

# Betriebs Berater

37 | 2015

Recht | Wirtschaft | Steuern

7.9.2015 | 70. Jg.  
Seiten 2177–2240

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Christian von Oertzen**, RA/FAStR

Die EU-ErbVO – Neue Planungsgrundlage für internationale Familienunternehmer

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Prof. Dr. Holger Fleischer**, LL.M., und **Claudius Eschwey**, LL.M.

Die versäumte Einladung als Beschlussmangel im Aktien-, GmbH-, Vereins- und Wohnungseigentumsrecht | 2178

**Dr. Christoph Andreas Weber**

Kündigung von Bausparverträgen – § 489 BGB als Ausweg aus der eigenen Vertragsgestaltung? | 2185

## STEUERRECHT

**André Kral** und **Anne-Kathrin Watzlaw**, StBin

Die geplante Reform der Investmentbesteuerung – Praxishinweise und Handlungsbedarf aus Sicht einer depotführenden Stelle | 2198

**Dietrich Loll**, RA/StB, und **Christoph Malzkorn**, RA/StB

Aktuelle finanzgerichtliche Rechtsprechung für Freiberufler-Personengesellschaften | 2204

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Prof. Dr. Andreas Dutzi**, **Holger Christoph Leuvelde**, und **Bastian Rausch**, StB

Zweifelsfragen bei der Bilanzierung von Upstream Mergers nach HGB und IFRS | 2219

## ARBEITSRECHT

**Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann**, RA

Tarifeinheitengesetz – Die neue Unordnung in der gewillkürten Ordnung (Teil 1) | 2229

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, RA

# Tarifeinheitgesetz – Die neue Unordnung in der gewillkürten Ordnung (Teil 1)

Interimslösungen für die Betriebspraxis bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes

Das Gesetz zur Tarifeinheit (Tarifeinheitgesetz) ist trotz aller Kritik aus Wissenschaft und Praxis am 10.7.2015 in Kraft getreten. Einzelne betroffene Gewerkschaften und Arbeitnehmer haben beim Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz erhoben, weil sie sich durch das Tarifeinheitgesetz (TEG) in ihren Grundrechten verletzt fühlen. Mindestens für die Zeit bis zur endgültigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes ist das TEG in der Betriebspraxis umzusetzen. Je nach Entscheidung kann die Umsetzung zeitlich fort dauern. Der Autor wendet sich der Umsetzung des Tarifeinheitgesetzes (TEG) in Recht und Praxis zu. Er bietet den Betriebspraktikern außerdem anhand von Beispielen alternative Lösungen an. Diese resultieren aus der Selbstbeschränkung des TEG, das nur den Fall der Anwendbarkeit von in Geltung befindlichen, kollidierenden „Tarifverträgen“ regelt, jedoch andere kollektive Gestaltungsmöglichkeiten von Koalitionen unberührt lässt. Hier gibt es beachtenswerte Spielräume, die auch das Thema Arbeitskampf berühren. Den zweiten Teil des Aufsatzes (ab Punkt V.) finden Sie in der kommenden Ausgabe des BB.

## I. Verfassungsmäßiger Rahmen gesetzlich angeordneter Tarifeinheit

Alea iacta est.<sup>1</sup> Das Tarifrecht, das seine Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG und in dem seit dem Jahr 1949 geltenden Tarifvertragsgesetz (TVG) hat, ist in eine neue Tarifwelt eingetreten. Das im Vorfeld der Entstehung mit starker Kritik bedachte Gesetz zur Tarifeinheit (TEG) ist auf der Grundlage der Koalitionsvereinbarung der Bundesregierung unbeirrt von der Kritik ohne Änderung des ursprünglichen Regierungsentwurfes ab 10.7.2015 in Kraft gesetzt worden.<sup>2</sup> Die neue Welt ist der im TEG enthaltene § 4a Tarifvertragsgesetz (TVG). Während der unverändert gebliebene § 4 TVG bestimmt, dass nach Abschluss eines Tarifvertrages für beiderseits Tarifgebundene die Rechtsnormen des Tarifvertrages unmittelbar und zwingend gelten, regelt der ergänzte § 4a TVG die Besonderheit der Kollision von sich überschneidenden Geltungsbereichen der im Betrieb geltenden Tarifverträge. Bei einer Tarifkollision ist gemäß § 4a TVG nur derjenige Tarifvertrag im Betrieb „anwendbar“, den eine Gewerkschaft, welche die Mehrzahl der bei ihr im Betrieb organisierten Arbeitnehmer auf sich vereinigt (Mehrheitsgewerkschaft<sup>3</sup>), mit dem Arbeitgeber oder der Vereinigung von Arbeitgebern (Arbeitgeberverband) vereinbart hat. Insoweit gelten die von der *Minderheitsgewerkschaft* mit der Arbeitgeberseite abgeschlossenen kollidierenden Tarifverträge im Betrieb in Zukunft nicht mehr unmittelbar und zwingend. Sie sind während der Laufdauer des Mehrheitstarifvertrages nicht anwendbar (verdrängt), jedoch nach Ablauf des Mehrheitstarifvertrages – und sei es nur vorübergehend – wieder anwendbar. An dieser Stelle beginnen die Spielräume von Koalitionen im Be-

trieb, wenn sie der Wirkung des § 4a TVG entkommen wollen (*hierzu Teil VI und VII*).

### 1. Bis zum 9.7.2015 geltendes System der Tarifautonomie

Das bis zur Änderung durch das TEG geltende Tarifsystem mit vielfältigen Ausformungen hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in beachtenswerter Knappheit im Jahr 2014<sup>4</sup> definiert. Diese Definition kann als Messgröße dienen, um ungeachtet der Experten zu prüfen, ob das TEG die Grundrechte von Minderheitsgewerkschaften verletzt:

*„Der sich auf alle koalitionspezifischen Betätigungsweisen erstreckende Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG umfasst insbesondere die Tarifautonomie. Ihre Aufgabe ist es, den von der staatlichen Rechtsetzung frei gelassenen Raum des Arbeitslebens durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen. Dazu versuchen die Koalitionen auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, in gemeinsamen Verhandlungen zu einem Interessenausgleich zu gelangen und die jeweils andere Seite zur Übernahme der selbst für richtig befundenen Position ganz oder in Teilen zu bewegen.*

*Die Verhandlungsstärke einer Arbeitnehmerkoalition hängt im Wesentlichen von der Zahl ihrer Mitglieder ab. Ihr Organisationsgrad und die Verteilung ihrer Mitglieder in den Betrieben des jeweiligen Tarifgebiets sind bestimmend für die Wahl der Mittel, die eine Arbeitnehmerkoalition einsetzen kann, um in Tarifverhandlungen mit der Arbeitgeberseite zum Abschluss zu gelangen. Ein solches Mittel ist auch der Arbeitskampf. Welches Arbeitskämpfungsmittel die Arbeitnehmerorganisation in welchem Umfang einsetzt und welches Kampfgebiet sie hierfür wählt, geben vor allem der Organisationsgrad und die betriebliche Zuordnung ihrer Mitglieder vor.“*

Das BVerfG hat in Entscheidungen zum Wesen der Tarifautonomie mehrfach darauf hingewiesen, dass Tarifautonomie und Arbeitskampffreiheit vom Grundgesetz mit der Folge gewährleistet sind, dass der Gesetzgeber den Koalitionen, die vom Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG Gebrauch machen (wollen), ein staatsfreies Tarifsystem zur Verfügung zu stellen hat. In der Staatsneutralität des tarifvertraglichen Systems liegt ein erstaunlicher Freiheitsgewinn im Rahmen des demokratisch sozialen Rechtsstaates der Bundesrepublik Deutschland.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> „Alea iacta est“ sprach Caesar, als er sich im Jahr 49 dazu entschied, den Rubikon zu überschreiten. Das oberitalienische Flüsschen Rubikon bildete die Grenze zwischen Italien und der Provinz Gallia Cisalpina. Dieses Überschreiten der Römer bedeutete den Schritt in eine andere neue Welt und zugleich in den Bürgerkrieg. Ähneln sich die Zeiten durch den Schritt in die neue Welt des Tarifrechtes?

<sup>2</sup> BGBl. I Nr. 28 vom 9.7.2015, S. 1130 ff.

<sup>3</sup> Im Folgenden „Mehrheitsgewerkschaft“ genannt. Entsprechend ist die andere Gewerkschaft mit der geringeren Anzahl von Organisierten als „Minderheitsgewerkschaft“ bezeichnet. Die von einem Arbeitgeber mit der Mehrheitsgewerkschaft abgeschlossenen Firmentarifverträge sowie die vom Arbeitgeberverband abgeschlossenen Verbandstarifverträge sind als Mehrheitstarifverträge bezeichnet, entsprechend die anderen als „Minderheitstarifverträge“.

<sup>4</sup> BAG, 18.11.2014 – 1 AZR 257/13, NZA 2015, 306, NJW 2015, 1548.

<sup>5</sup> Heinze/Lehmann, in: Lehmann, Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert, 2005, S. 273 ff.

Wie viel Staat die Tarifautonomie verträgt, wird nun nach Erhebung von Verfassungsbeschwerden das BVerfG beantworten.<sup>6</sup>

## 2. Gesetzliche Umverteilung der Tarifmacht im Betrieb ab 10.7.2015

Die Tarifpolitik ist eine Angelegenheit von Tarifmacht. Die Rechtsprechung erhebt die Tarifmacht zu einer der Voraussetzungen der Tariffähigkeit. Ab 10.7.2015 ist die Umverteilung der Tarifmacht im Betrieb durch Gesetzeszwang zugunsten des Zieles der Tarifeinheit geregelt. Das TEG hat durch Änderungen des TVG die Tarifmacht der Gewerkschaft, bei der die meisten organisierten Beschäftigten des Betriebs organisiert sind (Mehrheitsgewerkschaft), verstärkt und zugleich die Tarifmacht der Gewerkschaft, bei der eine vergleichsweise geringere Zahl von Beschäftigten des Betriebs organisiert ist (Minderheitsgewerkschaft), zielgerichtet geschwächt.

## 3. Sich Ducken vor einer Arbeitskämpfregelung in der Daseinsvorsorge

Dem Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG wird das Recht auf die Erzwingung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch legitime Arbeitskämpfe entnommen. Diese Extension des Art. 9 Abs. 3 GG ist grundrechtlich zu bezweifeln, jedoch muss sie an dieser Stelle nicht diskutiert werden. Das Arbeitskämpfrecht ist – anders als das TVG – bisher nur durch Richterrecht in Bahnen gelenkt. Ein Gesetz fehlt. Die Mehrzahl der Arbeitgeber und der Wissenschaftler mahnt die Bundesregierung und den Bundesrat zur Gesetzesinitiative über die Regelung von Streik und Aussperrung in der Daseinsvorsorge. *Der Freistaat Bayern hat sich als Mahner hinzugesellt.*<sup>7</sup>

Die Bundesregierung hat sich, als sie das Gesetz auf den Weg brachte, nicht zuletzt von dem die Allgemeinheit abschreckenden Beispiel der von der Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer ausgerufenen Arbeitskämpfe in der öffentlichen Infrastruktur „Schiene“ inspirieren lassen.

