

**Die gemeinsame Initiative von DGB und BDA  
zur Schaffung einer neuen Form von „Tarifeinheit“**

**- Verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Probleme -**

**Rechtsgutachten**

im Auftrag von

Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF)

Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL)

Marburger Bund – Bundesverband der angestellten und  
beamteten Ärzte Deutschlands e. V. (MB)

Unabhängige Flugbegleiter Organisation (UFO) e. V.

Verband angestellter Akademiker und leitender  
Angestellter der chemischen Industrie e. V. (VAA)

Vereinigung Cockpit e. V.

von

*Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen*

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>A.) Die Ausgangssituation</b>	2
<b>I. Der Inhalt der DGB/BDA-Initiative</b>	2
1. Die gemeinsame Erklärung	2
2. Die vorgeschlagenen Regelungen	3
a) Die Grundsatzentscheidung	3
b) Die Bestimmung der Mehrheit, insbesondere die Bezugsgröße „Betrieb“	6
c) Übergangsbestimmungen	9
d) Verfahrensfragen	10
e) Die Behandlung der arbeitnehmerähnlichen Personen	12
<b>II. Die rechtlichen Fragestellungen</b>	13
<b>B.) Die Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs.3 GG</b>	15
<b>I. Die Fragestellungen im Einzelnen</b>	15
<b>II. Der Schutzbereich von Art. 9 Abs.3 GG</b>	16
1. Der Ausgangspunkt	16
2. Konkrete Konsequenzen	17
a) Organisationsprinzipien	17
b) Inhaltliche Vorgaben	18
c) Das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen	19
<b>III. Ausgestaltung oder Eingriff?</b>	20

<b>IV. Rechtfertigung des Eingriffs mit dem Gedanken der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie?</b>	22
1. Die Ausgangsthesen	22
2. Koalitionsfreiheit unter Funktionsvorbehalt?	24
3. Mangelnde Praktikabilität der Tarifpluralität?	26
4. Gefahren für die Friedenspflicht?	30
<b>V. Prüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit</b>	32
1. Geeignetheit des Mittels	32
a) Annäherung an die verfolgten Ziele?	32
b) Der selektive Charakter der gewünschten Regelung	34
2. Erforderlichkeit des Mittels	35
3. Angemessener Interessenausgleich? – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	36
4. Ergebnis	37
<b>VI. Sonderprobleme bei Tarifkonkurrenz</b>	37
1. Betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen	37
2. Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen	38
<b>C.) Die Vereinbarkeit mit Art. 11 EMRK</b>	40
<b>I. Die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit durch Art. 11 Abs.1 EMRK</b>	40
<b>II. Innerstaatliche Bedeutung</b>	42
<b>III. Überprüfung der DGB/BDA-Initiative am Maßstab des Art. 11 EMRK</b>	43

1. Vorüberlegungen	43
2. Der Sonderstatus repräsentativer Gewerkschaften	43
3. Rechtfertigung mit Art. 11 Abs. 2 Satz 1 EMRK?	45
4. Schlussfolgerung	46
<b>D.) Ergebnisse</b>	47
Literaturverzeichnis	49
Anhang	53

## **A.) Die Ausgangssituation**

### **I. Der Inhalt der DGB/BDA-Initiative**

#### **1. Die gemeinsame Erklärung**

DGB und BDA haben unter dem Titel „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern – Tarifeinheit gesetzlich regeln“ eine gemeinsame Initiative ergriffen und am 4. Juni 2010 auf einer Pressekonferenz der Öffentlichkeit vorgestellt. Unmittelbarer Anlass war die am 27. 1. 2010 erfolgte Ankündigung des Vierten Senats des Bundesarbeitsgerichts seine bisherige Rechtsprechung zur Tarifeinheit aufzugeben und die Geltung von zwei (oder mehr) Tarifen in einem Betrieb zu akzeptieren, wenn der Arbeitgeber oder sein Verband Tarifverträge mit zwei verschiedenen Gewerkschaften abgeschlossen hat.<sup>1</sup> Am 23. Juni 2010 hat sich der gleichfalls zuständige 10. Senat des BAG dieser Auffassung angeschlossen.<sup>2</sup> BDA und DGB schlagen vor, zum Prinzip der Tarifeinheit zurückzukehren, dieses allerdings insoweit umzugestalten, als nicht mehr der speziellere, sondern der Tarifvertrag vorgehen soll, der von der Gewerkschaft mit der größeren Mitgliederzahl im Betrieb abgeschlossen wurde. Beide Spitzenverbände haben aus diesem Anlass eine gemeinsame Erklärung abgegeben, die diesem Gutachten als Anlage beigefügt ist.<sup>3</sup>

BDA und DGB haben außerdem mit fachkundiger Hilfe einen Gesetzentwurf erstellt, der zur Stunde (14.8.2010) noch nicht veröffentlicht ist, der jedoch dem Gutachter vorliegt. Er gibt in juristisch präziser Weise die verfolgten Absichten wieder und wird deshalb im Folgenden häufig herangezogen. Sollten sich – was nicht erkennbar ist – Widersprüche zwischen der gemeinsamen Erklärung und dem Gesetzentwurf ergeben, hätte erstere als veröffentlichtes Dokument den Vorrang. Der Gesetzentwurf ist gleichfalls im Anhang beigefügt.

---

<sup>1</sup> BAG NZA 2010, 645

<sup>2</sup> BAG NZA 2010, 778

<sup>3</sup> Die gemeinsame Erklärung ist auch abgedruckt in ZTR 2010, 352

## **2. Die vorgeschlagenen Regelungen**

Der Gesetzentwurf enthält in Übereinstimmung mit der gemeinsamen Erklärung Ergänzungen des TVG sowie Folgeänderungen im ArbGG. Kernbestimmung ist der gewünschte § 4a TVG, der lauten soll:

„(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.“

Diese Regelung entspricht inhaltlich voll der Ziff. 3 der gemeinsamen Erklärung. Aus ihr würden sich eine Reihe erheblicher praktischer Konsequenzen ergeben.

### **a) Die Grundsatzentscheidung**

Gewerkschaften, die im Betrieb in der Minderheit sind, haben in 99 von hundert Fällen keine reale Möglichkeit mehr, zum Abschluss eines Tarifvertrages zu kommen. Dies gilt insbesondere für Organisationen, die sich aufgrund eigener Entscheidung nur an einen bestimmten Teil der Arbeitnehmer wenden und die damit weniger Arbeitnehmer ansprechen als eine „allgemeine Gewerkschaft“. Zu denken ist dabei an Zusammenschlüsse, die nur Angehörige einer bestimmten Berufsgruppe organisieren, aber auch an solche, die sich an einer bestimmten religiösen oder politischen Richtung orientieren, die typischerweise nur von einer Minderheit unter den Beschäftigten geteilt wird. Auch im Aufbau befindliche Vereinigungen, die sich als „allgemeine“ Gewerkschaft verstehen, wären erheblich betroffen. Verfügen sie noch nicht über die für eine Gewerkschaft notwendige „Mächtigkeit“ und die dafür erforderlichen Ressourcen, so sind sie zwar Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs.3 GG.<sup>4</sup> Sie könnten aber ihr Ziel erst dann erreichen, wenn sie in einer nicht unbedeutenden Zahl von Betrieben zur stärksten Organisation geworden sind: erst dann würden sie von der Arbeitgeberseite als Verhandlungspartner „ernst genommen“, was Voraussetzung für die

---

<sup>4</sup> S. aus der Rechtsprechung BAG NZA 2007, 518: Verband der Gewerkschaftsbeschäftigten (VGB)

Anerkennung als Gewerkschaft ist.<sup>5</sup> Gegenüber dem Status quo würde eine zusätzliche Schranke errichtet.

Die für Minderheitsgewerkschaften entstehende faktische Unmöglichkeit, eigene Tarifverträge zu schließen, ergibt sich einmal daraus, dass der Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft den Vorrang haben soll, den Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft also unanwendbar macht und damit verdrängt. Durch die Erstreckung der Friedenspflicht nach § 4a Abs.2 TVG-E ist es dieser auch verboten, mit einem solchen Ziel Kampfmaßnahmen zu ergreifen, so dass die Frage ohne Interesse ist, ob ein Streik für einen zurücktretenden Tarifvertrag überhaupt zulässig oder von vorne herein unverhältnismäßig wäre.

Gegenstände, die in den Tarifverträgen der Mehrheitsgewerkschaft nicht geregelt sind, stünden an sich für Tarifforderungen durch die Minderheitsgewerkschaft offen. Allerdings wäre damit zu rechnen, dass insbesondere bei drohenden Streiks der „Mehrheitstarif“ durch eine (vielleicht recht allgemein und unspezifisch formulierte) Regelung ergänzt würde, was dann die Aktion der Minderheitsgewerkschaft rechtswidrig machen würde.<sup>6</sup> Aus diesem Grund muss von einer **faktischen Okkupierung des gesamten tariflich regelbaren Bereichs durch die Mehrheitsgewerkschaft** ausgegangen werden.<sup>7</sup>

Diese Situation hat auch keine zeitliche Schranke. Zwar spricht die gemeinsame Erklärung davon, dass die Friedenspflicht nur „während der Laufzeit“ des Tarifvertrags auf die Minderheitsgewerkschaft erstreckt werde, doch lässt ihr dies in Wirklichkeit keine Betätigungsmöglichkeit offen.

---

<sup>5</sup> So bereits die Formulierung in BVerfG DB 1982, 231; dabei muss keine Chance auf einen „Sieg“ bestehen: BAG BB 2005, 1054, 1057.

<sup>6</sup> Dass die Rechtsprechung in einem solchen Fall die Friedenspflicht wegen „Gesetzesumgehung“ oder „Rechtsmissbrauchs“ nicht auf die Minderheitsgewerkschaft erstrecken würde, ist eine höchst ungewisse Hoffnung, auf die sich in der Praxis keine tarifpolitische Strategie bauen lässt. So wäre denkbar, dass die Mehrheitsgewerkschaft und die Arbeitgeberseite alle denkbaren Fragen „andiskutieren“ und zum Gegenstand nicht abgeschlossener Verhandlungen machen. Würde dann angesichts drohender Auseinandersetzungen mit der Minderheitsgewerkschaft ein Bereich „zu Ende gebracht“, könnte kaum von einem Rechtsmissbrauch die Rede sein.

<sup>7</sup> Betriebe, in denen bisher keine Tarifverträge existieren, werden aller Erfahrung nach für kleine oder im Aufbau befindliche Gewerkschaften noch schwerer zugänglich sein als für große Organisationen. In der Diskussion hat dieser Bereich deshalb zu Recht bisher keine Rolle gespielt. Nicht erkämpfbare schuldrechtliche Vereinbarungen mögen zwischen Arbeitgeber und Minderheitsgewerkschaft weiter möglich sein, stellen aber kein Äquivalent für Tarifverträge dar.

Zum einen steht es der Mehrheitsgewerkschaft zusammen mit der Arbeitgeberseite frei, auf eine Kündigung des Tarifs zu verzichten und die Laufzeit zu verlängern. Wollen sich beide einen „lästigen Störenfried“ vom Halse halten, könnte die Verlängerung der Laufzeit auch mit einigen inhaltlichen Verbesserungen für die Arbeitnehmer verbunden sein, was für die Arbeitgeberseite im Vergleich zur Auseinandersetzung mit zwei Gewerkschaften das bei weitem kleinere Übel wäre. Kommt es dennoch effektiv zu einer Kündigung des Tarifs, weil z. B. die „Sozialpartnerschaft“ mit der Mehrheitsgewerkschaft schlecht funktioniert, so kann zwar die Minderheitsgewerkschaft eigene Forderungen aufstellen. Ob sie diese auch mit Streiks oder anderen Formen des Arbeitskampfes durchsetzen kann, ist jedoch völlig offen, im Ergebnis wohl eher zu verneinen, weil es sich voraussichtlich wieder um einen „Minderheitstarif“ handeln wird, der hinter dem „Mehrheitstarif“ zurücktreten muss. Selbst wenn man die Zulässigkeit eines Streiks bejahen wollte, wäre es extrem schwierig, angesichts einer solchen Perspektive überhaupt Mitglieder und Sympathisanten für eine Arbeitsniederlegung zu motivieren.

Die einzige Chance, die die Minderheitsgewerkschaft hätte, bestünde darin, so viele Mitglieder zu gewinnen, dass sie ihrerseits die Mehrheit der Organisierten stellt. Dies ist – wie ausgeführt - bei bestimmten Organisationen ihrer Struktur nach von vorne herein ausgeschlossen, weil die fraglichen Berufsangehörigen oder weltanschaulich Gebundenen nur einen kleineren Teil der Belegschaft ausmachen. Bei anderen, insbesondere im Aufbau befindlichen Organisationen gibt es zwar nicht dieses spezifische Hindernis, doch ist es denkbar unwahrscheinlich, dass sich unter den gegebenen Umständen eine größere Anzahl von Mitgliedern gewinnen lässt: Die Chance auf einen Tarifvertrag bleibt höchst ungewiss, weil es entweder immer wieder zu einer Verlängerung der Laufzeit des „Mehrheitstarifs“ kommt oder eine eigene Aktion daran scheitert, dass man eben doch nicht die Mehrheit im Betrieb gewonnen hat. Dieses Ziel zu erreichen, wird dann zusätzlich erschwert, wenn die Mehrheitsverhältnisse – bezogen auf einen bestimmten Stichtag – gerichtlich festgestellt sind.<sup>8</sup> In einem solchen Fall entfällt nämlich die Bindungswirkung der Entscheidung nach dem vorgeschlagenen § 9 Abs.2 Satz 2 TVG erst dann, „wenn sich die Sachlage wesentlich geändert hat“. Dies dürfte aller Voraussicht nach nicht bereits bei einer knappen Mehrheit der Fall sein, sondern ein deutliches Überwiegen der neuen Organisation voraussetzen, da sonst schon kleinere Verschiebungen wie der Übertritt von zwei oder drei Personen zu einer

---

<sup>8</sup> Dazu unten d.

völligen Veränderung der tarifrechtlichen Situation führen würden. Damit ist eine **extrem hohe Schwelle für die Teilnahme am Tarifsysteem** geschaffen.

Die Grundsätze des geplanten § 4a TVG sollen nur Anwendung finden, wenn sich die Geltungsbereiche von Tarifverträgen zweier Gewerkschaften überschneiden. Möglich bleibt daher eine Regelung der Art, dass die Gewerkschaft A einen Tarifvertrag für die Arbeiter (oder für die in der Werkshalle A Beschäftigten), die Gewerkschaft B einen Tarifvertrag für die Angestellten (oder die im Verwaltungsgebäude Beschäftigten) schließt. Auch in Bezug auf Berufsgruppen lässt sich eine solche Aufteilung vorstellen. Diese sog. „gewillkürte“ Tarifpluralität soll auch nach Ziff. 4 der gemeinsamen Erklärung von DGB und BDA möglich bleiben, doch hängt sie von der freien Entscheidung der beteiligten Organisationen ab. Ob die Mehrheitsgewerkschaft freiwillig mit einer solchen „Teilung der Macht“ einverstanden sein wird, lässt sich füglich bezweifeln. Die Minderheitsgewerkschaft hat jedenfalls keinerlei Druckmittel in der Hand, um eine solche Schaffung getrennter Betätigungsbereiche zu erreichen.

Möglich bleiben weiter „Tarifgemeinschaften“ zweier oder mehrerer Gewerkschaften, die gemeinsam verhandeln und Tarifverträge abschließen. Bei der Bestimmung der Mehrheit stellt der Wortlaut des vorgeschlagenen § 4a Abs.1 TVG auf „Tarifvertragsparteien“ ab, so dass vermutlich die Mitgliederzahlen der beteiligten Gewerkschaften zu addieren sind. Aus der Sicht einer einzelnen Gewerkschaft ändert jedoch auch dies nichts Grundsätzliches an ihrer Rechtsposition, da eine solche Zusammenarbeit nicht allein von ihrem Willen abhängt.

*Es bleibt also bei der Feststellung, dass die von DGB und BDA vorgeschlagene Regelung die Minderheitsgewerkschaften faktisch vom Abschluss von Tarifverträgen und vom darauf bezogenen Streikrecht ausschließt.*

#### **b) Die Bestimmung der Mehrheit, insbesondere die Bezugsgröße „Betrieb“**

Der geplante § 4a Abs.1 TVG stellt allein auf die Mehrheit der vom jeweiligen Tarifvertrag erfassten Arbeitnehmer ab. Ein Repräsentativitätserfordernis im Sinne einer (prozentualen) Mindestzahl von Mitgliedern kommt im vorgeschlagenen Gesetzestext nirgends zum Ausdruck. Theoretisch ist es also möglich, dass eine Gewerkschaft in einem Betrieb mit 500 Beschäftigten vier Mitglieder hat und ihren Tarifvertrag deshalb durchsetzt, weil eine andere

Gewerkschaft nur über drei Mitglieder verfügt. Ob dies eine sinnvolle Regelung ist, wird man bezweifeln können. Zwar bezeichnet die gemeinsame Erklärung von DGB und BDA unter Ziff. 3 das Abstellen auf die Mehrheit als „Grundsatz der Repräsentativität“, doch erscheint es kaum möglich, daraus irgendwelche konkreten Schlüsse abzuleiten. Selbst wenn man die Erklärung zur Auslegung des als beschlossen unterstellten Gesetzestextes heranziehen würde – ein methodisch höchst angreifbares Verfahren, da es sich bei DGB und BDA nicht um Instanzen mit Gesetzesinitiativrecht handelt – wären keine konkreten Maßstäbe ersichtlich: Ist „Repräsentativität“ nur gegeben, wenn die Mehrheitsgewerkschaft mindestens 5 % oder mindestens 8 % der Belegschaft als Mitglieder hat? Muss die Mitgliederzahl gegenüber der einer konkurrierenden Organisation deutlich, beispielsweise um ein Viertel oder ein Drittel höher liegen? Die fehlenden Maßstäbe sprechen dafür, dass die Rechtsprechung auf die „einfache Mehrheit“ abstellen würde.

