 (Aushandeln von Tarifverträgen ist wesentlicher Zweck der Koalitionen); ferner Engels, RdA 2008, 331, 333 f.; Franzen, ZfA 2009, 297, 308; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 416 ff.; Konzen, RdA 1978, 146, 154; Maunz/Dürig-Scholz, GG (Stand 2006), Art. 9 Rn. 253; Sachs/Höfling, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 9 Rn. 84.

So lässt sich mit dem 4. BAG-Senat in seiner Divergenz-Anfrage verfassungsrechtlich schlussfolgern, dass „Tarifpluralität (...) Folge des verfassungsrechtlich vorgesehenen und geschützten Koalitionspluralismus ist“,

vgl. BAG v. 27. 1. 2010 – 4 AZR 549/08 (A), NZA 2010, 645, 656 (Tz. 92).

Nur über den in der Verfassung angelegten Koalitionspluralismus lässt sich auch erklären, warum der Wettbewerb um Mitglieder als Teil der Bestandsgarantie von Koalitionen geschützt ist,

vgl. BVerfG v. 14. 11. 1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 = NZA 1996, 381.

Der Koalitionspluralismus ist daher rechtsdogmatisch Teil der (kollektiven) Bestandsgarantie, selbst wenn er primär als logische Folge der (individuellen) Koalitionsbildungsfreiheit zu

verstehen ist. Er eröffnet erst Arbeitnehmern und Arbeitgebern die Möglichkeit, unter mehreren Koalitionen wählen zu können. Er ist damit der adäquate Ausdruck des Verständnisses der Tarifautonomie als staatsferner Veranstaltung im Sinne der „kollektiven Privatautonomie“.

b) Einfachrechtliche Grundlagen im TVG. Das TVG ordnet in §§ 3 I, 4 I die unmittelbare und zwingende Wirkung der Normen eines Tarifvertrags im Arbeitsverhältnis der beiderseits tarifgebundenen Parteien an. Die Normwirkung der Individualnormen eines Tarifvertrags beruht daher letzten Endes auf der privatautonom erzeugten Mitgliedschaft der Parteien in ihren jeweiligen Koalitionen. Die gesetzlich angeordnete Wirkungsweise des Tarifvertrags ist allein legitimiert durch die freie Entscheidung der Arbeitsvertragsparteien, Mitglied einer Koalition zu werden – die Normsetzung ist damit „kollektiv ausgeübte Privatautonomie“;

vgl. nur BAG v. 27. 1. 2010 – 4 AZR 549/08 (A), NZA 2010, 645, 650 (Tz. 45); v. 18. 7. 2006 – 1 ABR 36/05, BAGE 119, 103 = NZA 2006, 1225 (Tz. 55); ferner ErfK/Dieterich, 10. Aufl. 2010, Art. 9 GG Rn. 57 f.; MüArbR/Richardi, 3. Aufl. 2009, § 152 Rn. 17; Picker, NZA 2002, 761, 768 f.; Reichold, RdA 2007, 321, 322 (Tarifrecht „von unten“).

Auch dann, wenn der Arbeitgeber an verschiedene Tarifverträge gebunden sein sollte, ändert sich nichts an der unmittelbaren und zwingenden Wirkung nach § 4 I TVG, weil diese sich jeweils auf das einzelne Arbeitsverhältnis bezieht. Das Gesetz spricht in § 4 I 1 TVG von der unmittelbaren und zwingenden Wirkung „zwischen den beiderseits Tarifgebundenen“, also in der Vertragsbeziehung. Dass für verschiedene Arbeitnehmer im Betrieb gemäß §§ 3 I, 4 I TVG damit unterschiedliche Tarifverträge gelten können, wird de lege lata vom TVG also zugelassen, vgl. nur F. Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 379; Fenn, FS Kissel, 1994, S. 213, 229; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 375 f.; Reichold, RdA 2007, 321, 324; Wendeling-Schröder, AuR 2000, 339, 341 jew. m. weit. Nachw.; a. A. Säcker/Oetker, ZfA 1993, 1, 8 f. (Tarifpluralismus vom histor. Gesetzgeber angeblich nicht gewollt); Heinze/Ricken, ZfA 2001, 159, 173 ff.; Hromadka, NZA 2008, 384, 386 („sekundäre Gesetzeslücke“).

Die Tarifgebundenheit bei Individualnormen nimmt auf das Einzelarbeitsverhältnis und nicht auf den Betrieb Bezug. Wenn § 3 Abs. 2 TVG die Tarifgeltung nur bei „betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen“ alleine von der Tarifbindung des Arbeitgebers abhängig macht, folgt im Umkehrschluss für Individualnormen zwingend, dass verschiedene Arbeitsverhältnisse im Betrieb verschiedenen tariflichen Individualnormen unterfallen können. Auch wenn Heinze/Ricken (ZfA 2001, 159, 173 ff.) dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis gerade umdrehen und behaupten, die Verankerung der betriebseinheitlichen Wirkung kollektiver Tarifnormen in § 3 II TVG strahle auch auf § 3 Abs. 1 TVG aus und verankere damit generell das Prinzip der Tarifeinheit, kann das nur als eine „erstaunliche“ Methodik abgelehnt werden, die gegen anerkannte Auslegungsmethoden verstößt und ersichtlich keine Gefolgschaft gefunden hat,

vgl. nur BAG v. 27. 1. 2010 – 4 AZR 549/08 (A), NZA 2010, 645, 651 f. (Tz. 48 u. 56 f.); Reichold, RdA 2007, 321, 324.

