

**Wie kann sich eine Gewerkschaft dagegen wehren,
dass der mit dem Arbeitgeberverband geschlossene Tarifvertrag auf
betrieblicher Ebene unterlaufen wird?**

Gutachtliche Stellungnahme

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

I. Die Fragestellung

Die Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) hat mit dem Arbeitgeberverband MOVE eine Reihe von Tarifverträgen abgeschlossen, die u. a. die Schichtarbeitszeit regeln. Dabei hat sich in jüngster Vergangenheit das Problem ergeben, dass bei der DB Regio Betriebsvereinbarungen über den Schichtplan geschlossen wurden, die nach Auffassung der GDL nicht mit dem Tarifvertrag vereinbar sind. Im Bereich der DB Fernverkehr hat die Arbeitgeberseite zwei „Schichtmodelle“ vorgelegt, zwischen denen die Beschäftigten die Wahl haben. Während das eine mit dem Tarifvertrag vereinbar ist, lässt sich dies beim zweiten nicht sagen. Die Arbeitgeberseite favorisiert jedoch das zweite Modell und weist einzelne Arbeitnehmer darauf hin, mit diesem würden weniger Schwierigkeiten entstehen. Dies betreffe u. a. die Möglichkeit des Schichttausches sowie die Länge der Ruhezeiten. Beide Hinweise sind nach Auffassung der GDL unrichtig oder tendenziös.

Im Folgenden soll es nicht um die inhaltliche Frage gehen, in welchen Punkten ein Widerspruch zu den geltenden Tarifverträgen besteht. Dies können die unmittelbar damit Befassten besser beurteilen. Vielmehr beschränken sich die folgenden Ausführungen auf das Problem, inwieweit sich die Gewerkschaft gegen die Unterlaufung ihres Tarifvertrags vor den Arbeitsgerichten zur Wehr setzen kann. Dabei sollen die Möglichkeiten im Vordergrund stehen, die von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte anerkannt werden oder die sich zwingend aus den vorliegenden Entscheidungen ergeben.

II. Das traditionelle Instrumentarium

1. Klage der Gewerkschaft auf Erfüllung der Durchführungspflicht

Mit jedem Tarifvertrag ist automatisch eine sog. Durchführungspflicht verbunden: Der Tarifpartner muss sich bemühen, für die effektive Durchsetzung des tariflich Vereinbarten zu sorgen.

Allgemeine Meinung. Nachweise etwa bei Thüsing, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 8. Aufl., München 2019, § 1 Rn. 881 ff.; Wankel/Schoof, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Kompaktkommentar, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2015, § 1 TVG Rn. 407 ff.

a) Firmentarif

Wird ein Firmentarif geschlossen, trifft die Durchführungspflicht den Arbeitgeber als Tarifpartei. Ihre Einhaltung kann durch arbeitsgerichtliche Klage der tarifschließenden Gewerkschaft erzwungen werden. Auch insoweit bestehen keine Zweifel.

S. statt aller Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., München 2017, § 1 Rn. 1258; Ahrendt, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 1 Rn. 1156; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, München 1997, S. 628 ff.

Die Gewerkschaft kann beispielsweise verlangen, dass die tariflich vorgesehene Entgelterhöhung gewährt oder der festgeschriebene Schichtplan auch wirklich umgesetzt wird. Der Arbeitgeber muss alles unterlassen, was den praktischen Erfolg des Tarifvertrags beeinträchtigen würde.

Gamillscheg, a.a.O., S. 629

Eindeutig sagt das BAG in seiner Entscheidung vom 29.4.1992 (4 AZR 432/91 – NZA 1992, 846, 848):

„Jede Vertragspartei ist verpflichtet, alles zu tun, um den vereinbarten Leistungserfolg vorzubereiten, herbeizuführen und zu sichern, und alles zu unterlassen, was den vereinbarten Erfolg beeinträchtigen oder gefährden könnte...Tarifvertragsparteien haben auch alles zu unterlassen, was die tarifvertraglichen Regelungen leerlaufen lassen könnte.“

b) Verbandstarif

Beim Verbandstarif trifft die Durchführungspflicht ausschließlich den tarifschließenden Verband. Dieser ist verpflichtet, auf seine Mitglieder in der Richtung einzuwirken, dass sie das tariflich Vereinbarte umsetzen. Man spricht insoweit von der „Einwirkungspflicht“. Die dabei einzusetzenden Mittel sind nirgends ausdrücklich geregelt. Die Rechtsprechung verweist auf die Satzungen der Verbände; zumindest könne die Tarifvertragspartei (d. h. der Arbeitgeberverband) ein Verbandsmitglied auffordern, „sich tarifgerecht zu verhalten und bestimmte tarifwidrige Maßnahmen zu unterlassen.“

So BAG, 29.4.1992 – 4 AZR 432/91, NZA 1992, 846, 849

Darauf kann der Arbeitgeberverband ggf. gerichtlich in Anspruch genommen werden. Anders als nach der früheren Rechtsprechung ist eine entsprechende Klage schon dann zulässig, wenn lediglich die „Einwirkung“ erstrebt, aber kein konkretes Einwirkungsmittel genannt wird. Dem Grundsatz der Bestimmtheit nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist auch dann Rechnung getragen. Allerdings muss die Tarifwidrigkeit der Maßnahmen des Verbandsmitglieds offensichtlich sein oder jedenfalls feststehen. Auch darf es sich nicht nur um einen Einzelfall handeln.