Bezugsgröße für die Mehrheit ist der Betrieb. Dabei muss man mangels anderer Anhaltspunkte den allgemeinen Betriebsbegriff zugrunde legen, dessen Konturen freilich alles andere als klar sind.<sup>9</sup> Die auftauchenden Zweifelsfragen lassen sich auch nicht über einen Tarifvertrag nach § 3 Abs.1 BetrVG austräumen, da dieser nur einen „fingierten Betrieb“ im Sinne des BetrVG schafft,<sup>10</sup> nach der Rechtsprechung des BAG jedoch die bisherige betriebliche Einheit als solche bestehen lässt.<sup>11</sup> Dies erzeugt schwer zu bewältigende Probleme etwa im Bereich der Deutschen Bahn, wo sich z. B. die Beschäftigten verschiedener Bahnhöfe schwerlich in rational nachvollziehbarer Weise zu einer betrieblichen Einheit zusammenfassen lassen. Auch im Bereich der Lufthansa und anderer Luftfahrtunternehmen schafft die Anwendung des allgemeinen Betriebsbegriffs zahlreiche Unsicherheiten, zumal das fliegende Personal und das Bodenpersonal keineswegs automatisch als eigenständige Betriebe verstanden werden.<sup>12</sup> Ob man insoweit das regelmäßig von einem bestimmten Flughafen aus startende und das dort am Boden arbeitende Personal zu einer Einheit zusammen fassen kann, ist bisher - soweit ersichtlich - höchststrichterlich nicht entschieden, könnte aber durchaus plausibel erscheinen. Hinzu kommt, dass Existenz und Grenzen eines

---

<sup>9</sup> Überblick über den Diskussionsstand bei Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn 752 ff.; Fitting, § 1 Rn 58 ff. (Rn 58: „in vielen Fällen schwierig“)

<sup>10</sup> So im Hinblick auf § 3 Abs.5 BetrVG, der die geschaffene Einheit nur im Hinblick auf das BetrVG, nicht aber generell wie einen Betrieb behandelt, Trümner, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), § 3 Rn 147; Fitting § 3 Rn 76.

<sup>11</sup> So ausdrücklich BAG NZA 2008, 1259 (zur Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen); zustimmend Fitting, a. a. O., § 3 Rn 77 m. w. N.

<sup>12</sup> Franzen, in: Wiese/Kreutz u. a., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG (im Folgenden: GK-BetrVG), § 117 Rn 10; Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, § 117 Rn 7; in diese Richtung wohl auch BAG AP Nr. 5 zu § 117 BetrVG 1972. Wäre es anders, wäre die Vorschrift des § 24 Abs.1 Satz 2 KSchG überflüssig, wonach alle Luftfahrzeuge eines Luftverkehrsbetriebs einen einheitlichen Betrieb bilden.

Betriebes in vielen Fällen von organisatorischen Entscheidungen des Arbeitgebers abhängen. Wer will ausschließen, dass diese auch im Hinblick auf potentielle gewerkschaftliche Mehrheiten getroffen werden?

Der Gesetzentwurf spricht genau wie die gemeinsame Erklärung ausschließlich von „Betrieb“, erwähnt die „Dienststelle“ jedoch nicht. Da auch im öffentlichen Dienst Fälle von Tarifpluralität auftreten können, dürfte dies als Redaktionsversehen zu werten sein. Die für den Betrieb geltenden Grundsätze wären daher auf die Dienststelle entsprechend anzuwenden.

§ 4a Abs. 1 des Entwurfs setzt lediglich voraus, dass sich die Geltungsbereiche der Rechtsnormen von zwei Tarifverträgen im Betrieb überschneiden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass beide Tarifverträge von ihrem Geltungsbereich her alle im Betrieb Beschäftigten erfassen müssen; vielmehr genügt schon eine Überschneidung in einem Teilbereich. Die gemeinsame Erklärung unterstreicht dies, indem sie unter Ziff. 3 das Beispiel nennt, dass zwei Entgelt-Tarifverträge zusammentreffen, die das Entgelt „zumindest teilweise gleicher Arbeitnehmergruppen“ regeln. Dies führt zu recht eigenartigen Ergebnissen. Gilt etwa in einem Krankenhaus sowohl ein ver.di-Tarifvertrag als auch ein Tarifvertrag des Marburger Bundes und hat der MB mehr Mitglieder als ver.di, so kommen allein die von ihm vereinbarten Tarifverträge zur Anwendung. Dies hat die Konsequenz, dass für das Pflegepersonal eine „tariffreie Zone“ entsteht, weil eine Bezugnahme auf die Ärztetarife nicht in Betracht kommt.<sup>13</sup> Für diesen Personenkreis bleibt lediglich ein arbeitsvertraglicher Verweis auf Tarifverträge, die ggf. in anderen Betrieben gelten, doch sind sie insoweit auf das freiwillige Entgegenkommen der Arbeitgeberseite angewiesen. Würde der MB in praktisch allen Krankenhäusern die Mehrheit stellen, könnte es sogar schwierig werden, überhaupt einen „Bezugstarifvertrag“ zu finden, der auf der Basis einer annähernd gleichgewichtigen Verhandlungssituation zustande gekommen ist. Hier wird die zwangsweise „Abtrennung“ vom Tarifsystem besonders deutlich. Inhaltlich würde es naheliegen, in solchen Fällen statt des Betriebs den Überschneidungsbereich der beiden Tarifverträge als maßgebende Größe für die Bestimmung der „Mehrheit“ heranzuziehen,<sup>14</sup> doch lassen weder die gemeinsame Erklärung noch der Gesetzentwurf eine solche Korrektur zu.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Auf diese „seltsame Konsequenz“ verweist auch Reichold, Gutachten, S. 9

<sup>14</sup> So der Vorschlag von Greiner, Rechtsfragen, S. 348 ff.; ebenso Berg/Platow/Schoof/Unterhinngshofen, § 4 TVG Rn 58d sowie Thüsing, NZA Beilage 3/2010, S. 107. In ähnliche Richtung Bepler, NZA Beilage 3/2010, S. 103.

<sup>15</sup> Die Formulierung des § 4a Abs.1 „Überschneiden sich im Betrieb ...die Geltungsbereiche der Rechtsnormen von Tarifverträgen...ist nur derjenige Tarifvertrag anwendbar, der dort die größere Arbeitnehmerzahl...erfasst.“ bezieht das „dort“ dem Wortsinn nach auf den Betrieb, nicht auf den Überschneidungsbereich. Auch der vorgeschlagene § 58 Abs.3 ArbGG regelt die Feststellung der Arbeitnehmerzahl „insbesondere in einem Betrieb

Das Abstellen auf das Mehrheitsprinzip kann schließlich dazu führen, dass der Anwendungsbereich von Flächentarifen der DGB-Gewerkschaften weiter abschnilzt. Während bisher alle Unternehmen und Betriebe erfasst waren, deren Inhaber dem Arbeitgeberverband angehörte, fallen nunmehr diejenigen Betriebe weg, in denen eine andere Organisation über eine Mehrheit verfügt. Bei sehr niedrigem Organisationsgrad, der unter den gegebenen Umständen keineswegs nur eine Randerscheinung ist, könnten dafür schon wenige Personen genügen. Auch ist niemals auszuschließen, dass Vertraute des Arbeitgebers gerade in solchen Fällen auf einige Mitarbeiter „sanften Druck“ ausüben, damit diese beispielsweise einer „christlichen“ Gewerkschaft beitreten und so den Flächentarif zum Verschwinden bringen. Wegen der vorgeschlagenen Erstreckung der Friedenspflicht hätte dies zur Folge, dass auch in der folgenden Tarifrunde Beschäftigte aus solchen Betrieben von vorne herein aus einem potentiellen Arbeitskampf ausgenommen sind.

*Das Abstellen auf den Betriebsbegriff schafft zahlreiche Rechtsunsicherheiten und kann überdies zu „tariffreien“ Zonen führen. Die vorgeschlagene Regelung trägt außerdem zur weiteren Erosion des Flächentarifs bei.*

### **c) Übergangsbestimmungen**

Tarifverträge, die bei Inkrafttreten des geplanten Gesetzes gelten, sollen nach einem neu einzufügenden § 13 Abs. 3 TVG bestehen bleiben. Soweit hinter ihnen nicht eine Mehrheitsgewerkschaft steht, können sie allerdings nicht mehr in der Weise weiterentwickelt werden, dass für ihren Fortbestand oder ihre Verbesserung gestreikt wird; dies würde gegen § 4a Abs.2 des Entwurfs verstoßen. Werden sie gekündigt, dürfte Nachwirkung nach § 4 Abs.5 TVG eintreten. Denkbar ist allerdings auch, dass sie mit Rücksicht auf den Grundsatz der Tarifeinheit ersatzlos wegfallen. Der Wortlaut der geplanten Neuregelung gibt hierüber keinen Aufschluss; insoweit müsste die Rechtsprechung für Klarheit sorgen, was allerdings ggf. erst nach mehreren Jahren der Fall sein würde.

### **d) Verfahrensfragen**

---

oder Unternehmen“; wäre der Überschneidungsbereich gemeint, hätte es nahegelegen, dies als (wichtigstes) Beispiel zu nennen.

Besteht Streit, welche Organisation in einem Betrieb die Mehrheit stellt, liegt die Entscheidung bei den Arbeitsgerichten. Ihre Kompetenz soll durch eine Ergänzung von § 2 Abs.1 Nr. 1 ArbGG begründet werden, wonach sie für Streitigkeiten über die Anwendbarkeit von Tarifverträgen auf der Grundlage des § 4a TVG-E zuständig sind. Antragsberechtigt sind Tarifvertragsparteien; nach dem einzufügenden § 9 Abs.2 Satz 1 TVG würden Entscheidungen ebenso wie heute die über die Gültigkeit von Tarifverträgen ergehenden gegenüber allen Beteiligten Wirkung entfalten.

Für die Frage, wie die Mitgliederzahl bestimmt werden kann, enthält der vorgeschlagene § 58 Abs.3 ArbGG eigenständige Regeln. Über die Zahl der Gewerkschaftsmitglieder „insbesondere in einem Betrieb oder Unternehmen“ kann mit Hilfe einer notariellen Erklärung Beweis erhoben werden. Die Gewerkschaft legt einem Notar (auf den die Parteien sich einigen oder den das Gericht bestimmt<sup>16</sup>) eine stichtagsbezogene Mitgliederliste vor. Arbeitgeber und Gewerkschaft können ihm außerdem Listen der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zugänglich machen, die auf denselben Stichtag bezogen sind.<sup>17</sup> Der Notar prüft die Richtigkeit der ihm vorgelegten Unterlagen und kann durch Rückfrage bei den genannten Arbeitnehmern überprüfen, ob sie wirklich Gewerkschaftsmitglieder sind. Auf diese Weise lässt sich feststellen, wie viele Mitglieder eine Organisation zu einem bestimmten Zeitpunkt im Betrieb besitzt. Um Benachteiligungen auszuschließen, muss der Notar über die Identität der Mitglieder wie der Nichtmitglieder Stillschweigen bewahren. Entsprechend wird schon heute verfahren, wenn es um die Frage geht, ob eine Gewerkschaft ein Mitglied im Betrieb hat und deshalb dort „vertreten“ ist.<sup>18</sup>

Die vorgeschlagene Gesetzesformulierung lässt zahlreiche Fragen offen, von denen die wichtigeren angesprochen seien.<sup>19</sup> Zum einen dürfte eine entsprechende Vorgehensweise auch außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens sinnvoll sein, weil die Beteiligten Klarheit haben möchten; dafür fehlt es jedoch an einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage. Außerdem irritiert es, dass nach dem geplanten § 58 Abs.3 Satz 3 ArbGG Gewerkschaften und Arbeitgeber eine

---

<sup>16</sup> Dies ist aus pragmatischen Gründen anzunehmen. Die Auswahl des Notars ist im Gesetzentwurf nicht geregelt.

<sup>17</sup> Auch insoweit ist nur von „stichtagsbezogenen Listen“ die Rede, doch haben sie keinen Sinn, wenn nicht derselbe Stichtag zugrunde gelegt wird.

<sup>18</sup> BAG AP Nr. 4 zu § 2 BetrVG 1972 = NJW 1993, 612; BAG AP Nr. 41 zu § 253 ZPO; Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BVerfG NZA 1994, 891

<sup>19</sup> Nicht näher betrachtet werden soll daher der Fall, dass sich „Gleichstand“ (z. B. 20 zu 20) ergibt oder dass einzelne Arbeitnehmer Mitglieder in zwei Gewerkschaften sind. Zählen sie dann bei beiden mit? Wie lässt es sich überprüfen, ob nicht Betriebsfremde wie z. B. Selbständige oder Personen auf der gewerkschaftlichen Mitgliederliste stehen, die wegen ausstehender Beiträge längst ihre Mitgliedschaft verloren haben? Zählen auch gekündigte, aber noch nicht aus dem Betrieb ausgeschiedene Arbeitnehmer mit?

Liste aller im Betrieb Beschäftigten vorlegen „können“. Die Gewerkschaft wird häufig über eine solche Liste nicht verfügen, der Arbeitgeber ist anders als z. B. gegenüber dem Wahlvorstand bei einer Betriebsratswahl nicht zu ihrer Herausgabe verpflichtet, kann also ggf. das Verfahren durch Nichtkooperation erheblich behindern, ja ins Leere laufen lassen. **Unsicherheiten** gehen in solchen Fällen **zu Lasten der Arbeitnehmerseite**, da unklar bleibt, ob eine Organisation in dem fraglichen Betrieb zum Streik aufrufen darf; will sie kein Risiko eingehen, wird sie darauf verzichten. Schließlich ist unklar, wie der Stichtag zu bestimmen ist. Bei schwankender Mitgliederzahl kann das von großer Bedeutung sein, zumal nach einer auf dieser Grundlage ergangenen gerichtlichen Entscheidung eine Korrektur nur noch bei wesentlicher Änderung der Sachlage möglich ist (§ 9 Abs.2 Satz 2 TVG). Wird einvernehmlich auf das notarielle Verfahren zurückgegriffen, dürften die konkurrierenden Gewerkschaften den Zeitpunkt selbst bestimmen, doch wird es in der Regel um Auseinandersetzungen gehen, die eine Verständigung über diesen Punkt ausschließen. Hier wird das Gericht den Zeitpunkt wählen müssen und diesen vermutlich so bestimmen, dass er möglichst nahe an der letzten mündlichen Verhandlung liegt. Sichere Prognosen sind insoweit jedoch nicht möglich.

Völlig ungeklärt ist die Frage, wie bei einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wegen einer Maßnahme des Arbeitskampfs zu verfahren ist, solange die Mitgliederzahl konkurrierender Organisationen noch nicht im Einvernehmen oder durch gerichtliche Entscheidung festgestellt ist. Der Streik einer potentiellen Minderheitsgewerkschaft könnte nur verboten werden, wenn die höhere Mitgliederzahl einer anderen Organisation glaubhaft gemacht wird, doch wie soll dies geschehen? Wie soll innerhalb weniger Tage festgestellt werden, wie hoch die Mitgliederzahl der „streikbereiten“ und die der anderen Gewerkschaft ist? Was geschieht, wenn verschiedene Notare eingeschaltet werden und zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen? Gibt es Rechtsschutz gegenüber fehlerhaften oder manipulierten Feststellungen? Kann auch ein Stichtag nach Beginn des Streiks zugrunde gelegt werden?

*Von einem Zugewinn an Rechtssicherheit gegenüber dem Status quo kann insoweit ersichtlich nicht die Rede sein.*

Wann sich die Sachlage wesentlich geändert hat, so dass eine vorliegende gerichtliche Entscheidung nach § 9 Abs.2 Satz 2 TVG ihre Bindungswirkung verliert, lässt sich ebenfalls nicht exakt prognostizieren. Schwerlich ausreichen dürfte es, wenn die bisherige Minderheit

zu einem bestimmten Stichtag ein oder zwei Mitglieder mehr als die Organisation hat, die bisher als „Mehrheitsgewerkschaft“ qualifiziert wurde. Vielmehr wird zu fordern sein, dass der Abstand erheblich ist oder sich ein knapper Vorsprung innerhalb eines halben Jahres wiederholt. Präzisere Aussagen lassen sich derzeit nicht treffen. Die sowieso eher theoretischen Chancen einer Minderheitsorganisation, Mehrheit zu werden, verschlechtern sich auf diese Weise noch weiter.<sup>20</sup>

### **e) Die Behandlung der arbeitnehmerähnlichen Personen**

§ 12a Abs.1 TVG ordnet die entsprechende Anwendung des Gesetzes auf arbeitnehmerähnliche Personen an; wie weit dieser Personenkreis im Tarifrecht reicht, ist in dieser Bestimmung im Einzelnen definiert. Was dies für die hier behandelte Problematik bedeutet, ist weder in der gemeinsamen Erklärung noch im Gesetzestext angesprochen.

