

Betriebs Berater

38 | 2015

Recht | Wirtschaft | Steuern

14.9.2015 | 70. Jg.
Seiten 2241–2304

DIE ERSTE SEITE

Professor Dr. Jens Koch

50 Jahre Aktiengesetz 1965 – Grundlegendes Reformwerk und kleinteilige Nachbesserung

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Katharina Stüber, RAin

Frauenquote: Der Praxisleitfaden und weitere aktuelle Entwicklungen | 2243

Dr. Philipp Scholz

Zurück ins „Macrotron“-Zeitalter durch Satzungsregelung? | 2248

STEUERRECHT

Joachim Ortheil, WP/StB

Gesetzentwurf zur Anpassung des ErbStG: Zu erwartende Schwierigkeiten in der steuerlichen Praxis bei der stichtagsbezogenen Ermittlung des Betriebsvermögens | 2263

Sven Bechthold, StB

Pauschalierung der Einkommensteuer für Sachzuwendungen nach § 37b EStG | 2266

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Christoph Louven, RA

Contractual Trust Arrangements bei M&A-Transaktionen | 2283

ARBEITSRECHT

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, RA

Tarifeinheitsgesetz – Die neue Unordnung in der gewillkürten Ordnung (Teil 2) | 2293

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, RA

Tarifeinheitgesetz – Die neue Unordnung in der gewillkürten Ordnung (Teil 2)

Interimslösungen für die Betriebspraxis bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes

Das Gesetz zur Tarifeinheit (TEG) ist trotz aller Kritik aus Wissenschaft und Praxis am 10.7.2015 in Kraft getreten. Er regelt, dass im Betrieb bei Überschneidung der Geltungsbereiche von Tarifverträgen unterschiedlicher Gewerkschaften derjenige Tarifvertrag, von dem die Mehrheit der Beschäftigten erfasst ist, anzuwenden ist.

Für die Betriebspraxis bedeutet dies: Bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG) ist das TEG in der Praxis umzusetzen. Je nach Entscheidung kann die Umsetzung auch weiterhin notwendig bleiben.

Der Autor ist davon überzeugt, dass der Gesetzgeber mit seinem Kompromiss, der es allen recht machen sollte und es niemandem recht macht, ungeahnte Denkanstöße und Freiräume gegeben hat. Dazu gehört ein Ausweichen auf den schuldrechtlichen Normenvertrag – auch „sonstiger Kollektivvertrag“ oder „Sozialpartnervertrag mit Drittwirkung“ genannt.

In diesem Teil 2 sind die Möglichkeiten zur Umsetzung des TEG in der Praxis dargestellt. Zugleich zeigt der Autor rechtlich tragfähige Handlungsmöglichkeiten zum Ausweichen auf sonstige Kollektivverträge in Form des Sozialpartnervertrags mit Drittwirkung auf. Am Schluss befasst er sich im Hinblick darauf, dass der Mehrheitstarifvertrag während dessen Laufdauer den Minderheitstarifvertrag verdrängt, mit dem Arbeitskampfrecht, damit Betriebspraktiker sich eine Meinung über die trotz Verdrängungswirkung verbliebenen Streikmöglichkeiten der Minderheitsgewerkschaft bilden können.

Den ersten Teil des Aufsatzes (Punkte I. bis IV.) finden Sie in der vorherigen Ausgabe des BB.

V. Unordnung statt Ordnung

Das TEG bringt Unordnung statt der von Bundesregierung und Gesetzgeber gewollten Ordnung. Die Mehrheit der Vertreter aus Wissenschaft und Praxis übt Kritik am TEG.¹ Die Kritiker sagen zwar überwiegend zur Tarifeinheit „Ja“, jedoch zum Inhalt „Nein, so nicht“. Sie sehen erhebliche Streitigkeiten in den Betrieben sowie Verteilungskämpfe mit Störungen des Betriebsfriedens voraus. Das Versprechen, die Arbeitsbeziehungen zu ordnen und zu befrieden, löst das TEG nicht ein. Das Gesetz schafft einen Großkonflikt, indem es Gewerkschaften in einen Existenzkampf zwingt – sowohl in den Betrieben als auch vor den Gerichten als auch auf der Straße.² Der Wettbewerb zur Profilierung vor Beschäftigten der Betriebe durch ein wechselseitiges Überbieten mit Forderungen an die Arbeitgeber wird den Unternehmen und die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft schätzungsweise neue zusätzliche Kosten bringen. Das ursprüngliche Ziel der Tarifautonomie, die Vorrang

vor der Betriebsautonomie hat, ist durch das TEG in Frage gestellt. Ziel der tariflichen Gestaltung ist bisher gewesen, Verteilungskonflikte aus den Betrieben herauszuhalten. Kritik nutzt nach dem Inkrafttreten des TEG nicht mehr viel. Die Vertreter aus Wissenschaft und Praxis haben rechtzeitig ihre Kritik eingebracht, die der Gesetzgeber weitgehend ignoriert hat. Das Ziel der Befriedung der Beschäftigten im Betrieb muss nun anderweitig erreicht werden.

Es nutzt jetzt auch nicht viel, auf die Entscheidung des BVerfG zu warten. Die Macht des Faktischen überwindet das Recht. Es gilt daher, ohne falschen Aktionismus auf das in Kraft getretene TEG zu reagieren und über Alternativen nachzudenken. Dazu gehört die Erwägung der betrieblichen „Machbarkeit“ von Alternativen. Ein Trost liegt vielleicht darin, dass das TEG nur hilfsweise³ gilt, wenn Alternativen versagen, insbesondere eine autonome Verständigung der Gewerkschaften untereinander nicht gelingt.

VI. Prüfung der Mehr- und Minderheiten der Organisierten des Betriebes

Der Arbeitgeber wird sich, bevor er mögliche Alternativen prüft, zunächst fragen, ob „sein Betrieb“ wegen der Betriebsbezogenheit des im TEG enthaltenen § 4a Abs. 2 TVG überhaupt betroffen ist.

Erst wenn er erkennt, dass der Betrieb effektiv von einer Tarifkollision betroffen ist – und dies kann bei anderen Betrieben des gleichen Unternehmens durchaus anders sein –, dann wird er sich den Alternativen (im Folgenden VII.) zuwenden.

1. Feststellung des Organisationsgrades

Haben die Tarifverträge unterschiedliche Inhalte und überschneiden sie sich im Geltungsbereich, ist gemäß § 4a Abs. 2 TVG festzustellen, ob die eine oder andere Gewerkschaft im Zeitpunkt des Abschlusses des letzten kollidierenden Tarifvertrags die meisten Mitglieder im Betrieb hatte. Es kommt auf die für den Arbeitgeber *objektiv feststellbare Mehrheit der Mitglieder einer Gewerkschaft im Betrieb* an.

Für den Arbeitgeber und für die Gewerkschaft kann sich die Frage stellen, welche von mehreren Gewerkschaften im Betrieb die Mehrzahl der Mitglieder auf sich vereinigt, es sei denn, dass der Status der Mehrheit einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft unbestritten und anerkannt ist.

1 Ergebnisse des Tarifforums 2015, NZA Aktuell, S. XI bis VII.

2 Greiner, Das Tarifeinheitgesetz – ein „Brandbeschleuniger“ für Tarifaufeinandersetzungen?, RdA 2015, 36 ff.

3 BR-Drucksache 635/14, Allgemeiner Teil II.

Nicht immer werden die Beteiligten den jeweiligen Organisationsgrad zutreffend einschätzen können, so dass bei Zweifel ein arbeitsgerichtliches Verfahren nach § 99 ArbGG geboten ist, um den Mehrheitsarbeitsvertrag im Betrieb zutreffend anwenden zu können. So kann sich beispielsweise der in Rede stehende Betrieb von einem anderen Betrieb des gleichen Unternehmens in der Zahl der mehrheitlich organisierten Köpfe unterscheiden.

2. Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit wegen § 4aTVG

Besonders prekär ist das zu beachtende Verbot der Frage an den einzelnen Arbeitnehmer zur Gewerkschaftszugehörigkeit. Nach gefestigter Rechtsprechung darf der Arbeitgeber den einzelnen Beschäftigten grundsätzlich nicht nach seiner Gewerkschaftszugehörigkeit fragen.⁴ Dies ist das Ergebnis einer Güterabwägung zwischen den Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers und der zwingenden Anwendung des Tarifvertrags (§ 4 Abs. 1 TVG).

Ob die Güterabwägung auch nach dem Inkrafttreten des TEG (10.7.2015) ein Verbot der Nachfrage ohne jegliche Differenzierung zur Folge hat, wird das BAG bei Vorlage eines konkreten Einzelfalles zu entscheiden haben. Jeder Fall kann anders gelagert sein, so dass eine generell wirkende Entscheidung über das Nachfragerecht trotz der neuen Situation, die durch das TEG entsteht, wohl kaum zu erwarten sein wird. In einem Sonderfall, in dem der Arbeitgeber Gründe vorbrachte, weshalb er wissen muss, welche Arbeitnehmer organisiert sind und welche nicht, konnte das Bundesarbeitsgericht (BAG) der erwarteten Antwort ausweichen, indem es die Zulässigkeit der Umfrage des Arbeitgebers während eines Arbeitskampfes verneint hat.⁵

Die neue Situation kann sich bei Nichtwissen des Arbeitgebers über die Tarifbindung des jeweiligen Arbeitnehmers an unterschiedliche Tarifverträge zulasten des einzelnen organisierten Arbeitnehmers auswirken.

Beispiele

a) Ein im Betrieb anwendbarer Tarifvertrag enthält eine einfache Differenzierungsklausel, in der festgelegt ist, dass Mitarbeiter, die in der tarifschließenden Gewerkschaft Mitglied und daher tarifgebunden sind, eine Sonderzuwendung erhalten. Es kann im beiderseitigen Interesse von Arbeitgeber und Arbeitnehmer liegen, dass der Arbeitgeber die Gewerkschaftszugehörigkeit kennt, damit der Arbeitgeber die Sonderzuwendung auskehren kann.

b) Im Betrieb ist der durch das Mehrheitsprinzip (§ 4a Abs. 2 TVG) bisher verdrängte Minderheitsarbeitsvertrag nach dem Ende des Mehrheitsarbeitsvertrages anwendbar. Welche Leistungen muss der Arbeitgeber aus welchem Tarifvertrag an organisierte Beschäftigte erbringen? Dies sollte er im Interesse tarifgebundener Mitarbeiter wissen. Wenn er es nicht weiß, kann er ohne sein Verschulden die Leistungen nicht gewähren.

c) Der Arbeitgeber und der Betriebsrat wissen nicht, in welche betriebliche Vergütungsordnung der einzelne Beschäftigte ein- oder umzugruppiert ist, weil die Geltungsbereiche von zwei im Betrieb nebeneinander anwendbaren Tarifverträgen in Tarifpluralität nebeneinander gelten. Die betreffenden Arbeitnehmer haben dem Arbeitgeber nicht von sich aus mitgeteilt, ob sie in einer der tarifschließenden Gewerkschaften Mitglied und somit tarifgebunden sind.

Das BAG⁶ hat entschieden, dass in diesem Fall der Arbeitgeber nach § 99 Abs. 1 S. 2 BetrVG gehalten ist, die Arbeitnehmer unter Beteiligung des Betriebsrates den Entgeltgruppen beider Vergütungsordnungen zuzuordnen.