Der Gesetzgeber geht zudem, wie § 613a I BGB zeigt, an anderer Stelle ebenfalls davon aus, dass als Folge eines Betriebsübergangs die übernommenen Arbeitnehmer eine andere tarifliche Behandlung erfahren können als schon vorhandene Stamm-Arbeitnehmer. Seit seinen Grundsatzentscheidungen 2000/2001 hält der 4. BAG-Senat daran fest, dass es beim Erwerb zu einer (untechnischen) „Tarifpluralität“ kommen kann, weil der nach § 613a I 2 BGB individualrechtlich fortgeltende Veräußerertarif durch einen Tarifvertrag beim Erwerb nach Satz 3 nur bei „kongruenter“, d.h. beidseitiger Tarifgebundenheit an diesen beseitigt werden kann,

vgl. BAG v. 30. 8. 2000 – 4 AZR 581/99, BAGE 95, 296 = NZA 2001, 510; v. 21. 2. 2001 – 4 AZR 18/00, BAGE 97, 107 = NZA 2001, 1318.

Das kommt wegen der Stabilität von Gewerkschaftsbindungen aber bei den übernommenen Mitarbeitern nicht eben häufig vor. Zudem wird eine Vereinheitlichungsverpflichtung des neuen Betriebsinhabers kraft Gleichbehandlung von der Rechtsprechung weder gefordert noch befürwortet,

vgl. nur BAG v. 31. 8. 2005 – 5 AZR 517/04 = NZA 2006, 265 (Folgen der Gewerkschaftsfusion DAG./ver.di).

Auch hierdurch wird die Existenz parallel anwendbarer tarifvertraglicher Regelwerke in einem Betrieb vom einfachen Gesetzgeber anerkannt. Daraus ergibt sich folgendes

Zwischenergebnis II.2:

Sowohl verfassungs- als auch einfachrechtlich lässt sich das Nebeneinander verschiedener, nicht aufeinander abgestimmter Tarifverträge in ein und demselben Betrieb als nicht nur mögliche, sondern auch zulässige, wenn nicht sogar gebotene Möglichkeit verstehen, den in Art. 9 III GG angelegten Koalitionspluralismus in Form einer Tarifpluralität im Betrieb „umzusetzen“. Daraus ergibt sich für die weitere Untersuchung, dass nicht das Prinzip der Tarifpluralität, sondern das Prinzip der Tarifeinheit bei einer Regelung durch den einfachen Gesetzgeber einer besonderen Rechtfertigung vor dem Hintergrund der geschilderten Rechtslage bedarf.

III. Verfassungsmäßigkeit der geplanten Regelung des § 4a TVG-E zur Herstellung der Tarifeinheit im Betrieb

1. Praktische Konsequenzen des § 4a TVG-E

Für die folgende Untersuchung ist auszugehen vom oben I.2 (S. 5) wiedergegebenen Wortlaut des § 4a TVG-E vor dem Hintergrund der „Gesetzesbegründung“ im Eckpunktepapier von BDA und DGB (oben I.1.).

a) Regelung § 4a Abs. 1 TVG-E. Danach soll bei sich überschneidenden Geltungsbereichen der Rechtsnormen konkurrierender Tarifverträge im Betrieb eines Unternehmens nur derjenige Tarifvertrag anwendbar sein, an den die größere Zahl von Arbeitnehmern kraft Mitgliedschaft gebunden ist. Das Eckpunktepapier spricht hierbei vom „Grundsatz der Repräsentativität“. Das bedeutet im Ergebnis, dass diejenige Gewerkschaft, die nach dem Industrieverbandsprinzip ihre Tarifzuständigkeit auf alle Arbeitnehmer einer ganzen Branche, z.B. „im öffentlichen Dienst“, gleich welcher Ausbildung, Qualifikation und Tätigkeit erstreckt, von vorneherein die größte Chance hätte, als repräsentativ in diesem Sinne anerkannt zu werden. Damit wäre nicht nur den mit dem DGB „in Fläche und Breite“ konkurrierenden Christlichen Gewerkschaften jeder Boden entzogen, sondern auch starken Branchengewerkschaften wie der dbb tarifunion und vor allem Spezialisten- und Spartengewerkschaften wie der VC, der GDL und dem MB.

Eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn die für den gesamten Betrieb zuständige Branchengewerkschaft freiwillig auf den Abschluss von Tarifverträgen für einzelne Berufsgruppen „verzichtet“ und damit eine Geltungsbereichsüberschneidung verhindert. Aber das ist ein schwacher „Trost“. Denn den DGB-Gewerkschaften bleibt es in Abstimmung mit den entsprechenden Arbeitgeberverbänden unbenommen, den persönlichen Geltungsbereich ihres Tarifbereichs auch weiterhin nach Gutdünken festzulegen. Das ermöglicht ihnen ihre kollektive Betätigungsfreiheit als Ausfluss von Art. 9 III GG. Wie das BAG in st. Rspr. betont, steht die Ausgestaltung des Organisationsbereichs und die damit verbundene Festlegung der Tarifzuständigkeit grundsätzlich jedem Verband frei. Er kann seinen Organisationsbereich betriebs- oder unternehmensbezogen oder nach sonstigen Kriterien abgrenzen; zulässig sind insbesondere räumliche, betriebliche, branchenbezogene oder auch personelle Abgrenzungsmerkmale,

vgl. nur BAG v. 18. 7. 2006 – 1 ABR 36/05, BAGE 119, 103 = NZA 2006, 1225 (Tz. 42); v. 27. 9. 2005 – 1 ABR 41/04, BAGE 116, 45 = NZA 2006, 273 (zu B II.1a.aa d. Gr.); v. 19. 11. 1985 – 1 ABR 37/83, BAGE 50, 179 = NZA 1986, 480 (zu B IV.3a d. Gr.).