BAG 29.4.1992 – 4 AZR 432/91 – NZA 1992, 846 ff.

Fordert der Verband ein Mitglied freiwillig oder aufgrund einer gerichtlichen Verurteilung zu tarifkonformem Verhalten auf, so ist er seiner Durchführungspflicht nachgekommen. Die andere Seite hat keinen Anspruch darauf, dass bestimmte Mittel eingesetzt, beispielsweise ein Ausschluss aus dem Verband angedroht und notfalls vollzogen wird. Ein solcher Anspruch würde gegen das in Art. 9 Abs. 3 GG mitgarantierte Recht verstoßen, dass jede Koalition über ihre interne Struktur selbst bestimmen kann.

Die Einwirkungspflicht ist daher ein stumpfes Schwert. Sie ist nicht in der Lage, für eine praktische Umsetzung des Tarifvertrags zu sorgen.

2. Klage durch den einzelnen Arbeitnehmer

Normative Festlegungen im Tarifvertrag wirken unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis der tarifgebundenen Arbeitnehmer ein. Sie wirken auch zwingend in dem Sinne, dass durch Arbeitsvertrag nur zugunsten des Arbeitnehmers von ihnen abgewichen werden kann. Formal ist der einzelne Arbeitnehmer also in der Lage, Entgeltansprüche oder Ansprüche auf einen tarifgemäßen Schichtplan gerichtlich geltend zu machen.

Die Erfahrung zeigt, dass diese rechtliche Möglichkeit im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses nur sehr selten genutzt wird. Dafür sind verschiedene Gründe maßgebend.

Die Situation eines Arbeitnehmers, der vor der Frage steht, ob er eine Klage gegen seinen Arbeitgeber erheben soll, wird von Gamillscheg (Kollektives Arbeitsrecht Bd. I, S. 631) wie folgt geschildert:

„Vor einer Klage wegen der Ansprüche, die im Laufe des aufrechten Arbeitsverhältnisses entstehen, türmen sich die Hindernisse. Oft weiß der Arbeitnehmer nichts von ihnen (d. h. den Ansprüchen) und versäumt die Verfallfrist oder lässt sich überzeugen, dass er im Unrecht ist oder das ganze doch keinen Zweck hat...Und auch, wo er sein Recht kennt, bildet die Vorstellung, den eigenen Arbeitgeber zu verklagen und damit die inneren Angelegenheiten des Betriebs in die Öffentlichkeit zu zerren, damit verbunden die Angst, dass der Arbeitgeber die Stirn runzelt, also die Angst vor Vergeltung, Kündigung und Arbeitslosigkeit eine oft unübersteigbare Schranke. Dass eine Vergeltungskündigung nichtig ist, weiß vielleicht der Betriebsratsvorsitzende, aber was nützt das angesichts der Überzeugung, dass sich da immer ein Grund finden lässt...selbst dort, wo der Arbeitgeber ein Muster an sozialer Zuwendung ist, mag es genügen, dass Freunde und Verwandte die Hand heben und den Arbeitnehmer beschwören, sich nicht in das Wagnis eines Prozesses zu stürzen. All die wirren Vorstellungen von dem, was rechtens und was vom Gericht zu erwarten ist, werden zu einem unüberwindlichen Hindernis.“

Unter Rechtssoziologen ist es geradezu ein Gemeinplatz, dass nur ein Bruchteil aller Konflikte überhaupt vor Gericht kommt. Die «Zugangsforschung» hat eine Reihe typischer Schwierigkeiten herausgearbeitet, die in beträchtlichem Umfang auch in der Arbeitsgerichtsbarkeit wirksam werden.

Hierzu und zum Folgenden Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2009, Rn. 2242 ff.

Hervorzuheben sind insbesondere folgende Gesichtspunkte:

- Der einzelne Arbeitnehmer erkennt überhaupt nicht, dass es sich um ein Rechtsproblem handelt. Ein gewerkschaftlich Aktiver meint, es sei allein Sache des Arbeitgebers, ob er „gefälligkeitshalber“ die Verteilung von gewerkschaftlichem Werbematerial zulässt. Die Ursache liegt meist in ungenügender Aufklärung über das bestehende Recht, das sich in seiner Kompliziertheit dem Einzelnen nicht spontan erschließt.
- Denkbar ist weiter, dass der betroffene Arbeitnehmer zwar der Ansicht ist, «an sich» sei das, was ihm widerfahren sei, rechtlich nicht in Ordnung, dass er jedoch nicht weiß, woran dies konkret liegt. Er kennt niemanden, der ihn beraten könnte, die Lektüre des Gesetzestextes bringt schon aus sprachlichen Gründen keine Aufschlüsse.
- Der Arbeitnehmer erkennt zwar das Rechtsproblem, hält jedoch ein gerichtliches Vorgehen für aussichtslos.
- Der Arbeitnehmer ist der Auffassung, ein gerichtliches Verfahren sei zu teuer.
- Wichtigste Zugangsbarriere ist im Anschluss an Gamillscheg (s. oben) die Befürchtung, ein Gang zum Gericht werde vom Arbeitgeber als Illoyalität gewertet. Damit könnten betriebliche Aufstiegschancen, u. U. auch der Arbeitsplatz selbst gefährdet sein. Einzelne statistische Aussagen belegen diese Vermutung: So wurden in den 60er Jahren 80 % aller Klagen erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhoben

Ramm, in: Naucke–Trappe (Hrsg.), Rechtssoziologie und Rechtspraxis, Neuwied/Berlin 1970, S. 169.