3. Empfehlung bei Ungewissheit über Tarifbindung des Arbeitnehmers

Bestehen im Betrieb mehrere kollidierende Tarifverträge, kann für die Erfüllung von Ansprüchen der Tarifgebundenen die Kenntnis der Tarifbindung von anspruchsbegründender Bedeutung sein. Vielleicht ist er sogar an beide Tarifverträge gebunden und sucht sich jeweils die Rosinen aus den unterschiedlichen Tarifverträgen heraus. Dies liegt nahe, wenn der Vorteil der Rosinenpickerei die Kosten für die Mitgliedschaft⁷ in beiden Gewerkschaften überwiegt.

Im Hinblick darauf, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach bisheriger Rechtsprechung nicht nach der Gewerkschaftszugehörigkeit fragen darf, ist es wegen der Nichtkenntnis des Arbeitgebers Sache des Mitarbeiters, dem Arbeitgeber nachzuweisen, welche Leistungen der Mitarbeiter aus welchem Tarifvertrag zu beanspruchen hat. Daher empfiehlt es sich für den Arbeitgeber, erst einmal nichts zu tun, sondern auf das Arbeitsverhältnis diejenigen Arbeitsbedingungen anzuwenden, die er im Betrieb für die Mehrheit der Beschäftigten anwendet. Bezogen auf die Vergütung ist dies die übliche Vergütung i.S. des § 612 Abs. 2 BGB. Dies betrifft auch die im synallagmatischen Verhältnis zur Vergütung stehenden Leistungen wie die Arbeitszeit.

Die Folge des Abwartens ist einigermaßen erfreulich: Der Arbeitgeber kommt nicht in Leistungsverzug, solange er die Tarifbindung des Arbeitnehmers nicht kennt. Der Mitarbeiter, der den erforderlichen Nachweis erbringt, erhält die zu korrigierenden Leistungen nachgezahlt, jedoch nur unter Berücksichtigung einer möglichen tariflich oder arbeitsvertraglich geregelten Ausschlussklausel.

VII. Ausweichen auf Alternativen ohne Verdrängung

Hat der Arbeitgeber die Hürden der Feststellung überwunden oder ahnt er aktuell schon ohne rechtskräftige Feststellung des Arbeitsgerichtes i.S. des § 99 ArbGG, dass Probleme auf ihn zukommen, dann wird er sich bereits jetzt ernsthafte Gedanken über die Alternativen machen. Er wird sich damit abfinden müssen, dass zur Umsetzung von Alternativen stets die Zustimmung der Arbeitnehmerkoalition(en) erforderlich ist.

Vorrangige einvernehmliche Lösungen, mit denen die gesetzliche Auflösung der Tarifkollision von den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften vermieden werden kann, sind:⁸

- Abstimmung mit der konkurrierenden Gewerkschaft über die Zuständigkeit für Arbeitnehmergruppen,
- Bildung von Tarifgemeinschaften,
- Abschluss inhaltsgleicher Tarifverträge,
- Abschluss von Anschlussarbeitsverträgen (so genannte Nachzeichnung),
- verbandsinterne Konfliktlösungsverfahren – auch Mediation,
- Abstimmung mit der anderen Gewerkschaft über ergänzende von ihr erlaubte Tarifverträge.

⁴ BAG, 18.11.2014 – 1 AZR 257/13, NZA 2015, 306; BVerfG, 21.3.1994 – 1 BvR 1485/93, AP BetrVG 1972 § 2 Nr. 4, NZA 1994, 891. *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 94 Rn. 11–26; von *Hoyningen-Huene*, in: MüKo HGB, 3. Aufl. 2010, § 59 Rn. 102–105.

⁵ Zuletzt BAG, 18.11.2014 – 1 AZR 257/13, NZA 2015, 306.

⁶ BAG, 14.4.2015 – 1 ABR 66/13 – demnächst EZA § 99 BetrVG 2001 Eingruppierung Nr. 11.

⁷ In der Regel 1 % von der Bruttomonatsvergütung.

⁸ U.a. dargestellt in der Begründung des Gesetzesentwurfs BR-Drucksache 635/14; *Melot de Beauregard*, DB 2015, 1527 ff.

Ob die vorgenannten Optionen tarifpolitisch und/oder betriebspolitisch erwünscht und realistisch sind, werden die Koalitionen in jedem Einzelfall intern bewerten. In der Regel wird die Arbeitgeberseite ein legitimes Interesse daran haben zu erfahren, ob auf der Gewerkschaftsseite alternative Lösungen angestrebt werden. Jedoch wird es in der Betriebspraxis nicht immer leicht sein, die Vorstellungen der Koalitionen mit deren oft anders gelagerten Interessen zu erfahren. Dies betrifft vor allem die freiwillige Bildung von Tarifgemeinschaften auf der Arbeitnehmerseite. Konkurrenten werden grundsätzlich nicht zur Zusammenarbeit bereit sein, es sei denn, dass ein Druck für sie entstanden ist oder ein besonderer Nutzen erkannt wird. Also wird der Arbeitgeber, der Interesse an einer Alternativlösung hat, seinerseits Argumente vorbringen, mit denen er den Nutzen darlegt.

In der Tarifpraxis gibt es durchaus Fälle des Zusammenwirkens von Gewerkschaften untereinander, beispielsweise im öffentlichen Dienst, in dem einzelne Gewerkschaften gleichlautende Tarifverträge tarifautonom unterzeichnen.⁹ In der Tarifgeschichte haben beispielsweise die damalige große Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr ÖTV und die kleine Deutsche Angestelltengewerkschaft DAG freiwillig und aus Eigennutz in Tarifverhandlungen zusammengewirkt. Dies hat zuweilen sogar Tarifabschlüsse erschwert, so auch bei der Deutschen Lufthansa AG.

Ein äußerer Druck könnte noch leichter zu einem Zusammenwirken von konkurrierenden Gewerkschaften führen, beispielsweise geschehen im Fall Egerland ETC. Den Streit der beiden konkurrierenden DGB-Gewerkschaften IG Metall und ver.di über deren Zuständigkeit für den Abschluss von Tarifverträgen im Bereich Kontraktlogistik hat die Schiedsstelle des DGB beendet. Sie hat die Bildung einer Zwangstarifgemeinschaft angeordnet.¹⁰

Die Zwangstarifgemeinschaft wird nicht als Alternativlösung zum TEG in Betracht kommen. Sie ist der Ausnahmefall, der seinen Grund nur in § 16 der DGB-Satzung hat. Der DGB-Satzung haben sich die Mitgliedsgewerkschaften freiwillig unterworfen. Die Zwangstarifgemeinschaft bei anderen Gewerkschaften ist keine realistische und grundrechtlich tragfähige Lösung.

VIII. Ausweichen auf einen Sozialpartnervertrag mit Drittwirkung – Kollektivvertrag als Kontrapunkt zum Mehrheitstarifvertrag

Die Gesetzesbegründung nennt – aus welchen Gründen auch immer – nicht einen sonstigen Kollektivvertrag als Alternative zur kollektiven Gestaltung der Arbeitsbedingungen.

Dieser kann als Alternative eine Interimslösung oder ein auf Dauer gebräuchliches Instrument zur Gestaltung kollektiver Arbeitsbedingungen sein.

Dieser „sonstige Kollektivvertrag“ ist kein Tarifvertrag. Er ist neben dem Mehrheitstarifvertrag „anwendbar“ i. S. des § 4a Abs. 2 TVG. Er darf tarifrechtlich nicht verdrängt werden. Verdrängt ist nicht die Minderheitsgewerkschaft, sondern „nur“ der mit ihr abgeschlossene Tarifvertrag. Daher können die Koalitionen die ihnen verbliebenen Freiräume nutzen und andere kollektive Gestaltungsmittel auf der Rechtsgrundlage des Art. 9 Abs. 3 GG vereinbaren.

Der Sozialpartnervertrag kommt der Wirkung des Tarifvertrags nahe, wenn er mit Schutzwirkung für Arbeitnehmer vereinbart ist (§ 328 BGB). *Er ist und bleibt ein immerhin diskussionswürdiges „aliud“, mit*

dem trotz TEG und entgegen TEG eine Befriedung im Betrieb erreicht werden kann.

Daher könnte dieser Kollektivvertrag nicht nur eine Interimslösung bis zur Entscheidung des BVerfG sein, sondern im Falle des verfassungsgemäßen Fortbestandes des TEG als Zukunftslösung für Koalitionen außerhalb des Mehrheitstarifvertrages dienen.

Diese Alternative mag nicht jeden Arbeitgeber begeistern. Doch das TEG ist betriebliche Realität. Es möge der Spruch gelten: *„Weiche dem Unheil nicht, noch mutiger geh ihm entgegen!“*¹¹

1. Unternehmens- und betriebspolitische Gründe für einen Sozialpartnervertrag

Der Arbeitgeberverband oder der einzelne Arbeitgeber können und dürfen in rechtlich zulässiger Weise mit der Minderheitsgewerkschaft in Verhandlungen eintreten mit dem Ziel, einen beiderseits interessengerechten Sozialpartnervertrag mit Drittwirkung abzuschließen.

Ein vom TEG berührter Arbeitgeber wird sich natürlich überlegen, ob und inwieweit er die Minderheitsgewerkschaft durch den Abschluss eines solchen Vertrages indirekt unterstützt und im Betrieb trotz der Segnungen des TEG für starke Gewerkschaften den Steigbügel hält. Sozialpartnerverträge können der Minderheitsgewerkschaft Vorteile bieten, damit sie nicht infolge der Verdrängung ihrer Tarifverträge in die Bedeutungslosigkeit gerät und die ihr angehörenden Mitglieder im Betrieb beruhigt sind, weil ihre Gewerkschaft am Ball bleibt. Vielleicht ist auch dem Arbeitgeber aus betriebspolitischen Gründen an der Aufrechterhaltung der Partnerschaft zur Gestaltung kollektiver Normen gelegen. Vielleicht ist dem Arbeitgeber im Gegenteil daran gelegen, mit Hilfe des TEG eine störende Minderheitsgewerkschaft aus betrieblichem Interesse zu verlieren.

Ein Plädoyer für den Sozialpartnervertrag wird bei Abwägung von Für und Wider für diejenigen Arbeitgeber gehalten, die an dem Fortbestand in Form einer nachhaltigen Partnerschaft mit der Minderheitsgewerkschaft interessiert sind. Es gibt in der Tariflandschaft neben den bekannten Negativbeispielen genügend Positivbeispiele.

Der Arbeitgeber, der sich für die Interimslösung einer schuldrechtlichen Vereinbarung interessiert, wird aus unternehmens- und betriebspolitischen Sicht überlegen, ob er nur vorübergehend bis zur Entscheidung des BVerfG oder sogar – falls das BVerfG das TEG als verfassungsgemäß erachtet – auch danach die Vertragspartnerschaft mit der Minderheitsgewerkschaft fortsetzt. Er wird zudem bedenken, dass die Minderheitsgewerkschaft bei einer weiteren Zusammenarbeit im Betrieb eher zu materiellen, den Interessen des Arbeitgebers am Erfolg des Betriebs entsprechenden Zugeständnissen bereit sein wird, weil die Minderheitsgewerkschaft in Anbetracht des Mehrheitsprinzips um ihre Existenz im Betrieb kämpft und durch die Anerkennung

⁹ Beispielsweise in der Tarifgeschichte ÖTV und DAG bei Lufthansa und TÜV; im öffentlichen Dienst die Gewerkschaften ver.di und dbb tarifunion, die jeweils gleichlautende Tarifverträge – TVöD und TV-L – unterschrieben haben, oder beispielsweise im Tarifvertrag für Auszubildende des Landes Hessen TVA-H BBIG in jeweils getrennten, jedoch inhaltsgleichen Tarifverträgen, so die Gewerkschaften Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, die Gewerkschaft der Polizei GdP, die Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft GEW, die Industriegewerkschaft Bauen-Agrar und Umwelt IG BAU und die Gewerkschaft dbb beamtenbund und tarifunion. Die dbb erfasst 1,28 Mio. Mitglieder. Sie ist die größte Interessenvertretung für Beamte und Tarifbeschäftigte im öffentlichen Dienst und im privaten Dienstleistungssektor.