Infolgedessen könnten ver.di und die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes durch ihre Tarifverträge nach wie vor die Tarifverträge z.B. des MB aushebeln. Als Ausweg bliebe nur eine Ausdehnung des Organisationsbereichs der unterlegenen Gewerkschaft, was erst recht zu neuen Konflikten in der Belegschaft führen und zu einer Pervertierung des grundgesetzlich

garantierten Selbstbestimmungsrecht in Bezug auf die Tarifzuständigkeit einer Koalition führen würde,

so auch Löwisch, BB Nr. 28-29 v. 5. 7. 2010, Erste Seite; Greiner, NZA 2010, 743 f.

Wer als Berufs- oder Spartengewerkschaft strukturbedingt nur eine Minderheit von Arbeitnehmern im Betrieb vertreten will, so wie die GDL die Lokführer, der MB die Ärzte und die VC die Piloten, würde aufgrund des § 4a I TVG-E keine Chance mehr haben, einen Tarifvertrag für die von ihm vertretene Klientel abschließen zu können. Im Kern wäre das Industrieverbandsprinzip des DGB gesetzlich festgeschrieben. Zudem könnten, worauf Greiner a.a.O. hinweist, für den unwahrscheinlichen Fall, dass Spartentarife der Ärzte z.B. im Krankenhausbetrieb von der Tarifbindung her „repräsentativer“ wären als ver.di-Tarife, Arbeitnehmer außerhalb der Tarifzuständigkeit z.B. des MB, also Pflegerinnen und Pfleger etc. überhaupt tariflos dastehen – eine seltsame Konsequenz der neuen Regelung!

Zu bedenken ist auch für den Fall, dass die neue Regelung tatsächlich Gesetz werden sollte, dass sich daraus für den Arbeitgeberverband oder, im Fall des Haustarifs, für den einzelnen Arbeitgeber letztlich ein Kontrahierungszwang zugunsten der repräsentativsten Gewerkschaft ergäbe, wie sie in aller Regel die zuständige DGB-Gewerkschaft – trotz aller Organisationsverluste – noch immer darstellen dürfte. Auch das stellte eine Perversion des im Grundgesetz angelegten Koalitionenwettbewerbs dar (zu weiteren Bedenken hinsichtlich der Feststellung der Repräsentativität, der großen Anzahl nicht tarifgebundener Arbeitnehmer und des Betriebsbezugs der Regelung vgl. unten 3a/b).

b) Regelung § 4a Abs. 2 TVG-E. Die hier gesetzlich angeordnete Ausdehnung der Friedenspflicht des repräsentativeren Tarifvertrags auf die „konkurrierenden Tarifverträge“ ist Konsequenz der gesetzlich hergestellten Tarifeinheit, um so genannte „Streikkaskaden“ zu verhindern,

so Schliemann, FS Bauer, 2010, S. 923 (für den Bereich der Daseinsvorsorge); vgl. ferner Giesen, NZA 2009, 11, 15 f.; Göhner, FS Bauer, 2010, S. 351, 358; Hromadka, NZA 2008, 383, 387; Meyer, NZA 2006, 1387, 1389; Kamanabrou, ZfA 2008, 241, 260 ff.

Freilich kann der Entwurf auch hier keine „befriedende“ Wirkung im Sinne der Großverbände herstellen, weil er nur auf die Konkurrenz vorhandener Tarifwerke abstellt, nicht aber auf Bestrebungen zum Abschluss neuer Tarifwerke. Gerade wenn streitig ist, ob eine Repräsentativität des „herrschenden“ Tarifvertrags in einem konkreten Unternehmen wirklich gegeben ist, wird es Anreize geben, einen Arbeitskampf im Sinne der „Anerkennung“ der weichenden Gewerkschaft zu führen, dessen Unzulässigkeit nicht ohne weiteres mit dem Argument des neuen Abs. 2 in § 4a TVG-E begründet werden könnte. Legt man zudem die neueste Rechtsprechung des BAG zum Arbeitskampf zugrunde, könnten die an sich nicht streikbefugten Arbeitneh-

mer ihren streikbefugten Kollegen sogar im Wege des Sympathiestreiks zur Hilfe eilen,

vgl. BAG v. 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134 = NZA 2007, 1055 (Rechtmäßigkeit eines Unterstützungsstreiks).