Bei einer 1976 in Berlin durchgeführten Untersuchung ergab sich, dass von 2000 Klägern wegen Lohnzahlung nur noch ein Kläger im Betrieb des beklagten Arbeitgebers beschäftigt war.

Die relativ wenigen Ausnahmen kommen meist aus dem öffentlichen Dienst, wo der Vorgesetzte und evtl. auch der Personalsachbearbeiter dem gerichtlichen Verfahren nicht selten positiv gegenüberstehen: Es beendet nicht nur lästige Auseinandersetzungen, sondern schafft u. U. auch eine Legitimation gegenüber dem Rechnungshof, eine für richtig befundene Leistung nunmehr effektiv erbringen zu können. Weitere Ausnahmen sind in Großbetrieben denkbar. Im Regelfall steht jedoch die soziale Ohnmacht des Einzelnen einer «Rechtsdurchsetzung» entgegen.

- Auch wenn alle diese Hindernisse im Einzelfall nicht greifen – der Arbeitnehmer kennt das Rechtsproblem und die Möglichkeit zur Klage, er besitzt eine Rechtsschutzversicherung und gehört nicht mehr dem Betrieb an –, ist der Zugang zum Arbeitsgericht noch lange nicht gesichert. Der Einzelne muss die Einrichtungen kennen, bei denen er sich einen Rechtsrat holen kann. Sie müssen für ihn ohne größere Schwierigkeiten erreichbar sein, er muss seine Vorstellungen so zum Ausdruck bringen können, dass der Berater das Problem nachvollziehen kann. Dass dabei nicht nur bei Ausländern Verständigungsschwierigkeiten auftreten können, liegt auf der Hand. Auch wenn sie überwunden sind, wird allenfalls dann geklagt, wenn die Erfolgsaussichten einigermaßen optimistisch eingeschätzt werden; eine negative oder entmutigende Auskunft wird den Betroffenen in aller Regel von weiteren Aktivitäten abhalten.

Dass im bestehenden Arbeitsverhältnis ein Vorgehen gegen den Arbeitgeber in aller Regel ausscheidet, ist vor kurzem auch vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) anerkannt worden. Dabei ging es um die Frage, ob man die Ableistung von Überstunden als Arbeitnehmer dadurch beweisen kann, dass man Arbeitskollegen als Zeugen benennt. Der EuGH meinte, der Zeugenbeweis sei für sich allein kein wirksames Beweismittel, „da die Arbeitnehmer möglicherweise zögern, gegen ihren Arbeitgeber auszusagen, weil sie befürchten, dass dieser Maßnahmen ergreift, durch die das Arbeitsverhältnis zu ihren Ungunsten beeinflusst werden könnte.“

Wenn schon eine objektive Zeugenaussage an der bestehenden sozialen Abhängigkeit scheitert, muss dies für den weitergehenden Akt der Erhebung einer Klage erst recht gelten.

In ihrer Gesamtheit machen die Zugangsbarrieren deutlich, wie wenig das individuelle Klagerecht zu einem effizienten Rechtsschutz beitragen kann. Da auch die Einwirkungsklage selten zum Erfolg führt, weist der Rechtsschutz in Bezug auf den Inhalt von Verbandstarifen eine Lücke auf. Es stellt sich die Frage, ob diese auf anderem Wege geschlossen werden kann.

III. Klage der Gewerkschaft wegen Eingriffs in ihre Betätigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG?

Die Nichtbeachtung von Bestimmungen eines Verbandstarifs in bestimmten Betrieben oder Unternehmen entwertet das gewerkschaftliche Handlungspotential, zu dem auch der Abschluss von Tarifverträgen gehört. Die Frage ist, ob dies einen Eingriff darstellt, der mit rechtlichen Mitteln abgewehrt werden kann.

1. Das Recht auf gewerkschaftliche Betätigung

Art. 9 Abs. 3 GG schützt nicht nur das individuelle Recht von Arbeitnehmern und Arbeitgebern, sich zu Koalitionen zusammenzuschließen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts ist vielmehr durch diese Verfassungsbestimmung auch die kollektive Koalitionsfreiheit, d. h. das Recht der Vereinigungen garantiert, sich mit dem Ziel der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu betätigen.

BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290, 353 ff.; BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352; BAG 14.2.1967 – 1 AZR 494/65, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG

Dieses Betätigungsrecht ist in gleicher Weise wie die subjektiven Rechte nach § 823 Abs. 1 BGB und die Rechtsgüter nach § 823 Abs. 2 BGB geschützt.

