



AKTUELLE HERAUS-
FORDERUNGEN IM
SOZIAL- UND ARBEITS-
RECHT

Dritte rechtspolitische Gespräche
zum Sozial- und Arbeitsrecht

Ralf Thomas Baus | Günter Krings (Hrsg.)

I
M

P
L
E
N
U
M



ISBN 978-3-942775-68-7

www.kas.de

Bei den hier abgedruckten Beiträgen handelt es sich um die überarbeiteten Vorträge der dritten Rechtspolitischen Gespräche zum Sozial- und Arbeitsrecht am 9. und 10. Juni 2011 in Berlin sowie um zwei ergänzte Texte.

REDAKTION

Tobias Montag
Dr. Katja Gelinsky LL.M.



Das Werk ist in allen seinen Teilen urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung ist ohne Zustimmung der Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung in und Verarbeitung durch elektronische Systeme.

© 2012, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Sankt Augustin/Berlin
Druck: Druckerei Franz Paffenholz GmbH, Bornheim.
Gestaltung: SWITSCH Kommunikationsdesign, Köln.
Printed in Germany.
Gedruckt mit finanzieller Unterstützung der Bundesrepublik Deutschland.

ISBN 978-3-942775-68-7

INHALT

5 | VORWORT

7 | ZUKUNFT DER TARIFEINHEIT

9 | FOLGEN DER GEÄNDERTEN RECHTSPRECHUNG ZUR
TARIFEINHEIT FÜR DIE GESETZGEBUNG

Martin Henssler

45 | SMALL IS BEAUTIFUL?
ANMERKUNGEN ZUR TARIFEINHEIT AUS
CHRISTLICH-SOZIALER SICHT

Regina Görner

55 | RETTET DIE KOALITIONSFREIHEIT!
FÜR GEWERKSCHAFTLICHE PLURALITÄT UND
TARIFAUTONOMIE

Rudolf Henke | Armin Ehl

65 | TARIFFREIHEIT MUSS TARIFPLURALITÄT AUSHALTEN

Günter Krings

73 | EUROPÄISIERUNG DES RECHTS: EIN SPANNUNGSFELD

75 | SPANNUNGSVERHÄLTNIS ZWISCHEN EUROPÄISCHEM
UND NATIONALEM RECHT?

Gerd Hoofe

87 | URLAUBSRECHTSPRECHUNG DES EUGH
KONSEQUENZEN FÜR DAS DEUTSCHE RECHT

Alexander Dubon

95 | SOZIALRECHT AUF DEM PRÜFSTAND

97 | „PFLEGE-TÜV“

KRITERIEN UND ZULÄSSIGKEIT

Gabriele Comos-Aldejohann

109 | KOSTEN DER UNTERKUNFT NACH DEM SATZUNGSMODELL

Steffen Luik

127 | AUTOREN UND HERAUSGEBER

128 | ANSPRECHPARTNER IN DER KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG

VORWORT

Zum dritten Mal trafen sich auf Einladung der Konrad-Adenauer-Stiftung am 9. und 10. Juni 2011 in Berlin Fachrichter, Fachpolitiker, Regierungsbeamte, Verbandsvertreter und Rechtswissenschaftler zu den Rechtspolitischen Gesprächen zum Sozial- und Arbeitsrecht. Die charakteristische Vielfalt beider für die Gestaltung der gesellschaftlichen Ordnung so wichtigen, aber zuweilen unterschätzten Rechtsgebiete spiegelte sich auch im Tagungsprogramm wider. Einen Schwerpunkt bildete die Debatte über Tarifeinheit und Koalitionsfreiheit. Welcher Weg beschritten werden sollte, nachdem das Bundesarbeitsgericht seine Rechtsprechung zum Grundsatz der Tarifeinheit aufgab – ob der Gesetzgeber tätig werden sollte und wenn ja, mit welchen Regelungen – darüber gingen die Ansichten weit auseinander, wie die Beiträge von Rudolf Henke MdB, 1. Vorsitzender des Marburger Bundes Bundesverband, Armin Ehl, Hauptgeschäftsführer des Marburger Bundes Bundesverband, Regina Görner, geschäftsführendes Mitglied des Bundesvorstands der IG Metall und Mitglied des Bundesvorstands der CDU, Professor Dr. Martin Henssler, geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, und Professor Dr. Günter Krings MdB, stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion dokumentieren.

Ziel der Rechtspolitischen Gespräche zum Sozial- und Arbeitsrecht ist es, die Praxistauglichkeit gesetzlicher Neuregelungen kritisch zu hinterfragen. In diesem Jahr geschah dies durch Analysen von zwei sozialrechtlichen Reformen. Einen grundsätzlich vielversprechenden, wenngleich anspruchsvollen Weg sieht Dr. Steffen Luik, Richter am Sozialgericht Ulm, in der Einführung der Satzungslösung zur Ermittlung der Angemessenheit der Bedarfe für Unterkunft und Heizung von Personen, die Arbeitslosengeld II beziehen. Kritisch bewertet Gabriele Comos-Aldejohann, Richterin am Sozialgericht Münster, die Einführung des „PflegetÜV“. Ob dieses Kontrollinstrument tatsächlich die erforderliche Transparenz für Bürger schaffe, die sich über Pflegeeinrichtungen

informieren wollten, sei vor allem deshalb fraglich, da es bislang an wissenschaftlich abgesicherten Kriterien zur Messung der Pflegequalität in Einrichtungen zur ambulanten und stationären Pflege alter und behinderter Menschen fehle.

Eine prominente Rolle spielte auf der Tagung auch die Auseinandersetzung mit EU-Recht. Vermeintliche und tatsächliche Spannungsverhältnisse zwischen europäischem und nationalem Arbeitsrecht analysierte Gerd Hoofe, beamteter Staatssekretär beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales, in seiner Dinner Speech. Vertiefend untersuchte Alexander Dubon, Richter am Arbeitsgericht in Würzburg, die Folgen, die die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Urlaubsrecht hierzulande hat. Mit dem europäischen Einfluss wachsen die Herausforderungen für die deutschen Gerichte und den deutschen Gesetzgeber – umso wichtiger ist es, den Austausch zwischen Fachrichtern und Fachpolitikern im Interesse eines praxistauglichen Arbeits- und Sozialrechts zu fördern und zu intensivieren.

Herzlich bedanken möchten wir uns an dieser Stelle bei allen Autorinnen und Autoren für die Mühe, ihre Beiträge zu verschriftlichen. Unser besonderer Dank gilt ferner auch Dr. Elke Roos, Richterin am Bundessozialgericht, Professor Dr. Rainer Schlegel, Leiter der Abteilung III – Arbeitsrecht, Arbeitsschutz – im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, sowie Joachim Vetter, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Nürnberg. Mit ihren Ideen und Vorschlägen haben sie wichtige Impulse für die Tagung gegeben.

Wir wünschen allen Leserinnen und Lesern eine anregende Lektüre.

Berlin, im Januar 2012

*Dr. Ralf Thomas Baus
Leiter Team Innenpolitik
Hauptabteilung Politik und Beratung*

*Professor Dr. Günter Krings MdB
Stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion*

ZUKUNFT DER TARIFEINHEIT

FOLGEN DER GEÄNDERTEN RECHTSPRECHUNG ZUR TARIFEINHEIT FÜR DIE GESETZGEBUNG¹

Martin Henssler

I. EINLEITUNG

Die von Wissenschaft und Praxis seit langem erwartete Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit ist im Juli 2010 quasi nach Ansage erfolgt, nachdem sich die Richter des Vierten Senats des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zuvor schon mehrfach kritisch gegenüber der älteren Senatsrechtsprechung geäußert hatten. Die nach der Divergenzanfrage² an den Zehnten Senat³ ergangene Entscheidung⁴ war damit keine Überraschung. In den letzten Jahren hat es denn auch nicht an Überlegungen gefehlt, wie denn die Folgen einer Aufgabe des Postulats „Ein Betrieb, ein Tarif“ sachgerecht zu bewältigen wären: Aufsätze, Dissertationen, ja sogar Habilitationsschriften wurden verfasst, Tagungen veranstaltet. Gleichwohl sieht sich die Praxis heute nur unzureichend auf die neuen Herausforderungen vorbereitet. Zweifel und Unsicherheit sind verbreitet – auch beim Gesetzgeber.

Der Grund liegt in der Vielfalt der individuellen, häufig durch Sonderinteressen geprägten Vorschläge, ein Konsens ist nicht einmal annäherungsweise erkennbar. Das gilt besonders für die arbeitskampfrechtlichen Folgen. Bedarf es einer

gesetzlichen Regelung? Lassen sich permanente Tarifaueinandersetzungen schon nach geltendem Recht sachgerecht vermeiden? Schon hierüber gehen die Meinungen weit auseinander. Ingrid Schmidt, die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts, antwortete der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* auf die Frage, ob künftig Dauerstreiks zu befürchten seien: „Wo sollen die denn auf einmal herkommen?“⁵ Selbst der Sachverständigenrat mahnt in seinem Jahresgutachten Zurückhaltung bei Gesetzesänderungen an.⁶ Geteilt sind erst recht die Meinungen, wie eine gesetzliche Regelung aussehen sollte. Hier treffen völlig disparate Vorstellungen aufeinander, die von der gesetzlichen Beibehaltung des Status quo über verschiedene verfahrensrechtliche Lösungsvorschläge bis hin zu Regelungen reichen, die den Berufsverbandsgewerkschaften deutlich größere Betätigungsmöglichkeiten eröffnen.

Unsere Bundeskanzlerin, Frau Merkel, hatte sich auf dem Arbeitgebertag im November 2010 nicht nur zur Regelungsnotwendigkeit bekannt, sondern versprochen, bis Ende Januar 2011 eine Antwort zu geben.⁷ Herr Steinmeier⁸ sprach gar von einem skandalösen Versäumnis der Regierungskoalition, weil sie die Tarifeinheit im Betrieb nicht wiederhergestellt hat. Nachdem der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) den zunächst mit der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) erzielten Konsens über eine gesetzliche Regelung der Tarifeinheit⁹ aufgekündigt hat,¹⁰ sind die Reformüberlegungen allerdings blockiert. Der politische Wille, zügig eine gesetzliche Regelung zu verabschieden, ist nahezu vollständig erlahmt. Es zeigt sich erneut, wie schon bei der Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts, dass ohne einen Konsens der Sozialpartner in Deutschland derzeit grundsätzliche Fragen des Arbeitsrechts nicht regelbar sind. Der folgende Beitrag will nicht nur deutlich machen, dass eine gesetzliche Regelung notwendig ist, sondern auch aufzeigen, wie eine solche Regelung aussehen könnte.

II. DIE AUFLÖSUNG VON TARIFKONKURRENZ UND TARIFPLURALITÄT

Ausgangspunkt aller Überlegungen zur betrieblichen Geltung mehrerer Tarifverträge ist die nicht nur terminologisch bedeutsame Differenzierung zwischen *Tarifkonkurrenz* und *Tarifpluralität*. Die *Tarifpluralität* ist dadurch gekennzeichnet, dass innerhalb *eines Betriebs* mehrere Tarifverträge nebeneinander gelten, ohne dass sie auf alle betroffenen Arbeitsverhältnisse gleichzeitig anwendbar sind.¹¹

1. Tarifkonkurrenzen

Eine *Tarifkonkurrenz* liegt dagegen vor, wenn identische Regelungsbereiche¹² in mehr als einem anwendbaren Tarifvertrag angesprochen werden und diese Tarifverträge *dasselbe Arbeitsverhältnis* erfassen.¹³ *Tarifkonkurrenzen* müssen – anders als *Tarifpluralitäten* – zwingend aufgelöst werden, bedürfen daher einer eigenständigen Beurteilung. Mehrere sich widersprechende Regelungen können nicht gleichzeitig anwendbar sein. Der vom BAG herangezogene *Spezialitätsgrundsatz* hat als Auflösungsmechanismus insoweit eine gewisse Berechtigung, auch wenn Schwierigkeiten verbleiben, weil häufig die miteinander in Konkurrenz stehenden Tarifverträge unter einzelnen Gesichtspunkten spezieller und unter anderen genereller sind.¹⁴ Das BAG hat den Anwendungsbereich des Spezialitätsprinzips eingeschränkt und für die Konkurrenz zwischen einem per Bezugnahme klausel anwendbaren Tarifvertrag und einem normativ geltenden Tarif unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung auf das Günstigkeitsprinzip rekurriert. Nicht abschließend geklärt sind die Folgen einer gleichzeitigen Mitgliedschaft eines Arbeitnehmers in mehreren Gewerkschaften, einer Konstellation, in der im Betrieb Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität aufeinandertreffen. Hier sollte das „Prioritätsprinzip“ herangezogen werden: Da die spätere Mitgliedschaft aus Sicht beider Satzungen unzulässig ist, ist die erste Mitgliedschaft „stärker“ legitimiert, so dass der aus ihr hergeleiteten normativen Bindung der Vorrang gebührt.¹⁵

2. Tarifpluralitäten

Tarifpluralitäten im Betrieb sind demgegenüber mit der neuen BAG-Rechtsprechung¹⁶ grundsätzlich hinzunehmen. Zu einer Kollision von Tarifverträgen, die von unterschiedlichen DGB-Gewerkschaften abgeschlossen wurden, darf es ohnehin schon nach der DGB-Satzung aufgrund des dort verankerten Grundsatzes „Ein Betrieb, eine Gewerkschaft“ nicht kommen.¹⁷ Im Streitfall entscheidet über die Organisationsabgrenzung gemäß § 16 der DGB-Satzung ein DGB-Schiedsgericht. Aber auch bei einer Pluralität von Tarifverträgen, die mit nicht unter dem Dach des DGB vereinten Gewerkschaften geschlossen sind, kommt es zu keiner Verdrängung von Tarifverträgen.¹⁸

Der Zwang zur Tarifeinheit ist schon einfach-rechtlich nicht haltbar, da die ersatzlose Beseitigung von Tarifverträgen, für die eine kongruente Tarifbindung besteht, den §§ 3 Abs. 1, 2, 4 Abs. 1 TVG widerspricht. Das Nebeneinander von Tarifverträgen, die mit einer im DGB und einer im Christlichen Gewerkschaftsbund (CGB) organisierten Vereinigung geschlossen wurden, ist also zu tolerieren.¹⁹ Das gilt auch für die Konkurrenz eines Verbandstarifs mit der Industriegewerkschaft Metall (IG Metall) und eines Firmentarifs der CGM. Der aus der Gesetzgebungslehre stammende Spezialitätsgrundsatz eignet sich nur zur Auflösung einer Konkurrenz von Normen, die von derselben Normsetzungsinstanz verabschiedet wurden. Mit dieser Erkenntnis erübrigt sich weitgehend auch der tiefere Grund für den unnötigen Streit um die Tariffähigkeit der großen Christlichen Gewerkschaften, wie der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM).²⁰

Die Grunderkenntnis lautet damit: Die Tarifpluralität ist kein Problem des Tarifrechts, sondern allein des Arbeitskämpfrechts. Die außerhalb des Arbeitskämpfrechts liegenden Argumente, die bis heute gegen die Tarifpluralität angeführt werden, lassen sich sämtlich entkräften.

a) Schon bislang anerkannte Tarifpluralitäten

Der beste Beweis dafür, dass Tarifpluralitäten die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems nicht in Frage stellen, kann dem Umstand entnommen werden, dass sie in vielen Bereichen seit vielen Jahren unbeanstandet praktiziert werden. Das BAG hatte schon in der Vergangenheit das strikte Verständnis der Tarifeinheit gelockert, ohne dass es dadurch zu Belastungen des Tarifsystems gekommen wäre.

