



TARIFPLURALITÄT ALS AUFGABE DES GESETZGEBERS

Prof. Dr. Frank Bayreuther (Passau),
Prof. Dr. Martin Franzen (München),
PD Dr. Stefan Greiner (Köln/Bochum),
Prof. Dr. Rüdiger Krause (Göttingen),
Prof. Dr. Hartmut Oetker (Kiel),
Prof. Dr. Ulrich Preis (Köln),
Prof. Dr. Robert Rebhahn (Wien),
Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M (Bonn),
Prof. Dr. Raimund Waltermann (Bonn)

CARL FRIEDRICH VON WEIZSÄCKER-STIFTUNG

BEREICH: ZUKUNFT DER ARBEIT

TARIFPLURALITÄT ALS AUFGABE DES GESETZGEBERS

Prof. Dr. Frank Bayreuther (Passau),

Prof. Dr. Martin Franzen (München),

PD Dr. Stefan Greiner (Köln/Bochum),

Prof. Dr. Rüdiger Krause (Göttingen),

Prof. Dr. Hartmut Oetker (Kiel),

Prof. Dr. Ulrich Preis (Köln),

Prof. Dr. Robert Rebhahn (Wien),

Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M (Bonn),

Prof. Dr. Raimund Waltermann (Bonn)

CARL FRIEDRICH VON WEIZSÄCKER-STIFTUNG

BEREICH: ZUKUNFT DER ARBEIT

Herausgeber:
Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung,
Bereich Zukunft der Arbeit

Autoren:
Prof. Dr. Frank Bayreuther
PD Dr. Stefan Greiner
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Prof. Dr. Hartmut Oetker
Prof. Dr. Ulrich Preis
Prof. Dr. Robert Rebhahn
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M
Prof. Dr. Raimund Waltermann

ISBN 978 3 00 033729 1

© 2011 Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung
www.cfvw.org

Satz und Druck:
Bamberger&Schneider GmbH – Agentur für Druck und Werbung
www.bamberger-schneider.de

INHALT

VORWORT	08
I. DIE TARIFPLURALITÄT ALS AUFGABE DES GESETZGEBERS UND DER DIALOG VON WISSENSCHAFT UND PRAXIS	17
1. DIE GEWANDELTE RECHTSPRECHUNG DES BAG	17
2. VORBEREITENDE DISKUSSIONEN	17
3. JÜNGSTE INITIATIVEN	20
4. DIE CARL FRIEDRICH VON WEIZSÄCKER-STIFTUNG ALS UNABHÄNGIGE DIALOGPLATTFORM	20
II. VON DER SCHWIERIGKEIT GESETZGEBERISCHEN HANDELNS	23
III. TAGUNG VOM 5. BIS 7. AUGUST IN BAD HONNEF	25
1. VORBEMERKUNGEN	25
2. DIE BISLANG DISKUTIERTEN LÖSUNGSANSÄTZE	26
a) BDA-DGB: Tarifeinheit und Friedenspflicht zu Lasten der Konkurrenzgewerkschaften	26
b) Tarifeinheit und Pflicht zur Tarifgemeinschaft (Hromadka)	28
c) Konzept der dynamisch-repräsentativen Tarifeinheit (Greiner)	30
d) Verpflichtung zur Koordination von Tarifverhandlungen (Franzen, Kamanabrou, Schliemann)	31
e) Schlichtung und Cooling-Off	33
f) Erweiterung des Arbeitskämpfarsenal des Arbeitgebers	33
3. ABLAUF DER TAGUNG	33
4. DIE ANHÖRUNG DER KOALITIONEN	34
a) Stellungnahme BDA (Herr Wolf)	34
b) Stellungnahme Lufthansa (Herr Wilhelm)	35
c) Stellungnahme DGB (Frau Nielebock)	37
d) Stellungnahme ver.di (Prof. Schubert)	37

e) Stellungnahme GDL (Herr Weselsky)	39
f) Stellungnahme Cockpit (Frau Ritter)	39
g) Stellungnahme UFO (Herr Reimann)	39
h) Stellungnahme Flugsicherung (Herr Vogelsang)	40
i) Stellungnahme VAA (Herr Kronisch)	40
j) Stellungnahme Marburger Bund (Herr Henke)	40
k) Stellungnahme DBB (Herr Stör)	41
l) Stellungnahme CGB (Herr Smits)	42
5. DER WEITERE DISKUSSIONSVERLAUF	43
IV. DER GESETZENTWURF DER PROFESSORENINITIATIVE	44
V. ERGÄNZENDE ERLÄUTERUNGEN DES GESETZENTWURFS	54
1. DAS TARIFRECHTLICHE ELEMENT: TARIFEINHEIT IN DER SPARTE	54
2. ARBEITSKAMPFRECHTLICHES ELEMENT: ANREIZE ZUR KOOPERATION	56
VI. ERSTE STELLUNGNAHMEN ZUM ENTWURF	59
1. REAKTIONEN AUF DIE PROFESSOREN-INITIATIVE / VERBÄNDE	59
a) Fach- und Berufsgewerkschaften; Christlicher Gewerkschaftsbund	59
b) Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschlands (CGB)	59
c) DBB Beamtenbund und Tarifunion	60
d) Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA)	60
e) Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)	61
f) Praktikerstimmen betroffener Unternehmen	62
g) Monopolkommission	64
h) Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung	64
i) Arbeitsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins	65
j) Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung	66

2. REAKTIONEN AUF DIE PROFESSOREN-INITIATIVE –	
WISSENSCHAFT	67
a) Willemsen/Mehrens	67
b) Horst Konzen	67
c) Manfred Löwisch	68
3. ZUSAMMENFASSUNG	69
VII. VERFASSUNGSRECHTLICHE ARGUMENTE FÜR DEN	
EINGESCHLAGENEN WEG	70
1. BETROFFENE SCHUTZBEREICHASPEKTE DES ART. 9 III GG	70
a) Gründungsfreiheit, Bestandsfreiheit	70
b) Tarifgeltung und Tarifpartizipation	71
c) Koalitionspluralismus	72
d) Zwischenergebnis	73
2. DIALEKTIK VON EINGRIFF UND AUSGESTALTUNG	73
3. EINGRIFFSRECHTFERTIGUNG	74
a) Legitimer Zweck	74
b) Geeignetheit	77
c) Erforderlichkeit	78
d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Proportionalität	80
VIII. WEITERER DISKUSSIONS- UND REGULINGSBEDARF: DAS	
ARBEITSKAMPFRECHT, INSB. MIT BLICK AUF DIE	
DASEINSVORSORGE	84
1. VON DER NOTWENDIGKEIT, DAS ARBEITSKAMPFRECHT	
GESETZGEBERISCH ZU REGELN	84
2. AKTUELLE HERAUSFORDERUNGEN	88
3. BESONDERHEIT: DASEINSVORSORGE	89
DIE PROFESSOREN	92

VORWORT

Kaum ein Thema hat die Wissenschaft und die Praxis im Arbeitsrecht in den letzten Jahren so stark bewegt wie das Thema der Tarifpluralität. Welche Grundsätze müssen gelten, damit die verfassungsrechtlich garantierte Tarifautonomie weiterhin Bestand hat, ja optimal entfaltet wird? Muss das Prinzip des Tarifvorrangs nun gesetzlich geregelt werden? Ist die Tarifpluralität ein Angriff auf die Fundamente der Tarifautonomie? Diese Auseinandersetzung kommt nicht von ungefähr. Das seit fünfzig Jahren geltende, vom Bundesarbeitsgericht selbst geschaffene Prinzip der Tarifeinheit wurde durch das Bundesarbeitsgericht 2010 aufgehoben. Schon ab 2007 zeichnete sich ab, dass das lange geltende Prinzip, das von allen unbestritten für eine gewisse Struktur und Ordnung gesorgt hatte, aufgehoben werden sollte. Nun wurde der Abschied von einer lang etablierten Rechtsprechung und einer eingespielten Praxis vollzogen.

Aber warum erhitzen sich die Gemüter derart? Während die einen davon sprechen, dass nur mit dem Prinzip des Tarifvorrangs die Funktionsgarantie der Tarifautonomie gesichert sei, plädiert die Gegenseite dafür, dass verfassungsrechtlich das Prinzip der Tarifpluralität gewollt sei und in keiner Weise von einem Eingriff in die Gewährleistung der verfassungsrechtlich garantierten Tarifautonomie gesprochen werden könne.

Von beiden Seiten werden unterschiedliche Kassandrarufer ausgestoßen. Dabei sind die Interessen nicht nach dem Arbeitgeberlager und dem Arbeitnehmerlager getrennt. Vielmehr stehen auf der einen Seite die Arbeitgeber und die im DGB organisierten Gewerkschaften und auf der anderen Seite die Berufsgruppen-gewerkschaften, auch Spartengewerkschaften genannt. Deshalb lohnt eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Grundsatzfragen. Kann nur eine gesetzliche Regelung des Tarifvorrangs die Funktionssicherheit der Tarifautonomie gewährleisten, oder ist der Gegenansatz richtig, dass es überhaupt keiner gesetzlichen Regelung bedarf und die Tarifpluralität sich im freien Spiel der Kräfte ohne Gesetzesregelung bewegen müsse, um zu sachgerechten Regelungen zu kommen? Unterschiedliche Interessenverbände, Einrichtungen, partikuläre Koalitionen und Organisationen haben Gutachten bei Verfassungsrechtlern und Arbeitsrechtlern in Auftrag gegeben, um ihre Position zu untermauern und vor allem ihre verfassungsrechtliche Argumentation zu stützen.

Sinn dieser Monographie ist es, das Problem so aufzuarbeiten, dass sich jeder selbst eine Meinung bilden kann, ob der Gesetzgeber handeln muss oder nicht.

Ausgangspunkt muss die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG sein. Danach ist die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen den Koalitionen vorbehalten. Dies sind die Arbeitgeberverbände und die Gewerkschaften. Sie können nach dem Tarifvertragsgesetz normative Regelungen treffen, d.h. ihnen kommt eine Stellung zu, wie sie sonst nur der Gesetzgeber hat. Diese rechtliche Regelung der Tarifautonomie in Deutschland ist einzigartig. In keinem anderen Land der Welt gibt es eine entsprechende Garantie und Regelungsbefugnis. Unbestritten haben die Koalitionsfreiheit und die bedachtsame Art und Weise, in der die Tarifvertragsparteien von ihr Gebrauch gemacht haben, zu einer Vielzahl von Normierungen geführt, die für große Teile der Arbeitnehmerschaft sichere, soziale Standards geschaffen haben. Zugleich hat die Tarifautonomie zum sozialen Frieden sowie zur prosperierenden Entwicklung von Wirtschaft und Gesellschaft gleichermaßen beigetragen. In Europa gilt Deutschland gerade auch wieder in den letzten fünf Jahren als Vorbild zur Bewältigung der Finanz- und Wirtschaftskrise. Die von Angemessenheit und Vernunft getragenen Vereinbarungen zwischen den Koalitionen haben dabei eine große Rolle gespielt, wie z.B. die Regelung der Kurzarbeit. Deshalb fragt sich nicht nur der Laie: Warum entsteht Unruhe in einem Bereich, der durch Stabilität und Weitsicht geprägt zu sein scheint?

Die Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland hat sich – wie die moderne post-industrielle Gesellschaft überhaupt - in den letzten zehn bis fünfzehn Jahren sehr stark in Richtung der Individualisierung der Bürger und der Wahrnehmung von Einzelinteressen entwickelt. Zudem haben die Medien immer mehr an Einfluss gewonnen. Die Politik pflegt in einer Demokratie oft reflexartig auf die in den Medien gespiegelte Meinung der Mehrheit der Bevölkerung zu reagieren. Eine Interessengruppe, die es heute schafft, ihre Interessen besonders öffentlichkeitswirksam medial darzustellen, erhält die meiste Aufmerksamkeit und damit auch die größten Möglichkeiten, Gehör zu finden. Dabei kommt es nicht mehr darauf an, dass es sich um eine große Interessengruppe handelt. Vielmehr spielt eine Rolle, wie das Thema medial platziert ist und ob es an Popularität gewinnt. Es kommt durchaus vor, dass gerade kleine Interessengruppen ihre Anliegen besonders vehement durchsetzen, weil die große schweigende Mehrheit dem Prozess nichts entgegensetzt.

Parallel zur Individualisierung der Gesellschaft ist auch die Interessenvertretung der Arbeitnehmer stärker auf die Berufsgruppen zugeschnitten worden. Dort haben sich kennzeichnenderweise so genannte Berufsgruppengewerkschaften, auch Spartengewerkschaften genannt, etabliert. Entwickelt haben sie sich in Bereichen, in denen zunächst Spezialisten wie z. B. Ärzte oder Fluglotsen unter Hinweis auf ihre speziellen Vorkenntnisse oder akademische Ausbildung um eine bessere Vergütung gekämpft haben. Längst erstreckt sich aber diese Entwicklung auf ganz andere Bereiche. Es sind nicht mehr nur die ursprünglichen Funktionseliten. Vielmehr gibt es heute Gewerkschaften für sehr viele besondere Berufe wie z. B. den des Lokführers oder den des Flugbegleiters, den des Bodenpersonals, den der Betriebsfeuerwehr oder den des Technikmitarbeiters und andere mehr, die sich als Berufsgruppengewerkschaft positioniert haben. Insgesamt soll es – so schätzt man - bundesweit ca. sechshundert bis achthunderttausend Mitglieder in diesen Berufsgruppengewerkschaften geben. „Amtliche“ Zahlen gibt es allerdings nicht. Stimmen die Zahlen so, wäre dies immerhin fast ein Zehntel der heute in den großen Verbandsgewerkschaften organisierten Arbeitnehmer (ca. 6,4 Mio. Mitglieder). Die Mitgliederzahl der DGB-Gewerkschaften ist seit zehn Jahren rückläufig. Dafür schließen sich immer mehr Mitarbeiter den Berufsgruppengewerkschaften an. So liegt der Organisationsgrad in einigen Berufsgruppen bei ca. 80 Prozent, in anderen sogar darüber. Der durchschnittliche Organisationsgrad bei den Flächengewerkschaften beträgt dagegen meist um ca. 20 Prozent der Beschäftigten. Dies hat notwendigerweise Folgen für die Kampfbereitschaft. Zur Durchsetzung der tarifvertraglichen Ziele dürfen die Gewerkschaften in den Grenzen des Ultima-Ratio-Prinzips auch Arbeitskämpfungsmittel einsetzen. Die Streikbereitschaft einer Berufsgruppe, bei der 80 – 90 Prozent Organisierte vertreten sind, ist ungleich höher als bei Gewerkschaften, die nur einen geringen Anteil der Beschäftigten zu ihren Mitgliedern zählt. Während die im DGB organisierten Gewerkschaften den Berufsgruppengewerkschaften vorwerfen, dass sie egoistische Ziele verfolgen und eine solidarische Interessenvertretung aller Arbeitnehmer nur über größere Einheiten möglich sei, werfen die Berufsgruppengewerkschaften den nach dem Industrieverbandsprinzip organisierten Gewerkschaften vor, sie würden die Interessen bestimmter Berufsgruppen nicht adäquat wahrnehmen und stellten daher keine Alternative für die Klientel dar, die sie vertreten.

Aber gehen wir nochmal einen Schritt zurück: Was hat dieser Meinungsstreit zwischen den Gewerkschaften mit den vorliegenden Fragen zu tun? Nun, die Antwort ist evident. Die Auseinandersetzung zwischen den Gewerkschaften führt dazu, dass sich jede Gewerkschaft im Wettbewerb um Mitglieder gegenüber der anderen profilieren will. Dieser Wettbewerb wird aber von den Gewerkschaften nicht nur untereinander ausgetragen, sondern letztlich auf dem Rücken des Arbeitgebers. Denn dieser wird von allen Seiten mit unterschiedlichen Forderungen und der Drohung von Arbeitskämpfen überzogen.

Dies versuchte das Prinzip des Tarifvorrangs zu vermeiden. Danach kann in einem Betrieb immer nur ein Tarifvertrag gelten. Es gilt der Tarifvertrag, bei dem die Gewerkschaft im Unternehmen die meisten Mitglieder hat.

Solange der vom BAG aufgestellte Tarifvorrang galt, konnten die Berufsgruppengewerkschaften, weil sie zumeist nur eine kleine Minderheit von Mitarbeitern im Betrieb vertreten, nach dem Mehrheitsprinzip keine konkurrierenden Regelungen verhandeln oder gar durchsetzen. Erst mit der Aufhebung dieses Grundsatzes ist es für die Berufsgruppengewerkschaften möglich, auch dann höhere Abschlüsse anzustreben, wenn der Tarifgegenstand bereits von einer DGB - Gewerkschaft wirksam mit dem Arbeitgeber geregelt wurde. Dies erklärt, dass die Spartengewerkschaften ein Interesse daran haben, dass es keine gesetzliche Regelung des Tarifvorranges gibt, sondern die Tarifpluralität gesetzlich ungeregelt bleibt. Demgegenüber haben sowohl die Arbeitgeber als auch die nach dem Industrieverbandsprinzip organisierten DGB Gewerkschaften aus demselben Grund ein Interesse an der gesetzlichen Regelung des Tarifvorrangs.

Vor diesem Hintergrund haben die Spitzenorganisation der Arbeitgeber (die BDA) und die Spitzenorganisation der nach dem Industrieverbandsprinzip organisierten Gewerkschaften (der DGB) gemeinsame Eckpunkte entworfen und dem Gesetzgeber einen von Professor Giessen erstellten Entwurf zur Regelung vorgeschlagen. Dieser Gesetzgebungsvorschlag empfiehlt, den Tarifvorrang einfachgesetzlich im Tarifvertrag zu verankern.

Das Bundesarbeitsgericht hat mit der Feststellung, dass es mangels dem entgegenstehender gesetzlicher Regelung Tarifpluralität gibt, ein brennendes Thema auf die Tagesordnung gesetzt. Damit ist der Gesetzgeber gehalten zu prüfen, ob

er diese Tarifpluralität durch ein Gesetz regeln muss und das Tarifvertragsgesetz entsprechend ergänzt; und wenn ja wie.

Selbst wenn aber der Gesetzgeber im Tarifvertragsgesetz regelt, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Tarifvorrang besteht, hat er damit noch nicht alle offenen Fragen beantwortet. Auch unter der Geltung des Tarifvorrangs gab es praktische Tarifpluralität. Denn die Berufsgruppengewerkschaften haben auch schon bisher für ihre Mitglieder wirksame Regelungen getroffen und mit Arbeitskampfmitteln durchgesetzt, obwohl das Prinzip des Tarifvorrangs in der BAG-Rechtsprechung anerkannt war (siehe zuletzt den Streik der GDL gegen die Bahn AG 2007). Deshalb stellt sich die Frage, ob der Kern des Konfliktes gar nicht im Vertrags-, sondern im Arbeitskampfrecht liegt.

Tarifliche Regelungsbefugnis und die Fähigkeit, diese durchzusetzen, sind eng miteinander verknüpft. So ist eine Gewerkschaft nur dann als Koalition im Sinne des Art. 9 Abs.3 GG anzusehen, wenn sie die erforderliche Durchsetzungsstärke besitzt. Dabei ist der Arbeitskampf kein bloßer Annex der tariflichen Regelungskompetenz. Vielmehr ist der Arbeitskampf so eigenständig, dass er allein gesetzlich geregelt werden könnte. In Deutschland hat es noch nie eine gesetzliche Regelung des Arbeitskampfes gegeben. In anderen Ländern gibt es sie schon. Seit über zehn Jahren liegt ein Entwurf zur gesetzlichen Regelung des Arbeitskampfrechtes vor. Zu unterschiedlich sind aber die Interessen der Koalitionen und der politischen Parteien. An die Regelung des Arbeitskampfrechtes hat sich noch keine Regierung gewagt. Politisch ist das Thema ein so heißes Eisen, dass es niemand anfassen möchte.

Im Fall der Tarifpluralität liegen die Probleme ersichtlich im Arbeitskampfrecht. Ob es deshalb zwingend einer umfassenden „Vorfeldregelung“ im Tarifrecht bedarf oder ob beide Fragen zugleich zu beantworten sind, muss hier nicht entschieden werden. Feststeht jedenfalls, dass es verbindliche Regelungen oder wenigstens klare Spielregeln für den Ablauf von Tarifverhandlungsprozessen geben muss. Sonst sind Auswüchse wie Kaskadenarbeitskämpfe oder unverhältnismäßig schwere Arbeitskämpfe nicht zu vermeiden. Gerichte können immer erst nachträglich entscheiden. Das, worüber sie zu entscheiden haben, ist längst eingetreten. Viele Arbeitskampschäden sind entstanden, und zwar nicht nur schwerwiegende Vertrauensschäden. Auch relevante volkswirtschaftliche Schä-

den können die Folge sein. Dies kann wiederum zu unerwünschten Reaktionen z. B. der Politik führen. Nicht zuletzt haben dies die so genannten englischen Verhältnisse in den siebziger Jahren gezeigt. Aufgrund der völlig überzogenen und kaskadierenden Arbeitskämpfe hat der Gesetzgeber im Nachgang sehr viele Restriktionen aufgestellt, die heute aus dem gewerkschaftsfreundlichen Land Großbritannien ein Land gemacht haben, das über keine starken Arbeitnehmervertretungen mehr verfügt.

Eines scheint bei der Auseinandersetzung um die Frage, ob es einen gesetzlichen Tarifvorrang geben muss und wie weit dieser zu gehen hat, oder ob es „offene“ Tarifpluralität geben kann und diese gesetzlich ungeregelt bleiben sollte, mit Blick auf die gesellschaftliche Verantwortung klar zu sein: Wenn sich die positiven Wirkungen der Tarifautonomie in den letzten sechzig Jahren, die zu wirtschaftlicher Prosperität und sozialer Akzeptanz geführt haben, aufgrund einer Grundlagenentscheidung des Bundesarbeitsgerichtes verändern, muss sich der Gesetzgeber seiner Letztverantwortung stellen und sich fragen, welche Regelungen er zu erlassen hat. Tendiert er zu vorsichtigen Eingriffen in das bestehende Konkurrenzsystem der Gewerkschaften, könnte es sein, dass er neben der gesetzlichen Regelung der Tarifpluralität auch noch Spielregeln aufstellen muss, die ein Kaskadieren von Arbeitskämpfen verhindern. Zumindest muss er sich darüber Gedanken machen, ob es nicht klare Arbeitskampfregeln in wichtigen Bereichen der Gesellschaft, insbesondere denen der Daseinsvorsorge, geben muss.

An der Professoren-Initiative „Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers“ haben neun Professoren aus Deutschland und Österreich teilgenommen. Es sind viele führende Köpfe der Arbeitsrechtswissenschaft zusammengekommen, um sich dieser herausfordernden Aufgabe zu stellen. Sie haben – und dies ist fast einmalig in Deutschland – eine übereinstimmende Regelung vorgeschlagen. Diese enthält sicherlich eine Vielzahl von Kompromissen, wie dies bei unterschiedlichen Interessenlagen nicht anders zu erwarten ist. So ist insbesondere ein Punkt nicht mit in den Vorschlag eingeflossen, der von besonderer Bedeutung auch für die künftige Gesetzgebung sein könnte: Bei grundsätzlicher Geltung des Mehrheitsprinzips könnte einer Minderheitsgewerkschaft bei einem gewissen Quorum (z. B. einer Vertretung von 20 Prozent der Belegschaft) die Regelungsbefugnis im Wettbewerb zur bestehenden Mehrheitsgewerkschaft zuzuerkennen

sein. Dann könnte auch eine Berufsgruppengewerkschaft, wenn sie mindestens zwanzig Prozent der Belegschaft im Unternehmen vertritt, eigene Tarifregelungen anstreben und durchsetzen, auch wenn die Mehrheitsgewerkschaft bereits derartige Absprachen getroffen hat. Es gelten dann nicht ausschließlich die Grundsätze der Mehrheitsgewerkschaft. Durch ein Quorum kann ein wichtiger Meinungsbildungsaspekt unterstrichen werden, der für eine demokratische Verfassung ein wichtiges Element ist. Ohne Quorum könnte das notwendige Regulatoriv fehlen. Daneben kann und wird der Gesetzgeber aber auch noch gehalten sein, Spielregeln für Arbeitskämpfe aufzustellen, zumindest in den Bereichen der Daseinsvorsorge.

Die Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung hat die Plattform für diese Professoren-Initiative geboten. Sie wird auch künftig Projekte unterstützen, bei denen die Wissenschaft auch in Gesprächen und im Verbund mit der Praxis nach neuen Lösungen sucht, die sich im Spannungsverhältnis der unterschiedlichen Interessenvertretungen der Wissenschaft, der Politik, der Praxis und der Wirtschaft bewegen.

Die Monographie ist so aufgebaut, dass zunächst der Gesetzgebungsentwurf der Professoren in Textfassung mit anschließender Erläuterung vorgestellt wird, im Anschluss daran folgt die Würdigung dieses Entwurfes von Seiten der Praxis. Ein Ausblick schließt und rundet die Gesamtdarstellung ab.

Diese Monographie soll einen Beitrag zur Vertiefung der Diskussion leisten und ins Bewusstsein rücken, dass der vorliegende Entwurf ein „minimalinvasiver Eingriff“ in das Tarifvertragsgesetz ist, der auch umfassender ausfallen kann. In jedem Fall bedarf es einer gesetzlichen Regelung. Die Monographie kann auch nur ein erster Schritt sein und beantwortet nicht alle Fragen. Es kann auch erforderlich sein, zusätzliche Arbeitskampfregeln aufzustellen oder– zumindest für Unternehmen der Daseinsvorsorge-Spielregeln festzulegen.

München, den 30. März 2011

Dr. Frank Meik

Kurator der Carl-Friedrich von Weizsäcker-Stiftung
und Direktor für den Bereich Zukunft der Arbeit

-
- I. DIE TARIFPLURALITÄT ALS AUFGABE DES GESETZGEBERS**
 - II. VON DER SCHWIERIGKEIT GESETZGEBERISCHEN HANDELNS**
 - III. TAGUNG VOM 5. BIS 7. AUGUST IN BAD HONNEF**
 - IV. DER GESETZENTWURF DER PROFESSORENINITIATIVE**
 - V. ERGÄNZENDE ERLÄUTERUNGEN DES GESETZENTWURFS**
 - VI. ERSTE STELLUNGNAHMEN ZUM ENTWURF**
 - VII. VERFASSUNGSRECHTLICHE ARGUMENTE FÜR DEN
EINGESCHLAGENEN WEG**
 - VIII. WEITERER DISKUSSIONS- UND REGULUNGSBEDARF: DAS
ARBEITSKAMPFRECHT, INSB. MIT BLICK AUF DIE
DASEINSVORSORGE**

Der Gesetzentwurf und die ergänzenden Erläuterungen (Teil IV und V) wurden von allen Professoren gemeinsam erarbeitet. Die übrigen Teile wurden erstellt von Herrn Prof. Dr. Preis und Herrn Prof. Dr. Thüsing.

I. DIE TARIFPLURALITÄT ALS AUFGABE DES GESETZGEBERS UND DER DIALOG VON WISSENSCHAFT UND PRAXIS

1. Die gewandelte Rechtsprechung des BAG

Das Bundesarbeitsgericht hat nach Beschlüssen des Vierten und Zehnten Senats¹ in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Meinung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum den Grundsatz der Tarifeinheit aufgegeben. Zugespielt entschieden die Senate: „Es gibt keinen übergeordneten Grundsatz, dass für verschiedene Arbeitsverhältnisse derselben Art in einem Betrieb nur einheitliche Tarifregelungen zur Anwendung kommen können.“² Die Gegenposition, es könne in einem Betrieb nur ein Tarifvertrag gelten, entsprach zwischenzeitlich weder der Tarifpraxis noch fand dieses Prinzip in Rechtspolitik und Rechtswissenschaft viele Unterstützer.³

Ausgelöst durch die absehbare Trendwende in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, aber auch durch das verstärkte Aufkommen von Berufs- und Spezialgewerkschaften ist im Jahre 2010 eine heftige Diskussion um die Beibehaltung des Prinzips entbrannt. Einerseits reklamierten die Berufs- und Spezialgewerkschaften ihre Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG: Es sei verfassungswidrig, wenn einem Gewerkschaftsmitglied die Früchte seiner Mitgliedschaft nur deshalb genommen werde, weil eine andere Gewerkschaft ebenfalls einen Tarifvertrag abgeschlossen habe, wenn auch nur für seine Mitglieder. Andererseits wurde von den Gegnern der Berufs- und Spezialgewerkschaften die Gefahr „englischer Verhältnisse“ beschworen. Es drohe der Kampf verschiedener Gewerkschaften um verschiedene Ziele, ein Überbietungswettbewerb der Gewerkschaftskonkurrenz, gar die „Balkanisierung des Arbeitskammerrechts“.