Soweit separate Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen existieren und der Fall einer Tarifpluralität eintritt, könnte der geplante § 4a TVG entsprechende Anwendung finden. Allerdings besteht die Besonderheit, dass arbeitnehmerähnliche Personen nicht in einem „Betrieb“ tätig sind, da sie ihre Arbeit selbst organisieren und deshalb nicht in eine fremde Organisation eingegliedert sind. Insofern versagt die in § 4a benannte Bezugsgröße. Da auch in diesen Fällen eine etwaige Tarifpluralität aufzulösen sein dürfte, kommt als Auffanglösung in Betracht, statt auf den Betrieb auf das Unternehmen abzustellen und danach zu fragen, welche Gewerkschaft die höhere Zahl von Mitgliedern unter den arbeitnehmerähnlichen Personen hat. In der Praxis der öffentlich-rechtlichen Medien kann eine solche Situation z. B. dadurch entstehen, dass sich Tarifverträge von ver.di und DJV überschneiden. Ob die Rechtsprechung wirklich zu einer unternehmensbezogenen Betrachtung übergehen würde, lässt sich allerdings nicht sicher prognostizieren.

Die Fragen werden komplizierter, wenn gemeinsame Tarifverträge für Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen abgeschlossen werden, was nach ganz herrschender Auffassung zulässig ist.<sup>21</sup> Hier stellt sich die Frage, ob die arbeitnehmerähnlichen Personen dem Betrieb zuzurechnen sind, für den sie in erster Linie arbeiten, oder ob sie auch hier einen separaten „Betroffenenkreis“ darstellen, innerhalb dessen nach dem Bestehen einer Mehrheit

---

<sup>20</sup> Dazu bereits oben A I 2 a

<sup>21</sup> Löwisch/Rieble, § 12a Rn 22; Stein, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), § 12a Rn 6; Wank, in: Wiedemann (Hrsg.), § 12a Rn 90; anders nur Lieb RdA 1974, 257, 267.

gefragt werden muss. Dies lässt sich nach der vorliegenden Formulierung nicht entscheiden, da die Behandlung der arbeitnehmerähnlichen Personen von den Verfassern des Gesetzentwurfs ersichtlich nicht als Problem wahrgenommen wurde. Wählt man die zweite Lösung, so kann der Fall eintreten, dass ein (gemeinsamer) Tarifvertrag bei den Arbeitnehmern zurücktritt, während er bei den freien Mitarbeitern Wirksamkeit entfaltet. Deshalb liegt es näher, sich für die erste Lösung zu entscheiden und die Arbeitnehmerähnlichen dem Betrieb zuzuordnen, mit dem sie am engsten kooperieren. Auch dies ist freilich eine Lösung, die in den Fällen versagt, in denen ein solches „Überwiegen“ nicht feststellbar ist. Der Gesetzgeber wäre daher gut beraten, eine eigenständige Regelung zu treffen. Andernfalls käme als Lösung auch in Betracht, § 4a TVG-E auf die arbeitnehmerähnlichen Personen überhaupt nicht anzuwenden und insoweit nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zu verfahren, was Tarifpluralität zur Folge hätte.<sup>22</sup>

#### **f) Einschätzung**

Das vorgeschlagene Prinzip der Tarifeinheit schließt Minderheitsorganisationen faktisch vom Abschluss von Tarifverträgen und dem darauf bezogenen Streikrecht aus. Der Entwurf schafft außerdem zahlreiche Unsicherheiten, die in offensichtlichem Widerspruch zu der intendierten „Rechtssicherheit und Rechtsklarheit“ stehen.

## **II. Die rechtlichen Fragestellungen**

Die Auftraggeber des vorliegenden Gutachtens haben gebeten, die folgende Fragestellung zu untersuchen:

„Ist die von BDA und DGB angestrebte Regelung zur Herstellung der Tarifeinheit im Betrieb, wie sie in Nr. 3 der gemeinsamen Erklärung vom 4. 6. 2010 und konkretisiert im Gesetzentwurf zur Änderung des TVG und des ArbGG zum Ausdruck kommt, mit dem Schutz der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs.3 GG und nach Art. 11 EMRK vereinbar?“

Im Folgenden soll zunächst die Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Regelung mit Art. 9 Abs.3 GG (unten B), anschließend die mit Art. 11 EMRK behandelt werden (unten C).

---

<sup>22</sup> BAG NZA 2010, 645 ff.

## **B) Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs.3 GG**

### **I. Die Fragestellungen im Einzelnen**

Wie oben unter A I 2 a festgestellt, werden durch die geplante Regelung Minderheitsgewerkschaften faktisch vom Abschluss von Tarifverträgen und von der Organisation eines zu diesem Zweck organisierten Streiks ausgeschlossen. Ob dies mit der Verfassung in Einklang steht, lässt sich nur beurteilen, wenn zuvor eine Reihe von Fragen geklärt ist.

- Wie weit reicht der Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 9 Abs.3 GG? Umfasst er insbesondere auch den Abschluss von Tarifverträgen und die Durchführung von darauf gerichteten Arbeitskämpfen? (unten II).
- Handelt es sich bei der geplanten Regelung um einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 9 Abs.3 GG oder wird dieses – wie die gemeinsame Erklärung von BDA und DGB unter Ziff. 2 meint – nur „ausgestaltet“? (unten III)
- Geht man von einem Eingriff aus, so ist zu fragen, ob dieser durch ein verfassungsrechtlich geschütztes Gut gerechtfertigt ist. Die gemeinsame Erklärung stützt sich in ihrem Schlusssatz auf das Argument, auf diese Weise werde die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gesichert; an anderer Stelle (Ziff. 1) ist davon die Rede, durch die vorgeschlagene Regelung werde einer „Vervielfachung kollektiver Konflikte“ vorgebeugt. Kann dies als Basis ausreichen? (unten IV)
- Unterstellt man, dass dies Ziele sind, die der Gesetzgeber nach seinem Ermessen verfolgen kann, stellt sich das Problem der Verhältnismäßigkeit. Ist eine Auflösung der Tarifpluralität durch Rückgriff auf das Mehrheitsprinzip geeignet und erforderlich, um den gewollten Effekt zu erreichen? Wird ein angemessener Ausgleich zwischen den konkurrierenden Interessen geschaffen? (unten V)
- Wie sind jene Fälle zu behandeln, in denen definitiv nur ein Tarifvertrag zur Anwendung kommen kann? Dies betrifft einmal die betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen nach § 3 Abs.2 TVG, zum andern Vorschriften über Gemeinsame Einrichtungen, die deshalb für allgemeinverbindlich erklärt sind, weil sie sonst ihre sozialpolitische Funktion nicht erfüllen könnten (unten VI).

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

## 1. Der Ausgangspunkt

Das Grundrecht aus Art. 9 Abs.3 Satz 1 GG gewährleistet das Recht, „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ Vereinigungen zu bilden, für „jedermann und für alle Berufe“. Dies umfasst nach allgemeiner Auffassung zum einen die individuelle Koalitionsfreiheit, d. h. das Recht einzelner abhängig Beschäftigter und einzelner Arbeitgeber, sich mit anderen in derselben Situation befindlichen Personen zu Vereinigungen zusammenzuschließen und bestehenden Organisationen beizutreten. Geschützt ist auch das Recht, in der einmal gewählten Organisation zu verbleiben oder diese wieder zu verlassen. Dies alles ist – soweit ersichtlich – völlig unstrittig.<sup>23</sup>

Die Koalitionsfreiheit schützt weiter den „Bestand“ der einmal gebildeten Vereinigung.<sup>24</sup> Dies umfasst u. a. „die Bestimmung über ihre Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte.“<sup>25</sup> Auch darf sie nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass der Staat Konkurrenzorganisationen mit ähnlichem Aufgabengebiet schafft, wozu etwa ein flächendeckendes Netz von Arbeitnehmerkammern mit Zuständigkeit auch im Tarifbereich gehören würde.<sup>26</sup>

Von Art. 9 Abs.3 GG umfasst wird weiter das Recht zur „spezifisch koalitionsmäßigen Betätigung“, also zu all jenen Handlungsformen, die der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen. Diese sind in Abweichung von früheren Auffassungen nicht nur in einem Kernbereich, sondern ganz generell garantiert.<sup>27</sup> Dazu gehört das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen<sup>28</sup> sowie das Recht, für dieses Ziel in den Streik zu treten oder andere Druckmittel einzusetzen.<sup>29</sup> Gegenläufige Interessen des Arbeitgebers sind im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen.<sup>30</sup>

## 2. Konkrete Konsequenzen

---

<sup>23</sup> Aus der Rechtsprechung s. etwa die Zusammenfassung in BVerfGE 50, 290

<sup>24</sup> Zuletzt BVerfG NZA 2005, 153

<sup>25</sup> So BVerfG DB 1996, 2082

<sup>26</sup> BVerfGE 38, 281, 309

<sup>27</sup> Grundlegend BVerfGE 94, 268, 292 = DB 1996, 1627, bestätigt durch BVerfGE 100, 214, 221 und BVerfGE 100, 271, 282

<sup>28</sup> So bereits BVerfGE 4, 96, 106; BVerfGE 18, 18, 27

<sup>29</sup> Vgl. BVerfGE 84, 212 ff.; BVerfG AP Nr. 126 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

<sup>30</sup> Vgl. Engels, Verfassung und Arbeitskampfrecht, S. 199 ff. m. w. N.

## a) Organisationsprinzipien

Das Grundgesetz enthält keinerlei Vorgaben, nach welchen Grundsätzen Koalitionen organisiert sein müssen.<sup>31</sup> Unbestritten zulässig ist die Bildung einer einheitlichen branchenübergreifenden Organisation wie sie beispielsweise in Österreich existiert, aber auch die Schaffung von Zusammenschlüssen, die auf bestimmte Branchen beschränkt sind. Dies ist das herrschende, wenngleich nicht universelle Organisationsprinzip innerhalb der DGB-Gewerkschaften.<sup>32</sup> Zulässig ist auch, nur eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern als Mitglieder gewinnen zu wollen; prominentestes Beispiel hierfür ist die DAG, die inzwischen in ver.di aufgegangen ist, doch ist aktuell insbesondere an die VAA zu denken. Vom Grundgesetz her bestehen auch keine Bedenken dagegen, dass sich eine Organisation auf eine bestimmte weltanschauliche und religiöse Überzeugung festlegt und von daher ihren Rekrutierungsbereich erheblich enger als andere fasst. Beispiele hierfür sind die im CGB zusammengeschlossenen Organisationen (soweit sie die Voraussetzungen des Gewerkschaftsbegriffs erfüllen).

Diese Freiheit zur Wahl des eigenen Organisationsprinzips ist selbstverständliche Konsequenz der Tatsache, dass Art. 9 Abs.3 GG ein Freiheitsrecht gewährt. Es ist den gründungs- oder beitragswilligen Individuen überlassen, die Organisationsform nach ihren Vorstellungen zu gestalten bzw. von einem Beitritt abzusehen, wenn ihnen die Struktur einer bestehenden Organisation nicht zusagt. Es gibt keine verfassungsrechtliche Garantie einer „Einheitsgewerkschaft“.<sup>33</sup> Wenn in neuester Zeit behauptet wird, die Aufspaltung in berufsspezifische Gruppeninteressen sei „dem Gedanken des Art. 9 Abs.3 GG fremd“<sup>34</sup>, so findet dies in Wortlaut und Sinn der Verfassungsbestimmung keinerlei Stütze. Sie deckt ersichtlich auch berufsbezogene Zusammenschlüsse ab, wie im Übrigen schon ihr Wortlaut („für jedermann und für alle Berufe“) hinreichend deutlich macht. Die in der gemeinsamen Erklärung von DGB und BDA unter Ziff. 1 enthaltene Zielsetzung, man wolle durch die Festschreibung des Prinzips der Tarifeinheit eine „Spaltung der Belegschaften“ verhindern, kollidiert von vorne herein mit Art. 9 Abs.3 GG.

## b) Inhaltliche Vorgaben

<sup>31</sup> So bereits BVerfGE 4, 96, 105

<sup>32</sup> Ausnahmen: Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft und Gewerkschaft der Polizei, die man ihrer Struktur nach als berufsständisch bezeichnen kann.

<sup>33</sup> Zachert, FS Bauer, S. 1197, 1203. Vgl. auch Hanau RdA 2008, 98: Keine Einheitsgewerkschaft „nach Art des FDGB“.

<sup>34</sup> Giesen NZA 2009, 16

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

- Die Koalition muss auf freiwilligem Beitritt beruhen.
- Ihr Hauptzweck muss in der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bestehen.
- Die Interessen der Mitglieder müssen dem sozialen Gegenspieler und dem Staat gegenüber wahrgenommen werden.
- Die Organisation muss von ihrem Gegenspieler, aber auch vom Staat, von politischen Parteien und von den Kirchen unabhängig sein; dies schließt nicht aus, sich z. B. programmatisch zu den Zielen einer bestimmten politischen Partei zu bekennen, soweit die autonome Willensbildung gewahrt bleibt.
- Die Überbetrieblichkeit ist lediglich ein Indiz für Unabhängigkeit von der Arbeitgeberseite, kein zwingendes Koalitionserfordernis.<sup>35</sup>

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

- Sie muss einmal über eine gewisse „Mächtigkeit“ verfügen, insbesondere über die Fähigkeit, die Gegenseite unter Druck zu setzen und sie so in eine Situation zu bringen, dass sie Verhandlungsangebote nicht einfach ignorieren kann.<sup>36</sup> Dies wird normalerweise nur über die Bereitschaft zum Arbeitskampf erreichbar sein.
- Zum zweiten muss sie über die nötige „Leistungsfähigkeit“ verfügen. Von ihren Ressourcen her muss sie in der Lage sein, vor Beginn von Tarifverhandlungen die wirtschaftliche Lage zu analysieren, Tarifforderungen aufzustellen und die Einhaltung der getroffenen Abmachungen zu überwachen.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> S. statt aller Sachs-*Höfling* Art. 9 GG Rn 57

<sup>36</sup> So die Formulierung in BVerfG DB 1982, 231

<sup>37</sup> So BAG BB 2005, 1054, 1059

### c) Das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen

Jede Gewerkschaft, die den eben skizzierten Voraussetzungen gerecht wird, hat das Recht, mit der Arbeitgeberseite in Tarifverhandlungen einzutreten und Tarifverträge abzuschließen. Der Gesetzgeber hat allerdings nach einer älteren Entscheidung des BVerfG<sup>38</sup> das Recht, die Tariffähigkeit weiter zu beschränken. Damals blieb es unbeanstandet, dass eine Vorschrift des geltenden Landesrechts so interpretiert wurde, dass gemischt-fachlichen Verbänden auf Arbeitgeberseite die Tariffähigkeit vorenthalten blieb. Derartiges sei aber nur möglich, wenn es sich um eine außergewöhnliche oder durch die Entwicklung weithin überholte Organisationsform handle, deren Tariffähigkeit eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens erheblich störe und zu schwer überwindbaren Schwierigkeiten führe.<sup>39</sup> Dies sind singuläre Voraussetzungen, die in der heutigen Diskussion keine Rolle mehr spielen. Die Tariffähigkeit berufsorientierter Organisationen ist allgemein anerkannt. Soweit bei einzelnen „christlichen“ Organisationen Zweifel bestehen, beruhen diese nicht auf der Organisationsform, sondern darauf, dass die Unabhängigkeit von der Arbeitgeberseite und die „Mächtigkeit“ nicht ausreichend dargetan sind.

Das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen steht jeder tariffähigen Organisation, d. h. jeder Gewerkschaft zu. Sie kann sich der Tarifautonomie bedienen, um für ihre Mitglieder (oder auch darüber hinaus) bessere Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu erreichen. Diese ist nicht eine „Institution“, an der Gewerkschaften, Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände in unterschiedlicher Weise teilhaben. Vielmehr geht es um die Ausübung eines Freiheitsrechts, das jeder beteiligten Organisation zusteht. Es gibt nicht „die“ Tarifautonomie, in die sich die Handlungsmöglichkeiten der einzelnen Beteiligten einfügen müssen. Vielmehr kann jede einzelne Gewerkschaft genauso wie die Arbeitgeberseite von ihren Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch machen. Damit steht die Zielsetzung in Ziff. 1 der BDA/DGB-Erklärung in Widerspruch, durch Festschreibung der Tarifeinheit wolle man eine „Zersplitterung des Tarifvertragssystems“ verhindern. Soweit es mehrere Gewerkschaften geben kann, müssen auch unterschiedliche Tarifverträge möglich sein.

### III. Ausgestaltung oder Eingriff?

---

<sup>38</sup> BVerfGE 4, 96 ff.

