

RA/FAArbR Tobias Grambow, Berlin

Schaffung abweichender betriebsverfassungsrechtlicher Organisationseinheiten durch Tarifvertrag

– Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Tarifverträge nach § 3 BetrVG –

RA/FAArbR Tobias Grambow ist Partner bei Buse Heberer Fromm Rechtsanwälte StB Partnerschaftsgesellschaft mbB in Berlin. Der Autor dankt Frau Dipl.-Jur. Janine Beyer für die wertvolle Unterstützung.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

Das BetrVG ermöglicht in § 3 die Errichtung abweichender betriebsverfassungsrechtlicher Organisationseinheiten bzw. die Schaffung zusätzlicher Gremien. Solche vom Gesetz abweichende Regelungen sind in erster Linie einem Tarifvertrag vorbehalten. Zur Auflösung von Tarifikollisionen gilt seit dem 10.07.2015 das Tarifeinheitsgesetz (TEG), umgesetzt in § 4a TVG. Die Auswirkungen des TEG auf Tarifverträge gem. § 3 BetrVG werden beleuchtet.

I. Regelungen des § 3 Abs. 1 BetrVG

Gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG können unternehmenseinheitliche Betriebsräte gebildet oder es können Betriebe zusammengefasst werden, wenn dies die Bildung von Betriebsräten erleichtert oder einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer dient. Vorgesehen ist auch die Möglichkeit, Spartenbetriebsräte und andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen einzurichten (§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG). Zudem können zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Gremien (Arbeitsgemeinschaften), die der unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit von Arbeitnehmervertretungen dienen, sowie zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen der Arbeitnehmer geschaffen werden (§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 5 BetrVG). Solche vom Gesetz abweichenden Regelungen zur betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit bzw. zur Schaffung zusätzlicher Gremien sind in erster Linie Gegenstand eines Tarifvertrags. Die Zuständigkeit für solche Regelungen liegt damit aufseiten der Arbeitnehmer bei den Gewerkschaften und ist den Betriebsparteien entzogen.¹

Bei den tariflichen Regelungen zur abweichenden Betriebs- bzw. Betriebsratsstruktur und den zusätzlichen Gremien handelt es sich um betriebsverfassungsrechtliche Normen gem. § 3 Abs. 2 TVG.² Diese Regelungen gelten damit für alle Arbeitnehmer unabhängig von ihrer Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft. Der Gesetzgeber gibt damit einen Teil seiner Gesetzgebungskompetenz aus der Hand und ermöglicht so bindende Regelungen für alle beschäftigten Arbeitnehmer durch Tarifvertrag. Die Vorschrift ist gleichwohl nicht verfassungswidrig,³ da sie nicht gegen die negative Koalitionsfreiheit verstößt. Durch einen Zuordnungstarifvertrag werden Arbeitgeber nicht genötigt, der tarifschließenden

Gewerkschaft beizutreten. Die Tarifverträge gem. § 3 Abs. 1 BetrVG unterliegen den strengen Vorgaben der einzelnen Tatbestände des § 3 Abs. 1 BetrVG, wodurch willkürliche Zuordnungen ausgeschlossen sind.

II. Tarifzuständigkeit und Vertretensein der Gewerkschaft

Voraussetzung eines rechtswirksamen Zuordnungstarifvertrags ist die Tarifzuständigkeit der tariffähigen Gewerkschaft für alle Arbeitsverhältnisse in den Betrieben bzw. Betriebsteilen, die vom Geltungsbereich des Tarifvertrags erfasst sind. Dies muss durch die Satzung der Gewerkschaft gewährleistet sein.⁴

Ferner ist nach Ansicht des BAG⁵ und Teilen der Literatur⁶ erforderlich, dass die tarifschließende Gewerkschaft im Betrieb vertreten ist, also mindestens ein Arbeitnehmer Mitglied dieser Gewerkschaft ist. Das BAG stellt dabei zum einen auf den Zweck des § 3 BetrVG ab. Danach sollen die Beteiligten vor Ort aufgrund ihrer Sachnähe entscheiden, ob von den Vorgaben des BetrVG hinsichtlich der organisatorischen Einheit abgewichen werden soll. Eine solche Sachnähe scheidet bei Gewerkschaften aus, die im Betrieb nicht wenigstens durch ein Mitglied vertreten sind.⁷ Zum anderen geht das BAG grds. davon aus, dass nur solche Gewerkschaften Einfluss im Bereich der Betriebsverfassung nehmen können, die im Betrieb vertreten sind. Das BAG führt hier exemplarisch u.a.