Grundlegend BAG 2. 6. 1987 – 1 AZR 651/85, NZA 1988, 64

Dies bedeutet, dass drohende rechtswidrige Eingriffe mit der Unterlassungsklage abgewehrt werden können und erfolgte Eingriffe zum Schadensersatz verpflichten.

BAG 2.6.1987 – 1 AZR 651/85, NZA 1988, 64

Da ein materieller Schaden selten belegt werden kann, liegt die praktische Bedeutung der „Eingriffsabwehr“ im Unterlassungsanspruch. Dieser ist zwar nur für den Fall von Eingriffen ins Eigentum in § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB verankert, doch wird diese Bestimmung bei Eingriffen in andere subjektive Rechte und in Rechtsgüter seit Jahrzehnten entsprechend angewandt.

2. Erscheinungsformen der Eingriffe

In die gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit kann auf unterschiedliche Weise eingegriffen werden. Unzulässig war etwa ein Verhalten des Arbeitgebers, die Einstellung einer Bewerberin davon abhängig zu machen, dass sie vorher aus der DAG austrat.

So der Fall BAG a.a.O.

Ein unzulässiger Eingriff läge auch dann vor, wenn in den Bundesländern Arbeitnehmerkammern als Zwangskörperschaften errichtet würden, die zur Gewährung von Rechtsschutz und zum Abschluss von Tarifverträgen befugt wären.

BVerfG 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 und 1 BvR 259/66, BVerfGE 38, 281, 306 ff.

Große Aufmerksamkeit haben Eingriffe in die Tarifautonomie erfahren, die im vorliegenden Zusammenhang von besonderem Interesse sind. Auf sie ist nunmehr einzugehen.

IV. Abwehr von tarifwidrigem Verhalten des Arbeitgebers im Betrieb?

1. Antrag nach § 23 Abs. 3 BetrVG gegen den Arbeitgeber

Im Zusammenhang mit den „Bündnissen für Arbeit“, die in den 1990-er Jahren geschlossen wurden, traten trotz der gerade referierten Rechtsprechung immer wieder Fälle auf, in denen

Betriebsvereinbarungen von bestehenden Tarifverträgen abwichen, um durch Reduzierung der Lohnkosten einen Beitrag zum Erhalt der Arbeitsplätze zu leisten. Enthielt der Tarifvertrag keine Öffnungsklausel, so war dies schon eine nach § 77 Abs. 3 BetrVG rechtswidrige und unwirksame Regelung, doch war damit wenig gewonnen, weil sich kein Arbeitnehmer auf die Unwirksamkeit berief: Angesichts eines „Bündnisses für Arbeit“ hätte er nicht nur den Arbeitgeber, sondern in aller Regel auch den Betriebsrat gegen sich gehabt. Zu den allgemeinen Hindernissen, die einer Klage einzelner Arbeitnehmer entgegen stehen, kamen hier noch spezifische Hürden hinzu.

Diese Vorschrift des § 77 Abs. 3 BetrVG hat für die Betriebsverfassung grundlegende Bedeutung, weil sie eine Aushöhlung der Tarifautonomie durch Betriebsvereinbarungen verhindern will; sie regelt damit letztlich das Verhältnis zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft.

Verstößt der Arbeitgeber bewusst gegen eine solche Norm, so stellt dies einen groben Verstoß gegen seine Verpflichtungen aus dem BetrVG dar. Der Betriebsrat sowie jede im Betrieb vertretene Gewerkschaft haben das Recht, Unterlassung eines solchen Verhaltens für die Zukunft zu verlangen. Insoweit kann der Tarifvertrag gegen eine rechtswidrige Betriebsvereinbarung auf kollektiver Ebene „verteidigt“ werden. Eines Rückgriffs auf das gewerkschaftliche Betätigungsrecht nach Art. 9 Abs. 3 GG bedarf es (noch) nicht.

Wie hier BAG 20.8.1991 – 1 ABR 85/90, NZA 1992, 317; aus der Literatur s. Gäntgen, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag. Handbuch für die gesamte Tarifpraxis, 2. Aufl., Köln 2016, Teil 16 Rn. 49

Abweichendes gilt allerdings für solche Betriebsvereinbarungen, die in Ausübung eines Mitbestimmungsrechts zustande kamen, da in einem solchen Fall § 77 Abs. 3 BetrVG nicht eingreift und deshalb nicht verletzt sein kann. Insoweit kann die Gewerkschaft keinen auf § 23 Abs. 3 BetrVG gestützten Unterlassungsanspruch geltend machen.

BAG 20.8.1991 – 1 ABR 85/90, NZA 1992, 317

Mit Rücksicht auf die vom BAG klar gestellte Rechtslage gingen viele Unternehmen dazu über, keine Betriebsvereinbarungen mehr zu schließen und so einen Verstoß gegen § 77 Abs.

3 BetrVG zu vermeiden. Vielmehr trafen Arbeitgeber und Betriebsrat lediglich Betriebsabreden, die keinerlei normative Wirkung haben und die deshalb von § 77 Abs. 3 BetrVG nicht erfasst sind.

BAG 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097. Kritisch zur Nichtanwendung des § 77 Abs. 3 Berg, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Kommentar zum BetrVG, 16. Aufl., Frankfurt/Main 2018, § 77 Rn. 158 m.w.N.