Jedoch hat sich die Bundesregierung – nicht anders als ihre Vorgänger – nicht an das Thema einer Regelung von Streik und Aussperrung in der Daseinsvorsorge<sup>8</sup> herangetraut. Dies hat nach allgemeiner Einschätzung opportunistische Gründe. Stattdessen ist der Mut größer gewesen, das Gesetz zur Tarifeinheit auf den Weg zu bringen, weil „nur“ Minderheitsgewerkschaften in Betrieben betroffen sind. Dieser Systemwechsel durch § 4a TVG führt entgegen der Gesetzesbegründung zu einer Änderung des Arbeitskämpfrechts<sup>9</sup> (vgl. Teil IX).

**Fazit:** Die Bundesregierung und ihr folgend der Gesetzgeber haben die Arbeitskämpffreiheit höher als das Grundrecht auf Tarifautonomie aufgehängt. Das ist verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar.

## 4. Verfassungsmäßiger Rahmen einer gesetzlich verordneten Tarifeinheit

Die äußerlich erkennbaren Ziele des Gesetzgebers sind die Stärkung der Tarifautonomie. Aufgrund einer von der Bundesregierung festgestellten Schwächung der Tarifautonomie und Entsolidarisierung von Beschäftigten hat der Gesetzgeber das Tarifautonomiestärkungsgesetz vom 11.8.2014<sup>10</sup> und danach das TEG vom 10.7.2015<sup>11</sup> in Kraft gesetzt.

Im Vorfeld der beiden Gesetze hat es kontroverse Meinungen über die Erforderlichkeit eines Gesetzes zur Tarifeinheit gegeben. Die Kritik an

dem Gesetzesentwurf überwog. Das – damals im Entwurf vorliegende – Gesetz greife, falls es Gesetz werde, in verfassungswidriger Weise zu tief in die Tarifautonomie ein, insbesondere durch eine zu geringe Beteiligung der Minderheitsgewerkschaft am Tarifgeschehen<sup>12</sup>. Außerdem verletzen einzelne Gesetzesnormen das verfassungsrechtliche Gebot der Normenklarheit, beispielsweise zur Feststellung der in der Mehrheitsgewerkschaft organisierten Arbeitnehmer im Betrieb. Der Begriff sei zu unbestimmt und zudem missbräuchlich steuerbar. Es sei angesichts der nicht mehr hinnehmbaren Beeinträchtigung der Allgemeinheit durch Berufsgruppengewerkschaften der vordringliche Weg des Gesetzgebers gewesen, den Arbeitskämpf in der Daseinsvorsorge zu regeln, statt die Minderheitsgewerkschaften von der Wahrnehmung ihrer Tarifautonomie in Verbindung mit ihrer interessengerechten Tarifpolitik auszuschließen.

Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) begrüßt das TEG, weil die Zustände, die nach Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Urteil vom 7.7.2010<sup>13</sup> zunehmend zur Zersplitterung der Tariflandschaft und zum Teil zu unerträglichen Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfen geführt haben, so nicht mehr hinnehmbar sind. Die BDA hält das Gesetz zur Tarifeinheit (TEG) für eine verfassungsgemäße Ausfüllung des Art. 9 Abs. 3 GG. Die großen DGB-Gewerkschaften begrüßen das Gesetz nur zum Teil als eine Morgengabe der Bundesregierung an den DGB. Einzelne DGB-Gewerkschaften sind nachdenklich geworden.<sup>14</sup> Denn der Schuss könnte nach hinten losgehen.<sup>15</sup> Einen Überblick über die Meinungsvielfalt gab das Tarifforum 2015.<sup>16</sup>

## 5. Aktuelle Verfassungsbeschwerden

Einzelne Gewerkschaften<sup>17</sup> und einzelne Mitarbeiter der Bahn (Deutsche Bahn AG) haben unverzüglich nach dem Inkrafttreten des TEG und unter Überspringen des Rechtsweges über die Instanzen der Fachgerichte Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) erhoben. Sie tragen vor, dass sie sich in ihren Grundrechten existenziell verletzt fühlen. Das neue Gesetz mache es den kleinen Gewerkschaften unmöglich, einen Tarifvertrag abzuschließen. Ohne diesen sei eine Gewerkschaft aber funktions- und sinnlos. Wenn das

6 Reichold, NJW 2014, 2534 ff. mit Besprechung des Gutachtens von Bepler zum 70. Deutschen Juristentag, 2014; Schliemann, NZA Editorial Heft 21/2014.

7 Antrag des Freistaates Bayern an den Bundesrat „Entschließung des Bundesrates zur Regelung des Streikrechts in Bereichen der Daseinsvorsorge“ vom 16.6.2015, BR-Drs. 294/15. Gesetzliche Vorgaben sollen sein: 1. Obligatorisches Schlichtungsverfahren (keine Zwangsschlichtung); 2. Vor Streiks: Ankündigungsfrist von mindestens vier Werktagen; 3. Vereinbarung der Tarifparteien zur Notdienstversorgung.

8 Hierzu haben die Professoren Franzen, Thüsing und Waldhoff im Jahre 2012 einen Professorenvorschlag vorgelegt mit dem Titel „Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge – Vorschläge zur Gesetzlichen Regelung von Streik und Aussperrung in der Daseinsvorsorge“, Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung (Hrsg.), abrufbar unter [www.cfw.org](http://www.cfw.org).

9 Konzen/Schliemann, RdA 2015, S. 1–16 (11); Melot de Beauregard, DB 2015, 1527 ff.

10 Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) vom 11.8.2014 BGBl. 2014 I, 1348.

11 Gesetz zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz) vom 3.7.2015 BGBl. Teil I Nr. 28 S. 1130, 1131.

12 Die Minderheitsgewerkschaft hat lediglich das Recht, vom tarifschließenden Arbeitgeber angehört zu werden, um eigene Vorstellungen einzubringen.

13 BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 549/08, AP GG Art. 9 Nr. 140 (m. Anm. Schmidt), BB 2010, 1988 m. BB-Komm. Lipinski/Hund.

14 Lehmann, NZA Editorial Heft 11/2015.

15 Fischer, NZA 2015, 662 ff.

16 „Kritik an Tarifautonomie, -stärkung und Tarifeinheit: Tarifforum München 2015, NZA aktuell, Heft 7/2015 XI bis XVI; Ferner: Zur Verfassungsmäßigkeit des TEG: Spiegelung kontroverser Meinungen aus Wissenschaft und Praxis in [www.arbeitsrecht.com](http://www.arbeitsrecht.com)“

17 Die GDL, die Pilotenvereinigung Cockpit, die Ärztegwerkschaft Marburger Bund, der Journalistenverband und die Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer GDL sowie neun Mitarbeiter der Deutsche Bahn AG haben Verfassungsbeschwerde nach Inkrafttreten des TEG erhoben. Hierzu [www.bda/Wirtschaft/Verfassungsklagen](http://www.bda/Wirtschaft/Verfassungsklagen) gegen Tarifeinheitsgesetz unzulässig.

Grundgesetz die Gewerkschaften schütze, müsse es daher auch den Abschluss von Tarifverträgen schützen.

### a) Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerden

Für das prozessuale Vorgehen gilt das Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG). Die formellen Hürden sind hoch. Darzulegen sind insbesondere die Beschwerdefähigkeit, der Beschwerdegegenstand und die Beschwerdebefugnis. Letztere erfordert, dass die Möglichkeit der Verletzung in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht besteht. Die „Beschwerde“ muss den Beschwerdeführer selbst unmittelbar und gegenwärtig treffen. Die Betroffenheit von Gewicht ist dazulegen und zu begründen.<sup>18</sup> Betroffen sein kann eine tariffähige Gewerkschaft, ein einzelner Arbeitnehmer, der Arbeitgeber oder die Vereinigung der Arbeitgeber (Arbeitgeberverband). Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände haben – soweit ersichtlich – bisher keine Verfassungsbeschwerden erhoben. Sie wäre nicht ganz einfach zu begründen. Zu unterscheiden sind in den Erfolgsaussichten *erstens* die Verfassungsbeschwerden gegen das Gesetz nach Erschöpfen des Rechtsweges (§ 90 Abs. 2 BVerfGG), *zweitens* die derzeit von Gewerkschaften unter Überspringen der Fachgerichte eingereichte Verfassungsbeschwerden und *drittens* der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz durch eine einstweilige Anordnung des BVerfG nach § 32 BVerfGG.

Die Verfassungsbeschwerden *nach Erschöpfen des Rechtsweges* ist im Hinblick auf das TEG aussichtsreich.<sup>19</sup> Ein Eingriff des Gesetzgebers in ein Grundrecht ist nur dann verhältnismäßig, wenn der Gesetzgeber hiermit einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck verfolgt. Die Tarifpolitik gehört zum Kern der Garantie des Grundgesetzes zur Koalitionsbetätigung; sie ist auf Koalitionsautonomie und damit auf Tarifautonomie angelegt. *Der faktische Ausschluss einer Gewerkschaft aus der Tarifautonomie erfordert daher, dass für den Betrieb und die Koalitionsfreiheit schwere Gefahren abgewendet werden.*<sup>20</sup>

Der Gesetzgeber darf in das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht tiefer in die durch Art. 9 Abs. 3 GG den Koalitionen garantierte Tarifautonomie eingreifen, als es das Demokratieprinzip und die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zur Erreichung des Ziels – nämlich die „Eindämmung der Anwendung von Tarifverträgen kleiner Sparten- und Berufsgruppengewerkschaften und Förderung der Solidarität der Betriebsangehörigen“ – erlaubt.<sup>21</sup>

Die kleineren Gewerkschaften werden in ihrer Tarifpolitik mehr als erforderlich eingeschränkt, ebenso in ihren bisherigen legitimen Möglichkeiten zum Arbeitskampf. Es ist *nicht die Entmachtung kleinerer Gewerkschaften die Aufgabe des Gesetzgebers*, so unbequem und egoistisch diese Sparten- und Berufsgruppengewerkschaften im Verhältnis zur Allgemeinheit auch sein mögen, sondern die Kanalisierung der Arbeitskampfmittel „Streik und Aussperrung“ in der öffentlichen Infrastruktur (Daseinsvorsorge nach Art. 20 GG).<sup>22</sup> Die Aufstellung von Spielregeln für Arbeitskämpfe in der Infrastruktur Deutschlands ist dringlicher denn je.<sup>23</sup> Dies ist ein gewichtiger Aspekt der Frage der Erforderlichkeit des TEG.