- die Antragsbefugnis bei der arbeitsgerichtlichen Feststellung der organisationsfähigen Einheit gem. § 18 Abs. 2 BetrVG,
- die Kompetenz für die Einberufung einer Betriebsversammlung zur Wahl eines Wahlvorstands gem. § 17 Abs. 3 BetrVG sowie
- das Einberufungs- und das Teilnahmerecht von Gewerkschaftsvertretern zu/an Betriebsversammlungen gem. § 43 Abs. 4, § 46 Abs. 1 Satz 1 BetrVG

an.

In der Literatur wird gegen diese Sichtweise z.T. eingewendet, dass sie in § 3 Abs. 1 BetrVG keine Stütze fände und der einschlägige § 3 Abs. 2 TVG ein solches Erfordernis nicht kenne.⁸ Zum anderen überzeuge das Argument des BAG zur Sachnähe nicht. So könne bei einer nur sehr geringen Repräsentation

1 Die Ausnahmeregelung in § 3 Abs. 2 BetrVG soll hier nicht vertieft werden.

2 Siehe etwa Giesen, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung im Betrieb, 2002, S. 505; Kempen, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), § 3 TVG Rn. 31; Löwisch/Rieble, § 3 TVG Rn. 220; Franzen, in: ErfK, § 1 TVG Rn. 48.

3 BAG vom 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, DB 2010 S. 117 = AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7 m. Anm. Kort; a.A. zu § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG: Giesen, a.a.O. (Fn. 2), S. 310.

4 BAG vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 3); Teusch, Die Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag, 2007, S. 171 f.; Schmiege, Betriebsverfassungsrechtliche Organisationsstrukturen durch Tarifvertrag, 2006, S. 154; Richardi, in: Richardi (Hrsg.), § 3 BetrVG Rn. 56; Thüsing, ZIP 2003 S. 693 (699).

5 BAG vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 3).

6 Richardi, a.a.O. (Fn. 4), § 3 BetrVG Rn. 57.

7 BAG vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 3).

8 Kort in der Anm. zu BAG vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 3); Teusch, a.a.O. (Fn. 4), S. 173; Schmiege, a.a.O. (Fn. 4), S. 154.

der Gewerkschaft im Betrieb nicht von einer hohen Sachnähe ausgegangen werden.⁹

Die Ansicht des BAG überzeugt gleichwohl. Zwar stellt § 3 Abs. 1 BetrVG eine Legitimation zum Abschluss von Tarifverträgen mit Betriebsnormen gem. § 3 Abs. 2 TVG dar. Für die Geltung solcher Betriebsnormen kommt es gerade nicht auf die Tarifgebundenheit der Arbeitnehmer an. Das widerspricht aber der Sichtweise des BAG und den Vertretern in der Literatur nicht. § 3 Abs. 2 TVG schließt nicht notwendig aus, dass es mindestens ein betriebliches Gewerkschaftsmitglied gibt. Vielmehr regelt die Vorschrift nur, dass ein solcher Tarifvertrag normativ gilt, sofern der Arbeitgeber an ihn normativ gebunden ist. Sie stellt auf den Arbeitgeber und dessen Tarifbindung ab; die Arbeitnehmer finden keine Erwähnung. Zweck der Regelung ist, dass Rechtsnormen zu betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen auch für andere oder nicht tarifgebundene Arbeitnehmer gelten sollen. Ob Tarifverträge zu betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen überhaupt Wirkung entfalten, regelt § 3 Abs. 2 TVG gerade nicht abschließend. Auch ist es mit Sinn und Zweck der Regelung nicht vereinbar, Gewerkschaften, die keinen Bezug zu den Betrieben im Geltungsbereich des geplanten Tarifvertrags haben, eine Tarifzuständigkeit zuzugestehen.¹⁰ Zutreffend weist das BAG darauf hin, dass das BetrVG grds. nur „im Betrieb vertretenen“ Gewerkschaften Rechte im Betrieb einräumt. Neben den vom BAG aufgeführten Vorschriften ist grundlegend § 2 Abs. 1 BetrVG zu nennen. Danach arbeiten Arbeitgeber und Betriebsrat u.a. „im Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften“ vertrauensvoll zusammen.

