

40 Jahre kollektives Arbeitsrecht in Deutschland

WOLFGANG DÄUBLER

Das Arbeitsverfassungsgesetz ist vierzig Jahre alt geworden. Doch was geschah während dieser Zeit in Deutschland? Welche offenen oder verdeckten Wandlungen erfuhren das dortige Tarifvertrags- und das dortige Betriebsverfassungsgesetz? Wie entwickelte sich das im deutschen Schrifttum so häufig beschworene Arbeitskampfrecht? Welche Rolle spielte das Richterrecht, das in Deutschland nicht nur Lücken füllt, sondern auch relativ souverän bestimmt, was der Gesetzgeber gemeint haben kann?

Der folgende Beitrag versucht, die wesentlichen Charakteristika dieser Entwicklung nachzuzeichnen. Weiter geht er der Frage nach, ob Arbeitnehmerinteressen heute besser oder schlechter als vor vierzig Jahren geschützt sind.

I. Einleitung

Das Arbeitsrecht kennt anders als das Zivilrecht keine „Rechtsfamilien“. Seine Verbindung zur jeweiligen nationalen Entwicklung von Ökonomie und Politik ist eng und seine Verwurzelung in nationalen Traditionen sehr viel ausgeprägter als bei vielen anderen Teilen der Rechtsordnung. Nur selten kommt es daher zur Übernahme von Rechtsinstituten aus einem anderen Land; selbst eine bloße „Orientierung“ ist die Ausnahme. Tritt sie ein wie etwa bei der Schaffung von Betriebsräten durch Slowenien¹ und Südafrika², so erweist sich die praktische Wirkung als eine völlig andere: Aus einem zentralen Institut wird beispielsweise eine eher randständige Erscheinung, die für die Realität der Arbeitsbeziehungen ohne größere Bedeutung bleibt.³

¹ Kohl AiB 1998, 28 ff.

² Lunk NZA 1996, 1311

³ Näher Däubler, Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006, Rn. 73f ff.

Auch im Verhältnis zwischen Österreich und Deutschland überwiegen insbesondere im kollektiven Arbeitsrecht die Unterschiede.⁴ Dennoch (manchmal auch gerade deshalb) lohnt sich der Blick über die Grenze, weil er zumindest den eigenen Argumentationshaushalt erweitert. Ist eine bestimmte Regelung im anderen Land realisiert, lässt sie sich nur noch schwer als „Wunschdenken“ oder als „schlichte Utopie“ bezeichnen oder gar als „wirtschaftsfeindlich“ disqualifizieren, was zur Verlagerung von Arbeitsplätzen führe. Dies gilt insbesondere dann, wenn wie im Verhältnis von Österreich und Deutschland vergleichbare gesamtwirtschaftliche Rahmenbedingungen bestehen.

Der Gewinn im Argumentationskampf darf in seiner Bedeutung allerdings nicht überschätzt werden. Gesetzgeber und (rechtsfortbildende) Rechtsprechung orientieren sich oft an konkreten Interessen, die sich nicht durch bessere Argumente aus der Welt schaffen lassen. So kann man etwa davon ausgehen, dass es bei der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Vereinbarkeit unionsrechtlicher Entwicklungen mit dem Grundgesetz eine Art „heimlicher Agenda“ gibt, wonach man durch Ziehung „roter Linien“ zwar die Entwicklung im Sinne eines demokratischen Minimums zu beeinflussen versucht, aber niemals so weit geht, dem von europäischen Instanzen Beschlossenen den Gehorsam zu verweigern. Dennoch bleibt ein Bereich, wo Argumente (zumindest mit-) zählen. Weiter wird man nicht nur Vorbildhaftes im anderen Land finden, sondern auch Entwicklungen, von denen man sich ihrer unsozialen Wirkungen wegen eher fernhalten sollte – „aus den Fehlern anderer lernen“ wäre die dafür passende Devise. Unter diesen Umständen scheint es angemessen, anlässlich des Jubiläums des ArbVG die deutsche Entwicklung in denselben vierzig Jahren Revue passieren zu lassen.

Im Folgenden soll zunächst die Gesetzgebung nachgezeichnet werden, wozu über die Materien des ArbVG hinaus auch die mittelbare Regelung des Arbeitskampfes und der Sozialabbau durch die sog. Hartz-Gesetze gehören; beide haben die Rahmenbedingungen für Tarifverhandlungen und Mitbestimmung wesentlich verändert. Anschließend soll uns die Frage beschäftigen, wie die in Deutschland dominierende Rechtsprechung das Kollektivvertrags- und das Arbeitskampfrecht in vierzig Jahren weiterentwickelt hat. Auch in

⁴ Konstatiert bereits durch Mayer-Maly BB 1988, 1677 f.

dem relativ detailliert geregelten Betriebsverfassungsrecht, das im Anschluss zu behandeln ist, kommt dem Richterrecht eine zentrale Stellung zu. Zur Verdeutlichung seiner Grundtendenz können allerdings nur einige Beispiele herausgegriffen werden.

II. Die Gesetzgebung

1. Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmerendengesetz

Das geltende Tarifvertragsgesetz ist älter als die Bundesrepublik; es wurde vom Wirtschaftsrat, einer Art Wirtschaftsparlament des sog. Vereinigten Wirtschaftsgebiets⁵ beschlossen und am 9. April 1949 verkündet.⁶ Erst durch Bundesgesetz vom 23. April 1953⁷ wurde es auch auf die französische Zone erstreckt.⁸ Es regelt relativ wenige Fragen wie die Form, die möglichen Gegenstände und die Wirkung von Tarifverträgen. Insoweit besteht im Grundsatz ein sozialer Konsens; Meinungsverschiedenheiten beginnen erst bei Folgefragen wie der Bezugnahme im Arbeitsvertrag, der Tarifpluralität und den Differenzierungsklauseln, bei denen der Rechtsprechung die entscheidende Rolle zukommt.

Der Text des TVG ist in über 60 Jahren nur wenig verändert worden. Das Gesetz „zur Änderung des Heimarbeitsgesetzes und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften“ vom 29. 10. 1974⁹ hat den § 12a eingefügt, der Tarifverträge auch für arbeitnehmerähnliche Personen

⁵ Hinter dieser Bezeichnung verbarg sich die Zusammenfassung der amerikanischen und der britischen Besatzungszone, auch „Bizone“ genannt.

⁶ WiGBI 1949, 55, 68

⁷ BGBI I S. 156

⁸ Zu den unterschiedlichen Konzepten, die sich aus der Orientierung an einer sozialen Marktwirtschaft bzw. einer staatlich gesteuerten, auf Gemeineigentum beruhenden Wirtschaft ergaben s. etwa Nautz, Die Durchsetzung der Tarifautonomie in Westdeutschland: Das TVG vom 9. April 1949, Frankfurt/Main 1985. Zur innergewerkschaftlichen Willensbildung s. Nautz a. a. O. S. 151 ff. und Kittner, Arbeitskampf. Geschichte, Recht, Gegenwart, München 2005, S. 560 ff.

⁹ BGBI I S. 2879

zulässt. Praktische Bedeutung hat er allerdings nur für freie Mitarbeiter im Bereich von Presse, Rundfunk und Fernsehen erlangt.¹⁰

Derzeit (Mai 2014) liegt dem Gesetzgeber der Entwurf eines „Tarifautonomiestärkungsgesetzes“¹¹ vor, der neben der Einführung eines flächendeckenden Mindestlohns insbesondere die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG erleichtern soll. Während ein Tarifvertrag grundsätzlich nur für die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaften und der tarifschließenden Arbeitgeberverbände wirkt, wird er durch die Allgemeinverbindlicherklärung für alle branchenangehörigen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindlich. Dabei ist bisher vorausgesetzt, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 Prozent der unter den Tarifvertrag fallenden Arbeitnehmer beschäftigen, was angesichts verbreiteter Erosionsprozesse bei den Arbeitgeberverbänden immer seltener der Fall ist.

In Zukunft soll auf diese Bedingung verzichtet werden. Stattdessen soll es genügen, dass der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen „überwiegende Bedeutung“ erlangt hat. Alternativ dazu reicht es auch aus, dass die Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung „gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklung“ abgesichert werden soll. Bei gemeinsamen Einrichtungen wie Urlaubskassen oder zusätzlichen Versorgungswerken wird auch auf diese Bedingungen verzichtet. Voraussetzung ist allerdings hier wie in allen übrigen Fällen, dass auch der Tarifpartner auf Arbeitgeberseite die Allgemeinverbindlicherklärung will: Sie kann nur auf gemeinsamen Antrag beider Seiten ausgesprochen werden, während bisher der Antrag einer Seite genügte. Außerdem muss der mit je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer besetzte Tarifausschuss zustimmen; sagt eine Seite „nein“, kommt kein Beschluss und damit auch keine Zustimmung zustande. Auf diese Weise besitzt nicht nur der konkrete branchenspezifische Arbeitgeberverband, sondern auch die Spitzenorganisation ein Vetorecht.

¹⁰ Dazu B. Reinecke, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmerentendegesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, § 12a Rn. 9 ff.

¹¹ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie, BR-Drucksache 147/14 (v. 11. 4. 2014)

In den letzten zwanzig Jahren verlagerte sich der Schwerpunkt der Gesetzgebung auf die Schaffung und Entwicklung des Entsenderechts. Nach vielen Auseinandersetzungen kam das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) vom 25. Februar 1996 zustande,¹² das die auf den Bausektor beschränkte Möglichkeit schuf, Tarifverträge über Mindestlohn und Urlaub nicht nur für allgemeinverbindlich zu erklären, sondern sie auf diesem Wege auch auf ausländische Arbeitnehmer zu erstrecken, die von ihren ausländischen Arbeitgebern für kürzere oder längere Zeit ins Inland entsandt wurden. Damit sollte die verbreitete Praxis eines „sozialen Dumpings“ eingedämmt werden, wonach portugiesische und andere ausländische Arbeitnehmer zu 20 bis 50 % der deutschen Löhne im Inland eingesetzt wurden und so ihren Arbeitgebern die Möglichkeit gaben, mit Billigangeboten die deutsche Konkurrenz insbesondere bei Ausschreibungen auszustechen. Die Regelung wurde notwendig, weil das BAG auch die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge nur auf Arbeitsverträge erstreckt hatte, die deutschem Recht unterlagen.¹³ Stattdessen hätte es näher gelegen, sie als Eingriffsnormen im Sinne des (damaligen) Art. 34 EGBGB zu qualifizieren und ihnen bei (hier unproblematischem) hinreichendem Inlandsbezug Verbindlichkeit auch gegenüber Arbeitsverhältnissen unter ausländischem Arbeitsstatut beizumessen, da die Allgemeinverbindlicherklärung schon damals das Bestehen eines öffentlichen Interesses voraussetzte.¹⁴ Auf einen (inoffiziell als „möglich“ kommunizierten) Lernprozess der Richter zu setzen, erlaubten die Umstände nicht, so dass eine ausdrückliche gesetzliche Regelung die bessere Lösung war. Allerdings war diese von vorne herein auf „Mindestlöhne“ und Urlaubsansprüche beschränkt, bezog also nicht das gesamte Tarifniveau mit ein. Den „Billiganbietern“ blieben zahlreiche Vorteile bis hin zu den niedrigeren heimischen Sozialversicherungsbeiträgen und von deutscher Seite nicht kontrollierbaren Zahlungen im Entsendeland; das soziale Dumping wurde gemildert, aber nicht ausgeschlossen.