Die verständliche Empörung über den offensichtlich verfassungswidrigen Irrweg des Gesetzgebers darf nicht den Blick vor den *Formalien des BVerfGG* verstellen.

### aa) Missachtung des Grundsatzes der Subsidiarität?

Vor der Verfassungsbeschwerden ist nach dem Prinzip der Subsidiarität der Rechtsweg über die Fachgerichte auszuschöpfen (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG). *Das BVerfG kann über eine vor Erschöpfung des Rechtsweges eingelegte Verfassungsbeschwerden sofort entscheiden*, wenn sie von

allgemeiner Bedeutung ist oder *wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde*, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde (§ 90 Abs. 2 BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerden *ist* zur Entscheidung anzunehmen, wenn dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein besonders schwerer Nachteil entsteht (§ 93a BVerfGG).

Durch die Ausschöpfung des Rechtsweges über die Fachgerichte kann für den Beschwerdeführer wertvolle Zeit verloren gehen. Dies darf ihn dennoch nicht dazu bewegen, die Fachgerichte zu überspringen. Immerhin kann er bei den Fachgerichten einstweiligen Rechtsschutz beantragen und muss nicht das Subsidiaritätsprinzip verletzen. Nach Art. 100 GG kann ein Fachgericht das Verfahren aussetzen, wenn es ein Gesetz, auf das es ankommt, für verfassungswidrig hält.

Die *Erfolgsaussicht der unter Überspringen der Fachgerichte* erhobenen Verfassungsbeschwerden ist *nicht hoch*. Möglicherweise nimmt das BVerfG die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung an. So hat das Gericht drei Verfassungsbeschwerden gegen das Mindestlohngesetz wegen der Verletzung des Subsidiaritätsprinzips nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>24</sup> Die Tatsache, dass die Beschwerdeführer Gewerkschaften sind, ist unerheblich. Wichtig ist die *individuelle Argumentation* der Betroffenen zur Unmittelbarkeit und Schwere der Folgen.

*Übrigens: Die Dringlichkeit der Abkürzung des Rechtsweges wird durch die Überleitungsbestimmung des § 13 Abs. 3 TVG (neu) geschwächt. Denn § 4a TVG ist nicht auf Tarifverträge anzuwenden, die am 10.7.2015 gelten.*

### bb) Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz beim BVerfG

Ein Antrag beim BVerfG auf einstweiligen Rechtsschutz kann vom Beschwerdeführer darauf gerichtet werden, die Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Einhaltung des Gesetzes so lange auszusetzen, bis das BVerfG in der Hauptsache entschieden hat. Das BVerfG kann auf Antrag gemäß § 32 BVerfGG im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur *Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohle dringend geboten* ist.<sup>25</sup> Die Erfolgsaussicht der Beschwerdeführer gegen das TEG ist jedoch wegen des Subsidiaritätsprinzips und der Überleitungsregelung des § 13 Abs. 3 TVG (neu) nicht hoch.

18 Zur Darlegung des Gewichtes der Grundrechtsverletzung vgl. „Hufpfeleger“ BVerfG v. 21.3.1994 – 1 BvR 1485/93 NZA 1994,891; Prozessvertretung Prof. F. Hufen, Universität Mainz

19 „Kritik an Tarifautonomie, -stärkung und Tarifeinheit: Tarifforum 2015“ in NZA aktuell, Heft 7/2015, S. XI bis XVII.

20 Di Fabio, „Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem“, Rechtsgutachten, erstellt im Auftrag des Marburger Bundes, 2014, S. 40.

21 Hufen, NZA aktuell, Heft 7/2015, S. XI bis XVII (XIV). Hufen ist Professor für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Mainz und Mitglied des VerfGH Rheinland-Pfalz a. D.

22 Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1 ff., 13–16; Hufen, NZA 2014, 1237; ders., auf dem Tarifforum 2015, NZA aktuell, Heft 7/2015 S. XI bis XVII; Friedhelm Hufen ist Professor für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Mainz und Mitglied des VerfGH Rheinland-Pfalz a. D.

23 Hierzu haben die Professoren Franzen, Thüsing und Waldhoff im Jahre 2012 einen Vorschlag vorgelegt mit dem Titel „Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge – Vorschläge zur gesetzlichen Regelung von Streik und Aussperrung in der Daseinsvorsorge“, Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung (Hrsg.), abrufbar unter [www.cfwv.org](http://www.cfwv.org).

24 Beschlüsse des BVerfG vom 25.6.2015 – 1 BvR 555/15; 37/15; 20/15, NZA 2015, 866.

25 Beispiel für Erfolg: Hufpfeleger Fall: BVerfG vom 3.7.2007 – 1 BvR 2186/06 – BeckRS 2007, 33074; Prozessbevollmächtigter: Prof. F. Hufen, Univ. Mainz.

## cc) Auflagen des BVerfG zur Nachbesserung?

Sollte das Gesetz verfassungskonform sein, dann ist § 4a TVG über diesen Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG hinaus einzuhalten. Das BVerfG kann das TEG insgesamt oder dessen Teile wie die Änderungen des TVG für verfassungswidrig erklären. Es kann statt der Feststellung der sofort wirkenden Nichtigkeit dem Gesetzgeber Korrekturen mit Fristsetzung aufgeben.

Sollte das Ergebnis die Feststellung der Verfassungswidrigkeit sein, so ist durch die ab dem 10.7.2015 bestehende Pflicht zur Anwendung viel Zeit in der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes vergangen. Eine Restitution wird kaum mehr möglich sein. Im Ergebnis werden alle Beteiligten und Betroffenen mit der Macht des Faktischen fertig werden müssen. Daher werden alle Beteiligten jetzt versuchen, subjektiv oder objektiv das Beste daraus zu machen.

## dd) Nachteile bei Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde

Die Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde aus formalen Gründen könnte von Gewerkschaftsmitgliedern als endgültige Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde missverstanden werden und somit eine Austrittswelle auslösen, wenn Gewerkschaftsmitglieder nicht mehr an den zukünftigen Schutz durch ihre Gewerkschaft glauben.

**Fazit:** Die Aussicht, dass das BVerfG nach Durchlaufen der Instanzgerichte die Verfassungswidrigkeit des TEG oder von Teilen des TEG feststellt bzw. dem Gesetzgeber Korrekturen vorgibt, ist gut. Geringe Aussicht auf Erfolg hat das Überspringen der Fachgerichte und der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz, der bei den Fachgerichten aussichtsreicher ist.

## II. Problemaufriss

Bis zum Inkrafttreten des TEG und des darin enthaltenen neuen § 4a TVG haben die Koalitionen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer die tariflichen Arbeitsbedingungen autonom und weitgehend vom Staat in Ruhe gelassen dem Wandel von Wirtschaft und Gesellschaft im Tarifsystem angepasst. Das Tarifsystem hat dafür gesorgt, dass Verteilungskämpfe aus den Betrieben herausgehalten und auf der Ebene von Tarifvertragsparteien auf höherer Ebene ausgetragen werden.

Eines der Ziele des TEG besteht darin, dass das TEG *der Entsolidarisierung der Beschäftigten im Betrieb* entgegenwirken soll. Die Tarifeinheit soll die innerbetriebliche Verteilungsgerechtigkeit fördern. In der Betriebspraxis ist die Förderung einer Solidarisierung durch gesetzlichen Zwang eher ein Hohn. Im Betrieb gibt es in der Regel allenfalls eine freiwillige Solidarisierung und ansonsten die negative Koalitionsfreiheit. Das TEG bewirkt Unruhe, sobald die Mitglieder der jeweiligen Minderheitsgewerkschaft als Folge des § 4a TVG ihre Interessen nicht mehr ausreichend vertreten sehen. *Die innerbetriebliche Entsolidarisierung wird in Zukunft verstärkt. Das TEG wirkt als Brandbeschleuniger.*<sup>26</sup>

### 1. Tarifmacht als unentbehrliche Grundlage tariffähiger Gewerkschaften

In ständiger Rechtsprechung verlangt das BAG als *Voraussetzung der Tariffähigkeit die soziale Mächtigkeit*. Es soll *Druck und Gegendruck* erzeugt werden, damit die Interessen der Beschäftigten angemessen berücksichtigt werden.

Durch die Ergänzung des TVG in Form des § 4a TVG verlieren die kleineren tariffähigen Gewerkschaften ihre bisherige soziale Mächtigkeit und somit ihr höchstes Gut aus Art. 9 Abs. 3 GG. Demgegenüber erscheint es der Mehrheit der Stimmen in Wissenschaft und Praxis als dringend erforderlich, durch eine Arbeitskämpfregelung in der Daseinsvorsorge die soziale Mächtigkeit einer Spartengewerkschaft einzudämmen, wenn sie diese zulasten der Allgemeinheit missbraucht. *Eine gesetzliche Eingrenzung von Arbeitskämpfen in der Daseinsvorsorge hat mit Recht das Land Bayern beim Bundesrat eingefordert.*<sup>27</sup>

### 2. Stärkung der Tarifautonomie oder Tarifautonomieschwächungsgesetze?

Ziel des TEG ist die Stärkung der Tarifautonomie durch Herstellung der Tarifeinheit. Dem Ideal sollte gefolgt werden. Bereits das Tarifautonomiestärkungsgesetz 2014, welches das Mindestlohngesetz enthält, entfachte die Diskussion über die Frage, ob der staatliche Eingriff in bestehende Tarifverträge trotz der Überleitungsregelung grundrechtlich noch hinnehmbar ist oder nicht. Sie ist nach überwiegender demokratischer Meinung so wie bisher nicht hinnehmbar.

Das sich 2015 anschließende TEG hat die Diskussion über die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs verstärkt. Denn das TEG greift zielgerichtet in die Tarifautonomie der kleineren Spartengewerkschaften ein, in denen sich verschiedene Berufs- oder Funktionsgruppen organisieren.

Die Stärkung der einen entspricht der Schwächung der anderen. Das Volumen der durchsetzungsfähigen Gewerkschaften wird verkleinert. Das ist rechnerisch als eine Schwächung anzusehen. *Daher stehen wir vor „Tarifautonomieschwächungsgesetzen“.*

### 3. Last Minute-Sieg der Tarifautonomie bei der Deutschen Bahn

Inzwischen ist das Argument der unabwiesbaren Erforderlichkeit des gesetzlichen Zwanges zur Tarifeinheit durch die tarifautonome Einigung der Tarifvertragsparteien der Deutschen Bahn und GDL geschwächt. Dort hat die Tarifautonomie noch vor der Inkraftsetzung des Gesetzes zur Tarifeinheit gesiegt.<sup>28</sup> Die Tarifvertragsparteien – die DB AG und die GDL – haben nach harten und die Allgemeinheit beeinträchtigenden Auseinandersetzungen Anfang Juli 2015 wenige Tage vor dem Inkrafttreten des TEG einen die beiderseitigen Interessen erfassenden Tarifabschluss erreicht.