III. Kollisionen von Tarifverträgen

Umstritten war und ist, wie die Situation rechtlich zu bewerten ist, dass mehr als eine Gewerkschaft einen Tarifvertrag nach § 3 BetrVG schließen möchte. Daran schließt sich die Konstellation an, dass mehr als ein Tarifvertrag tatsächlich existiert.

1. Auflösung von Tarifkonkurrenzen bei Zuordnungstarifverträgen vor Inkrafttreten des TEG

Das BAG¹¹ hatte zur Frage der Tarifkonkurrenz bei Zuordnungstarifverträgen entschieden, dass ein bereits bestehender Zuordnungstarifvertrag den Abschluss eines konkurrierenden Tarifvertrags mit einer anderen tarifzuständigen und im Betrieb vertretenen Gewerkschaft nicht hindere. Die Frage, wie eine solche Tarifkollision aufzulösen sei, hatte das BAG bislang offenlassen können. Dass eine Auflösung notwendig ist, folgt aus der unumstrittenen Annahme, dass es schlicht nicht mehrere Betriebsräte für dieselbe betriebsverfassungsrechtliche Einheit geben kann. Allgemein hatte das BAG zur Auflösung einer Tarifkollision entschieden, dass stets jener Tarifvertrag Geltung findet, der der Eigenart und den besonderen Bedürfnissen des Betriebs und der in ihm beschäftigten Arbeitnehmer nach der Zielsetzung des Betriebs und der zur Erreichung dieses Ziels verlangten und geleisteten Arbeit am besten entspreche,¹² kurzum,

der speziellere. In Bezug auf die Auflösung einer Tarifpluralität war die Rspr. des BAG auf immer größere Kritik gestoßen.¹³ Das BAG gab in einer Grundsatzentscheidung vom 07.07.2010 seine Rspr. zum Prinzip der Tarifeinheit zur Auflösung von Tarifpluralitäten auf.¹⁴ Bei Tarifverträgen nach § 3 Abs. 2 TVG kommt eine Tarifpluralität nicht in Betracht. Es werden stets alle Arbeitsverträge erfasst. Eine Kollision zweier Tarifverträge gem. § 3 Abs. 2 TVG kann sich nur als Tarifkonkurrenz darstellen.¹⁵ Das BAG hat die Auflösung der Tarifkonkurrenz nach dem Spezialitätsprinzip nicht aufgegeben.

Das Meinungsbild in der Literatur zur Auflösung einer Tarifkollision bei Zuordnungstarifverträgen ist uneinheitlich. Es wurde teilweise vertreten, dass auch bei Kollektivnormen das Spezialitätsprinzip anzuwenden sei und nur ergänzend das Mehrheitsprinzip zur Anwendung käme.¹⁶ Der Vorrang sei also dem Tarifvertrag einzuräumen, der den Bedürfnissen und der Eigenart des Betriebs und der in ihm tätigen Arbeitnehmer am besten entspreche,¹⁷ wobei auch hier die Kriterien dafür die betriebliche, fachliche, persönliche und räumliche Nähe sind.¹⁸ Das Spezialitätsprinzip stößt hier allerdings an seine Grenzen. Zum einen ist davon auszugehen, dass es sich beim Spezialitätsprinzip um einen Ordnungsgrundsatz handelt, der nur bei Identität des Normgebers Anwendung finden kann,¹⁹ welche bei dem aufgeworfenen Problem aber gerade nicht gegeben ist. Ferner dürfte es in der Regel schwierig sein, Tarifverträge mit unterschiedlichen Inhalten nach § 3 Abs. 1 BetrVG hinsichtlich ihrer Spezialität zu vergleichen. Eine (arbeitsgerichtliche) Auflösung einer Tarifkollision würde auf eine Inhalts- und Zweckmäßigkeitkontrolle hinauslaufen. Tarifverträge, die den Anforderungen des § 3 BetrVG nicht genügen, weil sie bspw. nicht der sachgerechteren Wahrnehmung der Aufgaben der Betriebsräte dienen, wären ohnehin unzulässig. Insofern handelt es sich bei Zuordnungstarifverträgen um einen Sonderbereich, weshalb das Spezialitätsprinzip im Bereich der Betriebsverfassung keine Anwendung finden kann.²⁰