In der Praxis ergaben sich dennoch zusätzliche Probleme. Die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände machte bei dem Mindestlohntarif im Bausektor als Spitzenorganisation von ihrem Vetorecht im Tarifausschuss Gebrauch machte, obwohl ihre Mitgliedsverbände aus der Bauindustrie den Tarif nicht nur abgeschlossen, sondern auch die

¹² BGBl I S. 227. Dazu Hanau NJW 1996, 1369

¹³ BAG AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau

¹⁴ Zum Begriff der Eingriffsnorm s. Deinert, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013, § 10 Rn. 21 ff.

Allgemeinverbindlicherklärung mitbetrieben hatten. Erst ein sehr viel bescheidenerer Mindestlohntarif konnte dann passieren.¹⁵ Das von der neu gewählten Regierung Schröder im Dezember 1998 verabschiedete sog. Korrekturgesetz¹⁶ führte die Möglichkeit ein, Tarifverträge nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) durch Rechtsverordnung des Arbeitsministers für allgemeinverbindlich zu erklären, ohne dass der Tarifausschuss eingeschaltet werden musste.¹⁷ Damit war das überkommene Verfahren verlassen, doch ging man weiter davon aus, nur Mindestlöhne würden dieser Regelung unterliegen. In der Bauwirtschaft konnte man immerhin zwischen Hilfs- und Facharbeitern unterscheiden und tat dies auch in der Praxis. Mit dieser Neuregelung der Allgemeinverbindlicherklärung war die Umsetzung der EG-Entsenderichtlinie vom 16. 12. 1996¹⁸ verbunden, die u. a. die Ausdehnung bestimmter Mindeststandards auf alle Wirtschaftszweige verlangte.

Die weitere Entwicklung ist dadurch gekennzeichnet, dass immer mehr Branchen durch Änderungsgesetz in den Geltungsbereich des AEntG einbezogen wurden. Erfasst sind etwa die Abfallwirtschaft, die Aus- und Weiterbildung, das Dachdecker- und das Elektrohandwerk sowie die Gebäudereinigung und die Sicherheitsdienstleistungen. § 3a AÜG hat diese Lösung auf Leiharbeitnehmer übertragen und eine (tariflich festgelegte) „Lohnuntergrenze“ geschaffen, die sich nur terminologisch vom Mindestlohn des Entsendegesetzes unterscheidet. Für die Pflegebranche besteht eine Sonderregelung in den §§ 11, 12 AEntG; da die Kirchen (bislang) kaum Tarifverträge schlossen, führt der Weg zur Mindestvergütung dort über eine Rechtsverordnung des Arbeitsministers, wobei eine paritätisch zusammengesetzte Kommission (nur) zu konsultieren ist. Das „Tarifautonomiestärkungsgesetz“¹⁹ will das AEntG für alle Branchen öffnen, soweit die „Mindestlohntarife“ den neuen gesetzlichen Mindestlohn in Höhe von 8,50 Euro pro Stunde nicht unterschreiten.

¹⁵ Schilderung der Vorgänge bei Wiesehügel, Bundestags-Plenarprotokoll 14/14, S. 894

¹⁶ Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 28. 12. 1998, BGBl I S. 3843

¹⁷ Einzelheiten, auch zur Vorgeschichte der Regelung, bei Däubler NJW 1999, 601, 606

¹⁸ ABIEG v. 24. 1. 1997, Nr. L 18/1; dazu Däubler EuZW 1997, 613

¹⁹ S. oben Fn. 11

2. Betriebsverfassungsgesetz

Die „große“ Reform der Betriebsverfassung, die insbesondere mehr Mitbestimmung für die Betriebsräte brachte, erfolgte schon 1972, liegt also länger als 40 Jahre zurück.

Erwähnenswert ist im vorliegenden Zusammenhang allein das „Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes“, das am 28. 7. 2001 in Kraft trat.²⁰ Es nahm zahlreiche Änderungen am BetrVG vor, die zu insgesamt 84 Ziffern zusammengefasst waren. Der Schwerpunkt lag auf (weit verstandenen) „Arbeitserleichterungen“ der Betriebsräte, während die Mitbestimmungsrechte allenfalls marginal erweitert wurden.²¹ Die Mitgliederzahl vieler Betriebsräte wurde erhöht, die Nutzung von IuK-Technik ausdrücklich im Gesetz erwähnt, „überlassene“ Arbeitnehmer, insbesondere Leiharbeiter erhielten unter bestimmten Voraussetzungen ein Wahlrecht zum Betriebsrat des Einsatzbetriebs, das Gruppenprinzip wurde abgeschafft, stattdessen aber eine Mindestrepräsentanz des Geschlechts in der Minderheit eingeführt. In Kleinbetrieben bis 50 Beschäftigten gilt nunmehr ein sog. vereinfachtes Wahlverfahren, das den Wahlvorgang in eine kurzfristig einberufene Betriebsversammlung verlegt. Dort, wo bisher kein Betriebsrat bestand, kann in gut einer Woche ein solcher gewählt werden, doch ist das Verfahren keineswegs „einfacher“, sondern stellt höchste Ansprüche an die bürokratischen Fähigkeiten des Wahlvorstands. Wichtig ist die Vorschrift des § 3 BetrVG, wonach die betriebsratsfähige Einheit weitestgehend durch Tarifvertrag bestimmt werden kann, wovon insbesondere bei Filialunternehmen Gebrauch gemacht wird. In Zeiten der Umstrukturierung sind das Übergangsmandat des Betriebsrat nach § 21a BetrVG und sein Restmandat nach § 21b BetrVG durchaus hilfreiche Einrichtungen. Auch die Schaffung eines Konzernbetriebsrats wurde erleichtert, weil die eine solche Initiative tragenden Betriebsräte und Gesamtbetriebsräte nur noch mehr als die Hälfte der im Konzern Beschäftigten (und nicht mehr wie zuvor Drei Viertel) repräsentieren müssen. Nach dem neu geschaffenen § 92a BetrVG hat der Betriebsrat das Recht, Vorschläge zur Sicherung und zur Förderung der Beschäftigung zu machen, mit denen sich der Arbeitgeber auseinander setzen muss. Kommt er im Rahmen einer Beratung zu dem Ergebnis, dass das Vorgeschlagene für ihn nicht hilfreich ist, so muss er dies begründen, kann die Vorschläge

²⁰ BGBl I S. 1852

²¹ Eingehend Däubler AuR 2001, 285 ff.; Hanau NJW 2001, 2513; Löwisch BB 2001, 1734 und 1790; Reichold NZA 2001, 857, auch zum Folgenden

also nicht kommentarlos im Papierkorb verschwinden lassen. Eine schriftliche Begründung wird allerdings nur verlangt, wenn der Betrieb mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftigt; kleineren Arbeitgebern wollte man die Mühe einer Verschriftlichung ersparen. Man mag dies als Symbol für die wirkliche Reichweite der Reform in Sachen Mitbestimmung verstehen.

3. Europäische Betriebsräte

Die EBR-Richtlinie vom 22. 9. 1994²² wurde in Deutschland (fast) termingerecht umgesetzt. Das „Gesetz über Europäische Betriebsräte“ (EBRG) trat am 1. 11. 1996 in Kraft.²³ Es verzichtete auf eigene Schwerpunkte und begnügte sich mit einer Umsetzung der Richtlinie eins zu eins. Die Einbeziehung Großbritanniens führte zum Erlass des EBR-Anpassungsgesetzes vom 22. 12. 1999.²⁴ Stärkere Auswirkungen brachte die Änderungsrichtlinie 2009/38/EG vom 6. Mai 2009,²⁵ die ihren Niederschlag im Änderungsgesetz zum EBRG vom 14. Juni 2011²⁶ fand.

Nach Angaben des Europäischen Gewerkschaftsinstituts betrug die Gesamtzahl Europäischer Betriebsräte Mitte des Jahres 2013 insgesamt 1034,²⁷ wovon etwa ein Viertel deutschem Recht unterliegt. Die Praxis ist sehr unterschiedlich und reicht von bloßen Repräsentationsveranstaltungen bis hin zur Existenz eines Organs der Interessenvertretung mit eigener Identität.²⁸ Die deutschen Gerichte hatten sich bisher nur höchst selten mit Fragen des EBRG zu befassen.

4. Unternehmensmitbestimmung

²² ABIEG v. 30. 9. 1994, Nr. L 254/64

²³ BGBl I S. 1548, 1556, Art. 3

²⁴ BGBl I S. 2809

²⁵ ABIEU v. 15.5.2009, Nr. L 122//28 ff.

²⁶ BGBl I S. 1050

²⁷ www.ewcdb.eu

²⁸ Klebe/Roth AiB 2000, 750

Das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976²⁹ hat die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat von Großunternehmen auf eine neue Grundlage gestellt. Erfasst sind aber lediglich AGs, GmbHs und Genossenschaften, sofern sie regelmäßig mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen. Der Aufsichtsrat ist „paritätisch“ aus Arbeitnehmervertretern und Vertretern der Anteilseigner zusammengesetzt, doch ist dies nur eine scheinbare Gleichheit: Unter den Arbeitnehmervertretern muss zwingend ein leitender Angestellter sein, der häufig die Position der Unternehmensleitung vertreten wird, der jedenfalls nicht über die nötige Unabhängigkeit von der Arbeitgeberseite verfügt. Stimmt er im Einzelfall dennoch mit den übrigen Arbeitnehmervertretern, wird das dadurch entstehende Patt durch einen zweiten Wahlgang aufgelöst, in dem der Vorsitzende zwei Stimmen hat. Vorsitzender ist aber immer ein Vertreter der Anteilseigner, es sei denn, der Aufsichtsrat treffe mit Zwei-Drittel-Mehrheit eine andere Entscheidung. Fälle dieser Art sind nicht bekannt geworden. Für die Arbeitnehmerseite ist die Unternehmensmitbestimmung dennoch von Bedeutung, weil sie den Zugriff auf zahlreiche Informationen ermöglicht, die Vorstand bzw. Geschäftsführung automatisch zur Verfügung stellen müssen. Der Betriebsrat würde sie kraft eigenen Rechts schon deshalb nicht erlangen, weil er gar keinen Anlass hätte, eine entsprechende Frage zu stellen. Darüber hinaus die Unternehmenspolitik mit beeinflussen zu können, ist allenfalls in Sondersituationen denkbar, in denen sich neben der Gewerkschaft auch die Öffentlichkeit einschaltet.