So sollte der Grundsatz der Tarifeinheit schon der bisherigen Rechtsprechung des BAG zufolge bei dem Nebeneinander zwischen einem nach § 4 Abs. 5 TVG nachwirkenden Tarif und einem nach § 3 Abs. 1 TVG geltenden Tarifvertrag nicht zur Anwendung kommen. Es liege keine Tarifpluralität vor, weshalb der mitgliedschaftlich legitimierte Tarif – etwa derjenige mit der CGM – gegenüber dem nachwirkenden einer DGB-Gewerkschaft keine verdrängende Wirkung habe.²¹ Dass ein nur nachwirkender Tarif eine stärkere Wirkung entfalten sollte als ein unmittelbar und zwingend geltender Tarif, war aber ganz offensichtlich widersprüchlich und sachlich nicht begründbar.

Auch im Fall eines Betriebsübergangs konnte es schon bislang zur Anwendung mehrerer Tarifsysteme in einem Betrieb kommen.²² Der Betriebserwerber hat unter Umständen seinen Altarbeitnehmern die für sie normativ geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen zu gewähren, den anderweitig organisierten Neuarbeitnehmern die bisher normativ geltenden Konditionen und den Außenseitern je nach Bezugnahme Klausel eventuell ein weiteres tarifliches Regelungsgefüge. Die Regelung in den Sätzen 2 bis 4 des § 613a Abs. 1 BGB wird als „gesetzliche Ausnahme“ vom Grundsatz der Tarifeinheit eingestuft.²³

Keine Anwendung fand das Tarifeinheitsprinzip ferner im gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen wegen der rechtlichen Selbständigkeit der Trägerunternehmen²⁴ und im Anwendungsbereich allgemeinverbindlicher Tarife gemäß § 1 Abs. 1 AEntG a.F. Im letztgenannten Fall soll die Konkurrenz mit einem Firmentarifvertrag nicht über das Spezialitätsprinzip, sondern über den Anwendungsvorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags aufgelöst werden.²⁵

Zum wohl bedeutsamsten Ausnahmefall wurde in den letzten Jahren derjenige der „gewillkürten Tarifpluralität“ entwickelt, bei der die Geltungsbereiche mehrerer Tarifverträge aufeinander abgestimmt sind.²⁶ Was genau unter gewillkürter Tarifpluralität zu verstehen ist, ist freilich bislang recht diffus geblieben. Fallen darunter nur jene Fälle, in denen sämtliche Beteiligten die verschiedenen Tarifverträge koordiniert haben oder werden hiervon alle Konstellationen erfasst, in denen ein Arbeitgeber freiwillig²⁷ mit mehreren Gewerkschaften kontrahiert hat? BDA und DGB wollten in ihrem – vom DGB inzwischen aufgegebenen²⁸ – Gesetzesentwurf darunter nur solche Konstellationen verstehen, in denen sich in mehrseitigen Absprachen verschiedene Tarifparteien darauf verständigen, in einem Betrieb unterschiedliche Tarifverträge für unterschiedliche Arbeitnehmergruppen zur Anwendung zu bringen (*vereinbarte Tarifpluralität*).²⁹ Gilt z. B. ein Entgelt-Tarifvertrag für einen bestimmten Teil der Belegschaft und ein weiterer Entgelt-Tarifvertrag für eine andere Arbeitnehmergruppe des Betriebs, ohne dass sich beide Arbeitnehmergruppen überschneiden, blieben danach beide Tarifverträge nebeneinander anwendbar.³⁰

Das BAG geht dagegen von einem weiten Verständnis der gewillkürten Tarifpluralität aus, hat es doch von ihr auch im Fall der Deutschen British Airways (Deutsche BA) gesprochen, die mit der Vereinigung Cockpit e.V.

(VC) einerseits und mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) andererseits unterschiedliche, gerade nicht auf-einander abgestimmte Firmentarifverträge abgeschlossen hatte.³¹ Denkt man dies zu Ende, dann gab es den *tariflichen* Grundsatz der Tarifeinheit genau genommen bei Tarifpluralitäten schon bislang nur in wenigen Sonderfällen: Immer dann, wenn die Arbeitgeberseite – sei es nun der einzelne Arbeitgeber oder aber der Arbeitgeberverband – mehrere Tarifverträge mit unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossen hatte, war von gewillkürter Tarifpluralität auszugehen. Bei Tarifpluralitäten, die durch Verbandswechsel, Nebeneinander von Verbands- und Firmentarifvertrag oder mehreren Firmentarifverträgen, Mitgliedschaft in mehreren Verbänden, Verschmelzungen oder Betriebsübergänge begründet waren, war der Tarifeinheitsgrundsatz von vornherein nicht anwendbar.

Schließt der Arbeitgeber somit einen Firmentarif einerseits mit der CGM und andererseits mit der IG Metall, liegt eine gewillkürte Tarifpluralität vor. Folgerichtig muss aus der Arbeitgeberperspektive auch der Abschluss eines durch Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband legitimierten Verbandstarifs mit der IG Metall einerseits und der parallele Abschluss des Firmentarifs mit der CGM andererseits als Fall einer gewillkürten Tarifpluralität qualifiziert werden. Beide Tarifverträge werden nämlich durch Willenserklärungen des Arbeitgebers legitimiert und gelten daher „gewillkürt“ aufgrund rechtsgeschäftlicher Erklärungen des Arbeitgebers nebeneinander. Für die Verdrängung eines Tarifvertrags besteht aus Arbeitgebersicht kein Anlass. Aus Gewerkschaftssicht gilt ohnehin, dass eine Gewerkschaft nach deutschem Tarifrecht von vornherein nur erwarten kann, dass ihre Mitglieder von dem ausgehandelten Tarifvertrag erfasst werden, nicht aber, dass ihr Tarifvertrag der einzige im Betrieb bleibt.

b) Unbedenklichkeit von Tarifpluralitäten

Damit bestätigt sich die aufgestellte These: Aus tarifrechtlicher Sicht sind Tarifpluralitäten zu akzeptieren. Auf Seiten des Arbeitgebers ist die parallele Geltung jeweils entweder durch den direkten Abschluss mit verschiedenen Gewerkschaften oder aber durch die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband legitimiert. Schutzwürdige Belange, welche die Verdrängung eines Tarifvertrags erzwingen würden, sind nicht ersichtlich. Für einen Anwendungsnachrang eines der Tarifverträge trotz kongruenter Tarifbindung der Vertragsparteien besteht demnach kein Anlass.

Insofern können all jene aktuellen Regelungsvorschläge nicht überzeugen, die – wie der vom DGB inzwischen aufgegebene³² Entwurf von DGB und BDA,³³ aber auch derjenige der Professorengruppe³⁴ – versuchen, bereits auf der Ebene des Tarifrechts die Geltung mehrerer Tarifverträge für unterschiedliche Arbeitsverhältnisse zu verhindern. Im Zeitalter der EDV-Technik darf es kein unlösbares Problem sein, neben einem mit der IG Metall geschlossenen Verbandstarif für die kongruent gebundenen IG Metall-Mitglieder für die Belegschaftsangehörigen mit einer CGM-Mitgliedschaft den mit der CGM geschlossenen Firmentarifvertrag anzuwenden oder aber neben einem Tarifvertrag der Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft (EVG) den mit der Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) geschlossenen Tarif. Die in der jeweils kleineren Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer müssen sich gegenüber dem Arbeitgeber schlicht auf ihre Gewerkschaftszugehörigkeit berufen, wenn sie die für sie normativ geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen beanspruchen wollen. Da in Tarifverträgen kurze Verfallsklauseln zulässig sind, muss der Arbeitgeber auch keinen Forderungsrückstau befürchten.

Soweit im Professorenentwurf die schon tarifliche Verdrängung des nicht repräsentativen Tarifs mit dem Problem des Fragerechts und des Datenschutzes begründet wird, erscheint dies kaum nachvollziehbar. Schon das gesetzliche Konzept der kongruenten Tarifbindung, erst recht aber die Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln³⁵ zeigt, dass nach Abschluss des Arbeitsvertrags die Information des Arbeitgebers über eine Gewerkschaftsmitgliedschaft und die entsprechende Datenerhebung systemnotwendig ist.

Enthalten die Tarifverträge Regelungen zu *betrieblichen* und *betriebsverfassungsrechtlichen Fragen*, bei denen eine betriebseinheitliche Geltung gesetzlich durch § 3 Abs. 2 TVG vorgegeben ist,³⁶ kommt es zu einer Tarifkonkurrenz, die – wie eingangs erwähnt – auflösungsbedürftig ist. Hier drängt es sich schon *de lege lata* auf, denjenigen Tarifvertrag anzuwenden, der die meisten Arbeitnehmer im Betrieb repräsentiert und damit die breiteste Legitimationsbasis hat (Repräsentativitätsprinzip).³⁷ Einer gesetzlichen Regelung bedarf es hierfür nicht.

III. DIE AUSSAGE DES BUNDESARBEITSGERICHTS

1. Trennung von Tarifrrecht und Arbeitskampfrecht

Das BAG lehnt in seiner Grundsatzentscheidung vom 17. Juli 2010³⁸ zwar – weil nicht entscheidungserheblich – einen tarifrechtlichen Regelungsbedarf nicht ausdrücklich ab. Es geht aber zutreffend davon aus, dass die arbeitskampfrechtlichen Folgeprobleme die Entwicklung des Grundsatzes der Tarifeinheit als Gesetzesübersteigendes Richterrecht nicht rechtfertigen. So heißt es in der Entscheidung: „Unabhängig von der Frage, ob tatsächlich Anhaltspunkte für einen Funktionsverlust des Tarifvertragssystems aus den vorgebrachten Besorgnissen gefolgert werden können, handelt es sich hierbei um Rechtsfragen des Arbeitskampfrechts, nicht aber um solche des Tarifrechts zur Auflösung einer möglichen Tarifpluralität.“³⁹ Etwaige Rechtsfragen des Arbeitskampfrechts in Folge einer bestehenden Tarifpluralität seien in diesem Rechtsbereich zu lösen⁴⁰ und daher nicht geeignet, die Auflösung einer Tarifpluralität durch Verdrängung der Regelungen eines vollwirksamen Tarifvertrags nach dem Grundsatz der Tarifeinheit zu rechtfertigen.

2. Verfassungsrechtliche Argumentation

Das BAG stützt seine entsprechende These auch auf verfassungsrechtliche Erwägungen: Die Verdrängung eines von einer Gewerkschaft geschlossenen Tarifvertrags nach dem Grundsatz der Tarifeinheit stelle einen nicht gerechtfertigten Eingriff sowohl in die kollektive Koalitionsfreiheit der tarifschließenden Gewerkschaft als auch in die individuelle Koalitionsfreiheit des daran gebundenen Gewerkschaftsmitglieds dar. In der Tat lässt sich ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit nicht rechtfertigen, wenn die Anwendbarkeit mehrerer Tarifverträge im Betrieb auf entsprechende rechtsgeschäftliche Erklärungen des Arbeitgebers zurückzuführen ist. Zwar kann die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit, obwohl sie ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet ist, jedenfalls zum Schutz von Rechtsgütern und Gemeinwohlbelangen eingeschränkt werden, denen gleichermaßen verfassungsrechtlicher Rang gebührt.⁴¹ Die kollidierenden Verfassungsrechte sind in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.⁴² Die Grenzen zulässiger Beeinträchtigungen sind überschritten, soweit einschränkende Regelungen nicht zum Schutz anderer Rechtsgüter sachlich geboten sind.⁴³ Eingriffe in das

Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG können nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) beispielsweise auch bei einer Störung des Arbeitsablaufs und des Betriebsfriedens⁴⁴ oder zur Wahrung des Vertrauens in die Neutralität eines Personalrats⁴⁵ gerechtfertigt sein. Welche Sachgründe sollten es aber rechtfertigen, dass eine vom Arbeitgeber selbst gewollte oder jedenfalls durch Mitgliedschaft legitimierte Tarifpluralität durch Verdrängung eines Tarifvertrags aufgelöst und den betroffenen Gewerkschaftsmitgliedern ihr Schutz entzogen wird?

Raum für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen in die Betätigungsfreiheit der Koalitionen besteht damit nur auf der Ebene des Arbeitskampfrechts.

IV. DIE ARBEITSKÄMPFE IM TARIFPLURALEN BETRIEB DE LEGE LATA

Bevor man aus arbeitskampfrechtlicher Sicht den Ruf nach dem Gesetzgeber erhebt, bietet es sich an, zunächst nach Lösungsmöglichkeiten *de lege lata* zu suchen. Mit der Aufgabe des Tarifeinheitsprinzips steht auch so mancher von Doktrin und Praxis unter anderen Prämissen entwickelter arbeitskampfrechtlicher Grundsatz auf dem Prüfstand. Insbesondere lässt sich der Grundsatz der Einheit der Belegschaft nicht mehr aufrechterhalten.

1. Friedenspflicht

De lege lata beginnen die Probleme bei der Friedenspflicht. Die Friedenspflicht trifft als schuldrechtliche Verpflichtung aus dem Tarifvertrag nur die tarifschließende Gewerkschaft, nicht dagegen das einzelne Mitglied und erst recht nicht einen nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer eines von dem Tarifvertrag erfassten Betriebs.⁴⁶ Nach geltendem Recht kommt konstruktiv eine Erstreckung der Friedenspflicht weder auf andere Gewerkschaften noch auf deren Mitglieder in Betracht.⁴⁷ Will man daher die Friedenspflicht nach Abschluss eines Tarifvertrags auf Mitglieder anderer Gewerkschaften ausdehnen, bedarf es einer entsprechenden gesetzlichen Regelung, der ein völlig neuartiges dogmatisches Fundament der Friedenspflicht zu Grunde liegt.