Auch das Prinzip der Sachnähe²¹ ist insofern untauglich, da die Satzung der jeweiligen Gewerkschaften für die Beurteilung der Sachnähe den Ausschlag gibt und diese in der Regel keine Abgrenzung ermöglicht.²² Auch das Günstigkeitsprinzip ist für die Auflösung von Tarifkonkurrenzen bei Betriebsnormen ungeeignet.²³ Es fehlt hier schlicht an einer Bezugsgröße, auf die sich der Günstigkeitsvergleich beziehen könnte.²⁴

Von *Annuß* wiederum wurde vorgeschlagen, sich widersprechende Tarifinhalte im Bereich betriebsverfassungsrechtlicher Normen insgesamt für unwirksam anzusehen.²⁵ Dem Arbeitgeber stünde es demnach jedoch frei, die Geltung bestehender Tarifverträge durch den Abschluss weiterer Tarifverträge zu beseitigen und zu entscheiden, ob und mit welchem Inhalt

9 Franzen, in: GK-BetrVG, § 3 Rn. 30; Thüsing, ZIP 2003 S. 693 (698); Trümmer, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), § 3 BetrVG Rn. 6.

10 Richardi, a.a.O. (Fn. 4), § 3 BetrVG Rn. 57; Löwisch/Rieble, § 3 TVG Rn. 223 ff.; Franzen, in: ErfK, § 3 TVG Rn. 17; Rieble/Klump, in: MünchHdb-ArbR, § 177 Rn. 37.

11 BAG vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 3).

12 BAG vom 29.03.1957 – 1 AZR 208/55, BAGE 4 S. 38 (40) = DB 1957 S. 482.

13 Siehe hierzu Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 334 ff.

14 BAG vom 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, BAGE 135 S. 80 = RS0737866.

15 Teusch, a.a.O. (Fn. 4), S. 185; Jacobs, a.a.O. (Fn. 13), S. 248, 306 ff.

16 Teusch, a.a.O. (Fn. 4), S. 182 ff., m.w.N.; Wank, in: Wiedemann (Hrsg.), TVG, § 4 Rn. 297 ff.; Giesen, a.a.O. (Fn. 2), S. 537.

17 BAG vom 29.03.1957, a.a.O. (Fn. 12).

18 Siehe etwa Wank, a.a.O. (Fn. 16), § 4 Rn. 299ff.

19 Siehe etwa Annuß, NZA 2002 S. 290 (293); Kempen, NZA 2003 S. 415 (417).

20 Wendeling-Schröder, NZA 2015 S. 525 (527); Richardi, a.a.O. (Fn. 4), § 3 BetrVG Rn. 61; Friese, ZfA 2003 S. 237 (273); generell ablehnend Jacobs, a.a.O. (Fn. 13), S. 257 ff.

21 Vertreten etwa von Friese, ZfA 2003 S. 237 (276).

22 Richardi, a.a.O. (Fn. 4), § 3 BetrVG Rn. 61.

23 Siehe etwa Jacobs, a.a.O. (Fn. 13), S. 266 ff., 308; Friese, ZfA 2003 S. 237 (273).

24 Siehe auch Reuter, JuS 1992 S. 105 (109 f.).

25 Annuß, NZA 2002 S. 290 (293).

Zuordnungstarifverträge geschlossen werden.²⁶ Dies könnte zu rechtsmissbräuchlichen Tarifabschlüssen führen, weshalb die Unwirksamkeit sämtlicher konkurrierender betriebsverfassungsrechtlicher Normen nicht die angemessene Lösung sein kann.²⁷

Die h.M.²⁸ folgte daher bereits vor Inkrafttreten des TEG dem Mehrheitsprinzip. Vorrang sollte demnach also dem Tarifvertrag gewährt werden, der von der Gewerkschaft mit der größten Mitgliederzahl abgeschlossen wurde.