**Fazit:** *Das Ziel der Tarifeinheit ist richtig, der vom Gesetzgeber gewählte Weg ist rechtswidrig.* Der Gesetzgeber hat die Arbeitskämpffreiheit als stärkeres Grundrecht eingeschätzt als die Koalitionsfreiheit. Die Mehrheitsgewerkschaften werden gestärkt, die Minderheitsgewerkschaften in der Tarifautonomie – und dies bedeutet zugleich Tarifpolitik – kraft Gesetzes geschwächt. Das Pferd ist mit der verordneten betrieblichen Tarifeinheit von hinten aufgezümt.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Greiner, RdA 2015, 36.

<sup>27</sup> Antrag des Freistaates Bayern an den Bundesrat „Entschließung des Bundesrates zur Regelung des Streikrechts in Bereichen der Daseinsvorsorge“ vom 16.6.2015, BR-Drs. 294/15; zu den Kernpunkten des Vorschlags vgl. Fn. 4.

<sup>28</sup> Gratulation an die Beteiligten! Offenbar wäre es in Übereinstimmung mit dem Sprichwort einfacher gewesen, ein Kamel durch ein Nadelöhr zu ziehen.

<sup>29</sup> Heise, Editorial 2014, Heft NZA 22/2015 III.

### III. Unternehmens- und betriebspolitische Erwägungen des Arbeitgebers

Nach dem Inkrafttreten des in Rechtswissenschaft und Praxis umkämpften TEG vom 9.7.2015 stellen sich für betroffene Unternehmer bzw. Arbeitgeber Fragen zur Umsetzung des Gesetzes (TEG) in der Betriebspraxis.

#### 1. Scheideweg: Verdrängungswirkung oder Alternativlösung?

Der einzelne betroffene Unternehmer steht am Scheideweg. Entweder nutzt er den neu gefassten § 4a Abs. 2 TVG und lässt die von ihm oder seinem Arbeitgeberverband mit einer Minderheitsgewerkschaft abgeschlossenen Tarifverträge unbeachtet, oder er arrangiert sich mit der Minderheitsgewerkschaft außerhalb des § 4a Abs. 2 TVG.

Eine betroffene Minderheitsgewerkschaft wird wohl kaum Ruhe im Betrieb geben. Die Gewerkschaft will und darf aus existenziellen Gründen ihre Mitglieder nicht verlieren. Sie wird versuchen, neue Mitglieder zu gewinnen. Dazu gehört die Öffnung für neue Berufsgruppen oder Funktionsgruppen.

##### a) In der Tarifpolitik nicht auf das falsche Pferd setzen

Falls das BVerfG das TEG ganz oder in Teilen für verfassungswidrig erklärt, wird die unternehmenspolitische Bedeutung der in das Abseits gedrängten Minderheitsgewerkschaft wieder erstarken.

Der betroffene Arbeitgeber wird daher im betrieblichen Geschehen *nicht auf das falsche Pferd setzen* wollen und nicht die Minderheitsgewerkschaft vergraulen, dies vor allem dann nicht, wenn bisher die Tarifpartnerschaft mit der Minderheitsgewerkschaft funktioniert hat. Immerhin haben die bei der Minderheitsgewerkschaft organisierten Beschäftigten ihrer Gewerkschaft das Vertrauen auf Schutz in den Betrieben durch die Mitgliedschaft unterstrichen. Der Arbeitgeber hat den Tarifvertrag gemeinsam mit dieser Minderheitsgewerkschaft unterzeichnet.

*Das abschreckende Beispiel der Tarifverhandlungen zwischen der Deutschen Bahn DB AG und der Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) gilt nicht generell.* Nicht wenige Arbeitgeber berichten von guten Erfahrungen mit kleineren Gewerkschaften im Betrieb, die gewillt und fähig sind, im Betrieb die Interessen der Arbeitnehmer *und* des Unternehmens oder Betriebes ins Lot zu bringen. Dies gilt auch hinsichtlich einzelner Berufsgruppengewerkschaften.

##### b) Welcher Arbeitgeber ist vom TEG betroffen?

Wer als Minderheitsgewerkschaft vom Gesetz gemeint ist, beantwortet das Gesetz. Nicht selten ist von einzelnen Unternehmern zu hören, dass das TEG das von ihm geführte Unternehmen und dessen Betriebspraxis nicht berührt.

Dies mag sein. Jedoch geht der Trend in der Tariflandschaft dahin, dass sich zunehmend mehr Berufsgruppengewerkschaften bilden. Sie sind oft für Beschäftigte in Schlüsselfunktionen attraktiv, falls sich diese Arbeitnehmer von Gewerkschaften, die sich in der Gewerkschaftspolitik gern an zahlender Klientel in den unteren Beschäftigtengruppen orientieren (müssen), nicht immer ausreichend in ihren Interessen vertreten. *Daher können sich Spartengewerkschaften mit Anziehungskraft in einzelnen Betrieben zu Mehrheitsgewerkschaften entwickeln.*

##### c) Verzicht auf ein Verfahren zur Feststellung der Mehrheitsgewerkschaft?

Die Bestimmung der Mehrheit durch ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren nach § 99 BetrVG wird in der Tarif- und Betriebspraxis einen Zeitraum von mehreren Monaten, ja sogar mehr Zeit beanspruchen, wenn der Instanzenweg durchlaufen wird. Dies hängt von beiden Prozessparteien ab.

Erst der rechtskräftige Beschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit über den im Betrieb anwendbaren Tarifvertrag wirkt für und gegen jedermann (§ 99 Abs. 3 ArbGG). Hierbei wird sich ein Arbeitsgericht auch mit dem Status des Betriebes auseinandersetzen.

#### 2. Einstweilige Anwendung des bisher angewendeten Tarifvertrags

Der Arbeitgeber wird sich überlegen, ob er nach Inkrafttreten des TEG zunächst die Tarifverträge des bisherigen Tarifpartners weiterhin anwendet, und zwar zunächst aufgrund der Überleitungsbestimmung des neu in das TVG eingefügten § 13 TVG.

Selbst wenn eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft den Arbeitgeber unter Druck setzen würde, dass er einen bisher nicht angewendeten Tarifvertrag anwendet, dann wird sich der Arbeitgeber bei Zweifel am Organisationsgrad überlegen, ob er dem Druck nicht nachgibt, bis nachgewiesen ist, welche Gewerkschaft eine Mehrheitsgewerkschaft und welche Gewerkschaft eine Minderheitsgewerkschaft ist.

#### 3. Anwendbarkeit von unterschiedlichen Tarifverträgen bei Tarifpluralität

Falls keine Überschneidungen im Geltungsbereich vorliegen, wird der Arbeitgeber die verschiedenen Tarifverträge nebeneinander anwenden (Tarifpluralität). Es besteht für ihn die gleiche rechtliche Situation wie vor dem Inkrafttreten des TEG.<sup>30</sup>

### IV. Erläuterungen zur Umsetzung des TEG

Aktuell ist bis zur Entscheidung des BVerfG die gesetzlich vorgeschriebene Tarifeinheit „ohne Wenn und Aber“ umzusetzen.

Das am 10.7.2015 in Kraft getretene Gesetz muss bei Tarifkollision im Betrieb ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens mindestens so lange Zeit beachtet werden, bis das BVerfG entschieden hat. Die Überleitungsregelung des § 13 Abs. 3 TVG (neu) verschafft noch etwas Luft bis zur nächsten Beendigung des laufenden Tarifvertrags.

#### 1. Gesetzlicher Zwang zur Tarifeinheit

Im Mittelpunkt der Neuausrichtung des Tarifsystems steht die rechtliche Folge aus dem neu geschaffenen § 4a TVG (Tarifkollision).

Falls ein Tarifvertrag, der im Betrieb gilt, sich im räumlichen, fachlichen oder persönlichen Geltungsbereich mit einem anderen Tarifvertrag, der ebenfalls im Betrieb gilt, dadurch kollidiert, dass sich die Geltungsbereiche ganz oder teilweise überschneiden, ist gemäß dem neu geschaffenen § 4a Abs. 2 TVG nur der Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft „*anwendbar*“.

Bei Uneinigkeit der für den Betrieb aktiven Tarifvertragsparteien entscheidet gemäß § 99 Abs. 1 ArbGG (neu) auf Antrag einer Tarifvertragspartei das für den Betrieb zuständige Arbeitsgericht über den nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG im Betrieb anwendbaren Tarifvertrag. Der

<sup>30</sup> Melot de Beauregard, DB 2015, 1527 ff.

neue § 58 Abs. 3 ArbGG ermöglicht den Beweisantritt über die Zahl der in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder oder das Vertretensein einer Gewerkschaft in einem Betrieb durch die Vorlegung öffentlicher Urkunden (§ 58 Abs. 3 ArbGG).

## 2. Zum Begriff „anwendbar“ im Verdrängungsparagrafen 4a TVG

Der im Artikelgesetz TEG enthaltene § 4a Abs. 2 TVG besagt, dass bei Tarifkollision im Betrieb allein der Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft „anwendbar“ ist.

- a) Der Begriff „anwendbar“ besagt, dass der kollidierende Tarifvertrag einer Minderheitsgewerkschaft nur während der Laufdauer der Tarifverträge der Mehrheitsgewerkschaft nicht anwendbar ist, also nur in dieser Zeit verdrängt ist.
- b) Nach Beendigung des Mehrheitsarbeitsvertrages als Folge einer Kündigung oder des Ablaufs einer Befristung und anderer Beendigungstatbestände besteht der bis zur Beendigung geltende Tarifvertrag tarifrechtlich nicht mehr. Die unmittelbare und zwingende Geltung der Tarifnormen ist beendet. An die Stelle der Tarifnormen treten nachwirkende Rechtsnormen des bisher anwendbaren Tarifvertrages (§ 4 Abs. 5 TVG). *Der beendete Tarifvertrag kann nicht angewendet werden, weil er kein Tarifvertrag mehr ist.*

## 3. Keine Unwirksamkeit verdrängter Tarifnormen und Folgen

Der verdrängte Tarifvertrag ist zwar nicht anwendbar, jedoch keinesfalls unwirksam.

Zur Veranschaulichung sei folgendes Gleichnis erlaubt: Der wirksame, jedoch verdrängte Tarifvertrag „schlummert“ während der Laufdauer des Mehrheitsarbeitsvertrages aufgrund des Vorranges des Mehrheitsarbeitsvertrages.<sup>31</sup>

Im Hinblick auf die Verdrängung des Minderheitsarbeitsvertrages tragen die Beschwerdeführer beim BVerfG vor, dass *eine Gewerkschaft, die keinen Tarifvertrag abschließen kann, funktions- und sinnlos* ist.<sup>32</sup> Diese Darstellung ist wegen der tiefgreifenden Einschränkung der Tarifmacht der beschwerdeführenden Gewerkschaften verständlich, versteht jedoch den Blick zu dem für diese Gewerkschaften noch bestehenden Freiraum in ihrer Tarifpolitik (vgl. *nachfolgend Ziff. 4 und Teil VI sowie VII*).