Daraus ergibt sich folgendes

Zwischenergebnis zu III.1:

Die geplante Ergänzung des Tarifvertragsgesetzes durch die Norm des § 4a TVG-E hätte zur Folge, dass der von der Verfassung vorgesehene Koalitionspluralismus durch die Festschreibung der sog. Tarifeinheit im Betrieb dadurch großenteils lahmgelegt würde, dass jede nach dem „Industrieverbandsprinzip“ organisierte Gewerkschaft kraft ihrer weiten Tarifzuständigkeit strukturell begünstigt wäre und in der Regel als repräsentativste Gewerkschaft die alleinige Zuständigkeit für die Arbeitsbedingungen aller Arbeitnehmer im Betrieb für sich reklamieren könnte. Für den Arbeitgeberverband ergäbe sich daraus ein entsprechender Kontrahierungszwang, der eine nahezu irreversible Bestandsgefährdung der weichenden kleineren Gewerkschaften zur Folge hätte.

2. Verfassungsrechtliche Würdigung: Eingriff, nicht Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 3 GG

Bei der verfassungsrechtlichen Würdigung der geplanten neuen Gesetzgebung gilt es zunächst klar zu stellen, dass der Spielraum für die Ausgestaltung der Tarifautonomie für den Gesetzgeber deutlich größer ist als für die Rechtsprechung,

vgl. nur Franzen, ZfA 2009, 297, 312 f.; Giesen, NZA 2009, 11, 17 (Wahrnehmung staatlicher Schutzpflichten); Hromadka, NZA 2008, 384, 386 ff.

Somit ist die Ablehnung des 4. BAG-Senats in seiner Divergenzanfrage, die Auflösung einer Tarifpluralität im Wege der gesetzgeberübersteigenden Rechtsfortbildung zu ermöglichen, für den Gesetzgeber nicht bindend. Freilich muss sich auch der Gesetzgeber mit den vom 4. BAG-Senat dort mitgeteilten – und von der Präsidentin des BAG offensichtlich geteilten – gravierenden verfassungsrechtlichen Bedenken auseinandersetzen,

vgl. BAG v. 27. 1. 2010 – 4 AZR 549/08 (A), NZA 2010, 645, 652 f. (Tz. 60 ff.); ferner Interview-Aussage BAG-Präsidentin Schmidt in: F.A.Z. Nr. 164 v. 19. 7. 2010, S. 13: „Ein Gesetz müsste also eine enorm hohe verfassungsrechtliche Hürde nehmen. Es geht schließlich nicht um die Ausgestaltung der Tarifautonomie, sondern um einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit. Eine Arbeitnehmervereinigung hat doch überhaupt keine Daseinsberechtigung, wenn sie die Früchte ihrer Arbeit nicht ernten kann“.

a) Abgrenzung Ausgestaltung / Eingriff. In der bisherigen Debatte um die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit wurde die grundrechtsdogmatische Struktur der Tarifautonomie nicht hinreichend differenziert ausgeleuchtet. So wird pauschal behauptet, dass das – im

Folgenden im Mittelpunkt stehende – Grundrecht der kollektiven Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG unter dem „Vorbehalt einer funktionierenden Tarifautonomie insgesamt“ stehe,

so z.B. Scholz, Rechtsgutachten zur Problematik von Tarifpluralität und Tarifeinheit – Verfassungsfragen zu einer gesetzlichen Reformlösung (vom 6.5.2010), S. 21; ähnlich ders., FS Buchner, 2009, S. 827, insb. 829 (Auflösung nach dem Gebot der praktischen Konkordanz); differenzierter Hromadka, NZA 2008, 384, 387, der aber „Ausgestaltung“ bejaht,

womit die Problematik als sozusagen „normales Abwägungsproblem“ im Rahmen der Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 3 GG in die ergebnisoffene Verhältnismäßigkeitsprüfung überführt wird. Zwar dient der „Schutz von Gemeinwohlbelangen“ auch dem BVerfG als Rechtfertigungsgrund und Abwägungsbelang bei der Prüfung einer „Beeinträchtigung“ des kollektiven Grundrechts auf Koalitionsbetätigung,

vgl. zuletzt BVerfG v. 3. 4. 2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293, 306 ff. (Anrechenbarkeit tariflichen Mehrurlaubs auf Kuraufenthalte gerechtfertigt durch Sozialstaatsprinzip) unter Verweis auf BVerfG v. 27. 4. 1999 – 1 BvR 2203/93 u. 897/95, BVerfGE 100, 271, 283 (Lohnabstandsklauseln bei ABM gerechtfertigt durch Sozialstaatsprinzip); v. 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 228 (Aussperrung mit suspendierender Wirkung gerechtfertigt durch Kampfparität),

doch wird dem zu Recht entgegengehalten, dass die Unterscheidung zwischen Ausgestaltung und Eingriff auf einer vorgelagerten Ebene dem aktuellen Standard der allgemeinen Grundrechtsdogmatik auch bei Art. 9 Abs. 3 GG besser entspricht und einen deutlichen Rationalitätsgewinn verspricht,

vgl. nur ErfK/Dieterich, 10. Aufl. 2010, Art. 9 GG Rn. 80 ff.; Franzen, ZfA 2009, 297, 304; Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 9 Rn. 35; Kokott in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte I, 2004, § 22 Rn. 40: „Bloße Ausgestaltungen im Gegensatz zu Einschränkungen nicht rechtfertigungsbedürftig“; Sachs/Höfling, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 9 Rn. 33 ff.; Burkiczak, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, 2006, S. 153 ff.; Engels, RdA 2008, 331, 333 ff.