<sup>39</sup> BVerfGE 4, 96, 108

In der gemeinsamen Erklärung von DGB und BDA wird unter Ziff. 2 der Standpunkt vertreten, die vorgeschlagene Regelung diene der „Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit“. Trifft dies zu, wäre sie jedenfalls nicht an den Kriterien zu messen, die für einen Eingriff in Grundrechte gelten. Auch in der Literatur wird zum Teil der Standpunkt vertreten, bei der Schaffung von Kollisionsregeln zwischen verschiedenen Tarifverträgen handle es sich um die „Ausgestaltung“ des Grundrechts aus Art. 9 Abs.3 GG.<sup>40</sup>

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

Auch die Koalitionsfreiheit bedarf der normativen Ausgestaltung. Dies gilt einmal ähnlich wie bei der Vereinigungsfreiheit für die Möglichkeit zum Zusammenschluss als solchem, wobei das durch richterrechtliche Grundsätze modifizierte Vereinsrecht den Anforderungen in vollem Umfang genügt. Wichtiger und im vorliegenden Fall unmittelbar einschlägig ist die Notwendigkeit, einen rechtlichen Rahmen für die Tarifautonomie bereit zu stellen, der insbesondere die unmittelbare und zwingende Wirkung von Tarifverträgen, aber auch die Frage regelt, wer im Einzelnen an Tarifverträge gebunden ist. Diese Aufgabe erfüllt das TVG, das allerdings nicht die einzig denkbare Lösung für die Ausgestaltung der Tarifautonomie enthält. Ob auch der Arbeitskampf einer gesetzlichen oder richterrechtlichen Ausgestaltung bedarf, erscheint weniger offenkundig. Anders als bei der Tarifautonomie lässt sich hier der Standpunkt vertreten, der Streik sei eine natürliche Freiheit,<sup>41</sup> deren Ausübung von Verfassungen wegen arbeitsvertragliche Pflichten suspendiert, doch kann dies im vorliegenden Zusammenhang letztlich dahinstehen.

Eine „**Ausgestaltung**“ liegt – abstrakt gesprochen – dann vor, wenn die Voraussetzungen für die Wahrnehmung eines Grundrechts geschaffen werden. Dies hat das BVerfG gerade im

---

<sup>40</sup> Hromadka NZA 2008, 387; ähnlich Kempfen, FS Hromadka, S. 179 ff.

<sup>41</sup> So etwa Engels, Verfassung und Arbeitskampfrecht, S. 261 ff.

Zusammenhang mit der Koalitionsfreiheit betont und hinzugefügt, dies gelte insbesondere dort, wo es um die Regelung der Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen gehe.<sup>42</sup> Konkret sind damit die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen gemeint, nicht etwa Konkurrenzprobleme, die auf Arbeitnehmer- oder auf Arbeitgeberseite auftreten mögen. Ein **Eingriff**, der nur zur Wahrung verfassungsrechtlich geschützter Güter zulässig ist,<sup>43</sup> ist demgegenüber dann gegeben, wenn der tatbestandliche Schutzbereich verkürzt wird, wenn die potentiellen Verhaltensmöglichkeiten eingeschränkt werden.<sup>44</sup> Im Einzelfall kann die Abgrenzung erhebliche Probleme aufwerfen. Als Beispiel mag der hier nicht relevante Fall dienen, dass die auf das Eigentum bezogene Gesetzgebung bestimmte Gegenstände für nicht eigentumsfähig erklärt oder ihrem Inhaber nur eine geminderte Rechtsposition zuweist. Wirklich exakte Grenzen sind in diesem Bereich noch nicht erarbeitet.<sup>45</sup>

Im hier interessierenden Zusammenhang kommt es auf dieses Abgrenzungsproblem nicht an. Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung gestaltet die Rechte der einzelnen Gewerkschaften aus Art. 9 Abs.3 GG nicht aus, sondern schränkt sie in weitestem Umfang ein. Der faktische Entzug des Rechts, Tarifverträge abzuschließen und dafür einen Arbeitskampf zu führen,<sup>46</sup> stellt einen denkbar weitreichenden Eingriff dar, der nur noch durch ein Gewerkschaftsverbot übertroffen werden könnte.<sup>47</sup> Betroffen ist dabei nicht nur die Organisation als solche, sondern auch das einzelne Mitglied: Die Früchte der Mitgliedschaft werden ihm entzogen,<sup>48</sup> er wird weitgehend auf den Status eines Nichtorganisierten zurückgeworfen.<sup>49</sup> Erschwerend kommt hinzu, dass die „Tarifeinheit kraft Mehrheit“ bestimmte Gewerkschaften in besonderer Weise benachteiligt, die sich ihrer Ausrichtung nach nur an bestimmte Teile der Belegschaften wenden.<sup>50</sup> Auch bei „allgemeinen“, sich an alle abhängig Beschäftigten wendenden Gewerkschaften gäbe es keine Rechtfertigung der Art, dass man im einen Betrieb Mehrheit, im anderen Minderheit sei, was sich im Ergebnis ausgleiche: Dies wäre allenfalls unter der

---

<sup>42</sup> BVerfG NZA 1995, 272, 273 rechte Spalte unten: (Die vorbehaltlose Gewährleistung der Koalitionsfreiheit) „schließt eine Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers nicht aus, soweit er Regelungen trifft, die erst die Voraussetzungen für eine Wahrnehmung des Freiheitsrechts bilden. Das gilt insbesondere dort, wo es um die Regelung der Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen geht.“

<sup>43</sup> BVerfG a. a. O.

<sup>44</sup> Degenhart, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, § 61 Rn 13. Zu unspezifisch Dieterich RdA 2002, 1, 11, wonach ein Eingriff dann vorliege, wenn das Regelungsziel nicht in der Realisierung eines funktionsgerechten Tarifsystems bestehe. Ebenso Hromadka/Schmitt-Rolfes NZA 2010, 689

<sup>45</sup> Dazu eingehend Engels, Verfassung und Arbeitskampfrecht, S. 281 ff.; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, S. 425 ff.

<sup>46</sup> Dazu oben A I 2 a

<sup>47</sup> S. Jacobs NZA 2008, 325, 329: „Intensivere Eingriffe in die Koalitionsfreiheit sind nicht möglich, sieht man von einem Gewerkschaftsverbot ab.“ Ebenso in der Sache BAG NZA 2010, 645 Tz. 79.

<sup>48</sup> BAG NZA 2010, 645 Tz 81; Thüsing/v. Medem ZIP 2007, 311

<sup>49</sup> Franzen RdA 2008, 194

<sup>50</sup> S. oben A II 2a

Prämisse potentiell gleich starker Organisationen plausibel, wovon unter den gegebenen Umständen nicht die Rede sein kann. Das BVerfG nimmt bereits dann einen „Eingriff“ an, wenn durch Gesetz ein Tarifvertrag außer Kraft gesetzt wird<sup>51</sup> - dasselbe muss erst recht gelten, wenn bestimmten Gewerkschaften schon der Abschluss von Tarifverträgen faktisch unmöglich gemacht wird.<sup>52</sup>

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

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

### **1. Die Ausgangsthesen**

In der Literatur wird insbesondere von Rupert Scholz<sup>53</sup> der Standpunkt vertreten, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sei angesichts einer größer werdenden Anzahl von Gewerkschaften nur dann gewährleistet, wenn das Prinzip der Tarifeinheit gelte. Dies sei auch im Hinblick auf Art. 9 Abs.3 GG unbedenklich, weil die dort garantierten Rechte „unter dem Vorbehalt einer funktionierenden Tarifautonomie insgesamt“ stehen würden.<sup>54</sup> Zwischen den Rechten der einzelnen Organisationen und ihrer Mitglieder sei ein „möglichst schonender Ausgleich“ zu schaffen<sup>55</sup>, so dass eine unverhältnismäßige Zurücksetzung der Minderheitsorganisationen nicht in Betracht komme. Wie deren verbleibende Rechte beschaffen sein sollen, wird nicht näher ausgeführt.

Ähnlich argumentiert Kempen.<sup>56</sup> Art. 9 Abs.3 GG schalte den Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt dadurch aus, dass „Angebotskartelle“ der Arbeitnehmer ermöglicht würden. Die Kartellfunktion erfordere funktionell, „dass am Ende des Wettbewerbs als Ergebnis eine

<sup>51</sup> BVerfGE 100, 271, 283; BVerfGE 103, 293, 305

<sup>52</sup> Übereinstimmend Reichold, Gutachten, S. 11. Auf die Differenzierung zwischen „Eingriff“ und „eingriffsgleichen Beeinträchtigungen“ (dazu Cornils, FS Bethge, S. 137, 140 ff.) kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

<sup>53</sup> FS Buchner, S. 827 f.; Rechtsgutachten, insbes. S. 29

<sup>54</sup> Scholz, FS Buchner, S. 828

<sup>55</sup> FS Buchner, S. 829

<sup>56</sup> FS Hromadka, S. 184 ff.

einheitliche Tarifregelung für das konkrete betriebliche Arbeitsfeld“ stehe.<sup>57</sup> Eine Tarifpluralität tendiere dazu, den gerade zu vermeidenden Unterbietungswettbewerb auf kollektiver Ebene erneut zu entfesseln; auf diese Weise könne die Tarifautonomie ihre Funktion nicht mehr erfüllen.

Andere Autoren stützen sich auf die bisherige Rechtsprechung des BAG<sup>58</sup> und verweisen auf praktische Probleme. Die Tarifpluralität führe zu einem Zustand, der der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit abträglich sei. Organisatorische Probleme seien angesichts einer Vielfalt von Tarifverträgen schwer zu lösen, zumal der Arbeitgeber Schwierigkeiten habe, die Zugehörigkeit von Beschäftigten zu einzelnen Gewerkschaften überhaupt zu erfahren.<sup>59</sup> Auch sei es schwierig, in ein und demselben Betrieb drei oder vier verschiedene Arbeitszeitmodelle zu praktizieren.<sup>60</sup> Problematisch sei zudem die Abgrenzung zu Betriebsnormen, bei denen wegen § 3 Abs.2 TVG notwendigerweise nur ein Tarifvertrag im Betrieb gelten könne; allein bei Inhalts-, Einstellungs- und Beendigungsnormen sei aber überhaupt eine Tarifpluralität denkbar.

In der neueren Literatur wird weiter darauf verwiesen, die Tarifpluralität führe zu permanenten Tarifauseinandersetzungen und Streiks; auf diese Weise verliere die Friedenspflicht weitgehend ihre Funktion.<sup>61</sup> Betriebsklima und Personalarbeit würden erheblich beeinträchtigt. In Bezug auf Spartengewerkschaften werden auch arbeitskampfrechtliche Argumente herangezogen, wonach die Arbeitsniederlegungen durch Spezialisten nicht nur exorbitante Schäden hervorrufen, sondern auch die Kampfparität gefährden, weil der Arbeitgeberseite keine ausreichenden Abwehrmittel mehr zur Verfügung stehen würden.<sup>62</sup>

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

## **2. Koalitionsfreiheit unter Funktionsvorbehalt?**

---

<sup>57</sup> FS Hromadka, S. 186

<sup>58</sup> S. etwa BAG AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz

<sup>59</sup> S. etwa Göhner, FS Bauer, S. 359 ff.

<sup>60</sup> Göhner, a. a. O.

<sup>61</sup> Giesen NZA 2009, 15 („Vervielfältigung von Arbeitskämpfen“); Hromadka NZA 2008, 383, 387

<sup>62</sup> v. Steinau-Steinrück/Glanz NZA 2009, 114

Art. 9 Abs.3 GG gewährt ein Freiheitsrecht „für jedermann und alle Berufe“. Ob und wie man von ihm Gebrauch macht, ist den Individuen und ihren Organisationen überlassen. Dieses Freiheitsrecht enthält keinen Gesetzesvorbehalt, ist deshalb jedoch nicht schrankenlos garantiert. Zum Schutz gleichermaßen verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechtsgüter sind Einschränkungen möglich, soweit diese von der Sache her geboten, d. h. verhältnismäßig sind.<sup>63</sup> Dies muss im Einzelfall dargelegt und geprüft werden. Einen pauschalen Vorbehalt, dass nur ein „funktionsgerechter“ Gebrauch von Grundrechten garantiert wäre, kennt das Grundgesetz nicht. Insofern ist schon der Ausgangsthese von Rupert Scholz zu widersprechen. Würde man eine solche Annahme akzeptieren, hätte dies letztlich zur Folge, dass der Einzelne in entscheidenden Fragen fremdbestimmt würde, weil andere festlegen würden, was man unter einem „funktionsgerechten“ Freiheitsgebrauch zu verstehen habe. Der These kann nur insoweit Bedeutung zukommen, als konkrete Nachteile benannt werden, die eine Tarifpluralität mit sich bringen würde. Dies wird von anderen Autoren unter den Stichworten „mangelnde Praktikabilität“ und „permanente Auseinandersetzungen“ durchaus getan. Ein weiteres Bedenken besteht gegen die Handhabung des Prinzips der praktischen Konkordanz: Welche Rechte Minderheitsgewerkschaften im Bereich der Tarifpolitik noch haben sollen, wird nirgends ausgeführt und ist auch nicht ersichtlich: Sie behalten das Recht, Flugblätter zu verteilen oder E-Mails zu versenden, aber für eine effektive Verbesserung der Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder können sie letztlich nichts unternehmen. Zwar könnte man sich die Frage stellen, ob nicht auch ohne tarifbezogenen Streik entsprechende Möglichkeiten bestünden, weil Arbeitsniederlegungen auch für andere als tarifliche Ziele denkbar und rechtmäßig sind,<sup>64</sup> doch hat diese Perspektive in der bisherigen Diskussion keinerlei Rolle gespielt und soll auch angesichts der Ungewissheit, wie sich die Rechtsprechung entwickelt, hier nicht weiterverfolgt werden. Jedenfalls würde man dem Autor Scholz Unrecht tun, wollte man ihm einen solchen Ausweg als gewollt unterstellen. Es bleibt somit dabei, dass die „praktische Konkordanz“ zu einer „praktischen Dominanz“ wird, ohne dass Bremsen und Gegengewichte irgendwie sichtbar gemacht würden.

---

<sup>63</sup> BAG NZA 2010, 645 Tz 82

<sup>64</sup> Das BAG hat in zwei Entscheidungen (NZA 2003, 735, 740 und NZA 2007, 987, 994 Tz. 79) die Frage, ob ein Streik um andere als tarifliche Ziele rechtmäßig ist, dahinstehen lassen. Auch die Anerkennung des Unterstützungstreiks (BAG NZA 2007, 1055) lockert zumindest den Tarifbezug.

Auch die Thesen Kempens besitzen nicht mehr Überzeugungskraft.<sup>65</sup> Die „Kartellwirkung“ von Tarifverträgen reicht nach dem Grundgesetz nicht über die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft hinaus. Ob sich ein großes oder mehrere kleine „Kartelle“ bilden, ist der Entscheidung der Beteiligten überlassen. Sie allein können bestimmen, welchen Umfang ihre Zusammenschlüsse annehmen sollen, wo es nach ihrer Auffassung notwendig ist, der Überlegenheit der Arbeitgeberseite mit gemeinsamem Handeln zu begegnen. Die These, schon die Existenz mehrerer Gewerkschaften, die sich um Tarife bemühen, gefährde oder beseitige die „Kartellwirkung“, läuft letztlich darauf hinaus, nur noch ein „Superkartell“ zuzulassen und damit das Konzept der Einheitsgewerkschaft entgegen Wortlaut und Sinn des Art. 9 Abs.3 GG zu einem von der Verfassung gebotenen zu machen. Dass die „Unterbietungskonkurrenz“ Probleme bereiten kann, liegt auf der Hand, doch gibt es andere Mittel, ihr zu begegnen.<sup>66</sup> Insbesondere sollte man strenger als bisweilen in der Vergangenheit prüfen, ob bei einer Organisation wirklich die nötige Unabhängigkeit von der Arbeitgeberseite und die erforderliche „Mächtigkeit“ besteht. Tarifverträge allein können hierfür kein ausreichendes Indiz sein.<sup>67</sup> Auch sollte man die „Überbietungskonkurrenz“ nicht übersehen, die zu einer Aktivierung von Gewerkschaften führen kann, die als Alleinvertretung eine sehr viel zurückhaltendere Form von Interessenvertretung betreiben würden.<sup>68</sup>

### **3. Mangelnde Praktikabilität der Tarifpluralität?**

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

(1) Wirkt ein Flächentarifvertrag nur noch nach und schließt der Arbeitgeber mit einer anderen Gewerkschaft einen Firmentarif, so löst dieser nicht etwa den nachwirkenden

---

<sup>65</sup> Zutreffend noch derselbe Autor in NZA 2003, 415, 417: „Die unter dem Schutz des Art. 9 Abs.3 GG getroffenen... Entscheidungen (werden) für den von der Rechtsprechung verdrängten Tarifvertrag... praktisch wertlos gestellt, ohne dass dies durch ein ‚Gegengrundrecht‘ legitimiert wäre.“ Kleider machen Leute, Funktionen machen Meinungen.

<sup>66</sup> Dazu eingehend Dieterich, GS Zachert, S. 541 ff.

<sup>67</sup> Anders aber im Grundsatz BAG NZA 2006, 1112

<sup>68</sup> Die Tatsache, dass ein früherer Justiziar der Gewerkschaft ver.di den solidarischen Zusammenschluss von Arbeitnehmern durchgehend als „Kartell“ bezeichnet, macht deutlich, wie wenig von gewerkschaftlichen Traditionen bisweilen auf den Direktionsetagen noch zurückgeblieben ist.