2. Streikrecht der bereits tarifgebundenen Andersorganisierten

Da nur von einer tariffähigen Gewerkschaft geführte Streiks rechtmäßig sind, bot die geschilderte dogmatische Begrenzung der Friedenspflicht nach dem bisherigen Tarifmodell kaum Probleme. Sobald aber einer Gewerkschaft erlaubt wird, einen Tarifvertrag zu erkämpfen, der denselben fachlichen, räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich wie ein bereits bestehender Tarif umfassen soll, stellt sich die Frage nach der Beteiligung der Nicht- und Andersorganisierten. Sie wurde bislang durch den vom Großen Senat des BAG anerkannten arbeitskampfrechtlichen Grundsatz der „Einheit der Belegschaft“⁴⁸ beantwortet. Ebenso wie Außenseiter können danach auch Andersorganisierte in einen Arbeitskampf einbezogen werden, obwohl für sie ein anderer Tarifvertrag gemäß § 4 Abs. 1 TVG normativ zwingend gilt. Die Konstellation ist derjenigen bei einem Unterstützungstreik vergleichbar.⁴⁹

§ 5 Abs. 1 Satz 2 des Professorenentwurfs eines Arbeitskampfgesetzbuches wollte diese Beteiligungsmöglichkeit beschränken, wenn der umkämpfte Tarifvertrag einen Regelungsgegenstand enthält, der in einem für die betreffenden Arbeitnehmer verbindlichen Tarifvertrag bereits geregelt ist.⁵⁰ Berücksichtigt man, dass der Grundsatz der Einheit der Belegschaft seine Rechtfertigung aus dem Paritätsgedanken zieht, so bedarf seine Erstreckung auf Nicht- und Andersorganisierte der Rechtfertigung. Sie werden in das tarifliche Verhandlungsverfahren eingebunden, weil ihre Beteiligung aufgrund des begrenzten Organisationsgrads zur Durchsetzung des Tarifvertrags erforderlich ist. Diese Erwägung greift indes nicht, wenn bereits ein Tarifvertrag existiert, der für diesen Betrieb die Richtigkeitsgewähr beanspruchen kann. Die Rechtsprechung des BAG⁵¹ zur sozialen Mächtigkeit stellt sicher, dass nur Tarifverträge mit hinreichend durchsetzungsstarken Gewerkschaften ihre Wirksamkeit entfalten können. Weder die Möglichkeit eines Gewerkschaftswechsels noch die mittelbare Partizipation über eine Bezugnahme Klausel vermögen die Ausdehnung des Streikrechts trotz vorhandener Kollektivordnung zu rechtfertigen.⁵² Schon *de lege lata* ist daher das Streikrecht für bereits tarifgebundene Andersorganisierte entgegen dem Grundsatz der Einheit der Belegschaft einzuschränken.⁵³

Die Kehrseite der hier vertretenen Auffassung ist, dass der Arbeitgeber keine Aussperrungsbefugnis gegenüber den Andersorganisierten hat. Aber gerade dieses die Arbeitnehmer begünstigende Ergebnis entspricht

der Praxis. Sollte der Arbeitgeber tatsächlich auf einen Streik der GDL mit einer Aussperrung der EVG-Mitglieder reagieren können, für die er bereits einen Tarifvertrag geschlossen hat? Würden nicht umgekehrt die EVG-Mitglieder dies zu Recht als Entwertung der Friedenspflicht empfinden?

3. Entlastung des Arbeitgebers durch die Grundsätze des Arbeitskampfrisikos

Der Arbeitgeber ist zudem bis zu einem gewissen Grad über die Grundsätze des Arbeitskampfrisikos⁵⁴ geschützt. Bereits nach geltendem Recht kann der Arbeitgeber nämlich die Entgeltzahlung auch für die nicht streikenden Arbeitnehmer verweigern, soweit wegen eines Streiks um einen zweiten Tarifvertrag der Arbeitsbedarf für diese Gruppe entfällt. In seinen Beschlüssen vom 22. Dezember 1980 hat das BAG hervorgehoben,⁵⁵ dass der Arbeitgeber bei Störungen, die auf einem rechtmäßigen Streik beruhen, von dem grundsätzlich ihn treffenden Betriebs- und Wirtschaftsrisiko zu entlasten ist. Können die Auswirkungen eines rechtmäßigen Arbeitskampfes das Kräfteverhältnis der kampfführenden Parteien beeinflussen, so tragen beide Seiten das Arbeitskampfrisiko. Für die betroffenen, nicht streikenden Arbeitnehmer bedeutet dies den Verlust der Beschäftigungs- und Vergütungsansprüche für die Dauer der Störung. Maßstab für die Verteilung des Lohnrisikos ist der in der Tarifautonomie wurzelnde Grundsatz der Kampfparität.⁵⁶ Keiner Seite dürfen derart massive Kampfmittel zur Verfügung stehen, dass dem sozialen Gegenspieler keine gleichwertige Verhandlungschance bleibt. Das notwendige Kräftegleichgewicht wäre gestört, wenn der Arbeitgeber nicht nur die Folgen des Arbeitsausfalls, sondern auch das Lohnrisiko der Arbeitnehmer tragen müsste, die in Folge des Streiks nicht beschäftigt werden können.

Dogmatische Grundlage der Entlastung des Arbeitgebers vom Betriebs- und Wirtschaftsrisiko ist also der Gesichtspunkt des Kräftegleichgewichts, für den es nicht darauf ankommt, welche Arbeitnehmer durch den Arbeitskampf begünstigt werden. Entscheidend ist, wie die Position des im Arbeitskampf befindlichen sozialen Gegenspielers (d. h. hier des Arbeitgebers) durch die Verteilung des Arbeitskampfrisikos beeinflusst wird.⁵⁷ Das BAG hat diese Grundsätze in seiner Rechtsprechung zu den Fernwirkungen eines Streiks konsequent weiterentwickelt und den Arbeitnehmern mittelbar betroffener Betriebe das Arbeitskampfrisiko schon

dann zugewiesen, wenn ihr Betrieb wirtschaftlich von dem bestreikten Betrieb abhängig ist.⁵⁸ Erst recht muss der Gedanke der Gefahrengemeinschaft der Arbeitnehmer bei einem Streik innerhalb eines Betriebs gelten.

Für die Verlagerung des Lohnrisikos auf die Arbeitnehmer soll allerdings die bloß abstrakte Möglichkeit einer Beeinflussung des Verhandlungsgleichgewichtes nicht ausreichen. Vielmehr müsse die Relevanz bei *typisierender Betrachtung* feststellbar sein, wobei das BAG zwei Fallgruppen hervorhebt: Zum einen die Fernwirkungen in einem Betrieb, die dem gleichen Unternehmen oder Konzern angehören, und zum anderen die organisatorisch enge Verbindung zwischen den für den mittelbar betroffenen Betrieb zuständigen und den unmittelbar kampfführenden Verbänden. Soweit der bestreikte Betrieb selbst betroffen ist, soll die Kampfparität grundsätzlich gefährdet sein.⁵⁹ Einer gesonderten Prüfung bedarf es dann nicht.

Diese Grundsätze lassen sich unmittelbar auf den Arbeitskampf im tarifpluralen Betrieb übertragen.⁶⁰ Unter Paritätsgesichtspunkten spielt es keine Rolle, dass die anders oder nicht organisierten Arbeitnehmer von dem umkämpften Tarifvertrag nicht einmal mittelbar profitieren können, sondern für Streiks fremder Gewerkschaften „bluten“ müssen. Die Arbeitnehmer sind ihrerseits aufgefordert, auf die streikenden Arbeitnehmer Druck auszuüben, wenn sie deren Forderungen für nicht berechtigt halten.

Keinen Schutz erfährt der Arbeitgeber dagegen durch das vom BAG⁶¹ bejahte Recht zur Stilllegung eines bestreikten Betriebs. Dieses von der Rechtsprechung entwickelte Reaktionsmittel auf Streiks ist auf den Umfang des gewerkschaftlichen Kampfbeschlusses begrenzt, greift somit nicht, wenn ein Streik einer Berufsgruppengewerkschaft auf den Tarifvertrag einer am Industrieverbandsprinzip orientierten Gewerkschaft trifft.

V. GESETZLICHE EINSCHRÄNKUNGEN DES ARBEITSKAMPFRECHTS IM TARIFPLURALEN BETRIEB

Das geltende Recht bietet damit bereits gewisse Möglichkeiten, um das Risiko bzw. die Folgen von Arbeitskämpfen in tarifpluralen Betrieben einzuschränken. Die derzeit kontrovers diskutierte Frage ist, ob diese Möglichkeiten ausreichen oder ob ein darüber hinausgehender gesetzlicher Eingriff in das Streikrecht notwendig und zulässig ist.

1. Verfassungsrechtliche Schranken

Ausgangspunkt muss erneut der Blick in die Verfassung sein. Das BAG äußert sich bewusst nicht zu der Frage, ob der Gesetzgeber eine Einschränkung der arbeitskampfrechtlichen Möglichkeiten im Einklang mit der Verfassung vorsehen könnte. Es weist lediglich darauf hin, dass der Arbeitskampf zu den verfassungsrechtlich geschützten Mitteln gehöre, weil von ihm die Verfolgung eines wesentlichen Koalitionszwecks, nämlich der Abschluss von Tarifverträgen, abhängt. Arbeitskampfmaßnahmen werden jedenfalls insoweit vom Grundrecht der Koalitionsfreiheit geschützt, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen.⁶² Schon auf Grund dieser Funktionsbezogenheit des Arbeitskampfrechts folge nicht das Tarifrecht dem Arbeitskampfrecht, sondern vielmehr das Arbeitskampfrecht dem Tarifrecht.⁶³

Das BAG verschiebt insoweit im Verhältnis zur Entscheidungspraxis des BVerfG die Gewichte, wenn es – unter ausdrücklicher Berufung auf das BVerfG – ausführt: „*Allenfalls* zum Schutz von gleichermaßen verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsgütern und Gemeinwohlbelangen könnte die von Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit [...] eingeschränkt werden (BVerfG, NZA 2007, 394 L (zu II 2 a) m.w.N.; BVerfGE 84, 212 zu (C I 3 a) m.w.N.)“ In der jüngsten der zitierten Entscheidungen des BVerfG findet sich dagegen folgender Satz: „Die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit kann, obwohl sie ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet ist, *jedenfalls* zum Schutz von Rechtsgütern und Gemeinwohlbelangen eingeschränkt werden, denen gleichermaßen verfassungsrechtlicher Rang gebührt.“ Ob „jedenfalls“ oder „allenfalls“, sollte doch deutlich auseinandergehalten werden. Vorliegend wirkt sich diese Ungenauigkeit freilich nicht aus. Einschränkungen der verfassungsrechtlich garantierten Betätigungsfreiheit der Koalitionen sind auch nach dem engeren Verständnis des BAG jedenfalls dann mit Art. 9 Abs. 3

GG vereinbar, wenn sie der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie oder dem Schutz der Grundrechte Dritter dienen.

In der aktuellen Diskussion ist mit relativ hohem Aufwand versucht worden, unmittelbar aus verfassungsrechtlichen Überlegungen die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit bestimmter Regelungsvorschläge herzuleiten. Dabei wird insbesondere die vom BVerfG⁶⁴ in seiner älteren Rechtsprechung entwickelte Trennung zwischen einem rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Tarifautonomie und ihrer zulässigen Ausgestaltung nutzbar gemacht.⁶⁵ Aufgrund der fließenden Übergänge zwischen beiden Bereichen dürfte diese Abgrenzung indes überholt sein, jedenfalls ist sie wenig ergiebig.⁶⁶ Letztlich geht es um die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit: Je intensiver eine Regelung in den verfassungsrechtlichen Schutzbereich eingreift, desto gewichtiger müssen die Belange der Allgemeinheit sein, die diesen Eingriff rechtfertigen.⁶⁷ Die nicht trennscharf durchzuführende Abgrenzung zwischen Ausgestaltung und Eingriff führt bei dieser Abwägung nicht weiter.

Unzutreffend ist jedenfalls die vielfach zu lesende These, ein Eingriff in die Betätigungsfreiheit könne, da Art. 9 Abs. 3 GG vorbehaltlos konzipiert sei, nur durch kollidierende Rechtsgüter von Verfassungsrang gerechtfertigt werden. Der fehlende Gesetzesvorbehalt gilt nach dem klaren Wortlaut des Grundrechtes offensichtlich nur für die Bildungsgarantie,⁶⁸ nicht jedoch für die aus Art. 9 Abs. 3 GG heraus entwickelte Betätigungsgarantie, die im Normtext ja unmittelbar gar nicht angelegt ist. Sobald man über den Wortlaut hinausgehend in das Grundrecht eine Betätigungsgarantie hineininterpretiert, bedarf es der Entwicklung einer neuen Schrankendogmatik.⁶⁹ Die simple Übertragung des für die Bildungsgarantie fehlenden Gesetzesvorbehalts auf die Betätigungsfreiheit wird weder dem Willen des Parlamentarischen Rats gerecht, noch ist sie von Sinn und Zweck her geboten. Ohnehin interpretiert das BVerfG die kollidierenden Verfassungsgüter sehr weit unter Einbeziehung des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG).⁷⁰ Im Ergebnis vermag jedes einfachrechtlich-politische Regelungsziel, das im Rahmen der weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers als legitim bewertet werden kann, einen Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG zu rechtfertigen.

Kein Zweifel kann danach an der Befugnis des Gesetzgebers bestehen, zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems die Arbeitskampfmöglichkeiten einzuschränken, sobald in einem Betrieb ein Tarif-

vertrag gilt, der die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit realisiert und die Richtigkeitsgewähr für sich in Anspruch nehmen kann. Anschließende Arbeitskämpfe gefährden die zentrale Befriedungsfunktion des Tarifvertrags, stellen damit seinen Wert in Frage. Weitere Beschränkungen der Arbeitskampfmöglichkeiten lassen sich durch die verschiedenen Ausprägungen des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) sowie durch die Sicherung weiterer verfassungsrechtlicher Rechtsgüter rechtfertigen, wobei bei Arbeitskämpfen im Bereich der Daseinsvorsorge der Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG) hohe Bedeutung erlangt. Dem Gesetzgeber kommt anerkanntermaßen eine weite Einschätzungsprärogative zu, die nur auf evidente Fehleinschätzungen überprüft wird.⁷¹

Ob derzeit wirklich hinreichende Erkenntnisse für eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie vorliegen, lässt sich mit Fug und Recht bestreiten. Vermutlich steht so mancher Befürworter einer gesetzlichen Regelung noch unter dem Eindruck des Lokomotivführerstreik und der Streiks im Bereich des Flugverkehrs; die Verärgerung über diese Beeinträchtigungen hallt nach. Insgesamt gesehen bleibt es indes ein begrenztes Phänomen, und die Berufsgruppengewerkschaften sind aktuell ersichtlich bemüht, dass nicht jede Tarifverhandlung in einem Streik mündet. Ein allgemeiner Trend zu rücksichtslosem Gruppenegoismus ist bislang nicht erkennbar; eher dürfte es darum gehen, einen gewissen Rückstau in der Lohnentwicklung bestimmter Berufssparten auszugleichen.

2. Aktuelle Lösungsvorschläge

Die bislang vorgelegten Lösungsvorschläge unterscheiden sich von dem hier entwickelten Ansatz insbesondere dadurch, dass eine Auflösung von Tarifpluralitäten bereits auf der Ebene des Tarifrechts versucht wird. Die flankierende arbeitskampfrechtliche Regelung dient regelmäßig dem Ziel, Streiks zur Er kämpfung von Tarifverträgen, die nach dem tariflichen Modell ohnehin zurücktreten müssten, einzuschränken.

a) BDA/DGB: Tarifeinheit und Friedenspflicht zu Lasten kleinerer Konkurrenzgewerkschaften

Die Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände (BDA) und der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) möchten nach ihrem zunächst gemeinsam vorgestellten, später vom DGB wieder aufgekündigten⁷²

Kompromiss eines Eckpunktepapiers⁷³ die Tarifeinheit gesetzlich wieder einführen.⁷⁴ Überschneiden sich in einem Betrieb die Geltungsbereiche mehrerer Tarifverträge, die von unterschiedlichen Gewerkschaften geschlossen werden (konkurrierende Tarifverträge/Tarifpluralität), so soll nur der Tarifvertrag anwendbar sein, an den die Mehrzahl der Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb gebunden ist.⁷⁵ Tarifkollisionen werden also stets mit Blick auf die Mehrheitsverhältnisse im gesamten Betrieb gelöst, selbst wenn der Konflikt nur eine begrenzte Arbeitnehmergruppe betrifft. Der gesetzlich konservierte Grundsatz der Tarifeinheit soll sich im Arbeitskampfrecht fortsetzen: Soweit der Tarifvertrag der repräsentativeren Gewerkschaft andere Tarifverträge verdrängt, soll sich die Friedenspflicht, die während der Laufzeit für die repräsentativere Gewerkschaft gilt, auf jene Gewerkschaften erstrecken, deren Tarifverträge nach dem Grundsatz der Tarifeinheit verdrängt werden oder würden.