2. Vorbereitende Diskussionen

Diese Entwicklung kam nicht von ungefähr. Bereits seit vielen Jahren war die Rechtsprechung hier in Bewegung geraten und hatte das Prinzip immer weiter eingeschränkt. Die Ablehnung in der Literatur hatte bereits zuvor Folgen in der Rechtsprechung hinterlassen. Die Rechtsprechung des BAG zur Tarifeinheit war nicht so fest gefügt wie sie zu sein scheint: Zum einen waren die verschiedenen

(1) BAG. 27. 1. 2010 – 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 645; BAG. 7. 7. 2010 – 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 1068; BAG. 23. 6. 2010 10 AS 3/10 – ZIP 2010, 1039.

(2) Pressemitteilung Nr. 46/10 des BAG.

(3) Die Diskussionslage ist umfassend in den Beschlüssen des 4. Senats des BAG nachgewiesen.

Senate des BAG durchaus unterschiedlicher Ansicht über die Überzeugungskraft und die Reichweite des Prinzips der Tarifeinheit im Betrieb.⁴ Der Zehnte Senat hatte in verschiedenen Entscheidungen erkennen lassen, dass er Zweifel an der grundsätzlichen Richtigkeit der Rechtsprechung des Vierten Senats zur Tarifeinheit hegt, ohne jedoch in einen offenen Konflikt hierzu zu treten.⁵ Zum anderen wird das Bedürfnis nach Tarifeinheit im Betrieb auch vom Ersten und Vierten Senat nicht als derart zwingend angesehen, wie es insbesondere die Betonung der „kaum lösbaren“ praktischen Probleme, die die Anwendung mehrerer von verschiedenen Tarifvertragsparteien abgeschlossenen Tarifverträgen nach Ansicht des BAG mit sich bringen soll,⁶ vermuten lassen könnte. Der Satz „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ konnte allenfalls als eine verkürzte Faustformel zur Charakterisierung des Grundsatzes der Tarifeinheit angesehen werden.⁷ Im Laufe der Zeit sind demgegenüber immer mehr Konstellationen aufgetreten, in denen in einem Betrieb mehrere Tarifverträge galten, ohne dass das BAG eine auflösungsbedürftige Tarifpluralität angenommen hat:

· Seit jeher oftmals nicht aufgelöst wurde das Nebeneinander von Tarifverträgen der DAG und einer DGB-Gewerkschaft.⁸ In einer Entscheidung des Ersten Senates zu einem Streik in der Spielbank Bad Neuenahr hat dieser das Argument, für einen Streik der Gewerkschaft HBV um einen eigenen Tarifvertrag fehle es an einem Bedürfnis, da schon ein Tarifvertrag mit der DAG vorliege, vollkommen zutreffend zurückgewiesen, da die HBV im Gegenteil daran interessiert sein musste, ihrerseits für ihre Mitglieder eine tarifliche Absicherung zu erreichen.⁹ Zuzugeben ist allerdings, dass die DAG und DGB-Tarifverträge wohl in der Regel gleich lauteten,¹⁰ so dass sich praktische Anwendungsprobleme nicht stellten.

(4) Vgl. hierzu die ausführliche Analyse bei *Bürger*, Das Kollisionsverhältnis von Fachtarifvertrag und Branchentarifvertrag, 2005, S. 95ff.

(5) Bereits in einer Entscheidung v. 22.9.1993 – 10 AZR 207/92, AP Nr. 21 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz, wies der Senat auf die vielfältige Kritik aus dem Schrifttum an der Rechtsprechung des 4. Senates hin, ohne allerdings weiter darauf einzugehen. In einer Entscheidung v. 26.1.1994 – 10 AZR 611/92, AP Nr. 22 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz bestätigte er, dass er Bedenken gegen die Rechtsprechung zur Tarifeinheit habe. In einer Entscheidung vom 4.12.2002 - 10 AZR 113/02, AP Nr. 28 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz formulierte der Senat: „Daran [d.h. an den Grundsätzen zur Tarifpluralität] hält der Senat jedenfalls für die Geltungsbereichsstreitigkeiten der Sozialkassen des Baugewerbes fest.“ Damit hielt er sich die Möglichkeit einer Abkehr von den hergebrachten Grundsätzen in anderen Fällen ausdrücklich offen. Zwischenzeitlich ist der 10. Senat auf Anfrage des 9. Senates im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 AEntG vom seiner bisherigen Rechtsprechung ganz abgerückt (Beschl. v. 13.5.2004 – 10 AS 6/04, bestätigt durch Urt. v. 18.10.2006 – 10 AZR 576/05).

(6) Siehe nur BAG v. 20.3.1991 – 4 AZR 455/90, AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

(7) Vgl. *Bayreuther*, NZA 2006, 642, 643.

(8) Vgl. *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 399.

(9) Urt. v. 26.10.1971 – 1 AZR 113/68, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

(10) Vgl. *Blank*, Die Tarifzuständigkeiten der DGB-Gewerkschaften, 1996, S. 75.

- Die Auflösung einer Tarifpluralität in eine Tarifeinheit kam nach Auffassung des BAG auch dann nicht in Betracht, wenn in einem Betrieb zwei Tarifverträge gelten, die sich bezüglich des erfassten Personenkreises nicht überschneiden. So verhält es sich bei den Tarifverträgen in der Luftfahrt: Dort gibt es Tarifverträge für das Kabinen-Personal und von einer anderen Gewerkschaft abgeschlossene Tarifverträge für das Cockpit-Personal¹¹. Dass daraus folgende Friktionen hinzunehmen sind, hatte der Vierte Senat des BAG in einer Entscheidung vom 11.2.2004 festgestellt.¹²
- Der Zehnte Senat hatte bereits vorher das Nebeneinander sogar zweier Tarifverträge in einem Betrieb zugelassen, von denen der eine nur für Arbeiter, der andere für Arbeiter und Angestellte galt. Eine Auflösung des Kollisionsverhältnisses hat der Senat nur hinsichtlich der Arbeiter vorgenommen, so dass im Ergebnis für Angestellte der Tarifvertrag galt, der für Arbeiter nach dem Grundsatz der Spezialität verdrängt wurde.¹³ Auf die Herstellung von Tarifeinheit im Betrieb wurde somit im Ergebnis verzichtet.
- Eine beachtliche Abweichung vom Postulat „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ stellte schließlich die Rechtsprechung des Vierten Senats dar, nach der das Nebeneinander eines für einen Teil der Beschäftigten nach § 3 Abs. 1 TVG geltenden Tarifvertrages und eines für einen anderen Teil kraft Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG geltenden Tarifvertrages nicht als ein nach dem Grundsatz der Tarifeinheit aufzulösender Fall der Tarifpluralität anzusehen ist.¹⁴ Der nachwirkende und der nach § 3 Abs. 1 TVG geltende Tarifvertrag waren also nebeneinander anwendbar.
- Ebenso ließ der Vierte Senat ein Nebeneinander von Normen konkurrierender Tarifverträge im Rahmen eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB zu.¹⁵ Der Ausschluss der arbeitsvertraglichen Fortgeltung eines im Veräußererbetrieb geltenden Tarifvertrages setze gemäß § 613a Abs. 1 S. 3 BGB die beiderseitige Gebundenheit an den im Erwerberbetrieb geltenden Tarifvertrag voraus. Die Bindung des Erwerbers allein genüge nicht. Folge ist, dass im Erwerberbetrieb gegebenenfalls sowohl die Normen des Tarifvertrags, an den der Erwerber nach § 3 Abs. 1 TVG gebunden ist, als auch Normen des Tarifvertrags, der nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB Inhalt der Arbeitsverhältnisse mit den übernommenen Arbeitnehmern geworden ist, anwendbar sind.

(11) *Buchner*, ZfA 2004, 229, 248.

(12) 4 AZR 94/03. Auch *Buchner*, der ansonsten für die Herstellung von Tarifeinheit plädiert, konzediert, dass dies in dieser Konstellation nicht in Betracht kommt. Es liege ein Fall „notwendiger Tarifpluralität“ vor (ZfA, 2004, 229, 248).

(13) Urt. v. 26.1.1994 – 10 AZR 611/92, AP Nr. 22 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

(14) BAG v. 28.5.1997 – 4 AZR 546/95, AP Nr. 26 zu § 4 TVG Nachwirkung; ebenso schon – allerdings ohne auf das Problem der Tarifpluralität einzugehen – Urt. v. 27. 11. 1991 - 4 AZR 211/91, AP Nr. 22 zu § 4 TVG Nachwirkung.

(15) BAG v. 21.2.2001 – 4 AZR 18/00, AP Nr. 20 zu § 4 TVG. Das BAG bestätigte damit frühere Entscheidungen, in denen diese Rechtsauffassung allerdings nicht so ausführlich begründet wurde wie in der Entscheidung aus 2001.

· Eine Einschränkung des Grundsatzes der Tarifeinheit haben der Neunte und der Zehnte Senat bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen nach § 1 Abs. 3 AEntG vorgenommen. Der Zehnte Senat hat sich unter Aufgabe seiner entgegenstehenden früheren Rechtsprechung der Position des Neunten Senates auf dessen Anfrage¹⁶ hin angeschlossen, nach der solche Tarifverträge nicht von Firmentarifverträgen, die bei Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit Anwendungsvorrang hätten, verdrängt werden.¹⁷

Bereits früh wurde somit klar, dass eine sachliche, praxisorientierte, aber von Verbandsinteressen unabhängige Erörterung dieser Frage erforderlich ist. Bereits am 16.9.2009 organisierte Dr. Frank Meik – Kurator der Stiftung – zusammen mit der Universität Köln ein Symposium zu dieser Fragestellung, an dem mehr als 120 Teilnehmer teilnahmen und über das die Presse berichtete¹⁸ und das in der NZA dokumentiert wurde.¹⁹

3. Jüngste Initiativen

Zur Überraschung vieler haben die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) und der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) eine gemeinsame Initiative ergriffen, die im Ergebnis versucht, den status quo ante des Grundsatzes der Tarifeinheit gesetzlich festschreiben lassen. Eine Initiative im Bundesrat unterstützt sie in diesem Bemühen (BR-Drucks. 417/10 vom 6.7.2010). Die Initiative von BDA und DGB ist auf Widerspruch gestoßen, insbesondere bei den Berufs- und Spezialistengewerkschaften, namentlich 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) und die Vereinigung Cockpit e.V..

4. Die Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung als unabhängige Dialogplattform

Bereits im Sommer 2010 hat sich zeitlich parallel hierzu mit Unterstützung der Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung auf Initiative der Professoren Dr. Ulrich Preis (Köln) und Dr. Gregor Thüsing (Bonn) eine Professoreninitiative gebildet,

(16) Beschl. v. 9.9.2003 – 9 AZR 478/02 (A).

(17) Beschl. v. 13.5.2004 – 10 AS 6/04, bestätigt durch Urt. v. 18.10.2006 – 10 AZR 576/05.

(18) S. u.a. *Budras*, FAZ, 18.9.2009, S. 17.

(19) NZA Beilage zu Heft 3 /2010.

die mit dem Ziel angetreten ist, einen geeigneten Vorschlag vorzulegen, der die berechtigten Problemstellungen aufgreift, andererseits aber das Ziel eines verfassungskonformen Ausgleich der divergierenden Positionen hat. Von den ursprünglich 15 angesprochenen Professoren haben sich zwei aus Termingründen nicht beteiligen können. Zwei Kollegen halten jegliche gesetzliche Regelung für überflüssig. Zwei weitere Kollegen haben den letztlich erzielten inhaltlichen Kompromiss nicht mittragen können.

Nach einer dreitägigen Tagung vom 5. bis 7. August 2010 in Bad Honnef, auf der die beteiligten Akteure im Bereich der Koalitionen angehört wurden sowie zwei weiteren Tagungen in Berlin haben sich neun Professoren im Oktober auf einen Gesetzesvorschlag einigen können, der als Alternative zu dem Vorschlag von BDA und DGB vorgestellt wurde. Der Entwurf ist Bestandteil dieses Berichts (Siehe unter III.).

Der Vorschlag wurde gemeinsam entwickelt von Prof. Dr. Frank Bayreuther (Passau); Prof. Dr. Martin Franzen (München); PD Dr. Stefan Greiner (Köln/Bochum), Prof. Dr. Rüdiger Krause (Göttingen); Prof. Dr. Hartmut Oetker (Kiel); Prof. Dr. Ulrich Preis (Köln) Prof. Dr. Robert Rebhahn (Wien); Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M (Bonn); Prof. Dr. Raimund Waltermann (Bonn).

Der Ausgleich der Positionen erschien dabei als Quadratur des Kreises. Viel spricht dafür, dass der Gesetzgeber wichtige Fragestellungen, die mit der Anerkennung tarifpluraler Strukturen verbunden sind, selbst entscheiden und sie nicht allein der Rechtsprechung überantworten sollte. Als Urheber des Tarifvertragsgesetzes hat der Gesetzgeber die Verantwortung, bei neuen Problemstellungen das Gesetz fortzuschreiben oder zumindest substantiell zu prüfen, ob eine gesetzliche Regelung notwendig und sinnvoll ist. Bei der Frage der Tarifpluralität handelt es sich nicht um eine Randfrage mit marginalem Interesse, sondern um den Kernbereich der Ausgestaltung des Tarifrechts. Hans-Carl Nipperdey – später erster Präsident des Bundesarbeitsgerichts – konnte in seinem Lehrbuch von 1930 noch schreiben, dass dieser Fall „praktisch nicht vorkommt, da dies durch gemeinsames Vorgehen der verschiedenen ... Arbeitnehmerorganisationen vermieden wird“. Heute zeigt das selbstbewusste Auftreten von Berufs- und Sparten-gewerkschaften, dass dies immer weniger zutrifft. Schon 1924 gab es einen Referentenentwurf des Reichsarbeitsministeriums, der hier Regelungen treffen wollte. Er wurde nicht realisiert, weil die Politik zögerte. Eine Doktorschrift dessel-

ben Jahres stellt etwas resigniert fest, hier bleibe nur eine „Interessenabwägung übrig“, ohne darlegen zu können, mit welchem Ergebnis.

Zu jeder Regelung des Tarif- und Arbeitskampfrechts gehört Mut und Konfliktbereitschaft. Die Frage der Tarifeinheit ist wesentlich für Entwicklung, Betätigung und Bestand von Gewerkschaften. Nur der Gesetzgeber ist demokratisch legitimiert, den großen Wurf zu wagen, und die Materie einer Lösung zuzuführen. Und nur er ist frei, Lösungen zu entwickeln, die zu differenzierenden Regelungen führen, die eben auch die größere Perspektive von Arbeitskampf- und Betriebsverfassungsrecht mit einbeziehen. Nur er kann Neuerungen in das Tarifvertragsgesetz einführen, die über das bloße Ja oder Nein der Tarifeinheit hinausgehen.

II. VON DER SCHWIERIGKEIT GESETZGEBERISCHEN HANDELNS

Die Carl-Friedrich von Weizsäcker-Stiftung und die an dem Entwurf beteiligten Professoren sind sich bewusst, wie schwierig ein gesetzgeberisches Handeln im Arbeitsrecht ist. Jegliche Neuregelung trifft hier auf den Interessengegensatz von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite, die eine Änderung des Status Quo und sei es auch nur eine Fortschreibung im Hinblick auf gewandelte wirtschaftliche oder soziale Umstände schwierig machen. „Der Richter ist der wahre Herr des Arbeitsrechts.“ und „Richterrecht ist unser Schicksal.“. Diese geflügelten Worte Franz Gamillschegs beschreiben eindrücklich, dass zentrale Fragen des Arbeitsrechts – und das gilt eben auch für die Frage der Tarifeinheit – der richterlichen Entscheidung überantwortet sind, weil der Gesetzgeber sich scheut, klare Vorgaben zu geben. Dass sich das „Arbeitsrecht in der Gesetzgebungskrise“ befindet,²⁰ ist viel beklagtes Phänomen. Mag man der Arbeitsrechtsprechung eine solide Bilanz bescheinigen, so gibt es jedoch viele unerfüllte Gesetzgebungsversprechen, angefangen von dem schon in der Verfassung des Weimarer Reichs festgelegten Auftrag, ein einheitliches Arbeitsgesetz zu schaffen, das in Art. 30 des Einigungsvertrages wiederholt wurde. Der Wunsch nach systematischer Gesetzgebung und Evaluierung des Vorhandenen ist verbreitet, ohne dass eine breite gesetzgeberische Antwort gefunden wäre.²¹ Dort wo Arbeitsrecht neu geschaffen wird, ist hier zumeist Europa treibender Motor: Das TzBfG, das AGG und nun auch die anstehende Reform des AÜG haben ihre Grundlagen in europarechtlicher Vorgabe. Es gilt Richtlinien umzusetzen und nur im Windschatten des Umsetzungsauftrags gelingt es dem nationalen Rechtsgeber, Regelungen zu schaffen, die zwar nicht geboten, aber eine Ergänzung des Vorhandenen sein können. Dort wo der europarechtliche Rückenwind fehlt, mag es Reformen des Arbeitsrechts geben, doch soll es dann zumeist allein Festschreibung des richterrechtlichen Status Quo und Verdeutlichung des bereits bestehenden Rechts sein – wie etwa zurzeit bei der Reform des Beschäftigtendatenschutzes, die ebenso wie der 2009 neu geschaffene § 32 BDSG vor allem eine Verdeutlichung der bisherigen bereits bestehenden Regeln bezweckt. Das Tarif- und Arbeitskampfrecht ist dabei ein besonders umstrittenes Gebiet besonderer politischer Sensibilität. Insbesondere bei der Frage der Regelung von Streik und Aussperrung scheut der Gesetzgeber die Festlegung, was schon Zöllner in seinem bekannten Bonmot vor vielen Jah-

(20) Beschl. v. 9.9.2003 – 9 AZR 478/02 (A).

(21) Beschl. v. 13.5.2004 – 10 AS 6/04, bestätigt durch Ur. v. 18.10.2006 – 10 AZR 576/05.

ren bemängelte, Art. 9 Abs. 3 GG sei hier die Wundertüte, aus der die Rechtsprechung alles, aber auch das Gegenteil von allem herauslesen könne. Das gerade aber hier eine Regelung erforderlich ist, wurde gerade auch in der Diskussion der Frage der Tarifpluralität deutlich (s. auch Abschnitt VIII.).

III. TAGUNG VOM 5. BIS 7. AUGUST IN BAD HONNEF

1. Vorbemerkungen

Die Tagung in Bad Honnef hat ohne jede inhaltliche Vorgabe stattgefunden. Den Initiatoren war es ein Anliegen, gemeinsam eine Problembeschreibung und ggf. Lösungsvorschläge zu entwickeln. Als Diskussionsanregung legten die Initiatoren lediglich folgende Thesen vor:

- (1) Die gelebte Tarifautonomie, verstanden als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, ist auf stete Veränderung in einer dynamischen Arbeits- und Wirtschaftswelt angelegt. Bei gesetzlichen Eingriffen in diesen von autonomen Kräften des Wettbewerbs gesteuerten Prozess ist äußerste Zurückhaltung geboten. Selbst unbedeutend erscheinende Eingriffe können ein gewachsenes freiheitliches System des Interessenausgleichs zwischen den Koalitionen stören.
- (2) Nur soweit in einem Betrieb oder Unternehmen mehrere Gewerkschaften um einen Tarifabschluss ringen, kann es, muss es aber nicht zwangsläufig zu Koordinationsschwierigkeiten kommen, deren Lösung primär durch die Tarifparteien selbst und subsidiär durch den Gesetzgeber zu erfolgen hat.
- (3) Aus Gründen der tarifpolitischen Zweckmäßigkeit und des sozialen Ausgleichs hatte das unter der Führung der DGB-Gewerkschaften verfolgte Ziel „Ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ einen hohen Stellenwert.
- (4) Das deutsche Kollektivvertragssystem hat dazu beigetragen, sozialen Frieden und wirtschaftliche Prosperität gleichermaßen zu erreichen. Deutschland ist eines der Länder in der westlichen Welt mit den geringsten arbeitskampfbedingten Ausfallzeiten, obwohl das Arbeitskampfrecht überhaupt nicht und das Tarifrecht nur marginal reguliert sind.
- (5) Die tatsächliche Entwicklung der letzten 20 Jahre hat jedoch zu einer Veränderung der Tariflandschaft geführt.
 - Die befriedende Wirkung der Flächentarifverträge unterlag arbeitgeberseitig zunehmender Kritik, weil gleiche Arbeitsbedingungen in der Fläche den Besonderheiten in diversifizierten Unternehmen, Betrieben und Branchen nicht gerecht wurden.
 - Mitgliederschwund und Organisationsstrukturen in bestimmten Branchen (Dienstleistung, Leiharbeit) haben dazu geführt, dass der erforderliche Druck zum Abschluss von Tarifverträgen, die die Arbeitnehmer zufrieden stellten, geringer wurde. Zeitgleich erstarkten einige Sparten- und Berufs-

gewerkschaften, die in Schlüsselstellungen „gruppenegoistisch“ bessere Tarifbedingungen durchsetzen konnten. Das Erscheinungsbild der Tariflandschaft wurde dadurch disparat.

- Der kontinuierliche Mitgliederschwund bei Branchengewerkschaften und Arbeitgeberverbänden führt diese in eine Legitimationskrise. Kleine Gewerkschaften praktizieren mitunter eine problematische Tarifunterbietung, andererseits versuchen schlagkräftige Berufsgewerkschaften den Überbietungswettbewerb.
 - Auf Arbeitgeberseite sind Ausgliederungen nach wie vor ein Mittel, um aus der Tarifbindung zu entfliehen.
 - Der tarifrechtliche Grundsatz der Spezialität konnte genutzt werden, um mit kleineren (ggf. schwächeren) Gewerkschaften „speziellere“ Tarifverträge abzuschließen und auf diese Weise eine Verdrängung des mitgliederschäftlich stärker legitimierten Tarifvertrags zu gelangen.
 - Das wirft die Frage auf, in welchen Bereichen und unter welchen Voraussetzungen gesetzvertretendes Tarifrecht und/oder tarifdispositives Gesetzesrecht überhaupt noch gerechtfertigt sind.
- (6) Gewerkschaftspluralismus ist eine notwendige Folge eines demokratischen, pluralen Gemeinwesens. Gewerkschaftswettbewerb kann belebend, vollständig unregulierter Wettbewerb aber auch zerstörend wirken. Gesetzliche Eingriffe in diesen Wettbewerb sind verfassungsrechtlich im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG besonders rechtfertigungsbedürftig.

2. Die bislang diskutierten Lösungsansätze

Diesem Aufriss wurde als Diskussionsanreiz folgende Kurzbeschreibung der bislang in der Literatur diskutierten Lösungsansätze beigefügt:

a) BDA–DGB: Tarifeinheit und Friedenspflicht zu Lasten der Konkurrenzgewerkschaften

In ihrem gemeinsamen Lösungsvorschlag fordern die Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände (BDA) und der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) die vom BAG soeben aufgegebenen Rechtsprechung zur **Tarifeinheit gesetzlich wieder einzuführen**.²² Überschneiden sich in einem Betrieb die Geltungsbereiche mehrerer Tarifverträge, die von unterschiedlichen Gewerkschaften geschlos-

(22) Eckpunktepapier BDA/DGB, „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern – Tarifeinheit gesetzlich regeln“, 2010, S. 2; erhältlich unter [http://bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/res/Eckpunkte_Tarifeinheit.pdf/\\$file/Eckpunkte_Tarifeinheit.pdf](http://bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/res/Eckpunkte_Tarifeinheit.pdf/$file/Eckpunkte_Tarifeinheit.pdf) sowie <http://www.dgb.de/presse/+ +co+ +e13a2272-7215-11df-59ed-00188b4dc422>.

sen werden (konkurrierende Tarifverträge/ Tarifpluralität), so soll nur der Tarifvertrag anwendbar sein, an den die **Mehrzahl der Gewerkschaftsmitglieder** im Betrieb gebunden ist.²³ Tarifkollisionen werden also stets in Bezug auf die Mehrheitsverhältnisse im gesamten Betrieb gelöst, auch wenn sich die Tarifkollision nur auf eine begrenzte Arbeitnehmergruppe bezieht.²⁴

Der Grundsatz der **Tarifeinheit soll sich im Arbeitskampfrecht fortsetzen**: Soweit der Tarifvertrag der repräsentativeren Gewerkschaft andere Tarifverträge verdrängt, soll sich die Friedenspflicht, die während der Laufzeit für die repräsentativere Gewerkschaft gilt, auch auf die Gewerkschaften erstrecken, deren Tarifverträge nach dem Grundsatz der Tarifeinheit verdrängt werden oder würden.²⁵

Nach Ansicht von BDA und DGB werden durch eine gesetzlich geregelte Tarifeinheit die Rechte der weniger repräsentativen Gewerkschaften und insbesondere die Konkurrenz zwischen Gewerkschaften nicht unzulässig eingeschränkt: Wie bisher bedeute Tarifeinheit nicht ein Monopol für bestimmte Tarifvertragsparteien.²⁶ Die gesetzliche Regelung schaffe lediglich **Rechtsklarheit** für den Fall einer Kollision unterschiedlicher Tarifverträge.²⁷ Konkurrierenden Gewerkschaften verbleibe ein ausreichender Spielraum: Möglich sei es etwa, dass sich verschiedene Tarifparteien darauf verständigen, in einem Betrieb unterschiedliche Tarifverträge für unterschiedliche Arbeitnehmergruppen zu vereinbaren (**vereinbarte Tarifpluralität**). Gilt z. B. ein Entgelt-Tarifvertrag für einen bestimmten Teil der Belegschaft und ein weiterer Entgelt-Tarifvertrag für eine andere Arbeitnehmergruppe des Betriebes, ohne dass sich beide Arbeitnehmergruppen überschneiden, bleiben beide Tarifverträge nebeneinander anwendbar.²⁸

DGB und BDA möchten mit ihrem Vorschlag die Tarifeinheit als „unverzichtbare Säule der Tarifautonomie“ erhalten. So werde eine **Zersplitterung des Tarifvertragssystems**, eine **Spaltung der Belegschaften** und eine **Vervielfachung kollektiver Konflikte** verhindert.²⁹ Außerdem diene die Beschränkung auf einen geltenden Tarifvertrag der Rechtsklarheit.³⁰ Schließlich betonen BDA

(23) Eckpunktepapier BDA/DGB, Ziff. 4, S. 2; wohl Meyer, DB 2006, 1271; Buchner, BB 2003, 2121, 2124 f.

(24) Wesentlicher Unterschied zum Vorschlag Greiners, s. unten (3).

(25) Eckpunktepapier BDA/DGB, Ziff. 3, S. 2; ähnlich, für die Beschränkung des Arbeitskampfes (nicht aber Geltung des Tarifvertrages) auf die Mehrheitsgewerkschaft auch Bayreuther, BB 2005, 2633, 2641.

(26) Eckpunktepapier BDA/DGB, Ziff. 4, S. 2.

(27) Eckpunktepapier BDA/DGB, Ziff. 4, S. 2.

(28) Eckpunktepapier BDA/DGB, Ziff. 3, S. 2.

(29) Eckpunktepapier BDA/DGB, Ziff. 1, S. 1.