Nur soweit der Tarifautonomie ein der klassischen Grundrechtsfunktion entsprechender „Abwehrgehalt“ zu entnehmen ist, liegt danach ein „Eingriff“ vor. Denn die kollektive Koalitionsfreiheit unterscheidet sich darin von der individuellen Koalitionsfreiheit, dass sie der „Ausgestaltung“ bedarf: dazu gehört vor allem ein funktionstüchtiges Tarifvertragssystem und ein Arbeitskämpfrecht, das geeignet ist, Verhandlungsblockaden überwinden zu helfen,

vgl. ErfK/Dieterich, 10. Aufl. 2010, Rn. 42; Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 9 Rn. 35; grundlegend BVerfG v. 1. 3. 1979, BVerfGE 50, 290, 368 (Mitbestimmungsurteil).

Entsprechend genau muss hinterfragt werden, ob es sich bei der geplanten Regelung nicht in der Tat nur um eine Ausgestaltung des Tarifvertragssystems im Sinne weiterer Funktionstüchtigkeit handelt, deren Rechtfertigung großzügiger bejaht werden könnte, als dies bei einem Eingriff der Fall wäre.

b) „Eingriff“ durch § 4a TVG-E wegen substanziellen Eingriffs in die normgeprägte Koalitionsfreiheit. Ein Eingriff in die (insb. kollektive Koalitionsfreiheit) ist nur zu bejahen, wenn nicht eine Ausgestaltung vorliegt, die (im Kontrast zum Eingriff) auf zwar grundrechtsrelevantes Staatshandeln zurück geht, dabei aber

keinen „negatorischen“ Grundrechtsschutz auszulösen vermag, weil es sich um Funktionsbedingungen der Grundrechtsausübung handelt,

so Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 51; ferner Burkiczak, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, 2006, S. 154, 253 ff.; Engels, RdA 2008, 331, 333; Maschmann, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, 2006, S. 65 ff.

Grundsätzlich sind Koalitionen ohne staatliche Hilfe z.B. nicht in der Lage, ihren Tarifverträgen normative Wirkung zu verleihen. Die über die allgemeine Vertragsfreiheit hinausgehenden Wirkungen der Tarifautonomie sind also bereits Produkt einer staatlichen Ausgestaltung und nicht etwa Inhalt einer „natürlichen oder sachgeprägten“ kollektiven Koalitionsfreiheit,

so Burkiczak, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, 2006, S. 167; ferner ErfK/Dieterich, 10. Aufl. 2010, Art. 9 GG Rn. 61.

Auch für die geplante „Klarstellung“ des Grundsatzes der Tarifeinheit in § 4a TVG-E könnte somit vertreten werden, dass es sich um eine zeitgebundene, der Funktionsfähigkeit des Systems geschuldete Anpassung an veränderte gesellschaftliche und wirtschaftliche Umstände handelte, eben um eine „Ausgestaltung“ (so insb. Giesen, NZA 2009, 11, 17; Hromadka, NZA 2008, 384, 387 f.). Gesetzliche Regelungen dürfen aber auf der anderen Seite die Tarifautonomie nicht ihres tradierten Sinnes berauben oder diese gänzlich aushöhlen. So muss auch jenen einfachrechtlichen Regelungen des TVG, die sich als tradierte und anerkannte Gewährleistungsinhalte der Koalitionsfreiheit darstellen, ein „auxiliärer leistungsrechtlicher Gehalt“ zuerkannt werden,

so Sachs/Höfling, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 9 Rn. 77; Engels, RdA 2008, 331, 334 („normgeprägte Freiheiten“) mit weit. Nachw.,

mit der Folge, dass in diesen Sachbereichen ein abwehrrechtlicher Schutz greifen kann, wenn darin sich zumindest das grundrechtsgebote Minimum wiederfindet. Das kann mit guten Gründen schon für die legislative Gewährleistung der zwingenden Wirkung von Tarifnormen bejaht werden (eingehend Dieterich, RdA 2002, 1, 12 ff.). Wenn dementsprechend das Bundesverfassungsgericht bereits das Außer-Kraft-Setzen einer eher peripheren tariflichen Bestimmung durch den Gesetzgeber ausdrücklich als Grundrechts-„Eingriff“ bzw. –„Beinträchtigung“ bezeichnet hat,

vgl. BVerfG v. 3. 4. 2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293, 305; v. 27. 4. 1999 – 1 BvR 2203/93 u. 897/95, BVerfGE 100, 271, 283,

ist ein Erst-Recht-Schluss dahingehend gerechtfertigt, auch einen Gesetzesplan wie den hier untersuchten als „Eingriff“ zu kennzeichnen, der nichts weniger als den Bestand der weniger repräsentativen Gewerkschaft nachhaltig gefährdet und damit schon die Voraussetzungen einer tariflichen Normsetzung untergräbt (dazu oben III.1). Zumindest aber nehmen hier staatliche Maßnahmen nicht nur einzelne, sondern sämtliche bereits erzeugten Tarifnormen vom Markt. Nimmt man den oben II. (S. 8) festgestellten bisherigen „Plan des Gesetzgebers“ ernst, Tarifpluralitäten zuzulassen, wird damit letzten Endes nicht nur einfaches Gesetzesrecht, sondern auch Verfassungsrecht durch den Gesetzgeber konterkariert. Denn zu den Grundentscheidungen tariffähiger Koalitionen gehört nicht nur (1) die