## 4. Verbliebener Freiraum einer Minderheitsgewerkschaft

Eine Minderheitsgewerkschaft, die tariffähig ist, verliert diese Eigenschaft nicht allein durch die Verdrängungswirkung des Minderheitsarbeitsvertrages. Vielmehr gibt ihr die Tariffähigkeit *Spielräume*, beispielsweise für

- den Abschluss von Tarifverträgen ohne Überschneidung von Geltungsbereichen, beispielsweise nach Abstimmung mit der anderen Gewerkschaft über die jeweilige Zuständigkeit für verschiedene Arbeitnehmergruppen,
- den Abschluss schuldrechtlich wirkender Normenverträge,
- die Erstreckung schuldrechtlicher Normenverträge,
- die Vereinbarung von Tarifnormen mit der Arbeitgeberseite,
- die Zeit nach Ablauf des Mehrheitsarbeitsvertrages,
- die Erstreckung von geänderten Tarifnormen nach Ablauf des Mehrheitsarbeitsvertrages,
- Alternativlösungen, z. B. Bildung einer Tarifgemeinschaft,

- den Abschluss ergänzender Tarifregelungen durch Vereinbarung mit der Mehrheitsgewerkschaft.

Die Nachzeichnung eines Tarifvertrages gibt sehr wenig Freiraum. Eine Leerformel des Gesetzes enthält zudem das nur vordergründig als großzügig erscheinende gesetzliche Anhörungsrecht beim Arbeitgeber ohne Einfluss auf das Tarifgeschehen.<sup>33</sup> Dennoch wird hierdurch eine tariffähige Minderheitsgewerkschaft nicht insgesamt funktionslos und sinnlos. Sie behält unbeschadet des § 4a Abs. 2 TVG das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG zur Nutzung von Freiräumen (vgl. *VI und VII*).

## 5. Schuldrechtliche Normenverträge als Freiräume für Interims- oder Dauerlösung

Ein relativ großer Freiraum zur Gestaltung von Arbeitsbedingungen mit einer erwünschten Minderheitsgewerkschaft öffnet sich durch „schuldrechtliche Normenverträge“ (vgl. *Teil VII*). Sie sind ein legitimes kollektives Gestaltungsmittel, wenn sie „*nicht als Tarifvertrag bezeichnet*“ sind.<sup>34</sup> Die für die Anwendbarkeit eines kollidierenden Tarifvertrages geforderte Mehrheit von Organisierten ist mangels der Grundlage eines Tarifvertrages unbeachtlich. Das Grundrecht der Koalitionen gemäß Art. 9 Abs. 3 GG stellt nicht auf die Vertragsart ab, sondern auf „*das Recht zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen*“. Das nachträglich geschaffene TVG enthält kein Monopol für kollektive Gestaltungen von Koalitionen nur durch Tarifverträge. Daher ist auch die schuldrechtliche Normenvereinbarung und sogar der hierfür geführte Arbeitskampf vom Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt.<sup>35</sup>

### a) Verlust der unmittelbaren und zwingenden Wirkung der Tarifnormen während der Verdrängung

Die in § 4 Abs. 1 TVG enthaltene Bestimmung, dass die Rechtsnormen des Tarifvertrages unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen, gelten, ist vorübergehend während der Verdrängung des Minderheitsarbeitsvertrages ausgesetzt. Er ist bildlich beschrieben vom Gesetz in den Schlaf geschickt. Er schlummert so lange, bis der Mehrheitsarbeitsvertrag beendet ist. Dann gilt der wirksam gebliebene Minderheitsarbeitsvertrag, falls er noch nicht beendet ist, für die in der Minderheitsgewerkschaft Organisierten, oder nach Beendigung in Form der Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG).

Die Minderheitsgewerkschaft ist, anders als „ihr“ Tarifvertrag, nicht in den „Schlummer“ geschickt. Sie darf in dem ihr verbliebenen Rahmen tarifpolitisch – wenn begrenzt durch § 4a TVG – im Betrieb weiter Tarifpolitik betreiben.

### b) Status des Minderheitsarbeitsvertrages nach der Verdrängung

Der durch den Mehrheitsarbeitsvertrag verdrängte Tarifvertrag ist nur während der Laufdauer des Mehrheitsarbeitsvertrages nicht anwendbar. Er ist nicht unwirksam. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 4a Abs. 2 TVG: „Soweit sich Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden, sind nur die Rechts-

<sup>31</sup> *Melot de Beauregard*, DB 2015, 1527 ff. (1529)

<sup>32</sup> Bericht der Süddeutschen Zeitung v. 3.8.2015

<sup>33</sup> Vgl. *Hufen*, NZA aktuell, S. XI–XVI (XIV).

<sup>34</sup> BAG 14.4.2004 – 4 AZR 232/03 – NZA 2005, 178.

<sup>35</sup> *Löwisch*, Tarifeinheit und die Auswirkungen auf das Streikrecht, DB 2015, 1102 f.

normen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft „anwendbar“, die zum Zeitpunkt des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrages im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat.“

#### aa) Folge in der Betriebspraxis

Nach Beendigung des Mehrheitstarifvertrages wacht der während der Zeit der Verdrängung „schlummernde“, jedoch wirksam gebliebene Minderheitstarifvertrag auf und tritt – soweit die Laufdauer des Minderheitstarifvertrages noch anhält – an die Stelle des Mehrheitstarifvertrages.

Über die mögliche Fortgeltung des Minderheitstarifvertrages nach Ablauf des Mehrheitstarifvertrages schweigt der Gesetzgeber. Daher sind für das „Danach“ die allgemeinen Regeln des Tarifrechts anwendbar.

#### c) Zukünftig Vereinbarung längerer Laufzeiten?

Die Tarifvertragsparteien könnten, wenn sie wollen, im Betrieb das Auf und Ab der jeweiligen Wirksamkeit der kollidierenden Tarifverträge taktisch zu umgehen versuchen, indem sie möglichst lange Laufzeiten „ihres“ Tarifvertrages vereinbaren, beispielsweise um den Minderheitstarifvertrag möglichst lange Zeit zu verdrängen. Zugleich würde die Mehrheitsgewerkschaft die Minderheitsgewerkschaft von Arbeitskämpfen<sup>36</sup> abhalten, damit die Minderheitsgewerkschaft nicht eigene Forderungen erstreikt und sich hiermit gegenüber den Beschäftigten werbend in Szene setzt.

### 6. Rückwirkendes Inkrafttreten des Mehrheitstarifvertrags

Für den Fall, dass die Tarifvertragsparteien des Mehrheitstarifvertrages den neu vereinbarten Tarifvertrag rückwirkend in Kraft setzen, hat dies nicht zugleich die rückwirkende Verdrängung des Minderheitstarifvertrages zur Folge. Denn der Minderheitstarifvertrag ist im Interim immerhin auf der Rechtsgrundlage des § 4a Abs. 2 TVG wirksam angewendet worden und bleibt daher während dessen Laufdauer wirksam. Leistungen, die auf Grund des rechtswirksam im Interim geltenden Minderheitstarifvertrages an organisierte Mitarbeiter geleistet sind, können vom Arbeitgeber nicht zurückgefordert werden. Zwar ist die Rechtsgrundlage rückwirkend entfallen. Jedoch haben die zuvor vom Geltungsbereich erfassten Mitarbeiter einen eigentumsähnlichen Anspruch erworben.

### 7. Besitzstand der Tarifvertragsparteien

Gemäß § 13 Abs. 3 TVG (neu) ist § 4a TVG (neu) nicht auf Tarifverträge anzuwenden, die am Tag nach der Verkündung des TEG (10.7.2015) gelten.<sup>37</sup>

### 8. Frage der Arbeitgeberseite nach der Gewerkschaftszugehörigkeit

Ein Unternehmer, der in den Betrieben des Unternehmens mehrere Gewerkschaften als aktiv erkennt, wird zunächst prüfen, ob die Gewerkschaft, mit der er oder der Arbeitgeberverband Tarifverträge abgeschlossen hat, die Mehrheit im Betrieb an organisierten Beschäftigten hat oder nicht. Er braucht nicht gleich im Hinblick auf das TEG brav das Gesetz umzusetzen, ohne sich genau über die Mehrheitsverhältnisse informiert zu haben. Er kann Überraschungen erleben. *Bayreuther*<sup>38</sup> hat die Schwierigkeiten bei der Mehrheitsfeststellung ver-

deutlicht, insbesondere bezogen auf die Fälle, in denen sich im Tarifgebiet von Betrieb zu Betrieb unterschiedliche Mehrheiten ergeben.

Im Hinblick darauf, dass § 4a Abs. 2 TVG auf die Zahlenverhältnisse bei der Feststellung der Mehrheitsverhältnisse *nur auf den Betrieb* und *nicht auf das Unternehmen* und *schon gar nicht auf den Tarifbezirk*<sup>39</sup> abstellt, können sich in unterschiedlichen Betrieben unterschiedliche, vom Arbeitgeber bisher nicht erkannte Mehrheitsverhältnisse zeigen.

#### a) Nachfrage nach Gewerkschaftszugehörigkeit vor Inkrafttreten des TEG

Nach bisherigem Rechtsverständnis soll der Arbeitgeber durch Nachfrage bei einem oder mehreren Beschäftigten nicht erfragen dürfen, welche Mitarbeiter in der tarifschließenden Gewerkschaft sind. Der Arbeitgeber muss diese Einzelheit wissen, weil sich je nach Organisationszugehörigkeit des Mitarbeiters unterschiedliche tarifliche Ansprüche ergeben können. Dies kann der Fall sein, wenn der Tarifvertrag dem Organisierten bessere tarifliche Leistungen einräumt, wie beispielsweise bei der vom BAG für zulässig erachteten einfachen Differenzierungsklausel,<sup>40</sup> oder bei Beendigung des Mehrheitstarifvertrages, wenn der verdrängte Tarifvertrag mit längerer Laufdauer gilt. Die Nachfrage darf nicht zweckentfremdet benutzt werden.<sup>41</sup>

#### b) Nachfrage nach Gewerkschaftszugehörigkeit nach Inkrafttreten

Wie das BAG im Hinblick auf die neuen Anforderungen des § 4a Abs. 2 TVG die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit in Zukunft beurteilen wird, ist offen. *Die bisherige Rechtsprechung des Verbots der Nachfrage ist nicht mehr haltbar.*

Die Frage, ob und inwieweit der Arbeitgeber nachfragen darf oder dies für die Anwendung der Arbeitsbedingungen sogar tun muss, hat der Gesetzgeber wie beim Arbeitskämpfrecht der Rechtsprechung überlassen. Der Gesetzgeber hat sich an dieses heiße Eisen nicht herangetraut.