(30) Eckpunktepapier BDA/DGB, Ziff. 1, S. 1; Ziff. 4, S. 2.

und DGB den Gedanken der **Solidarität innerhalb der Arbeitnehmerschaft** an: Interessen der Gesamtbelegschaften dürfen nicht von Einzelinteressen verdrängt werden.³¹

b) Tarifeinheit und Pflicht zur Tarifgemeinschaft (Hromadka)

Auch Hromadka spricht sich prinzipiell dafür aus, den Grundsatz der Tarifeinheit zu erhalten und eine entsprechende gesetzliche Regelung zu schaffen.³² Sein Formulierungsvorschlag für einen neuen § 4a TVG (hier § 4a TVG-E) lautet im Einzelnen:

- „§ 4a. (1) Auf ein Arbeitsverhältnis ist immer nur ein Tarifvertrag anwendbar. Als ein Tarifvertrag gilt auch ein Tarifwerk.
- (2) Absatz 1 gilt auch für einen Betrieb, der in den fachlichen, räumlichen, persönlichen und zeitlichen Geltungsbereich von zwei Tarifverträgen fällt, es sei denn, ein Tarifvertrag wirkt nur (noch) nach § 4 V TVG, § 613a I 2 BGB).
- (3) Anwendbar ist der Tarifvertrag, der den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebs und der darin beschäftigten Arbeitnehmer am besten gerecht wird. Erfüllen zwei oder mehr Tarifverträge diese Voraussetzungen gleichermaßen, so ist der Tarifvertrag anwendbar, an den die meisten Arbeitnehmer im Betrieb gebunden sind.
- (4) Eine Gewerkschaft, deren Tarifvertrag nach Absatz 1 und 2 nicht anwendbar wäre, kann Teilnahme an den Tarifverhandlungen der Gewerkschaft verlangen, deren Tarifvertrag bei Erfüllung der Forderungen anwendbar wäre. Beide Gewerkschaften haben bei den Verhandlungen konstruktiv zusammenzuwirken. Können sie sich über eine Angelegenheit nicht einigen, so entscheidet eine Schlichtungsstelle unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der Mitglieder beider Gewerkschaften und des Betriebs verbindlich. Das Schlichtungsverfahren wird durch eine Rechtsverordnung geregelt.
- (5) Ein Arbeitskampf um einen Tarifvertrag, der nach Absatz 1 oder 2 nicht anwendbar wäre, ist unzulässig.
- (6) Mitglieder einer Gewerkschaft, deren Tarifvertrag nicht anwendbar ist, können verlangen, so behandelt zu werden wie die Mitglieder der Gewerkschaft, deren Tarifvertrag anwendbar ist.“³³

(31) Eckpunktepapier BDA/DGB, Ziff. 1, S. 1.

(32) NZA 2008, 384; s. auch bereits ders., GS Heinze, 2005, S. 383 ff., insb. 393f.; das erwägt auch *Buchner*, BB 2008, 106, 108.

(33) NZA 2008, 384, 389f.

Nach § 4a Abs. 2 TVG-E soll auf einen Betrieb grundsätzlich nur ein Tarifvertrag anwendbar sein. Eine Ausnahme macht er nur für die (zeitlich begrenzte) Nachwirkung gem. §§ 4 V TVG, 613a I 2 BGB.

Die Auswahl des anzuwendenden Tarifvertrages erfolgt nach den zwei in einem Stufenverhältnis stehenden Kriterien der **Spezialität** (§ 4a Abs. 3 S. 1 TVG-E) und der **Repräsentativität** (§ 4a Abs. 3 S. 2 TVG-E, von Hromdka allerdings zum Kriterium der Spezialität zusammengefasst). Zunächst ist zu ermitteln, ob einer der Tarifverträge spezieller ist, also den Erfordernissen und Eigenarten von Betrieb und Arbeitnehmer eher gerecht wird als die konkurrierenden Tarifverträge. Insofern folgt Hromadka der bisherigen Rechtsprechung des BAG zur Spezialität.³⁴ Sind beide Tarifverträge gleichermaßen „speziell“, so soll die Auswahl des anzuwendenden Tarifvertrages nach dem Grundsatz der Repräsentativität erfolgen – anzuwenden ist der Tarifvertrag, an den die meisten Arbeitnehmer im Betrieb gebunden sind.

Zum Ausgleich dafür können die **konkurrierenden Gewerkschaften** jedoch verlangen, an den **Verhandlungen um den anwendbaren Tarifvertrag beteiligt** zu werden, § 4a Abs. 4 S. 1 TVG-E. Beide Gewerkschaften haben bei den Verhandlungen **konstruktiv zusammenzuwirken**; können sie sich über eine Angelegenheit nicht einigen, so entscheidet eine **Schlichtungsstelle** unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der Mitglieder beider Gewerkschaften und des Betriebs verbindlich, § 4a Abs. 4 S. 2 und 3 TVG. Ferner räumt § 4a Abs. 6 TVG-E den Mitgliedern einer Gewerkschaft, die einen „verdrängten“ Tarifvertrag geschlossen hat, einen Anspruch darauf ein, genauso behandelt zu werden wie Mitglieder der Gewerkschaft, deren Tarifvertrag anwendbar ist.

Als weitere Alternative, den anwendbaren Tarifvertrag zu bestimmen, erwägt Hromadka in Anlehnung an das britische und US-amerikanische Arbeitsrecht³⁵ eine geheime **Abstimmung unter den Arbeitnehmern** des Betriebes, § 4a Abs. 4a TVG-E. Erhält eine Gewerkschaft die Mehrheit der Stimmen, so ist ihr Tarifvertrag anzuwenden, § 4a Abs. 4a S. 1 TVG-E. Eine Abstimmung kann eine Gewerkschaft verlangen, wenn sie nachweist, dass ihr mindestens 10% der Arbeitnehmer des Betriebs angehören, und wenn anzunehmen ist, dass die

(34) NZA 2008, 384, 390.

(35) Vgl. NZA 2008, 384, 390f.

Mehrzahl der Arbeitnehmer des Betriebs mit Verhandlungen durch sie einverstanden ist. Details wären allerdings noch zu klären.³⁶

Auf arbeitskampfrechtlicher Ebene setzt sich auch nach Hromadkas Konzept der Grundsatz der Tarifeinheit fort. § 4a Abs 5 TVG-E schließt Arbeitskämpfe um Tarifverträge, die nach Abs. 2 nicht anwendbar wären, aus. Im Ergebnis führt dies zu einem Kampfmonopol der Gewerkschaft, deren Tarifvertrag als einziger im Betrieb Anwendung findet. Die Beteiligung der verdrängten Gewerkschaften kann aber auch dies ein Stück weit kompensieren.

c) Konzept der dynamisch-repräsentativen Tarifeinheit (Greiner)

Jüngst hat Greiner das Konzept einer von ihm so genannten „**dynamisch-repräsentativen Tarifeinheit**“ vorgeschlagen.³⁷ Kerngedanke seines Konzeptes ist es, nicht wie bisher den Betrieb zum Bezugspunkt der Tarifeinheit zu machen und darauf abzielen, dort Tarifeinheit herzustellen. Greiner blendet vielmehr die Ebene des Betriebes aus und knüpft „dynamisch“ an die jeweiligen Geltungsbereiche der Tarifverträge an. Er legt möglicherweise **konkurrierende Tarifverträge** gleichsam „**übereinander**“ und fragt, wo sie sich in ihrem **Geltungsbereich überschneiden**. Nur dort, so Greiner, bestehe ein Regelungskonflikt. Entsprechend sei nur dort Tarifeinheit herzustellen.³⁸

Überschneiden sich demnach Tarifverträge ihrem Geltungsbereich nach, so sei die Tarifpluralität nach dem **Mehrheitsprinzip** aufzulösen.³⁹ Dabei ist zu ermitteln, welche Gewerkschaft die Mehrheit der Arbeitnehmer in dem Bereich, in dem ein Regelungskonflikt besteht, vertritt. Dieser Bereich wird durch den Geltungsbereich des engsten Tarifvertrages bestimmt.

Hat etwa die Branchengewerkschaft X einen Industrieverbands-Firmentarifvertrag mit einem Eisenbahnunternehmen geschlossen und Spartengewerkschaft Y einen Berufs-Firmentarifvertrag für das fahrende Personal, so erstreckt sich der Konflikt bei dynamischer Anknüpfung an den Geltungsbereich des Tarifvertrages nur auf die Regelungen für das fahrende Personal. Es ist zu ermitteln,

(36) Hromadka, NZA 2008, 384, 390f.

(37) Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 348 ff. und passim.

(38) Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 348 ff.

(39) Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, 350 ff.

welche der Gewerkschaften in diesem Bereich die Mehrheit der Arbeitnehmer vertritt. Dies sei hier Gewerkschaft X, da sie die große Mehrheit der Schaffner usw. organisiert, auch wenn Y die Mehrheit der Lokomotivführer vertritt. Deshalb kommt der Industrieverbands-Firmentarifvertrag der X zur Anwendung.

Die Frage stellte sich dagegen anders, wenn Y einen Tarifvertrag nur für die Lokomotivführer geschlossen hätte. Dann wäre auch nur in diesem Bereich der Konflikt aufzulösen – und es käme nur auf die Mehrheit bei den Lokomotivführern an. Da die Lokomotivführer mehrheitlich bei der Y beschäftigt sind, verdrängte somit in diesem Fall ihr Berufsgruppentarifvertrag den Industrieverbands-Firmentarifvertrag der X.⁴⁰

Die Anerkennung einer so verstandenen dynamisch-repräsentative Tarifeinheit möchte Greiner durch **Maßnahmen auf der Ebene des Arbeitskampfrechts flankiert** wissen. Da nach seinem Konzept durchaus mehrere Gewerkschaften in einem Betrieb parallel Tarifverträge anstreben können, stellen sich die Probleme zeitlich unkoordinierter und in die Länge gezogener Arbeitskämpfe in ähnlicher Weise wie bei Zulassung von Tarifpluralität. Auch er erwägt eine zeitliche Synchronisierung der Tarifverhandlungen ebenso wie die Bildung von Tarifgemeinschaften. Möglich sei auch die Ausweitung des Kampffarsenals des Arbeitgebers, um Paritätsverschiebungen zu seinen Lasten auszugleichen.⁴¹

d) Verpflichtung zur Koordination von Tarifverhandlungen (Franzen, Kamanabrou, Schliemann)

Als Alternative zur vollen Tarifgemeinschaft (Abschluss eines einheitlichen Tarifvertrages durch mehrere Gewerkschaften) wird von Franzen vorgeschlagen, eine nur **zeitliche Synchronisierung** der Verhandlungen verschiedener Gewerkschaften herbeizuführen.⁴² Zu diesem Zweck soll der Arbeitgeber verlangen können, dass die Gewerkschaften beim Abschluss ihrer jeweiligen Tarifverträge in zeitlicher Hinsicht kooperieren und den Zeitpunkt des Ablaufs ihrer Tarifverträge einheitlich gestalten. **Tarifpluralität inklusive Arbeitskampfluralität** wäre danach **möglich**, jedoch nur zu einem **einheitlichen Zeitpunkt**.

(40) Beispiel s. Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010 S. 354 f.

(41) Dazu in Zusammenfassung: Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 547 f.

(42) Franzen, RdA 2008, 193, 203 f.; dafür auch Kamanabrou, ZfA 2008, 241, 270ff; Schliemann, FS Hromadka, 2010, S. 359, 378

Der Beendigungstermin, der im ersten abgeschlossenen Tarifvertrag vereinbart wurde, soll auch für den zeitlich nachfolgenden Tarifabschluss mit einer konkurrierenden Gewerkschaft gelten. Bringt eine Gewerkschaft erstmals die Forderung nach einem Tarifvertrag an, muss sie zuwarten, bis der konkurrierende Tarifvertrag mit der anderen Gewerkschaft endet.⁴³ **Unklar** ist allerdings, ob auch für eigentlich **unbefristet geschlossene Tarifverträge ein einheitlicher Beendigungstermin** festgesetzt werden kann. Es soll gerade Ausdruck eigenständiger Tarifpolitik einer Gewerkschaft sein, zu entscheiden, ob ein unbefristeter Tarifvertrag enden soll oder nicht – entsprechend lehnt Franzen eine Pflicht zur zeitlichen Verbindung konkurrierender unbefristeter Tarifverträge ab.⁴⁴

Der Vorteil einer zeitlichen Koordinierung der Laufzeit von Tarifverträgen wird darin gesehen, dass so die für den Arbeitgeber „besonders schwerwiegende“⁴⁵ Gefahr, permanent Tarifforderungen und Streikdrohungen konkurrierender Gewerkschaften ausgesetzt zu sein, minimiert wird. Die Arbeitgeberseite kann sich darauf einstellen, dass **Tarifauseinandersetzungen stets nur in bestimmten Zeiträumen und nicht potenziell permanent** zu befürchten sind.

Über eine bloße zeitliche Synchronisierung hinaus hält Kamanabrou auch eine gewisse inhaltliche Koordination der Gewerkschaften **bei den zeitgleich stattfindenden Arbeitskämpfen** für erforderlich.⁴⁶ Arbeitskämpfe müssten in einem gewissen Umfang koordiniert werden. Insbesondere könnten eine Vielzahl gleichzeitig stattfindender, für sich genommen verhältnismäßiger Arbeitskämpfe in ihrer Summe unzulässig sein. Bezugspunkt der **Verhältnismäßigkeitsprüfung** müsse daher das **Streikgeschehen als Ganzes** sein. Ohne eine gewisse Koordinierung wären auch Notdienstvereinbarungen kaum denkbar.⁴⁷

Ferner fordert Kamanabrou als dritten Baustein für die Koordination des Verhandlungsgeschehens, dass nach Abschluss des ersten Tarifvertrages mit einer der konkurrierenden Gewerkschaften sich auf Verlangen des Arbeitgebers auch die (noch) streikenden Gewerkschaften auf einen **Schlichtungsversuch**

(43) Franzen, RdA 2008, 193, 203 f.; Schliemann, FS Hromadka, 2010, S. 359ff; Kamanabrou, ZfA 2008, 241 ff.

(44) Franzen, RdA 2008, 193, 203 f.

(45) Franzen, RdA 2008, 193, 203 f.

(46) Kamanabrou, ZfA 2008, 241 ff.

(47) Kamanabrou, ZfA 2008, 241, 274.

einlassen müssen.⁴⁸ So soll verhindert werden, dass der Arbeitskampf „nach hinten“ zerfasert und zeitlich doch wieder praktisch beliebig in die Länge gezogen werden kann.

e) Schlichtung und Cooling-Off

Um dem „pluralen“ Arbeitskampf mit Beteiligung mehrerer Gewerkschaften seine Brisanz zu nehmen, wird ferner gefordert, verpflichtende **Schlichtungsverfahren**⁴⁹ oder so genannte „**Cooling-Off**“ Perioden⁵⁰ vorzusehen.

f) Erweiterung des Arbeitskampfarsenal des Arbeitgebers

Als weitere mögliche Reaktion auf die in Folge von Tarifpluralität möglicherweise eintretenden Paritätsverschiebungen zu Lasten der **Arbeitgeber wird erwogen, das Arbeitskampfarsenal** des Arbeitgebers auszuweiten. Zumindest die Aussperungsarithmetik des BAG soll in einer Welt der „pluralen“ Tarifkonflikte keine Bedeutung mehr haben und die Möglichkeit, anders oder nicht organisierten Arbeitnehmern auszusperrern, erweitert werden.⁵¹ Manche Vorschläge gehen noch weiter und wollen, wenn auch „sehr begrenzt“⁵², **Angriffsaussperrung** zuzulassen. Selbst die **lösende Aussperrung** wird als Reaktion auf Spezialistenstreiks erwogen.⁵³

3. Ablauf der Tagung

Der Tagungsverlauf gestaltete sich wie folgt:

Donnerstag, den 5.8.2010

- 14.00 Uhr Begrüßung der Teilnehmer – Hinweise zum Tagungsverlauf
Vorstellung der Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung (Dr. Meik)
- 14.15 Uhr Stellungnahme DGB, ver.di,
- 15.15 Uhr Stellungnahme Spartengewerkschaften
- 16.15 Uhr Pause
- 16.45 Uhr Stellungnahme BDA und Arbeitgeber
- 17.45 Uhr Stellungnahme DBB und CGB

(48) Kamanabrou, ZfA 2008, 241, 275 ff.

(49) Etwa Buchner BB 2007, 2520, 2521. Für den Bereich der Daseinsvorsorge bereits Hanau/Thüsing, in: Thüsing, Tarifautonomie im Wandel, 2003, 35ff; ebenso Bayreuther, NZA 2008, 12, 16 f.

(50) Rütters, FAZ Nr. 166 v. 20. 7. 2007, S. 12, der so genannten „Cool-off“-Phasen vor dem Ausrufen von Arbeitskämpfen geregelt sehen will; vgl. ferner Löwisch, in: Rieble, Zukunft des Arbeitskampfes, 2005, § 2 Rdnrn. 17 f., 29.

(51) Franzen, RdA 2008, 193, 202 f.; Bayreuther, NZA 2008, 12, 15.

(52) Knapp zusammengefasst: Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, 2010, S. 547 f.

(53) Greiner, NZA 2007, 1023 1027; Franzen, RdA 2008, 193, 202 f.; offen gelassen von Reichold, NZA 2007, 1262; Bayreuther, NZA 2008, 12, 16; kritisch jedoch Buchner, NZA 2007, 1411 f.

Freitag, den 6.8.2010

- 9.00 Uhr Diskussion der Professoren: DGB/BDA-Konzept
- 11.00 Uhr Diskussion der Professoren: Kooperationspflichten der Gewerkschaften
- 13.00 Uhr Mittagessen
- 14.00 Uhr Diskussion der Professoren: Synchronisierung von Tariflaufzeiten
- 15.30 Uhr Diskussion der Professoren: Lösungen im Arbeitskampfrecht
- 17.00 Uhr Festhaltung der Ergebnisse

Samstag, den 7.8.2010

- 9.00 Uhr Welche Wege sind vielversprechend – welche nicht? Soll es einen Entwurf geben? Auf welcher Basis?

4. Die Anhörung der Koalitionen

Nach Begrüßung durch Professor Thüsing wurden die erschienenen Anhörungspersonen um ihre Stellungnahmen gebeten. Von den Eingeladenen hat lediglich die IG Metall mit dem Hinweis abgesagt, dass die Position der DGB-Gewerkschaften hinreichend durch DGB und ver.di vertreten sei.

a) Stellungnahme BDA (Herr Wolf)

Seitens der BDA wurde eine Regelungsnotwendigkeit zur Sicherung der Tarifautonomie betont. Der Gesetzesvorschlag von BDA/DGB (BDA/DGB-V) wolle hierzu nicht das Arbeitskampfrecht selbst regeln, sondern nur eine „schmale“ (und präzise) Änderung des TVG zur Festschreibung der bisherigen Rechtsprechung des BAG vornehmen. Die Verabschiedung dieses Vorschlages erfordere auch keine Grundgesetzänderung. Sie stelle eine verhältnismäßige Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 3 GG dar. Zur Regelung der Anwendbarkeit der TV nach BDA/DGB-V: Diese sei erforderlich, da die Anwendung zweier Tarifverträge (und die Vielzahl dort geregelter Arbeitsbedingungen) in einem Betrieb in der Praxis nicht funktionieren könne. Zur Regelung der Friedenspflicht nach BDA/DGB-V wurde ausgeführt, dass das Abstellen auf ausländische Systeme in dieser Frage nicht hilfreich sei. Eine Zwangssynchronisation der Tarifvertragslaufzeiten stelle einen größeren Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG dar als die vorgeschlagene Regelung, zumal die Auswahl des Tarifvertrags, der für die Synchronisation maßgeblich sei, unklar wäre. Die Wahl des Repräsentationsprinzips nach dem Modell BDA/DGB wahre hingegen das richtige Maß. Abschließend wurde der Hinweis gegeben, dass BDA/DGB-V der Tätigkeit kleiner Gewerkschaften nicht entgegenstünde

und auch bei Anschlussstarifverträgen keine Änderung der Rechtslage zu erwarten sei. Zudem solle keine Änderung des Arbeitskampfrechts herbeigeführt werden. Als Fazit betonte Herr Wolf, dass der Gesetzesvorschlag nur regle, was 50 Jahre geltendes Recht gewesen sei. Für ihn spreche die Rechtssicherheit und -klarheit, insbesondere die Bewahrung der Friedensordnung, zugunsten der Arbeitgeber (Stichwort: Gefahr englischer Verhältnisse).

An dieses Statement schloss sich eine Diskussion zur Reichweite der Verdrängung konkurrierender Tarifverträge an. Nach Auskunft von Herrn Wolf werde nach BDA/DGB-V die Anwendung von Tarifverträgen nur für einzelne AN-Gruppen blockiert. Später (nach Vortrag Wilhelm, zu diesem sogleich) erfolgte eine Klärstellung durch Herrn Wolf am „Krankenhaus-Beispiel“ ver.di – Marburger Bund: Wenn keine Überschneidung der Tarifverträge vorliege, so werde der Tarifvertrag auch nicht verdrängt. Auf Nachfrage, wie der Fall zu bewerten sei, in dem ver.di einen Tarifvertrag auch mit Geltung für Ärzte abschließe, antwortete Herr Wolf, er gehe davon aus, dass auch diese Konstellation kein Verdrängungsproblem auslöse. Er verwies auf den Wortlaut des Gesetzesvorschlags. Aus der Professorengruppe wurde daraufhin bemerkt, dass dies so nicht aus dem wohl vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut hervorgehe.

b) Stellungnahme Lufthansa (Herr Wilhelm)

Als Vertreter eines Unternehmens, das derzeit mit tarifpluralen Strukturen zurecht kommen muss, nahm Herr Wilhelm für die Lufthansa Stellung. Er betonte, man wolle allen Gewerkschaften die gleiche Chance auf Tarifverhandlungen und Existenz geben. Zu vermeiden sei aber die Gefahr permanenter Streiks. Daher seien „Spielregeln“ für die Tarifpluralität, die bei der Lufthansa gelebte Praxis sei, erforderlich. Zur Erfüllung dieses Regelungsbedarfs unterstütze die Lufthansa den BDA/DGB-V.

Allerdings beantworte dieser Gesetzesvorschlag aus Sicht der Lufthansa nicht alle klärungsbedürftigen Fragen. Herr Wilhelm verwies insbesondere auf die Frage der Arbeitskämpfparität, welche aufgrund des Wandels von einer Industrie- zu einer Dienstleistungsgesellschaft neu bewertet werden müsse. Es wurde die besondere Streikmacht von Gewerkschaften gegenüber Unternehmen betont, deren Dienstleistungen im Rahmen eines Fixgeschäfts erbracht werden. Besonders klärungsbedürftig sei daher die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfmaßnahmen.

In der anschließenden Diskussion wurde mehr aussagekräftiges Material aus der Praxis gefordert. Die bisherigen Argumente, warum eine gesetzgeberische Regelung der Tarifpluralität in der Praxis erforderlich sei, wurden, u.a. von Professor Dr. Krause, als unzureichend angesehen, um die Erforderlichkeit einer Regelung zu begründen.

Daraufhin wurden letztlich zwei Argumente angeführt.

1. Problematik der Anwendung von zwei Tarifverträgen mit unterschiedlichen Arbeitsbedingungen auf eine Arbeitnehmergruppe: Herr Wilhelm verweist insofern darauf, dass die Koordination der Verhandlungsergebnisse mit ver.di und UFO dadurch erleichtert wurde, dass die Lufthansa stets auf die nach BAG drohende Tarifeinheit verweisen konnte. Daran könnten sich nunmehr Gewerkschaften nicht mehr gebunden fühlen. Dies könne die Flug-Organisation verunmöglichen (Bsp.: zusätzlicher freier Tag an der Westküste für die Mitglieder der Spezialistengewerkschaft). Demgegenüber intervenierte der Vorsitzende der UFO, Herr Reimann, dass bereits nach derzeitiger Tariflage Organisationsfragen für das Kabinenpersonal im verdi-Tarifvertrag abweichend vom UFO-Tarifvertrag geregelt seien. Er sehe in den Erwägungen von Herrn Wilhelm lediglich theoretische Gefahren. Auf spätere Nachfragen, insbesondere von Prof. Dr. Kamanabrou, räumte Herr Willhelm ein, dass Organisationsanforderungen, welche die Geltung zweier Tarifverträge für eine Arbeitnehmergruppe mit sich bringen, eine Organisation des Luftverkehrs zwar nicht unmöglich machten, aber in der Praxis doch unpraktikabel seien.
2. Zur Gefahr permanenter Arbeitskämpfe führte Herr Wolf aus, dass die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität durch das BAG einen Anreiz für die Entstehung weiterer „Kleinst-Gewerkschaften“ gebe (Bsp. der Betriebsfeuerwehren, die nunmehr ebenfalls Tarifverträge anstreben wollten).

Weitere Nachfragen richteten sich erneut auf die Wirkung des BDA/DGB-V:

- Prof. Dr. Jousen äußerte Bedenken daran, dass es verfassungsrechtlich zulässig sei, kleinen Gewerkschaften lediglich eine Verhandlungsmöglichkeit für Tarifverträge einzuräumen, die letztlich in ihrem Geltungsbereich nicht zur Anwendung kommen könnten.
- Es wurde gefragt, ob die BDA auch eine Regelung akzeptieren könne, die den Fokus auf die Frage der Friedenspflicht läge. Wolf meinte, dass der BDA/DGB-

V letztlich lediglich eine faktische Synchronisationswirkung für Arbeitskämpfe habe. Ein weitergehendes Ergebnis würde auch als „gefährlich“ in Hinblick auf die Stimmung der Arbeitnehmerschaft angesehen. Die o.g. verfassungsrechtlichen Bedenken würden sich daher i.E. nach BDA/DGB-V nicht stellen.

c) Stellungnahme DGB (Frau Nielebock)

Nach Erläuterungen zu Struktur und Aufgabe des DGB konzentrierten sich die Ausführungen von Frau Nielebock auf die Gefahren tariflicher „Dreiecksverhältnisse“; es drohe die Gefahr der Zersplitterung der Gewerkschaften, die es zu verhindern gelte. Da die Zulassung von Tarifpluralität im Betrieb insofern eine negative Prognose mit sich bringe, sei eine gesetzliche Regelung entsprechend des BDA/DGB-V erforderlich. Dieser stelle auf die Wirkung von Tarifverträgen im Betrieb ab und habe nur bei Überschneidungen von Tarifverträgen im Betrieb eine Wirkung, nämlich (1) eine Verdrängungswirkung und (2) eine Friedenspflicht. So könne insbesondere in anderen Betrieben als dem betroffenen gestreikt werden. Frau Nielebock betonte die Tauglichkeit des Repräsentativitätsprinzips. Sie führte dieses Prinzip zurück auf den Gedanken der Solidarität. Zudem wurde betont, dass das freiwillige Miteinander der Gewerkschaften zu fördern sei und eine Chance für die Gewerkschaften darstelle.

d) Stellungnahme ver.di (Prof. Dr. Schubert)

Professor Dr. Schubert betonte, man wolle nicht die Minderheitsgewerkschaften verdrängen. Der Vorschlag greife lediglich in das Ergebnis der Tarifverhandlung ein, verhindere damit nicht die Ausübung von Art. 9 Abs. 3 GG selbst. Man habe außerdem in manchen Betrieben selbst die Minderheit. Der befürchtete „Geltungsbereichstrick“ (Erstreckung des Geltungsbereichs von Tarifverträgen auf Arbeitnehmergruppen zur Verdrängung von Tarifverträgen von Spezialistengewerkschaften) sei völlig realitätsfern, da so die eigene Legitimation gegenüber der Mehrheit der Belegschaft aufs Spiel gesetzt würde. Es solle die Zersplitterung von Gewerkschaften verhindert werden. Schubert betonte die Erforderlichkeit einer Akzeptanz von Arbeitskämpfen in der Öffentlichkeit und der Wirkung von Arbeitskämpfen im Bereich der Daseinsvorsorge gegenüber Dritten. Er halte den Vorschlag von BDA/DGB-V für verfassungskonform und begründe dies mit dem Hinweis, dass Art. 9 Abs. 3 GG als soziales Grundrecht zu interpretieren sei. In der anschließenden Diskussion wurden Nachfragen zum Geltungsbereich abgeschlossener ver.di-Tarifverträge in Hinblick auf den Geltungsbereich von Tarif-

verträgen des Marburger Bunds gestellt. Hierzu führte Schubert aus, dass die bisherigen Geltungsbereichsüberschneidungen der Vergangenheit angehörten, in Zukunft würde man das dann anders machen.

Professor Dr. Waas stellte Nachfragen zur Kooperationsbereitschaft zwischen den Gewerkschaften und verwies auf die Gefahr für diese Kooperationsförderung, wenn Minderheitsgewerkschaften in eine „Zwangsehe“ mit Mehrheitsgewerkschaften getrieben würden. Frau Nielebock verwies auf die bisherigen Kooperationen („trotz aller Differenzen“); letztlich sei eine Verbesserung der Kooperation eine Frage, die nur die Abteilung Tarifpolitik beantworten könne.

Prof. Dr. Franzen wies darauf hin, dass BDA/DGB-V über eine Festschreibung der bisherigen Rechtsprechung des BAG hinausgehe. Zudem bestehe ein Wertungswiderspruch des BDA/DGB-V zur Rechtsprechung zum Unterstützungstreik (für fremden Tarifvertrag könnte die Mehrheitsgewerkschaft streiken, während die Minderheitsgewerkschaft für einen eigenen Tarifvertrag keinen Streik führen könnte). Darüber hinaus wurde die Feststellung der Mehrheit problematisiert. Aus der Professorenschaft wurden Zweifel an der Verfassungskonformität des BDA/DGB-V geäußert.