¹⁰ Spruch der nach § 16 der DGB-Satzung gebildeten Schiedsstelle: *„Befristet bis zum 31.03.2016 wird eine gleichberechtigte Tarifgemeinschaft von IG-Metall und ver.di für Egerland in Bremen angeordnet. Ab 01.04.2016 hat ver.di allein die Organisations- und Tarifzuständigkeit für diesen Betrieb.“*

¹¹ Vergil, Anäis 6.95.

des Arbeitgebers für die Fortsetzung der Zusammenarbeit außerhalb des Tarifvertrags mehr erhält als das TEG ihr gibt.

Es gibt in der Tariflandschaft nicht nur abschreckende Beispiele. Denn es bestehen gleichwohl beiderseits erfolgreiche Tarifpartnerschaften in der allgemeinen Tariflandschaft. Im Vordergrund steht die Ausgewogenheit der Interessen der Arbeitnehmer *und* des Unternehmens oder Betriebes. Das erinnert an den gesetzgeberischen Willen in § 2 BetrVG zum Zusammenwirken der Kollektivpartner zum Wohle der Arbeitnehmer *und* des Betriebs. Dies ist – um mit den Worten von *Richardi* zu sprechen – die Grundrechtscharta der Kollektivparteien. Auf der höheren kollektiven Ebene der Koalitionen von Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden sowie Minderheitsgewerkschaften bleibt die Möglichkeit für beide Seiten, Tarifpolitik zu betreiben. Dies setzt voraus, dass *tariffähige* Minderheitsgewerkschaften „contra TEG“ schuldrechtlich wirkende Verträge mit der Arbeitgeberseite vereinbaren. Die Tarifeinheit wird dadurch nicht konterkariert, sondern die Einheit in der Vielfalt hergestellt.¹²

Für eine Minderheitsgewerkschaft können beispielsweise differenzierende Arbeitsbedingungen mit einfachen Differenzierungsklauseln zur Sicherung ihre Mitgliederzahl und zur Werbung von Mitgliedern von Bedeutung sein.¹³ Für die Arbeitgeberseite, die wohl nicht so sehr solche differenzierende Regelungen schätzt, kann gleichwohl ein unternehmens- oder betriebspolitischer Vorteil herauspringen, insbesondere im Erreichen erwünschter flexibler Arbeitsbedingungen im Wege des Gebens und Nehmens.

Vielleicht kommen am Ende sogar beide Vertragsparteien auf den Geschmack und sagen sich: „Wenn § 4a TVG verfassungsrechtlich hält, weshalb sollten Arbeitgeber und Minderheitsgewerkschaft nicht auf Dauer zukunftsweisend schuldrechtliche Sozialpartnerverträge mit Drittwirkung abschließen, die vom Staub der altherwürdigen Tarifverträge befreit sind und den Interessen beider Parteien nahe stehen?“ Die Mehrheitsgewerkschaft hat den Nachteil für die Betriebsinteressen, dass sie die Interessen vieler Gruppen im Verbands- oder Firmentarifvertrag verbandlich berücksichtigen muss. Sie kann daher, um nicht Proteste einzelner Mitarbeitergruppen zu ernten, nur wenig Flexibilität in den Tarifnormen für einzelne Mitarbeitergruppen vereinbaren. Demgegenüber kann die kleinere, nur wenige Mitarbeitergruppen im Geltungsbereich erfassende Gewerkschaft leichter flexible Normen vereinbaren. Sie wird im Übrigen eher dazu neigen, flexible und auf die besonderen Verhältnisse in unterschiedlichen Betriebsbereichen zugeschnittene Tarifmodule¹⁴ zur Abweichung von den ansonsten geltenden kollektiven Normen zu vereinbaren.

a) Die Reaktion von Arbeitgebern auf den hier vorgetragenen Vorschlag sollte nicht ein sofortiges Verwerfen sein, sondern nur ein nochmaliges Nachdenken hervorrufen.

*Unabhängig von einem „Ja“ zur Tarifeinheit wird es in Zukunft mehr denn je erforderlich sein, dass Arbeitgeber und deren Verbände sowie Gewerkschaften neue Organisationsstrukturen im Tarifvertragswesen entwickeln und neue Aufgabenfelder erschließen. Dies setzt voraus, dass einzelne Koalitionen Abstand nehmen von ihrer in der Öffentlichkeit und dem politischen Bereich noch immer geübten Attitüde der „Gralshüterschaft“, der Heiligkeit der Tarifverträge und der durch sie bewirkten Arbeits- und Sozialpolitik.*¹⁵

b) *Der Abschluss von Kollektivvereinbarungen ist kein Neuland.* Der progressive Tarifbereich der chemischen Industrie hat es der Tarifwelt schon vor Jahren vorgemacht, dass die Erde sich nicht nur um den Tarifvertrag dreht, sondern dass es daneben andere Drehmomente ge-

ben kann, beispielsweise Sozialpartnerverträge, die kollektivrechtlich ebenso wie der Tarifvertrag tragfähig sind.¹⁶

Das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG räumt dem *Tarifvertrag nicht das Monopol ein*. Das Grundrecht erfasst auch nur *schuldrechtlich wirkende kollektive Vereinbarungen*. Allerdings wird man die Durchsetzungsfähigkeit der Arbeitnehmerkoalition – in der Regel eine tariffähige Gewerkschaft – rechtlich für die kollektive Wirksamkeit i.S. des Art. 9 Abs. 3 GG verlangen müssen.¹⁷

c) Für eine Minderheitsgewerkschaft besteht durch das Inkrafttreten des TEG das Risiko, Mitglieder oder sogar die Existenz zu verlieren. Eine Minderheitsgewerkschaft ist in der Ausübung ihrer Tarifpolitik stark eingeschränkt, wenn und soweit Tarifverträge im Betrieb in Tarifkollision mit anderen Tarifverträgen einer Mehrheitsgewerkschaft stehen und im Betrieb nicht „anwendbar“ sind.¹⁸ Anwendbar bleiben die nicht in Tarifkollision stehenden Tarifverträge in Tarifpluralität.

d) Der Arbeitgeber und die Minderheitsgewerkschaften werden sich unter Abwägung von Für und Wider fragen, ob nicht ein wechselseitiges Interesse daran besteht, die Zeit des Interims bis zur Entscheidung des BVerfG im Hauptverfahren zu überbrücken, indem beide Parteien für diesen Zeitraum einen schuldrechtlichen Normenvertrag vereinbaren.

2. Wirksamkeit von Sozialpartnerverträgen mit Drittwirkung im Betrieb

Sozialpartnerverträge sind im Rahmen der Rechtsprechung des BVerfG¹⁹ und des BAG²⁰ wirksam. *Die Rechtsgrundlage ist Art. 9 Abs. 3 GG, soweit die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen betroffen sind.*²¹

Sie sind grundsätzlich auch dann rechtmäßig, wenn sie mit den Tarifverträgen der Mehrheitsgewerkschaft konkurrieren und kollidieren. Diese Verträge können im Hinblick auf die Grundrechte einer tariffähigen Minderheitsgewerkschaft durch Arbeitskampfmaßnahmen erzwungen werden,²² wenn das Ziel einer durchsetzungsfähigen Koalition der Abschluss schuldrechtlicher Kollektivvereinbarungen mit Schutzwirkung für Arbeitnehmer ist.

12 *Maschmann*, „Diversity Management als Rechtsproblem“, in: Lehmann (Hrsg.), „Deutsche und europäische Tariflandschaft im Wandel“, Betriebs-Berater Schriftenreihe 2013, S. 38 (48–51).

13 Zu den Motiven für differenzierende Regelungen *Bepler*, in: Lehmann (Hrsg.), „Deutsche und europäische Tariflandschaft im Wandel“, Betriebs-Berater Schriftenreihe 2013, S. 190 ff., 192–194.

14 *Lehmann*, „Abweichung der Tarifvertragsparteien vom Flächentarifvertrag durch Tarifmodule statt tariflicher Öffnungsklauseln“, BB Special 4./2008 S. 27 ff.; *Lehmann*, „Abweichung der Tarifvertragsparteien vom Flächentarifvertrag durch Tarifmodule statt tariflicher Öffnungsklauseln“, S. 250 ff., in: Lehmann (Hrsg.), „Tarifverträge der Zukunft – Zukunft der Arbeit in Deutschland und Europa“, Betriebs-Berater Schriftenreihe 2008.

15 *Heinze/Lehmann*, „Auf dem Weg in die Zukunft der Tarifautonomie – Gestaltungsfähigkeiten und -möglichkeiten“, in: Lehmann (Hrsg.), „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert“, Rainer Hampp Verlag 2005, S. 273 ff.

16 *Däubler*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012 Einl. Rn. 869 ff.

17 Davon geht wohl auch das BAG ohne besondere Hervorhebung dieser Voraussetzung aus: BAG 14.4.2004 – 4 AZR 232/02 –, NZA 2005, 178 ff.

18 Wie die Verfassungsbeschwerden ausgehen, ist offen. Der Erfolg hängt unter anderem von den formalen Verfahrensvoraussetzungen ab vgl. BB 2015, 2231 ff. Teil 1

19 BVerfG, 24.5.1995 2 BvF 1/92 – BVerfGE 93, 37; DB 1995, 2174; EzA Art. 28 GG Nr. 1; ZTR 1995, 566.

20 BAG, 14.4.2004 – 4 AZR 232/02, NZA 2005, 178; ZTR 2004, 629; *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 1116 ff, 1135 und § 4 Rn. 695 – 702; nach Meinung *Franzen*, ErfK 2 TVG Rn. 4 tritt die Tariffähigkeit in den Hintergrund *Thüsing/Braun*, Tarifrecht-Handbuch 2. Kapitel Rn. 10; *Kempen/Zachert*, Tarifvertragsgesetz 4. Aufl. § 1 Rn. 732; a. A. *Giesen*, „Grenzen schuldrechtlicher Vereinbarungsmacht über Unternehmerverhalten“, ZAA 27, 2012.

21 *Däubler*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012 Einl. Rn. 869 ff. mit Hinweis auf die weitgehende Einigkeit in der Literatur.

22 Nach BAG, 14.4.2004 – 4 AZR 232/02, NZA 2005, 178 ff. ist der schuldrechtliche Normenvertrag eine zulässige Vereinbarung von tariffähigen Parteien; hierauf nimmt *Löwisch* Bezug, DB 2015, 1102 f.;

Vertragspartner kann auf der Arbeitgeberseite der Arbeitgeber sein, der einen auf den Betrieb bezogenen kollektiven Vertrag mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbart. Die Vereinbarung kann wirksam auch der Arbeitgeberverband betriebsbezogen schließen, wenn dies mit dem Verbandsinteresse harmoniert.

a) Wirkung des schuldrechtlichen Kollektivvertrags

Der schuldrechtliche Kollektivvertrag bewirkt zwar keine nach § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar zwingende Rechtsnormen, wie im Fall beiderseitiger Tarifgebundenheit der Beschäftigten gemäß § 3 Abs. 1 TVG. Jedoch kommt eine derartige Vereinbarung in ihrer Wirkung dem Tarifvertrag in etwa gleich, wenn die schuldrechtliche Vereinbarung zugunsten des Arbeitnehmers vereinbart ist (§ 328 BGB). Die Ansprüche aus dem Schuldrecht sind grundsätzlich arbeitsgerichtlich durchsetzbar.