Flächentarif ab. Vielmehr existieren nach der Rechtsprechung<sup>69</sup> beide Tarife nebeneinander. Nur für die Mitglieder der anderen Gewerkschaft gilt der in ihrem Namen abgeschlossene Tarif. Dies ließ sich auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung mit dem Argument kritisieren, der nachwirkende Tarifvertrag habe auf diese Weise eine stärkere Wirkung als ein noch voll in Kraft befindlicher,<sup>70</sup> doch ist dies im vorliegenden Zusammenhang ohne Interesse.

(2) Wird ein Betrieb oder Betriebsteil nach § 613a BGB auf einen Erwerber übertragen, so gelten die bisherigen Tarifnormen fort; von ihnen kann nach § 613a Abs.1 Satz 2 BGB grundsätzlich während eines Jahres nicht zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen werden. Gilt beim Erwerber ein anderer Tarifvertrag, so tritt dieser nach § 613a Abs.1 Satz 3 BGB nur dann an die Stelle des bisher geltenden, wenn beiderseitige Tarifgebundenheit besteht. Fehlt es daran, bleiben die bisherigen Tarifverträge weiter für die übergegangenen Arbeitsverhältnisse maßgebend.<sup>71</sup> Auch dann sind im Betrieb zwei verschiedene Tarifverträge anzuwenden.

(3) Gilt im Erwerberbetrieb ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag, so würden an sich die bisherigen Tarifbestimmungen unanwendbar werden, da nach § 5 TVG eine beiderseitige Tarifgebundenheit besteht. Wird jedoch im Arbeitsvertrag auf einen Tarif (in der Regel den der bisherigen Branche) verwiesen, so geht diese arbeitsvertragliche Bezugnahme nach § 613a Abs.1 Satz 1 BGB auf den Erwerber über. Ist der in Bezug genommene Tarifvertrag günstiger (im konkreten Fall ging es um eine Bezugnahme auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes und den für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag für das Gebäudereinigungshandwerk), so findet er weiter Anwendung.<sup>72</sup> Das BAG nimmt auch hier keine Vereinheitlichung vor, sondern mutet dem Arbeitgeber die Beachtung von zwei verschiedenen Normenkomplexen zu.<sup>73</sup>

(4) Bilden zwei Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb, so wird dort zwar ein einheitlicher Betriebsrat gewählt. Das Prinzip der „Tarifeinheit“ wird jedoch nicht herangezogen. Vielmehr gelten im Verhältnis zum jeweiligen Vertragsarbeitgeber die in dessen Unternehmen

---

<sup>69</sup> BAG NZA 1998, 40 ff.

<sup>70</sup> Vgl. Jacobs NZA 2008, 327: „dogmatisch seltsame Begründung“

<sup>71</sup> BAG NZA 2010, 41 unter Rückgriff auf BAG NZA 2001, 1318

<sup>72</sup> BAG NZA 2008, 364

<sup>73</sup> Ebenso BAG NZA 2009, 151

maßgebenden Tarifverträge. Die im Gemeinschaftsbetrieb typischerweise vorhandene Personalleitung muss daher mindestens zwei verschiedene Tarifverträge anwenden.<sup>74</sup>

(5) Im Bereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes kann aus unionsrechtlichen Gründen ein Firmentarif den für allgemein verbindlich erklärten Mindestbedingungstarif nicht verdrängen. Dies gilt aber nur, soweit es um Mindestbedingungen geht. Bei anderen Fragen kommen nach bisheriger Rechtsprechung sehr wohl die allgemeinen Regeln der Tarifkonkurrenz zur Anwendung. Dies hatte beispielsweise zur Folge, dass in Bezug auf die Urlaubskasse der für allgemein verbindlich erklärte Tarifvertrag, in Bezug auf sonstige gemeinsame Einrichtungen jedoch ein anderer Tarif zur Anwendung kam.<sup>75</sup> Auch hier wurde eine Ausnahme vom Prinzip der Tarifeinheit gemacht.

(6) Existiert ein speziellerer Tarifvertrag nur für Arbeiter, geht dieser vor. Für Angestellte bleibt es aber bei dem für alle geltenden Tarifvertrag.<sup>76</sup> Auch in diesem Fall werden im Betrieb zwei Tarifverträge angewandt. Ob man dies als allgemeine Ausnahme zugunsten von Berufsgruppentarifen ansehen kann,<sup>77</sup> ist bislang nicht ausreichend geklärt.

(7) Die wohl wichtigste Ausnahme vom Prinzip der Tarifeinheit liegt im Arbeitskampfrecht. Die jüngere Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte vertritt den Standpunkt, bei Erhebung einer Tarifforderung sei noch nicht absehbar, ob der auf ihrer Grundlage abgeschlossene Tarifvertrag als speziellerer vorgehen würde oder hinter einem anderen zurücktreten müsse. Aus diesem Grund wurde kein rechtswidriges Tarifziel angenommen, das auch den Streik unzulässig gemacht hätte.<sup>78</sup> In der Folgezeit haben sich die Tarifverträge der Gewerkschaft der Flugsicherung und der Gewerkschaft der Lokomotivführer durchgesetzt, ohne dass ihre Gültigkeit unter Hinweis auf das Prinzip der Tarifeinheit in Frage gestellt worden wäre. Auch auf diese Weise entstand nach bisherigem Recht eine Tarifpluralität.<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> BAG NZA 1993, 405 unter Bezugnahme auf BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität. Gibt es mehr als zwei Trägerunternehmen, kommt auch eine höhere Anzahl von Tarifverträgen in Betracht.

<sup>75</sup> BAG NZA 2007, 1111, 1115

<sup>76</sup> BAG NZA 1994, 1038, 1041

<sup>77</sup> Überlegung bei Deinert NZA 2009, 1181; in diese Richtung Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 753

<sup>78</sup> LAG Hessen NZA 2003, 679, 680 f.; LAG Rheinland-Pfalz DB 2007, 2432 (in Abweichung von LAG Rheinland-Pfalz AP Nr. 169 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anm. Däubler); LAG Sachsen NZA 2008, 59, 64 ff.; dazu auch Rieble BB 2003, 1227 ff.

<sup>79</sup> Ebenso Berg/Platow/Schoof/Unterhinnighofen, Einl. TVG, Rn 44b; Harasser/Pagel, DIW-Wochenbericht Nr. 30/2010 S. 7

(8) Unbestritten zulässig ist schon immer eine sog. gewillkürte Tarifpluralität. Arbeitgeber und Gewerkschaften konnten (und können) sich einigen, dass im Betrieb mehrere Tarifverträge gelten sollten. In der Regel erfolgt dies in der Weise, dass auf einzelne Gruppen von Beschäftigten jeweils ein Tarifvertrag angewandt wird.<sup>80</sup> Auch die gemeinsame Erklärung von DGB und BDA will an diesem Rechtszustand nichts ändern.

Das BAG hat aus dieser Rechtsprechungspraxis den Schluss gezogen, es gebe kein „Ordnungsprinzip der betrieblichen Tarifeinheit“.<sup>81</sup> In der Literatur wurde zwar betont, es sei bei den Ausnahmen immer um Sonderkonstellationen gegangen,<sup>82</sup> doch wurde dem entgegengehalten, in Wahrheit befinde sich die Tarifeinheit „in Auflösung“.<sup>83</sup> Letzteres erscheint auch deshalb überzeugender, weil selbst in den ganz „normalen“ Fällen der Geltung mehrerer Tarife in einem Betrieb nicht immer nach dem Einheitsprinzip verfahren wurde.<sup>84</sup> Im vorliegenden Zusammenhang interessiert allerdings ein anderer Punkt:

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

Das gilt auch dann, wenn sich weitere berufsorientierte Gewerkschaften bilden sollten, was aber nach einer Analyse des DIW nicht zu erwarten ist.<sup>85</sup> Dies wird bestätigt, wenn man sich die einzelnen spezifischen „Schwierigkeiten“ vor Augen führt, die das Prinzip der Tarifeinheit rechtfertigen sollen.<sup>86</sup>

Belastend sollen einmal die auftretenden Verwaltungskosten wirken – ein Argument, das im Zeitalter der EDV schwerlich Überzeugungskraft entfalten kann.<sup>87</sup> Weiter wird darauf verwiesen, die Abgrenzung von Individual- und Betriebsnormen sei außerordentlich schwierig, doch stellt sich dieses Problem auch dann, wenn man Tarifeinheit praktiziert und dann wissen möchte, ob eine Tarifnorm für und gegen alle wirkt oder nur die Organisierten bindet.<sup>88</sup> Auch unterschiedliche Arbeitszeitregelungen in verschiedenen Tarifverträgen lassen

---

<sup>80</sup> Beispiele bei Kamanabrou ZfA 2008, 241, 257

<sup>81</sup> BAG NZA 2010, 645 Tz. 59

<sup>82</sup> Göhner, FS Bauer, S. 356

<sup>83</sup> Bayreuther NZA 2008, 12

<sup>84</sup> Vgl. Greiner, Rechtsfragen, S. 290, 298 ff.; Kohte SAE 1996, 15

<sup>85</sup> Harasser/Pagel DIW-Wochenbericht Nr. 30/2010 S. 10 f.

<sup>86</sup> Dazu zusammenfassend Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, S. 400 ff.

<sup>87</sup> BAG NZA 2010, 645 Tz. 64; Deinert NZA 2009, 1178; Jacobs NZA 2008, 328

<sup>88</sup> Thüsing/v. Medem ZIP 2007, 512

sich einplanen; in der Literatur wird berichtet, dass es bei Opel Rüsselsheim aufgrund betrieblicher Abmachungen 130 Arbeitszeitregimes gebe.<sup>89</sup> Weiter kann sich der Arbeitgeber nicht dagegen wehren, dass eine größere Zahl von Beschäftigten nach § 8 TzBfG einen Anspruch auf Verkürzung der Arbeitszeit erfolgreich geltend macht, was dann gleichfalls die Einplanung unterschiedlicher Arbeitszeiten erfordert. Schließlich stellt sich bei Tarifpluralität das Problem, nach der Gewerkschaftszugehörigkeit differenzieren zu müssen.<sup>90</sup> Auch hier findet sich unschwer eine Lösung. Im Normalfall wird in den Arbeitsverträgen einheitlich auf einen bestimmten Tarifvertrag verwiesen. Vertritt ein Arbeitnehmer den Standpunkt, er gehöre einer Gewerkschaft an, die einen aus seiner Sicht besseren Tarif abgeschlossen habe, so muss er seine Mitgliedschaft offenlegen und so die Voraussetzungen für seine Ansprüche deutlich machen.<sup>91</sup>

Eine ganze andere Frage ist, wie mit Fällen der echten Tarifkonkurrenz umzugehen ist. Sie entstehen dann, wenn zwei Tarifverträge betriebliche oder betriebsverfassungsrechtliche Normen enthalten, die nicht miteinander kompatibel sind: Hier muss man eine einheitliche Lösung finden, weil sonst in der Tat unübersteigbare praktische Schwierigkeiten entstehen würden. Dasselbe gilt, wenn ein für allgemein verbindlich erklärter Tarif mit einem andern zusammentrifft und sich die Inhalte beider Verträge nicht in Einklang bringen lassen. Darauf ist an späterer Stelle einzugehen.<sup>92</sup>

#### **4. Gefahren für die Friedenspflicht?**

Das vierte Argument scheint auf den ersten Blick das plausibelste zu sein. Kann jede Gewerkschaft ihren eigenen Tarif schließen, der dann jedenfalls für ihre Mitglieder auch Bestand hat, so könnte sich theoretisch für den Arbeitgeber die Situation ergeben, dass er fast kontinuierlich Tarifverhandlungen führen muss und mit Streikdrohungen konfrontiert ist. Auch könne er - so einzelne Stimmen in der Literatur - bei einem Spezialistenstreik in eine

---

<sup>89</sup> Mitgeteilt bei Deinert NZA 2009, 1178. Weniger überzeugend dagegen Kempfen, in: FS Hromadka, S.178, wonach sich in nicht tarifgebundenen Betrieben die „individualrechtliche Vielfalt“ gut bewältigen ließe: Der Arbeitgeber wird diese immer nur so weit vorantreiben, wie dies mit seinen Interessen vereinbar ist, und deshalb im Regelfall Standardbedingungen verwenden.

<sup>90</sup> Göhner, FS Bauer, S. 359

<sup>91</sup> Deinert NZA 2009, 1179

<sup>92</sup> S. unten VI

Situation geraten, in der ihm Gegenmittel nicht zur Verfügung stünden: Die Streikenden ließen sich nicht ersetzen, eine Aussperrung der wenigen Arbeitswilligen würde die Situation nur verschlimmern, und am Ende müsste er sogar die Vergütung an jene weiterbezahlen, die er wegen des Streiks nicht beschäftigen kann. Dies lasse sich nicht mehr mit dem Paritätsprinzip vereinbaren.<sup>93</sup>

Auch hier ist zunächst auf Erfahrungen zu verweisen. Die eben geschilderten zahlreichen Fälle, in denen schon in der Vergangenheit nach dem Prinzip der Tarifpluralität verfahren wurde, haben keine permanenten Arbeitskämpfe zur Folge gehabt.<sup>94</sup> Diese wären zwar durchaus legal gewesen, fanden aber nicht statt: Die Bereitschaft zum Streik oder anderen Arbeitsk Kampfmaßnahmen ist in Deutschland deutlich weniger ausgeprägt als in anderen vergleichbaren Ländern. Wie neueste Berechnungen des WSI ergaben, lag die Zahl der durchschnittlichen **Streiktage pro Tausend Beschäftigten** in den Jahren 2004 bis 2007 nach der offiziellen Statistik der Bundesagentur für Arbeit in Deutschland bei 6, während sie in Großbritannien 27, in Norwegen 34 und in Italien 41 betrug. An der Spitze lagen Belgien mit 74, Finnland mit 93, Spanien mit 101 und Kanada mit 182 Tagen.<sup>95</sup> Nach Auffassung des WSI geben die offiziellen Zahlen der BA zwar nicht die gesamten Streikaktivitäten wieder, doch hat auch eine „korrigierte“ Schätzung nur 16 verlorene Arbeitstage auf 1000 Beschäftigte erbracht.<sup>96</sup> Dies bedeutet, dass im Durchschnitt jeder Beschäftigte pro Jahr etwa 8 Minuten gestreikt hat – eine Aussage, die die quantitative Dimension des Problems deutlich machen soll.<sup>97</sup> Mit Recht ist auch in der juristischen Literatur davon die Rede, das „Schreckgespenst“ fortwährender Arbeitskämpfe sei fiktiv,<sup>98</sup> die Arbeitgeberseite halte bei Tarifverhandlungen die Fäden zur Koordinierung der Abschlüsse in der Hand.<sup>99</sup> Selbst die erbitterten Auseinandersetzungen bei der Bahn haben es nicht verhindert, dass ein tariflicher Rahmen zustande kam, wonach jedenfalls bis 2014 eine koordinierte Tarifpolitik der verschiedenen Gewerkschaften stattfinden wird.<sup>100</sup>

---

<sup>93</sup> S. etwa in der Lit. Giesen NZA 2009, 15; v. Steinau-Steinrück/Glanz NZA 2009, 114; vgl. auch Bayreuther NZA 2008, 15

<sup>94</sup> Ähnlich BAG NZA 2010, 645 Tz. 74

<sup>95</sup> Angaben bei Bispinck/WSI-Tarifarchiv (Hsg.), WSI-Tarifhandbuch 2010, S. 150

<sup>96</sup> Wie Fn 95

<sup>97</sup> Pointiert Hensche, Blätter für deutsche und internationale Politik Heft 8/2010, S. 16: „In der Sache mutet die Debatte über die Inflationierung von Streiks in einer streikentwöhnten, um nicht zu sagen: gehoramsstarren Gesellschaft skurril an.“

<sup>98</sup> Deinert NZA 2009, 1182, 1183

<sup>99</sup> Thüsing/v. Medem ZIP 2007, 515

<sup>100</sup> Göhner, FS Bauer, S. 362: Bis 2014 widerspruchsfreie Tarifverträge bei der Bahn. S. weiter Fritz/Meyer NZA Beilage 3/2010, S. 112

Auch rechtlich ergeben sich keine wesentlichen Probleme. Wenn man wie Art. 9 Abs.3 GG die Möglichkeit zum Gewerkschaftspluralismus eröffnet, ist damit ggf. auch eine Mehrzahl von Tarifverträgen verbunden. Diese können ihrerseits durch Streik oder andere Druckmittel erkämpft werden. Selbst wenn diese häufiger sein sollten als in einem System einer allumfassenden Einheitsgewerkschaft, ist dies als Preis des offenen Systems in Kauf zu nehmen. Die Sonderprobleme, die bei einem Spezialistenstreik auftauchen könnten, hängen nicht mit der Organisationsform zusammen: Auch eine Einheitsgewerkschaft, die ihre Fluglotsen, Piloten, Ärzte, Lokführer usw. zum Streik aufruft, würde (mindestens) dasselbe Maß an Druck ausüben wie eine entsprechende Berufsorganisation.<sup>101</sup> Ob insoweit arbeitskampfrechtlicher Handlungsbedarf besteht, steht auf einem anderen Blatt. Wenn manche die Parität gefährdet sehen, nur weil dem Arbeitgeber faktisch weder das Gegenmittel des Streikbrechereinsatzes noch die Aussperrung zur Verfügung steht, so ist an die Entscheidungen des BAG vom 10. 6. 1980 zu erinnern.<sup>102</sup> Dort wird ausdrücklich betont, dass einerseits der Streik unabdingbar sei, um zu wirklichen Tarifverhandlungen zu kommen, dass andererseits aber die Arbeitgeberseite nur unter ganz bestimmten Umständen ein Gegenmittel benötige, um ihrerseits nicht in eine Position der Unterlegenheit zu geraten. Eine solche Ausnahmesituation wäre etwa dann gegeben, wenn den Nichtstreikenden auch dann die Vergütung fortbezahlt werden müsste, wenn sie wegen der Arbeitsniederlegung effektiv nicht weiterbeschäftigt werden könnten. Dies ist jedoch nicht der Fall, da der Betrieb als eine arbeitskampfrechtliche Einheit betrachtet wird, wo der Entgeltanspruch auch bei den Beschäftigten entfällt, die nicht am Streik teilnehmen.<sup>103</sup> Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Streik von den beteiligten Arbeitnehmern wegen des Entgeltwegfalls mit erheblichen Opfern verbunden ist, die einen zurückhaltenden Gebrauch von diesem Mittel nahelegen.<sup>104</sup> Bei kleinen Gewerkschaften kommt hinzu, dass sie in der Regel keine Streikunterstützungen bezahlen, so dass die Lebensführung der Streikenden unmittelbar betroffen ist, soweit sich die Aktion über einen längeren Zeitraum als ein paar Tage erstreckt.<sup>105</sup>

## **V. Prüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit**

---

<sup>101</sup> Zutreffend Hanau RdA 2008, 100, 102

<sup>102</sup> BAG DB 1980, 1266 ff.