Schließlich wurde das Abstellen auf den „Betrieb“ für fragwürdig gehalten. Für die GdL verwies RA Ulrich Fischer auf die Gefahr der Zuschneidung von Betrieb zugunsten gewünschter tarifvertraglicher Mehrheitsverhältnisse.

Schubert sieht aufgrund des Akzessorietätserfordernisses keinen Wertungswiderspruch zur Rechtsprechung zum Unterstützungstreik. Auch die Feststellung der Mehrheitsverhältnisse sei im BDA/DGB-V präzise geregelt. Er wies erneute verfassungsrechtliche Bedenken unter besonderer Betonung des sozialen Charakters des Art. 9 Abs. 3 GG zurück. Die Anknüpfung an den Betriebsbegriff hält er für handhabbar und rechtssicher und für einen handhabbaren Begriff.

Es schloss sich eine Diskussion um die Friedenspflicht, insbs. um die Erstreikbarkeit von Tarifverträgen, die nicht zur Anwendung kommen könnten, an.

Prof. Dr. Preis verwies auf den – seiner Ansicht nach - unaufgelösten Widerspruch der von BDA/DGB auf dem Podium geäußerten Regelungsziele zu den Zielrichtungen, die sich aus dem angekündigten Gesetzesentwurf ergeben.

e) Stellungnahme GDL (Herr Weselsky)

Der Vorsitzende der GDL, Herr Weselsky, wandte sich gegen die Verharmlosung der vom Gesetzesvorschlag der BDA/DGB ausgehenden Gefahren für Spezialistengewerkschaften durch die Vertreter von BDA/DGB. Der Vorschlag führe letztlich zu einer Existenzbedrohung der Spezialistengewerkschaften, indem diesen das Ergebnis der Tarifverhandlungen „geraubt“ bzw. die Erzielung eines Ergebnisses erschwert werde. Dies würde unmittelbaren Einfluss auf den Mitgliederbestand von Spezialistengewerkschaften haben. Insofern tarne die Gegenseite das wirkliche Anliegen des Gesetzesentwurfes, eine unliebsame Konkurrenz auszuschaalten, deren Erstarken aber aus dem eigenen Unvermögen resultiere.

Die Regelungserforderlichkeit der Tarifpluralität wurde zudem generell verneint, da die Tarifpluralität und die Anwendung zweier Tarifverträge auf eine Arbeitnehmergruppe (Bsp. unterschiedlich geregelte Arbeitszeiten) in der Praxis der Deutschen Bahn funktioniere. Tarifpluralität könne angesichts dieser Praxis kaum als Gefahr für die Tarifautonomie angesehen werden, insbes. weil die GDL mit der tatsächlich vorhandenen Streikmacht verantwortungsvoll umgehe.

f) Stellungnahme Cockpit (Frau Ritter)

Cockpit sieht ebenfalls keinen Regelungsbedarf durch die Änderung der Rechtsprechung des BAG, welche nunmehr nur das nachvollziehe, was gelebte Praxis sei. In der anschließenden Diskussion wurde die Frage gestellt, was die Spezialistengewerkschaften zu tun gedächten, sofern der BDA/DGB-V Gesetz würde. Sowohl Frau Ritter als auch Herr Weselsky würden zunächst einmal die sodann eintretenden Entwicklungen abwarten.

g) Stellungnahme UFO (Herr Reimann)

Der Vorsitzende von UFO, Herr Reimann, betonte die Verfassungswidrigkeit des BDA/DGB-V. Er bewertet ebenfalls die Gefahr der Zunahme von Arbeitskämpfen als gering und verneint daher die Erforderlichkeit einer Regelung. Auch eine Störung der Tarifautonomie unter Geltung der geänderten Rechtsprechung wird verneint, da insofern die Voraussetzungen der Tariffähigkeit, insbs. der sozialen Mächtigkeit als ausreichende Hürde wirkten.

h) Stellungnahme Flugsicherung (Herr Vogelsang)

Herr Vogelsang hält den BDA/DGB-V ebenfalls für verfassungswidrig. Die Gründe zur Rechtfertigung des Gesetzesvorschlags seien nicht ausreichend. Die Tarifeinheit im Betrieb in ihrem Tätigkeitsbereich sei ohnehin ein „Mythos“. Tarifpluralität sei keine Bedrohung, auch nicht im Bereich des Arbeitskampfrechts. Er verwies auf die Gefahr der möglichen Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs der Mehrheitstarifverträge zulasten der Minderheitsgewerkschaften.

i) Stellungnahme VAA (Herr Kronisch)

Herr Kronisch ergänzte die Stellungnahmen unter Darstellung von Besonderheiten im Bereich der Chemie und betonte, dass gerade dieser Bereich ein langjähriges, positives Beispiel gelebter Tarifpluralität sei (seit 90 Jahren).

j) Stellungnahme Marburger Bund (Herr Henke)

Der Vorsitzende des Marburger Bundes, Herr Henke, bewertet den BDA/DGB-V als verfassungswidrig (Umkehr der Tariffreiheit zu einer -unfreiheit, wenn Tarifverträge der Mehrheitsgewerkschaft hinsichtlich Arbeitnehmergruppen, bei denen sie keinerlei Repräsentation erreiche, eine Verdrängungswirkung gegenüber den in dieser Gruppe repräsentativen Tarifverträgen der konkurrierenden Gewerkschaft hätten). Eine Regelung sei zudem nicht erforderlich, da zur Rechtfertigung des Regelungsbedarfs lediglich (unbegründete) „Sorgen“, nicht aber tatsächlich drohende Szenarien herangezogen würden. Sollten sich arbeitskampftechnisch tatsächlich „englische Verhältnisse“ einstellen, könne man immer noch Regelungen treffen. Jedenfalls könne der Marburger Bund eine „saubere“ Streikführung garantieren (Verweis auf Standesrecht).

In anschließender Diskussion wurde insbesondere die Frage von Professor Dr. Preis diskutiert, ob die Spezialistengewerkschaften sich mit einer Regelung abfinden könnten, die verlangt, dass Tarifverhandlungen nur in bestimmten Zeiträumen erfolgen können.

Insoweit wurden von den Spezialistengewerkschaften Bedenken dahingehend geäußert, dass die Laufzeit eines Tarifvertrags einen wichtigen Verhandlungsgegenstand darstelle, insbesondere, da sie die Variabilität des Entgelts und der Arbeitsbedingungen beeinflusst. Es werde den Gewerkschaften so ein wichtiges Mittel zur Findung von Kompromissen genommen. Dies könne letztlich zu

einer Vermehrung von Arbeitskämpfen führen. Außerdem könne die zeitliche Bündelung Auswirkungen auf die Arbeitskämpfparität haben. Darüber hinaus wurde auf die Bedeutung der Laufzeit im Rahmen von Tarifpaketen und den dann beeinträchtigten Wunsch von Arbeitgebern, längere Laufzeiten zu vereinbaren, hingewiesen. Auch Herr Willhelm verwies auf Bedeutung der Laufzeit als Verhandlungsmasse.

Auf Anregung von Prof. Dr. Rebhahn erfolgte sodann die Diskussion um das Heranziehen von anderen Anknüpfungspunkten für das Prinzip der Tarifeinheit, insbesondere der „angemessenen Verhandlungseinheit“.

PD Dr. Greiner wies darauf hin, dass sich in der rechtstatsächlichen Entwicklung das Prinzip der Tarifeinheit bezogen auf die einzelnen Berufsgruppen durchzusetzen scheint, da beispielsweise nahezu alle Ärzte im Marburger Bund organisiert seien. Insofern könne die gesetzgeberische Vorgabe der „angemessenen Verhandlungseinheit“ = Berufsgruppe als Bezugspunkt einer Tarifeinheit eine sinnvolle legislative Alternative sein. Es wurde die Frage an die Spezialistengewerkschaften gestellt, ob dies aus ihrer Sicht ein tragfähiges Modell sein könnte.

- Herr Henke betonte, dass dieses Modell letztlich der gelebten Praxis entspreche.
- Herr Wolf verwies darauf, dass beispielsweise ver.di dort, wo sie keine Mitglieder in einer Arbeitnehmergruppe organisiert, sich ohnehin „zurückziehen“ würde.
- Es wurden Bedenken gegen die Anwendung einer „Spezialität innerhalb von Berufsgruppen“ geäußert, da diese in der Praxis keine Probleme beseitige. Herr Vogelsang sieht Gefahr des Zirkelschlusses. Die Bestimmung eines anderen Anknüpfungspunktes für eine Tarifeinheit behebe nicht die Bedenken gegen die Verdrängung von Tarifverträgen.

k) Stellungnahme DBB (Herr Stör):

Nach Erläuterung von Besonderheiten der gewerkschaftlichen Arbeit im öffentlichen Dienst wurden die mitunter befürchteten Gefahren einer Störung der Tarifautonomie nach dem Urteil des BAG verneint. Im öffentlichen Dienst gäbe es bereits Tarifpluralität, da vier Gewerkschaften Tarifverträge für diesen Bereich schlossen. Zwar bestünden hier teilweise Kooperationen zwischen den Gewerkschaften (ver.di – DBB), gleichwohl bestünden auch zwischen diesen Gewerk-

schaften Auseinandersetzungen. Daher entspräche die Rechtsprechungsänderung lediglich der gelebten Wirklichkeit.

Die Befürchtung einer Gründungswelle von Kleinstgewerkschaften (Stichwort: Feuerwehrgewerkschaften) wurde angesichts der Voraussetzungen der Tariffähigkeit ebenso wie die Gefahr einer Vermehrung von Arbeitskampsituationen für gering gehalten. Ein Regelungsbedarf für die Tarifpluralität wurde abgelehnt. Eine vorschnelle Regelung könne letztlich mehr Schaden anrichten als Nutzen bringen. Die Auswirkungen aber auch die Ausgestaltung des BDA/DGB-V wurden abgelehnt. Dieser enthalte nicht nur einen massiven Eingriff in die Tarifautonomie. Zudem sei nicht nur die Feststellung der Mehrheitsverhältnisse, sondern auch die Bestimmung des Betriebs als Bezugspunkt der Tarifeinheit problembehaftet.

I) Stellungnahme CGB (Herr Smits)

Nach Auffassung des CGB begründe Art. 9 Abs. 3 GG kein Alleinvertretungsrecht einer Gewerkschaft in einem Betrieb. Daher dürfe keinerlei Einschränkung von Konkurrenzen verschiedener Gewerkschaften vorgenommen werden.

Hinsichtlich der Möglichkeit einer Ausgestaltung der bestehenden Tariflandschaft zeige der Rückblick letztlich, dass das Versagen der DGB-Gewerkschaften zur Gründung neuer Gewerkschaften geführt habe, da sich bestimmte Berufsgruppen in den DGB-Gewerkschaften unterrepräsentiert gefühlt hätten. Dieses Repräsentationsbedürfnis einzelner Berufsgruppen zeige aber auch, dass eine Tarifpluralität zwingend erforderlich sei. Schon aus diesem Grund sei der BDA/DGB-V in der Sache falsch.

In nachfolgender Diskussion wurde zunächst die Frage von Prof. Dr. Preis diskutiert, ob – da die hauptsächliche arbeitgeberseitige Befürchtung eine rapide Vermehrung von Arbeitskämpfen zu sein scheine – die Regelung eines Schlichtungszwangs (keine Zwangsschlichtung!) zielführend sein könne. Dieser Schlichtungszwang wurde übereinstimmend von BDA, DGB und ver.di abgelehnt. Es schloss sich eine erneute Diskussion um die Gefahren von Arbeitskämpfen durch Kleingewerkschaften an.

5. Der weitere Diskussionsverlauf

Im Kreis der Professorenschaft, der ein Vertreter des BMAS als Zuhörer beiwohnte, wurde am 6. 8. die Diskussion mit den Koalitionen ausgewertet. Im Anschluss wurde Einigkeit darüber erzielt, dass der Regelungsvorschlag von BDA und DGB als nicht verfassungskonforme Regelung abzulehnen sei (hierzu unter IV). Alle Regelungsalternativen wurden ausgiebig diskutiert. Am 7. 8. 2010 wurden die Grundstrukturen eines – zum BDA/DGB-V alternativen § 4a TVG festgelegt.

Auf dieser Basis entwickelten Prof. Dr. Preis und Prof. Dr. Thüsing ein Eckpunktepapier und einen Gesetzesvorschlag mit Begründung, der im Kreis der neun Professoren durch intensiven E-Mail-Austausch sowie zwei weiteren Tagungen am 6. 9. 2010 und 5. 10. 2010 zum Konsens geführt wurde. Das Eckpunktepapier wurde am 7. 9. 2010 auf einer Tagung des BMAS durch Prof. Dr. Thüsing vorgestellt.

Man verständigte sich darauf - angesichts der Umstrittenheit der Materie, weder eine Vollüberarbeitung des TVG vorzulegen noch weitreichende allgemeine Vorschläge zum Arbeitskampfrecht zu unterbreiten, sondern sich auf eine Regelungsalternative zu dem präzisen Vorschlag von BDA/DGB zu konzentrieren, um zu verdeutlichen, wie es anders – und verfassungskonformer – gehen könnte. Allgemeine Fragen des Arbeitskampfrechts wurden ausgiebig diskutiert, aber zurzeit als nicht konsensfähig verworfen.

IV. DER GESETZENTWURF DER PROFESSORENINITIATIVE

A. Gesetzestext

I. Änderung des TVG

1. Nach § 4 Tarifvertragsgesetz wird folgender Paragraph neu eingefügt:

§ 4a TVG Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften

- (1) Ist der Arbeitgeber an mehrere nicht inhaltsgleiche Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften gebunden, deren Geltungsbereiche sich im Unternehmen überschneiden und die zumindest teilweise gleiche Regelungsgegenstände enthalten, so sind im Bereich der Überschneidung die Rechtsnormen jenes Tarifvertrages auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden, der von der Gewerkschaft geschlossen wurde, die mehr Mitglieder unter den betreffenden Arbeitnehmern hat. Die Mitglieder der anderen Gewerkschaft können verlangen, dass der nach Satz 1 ausschließlich anwendbare Tarifvertrag auf ihre Arbeitsverhältnisse angewandt wird. § 8 Arbeitnehmer-Entsendegesetz bleibt unberührt.
- (2) Eine Gewerkschaft darf keine Arbeitskampfmaßnahmen ergreifen, wenn der angestrebte Tarifvertrag vollständig verdrängt werden würde.
- (3) Eine Gewerkschaft, die weniger Mitglieder im Unternehmen hat als eine andere Gewerkschaft, darf überdies nur dann für eine Tarifforderung Arbeitskampfmaßnahmen ergreifen, wenn
 1. die Gewerkschaft mit den meisten Mitgliedern im Unternehmen ihrerseits Arbeitskampfmaßnahmen ergriffen hat,
 2. ein von dieser Gewerkschaft abgeschlossener Tarifvertrag mit Regelungsgegenständen, die der Tarifforderung entsprechen, bereits nach §§ 3, 4 Abs. 1 gilt,
 3. diese Gewerkschaft den Abschluss eines Tarifvertrages mit entsprechenden Regelungsgegenständen nicht anstrebt oder
 4. ein Tarifvertrag mit entsprechenden Regelungsgegenständen seit mindestens einem Jahr nachwirkt.

Erhebt die Gewerkschaft, die weniger Mitglieder im Unternehmen hat als eine andere Gewerkschaft, erstmals eine Tarifforderung, gilt die Friedenspflicht aus dem bestehenden Tarifvertrag der anderen Gewerkschaft bis zu dessen Ablauf, bei einem unbefristeten Tarifvertrag bis zu dessen erster Beendigungsmöglichkeit. Bei einem Arbeitskampf um einen Verbandstarifvertrag sind die Mitgliederzahlen in der Gesamtheit der betroffenen Unternehmen maßgeblich.

(4) Von den vorstehenden Absätzen kann durch Vereinbarung zwischen allen zuständigen Gewerkschaften und den Tarifvertragsparteien auf Arbeitgeberseite abgewichen werden.

[2. In § 9 Tarifvertragsgesetz 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 ändert.“

3. In § 13 Tarifvertragsgesetz wird folgender Absatz 3 ergänzt:

„(3) § 4a Absatz 1 ist nicht auf Tarifverträge anzuwenden, die vor dem [Datum des Inkrafttretens des Gesetzes] abgeschlossen wurden.“

II. Änderungen des ArbGG

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

„oder über die Anwendbarkeit von Tarifverträgen nach § 4a Absatz 1 Tarifvertragsgesetz“

2. In § 58 ArbGG wird folgender Absatz 3 ergänzt:

„Über die Zahl der Mitglieder einer Gewerkschaft, insbesondere in einem Betrieb oder einem 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 Unternehmen vorlegen. Der Notar prüft die Richtigkeit der ihm vorgelegten Unterlagen; das schließt Rückfragen bei den auf den Listen genannten Arbeitnehmern ein. Über die Identität von Arbeitnehmern, die in der Gewerkschaft organisiert oder nicht organisiert sind, bewahrt der Notar Stillschweigen.“

3. In § 63 Satz 1 ArbGG werden hinter dem Wort „Tarifvertrags“ folgende Worte eingefügt:

„oder über die Anwendbarkeit von Tarifverträgen nach § 4a Tarifvertragsgesetz“]⁵⁴

(54) Der eingeklammerte Teil des Entwurfs entspricht inhaltlich und überwiegend wörtlich einer zwischenzeitlich bekanntgewordenen, BDA und DGB zugeschriebenen Entwurfsfassung. Ein autorisierter Regelungsvorschlag lag Anfang November noch nicht vor.

2. Begründung

a) Allgemeiner Teil

Die gelebte Tarifautonomie, verstanden als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, ist auf stete Veränderung in einer dynamischen Arbeits- und Wirtschaftswelt angelegt. Bei gesetzlichen Eingriffen in diesen von autonomen Kräften des Wettbewerbs gesteuerten Prozess ist äußerste Zurückhaltung geboten. Selbst unbedeutend erscheinende Eingriffe können ein gewachsenes freiheitliches System des Interessenausgleichs zwischen den Koalitionen stören.

Das deutsche Kollektivvertragssystem in seiner bisherigen Fassung hat dazu beigetragen, sozialen Frieden und wirtschaftliche Prosperität gleichermaßen zu erreichen. Deutschland ist eines der Länder in der westlichen Welt mit den geringsten arbeitskampfbedingten Ausfallzeiten, obwohl das Arbeitskämpfrecht überhaupt nicht und das Tariffrecht nur marginal reguliert sind.

Aus Gründen der tarifpolitischen Zweckmäßigkeit und des sozialen Ausgleichs hatte in dieser Ausgestaltung das Ziel der Tarifeinheit („Ein Betrieb – ein Tarifvertrag“) einen hohen Stellenwert. Es unterstützte den Ausgleich der verschiedenen Interessen innerhalb der Belegschaft durch ein einheitliches Regelwerk. Innerhalb des Kreises der im DGB zusammengeschlossenen Gewerkschaften wurden und werden Probleme der Tarifpluralität durch ein Schiedsverfahren bewältigt. Mit dem vermehrten Aufkommen tariffähiger Berufs- und Fachgewerkschaften außerhalb des DGB, die mit den DGB-Gewerkschaften um die Regelung derselben Art von Arbeitsverhältnissen konkurrieren, ist eine autonome Lösung der Schwierigkeiten bei tarifpluralen Strukturen nicht mehr ohne weiteres zu erwarten.

In der Vergangenheit wurde die Tarifeinheit rechtlich durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gesichert. Das Gericht hat, gestützt vor allem auf Praktikabilitätserwägungen, entschieden, dass tarifplurale Strukturen zugunsten des spezielleren Tarifvertrags aufzulösen seien. Davon hat das Bundesarbeitsgericht Abstand genommen (Beschluss vom 27. Januar 2010 - 4 AZR 549/08 (A) – sowie Beschlüsse vom 23. Juni 2010 - 10 AS 2/10 - und - 10 AS 3/10).

Durch die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit wird auch ein Handeln von verschiedenen Gewerkschaften in Betrieb und Unternehmen rechtlich anerkannt,

das nicht aufeinander bezogen und nicht miteinander abgestimmt ist. Schließen verschiedene Gewerkschaften für denselben Betrieb oder für Teile desselben Betriebs Tarifverträge, drohen eine Spaltung der Belegschaft und eine für die Praxis vielfach nur mit erheblichem Aufwand zu realisierende Differenzierung zwischen den Angehörigen der verschiedenen Gewerkschaften. Darüber hinaus ist eine Mehrung von Arbeitskampaufeinanderetzungen möglich. Die Konkurrenz verschiedener Gewerkschaften könnte zu einem Überbietungswettbewerb führen, unter Umständen auch nur zur Wahrung von Organisationsinteressen.

BDA und DGB haben die Initiative ergriffen und wollen den status quo ante gesetzgeberisch festschreiben lassen (Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern, Tarifeinheit gesetzlich regeln - Gemeinsame Eckpunkte vom 4.6.2010). Eine Initiative im Bundesrat unterstützt sie in diesem Bemühen (BR-Drucks. 417/10 vom 6.7.2010). Auch das jüngste Gutachten der Monopolkommission fordert den Gesetzgeber zum Handeln auf, zeigt aber gleichzeitig Grenzen möglichen Handelns auf: „Wenngleich Tarifpluralität mit Problemen verbunden ist, stellt aus verfassungsrechtlicher Perspektive die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit einen höchst problematischen Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz geschützte Koalitionsfreiheit dar. Aufgrund dieses grundrechtlichen Gebots konnte der richterrechtliche Grundsatz „ein Betrieb - ein Tarifvertrag“ nicht aufrechterhalten werden und es erfolgte höchststrichterlich eine Abkehr hiervon. Dringliche Aufgabe des Gesetzgebers und der Arbeitsgerichtsbarkeit ist die Entwicklung von Instrumenten zur Einhegung der faktisch bereits wirksamen Tarifpluralität. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit muss mit den verfassungsrechtlich geschützten Interessen Dritter in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden.“

Diese Initiativen werden hier aufgegriffen. Es sollen Regelungen geschaffen werden, die verfassungskonform und praktikabel Anreize zur Kooperation der Gewerkschaften setzen, die es gleichzeitig aber allen Gewerkschaften ermöglichen, für ihre Mitglieder effektiv zu handeln. Nur dies schafft den erforderlichen Ausgleich der verschiedenen verfassungsrechtlichen Positionen. Ziel ist es, möglichst effektiv Anreize für die Kooperation der verschiedenen im Betrieb und Unternehmen vertretenen Gewerkschaften zu liefern. Verfassungsrechtlich zweifelhafte Regelungen scheiden dabei aus. Der Eingriff in die Tarifautonomie muss so schonend wie möglich ausgestaltet werden.

Einen angemessenen Interessenausgleich schafft auf tarifrechtlicher Ebene ein auf die spezifische Arbeitnehmergruppe bezogenes Mehrheitsprinzip. Soweit sich die Geltungsbereiche von Tarifverträgen, die von verschiedenen Gewerkschaften abgeschlossen wurden, überschneiden, soll sich jener Tarifvertrag durchsetzen, der durch die relative Mehrheit der Gewerkschaftsmitglieder im Überschneidungsbereich legitimiert ist. Eine Spaltung der Belegschaft wird vermieden, wenn der Arbeitgeber, der an mehrere Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften gebunden ist, die für Arbeitsverhältnisse derselben Art Geltung beanspruchen, nur den Tarifvertrag anwenden muss, der von der Gewerkschaft geschlossen wurde, die mehr Mitglieder unter den betreffenden Arbeitnehmern hat. Der Arbeitgeber soll für diesen Fall jedoch verpflichtet sein, die Mitglieder der anderen Gewerkschaft auf deren Verlangen gleich zu behandeln, um diese Arbeitnehmer nicht schutzlos zu stellen.

Tarifverträge, die entsprechend der eben entwickelten Regel zur Auflösung tarifpluraler Strukturen vollständig verdrängt werden würden, sollen auch nicht erstreikbar sein. Ein solcher Streik würde auf ein Regelungswerk abzielen, das nicht zur Anwendung kommen würde, und wäre daher unverhältnismäßig. Zudem ist zur Vermeidung der Vervielfachung von Arbeitskämpfen von einem Vorrang des Streikrechts der Gewerkschaft auszugehen, die bei einer Auseinandersetzung um einen Firmentarifvertrag über die meisten Mitglieder im Unternehmen bzw. bei jener um einen Verbandstarifvertrag in den betroffenen Unternehmen verfügt. Eine Gewerkschaft, die weniger Mitglieder im Unternehmen bzw. in den Unternehmen hat als eine andere Gewerkschaft, soll daher nur dann Arbeitskampfmaßnahmen ergreifen können, wenn die Gewerkschaft mit den meisten Mitgliedern im Unternehmen bzw. in den Unternehmen ihrerseits Arbeitskampfmaßnahmen ergriffen hat. So wird auch eine Synchronisierung der Forderungen an die Arbeitgeberseite gefördert. Diese „Pflicht“ zum Gleichlauf soll erst dann entfallen, wenn die „Mehrheitsgewerkschaft“ bereits einen Tarifvertrag alleine mit der Arbeitgeberseite abgeschlossen hat und damit eine gemeinsame Interessenwahrnehmung nicht mehr möglich ist. Ebenso soll keine Grenze des Arbeitskampfes für die „Minderheitsgewerkschaft“ bestehen, wenn die „Mehrheitsgewerkschaft“ gar keinen Tarifvertrag anstrebt.

Durch eine solche Arbeitskampfregelung werden wirksam Anreize zur Kooperation zwischen den Gewerkschaften gesetzt: Die „Minderheitsgewerkschaft“

(bezogen auf das Unternehmen) kann erst streiken, wenn auch die „Mehrheitsgewerkschaft“ zum Arbeitskampf aufruft. Die „Mehrheitsgewerkschaft“ aber ist darauf angewiesen, dass auch die „Minderheitsgewerkschaft“ mit ihr zusammenarbeitet, denn sonst kann sie in den Fällen, in denen die Lage umgekehrt ist und die „Minderheitsgewerkschaft“ über eine relative Mehrheit verfügt, für diese Arbeitnehmer nur Tarifverträge abschließen, die durch einen späteren Abschluss der „Minderheitsgewerkschaft“ verdrängt würden. Der Arbeitgeber hat ein Interesse, mit beiden Gewerkschaften zusammen abzuschließen, weil er nur so separate Streiks vermeiden kann. Diese Anreize zur Kooperation lassen erwarten, dass die konkurrierenden Gewerkschaften auch bei der Durchführung von Streiks kooperieren, sodass die Unternehmen nicht von zeitlich versetzten Streiks betroffen werden. Sollte sich diese Einschätzung in der Praxis nicht bewahrheiten, wird der Gesetzgeber zusätzlich über die Einführung eines Schlichtungsverfahrens, insbesondere für zeitlich versetzte Streiks der „Minderheitsgewerkschaft“ nachzudenken haben.

Der verfassungsrechtliche Vorteil gegenüber dem BDA/DGB-Entwurf liegt darin, dass die Existenzberechtigung von Gewerkschaften, die nur eine Minderheit der Arbeitnehmer in den Unternehmen organisieren, nicht in Frage gestellt wird. Auch erfolgt keine Diskriminierung des Berufsverbandsprinzips gegenüber dem Industrieverbandsprinzip. Vielmehr werden alle bestehenden Gewerkschaften in ihrem Existenzrecht respektiert. Organisationsvielfalt und Pluralismus werden zugelassen. Die rechtliche Erzwingung einer einheitlichen gewerkschaftlichen Arbeitnehmerrepräsentanz gegen den Willen bestimmter Gruppen unter den repräsentierten Arbeitnehmern wird vermieden; sie würde auch in einer freiheitlichen Gesellschaft einen nicht begründbaren Fremdkörper bilden. Zugleich löst der Entwurf aber die unbestreitbaren Folgeprobleme der Tarifpluralität zielgenau und mit Augenmaß. Der Entwurf erkennt an, dass die tarifpolitischen Entwicklungen der letzten Jahre Ausdruck praktizierter Freiheitsrechte sind. Die problematischen Folgen werden hingegen ohne Benachteiligung einzelner Akteure abgemildert: einerseits durch wirksame Kooperationsanreize, andererseits durch eine sinnvolle Vereinheitlichung der tariflichen Regelungsstrukturen nach einem fairen Mehrheitsprinzip, das die Legitimationsbasis des jeweiligen Tarifvertrags aufgreift.