Sie werden, weil es keine Tarifverträge mit gesetzlich unmittelbar zwingenden Wirkungen sind, von der die kollidierenden Tarifnormen verdrängenden Wirkung des § 4a Abs. 2 TVG nicht erfasst und bleiben daher nach wie vor „anwendbar“ i. S. des § 4a Abs. 2 TVG.

b) Vergleich von tarifrechtlicher und schuldrechtlicher Wirkung

Ein Tarifvertrag erzeugt zwischen den Tarifvertragsparteien – Arbeitgeber bzw. Arbeitgebervereinigung einerseits und Gewerkschaft/en andererseits – schuldrechtliche Rechte und Pflichten zur Anwendung des Tarifvertrags für die beiderseits Tarifgebundenen (§§ 3 und 4 TVG). Dazu gehört die Einhaltung des Tarifvertrags oder das Hinwirken des Arbeitgeberverbandes bei den Mitgliedern auf die Einhaltung des Tarifvertrags.

Dies verhält sich nicht viel anders beim Sozialpartnervertrag mit Drittwirkung. Er wirkt auf der horizontalen Ebene obligatorisch zwischen dem Arbeitgeber im Firmen-Kollektivvertrag oder dem Arbeitgeberverband im Verbands-Kollektivvertrag auf der einen Seite und auf der anderen Seite der Arbeitnehmerkoalition – dies ist in der Regel eine durchsetzungsfähige Gewerkschaft, vergleichbar der Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Tarifvertrags durch den Abschluss mit einer tariffähigen Gewerkschaft.

Zugegebenermaßen hat ein Tarifvertrag im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine stärkere Wirkung, nämlich die unmittelbare und zwingende Normenwirkung gemäß § 4 Abs. 1 TVG. Dieser gesetzessgleiche Zwang bewirkt, dass Abweichungen von den in Kraft gesetzten Tarifnormen nur zugunsten des tarifgebundenen Arbeitnehmers gemäß § 4 Abs. 3 TVG (Günstigkeitsprinzip) zulässig sind. *Jedoch ist der mit Schutzwirkung zugunsten des Arbeitnehmers ausgestattete Sozialpartnervertrag mit Drittwirkung (§ 328 BGB) eine nachdenkenswertes Alternativlösung im Betrieb.*

Erst in der vertikalen Richtung unterscheidet sich der schuldrechtliche Vertrag vom Tarifvertrag dadurch, dass der Arbeitnehmer ohne Vereinbarung eines Schutzrechtes keinen Anspruch auf die von den beiden Koalitionen vereinbarten Vertragsleistungen hat. Der Ausweg besteht darin, dass die Vertragsparteien ein Schutzrecht für den begünstigten Arbeitnehmer vereinbaren. Das Recht, die Leistung beim Arbeitgeber einzufordern – ebenso die Klagebefugnis – ergibt sich aus § 328 BGB.

Ebenso wirkt ein Sozialpartnervertrag mit Drittwirkung nicht wie ein Tarifvertrag gleichsam wie ein Gesetz unmittelbar zwingend (§ 4 Abs. 1 TVG). Er wirkt auch nach der Beendigung nicht kraft Gesetzes

nach (§ 4 Abs. 5 TVG), es sei denn, dass die Vertragspartner auch die Nachwirkung vertraglich vereinbaren. Dies kann jedoch für die Koalitionen recht heilsam sein, sich zu beeilen, nach der Beendigung der schuldrechtlichen Vereinbarung – sei es als Folge einer Kündigung oder Befristung – möglichst umgehend wieder einen neuen Kollektivvertrag abzuschließen. In der Tarifpraxis treibt die Nachwirkung eher zur Verzögerung an. Dies führt nicht selten zur Aufheizung der Gemüter, statt zur De-Eskalation.

Die vertragliche Konstruktion des schuldrechtlichen Kollektivvertrags erinnert an die niedrigerrangige *Regelungsabrede bzw. Betriebsabsprache*.

c) Sozialpartnerverträge mit Differenzierungsklauseln im Interesse von Arbeitgeber und Minderheitsgewerkschaft

Von Interesse könnte sowohl für den Arbeitgeber als auch für die Minderheitsgewerkschaft eine schuldrechtliche Vereinbarung mit Differenzierungen sein.

Sollte der Arbeitgeber sich trotz seines inneren Protestes dafür entscheiden, die Minderheitsgewerkschaft, die ihm eher flexible Arbeitsbedingungen zugesteht, zu stärken, so kann er daran denken, den Mitgliedern diese Vorteile in den Arbeitsbedingungen zu verschaffen.²³

Rechtlich bestehen gegen eine nur schuldrechtliche und nicht tarifrechtliche Differenzierung keine Bedenken, wenn die Minderheitsgewerkschaft tariffähig ist. Sie bleibt trotz der Verdrängung des Minderheitstarifvertrags tariffähig. Dann kommt ihr das Grundrecht der Koalitionsfreiheit zur Gestaltung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen aus Art. 9 Abs. 3 GG zugute.

Fazit:

Die Sozialpartnerverträge mit Drittwirkung wirken zwar nicht als zwingende Normen, jedoch können sich ein Arbeitgeber oder der Arbeitgeberverband und eine tariffähige Minderheitsgewerkschaft ohne Verstoß gegen das Tarifrecht schuldrechtlich durch eine kollektive Vereinbarung verpflichten, die zwischen ihnen kollektiv vereinbarten Arbeitsbedingungen im Betrieb auf die Arbeitsverhältnisse der in der Minderheitsgewerkschaft organisierten Arbeitnehmer anzuwenden. Sie können den Beschäftigten einen schuldrechtlich wirkenden Anspruch auf Leistungen aus der Vereinbarung vertraglich kollektiv in Verbindung mit Einzelverträgen einräumen.

3. Umsetzung des Kollektivvertrags in der Praxis

Der Kollektivvertrag darf nicht als Tarifvertrag bezeichnet werden, weil er sonst wegen Verstoßes gegen das TVG insgesamt unwirksam wäre. Er sollte die Regelung der Schutzwirkung (§ 328 BGB) für tarifgebundene Beschäftigte des Betriebes enthalten. Ferner sollte er den persönlichen, fachlichen und räumlichen Geltungsbereich regeln. Er sollte in Schriftform zur Anwendung den betroffenen oder begünstigten Beschäftigten bekanntgegeben werden. Es empfiehlt sich aus kommunikationspsychologischen Gründen eine schriftliche Erläuterung der Rechtswirkung der Vereinbarung für die in den Geltungsbereich einbezogenen Beschäftigten.

²³ Hierzu ausführlich *Bepler*, „Differenzierende Tarifregelungen zu Gunsten von Gewerkschaftsmitgliedern: Tarifrechtsprechung und Tarifpraxis – Tarifliche Differenzierungsklauseln“, in: *Lehmann (Hrsg.), „Deutsche und europäische Tariflandschaft im Wandel“*, Betriebs-Berater Schriftenreihe 2013.

4. Erstreikbarkeit von Sozialpartnerverträgen mit Drittwirkung

Schuldrechtliche Verträge kann die Minderheitsgewerkschaft trotz der gesetzlichen Verdrängung von Minderheitsstarifverträgen zeitlich vor, während und nach der Laufdauer des Mehrheitsstarifvertrags mithilfe von Streikmaßnahmen *legitim* durchsetzen.

Jedoch ist diese arbeitskampfrechtliche Aussage noch bestritten. Unbestritten besteht nur die vom BAG anerkannte Möglichkeit, dass Koalitionen im Unternehmen oder Betrieb außerhalb des Tarifvertrags sonstige Kollektivverträge wirksam abschließen. Demgegenüber ist die Frage der Erstreikbarkeit noch nicht höchststrichterlich beantwortet. *Kempen* und *Löwisch*²⁴ halten den um sonstige Kollektivvereinbarungen geführten Arbeitskampf für zulässig, wenn sie tariflich regelbare Arbeitsbedingungen i.S. v. § 1 Abs. 1 TVG betreffen. Eine Umgehung des TEG liege darin nicht. Denn diese enthalte sich gerade arbeitskampfrechtlicher Regelungen und könne deshalb insoweit auch nicht durch den Gebrauch der anerkannten arbeitskampfrechtlichen Befugnisse der Koalitionen umgangen werden. Wollte das Gesetz einen solchen Streik ausschließen, müsste es entweder die Kollisionsregel auch auf „schuldrechtliche Normenverträge“ erstrecken oder doch für den Fall der Kollision den Arbeitskampf um solche ausschließen.

Dies ist überzeugend. Der Streik wird nach herrschender Meinung dem Art. 9 Abs. 3 GG entnommen. Ob dies richtig ist oder nicht, möge dahingestellt sein. Denn wenn es nach überwiegender Meinung – insbesondere der Gewerkschaften²⁵ – zum Grundrecht zählt, dann muss man folgerichtig alle kollektiven Gestaltungsmittel einbeziehen, also auch den Arbeitskampf mit dem Ziel der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen i.S. des Art. 9 Abs. 3 GG.

Dieses Grundrecht darf angesichts der weiten Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG nicht allein den Tarifvertragsparteien zugesprochen werden.²⁶ Das TVG vom 9.4.1949 ist bisher nur ein Teil der Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 3 GG. In diesem Sinne haben die Spitzenverbände BDA und DGB das von ihnen willkommen geheißen TEG beurteilt.²⁷ Jedoch wird man das Streikrecht für sonstige Kollektivverträge nur für durchsetzungsfähige Koalitionen zulassen dürfen, weil sonst Art. 9 Abs. 3 GG ausgehöhlt würde. Daher ist die Stärke der Arbeitnehmerkoalition, die eine schuldrechtliche Vereinbarung mit Drittwirkung erstreiken will, und die an sich bestehende Tariffähigkeit sowie die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorauszusetzen.²⁸

Fazit: Eine Minderheitsgewerkschaft kann auf der Rechtsgrundlage des Art. 9 Abs. 3 GG in rechtlich zulässiger Weise einen kollektiven Vertrag erstreiken. Die Verdrängung von Tarifverträgen kann Zweifel bei der Anwendung vorformulierter arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln erwecken. Die Tarifvertragsparteien müssen sich die Frage stellen und beantworten, welcher Tarifvertrag arbeitsvertraglich anzuwenden ist.²⁹

IX. Rechtliche Folgen des TEG

1. Auseinanderklaffen von Ansprüchen aus einem Tarifvertrag und Verweisungsklausel

Die Situation, die das TEG durch die Verdrängungswirkung bei Tarifkollision ab 1.10.2015 schafft, ist dem alten Thema des Wechsels von einem Tarifvertrag in einen anderen Tarifvertrag ähnlich, allerdings nicht derselbe Fall.

Dies ist für die Betriebspraxis näher zu beleuchten: Oft ist in Arbeitsverträgen die Verweisungsklausel enthalten: „Für Ihr Arbeitsverhältnis gilt der jeweils für das Unternehmen oder den Betrieb maßgebende Tarifvertrag.“ oder: „Für Ihr Arbeitsverhältnis gilt der Tarifvertrag xy“ (Beispiel: der Tarifvertrag der chemischen Industrie).