Trotz dieser beschränkten Reichweite gibt es immer wieder Versuche der Arbeitgeberseite, der Unternehmensmitbestimmung zu entgehen. Die Wahl einer nicht mitbestimmten Rechtsform mag ein Mittel sein. Ein anderes (und leichter zu handhabendes) kann darin liegen, die Rechtsform zwar beizubehalten, die Entscheidungen aber auf eine nicht mitbestimmte Konzernspitze auszulagern.³⁰ Eine solche Mitbestimmungsflucht durch „Tatbestandsvermeidung“ ist bislang von der Rechtsprechung nie beanstandet worden. Auch hat sie keine Versuche unternommen, Gesellschaften ausländischen Rechts, die den Schwerpunkt ihrer Geschäftstätigkeit im Inland haben, in die Mitbestimmung einzubeziehen, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um eine der deutschen AG oder GmbH völlig vergleichbare Gesellschaftsform handelt.

²⁹ BGBl I S. 1153

³⁰ Weitere Wege sind geschildert bei Däubler (Fn. 3) Rn. 1309 ff.

5. Die Schaffung des „Streikparagraphen“

In Deutschland ist Arbeitskampfrecht eine Domäne des Richterrechts, doch gibt es gleichwohl eine gesetzgeberische Intervention, die im Jahre 1986 die Gemüter erregte und die zu einer Reihe politischer Warnstreiks führte, die aber inhaltlich ohne Erfolg blieben. Den Vorgang zu verstehen, setzt einige Vorinformationen voraus.

Ein Streik in einem bestimmten Betrieb oder einer Gruppe von Betrieben hat unter den heutigen Bedingungen arbeitsteiliger Produktion häufig zur Folge, dass auch in anderen Betrieben nicht mehr weitergearbeitet werden kann. Dies wirft die Frage auf, ob die dort Beschäftigten Lohnersatzleistungen, insbesondere Kurzarbeiter- oder Arbeitslosengeld verlangen können. Bis 1997 war das in § 116 AFG geregelt; heute findet es sich in den §§ 100, 160 SGB III.

Ausdrücklich vom Bezug von Sozialleistungen ausgenommen waren schon immer diejenigen Arbeitnehmer, die in einem bestreikten Betrieb beschäftigt sind, ohne selbst am Streik teilzunehmen: Würden sie staatliche Unterstützung erhalten, würde dies den Streik erheblich erleichtern und so gegen die staatliche Neutralität verstoßen. Ebenso einig war (und ist) man sich darüber, dass Betroffene außerhalb des fachlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrags Leistungen erhalten.³¹ Kann wegen eines Metallstreiks in einem Chemiebetrieb nicht weitergearbeitet werden, sind Kurzarbeiter- oder Arbeitslosengeld fällig. Umstritten sind dagegen die Ansprüche der Beschäftigten in anderen Betrieben derselben Branche, die wegen des Streiks nicht weiterarbeiten können. Auch hier ist wiederum zu differenzieren.

Arbeitnehmer, die in dem umkämpften Tarifgebiet (z. B. Baden-Württemberg) beschäftigt sind, erhalten keine Sozialleistungen, weil ihnen später der abgeschlossene Tarifvertrag zugute kommt. Wer außerhalb des Tarifgebiets tätig war, bekam dagegen nach der bis 1986 bestehenden Rechtslage Kurzarbeiter- bzw. Arbeitslosengeld, es sei denn, in seinem „eigenen“ Tarifgebiet hätte die Gewerkschaft „nach Art und Umfang gleiche Forderungen“ erhoben.

³¹ § 160 Abs. 1 Satz 2 SGB III, auf den § 100 Abs. 1 SGB III verweist.

Dies ließ sich so gut wie immer vermeiden und war insbesondere für Arbeitskämpfe in der Metallindustrie von großer Bedeutung. Die Gewerkschaft war zwar finanziell in der Lage, den Streikenden sowie den im Tarifgebiet Betroffenen Streikunterstützung zu gewahren, doch hätte es ihre Möglichkeiten überschritten, dasselbe auch in anderen Tarifgebieten zu tun. Der wirtschaftliche Stellenwert des Problems wird daran deutlich, dass die (damalige) Bundesanstalt für Arbeit 1984 bei der ersten Auseinandersetzung um die 35-Stunden-Woche vorübergehend den in anderen Tarifgebieten Tätigen das Kurzarbeitergeld verweigerte, aufgrund gerichtlicher Anordnung dann jedoch ca. 200 Mio. DM ausbezahlen musste.³² Durch das sog. Neutralitätssicherungsgesetz v. 15. 5. 1986³³ wurde die Rechtslage verändert: Nunmehr sollte in einem anderen Tarifbezirk derselben Branche der Anspruch auf Sozialleistungen bereits dann entfallen, wenn „eine Forderung erhoben worden ist, die einer Hauptforderung des Arbeitskampfes nach Art und Umfang gleich ist, ohne mit ihr übereinstimmen zu müssen“ und wenn „das Arbeitskampfergebnis aller Voraussicht nach in dem räumlichen Geltungsbereich des nicht umkämpften Tarifvertrags im Wesentlichen übernommen wird.“ Dies führte dazu, dass es in der Metallindustrie in den folgenden Jahren nur zu einem einzigen Arbeitskampf kam, bei dem bewusst alle die Unternehmen ausgespart wurden, deren Ausfall Auswirkungen in anderen Tarifbezirken gehabt hätte. Dies war wiederum für das Bundesverfassungsgericht ein wesentlicher Grund dafür, die Verfassungsbeschwerde der IG Metall mit Entscheidung vom 4. 7. 1995 zurückzuweisen; die gesetzliche Regelung verstoße nicht gegen die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, da die Tarifautonomie weiter funktionsfähig sei.³⁴ Dies würde sich allerdings ändern, wenn ein Streik nur noch solche Unternehmen erfassen könne, die mit anderen branchenangehörigen Unternehmen eng verflochten seien. Träte ein solcher Fall ein, müssten Gesetzgeber und Rechtsprechung das zur Erhaltung der Tarifautonomie Notwendige in die Wege leiten, die Regelung also „nachbessern“.

Die IG Metall hat sich mit diesem Rechtszustand im Wesentlichen abgefunden. Sie versteht die Vorschrift so, dass schon das Erheben einer (fast) identischen Forderung im anderen

³² Angaben nach Deinert AuR 2010, 290

³³ BGBl I S. 740

³⁴ BVerfG DB 1995, 1464

Tarifgebiet die Ansprüche auf Sozialleistungen ausschließe.³⁵ Eine solche Situation sei jedoch mit allen Mitteln zu vermeiden, weil das die Organisation sprengen könne: Würde denjenigen Mitgliedern, die nicht im umkämpften Tarifgebiet tätig sind, notgedrungen die Streikunterstützung verweigert, würden sie sich benachteiligt fühlen und möglicherweise die Organisation verlassen. Hauptargument: Wäre ihr Bezirk als „Streikbezirk“ ausgesucht worden, hätten sie eine volle Absicherung erhalten. Ob es wirklich verbreitet eine solche Haltung gibt, ist empirisch nie geklärt worden. Dies erstaunt, weil man zu weniger bedeutsamen Problemen durchaus die Mitgliedermeinung erfragt. Auch hat man nie erwogen, die Streikunterstützung generell auf persönliche Notfälle zu beschränken. Stattdessen hat man es hingenommen, erpressbar zu sein, und hat Streiks nach Möglichkeit vermieden oder – wie in dem genannten Beispiel aus Bayern – auf wenig vernetzte Bereiche beschränkt. Dies hat zur Folge, dass die Gewerkschaft im Bereich der Automobilindustrie und ihrer Zulieferer allenfalls kurze Warnstreiks durchführt und sich damit ihren wichtigsten Trumpf nehmen lässt. Die Arbeitgeberseite hat ihrerseits auf „Provokationen“ in den Tarifrunden verzichtet und durchaus gewisse inhaltliche Konzessionen gemacht – vermutlich, weil man die IG Metall nicht wieder in die Rolle einer Kampforganisation hineinzwingen wollte. Die Neuregelung des § 116 AFG hat also ihren Zweck durchaus erreicht, Streiks noch mehr als in der Vergangenheit zu einer Ausnahmeerscheinung zu machen.

6. Die Hartz-Gesetze

Ähnlich wie § 116 AFG hatten die unter dem Namen „Hartz-Gesetze“ bekannten Reformen des Arbeitsmarkts 2003/2004 nur wenig unmittelbaren Bezug zum kollektiven Arbeitsrecht.³⁶ Außer der Arbeitnehmerüberlassung betrafen sie ausschließlich sozialrechtliche Bestimmungen.

³⁵ In der Literatur (Deinert AuR 2010, 290 ff.) ist allerdings zu Recht darauf hingewiesen worden, dass dies nur dann gelte, wenn die Übernahme des Tarifergebnisses aus dem umkämpften Tarifgebiet gesichert sei, doch hat dies noch keinen Niederschlag in der gewerkschaftlichen Praxis gefunden.

³⁶ „Hartz“ ist der Name des Vorsitzenden der Kommission, die im Auftrag der Bundesregierung entsprechende Vorschläge ausgearbeitet hatte.

Durch das „Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ vom 23. 12. 2002³⁷ (gemeinhin „Hartz I“ genannt) wurde die Leiharbeit u. a. in der Weise liberalisiert, dass der Einsatz im einzelnen Betrieb nunmehr ohne zeitliche Befristung möglich war.

Leiharbeitnehmer waren deshalb nicht mehr nur schnell verfügbare „Aushilfen“ beim Ausfall von Arbeitskräften und bei einem überraschenden Anstieg der Aufträge; vielmehr konnten sie von nun an unbefristet beschäftigte Stammarbeitnehmer ersetzen. Das gesetzliche Bekenntnis zu „Equal Pay“ und „Equal Treatment“ in § 9 Nr. 2 AÜG war nur eine scheinbare Kompensation, da durch Tarifvertrag von ihr abgewichen werden konnte. Dies geschah in flächendeckendem Umfang. Ein mit einer „christlichen Gewerkschaft“ in Nordbayern abgeschlossener Tarifvertrag war Vorreiter und veranlasste die DGB-Gewerkschaften, in das „Tarifgeschäft“ einzusteigen, um dieses nicht „den Christen“ zu überlassen. Die Folge war, dass die bisherigen Leiharbeitslöhne (die verbreiteter Schätzung nach 30 bis 40 % unter denen vergleichbarer Stammarbeitnehmer lagen) im Wesentlichen festgeschrieben und zahlreiche andere Benachteiligungen z. B. bei den Kündigungsfristen, bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, beim Urlaub usw. vereinbart wurden. Ermächtigungen, wonach von einem Gesetz zwar nicht durch Arbeitsvertrag, wohl aber durch Tarifvertrag abgewichen werden kann, wurden in weitem Umfang ausgeschöpft. Der Tarifvertrag verlor in diesem Sektor seine traditionelle Funktion; statt Arbeitnehmer zu schützen, wurde er zu einem Mittel der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen, ja der sozialen Ausgrenzung. Auswirkungen ergaben sich auch außerhalb der Leiharbeitsbranche: Wer weiß, dass er notfalls durch einen Leiharbeitnehmer ersetzt werden kann, passt sich an und erhebt keine Forderungen, weil er jeden Konflikt vermeiden will.