### 9. Überlegungen in der Betriebspraxis vor Tarifabschluss

Der Arbeitgeber, der einen Firmentarifvertrag mit kollidierendem Geltungsbereich nicht scheut und mehrere Betriebe unterhält, oder der Arbeitgeberverband, der für den Arbeitgeber einen firmenbezogenen Verbandstarifvertrag abschließen will, wird sich vorab Antworten auf folgende Fragen geben:

*Erstens:* In welchem Betrieb des Unternehmens gibt es konkurrierende Tarifverträge, in denen sich ganz oder teilweise der räumliche, fachliche oder persönliche Geltungsbereich überschneiden?

36 *Löwisch*, DB 2011, 1102.

37 Dies ist eine von mehreren Hürden im Falle eines Antrags einer Minderheitsgewerkschaft auf einstweiligen Rechtsschutz, die den Antrag zu Fall bringen könnte.

38 *Bayreuther*, NZA 2013, 1395.

39 Vgl. Vorschlag *Hromadka*, der auf den Bezirk als Messgröße abstellt, NZA 2014, 1105 ff. (1110): „Eine Minderheitsgewerkschaft kann den Arbeitgeber zu Tarifverhandlungen auffordern, wenn die Mehrzahl der Arbeitnehmer eines **Tarifbezirks** sie in einer geheimen Abstimmung dazu ermächtigt. Eine solche Gewerkschaft kann eine Abstimmung verlangen, wenn sie nachweist, dass ihr mindestens x Prozent der Arbeitnehmer des **Tarifbezirks** angehören und wenn anzunehmen ist, dass die Mehrzahl der Arbeitnehmer in diesem **Tarifbezirk** mit Verhandlungen durch sie einverstanden ist.“

40 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, AP TVG § 3 Nr. 41 m. Anm. *Kamanbrou*, BB-Entscheidungsreport *Lipinski/Reinhardt*, BB 2011, 1408; *Bepler*, in: Lehmann, Deutsche und europäische Tariflandschaft im Wandel, 2013, S.190 ff.

41 BAG, 18.11.2014 – 1 AZR 257/13, NZA 2015/306.



*Zweitens:* Welche Mehrheitsverhältnisse bestehen in jedem einzelnen Betrieb bei den konkurrierenden Gewerkschaften? Sollte der Arbeitgeber vorsorglich einen Antrag beim Arbeitsgericht auf Feststellung der Mehrheitsverhältnisse stellen oder sollte er aus betriebspolitischen Gründen stattdessen die Mehrheitsverhältnisse zunächst innerhalb der Tarifvertragsparteien klären?

Entsprechend wird der Arbeitgeberverband, der im Auftrag des Arbeitgebers einen konkurrierenden firmenbezogenen Verbandstarifvertrag abschließen will, prüfen, wie er taktisch vorgehen wird, insbesondere ob er für alle Unternehmen mit vielen Betrieben ein gerichtliches Feststellungsverfahren einleitet – dazu wäre er nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG (Tarifzuständigkeit) aktiv legitimiert –, oder ob er es den einzelnen Arbeitgebern überlässt, das Verfahren eigenständig zu betreiben.

## 10. Verfahren nach § 99 ArbGG

Der Arbeitgeber, der einen Firmentarifvertrag abschließen will oder abgeschlossen hat, oder der Arbeitgeberverband, der einen Verbandstarifvertrag abgeschlossen hat oder noch abschließen will, aber den Organisationsgrad mangels Nachfragerecht nicht genau kennt, kann nach § 99 ArbGG bei dem für den Betrieb zuständigen Arbeitsgericht den Antrag stellen, das Arbeitsgericht möge eine Entscheidung über den nach § 4a Abs. 2 S. 2 des Tarifvertragsgesetzes im Betrieb anwendbaren Tarifvertrag treffen. Wenn sich Zweifelsfragen ergeben, liegt der Antrag zur Klärung nach § 99 ArbGG ohnehin im Interesse einer jeden Tarifvertragspartei.

### a) Stichtag der Mehrheitsfeststellung

Maßgeblicher Zeitpunkt, zu dem die betrieblichen Mehrheitsverhältnisse festzustellen sind, ist der Zeitpunkt des letzten Abschlusses des kollidierenden Tarifvertrags. Zu diesem Zeitpunkt wird die Tarifkollision herbeigeführt.

### b) Maßgeblicher Tarifvertrag bis zur Feststellung mit Gewissheit

Bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Arbeitsgerichtsbarkeit über den im Betrieb anwendbaren Tarifvertrag vergeht möglicherweise ein langer Zeitraum, falls der Instanzenweg von einer streitenden Partei beschritten wird. Den Instanzenweg im Beschlussverfahren über das ArbG, das LAG bis zum BAG – Letzteres im Fall zugelassener Revision – kann eine streitende Partei legitim aus sachlichen oder taktischen Gründen ohne Missbrauchsvorwurf beschreiten.

Bis zum erstmaligen Ablauf der im Betrieb geltenden Tarifverträge ist nach der zum 10.7.2015 erfolgten Inkraftsetzung des TEG zunächst jeder im Betrieb laufende und für den Betrieb geltende Tarifvertrag trotz Tarifkollision bis zu dessen Ablauf durch Kündigung oder Befristung oder einvernehmliche Änderung anwendbar (§ 13 Abs. 3 TVG). *Aktionismus ist also nicht erforderlich.* Erst bei der Wiederinkraftsetzung eines kollidierenden Tarifvertrags stellt sich die Frage, ob die tarifschließende Gewerkschaft eine Minderheits- oder Mehrheitsgewerkschaft ist. Aber auch dann darf die streitende Partei bei Zweifel oder aus taktischen Gründen erst eine rechtskräftige Entscheidung des Arbeitsgerichts oder der höheren Instanzen herbeiführen, bevor § 4a TVG zwingend anzuwenden ist. Sollten die Mehrheitsverhältnisse offensichtlich sein, so wird der Arbeitgeber zur Befriedung eine Antwort auf die Frage finden, ob ein langwieriges Feststellungsverfahren den Ärger mit der Mehrheitsge-

werkschaft für den Betrieb einen Wert hat. Er kann rechtzeitig den Weg zu den Alternativmitteln einschlagen (vgl. vorst. Ziff. 5 und nachf. VI und VII).

### c) Beweismittel im gerichtlichen Verfahren

Vor dem Arbeitsgericht ist der Nachweis über die Zahl der in einem Arbeitsverhältnis (nicht Ausbildungsverhältnis) stehenden Mitglieder einer Gewerkschaft im Betrieb zu führen. Dies umfasst das Vertretensein der Gewerkschaft im Betrieb. Es genügt, dass die Gewerkschaft nur durch einen einzigen Organisierten vertreten ist.

Das Arbeitsgericht stellt auf Antrag einer Tarifvertragspartei im Verfahren nach § 99 Abs. 1 ArbGG – in der Regel anhand der vom Antragsteller vorgelegten Beweisurkunden – *in freier Beweiswürdigung* fest, welche Gewerkschaft im Betrieb die Mehrheit der bei der jeweiligen Gewerkschaft Organisierten auf sich vereinigt. *Die Namen der Mitarbeiter der Mehrheits- oder Minderheitsgewerkschaft werden im Prozess nicht vorgetragen*, damit die nichtorganisierten und die organisierten Arbeitnehmer nicht in ihren verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen aus der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG und dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 1 GG und Art. 2 GG<sup>42</sup> verletzt werden.

#### aa) Unmittelbare und mittelbare Beweismittel

Das Problem des Nachweises der Mehrheit von Organisierten hat das Gesetz unter Abwägung der Persönlichkeitsrechte des einzelnen Arbeitnehmers einerseits mit dem gesetzlichen Erfordernis des Schutzes der Persönlichkeitsrechte, andererseits durch einen rechtlich erlaubten Kunstgriff gelöst. Nach geltendem Recht können sich die Parteien sowohl für die Vorlage unmittelbarer Beweise oder den Beweisantritt zur Zeugenvernehmung entscheiden, sie können aber ebenso ihren zu beweisenden Vortrag auf die Benennung mittelbarer Beweismittel beschränken.

#### bb) Mittelbarer Urkundenbeweis durch notarielle Erklärung

Die Beweisführung vor dem Arbeitsgericht kann mit dem mittelbaren Beweis einer notariellen Erklärung als Urkundenbeweis (§ 415 ZPO) ausreichen.

Der Notar seinerseits hat nicht die Aufgabe, vom Vertreter der Gewerkschaft die Vorlage von *Namenslisten* zu verlangen oder gar durch Rundfrage die Mehrheitsverhältnisse selbst zu ermitteln. Er hat nur die amtliche Aufgabe als beurkundender Notar, die Erklärung einer legitimierten Person der Gewerkschaft entgegenzunehmen und zu beglaubigen. Hierbei wird er als neutrale rechtskundige Person in seiner Funktion als Notar in der Regel Hinweise für die Beweiskräftigung geben, beispielsweise dem Gewerkschaftsvertreter nahelegen, ihm die Listen der im Betrieb Organisierten zu zeigen. Dies wird jedoch in der Praxis – auch eines Notars – jedenfalls dann wenig sinnvoll sein, wenn in dem in Rede stehenden Betrieb Tausende von Mitarbeitern tätig sind. Der Notar wird nicht freiwillig die Listen durchgehen und auf Plausibilität prüfen müssen. Soweit geht die Anforderung des § 58 Abs. 3 ArbGG nicht.

<sup>42</sup> BAG, 18.11.2014 – 1 AZR 237/13, NZA 2015, 306; BVerfG, 21.3.1994 – 1 BvR 1485/93, AP BetrVG 1972 § 2 Nr. 4, NZA 1994, 891.

### cc) Beweis und Gegenbeweis

Die Gewerkschaft darf rechtlich zulässig den erforderlichen Beweis, die Mehrheitsgewerkschaft im Betrieb zu sein, durch mittelbare Beweismittel<sup>43</sup> erbringen. *Zu den mittelbaren Beweismitteln gehört die vor dem Notar abgegebene und von diesem beglaubigte Erklärung. Sie ist eine Beweisurkunde i. S. des § 415 Zivilprozessordnung (ZPO).* Der Beweis besagt aber lediglich, dass die Erklärung von der Gewerkschaft authentisch abgegeben ist (§ 416 ZPO), mehr nicht.

Die Beweiskraft öffentlicher Urkunden über Erklärungen kann vom Antragsgegner erschüttert werden. Der Notar kann und wird in der Regel nicht die inhaltliche Richtigkeit der Erklärung des Gewerkschaftsvertreters oder der von diesem vorgelegten Urkunde mit den Zahlen der Organisierten prüfen (können).