<sup>103</sup> Franzen RdA 2008, 201

<sup>104</sup> Ebenso Thüsing/v. Medem ZIP 2007, 515

<sup>105</sup> Dominierend sind heute allerdings kurzfristige Streiks, die höchstens wenige Tage dauern. Zu diesem Trend Dribbusch, in: Bispinck/WSI-Tarifarchiv (Hrsg.), Tarifhandbuch 2008, S. 60 ff.

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

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

### **1. Geeignetheit des Mittels**

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

#### **a) Annäherung an die verfolgten Ziele?**

Was das Ziel „Vermeidung praktischen Unzutraglichkeiten“ und Erreichen von „Rechtssicherheit und Rechtsklarheit“ angeht,<sup>106</sup> so würden zwar durch das gewünschte Gesetz die der Tarifpluralität zugeschriebenen Nachteile vermieden, doch wären gleichzeitig neue Schwierigkeiten geschaffen, die die Rechtssicherheit eher stärker beeinträchtigen würden. Ins Gewicht fallen dabei insbesondere die großen Unsicherheiten, die der zugrunde gelegte Betriebsbegriff mit sich bringt,<sup>107</sup> zumal anders als in der Betriebsverfassung ein Verfahren fehlt, um eine schnelle Klärung herbeizuführen. Dies fällt im vorliegenden Zusammenhang besonders ins Gewicht, weil die Frage, wer als Mehrheitsgewerkschaft zu (aussichtsreichen) Tarifverhandlungen und zu Streiks befugt ist, typischerweise in

---

<sup>106</sup> Oben IV 3

<sup>107</sup> Dazu oben A I 2 b

Konfrontationssituationen entsteht, die keine monatelangen gerichtlichen Auseinandersetzungen vertragen. Bei betriebsverfassungsrechtlichen Fragen besteht demgegenüber deutlich weniger Zeitdruck, da eine fehlerhafte Abgrenzung der Einheit „Betrieb“ lediglich zur Wahlanfechtung berechtigt, das Mandat des zunächst gewählten Betriebsrats aber unangetastet lässt. Gravierende Unsicherheiten ergeben sich weiter im Zusammenhang mit dem Verfahren, wie die Zahl der im Betrieb vorhandenen Mitglieder zu bestimmen ist; dies ist bereits oben im Einzelnen dargestellt worden.<sup>108</sup> In einzelnen Fällen entsteht zusätzliche Verunsicherung dadurch, dass die Behandlung der arbeitnehmerähnlichen Personen im Gesetzentwurf ersichtlich übersehen wurde.<sup>109</sup> Vergleichbare Schwierigkeiten sind im Zusammenhang mit der Tarifpluralität nicht einmal behauptet, geschweige denn belegt worden.

Das weitere Ziel „Vermeidung von Arbeitskämpfen“ scheint in sich eher schlüssig zu sein. Allerdings wird dabei übersehen, dass die Friedenspflicht einen Unterstützungsstreik nicht ausschließt, der nach der neueren BAG-Rechtsprechung angesichts der hier meist gegebenen (betrieblichen) „Nähe“ durchaus zulässig sein dürfte.<sup>110</sup> Weiter wird in der Initiative vorausgesetzt, dass sich alle Beteiligten an die ihnen vorgegebenen Regeln halten. Dies ist keineswegs sicher. Wie das Beispiel der Gründungs- bzw. Verselbständigungsphase der heutigen Berufsgewerkschaften zeigt, werden dann, wenn das Verbleiben in der größeren Gewerkschaft als inakzeptabel empfunden wird, auch erhebliche rechtliche Risiken in Kauf genommen. Niemand kann wirklich ausschließen, dass es in einer vergleichbaren Situation nicht zu Arbeitsniederlegungen kommt, die gegen die gesetzliche Regelung verstoßen: Generell gesprochen drohen sie immer dann, wenn das bestehende System der industriellen Beziehungen keine ausreichenden Möglichkeiten bietet, die eigenen Interessen in angemessener Weise zur Geltung zu bringen. Die „Friedensfunktion“ der gewünschten Regelung muss daher nachhaltig in Frage gestellt werden. Auch insoweit ist die Geeignetheit des Mittels höchst zweifelhaft.

## **b) Der selektive Charakter der gewünschten Regelung**

Die Entscheidung für das Mehrheitsprinzip schließt – wie oben dargestellt<sup>111</sup> - in bestimmter Weise organisierte Gewerkschaften faktisch vom Abschluss von Tarifverträgen und von

---

<sup>108</sup> Oben A I 2 d

<sup>109</sup> Einzelheiten oben A I 2 e

<sup>110</sup> BAG NZA 2007, 1055

<sup>111</sup> A I 2 a

darauf bezogenen Arbeitskämpfen aus.<sup>112</sup> Dies gilt insbesondere für solche Organisationen, die sich nur an die Angehörigen bestimmter Berufe wenden oder die weltanschaulich/religiös geprägt sind. Ob diese „Ausgrenzung“ bewusst geschieht (wofür die Entstehungsgeschichte der gemeinsamen Initiative von DGB und BDA spricht), ist rechtlich im Ergebnis ohne Bedeutung. Auch wenn man nur von einer bestimmten objektiven Wirkung ausgeht, liegt eine nicht zu rechtfertigende Differenzierung vor.

Über die Frage, inwieweit zwischen einzelnen Gewerkschaftstypen differenziert werden darf, ist bislang nur wenig nachgedacht worden. Dies hängt damit zusammen, dass es bis in die jüngste Vergangenheit wenig Anlass für eine Vertiefung gab. Kontroversen tauchten allenfalls im Zusammenhang mit der Frage auf, ob der Arbeitgeber alle im Betrieb vertretenen Gewerkschaften gleichbehandeln muss, was insbesondere bei der Wahl, aber auch bei der evtl. Gewährung von Ressourcen wie Räumlichkeiten, Schwarzes Brett usw. von Bedeutung sein kann.<sup>113</sup> Das Differenzierungsproblem hat bislang nur gewissermaßen eine Stufe früher, d. h. bei der Zuerkennung der Tariffähigkeit, eine Rolle gespielt. Hier ist an die bereits erwähnte Entscheidung des BVerfG zu erinnern, wonach außergewöhnliche oder durch die Entwicklung überholte Organisationsformen ohne Tariffähigkeit bleiben können, wenn ihre Einbeziehung zu einer erheblichen Störung des Arbeitslebens und zu kaum überwindbaren Schwierigkeiten führen würde.<sup>114</sup>

Ob die hier eröffnete Möglichkeit zu selektivem Vorgehen auch auf Organisationen erstreckt werden kann, die unbestrittenermaßen als Gewerkschaften anerkannt und tariffähig sind, erscheint höchst zweifelhaft. Man würde damit zwei Klassen von Gewerkschaften – die „repräsentativen“ und die „sonstigen“ – schaffen, wofür die Verfassung angesichts der egalitären Formulierung des Art. 9 Abs.3 GG keinerlei Anhaltspunkte bietet. Auch wäre es widersprüchlich, auf der einen Seite die Tariffähigkeit an bestimmte qualifizierte Voraussetzungen zu knüpfen, auf der anderen Seite jedoch eine Situation zu schaffen, wonach tariffähige Vereinigungen allenfalls in besonders günstigen Sonderkonstellationen Tarifverträge abschließen könnten. Die (mit Mühe erlangte) Tariffähigkeit würde so ihre praktische Bedeutung verlieren. Man hätte damit ohne jede innere Rechtfertigung ein zweigestuftes System der „Gewerkschaftsanerkennung“, das jeder inneren Logik entbehrt.<sup>115</sup>

<sup>112</sup> Vgl. auch Harasser/Pagel DIW – Wochenbericht Nr. 30/2010, S. 9

<sup>113</sup> Näher dazu Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, § 20 (Rn 548g ff.)

<sup>114</sup> BVerfGE 4, 96, 108; dazu oben II 2 c

<sup>115</sup> Anders Hromadka/Schmitt-Rolfes NZA 2010, 690, der einen Erst-recht-Schluss befürworten (kritisch dazu Löwisch RdA 2010 Heft 2 unter II 1). In Wirklichkeit geht es um eine Zwei-Schranken-Theorie neuer Art, die sich nicht mit verfassungsrechtlichen Argumenten rechtfertigen lässt.

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

### **c) Zusammenfassung**

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

## **2. Erforderlichkeit des Mittels**

Die gemeinsame Erklärung von DGB und BDA beschränkt sich darauf, eine Begründung für das Prinzip der Tarifeinheit als solcher zu geben, und schließt sich insoweit unter Ziff. 2 der bisherigen Rechtsprechung des BAG an. An keiner Stelle wird jedoch deutlich gemacht, weshalb man vom bisherigen Spezialitätsprinzip abweichen und stattdessen dem Tarifvertrag der „Mehrheitsgewerkschaft“ zum Vorrang verhelfen will. Die Entscheidung zwischen beiden Alternativen ist jedoch durchaus grundrechtsrelevant: Eine Minderheitsgewerkschaft wird leichter in der Lage sein, einen „spezielleren“ Tarif abzuschließen als zu einer Mehrheitsorganisation zu werden. Insoweit stellt die gewünschte Regelung einen sehr viel intensiveren Eingriff in die Koalitionsfreiheit dar als eine mit dem Spezialitätsprinzip verbundene Tarifeinheit. Letztere wäre im Vergleich zu dem mit der gemeinsamen Erklärung Erstrebt das bei weitem mildere Mittel.<sup>116</sup>

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

---

<sup>116</sup> Dafür auch der Gesetzentwurf von Hromadka NZA 2008, 384, 389 (§ 4a Abs.3 Satz 1)

dem „weichenden“ Tarifvertrag eine nähere Ausgestaltung erfährt.<sup>117</sup> Diese wäre nicht nur in die Tarifverhandlungen einzubeziehen, was letztlich über ein Schlichtungsverfahren sichergestellt werden soll (§ 4a Abs.4 TVG-E).<sup>118</sup> Vielmehr sollen ihre Mitglieder auch das Recht haben, genauso wie die Mitglieder der Gewerkschaft behandelt zu werden, deren Tarifvertrag anwendbar ist (§ 4a Abs.6 TVG-E). Beides sind Regelungen, die – ungeachtet ihrer konkreten Ausgestaltung<sup>119</sup> – den Eingriff in die Koalitionsfreiheit der „übergangenen“ Gewerkschaft und ihrer Mitglieder deutlich abmildern. Dies gilt erst recht für die Überlegung, nur eine zeitliche Koordinierung der Tarifverhandlungen vorzunehmen und die Laufzeiten der verschiedenen Tarife aneinander anzupassen, wie dies Löwisch vorgeschlagen hat.<sup>120</sup> Im Vergleich zum Vorschlag von DGB und BDA handelt es sich um ein weniger tief eingreifendes Mittel, so dass eine Umsetzung des Vorschlags auch aus diesem Grund scheitern muss.<sup>121</sup>

### **3. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**

Selbst wenn der DGB/BDA-Vorschlag für die Erreichung legitimer Ziele geeignet und kein milderes Mittel vorhanden wäre, würde sich die Frage stellen, ob die erstrebten Ziele in einem angemessenen Verhältnis zu dem gleichzeitig bewirkten Grundrechtseingriff stehen würden. Auch dies wird man nicht bejahen können.

Auf der einen Seite stehen die Herstellung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie die Vermeidung von Arbeitsniederlegungen. Auf der anderen Seite steht der faktische Ausschluss eines beträchtlichen Teils der vorhandenen wie der künftigen Gewerkschaften von der Tarifautonomie und dem auf einen Tarifabschluss zielenden Streikrecht. Eine so weitreichende Reduzierung von Handlungsmöglichkeiten kann nicht mit bloßen Praktikabilitätsabwägungen und dem Gedanken einer leichteren Handhabbarkeit des geltenden Rechts legitimiert werden. Die schlichte Vermeidung von Streiks ist erst recht kein Argument, das eine Beschränkung der kollektiven Koalitionsfreiheit rechtfertigen könnte. Dies liefe auf den Grundsatz hinaus „weil Streiks unerwünscht sind, werden sie verboten, soweit sie von Minderheitsgewerkschaften ausgehen“. Dies kann ersichtlich nicht richtig sein. Die

<sup>117</sup> Hromadka NZA 2008, 384, 389

<sup>118</sup> Deutliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine solche „Zwangstarifgemeinschaft“ jedoch mit Recht bei BAG NZA 2010, 712 Tz. 53, weil die Verpflichtung, mit jemandem gemeinsam verhandeln zu müssen, nicht mit Art. 9 Abs.3 GG vereinbar sei. Ebenso zuvor BAG NZA 2009, 1424, 1429 Tz. 38

<sup>119</sup> Möglich ist m. E. nur eine freiwillige Kooperation.

<sup>120</sup> Löwisch RdA 2010 Heft 2 unter III 3 b, der dafür auch eine Gesetzesformulierung entwickelt hat.

<sup>121</sup> Ob diese Vorschläge ihrerseits nicht eine unverhältnismäßige Einschränkung der Koalitionsfreiheit darstellen, soll uns hier – da außerhalb des Untersuchungsgegenstands liegend – nicht näher interessieren.

Abwägung zwischen den auf dem Spiel stehenden Rechtsgütern könnte allenfalls dann Einschränkungen rechtfertigen, wenn andernfalls Grundrechte Dritter oder andere verfassungsgeschützte Werte aufs schwerste bedroht wären; davon kann aber nicht die Rede sein, insoweit ist außer pauschalen Vermutungen nichts in die Diskussion eingebracht werden. Auch wäre nicht erkennbar, weshalb eine solche Beschränkung ausschließlich zu Lasten bestimmter Organisationen gehen soll – die Selektivität des Eingriffs müsste auch hier Berücksichtigung finden.

#### **4. Ergebnis**

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

### **VI. Sonderprobleme bei Tarifkonkurrenz**

#### **1. Betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen**

Keine Tarifpluralität, sondern Tarifkonkurrenz tritt bei betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Tarifnormen ein, da sie nach § 3 Abs.2 TVG für und gegen alle Belegschaftsmitglieder wirken, soweit der Arbeitgeber tarifgebunden ist. In einem solchen Fall muss eine der beiden tariflichen Regelungen den Vorrang haben, sofern sie inhaltlich voneinander abweichen. Eine Betriebsnorm „Rauchen ist untersagt“ kann ersichtlich nicht neben einer anderen Betriebsnorm „Rauchen ist in den Pausen generell erlaubt“ bestehen. Dasselbe gilt für Tarifbestimmungen, von denen die eine einen Betriebsrat für das ganze Unternehmen, die andere jedoch Spartenbetriebsräte vorsieht. Hier stellt sich allein das Problem, welcher Tarifvertrag vorgeht. Die traditionelle Rechtsprechung wendet auch hier das Spezialitätsprinzip an, gewährt also dem Tarif den Vorrang, der dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und der deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebs und der darin tätigen Arbeitnehmer am besten

Rechnung trägt.<sup>122</sup> Zahlreiche Stimmen in der Literatur wollen in diesen Fällen jedoch das Mehrheitsprinzip zugrunde legen; das BAG hat die Frage dahinstehen lassen.<sup>123</sup>

Die DGB/BDA-Initiative ist in diesem Bereich nur insoweit von Bedeutung, als sie auch hier das Mehrheitsprinzip festschreiben will. Dies würde – für sich allein betrachtet – nicht dieselben Bedenken aufwerfen, die gegen die vorgeschlagene gesetzliche Regelung bei Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen sprechen. Zum einen sind betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen von ihrer inhaltlichen Bedeutung her sehr viel beschränkter, zumal sie nicht das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffen. Zum zweiten haben die Mitglieder der Gewerkschaft, deren Tarifvertrag nicht zum Zuge kommt, wenigstens den Schutz des anderen Tarifvertrags, der nach der Natur der Sache nicht notwendig schlechter sein muss. Zum dritten hat das BAG dezidiert den Standpunkt vertreten, auch dann, wenn schon ein Tarifvertrag einer Gewerkschaft vorliege, könne eine andere für die von ihr für richtig gehaltene Regelung einen Streik führen; nach welchen Kriterien die entstehende Tarifkonkurrenz aufzulösen sei, blieb dabei unerörtert.<sup>124</sup>

Letztlich bedarf dies alles hier keiner Vertiefung, weil es der DGB/BDA-Initiative nicht primär um die Lösung von Tarifkonkurrenzen geht.