Das „Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ von 24. 12. 2003³⁸ schuf die „Grundsicherung für Arbeitslose“, die als Buch II in das SGB eingefügt wurde. Als „Hartz IV“ ist es in die Umgangssprache eingegangen. Die Arbeitslosenhilfe, die sich an das Arbeitslosengeld anschloss, wurde abgeschafft. Sie hatte sich am bisherigen Einkommen orientiert und war bei Bedürftigkeit gewährt worden. Nunmehr spielte bei der „Grundsicherung für Arbeitslose“ die bisherige Einkommenssituation keine Rolle mehr; auch wurden die Anforderungen an die Bedürftigkeit verschärft. Inhaltlich konnte (und kann) die

³⁷ BGBl I S. 4607

³⁸ BGBl I S. 2954

Grundsicherung lediglich in höchst bescheidenem Umfang das Existenzminimum garantieren. Zugleich wurde so gut wie jede Arbeit für zumutbar erklärt. Die Einzelheiten brauchen hier nicht zu interessieren. Die schlichte Tatsache, dass nach Auslaufen des Arbeitslosengelds von sechs Monaten oder einem Jahr „Hartz IV“ droht, schafft bei vielen die Angst vor einem Fall ins Bodenlose. Dies reduziert wiederum die Konfliktbereitschaft, was sich u. a. in (bescheidenen) Ergebnissen von Tarifrunden niederschlägt.

7. Die Erosion gewerkschaftlicher Verhandlungsmacht

Die zuletzt genannten Veränderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen waren die wohl wichtigsten Faktoren dafür, dass die gewerkschaftliche Kampfkraft in den letzten zwanzig Jahren erheblich zurückging. Daneben stand die Schwierigkeit, sich auf neue Beschäftigtenstrukturen einzustellen: Die Gruppe der Arbeiter, in denen die Gewerkschaft traditionell sehr stark verankert war, ist zur Minderheit gegenüber der Gruppe der (schwach organisierten) Angestellten geworden. Es überrascht daher nicht, dass die Zahl der in den DGB-Gewerkschaften Organisierten von 11,8 Mio. im Jahr 1991 auf 6,14 Mio. im Jahr 2012 zurückgegangen ist,³⁹ was einem Verlust von fast der Hälfte entspricht.⁴⁰ Auch die Tarifbindung ging deutlich zurück. Nur noch 50 % aller Arbeitnehmer arbeiten bei einem Arbeitgeber, der an einen Verbandstarif gebunden ist; 8 % fallen unter den Schutz eines Firmentarifvertrages.⁴¹ Vor dreißig Jahren ging man noch davon aus, dass rund 90 % aller Arbeitnehmer von einem Tarifvertrag erfasst werden. Unter diesen Umständen verwundert es nicht, dass die Reallöhne im Zeitraum von 1992 bis 2012 um 1,6 % gesunken sind.⁴² Die Niedriglohnquote lag im Jahre 2010 bei 20,6 %, wobei als „Niedriglohn“ ein Einkommen qualifiziert wird, das weniger als zwei Drittel des mittleren Verdienstes (Median) ausmacht. Dabei fiel allerdings die Existenz eines Tarifvertrags ins Gewicht: Nur 11,9 % der bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber Tätigen mussten sich mit einem solchen Niedriglohn begnügen, während dies bei 31 % der bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten

³⁹ Zahlen nach www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen/

⁴⁰ Genauer: Von der ursprünglichen Mitgliederzahl sind 52,03 % verblieben. Der Aufstieg der sog. Spartengewerkschaften (unten III 2 c) konnte das zahlenmäßig nicht ausgleichen.

⁴¹ Zahlen nach WSI-Tarifarchiv, Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik 2014, Düsseldorf 2014, unter 1.7

⁴² Mitgeteilt durch die Bundeszentrale für politische Bildung: www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/soziale-Situation-in-Deutschland/

Arbeitnehmer der Fall war.⁴³ Der Mitgliederzuwachs, der in den letzten zwei Jahren bei einigen Gewerkschaften zu verzeichnen war, wurde durch Abgänge, insbesondere unter Rentnern, weitgehend wieder ausgeglichen.

III. Die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat anders als der Gesetzgeber in den vergangenen vierzig Jahren die Handlungsmöglichkeiten der Gewerkschaften eher verbessert als verschlechtert.

1. Die veränderte Auslegung der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG

Das Grundgesetz begnügt sich in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 dem Wortlaut nach mit der individuellen Koalitionsfreiheit und deutet lediglich in der Notstandsklausel des Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG an, dass die Vorschrift auch kollektive Betätigungsformen kennt. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat jedoch schon sehr früh auch die Möglichkeit zum Abschluss von Tarifverträgen als mitgarantiert angesehen und in der Entscheidung vom 18. 11. 1954 ausgeführt:⁴⁴

„Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit betrifft nicht nur den Zusammenschluss als solchen, sondern den Zusammenschluss zu einem bestimmten Gesamtzweck, nämlich zu der aktiven Wahrnehmung der Arbeitgeber- (Arbeitnehmer-) Interessen. Dies bedeutet zugleich, dass frei gebildete Organisationen auf die Gestaltung der Löhne und Arbeitsbedingungen Einfluss nehmen, insbesondere zu diesem Zweck Gesamtvereinbarungen treffen können. Die historische Entwicklung hat dazu geführt, dass solche Vereinbarungen in Gestalt geschützter Tarifverträge mit Normativcharakter und Unabdingbarkeit abgeschlossen werden. Wenn also die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit nicht ihres historisch gewordenen Sinnes beraubt werden soll, so muss im Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG ein verfassungsrechtlich geschützter Kernbereich auch in der Richtung liegen, dass ein Tarifvertragssystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts staatlicherseits überhaupt bereitzustellen ist und dass Partner dieser Tarifverträge notwendig frei gebildete Koalitionen sind.“

⁴³ Wie Fn. 41

⁴⁴ BVerfGE 4, 96 unter C 2 b aa der Gründe

Damit war einerseits ein großer Schritt getan, andererseits aber der Bestimmung des „Kernbereichs“ der späteren Rechtsprechung und der sie beeinflussenden Literatur überlassen. Dies hatte Konsequenzen weniger im Tarifvertragsrecht, das ja durch das TVG eine gesetzliche Regelung erfahren hatte, sondern für sonstige Formen gewerkschaftlicher Betätigung. Das BAG vertrat beispielsweise den Standpunkt, zum Kernbereich zähle nur, was für die Existenz und Betätigung der Gewerkschaft „unerlässlich“ sei. Gewerkschaftliche Vertrauensleute im Betrieb zu wählen, zähle nicht hierzu, weil die Wahl auch in einem angemieteten Bus stattfinden könne.⁴⁵ Einen dem Arbeitgeber gehörenden Schutzhelm mit einem gewerkschaftlichen Emblem zu bekleben, sei gleichfalls von Art. 9 Abs. 3 GG nicht gedeckt, weil man diesen ja auch an der eigenen Kleidung befestigen könne.⁴⁶ Die Gewerkschaftszeitung an Mitglieder im Betrieb zu verteilen, sei ebenfalls nicht „unerlässlich“, weil man dies auch mit Hilfe der Post tun könne.⁴⁷ Erst recht habe ein Gewerkschaftsbeauftragter kein Zugangsrecht zum Betrieb, um gewerkschaftliches Werbe- und Informationsmaterial zu verteilen, da auch die dort beschäftigten Mitglieder diese Aufgabe übernehmen könnten.⁴⁸ Wenn sie dies taten, war es ihnen allerdings untersagt, Arbeitskollegen anzusprechen, deren Arbeitszeit noch nicht beendet war.⁴⁹

Die Minimierung der Koalitionsfreiheit mit Hilfe einer (höflich ausgedrückt) kleinlichen Kasuistik hat mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14. 11. 1995⁵⁰ ein Ende gefunden. Dabei stellte das Gericht klar, dass alle koalitionsspezifischen Betätigungen einschließlich der Mitgliederwerbung in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallen; dieser erfasse alle Betätigungen, die darauf gerichtet seien, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern. Grenzen würden sich nur aus den grundrechtlich geschützten Positionen des Arbeitgebers, etwa seinem Recht auf wirtschaftliche Betätigung ergeben; insoweit müsse eine Abwägung erfolgen. Die Formel vom „Kernbereich“ sei missverstanden

⁴⁵ BAG DB 1979, 1043 = AuR 1979, 254

⁴⁶ BAG DB 1979, 1089

⁴⁷ BAG DB 1979, 1185

⁴⁸ BAG DB 1982, 1015

⁴⁹ BAG DB 1982, 1327 = AuR 1982, 293 mit krit. Anm. Herschel

⁵⁰ BVerfGE 93, 352 ff.

worden; sie umschreibe lediglich die Grenze, bis zu der hin eine im Interesse der Arbeitgebergrundrechte erfolgende Einschränkung gehen könne.

Damit waren die Weichen in andere Richtung als bisher gestellt. Im konkreten Fall wurde die BAG-Entscheidung aufgehoben, wonach es generell verboten sei, einen Arbeitskollegen während seiner Arbeitszeit anzusprechen.⁵¹ Später anerkannte das BAG folgerichtig ein gewerkschaftliches Zugangsrecht zum Betrieb.⁵² Auch bei den anderen Betätigungsformen wie der Wahl der Vertrauensleute oder dem Tragen eines Aufklebers gibt es heute keine wirklichen Probleme mehr.⁵³ In der Logik der Rechtsprechung des BVerfG liegt es weiter, dass die Beschäftigten auch per E-Mail kontaktiert werden können, und zwar auch unter Benutzung ihrer betrieblichen Adressen.⁵⁴ Auswirkungen hat die neue Rechtsprechung weiter im Arbeitskampfrecht.⁵⁵

Der Wandel der Kernbereichslehre bringt aus Arbeitnehmersicht einen eindeutigen Rechtsfortschritt, der ersichtlich nicht durch „gewerkschaftliche Gegenmacht“ erreicht wurde.⁵⁶ Was die Gründe waren, lässt sich schwer aufklären, ohne die Vertraulichkeit des gesprochenen Worts zu verletzen. In der Sache entschieden Richter, denen gewerkschaftsfeindliche Tendenzen fern lagen und denen daran gelegen war, die kollektive Koalitionsfreiheit aus Gründen der rechtsdogmatischen Stringenz wie andere Grundrechte zu behandeln.⁵⁷

2. Grundsatzfragen des Tarifvertragsrechts

a) Die Bezugnahmeklausel

⁵¹ Oben Fn. 49

⁵² BAG NZA 2006, 798; zustimmend LAG Niedersachsen NZA-RR 2009, 209

⁵³ Einzelheiten bei Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 11. Aufl., Baden-Baden 2010, Rn. 509, 369

⁵⁴ BAG NZA 2009, 615 = DB 2009, 1410

⁵⁵ Dazu unten 3

⁵⁶ Diese als ausschließliche Kraft sehend Reinhard Hoffmann, Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht, Frankfurt/Main 1968

⁵⁷ S. Heilmann AuR 1996, 121 („Koalitionsfreiheit als normales Grundrecht“)

Da Tarifverträge nach § 3 Abs. 1 TVG nur für Gewerkschaftsmitglieder gelten, wird üblicherweise in den Einzelarbeitsverträgen ausdrücklich auf den Tarifvertrag Bezug genommen, um so auch die Außenseiter nach Tarif zu behandeln. Dafür spricht nicht nur, dass der Arbeitgeber im Regelfall bei der Einstellung gar nicht weiß, wer Gewerkschaftsmitglied ist. Vielmehr hat er auch ein Interesse daran, keinen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt zu liefern, der automatisch mit einer untertariflichen Behandlung der Außenseiter verbunden wäre.⁵⁸

Wird nun in den Arbeitsverträgen auf die „Tarifverträge des öffentlichen Dienstes“ oder auf die „Tarifverträge der Metallindustrie“ verwiesen, so kann dies große praktische Bedeutung gewinnen, wenn der Arbeitgeber aus dem Verband austritt oder wenn ein Betriebsteil (oder der ganze Betrieb) in eine andere Branche wechselt, wenn beispielsweise die Kantine aus dem Chemiebetrieb herausgelöst und zu einer selbständigen GmbH gemacht wird, die zur Gastronomie-Branche gehört.