Der Arbeitsvertrag bzw. die Verweisungsklausel bedarf bei Zweifel der Auslegung. Die so genannte Gleichstellungsabrede zur vertraglich gewollten Gleichstellung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern ist nicht mehr als Faustformel anwendbar, seitdem das BAG die Rechtsprechung über die Gleichstellungsabrede aufgegeben hat.³⁰ Es gilt bei Arbeitsverträgen, die nach dem 31.12.2001 abgeschlossen sind, der Auslegungsgrundsatz, dass der Anspruch aus dem Arbeitsvertrag und der Anspruch des Tarifgebundenen aus dem Tarifvertrag getrennt voneinander zu beurteilen sind und daher unterschiedlich sein können. Wer tarifgebunden ist oder nicht, weiß der Arbeitgeber in der Regel nicht. Er darf ja nach bisheriger Rechtsprechung nicht nach der Gewerkschaftszugehörigkeit fragen. Daher kann im Blickpunkt des Arbeitgebers nur die arbeitsvertragliche Verweisungsklausel stehen.

Der Arbeitgeber oder dessen Beauftragter müssen daher im Fall einer Tarifkollision jeweils anhand der individuellen Verweisungsklausel zu jedem einzelnen Arbeitsvertrag prüfen, welcher Inhalt eines Tarifvertrags gilt. Hierzu mögen folgende Beispiele, die mangels Rechtsprechung zum TEG aktuell erste Lösungsversuche darstellen, hilfreich sein:

1. Beispiel:

Fall: Der Arbeitgeber ist einem Verbandstarifvertrag und einem Haustarifvertrag unterworfen. Mitarbeiter A ist Mitglied der im Betrieb aktiven Mehrheitsgewerkschaft, die den Haustarifvertrag mit dem Arbeitgeber abgeschlossen hat. Die Geltungsbereiche der beiden Tarifverträge überschneiden sich zum Teil. Beide Tarifverträge gelten aktuell im Betrieb, sind also noch nicht durch Kündigung, Befristung usw. beendet. Im Arbeitsvertrag des Mitarbeiters A nimmt die Verweisungsklausel ausdrücklich auf den im Betrieb geltenden, mit der Minderheitsgewerkschaft abgeschlossenen Verbandstarifvertrag Bezug. Bei Abschluss des Arbeitsvertrages war das TEG noch nicht in Kraft.

Lösung: Zu unterscheiden sind die kollektivrechtliche und die arbeitsvertragliche Ebene.

Kollektivrechtlich gilt: A verliert als Folge des § 4a Abs. 2 TVG den kollektivrechtlichen Anspruch aus dem Verbandstarifvertrag. Der Mehrheitsstarifvertrag/Haustarifvertrag ist im Betrieb nur während dessen Laufdauer „anwendbar“ (§ 4a Abs. 2 Satz 2 TVG). Solange der Haustarifvertrag als Mehrheitsstarifvertrag nicht beendet oder wieder in Kraft gesetzt ist, hat A keinen tarifvertraglichen Anspruch aus dem wirksamen, jedoch verdrängten Verbandstarifvertrag. Endet der Haustarifvertrag, hat A wieder einen Anspruch aus dem laufenden Mehrheitsstarifvertrag.

24 *Löwisch*, „Tarifeinheit und die Auswirkungen auf das Streikrecht“, DB 2015, 1102 (1103) m. w. N.; *Kempen/Zachert*, TVG, 5. Aufl. 2014, Rn. 988 ff. (997 ff.).

25 Mit Öffentlichkeitswirksamkeit der Vorsitzende der GDL noch Anfan 2015 im Eisenbahnerstreik.

26 *Däubler*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, Einl. Rn. 872.

27 *Göhner*, Das Gesetz ist kein Eingriff in das Grundrecht der Tarifautonomie, sondern ist dessen Ausgestaltung; nachzulesen bei becklink 1037448; zur Position des DGB vgl. die Hinweise v. *Konzen/Schliemann*, in: RdA 2015, 2, Fn. 11 mit Hinweis auf die DGB-Stellungnahmen v. 18.11.2014; BRA v. 18.11.2014; DAV v. Nov. 2014.

28 *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012 Grundl. Rn. 129–132.

29 Grundlegend für die Praxis vgl. *Melot de Beauregard*, „Tarif- und Arbeitskampfrecht für die Praxis“, 2014 Rn. 263 ff.

30 BAG, 14.12.2005 – 4 AZR 563/04 – BB 2006, 1504 Ankündigung des Wechsels der Rspr.; BAG, 18.4.2007 – 4 AZR 652/05 – BB 2007, 2125; *Lehmann*, „Tarifwechsel in Recht und Praxis (Teil 1)“, BB 2008, 1618 ff.; *ders.*, (Teil 2) BB 2008, 1674 ff.

Individualrechtlich gilt: Die Verweisklausel wird von der Verdrängung des Minderheitstarifvertrages nicht berührt. A behält den arbeitsvertraglichen Anspruch auf Anwendung des Verbandstarifvertrages. Wenn er damit nicht einverstanden ist, muss er sich mit dem Arbeitgeber arbeitsvertraglich anders einigen.

2. Beispiel:

Fall: Der Mitarbeiter B ist Mitglied der Minderheitsgewerkschaft.

Der Mehrheitstarifvertrag ist infolge einer Kündigung abgelaufen und wirkt nach. Der Minderheitstarifvertrag ist wegen längerer Laufdauer noch in Kraft. Der Arbeitsvertrag verweist auf den Tarifvertrag der Gewerkschaft xy in der jeweiligen Fassung. Der Tarifvertrag der Gewerkschaft xy stellt sich als „Minderheitstarifvertrag“ heraus.

Lösung: Kollektivrechtlich gilt: Als Folge der Beendigung des Mehrheitstarifvertrages ist der verdrängte Minderheitstarifvertrag gemäß § 4a Abs. 2 TVG wieder „anwendbar“, nicht jedoch anwendbar ist der Mehrheitstarifvertrag.

Der Mehrheitstarifvertrag hat aufgrund der Beendigung die unmittelbare und zwingende Wirkung (§ 4 Abs. 1 TVG) verloren. Der Minderheitstarifvertrag ist daher nicht mehr verdrängt, sondern erfasst die bei der Minderheitsgewerkschaft organisierten Mitarbeiter mit seinen zwingenden Rechtsnormen für die aktuell noch nicht abgelaufene Laufdauer. Nach Beendigung des Minderheitstarifvertrages wirken seine Rechtsnormen gemäß § 4 Abs. 5 TVG nach. Die Rechtsnormen des nachwirkenden Mehrheitstarifvertrages, der rechtlich kein Tarifvertrag mehr ist, sind wegen der Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG nach wie vor auf die in der Mehrheitsgewerkschaft organisierten Mitarbeiter anzuwenden. Im Hinblick darauf, dass ein bloß nachwirkender Tarifvertrag kein wirksamer Tarifvertrag mehr ist, – dies aber ist Voraussetzung für die gesetzlich angeordnete Verdrängung – verdrängt der nur nachwirkende Mehrheitstarifvertrag nicht den noch laufenden Minderheitstarifvertrag.

Individualrechtlich gilt: Vertragliche Ansprüche ergeben sich ausschließlich aus der Anwendung des Inhaltes der Rechtsnormen des Minderheitstarifvertrages während und nach der Zeit der Verdrängung.

3. Beispiel:

Fall: Mitarbeiter C ist Mitglied der Minderheitsgewerkschaft. Die Mehrheitsgewerkschaft schließt mit dem Arbeitgeber oder dem Arbeitgeberverband den abgelaufenen Mehrheitstarifvertrag neu ab. Die Tarifvertragsparteien setzen ihn rückwirkend in Kraft. Der Arbeitsvertrag von C verweist auf den jeweils geltenden Minderheitstarifvertrag.

Lösung:

Kollektivrechtlich gilt: Der in der Minderheitsgewerkschaft organisierte Mitarbeiter C verliert rückwirkend seine Ansprüche. Das BAG³¹ hat die Rechtsprechung zur rückwirkenden Inkraftsetzung eines Tarifvertrages geändert und keinen generellen Vertrauensschutz für den Bestand kollektiver Regelungen statuiert.

Individualrechtlich gilt: Der Mitarbeiter C behält die ihn begünstigenden materiellen Leistungen aus dem in Bezug genommenen Minderheitstarifvertrag. Denn der Mitarbeiter hat in der Vergangenheit die Leistungen mit Rechtsgrund erhalten und darf darauf vertrauen, dass er die in sein Eigentum übergegangenen Leistungen behält. Das BAG hat in individualrechtlicher Hinsicht in der vorgenannten Entscheidung offen gelassen, ob individualrechtlich bereits abgewickelte Ansprüche durch eine tarifliche Regelung vermindert werden können. Das BAG wird individualrechtlich dem Arbeitgeber wohl kaum die Vorteile lassen.³² Die Theorie des BAG über die Wirksamkeitsvoraussetzungen kollektiver Regelungen gebietet es, dass der Arbeitgeber keine Vorteile aus einer Umwirksamkeit ziehen darf.

4. Beispiel:

Mitarbeiter D ist Mitglied der Minderheitsgewerkschaft. Sowohl der Mehrheits- als auch der Minderheitstarifvertrag sind abgelaufen und befinden sich in der Nachwirkung. Die Verweisklausel nimmt auf den Minderheitstarifvertrag Bezug.

Lösung:

Kollektivrechtlich wirken die Rechtsnormen des verdrängten Minderheitstarifvertrages nach. Sie sind auf das Arbeitsverhältnis des D anzuwenden, weil der Mehrheitstarifvertrag in der Nachwirkung den Minderheitstarifvertrag nicht verdrängt. *Individualrechtlich* gilt der in Bezug genommene Inhalt des Minderheitstarifvertrages.

5. Beispiel:

Fall: Mitarbeiter G ist Mitglied sowohl der Mehrheitsgewerkschaft als auch der Minderheitsgewerkschaft. Die Verweisklausel im Arbeitsvertrag des G nimmt auf den „jeweils im Betrieb geltenden Tarifvertrag“ Bezug. Der verdrängte Minderheitstarifvertrag hat eine im Vergleich zum Mehrheitstarifvertrag längere Laufdauer.

Lösung: G hat wegen der Tarifbindung zunächst einen kollektivrechtlichen Anspruch auf die Anwendung des laufenden Mehrheitstarifvertrages.

Kollektivrechtlich gilt: Nach dessen Beendigung hat G Anspruch auf die Anwendung des „aus dem Schlummer erwachten“ Minderheitstarifvertrages wegen dessen längerer Laufdauer. Der Mehrheitstarifvertrag ist nicht mehr „anwendbar“ (§ 4a Abs. 2 Satz 2 TVG). Läuft auch der Minderheitstarifvertrag ab, so hat G aus beiden nachwirkenden Rechtsnormen der ehemaligen Tarifverträge gemäß § 4 Abs. 5 TVG Ansprüche.

Individualrechtlich hängt die Antwort im Beispielfall vom Wortlaut der Verweisklausel ab. Sie bedarf im konkreten Einzelfall der Auslegung. Generelle Lösungen gibt es nicht.

6. Beispiel

Fall: Der Arbeitgeber schließt mit der Minderheitsgewerkschaft einen Sozialpartnervertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Mitarbeiters F (§ 328 BGB) ab. Der Mitarbeiter F ist Mitglied der Minderheitsgewerkschaft. Er ist vom Geltungsbereich des Sozialpartnervertrages erfasst. Der Vertrag ist gemäß dem Willen der Vertragspartner nicht als Tarifvertrag, sondern als Sozialpartnervertrag mit Drittwirkung gekennzeichnet. Im Arbeitsvertrag des Mitarbeiters F ist eine Verweisklausel enthalten, die auf die Anwendung des Tarifvertrages der Gewerkschaft xy verweist. Es stellt sich nach Inkrafttreten des TEG heraus, dass die betreffende Gewerkschaft eine Minderheitsgewerkschaft ist.