## **2. Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen**

Umstritten ist, ob bei Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen gleichfalls die Tarifbindung des Arbeitgebers für die Erstreckung auf die gesamte Belegschaft ausreicht oder ob auch hier die beiderseitige Tarifgebundenheit Voraussetzung für die normative Wirkung des Tarifvertrags ist.<sup>125</sup> Diese Kontroverse bedarf hier keiner Entscheidung. Ist – wie häufig – der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt, so ist die Ausgangslage eine ähnliche wie bei den betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen. Wird von einer anderen Gewerkschaft zum selben Gegenstand ein weiterer Tarifvertrag abgeschlossen, so tritt jedenfalls für deren Mitglieder eine Tarifkonkurrenz ein, die zwingend der Auflösung bedarf. Inwieweit sich hier wie im Bereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes der für allgemein

---

<sup>122</sup> So die Zusammenfassung in BAG NZA 2010, 712, 716 Tz. 49

<sup>123</sup> BAG NZA 2010, 712, 716 Tz. 50

<sup>124</sup> BAG NZA 2009, 1424, 1429 Tz. 39 ff. Beppler (NZA Beilage 3/2010 S. 103) erwägt, der übergangenen Gewerkschaft das Recht einzuräumen, durch Tarifvertrag zum gesetzlichen Modell zurückzukehren. Dem entspricht die französische Lösung, wonach repräsentative Gewerkschaften, die die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter in den gewählten Interessenvertretungen stellen, dem von einer anderen repräsentativen Gewerkschaft abgeschlossenen Tarifvertrag widersprechen können. Näher Zumfelde/Remy NZA 2009, 187

<sup>125</sup> Dazu die Übersicht bei BAG NZA 2010, 712, 176 Tz. 46

verbindlich erklärte Tarifvertrag durchsetzt, weil hinter ihm ein öffentliches Interesse steht, ist ein Sonderproblem, das nicht mit der hier zu beurteilenden Initiative zu tun hat.

## **C.) Die Vereinbarkeit mit Art. 11 EMRK**

### **I. Die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit durch Art. 11 Abs. 1 EMRK**

Relativ wenig Beachtung fand bis in die jüngere Vergangenheit die Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK, was sicherlich auch auf ihren eher „bescheidenen“ Wortlaut zurückzuführen ist. Er lautet:

„(1) Jede Person hat das Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.

(2) Die Ausübung dieser Rechte darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Dieser Artikel steht rechtmäßigen Einschränkungen der Ausübung dieser Rechte für Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung nicht entgegen.“<sup>126</sup>

Der diese Vorschrift konkretisierende Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entnahm ihr in ständiger Rechtsprechung auch die „kollektive Koalitionsfreiheit“, also insbesondere das Betätigungsrecht der Gewerkschaft, sah jedoch keine spezifischen Mittel wie z. B. den Abschluss von Tarifverträgen als mitgarantiert an.<sup>127</sup> Dies hat sich durch die Entscheidungen vom 12. 11. 2008<sup>128</sup> und vom 21. 4. 2009<sup>129</sup> grundlegend geändert.

In der ersten der beiden genannten Entscheidungen wird ausdrücklich betont, das Recht, mit dem Arbeitgeber kollektiv zu verhandeln, sei „einer der wesentlichen Bestandteile“ der Koalitionsfreiheit.<sup>130</sup> Zur Begründung wird auf die völkerrechtliche wie auf die nationale Entwicklung verwiesen, die das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen zum allgemein anerkannten Bestand koalitionsrechtlicher Befugnisse gemacht habe. Diese Entwicklung wird nicht nur an völkerrechtlichen Verträgen wie dem ILO-Übereinkommen Nr. 98 und dem Art. 6 Abs.2 der Europäischen Sozialcharta festgemacht. Vielmehr wurden auch (nicht verbindliche) Auslegungsergebnisse von Sachverständigenausschüssen und anderen Kontrollgremien herangezogen. Zusammenfassend formulierte der Gerichtshof:

„Bei der Bestimmung der Bedeutung der Ausdrücke und Begriffe im Text der Konvention kann und muss der Gerichtshof Elemente des internationalen Rechts außerhalb der

---

<sup>126</sup> Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (BGBl 1952 II S. 686) in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2002 (BGBl II S. 1055). Dabei ergeben sich ausschließlich sprachliche Unterschiede.

<sup>127</sup> S. etwa EGMR EuGRZ 1976, 68 Tz. 34, 36 – Schmidt und Dahlström, wonach Art. 11 Abs.1 kein Recht auf Abschluss von Tarifverträgen enthalte.

<sup>128</sup> AuR 2009, 269 – Demir und Baykara

<sup>129</sup> AuR 2009, 274 – Enerji Yapi-Yol Sen

<sup>130</sup> AuR 2009, 269, 273 Tz. 154. Zur grundsätzlichen Bedeutung der Entscheidung s. Lörcher AuR 2009, 229 ff.

Konvention einbeziehen, ebenso die Auslegung dieser Normen durch die zuständigen Organe und die Praxis der europäischen Staaten, die ihre gemeinsamen Werte reflektiert. Die Übereinstimmung, die von speziellen internationalen Normen und der Praxis der Vertragsstaaten ausgeht, kann für den Gerichtshof eine erhebliche Erwägung bei der Auslegung der Bestimmungen der Konvention in besonderen Fällen darstellen.“<sup>131</sup>

In der zweiten Entscheidung<sup>132</sup> werden diese Grundsätze auf das Streikrecht übertragen, das einen „wichtigen Aspekt“ des Rechts aus Art. 11 Abs.1 EMRK darstelle.<sup>133</sup> Ausdrücklich beruft sich dabei der Gerichtshof auf die Stellungnahmen der ILO-Überwachungsorgane, wonach der Streik ein untrennbarer Bestandteil der Koalitionsfreiheit sei.<sup>134</sup>

Den Vertragsstaaten bleibt bei der konkreten Ausgestaltung ein weiter Entscheidungsspielraum. Sie könnten z. B. – so der Gerichtshof<sup>135</sup> – den „repräsentativen Gewerkschaften“ einen speziellen Status gewähren. Soweit dieser überschritten ist, sind Eingriffe nur nach Maßgabe des Art. 11 Abs. 2 EMRK zulässig, der als Ausnahmenvorschrift eng zu interpretieren ist.<sup>136</sup> Dabei werden die Voraussetzungen „gesetzliche Grundlage“ und „legitimes Ziel“ häufig gegeben sein, während die entscheidende Schranke mit den Worten „in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich“ umschrieben wird, was im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu interpretieren ist.<sup>137</sup>

## II. Innerstaatliche Bedeutung

Die EMRK hat grundsätzlich den Rang eines einfachen innerstaatlichen Gesetzes.<sup>138</sup> Allerdings wird ihr in der Rechtsprechung des BVerfG eine Sonderstellung eingeräumt, die anderen völkerrechtlichen Abkommen nicht zukommt.

---

<sup>131</sup> AuR 2009, 272 Tz. 85

<sup>132</sup> AuR 2009, 274

<sup>133</sup> AuR 2009, 275, Tz. 24

<sup>134</sup> AuR 2009, 275, Tz. 24

<sup>135</sup> AuR 2009, 269, 273 Tz. 154

<sup>136</sup> Bröhmer, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Kap. 19 Rn. 71 unter Bezugnahme auf EGMR No. 29221/95 und 29225/95 – Stankov u. a., Tz 84

<sup>137</sup> Grabenwarter § 23 Rn 83 ff. Vgl. weiter Bröhmer, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Kap. 19 Rn 71: „Die eigentliche Kontrollhürde für staatliche Eingriffe ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip“.

<sup>138</sup> So schon BVerfGE 6, 389, 440; BVerwG DVBl 1968, 983; BGHSt 20, 143, 149

Lässt das innerstaatliche Recht Interpretationsspielräume, so muss der Richter eine „völkerrechtsfreundliche“ Auslegung wählen: Er würde seine Aufgabe als Teil der Staatsgewalt verkennen, wollte er nicht die in internationalen Abkommen vorgesehene, sondern eine andere Lösung wählen, die die Bundesrepublik in völkerrechtliche Schwierigkeiten bringen würde.<sup>139</sup> Dies ist insbesondere in richterrechtlich geprägten Gebieten wie z. B. dem Arbeitskampfrecht von Bedeutung, wozu auch die genannten BAG-Entscheidungen ergangen sind.<sup>140</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat diese Vorgehensweise im Grundsatz auch auf das Grundgesetz erstreckt und ausgeführt:<sup>141</sup>

„Bei der Auslegung des Grundgesetzes sind auch Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt, eine Wirkung, die die Konvention indes selbst ausgeschlossen wissen will (Art. 60 MRK). Deshalb dient insoweit auch die Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes.“

In einer neueren Entscheidung<sup>142</sup> hat das Bundesverfassungsgericht diese Grundsätze bestätigt, allerdings auch Grenzen aufgezeigt, die nach seiner Auffassung bei der Umsetzung von Entscheidungen des EGMR zu beachten sind. Die Beachtung der EGMR-Urteile muss sich im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung bewegen und außerdem berücksichtigen, welche Auswirkungen sich auf das gesamte Rechtssystem (und nicht nur auf eine Einzelregelung) ergeben. Im hier interessierenden Zusammenhang dürfte dies allerdings von eher geringer Bedeutung sein.

### **III. Überprüfung der DGB/BDA-Initiative am Maßstab des Art. 11 EMRK**

#### **1. Vorüberlegungen**

Die Garantie des Art. 11 EMRK weist zahlreiche strukturelle Übereinstimmungen mit der Koalitionsgarantie des Art. 9 Abs.3 GG auf. Insbesondere ist neben der individuellen auch die

---

<sup>139</sup> Ebenso BAG NZA 1984, 398 rechte Spalte, bestätigt durch BAG NZA 2003, 734, 739; Nachweise zur mit großer Mehrheit zustimmenden Literatur bei Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn 20 Fn. 61

<sup>140</sup> Oben Fn 135

<sup>141</sup> BVerfG NJW 1987, 2427

<sup>142</sup> BVerfG NJW 2004, 3407 - Görgülü

kollektive Handlungsfreiheit in den Erscheinungsformen „Abschluss von Tarifverträgen“ und „Streik“ erfasst und rechtlich abgesichert. Unterschiede bestehen jedoch insoweit, als der EGMR den Vertragsstaaten gestattet, „repräsentativen Gewerkschaften“ einen Sonderstatus zu verleihen, und als die Eingriffsmöglichkeiten eine ausdrückliche Regelung erfahren haben. Die Erörterungen beschränken sich im Folgenden auf diese beiden Punkte. Dabei geht es allerdings nur um die Frage, ob das zu Art. 9 Abs.3 GG gefundene Ergebnis eine Bestätigung erfährt oder nicht. In Frage gestellt werden kann dieses nicht, da Art. 53 EMRK jede Einschränkung der nach nationalem Recht bestehenden Freiheiten verbietet.<sup>143</sup>

## 2. Der Sonderstatus repräsentativer Gewerkschaften

Der EGMR gibt keine Anhaltspunkte dafür, wie weit die Differenzierung zwischen „repräsentativen“ und sonstigen Gewerkschaften reichen darf. Es liegt nahe, in einem solchen Fall auf die Regelungen von Mitgliedstaaten zurückzugreifen, die eine derartige Differenzierung kennen.

Im vorliegenden Zusammenhang relativ unproblematisch ist die Rechtslage in Italien. Repräsentative Gewerkschaften („*sindacati rappresentativi*“) haben im Bereich von Tarifverhandlungen keine spezifischen Vorrechte;<sup>144</sup> anderen Organisationen wird der Zugang nicht verwehrt. Eine Besonderheit besteht nur insoweit, als einzelne Gesetze lediglich insoweit tarifdispositiv sind als der fragliche Tarifvertrag von einer repräsentativen Gewerkschaft abgeschlossen sein muss<sup>145</sup> – eine höchst sinnvolle Regelung, die jedoch im vorliegenden Zusammenhang ohne unmittelbare Relevanz ist.

In Spanien gibt es eine Differenzierung zwischen den „besonders repräsentativen“ und den „repräsentativen“ Gewerkschaften.<sup>146</sup> Nach Art. 87 Abs.2 des Arbeitnehmerstatuts vom 10. März 1980 kann ein überbetrieblicher Kollektivvertrag nur von solchen Organisationen abgeschlossen werden, die in seinem Geltungsbereich mindestens 10 % der auf betrieblicher Ebene gewählten Arbeitnehmervertreter zu ihren Mitgliedern zählen. Wird diese Schwelle überschritten, wirkt der Tarifvertrag erga omnes, also für und gegen alle Arbeitgeber und

<sup>143</sup> Art. 53 lautet: „Wahrung anerkannter Menschenrechte. Diese Konvention ist nicht so auszulegen, als beschränke oder beeinträchtige sie Menschenrechte und Grundfreiheiten, die in den Gesetzen einer Hohen Vertragspartei oder in einer anderen Übereinkunft, deren Vertragspartei sie ist, anerkannt werden.“

<sup>144</sup> Carinci/De Luca Tamajo/Tosi/Treu, *Diritto de Lavoro*, Tomo 1, *Il diritto sindacale*, 4a edizione, Torino 2002, No 226: „In linea generale, il nostro ordinamento non riconosce al sindacato rappresentativo una posizione privilegiata in sede di contrattazione collettiva nel settore privato.“

<sup>145</sup> Carinci et alii, No 226

<sup>146</sup> Baylos, *Las Relaciones Laborales en Espana 1978 – 2003*, Madrid 2003, p. 85 ss.

Arbeitnehmer in seinem Geltungsbereich.<sup>147</sup> Daneben existieren allerdings sog. convenios colectivos extraestatutarios (= Kollektivverträge außerhalb des Arbeitnehmerstatuts), die lediglich für die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft gelten, deren Gültigkeit aber nicht davon abhängt, dass sie von einer besonders repräsentativen Gewerkschaft abgeschlossen wurden.<sup>148</sup> Im Überschneidungsbereich dürften nach Art. 84 Arbeitnehmerstatut die „statutarischen“ Kollektivverträge den Vorrang haben.

In Frankreich muss eine Arbeitnehmerorganisation bei den Wahlen zu den betrieblichen Interessenvertretungen im ersten Wahlgang mindestens 10 % der abgegebenen Stimmen erhalten haben, um auf Unternehmens- oder Betriebsebene repräsentativ zu sein. Auf Branchenebene reicht ein entsprechender Anteil von 8 %.<sup>149</sup> Um auf nationaler Ebene als repräsentativ zu gelten, muss dieser Prozentsatz in den (im Einzelnen im Gesetz festgelegten) wichtigsten Branchen erreicht sein. Nicht repräsentative Gewerkschaften können sich insbesondere an den Wahlen zu den betrieblichen Interessenvertretungen beteiligen.<sup>150</sup> Schließt eine repräsentative Gewerkschaft einen Tarifvertrag ab, so kann dieser am Widerspruch anderer repräsentativer Gewerkschaften scheitern, sofern diese allein oder gemeinsam die Mehrheit der Stimmen zu den betrieblichen Interessenvertretungen erhalten haben.

Der von BDA und DGB gewünschte Grundsatz „Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip“ lässt sich mit derartigen Repräsentativitätsgrundsätzen nicht in Einklang bringen. Die Unterschiede sind zu gravierend.

Zum einen werden insbesondere in Spanien und Frankreich bestimmte prozentuale „Erheblichkeitsschwellen“ verlangt, sodass Gewerkschaften mit einem geringen betrieblichen Organisationsgrad von vorne herein ausgeschlossen sind. Die im BDA/DGB-Modell angelegte Möglichkeit, dass der Tarifvertrag einer Gewerkschaft mit 2 % Organisationsgrad den einer anderen mit 1 ½ % verdrängt, ist dort nicht denkbar. Hinzu kommt, dass die Tarifverträge in Spanien und Frankreich für und gegen alle Arbeitnehmer gelten, sofern nur der Arbeitgeber tarifgebunden ist, so dass der Einzelne nicht ohne jeden Tarifschutz bleibt. In Deutschland wäre demgegenüber ein Mitglied der Gewerkschaft, die den zurücktretenden

---

<sup>147</sup> Art. 82 Abs.3 Arbeitnehmerstatut. Deutsche Übersetzung und Kurzerläuterung des Arbeitnehmerstatuts bei Däubler (Hrsg.), Arbeitsbeziehungen in Spanien – Geschichte – Ideologien – Rechtsnormen, Frankfurt/Main 1982, S. 231 ff.