Die Verfasser dieses Entwurfes sehen keine Notwendigkeit, die Tariffähigkeit oder das Arbeitskampfrecht im Zusammenhang mit der spezifischen Frage der Tarifpluralität weitergehend zu regeln. Der vorliegende Entwurf ist jedoch offen

für eine gesetzgeberische Weiterentwicklung. Denkbar wäre etwa eine Beschränkung des Streikrechts für Tarifverträge, die nur eine unbedeutende Zahl von Arbeitsverhältnissen erfassen würden.

b) Besonderer Teil

aa) Zu A. I. Änderung des TVG

(1.) Einfügung von § 4a TVG.

Die Norm schafft in Absatz 1 eine Vorrangregel für kollidierende Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften; Absätze 2 und 3 regeln arbeitskampfrechtliche Folgefragen.

Zu Abs. 1: Absatz 1 normiert ein auf die spezifische Arbeitnehmergruppe bezogenes Mehrheitsprinzip. Der Tarifvertrag, der durch die Mehrheit der an ihn gebundenen Gewerkschaftsmitglieder legitimiert ist, soll sich gegenüber kollidierenden Tarifverträgen durchsetzen. Dies folgt dem Grundsatz des Vorrangs der repräsentativen Gewerkschaft, der bereits in § 7 Absatz 2 AEntG seinen Niederschlag gefunden hat. Er ist Ausdruck der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübter Privatautonomie (zuletzt BAG v. 27. 1. 2010, 4 AZR 549/08 (A) m.w.N.). Gleichzeitig unterstützt diese Auswahl die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags (BAG v. 28. 3. 2006 - 1 ABR 58/04-BB 2006, 2304): Was durch mehr Mitglieder legitimiert ist, trägt eher die Vermutung der Angemessenheit als eine Regelung, hinter der nur wenige betroffene Arbeitnehmer stehen. Die Regelung entspricht dem, was in der Praxis – unabhängig von der bisherigen Rechtslage des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb – bereits praktiziert wird und von der Wissenschaft auch *de lege ferenda* vorgeschlagen wird (*Rieble*, ZfA 2005, 245; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität, 2010)

Eine Spaltung der Belegschaft wird vermieden, wenn der Arbeitgeber, der an mehrere Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften gebunden ist, die für Arbeitsverhältnisse derselben Art Geltung beanspruchen, nur den Tarifvertrag anwenden muss, der von der Gewerkschaft geschlossen wurde, die mehr Mitglieder unter den betreffenden Arbeitnehmern hat. Dies erhöht die Praktikabilität und entspricht dem Gedanken der Gleichbehandlung der Belegschaft. Der Arbeitgeber ist daher in diesem Fall jedoch verpflichtet, die Mitglieder der anderen Gewerkschaft nicht schlechter zu behandeln und auf deren Wunsch den nach § 4 a Abs. 1 Satz 1 TVG ausschließlich anwendbaren Tarifvertrag auch auf

ihre Arbeitsverhältnisse anzuwenden. Gegebenenfalls können durch diese Regel auch mehrere Tarifverträge verdrängt werden; dann gilt die Pflicht zur Gleichbehandlung gegenüber sämtlichen Mitgliedern der anderen Gewerkschaften. Dadurch werden zugleich die verfassungsrechtlichen Bedenken aufgegriffen, die zu Recht gegen den Eintritt eines „tariflosen Zustandes“ infolge einer ersatzlosen Verdrängung von Tarifnormen erhoben werden (vgl. BAG v. 27. 1. 2010 - 4 AZ549/08, NZA 2010, 645 Rn. 75 ff.): Indem der Entwurf ein Recht auf Gleichbehandlung statuiert, wird der Eintritt eines regelungslosen Zustandes in den von der Tarifverdrängung betroffenen Arbeitsverhältnissen vermieden.

Zu Abs. 2: Tarifverträge, die nach dem neu geschaffenen § 4a Absatz 1 vollständig verdrängt werden würden, sollen auch nicht erstreikbar sein. Ein solcher Streik würde auf ein Regelungswerk abzielen, das nicht zur Anwendung kommen würde, und wäre daher unverhältnismäßig. Der wichtigste Anwendungsfall der Regel ist derjenige der Konkurrenz zwischen zwei Berufsgruppengewerkschaften und der Konkurrenz zweier Branchengewerkschaften, die für einen identischen Regelungsbereich Tarifforderungen erheben.

Zu Abs. 3: Ziel der Regelung des Arbeitskampfs in Absatz 3 Satz 1 ist die Vermeidung häufigerer Tarifauseinandersetzungen in Unternehmen, in denen verschiedene Gewerkschaften vertreten sind und Tarifverträge abschließen wollen. Die Gewerkschaft mit den meisten Mitgliedern im Unternehmen soll – wiederum entsprechend dem Repräsentationsprinzip – grundsätzlich den Vorrang in der Entscheidung über den Aufruf zu Arbeitskampfmaßnahmen haben. Eine Gewerkschaft, die weniger Mitglieder im Unternehmen hat als eine andere Gewerkschaft, soll daher nur dann Arbeitskampfmaßnahmen ergreifen können, wenn die Gewerkschaft mit den meisten Mitgliedern im Unternehmen ihrerseits Arbeitskampfmaßnahmen ergriffen hat. Ein Streikrecht der „Minderheitsgewerkschaft“ soll auch da bestehen, wo durch einen alleinigen, unabgestimmten Tarifabschluss der „Mehrheitsgewerkschaft“ ohne Beteiligung der „Minderheitsgewerkschaft“ eine gemeinsame Verfolgung der Interessen nicht mehr sinnvoll möglich ist. Auch wo die „Mehrheitsgewerkschaft“ den Abschluss eines solchen Tarifvertrages nicht oder nicht mehr anstrebt und deshalb ein Tarifvertrag seit mindestens einem Jahr nachwirkt, kann die „Minderheitsgewerkschaft“ auch arbeitskampfrechtlich eine eigenständige Tarifpolitik verfolgen. Bei einem Arbeitskampf um einen Verbandstarifvertrag soll es auf die Mitgliederzahlen in

der Gesamtheit der betroffenen Unternehmen ankommen. Soll ein Tarifvertrag für einen Konzern erkämpft werden, sind folgerichtig die Mitgliederzahlen im Konzern maßgeblich.

Absatz 3 Satz 2 ergänzt das in Satz 1 geregelte Prinzip. Wer erstmals eine Tarifforderung erhebt, muss warten, bis die Mehrheitsgewerkschaft auch streiken dürfte – und dies nach Satz 1 auch tut. Schließt diese aber sofort mit dem Arbeitgeber ab und hat somit die Gelegenheit zur Kooperation verpasst, kann die „Minderheitsgewerkschaft“ ebenfalls streiken. Kurz gesagt: Wer zum ersten Mal tarifpolitischer Akteur werden will, muss sich hinten anstellen, ohne aber künftig seine Betätigungsmöglichkeiten beschnitten zu sehen.

Abs. 4: Von den vorstehenden Absätzen kann durch Vereinbarung zwischen allen zuständigen Gewerkschaften und den Tarifvertragsparteien auf Arbeitgeberseite abgewichen werden. Das neue Recht will Anreize zur Kooperation setzen. Wo sie funktioniert, sollen die Parteien im Sinne eines Vorrangs der Tarifautonomie die Kollisions- und Konfliktregeln selber finden. Praktizierte und etablierte Kooperationsmodelle, die von allen Beteiligten getragen werden, bleiben damit immer möglich.

(2.) Ergänzung des § 9 TVG um einen Absatz 2.

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Änderung 1, die für Rechtsstreitigkeiten zwischen Tarifvertragsparteien über die Anwendbarkeit von Tarifverträgen nach § 4a TVG das geeignete Verfahren vorsehen. Die Tarifvertragsparteien haben ein berechtigtes Interesse daran, Meinungsverschiedenheiten über die Wirksamkeit und den Inhalt ihrer Tarifverträge gerichtlich klären und mit verbindlicher Wirkung auch für die Normunterworfenen losgelöst vom Einzelfall ausstatten zu lassen. Dieses Interesse dient der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, weil dann der Inhalt und die Wirksamkeit des Tarifvertrags für eine Vielzahl von Fällen feststeht (BAG v. 4.7.2007 - 4AZR 491/06 - NZA 2008, 307). Außerdem dient es der Prozessökonomie, weil Auslegungsprobleme des Tarifvertrags regelmäßig alle Normunterworfenen und damit eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen betreffen.

Die Bindungswirkung der Entscheidung entfällt erst, wenn sich die Sachlage wesentlich ändert. Das Gesetz greift damit einen Begriff auf, der sich in der Gesetzgebung und Rechtsprechung bereits etabliert hat (s. z. B. § 125 Abs. 1 S. 2 InsO).

Kriterien der Wesentlichkeit sind insbesondere erhebliche Veränderungen der Größe der Belegschaft insgesamt sowie der neue Zuschnitt von Tarifverträgen.

(3.) Ergänzung des § 13 TVG um einen Absatz 3.

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Änderung 1. und der dadurch neu geschaffenen Kollisionsregel in § 4a Abs. 1 TVG. Aus Gründen des verfassungsrechtlich gebotenen Bestandsschutzes werden nur solche Tarifverträge verdrängt, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen wurden. Die Tarifvertragsparteien können sich damit auf das neue Recht einstellen und dementsprechend handeln.

bb) Zu A. II. Änderungen des ArbGG

(1.) Ergänzung des § 2 Absatz 1 Nr. 1 ArbGG.

Folgeänderung zur Änderung A. I. 1. (Vorrangregel bei kollidierenden Tarifverträgen verschiedener Gewerkschaften), die die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Streitigkeiten über die Anwendbarkeit von Tarifverträgen begründet.

(2.) Ergänzung des § 58 ArbGG um einen Absatz 3.

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Änderung A. I. 1. und der dadurch neu geschaffenen Kollisionsregel in § 4a Abs. 1 TVG. Die Repräsentativität kann so ermittelt werden, ohne dass der einzelne Arbeitnehmer seine Gewerkschaftszugehörigkeit gegenüber dem Arbeitgeber offenbaren muss. Die Einbeziehung eines Notars sichert die notwendige Neutralität und Unabhängigkeit.

(3.) Ergänzung des § 63 Abs. 1 ArbGG.

Es handelt sich um eine Folgeänderung zu den Änderungen 1 und 2. Die Vorschrift dient der Durchführung von § 9 TVG. In den dort genannten Fällen entfalten rechtskräftige Entscheidungen der Gerichte für Arbeitssachen Bindungswirkung. Durch die Übermittlung der Entscheidungen an die zuständigen Behörden soll gewährleistet werden, dass das Regelungsziel von § 9 TVG erreicht wird.

V. ERGÄNZENDE ERLÄUTERUNGEN DES GESETZENTWURFS

Der Entwurf hat damit zwei Elemente: ein tarifrechtliches Element zur Antwort auf die Frage, wann und in welchem Umfang sich ein Tarifvertrag bei parallelen Regelungen verschiedener Gewerkschaften durchsetzt; zum anderen ein arbeitskampfrechtliches Element zur Antwort auf die Frage, wann und unter welchen Bedingungen konkurrierende Tarifverträge durch Streik und Streikdrohungen durchgesetzt werden können.

1. Das tarifrechtliche Element: Tarifeinheit in der Sparte

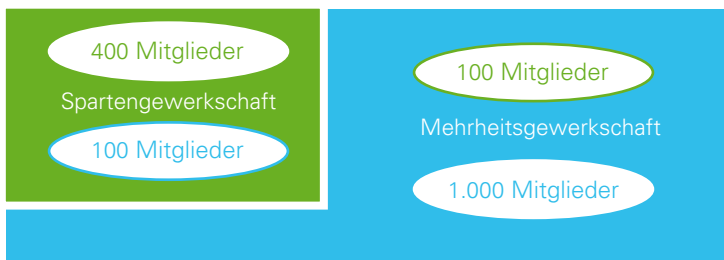
Das Modell des Professorenentwurfs setzt auf die Tarifeinheit in der Berufsgruppe: Dort wo zwei Tarifverträge konkurrierend Geltung beanspruchen – und nur insoweit –, setzt sich der Tarifvertrag durch, der durch die meisten Arbeitnehmer mitgliedschaftlich legitimiert ist. Hierdurch wird vermieden, dass der Arbeitgeber dieselbe Arbeitnehmergruppe nach zwei unterschiedlichen Tarifverträgen behandeln muss. Dies könnte er nur, wenn er seine Belegschaft nach ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit fragt; die Grenzen der Zulässigkeit einer Frage nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft sind jedoch hoch umstritten⁵⁵ und auch rechtspolitischer Entwicklung unterworfen. Im aktuellen Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigten-datenschutzes gibt § 32 Abs. 5 BDSG-E allein dem Arbeitgeber, dessen Tätigkeit unmittelbar und überwiegend politisch oder koalitionspolitisch ausgerichtet ist, das Recht, Daten über die Gewerkschaftszugehörigkeit eines Beschäftigten zu erheben.

Würde man im Überschneidungsbereich der Tarifverträge tatsächlich beide Tarifverträge zur Anwendung kommen lassen, wäre eine einheitliche Behandlung dieses Belegschaftsteils durch den Arbeitgeber nicht möglich. Der Grundsatz „Gleiches Geld für gleiche Arbeit“ könnte nur dadurch realisiert werden, dass die Vorteile beider Tarifverträge der Arbeitnehmergruppe zugestanden werden – ein ersichtlich sinnwidriges Ergebnis.

Erwünschte Nebenfolge der einheitlichen Behandlung der Belegschaft auch im Überschneidungsbereich zweier Tarifverträge ist es, dass der Arbeitgeber einen geringeren administrativen Aufwand in der Lohnbuchhaltung und in der betrieblichen Gestaltung der Arbeitsbedingungen hat. Er weiß, welcher Tarifvertrag gilt und kann dementsprechend handeln und planen. Die Argumente, die für den

BDA/DGB-Entwurf vorgebracht werden, sind hier letztlich auch die Argumente für den Lösungsvorschlag des Professorenentwurfs.

Entscheidender Unterschied zum BDA/DGB-Entwurf ist jedoch, dass der Tarifvertrag der Spartengewerkschaft nicht sehr viel leichter verdrängt wird als der einer Gewerkschaft, die den ganzen Betrieb organisiert. Ein Beispiel macht deutlich, was gemeint ist: Gibt es in einem Unternehmen 500 Mitglieder der Spartengewerkschaft und 1.100 Mitglieder einer Gewerkschaft, die Arbeitnehmer unabhängig vom Berufszweig organisiert, hat aber die Spartengewerkschaft nur für ihren spezifischen Berufszweig abgeschlossen, in dem sie 400 Mitglieder organisiert hat, ihre Konkurrenz aber nur 100 Mitglieder, so setzt sich dieser Tarifvertrag auch durch.



Nach dem Modell des BDA/DGB-Entwurfs würde, obwohl der Berufszweig sehr viel stärker durch eine andere Gewerkschaft organisiert wird, sich allein der Tarifvertrag der Gewerkschaft durchsetzen, die insgesamt über mehr Mitglieder verfügt. Die Konsequenzen sind einschneidend: Der Marburger Bund hat weniger Mitglieder im Krankenhaus als ver.di, die nicht nur Ärzte organisiert. Der Tarifvertrag Ärzte MB würde regelmäßig sofort wegfallen, sobald ver.di auch für die Ärzte abgeschlossen hat – auch wenn kein Arzt bei ver.di organisiert sein sollte. Zwar könnte der Marburger Bund bis zum Abschluss des Arbeitgebers mit ver.di für seinen Tarifvertrag streiken, doch wieso sollte man für etwas streiken, was nachher unanwendbar wäre? Und weitergehend: Wieso sollte man dann noch Mitglied im Marburger Bund werden?

Dem gegenüber ist es beiden Gewerkschaften nach dem System des Professorenentwurfs damit möglich, für Ihre Mitglieder tätig zu werden – nach dem BDA/DGB-Entwurf setzt sich jedoch im ganzen Betrieb nur ein Tarifvertrag durch. Eine solche Regelung dient dem durch die Verfassung gebotenen verhältnismäßigen Ausgleich

gegenläufiger Interessen. Dazu gehört auch, dass die Mitglieder der Gewerkschaft, deren Tarifvertrag verdrängt wird, im Anwendungsbereich des verdrängenden Tarifvertrags diesen auch für sich reklamieren zu können (§ 4a Abs. 1 S. 2 des Entwurfs).

Schon das tarifrechtliche Element setzt bereits Anreize zur Kooperation: Die Mehrheitsgewerkschaft des Unternehmens weiß, dass sie für die Arbeitnehmergruppe, die mehrheitlich in einer anderen Gewerkschaft organisiert ist, nur dann tarifvertraglich regeln kann, wenn sie dies in Zusammenarbeit tut; die Spartengewerkschaft weiß umgekehrt, dass sie in den von ihr nicht mehrheitlich organisierten Bereichen nur dann tarifpolitisch Einfluss nehmen kann (etwa auch zur Gewinnung neuer Mitglieder), wenn sie dies zusammen mit der mehrheitlich im Unternehmen vertretenen Gewerkschaft tut.

2. Arbeitskampfrechtliches Element: Anreize zur Kooperation

Das tarifrechtliche Element wird ergänzt durch ein arbeitskampfrechtliches Element, das ebenso darauf ausgerichtet ist, Anreize zur Kooperation zu setzen. Die Streikführerschaft liegt bei der Gewerkschaft, die die meisten Arbeitnehmer des Unternehmens organisiert. Dieses Primat des Arbeitskamps liegt solange bei ihr, solange sie nicht ohne Einbeziehung der konkurrierenden Gewerkschaft einen Tarifvertrag abschließt oder aber selbst zum Streik aufruft. Lassen also Arbeitgeber und die Mehrheitsgewerkschaft die klagende Gewerkschaft links liegen und schließen ohne sie ab, dann hat sie wieder volles Streikrecht. So wird einer oftmals polemisch als „Balkanisierung des Betriebs“ gefürchteten Entwicklung Einhalt geboten.

Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft läuft aus, nicht aber der der Mehrheitsgewerkschaft

Mehrheitsgewerkschaft verhandelt ohne zu streiken

Mehrheitsgewerkschaft streikt oder Arbeitgeber hat allein mit der Mehrheitsgewerkschaft abgeschlossen



Die Begrenzung des Arbeitskamps führt dazu, dass es eben durch die Mehrung der Gewerkschaften nicht notwendig zu einer Mehrung der Arbeitskämpfe führt. Bereits diese Arbeitskampsregelung für sich allein erschwert die Segmentierung der Belegschaft und macht Kooperationen attraktiv: Mit dem Vorrang des Streikrechts für die Mehrheitsgewerkschaft ist ein Instrumentarium

geschaffen, mit dem der Arbeitgeber reagieren kann. Einigt er sich mit der Mehrheitsgewerkschaft (zumeist wird es sich um DGB-Gewerkschaften handeln), so wird für sie ein Streik u.U. nicht notwendig sein. Der Arbeitgeber wird dennoch keinen Abschluss mit dieser Gewerkschaft tätigen, solange er nicht auch mit der kleinen Gewerkschaft eine Einigung erzielt hat. Solange er den Tarifvertrag mit der Mehrheitsgewerkschaft nicht abgeschlossen hat, wäre ein Streik für diese Minderheitsgewerkschaft nicht möglich. Sollte sie an ernsthaften Verhandlungen nicht interessiert sein und der Arbeitgeber deswegen den Abschluss des Tarifvertrags mit der Mehrheitsgewerkschaft ablehnen (denn dann dürfte die Minderheitsgewerkschaft ja streiken), so müsste die Minderheitsgewerkschaft den Druck der Mehrheit der Belegschaft aushalten, nur wegen dieser fehlenden Kooperationsbereitschaft den Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft zu verhindern. Es ist fraglich, ob es dazu in der Praxis kommen wird.

Der Einwand, dies könne dazu führen, dass sich immer mehr Gewerkschaften bilden, die immer speziellere Berufsgruppen abdecken, weil sie eben nur in diesen kleinen Gruppen die relative Mehrheit unter den Organisierten innerhalb der Beschäftigten haben, muss demgegenüber zurückgewiesen werden. Eine solche Multiplikation der Interessenvertreter auf Betriebsebene dürfte nicht zu befürchten sein: Ob diese neu gegründeten Vereinigungen tatsächlich tariffähige Gewerkschaften darstellen würden, ist unklar. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist hier bislang recht großzügig, aber auch eben nicht beliebig wie insbesondere die letzten Beschlüsse des BAG zur Tariffähigkeit der GKH und CGZP gezeigt haben.⁵⁶ Eine Vereinigung, die immer kleinere Berufsgruppen vertreten würde, könnte u. U. nicht als tariffähig anerkannt werden. Unabhängig davon würde jedoch deutlich werden: Die Lösung dieser Frage liegt nicht in der Anerkennung oder Auflösung von Tarifpluralitäten, sondern in der Frage, welche Maßstäbe man an eine „tariffähige“ Gewerkschaft anlegt.

Sieht man von der Zugangsschranke der Tariffähigkeit ab, hat die Vergangenheit nicht belegt, dass die Tendenz zur Segmentierung allzu groß ist. Der Marburger Bund mag als Gewerkschaft noch jüngeren Datums sein (obwohl bereits jetzt einige Jahrzehnte alt) und auch Cockpit ist eine Gründung der Nachkriegszeit – aber schon die GDL hat eine über 100jährige Geschichte. Gewerkschaften entstehen

(56) BAG v. 5.10.2010 - 1 ABR 88/09 – Pressemitteilung 73/10; BAG v. 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – Pressemitteilung 93/10

regelmäßig in einem langwierigen Prozess und werden nicht aus dem Boden gestampft. Eine Institution, die weder als Verhandlungs- noch als Tarifpartner anerkannt ist, wird es schwer haben, Druck durch einen Streik aufzubauen. Doch sollte es auftreten, wird sich dieses Problem bei fehlender gesetzlicher Regelung erst recht stellen. Der vorgelegte Entwurf löst den Konflikt nicht so radikal zugunsten der Mehrheitsgewerkschaft, wie dies der Vorschlag der BDA/DGB tut.

Sollte der Gesetzgeber dieser Argumentation nicht folgen wollen, so könnte er technisch unproblematisch § 4a Abs. 3 TVG-E um eine Nr. 5 erweitern: Zulässig wäre dann ein Streik der Minderheitsgewerkschaft unabhängig von der Mehrheitsgewerkschaft nur dann, wenn „5. sie nicht allein eine im Hinblick auf den betrieblichen Geltungsbereich des angestrebten Tarifvertrags nach der Anzahl ihrer Mitglieder deutlich untergeordnete Arbeitnehmergruppe vertritt.“ Hierdurch wäre zwar nur eine durch zukünftige Rechtsprechung zu konkretisierende unterste Grenze der Segmentierung der Belegschaft verhindert – Befürchtungen aber, es könnte demnächst allein die Betriebsfeuerwehr eines Chemieunternehmens für sich alleine streiken, wären damit möglicherweise wirksam begegnet. Der Eingriff wäre jedoch bei weitem nicht so einschneidend wie der Vorschlag der BDA/DGB. Dieser hat die Marginalisierung großer Spartengewerkschaften zur Folge.

VI. ERSTE STELLUNGNAHMEN ZUM ENTWURF

1. Reaktionen auf die Professoren-Initiative / Verbände

a) Fach- und Berufsgewerkschaften; Christlicher Gewerkschaftsbund

Die Fach- und Berufsgewerkschaften sprechen sich prinzipiell gegen eine gesetzliche Regelung des Grundsatzes der Tarifeinheit aus. Dabei warnen sie in einem gemeinsamen Positionspapier vor gesetzgeberischem Aktionismus. Faktisch bestehe heute bereits in vielen Unternehmen angewandte und gelebte Tarifpluralität, sodass die Änderung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur die logische Anpassung an die aktuelle wirtschaftliche, betriebliche und tarifpolitische Realität in Deutschland und Europa sei. Der Wunsch der DGB-Gewerkschaften, konkurrenzlos auftreten zu können, sowie der Wunsch der Arbeitgeber, nur mit einer Gewerkschaft handeln zu müssen, rechtfertige keine offensichtliche Verletzung eines Grundpfeilers der Verfassung. Auch die Realität des Arbeitskampfes gebiete keine Rechtsänderungen. Trotz faktischer Tarifpluralität gehöre die Bundesrepublik Deutschland zu den Ländern mit den wenigsten Streiktagen weltweit.⁵⁷

b) Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschlands (CGB)

Der CGB stimmte in einer Stellungnahme von Oktober 2010⁵⁸ den Initiatoren für eine gesetzliche Regelung insoweit zu, als die Tarifeinheit im Betrieb ein erstrebenswertes Ziel sei. Er verneinte jedoch die Notwendigkeit einer Gesetzesänderung. Tarifeinheit im Betrieb solle durch freiwillige Kooperation aller im Betrieb vertretenen Gewerkschaften angestrebt werden. Der CGB sieht nicht die Gefahr, dass es zu einer großen Gründungswelle von Berufsgewerkschaften komme; im Übrigen verweist er darauf, dass die Streikbereitschaft in den Belegschaften generell sehr gering sei. Kein bisheriger Lösungsansatz sei im Lichte des Verfassungsgutes der Tarifautonomie überzeugend. Es sei nicht einsichtig, gesetzgeberisch zu handeln, obwohl die beschriebenen Szenarien nur theoretischer Natur seien. Gewerkschaftspluralismus, Tarifpluralität und Tarifkonkurrenz im engeren Sinne seien seit mindestens zehn Jahren Realität in den Betrieben, die weder Arbeitgebern noch Arbeitnehmern oder Gewerkschaften geschadet habe. In diesem Positionspapier übt der CGB auch Kritik an der „Professoren-

(57) Positionspapier zur Initiative von BDA/DGB zur Abschaffung von Tarifpluralität und der diesbezüglichen Bundesratsinitiative der Landesregierung Rheinland-Pfalz, vgl. http://www.vcockpit.de/fileadmin/dokumente/vcaktuelles/Positionspapier_Tarifpluralitaet.pdf.

(58) <http://www.cgb.info/aktuell/TarifeinheitKoalitionsfreiheit.pdf>.

Initiative“. Er versteht die Initiative so, dass „eine Mehrheitsgewerkschaft im Betrieb“ Tarifverhandlungen für alle Arbeitnehmer führe, obwohl eine zweite Gewerkschaft im Betrieb vertreten sei.

Damit hat der CGB die Professoren-Initiative missverstanden. Durch den vorgeschlagenen § 4 a Abs. 3 TVG-E werden lediglich Kooperationsanreize für die Gewerkschaften in einem Unternehmen geschaffen. Die selbstständige Verhandlungsführung für Minderheitsgewerkschaften wird keineswegs ausgeschlossen. Im Übrigen berücksichtigt die Professoren-Initiative in § 4 a Abs. 4 TVG-E gerade den Ansatz der wechselseitigen Kooperation, indem die vorgeschlagene Norm Vereinbarungslösungen eindeutig den Vorrang einräumt.

c) DBB Beamtenbund und Tarifunion

Der DBB wendet sich ebenfalls gegen jede gesetzliche Regelung. Er stützt sich dabei auf Gutachten von Prof. Hermann Reichold (Tübingen).⁵⁹ In einer empirischen Analyse kommt Reichold für den DBB zu dem Resultat, dass die Tarifpraxis im öffentlichen Dienst ordentlich funktioniere. Die BDA/DGB-Initiative sei dagegen nicht nur zweckwidrig, sondern auch verfassungswidrig. Reichold sieht keine Notwendigkeit für eine gesetzliche Regelung zu diesem Zeitpunkt. Es solle weiterhin auf tarifautonome Kooperation gesetzt werden. Eine ausdrückliche Stellungnahme zur Professoren-Initiative erfolgte nicht. Ergänzend sei darauf verwiesen, dass die Professoren-Initiative in § 4 a Abs. 4 ihres Entwurfes der Kooperation den Vorrang einräumt.

d) Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA)

In einer Stellungnahme vom 3. November 2010 begrüßte die VKA den Versuch der Professoren-Initiative nach einer vermittelnden Alternative, die Anreize zur Kooperation setzen will. Die VKA hält aber den Vorschlag der Initiative, bei überschneidenden Geltungsbereichen das Prinzip der arbeitnehmerspezifischen Mehrheit gelten zu lassen, für ungeeignet. In ihrer Stellungnahme erhebt die VKA Vorwürfe gegen die Berufsgruppengewerkschaften, die einzig an der Durchsetzung ihrer Partikularinteressen interessiert seien. Aufgrund dieser Erfahrung sei nicht zu erwarten, dass die durch die Professoren-Initiative bewirkte Stärkung der Tarifverträge von Berufsgruppengewerkschaften zur stärkeren Kooperation unter den Gewerkschaften führen werde. Statt Kooperation sei ein

Überbietungswettbewerb zu erwarten. Diesem Überbietungswettbewerb könnten sich auf Dauer auch die Mehrheitsgewerkschaften nicht entziehen. Die in der Professoren-Initiative verfolgte Synchronisierung der Arbeitsk Kampfmaßnahmen, sowie die Bildung von Kooperationsanreizen sei als nicht realistisch zu erachten. Realistischer als eine Kooperation der Gewerkschaften sei, bei Nichterfüllung ihrer Forderungen das Ende des Arbeitskampfes der sogenannten Mehrheitsgewerkschaften abzuwarten, um danach mit erneuten Arbeitsk Kampfmaßnahmen die eigenen Interessen zu erstreiken.