Bestimmung ihres sachlichen und räumlichen Aktionsfeldes (Tarifzuständigkeit), sondern auch (2) die Gewährleistung der normativen Wirkung der von ihnen abgeschlossenen Tarifverträge für ihre Mitglieder,

so auch ErfK/Dieterich, 10. Aufl. 2010, Art. 9 GG Rn. 68a; Engels, RdA 2008, 331, 335; Franzen, ZfA 2009, 314 f.; Greiner, NZA 2010, 743, 745; Jacobs, NZA 2008, 325, 329; Schlie-mann, FS Bauer, 2010, S. 923, 936 f. sowie ausführlich BAG v. 27. 1. 2010 – 4 AZR 549/08 (A), NZA 2010, 645, 654 ff. (Tz. 77 ff.).

Man kann die gerichtliche Kontrolle kleinerer Gewerkschaften auf ihre sog. „soziale Mächtigkeit“ noch als zulässigen „Seriositätstest“ einer Koalition mit der Ordnungsfunktion der Tarifautonomie rechtfertigen,

vgl. nur Franzen, ZfA 2009, 297, 309; Wank/Schmidt, RdA 2008, 257 ff. mit weit. Nachw.,

doch stellt sich die bei Anwendung des Grundsatzes der sog. Tarifeinheit darauf folgende eventuelle Nichtanwendung ihrer Tarifverträge, nachdem dieser Zuverlässigkeitstest bestanden wurde, als Eingriff in die Koalitionsfreiheit dieser Gewerkschaft und ihrer Mitglieder dar. Dieser Eingriff ist hier deshalb so massiv, weil damit das wichtigste Recht der kollektiven Koalitionsfreiheit, das Recht nämlich, eigene Tarifverträge zur Geltung zu bringen, bzw. für die Gewerkschaftsmitglieder das Recht, die von der eigenen Gewerkschaft ausgehandelten tariflichen Arbeitsbedingungen in Anspruch zu nehmen, den weniger repräsentativen Gewerkschaften vom Gesetzgeber aus der Hand geschlagen wird. Intensivere Eingriffe in die Koalitionsfreiheit sind nicht möglich, sieht man einmal von einem Gewerkschaftsverbot ab,

so zutreffend Jacobs, NZA 2008, 325, 329.

Folgt man der hier vertretenen Grundrechtsdogmatik, wonach auch im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG als eines „normgeprägten Grundrechts“ die Ausgestaltung vom Eingriff unterschieden werden kann, kann folgendes Ergebnis festgehalten werden:

Zwischenergebnis zu III.2:

Die vorgesehene Regelung in § 4a TVG-E stellt sich als verfassungswidriger Eingriff und nicht als verfassungsgemäße Ausgestaltung der Tarifautonomie dar. Durch die Verdrängung eines geltenden Tarifvertrags wird in das durch das TVG bereits „ausgestaltete“ Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG in einer Weise eingegriffen, die einen zentralen Bestandteil der (insb. kollektiven) Koalitionsfreiheit einer Koalition so weit außer Kraft setzt, dass auch die Koalitionsbestandsgarantie betroffen sein kann. Diese gesetzliche Auflösung einer Tarifkollision greift auch in die individuelle (positive) Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers ein, weil der Hauptzweck seiner Mitgliedschaft, den Schutz des von der ausgewählten Koalition geschlossenen Tarifvertrags in Anspruch zu nehmen, (mindestens zeitweilig) komplett entwertet wird.

3. Keine Rechtfertigung des Eingriffs durch das Postulat einer „funktionsfähigen“ Tarifautonomie

Steht der „Eingriffscharakter“ fest, lässt sich nach st. Rspr. die geplante Regelung nur rechtfertigen, „wenn der Gesetzgeber mit ihnen den Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Belange bezweckt und wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren“ (so zuletzt BVerfG v. 3. 4. 2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293, 306).

a) Schutz anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Belange? Will man den Grundsatz der betriebsweiten Tarifeinheit als gegenläufige Ausprägung der Tarifpluralität innerhalb einer „funktionsfähigen“ Tarifautonomie begreifen, müsste man ihn „gleichgewichtig“ gegen den verfassungsrechtlich geschützten Koalitionspluralismus in Stellung bringen können. Laut Hromadka geht es letzten Endes darum „zu verhindern, dass Rivalitäten zwischen verschiedenen Berufsgruppen und ihren Gewerkschaften auf dem Rücken des Arbeitgebers (und damit der Kunden und der Allgemeinheit) ausgetragen werden. Ohne den Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität drohen ständige kaum sinnvoll handhabbare Tarifauseinandersetzungen und ständige Streiks mit verheerenden Auswirkungen auf Arbeitsablauf, Betriebsklima und Personalarbeit; die Friedenspflicht, Preis der Arbeitnehmerseite für einen Tarifabschluss, steht, wenn der Arbeitgeber nacheinander von verschiedenen Gewerkschaften bestreikt werden kann, nur noch auf dem Papier“ (NZA 2008, 384, 387). Das alles erscheint zwar (insbesondere aus Arbeitgebersicht) tarifpolitisch wünschenswert, berücksichtigt aber zu einseitig die sog. Ordnungsfunktion der Tarifverträge. „Ordnung“ hat aber in einem privatautonom gesteuerten Arbeitsmarkt keinen Eigenwert, der sich über die Mitgliedschafts- und Organisationsinteressen der die Tarifautonomie konstituierenden Koalitionen sozusagen „von oben“ als öffentlich-rechtliche Aufgabe der Koalitionen hinwegsetzen kann. Durch die Verfassung wird nicht eine tarifliche Einheits-„Ordnung“ um ihrer selbst willen geschützt, sondern nur eine mitgliedschaftlich legitimierte Ordnung. Das unterscheidet auch die heutige einschlägige Rechtsprechung von der Rechtsprechung in den 50er und 60er Jahren. Auch die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystem kann zwar zulässigerweise durch die Konkretisierung der Tariffähigkeit im Sinne des § 2 TVG durch die Rechtsprechungskontrolle auf „soziale Mächtigkeit“ geleistet werden,