Der zuständige Vierte Senat des BAG qualifizierte diese Klauseln zunächst als „Gleichstellungsabreden“.⁵⁹ Dies hatte zur Folge, dass sie ihre Bedeutung verloren, wenn die Tarifverträge auch für die Organisierten wegen Verbandsaustritts des Arbeitgebers oder wegen Branchenwechsels nur noch Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG hatten. Es trat insoweit eine Entkoppelung von der weiteren Tarifentwicklung ein. Anders stellte sich aber die Situation dar, wenn nicht einschlägige (branchenfremde) Tarifverträge in Bezug genommen wurden⁶⁰ oder wenn der Arbeitgeber bei Abschluss des Arbeitsvertrags selbst nicht tarifgebunden war.⁶¹ In diesen Fällen nahmen die betroffenen Arbeitnehmer an der Tarifentwicklung so lange teil, wie die Tarifverträge (oder ihre Nachfolgeregelungen) existierten.

⁵⁸ Zur Frage, ob darin nicht ein Verstoß gegen die (positive) Koalitionsfreiheit liegt, s. Däubler-Heuschmid RdA 2013, 2

⁵⁹ BAG NZA 2002, 634; BAG NZA 2003, 1207

⁶⁰ BAG NZA 2002, 100, 103.

⁶¹ BAG NZA 2003, 1039; BAG NZA 2005, 478.

In der Literatur überwog die Kritik an dieser Rechtsprechung.⁶² Nicht einzusehen war, dass ein und dieselbe Klausel je nach Verbandszugehörigkeit des Arbeitgebers einen völlig unterschiedlichen Inhalt haben sollte. Weiter stellte es ersichtlich die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB⁶³ auf den Kopf, wenn eine vom Wortlaut her eindeutige Regelung (nämlich die fortdauernde Partizipation an der Tarifentwicklung) im Verhältnis zum organisierten Arbeitgeber in ihr schlichtes Gegenteil verwandelt wurde. Dabei wurde nicht einmal erwogen, die Arbeitsvertragsparteien hätten ja auch das wollen können, was sie tatsächlich erklärt haben.⁶⁴ Selbst der für die Rechtsprechung (mit-)verantwortliche Vorsitzende des Vierten Senats sprach von einer „wohlwollenden Auslegung“ zugunsten des Arbeitgebers.⁶⁵ Mit Urteil vom 14. 12. 2005⁶⁶ hat derselbe Senat (allerdings unter einem neuen Vorsitzenden) einen Wandel seiner Rechtsprechung angekündigt: In Zukunft solle für alle Verträge, die nach dem 31. 12. 2001 abgeschlossen wurden, § 305c Abs. 2 voll zur Geltung kommen.⁶⁷ Mit Entscheidung vom 18. 4. 2007 hat das BAG seine Ankündigung in die Tat umgesetzt.⁶⁸ Dies bedeutet, dass die Ankoppelung an die Tarifverträge bei Verbandsaustritt oder Branchenwechsel nicht mehr in Korrektur des Wortlauts beendet wird. Diese Wirkung der Bezugnahmeklausel tritt auch gegenüber verbandsangehörigen Arbeitgebern ein.⁶⁹ Verträge, die vor dem genannten Stichtag geschlossen wurden, sind aus Gründen des Vertrauensschutzes weiter nach der bisherigen Rechtsprechung zu behandeln; dies soll auf unbestimmte Zeit gelten.⁷⁰ Heißt es also in einem ab 1. 1. 2002 abgeschlossenen Arbeitsvertrag „Es gelten die Tarifverträge der Metallindustrie in ihrer jeweiligen Fassung“, so kann sich darauf auch ein Kantinenmitarbeiter berufen, der zu einer neu gegründeten Gastronomie-Gesellschaft gewechselt ist, die die Kantine weiter betreibt. Damit ist die Flucht

⁶² Annuß AuR 2002, 362; Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn. 229f.; Thüsing/Lambrich RdA 2002, 193; Stein, in: Kempen/Zachert, TVG, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2006, § 3 Rn. 186 ff.

⁶³ Danach ist bei nicht aufklärbarer Uneindeutigkeit die für die Arbeitnehmer günstigere Lösung zu wählen.

⁶⁴ Thüsing NZA 2006, 473. Ähnlich Bayreuther DB 2007, 166.

⁶⁵ Schliemann ZTR 2004, 502, 510

⁶⁶ BAG NZA 2006, 607 = DB 2006, 1322.

⁶⁷ Am 1. 1. 2002 ist § 305c BGB im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung in Kraft getreten. Der Stichtag überzeugt wenig, da schon vorher nach den dort niedergelegten Grundsätzen verfahren wurde.

⁶⁸ NZA 2007, 965.

⁶⁹ Bayreuther DB 2007, 166.

⁷⁰ BAG NZA-RR 2009, 537.

aus dem Tarifsystem ein Stück weit erschwert, da der Austritt aus dem Arbeitgeberverband eher uninteressant wird, wenn die Tarifverträge wegen der Bezugnahmeklausel weiter angewandt werden müssen. Mit neu Eingestellten lässt sich allerdings Abweichendes vereinbaren. Auch gab es in der Praxis schon bisher Formulierungen, die effektiv im Sinne einer Gleichstellungsabrede gemeint waren.

b) Anforderungen an die Tariffähigkeit

Die Koalitionsfreiheit gewährt das selbstverständliche Recht, neue Gewerkschaften zu gründen oder bestehende Berufsverbände in Gewerkschaften zu verwandeln. Welche Anforderungen eine Organisation erfüllen muss, um den Status einer „Gewerkschaft“ zu erwerben, ist gesetzlich nicht geregelt. Die Rechtsprechung verlangt insbesondere Unabhängigkeit von der Arbeitgeberseite sowie die Fähigkeit, auf diese Druck auszuüben. Weiter muss die Vereinigung von ihren Ressourcen her die Möglichkeit haben, vor Beginn von Tarifverhandlungen die wirtschaftliche Lage zu analysieren, Tarifforderungen aufzustellen und die Einhaltung der getroffenen Vereinbarungen zu überwachen.⁷¹ Sieht man diese Voraussetzungen relativ schnell als erfüllt an, so ermöglicht man damit den Abschluss von Tarifverträgen durch Organisationen, die sich mangels Verhandlungsmacht im Prinzip die Arbeitgeberposition zu eigen machen und „Dumpinglöhne“ vereinbaren oder die im Extremfall sogar von der Arbeitgeberseite finanziert werden.

Die Rechtsprechung des BAG nahm die erforderliche Durchsetzungskraft einer Organisation bereits dann an, wenn diese „in nennenswertem Umfang“ Tarifverträge abgeschlossen hatte, wobei auch Anschlussstarifverträge genügen sollten.⁷² Eine Ausnahme sollte nur dann gelten, wenn es sich um Schein- oder Gefälligkeitstarife handelte, die auf einem einseitigen Diktat der Arbeitgeberseite beruhten. Dafür bedurfte es aber besonderer Anhaltspunkte. Der „Christlichen Gewerkschaft Metall“ wurde daher die Tariffähigkeit zugesprochen, obwohl ihre Tarifverträge regelmäßig erheblich unter dem Niveau der von der IG Metall abgeschlossenen Vereinbarungen lagen, war doch ein „Diktat“ der Arbeitgeberseite nicht ersichtlich. Eine Akzentverschiebung brachte jedoch die BAG-Entscheidung vom 5. 10.

⁷¹ BAG BB 2005, 1054, 1059; BAG NZA 2006, 1112

⁷² BAG NZA 2006, 1112, auch zum Folgenden

2010⁷³, wonach es entscheidend auf die Zahl der Mitglieder ankomme; eine größere Menge abgeschlossener Tarifverträge könne für sich allein die Tariffähigkeit nicht begründen.⁷⁴ Die größte Publizität genoss die Entscheidung zur Christlichen Gewerkschaft für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP), einer auf Leiharbeit spezialisierten Spitzenorganisation von fünf „christlichen“ Gewerkschaften, der die Tariffähigkeit auch wegen fehlender Tarifzuständigkeit aberkannt wurde.⁷⁵ Da die CGZP- Entscheidung auch für die Vergangenheit wirkte,⁷⁶ waren die CGZP-Tarifverträge unwirksam. Leiharbeitnehmer, die unter Bezugnahme auf die sie beschäftigt worden waren, konnten deshalb gleiche Vergütungen wie Stammkräfte verlangen, doch ergaben sich viele praktische Schwierigkeiten bei der Durchsetzung solcher Ansprüche.

c) Tarifeinheit oder Tarifpluralität?

In ständiger Rechtsprechung ging das BAG davon aus, in einem Betrieb könne zum selben Gegenstand nur ein Tarifvertrag gelten. Soweit zwei verschiedene Gewerkschaften jeweils einen Tarif abgeschlossen hatten, sollte der „speziellere“ den Vorrang haben: Hatte die eine Gewerkschaft einen Verbandstarif, die andere einen Firmentarif abgeschlossen, so galt allein der letztere, ohne dass es auf die Verankerung der jeweiligen Organisation im Betrieb ankam.⁷⁷ Dies hatte sich mit Zustimmung des BAG⁷⁸ die (damalige) DAG zunutze gemacht und einen Firmentarif geschlossen, der schlechtere Leistungen gewährte als der von der Gewerkschaft HBV erreichte Flächentarif. In neuerer Zeit gelang es verschiedentlich der CGM, derartige Firmentarife zu vereinbaren und so den Flächentarif der Metallindustrie erfolgreich zu durchlöchern. In der Literatur war das BAG mittlerweile auf fast einhellige Ablehnung gestoßen.⁷⁹ Am 7. 1. 2010 fasste der Vierte Senat einen „Anfragebeschluss“ an

⁷³ BAG NZA 2011, 300 – GKH (= Gewerkschaft für Kunststoffgewerbe und Holzverarbeitung im Christlichen Gewerkschaftsbund, CGB).