Den Vorteil ihres Vorschlags sahen *DGB* und *BDA* darin, dass er die Tarifeinheit als „unverzichtbare Säule der Tarifautonomie“ erhalte und zudem eine Zersplitterung des Tarifvertragssystems, eine Spaltung der Belegschaften und eine Vervielfachung kollektiver Konflikte verhindere.⁷⁶ Zudem werde Rechtsklarheit erreicht und die Solidarität innerhalb der Arbeitnehmerschaft gefördert.⁷⁷

b) Tarifeinheit und Pflicht zur Tarifgemeinschaft (Hromadka)

In eine ähnliche Richtung geht der schon zuvor veröffentlichte Vorschlag von *Hromadka*,⁷⁸ der ebenfalls den Grundsatz der Tarifeinheit erhalten und Tarifpluralitäten nach den in einem Stufenverhältnis stehenden Kriterien der Spezialität (§ 4a Abs. 3 Satz 1 TVG-E) und der Repräsentativität auflösen möchte (§ 4a Abs. 3 Satz 2 TVG-E). Ergänzt werden diese Regelungen durch verschiedene verfahrensrechtliche Vorschriften, die zur Ermittlung des anwendbaren Tarifs unter anderem eine Schlichtungsstelle sowie unter bestimmten Voraussetzungen sogar eine geheime Abstimmung unter den Arbeitnehmern des Betriebs vorsehen (§ 4a Abs. 4a TVG-E). Erhält eine Gewerkschaft die Mehrheit der Stimmen, so ist ihr Tarifvertrag anzuwenden (§ 4a Abs. 4a Satz 1 TVG-E). Arbeitskämpfe um Tarifverträge, die nach der tariflichen Kollisionsnorm verdrängt würden, sind nach seinem Regelungsvorschlag unzulässig.

c) Konzept der dynamisch-repräsentativen Tarifeinheit (Greiner)

Greiner hat in seiner Habilitationsschrift das Konzept einer „dynamisch-repräsentativen Tarifeinheit“ entwickelt.⁷⁹ Nur dort, wo sich der Geltungsbereich konkurrierender Tarifverträge überschneidet, besteht Greiner zufolge ein auflösungsbedürftiger Regelungskonflikt. Im jeweiligen Überschneidungsbereich sei die Tarifpluralität nach dem Mehrheitsprinzip aufzulösen.⁸⁰ Hat also die GDL im Bereich der Berufsgruppe der Lokomotivführer einen höheren Organisationsgrad, so setzt sich ihr Tarifvertrag gegenüber demjenigen der EVG durch. Ergänzend greifen Maßnahmen auf der Ebene des Arbeitskampfrechts. Paritätsverschiebungen zu Lasten des Arbeitgebers sollen durch eine Erweiterung seines Arbeitskampsarsenals ausgeglichen werden.

d) Professorenentwurf

Das Modell des Professorenentwurfs⁸¹ ist durch die Überlegungen Greiners geprägt, setzt daher ebenfalls auf die Tarifeinheit in der Berufsgruppe: In jenem Bereich, in dem zwei Tarifverträge konkurrierend Geltung beanspruchen, setzt sich der Tarifvertrag durch, der durch die meisten Arbeitnehmer mitgliederschaftlich legitimiert ist.⁸² Vermieden werden soll, dass der Arbeitgeber dieselbe Arbeitnehmergruppe nach zwei unterschiedlichen Tarifverträgen behandeln muss. Die Verdrängung des Tarifvertrags wird – nicht überzeugend – mit der Brisanz der Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit begründet.⁸³ Verkannt wird dabei, dass das geltende Tarifrecht voraussetzt, dass sich der Arbeitnehmer auf seine Gewerkschaftszugehörigkeit berufen muss, wenn er die tariflichen Arbeitsbedingungen beanspruchen möchte. Erwünschte Nebenfolge der einheitlichen Behandlung der Belegschaft im Überschneidungsbereich zweier Tarifverträge sei es, dass der Arbeitgeber einen geringeren administrativen Aufwand in der Lohnbuchhaltung und in der betrieblichen Gestaltung der Arbeitsbedingungen habe.⁸⁴ Der Professorenentwurf sieht sich insoweit Seite an Seite mit dem *BDA/DGB-Entwurf*.⁸⁵

Die tarifrechtliche Verdrängung wird ergänzt durch eine Einschränkung des Arbeitskampfrechts. Die Streikführerschaft liegt grundsätzlich bei der Gewerkschaft, die die meisten Arbeitnehmer des *Unternehmens* organisiert. Hier wird also nicht auf den Überschneidungsbereich, ja nicht einmal auf den Betrieb, sondern auf das gesamte Unternehmen, d. h. den Rechtsträger, abgestellt. Dieses Primat des Arbeitskamps verliert die

Mehrheitsgewerkschaft allerdings, sobald sie ohne Einbeziehung der konkurrierenden Gewerkschaft einen Tarifvertrag abschließt oder aber selbst zum Streik aufruft. Schließt der Arbeitgeber mit der Mehrheitsgewerkschaft einen Tarifvertrag, der eine andere Gewerkschaft nicht einbezieht, so erwirbt die Minderheitsgewerkschaft wieder volles Streikrecht.

Gleichwohl komme es nicht zu einer „Balkanisierung“ des Tarifrechts und einer Segmentierung der Belegschaft. Vielmehr werde mit dem Vorrang des Streikrechts der Mehrheitsgewerkschaft ein Instrumentarium geschaffen, das der Arbeitgeber strategisch einsetzen könne. Der Arbeitgeber werde mit der Mehrheitsgewerkschaft keinen Abschluss tätigen, solange er nicht auch mit der kleinen Gewerkschaft eine Einigung erzielt habe. Solange er den Tarifvertrag mit der Mehrheitsgewerkschaft nicht abgeschlossen habe, wäre ein Streik der Minderheitsgewerkschaft nicht möglich. Verwiesen wird auf den Druck durch die Mehrheit der Belegschaft, den die Minderheitsgewerkschaft aushalten müsse, wenn sie wegen fehlender Kooperationsbereitschaft oder aus Gruppenegoismus den Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft verhindere. Im Übrigen müsse ein Trend zur Segmentierung der Belegschaft in immer kleinere Berufsgruppen durch strenge Maßstäbe an die Tariffähigkeit von Gewerkschaften verhindert werden.⁸⁶ Der Ausschluss der Tariffähigkeit führt schließlich zu einem massiven Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG.

e) Verfahrensrechtliche Lösungen

Weitere Vorschläge zielen auf eine verfahrensrechtliche Kanalisierung der Verhandlungen und Arbeitskämpfe. Vorgeschlagen wird eine zeitliche Synchronisierung der Verhandlungen verschiedener Gewerkschaften und der Laufzeiten der Tarifverträge.⁸⁷ Arbeitskämpfe sollen danach nur zu bestimmten Zeitpunkten geführt werden können. Der Beendigungstermin, der im ersten abgeschlossenen Tarifvertrag vereinbart wurde, soll auch für den zeitlich nachfolgenden Tarifabschluss mit einer konkurrierenden Gewerkschaft gelten. Bringt eine Gewerkschaft erstmals die Forderung nach einem Tarifvertrag an, muss sie zuwarten, bis der konkurrierende Tarifvertrag mit der anderen Gewerkschaft endet. Der Vorteil wird darin gesehen, dass permanente Arbeitskämpfe nicht zu befürchten seien.

Noch weitergehende Vorschläge bezwecken eine inhaltliche Koordination der Gewerkschaften bei zeitgleich stattfindenden Arbeitskämpfen⁸⁸ oder führen in gewissem Umfang zwingende Schlichtungsverfahren⁸⁹ bzw. *Cooling-Off*-Perioden ein. Schließlich wird eine Erweiterung des Arbeitskämpfarsenals des Arbeitgebers angedacht.

VI. EIGENES LÖSUNGSKONZEPT

1. Grundlagen

Meines Erachtens bedarf es keiner tariflichen, sondern einer rein arbeitskampfrechtlichen Lösung.⁹⁰ Sind mehrere Tarifverträge vom Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverband mit unterschiedlichen Gewerkschaften geschlossen worden, so gelten diese grundsätzlich nebeneinander jeweils für die kongruent tarifgebundenen Vertragsparteien. Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverband haben sich durch den Abschluss der Tarifverträge selbst für die Tarifpluralität entschieden. Überschneidungen im Bereich der Betriebsnormen, die zu einer Tarifkonkurrenz führen, sind nach dem Repräsentativitätsprinzip zu lösen. Das in der Literatur angesprochene Problem der Inhaltsnormen, die eng mit Betriebsnormen verknüpft sind,⁹¹ müssen die Tarifpartner künftig selbst beim Abschluss der Tarifverträge berücksichtigen.

Meines Erachtens kommt zwar eine generelle Erstreckung der Friedenspflicht aus dem zuerst abgeschlossenen Tarifvertrag auf die Folgeverhandlungen aller anderen Gewerkschaften nicht in Betracht,⁹² wohl aber besteht Raum für gewisse Einschränkungen der Arbeitskämpfungsmöglichkeiten. Auch wenn es noch zu früh für eine verlässliche Folgenabschätzung sein mag,⁹³ führt doch allein die bestehende Unsicherheit zu unnötigen Belastungen. Angesichts der weitgehenden Entwertung des *ultima ratio*-Prinzips durch die Rechtsprechung⁹⁴ bedarf es – namentlich bei Arbeitskämpfen im Bereich der Daseinsvorsorge – eines klaren gesetzlichen Schutzes gegen Arbeitskämpfe in Permanenz, um die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems zu bewahren. Zieht man diese Grenze mit Augenmaß unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, dann dient sie gleichermaßen den Arbeitnehmern und Gewerkschaften, die ihrerseits Rechtssicherheit genießen und vor Schadensersatzansprüchen geschützt werden. Um den Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG so gering wie möglich zu halten, bietet sich eine Kombination von Verfahrensregeln einerseits und einer moderaten Einschränkung des Streikrechts während

der Laufzeit eines betriebsweit geltenden Tarifvertrags der repräsentativen Gewerkschaft andererseits an.

2. Aufgrund der Gewerkschaftspluralität gebotene verfahrensrechtliche Vorgaben

Eine gesetzliche Regelung sollte zunächst durch verfahrensrechtliche Vorgaben die Tarifverhandlungen sachgerecht koordinieren. Sind in einem Betrieb oder einer Branche, für die ein Verbandstarif geschlossen werden soll, mehrere Gewerkschaften aktiv, so sind isolierte Verhandlungen nicht zielführend, um die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit zu verwirklichen. Der Gewerkschaftspluralität ist durch vier, beide Vertragsparteien treffende Vorgaben für die Verhandlungen Rechnung zu tragen:

- Zunächst ist der Arbeitgeber(verband) in einem solchen Fall verpflichtet, Verhandlungen mit allen in den erfassten Betrieben vertretenen Gewerkschaften zu führen. Bevor es zu einem Abschluss kommt, hat der Arbeitgeber(verband) daher mit allen Gewerkschaften zu verhandeln. Beteiligt er einzelne Gewerkschaften nicht, so ist der abgeschlossene Tarifvertrag grundsätzlich nichtig, jedenfalls aber steht es den nicht berücksichtigten Gewerkschaften offen, ihre Forderungen mit Mitteln des Streiks durchzusetzen. Schon aus dieser aus dem französischen Recht bekannten Vorgabe ergibt sich eine Stärkung der kleineren Gewerkschaften.
- Sind mehrere Gewerkschaften an den Verhandlungen zu beteiligen, so sind generell Arbeitskämpfe nach dem *ultima ratio*-Prinzip erst dann zulässig, wenn zuvor ein Schlichtungsverfahren durchgeführt wird.⁹⁵ Selbst wenn man diese vom Großen Senat des BAG⁹⁶ zu Recht für alle Arbeitskämpfe erhobene Pflicht zur Durchführung eines Schlichtungsverfahrens nicht als allgemeinen Grundsatz anerkennen will, so erscheint sie doch im Falle der Gewerkschaftspluralität zwingend. Das Schlichtungsverfahren schützt nämlich in diesem Fall nicht nur den Kampfgegner (Arbeitgeber), es schützt auch die jeweiligen Minderheitsgewerkschaften und ihre Mitglieder, deren Belange anderenfalls vom Arbeitgeber erst nachrangig berücksichtigt werden könnten. Bei Gewerkschaftspluralität geht es neben dem traditionellen Interessenantagonismus zwischen Arbeit und Kapital auch um einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen verschiedenen Belegschaftsgruppen. Das Schlichtungsverfahren stellt sicher, dass ernsthaft ein Regelungs-

konzept erarbeitet wird, das die Interessen aller vertretenen Gewerkschaften und ihrer Mitglieder berücksichtigt.

- Eines Streikprimats der größten bzw. repräsentativsten Gewerkschaft, wie es der Professorenentwurf propagiert, bedarf es dann nicht. Ist das Schlichtungsverfahren gescheitert, darf jede der in den Betrieben vertretenen Gewerkschaften streiken. Die nicht einfache Berechnung der Repräsentativität ist damit zu diesem Zeitpunkt entbehrlich.
- Einigt sich die Arbeitgeberseite mit einer Gewerkschaft, so hat jede andere Gewerkschaft bei sich überlappenden Zuständigkeitsbereichen einen Anspruch auf Übernahme dieses Verhandlungsergebnisses im Rahmen eines Anschlussstarifvertrags. Erst dieser Übernahmeanspruch rechtfertigt die noch näher zu diskutierenden Einschränkungen des Streikrechts. Ein Streikverbot ohne Übernahmerecht wäre meines Erachtens ein verfassungswidriger Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG.

Die mit diesen Vorgaben verbundenen Beschränkungen fallen sämtlich in den Bereich der Ausgestaltung des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG, wenn man diese Kategorisierung beibehalten will. Jedenfalls aber sind sie verhältnismäßige, durch den Schutz der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gerechtfertigte Einschränkungen der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Betätigungsfreiheit.

3. Einschränkungen des Streikrechts nach Abschluss eines Tarifvertrags

a) Der Konflikt der Organisationsmodelle

Sowohl der DGB/BDA-Entwurf⁹⁷ als auch der Professorenentwurf⁹⁸ sehen darüber hinausgehend einen Bedarf für eine Einschränkung der Kampfmöglichkeiten nach Abschluss eines im Betrieb geltenden Tarifvertrags. Meines Erachtens berücksichtigen beide Konzepte zu wenig, dass die gesetzliche Regelung der aus der Gewerkschaftspluralität folgenden Arbeitskämpfluralität verfassungskonform einen Konflikt zwischen zwei Organisationsprinzipien lösen muss: nämlich das Aufeinandertreffen von nach dem Industrieverbandsprinzip organisierten Gewerkschaften und Berufsverbandsgewerkschaften. Dieser Konflikt betrifft eine Sonderkonstellation, die mit den bekannten Denkansätzen nicht zu lösen ist.