2. Regelungen des Tarifeinheitsgesetzes

Mit dem TEG hat sich der Gesetzgeber der Thematik der Auflösung einer Tarifkollision angenommen und die Kollisionsregel des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG geschaffen. Diese sieht vor, dass, soweit sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden, im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft anwendbar sind, die zum Zeitpunkt des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat. Die Regelung ist nicht auf die Auflösung einer Tarifpluralität beschränkt, sondern erfasst auch Tarifkonkurrenzen, obwohl diesbezüglich eine Rspr.-Änderung nicht erfolgt war. Dabei schreibt § 4a Abs. 2 Satz 1 TVG fest, dass der Arbeitgeber nach § 3 TVG an mehrere Tarifverträge gebunden sein kann. Der Grundsatz der Tarifeinheit greift insoweit nur subsidiär, wenn es den Gewerkschaften nicht gelingt, sich autonom zu verständigen.²⁹

§ 4a Abs. 2 Satz 2 TVG ordnet die Tarifeinheit nach dem betrieblichen Mehrheitsprinzip an, wenn kollidierende Tarifverträge vorliegen, und stellt mithin eine Abkehr vom lange von der Rspr. praktizierten Spezialitätsprinzip auch für Fälle der Tarifkonkurrenz dar. Der von der Gewerkschaft mit dem höchsten Mitgliederbestand im Betrieb geschlossene Tarifvertrag soll folglich alle anderen Tarifverträge verdrängen, die sich auf dieselbe Personengruppe beziehen. Der maßgebliche Zeitpunkt der Mehrheitsbetrachtung ist in § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG ausdrücklich als der Abschlusszeitpunkt des letzten der kollidierenden Tarifverträge bestimmt. Kommt es erst später zu einer Kollision, ist gem. § 4a Abs. 2 Satz 3 TVG dieser spätere Zeitpunkt entscheidend.

Der Bezugspunkt für die Mehrheitsermittlung ist gem. § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG der Betrieb im Sinne einer Solidargemeinschaft.³⁰ Ein neuer (weiterer) Betriebsbegriff kann damit aber nicht gemeint sein. Es wird für die Mehrheitsermittlung nicht auf einzelne Beschäftigtengruppen abgestellt, selbst wenn diese klar abgrenzbar sind. Eine Auflösung nach dem Mehrheitsprinzip innerhalb der einzelnen Berufsgruppen hätte näher gelegen und hätte zu sachgerechteren Lösungen geführt. Die Herangehensweise des Gesetzgebers benachteiligt Gewerkschaften, die spezialisierte Berufsgruppen vertreten, die im Betrieb naturgemäß eine kleinere Gruppe bilden und damit letztlich diese Berufsgruppen.³¹ Faktisch sind daher die Gewerkschaften im Vorteil, die Mitarbeiter in den unteren

Lohngruppen vertreten, stellen sie doch i.d.R. die größere Gruppe dar.

Mit Urteil vom 11.07.2017³² entschied das BVerfG in der Hauptsache über mehrere Verfassungsbeschwerden insb. kleinerer (Sparten-)Gewerkschaften. Das BVerfG hält – mit zahlreichen Verrenkungen³³ – das TEG in wesentlichen Teilen für verfassungsgemäß, jedoch nur unter Vornahme einer sehr weitgehenden, verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung der gesetzlichen Regelungen.³⁴ Das BVerfG hat im Zuge der verfassungskonformen Auslegung des TEG klargestellt, dass Tarifverträge auch dann geschlossen werden können, wenn diese anschließend aufgrund der Kollisionsregelung des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG verdrängt werden. Es sei jedoch mit Art. 9 Abs. 3 GG insoweit unvereinbar, „als die angegriffenen Regelungen keine Schutzvorkehrungen gegen eine einseitige Vernachlässigung der Angehörigen einzelner Berufsgruppen oder Branchen durch die jeweilige Mehrheitsgewerkschaft vorsehen“.³⁵ Das Streikrecht – so das BVerfG – werde durch das TEG nicht betroffen. Ein Streik werde insb. nicht dadurch unverhältnismäßig, dass der erkämpfte Tarifvertrag gem. § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG verdrängt werden könnte. Das ergebe sich schon daraus, dass die Kollisionsregel des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG ebenso wie der Anspruch auf Nachzeichnung in § 4a Abs. 4 TVG den Abschluss eines weiteren Tarifvertrags voraussetze.³⁶ Für den Sonderfall der Tarifverträge gem. § 3 Abs. 2 TVG sieht das Urteil des BVerfG keine abweichenden Einschätzungen vor.