⁷⁴ Näher zu dieser Entscheidung Greiner NZA 2011, 825

⁷⁵ BAG NZA 2011, 289

⁷⁶ BAG NZA 2012, 625, soweit dieselbe Satzung bestand

⁷⁷ BAG AP Nr. 16 und 19 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz

⁷⁸ NZA 1991, 736

⁷⁹ Überblick bei Zwanziger, in: Däubler (Hrsg.), TVG (oben Fn. 10) § 4 Rn 943 ff. mit Fn. 2576

den 10. Senat, in dem er mit eingehender Begründung seine Absicht kund tat, den Grundsatz der Tarifeinheit aufzugeben.⁸⁰ In Zukunft solle Tarifpluralität im Betrieb möglich sein. Die mit verschiedenen Gewerkschaften geschlossenen Tarifverträge würden nur für deren Mitglieder gelten; bei Nichtorganisierten wäre auf die arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel abzustellen. Der 10. Senat, der in der Vergangenheit gleichfalls den Grundsatz der Tarifeinheit zugrunde gelegt hatte, schloss sich der Auffassung des 4. Senats an,⁸¹ so dass nunmehr Tarifpluralität gilt.

Die veränderte Rechtsprechung machte die Unterbietungskonkurrenz durch die CGM und andere vergleichbare Organisationen gegenstandslos, da unter einem schlechteren Tarif nur noch die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft zu leiden haben. Dennoch ergab sich auch im gewerkschaftlichen Lager Widerstand. Die sog. Spartengewerkschaften, die in den vergangenen Jahren sehr viel bessere Tarifergebnisse als die DGB-Gewerkschaften hatten erreichen können, hatten nach Preisgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit keine besonderen rechtlichen Hindernisse mehr zu überwinden.⁸² Um diesen

„Überbietungswettbewerb“ unmöglich zu machen, präsentierten DGB und Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände (BdA) gemeinsam im Jahre 2011 einen Gesetzentwurf, um den Grundsatz der Tarifeinheit wiederherzustellen; den Vorrang sollte allerdings nicht der speziellere, sondern der Tarifvertrag der Gewerkschaft haben, die im Betrieb über mehr Mitglieder verfügt. Damit sollten die Spartengewerkschaften faktisch ihrer Handlungsmöglichkeiten beraubt werden, da sie aus Sicht der Verfasser des Entwurfs nur ganz ausnahmsweise mehr Mitglieder als die „allgemeine“ Gewerkschaft haben.⁸³ Der Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung sieht eine entsprechende gesetzliche Regelung vor, doch dürfte es schwerlich mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar sein, einer

⁸⁰ BAG NZA 2010, 645

⁸¹ BAG NZA 2010, 778

⁸² Die wichtigsten Spartengewerkschaften sind MB (= Marburger Bund der angestellten Ärzte), GdL (= Gewerkschaft der Lokomotivführer), VC (=Vereinigung Cockpit), UFO (=Unabhängige Flugbegleiter Organisation), GdF (= Gewerkschaft der Flugsicherung)

⁸³ Ob dies zutrifft, wird man bezweifeln können. Auch ergeben sich schwer überwindbare Schwierigkeiten bei der Feststellung, wer die größere Zahl von Mitgliedern im Betrieb hat.

Gewerkschaft den Abschluss von Tarifverträgen und damit die wichtigste Betätigungsform unmöglich zu machen.⁸⁴

d) Einfache und qualifizierte Differenzierungsklausel

Der schrumpfende gewerkschaftliche Organisationsgrad und die allgemein geübte Praxis tarifgebundener Arbeitgeber, auch die Nichtorganisierten nach Tarif zu behandeln, legt den Versuch nahe, bestimmte tarifliche Leistungen den Gewerkschaftsmitgliedern vorzubehalten, die gesetzlich auf die Mitglieder beschränkte Tarifwirkung also gegen eine „Verwässerung“ abzusichern. Die Praxis sah sich jedoch mit der Tatsache konfrontiert, dass der Große Senat des BAG schon Ende der sechziger Jahre eine Tarifbestimmung für unzulässig erklärt hatte, die allein für die Organisierten ein bestimmtes Urlaubsgeld vorgesehen hatte.⁸⁵ Dennoch ergaben sich einige Möglichkeiten.

Von einer sog. einfachen Differenzierungsklausel spricht man dann, wenn die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ausdrücklich zu einem anspruchsbegründenden Merkmal für einen tariflichen Anspruch gemacht wird, der Arbeitgeber aber das Recht behält, die Leistung auch an nichtorganisierte Arbeitnehmer zu erbringen. In einer spezifischen Situation führt dies zu einer Besserstellung von Gewerkschaftsmitgliedern: Wird mit Rücksicht auf die schlechte wirtschaftliche Situation des Unternehmens ein Firmentarif geschlossen, dessen Niveau unter dem einschlägigen Flächentarif liegt, so kann man für Gewerkschaftsmitglieder einen „Bonus“ vorsehen, der für sie einen Teil der Absenkung ausgleicht. Hier wäre der Arbeitgeber zwar berechtigt, den Bonus auch an Außenseiter zu bezahlen, doch wird er dazu in aller Regel wirtschaftlich nicht in der Lage sein, so dass tatsächlich eine Differenzierung eintritt. Das BAG hat die Klausel gleichwohl für zulässig erklärt.⁸⁶

Die qualifizierte Differenzierungsklausel, die dem Arbeitgeber auch rechtlich die Erstreckung auf Außenseiter verbietet oder die einen bestimmten Abstand zwingend vorschreibt, hat

⁸⁴ Dazu zuletzt Bayreuther NZA 2013, 1395; Hensche Blätter für deutsche und internationale Politik Heft 1/2014 S. 34 ff. Am 13. Mai 2014 lehnte der DGB-Bundeskongress das Projekt eines „Tarifeinheitsgesetzes“ mit großer Mehrheit ab (Schwäbisches Tagblatt v. 14. Mai 2014, S. 2)

⁸⁵ BAG AP Nr. 13 zu Art. 9 GG; dazu auch BAG DB 1978, 1647

⁸⁶ BAG NZA 2009, 1028

demgegenüber auch weiterhin nicht den Segen des BAG erhalten.⁸⁷ Wollte man sie zulassen, so könnten Arbeitgeber und Außenseiter keine Gleichstellung mehr vereinbaren, was eine Überschreitung der Tarifmacht darstelle, die Arbeitsverhältnisse Dritter nicht erfassen dürfe. Dies hat in der Literatur Kritik gefunden,⁸⁸ doch ist hier nicht der Ort, diese im Einzelnen auszubreiten. Auch gibt es durchaus Möglichkeiten, durch Einsatz der Gewerkschaft als „Zahlstelle“ oder durch Einschaltung einer gemeinsamen Einrichtung allein den Mitgliedern bestimmte Leistungen zukommen zu lassen, doch hält sich ein entsprechendes Entgegenkommen der Arbeitgeberseite derzeit in engen Grenzen.

3. Vorsichtige Öffnung des Arbeitskampfrechts

Die veränderte Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 3 GG⁸⁹ führt dazu, dass die gewerkschaftliche Betätigung „Arbeitskampf“ nicht von vorne herein auf einen Streik um einen (besseren) Tarifvertrag beschränkt ist. Außerdem gibt es eine mit Zweidrittelmehrheit beschlossene Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats an die Bundesrepublik, mit Rücksicht auf die Streikgarantie des Art. 6 Nr. 4 ESC die bisherigen engen Schranken des Streikrechts aufzugeben und auch Arbeitsniederlegungen zuzulassen, die um andere als tarifliche Ziele geführt werden.⁹⁰ Das BAG hat dem zwar noch nicht Rechnung getragen, es in zwei Entscheidungen jedoch ausdrücklich dahinstehen lassen, ob nicht auch Streiks ohne Tarifbezug rechtmäßig sein können.⁹¹

Keine Bedenken hatte das BAG, einen Streik um einen Tarifsozialplan für rechtmäßig zu erklären: Den §§ 111 ff. BetrVG komme keine Exklusivwirkung zu. Auch spiele es keine Rolle, wenn hohe Forderungen wie (im konkreten Fall) drei Jahre volle Entgeltfortzahlung erhoben würden, da das Gericht diese nicht kontrolliere.⁹²

⁸⁷ BAG NZA 2011, 920

⁸⁸ Däubler-Heuschmid RdA 2013, 1, 6 ff. m. w. N.

⁸⁹ S. oben 1

⁹⁰ Text der Empfehlung in AuR 1998, 154 ff. Dazu eingehend Kohte/Doll ZESAR 2003, 393 ff.

⁹¹ BAG NZA 2003, 735, 740; BAG NZA 2007, 987, 994 – Tz. 79

⁹² BAG NZA 2007, 987

Eine gewisse Lockerung ergab sich weiter in Bezug auf den Solidaritätsstreik. Dieser wurde lange Zeit als grundsätzlich rechtswidrig angesehen, es sei denn, das bestreikte Unternehmen hätte zum selben Konzern gehört oder wäre aus anderen Gründen nicht mehr als „außenstehender Dritter“ anzusehen gewesen.⁹³ Nunmehr fällt auch die Betätigungsform „Solidaritätsstreik“ unter Art. 9 Abs. 3 GG und ist nur dann rechtswidrig, wenn der bestreikte Arbeitgeber in unangemessener Weise beeinträchtigt ist, wenn seinen Interessen also höheres Gewicht zukommt.⁹⁴

Schließlich hat der sog. Flashmob eingehend Literatur und Gerichte beschäftigt. Im Rahmen der Tarifaueinandersetzungen im Einzelhandel kam es am 8. 12. 2007 in einem Berliner Supermarkt zu einer sog. Flashmob-Aktion, zu der die Gewerkschaft ver.di aufgerufen hatte. Etwa 40 bis 50 Personen waren per SMS dorthin gebeten worden, um die von Streikbrechern aufrecht erhaltenen Arbeitsabläufe zu stören. Tags zuvor war in einem Aufruf die Aktion wie folgt beschrieben worden:

- Viele Menschen kaufen zur gleichen Zeit einen Pfennig-Artikel und blockieren damit für längere Zeit den Kassenbereich;
- Viele Menschen packen zur gleichen Zeit ihre Einkaufswagen voll (bitte keine Frischware!) und lassen sie dann stehen;
- Schicke ein Fax an Leiharbeitsfirmen, die ihre Beschäftigten als Streikbrecher einsetzen und protestiere dagegen.

Die Aktion wurde wie beschrieben durchgeführt, wobei als Besonderheit hinzu kam, dass eine „Kundin“ mit einem gefüllten Einkaufswagen an die Kasse ging, dort ihre Waren einscannen ließ, dann aber entdeckte, dass sie ihren Geldbeutel vergessen hatte. Der Flashmob dauerte knapp eine Stunde.