Lösung:

Kollektivrechtlich hat F keinen tarifrechtlichen Anspruch auf den Minderheitstarifvertrag, solange dieser während der Laufdauer des Mehrheitstarifvertrages verdrängt ist.

Der Mitarbeiter F erlangt einen Anspruch auf Leistungen aus dem Minderheitstarifvertrag erst dann, wenn dieser nach Beendigung des Mehrheitstarifvertrages wieder erwacht.

Individualrechtlich gilt: Der Mitarbeiter F hat während des „Schlammers“ des Minderheitstarifvertrages einen Anspruch aus dem privatrechtlich zwischen Arbeitgeber und Minderheitsgewerkschaft abgeschlossenen *Kollektivvertrag* mit Schutzwirkung für ihn. Trotz der Bezeichnung als „Kollektivvertrag“ oder „Sozialpartnervertrag mit Drittwirkung“ hat F keinen kollektiven, sondern einen privatrechtlichen vertraglichen Anspruch auf die Leistungen.

Die Vertragspartner haben ihrerseits die wechselseitige schuldrechtliche Verpflichtung, für die Durchführung des kollektiven Privatvertrages zu sorgen.

Im Fall des Wiedererwachens des Minderheitstarifvertrages nach Ablauf des Mehrheitstarifvertrages bestehen tarifrechtliche und vertragliche Ansprüche aus der Verweisklausel. Diese Anspruchshäufung können die Vertragspartner rechtswirksam im Sozialpartnervertrag in Verbindung mit Einzelverträgen ausschließen.

³¹ BAG, Urteil vom 23.11.1994 – 4 AZR 879/93.

³² Das BAG hat in ähnlicher Weise durch Richterrecht die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzungen entwickelt. Der Arbeitgeber soll aus unwirksamen kollektiven Regelungen keine Vorteile ziehen (BAG 22.10.2010 – 1 AZR 853/08, NZA 2010, 1243; kritisch hierzu Reichold, in: BB 2009, 1470; Lehmann, ZTR 2011, 523 ff.

Fazit aus den Beispielen 1 bis 6

Nach § 4a Abs. 2 TVG können

1. sich Mehrheits- und Minderheitstarifvertrag nach Beendigung des einen oder anderen Tarifvertrags in der Geltung abwechseln,
2. auf der kollektivrechtlichen und der arbeitsrechtlichen Ebene insgesamt vier Anspruchsgrundlagen mit unterschiedlichen Ansprüchen während und nach der Beendigung des jeweiligen Tarifvertrags bestehen und
3. Arbeitnehmer die Rosinen aus dem vom Gesetzgeber bereit gestellten Kuchen picken.

Die Ansprüche können sich durch arbeitsvertragliche Verweisklauseln kumulieren. Dies kann kollektiv- und individualrechtlich ausgeschlossen werden; ebenso kann vereinbart werden, dass der Mitarbeiter sich den zukünftigen Entwicklungen des Sozialpartnervertrages unterwirft.

2. Zukünftige Rechtsprechung zum Verhältnis des TEG zu Verweisklauseln

Es stellen sich im Hinblick auf den von Arbeitsvertragsparteien nicht vorhersehbaren Systemwechsel auf der Ebene des Arbeitsvertrages viele Fragen zur Auslegung arbeitsvertraglicher Verweisklauseln.

Fragen sind zum Beispiel: Reicht die Beurteilung nach dem Recht der AGB (§§ 305 ff. BGB) aus? Bedarf nicht im Hinblick auf den vom TEG eingeleiteten Systemwechsel der Arbeitnehmer unter diesen Umständen eines besonderen Schutzes wegen der gesetzlich durch § 4a TVG grundlegend geänderten Verhältnisse? Kann die richterliche Anpassung der Geschäftsgrundlage an die veränderten Verhältnisse gemäß § 313 BGB weiterhelfen? Muss vielleicht wegen des Umbruchs im Tarifrecht die Theorie des BAG über die Wirksamkeitsvoraussetzungen³³ durch Richterrecht weiterentwickelt werden?

Wie wird die Rechtsprechung auf den Systemwechsel im Verhältnis von TEG zu Verweisklauseln – Kollektivrecht zum Individualrecht – reagieren?

3. Verstärkung der neuen Unordnung beim Betriebs(teil)erwerb

Ein beachtenswertes Problem kann beim *Betriebsübergang* die Auswirkung der gesetzlich angeordneten Geltung des Mehrheitstarifvertrags darstellen. Es können nach dem Betriebs(teil)übergang im Erwerberbetrieb unterschiedliche Tarifverträge mit kollidierendem Geltungsbereich aufeinandertreffen. Dies kann zur Bildung eines Mehrheitstarifvertrags beim Erwerber führen, den der Erwerber aus Kostengründen nicht herbeiwünscht. Die bisher im Erwerberbetrieb beschäftigten Mitarbeiter könnten zudem zur Mehrheitsgewerkschaft überwechseln.

Infolge einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) in Sachen *Alemo-Herron*³⁴ zu einer nach englischem Recht zu beurteilenden Verweisklausel hat nunmehr das BAG den EuGH um eine Vorabentscheidung zu einem deutschen Rechtsfall ersucht. An sich war das Thema in der deutschen Rechtsprechung zu Gunsten der Dynamik seit Anfang des Jahres 2002 gelöst.³⁵ Die *Alemo-Herron*-Entscheidung kumuliert die Unsicherheit beim Betriebsübergang.³⁶ In der Analyse des Urteils merken Kritiker an, dass es sich um einen Sonderfall nach dem nationalen Recht von Großbritannien handelt, der sich nicht ohne weiteres auf das deutsche Recht mit der Trennung der Anspruchsgrundlagen übertragen lässt. *Junker analysiert weiter. Nach seiner Empfehlung für die Praxis ist entscheidend, dass der Be-*

*trieberwerber die effektive Möglichkeit erhält, sich in zumutbarer Weise von der Verweisklausel zu lösen.*³⁷

Fazit:

Die neue Situation nach Inkrafttreten des TEG kann eine erhebliche Veränderung der Personalkostenstruktur zur Folge haben. Zusätzliche Kosten könnten aus den Wirkungen der Verweisklauseln entstehen.

X. Zulässige Arbeitskämpfe der Minderheitsgewerkschaft trotz TEG

Unabhängig von dem Thema der Zulässigkeit des Arbeitskampfes einer Minderheitsgewerkschaft zur Erstreichung von Sozialpartnerverträgen (vgl. Teil 1 IV.5.) stellt sich die Frage, ob eine Minderheitsgewerkschaft einen Arbeitskampf zur Änderung und Wiederinkraftsetzung des verdrängten Minderheitstarifvertrags rechtmäßig führen darf. Für die Minderheitsgewerkschaft kann aus gewerkschaftspolitischen Gründen die Selbstdarstellung vor den Beschäftigten eine beachtenswerte Strategie sein.

Das TEG schränkt das Grundrecht von Minderheitsgewerkschaften auf die Führung von angemessenen Arbeitskämpfen grundsätzlich nicht ein. Es sind insbesondere folgende Fallgestaltungen zu erkennen:

1. Unterstützungstreiks

Es ist der Minderheitsgewerkschaft durch Richterrecht erlaubt, die Mehrheitsgewerkschaft durch Arbeitskampfmaßnahmen zur Durchsetzung der Forderungen der Mehrheitsgewerkschaft in dem vom Richterrecht gezogenen Rahmen zu unterstützen.³⁸

Auswirkung in der Betriebspraxis:

*Die durch Richterrecht legitimierten Unterstützungstreiks werden – auch im Bereich der Daseinsvorsorge – ausgeweitet werden. Die Tarifeinheit nutzt da gar nichts. Wichtiger ist ein zu schaffendes Gesetz über Streiks und Aussperrung in der Daseinsvorsorge, wie es das Land Bayern einfordert.*³⁹

2. Aufruf zu Streiks zur Herbeiführung eines Nachzeichnungstarifvertrags

Die Minderheitsgewerkschaft darf durch gegen den Arbeitgeber gerichtete Arbeitskampfmaßnahmen einen Nachzeichnungstarifvertrag (§ 4a Abs. 4 TVG) durch Arbeitskampfmaßnahmen einfordern.

33 Großer Senat des BAG, 3.12.1991 – GS 1/82 – AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 52, und erweiternd BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01, BB 2003, 264 = NZA 2003, 570.

34 EuGH, 18.7.2013 – C-426/11, *Alemo-Herron/Parkwood Leisure*, NZA 2013, 835; hierzu ausführlich *Junker*, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), *Neue Tarifrechtspolitik?* ZAAR 2014, 173-189 (info@zaar.uni-muenchen.de).

35 *Lehmann*, BB 2008, 1618 ff. und BB 2008, 1674 ff.

36 BAG, 10.6.2009 – 4 AZR 194/08, ZTR 2010, 154 ff.: „Im Einzelfall kann eine dynamische Verweisung auf die Vergütungsordnung des BAT, die in Allgemeinen Arbeitsbedingungen eines Arbeitgebers enthalten ist, so ausgelegt werden, dass sie den Übergang vom BAT zum TvöD bzw. TV-L nicht nachvollziehen soll.“

37 *Junker*, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), *Neue Tarifrechtspolitik?*, ZAAR 2014, 173-189 (info@zaar.uni-muenchen.de).

38 Wie leicht Unterstützungstreiks heutzutage der Rechtsprechung standhalten, zeigt die Entscheidung des BAG v. 25.8.2015 – 1 AZR 754/14 – Pressemitteilung des BAG Nr. 43/15.

39 Antrag des Freistaates Bayern v. 16.6.2015 zur Entschließung des Bundesrates zur Regelung des Streikrechts in Bereichen der Daseinsvorsorge, Bundesrat Drucksache 294/15.

Auswirkung in der Betriebspraxis:

Die Begeisterung einer Minderheitsgewerkschaft zum Abschluss eines Nachzeichnungstarifvertrags wird wohl nicht besonders hoch sein. Sie wird sich desavouiert fühlen und lieber mit dem Arbeitgeber Sozialpartnerverträge mit Drittwirkung abschließen, mit deren Hilfe sie sich durch Geben und Nehmen vor den Mitgliedern eher profilieren kann.

3. Aufruf zu Streiks zur Verbesserung der verdrängten Tarifnormen nach deren Ablauf

Als Folge des Gesetzeswortlautes des § 4a Abs. 2 TVG (Wort: „anwendbar“) gilt der Grundsatz: Erstreckt sich die Laufdauer des Minderheitstarifvertrags über den Zeitpunkt der Beendigung des Mehrheitstarifvertrages hinaus, so ist nach dem Ablauf des Mehrheitstarifvertrages der Minderheitstarifvertrag für die in der Minderheitsgewerkschaft organisierten Beschäftigten kraft Tarifbindung anzuwenden. Die zuvor nicht anwendbaren, verdrängten Rechtsnormen erstarken zu unmittelbar zwingenden Tarifnormen. Für den anwendbaren Tarifvertrag gilt die Friedenspflicht.

Ist hingegen der Minderheitstarifvertrag beendet, so ist es der Minderheitsgewerkschaft unbenommen, für eine Fortentwicklung der tariflichen Arbeitsbedingungen zum Streik aufzurufen. Es kommt nicht darauf an, ob der Mehrheitstarifvertrag schon beendet ist oder nicht.