3. Das TEG in Bezug auf Zuordnungstarifverträge

Der Gesetzgeber hat sich mit der Regelung des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG für eine Auflösung von Tarifkollisionen nach dem Mehrheitsprinzip entschieden. Durch § 4a Abs. 3 TVG wird klargestellt, dass das Verdrängungsprinzip gem. § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG auch für Tarifverträge gem. § 3 Abs. 1 BetrVG gilt.³⁷ Eine solche Verdrängung setzt aber für Tarifverträge gem. § 3 Abs. 1 BetrVG nur ein, wenn dieselbe betriebsverfassungsrechtliche Frage geregelt ist.³⁸ Der gesetzgeberische Ansatz entspricht damit zumindest insoweit noch der Rspr. des BAG,³⁹ als es für § 3 Abs. 1 BetrVG nicht erforderlich ist, dass alle tarifzuständigen, tariffähigen Gewerkschaften Vertragspartner eines solchen Tarifvertrags sein müssen. Ferner hat der Gesetzgeber klargestellt (unter Heranziehung der Sichtweise des BVerfG), dass es mehrere Tarifverträge geben kann. Das BetrVG macht die Verhandlungen und den Abschluss eines Tarifvertrags nicht von einer Initiative des Arbeitgebers abhängig. Auch die Gewerkschaft kann folglich an den/die Arbeitgeber herantreten, mit dem Ziel, von der gesetzlichen Regelung abweichende Betriebsratsstrukturen zu etablieren. Das BAG bejaht darüber hinaus sogar ein Streikrecht um

26 Friese, ZfA 2003 S. 237 (275).

27 Thüsing, ZIP 2003 S. 693 (700); Friese, ZfA 2003 S. 237 (275); Schmiege, a.a.O. (Fn. 4), S. 158.

28 So etwa Jacobs, a.a.O. (Fn. 13), S. 310; Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 362; Konzen, RdA 2001 S. 86; Plander, NZA 2002 S. 483 (486).

29 BT-Drucks. 18/4062 S. 12.

30 BT-Drucks. 18/4062 S. 13.

31 Siehe bspw. Ewer, NJW 2015 S. 2230.

32 BVerfG vom 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, RS1253904 u. RS1272528 = NZA 2017 S. 915.

33 Ablehnend daher die Richter Paulus und Baer in ihrem Sondervotum, RS1253904 = NZA 2017 S. 915 (927 ff.).

34 BVerfG vom 11.07.2017, a.a.O. (Fn. 32).

35 BVerfG vom 11.07.2017, a.a.O. (Fn. 32), Rn. 200 ff.

36 BVerfG vom 11.07.2017, a.a.O. (Fn. 32), Rn. 140; die Ironie, dass es gerade das Streikrecht war, das den Gesetzgeber auf den Plan gerufen hat (man denke an die Diskussion um die Streiks der Lokführer), soll hier nicht weiter kommentiert werden.

37 Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 14.

38 Das BVerfG lässt diese Regelung unbeanstandet, s. BVerfG vom 11.07.2017, a.a.O. (Fn. 32), Rn. 183.

39 BAG vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 3).

einen Zuordnungstarifvertrag.⁴⁰ In der Literatur wird diese Sichtweise geteilt,⁴¹ aber wohl überwiegend zu Recht abgelehnt.⁴² Zur Frage des Streikrechts enthält das TEG gar keine Regelungen.