Ihre praktische Umsetzung erfolgte durch einvernehmliche Änderung der Arbeitsverträge.

2. Die Burda-Entscheidung des BAG

Eine solche Konstellation lag auch der sog. Burda-Entscheidung des BAG zugrunde. Betriebsrat und Arbeitgeber hatten bei einer Druckerei des Burda-Verlages eine Abrede getroffen, wonach Zulagen erheblich gekürzt und die Arbeitszeit ohne entsprechende Lohnerhöhung verlängert werden sollte. Dies war in den allermeisten Arbeitsverträgen umgesetzt worden. Die Gewerkschaft betrachtete diesen Vorgang als Eingriff in die Tarifautonomie, weil von den betroffenen Tarifnormen im Unternehmen kaum mehr etwas übrig blieb, und schaltete die Arbeitsgerichte ein.

Das BAG vertrat den Standpunkt, auch die Handlungsform „Abschluss und Umsetzung von Tarifverträgen“ sei durch Art. 9 Abs. 3 GG garantiert und könne wie andere Betätigungsformen mit Hilfe einer Unterlassungsklage „verteidigt“ werden.

BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 ff.

Dies bewegte sich ersichtlich im Rahmen seiner bisherigen Rechtsprechung. Wichtiger waren daher die Ausführungen, wann ein Eingriff in die Tarifautonomie vorlag. Dazu führte das Gericht zunächst aus:

„Der Schutz (durch Art. 9 Abs. 3 GG) ist nicht von vornherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung beschränkt. Er erstreckt sich vielmehr auf alle Verhaltensweisen, die koalitionspezifisch sind. Hierzu gehört insbesondere der Abschluss von Tarifverträgen...Die dergestalt von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte

Regelungsbefugnis wird nicht erst dann beeinträchtigt, wenn eine Koalition daran gehindert wird, Tarifrecht zu schaffen. Eine Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit liegt vielmehr auch in Abreden oder Maßnahmen, die zwar nicht die Entstehung oder den rechtlichen Bestand eines Tarifvertrages betreffen, aber *darauf gerichtet sind, dessen Wirkung zu vereiteln oder leerlaufen zu lassen*. Die Tarifnorm kann ihren Zweck nicht erfüllen, den Teil der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu ordnen, der ihren Gegenstand bildet.“ (BAG a.a.O. S. 891 – Hervorhebungen von mir)

Damit ist klargestellt, dass auch das „Unterlaufen“ eines Tarifvertrags einen rechtswidrigen Eingriff in die Koalitionsfreiheit darstellt. Dabei spielt es – so wird weiter ausgeführt – keine Rolle, dass die tarifwidrigen Abreden rechtswidrig und unwirksam sind; es reiche, dass sie ihrem Geltungsanspruch nach an die Stelle der tariflichen Regelung treten wollten.

BAG, a.a.O. S. 892; hierin sieht Stein, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2014, § 4 Rn. 248 das eigentlich Neue in der Burda-Entscheidung.

Dies leuchtet ein, da sich ja praktisch niemand finden wird, der ihre Unwirksamkeit gerichtlich geltend machen würde.

Dabei reicht es aber nicht aus, wenn nur die eine oder andere tarifwidrige Bestimmung vereinbart wird. Das BAG führt dazu aus:

„Das (Gesagte) bedeutet allerdings nicht, dass schon jede tarifwidrige Vereinbarung zugleich als Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit zu werten wäre. Tarifnormwidrige Regelungen in einzelnen Arbeitsverträgen oder fehlerhafte Anschlussregelungen auf der betrieblichen Ebene stellen den maßgeblichen Tarifvertrag noch nicht in Frage. Von einem Eingriff in die Tarifautonomie kann vielmehr nur dann gesprochen werden, wenn *eine Tarifnorm als kollektive Ordnung verdrängt und damit ihrer zentralen Funktion beraubt werden soll*. Das setzt eine betriebliche Regelung voraus, die einheitlich wirken und an die Stelle der Tarifnorm treten soll. Bei tarifnormwidrigen Betriebsvereinbarungen ist das im Zweifel anzunehmen. Aber auch *vertragliche Einheitsregelungen* sind bewährte Instrumente zur Gestaltung der betrieblichen Ordnung...Das ist offenkundig, wenn die vertragliche Einheitsregelung auf einer Regelungsabrede beruht oder wenn die entsprechenden Vertragsangebote – wie hier

– ausdrücklich vom Betriebsrat unterstützt werden...Geltendes Tarifrecht wird allerdings nur dann verdrängt, wenn der betreffende Tarifvertrag im Anwendungsbereich der fraglichen betrieblichen Regelung normativ gilt.“ (BAG a.a.O. S. 892 – Hervorhebung von mir)

3. Konsequenzen

a) Betriebsvereinbarung oder sonstige betriebliche Regelung

Aus den wiedergegebenen Passagen des Burda-Beschlusses wird deutlich, dass es nicht darauf ankommt, ob die „Konkurrenzordnung“ zum Tarifvertrag die Form einer Betriebsvereinbarung oder die einer vertraglichen Einheitsregelung hat.