Beispiel:

Läuft zwar noch der Mehrheitstarifvertrag, ist jedoch der Minderheitstarifvertrag durch Kündigung oder Befristung beendet, so darf die Minderheitsgewerkschaft das Streikziel auf eine Verbesserung der im beendeten Minderheitstarifvertrag geregelten Arbeitsbedingungen schon während der Zeit des Laufes des Mehrheitstarifvertrages richten. Sie hat das Streikrecht trotz Verdrängung des Minderheitstarifvertrages behalten. Der Arbeitskampf für eine Verbesserung der Tarifnormen, die nach Beendigung des Mehrheitstarifvertrages unmittelbar und zwingend anwendbar sind, darf der Minderheitsgewerkschaft nicht versagt werden. Den Zeitpunkt des Streiks wählt sie als autonom handelnder Gewerkschaft selbst aus. Das TEG blockiert sie nicht.

Dieses Ergebnis im vorstehenden Beispiel hat folgende Gründe: Immerhin ist der Minderheitstarifvertrag während der Verdrängung *nicht unwirksam*, sondern vorübergehend *nicht anwendbar*. Der Streik darf der Minderheitsgewerkschaft aus Rechtsgründen nicht mit der Begründung versagt werden, dass der Mehrheitstarifvertrag noch nicht beendet ist. Die Minderheitsgewerkschaft, die als tariffähige Gewerkschaft selbst ja nicht verdrängt ist, wählt autonom den Zeitpunkt.

Während der Laufdauer des verdrängten Minderheitstarifvertrages hat die Minderheitsgewerkschaft trotz Verdrängung ihres Tarifvertrags die Friedenspflicht, wenn der Minderheitstarifvertrag noch läuft.

Die Beendigung des Minderheitstarifvertrages während oder nach der Verdrängung bedeutet zugleich den Ablauf der Friedenspflicht, falls nicht die Tarifvertragsparteien eine andere Regelung über die Friedenspflicht getroffen haben. Die Minderheitsgewerkschaft darf daher rechtlich zulässig die Beschäftigten zu Arbeitskampfmaßnahmen für die Verbesserung des abgelaufenen und nur noch nachwirkenden Minderheitstarifvertrages aufrufen.

Sie verstößt nicht etwa gegen § 4a Abs. 2 TVG. Denn ein beendeter Minderheitstarifvertrag ist als Tarifvertrag ohnehin *nicht anwendbar* i.S. des § 4a Abs. 2 TVG. Gleiches gilt für den Zeitraum der Nachwirkung des Minderheitstarifvertrages. Ein nur nachwirkender Tarifvertrag i.S. des § 4 Abs. 5 TVG ist kein Tarifvertrag. Die Normen des beendeten Tarifvertrages werden kraft Gesetzes als nachwirkende Rechts-

normen fingiert, sind jedoch keine Tarifnormen.

Auswirkung in der Betriebspraxis:

Es könnte in der Praxis auch so sein, dass die Tarifvertragsparteien des Mehrheitstarifvertrags monatelang über dessen Wiederinkraftsetzung verhandeln. Für die Minderheitsgewerkschaft kann es gewerkschaftspolitisch sinnvoll sein, diese Zeit des tariflosen Zustandes des abgelaufenen Mehrheitstarifvertrags für eigene tarifpolitische Interessen zu nutzen.

Der Arbeitgeber, der die Zusammenhänge kennt, richtet sich auf die beschriebene Situation rechtzeitig ein.

4. Aufruf zu Streiks ohne gerichtlich rechtskräftig festgestellte Mehrheit

Es ist den Minderheitsgewerkschaften unbenommen, für die Durchsetzung des Minderheitstarifvertrages Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, solange nicht durch die Arbeitsgerichtsbarkeit nach § 99 ArbGG rechtskräftig festgestellt ist, welcher Tarifvertrag im Betrieb anwendbar ist. Erst dann, wenn fest steht, dass ein Tarifvertrag einer Mehrheitsgewerkschaft den Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft verdrängt, darf es nicht mehr das Streikziel der Minderheitsgewerkschaft sein, während der Laufdauer des Mehrheitstarifvertrages einen kollidierenden Minderheitstarifvertrag im Sinne des § 1 TVG durchzusetzen.

Auswirkung in der Betriebspraxis:

Die gerichtliche Feststellung nach § 99 ArbGG kann erstmals nach der gesetzlichen Überleitungsfrist des § 13 Abs. 3 TVG getroffen werden. Danach ist § 4a TVG nicht auf Tarifverträge anzuwenden, die am 10.7.2015 gelten.

Daher besteht bis zum Ablauf des geltenden Tarifvertrages kein prozessuales Feststellungsinteresse. Ein dennoch gestellter Antrag beim Arbeitsgericht wird als unzulässig zurückzuweisen sein.

Wenn endlich nach Beendigung des geltenden Tarifvertrages der Weg über die Instanzen der Fachgerichte eingeschlagen wird, können mehrere Jahre ins Land gehen. Bis dahin besteht in dem betreffenden Betrieb im Rahmen des Richterrechts bis auf Weiteres die bis dahin durch das TEG nicht eingeschränkte Streikfreiheit.

5. Streik nach Beendigung des Mehrheitstarifvertrages durch Ausgliederung

Der Minderheitsgewerkschaft ist ebenso das Recht zum Streikauftrag zuzubilligen, falls der Mehrheitstarifvertrag bei einem Betriebserwerb als kollektive Grundlage wegfällt.⁴⁰

1. Ein Arbeitskampf einer Minderheitsgewerkschaft ist trotz des Inkrafttretens des TEG gerechtfertigt, wenn die Minderheitsgewerkschaft das Streikziel hat, die tariflichen Arbeitsbedingungen für die eigenen Tarifverträge durch einen neuen Tarifabschluss zu verbessern. Die Wahl des Zeitpunktes des Streiks – mindestens jedoch nach Beendigung des Minderheitstarifvertrages – ist der Minderheitsgewerkschaft überlassen.

2. Ein Arbeitskampf einer Minderheitsgewerkschaft ist trotz des Inkrafttretens des TEG gerechtfertigt, wenn die Minderheitsgewerkschaft zum Streik aufruft, um für ihre Organisierten beim Arbeitgeber *Sozialpartnerverträge mit Drittwirkung* durchzusetzen.⁴¹

⁴⁰ Löwisch, DB 2015, 1102, 1103.

⁴¹ Löwisch, Tarifeinheit und die Auswirkungen auf das Streikrecht, DB 2015, 1102, 1103.

XI. Ausblick auf die zukünftige Tarifpolitik

Die Tariflandschaft befindet sich in einem dauerhaften Wandel und Anpassungsprozess. Die Tarifparteien sind aufgerufen, die Zukunft der Arbeit in Deutschland⁴² durch Anpassung der tariflichen Arbeitsbedingungen progressiv zu begleiten und den Staub von Tarifnormen herkömmlicher Art wegzuwischen. Dazu gehört die *Anpassung der Tarifverträge an die digitale Arbeitswelt*.

1. Stärkung des Staates statt der Tarifautonomie

Im Tarifrecht hat der Gesetzgeber den Rubikon in eine neue Tariflandschaft mit einem neuen System überschritten. Die Gewerkschaften schwächeln in den letzten Jahrzehnten. Sie konnten auch nicht sehr viele Menschen in den neuen Bundesländern begeistern, so dass die Bundesregierung mit dem Mindestlohngesetz nachgeholfen hat. Die Nachhilfe ist weniger eine Tarifautonomiestärkung als eher deren Schwächung, weil der Staat nicht nur in den weißen Flecken, in denen die Gewerkschaften nicht Fuß fassen konnten, sondern flächendeckend auch in den von starken Gewerkschaften betreuten Bezirken wie in Nordrhein Westfalen in die Tarifverträge mit einer Überleitungsregelung in die unteren Bereiche der Lohnskalen eingegriffen hat. Die Folgen werden eines Tages durch die Verschiebung des Lohngitters nach oben in den Personalkosten spürbar werden.⁴³

2. Zulässige Eingriffe in die Tarifautonomie

Der Staat hat Rechte zum Eingriff in die Tarifautonomie, darf jedoch den Kern des Grundrechtes der Koalitionen in der Ausübung der Tarifautonomie nicht ersetzen. Entgegen der Bezeichnung des Gesetzes für die Tarifautonomiestärkung⁴⁴ verstärken sich die staatlichen Eingriffe. Dazu gehört nicht nur der flächendeckende Eingriff in die tarifliche Lohngestaltung, sondern auch die Lockerung der Erklärung von Tarifverträgen als allgemeinverbindlich, wenn die Allgemeinverbindlichkeitserklärung „im Interesse der Allgemeinheit“ geboten ist.⁴⁵ Der Staat verkörpert in der Demokratie die Allgemeinheit. Daher macht es keinen entscheidenden Unterschied, den Gesetzestext wie folgt zu interpretieren: „... wenn dies im Interesse des Staates geboten ist“.

3. Schutz starker Gewerkschaften vor Erosion durch Funktionsgruppen?

Was des einen Menschen Freude ist des anderen Menschen Leid. Das Gesetz erfreut einen Teil der Gewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) und die Arbeitgeber, die auf die Ordnung der Arbeitsbedingungen durch den Tarifvertrag drängen und zunehmend in den letzten Jahren eine Unordnung durch die Geltung mehrerer Tarifverträge im Betrieb – abgeschlossen mit unterschiedlichen Gewerkschaften durch den Arbeitgeberverband oder den Arbeitgeber im Haustarifvertrag – vorfinden.

Nicht immer greift das süffisante Argument, dies habe die Arbeitgeberseite durch die Unterschrift unter den Tarifvertrag oder der Betriebserwerber als Folge von Ausgliederungen von Betrieben oder Betriebsteilen selbst verschuldet. Denn auch und gerade kleinere Gewerkschaften können für Beschäftigtengruppen in Schlüsselfunktionen einen hohen Druck zur Unterschrift ausüben, wie beispielsweise die Gewerkschaft Marburger Bund für die Ärzte oder die Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) für Beschäftigtengruppen in den Betrieben der Deutschen Bahn AG. Es liegt in der autonomen

Entscheidung einer Koalition, in der Satzung die Beschäftigtengruppen festzulegen, für die sie Tarifverträge abschließen will.

4. Zunehmende Gewerkschaftskonkurrenz – auch unter dem Dach des DGB

Nicht alle acht DGB-Gewerkschaften⁴⁶ freuen sich über das Geschenk der Bundesregierung und ihr folgend des Gesetzgebers. So trauen die vier DGB-Gewerkschaften ver.di, GEW, NGG und GdP⁴⁷ dem TEG nicht den angestrebten Erfolg des Gesetzes für DGB-Gewerkschaften zu. Falls eine dieser Gewerkschaften gegen das TEG Verfassungsbeschwerde einlegen würde, besteht für den DGB das Risiko, dass die nach außen hin zu wahrende DGB-Disziplin⁴⁸ des Sprechens mit einer Stimme zerbröselte.⁴⁹

Nicht besonders betont zu werden braucht das Leid von Gewerkschaften, die heute schon erkennen können, dass sie als Minderheitsgewerkschaften mit ihren Tarifverträgen verdrängt werden. Einzelne DGB-Gewerkschaften erahnen, dass der Schuss für sie nach hinten losgehen kann.⁵⁰

5. Zunehmende Entsolidarisierung

In der deutschen Arbeitswelt ist jedoch zunehmend ein Verlust an Solidarität auf der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zu verspüren. Während in der Produktionswirtschaft des vergangenen Jahrhunderts die Solidarisierung im Vordergrund des Arbeitslebens stand und den in den traditionellen Industriegewerkschaften zusammengeschlossenen Beschäftigten bei dem kollektiven Aushandeln von Arbeitsbedingungen durch starke Gewerkschaften Kraft verlieh, ist mit der schleichenden Verlagerung des Schwerpunktes der Wirtschaft in die Dienstleistungen eine Zersplitterung der Tariflandschaft und der Einheit der Tarifbereiche einhergegangen.