Nicht durch das TEG beantwortet ist die Frage, ob die Gewerkschaften im Betrieb vertreten sein müssen. Das BAG geht von einem solchen Erfordernis aus.⁴³ Durch das TEG hat diese Sichtweise weder eine Bestätigung noch einen Widerspruch erfahren. Alleine die Regelung zur Auflösung einer Kollision klärt diesen Aspekt nicht. Wenn zwei Gewerkschaften ohne Mitglieder im Betrieb Zuordnungstarife schließen, hätte dies zwar zur Folge, dass eine Auflösung der Kollision nicht nach dem Mehrheitsprinzip möglich wäre. Eine weitergehende Folge knüpft das Gesetz hieran aber nicht. Man wird jedoch davon ausgehen können, dass ein Vertretensein der tarifschließenden Gewerkschaft im Betrieb weiterhin erforderlich ist, da dies Voraussetzung ist für die Kenntnis der bestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Organisation sowie der mitbestimmungsrechtlich relevanten Entscheidungsabläufe.⁴⁴

Zur Auflösung einer so denkbaren Kollision zweier (oder mehrerer) Tarifverträge verweist § 4a Abs. 3 auf § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG. Der Zuordnungstarifvertrag derjenigen Gewerkschaft mit den meisten Mitgliedern im Betrieb verdrängt die anderen Zuordnungstarifverträge. Bereits diese tradierte Sichtweise hat Kritik erfahren, die sich ohne Weiteres auf die neue gesetzliche Regelung übertragen lässt. Das TEG wird den Meinungsstreit nicht auflösen. So handelt es sich bei einem Tarifvertrag gem. § 3 Abs. 1 BetrVG um einen solchen gem. § 3 Abs. 2 TVG. Für solche Tarifverträge zu betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen kommt es indessen auf die Tarifbindung der Arbeitnehmer nicht an.⁴⁵ Allerdings ist nicht zu verkennen, dass Lösungen wie etwa das Günstigkeits-, Spezialitäts- oder Sachnäheprinzip bei Zuordnungstarifverträgen (ebenfalls) zu erheblichen Anwendungsschwierigkeiten führen. Auch die Unwirksamkeit beider Tarifverträge im Fall der Konkurrenz oder das Günstigkeitsprinzip sind nach wie vor nicht überzeugend. Naheliegend ist daher in der Tat eine Auflösung nach dem Mehrheitsprinzip, da es schlichtweg eines Anknüpfungspunkts bedarf und die Anknüpfung an die Mitgliederzahl eine in der Praxis einfachere Handhabung und Rechtssicherheit verspricht.⁴⁶ Zudem widerspricht sich diese Sichtweise auch nicht mit der zutreffenden Auffassung des BAG zum Erfordernis des Vertretenseins einer Gewerkschaft im Betrieb, Tarifverträge gem. § 3 BetrVG abschließen zu können.⁴⁷ Zwar liegt in der Bejahung dieses Erfordernisses und der Ablehnung des Mehrheitsprinzips kein dogmatischer Widerspruch.⁴⁸ Doch lässt sich mit einer Bejahung des Erfordernisses

des Vertretenseins das Mehrheitsprinzip als Konfliktlösung als sinnvollster Weg begründen.⁴⁹

Nicht geklärt ist durch das TEG auch die Frage des Bezugspunkts zur Ermittlung der Mehrheitsverhältnisse. Zwar ist auf die Mehrheitsverhältnisse im Betrieb abzustellen.⁵⁰ Das kann aber zum einen die neu zu bildende Einheit, zum anderen der gesetzlich vorgesehene Betrieb sein. Die angestrebte künftige Einheit kann nicht der Maßstab sein. Ziel des § 3 Abs. 1 BetrVG ist es, die Bildung von Betriebsräten zu erleichtern bzw. eine sachgerechtere Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer zu erreichen. Das Ziel ist nicht, Gewerkschaften die Sicherung von Mehrheiten zu erleichtern. Die Mehrheitsverhältnisse können je nach Modell der künftigen Struktur unterschiedlich ausfallen. Richtigerweise ist auf alle Betriebe abzustellen, die von einem Tarifvertrag gem. § 3 BetrVG mittelbar und unmittelbar betroffen sind.⁵¹ Damit korrespondiert auch die Rspr. des BAG, wonach bei einer Zusammenfassung von Betrieben aufgrund eines Tarifvertrags die betriebsverfassungsrechtliche Identität nicht verloren geht.⁵²