Hiergegen ist einzuwenden, dass für die Minderheitsgewerkschaft immerhin gesperrt ist, als erste zum Arbeitsk Kampf aufzurufen. Die Arbeitsk Kampfregel versucht geradezu, Gewerkschaften in einer Tarifrunde zu einem abgestimmten Vorgehen zu veranlassen. Die kleinere Berufsgruppengewerkschaft gerät unter erheblichen Druck, wenn sie das von der VKA beschriebene Modell gehen würde, aus dem normierten Kooperationsanreiz auszubrechen und stets „draufzusatteln“. Die Anreize zur Kooperation lassen erwarten, dass die konkurrierenden Gewerkschaften auch bei der Durchführung von Streik kooperieren, sodass die Unternehmen eben nicht von zeitlich versetzten Streiks betroffen werden. Der Gesetzentwurf der Professoren-Initiative sieht, dass es einer gewissen Beobachtung in der Praxis bedarf. Sollte sich die Einschätzung nicht bewahrheiten, dann muss der Gesetzgeber zusätzlich über die Einführung von Schlichtungsverfahren nachdenken. Nach der Überzeugung der Professoren-Initiative ist der Nachweis für die Erforderlichkeit weitergehender arbeitskampfrechtlicher Maßnahmen noch nicht geführt.

e) Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)

Die BDA⁶⁰ äußerte in einer Stellungnahme zur Professoren-Initiative, dass eine solche Regelung geradezu die Bildung weiterer Spartengewerkschaften fördern und die Zerfaserung der Tarifautonomie verstärken würde. Die BDA befürchtet, dass sich immer kleinere Organisationseinheiten bilden würden. Diese Bedenken werden von anderen Arbeitgebern geteilt. Das Modell der „Tarifeinheit in der Berufsgruppe“ bzw. ein auf spezielle Arbeitnehmergruppen bezogenes Mehrheitsprinzip kann die weitere „Verspartung“ begünstigen. Dies insbesondere auch durch die Möglichkeit für Gewerkschaften z. B. im Rahmen einer Tarifforderung den Geltungsbereich einseitig zu bestimmen bzw. zu optimieren.

(60) [http://www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/files/DC868F5644599511C1257800005A0E8D/\\$file/BDA_GB_2010.pdf](http://www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/files/DC868F5644599511C1257800005A0E8D/$file/BDA_GB_2010.pdf).

Bei der Stellungnahme der BDA handelt es sich um Befürchtungen, die sich derzeit empirisch nicht nachweisen lassen. Die Organisationsbereitschaft der Arbeitnehmerschaft ist in Deutschland immer geringer geworden; eine relevante Vermehrung von Kleinstgewerkschaften ist unwahrscheinlich. Überdies müssten diese Organisationen erst den Status der Tariffähigkeit erreichen, der nicht ohne Weiteres zu erlangen ist. Auch insoweit stellt sich die Frage, ob zu diesem Zeitpunkt ein schärferes Eingreifen als der moderate Koordinierungsansatz der Professoren-Initiative erforderlich ist. Bereits jetzt einen Vorbehalt aufzunehmen, dass das Regelungsmodell des Entwurfs (Vorrang der Sparte) nur dann gelten soll, wenn die Gewerkschaft einen bestimmten Mindestanteil der Belegschaft des Unternehmens repräsentiert, konnten sich in der Professorengruppe nicht durchsetzen.

f) Praktikerstimmen betroffener Unternehmen

Im Nachgang zur Vorstellung des Entwurfs haben sich auch einige Praktiker betroffener Unternehmen in einer gemeinsamen Stellungnahme an die Professorengruppe gewandt. Ihre Kritik geht vor allem dahingehend, dass die vorgeschlagenen Regelungen nicht weit genug gehen bzw. sich als nicht hinreichend wirksam erweisen könnten:

- Das Modell der „Tarifeinheit in der Berufsgruppe“ bzw. ein auf spezielle Arbeitnehmergruppen bezogenes Mehrheitsprinzip könne die weitere „Verspartung“ begünstigen. Dies insbesondere auch durch die Möglichkeit für Gewerkschaften z. B. im Rahmen einer Tarifforderung den Geltungsbereich einseitig zu bestimmen bzw. zu optimieren.
- Tarifeinheit im Betrieb sei nach dem Gesetzentwurf bei gleichen Mitarbeitergruppen möglich, bei einer heterogenen Mitarbeiterstruktur oder hoher „Verspartung“ jedoch nicht. Gerade deswegen und auf Grund des Bekenntnisses zur Gewerkschaftspluralität werden zusätzlich Regelungen im Arbeitskampfrecht benötigt.
- Der Gesetzentwurf sehe vornehmlich Lösungen im Rahmen des Abschlusses von Haustarifverträgen vor. Die massgeblichen aktuell betroffenen Branchen sind jedoch von der Existenz von Verbands- oder Konzerntarifverträgen geprägt. Deshalb müssen vor allem hierzu Lösungen gefunden werden.
- Die vorgesehene Einschränkung des Streikrechts für Minderheitsgewerkschaften sollte nicht durch „Passivität“ der jeweiligen Gewerkschaft („Weigerung zur Kooperation“) unterlaufen werden können mit dem Ziel eines uneingeschränk-

ten Streikrechts, nachdem die Mehrheitsgewerkschaft im Unternehmen einen Tarifabschluss erzielt hat.

- Lediglich ein **Kooperationsappell** an die Gewerkschaften im Rahmen von Tarifverhandlungen werde aus Praxissicht nicht ausreichend sein, um eine tatsächliche Kooperation mehrerer Gewerkschaften während einer Tarifrunde zu garantieren. Berufsgruppengewerkschaften vertreten ausschließlich Partikularinteressen, treten für diese ein und versuchen, diese durchzusetzen. Auf eine Kooperation mit anderen Gewerkschaften fühlen diese Gewerkschaften sich nicht unbedingt angewiesen. Aus Praktikersicht sollte daher ein echter **Kooperationsanreiz** für konkurrierende Gewerkschaften bei Verhandlung und Abschluss von Tarifverträgen geschaffen werden (z. B. durch Synchronisierung der Laufzeiten, inhaltliche Kooperation). **Koordinationsregeln** für die Betätigung mehrerer Gewerkschaften im und gegenüber einem Unternehmen sichern den Betriebsfrieden und Betriebsabläufe.
- Ein Arbeitgeber müsse sich während der Laufzeit eines Tarifvertrages auf die bestehende Friedenspflicht verlassen können. Es muss deshalb gesichert sein, dass eine Minderheitsgewerkschaft, die erstmals eine Tarifforderung erhebt, diese Friedenspflicht nicht durch die Formulierung einer beliebigen Tarifforderung unterlaufen kann.
- Der Gesetzentwurf wird nicht in allen Branchen, insbesondere nicht in der Dienstleistungsbranche (hier kann die Leistung nicht nachgeholt werden), alle vorhandenen Probleme lösen können. Dies gilt insbesondere in den Unternehmen, wo „**vereinbarte Tarifpluralität**“ (Tarifverträge mit unterschiedlichen Gewerkschaften, ohne Überschneidungen im persönlichen Anwendungsbereich) einer bereits seit Jahren existierenden Realität mit allen hiermit verbundenen wirtschaftlichen Folgen entspricht. Diese Gegebenheiten müssen entsprechend berücksichtigt werden.
- Gerichtliche Auseinandersetzungen sind keine gleichwertige Handlungsoption oder ein übliches Mittel der Tarifpolitik. Die Beschreitung des Rechtswegs ist während laufender Tarifverhandlungen und Auseinandersetzungen eher als „ultima ratio“ in Betracht zu ziehen. Eine gesetzliche Lösung sollte daher zum Ziel haben, Gerichtsverfahren nach Möglichkeit überflüssig zu machen.
- Sofern die Spielregeln für eine tarifplurale Gewerkschaftslandschaft durch Gesetz geschaffen werden sollen, sind auch Regelungen zu finden, wie das Verhältnis zwischen mehreren nebeneinander bestehenden Zuordnungstarifverträgen oder der Sperrwirkung mehrerer Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen nach § 87 Abs. 1 BetrVG gestaltet und gelöst werden soll.

Die Vorbehalte wurden diskutiert, es fand sich jedoch keine Mehrheit für weitergehende Maßnahmen. Zum Teil decken sich die Befürchtungen mit den Vorstellungen der BDA, so dass das hierzu Gesagte gilt. Die Orientierung am Hausvertrag entspricht nach Überzeugung der Professoren nicht dem Modell des Entwurfs. Dass dieser Entwurf gleichsam „alle Probleme des Arbeitskampfrechts“ löst, war nie sein Anspruch. Wichtig bleibt die Anregung zu schauen, ob bloße Anreize zur Kooperation unter den Gewerkschaften reichen werden. Die Professoren-Initiative hat sich entschieden im Sinne eines möglichst geringen Eingriffs in die Tarifpraxis hier erst einmal abzuwarten, ob solche Befürchtungen sich tatsächlich realisieren, oder ob vielmehr die Anreize des Entwurfs nicht Wirkung zeigen könnten. Im Hinblick auf die Regelbarkeit und Regelbedürftigkeit von Folgefragen stimmt die Professoren-Initiative den Praktikerstimmen zu; dieser zweite Schritt braucht jedoch noch nicht zum jetzigen Zeitpunkt politischer Diskussion gegangen zu werden.

g) Monopolkommission

Schon im Vorfeld der Gesetzgebungsinitiativen hatte die Monopolkommission der Bundesregierung in ihrem 18. Hauptgutachten⁶¹ einige Handlungsoptionen aufgezeigt (Zwang zur zeitlichen Koordination, zwingende Kooperationspflichten, Ausweitung der Aussperrungsmöglichkeiten, Schlichtungsverfahren und Missbrauchskontrolle nach § 1 GWB). Alle diese Lösungsmöglichkeiten sind im Rahmen der Professoren-Initiative diskutiert worden. Sie sind auch und gerade deshalb, weil alle beteiligten Akteure derartige Maßnahmen als nicht geeignet abgelehnt haben, nicht weiter verfolgt worden. Für die abschließende generelle Forderung, der Gesetzgeber möge das Arbeitskampfrecht und die Ausübung der Koalitionsfreiheit zusammenhängend regeln, ist derzeit keine parlamentarische Mehrheit ersichtlich.

h) Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung

In seinem Jahresgutachten 2010/11⁶² hat der Sachverständigenrat zur Diskussion um die Frage der gesetzlichen Regelung des Grundsatzes der Tarifeinheit Stellung genommen. Der Sachverständigenrat rät nicht dazu, den Vorschlag von BDA und DGB an den Gesetzgeber jetzt aufzugreifen und das Prinzip der Ta-

(61) Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, 2008, 2009; Rn. 1009 ff.; http://www.monopolkommission.de/haupt_18/mopoko_volltext_h18.pdf.

(62) Chancen für einen stabilen Aufschwung, <http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/aktuellesjahrgutachten-2010-11.html>.

rifeinheit gesetzlich festzuschreiben (Rn. 507 des Jahresgutachtens 2010/11). Er plädiert dafür, zunächst weitere Erfahrungen zu sammeln und auszuwerten. Erst dann sollte über eventuelle weitergehende gesetzliche Maßnahmen entschieden werden. Diese sieht der Sachverständigenrat zum einen in der Regelung der Tariffähigkeit von Arbeitnehmerkoalitionen.

Die Professoren-Initiative hat hierzu ebenso Überlegungen angestellt, sich aber noch nicht auf eine Regelung einigen können.

Darüber hinaus schlägt der Sachverständigenrat vor, wieder das Ultima-Ratio-Prinzip im Arbeitskampf zu stärken. Insbesondere sollte die Zulässigkeit von Sympathiestreiks und Warnstreiks aufgegeben werden.

Die vom Sachverständigenrat vorgeschlagene allgemeine Kodifizierung des Arbeitskampfrechts mag zwar eine systematisch richtige Herangehensweise sein. Sie erscheint aber in Ansehung der Erfahrungen mit Kodifikationen im Arbeitsrecht, und speziell im Arbeitskampfrecht, politisch illusionär. Aus diesem Grund hat die Professoren-Initiative davon abgesehen, die Problembewältigung der Tarifpluralität mit einer Forderung nach einer allgemeinen Regulierung des Arbeitskampfrechts zu verbinden. Ein zwingend vorzuschaltendes Schlichtungs- und Schiedsverfahren, wie es der Sachverständigenrat vorschlägt, wurde auch seitens der Professoren-Initiative erwogen. In Ansehung dessen, dass bei der Anhörung der Verbände unisono gesetzliche Schlichtungs- und Schiedsverfahren abgelehnt wurden, wurde von einem entsprechenden Vorschlag abgesehen. Das Gleiche gilt für die Fragestellung, ob eine zeitlich zwingende Koordination der Tarifverhandlungen anzustreben sei. Die Professoren-Initiative hat sich dazu entschlossen, insoweit einen weniger eingreifenden Vorschlag vorzulegen. Auch der Sachverständigenrat sieht in einer Koordination der Laufzeit der Tarifverträge einen (zu) starken Eingriff in die Vertragsfreiheit. Gerade diese Erwägung hat die Professoren-Initiative dazu veranlasst, einen milderen Kooperationsanreiz als ersten Schritt vorzusehen.

i) Arbeitsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins

Der Arbeitsrechtsausschuss des DAV⁶³ ist der Auffassung, dass die verfassungsrechtlichen Hürden für eine gesetzliche Festschreibung des Grundsatzes

(63) <http://anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/SN-10/SN-49-10.pdf>.

der Tarifeinheit außerordentlich hoch seien. Bevor der Gesetzgeber zu einem solch tiefgreifenden Einschnitt schreite, müsse eine sorgfältige Folgenabschätzung aller mit der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit verbundenen Konsequenzen erfolgen. Hierzu wirft der Arbeitsrechtsausschuss des DAV zahlreiche Fragen zum Tarifvertragsrecht, Betriebsverfassungsrecht und Arbeitskampfrecht auf. Über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Festschreibung des Grundsatzes der Tarifeinheit könne nur auf der Grundlage einer wissenschaftlich fundierten Analyse der Folgen einer betrieblichen Tarifpluralität (insbesondere im Arbeitskampfrecht) geführt werden. Der DAV schlägt daher vor, dass sich Mitglieder aller Interessengruppen sowie verbandsunabhängige Experten an der Diskussion beteiligen.

j) Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung

In einem Gutachten im Auftrag des BMWI⁶⁴ kommt das Rheinisch-Westfälische Institut für Wirtschaftsforschung zu einer zurückhaltenden Position im Hinblick auf mögliche gesetzliche Änderungen. Es geht davon aus „dass es für den Gesetzgeber kaum eine Rechtfertigung dafür geben kann, auf bloßen Zuruf wichtiger Gruppen von Akteuren tätig zu werden, ohne dass handfeste Belege dafür vorliegen, dass die Akzeptanz von Tarifpluralität in der Konsequenz zu einer erhöhten Herausbildung von Tarifpluralität in der betrieblichen Praxis und – was noch eine viel wichtigere Voraussetzung wäre – zu erheblichen negativen Konsequenzen für das Funktionieren des Tarifvertragssystems insgesamt führt.“ Vorgeschlagen wurden koordinierende Regelungen ausschließlich im Arbeitskampf. Hier solle bei der Vertretung der Belegschaft durch mehrerer Gewerkschaften ein obligatorisches Schlichtungsverfahren durchgeführt werden; erst wenn dieses scheitere, soll der Weg frei zum Arbeitskampf sein. Dieser Vorschlag löst nicht das Problem, dass eine und dieselbe Berufsgruppe ggf. nach verschiedenen Tarifverträgen behandelt werden müsste, zum anderen greifen hier wiederum die bereits dargelegten Bedenken gegen ein obligatorisches Schlichtungsverfahren, das ein weitergehenden Eingriff in die Gestaltungsfreiheit der Gewerkschaften darstellen dürfte, als der Vorschlag dieses Entwurfs. Wie realistisch es überdies politisch ist, gerade die Regelung auf den Arbeitskampf konzentrieren zu wollen, sei dahingestellt.

2. Reaktionen auf die Professoren-Initiative – Wissenschaft

a) Willemsen/Mehrens

In einem Beitrag für die Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht⁶⁵ widmet sich der Vorsitzende des Arbeitsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins, *Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen* eben dieser Folgenanalyse und nimmt zu denkbaren gesetzlichen Regelungen Stellung. Nach einer ausführlichen Analyse zahlreicher Fragestellungen kommen die Autoren zu dem Resultat, dass bei der derzeitigen Diskussion die Gefahr bestehe, dass „der zweite Schritt vor dem ersten gemacht“ werde. Ihre Analyse habe gezeigt, dass nach allem, was sich derzeit absehen ließe, die in einem tarifpluralen Betrieb auftretenden Probleme im Tarif- und Betriebsverfassungsrecht zufriedenstellend gelöst werden könnten. Die Fragen des Arbeitskampfrechts müssten moderat auf die Situation tarifpluraler Strukturen angepasst werden. Die Autoren empfehlen deshalb abzuwarten, wie sich die Arbeitskämpfe in tarifpluralen Betrieben in den nächsten Jahren entwickelten. Die Frage sei offen, ob sich die Gewerkschaften zu freiwilligen Tarifgemeinschaften zusammenschließen oder zumindest untereinander abstimmen und ob es tatsächlich zu der viel beschworenen „Balkanisierung“ der Tariflandschaft komme. Die Autoren kommen zu dem Resultat, dass sie gegenwärtig gesetzliche Regelungen nicht befürworten.

Freilich ist nicht zu verkennen, dass der moderate Professorenentwurf geradezu einen Schritt in die Richtung der Bildung freiwilliger Tarifgemeinschaften und der Kooperation bietet. Er könnte ein erster verfassungsgemäßer Schritt sein, ohne das Existenzrecht verschiedener Gewerkschaften zu gefährden, eben dieser freiwilligen Kooperation zum Durchbruch zu verhelfen.

b) Horst Konzen

Horst Konzen hat in einem Beitrag „Die Kodifikation der Tarifeinheit im Betrieb“⁶⁶ den Vorschlag von BDA/DGB als verfassungswidrig verworfen; in dem Beitrag wird aber auch auf die Professoren-Initiative ausführlicher eingegangen. *Konzen* würdigt, dass die Gefahr der einseitigen Belastung der Spartengewerkschaft durch den Entwurf der Professoren-Initiative geringer sei.⁶⁷ Die Tarifpluralität werde aber dennoch durch die Verdrängung eines der Tarifverträge in der Sparte

(65) *Willemsen/Mehring*, Das Ende der Tarifeinheit – Folgen und Lösungsansätze, NZA 2010, 1313.

(66) JZ 2010, 1036 ff

(67) *Konzen*, JZ, 2010, 1036, 1044.

eingeschränkt. Der Eingriff in die Tarifautonomie sei vergleichsweise geringer, der Entwurf an dieser Stelle aber dennoch verfassungswidrig.

Dieser Position könnte nur gefolgt werden, wenn jede Form des Tarifeinheitsgedankens, der einen Minderheitstarifvertrag in überschneidenden Geltungsbereichen verdrängt, verfassungswidrig sein kann. Das ist nicht anzunehmen.

Konzen würdigt aber die arbeitskampfrechtliche Lösung der Professoren-Initiative. Sie zeige, dass die selbstständige Tarifpolitik der Minderheitsgewerkschaft im Ansatz erhalten bleibe, aber beim Streik eine Koordination erreicht werde, um den Arbeitgeber nicht mehrfach zu belasten. *Konzen* erkennt, dass bei dieser Regelung die Mehrheitsgewerkschaft fraglos an einer Koordination interessiert sei, um ihren eigenen Tarifvertrag nicht durch die Spartengewerkschaften konterkarieren zu lassen. Andererseits könnten die Arbeitgeber parallel mit der Spartengewerkschaft verhandeln und deren Forderungen beim Tarifabschluss mit der Mehrheitsgewerkschaft berücksichtigen. Dies mindere die Gefahr von „Tarifwirrwarr“ und vermehrten Tarifkonflikten. *Konzen* würdigt dieses Modell als „wohlüberlegt“. Er sieht jedoch – wie andere – ein verfassungsrechtliches Defizit darin, dass die Realanalyse der Spartengewerkschaft und ihrer Tarifpolitik noch aussteht und deshalb nicht gesichert sei, ob eine Schmälerung des Streikrechts der Minderheitsgewerkschaft erforderlich sei.

c) Manfred Löwisch

*Manfred Löwisch*⁶⁸ sieht in dem von DGB und BDA intendierten Gesetzesvorschlag zur Einführung der Tarifeinheit einen verfassungswidrigen, da unverhältnismäßigen Eingriff in die Koalitionsfreiheit. *Löwisch* konzediert, dass das Argument, durch die Tarifeinheit sei einer Zersplitterung des Tarifvertragssystems vorzubeugen, einer Erprobung an der Rechtswirklichkeit von vornherein nicht standhalte. Diese Zersplitterung habe es schon immer gegeben, ohne dass es bislang zu Unzuträglichkeiten gekommen sei. Dort, wo es um den befürchteten Missbrauch der Marktmacht der Berufsgewerkschaften gehe, sei eine Missbrauchsaufsicht dann ggf. das gebotene und verhältnismäßige Mittel. Auch hier stellt *Löwisch* bislang den Extremfall des Missbrauchs einer angeblichen Marktmacht nicht fest. Der Vervielfachung kollektiver Arbeitsrechtskonflikte könne schließlich nicht durch eine vollständige Verdrängung konkurrierender

Tarifverträge begegnet werden, sondern lediglich durch eine Ausdehnung der Friedenspflicht.

3. Zusammenfassung

Aus Sicht der Fach- und Berufsgewerkschaften verständlich wird jede gesetzliche Regelung zur Eingrenzung negativer Folgen der Tarifpluralität abgelehnt. Insoweit lehnen die Berufs- und Spartengewerkschaften auch den Entwurf der Professoren-Initiative ab, obwohl deutlich ist, dass ihre verfassungsgemäßen Rechte durch den Entwurf der Professoren-Initiative gewahrt werden. Die Anreize zur Kooperation in Verhandlungsführung und Arbeitskampf sind milde, und in Ansehung der unklaren Folgenabschätzung angemessene Maßnahmen. Stellungnahmen aus dem Bereich der Arbeitgeber sehen dagegen den Entwurf der Professoren-Initiative kritischer, weil sie meinen, dass die befürchteten Szenarien einer sich ausweitenden Kampfbereitschaft Fach- und Berufsgewerkschaften nicht wirkungsvoll genug durch den Entwurf eingedämmt werde. Immer mehr durchzusetzen scheint sich jedoch die Position, vor einer gesetzgeberischen Initiative müsse eine noch genauere Folgenanalyse vorgenommen werden. Dies ist nicht nur die Auffassung des sehr substanzreichen Beitrages von Konzen, sondern auch des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung und des Arbeitsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins. Auch die Professoren-Initiative steht dieser Analyse nicht im Wege. Vielmehr empfinden deren Mitglieder ihren Vorschlag als einen ersten Diskussionsvorschlag, der weitergehenden Erkenntnissen gegenüber offen ist.

VII. VERFASSUNGSRECHTLICHE ARGUMENTE FÜR DEN EINGESCHLAGENEN WEG

Wie schon in der Anhörung in Bad Honnef deutlich wurde, hängt auch die rechtspolitische Beurteilung jedes Vorschlags entscheidend von seiner verfassungsrechtlichen Einordnung ab.

1. Betroffene Schutzbereichsaspekte des Art. 9 III GG

Der verfassungsrechtliche Hauptangriffspunkt der gegen den DGB/BDA-Entwurf vorgebracht wird (s. hierzu die Gutachten von *Däubler*, *Reichold*⁶⁹ und *Rieble*⁷⁰; pro Entwurf jedoch *Scholz*⁷¹), ist, dass eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung zweier Organisationsprinzipien Folge der Regelung ist: Offenkundig werden Gewerkschaften mit einer „unterbetrieblichen“ Tarifzuständigkeit benachteiligt, da diese nur in seltenen, atypischen Fällen bezogen auf den Betrieb die Mehrheit stellen werden. Somit wäre ein Berufstarifvertrag selbst dann regelmäßig zum Scheitern verurteilt, wenn die ihn abschließende Berufsgewerkschaft die überwältigende Mehrheit der Gewerkschaftsmitglieder in der betroffenen Berufsgruppe repräsentiert, nur weil bezogen auf den Betrieb eine andere Gewerkschaft Mehrheitsgewerkschaft ist.

a) Gründungsfreiheit, Bestandsfreiheit

Schon nach dem Wortlaut des Art. 9 III GG ist ein Schutzaspekt der Koalitionsfreiheit die Koalitionsgründung und damit verbunden auch eine Bestandsgarantie gegründeter Koalitionen. Wäre nur die Gründung dem Wortlaut entsprechend gesichert, nicht aber der Fortbestand, wäre auch die Freiheit der Koalitionsgründung wertlos. Insofern kann man durchaus die Frage aufwerfen, ob nicht jede intendierte Verhinderung neuer Koalitionsgründungen bereits den Schutzbereich berührt. Es spricht einiges dafür, bereits die Gründungsfreiheit durch eine Regelung beeinträchtigt zu sehen, die darauf abzielt, die Fortentwicklung des Koalitionssystems im Sinne einer Verhinderung weiterer Gewerkschaftsgründungen zu beeinflussen und die insbesondere die Berufsgewerkschaften versucht zu behindern. Damit ist noch nichts darüber gesagt, ob diese offenbar zu kons-

(69) Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit eines von BDA und DGB geplanten „Gesetzes zum Erhalt der Tarifeinheit“, erstattet im Auftrag der dbb tarifunion, 2. August 2010.

(70) Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zur Regelung der Tarifeinheit, 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., August 2010.

(71) Rechtsgutachten zur Problematik von Tarifpluralität und Tarifeinheit – Verfassungsfragen zu einer gesetzlichen Reformlösung – Erstattet im Auftrag der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), Juni 2010.

tatierende Beeinträchtigung gegebenenfalls gerechtfertigt werden könnte. Das Risiko des Scheiterns bei Tarifverhandlungen einer Koalition abzunehmen, ist sicher nicht Aufgabe des Tarifrechts. Kann eine Berufsgewerkschaft keine effektiv wirkenden Tarifverträge abschließen und auch keine darauf gerichteten Arbeitskampfmaßnahmen ergreifen, werden die prägenden Daseinsmerkmale einer Arbeitnehmerkoalition, aus denen sie ihre Existenzberechtigung herleitet und ihre Werbe- und Überzeugungskraft gewinnt, letztlich abgesprochen. Eine auf Marginalien wie die Regelung der Arbeitsbeziehungen durch schuldrechtliche Normenverträge oder Serviceleistungen für Mitglieder beschränkte Koalition ist keine Koalition mit einer besonders hohen Überlebenschance in einem verschärften Koalitionswettbewerb. Gerade deshalb haben sich die Professoren in ihrem Entwurf für ein Modell entschieden, dass Berufsgewerkschaften erlaubt, Tarifverträge abzuschließen und diese auch zur Anwendung zu bringen, wenn sie über die Mehrheit der organisierten Mitglieder in ihrem Bereich verfügen.

b) Tarifgeltung und Tarifpartizipation

Ein Haupteinwand gegen das bisherige Tarifeinheitsmodell des Bundesarbeitsgerichts liegt nun darin, dass die Mitglieder der „unterlegenen“ Gewerkschaft dem von ihrer Gewerkschaft ausgehandelten Tarifschutz entzogen und auf den Status eines nichtorganisierten Arbeitnehmers zurückgeworfen werden. In seinem Anfragebeschluss vom 27.1.2010 sind auch für den Vierten Senat des Bundesarbeitsgerichts verfassungsrechtliche Einwände gegen jede Form von Tarifverdrängung von ganz maßgeblicher Bedeutung (vgl. dort Rn. 75 ff.). In der Tat: Schon dem Wortlaut nach zielt Art. 9 III GG auf die Regelung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ für die Koalitionsmitglieder ab. Viel spricht daher dafür, auch die ausgehandelten Tarifverträge vom abwehrrechtlichen Schutz durch Art. 9 III GG erfasst zu sehen. Man kann sogar sagen, dass zentraler Aspekt der Koalitionsfreiheit die Tarifautonomie ist. Der Abschluss von Tarifverträgen ist gerade der Grund, weshalb es zur Gründung und Betätigung von Gewerkschaften kommt. Die anderen Betätigungsformen scheinen lediglich flankierende Ergänzungen zur Tarifnormsetzungstätigkeit.