Ebenso LAG Sachsen-Anhalt, 8.5.2001 – 9 (5) Sa 723/00, AuR 2002, 308; LAG Sachsen, 13.11.2001 – 7 Sa 118/01, AuR 2002, 310; Berg, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Kompaktkommentar, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2015, § 4 Rn. 233

Ein Unterschied besteht nur insoweit, als bei der Betriebsvereinbarung eine Vermutung dafür besteht, dass sie als alternative kollektive Ordnung die Tarifordnung verdrängen soll, während dies bei einheitsvertraglichen Regeln im Einzelnen belegt werden muss. Insbesondere dann, wenn sie auf einer Betriebsabrede beruhen oder vom Betriebsrat unterstützt werden, dürfte allerdings eine beabsichtigte Verdrängungswirkung ebenfalls anzunehmen sein.

Übereinstimmend Berg in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Kompaktkommentar, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2015, § 4 Rn. 236

b) Gerichtliche Geltendmachung im Beschlussverfahren

Die Gewerkschaft kann in beiden Fällen den Arbeitgeber auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Soweit es um eine Betriebsvereinbarung geht, steht die Möglichkeit des Vorgehens nach § 23 Abs. 3 BetrVG neben der Möglichkeit, den Unterlassungsanspruch aus Art. 9 Abs. 3 GG in Verbindung mit § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB geltend zu machen.

Im Falle des § 23 Abs. 3 BetrVG greift das Beschlussverfahren ein. Nach der Rechtsprechung ist auch der auf Art. 9 Abs. 3 GG gestützte Unterlassungsanspruch im Beschlussverfahren geltend zu machen. In der Burda-Entscheidung betonte der Senat, er „neige“ zu der Ansicht, das Beschlussverfahren sei die richtige Verfahrensform, wenn der Betriebsrat in irgendeiner Form bei der Schaffung oder Realisierung der betrieblichen Einheitsregelung aktiv beteiligt gewesen sei.

BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 Leitsatz 4

Knapp zwei Jahre später hat sich derselbe Senat des BAG ausdrücklich dafür ausgesprochen, dass bei einer Auseinandersetzung um eine tarifwidrige Betriebsvereinbarung das Beschlussverfahren die zutreffende Verfahrensart sei.

BAG 13.3.2001 – 1 AZR 19/00, NZA 2001, 1037

c) Benennung der Gewerkschaftsmitglieder

Kontroversen haben sich bei der Frage ergeben, ob die Klage nur dann zulässig ist, wenn die klagende Gewerkschaft ihren betrieblichen Mitgliederbestand im Grundsatz offen legt. In einem späteren Urteil vertrat ein anderer Senat des BAG die Auffassung, die von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO verlangte Bestimmtheit des Klagantrags liege nur vor, wenn die einzelnen Gewerkschaftsmitglieder namentlich benannt seien. Nur bei ihnen drohe ja eine „Unterlaufung“ des Tarifvertrags; mit Nichtorganisierten könne sowieso Abweichendes vereinbart werden.

BAG 19.3.2003 – 4 AZR 271/02, NZA 2003, 1221

Zwar möge ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse an Zahl und Namen der Gewerkschaftsmitglieder bestehen, doch spiele dieses keine Rolle, wenn im Vollstreckungsverfahren sowieso die einzelnen Personen benannt werden müssten.

In der weiteren Rechtsprechung hat diese Entscheidung eine geringe Rolle gespielt. So hat das BAG im Jahre 2011 entschieden, der prozessuale Bestimmtheitsgrundsatz sei gewahrt, wenn

auf generelle Beseitigung der Folgen einer tarifwidrigen betrieblichen Regelung geklagt werde.

BAG 17.5.2011 – 1 AZR 473/09, NZA 2011, 1169

Auch wurde in der Literatur der Standpunkt vertreten, wenn der Arbeitgeber selbst die auf alle erstreckte tarifliche Regelung durch eine abweichende betriebliche ersetze, bestehe kein Anlass zur Benennung der Gewerkschaftsmitglieder.

Kristina Schmidt, Die normative Tarifgeltung am Beispiel des allgemeinen koalitionsrechtlichen Unterlassungsanspruchs, RdA 2004, 152, 157

d) Beseitigungsanspruch

Der Gewerkschaft steht nicht nur ein Anspruch auf Unterlassung, sondern entsprechend § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB auch ein Anspruch auf Beseitigung der fortwirkenden Beeinträchtigung ihrer Koalitionsfreiheit zu. Die tarifwidrige Betriebsvereinbarung bzw. die tarifwidrigen einheitlichen Arbeitsvertragsbedingungen verschwinden nicht dadurch, dass der Arbeitgeber verurteilt wird, in Zukunft derartige Handlungsweisen zu unterlassen. Vielmehr müssen sie effektiv „aus dem Verkehr gezogen“ werden. Dies kann in der Weise realisiert werden, dass der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmern gegenüber erklärt, die fragliche betriebliche Regelung nicht mehr anwenden zu wollen.

BAG 17.5.2011 – 1 AZR 473/09, NZA 2011, 1169 Leitsatz 4; zustimmend Ahrendt, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 1 Rn. 1260

e) Einstweilige Verfügung

Die Zeit bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung kann beträchtlich sein. Um einen wirksamen Rechtsschutz sicher zu stellen, kann deshalb die Gewerkschaft eine einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO beantragen, die eine vorläufige Regelung trifft, z. B. die weitere Verwendung der tarifwidrigen Bedingungen bis zur rechtskräftigen Entscheidung untersagt.