vgl. dazu nur den Grundsatzbeschluss des BAG v. 28. 3. 2006 – 1 ABR 58/04, BAGE 117, 308 = NZA 2006, 1112 (CGM),

doch stellt allein das Nebeneinander verschiedener Tarifverträge in einem Betrieb schon deshalb keine ernst zu nehmende Beeinträchtigung dar, weil der insgesamt schwache Organisationsgrad in den deutschen Betrieben den Arbeitgeber ohnehin mit einer Mehrzahl von Nichtorganisierten konfrontiert, die er durch vertragliche Bezugnahmeklausel an den für ihn maßgeblichen Tarif binden muss,

zutreffender Hinweis von Franzen, ZfA 2009, 297, 310 f.

Dabei gibt es aufgrund der Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle und zum Betriebsübergang so viele Komplikationen, dass der Arbeitgeber ohnehin unter Umständen kraft Bezugnahmeklausel vertragsrechtlich verschiedene Tarifverträge anwenden

muss: Der Grundsatz der Tarifeinheit „verspricht demnach mehr, als er halten kann“ (Franzen, ZfA 2009, 297, 311). Er ist somit ungeeignet zur Erreichung des behaupteten Ziels und daher unverhältnismäßig im Hinblick auf die Einschränkung der Tarifautonomie,

so auch BAG v. 27. 1. 2010 – 4 AZR 549/08 (A), NZA 2010, 645, 655 f. (Tz. 84 ff.).

Die von den Befürwortern der Tarifeinheit angeführten Zweckmäßighkeits- und Praktikabilitätserwägungen stellen keine mit der Tarifpluralität gleichgewichtig abwägungsfähigen Rechtsgüter des Arbeitgebers dar. Zudem wäre das Ordnungsziel nur einseitig auf den „Betrieb“ bezogen und rein betriebswirtschaftlich begründbar, nicht aber auf die überbetrieblichen Interessen eines volkswirtschaftlich erwünschten Koalitionswettbewerbs bezogen. Tarifautonomie kann aber nicht nur die Einzelinteressen des Arbeitgebers bedienen. Deutlicher gesprochen: die Tarifeinheit ist keine Funktionsbedingung der Tarifautonomie,

so auch ErfK/Dieterich, 10. Aufl. 2010, Art. 9 GG Rn. 68a; Franzen, ZfA 2009, 297, 311; Richardi, FS Buchner, 2009, S. 731, 740.

b) Insbesondere: Schwierigkeit der Feststellung von „Repräsentativität“. Wer sich auf den Grundsatz der Repräsentativität berufen will, muss Vorkehrungen zur Ermittlung umfassender und kostspieliger Feststellungen der (je verschiedenen) Tarifbindung der betriebszugehörigen Arbeitnehmer treffen. Der Gesetzesplan von BDA und DGB sieht hierzu eine Ergänzung des § 58 ArbGG („Beweisaufnahme“) durch folgenden Absatz 3 vor: „(3) Über die Zahl der Mitglieder einer Gewerkschaft, insbesondere in einem Betrieb oder Unternehmen, kann mit Hilfe einer notariellen Erklärung Beweis erhoben werden. Die Gewerkschaft legt dem Notar eine stichtagsbezogene Liste ihrer betreffenden Mitglieder vor. Arbeitgeber und Gewerkschaft können dem Notar stichtagsbezogene Listen der Arbeitnehmer im Betrieb des Unternehmens vorlegen. Der Notar prüft die Richtigkeit der ihm vorgelegten Unterlagen; das schließt Rückfragen bei auf den Listen genannten Arbeitnehmern ein. Über die Identität von Gewerkschaftsmitgliedern und Nichtgewerkschaftsmitgliedern bewahrt der Notar Stillschweigen.“

Jeder Tarifpraktiker möge sich anhand dieser (nach dem Gesetzeskonzept sicherlich) notwendigen „Beweisaufnahme“-Regel seine eigenen Gedanken zur Praktikabilität des neuen Verfahrens machen. Der Gutachter selber hat aufgrund seiner Schlichterfunktion in der Evang.-Luth. Landeskirche Bayern die Erfahrung gemacht, das zumindest die Gewerkschaft „ver.di“ im Bereich des kirchlichen Kommissionenverfahrens solche Details bisher niemals, auch nicht vertraulich, aktenkundig machen wollte. Sollte der Gesetzgeber den § 58 III ArbGG-E tatsächlich anwenden wollen, würde er mit einer Vielzahl weiterer, im Zweifel die Unruhe vertiefenden Rechtsfragen über den Zeitpunkt, die regelmäßige Aktualisierung und insbesondere die Mitwirkungspflichtigkeit des Arbeitgebers bei der Feststellung der Organisationszugehörigkeit rechnen müssen. Zur Praktikabilität der geplanten Lösung kann man daher nur wiederholen: Das Gesetz verspricht mehr, als es halten kann. (Gleiches gilt, wie bereits oben 1b betont, für die „Ordnungsfunktion“ der Friedenspflicht-Regel des § 4a II TVG-E).