Grundsätzlich steht es den Gewerkschaften frei, über ihre optimale Struktur und Organisation autonom zu entscheiden. Die Binnenorganisation einer Koalition zählt zu jenem Bereich, der einer gesetzlichen Regelung weitgehend entzogen ist.⁹⁹ Der Gesetzgeber ist daher auch daran gehindert, eine bestimmte Organisationsstruktur zu benachteiligen und so mittelbaren Druck auf die Gestaltung der Verbandssatzung auszuüben. Das bedeutet, dass er die nach dem Berufsverbandsprinzip organisierten Gewerkschaften gegenüber einem Industrieverband grundsätzlich weder benachteiligen noch bevorzugen darf.¹⁰⁰

Ein Modell, das – wie dasjenige der Professorengruppe – auf die relative Repräsentativität im Überschneidungsbereich bzw. in der Berufssparte abstellt, begünstigt aber zwangsläufig die nach dem Berufsverbandsprinzip organisierte Gewerkschaft. Naturgemäß wird eine Gewerkschaft, die sich auf ein bestimmtes eng gefasstes Gruppeninteresse konzentriert, im Bereich dieser speziellen Gruppe tendenziell immer einen stärkeren Organisationsgrad aufweisen bzw. erreichen können als eine Gewerkschaft, die an das Solidarinteresse der gesamten Belegschaft appelliert. Ein Konfliktlösungsinstrument, das auf die relative Repräsentativität im Überschneidungsbereich, das heißt also in der Berufssparte abstellt, ist damit von vornherein ungeeignet, um den Konflikt zwischen Industrieverbands- und Berufsverbandsprinzip zu lösen.

Der Gedanke der relativen Repräsentativität im Überschneidungsbereich lässt zudem außer Acht, dass das Arbeitsverhältnis nicht nur ein Austausch-, sondern auch ein Gemeinschaftsverhältnis ist, eine Erkenntnis, die Wiedemann schon 1966 in seiner grundlegenden Untersuchung entwickelt hat.¹⁰¹ Die Belegschaft eines Betriebs ist anerkanntermaßen als Kollektiv der Gestaltungsmacht des Arbeitgebers ausgesetzt. Ausfluss dieser kollektiven Bindung ist u. a. der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Aber auch § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG verdeutlicht, dass bei der Regelung der Arbeitsbedingungen auf die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit geachtet werden muss. Sicherlich erfasst das Mitbestimmungsrecht nicht die Lohnhöhe.¹⁰² Die Regelung bringt aber hinreichend klar zum Ausdruck, dass bei der Gestaltung der betrieblichen Arbeitsbedingungen nicht nur auf Gerechtigkeit innerhalb bestimmter Berufsgruppen, sondern auf Gerechtigkeit innerhalb der Gesamtbelegschaft des Betriebs geachtet werden muss.¹⁰³ Gibt man einer Berufsgruppe, die besonders kampfstark ist bzw. in Schlüsselpositionen sitzt, das Recht, überdurchschnittliche Begünstigungen für sich auszuhandeln, ist dieses

Gemeinschaftsverhältnis gestört; die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit lässt sich nicht verwirklichen. Deshalb steht es in offenem Widerspruch zu kollektivarbeitsrechtlichen Grundprinzipien, wenn einer Berufsgruppe Sonderbefugnisse eingeräumt und die Gestaltungsmacht einer Gruppeninteressen vertretenden Spartengewerkschaft gestärkt wird, indem im Überschneidungsbereich die relative Repräsentativität Bedeutung erlangt.

Besonders anschaulich zeigt sich der Gemeinschaftsbezug bei den geschilderten Grundsätzen des Arbeitskampfrisikos. Von einem Streik der Berufsverbandsgewerkschaft, der nur im Interesse der vertretenen Berufsgruppe geführt wird, sind auch die übrigen Arbeitnehmer des Betriebs betroffen. Sie verlieren nach den Grundsätzen des Arbeitskampfrisikos ihre Lohnansprüche, wenn der Arbeitgeber sie aufgrund eines Streiks der Spartengewerkschaft nicht beschäftigen kann. Der zu erstreichende Tarifvertrag kommt dieser Personengruppe in den meisten Fällen aber nicht einmal faktisch zugute. Diese Gefahrengemeinschaft darf nicht einseitig zu Gunsten der Mitglieder einer nach dem Berufsverbandsprinzip organisierten Gewerkschaft aufgehoben werden.

Die nach dem Industrieverbandsprinzip organisierte Gewerkschaft trägt aufgrund ihrer auf Solidarität zielenden Gesamtverantwortung für ganze Branchen ohnehin deutlich höhere Kosten und Risiken. Die Kostenbelastung im Streikfall betrifft die Gesamtbelegschaft. Die starken müssen in einem solchen Verband zwangsläufig die schwächeren Berufsgruppen mit geringer Kampfkraft und unzulänglicher finanzieller Leistungsfähigkeit mitziehen. Ein Gewerkschaftsmodell, das nur auf Berufsverbandsgewerkschaften vertraut, könnte innerbetriebliche Lohngerechtigkeit nicht verwirklichen. Diejenigen Arbeitnehmergruppen, die keine Kampfkraft haben, weil sie innerhalb weniger Stunden durch andere Arbeitnehmer ersetzt werden können, würden in einem solchen System zwangsläufig an den Rand gedrängt. Sie wären auf staatliche Mindestlöhne angewiesen. Dies aber käme einer massiven Störung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems gleich. Industrieverbandsgewerkschaften und Berufsverbandsgewerkschaften kommt damit innerhalb eines funktionsfähigen Tarifsystems nicht der gleiche Stellenwert zu.

Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, dass die vom Sachverständigenrat auch als „Multiberufsgewerkschaften“ bezeichneten Industrieverbände, namentlich also die im DGB vereinten Gewerkschaften, es versäumt haben, die Interessen sogenannter Funktionseliten überzeu-

gend zu vertreten. Sie haben sich zu sehr darauf konzentriert, Gehaltsanhebungen für die unteren Lohngruppen durchzusetzen, die legitimen berufs- und fachspezifischen Interessen der „Schlüsselfunktionsträger“ dagegen vernachlässigt.¹⁰⁴ Die Industrieverbände sind daher aufgefordert, sich ihrerseits künftig neu zu strukturieren und auch für Schlüsselfunktionsträger attraktiver zu werden.

Der Gesetzgeber muss bei der Regelung des Arbeitskampfrechts im tarifpluralen Betrieb eine Lösung entwickeln, die sowohl die Organisationsentscheidung der Gewerkschaft respektiert, zugleich aber die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichert und innerbetriebliche Lohngerechtigkeit wahrt. In einem widerspruchsfreien kollektivarbeitsrechtlichen System kann nicht einerseits durch § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit als zentrale kollektivarbeitsrechtliche Aufgabe hervorgehoben, andererseits aber im Tarifvertragsrecht einem Gruppeninteresse der Vorrang eingeräumt werden. Das bedeutet, dass das Gruppeninteresse zwar in den Lohnfindungsprozess eingebracht werden muss, dass es aber im Konfliktfall im Interesse eines funktionsfähigen Tarifsystems hinter das Gemeinschaftsinteresse der Gesamtbelegschaft zurückzutreten hat. Hierbei handelt es sich um ein Essential demokratischer Spielregeln in einem Kollektiv. Der zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie aufgerufene Gesetzgeber ist meines Erachtens sogar verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, die eine Störung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit durch übermäßig mächtige Gruppeninteressen verhindern.

Bei der unterschiedlichen Behandlung von Industrieverbands- und Spartenarbeitsverträgen geht es also nicht um eine verfassungswidrige Privilegierung eines Organisationsmodells, sondern um die Gewährleistung und Aufrechterhaltung eines Tarifsystems, das für alle Arbeitnehmer eines Betriebs Lohngerechtigkeit verwirklicht. Eine solche gerechte Gesamtordnung streben die Berufsverbandsgewerkschaften nach ihrem Selbstverständnis nicht an. Eine Lösung, die auf die durch die Überschneidung der Geltungsbereiche umrissene Sparte abstellt, begegnet somit verfassungsrechtlichen Bedenken, weil sie die nach dem Berufsvorbandsprinzip organisierte Gewerkschaft bevorzugt.

b) Differenzierung nach dem Organisationsmodell

Ausgehend von dieser Prämisse bedarf es einer differenzierenden Lösung, je nachdem, ob Gewerkschaften mit identischer oder unterschiedlicher Organisationsstruktur aufeinandertreffen:

aa) Nebeneinander mehrerer Gewerkschaften, die nach dem gleichen Organisationsprinzip strukturiert sind

Treffen in einem Betrieb mehrere nach dem Industrieverbandsprinzip organisierte und damit für die Gesamtbelegschaft zuständige Gewerkschaften aufeinander, so sind Störungen der Funktionsfähigkeit des deutschen Tarifsystems, die eine Einschränkung des Streikrechts der kleineren Gewerkschaften rechtfertigen könnten, nicht einmal ansatzweise erkennbar. Es gab, soweit ersichtlich, aktuell keinen Fall von mehr als nur marginaler Bedeutung, in dem eine kleinere Industrieverbandsgewerkschaft auch nur versucht hätte, nach Abschluss eines Tarifvertrags mit der repräsentativen Gewerkschaft weitergehende Forderungen im Streikwege durchzusetzen. Der Professorenentwurf,¹⁰⁵ der ja Streiks kleinerer Berufsverbände zulassen und nur das Streikrecht kleinerer Industrieverbände einschränken will, bleibt eine Erklärung schuldig, weshalb es gerade für diese Konstellation eines massiven Eingriffs in Art. 9 Abs. 3 GG bedarf. Meines Erachtens ist ein entsprechender Regelungsvorschlag nicht verfassungskonform.

Treffen beim Abschluss eines Tarifvertrags mehrere nach dem Berufsvorbandsprinzip organisierte Gewerkschaften aufeinander, so gilt im Ergebnis Vergleichbares. Die Gewerkschaftspluralität ist streikrechtlich bedeutungslos, solange sich die Zuständigkeitsbereiche der Verbände nicht überschneiden. So darf etwa die VC selbstverständlich auch dann einen Tarifvertrag für Piloten erstreiken, wenn die Lufthansa mit der Unabhängigen Flugbegleiter Organisation (UFO) für das Kabinenpersonal bereits einen Tarifvertrag geschlossen hat. Überlappende Zuständigkeitsbereiche von Berufsverbänden sind ein in Deutschland bislang – von wenigen Sonderfällen abgesehen – unbekanntes Phänomen. Auch insoweit ist nicht einmal ansatzweise erkennbar, welche Gefahren für die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems hier durch eine Einschränkung des Streikrechts des „kleineren“ bzw. nur durch eine geringere Mitgliederzahl legitimierten Berufsverbands bekämpft werden müssten. Der Vorschlag, weitere Arbeitskämpfe gesetzlich zu verbieten, sobald mit demjenigen Berufsver-

band, der in der vertretenen Berufsgruppe den höchsten Organisationsgrad aufweist, ein Tarifvertrag für die jeweilige Berufsgruppe abgeschlossen wurde, überzeugt daher nur als theoretisches Lösungskonzept für den unterstellten Fall, dass entsprechende Missstände systembedingte Folge der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit wären. Aktuell besteht insoweit kein Handlungsbedarf.

bb) Pluralität unterschiedlich organisierter Gewerkschaften

Ein durch die Empirie belegbares arbeitskampfrechtliches Problem bietet damit allein die Pluralität von unterschiedlich organisierten Gewerkschaften.

Auch insoweit sollte allerdings für eine Fallkonstellation ein Konsens erzielbar sein: Hat die Arbeitgeberseite mit einem Berufsverband einen Tarifvertrag geschlossen, so tangiert dies das Streikrecht der nach dem Industrieverband organisierten Gewerkschaft nicht. In diesem Punkt sind sich die verschiedenen Reformvorschläge einig. Der Industrieverband strebt eine betriebsweite Regelung an; dies kann aber überzeugend nur gelingen, wenn er seine arbeitskampfgestützte Regelungskompetenz auch für den gesamten Betrieb behält. Nur so kann er seinen Auftrag erfüllen, einen die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit realisierenden Tarifvertrag durchzusetzen. Der von ihm abzuschließende Tarifvertrag darf und muss daher auch diejenige Arbeitnehmergruppe umfassen, für die es bereits eine Teilregelung gibt.

Im Überschneidungsbereich gelten beide Tarifverträge nebeneinander. Ein Eingriff in Tarifautonomie und Arbeitskampfrecht wird vermieden. Hat also beispielsweise die Gewerkschaft GDL einen Tarifvertrag mit einer Tarifierhöhung um sechs Prozent durchgesetzt, so kann gleichwohl die DGB-Verkehrsgewerkschaft EVG einen Tarifvertrag erkämpfen, der die gesamte Belegschaft des Unternehmens erfassen soll und etwa für alle Arbeitnehmer eine durchschnittliche Lohnerhöhung um fünf Prozent vorsieht. Die Verwirklichung innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit wird durch den vorausgegangenen Abschluss mit der GDL zwar nicht erleichtert, aber auch nicht ausgeschlossen. Der Arbeitgeber wird sich an diesem Abschluss festhalten lassen müssen und ihn schon im eigenen Interesse nach Möglichkeit vermeiden. Die in der Gewerkschaft EVG organisierten Lokomotivführer dürfen sich an diesem – dem ersten Tarifabschluss nachfolgenden – Streik beteiligen, nicht dagegen die Mitglieder der GDL.

Damit bleibt nur noch ein offenes Kernproblem, nämlich die Frage, ob nach Abschluss eines betriebsweit geltenden Tarifvertrags mit dem am stärksten legitimierten Industrieverband eine nach dem Berufsverbandsprinzip organisierte Gewerkschaft noch weiter einen eigenständigen Tarifvertrag durch einen Arbeitskampf erzwingen darf. Das ist die Gretchenfrage jedes Reformvorschlags. Soll die kleinere Gewerkschaft trotz der betriebsweiten Regelung weiterstreiken dürfen? Während der Entwurf von DGB/BDA diese Frage verneinte, wird sie vom Professorenentwurf bejaht, sofern der Berufsverband im Überschneidungsbereich stärker repräsentiert ist. Außer Acht bleibt, dass damit

- die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit verschoben;
- die Richtigkeitsgewähr des abgeschlossenen Tarifvertrags in Frage gestellt;
- die Tragbarkeit des Gesamtpakets für den Arbeitgeber aufgehoben;
- der Tarifvertrag mit der Mehrheitsgewerkschaft entwertet;
- die zentrale Befriedungsfunktion geschwächt und
- folglich die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems insgesamt in Gefahr gebracht wird.

Die Zulässigkeit eines Streiks des Berufsverbands nach Abschluss eines betriebsweit gültigen Tarifvertrags ist daher zumindest mit einem Fragezeichen zu versehen. Der Gesetzgeber ist im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative befugt, solche Streiks unter bestimmten Voraussetzungen zu verbieten, sofern er zugleich ein Leerlaufen des Koalitionsschutzes für Berufsverbände vermeidet. Es ist zwar legitim, ja sogar notwendig, dass einzelne Interessengruppen auf eine effektive Interessenvertretung drängen. Die Grenze der Schutzwürdigkeit ist aber dort erreicht, wo solche Gruppierungen versuchen, ihre eigenen Interessen ungeachtet derjenigen der Gesamtbelegschaft durchzusetzen. Das Koalitionsbetätigungsrecht der Mitglieder der „kleinen“ Gewerkschaft findet seine Schranke in den ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Rechten der übrigen Belegschaftsmitglieder.