Die Handlungsweise der Gewerkschaft wurde in allen Instanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit für zulässig erklärt.⁹⁵ Maßgebend war letztlich die Tatsache, dass es auch insoweit um eine spezifisch koalitionsmäßige Betätigung ging, die weniger als ein Streik in die Sphäre des Arbeitgebers eingriff. Die Besonderheit liegt in der Aktivierung der Teilnehmer, wie sie bei

⁹³ BAG DB 1985, 1695

⁹⁴ BAG NZA 2007, 1055

⁹⁵ Zuletzt BAG NZA 2009, 1347. Kritisch dazu Lembke NZA 2014, 471.

Streiks sonst selten zu finden ist, sowie in der (eher undeutschen) Spontaneität. Dass eine solche „konkrete Unordnung“ in einem Land als rechtmäßig anerkannt wird, in dem die „konkrete Ordnung“ erfunden wurde, ist alles andere als selbstverständlich. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch vor kurzem die Verfassungsbeschwerde gegen das BAG-Urteil zurückgewiesen.⁹⁶

4. Erschließung neuer Bereiche?

Beamte haben nach herrschender Auffassung in Deutschland kein Streikrecht. Diese Auffassung war zwar nie unbestritten und sah sich insbesondere in den siebziger Jahren erheblichen Angriffen ausgesetzt, doch blieben die Gerichte ihrer überkommenen Linie treu.⁹⁷ Eine folgenreiche Relativierung erfolgte erst mit den Entscheidungen des EGMR aus dem Jahr 2009, die den Gewerkschaften türkischer Beamter aufgrund von Art. 11 EMRK ein Recht auf Tarifverhandlungen⁹⁸ und auf Streik zusprachen,⁹⁹ soweit sie nicht mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt betraut waren. Die Verwaltungsgerichte der ersten und zweiten Instanz vertraten uneinheitliche Positionen, die von einer Bejahung des Streikrechts bis hin zu einer totalen Ablehnung reichten, da dieses die „deutsche Staatlichkeit“ gefährde.¹⁰⁰ Das Bundesverwaltungsgericht ging von einem verfassungsunmittelbaren Streikverbot aus, sah jedoch den Gesetzgeber kraft Verfassungs- und kraft Völkerrechts als verpflichtet an, das geltende Recht zu ändern und der Rechtsprechung des EGMR Rechnung zu tragen.¹⁰¹ Wann dies geschehen wird, ist derzeit nicht absehbar, doch ist es dem Gesetzgeber mit Rücksicht auf das Alimentationsprinzip untersagt, die Beamten von der Gehaltsentwicklung der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes abzukoppeln.¹⁰²

⁹⁶ BVerfG DB 2014, 956

⁹⁷ Überblick über die Entwicklung bei Hensche, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, § 18a

⁹⁸ EGMR AuR 2009, 269

⁹⁹ EGMR AuR 2009, 274

¹⁰⁰ Überblick bei Däubler, in: Däubler/Zimmer (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, FS Lörcher, Baden-Baden 2013, S. 273 ff.

¹⁰¹ BVerwG v. 27. 2. 2014 – 2 C 1.13 – Kurzwiedergabe in AuR 2014, 164

¹⁰² So ausdrücklich BVerwG a. a. O.

Auch Beschäftigten der Kirchen steht nach herrschender Auffassung kein Streikrecht zu.¹⁰³ Das BAG hat dies in seiner jüngsten Rechtsprechung dadurch ein wenig relativiert, als es bestimmte Anforderungen an alternative Verfahren von Kollektivverhandlungen stellte. Die Kirche kann die Entscheidung für eine Regelung durch Tarifvertrag (sog. 2. Weg) davon abhängig machen, dass zunächst eine paritätische Schlichtung und eine absolute Friedenspflicht vereinbart werden.¹⁰⁴ Entscheidet sie sich für paritätische Kommissionen, die die Arbeitsbedingungen festsetzen (sog. 3. Weg), so ist ein Streik ausgeschlossen, sofern die Gewerkschaften in dieses Verfahren organisatorisch eingebunden sind und das Ergebnis für den Dienstgeber verbindlich ist.¹⁰⁵ Letzteres kann für die katholische Kirche problematisch sein, weil sie von einem zwingenden Letztentscheidungsrecht des zuständigen Bischofs ausgeht.

IV. Richterrecht zum Betriebsverfassungsrecht

Trotz relativ eingehender rechtlicher Regelung sind Rechtsprechung und Literatur zum Betriebsverfassungsrecht von großer Reichhaltigkeit. Der umfangreichste Kommentar umfasst mehr als 4.000 Seiten.¹⁰⁶ Auch zahlreiche Detailfragen werden von den Gerichten entschieden, was bis hin zu dem Problem geht, ob ein Betriebsratsmitglied ein dem Betriebsrat zur Verfügung gestelltes Buch zum Selbststudium mit nach Hause nehmen darf.¹⁰⁷ Im Allgemeinen findet die Rechtsprechung auf beiden Seiten eher Zustimmung als Ablehnung. Ein paar Punkte seien herausgegriffen, die über den Einzelfall hinaus von Bedeutung sein können.

1. Einstellung prekär Beschäftigter

Nach § 99 BetrVG hat der Betriebsrat u. a. bei der Einstellung eines neuen Beschäftigten ein Zustimmungsverweigerungsrecht, das er allerdings nur auf einen der in § 99 Abs. 2 BetrVG

¹⁰³ Zum Streitstand s. Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, 6. Aufl., München 2012, § 10 Rn 5 ff.

¹⁰⁴ BAG NZA 2013, 437

¹⁰⁵ BAG NZA 2013, 448

¹⁰⁶ Wiese-Kreutz u. a., Betriebsverfassungsgesetz. Gemeinschaftskommentar, 2 Bände, 10. Aufl., Köln 2014

¹⁰⁷ LAG Düsseldorf BB 1966, 123

genannten Gründe stützen kann. Zu diesen Gründen gehört nach Abs. 2 Nr. 1 auch, dass die Einstellung gegen ein Gesetz oder einen Tarifvertrag verstößt. Dabei wird allerdings nur auf den Vorgang der Einstellung, nicht darauf abgestellt, ob der Arbeitsvertrag des Einzustellenden mit der Rechtsordnung in Einklang steht. So kann der Betriebsrat seine Zustimmung beispielsweise nicht deshalb verweigern, weil die dort vorgesehene Befristung unzulässig ist.¹⁰⁸ Auch auf eine Verletzung des Equal-pay-Grundsatzes bei der Leiharbeit kann er seine Zustimmungsverweigerung nicht stützen.¹⁰⁹ Dies wäre in der Vergangenheit deshalb von großer Bedeutung gewesen, weil Betriebsräte auf diesem Wege die Unwirksamkeit der CGZP-Tarifverträge hätten rügen können. Mit Rücksicht auf das fehlende Beteiligungsrecht kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber auch keine Auskunft über die Höhe des Entgelts des Leiharbeitnehmers und einer vergleichbaren Stammkraft verlangen.¹¹⁰ Wenigstens hat er nach derzeitiger Rechtslage ein Zustimmungsverweigerungsrecht, wenn der Leiharbeitnehmer auf unbestimmte Zeit eingestellt werden soll, da § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nur eine vorübergehende Beschäftigung gestattet.¹¹¹ Machtlos ist der Betriebsrat dagegen wiederum dann, wenn der Arbeitgeber untertariflich bezahlen will; nur wenn die Beschäftigung, nicht aber wenn die Arbeitsbedingungen tarifwidrig sind, soll der Betriebsrat intervenieren können.¹¹² Dadurch wird dem Arbeitgeber in einem besonders sensiblen Gebiet freie Hand gegeben; der Betriebsrat kann prekäre Beschäftigung grundsätzlich nicht verhindern, obwohl dies nach Wortlaut und Sinn der gesetzlichen Regelung durchaus anders beurteilt werden könnte.

Entsendet eine Drittfirma „ihre Leute“ für längere oder kürzere Zeit in den Betrieb, so liegt meist ein Werk- oder Dienstvertrag vor. Eine „Einstellung“ verlangt aber nach der Rechtsprechung, dass der Inhaber des Einsatzbetriebes das „für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht“ hat und über Ort und Zeitpunkt der Arbeit bestimmen kann.¹¹³ Dieses bleibt in derartigen Fällen in aller Regel bei der Drittfirma, so dass § 99 BetrVG nicht eingreift. Das

¹⁰⁸ BAG DB 1986, 124

¹⁰⁹ BAG DB 2005, 1693, 1695

¹¹⁰ BAG NZA 2011, 1435

¹¹¹ BAG NZA 2013, 1296

¹¹² BAG DB 1996, 2551; BAG BB 2000, 2311

¹¹³ BAG NZA 2001, 1262, 1263

„Outsourcing“ bestimmter betrieblicher Funktionen wird auf diese Weise deutlich erleichtert, was anders wäre, würde man für die „Einstellung“ die Mitarbeit in einem auch räumlich verstandenen Kooperationszusammenhang genügen lassen.

2. Nationale Introvertiertheit

Im Zeitalter der Globalisierung könnte man eigentlich erwarten, dass die Gesetzesanwendung auch Sachverhalte erfasst, die einen erheblichen Auslandsbezug aufweisen. Probleme stellen sich in verschiedenen Zusammenhängen.

Möglich ist einmal, dass der Betrieb auch Teile erfasst, die im Ausland belegen sind. Sie werden grundsätzlich nicht in die Betriebsverfassung einbezogen, weil diese einem starr verstandenen Territorialitätsprinzip unterworfen wird, das aus der Weimarer Zeit stammt, als das Betriebsverfassungsrecht noch nach überwiegender Auffassung zum öffentlichen Recht gehörte.¹¹⁴ Zwar gibt es – soweit ersichtlich – keine konkreten Entscheidungen zu dieser Frage, doch wird im Kündigungsschutzrecht umso deutlicher betont, dass die Überschreitung der Zehn-Arbeitnehmer-Grenze, die nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG zum Eingreifen des KSchG führt, ausschließlich durch im Inland Beschäftigte erfolgen muss.¹¹⁵ Im Ergebnis führt dies in der Betriebsverfassung dazu, dass eine bestimmte Gruppe von Beschäftigten trotz Betriebszugehörigkeit bei den Grenzwerten (z. B. für die Zahl der Betriebsratsmitglieder) nicht mitzählt, außerdem kein Wahlrecht besitzt und nicht vom Betriebsrat vertreten werden kann. Haben ausländische Unternehmen Betriebe im Inland, so sind dort Betriebsräte zu errichten, doch erscheint es zweifelhaft, ob dies auch dann gilt, wenn sich nur ein unselbständiger Betriebsteil im Inland befindet.¹¹⁶ Die Ausklammerung ausländischer Betriebsteile aus dem Kündigungsschutz hat überdies zur Folge, dass die soziale Auswahl nur innerhalb der kleineren Gruppe der im Inland Beschäftigten erfolgen muss, so dass auch die Voraussetzungen für ein Widerspruchsrecht des Betriebsrats nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG seltener erfüllt sein werden.