<sup>148</sup> Einzelheiten bei Sala Franco/Albiol Montesinos, Derecho sindical, 9a edición, Valencia 2003, p. 362 ss.

<sup>149</sup> Zumfelde/Remy NZA 2009, 187

<sup>150</sup> Einzelheiten bei Zumfelde/Remy NZA 2009, 187

Tarifvertrag abgeschlossen hat, auf die Bereitschaft des Arbeitgebers angewiesen, im Arbeitsvertrag auf (irgend-)einen Tarifvertrag zu verweisen. Zum dritten behält in Frankreich jede Gewerkschaft, die – in unserer Terminologie gesprochen – über die nötige „Mächtigkeit“ verfügt,<sup>151</sup> das Recht zum Abschluss eines Tarifvertrags, der lediglich der Gefahr eines Widerspruchs durch die Mehrheitsorganisation(-en) ausgesetzt ist. Das macht einen entscheidenden Unterschied zum automatischen Zurücktreten, weil ein solcher Widerspruch die Mehrheit in größte Schwierigkeiten bringen würde, wollte sie sich gegen einen Tarifvertrag wenden, der bessere Bedingungen für die Beschäftigten erreicht hat.

Unter diesen Umständen erscheint es höchst zweifelhaft, ob sich das DGB/BDA-Modell noch in dem Rahmen bewegt, der den Vertragsstaaten der EMRK vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gelassen wird. Eine sichere Aussage ist allerdings derzeit nicht möglich, da die Rechtsprechung die Anforderungen an ein von Art. 11 EMRK gefordertes Tarifsysteem noch nicht entwickelt und ausformuliert hat.

### **3. Rechtfertigung mit Art. 11 Abs.2 Satz 1 EMRK?**

Von den in Art. 11 Abs.2 Satz 1 EMRK genannten Rechtsgütern, die einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit rechtfertigen können, kommen im vorliegenden Zusammenhang nur der „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“ in Betracht. Dass die „Rechte und Freiheiten“ der in einer mitgliederstärkeren Gewerkschaft Organisierten den Vorrang vor der Koalitionsfreiheit der Mitglieder einer zahlenmäßig schwächeren Organisation haben sollten, ist nicht ersichtlich. Dies ließe sich theoretisch mit der oben erörterten Erwägung rechtfertigen, die Tarifautonomie könne nur dann funktionieren, wenn es ausschließlich einen Tarifvertrag und deshalb keine Anwendungsprobleme und keine häufigen Streiks geben würde, doch lässt sich dies hier noch weniger als im nationalen Kontext legitimieren. Art. 11 Abs.2 EMRK kennt keinen derartigen „Funktionsvorbehalt“, sondern benennt konkret die Rechtsgüter, die einen Eingriff rechtfertigen können. Geht man also davon aus, dass der Gestaltungsspielraum zugunsten eines Sonderstatus repräsentativer Gewerkschaften überschritten ist, lässt sich die vorgeschlagene Regelung auch nicht mit Art. 11 Abs.2 EMRK rechtfertigen. Auf die Frage der Verhältnismäßigkeit kommt es daher gar nicht mehr an, so dass nur der ergänzende Hinweis erlaubt sei, dass die im Rahmen des deutschen Rechts angestellten Erwägungen<sup>152</sup> auch hier Beachtung verlangen würden.

---

<sup>151</sup> Die Parallele zieht auch Thüsing NZA Beilage 3/2010 S. 105

<sup>152</sup> Oben B V

#### **4. Schlussfolgerung**

Die von DGB und BDA vorgeschlagene Regelung kollidiert auch mit Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

#### **D. Ergebnisse**

1. Die von DGB und BDA vorgeschlagene Regelung schließt die Minderheitsgewerkschaften faktisch vom Abschluss von Tarifverträgen und vom darauf bezogenen Streikrecht aus.
2. Das Abstellen auf den Betriebsbegriff schafft außerdem zahlreiche Rechtsunsicherheiten und kann überdies zu „tariffreien“ Zonen führen. Die vorgeschlagene Regelung trägt außerdem zur weiteren Erosion des Flächentarifs bei.
3. Weitere in der Praxis schwer zu bewältigende Schwierigkeiten ergeben sich durch das Verfahren, wie die Zahl der in der einzelnen Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer festgestellt werden soll. Außerdem ist die Behandlung der arbeitnehmerähnlichen Personen ungeklärt, was insbesondere im Medienbereich von Bedeutung ist.

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

5. Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs.3 GG steht nicht unter einem allgemeinen Funktionsvorbehalt; Eingriffe sind nur zugunsten anderer verfassungsrechtlich geschützter Güter möglich. Die bloße „Praktikabilität“ genügt hierfür nicht – ganz abgesehen davon, dass die vom BAG zugelassene Tarifpluralität weniger Friktionen als der DGB-BDA-Entwurf hervorrufen würde. Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass schon in der Vergangenheit in zahlreichen Konstellationen nicht nach dem Prinzip der Tarifeinheit verfahren, sondern mehrere Tarifverträge im selben Betrieb angewandt wurden; Schwierigkeiten haben sich daraus nicht ergeben. Auch kam es keineswegs häufiger zu Arbeitskämpfen.

6. Die Realisierung des DGB/BDA-Entwurfs würde einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Koalitionsfreiheit darstellen.

- Es fehlt bereits die Geeignetheit, da die Förderung der Rechtssicherheit nicht ersichtlich ist und die gewünschte Regelung außerdem selektiven Charakter hat, d. h. im Aufbau befindliche oder nach bestimmten Kriterien organisierte Organisationen in besonderem Maße benachteiligt.

- Die Erforderlichkeit ist nicht gegeben, da es mildere Mittel gibt, um die proklamierten Ziele zu erreichen.

- Die verfolgten Ziele stehen in keinem angemessenen Verhältnis zur Intensität der Grundrechtseingriffe.

7. Bei betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen sowie bei Vorschriften über gemeinsame Einrichtungen kommt eine Tarifpluralität in der Regel nicht in Betracht. Die hier entstehende Tarifkonkurrenz ist auflösbar, ohne dass sich verfassungsrechtliche Bedenken ergeben.

8. Die Realisierung des DGB/BDA-Vorschlags steht auch im Widerspruch zu Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

### **Literaturverzeichnis:**

Bauer, Hartmut, Kommentierung zu Art. 9 GG, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz.

Kommentar, Band I, Tübingen 1996

Bayreuther, Frank: Tarif- und Arbeitskampfrecht in der Neuorientierung, NZA 2008, 12 – 18

Bepler, Klaus: Tarifeinheit im Betrieb. Eine Skizze der bisherigen Rechtsprechung, NZA

Beilage 3/2010, S. 99 – 104

Berg, Peter; Platow, Helmut; Schoof, Christian; Unterhinninghofen, Hermann:

Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktkommentar, 3. Aufl., Frankfurt/Main

2010

Bispinck, Reinhard und WSI-Tarifarchiv (Hrsg.): WSI-Tarifhandbuch 2008, Frankfurt/Main

2008

Bispinck, Reinhard und WSI-Tarifarchiv (Hrsg.): WSI-Tarifhandbuch 2010, Frankfurt/Main 2010

Braun, Axel: Konsequenzen einer Gewerkschaftspluralität auf betrieblicher Ebene, NZA Beilage 3/2010, S. 108 – 110

Brocker, Ulrich: Ende der Tarifeinheit aus betrieblicher Sicht, NZA Beilage 3/2010, S. 121 – 126

Bröhmer, Jürgen: Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006

Buchner, Herbert: BB-Forum: Der Bahnstreik – und welche Lehren daraus zu ziehen sind, BB 2007, 2520 – 2521

Buchner, Herbert: Turbulenzen im Arbeitskampfrecht, BB 2008, 106 – 109

Cornils, Matthias: Von Eingriffen, Beeinträchtigungen und Reflexen. Bemerkungen zum status quo der Grundrechts-Eingriffsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts, in: Detterbeck/Rozek/v. Coelln (Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit. Festschrift für Bethge, Berlin 2009, S. 137 - 159

Däubler, Wolfgang: Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006

Däubler, Wolfgang: Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 11. Aufl., Baden-Baden 2010

Däubler, Wolfgang (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006

Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.): Kommentar zum BetrVG, 12. Aufl., Frankfurt/Main 2010

Degenhart, Christoph, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Heidelberg 2009, § 61

Deinert, Olaf: Arbeitsrechtliche Herausforderungen einer veränderten Gewerkschaftslandschaft, NZA 2009, 1176 – 1184

Dieterich, Thomas: Koalitionswettbewerb – Nutzung von Freiheit oder Störung der Ordnung? In: Dieterich/Le Friant/Kezuka/Pfarr (Hrsg.): Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Baden-Baden 2010, S. 532 – 543

Engels, Andreas: Verfassung und Arbeitskampfrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen arbeitsgerichtlicher Arbeitskampfbjudikatur, Berlin 2008

Feudner, Bernd W.: Zum Arbeitskampfrecht von Berufsgruppengewerkschaften, RdA 2008, 104 – 107

Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Handkommentar, 25. Aufl., München 2010 (Zitierweise: Fitting)

Franzen, Martin: Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193 – 205

Ders.: Tarifeinheit – Element der Tarifautonomie oder Grundrechtsverletzung? ZfA 2009, 297 – 318

Fritz, Michael und Meyer, Cord: Quo vadis Tarifeinheit? NZA Beilage 3/2010, S. 111 – 115

Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht, Band I, München 1997

Giesen, Richard: Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11 – 18

Göhner, Reinhard: 60 Jahre TVG – Zeit für Reformen? In: Baeck/Hauck/Preis/Rieble/Röder/Schunder (Hrsg.), Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer, München 2010, S. 351 – 364

Greiner, Stefan: Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, München 2010

Greiner, Stefan: Der Arbeitskampf der GDL – Überlegungen zur Parität im Sparten- und Spezialistenarbeitskampf, NZA 2007, 1023 - 1028

Greiner, Stefan: Der Regelungsvorschlag von DGB und BDA zur Tarifeinheit, NZA 2010, 743 - 745

Hanau, Peter: Ordnung und Vielfalt von Tarifverträgen und Arbeitskämpfen im Betrieb, RdA 2008, 98 – 104

Harasser, Andreas und Pagel, Beatrice: Nach dem Erfurter Urteil: Zersplitterung der Tariflandschaft nicht zu befürchten, DIW – Wochenbereich Nr. 30/2010, S. 1 - 11

Hensche, Detlef: Wider die Tarifeinheitsfront, Blätter für deutsche und internationale Politik, Heft 8/2010, S. 13 – 17

Heselhaus, Sebastian M. und Nowak, Carsten (Hrsg.): Handbuch der Europäischen Grundrechte, München/Wien/Bern 2006

Höfling, Wolfram, Kommentierung von Art. 9 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. München 2009

Höfling, Wolfram und Engels, Andreas: Der „Bahnstreik“ – oder: Offenbarungseid des Arbeitskampfrichterrechts? NJW 2007, 3102 - 3103

Hromadka, Wolfgang: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Tarifkollision, NZA 2008, 384 – 391

Hromadka, Wolfgang und Schmitt-Rolfes, Günther: Am Ziel? Senat will Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität kippen, NZA 2010, 687 - 691

Hunold, Wolf: Tarifpluralität oder Tarifeinheit – Gedanken aus der Praxis, NZA 2007, 1037 – 1038

Jacobs, Matthias: Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, Berlin 1999

Jacobs, Matthias: Tarifpluralität statt Tarifeinheit, NZA 2008, 325 – 333

Kamanabrou, Sudabeh: Der Streik durch Spartengewerkschaften – Zulässigkeit und Grenzen, ZfA 2008, 241 – 281

Kempen, Otto Ernst: Aktuelles zur Tarifpluralität und zur Tarifkonkurrenz, NZA 2003, 415 - 420

Kempen, Otto Ernst: Die „Tarifeinheit“ der Koalitionsfreiheit – ein Zwischenruf – In: Maschmann (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Hromadka, München 2008, S. 177 – 187

Kempen, Otto-Ernst und Zachert, Ulrich (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar für die Praxis, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2006 (Zitierweise: Kempen/Zachert-Bearbeiter)

Kittner, Michael: Kommen die „Gelben“ zurück? In: Dieterich/Le Friant/Kezuka/Nogler/Pfarr (Hrsg.), Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Baden-Baden 2010, S. 595 – 604

Kittner, Michael und Schiek, Dagmar, Kommentierung zu Art. 9 Abs.3 GG, in: Denninger u. a. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Reihe Alternativkommentare, 3. Aufl., Neuwied und Kriftel 2001

Kohte, Wolfhard: Anmerkung zur Entscheidung des BAG v. 26. 1. 1994, SAE 1996, 14 - 18

Löwer, Wolfgang, Kommentierung zu Art. 9 GG, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Band 1, 5. Aufl., München 2000

Löwisch, Manfred: Tarifeinheit – Was kann und soll der Gesetzgeber tun? RdA 2010 Heft 2

Löwisch, Manfred und Rieble, Volker: Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 2. Aufl., München 2004

Meik, Frank: Tarifpluralität, NZA Beilage 3/2010, S. 116 - 120

Reichold, Hermann: Abschied von der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, RdA 2007, 321 – 328

Reichold, Hermann: Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit eines von BDA und DGB geplante „Gesetzes zum Erhalt der Tarifeinheit“ erstattet im Auftrag der dbb-tarifunion, Berlin 2010

Rieble, Volker: Zulässigkeit des Lokführer-„Funktionseliten“-Streiks, BB 2003, 1227 - 1229

Rieble, Volker: Das neue Arbeitskämpfrecht des BAG, BB 2008, 1506 – 1515

Scholz, Rupert: Bahnstreik und Verfassung, in: Bauer/Kort/Möllers/Sandmann (Hrsg.), Festschrift für Herbert Buchner, München 2009, S. 827 – 837

Ders.: Rechtsgutachten zur Problematik von Tarifpluralität und Tarifeinheit – Verfassungsfragen zu einer gesetzlichen Reformlösung – Erstattet im Auftrag der

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), Mai 2010 (zitiert: Scholz, Rechtsgutachten)

v. Steinau-Steinrück und Glanz, Peter: Dauerarbeitskämpfe durch Spartenstreiks – Die verbliebenen Kampfmittel der Arbeitgeber, NZA 2009, 113 – 118

v. Steinau-Steinrück und Brugger, Helen: Arbeitskampfrecht quo vadis? NZA Beilage 3/2010, S. 127 - 135

Thüsing, Gregor: Wege zur Tarifeinheit: Ausländische Rechtsordnungen als Vorbilder für Deutschland? NZA Beilage 3/2010, S. 104 - 108

Thüsing, Gregor und v. Medem, Andreas: Tarifeinheit und Koalitionspluralismus: Zur Zulässigkeit konkurrierender Tarifverträge im Betrieb, ZIP 2007, 510 – 517

Unterhinninghofen, Hermann: „Gelber“ Anachronismus? Zu Fehlentwicklungen im Koalitionsrecht, in: Dieterich/Le Friant/Kezuka/Nogler/Pfarr (Hrsg.), Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Baden-Baden 2010, S. 676 – 697

Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 7. Aufl., München 2007, bearbeitet von Oetker, Thüsing, Wank und Wiedemann (Zitierweise: Wiedemann-Bearbeiter)  
Wiese, Günther; Kreutz, Peter; Oetker, Hartmut; Raab, Thomas; Weber, Christoph; Franzen, Martin: Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar, 2 Bände, 9. Aufl., Köln 2010 (Zitierweise: GK-Bearbeiter)

Zachert, Ulrich, Einheitsgewerkschaft und Koalitionspluralismus – ein schwieriger Spagat, in: Baeck/Hauck/Preis/Rieble/Röder/Schunder (Hrsg.), Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer, München 2010, S. 1195 – 1206

Zumfelde, Meinhard und Remy, Patrick: Sarkozy's Gesetz zur Erneuerung der sozialen Demokratie, NZA 2009, 186 – 188

## **Anhang:**

Die gemeinsame Erklärung DGB – BDA ist als eigene Datei beigefügt

Entwurf Tarifeinheit

### **1. Änderung des Tarifvertragsgesetzes (TVG)**

a) neuer § 4a TVG

- (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.

b) In § 9 TVG wird folgender Absatz 2 ergänzt:

- (2) Das gilt auch für Rechtsstreitigkeiten zwischen Tarifvertragsparteien über die Anwendbarkeit von Tarifverträgen nach § 4a. Die Bindungswirkung der Entscheidung entfällt erst, wenn sich die Sachlage wesentlich geändert hat.

c) In § 13 TVG wird folgender Abs. 3 ergänzt:

- (3) § 4a ist nicht auf Tarifverträge anzuwenden, die am ... gelten.

## 2. Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG)

a) In § 2 Absatz 1 Nr. 1 ArbGG werden vor dem Semikolon folgende Worte eingefügt:

„oder über die Anwendbarkeit von Tarifverträgen nach § 4a Tarifvertragsgesetz“

b) In § 58 ArbGG wird folgender Abs. 3 ergänzt:

(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.

c) In § 63 S. 1 ArbGG werden hinter dem Wort „Tarifvertrags“ folgende Worte eingefügt:

„oder über die Anwendbarkeit von Tarifverträgen nach § 4a Tarifvertragsgesetz“.