Herrschender Auffassung im Rahmen der bisherigen Debatte um die Tarifeinheit entspricht, dass auch die individuelle Tarifpartizipation vom Schutzbereich umfasst ist.⁷² Folgt man dieser Auffassung, so liegt schlicht im Akt der Verdrängung

(72) vgl. *Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz*, 1999, S. 412, 442 m.w.N.

eines an sich gültigen Tarifvertrags durch einen anderen eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs von Art. 9 III GG. Dies geschieht auch im Professorenentwurf und bedarf daher der Rechtfertigung; auch hier wird auf eine Berufsgruppe immer nur ein Tarifvertrag tarifrechtlich zur Geltung gelangen. Dagegen wird der Tarifvertrag der konkurrierenden Gewerkschaft, die über weniger Mitglieder im Bereich der Konkurrenz verfügt, verdrängt.

c) Koalitionspluralismus

Nach vielfältiger Ansicht ist der Koalitionspluralismus durch Art. 9 III GG prinzipiell mitgeschützt. Der Koalitionspluralismus besteht jedoch nicht schrankenfrei. Zwar seien die konkurrierenden Koalitionen im Lichte von Art. 9 III GG, 3 I GG prinzipiell gleichberechtigt. Eine Grenze sei aber erreicht in der Rücksichtnahme auf andere, konkurrierende Koalitionen. Letztlich sei hier also das Gebot praktischer Konkordanz und der grundlegende Funktionsfähigkeitsvorbehalt des Art. 9 III GG zu beachten.

Man kann durchaus die Frage aufwerfen, ob der Koalitionspluralismus als solcher tatsächlich ein Schutzgegenstand des Art. 9 III GG darstellen kann. Jedenfalls als Konsequenz der gewährleisteten Gründungsfreiheit ergibt sich automatisch eine Pluralismuschance, die der Gesetzgeber durch Beschränkung der Gründungsfreiheit nicht eliminieren darf. Mit *Rieble* muss „potenzieller Wettbewerb“ (Rn. 90) vorstellbar bleiben. Der Start muss in diesem Koalitionswettbewerb eine neutrale Stellung einnehmen und sicherstellen, dass das Recht gleiche Wettbewerbschancen ermöglicht. Er kann daher kein den tatsächlichen Machtverhältnissen entgegengesetztes Koalitionsmodell etablieren. Vielmehr ist er darauf beschränkt, die sich freiheitlich ergebenden Machtverhältnisse nachzuzeichnen, sofern dies verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist, einzuhegen. Für die Beurteilung des vorliegenden Regelungsvorschlags folgt daraus: Da der Regelungsvorschlag eben nicht darauf abzielt, in jedem Betrieb ausschließlich die Mehrheitsgewerkschaft in die Lage zu versetzen, effektiv wirkende Tarifverträge abzuschließen, sondern es mehreren Gewerkschaften ermöglicht, Tarifverträge zu erzielen, zielt er nicht auf die Marktverdrängung von „Minderheitsgewerkschaften“ ab. Auch dies ist verfassungsrechtlich wünschenswert.

d) Zwischenergebnis

Deutlich wurde, dass auch durch den Professorenentwurf Schutzaspekte des Art. 9 III GG berührt scheinen – wenn auch weniger als durch die bisherige Rechtsprechung des BAG. Zusammengefasst lässt sich sagen, dass eben keine strukturelle Benachteiligung von nach dem Berufsverbandsprinzip organisierten Gewerkschaften besteht – und keine strukturelle Benachteiligung der am Industrieverbandsprinzip organisierten Vereinigungen. Es bleibt aber dabei, dass jede Tarifverdrängung einen Eingriff in ein möglicherweise bestehendes Grundrecht auf Geltung abgeschlossener Tarifverträge und individuelle Tarifpartizipation darstellt. Inwieweit dies der Fall ist, wird mit Blick auf den „Professorenentwurf“ zu erörtern sein.

2. Dialektik von Eingriff und Ausgestaltung

Mit der vorstehend untersuchten Betroffenheit verschiedener grundrechtlicher Schutzaspekte ist noch nichts darüber ausgesagt, ob es sich um einen Eingriff in Art. 9 III GG handelt oder aber um eine Grundrechtsausgestaltung. Möglicherweise bedarf diese Frage auch keiner Entscheidung, da die Schutzniveaus in beiden Fällen nicht wesentlich voneinander abweichen. Das Bundesverfassungsgericht scheint in seiner jüngeren Rechtsprechung die Schutzbereichs- und Schrankendogmatik von Art. 9 III GG der klassischen Eingriffsprüfung anzunähern. Ein Eingriff kann, da Art. 9 III GG vorbehaltlos konzipiert ist, nur durch kollidierende Rechtsgüter von Verfassungsrang gerechtfertigt werden. Da das Bundesverfassungsgericht jedoch zu einer sehr weit gespannten Interpretation kollidierender Verfassungsgüter, insbesondere des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG), gelangt, ist letztlich jedes einfachrechtlich-politische Regelungsziel, dass im Rahmen einer anerkannten weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers als legitim bewertet werden kann, geeignet, einen Eingriff in Art. 9 III GG zu rechtfertigen. Der Mehrwert einer partiellen Ausgestaltungsdogmatik liegt lediglich darin, dass die verfassungsrechtliche Verbrämung durch extensive Interpretation kollidierender Verfassungsgüter vermieden werden kann und die politische Gestaltungsverantwortung des einfachen Gesetzgebers transparent wird. So viel aus diesem Blickwinkel für eine Anerkennung einer besonderen Ausgestaltungsdogmatik im engeren Bereich des Tarifvertragsrechts spricht, kann die Frage gleich im Ergebnis hier offen bleiben. Unabhängig von der Deklaration als Eingriff oder Ausgestaltung ist festzuhalten: In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind vielfältige Regelungsziele

gerechtfertigt, verhältnismäßige Eingriffe in Art. 9 III GG zu legitimieren. Dem Gesetzgeber kommt dabei eine weite Einschätzungsprärogative zu, die nur auf evidente Fehleinschätzungen überprüft wird. Legitime Regelungszwecke können somit sein: Die aus Art. 9 III GG selbst abgeleitete Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, diverse Ausprägungen des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) sowie der Schutz weiterer verfassungsrechtlicher Rechtsgüter, insbesondere bei Arbeitskämpfen im Bereich der Daseinsvorsorge, etwa der Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG).

3. Eingriffsrechtfertigung

Anknüpfend an diese Überlegungen stellt sich die Frage, inwieweit der vorliegende Regelungsentwurf einer Verhältnismäßigkeitskontrolle standhält. Zu fragen ist zunächst (unter a), ob ein legitimes Regelungsziel unter Berücksichtigung des weiten Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers ersichtlich ist, sodann (unter b und c), ob das gewählte Gestaltungsmittel geeignet und erforderlich ist, das gewünschte Ergebnis herbeizuführen und schließlich (unter d), ob die gefundene Regelung verhältnismäßig im engeren Sinne, d.h. proportional im Verhältnis zu den beeinträchtigten Verfassungsgütern ist.

a) Legitimer Zweck

Als denkbaren legitimen Zweck mag man die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems anführen, die das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der weiten extensiven Interpretation kollidierender Verfassungsgüter aus Art. 9 III GG ableitet. Insofern scheint bereits fraglich, ob zum gegenwärtigen Zeitpunkt der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers nicht bereits überschritten ist, wenn vertreten wird, dass der gegenwärtige Zustand eine Funktionsunfähigkeit des Tarifvertragssystems herbeiführe. Für eine Funktionsunfähigkeit ist selbst unter Anerkennung eines weitgesteckten Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers wenig ersichtlich. Trotz der bisherigen Entwicklung und Etablierung einiger Berufs- und Sparten Gewerkschaften handelt es sich in der Summe doch um ein begrenztes Phänomen. Sicherlich sind die Tarifauseinandersetzungen in den begrenzten, davon bislang betroffenen Wirtschaftsbereichen für die Arbeitgeberseite unangenehmer geworden. Gleichwohl zeigen gerade die jüngsten Tarifauseinandersetzungen, etwa im Bereich der Luftfahrt oder der Deutschen Bahn, dass keineswegs eine Entwicklung zu rücksichtslosen, ausgedehnten Arbeitskämpfen feststellbar ist. Das Streikgeschehen bleibt vielmehr begrenzt. Selten wird zu

Mitteln des Arbeitskampfes gegriffen. Und selbst die Erhebung „exorbitanter“ Tarifforderungen mit einem latent vorhandenen Arbeitskampfdruck scheint bei weitem nicht so dramatisch, wie sie zum Teil an die Wand gemalt wird. Die bisherige Entwicklung scheint eher die Erwartung zu unterstützen, dass es sich bei der Etablierung von Berufsverbänden um ein begrenztes, überschaubares Phänomen auch künftig handeln wird. Folgt man dieser Einschätzung, ist für eine ansonsten drohende Funktionsunfähigkeit des Tarifsystems wenig ersichtlich, so dass die Legitimität bzw. Einschlägigkeit des Ziels, die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems zu sichern, bereits fragwürdig ist.

Rieble diskutiert in tarifrechtlicher Hinsicht vier denkbare Ausgestaltungsziele zugunsten der Tarifeinheit (S. 71 ff.). Er erwägt die Beschränkung des tarifbezogenen Gewerkschaftswettbewerbs, die innerbetriebliche Verteilungsgerechtigkeit, das Interesse an betriebseinheitlich geordneten und standardisierten Arbeitsbedingungen sowie technische Fragen des pluralen Tarifvollzugs, insbesondere die Problematik des Fragerechts nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, der Abgrenzung tariflicher Individual- und Betriebsnormen sowie die Vermeidung betriebsverfassungsrechtlicher Folgeprobleme. Er breitet damit die ganz Palette möglicher Rechtfertigungsgründe aus. Zutreffend ist es, dass die Gefahr des unkontrollierten Gewerkschaftswechsels, sprachlich unschön als „Gewerkschaftshopping“ bezeichnet, stark zu relativieren ist. Insbesondere die auch auf Arbeitnehmerseite anzuwendende Nachbindung an einen einmal mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrag (§ 3 Abs. 3 TVG) verhindert hier ein destabilisiertes System. Wettbewerb jenseits dieser unkontrollierten Effekte zu verhindern, scheint mit Blick auf den Umstand, dass Art. 9 Abs. 3 GG den Koalitionspluralismus und -wettbewerb jedenfalls als Konsequenz der Gründungsfreiheit mit schützt, prinzipiell kein legitimes Ziel. Vielmehr steht diese Zielsetzung als solche im Widerspruch zu den Grundrechtsgewährleistungen des Art. 9 Abs. 3 GG. Legitim scheint es dagegen, dem Wettbewerb Grenzen zu setzen, insbesondere einen Unterbietungs- und Überbietungswettbewerb zu beschränken. Freilich droht ein Unterbietungswettbewerb insbesondere auf Basis eines Wettbewerbs ausschließenden Systems, in dem die Nutzung des Tarifvertrags als Gestaltungsmittel im Arbeitgeberinteresse vorstellbar wird. Dies geschah in Teilen auf Basis des bisherigen Tarifeinheitsmodells in Kombination mit einem Spezialisierungsprinzip. Die Neuausrichtung am Mehrheitsprinzip scheint jedenfalls geeignet, einen derartigen Unterbietungswettbewerb zu unterbinden, indem auf die tatsächliche Tariflegitimation in der Belegschaft abgestellt wird. Versteht man das Ziel

der Wettbewerbssteuerung in diesem eingeschränkten Sinne, so scheint darin jedenfalls ein legitimes Ziel zu liegen. Fraglich bleibt, ob das gewählte Mittel tatsächlich erforderlich ist, um eine Wettbewerbssteuerung im gebotenen Ausmaß herbeizuführen, oder ob mildere, gleich geeignete Mittel zur Erreichung dieses Ziels existieren (dazu sogleich unter b). Die Grenze des legitimen Ziels der Wettbewerbssteuerung ist überschritten, wenn das Modell die Ausschaltung jeglicher Opposition, letztlich also die Herbeiführung einer erzwungenen Einheitsgewerkschaft, zum Ziel hat. Eben das ist aber beim Professorenentwurf nicht der Fall: die Minderheitsgewerkschaft setzt sich tarifrechtlich durch, wenn sie in ihrem Bereich die Mehrheit der organisierten Mitglieder hat. Das Konzept von BDA und DGB scheint demgegenüber darauf ausgerichtet, jeweils nur der Mehrheitsgewerkschaft im Betrieb Betätigungsmöglichkeit zu belassen, zielt damit in der Fläche auf eine erzwungene Gewerkschaftseinheit ab und damit auf die Ausschaltung inner- und außergewerkschaftlicher Opposition. Darin ist kein legitimes Ziel zu ersehen.

Die schlichten Organisationsfragen der pluralen Tarifdurchführung und damit die pragmatischen Erwägungen, die der Entwicklung des früheren Tarifeinheitskonzepts in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ursprünglich zugrunde lagen, scheinen in der Summe wenig geeignet, ein legitimes Ziel zur Beschränkung der Koalitionsfreiheit darzustellen. Bereits nach dem früheren Tarifeinheitskonzept waren diese Fragen in Sonderkonstellationen, in denen Tarifpluralitäten ausnahmsweise akzeptiert wurden, etwa im Nachwirkungsstadium (§ 4 Abs. 5 TVG) eines Tarifvertrages, nach einem Betriebsübergang (§ 613 a BGB) oder bei einer „Quasi-Tarifpluralität“ infolge der Verwendung arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln ohne weiteres akzeptiert, wurden gelöst und somit offenkundig auch als lösbar erachtet. Bereits dies zeigt, dass in den schlichten Fragen der Anwendung pluraler Tarifverträge nur schwerlich ein legitimes Regelungsziel zur Erzwingung einer Tarifeinheit gesehen werden kann. Die bloße Administration unterschiedlicher Entgeltsysteme scheint in Zeiten der elektronischen Datenverarbeitung handhabbar. Auch unterschiedliche Arbeitszeitmodelle sind in Zeiten des Teilzeitanpruchs (§ 8 TzBfG) nichts Ungewöhnliches und werden in der Praxis reibungslos gehandhabt. Das Fragerecht nach der Gewerkschaftszugehörigkeit wird auch im Falle des DGB/BDA-Tarifeinheitskonzepts nicht vermieden. Vielmehr ist es zur Feststellung der mehrheitlichen Tariflegitimation im Betrieb geradezu unerlässlich, Erkenntnisquellen hinsichtlich der Gewerkschaftsmit-

gliedschaft anzuerkennen. Das Konzept versucht zwar, dies durch Anerkennung eines Verfahrens, das in der Zuständigkeit der Notare angesiedelt wird, abzumildern. Darin liegt ein erwägenswerter Bestandteil, der auch im Rahmen des alternativen Professorenentwurfs aufgegriffen wurde. Ein Mehrwert liegt jedoch gegenüber der Anerkennung der freien Tarifpluralität darin gerade nicht, indem Erkenntnisquellen hinsichtlich der Gewerkschaftszugehörigkeit in beiden Fällen gleichermaßen erforderlich werden. Die Abgrenzung von Individual- und Betriebsnormen scheint ebenso leistbar wie die Bewältigung betriebsverfassungsrechtlicher Folgeprobleme, insbesondere hinsichtlich § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG. Zutreffend ist insofern auch der Hinweis Riebles, dass nicht das Tarifrecht betriebsverfassungsrechtlichen Erfordernissen folgen müsse, sondern vielmehr das Betriebsverfassungsrecht sich als niedere Mitbestimmungsebene sich dem Tarifvertragsrecht systematisch unterordnet. Insofern nimmt in der Tat „die Betriebsverfassung ... Rücksicht auf den Tarifvertrag und nicht umgekehrt“ (Rieble, Rn. 256).

Zwischenergebnis:

Als Fazit ist festzuhalten, dass legitime Ziele zugunsten einer Tarifeinheitskonzeption, wie im Professorenentwurf vorgeschlagen, im weitesten Sinne gesehen werden können in der Wettbewerbsbegrenzung durch Vermeidung eines Unter- und Überbietungswettbewerbs sowie in der Entgeltgerechtigkeit innerhalb einer Berufsgruppe.

b) Geeignetheit

Zur Verwirklichung der damit identifizierten legitimen Ziele ist das vorgeschlagene Tarifeinheitskonzept geeignet. Für dieselbe Berufsgruppe existiert jeweils nur ein normatives Regelwerk, so dass Entgeltdiskrepanzen zwischen unterschiedlich organisierten Arbeitnehmern derselben Berufsgruppe vermieden werden. Da die Mehrheitsgewerkschaft, die selber noch keinen Tarifvertrag abgeschlossen hat, allein entscheidet, ob im Betrieb gestreikt wird, wird die Gefahr asynchroner, aufeinanderfolgender Arbeitskämpfe abgewendet.

Die Richtigkeit dieses Konzepts bestätigt sich durch einen Blick auf die Praxis: Bereits in der Vergangenheit etablierten sich Berufsgewerkschaften mit einer eigenständigen Tarifpolitik, obwohl das Prinzip der Tarifeinheit bisheriger Prägung ihrem Wirken entgegengesetzt war. Es hat sich gezeigt, dass ein Tarif-

recht, das den tatsächlichen Kräfteverhältnissen in den Betrieben entgegengesetzt ist, nicht durchsetzbar ist. Er kämpft eine starke Berufsgewerkschaft einen Tarifvertrag, wird der Arbeitgeber gezwungen sein, diesen Tarifvertrag faktisch anzuwenden, auch wenn ein Rechtsprinzip eigentlich seine Geltung verhindern möchte. Insofern waltet im kollektiven Arbeitsrecht gewissermaßen die „normative Kraft des Faktischen“. Das Sein prägt das Sollen. Sind durchsetzungsstarke Teile der Belegschaft mit den bisherigen Tarifstrukturen unzufrieden, sind sie bereit, erhebliche rechtliche Risiken auf sich zu nehmen, um die Tarifstrukturen in ihrem Sinne zu verändern. Entgegen diesen tatsächlichen Kräfteverhältnissen lässt sich ein Koalitions- und Tarifsysteem nicht erzwingen. Somit scheint viel dafür zu sprechen, dass ein gesetzgeberisch veranlassetes, aber in der betrieblichen Wirklichkeit nicht akzeptiertes und den tatsächlichen Kräfteverhältnissen entgegengesetztes Regelungsmodell prinzipiell ungeeignet wäre, weil die betriebliche Wirklichkeit es nicht annimmt und sich neue Wege zur Verwirklichung der faktisch bestehenden Kräfteverhältnisse sucht. Eben diesen Gedanken nimmt das Professorenmodell auf und orientiert sich in seinen Regelungen an dem, was bislang bereits *praeter legem* praktiziert wurde.

Der Weg ist letztlich ohne Alternative: Es bestehen erhebliche Zweifel, ob sich durch rechtlichen Zwang ein Gewerkschafts- und Tarifeinheitsmodell durchsetzen lässt, das darauf abzielt, die etablierten, besonders durchsetzungskräftigen Berufsverbände zu eliminieren. Viel spricht dafür, dass ein solches Konzept in der betrieblichen Wirklichkeit nicht akzeptiert würde und zu derart starken Konflikten führen würde, dass es in der betrieblichen Wirklichkeit nicht umgesetzt würde. Gegebenenfalls wäre bereits nach kurzer Zeit eine Revision der getroffenen gesetzgeberischen Entscheidung unter dem Eindruck sich immer weiter verschärfender Konflikte in den Betrieben zu erwarten und erforderlich. Daher scheint viel dafür zu sprechen, dass geeignet nur ein Regelungsmodell ist, das die tatsächlichen Kräfteverhältnisse und Bedürfnisse in den Betrieben aufgreift, sie behutsam einhegt, aber nicht den Drang durchsetzungsstarker Berufsgruppen zur eigenständigen Organisation durch rechtlichen Zwang zu unterbinden versucht. Nur ein solches Modell scheint auf die notwendige Akzeptanz zu stoßen, die es als geeignetes Regelungsmodell erscheinen lässt.

c) Erforderlichkeit

Es bleibt die Frage, ob das vorgeschlagene Regelungsmodell tatsächlich erfor-

derlich ist, oder ob andere gleich, oder sogar besser geeignete Regelungsmodelle ersichtlich sind. Der Schwerpunkt bei den dargestellten legitimen Zielen liegt, wie gezeigt, in der Sicherstellung der einheitlichen Vergütung einer Berufsgruppe sowie der Vermeidung unkoordinierter, asynchroner Arbeitskämpfe.

Zielgenauere und insofern mildere Regelungen sind nicht ersichtlich. Gewählt wurden Gestaltungsmittel, die genau bei den Problemen ansetzen und die fehlende Synchronität und Unabgestimmtheit der Tarifaueinandersetzungen zu vermeiden suchen. Aus diesem Grunde hält auch *Konzen* die weitergehende Regelung der Verdrängung des Minderheitstarifvertrages im Sinne des § 4a Abs. 1 des BDA/DGB-V für nicht erforderlich und daher verfassungswidrig.⁷³ Insofern setzt der Professorenentwurf erheblich zielgenauer an. Er erscheint als milderes Mittel, das zur Verwirklichung dieses Regelungsziels gleich geeignet ist, jedoch die erheblichen Auswirkungen auf Gründung, Bestand und Binnenorganisation konkurrierender Minderheitsgewerkschaften ebenso vermeidet wie die bedenklichen Auswirkungen auf den Koalitionspluralismus (zu diesen Aspekten sogleich unter d) Proportionalität).⁷⁴

Das als legitim identifizierte Ziel der Vermeidung eines Unterbietungswettbewerbs wird durch den BDA/DGB-Entwurf realisiert, indem ein Mehrheitsprinzip zur Anwendung gebracht wird. Auch insofern bietet der Professorenentwurf ein gleich geeignetes Modell, indem auch hier auf die mehrheitliche Tariflegitimation abgestellt wird. Auch insofern werden die nachteiligen Effekte mit Blick auf die Proportionalität der Regelungsvorschläge vermieden.

Der sozialstaatlich gestützten Entgeltgerechtigkeit innerhalb einer Berufsgruppe dient der Professorenentwurf in gleichem Maße wie der BDA/DGB-Entwurf. Auch hier gilt innerhalb des Überschneidungsbereichs immer nur ein normatives Regelungsmerkmal. Divergente normative Bedingungen für Beschäftigte mit der gleichen Tätigkeit werden auf diese Weise auch hier vermieden. Erneut sprechen für den Professorenentwurf Aspekte der Proportionalität.

Hält man die innerbetriebliche Verteilungsgerechtigkeit zwischen einzelnen Berufsgruppen für ein legitimes Ziel – entgegen Rieble –, so hat der BDA/DGB-

(73) Konzen, JZ 2010, 1036.

(74) Ebenso Konzen, JZ 2010, 1036.

Entwurf Vorteile auf seiner Seite. Der alternativ vorgeschlagene Professorenentwurf kann dieses legitime Ziel nicht in gleicher Weise verwirklichen, da er die Entgeltspreizung durch eigenständige Berufs- und Spartentarifverträge akzeptiert. Auf seiner Basis ist es anders als nach dem BDA/DGB-Entwurf möglich, dass durchsetzungsstarke Berufsgruppen weiterhin eine eigenständige Tarifpolitik betreiben. Freilich setzt auch der Professorenentwurf insofern Anreize, übermäßige Entgeltspreizungen zu vermeiden. Er setzt insofern allerdings nicht auf rechtlichen Zwang, sondern auf Anreize zur freiwilligen Koalition und Abstimmung zwischen den konkurrierenden Gewerkschaften. Der Verzicht auf rechtlichen Zwang macht das Regelungsmodell des Professorenentwurfs mit Blick auf diesen Aspekt weniger wirksam, dies freilich ganz bewusst, um die massiven, verfassungswidrigen Rückwirkungen des BDA/DGB-Entwurfs auf Gründungs-, Betätigungs- und Existenzfreiheit sowie Innenorganisationsfreiheit der Gewerkschaften zu vermeiden.

d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Proportionalität

Die Betrachtung der Proportionalität widmet sich der Abwägung und Gewichtung des angestrebten Regelungsziels im Verhältnis zu den Rechtsgütern, in die eingegriffen bzw. die durch die Ausgestaltung reflexhaft beeinträchtigt werden. Ferner ist im Rahmen der Proportionalität die Beeinträchtigung sonstigen Verfassungsrechts zu würdigen. Insofern ist zu prüfen, inwieweit die identifizierten legitimen Zwecke die zu konstatierenden Beeinträchtigungen der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) rechtfertigen können, insbesondere mit Blick auf die Beeinträchtigung der Binnenorganisationsautonomie, sofern man nach hier vertretener Auffassung diese für verletzt hält, daneben auch mit Blick auf Gründungs- und Bestandsgarantie, das Schutzgut des Gewerkschaftspluralismus, die Arbeitskampffreiheit sowie – sofern man mit der überwiegenden Auffassung von einer diesbezüglichen Schutzdimension des Art. 9 Abs. 3 GG ausgeht – der Tarifgeltung sowie der individuellen Tarifpartizipation des einzelnen Gewerkschaftsmitglieds.

Mit Recht weist *Rieble* (Rn. 285) insofern auf die Diagnoseschwierigkeit hin: In der Tat lässt sich „ein Missverhältnis zwischen legitimem Regelungszweck und [...] Regelungsinstrumenten [...] kaum objektivierend feststellen“. Und in der Tat ist ebenso wie die Identifikation legitimer Zwecke auch die Proportionalität Domäne des vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Prognose- und Einschät-

zungsspielraum des Gesetzgebers. Als Aspekte der Proportionalitätsprüfung führt *Rieble* gleichwohl den – nach hier vertretener Auffassung eher der Erforderlichkeitsprüfung unter dem Gesichtspunkt eines „milderen Mittels“ zuzuordnenden – Aspekt an, dass nach einem Tarifeinheitskonzept, wie es DGB und BDA vorschwebt, die Angehörigen der Minderheitsgewerkschaft ihres Tarifschutzes beraubt werden, ohne dass ihnen der Ausgleich eines anderen Tarifschutzes gewährt wird (*Rieble*, Rn. 288). Insofern scheint tatsächlich ein milderes Mittel darin zu liegen, wie bereits angesprochen, dass nach dem Professorenentwurf den Gewerkschaftsmitgliedern, deren mitgliedschaftlich-legitimierter Tarifvertrag verdrängt wird, gleichwohl ein Anspruch auf Gleichbehandlung oder Behandlung nach dem verdrängten Tarifvertrag gewährt wird. Zutreffend verweist *Rieble* im Hinblick auf die Proportionalität auch auf den Aspekt der Fremdbestimmung (Rn. 292 ff.). Angesprochen sein dürfte damit, wenn auch unklar, die Betroffenheit sonstiger Rechtsgüter von Verfassungsrang. Fremdbestimmung ist einer demokratischen Gesellschaft fremd und ein nicht angemessenes Herrschaftssystem. Insofern scheinen Gedanken des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) mit Blick auf die proportionale Ausgestaltung von Interesse: Der selbst bestimmte Organisationsakt der Gewerkschaftsmitglieder einer Minderheits- bzw. Berufsgewerkschaft sollte respektiert werden. Ebenso scheint es mit Blick auf das Demokratieprinzip kontraproduktiv, durch rechtlichen Zwang eine Tarif- und damit mittelbar Gewerkschaftseinheit zu erzwingen. Ebenso wie die rechtliche Erzwingung einer Einheitspartei in einem demokratischen Gemeinwesen ein schlechthin systemwidriger Vorgang wäre, scheint es höchst bedenklich, einen zentralen Bereich der Normsetzung auf dem Gebiet der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen einer mit rechtlichen Mitteln erzwungenen Einheitsorganisation in Form einer Einheitsgewerkschaft anzuvertrauen. Zur Demokratie gehören Vielfalt und Wahlmöglichkeiten. Auch dies spricht entscheidend dafür, in der rechtlichen Erzwingung bzw. dem rechtlichen Hinwirken auf vereinheitlichte Organisationsstrukturen auf Gewerkschaftsseite einen systemwidrigen Gestaltungsakt zu sehen, der in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis zum grundgesetzlichen Demokratieprinzip und der damit verbundenen Grundentscheidung für eine pluralistische Gesellschaftsordnung zu stehen scheint. Der Professorenentwurf trägt diesen Bedenken Rechnung.