¹¹⁴ Zu Geschichte und heutiger Bedeutung des Territorialitätsprinzips s. Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn 10 ff.; Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, Baden-Baden 1999, S. 25 ff. jeweils m.w.N.

¹¹⁵ BAG NZA 2008, 872; kritisch Deinert AuR 2008, 300

¹¹⁶ Dazu Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 56 m. w. N.

Bestehen im Inland mehrere Unternehmen, die zu einem ausländischen Konzern gehören, so kann ein Konzernbetriebsrat nur dann errichtet werden, wenn er - etwa in Form einer „Deutschlanddirektion“ oder einer Zwischenholding - einen inländischen Ansprechpartner hat.¹¹⁷ Dies überzeugt schon deshalb nicht, weil er von seiner Aufgabenstellung her ein Gegengewicht bei arbeitnehmerbezogenen Weisungen darstellen soll und es dabei nicht darauf ankommen kann, ob die Entscheidungen im Inland oder im Ausland getroffen werden. Außerdem ist das BAG insoweit inkonsequent, als es bei mehreren inländischen Betrieben eines ausländischen Unternehmens die Bildung eines Wirtschaftsausschusses bejaht, also nicht auf den „Ansprechpartner“ abstellt.¹¹⁸ Hinzu kommt schließlich, dass auch der Konzernbetriebsrat nicht nur die von der Gegenseite getroffenen Entscheidungen aufgrund seines Mitbestimmungsrechts ggf. blockieren kann, sondern auch ein Initiativrecht besitzt, das nicht durch entsprechende organisatorische Dispositionen auf Arbeitgeberseite hinfällig gemacht werden darf.¹¹⁹

Ein Überbleibsel der öffentlich-rechtlichen Konzeption des Betriebsverfassungsrechts stellt die These des BAG dar, der Betriebsrat könne als Organ im Ausland nicht tätig werden und deshalb auch keine (Teil-)Betriebsversammlung abhalten.¹²⁰ Dies hat den fast einhelligen Widerspruch der Literatur¹²¹ sowie den des LAG Hamm¹²² erfahren, ohne dass deshalb eine Änderung der Rechtsprechung absehbar wäre. Dies erstaunt umso mehr, als niemand Bedenken erheben würde, wenn eine im deutschen Handelsregister eingetragene AG ihre Hauptversammlung in der Schweiz oder in einem anderen Staat abhält.

¹¹⁷ BAG NZA 2007, 999 und BAG NZA 2008, 1248

¹¹⁸ BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 106 BetrVG 1972

¹¹⁹ Wie hier im Ergebnis Buchner, FS Birk, S. 14; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 52; Tritting-Gilles AuR 2008, 136; Überblick über den Diskussionsstand bei Fitting, Handkommentar zum BetrVG mit Wahlordnung, 27. Aufl., München 2014, § 54 Rn. 34

¹²⁰ BAG AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972

¹²¹ Beitzke, Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; Birk RdA 1984, 138; Bobke-von Camen AiB 1989, 233; Boemke NZA 1992, 116; Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 51 f.; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn 33; Fitting (oben Fn. 118) § 1 Rn 30; B. Gaul BB 1990, 702; Steinmayer DB 1980, 1542; Trümmer in: Däubler-Kittner-Klebe-Wedde (Hrsg.), BetrVG. Kommentar für die Praxis, 14. Aufl. 2014, § 1 Rn 26; wie BAG dagegen Worzalla, in: Hess-Worzalla u. a., Kommentar zum BetrVG, 9. Aufl., Köln 2014, § 42 Rn 3

¹²² DB 1980, 1030

3. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

Während die beiden bisher behandelten Sachgebiete eine restriktive Haltung gegenüber der Betriebsverfassung erkennen lassen, ist dies bei der Auslegung des § 87 BetrVG nicht der Fall. Diese zentrale Vorschrift enthält in einem Katalog von 13 Ziffern die Felder der obligatorischen Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten. Die angesprochenen Gegenstände werden nicht nur weit ausgelegt; vielmehr sorgt die Rechtsprechung auch dafür, dass die Mitbestimmungsrechte in der Praxis durchgesetzt werden können. Einige Beispiele sollen dies verdeutlichen.

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegen „Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ der Mitbestimmung des Betriebsrats. Nicht gemeint sind damit Weisungen, die sich auf die Durchführung der Arbeit als solche beziehen, wohl aber solche, die „Begleiterscheinungen“ der Arbeit betreffen. Dies betrifft etwa die Kleidung,¹²³ die Bedingungen der privaten Nutzung von betrieblichen Einrichtungen der Telekommunikation¹²⁴ sowie die Gegenstände der Gespräche über Zielvereinbarungen.¹²⁵ Soweit die aus den USA kommenden Compliance- oder Ethik-Richtlinien zusätzliche Verhaltenspflichten beinhalten, können diese nur mit Zustimmung des Betriebsrats eingeführt werden.¹²⁶ Dies gilt etwa für das Verbot der Annahme auch kleinster Geschenke, für das Verbot von Liebesbeziehungen zwischen Betriebsangehörigen und für die Installierung einer Hotline, mit deren Hilfe Verstöße von Kollegen gegen Gesetze oder Richtlinien angezeigt werden können oder gar müssen.¹²⁷

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bezieht sich die Mitbestimmung auf die Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu „bestimmt“ sind, das Verhalten oder die

¹²³ BAG NZA 2007, 640

¹²⁴ LAG Hamm NZA-RR 2007, 20

¹²⁵ Nachweise bei Klebe (oben Fn. 120), § 87 Rn. 67 Fn. 322

¹²⁶ BAG NZA 2008, 1248 ff.

¹²⁷ BAG a. a. O. Große öffentliche Aufmerksamkeit fand der Verhaltenskodex der Firma Wal Mart, der einseitig eingeführt wurde und alle diese Gebote enthielt – bis sie durch gerichtliche Entscheidung (LAG Düsseldorf NZA-RR 2006, 81) aus dem Verkehr gezogen wurden.

Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Ob ein Zeiterfassungssystem oder eine konkrete Software diese spezifische Zwecksetzung aufweisen, kann in vielen Fällen zweifelhaft sein. Bei wörtlicher Auslegung hinge das Mitbestimmungsrecht in vielen Fällen davon ab, dass die Arbeitgeberseite eine entsprechende Zielrichtung verlautbart; dies zu vermeiden, läge als Ausweichstrategie nahe und würde in vielen Fällen der Mitbestimmung die Grundlage entziehen. Das BAG vertritt deshalb in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, es genüge bereits, wenn das Informationssystem „geeignet“ sei, Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.¹²⁸ Dies ist bei der EDV-mäßigen Erfassung von Arbeitnehmerdaten fast immer der Fall, zumal die gespeicherten Daten für sich alleine noch keine Aussage über Verhalten und Leistung zulassen müssen; vielmehr genügt es, wenn dies mit Hilfe von Zusatzwissen wie einem Schichtplan oder einer Liste möglich ist.¹²⁹ Wird beispielsweise der Warenfluss mit Hilfe von RFID-Technik erfasst, so ist die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 gegeben, wenn sich feststellen lässt, wer zu welchem Zeitpunkt an welchem Ort für die Ware verantwortlich war.

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG besteht ein Mitbestimmungsrecht über den Gesundheitsschutz „im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften.“ Als eine solche Rahmenvorschrift wird auch § 5 Arbeitsschutzgesetz angesehen, der grundsätzlich für jeden Arbeitsplatz eine sog. Gefährdungsbeurteilung vorschreibt. Da dort nicht festgelegt ist, welche Gefahrenquellen im Einzelnen zu untersuchen sind und wer eine solche Studie vornimmt, kann der Betriebsrat über das „Frageprogramm“ und die Auswahl des eingesetzten Experten mitbestimmen.¹³⁰ Beide Möglichkeiten können in der Praxis von beträchtlicher Bedeutung sein.

Die im Regelfall durchaus nicht eng verstandenen Mitbestimmungsrechte sind einem widerstrebenden Arbeitgeber gegenüber nur dann von Bedeutung, wenn sie auch gerichtlich durchsetzbar sind. Trifft er einseitige Anordnungen, ohne den Betriebsrat zu fragen oder seine Zustimmung abzuwarten, so steht diesem ein Unterlassungsanspruch zu.¹³¹ Dieser kann im

¹²⁸ So bereits BAG AP Nr. 2 und 4 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

¹²⁹ BAG AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

¹³⁰ BAG NZA 2004, 1175, 1177; BAG NZA 2005, 227, 229; BAG DB 2008, 2030

¹³¹ BAG DB 1994, 2450, bestätigt durch BAG DB 1997, 378

Wege der einstweiligen Verfügung gesichert werden, die dem Arbeitgeber verbindlich aufgibt, vergleichbare einseitige Maßnahmen in Zukunft zu unterlassen und weiterwirkende Maßnahmen wieder rückgängig zu machen.¹³² Auf diese Weise kann beispielsweise die Entfernung einer ohne Zustimmung des Betriebsrats angebrachten Videokamera recht schnell und problemlos durchgesetzt werden.

V. Zusammenfassung

Die Bilanz von vierzig Jahren kollektives Arbeitsrecht in Deutschland kann keine Begeisterungstürme auslösen. Der Gesetzgeber hat auf die Globalisierung der Märkte mit dem AEntG nur zögerlich reagiert. Im Übrigen hat er bis in die jüngste Vergangenheit die gewerkschaftlichen Handlungsmöglichkeiten eher beschränkt als gefördert, was nicht zuletzt an dem „Streikparagrafen“ und den Hartz-Gesetzen deutlich wurde. Die Haltung der Rechtsprechung war sehr viel differenzierter. Auf der einen Seite erleichterte sie die Einstellung prekär Beschäftigter, auf der anderen Seite stärkte sie die Handlungsmöglichkeiten der Arbeitnehmerseite, indem sie die kollektive Koalitionsfreiheit wie andere Grundrechte interpretierte. Auf diese Weise wurden die Möglichkeiten für gewerkschaftliche Werbung verbessert und das restriktive Arbeitskampfrecht gelockert. Der Konkurrenz durch Billiglohn-Gewerkschaften wurde durch den Übergang zur Tarifpluralität der Wind aus den Segeln genommen; auf der anderen Seite konnte sich das BAG nicht dazu durchringen, qualifizierte Differenzierungsklauseln für zulässig zu erklären. Den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG stand die Rechtsprechung grundsätzlich aufgeschlossen gegenüber.

Das Gebäude des kollektiven Arbeitsrechts ist in den vergangenen Jahrzehnten stehen geblieben. Da und dort wurde einiges ausgebessert und verschönert; anderes wurde eingerissen. Nur: Die Bewohner sind weniger mutig und weniger innovativ als in den siebziger Jahren. Auch hat ihre Zahl deutlich abgenommen. Von einem Sturm wie in Griechenland, Spanien, Portugal, Italien und Irland blieben sie verschont. Ob sie sich dagegen

¹³² Einzelheiten bei Klebe (oben Fn. 121) Einl. Rn. 220 ff.

hätten wehren können? Nur unerschütterliche Optimisten werden dies mit einem vorsichtigen „Ja“ beantworten.