So ausdrücklich BAG 17.5.2011 – 1 AZR 473/09, NZA 2011, 1169 Leitsatz 5

4. Sonstige Unterlaufungsstrategien

Die Diskussion und die Entscheidungspraxis der Gerichte hat sich bisher sehr stark auf die Fälle konzentriert, in denen der Betriebsrat beteiligt war – sei es durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung, sei es durch Abschluss einer Betriebsabrede oder durch eine Empfehlung an die Arbeitnehmer, die vom Arbeitgeber angebotenen Änderungsverträge zu akzeptieren. Daneben gibt es aber auch Fälle, in denen der Arbeitgeber einheitliche Vertragsbedingungen zugrunde legt oder zugrunde legen will, ohne dabei den Betriebsrat einzuschalten, weil er nicht mitmachen will oder weil er vom Arbeitgeber als lästiger Mitspieler betrachtet wird. In tarifgebundenen Unternehmen, in denen kein Betriebsrat existiert, ist dies die einzige in Betracht kommende Konstellation. Schließlich kann es auch Situationen geben, in denen der Arbeitgeber erst im Begriff ist, die tarifliche durch ein von ihm ausgedachte betriebliche Ordnung zu ersetzen oder in denen er den Beschäftigten Nachteile androht, wenn sie sich auf die tarifliche Regelung berufen sollten. Sind auch solche einseitigen Vorgehensweisen erfasst?

a) Einheitliche Vertragsbedingungen ohne Betriebsrat

Unbestritten ist zunächst, dass es bei der Ersetzung der tariflichen Ordnung durch einheitliche Vertragsbedingungen nicht auf die Beteiligung des Betriebsrats ankommt. Die gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit ist in gleicher Weise beeinträchtigt, wenn der Arbeitgeber alleine und ohne Unterstützung eines Betriebsrats handelt.

S. etwa den Fall LAG Sachsen-Anhalt 8.5.2001 – 9 (5) Sa 723/00, AuR 2002, 308; ebenso in der Literatur Ahrendt, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 1 Rn. 1258; Löwisch-Rieble, Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., München 2017, § 4 Rn. 103; Stein, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2014, § 4 Rn. 251

Ein Unterschied besteht lediglich insoweit, als das Arbeitsgericht nicht im Beschluss-, sondern im Urteilsverfahren entscheidet.

Ebenso LAG Sachsen, 13.11.2001 – 7 Sa 118/01, AuR 2002, 310; Berg, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Kompaktcommentar, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2015, § 4 Rn. 238; Gäntgen, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag. Handbuch für das gesamte Tarifrecht, 2. Aufl., Köln 2016, Teil 16 Rn. 52

b) Einseitiges Vorgehen des Arbeitgebers

Auch ein einseitiges Vorgehen des Arbeitgebers ist erfasst. Dafür spricht die Formulierung in der Burda-Entscheidung, wonach nicht nur „Abreden“, sondern auch „Maßnahmen“ verboten sind, die darauf gerichtet sind, die Wirkungen des Tarifvertrags zu vereiteln oder leerlaufen zu lassen.

BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887, 891 rechte Spalte (Originaltext oben S. 12)

Die einseitigen Maßnahmen werden typischerweise in Angeboten zur Vertragsänderung oder in der Androhung von Nachteilen liegen. Würde man sie für die Annahme eines Unterlassungsanspruchs nicht ausreichen lassen, müsste die Gewerkschaft erst zuwarten, wie die Sache ausgeht. Gelingt es dem Arbeitgeber, einen beträchtlichen Teil der Belegschaft zu Änderungsverträgen zu veranlassen, könnte die Gewerkschaft klagen, vorher nicht. Dies vermag nicht einzuleuchten, da der Sinn des Unterlassungsanspruchs gerade darin besteht, die Vornahme einer rechtswidrigen Handlung oder die Entstehung einer rechtswidrigen Situation zu vermeiden. Genau deshalb wird auch im Rahmen des § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Unterlassungsklage schon dann für zulässig und begründet angesehen, wenn eine erstmalige Rechtsverletzung droht.

BGH 21.10.2004 – III ZR 380/03, NJW 2004, 3701, 3702 m. w. N

Hier kann nichts anderes gelten. Sobald ersichtlich wird, dass der Arbeitgeber eine einheitsvertragliche Regelung an die Stelle der tariflichen setzen will oder dass er Nachteile für den Fall in Aussicht stellt, dass sich Arbeitnehmer auf den Tarifvertrag berufen, ist die

Unterlassungsklage gegeben. Dabei spielt es keine Rolle, wenn bisher nur wenige Arbeitnehmer angesprochen wurden.

So auch Berg, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Kompaktcommentar, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2015, § 4 Rn. 234

Auch dann droht eine Unterlaufung des Tarifvertrags, der rechtzeitig mit rechtlichen Mitteln entgegengewirkt werden muss.

Nicht anders als bei ausschließlich vom Arbeitgeber ausgehenden einheitsvertraglichen Regeln muss das Arbeitsgericht auch hier im Urteilsverfahren entscheiden. Auch kommt ggf. einstweiliger Rechtsschutz in Betracht.