Mit Blick auf sonstige Güter von Verfassungsrang ist hier noch von Bedeutung, dass, sofern man Gleichheitsaspekte nicht bereits im Schutzbereich des Art. 9

Abs. 3 GG verordnet, auch die Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) durch eine Ungleichbehandlung von Art. 9 Abs. 3 GG als prinzipiell gleichwertig identifizierter Organisationen auf Gewerkschaftsseite erfolgt. *Rieble* leitet daraus erwägenswert ab, dass auch auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts nur solche Kampfbeschränkungen proportional und gleichheitskonform sind, die nicht einseitig „nur zu Lasten der Berufsgruppengewerkschaften verordnet oder gehandhabt werden“. So dürften Abkühlungsphasen nicht nur zu Lasten der Spezialistengewerkschaft statuiert werden (Rn. 371). Auch dies ist erwägenswert und im Ansatz überzeugend. Freilich mag man mit Blick auf den Gleichheitssatz überlegen, inwieweit tatsächlich nachweisbare Unterschiede, etwa hinsichtlich der Arbeitskampfeffizienz unterschiedlicher Organisationsformen, hier differenzierende Regelungen tragen könnten. Insofern könnte in der besonderen Arbeitskampfstärke der Spezialistengewerkschaften ein sachlicher Grund dafür gesehen werden, ihnen – im Sinne einer maßvollen Regulierung des Gewerkschaftswettbewerbs und zur Verhinderung eines Überbietungswettbewerbs – spezielle Kampfregeln zu setzen, ohne ihnen freilich die Befugnis zum Arbeitskampf vollständig oder auch nur substantziell abzusprechen.⁷⁵

Soweit *Scholz* darauf verweist, dass gerade ein Tarifeinheitsmodell im Sinne des BDA/DGB-Entwurfs eine proportionale Lösung durch Ausgleich unterschiedlicher Rechtspositionen im Wege praktischer Konkordanz herbeiführt, kann dies nicht überzeugen: Vielmehr wird durch das betriebsbezogene Mehrheitsprinzip einer Seite, nämlich den DGB-Branchengewerkschaften, alles gegeben, der anderen Seite, nämlich den Berufsgruppengewerkschaften und anderen Minderheitsgewerkschaften, alles genommen: Während die traditionell starken Branchengewerkschaften durch den Zuschnitt ihrer tariflichen Geltungsbereiche den Eintritt von Tarifpluralitäten im Sinne dieses Entwurfs steuern und beeinflussen können, haben insbesondere Berufsgruppengewerkschaften diese Möglichkeit nicht. Sie sind insofern der Gestaltungsmacht der Branchengewerkschaft ausgeliefert. Die Branchengewerkschaft wird, soweit sie sich – was regelmäßig der Fall sein wird – auch in der Mehrheitsposition im Betrieb befindet, auch in der Rechtsfolge begünstigt: Das Mehrheitsprinzip führt regelmäßig zur Verdrängung konkurrierender Tarifverträge. Insofern ist ein proportionaler Interessenausgleich im Sinne praktischer Konkordanz bezogen auf das Gewerkschaftsspektrum nicht

ersichtlich. Mit *Konzen*⁷⁶ gilt, dass eine Regelung, die Minderheitsgewerkschaften an einer effizienten Tarifpolitik hindert und deren Mitgliedern den Tarifschutz nimmt, nicht als erforderlich anzusehen ist. Der Versuch eines proportionalen Ausgleichs findet lediglich zwischen dem Gewerkschaftsspektrum in Gänze und den konfligierenden Grundrechten der Arbeitgeberseite statt. Insofern wurde jedoch bereits gezeigt, dass mildere Mittel ersichtlich sind, die ebenfalls die disproportionalen Beeinträchtigung anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang vermeiden können: Der hier gewählte Weg des Professorenentwurfs, wonach sich der Tarifvertrag der die Mehrheit der organisierten Mitglieder einer Berufsgruppe repräsentierenden Gewerkschaft durchsetzt, diese Gewerkschaft, soweit sie nicht die Mehrheit der Organisierten insgesamt repräsentiert, arbeitskampfrechtlich aber an die Streikinitiative der Mehrheitsgewerkschaft bindet, und erst dann wieder im Arbeitskampf frei wird, wenn diese alleine einen Tarifvertrag abschließt.

(76) *Konzen*, JZ 2010, 1036

VIII. WEITERER DISKUSSIONS- UND REGULINGSBEDARF: DAS ARBEITSKAMPFRECHT, INSB. MIT BLICK AUF DIE DASEINSVORSORGE

Die vorgeschlagenen Regelungen bilden einen ersten Schritt, das weiteres gesetzgeberisches Handeln nicht ausschließt.

1. Von der Notwendigkeit, das Arbeitskampfrecht gesetzgeberisch zu regeln

Die Diskussion um die gesetzliche Regelung der Tarifpluralität zeigt exemplarisch, dass der Kern des Problems in der der Regelung des Arbeitskampfrechts liegen könnte. Die Schwierigkeiten, vor die sich die Professorengruppe gestellt sah, lagen auch darin, dass, anknüpfend an die gute und gelungene Kodifikation des Tarifvertragsrechts, arbeitskampfrechtliche Regelungen als komplementäre Vorschriften hinzugefügt werden mussten, ohne den Arbeitskampf insgesamt zu regeln. Arbeitskampf und Tarifvertrag sind aufeinander bezogen; das eine ist nur zulässig, weil es den anderen geben muss.⁷⁷ Da beides aufeinander bezogen ist, ist es rechtspolitisch sinnwidrig und verfassungsrechtlich fragwürdig, die eine Materie durch gesetzliche Regelung festzuschreiben, die andere aber gänzlich der Gestaltung durch die Arbeitsgerichte zu überlassen. Seit vielen Jahren mahnt daher die Wissenschaft die Pflicht des Gesetzgebers zur Regelung des Arbeitskampfes an.⁷⁸ Dass solche Regelungen möglich sind, zeigt der Professorenentwurf der Kollegen Birk/Konzen/Löwisch/Raiser aus dem Jahr 1988 für ein Gesetz zur Regelung von kollektiven Arbeitskonflikten. Die Verfasser stellten ihrem Vorschlag mahnende Worte voran, die unverändert auch heute gelten:

Die Kodifikation des Arbeitskampfrechts ist ein Verfassungsauftrag an das Parlament. Das ergibt eine unbefangene Interpretation des Grundgesetzes. Der Gesetzgeber ignoriert diesen Auftrag seit nahezu vierzig Jahren, ersichtlich mit politischem Realitätssinn und ohne schlechtes Gewissen. Ein Arbeitskampfgesetz scheitert nicht nur in der Bundesrepublik Deutschland an der Macht der Verbände des Arbeitslebens. Diese haben bereits die Vorarbeiten zur Kodifikation des Arbeitsverhältnisrechts angehalten und lassen die Gedanken ab ein Arbeitskampfgesetz erst gar nicht aufkeimen. Die Ablehnung ist namentlich bei einigen Gewerkschaftern schroff, deren Kampfansage sogar der Kodifikationsidee in den Köpfen von Wissenschaftlern gilt. Der Gesetzgeber hat spätestens bei der

(77) Hierzu MünchHdbArbR/Ricken, 3. Aufl. 2009, § 193 Rn. 1 ff.

(78) S. nur Kloepfer, NJW 1985, 2503; Friauf, RdA 1986, 192; Seiter, RdA 1986, 171; Löwisch, DB 1988, 1013.

Neufassung des § 116 AFG erfahren, welches politische Wagnis schon in der Regelung einer Einzelfrage des Arbeitskampfrechts liegt. Er scheut das Risiko und überlässt das Schicksal des Arbeitskampfrechts dem Bundesarbeitsgerichts und manchmal dem Bundesverfassungsgericht. Die Rechtsprechung behilft sich punktuell und meist mit Kompromissen zwischen den Gruppeninteressen, um ein Stück Akzeptanz zu erzielen. Sie kann aber die innere Geschlossenheit einer Kodifikation und die damit verbundene Rechtssicherheit nicht ersetzen.

Die wissenschaftlichen Stimmen, die den Gesetzgeber auffordern, im Arbeitskampfrecht regelnd tätig zu werden, sind niemals verstummt.⁷⁹ Auch das BVerfG hat bereits in seiner Rechtsprechung angemahnt, dass zumindest bestimmte Fragen des Arbeitskampfrechts positivrechtlicher Grundlage bedürften und nicht durch die Rechtsprechung an ihrer Stelle entschieden werden können.⁸⁰ In der Tat: Das Arbeitskampfrecht dient dem Ausgleich der gegenläufigen Grundrechtspositionen von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite in der Realisierung ihrer Tarifautonomie. Diese Grundrechtsausgestaltung ist wesentlich für das Funktionieren und die Früchte der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG. Wesentliche Fragen aber muss der Gesetzgeber selber regeln. Nur er ist dafür demokratisch legitimiert.

Eine Grenze für richterliche Rechtfortbildung beruht auf dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes wird zwar in der Verfassung nicht ausdrücklich erwähnt, seine Geltung ergibt sich jedoch aus Art. 20 Abs. 3 GG.⁸¹ Nach der Wesentlichkeitstheorie⁸² muss der parlamentarische Gesetzgeber alle grundrechtswesentlichen Fragen selbst regeln, damit die Bindung aller staatlichen Gewalt an das Gesetz (Vorrang des Gesetzes, Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) nicht leer läuft.

„Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber hier wie im Zusammenhang anderer Gesetzesvorbehalte, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen.“⁸³

(79) S. nur Kloepfer, NJW 1985, 2503; Friauf, RdA 1986, 192; Seiter, RdA 1986, 171; Löwisch, DB 1988, 1013.

(80) BVerfG v. 2.3.1993 - 1 BvR 1213/85 - BVerfGE 88, 103 – Streikensatz von Beamten.

(81) S. nur BVerfG v. 8.8.1978 - 2 BvL 8/77 - BVerfGE 49, 89.

(82) grundlegend BVerfG v. 18.7.1972 - 1 BvL 32/70, 1 BvL 25/71 - BVerfGE 33, 303, 346; v. 8.8.1978 - 2 BvL 8/77 - BVerfGE 49, 89; v. 21.12.1977 - 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 - BVerfGE 47, 46; s. auch BVerfG v. 27.11.1990 - 1 BvR 402/87 - BVerfGE 83, 130, 152; v. 8.4.1997 - 1 BvR 48/94 - BVerfGE 95, 267, 307; v. 14.7.1998 - 1 BvR 1640/97 - BVerfGE 98, 218, 251.

(83) BVerfG v. 30.1.2008 - 2 BvR 754/07 - NVwZ 2008, 547, 548.

In Bezug auf die Reichweite des Gesetzesvorbehalts stellt das BVerfG wiederum auf die Wesentlichkeit der zu treffenden Entscheidung ab, wobei insbesondere der Grundrechtsbezug Gradmesser der Wesentlichkeit ist:

„Wie weit der Gesetzgeber die für den fraglichen Lebensbereich erforderlichen Leitlinien selbst bestimmen muss, richtet sich maßgeblich nach dessen Grundrechtsbezug. Eine Pflicht dazu besteht, wenn miteinander konkurrierende grundrechtliche Freiheitsrechte aufeinandertreffen und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind. Dies gilt vor allem dann, wenn die betroffenen Grundrechte nach dem Wortlaut der Verfassung vorbehaltlos gewährleistet sind und eine Regelung, welche diesen Lebensbereich ordnen will, damit notwendigerweise ihre verfassungsimmanenten Schranken bestimmen und konkretisieren muss.“⁸⁴

„In welchen Bereichen danach staatliches Handeln einer Rechtsgrundlage im förmlichen Gesetz bedarf, lässt sich nur im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Intensität der geplanten oder getroffenen Regelung ermitteln. Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei in erster Linie den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den vom Grundgesetz anerkannten und verbürgten Grundrechten zu entnehmen.“⁸⁵

Das BVerfG hat die Wesentlichkeitstheorie bereits in der Vergangenheit gerade im Hinblick auf die Zulässigkeit neuer Arbeitskampfmaßnahmen fruchtbar gemacht und den Einsatz von Beamten im Streik ohne gesetzliche Grundlage als unzulässig gewertet.⁸⁶ Diese Rechtsprechung weist auch vorliegend den richtigen Weg. Zwar hat das BVerfG in dieser wie auch in einer vorangegangenen – ebenfalls auf das Arbeitskampfrecht bezogenen – Entscheidung betont, dass dieses Postulat nicht in gleichem Maße für das Verhältnis zwischen gleichgeordneten Grundrechtsträgern gilt: Das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage stünde einer Fortentwicklung des Arbeitskampfrechts durch die Rechtsprechung nicht entgegen; nur so könnten die Gerichte die ihnen vom Grundgesetz

(84) BVerfG v. 30.1.2008 - 2 BvR 754/07 - NVwZ 2008, 547, 548 f.

(85) BVerfG v. 8.8.1978 - 2 BvL 8/77 - BVerfGE 49, 89, 127.

(86) BVerfG v. 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 - BVerfGE 88, 103: „Da weder die allgemeinen Rechtsgrundlagen des Arbeitskampfrechts noch das geltende Beamtenrecht die Frage nach der Zulässigkeit eines Beamteneinsatzes bei Arbeitskämpfen beantworten, fehlt bislang die erforderliche gesetzliche Regelung, so daß die Verwendung von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen rechtswidrig ist.“ Diss. 2008, S. 329 ff.; vgl. auch *Kloepfer*, NJW 1985, 2497, 2499; *Friauf*, RdA 1986, 188.

aufgelegte Pflicht erfüllen, jeden vor sie gebrachten Rechtsstreit zu entscheiden.⁸⁷ Diese – grundsätzlich nicht falsche – Unterscheidung zwischen Akteuren im Gleichordnungsverhältnis und im Über-/Unterordnungsverhältnis findet sich jedoch in anderen grundlegenden Entscheidungen nicht in gleichem Rigor⁸⁸ und auch das Schrifttum weist sie – gerade für den Bereich des Arbeitskampfrechts – überwiegend mit Entschiedenheit zurück.⁸⁹ Vor allem die Entscheidung „Kalkar“ bedeutet eine dogmatische Fortentwicklung des Gesetzesvorbehalts, durch welche die Anbindung an Art. 20 Abs. 3 GG gelockert wurde:

„Das Verständnis dieses Grundsatzes hat sich, insbesondere mit der Erkenntnis auch seiner demokratischen Komponente, in den letzten Jahren gewandelt. [...] Heute ist es ständige Rechtsprechung, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, - losgelöst vom Merkmal des „Eingriffs“ - in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen Die Art. 80 I und 59 II 1 Halbs. 2 GG sowie die besonderen Gesetzesvorbehalte sind Ausprägungen dieses allgemeinen Gesetzesvorbehalts.“⁹⁰

Diese Loslösung der Wesentlichkeitstheorie vom klassischen Eingriffsvorbehalt wurde durch die Entscheidung zur Einführung des Privatrundfunks bestätigt.⁹¹ Auch hier ging es nicht um das Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürger, sondern um Grundrechtskollisionen zwischen gleichgeordneten Grundrechtsträgern (Informationsfreiheit einerseits, Meinungs- und Rundfunkfreiheit andererseits).

So ist es zwar einerseits richtig, wenn das BVerfG betont, dass das BAG auch von Verfassung wegen dazu verpflichtet ist, einen Rechtsstreit verbindlich zu entscheiden. Das Arbeitskampfrecht erfordert dabei vom Richter mehr als eine Lückenfüllung im Einzelfall. Das BAG wird so nolens volens zum „Ersatzgesetzgeber“. Der

(87) BVerfG v. 26.6.1991 - 1 BvR 779/85 - BVerfGE 84, 212, 226 f.

(88) Zu nennen sind insbesondere die Entscheidungen des BVerfG zur privaten Kernkraftnutzung (BVerfG v. 8.8.1978 - 2 BvL 8/77 - BVerfGE 49, 89, 126 ff. - „Kalkar“, vgl. auch BVerfG v. 20.12.1979 - 1 BvR 385/77 - BVerfGE 53, 30, 56 - „Mülheim-Kärlich“) und zum privaten Rundfunk (BVerfG v. 16.6.1981 - 1 BvL 89/78 - BVerfGE 57, 295, 320 - „Drittes Rundfunkurteil“).

(89) Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9 GG Rn. 168: „uneinheitliche Linie in der Rechtsprechung des BVerfG“; Dreier/Bauer, Art. 9 GG Rn. 95: „Mit dieser Sonderdogmatik hat das Gericht letztlich vor den politischen Gegebenheiten und Sachzwängen die verfassungsrechtlichen Waffen gestreckt.“; *Isensee*, DZWiR 1994, 309, 314: „[Das BVerfG] gibt sich peinliche dogmatische Blößen.“; Sachs/Höfling, Art. 9 GG Rn. 96 f.; Höfling, ZfA 2008, 1; ausführlich *Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, (90) BVerfG v. 8.8.1978 - 2 BvL 8/77 - BVerfGE 49, 89, 126 f.; vgl. auch *Isensee*, DZWiR 1994, 309, 310.

(91) BVerfG v. 16.6.1981 - 1 BvL 89/78 - BVerfGE 57, 295, 320 ff., vgl. hierzu *Isensee*, DZWiR 1994, 309, 311 f.

an der Stelle des Gesetzgebers handelnde Richter hat jedoch andererseits nicht eine mit diesem vergleichbare Freiheit.⁹² Wenn es also nach dem oben Gesagten Sache des Gesetzgebers ist, über dessen Zulässigkeit zu entscheiden, kann und muss sich das Gericht sehr wohl einer solchen Rechtsfortbildung verweigern. Es darf nicht richterlicher Rechtsfortbildung überlassen sein, ohne gesetzliche Grundlage Ermächtigungen zu Grundrechtsbeschränkungen zu entwickeln.⁹³ Dies muss im Arbeitskampfrecht auch im Verhältnis zwischen Privaten gelten, denn gerichtlicherseits kreierte Befugnisse eines Grundrechtsträgers gehen hier stets unmittelbar zulasten eines anderen Grundrechtsträgers. Eine Erweiterung der grundrechtlichen Handlungsspielräume der einen Seite hat zwingend eine Einengung des geschützten Freiheitsbereichs der anderen Seite zur Folge. Folglich konnte das BAG hier ohne gesetzliche Grundlage keine neuen Eingriffsbefugnisse schaffen.

2. Aktuelle Herausforderungen

Das verfassungsrechtliche Postulat wird verstärkt durch aktuelle Herausforderungen der Praxis. Die juristischen Auseinandersetzungen im Streik der GDL von 2007, aber auch die Entscheidung des BAG etwa zum Flashmob⁹⁴ oder die Instanzrechtsprechung zur Frage des Streikrechts in der Kirche⁹⁵ zeigen Konfliktpunkte auf, die der klaren gesetzgeberischen Regelung bedürfen. Unabhängig von der Regelung selbst ist es allein schon die Unsicherheit, die in der Praxis durch das Schweigen des Gesetzgebers entsteht, die zu effizienzmindernden und letztlich allseits unerwünschten Folgen führt. Das Streikrecht der Gewerkschaften kann durch die rechtliche Unsicherheit nicht hinreichend ausgeübt werden; auf der anderen Seite drohen dem Arbeitgeber wirtschaftliche Einbußen, da er einen Schadensersatz gegen einen rechtswidrigen Streik nur schwer einklagen kann, wenn die Gewerkschaft im guten Glauben auf die Rechtmäßigkeit ihres Vorgehens handelte. Diese Unsicherheit hat bereits zu Vorschlägen zur Änderung der arbeitsrechtlichen Zuständigkeit in Arbeitskampfsachen als Reaktion etwa auf die Arbeitsniederlegung der GDL geführt.⁹⁶ Doch ist es auch hier wiederum die umfassende Regelung, der sich der Gesetzgeber stellen sollte, will er ein in sich stimmiges Konzept entwickeln.

(92) *Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, Diss. 2008, S. 311 f., 320 ff.

(93) *Sachs/Sachs*, Art. 20 GG Rn. 128.

(94) BAG v. 22.9.2009 - 1 AZR 972/08 - NJW 2010, 631.

(95) ArbG Hamburg 1.9.2010 - 28 Ca 105/10.

(96) Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht vom Januar 2008 abrufbar unter <http://anwaltsverein.de/downloads/Stellungnahmen-08/SN3-08aArbeitR.pdf>.

Dass arbeitskampfrechtliche Regelungen möglich sind, zeigt auch ein Blick ins Ausland. Wenn auch auf europäischer Ebene eine Rechtssetzungskompetenz für das Arbeitskampfrecht nicht besteht (siehe Art. 153 Abs. 5 AEUV), haben doch die verschiedenen Mitgliedsstaaten ihrer gesetzgeberischen Verantwortung Rechnung getragen und zum Teil sehr umfangreiche Kodifikationen zum Arbeitskampfrecht erlassen. Verwiesen werden kann hier etwa auf das Beispiel des britischen Rechts und dem dortigen Employment Relations Act oder die entsprechende Regelung des Code du travail.⁹⁷

3. Besonderheit: Daseinsvorsorge

Besonders dringlich wird das Erfordernis der Regelung im Bereich der Daseinsvorsorge, gehen doch dort Arbeitskampfniederlegungen regelmäßig mit intensiven Drittbelastungen einher.⁹⁸ Der Streik ist die Auseinandersetzung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, und das Recht nimmt es in Kauf, dass durch gegenseitige Schädigung (oder Drohung damit) die Angemessenheit eines Lohnkompromisses sichergestellt wird. Im Bereich der Daseinsvorsorge handelte es sich aber oftmals um einen Arbeitskampf zu Lasten Dritter, dessen externer Schaden den Schaden des Arbeitgebers wohl bei weitem überstieg. Das Arbeitskampfrecht muss auf diese Besonderheit antworten. Will es den Ausgleich der verschiedenen Interessen auch in diesen Fällen sicherstellen, dann müssen allgemeine Regeln modifiziert und harmonisierend dem Einzelfall angepasst werden.

Bislang sind ausschließlich in diesem Bereich die Fälle der Tarifpluralität zu verzeichnen. Denn im Bereich der Daseinsvorsorge greift das Problem des Arbeitskampfs über die Fälle der Tarifpluralität hinaus. Gerade in jüngerer Zeit stellen sich hier Fragen der Parität und der effektiven Grundrechtsausübung beider Seiten. Zuletzt war es noch einmal der Kindergartenstreik von 2009, der die Wissenschaft dazu veranlasst hat, eine gesetzgeberische Regelung zu fordern.⁹⁹ Gerade hier zeigt sich die „problematische Unschärfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“.¹⁰⁰ Die Notwendigkeit gesetzgeberischer Regelung ist hier seit den Tagen der Weimarer Zeit bekannt, ohne dass der Gesetzgeber es geschafft hätte, dieser Forderung bislang nachzukommen. Dieser Bereich muss aber im Interesse einer Konkretisierung der Gemeinwohlbindung der Tarif- und Arbeitskampfpartei

(97) Überblick auch bei *Abbo Junker*, RdA-Beilage 2009 S. 4 ff. sowie *Zachert*, NZA-Beilage 2006 S. 61 ff.

(98) Ausführlich neuerdings *Lena Rudkowski*, *Der Streik in der Daseinsvorsorge*, 2010.

(99) *Kolbe*, Kindergartenstreik und Konsequenzen, BB 2009 S. 1414.

(100) So der ehemalige Präsident des BAG und Verfassungsrichter *Dieterich*, in *ErfK* Art. 9 Rn 134.

neu durchdacht werden. Der unscharfe Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sollte gesetzgeberisch konkretisiert werden, auch um neue Formen der Arbeitskämpfungsmittel (etwa die bloße Androhung des Streiks als Streikersatz) zu erfassen. Das Bundesarbeitsgericht hat bislang zu den Grenzen eines Arbeitskamps in der Daseinsvorsorge nicht umfassend entschieden. Ein Hinweis auf das Problem – und das Problembewusstsein der Gerichte – enthält eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31.1.1978.¹⁰¹ Die streikähnliche Aktion von Fluglotsen wurde damals als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB gewertet, u. a. weil die Arbeitnehmer ihre Arbeit nicht gänzlich niederlegten, sondern verlangsamte Dienst versahen im Sinne eines „Dienst nach Vorschrift“ bzw. „go sick“. Dies war jedoch nur ein Aspekt. Auch der BGH wählte als Ausgangspunkt seiner Argumentation Art. 9 Abs. 3 GG und führte aus:

„Ganz entscheidend fällt im Streikfall zudem das ungewöhnliche, weit über das mit Streik sonst verbundene Maß an Nachteilen und Belastungen für, Unbeteiligte' ins Gewicht, die keinerlei Einfluss auf diese Vorgänge nehmen können. Die planmäßige und ausgedehnte Störung der Flugsicherung war bewusst in die Hauptreisezeit gelegt und damit ein besonders großer Personenkreis monatelang schweren Beeinträchtigungen und Gefährdungen ausgesetzt; Millionenschäden für die Volkswirtschaft wurden angerichtet: Nicht als bloße Nebenwirkung eines Arbeitskampfes was je nach Lage des Falls hingenommen werden müsste, sondern zur Verstärkung des auf die Klägerin ausgeübten Drucks als strategisches Mittel der Maßnahme selbst“¹⁰²

Mag der damalige Fall auch für einen Arbeitskampf in der Luftfahrtbranche ungewöhnliche Dimensionen angenommen haben, so heißt das nicht, dass weniger einschneidendes Verhalten zulässig gewesen wäre. Der Bundesgerichtshof belegte die Aktion mit dem Verdikt der Sittenwidrigkeit, was über die bloße Rechtswidrigkeit deutlich hinausgeht.¹⁰³ Die Kriterien, die das Gericht aber für die Sittenwidrigkeit genannt hat, lassen sich durchaus auf die Rechtswidrigkeit übertragen: Ein hoher Schaden unbeteiligter Dritter, der in Kauf genommen, mehr noch: als Druckmittel mit eingesetzt wird. Eben für diese und weitere Fragen

(101) BGH v. 31.1.1978 - 4 AZR 491/06 - BGHZ 70, 277; dazu auch *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 1222.

(102) BGH aaO unter I. 2 b der Gründe.

(103) Vgl. zu den Schadensersatzfolgen eines rechtswidrigen und eines sittenwidrigen Streiks ausführlich *Löwisch/Krauß*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2. Aufl. 1997, S. 260 ff.

empfiehlt es sich, über die hier anzusprechenden Fragen der Tarifpluralität hinaus, eine gesetzgeberische Regelung zu prüfen.

Im März 2011



Professor Dr.
Frank Bayreuther

Bürgerliches Recht und
Arbeitsrecht, Universität
Passau



Professor Dr.
Martin Franzen

Lehrstuhl für Deutsches,
Europäisches, Internationales
Arbeitsrecht und Bürgerliches
Recht, Ludwig-Maximilians-
Universität München



PD Dr.
Stefan Greiner

Köln / Bochum

DIE PROFESSOREN



**Professor Dr.
Rüdiger Krause**

Institut für Arbeitsrecht,
Georg-August-Universität
Göttingen



**Professor Dr.
Hartmut Oetker**

Lehrstuhl für Bürgerliches
Recht, Arbeitsrecht und
Wirtschaftsrecht,
Universität Kiel



**Professor Dr.
Ulrich Preis**

Institut für Deutsches und
Europäisches Arbeits- und
Sozialrecht, Universität
zu Köln



**Professor Dr.
Robert Rebhahn**

Institut für Arbeitsrecht
Universität, Wien



**Professor Dr.
Gregor Thüsing, LL.M.**

Institut für Arbeitsrecht und
Recht der Sozialen Sicherheit,
Universität Bonn



**Professor Dr.
Raimund Waltermann**

Institut für Arbeitsrecht und
Recht der Sozialen Sicher-
heit der Universität Bonn.

CARL FRIEDRICH VON WEIZSÄCKER-STIFTUNG



www.cfvw.org

ISBN 978-3-00-033729-1