Nach zivilprozessualen Grundsätzen ist der Gegenbeweis gegen die Echtheit der Urkunde (§ 437 ZPO) oder gegen ihre materielle Beweiskraft – also gegen die Richtigkeit – oder die Wirksamkeit (z.B. Anfechtung) der als abgegeben bewiesenen Erklärung – prozessual erlaubt. *Für diese Beweisführung genügt es, dass die Überzeugung des Gerichtes erschüttert ist.*<sup>44</sup>

Ob diese Beweisführung ausreicht, ist eine Frage der freien Beweiswürdigung des Arbeitsgerichtes. Die Tatsachengerichte müssen dem geringeren Beweiswert mittelbarer Beweismittel durch besonders sorgfältige Beweiswürdigung und Begründung ihrer Entscheidung Rechnung tragen.<sup>45</sup>

### dd) Inquisitionsmaxime im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren

Es ist Sache des Antragsgegners, die in der Beweisurkunde enthaltene Zahl entweder anzuerkennen oder substantiiert zu bestreiten. Das Arbeitsgericht kann gemäß der im Beschlussverfahren geltenden Inquisitionsmaxime von den streitenden Parteien erfragen, wie die in der Urkunde genannte Zahl der Organisierten zustande gekommen bzw. ermittelt worden ist.

## 11. Bekanntgabepflichten der Arbeitgeberseite bei Tarifkollision

Zu unterscheiden ist die Pflicht der Bekanntgabe der Arbeitgeberseite über die Aufnahme von Tarifverhandlungen und die Pflicht zur Bekanntgabe von Tarifabschlüssen, vorausgesetzt, dass sich die Geltungsbereiche konkurrierender Tarifverträge im Betrieb überschneiden (Tarifkollision).

### a) Aufnahme von Tarifverhandlungen

Die Bestimmung des § 4a Abs. 5 § 4a TVG schreibt vor, dass der Arbeitgeber oder die Vereinigung von Arbeitgebern verpflichtet ist, *rechtzeitig und in geeigneter Weise* bekannt zu geben, wenn der Arbeitgeber oder der Arbeitgeberverband Verhandlungen über den Abschluss eines Tarifvertrages aufnimmt.

Diese Verpflichtung gilt in Zukunft also nicht generell für alle Tarifverhandlungen, sondern sie beschränkt sich auf die Fälle (möglicher) Tarifkollisionen im Betrieb, wenn der Arbeitgeber an mehrere Tarifverträge gebunden ist.

### b) Information der jeweils anderen Gewerkschaft auf geeignete Weise

Bei der Aufnahme von Verhandlungen mit der Mehrheitsgewerkschaft ist jeweils „die andere Gewerkschaft“ zu informieren.

Die Formalität der Bekanntgabe des Arbeitgebers dient der innerbetrieblichen Tarifpublizität. Die rechtzeitige Information soll die andere konkurrierende Gewerkschaft in die Lage versetzen, auf diesen tarifpolitisch bedeutsamen Schritt zu reagieren, beispielsweise durch einen Antrag beim Arbeitsgericht auf Feststellung des Status als Mehrheitsgewerkschaft (§ 99 Abs. 1 BetrVG) oder für das Recht zur Nachzeichnung des Mehrheitstarifvertrages (§ 4a Abs. 4 TVG) und zur Prüfung der Möglichkeiten alternativer Mittel für eine Zusammenarbeit mit der konkurrierenden Gewerkschaft im Betrieb. Die Alternativen der Zusammenarbeit können die gesetzliche Verdrängung (§ 4a Abs. 2 TVG) vermeiden.

*Wie die Bekanntgabe erfolgt, beschreibt das Gesetz nicht, wohl schon deshalb, um die Formalität nicht zu überdehnen.* Der Arbeitgeber kann die Information im Betrieb durch Aushang am Schwarzen Brett oder durch Rundschreiben – es genügt die elektronische Form – herausgeben. Die Bekanntmachung kann stattdessen unmittelbar an die andere Gewerkschaft gerichtet werden. Es reicht sogar die mündliche Mitteilung. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung zieht keine gesetzliche Sanktion nach sich. Jedoch könnte der Verstoß in der Tarifpraxis als bewusstes Ignorieren der anderen Gewerkschaft verstanden werden. Dies könnte tarifpolitisch vermeidbare Gegenreaktionen der anderen Gewerkschaft im Betrieb auslösen.

### c) Rechtzeitigkeit der Information

*Rechtzeitig* ist eine Bekanntgabe, wenn sie vor der Aufnahme der Tarifverhandlungen erfolgt, sobald die Gewerkschaft oder der Arbeitgeber Forderungen für die kommende Tarifrunde gestellt haben. Rechtzeitig ist die Bekanntgabe auch dann noch, wenn diese unverzüglich nach Aufnahme der Tarifverhandlungen und möglichst vor Abschluss des Tarifvertrages erfolgt.<sup>46</sup>

## 12. Anhörung der „anderen“ Gewerkschaft

Eine „andere“ im Betrieb vertretene tariffähige Gewerkschaft – dies kann die Mehrheitsgewerkschaft, Minderheitsgewerkschaft oder sonst eine andere Gewerkschaft sein – hat den Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber oder der Arbeitgeberverband sie anhört. *Den Anspruch muss die „andere Gewerkschaft“ ausdrücklich geltend machen.*

Sollte daher der Arbeitgeber mit der Minderheitsgewerkschaft oder der einen Firmentarifvertrag abschließen wollen, noch bevor die Mehrheitsgewerkschaft „an die Krippe kommen kann“, so ist der Arbeitgeber nicht nur zur rechtzeitigen Information verpflichtet, sondern er muss die „andere“ Gewerkschaft anhören, wenn diese es verlangt.

### a) Rahmenbedingungen für die Anhörung

Die Anhörung setzt voraus, dass die Gewerkschaft ihr Recht gegenüber der Arbeitgeberseite geltend macht. *Berechtigt zur Anhörung ist jede Gewerkschaft, die für den Abschluss des von der konkurrierenden Gewerkschaft angestrebten Tarifvertrages nach ihrer Satzung zumindest teilweise tarifzuständig wäre.* Für das Anhörungsrecht

43 Erlaubt im engen Rahmen das BVerfG, 21.3.1994 – 1 BVR 1485/93, NZA 1994, 891, für den Nachweis des Vertretenseins einer Gewerkschaft im Betrieb.

44 Thomas/Putzo, Kommentar ZPO, 34. Aufl. 2013, § 415, Rn. 8.

45 BAG, 25.3.1992 – 7 ABR 65/90, BB 1992, 2295; BVerfG, 21.3.1994 – 1 VvR 1485/93, NZA 1994, 891

46 BR-Drs. 635/14 vom 29.12.2014 Teil B.

kommt es nicht darauf an, inwieweit es sich bei der anhörungsberechtigten Gewerkschaft in den Betrieben um die Mehrheits- oder die Minderheitsgewerkschaft handelt. Mit der Anhörung erhält die andere im Betrieb konkurrierende Gewerkschaft *Gelegenheit, sich mündlich über ihre Vorstellungen und Forderungen zu äußern. Das Recht zur Äußerung umfasst aber kein Erörterungs- und Verhandlungsrecht.*<sup>47</sup>

#### b) Sollte es vielleicht doch ein bisschen mehr sein?

Das Recht auf Anhörung reicht den Kritikern des TEG für den vom Gesetzgeber zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht aus. Es fehlt in § 4a TVG eine Regelung über die Einbindung der jeweils anderen Gewerkschaft in die Tarifverhandlungen. Man könnte sich folgende Regelung<sup>48</sup> vorstellen, falls der Anteil der in der Minderheitsgewerkschaft Organisierten im Betrieb ein bestimmtes Quorum übersteigt: *„Eine Minderheitsgewerkschaft kann von einer Mehrheitsgewerkschaft die Abstimmung über Forderungen und Ergebnisse aus Tarifverhandlungen verlangen, wenn sie nachweist, dass ihr mindestens 5 Prozent der Arbeitnehmer im Betrieb angehören.“*

Die Quote von 5% ist nicht zu niedrig. Sie entspricht der Wahlquote bei Bundestagswahlen.

#### c) Bekanntgabe eines (neu) vereinbarten Tarifvertrags

Nach der neuen Fassung des § 8 TVG<sup>49</sup> ist der Arbeitgeber verpflichtet, die im Betrieb anwendbaren Tarifverträge sowie rechtskräftige Beschlüsse nach § 99 des ArbGG über den nach § 4 Abs. 2 S. 2 anwendbaren Tarifvertrag im Betrieb bekannt zu machen. Die Bekanntgabe dient der innerbetrieblichen Tarifpublizität.

### 13. Betriebsbegriff des TEG

Das TEG stellt zur Feststellung der Mehrheitsgewerkschaft ausschließlich auf den Betrieb nach § 1 BetrVG ab und verweist sodann ergänzend auf die nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG abweichenden Möglichkeiten, durch Tarifvertrag andere im Betriebsverfassungsgesetz rahmenmäßig vorgegebene Strukturen festzulegen.

#### a) Definition des Betriebes im Arbeitsrecht

Die Gesetzesbegründung<sup>50</sup> wiederholt den arbeitsrechtlich durch die Rechtsprechung entwickelten Begriff des „normalen Betriebs“.<sup>51</sup> Damit entspreche der „tarifrechtliche“ Betriebsbegriff in seiner grundsätzlichen Ausrichtung dem betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff. Somit diene er als Anknüpfungspunkt für das Mehrheitsprinzip der Solidargemeinschaft, die infolge der Zusammenfassung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke entsteht. Das Abstellen auf den in § 4a Abs. 2 TVG gewählten Maßstab „Betrieb“ zur Durchsetzung des Mehrheitsprinzips ist wenig einleuchtend.

#### b) Unbestimmtheit des Betriebsbegriffs durch abweichenden Tarifvertrag

Die Betriebsbezogenheit hat schon bei der Vorlage des Regierungsentwurfes des TEG erhebliche Kritik erfahren.<sup>52</sup> Die Kritik richtet sich vor allem darauf, dass das TEG nicht definiert, was unter dem sog. „tarifvertraglichen“ Betriebsbegriff objektiv und transparent zu verstehen ist. Ein tarifvertraglicher Betriebsbegriff sei unbekannt. Er werde durch die Gesetzesbegründung, die kein Gesetz ist, generiert.

Der Betriebsbegriff, auf den § 4a Abs. 2 TVG bei der Verdrängung des Minderheitsarbeitsvertrags abstellt, ist nach überwiegender Meinung zu unbestimmt. Dies kann zulasten der Arbeitgeberseite oder der Gewerkschaftsseite gehen.

Ein Betrieb kann zwar durch den Betriebszweck in der Unternehmenspraxis exakt definiert werden, wenn und solange eine herkömmliche Führungsstruktur praktiziert wird.

Jedoch beginnt die Unbestimmtheit, die der Gesetzgeber in Gesetzen nicht zulassen darf, schon bei einer Abweichung von herkömmlichen Betriebsstrukturen wie beispielsweise einer Matrixorganisation oder aufgrund von Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers über den Betriebszuschnitt oder auch durch Tarifverträge gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG.