Existiert ein Tarifvertrag, der die gesamte Belegschaft erfasst, so muss für diesen Betrieb grundsätzlich Friedenspflicht gelten. Ein auf Art. 9 Abs. 3 GG gestütztes verfassungsrechtliches Gebot, trotz der bereits erreichten betriebsweiten tariflichen Ordnung einer nur Partikularinteressen vertretenden Gewerkschaft das volle Streikrecht zuzubilligen, besteht dann nicht, wenn diese Gewerkschaft zuvor eine effektive Chance zur Durchsetzung ihrer Forderungen im Zuge der Tarifverhandlungen hatte.

Wenn überhaupt, dann lässt sich aus Art. 9 Abs. 3 GG das Gegenteil herleiten. Denn nicht das Verbot, sondern gerade die Gewährung dieses Streikrechts würde die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems gefährden. Der die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit realisierende Gesamtvertrag würde nachträglich aus seinen Angeln gehoben, das ihm zu Grunde liegende sorgfältig austarierte Konzept in Frage gestellt. Damit bestätigt sich die zugespitzte Formulierung Zöllners, man könne aus der Wunderlüte des Art. 9 Abs. 3 GG „Alles“, aber eben auch das „Gegenteil von Allem“ herleiten.¹⁰⁶

Die Gefahr, dass der Tarifvertrag gerade diejenige Berufsgruppe schlechterstellt, die eine eigenständige verbandliche Vertretung hat, besteht nicht. Schließlich muss sich der Tarifvertrag anerkanntermaßen an Art. 3 Abs. 1 GG messen lassen.¹⁰⁷ Eine nicht durch Sachgründe gerechtfertigte Sonderbehandlung dieser Berufsgruppe ist damit ausgeschlossen, die entsprechende Regelung wäre unwirksam. Zwar steht den Tarifvertragsparteien eine Einschätzungsprärogative zu; auch kann der Ungleichbehandlung gleicher Fallgruppen für sich genommen noch keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG entnommen werden. Die Ungleichbehandlung muss jedoch in ausreichendem Maß gerechtfertigt werden, wobei das BAG¹⁰⁸ im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG¹⁰⁹ bei der Ungleichbehandlung von Personengruppen eine strengere Prüfung vornimmt. Während eine sachverhaltsbezogene Ungleichbehandlung nur dann gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, wenn sie willkürlich ist, weil sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache oder sonst wie einleuchtender Grund für die jeweilige Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt,¹¹⁰ müssen bei einer personenbezogenen Ungleichbehandlung zwischen den beiden unterschiedlich behandelten Gruppen von Normadressaten Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen, andernfalls ist der Gleichheitssatz verletzt. Die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG kann gerichtlich überprüft werden, die Feststellung des Gleichheitsverstößes würde die Nichtigkeit des Tarifvertrags nach sich ziehen,¹¹¹ so dass das Streikrecht der Berufsverbandsgewerkschaft wieder eröffnet wäre.

Die nach dem Berufsverbandsprinzip organisierte Gewerkschaft ist durch diese partielle Beschränkung ihres Streikrechts weder rechtlos gestellt noch sonst unverhältnismäßig in ihren Rechten eingeschränkt. Erinnerung sei daran, dass nach dem hier vertretenen Modell

- die nach dem Berufsverbandsprinzip organisierte Gewerkschaft zuvor einen Anspruch auf Beteiligung an den Tarifverhandlungen hatte;
- ihre Mitglieder einen Anspruch auf Übernahme des Verhandlungsergebnisses mit der betriebsweit repräsentativen Gewerkschaft haben;
- ihre Interessen durch ein – einem eventuellen Arbeitskampf vorgeschaltetes – Schlichtungsverfahren, in das auch die von ihr vertretene Berufsgruppe einbezogen wird, berücksichtigt werden sowie
- sachfremde Ungleichbehandlungen aufgrund des schon geschlossenen Tarifvertrags durch Art. 3 Abs. 1 GG vermieden werden.

Ich neige dazu, es bei diesen vier Schutzmechanismen zu belassen, setze dabei allerdings voraus, dass es den Industrieverbänden künftig besser gelingt, die Interessen von Schlüsselfunktionsträgern wahrzunehmen und ihrem Universalvertretungsanspruch tatsächlich in alle Richtungen gerecht zu werden. Diskutieren lässt sich sicherlich, ob das hier vorgeschlagene Modell bereits hinreichend Druck auf die Industrieverbände ausübt, sich tatsächlich mit gleicher Intensität um alle vom personellen Zuständigkeitsbereich erfasste Arbeitnehmergruppen zu kümmern.

Wer weitergehende verfassungsrechtliche Bedenken hat, wird für Fälle, in denen sich die repräsentative Gewerkschaft mit der Arbeitgeberseite ohne Schlichtungsverfahren auf einen Tarifvertrag geeinigt hat, eine fünfte Sicherung erwägen. Der in den Verhandlungen nicht zum Zuge gekommenen Gewerkschaft könnte die Möglichkeit eingeräumt werden, die angemessene Berücksichtigung ihrer Mitglieder in dem betriebsweiten Tarifvertrag nachträglich in einem Schiedsverfahren überprüfen zu lassen. Im Rahmen dieses Schiedsverfahrens könnte unter anderem kontrolliert werden, ob die betriebsweit agierende Gewerkschaft die von der Spartengewerkschaft vertretene Berufsgruppe hinreichend repräsentiert oder diese Berufsgruppe dort nur über einen unzureichenden Mitgliederbestand verfügt. Auch wenn man wie der Verfasser dieses Beitrags dem Konzept der sogenannten relativen Tariffähigkeit¹¹² skeptisch gegenübersteht, weil es zahlreiche Folgeprobleme und permanente Streitfragen nach sich zieht, sind doch Legitimation und Richtigkeitsgewähr in Frage gestellt, wenn sich der von einem Verband in Anspruch genommene Zuständigkeitsbereich nicht im Mitgliederkreis spiegelt. Solche Sonderfälle dürften sich allerdings durch eine Missbrauchskontrolle, die parallel zur Überprüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG durchzuführen wäre, erfassen lassen. Als Alternative lässt sich erwägen, das Streikrecht des Berufsverbands nur dann zurücktreten zu lassen, wenn

die Parteien des repräsentativen (Verbands-)Tarifvertrags sogleich einen Antrag auf Allgemeinverbindlichkeit dieses Tarifvertrags stellen.¹¹³

4. Koordinierung der Laufzeiten von Tarifverträgen?

Ein verbleibendes Problem betrifft die Laufzeit verschiedener Tarifverträge. Anzustreben sind im tarifpluralen Betrieb parallele Laufzeiten.¹¹⁴ Grundsätzlich ist es Aufgabe der Arbeitgeberseite, darauf zu achten, dass die Laufzeiten der in ihren Betrieben geltenden Tarifverträge identisch sind. Beim Neuabschluss eines Tarifvertrags muss daher auf die Laufzeit schon einschlägiger Tarifverträge Rücksicht genommen werden. Streikforderungen, die auf eine von einem bereits geltenden Tarifvertrag abweichende Laufzeit abzielen, sind rechtswidrig.

Im Einzelnen gilt: Erhebt eine Gewerkschaft erstmals eine Tarifforderung für einen Betrieb, für den es bereits einen die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit verwirklichenden Tarifvertrag gibt, so muss sie das Ende dieses Tarifvertrags abwarten, bevor sie Streitmaßnahmen ergreifen kann.¹¹⁵ Ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Tarifautonomie ist damit nicht verbunden. Denkbar erscheint es, für den Ausschluss des Streikrechts eine Obergrenze von zwei Jahren festzulegen, so wie umgekehrt auch die Nachbindung des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 3 TVG an eine Maximalfrist gebunden werden sollte.¹¹⁶

Ist der Tarifvertrag ausgelaufen, so haben alle im Betrieb vertretenen oder für den Betrieb zuständigen Gewerkschaften nach dem hier entwickelten Konzept einen Anspruch auf Verhandlungen mit dem sozialen Gegenspieler/Tarifpartner. Kann sich die Arbeitnehmerseite nicht auf eine einheitliche Laufzeit einigen, so ist grundsätzlich die Laufzeit des Tarifvertrags mit der repräsentativen Gewerkschaft das für spätere Abschlüsse maßgebliche Datum. Wurden zuvor mit anderen Gewerkschaften abweichende Laufzeiten vereinbart, steht diesen auf den Ablauftermin des repräsentativen Tarifvertrags ein Sonderkündigungsrecht zu. In jedem Fall hat der Arbeitgeber auch den anderen Gewerkschaften Verhandlungen über eine neue Parallelregelung anzubieten, gegebenenfalls für eine Anschlussregelung bis zum Ablauf des später ausgehandelten Tarifs. Einer Verpflichtung der Gewerkschaften zur Koordination bedarf es meines Erachtens nicht. Es ist vielmehr Sache des Arbeitgebers bzw. Arbeitgeberverbands, auf parallele Laufzeiten zu drängen.

VII. ZUSAMMENFASSUNG

Die Ergebnisse der Überlegungen lassen sich in zehn Thesen zusammenfassen:

1. Gewerkschafts- und Tarifpluralität im Betrieb bergen potentielle Risiken für das deutsche Tarifmodell.
2. Ob sich diese Risiken tatsächlich realisieren werden, erscheint aktuell ungewiss. Dem Gesetzgeber steht insoweit eine Einschätzungsprärogative zu. Angesichts der Erfahrungen mit Streiks im Bereich der Daseinsvorsorge und der im Ausland zu beobachtenden Entwicklungen muss er Störungen des Tarifsystems nicht erst abwarten, sondern kann auch aktuell präventive Maßnahmen ergreifen.
3. Eine Rechtssicherheit schaffende, die Verhältnismäßigkeit achtende Regelung liegt im Interesse aller Arbeitsvertragsparteien.
4. Tarifpluralitäten sind grundsätzlich hinzunehmen. Eine verfassungskonforme gesetzliche Regelung greift nicht schon auf der Ebene des Tarifrechts, sondern erst auf der Ebene des Arbeitskampfrechts.
5. Sie verbindet verfassungsrechtlich unproblematische verfahrensrechtliche Regelungen zur Koordinierung der Tarifverhandlungen mit einer moderaten Einschränkung des Streikrechts der Gewerkschaften nach Abschluss mitgliederschaftlich stärker legitimierter Tarifverträge.
6. Existiert im Betrieb bereits ein mit der repräsentativen Gewerkschaft geschlossener Tarifvertrag, so sind Arbeitskämpfe, die von kleineren Industrie- oder Berufsverbänden geführt werden, unzulässig.
7. Auch unter Berücksichtigung der staatlichen Neutralität gegenüber gewerkschaftlichen Organisationsmodellen leisten die nach dem Industrieverbandsprinzip organisierten Verbände aufgrund ihrer Bemühungen um innerbetriebliche Lohngerechtigkeit und um eine ausgewogene Gesamtordnung der betrieblichen Arbeitsbedingungen einen wesentlichen Beitrag zu einem funktionsfähigen Tarifsysteem. Dieser Bedeutung darf der Gesetzgeber bei der Regelung des Arbeitskampfrechts durch Streikbefugnisse Rechnung tragen, die über das Streikrecht jener Gewerkschaften hinausgehen, die nur die Partikularinteressen einzelner Berufsgruppen durchsetzen.

8. Die Einschränkung des Streikrechts der „kleineren“ bzw. nicht repräsentativen Gewerkschaft ist verfassungskonform, sofern
- die betroffene Gewerkschaft einen Anspruch auf Beteiligung an den Tarifverhandlungen hatte;
 - ihre Mitglieder einen Anspruch auf Übernahme des Verhandlungsergebnisses mit der betriebsweit repräsentativen Gewerkschaft haben;
 - ihre Interessen durch ein einem eventuellen Arbeitskampf vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren, in das auch die von ihr vertretene Berufsgruppe einbezogen wurde, berücksichtigt werden.
9. Die in ihrem Streikrecht beschränkte Gewerkschaft ist außerdem dadurch geschützt, dass sachfremde Ungleichbehandlungen aufgrund des schon geschlossenen Tarifvertrags durch Art. 3 Abs. 1 GG vermieden werden, wobei bei einer personenbezogenen Ungleichbehandlung nach der Rechtsprechung des BVerfG strenge Prüfungsmaßstäbe anzulegen sind.
10. Eine unzureichende Legitimation der repräsentativen Gewerkschaft für einzelne Berufsgruppen kann im Rahmen einer Missbrauchskontrolle sanktioniert werden.

- 1| Aktualisierte Fassung des bereits in RdA 2011, 65 erschienenen Beitrags.
 2| BAG vom 27.01.2010 – 4 AZR 549/08 (A), NZA 2010, 645.
 3| BAG vom 23.06.2010 – 10 AS 3/10, NZA 2010, 778.
 4| BAG vom 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.
 5| Corinna Budras, Bundesrichterin warnt vor Tarifgesetz, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19.07.2010, S. 13.
 6| Abrufbar unter <http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de>.
 7| Dietrich Creutzburg, Merkel will „Tarifeinheit“ neu regeln, in: Handelsblatt vom 24.11.2011.
 8| Nico Fried/Susanne Höll, „Der Zeitgeist weht ein wenig grün“, Interview mit Frank-Walter Steinmeier, in: Süddeutsche Zeitung vom 06.11.2010, S. 6.
 9| Eckpunktepapier BDA/DGB, „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern – Tarifeinheit gesetzlich regeln“, RdA 2010, 315.
 10| Pressemitteilung Nr. 94 vom 07.06.2011, abrufbar unter www.dgb.de. Dem Beschluss des DGB-Bundesvorstands, die gemeinsame Initiative mit der BDA nicht weiterzuverfolgen, waren zahlreiche Beschlussfassungen von ver.di auf Landesbezirks-, Fachbereichs- und Personengruppenkonferenzen vorausgegangen, bei denen die Mehrheit der Delegierten jede gesetzliche Regelung der Friedenspflicht – auch eine, die in Fällen sich überschneidender Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften die Tarifeinheit auf dem Boden des Mehrheits-

prinzips herstellen würde – grundsätzlich abgelehnt hatte; vgl. Pressemitteilung vom 25.05.2011, abrufbar unter www.verdi.de. Die BDA hat dagegen ihre Einschätzung bekräftigt, dass die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit auch nach dem Beschluss des DGB-Bundesvorstandes unverändert bestehen bleibe; vgl. Presse-Information Nr. 29 vom 07.06.2011, abrufbar unter www.arbeitgeber.de.