Damit kann folgendes Zwischenergebnis festgehalten werden:

Zwischenergebnis zu III.3:

Die wesentlichen Argumente für die Ordnungs- bzw. Funktionssicherungs-Aufgabe der sog. Tarifeinheit können nicht als gleichgewichtige Abwägungsgesichtspunkte den festgestellten Eingriff in die individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit der verdrängten Gewerkschaften und ihrer Mitglieder rechtfertigen. Sie wären darüber hinaus weder geeignet noch erforderlich, um die Erosion der Tarifbindung in den Betrieben nennenswert zu unterbinden. Wenn es um die Entschärfung der – beachtlichen – Problematik von Überbietungswettbewerb und sog. „Streikkaskaden“ geht, würde auch die vorgeschlagene Regelung des § 4a II TVG-E nicht für Abhilfe sorgen (s.o. 1.b).

IV. Ergebnis

Im Ergebnis kann somit folgendes festgehalten werden:

1. Das Nebeneinander verschiedener, nicht aufeinander abgestimmter Tarifverträge ist entgegen dem sog. Prinzip der Tarifeinheit im Betrieb nicht erst eine (der „ver.di“-Gründung geschuldete) Erscheinung der letzten Jahre, sondern eine der Heterogenität verschiedener Berufsgruppen in ein und demselben Betrieb geschuldete, teils schon länger erprobte und eingeübte Arbeitsrechtspraxis wie z. B. in Presse- und Medienunternehmen oder in öffentlichen Bühnenbetrieben. Sowohl verfassungs- als auch einfachrechtlich lässt sich dieses Nebeneinander verschiedener Tarifverträge in ein und demselben Betrieb als nicht nur mögliche, sondern auch zulässige, wenn nicht sogar gebotene Möglichkeit verstehen, den in Art. 9 Abs. 3 GG angelegten Koalitionspluralismus in Form einer Tarifpluralität im Betrieb „umzusetzen“. Nicht die Tarifpluralität, sondern die Tarifeinheit bedarf bei einer Regelung durch den einfachen Gesetzgeber also einer besonderen Rechtfertigung.

2. Die geplante Ergänzung des Tarifvertragsgesetzes durch die Norm des § 4a TVG-E hätte zur Folge, dass der von der Verfassung vorgesehene Koalitionspluralismus durch die Festbeschreibung der sog. Tarifeinheit im Betrieb dadurch großenteils lahmgelegt würde, dass jede nach dem „Industrieverbandsprinzip“ organisierte Gewerkschaft kraft ihrer weiten Tarifzuständigkeit strukturell begünstigt wäre und in der Regel als repräsentativste Gewerkschaft die alleinige Zuständigkeit für die Arbeitsbedingungen aller Arbeitnehmer im Betrieb für sich reklamieren könnte. Für den Arbeitgeber(verband) ergäbe sich daraus ein entsprechender Kontrahierungszwang, der eine nahezu irreversible Bestandsgefährdung der weichenden kleineren Gewerkschaften zur Folge hätte.

3. Die vorgesehene Regelung in § 4a TVG-E stellt sich als verfassungswidriger Eingriff und nicht als verfassungsgemäße Ausgestaltung der Tarifautonomie dar. Durch die Verdrängung eines geltenden Tarifvertrags wird in das durch das TVG bereits „ausgestaltete“ Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG in einer Weise eingegriffen, die einen zentralen Bestandteil der (insb. kollektiven) Koalitionsfreiheit einer Koalition so weit außer Kraft setzt, dass auch die Koalitionsbestandsgarantie betroffen sein kann. Diese gesetzliche Auflösung einer Tarifkollision greift auch in die individuelle (positive) Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers ein, weil der Hauptzweck seiner Mitgliedschaft, den Schutz des von der ausgewählten Koalition geschlossenen Tarifvertrags in Anspruch zu nehmen, (mindestens zeitweilig) komplett entwertet würde.

4. Die wesentlichen Argumente für die Ordnungs- bzw. Funktionssicherungs-Aufgabe der sog. Tarifeinheit können nicht als gleichgewichtige Abwägungsgesichtspunkte den Eingriff in die individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit der verdrängten Gewerkschaften und ihrer Mitglieder rechtfertigen. Sie wären darüber hinaus weder geeignet noch erforderlich, um

die Erosion der Tarifbindung in den Betrieben nennenswert zu unterbinden. Wenn es um die Entschärfung der – beachtlichen – Problematik von Überbietungswettbewerb und sog. „Streik-kaskaden“ geht, würde auch die vorgeschlagene Regelung des § 4a II TVG-E nicht für Abhilfe sorgen.

Nürnberg, den 2. August 2010



Professor Dr. jur. Hermann Reichold

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-,
Wirtschafts- und Arbeitsrecht der Universität Tübingen
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen



dbb
tarifunion