V. Überlegungen zur Situation bei der DB Fernverkehr

Die Antragschrift bei der DB Regio ist inhaltlich in Ordnung und beruft sich zu Recht auf die Burda-Entscheidung. Sie kann jedoch nicht eins zu eins auf die DB Fernverkehr übertragen werden, da hier keine Betriebsvereinbarung vorliegt. Inwieweit eine Betriebsabsprache mit dem Betriebsrat vorhanden ist, kann ich auf der Grundlage des mir zugänglichen Materials nicht beurteilen. Sollte sie fehlen, muss im Urteilsverfahren geklagt und ggf. einstweiliger Rechtsschutz in Anspruch genommen werden.

Die von der Arbeitgeberseite getroffenen „Maßnahmen“ müssen im Einzelnen analysiert werden, da sie den Tarifvertrag der GDL nicht frontal angehen, sondern ihn in subtiler Weise in Frage stellen.

Eine gegen den Tarif gerichtete Maßnahme liegt bereits vor, wenn zwei Schichtmodelle zur Auswahl gestellt werden und nicht gleichzeitig darauf hingewiesen wird, dass tarifgebundene Arbeitnehmer ein bestimmtes Modell gar nicht wählen können.

Eine den Tarif beeinträchtigende Wirkung liegt auch dann vor, wenn bei einem tarifkonformen Modell Nachteile behauptet werden, die es gar nicht gibt. Dies betrifft etwa die angeblich eingeschränkte Möglichkeit zum Schichttausch. Gleich zu behandeln ist der

Fall, dass bei dem tarifkonformen Modell lediglich Nachteile hervorgehoben werden, Vorteile jedoch unter den Tisch fallen.

S. etwa den Fall BGH 6.10.1964 – VI ZR 176/63, NJW 1965, 29: Unlauteres Verhalten im zwischengewerkschaftlichen Wettbewerb (und damit ein Eingriff in die Betätigungsfreiheit) bejaht, weil eine Gewerkschaft einen Vergleich mit den Tarifverträgen der anderen angestellt und dabei bewusst die Teile weggelassen hatte, in denen „die andern“ besser waren. Wenn der Arbeitgeber etwas Vergleichbares macht, ist dies selbstredend ebenfalls ein Eingriff in die koalitionsspezifische Betätigungsfreiheit.

Ein Eingriff liegt erst recht dann vor, wenn die Empfehlung abgegeben wird, sich gegen den tarifkonformen Schichtplan zu entscheiden.

Die einzelnen Vorgehensweisen müssen sorgsam und möglichst vollständig zusammengestellt werden, um deutlich zu machen, dass es sich nicht um einen Einzelfall eines tarifwidrigen Verhaltens handelt. Dabei sind die einzelnen Verhaltensweisen in den Unterlassungsantrag aufzunehmen; ein Antrag, jede den Tarifvertrag in Frage stellende Handlung zu unterlassen, könnte als zu weit gefasster und deshalb unzulässiger Globalantrag behandelt werden.

Ein weiteres Problem betrifft das Günstigkeitsprinzip. Die Diskussion um die Unterlaufung von Tarifverträgen setzt als selbstverständlich voraus, dass die vom Arbeitgeber angestrebte Regelung ungünstiger als der Tarifvertrag ist. Dies ist in der Praxis in der Regel kein Problem, weil der Arbeitgeber ja Geld sparen will und deshalb keine Regelung vorschlagen wird, die höhere Belastungen für ihn zur Folge hat. Würde in einem fiktiven Fall der Arbeitgeber eine bessere als die tarifliche Lösung vorschlagen, wäre diese nicht in Frage gestellt: Der Tariflohn von 15 Euro bleibt auch dann unangetastet, wenn der Arbeitgeber freiwillig 16 Euro bezahlt.

Bei Schichtplänen kann die „Günstigkeit“ zweifelhaft sein. Lässt sich insoweit keine eindeutige Entscheidung treffen, weil sich nicht belegen lässt, dass die vertragliche Regelung ungünstiger ist, so ist gleichwohl dem Tarifvertrag der Vorzug zu geben. Die Tarifautonomie ist auch dann verletzt, wenn der Arbeitgeber an die Stelle der tariflichen Regelung eine gleichwertige andere setzen will.

Ebenso Deinert, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 4 Rn. 788; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., München 2017, § 4 Rn. 635 m. w. N.

Dies ist auch vom BAG so gesehen worden.

BAG 15.4.2015 – 4 AZR 587/13, NZA 2015, 1274 Leitsatz 3: „Ist nicht zweifelsfrei feststellbar, dass die einzelvertragliche Regelung für den Arbeitnehmer günstiger ist, bleibt es bei der zwingenden, normativen Geltung der Tarifverträge.“

Als vorläufiges Ergebnis lässt sich feststellen, dass der bestehende rechtliche Rahmen durch entsprechende Tatsachenfeststellungen ausgefüllt werden muss, die allerdings Insiderkenntnisse voraussetzen. Geschieht dies, bestehen gute Chancen, die Unterlaufungsstrategie der DB für die Zukunft auszuschließen.