- 11| Wiedemann/Wank, 7. Aufl. 2007, § 4 TVG, Rn. 280; siehe BAG vom 28.05.1997 – 4 AZR 546/95, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 26.
 12| Die Tarifverträge müssen allerdings nicht insgesamt völlig deckungsgleich sein, Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 98.
 13| Siehe zuletzt BAG vom 16.05.2001 – 10 AZR 357/00, EzA Nr. 23 zu § 3 TVG.
 14| Siehe z. B. BAG vom 25.07.2001 – 10 AZR 599/00, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 242.
 15| HWK/Henssler, 4. Aufl. 2010, § 3 TVG, Rn. 49; Franzen, RdA 2008, 193, 198; Willemsen/Mehrens, NZA 2010, 1313, 1320.
 16| BAG vom 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068; zur älteren Rechtsprechung vgl. BAG vom 20.03.1991 – 4 AZR 455/90, AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20.
 17| Vgl. § 15 mit Anlage 1 Ziff. 2a Spiegelstrich 2 der DGB-Satzung.
 18| So auch statt vieler Erfk/Franzen, 11. Aufl. 2011, § 4 TVG, Rn. 71; Bayreuther, NZA 2007, 187, 188 f.; Reichold, RdA 2007, 321, 326 f.
 19| Voraussetzung ist die Tariffähigkeit der Gewerkschaft, BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, AP TVG § 2 Tariffähigkeit (UFO) Nr. 1; BAG vom 28.03.2006 – 1 ABR 58/04, AP TVG § 2 Tariffähigkeit (CGM) Nr. 4.
 20| BAG vom 28.03.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112; dazu eingehend Henssler, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften – Das Beispiel der Christlichen Gewerkschaft Metall, 2006.
 21| BAG vom 28.05.1997 – 4 AZR 546/95, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 26.
 22| BAG vom 21.02.2001 – 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318.
 23| Franzen, RdA 2008, 193, 195.
 24| BAG vom 19.11.1992 – 10 AZR 290/91, NZA 1993, 405.
 25| BAG vom 18.10.2006 – 10 AZR 576/05, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 287; HWK/Henssler (Fn. 15), § 4 TVG, Rn. 52.
 26| BAG vom 11.02.2004 – 4 AZR 94/03, NJOZ 2005, 2310, 2314; LAG Hamm vom 10.06.2008 – 4 Sa 89/08, BeckRS 2008, 55961; LAG Baden-Württemberg vom 31.05.2005 – 20 TaBV 3/04, BeckRS 2005, 30804308.
 27| Zur generellen Freistellung der vom Arbeitgeber freiwillig veranlassten Tarifpluralitäten: Bayreuther, NZA 2007, 187, 188 ff.; Schliemann, NZA 2000, Sonderbeilage zu Heft 24, S. 24, 25 ff.; a.A. Reichold, RdA 2007, 321, 325 f.
 28| Dazu oben (Fn. 10).
 29| Eckpunktepapier BDA/DGB, Ziff. 4., RdA 2010, 315.
 30| Eckpunktepapier BDA/DGB, Ziff. 3, RdA 2010, 315.
 31| BAG vom 11.02.2004 – 4 AZR 94/03, NJOZ 2005, 2310, 2314.
 32| Dazu oben (Fn. 10).
 33| Eckpunktepapier BDA/DGB, RdA 2010, 315.
 34| Bayreuther/Franzen/Greiner/Krause/Oetker/Preis/Rebhahn/Thüsing/Waltermann, Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, 2011, S. 44 f.
 35| Vgl. nur jüngst BAG vom 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028.
 36| Däubler/Zwanziger, 2. Aufl. 2006, § 4 TVG, Rn. 935.
 37| Jacobs (Fn. 12), S. 309 m.w.N.; Reichold, RdA 2007, 321, 327.
 38| BAG vom 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.
 39| BAG vom 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068, 1074, Rn. 48.

- 40| So auch Bayreuther, NZA 2008, 12; Giesen, NZA 2009, 11, 14; Hirdina, NZA 2009, 997; Jacobs, in: Festschrift Buchner, 2009, S. 342 ff.; Meyer, in: Festschrift Adomeit (2008), S. 459 ff.; Richardi, JZ 2011, 282, 291; von Steinau-Steinrück/Glanz, NZA 2009, 113.
- 41| BVerfGE 84, 212, 228; BVerfGE 92, 26, 41; BVerfGE 100, 271, 283; BVerfGE 103, 293, 306; BVerfG vom 06.02.2007 – 1 BvR 978/05, NZA 2007, 394, 395.
- 42| BVerfGE 89, 214, 232.
- 43| BVerfGE 93, 32, 359.
- 44| BVerfGE 57, 220, 246; BVerfGE 93, 352, 361.
- 45| BVerfGE 28, 295, 307.
- 46| BAG vom 17.12.1958 – 1 AZR 349/57, AP TVG § 1 Friedenspflicht Nr. 3.
- 47| Ebenso Bister, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 149.
- 48| BAG vom 21.04.1971 – GS 1/68, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 43; kritisch Lieb, RdA 1991, 145, 149 ff.; Rieble, Arbeitskampf und Wettbewerb, 1996, Rn. 1387.
- 49| Zum Unterstützungstreik siehe BAG vom 19.06.2007, NZA 2007, 1055; Franzen, RdA 2008, 193, 201.
- 50| Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, 1988, S. 41, 44 f.
- 51| Vgl. nur BAG vom 28.03.2006 – 1 ABR 58/04, AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4.
- 52| Henssler, ZfA 2010, 397; Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 431; a.A. Franzen, RdA 2008, 193, 202.
- 53| Ebenso Bister, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 168 f.
- 54| BAG vom 14.12.1993 – 1 AZR 550/93, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 129; BAG vom 11.07.1995 – 1 AZR 161/95, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 138; Franzen, RdA 2008, 193, 201; ErfK/Dieterich, Art. 9 GG, Rn. 146; Löwisch, ZfA 1988, 137, 142; Richter, Grenzen aktiver Produktionsbehinderung im Arbeitskampf, 2005, S. 68.
- 55| BAG vom 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 u. a., AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 70, 71.
- 56| BAG vom 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 u. a., AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 70, 71; MünchKommBGB/Henssler, 5. Aufl. 2009, § 615 Rn. 104.
- 57| BAG vom 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 u. a., AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 70.
- 58| BAG vom 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 u. a., AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 70.
- 59| BAG vom 12.11.1996 – 1 AZR 364/96, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 147; MünchKommBGB/Henssler (Fn. 56), § 615 Rn. 105.
- 60| So auch Bister, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 175; Spielberger, NJW 2011, 264, 266; Willemsen/Mehrens, NZA 2010, 1313, 1320; Gagel/Bepler, SGB II/SGB III, Stand: 01.07.2010, Vor. § 146 Rn. 55; vgl. auch Deinert, RdA 2011, 12, 21.
- 61| BAG vom 22.03.1994 – 1 AZR 622/93, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 130; BAG vom 31.01.1995 – 1 AZR 142/94, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 135.
- 62| BVerfG vom 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, E 84, 212 = NZA 1991, 809 zu C I 1 a) m.w.N.; BAG vom 22.09.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347 = NJW 2010, 631.
- 63| Ebenso Dieterich, in: Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 532, 540; Deinert, NZA 2009, 1176, 1182 m.w.N. in Fn. 101; Franzen, ZfA 2009, 297, 311; wohl auch Bayreuther, NZA 2008, 12, 15.
- 64| BVerfG vom 24.04.1996 – 1 BvR 712/86, NZA 1996, 1157, 1158; BVerfG vom 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 228 = NJW 1991, 2549; kritisch bereits Henssler, ZfA 1998, 1, 11.

- 65| So versucht etwa Giesen (ZfA 2011, 1, 13 ff.) den BDA/DGB-Entwurf zur Tarifeinheit als bloße Ausgestaltung der Tarifautonomie verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, was jedoch schon im Hinblick auf die einschneidende Rechtsfolge (Verdrängung der Regelungen eines vollwirksamen Tarifvertrags) bedenklich erscheint.
- 66| Vgl. bereits Henssler, ZfA 1998, 1, 11.
- 67| Dazu eingehend Henssler, ZfA 1998, 1, 32 ff.
- 68| Dazu eingehend Henssler, ZfA 1998, 1, 5.
- 69| Henssler, ZfA 1998, 1, 5.
- 70| Vgl. nur BVerfG vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, NZA 2007, 42 ff.
- 71| BVerfG vom 24.04.1996 – 1 BvR 712/86, NZA 1996, 1157, 1161; BVerfG vom 04.07.1995 – 1 BvF 2/86, AP AFG § 116 Nr. 4.
- 72| Dazu oben (Fn. 10).
- 73| Eckpunktepapier BDA/DGB, „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern – Tarifeinheit gesetzlich regeln“, 2010, RdA 2010, 315.
- 74| Vgl. auch die kritischen Stellungnahmen von Dieterich, AuR 2011, 4650; Konzen, JZ 2010, 1036 ff.; Löwisch, RdA 2010, 263 ff. Aus Sicht von O.E. Kempen besteht demgegenüber nach der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch das BAG eine gesetzliche Verpflichtung zur wiederherstellenden Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit durch eine dem BDA/DGB-Entwurf entsprechende Kodifikation.
- 75| Meyer, DB 2006, 1271; Buchner, BB 2003, 2121, 2124 f.
- 76| Eckpunktepapier BDA/DGB, Ziff. 1, RdA 2010, 315.
- 77| Eckpunktepapier BDA/DGB, Ziff. 1, RdA 2010, 315.
- 78| Hromadka, NZA 2008, 384, 389 f.
- 79| Greiner (Fn. 52), S. 348 ff.
- 80| Ebd., S. 350 ff.
- 81| Bayreuther/Franzen/Greiner/Krause/Oetker/Preis/Rebhahn/Thüsing/Waltermann, Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, 2011, S. 44 f. Vgl. auch die Einschätzungen von Dieterich, AuR 2011, 46, 47 und Konzen, JZ 2010, 1036, 1044.
- 82| Sehr kritisch zum Kriterium der relativen Mehrheit im Überschneidungsbereich des jeweiligen Tarifvertrags Dieterich, AuR 2011, 46, 47.
- 83| Bayreuther/Franzen/Greiner/Krause/Oetker/Preis/Rebhahn/Thüsing/Waltermann, Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, 2011, S. 54.
- 84| Ebd.
- 85| Der BDA/DGB-Entwurf wurde vom DGB jedoch inzwischen aufgegeben, dazu oben (Fn. 10).
- 86| Bayreuther/Franzen/Greiner/Krause/Oetker/Preis/Rebhahn/Thüsing/Waltermann, Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, 2011, S. 56 f.
- 87| Franzen, RdA 2008, 193, 203 f.; dafür auch Kamanabrou, ZfA 2008, 241, 270 ff.; Schliemann, in: Festschrift Hromadka (2010), S. 359, 378.
- 88| Kamanabrou, ZfA 2008, 241 ff.
- 89| Ebd., 274.
- 90| Auch Konzen (JZ 2010, 1036, 1040) hält allenfalls eine arbeitskampfrechtliche Lösung für erwägenswert, verlangt aber zunächst eine umfassende rechtstatistische Untersuchung, die den Umfang der Berufsverbandsgewerkschaften in der Tarifwirklichkeit, ihre Tarifpolitik sowie die Ursachen für diese Politik ergründet.
- 91| Vgl. dazu Hromadka/Schmitt-Rolfes, NZA 2010, 687, 689.
- 92| So schon Henssler, ZfA 2010, 397.
- 93| So mit guten Argumenten Konzen, JZ 2010, 1036, 1046; Dieterich, AuR 2011, 46, 50; Düwell, FA 2011, 2, 5.

- 94| Vgl. nur die Rechtsprechung zum Warnstreik BAG vom 31.10.1995 – 1 AZR 217/95, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 140.
- 95| Ebenso Bister, *Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen*, 2011, S. 157 ff.
- 96| BAG vom 21.04.1971 – GS 1/68, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 43.
- 97| Eckpunktepapier BDA/DGB, Ziff. 3, RdA 2010, 315. Die Initiative wird vom DGB jedoch nicht weiterverfolgt, dazu oben (Fn. 10).
- 98| Bayreuther/Franzen/Greiner/Krause/Oetker/Preis/Rebhahn/Thüsing/Waltermann, *Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers*, 2011, S. 44.
- 99| Henssler ZfA 1998, 1, 15; vgl. auch BVerfG vom 04.07.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., NJW 1996, 185, 186.
- 100| So auch Konzen, JZ 2010, 1036, 1041.
- 101| Wiedemann, *Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis*, 1966.
- 102| BAG vom 28.03.2006 – 1 ABR 59/04, NZA 2006, 1367; HWK/Clemenz, § 87 BetrVG, Rn. 179.
- 103| Auch Richardi (JZ 2011, 282, 291) hält das Interesse der Arbeitgeberseite an der Verteilungsgerechtigkeit im Betrieb wegen des ihr betriebsverfassungsrechtlich auferlegten Gleichheitsgebots für entscheidend bei der Beurteilung der Streikbefugnisse im tarifpluralen Betrieb und folgert daraus einen Verhandlungsanspruch des Arbeitgebers gegenüber allen in seinem Unternehmen vertretenen Gewerkschaften.
- 104| Zutreffend Fischer, FA 2011, 5, 6.
- 105| Bayreuther/Franzen/Greiner/Krause/Oetker/Preis/Rebhahn/Thüsing/Waltermann, *Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers*, 2011, S. 44 f. Dazu ausführlich oben unter V.2.d).
- 106| Zöllner, RdA 1969, 250, 254.
- 107| BAG vom 12.10.2004 – 3 AZR 571/03, NZA 2005, 1127, 1129; BAG vom 27.05.2004 – 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399, 1402.
- 108| BAG vom 12.10.2004 – 3 AZR 571/03, NZA 2005, 1127, 1129.
- 109| BVerfGE 82, 126, 146.
- 110| BVerfGE 92, 53.
- 111| Wiedemann/Wank (Fn. 11), Einl. Rn. 243.
- 112| Dazu Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. 2004, § 2 TVG Rn. 37 ff.
- 113| In diese Richtung – allerdings erst ab Allgemeinverbindlichkeit – ging der Vorschlag von Löwisch anlässlich einer gemeinsamen Diskussion des Vorschlags auf einer Tagung zum Thema der Tarifeinheit in Düsseldorf am 21.01.2011.
- 114| Vgl. dazu Löwisch (RdA 2010, 263, 266), der die Sozialpartner verpflichten will, sich über abweichende Laufzeiten zu verständigen.
- 115| A.A. Bister, *Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen*, 2011, S. 152 f., der diese Einschränkung für eine unzulässige Ausdehnung der Friedenspflicht aus dem bereits abgeschlossenen Tarifvertrag auf die erstmals auftretende Gewerkschaft hält. Diese Wirkung lässt sich jedoch vermeiden, wenn für den Ausschluss des Streikrechts dieser Gewerkschaft eine zeitliche Obergrenze vorgesehen wird.
- 116| Dazu Henssler, in: *Festschrift Picker (2010)*, S. 987, 993, 1008 ff.

SMALL IS BEAUTIFUL?

ANMERKUNGEN ZUR TARIFEINHEIT AUS CHRISTLICH-SOZIALER SICHT

Regina Görner

Deutschland hat die Weltwirtschaftskrise bisher herausragend gut durchgestanden. Das ist nicht zuletzt ein Verdienst seines Tarifvertragssystems und der Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit, welcher soziale Konflikte aus den Unternehmen heraushält. Doch die deutsche Gewerkschaftslandschaft ist im Umbruch: Neben den altbewährten großen Industrieverbandsgewerkschaften haben sich in der Vergangenheit neue Spartengewerkschaften gebildet, welche in jüngster Vergangenheit gute Tarifverträge für ihre jeweilige Klientel durchsetzen konnten. Diese Entwicklung ist nicht überraschend, vertreten die Spartengewerkschaften doch in der Regel die Spezialinteressen kleinerer Arbeitnehmergruppen mit besonders hoher Streikkraft. Im Gegensatz zu den großen Industriegewerkschaften müssen sie auch nicht die Interessen aller Arbeitnehmer im Blick haben. Die Solidarität der Arbeitnehmer untereinander und der besondere Schutz der Interessen der Schwächeren sind durch diese Entwicklungen in besonderem Maße gefährdet. Es droht eine Situation, in der die Lohnzuwächse zunehmend ungleich verteilt werden und die schwächeren Arbeitnehmergruppen dauerhaft benachteiligt werden – das ist vor allem aus christlich-sozialer Sicht äußerst bedenklich. Die Frage der Zukunft wird daher sein: Wie können wir die Solidarität

zwischen den Arbeitnehmern und das Verantwortungsgefühl der Streikenden gegenüber dem gesamtwirtschaftlichen System erhalten, ohne dabei die Rechte der Sparten Gewerkschaften zu untergraben?