Der Mitgliederschwund bei Gewerkschaften ist zum Teil das Ergebnis einer Entsolidarisierung der Mitarbeiter im Unternehmen oder Betrieb. Ein Teil der Beschäftigten sucht mehr Freiheit ohne Bevormundung durch eine Koalition. Ein anderer Teil sieht die eigenen Interessen von einer Gewerkschaft, die die Interessen vieler Funktionsgruppen wahrnimmt, nicht ausreichend berücksichtigt. Die Bildung von

42 Meik, „Arbeitswelt im Umbruch – zur Zukunft der Arbeit in Deutschland, Vortrag auf dem Tarifforum 2015 München, NZA aktuell Heft 7/2015, S. XI“; ders., „Zur Geschichte und Zukunft der Arbeit in Deutschland“, Hrg. Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung, München, Ausgabe 2014, abrufbar unter www.cfw.org; ders., *Tarifforum 2015*.

43 Mallmann, *Tarifforum 2015*, NZA 2015, Heft 1, XI.

44 Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) v. 11.8.2014, BGBl 2014, 1348 ff.

45 Änderung des § 5 TVG im Tarifautonomiestärkungsgesetz.

46 Die acht DGB-Gewerkschaften repräsentieren 6,1 Mio. Organisierte. Sie lassen sich im Hinblick auf das TEG in zwei Gruppen einteilen: Wenig Freude haben die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, die Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft GEW, die Gewerkschaft Nahrung, Genuss und Gaststätten NGG, sowie die Gewerkschaft der Polizei GdP. Die andere Halbmansschaft (3,4 Millionen Organisierte) mit größerer Freude am TEG besteht aus den Gewerkschaften IG Metall, IG Bergbau, Chemie, Energie (IG BCE), IG Bauen, Agrar und Umwelt (IG BAU) sowie der Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft EVG.

47 Die acht DGB-Gewerkschaften repräsentieren 6,1 Mio. Organisierte. Sie lassen sich im Hinblick auf das TEG in zwei Gruppen einteilen: Wenig Freude haben die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, die Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft GEW, die Gewerkschaft Nahrung, Genuss und Gaststätten NGG, sowie die Gewerkschaft der Polizei GdP. Die andere Halbmansschaft (3,4 Mio. Organisierte) mit größerer Freude am TEG besteht aus den Gewerkschaften IG Metall, IG Bergbau, Chemie, Energie (IG BCE), IG Bauen, Agrar und Umwelt (IG BAU) sowie der Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft EVG.

48 Der Deutsche Gewerkschaftsbund DGB ist dem Prinzip der Einheitsgewerkschaft verpflichtet. Der aus acht Gewerkschaften als Mitglieder umfassende „DGB ist die Stimme der Gewerkschaften gegenüber den politischen Entscheidungsträgern, Parteien und Verbänden in Bund, Ländern und Gemeinden. Als Dachverband schließt er keine Tarifverträge ab ...“

49 Lehmann, NZA 2015, Heft 11, Editorial.

50 Fischer, NZA 2015, 662.

Spartengewerkschaften ist das Ergebnis von Mehrheitstarifverträgen. Einzelne Funktionsgruppen sehen ihre Interessen stärker durch eine kleinere schlagkräftige Funktionsgruppengewerkschaft in ihrer Berufssparte gewahrt.

Das Wachsen der Spartengewerkschaften hat im letzten Jahrzehnt zu überaus harten Arbeitskämpfen geführt, mit denen einzelne Spartengewerkschaften ohne Rücksicht auf die Gesamtbelegschaft und die betroffene Allgemeinheit ihre Eigeninteressen verfolgen. Daher hat der Gesetzgeber sich zum Zweck der Rückbesinnung auf die Solidarisierung für die Wiederherstellung der Tarifeinheit entschieden. Dennoch ist dieser Weg ein Irrweg.

6. Stärkere staatliche Lenkung in der zukünftigen Tariflandschaft

Das Tarifautonomiestärkungsgesetz und das Tarifeinheitsgesetz haben zu dem Systemwechsel einer stärkeren staatlichen Lenkung im Tarifwesen geführt. Dies mag je nach Standpunkt als eine Tarifautonomiestärkung oder Tarifautonomieschwächung erkannt werden. Die Herstellung der Tarifeinheit ohne unverhältnismäßigen Eingriff des Staates in die Tarifautonomie haben viele Arbeitgeber und auch Gewerkschaften gewollt. Jetzt müssen sie damit fertig werden, dass der Gesetzgeber die Gaben nicht nur wunschgemäß verteilt hat. Das BVerfG wird das letzte Wort sprechen.

7. Relativierung des Beklagens über Einschränkungen

Die Beschwerden über die Einschränkung der Tarifpolitik sind zu relativieren. Die betroffenen Arbeitgeber und Gewerkschaften haben ausreichende Spielräume zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen und ihrer Durchsetzbarkeit.

Dazu gehört die Besinnung auf Alternativen zu dem nur subsidiär geltenden Grundsatz der gesetzlich angeordneten Tarifeinheit (§ 4 Abs. 2 TVG). Wenn konkurrierende Gewerkschaften die Minderheitsgewerkschaft nicht am Tarifgeschehen beteiligen (wollen), kann die Minderheitsgewerkschaft mit dem Arbeitgeber schuldrechtliche Normenverträge abschließen und notfalls im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Mittel durch eine legitimen Arbeitskampf durchsetzen.

8. Zukünftige Zunahme von Arbeitskämpfen?

„Deutschland wird plötzlich als Streikland wahrgenommen“, sagte der Präsident der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände vor Kurzem.

Das Institut der deutschen Wirtschaft (IW) hat festgestellt: Es gingen zwar statistisch derzeit weniger Arbeitstage durch Streiks verloren als vor zehn Jahren. Jedoch hätten die aktuellen Arbeitskämpfe der letzten Zeit eine größere Wirkung auf den Alltag als die früheren. Dies liege in erster Linie am Wechsel von der Produktionsindustrie zur Dienstleistungswirtschaft. Im Dienstleistungsbereich würden sie stärker „hautnah“ empfunden. Die Streiks und deren Wirkungen würden in den nächsten Jahren in den Dienstleistungsbranchen und dort auch vermehrt in den Bereichen der öffentlichen Infrastruktur (Daseinsvorsorge) – voraussichtlich weiter zunehmen. Die Härte und die Ausdauer, mit der die GDL-Mitglieder, aber auch die Erzieherinnen in den Kitas ihren Arbeitskampf zulasten Dritter führten, bewirkten aktuell bei Gewerkschaften einen neuen Stil der Führung von Arbeitskämpfen durch Nachahmung.

Fazit:

Eine große Branchengewerkschaft wie die Gewerkschaft ver.di kann daher womöglich gar nicht mehr anders, als in Zukunft vermehrt besonders hart aufzutreten, wie sie dies im Streik der Kitas getan hat. Denn ihr steht die gewerkschaftspolitisch nicht angenehme These entgegen, nach der die speziellen Interessen kleiner Berufsgruppen in einer eigenen Gewerkschaft der kleinen Gruppen anscheinend besser wahrgenommen werden als in einer großen und viele Berufsgruppen und Funktionsgruppen umfassenden Gewerkschaft, bei der die unterschiedlichen Interessen der kleinen Funktions- und Berufsgruppen – Gewerkschaft nicht so leicht im Tarifvertrag eingefangen werden können.⁵¹

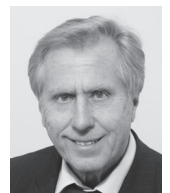
9. Defizit des Staates in der grundrechtlichen Garantie aus Art. 20 GG

Die Sicherung der Daseinsvorsorge war und ist die vorrangige Pflicht des Staates zur Gewährleistung des Grundrechts der Staatsbürger auf die Daseinsvorsorge.⁵² Dieser hochrangigen Pflicht kommt der Staat seit Jahrzehnten aus offensichtlich opportunistischen Gründen nicht nach. Er wird es auch in Zukunft nicht tun.

XII. Zusammenfassung

Die deutsche Tariflandschaft bleibt in starker Bewegung. Die Tarifpluralität bleibt. Nur die sich im Geltungsbereich überschneidenden Tarifverträge werden zu Gunsten der Tarifeinheit justiert. Dies wird in Wissenschaft und Praxis überwiegend als Eingriff in die Tarifautonomie empfunden.⁵³ Der Gesetzgeber hat im schlanken Tarifeinheitsgesetz viele Fragen offen gelassen, mit denen sich nun die Justiz befassen wird. Den Anfang macht das von Betroffenen angerufene Bundesverfassungsgericht. Die Arbeitsgerichte werden durch die das gerichtliche Aufgabenfeld erweiternde neue Aufgabe – dies sind Entscheidungen über die in den Betrieben „anwendbaren“ Tarifverträge i.S. des § 99 ArbGG – in Zukunft stark gefordert sein. Hinzu kommen die in Zukunft von der Justiz eingeforderten Antworten auf die vom Gesetzgeber offengelassenen Fragen. Er hätte statt des TEG ein Gesetz über Streik und Aussperrung in Bereichen der Daseinsvorsorge⁵⁴ schaffen sollen, wie es der Freistaat Bayern vom Gesetzgeber einfordert.⁵⁵

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann ist Rechtsanwalt in Schliersee und Krefeld sowie Berater vornehmlich im kollektiven Arbeitsrecht. Er ist der Initiator des Tarifforums (www.arbeitsrecht.com).



⁵¹ Hierzu *Esslinger*, *Süddeutsche Zeitung* vom 30.6.2015, „Neue deutsche Welle“.

⁵² *Hufen*, *NZA* 2014, 1237; *NZA* 2015, Heft 7, S. XI–XVII; *Hufen* ist Professor für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Mainz und Mitglied des VerfGH Rheinland-Pfalz a. D.; ferner die Vorschläge der Professoren *Franzen*, *Thüsing* und *Waldhoff*, *Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge – Vorschläge zur gesetzlichen Regelung von Streik und Aussperrung in Unternehmen der Daseinsvorsorge*, Stand 2012, Hrsg. Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung, München Bereich Zukunft der Arbeit (Direktor Dr. *Frank Meik*), abrufbar unter www.cfwv.org.

⁵³ Spiegelung kontroverser Meinungen zur Abschätzung des Erfolgs der Verfassungsbeschwerde, abrufbar unter www.arbeitsrecht.com.

⁵⁴ Antrag des Freistaates Bayern an den Bundesrat v. 16.6.2015 – Bundesrat-Drucksache v. 16294/15; Professorenvorschlag *Franzen*, *Thüsing*, *Waldhoff*, 2012 „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.

⁵⁵ Vgl. *Konzen/Schliemann*, *RdA* 2015, S. 11, 12; *Wissenschaftler und Praktiker mit „Kritik an Tarifautonomie, –stärkung und Tarifeinheit: Tarifforum München 2015“*, in: *NZA aktuell, Veranstatlungsbericht S. XI bis XVI*.