Im Übrigen kann ein tarifvertraglicher Zuschnitt zu Missbrauch führen, beispielsweise wenn beide Tarifvertragsparteien den Betrieb auf die vom Arbeitgeber erwünschte Gewerkschaft zuschneiden.

#### c) Besitzstand von Tarifparteien bei bisherigem Betriebszuschnitt?

Möglich bleibt wie bisher, dass ein Arbeitgeber oder der Arbeitgeberverband mit einer Gewerkschaft betriebliche bzw. betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheiten im Sinne von Betriebsänderungen gemäß § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 2 und § 4 Abs. 1 S. 2 BetrVG durch einen Tarifvertrag regeln.

Nach § 4a Abs. 3 TVG findet der Grundsatz der Tarifeinheit (Mehrheitsprinzip) für die tarifvertragliche Rechtsnorm über eine betriebsverfassungsrechtliche Frage nach § 3 Abs. 1 BetrVG und § 117 Abs. 2 BetrVG<sup>53</sup> „nur“ dann Anwendung, wenn diese betriebsverfassungsrechtliche Frage bereits im Tarifvertrag einer anderen Gewerkschaft geregelt ist.<sup>54</sup> Die Vorschrift dient der Kontinuität tarifvertraglich geschaffener betriebsverfassungsrechtlicher Vertretungsstrukturen.

#### d) Vorschläge aus der Wissenschaft zur Mehrheitsfeststellung

Nachdenkenswert sind u. a. folgende Vorschläge aus der Wissenschaft:

##### aa) Abstellen auf den Tarifbezirk

*Hromadka*<sup>55</sup> schlägt vor, nicht auf den Betrieb, sondern auf den Tarifbezirk abzustellen: *„Eine Minderheitsgewerkschaft kann den Arbeitgeber zu Tarifverhandlungen auffordern, wenn die Mehrzahl der Arbeitnehmer eines Tarifbezirks sie in einer geheimen Abstimmung dazu ermächtigt. Eine solche Gewerkschaft kann eine Abstimmung verlangen, wenn sie nachweist, dass ihr mindestens x Prozent der Arbeitnehmer des Tarifbezirks angehören und wenn anzunehmen ist, dass die Mehrzahl der Arbeitnehmer in diesem Tarifbezirk mit Verhandlungen durch sie einverstanden ist.“*

47 BR-Drs. 635/14 vom 29.12.2014 Teil B.

48 In Anlehnung an den Vorschlag von *Hromadka*, NZA 2014, 1105 ff., 1110.

49 Regelung des § 8 TVG (alt): „Die Arbeitgeber sind verpflichtet, die für ihren Betrieb maßgebenden Tarifverträge an geeigneter Stelle im Betrieb auszulegen.“

50 BR-Drs. 635/14 vom 29.12.2014.

51 Danach ist ein Betrieb „diejenige organisatorische Einheit, innerhalb deren der Arbeitgeber mit seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt“.

52 *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1 ff., 10, 11; *Schliemann*, „Kritik an Tarifautonomie, -stärkung und Tarifeinheit: Tarifforum München 2015“ in NZA aktuell, Heft 7/2015, XI–XVI (XIII); ebenso *Franzen*, a. a. O. S. XIII.

53 § 117 BetrVG betrifft Flugbetriebe.

54 BR-Drs. 635/14 vom 29.12.2014 Teil B zu § 4a Abs. 3 TVG.

55 *Hromadka*, „Wiederherstellung der Tarifeinheit – Die Quadratur des Dreiecks“, NZA 2014, 1105 ff. (1110).

**bb) Abstellen auf den sachnäheren Tarifvertrag**

Franzen<sup>56</sup> schlägt die Einführung einer betriebsweiten Verbindlichkeit von Tarifverträgen (Erga-Omnes-Wirkung) nach dem Sachnäheprinzip vor. „Sachnäher ist der Tarifvertrag, der dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebs und der darin tätigen Arbeitnehmer am ehesten gerecht wird. Kann die Sachnähe nicht festgestellt werden, kommt derjenige Tarifvertrag zur Anwendung, an die im Betrieb mehr Arbeitnehmer i.S. des § 3 Abs. 1 TVG gebunden sind“.

**14. Überleitungsregelung für bestehende Tarifverträge**

Der neue § 13 TVG Abs. 3 TVG enthält eine Überleitungsregelung, nach der § 4a TVG nicht auf Tarifverträge anzuwenden ist, die am 10.7.2015 gelten. Somit hebt § 13 Abs. 3 TVG die Dringlichkeit auf. Dies wird die Erlangung eines einstweiligen Rechtsschutzes beim BVerfG erschweren.

**15. Verhältnis des TEG zur Sperrwirkung der §§ 87 Abs. 1 BetrVG und 77 Abs. 3 BetrVG**

Die Verdrängungswirkung des Mehrheitstarifvertrages hat für die Sperrwirkung des Tarifvertrags im Hinblick auf § 87 Abs. 1 BetrVG Einleitungshalbsatz und § 77 Abs. 3 BetrVG gegenüber der Betriebsvereinbarung eine rechtlich erhebliche Bedeutung.

**a) Sperrwirkung des § 87 Abs. 1 BetrVG**

Der Tarifvertrag hat Vorrang vor der Betriebsverfassung, wenn und soweit ein Tarifvertrag im tarifgebundenen Betrieb besteht. Er sperrt Betriebsvereinbarungen in den Fällen des § 87 Abs. 1 BetrVG – Einleitungshalbsatz. Der Betriebsrat hat in den in § 87 Abs. 1 BetrVG geregelten sozialen Angelegenheiten mitzubestimmen, soweit nicht ein Tarifvertrag besteht. Gegen höherrangige Tarifnormen verstoßende Normen in Betriebsvereinbarungen sind unwirksam.

Der Mehrheitstarifvertrag sperrt nur während dessen Laufdauer. Nach Eintritt in die Nachwirkung gilt der verdrängte Minderheitstarifvertrag, falls er eine längere Laufdauer hat. Dann sperrt nur der Minderheitstarifvertrag. Bei Wiederinkraftsetzung des Mehrheitstarifvertrags sperrt wieder nur dieser.

**b) Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG**

Der Vorrang eines Tarifvertrags kann nach § 77 Abs. 3 BetrVG bei Tarifüblichkeit die Unwirksamkeit von Betriebsvereinbarungen zur Folge haben. Nach dieser Bestimmung, mit der die Tarifautonomie vom Gesetzgeber gesichert werden soll, können *Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein, es sei denn, dass ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt* (Öffnungsklausel).

Bestehen im Betrieb mehrere konkurrierende Tarifverträge, so stellt sich die Frage, welcher der geltenden Tarifverträge Vorrang vor betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen hat, damit die Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung vermieden wird.

**Beispiel:**

Eine entgegenstehende tarifliche Regelung besteht nicht, wenn der Mehrheitstarifvertrag anwendbar ist. Nach Beendigung des Mehrheitstarifvertrages wacht der

verdrängte Minderheitstarifvertrag auf, falls er eine im Vergleich zum Mehrheitstarifvertrag längere Laufdauer hat. Dann ist die Sperrwirkung<sup>57</sup> aus dem Verhältnis zwischen Minderheitstarifvertrag und Betriebsvereinbarung erneut zu prüfen.<sup>58</sup> Die Überprüfung kann bei unterschiedlicher Sperrwirkung in den unterschiedlichen Tarifverträgen der im Betrieb konkurrierenden Gewerkschaften im Hinblick auf die Folge der Unwirksamkeit von betrieblichen Normen notwendig sein.

Im Falle des § 77 Abs. 3 BetrVG wird man im vorgenannten Beispiel generell die Sperrwirkung des Mehrheitstarifvertrags und zugleich des Minderheitstarifvertrags wegen der Tarifüblichkeit bejahen. Egal ob ein Tarifvertrag in Kraft ist und nach Ablauf nachwirkt oder der andere Tarifvertrag nach Beendigung des Mehrheitstarifvertrags auflebt: Die Tarifüblichkeit ist offensichtlich. Aber welcher der Tarifverträge ist der Maßstab?

„Das BAG<sup>59</sup> hat zum Fall von sich überschneidenden Geltungsbereichen von Tarifverträgen (Tarifpluralität) sehr konsequent entschieden, dass der Arbeitgeber gehalten ist, die Arbeitnehmer unter Beteiligung des Betriebsrates den Entgeltgruppen beider Vergütungsordnungen zuzuordnen.“

**Fazit:** Nach § 4a TVG sind die Entgeltgruppen des Mehrheitstarifvertrags während dessen Laufdauer anwendbar, danach kann es anders ein.

**c) Empfehlung von „Regelungsabreden“ der Betriebsparteien**

Die Betriebsparteien dürfen ohne Verstoß gegen § 77 Abs. 3 BetrVG schuldrechtlich wirkende Regelungsabreden (Betriebsabsprachen) treffen, weil Regelungsabreden keine Betriebsvereinbarungen im Sinne des § 77 Abs. 1 BetrVG sind und die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG sich nur auf Betriebsvereinbarungen bezieht.

Voraussetzung der Wirksamkeit der Regelungsabrede oder Betriebsabsprache ist, dass diese ausdrücklich als Regelungsabrede oder Betriebsabsprache bezeichnet sind, beispielsweise unter einer derartigen Überschrift in einem schriftlichen Dokument, das vom Arbeitgeber und Betriebsrat unterzeichnet ist.

Die Betriebsparteien dürfen auf der Grundlage der schuldrechtlich wirkenden Regelungsabrede sogar einen Vertrag mit Schutzwirkung für die Beschäftigten im Sinne des § 328 BGB abschließen, um den Beschäftigten im Betrieb einen unmittelbaren vertraglichen Anspruch auf Leistungen einzuräumen.

**Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann** ist Rechtsanwalt in Schliersee und Krefeld sowie Berater vornehmlich im kollektiven Arbeitsrecht. Er ist der Initiator des Tarifforumms ([www.arbeitsrecht.com](http://www.arbeitsrecht.com)).



56 Franzen, „Vorschläge für eine Änderung des TVG in ZAAR, Schriftenreihe Band 36, 32 ff. (Anhang).

57 Mitbestimmung in Angelegenheiten i.S. § 87 Abs. 1 BetrVG, soweit nicht ein Tarifvertrag besteht. Zudem lässt § 77 Abs. 3 BetrVG Betriebsvereinbarungen über materielle Regelungen nicht zu, wenn diese üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden. Die Betriebspraxis beachtet dies vielfach nicht.

58 In diese Richtung gehen die Hinweise von Melot de Beauregard, DB 2015, 1527 ff., 1529.

59 BAG v. 14.4.2015 – 1 ABR 66/13 – (noch unveröffentlicht)