Für die Klärung der Frage, welche Gewerkschaft im Betrieb die meisten Mitglieder hat, sieht nun § 99 ArbGG ein gerichtliches Prozedere im Beschlussverfahren (§ 2a Abs. 1 Nr. 6 ArbGG) vor. Da die Auflösung erst mit der Rechtskraft des Beschlusses eintritt, muss bis zu dieser Entscheidung als Zwischenlösung pragmatischerweise der zuerst abgeschlossene Tarifvertrag gelten.⁵³ Eine Betriebsratswahl bei Streit über die Wirksamkeit von Tarifverträgen nach § 3 BetrVG wäre in der Regel auch bei einer Verkenning des Betriebsbegriffs nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Einer einstweiligen Verfügung auf Abbruch der Wahl aus diesem Grund wird regelmäßig der Verfügungsanspruch fehlen.⁵⁴

IV. Kritik und Folgerungen

Die Kritik an der Anwendung des Mehrheitsprinzips auf Tarifverträge gem. § 3 Abs. 2 TVG im Allgemeinen und § 3 BetrVG im Besonderen wird anhalten. Es verbleibt die dogmatische Unstimmigkeit, auf die Mehrheitsverhältnisse der Arbeitnehmer im Betrieb abzustellen, wenn es für Betriebsnormen nach § 3 Abs. 2 TVG auf die Tarifbindung der Arbeitnehmer gerade nicht ankommt. Auch unter Heranziehung der vom BVerfG für erforderlich gehaltenen verfassungskonformen Auslegungserfordernisse wird sich diese Kritik nicht ausräumen lassen, da diese das gezeigte Problem gar nicht berühren.

Die aufgezeigten dogmatischen Bedenken und Widersprüche ließen sich am ehesten mit einer ausdrücklichen klarstellenden Regelung des Gesetzgebers lösen. So könnte etwa eine Ausnahmeregelung vorgesehen werden, wonach es für Zuordnungstarifverträge gem. § 3 Abs. 1 BetrVG, obwohl es sich eigentlich um Betriebsnormen nach § 3 Abs. 2 TVG handelt, für die Auflösung einer Tarifkollision eben doch auf die Tarifbindung der Arbeitnehmer ankommt. Jedenfalls wäre so die dogmatische Ableitbarkeit des Mehrheitsprinzips möglich. Dass der Gesetzgeber hier tatsächlich reagiert, ist eher unwahrscheinlich.

40 BAG vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 3).

41 Richardi, a.a.O. (Fn. 4), § 3 BetrVG Rn. 39; Konzen, RdA 2001 S. 76 (86); Reichold, NZA 2001 S. 857 (859).

42 Friese, ZfA 2003 S. 237 (269 f.); Dzida, NZA 2010 S. 80 (82); Thüsing, ZIP 2003 S. 693 (697, 701); Franzen, in: GK-BetrVG, § 3 Rn. 32; Fitting, § 3 BetrVG Rn. 20; Rose, in: Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai (Hrsg.), § 3 BetrVG Rn. 19.

43 Siehe unter III.

44 Siehe unter III.

45 Annuß, NZA 2002 S. 290 (293); Schmiede, a.a.O. (Fn. 4), S. 157.

46 Heinkel, Die betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit als Gegenstand kollektiver Rechtsetzung, S. 225.

47 Siehe unter III.

48 A.A. Schmiede, a.a.O. (Fn. 4), S. 157.

49 So auch Wendeling-Schröder, NZA 2015 S. 525 (527).

50 Siehe unter III. 2.

51 So wohl auch Rieble, RWS-Forum Arbeitsrecht 2001, S. 25 (42).

52 BAG vom 07.06.2011 – 1 ABR 110/09, DB 2011 S. 2498; BAG vom 18.03.2008 – 1 ABR 3/07, DB 2009 S. 795; LAG Düsseldorf vom 19.06.2018 – 3 TaBV 27/18, RS1280151.

53 Koch, in: ErfK, § 3 TVG Rn. 2a.

54 LAG Düsseldorf vom 02.05.2018 – 12 TaBVGa 3/18, RS1273939; Grambow, DB 2018 S. 1931.