I. DIE TARIFEINHEIT ALS DEUTSCHES ERFOLGSREZEPT

Inzwischen hört man es wieder häufiger: Deutschland ist mit seinem Tarifvertragssystem gut gefahren. Es hat sich vor allem in Krisen als funktionsfähig erwiesen und für einen stabilen sozialen Frieden gesorgt. Nicht zuletzt dadurch hat das Tarifvertragssystem den deutschen Unternehmen Vorteile im globalen Wettbewerb verschafft und so dazu beigetragen, dass sie bisher gut durch die Turbulenzen der Weltwirtschaftskrise gekommen sind. Ein entscheidender Faktor dieser positiven Rolle ist der Grundsatz der Tarifeinheit, welcher besagt, dass grundsätzlich nur ein Tarifvertrag im Unternehmen zur Anwendung kommt – im Übrigen leistet dieser Grundsatz auch einen Beitrag zur Entbürokratisierung.

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Blick auf neuere Entwicklungen festgestellt, dass es seine Entscheidungspraxis anpassen müsse: Künftig sollen mehrere Tarifverträge innerhalb eines Betriebs gültig sein können. Diese Rechtsprechung hat die Frage aufgeworfen, warum man den alten Zustand nicht gesetzlich festschreiben und damit dem Grundsatz der Tarifeinheit eine Rechtsgrundlage verschaffen könne. Es wird argumentiert, der Grundsatz, wonach immer der speziellere Tarifvertrag zu gelten habe, solle im Gesetz geregelt werden, um die Probleme zu lösen. Außerdem könne so gewährleistet werden, dass Tarifpluralität erhalten bleibe und auch kleinere Gewerkschaften eine Chance behielten, die Arbeitsbeziehungen in den Betrieben mitzugestalten.

Diese Sicht auf das Problem mag auf den ersten Blick plausibel wirken, erweist sich jedoch bei näherem Hinsehen als äußerst fatal. Das Bundesarbeitsgericht hat sich nicht ohne Grund veranlasst gesehen, seine bisherige Praxis zu überdenken. Die Grundbedingungen der Interessenvertretungsstrukturen in Deutschland haben sich so verändert, dass die alten Verfahrensweisen nicht mehr taugen.

II. DER SPEZIALITÄTSGRUNDSATZ – DAMALS UND HEUTE

Doch was genau hat sich gewandelt? Lange Zeit spielte Tarifkonkurrenz in Deutschland keine wirkliche Rolle. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände schlossen Flächentarifverträge miteinander ab, die die Wettbewerbsbedingungen aller Unternehmen in Bezug auf den Einsatz von Personal vereinheitlichten. Konkurrenz vollzog sich dadurch nicht über die Lohnhöhe und die tariflich geregelten Arbeitsbedingungen, sondern über die Qualität der Produkte, Innovation, intelligente Produktionsverfahren usw. Dieses Prinzip hat viele deutsche Unternehmen zu internationalen Marktführern werden lassen.

Zwar wurden schon immer neben den Flächentarifverträgen auch Haustarifverträge abgeschlossen, doch das geschah vor allem dort, wo Flächentarifverträge noch nicht durchgesetzt werden konnten bzw. Arbeitgeber nicht bereit waren, sich einem Arbeitgeberverband anzuschließen. Aus dieser parallelen Existenz von Flächen- und Haustarifverträgen resultierte daher keine Tarifkonkurrenz. Dies gilt auch für die Fälle, in denen Haustarifverträge gemacht wurden, um ganz besonderen Bedingungen, die ein Unternehmen von anderen unterschied, Rechnung zu tragen. So hat z. B. Volkswagen aufgrund seiner speziellen Rechtskonstruktion anders als andere Automobilhersteller, die dem Flächentarifvertrag angehören, solch einen Haustarifvertrag. Er sichert natürlich bessere Bedingungen für die Beschäftigten, als diese in der Fläche durchsetzbar wären, aber die vertragsschließenden Parteien sind bei beiden Tarifverträgen – Flächentarifvertrag und Haustarifvertrag – identisch.

In diesen Fällen galt zu Recht der Spezialitätsgrundsatz: Der speziellere Vertrag, in diesem Fall der Haustarifvertrag, hatte zu gelten. Er war ausdrücklich von den tarifschließenden Parteien gemacht worden, um die Spezialität zu berücksichtigen. Analog zu diesem Grundsatz hat man auch in Fällen entschieden, die einen anderen Hintergrund hatten: Wenn es in einem Unternehmen konkurrierende Gewerkschaften gab. Diese konkurrierenden Gewerkschaften (z. B. Deutscher Gewerkschaftsbund, Christlicher Gewerkschaftsbund) traten früher zumeist mit dem gleichen Anspruch auf, nämlich einen Tarifvertrag für alle Beschäftigten des Unternehmens auszuhandeln und abzuschließen. Sie waren in diesem Sinne nicht nach Beschäftigtengruppen, sondern nach dem Industrieverbandsprinzip organisiert.

III. DIE ROLLE DER INDUSTRIEVERBANDS- GEWERKSCHAFTEN FÜR DEN SOZIALEN FRIEDEN

Das wird fast immer übersehen: Solche Industrieverbandsgewerkschaften, die mit dem Anspruch auftreten, für alle Arbeitnehmer im Betrieb zu handeln, erfüllen in den Unternehmen eine wichtige, unverzichtbare Funktion. Sie müssen bereits bei der Aufstellung einer Forderung und natürlich erst recht beim Abschluss eines Tarifvertrages den Ausgleich der Interessen verschiedener Beschäftigtengruppen im Betrieb im Blick haben. Sie müssen den Ausgleich der Interessen auf der Arbeitnehmerseite gewährleisten, denn die Verteilungsmasse, die im Unternehmen oder einer Branche zur Verfügung steht, ist nicht beliebig ausdehnbar, sondern muss irgendwie auf die Beschäftigten aufgeteilt werden. Industrieverbandsgewerkschaften beteiligen sich ausdrücklich an diesem Prozess.

An dieser Stelle wird der Anteil deutlich, den die Tarifpartner zum sozialen Frieden beitragen. Wenn Arbeitgeber allein entscheiden müssten, welche Arbeitnehmergruppe wie viel von der Verteilungsmasse bekommt, wäre der soziale Frieden in den Unternehmen kaum zu gewährleisten. Werden hingegen die Gewerkschaften mit ihrer Kompetenz und ihrer Kenntnis von der Beschäftigtenseite an diesem Prozess beteiligt, erhalten die Eingruppierungsmodalitäten und die Zuteilung der Verteilungsmasse auf unterschiedliche Beschäftigtengruppen deutlich mehr Vertrauenswürdigkeit. Das stiftet sozialen Frieden!

Diese Aufgabe wahrzunehmen, bedarf auf Seiten der Industrieverbandsgewerkschaften großer Anstrengungen: Sie müssen diejenigen Beschäftigten, die eine starke Verhandlungsposition haben, dafür gewinnen, sich auch für die Schwächeren einzusetzen. Dies führt dazu, dass Arbeitnehmer mit starker Verhandlungsposition oft die eigentliche Last des Arbeitskamps tragen, beim Ergebnis aber oft zurückstecken müssen – nur so können auch die Schwächeren etwas abbekommen. Das ist ein schwieriger Prozess, der an Gewerkschaften und ihre Fähigkeit, Solidarität zu stiften, hohe Anforderungen stellt. Aber dieser Prozess kann in seiner Bedeutung nicht nur für die Interessenvertretungen aller Arbeitnehmer, sondern auch für die Gewährleistung des sozialen Friedens gar nicht überschätzt werden.

Aus Sicht der christlichen Gesellschaftslehre liegt hier der besondere Wert der Industrieverbandsgewerkschaften. Sie organisieren Solidarität gerade unter denen, die unterschiedliche, zum Teil widerstreitende Interessen haben und schützen so die Interessen der Schwachen.

IV. DER AUFMARSCH DER SPARTENGEWERKSCHAFTEN

Einheitsgewerkschaften können langfristig nur überleben, wenn sie die Belange aller Beschäftigten auch tatsächlich im Blick haben. Nur so bekommen sie eine breite Mitgliederbasis und dadurch die benötigte Kampfkraft für die Lohnverhandlungen. Und nur so können sie Einzelinteressen einbinden. Politische Konflikte werden so aus den Unternehmen herausgehalten – dadurch wird im Übrigen auch der Einfluss politisch extremer Gruppierungen innerhalb des Unternehmens zurückgedrängt. Diese Rolle führt gewerkschaftsintern oft genug zu Konflikten, die dann aber im Unternehmen selbst nicht mehr ausgetragen werden (müssen) – der Betriebsfrieden wird so nachhaltig gesichert.

Gewerkschaften, die sich dezidiert nur den Belangen durchsetzungsfähiger Beschäftigtengruppen im Betrieb widmen, haben es hingegen wesentlich einfacher. (Das gleiche Problem stellt sich im Übrigen auch bei Volksparteien und Parteien, die lediglich Sonderinteressen vertreten!) Spartengewerkschaften zielen auf die Solidarität der Starken untereinander und können sehr schnell erfolgreich sein und die Erwartungen ihrer Mitglieder befriedigen. Es muss aber bedacht werden, dass dies nur für solche gilt, die tatsächlich eine gute Verhandlungsposition haben. Die Arbeitnehmer, die diese Position nicht haben – und deren Interessen dürfen, jedenfalls nach christlich-sozialer Vorstellung, nicht unter den Tisch fallen! – profitieren jedoch keinesfalls von der Bildung solcher kleinen, schlagkräftigen Organisationen. Im Gegenteil: Sie bleiben dauerhaft benachteiligt und von der allgemeinen Wohlstandsentwicklung abgekoppelt.

V. DIE FOLGEN EINER GESETZLICHEN FESTSCHREIBUNG DES SPEZIALITÄTSGRUNDSATZES

Solche sogenannten Spartengewerkschaften wären nach dem Spezialitätsprinzip, falls es gesetzlich verankert würde, immer im Vorteil, denn im Zweifel sind sie immer die Spezielleren. Das Spezialitätsprinzip, ursprünglich ein sinnvoller Grundsatz, würde so dazu führen, dass nicht die

Rechte der Schwachen, sondern die Durchsetzungsmöglichkeiten der Starken gesetzlich festgeschrieben würden. Die Arbeitnehmer, die über eine besonders schwache Verhandlungsposition verfügen, hätten keine Chance mehr, ihre Situation zu verbessern – und genau das kann nach christlich-sozialer Vorstellung nicht sein!

Was wären die weiteren Folgen einer solchen gesetzlichen Festschreibung? Alle Akteure auf der Beschäftigtenseite wären gezwungen, möglichst spezielle Tarifverträge zu erstreiten – für immer kleinere Beschäftigtengruppen. Auch die Industrieverbandsgewerkschaften im DGB müssten sich auf diese Struktur einlassen und ihrerseits versuchen, solche spezielleren Tarifverträge zu erkämpfen. Alle würden versuchen, eine möglichst starke Verhandlungsmacht bei den neuralgischen Beschäftigtengruppen zu erreichen – in der IT, in den Sicherheitsdiensten, in der Logistik usw. Die Streikhäufigkeit in diesen Bereichen würde extrem zunehmen, denn die konkurrierenden Gewerkschaften müssten möglichst rasch ihre Leistungsfähigkeit für ihre kleinen Mitgliedergruppen unter Beweis stellen.

Natürlich wären in diesem Geschäft die „großen“ Gewerkschaften nicht chancenlos, denn sie verfügen in vielen neuralgischen Bereichen der Unternehmen über eine breite Mitgliederbasis. In aller Regel verhindern diese Gewerkschaften heute allerdings, dass solche Bereiche bestreikt werden, weil dadurch die Belange Dritter im Betrieb, in der Branche oder vielleicht sogar das Gemeinwohl gefährdet werden würden.

Die Industrieverbandsgewerkschaften sind sich durchaus der Tatsache bewusst, dass in einer Ökonomie mit massiven gegenseitigen Abhängigkeiten, etwa von Zulieferern und Endherstellern, Produktionsausfälle bei einem Zulieferer ganz erhebliche Probleme bei einer Fülle von Endherstellern nach sich ziehen würden. Diese Gewerkschaften sind daher einem Mäßigungszwang ausgesetzt, dem die kleinen Spartengewerkschaften prinzipiell nicht unterliegen. Erfahrungen aus der Praxis belegen dies hinreichend. So vereinbaren Gewerkschaften, die nach dem Industrieverbandsprinzip arbeiten, im Streikfall regelmäßig Notfallpläne, die besonders wichtige Bereiche, die z. B. für die öffentliche Sicherheit oder Daseinsvorsorge relevant sind, aus dem Streikgeschehen heraushalten. Die vorgeschlagene Neuregelung nach dem Spezialitätsprinzip würde Spartengewerkschaften hingegen förmlich dazu auffordern, gerade diese Unternehmensbereiche in den Arbeitskampf zu führen. Die Konkurrenz-

situation hätte zur Folge, dass auch die Industrieverbandsgewerkschaften, um mit den Spartengewerkschaften mithalten zu können, gezwungen wären, ihre bisherigen Strategien aufzugeben.

Eines ist offenkundig: Das Problem der Tarifeinheit ließe sich auf diese Weise nicht lösen. Man müsste damit rechnen, dass immer mehr einzelne Beschäftigtengruppen ihr Heil in eigenen Tarifstrukturen suchen würden. Für immer mehr Berufsgruppen würden dann spezielle Tarifverträge zur Anwendung kommen und natürlich würden auch dort in kürzester Zeit gewerkschaftliche Zusammenschlüsse miteinander in Konkurrenz stehen, zwischen denen nach dem Spezialitätsprinzip nicht mehr unterschieden werden könnte (z. B. mehrere Lokführergewerkschaften). Dann müsste doch ein anderer Konfliktlösungsmechanismus gefunden werden, höchstwahrscheinlich nach dem Grundsatz der Repräsentativität. Diese Entscheidungen müssten mittelfristig jedoch für jede einzelne und tendenziell immer kleinere Beschäftigtengruppen getroffen werden – eine unübersehbare Vielfalt unterschiedlichster anzuwendender Tarife im Betrieb wäre die Folge, eine massive Verstärkung des Bürokratieaufwands unausweichlich. Auch die für die Arbeitgeber so wichtige Verlässlichkeit und Planbarkeit von Lohnaufwendungen und Personalentwicklungen würde darunter leiden und deshalb nicht automatisch zu mehr Flexibilität auf der Unternehmensseite führen.

VI. ALTERNATIVE LÖSUNGSVORSCHLÄGE

Die Lösung wäre auch nicht, die Friedenspflicht für die konkurrierenden Gewerkschaften verbindlich zu machen. In einem System vieler kleiner, aber verhandlungsstarker Gruppen einzelner Kleingewerkschaften müsste damit gerechnet werden, dass Arbeitskampfmaßnahmen eingeleitet würden, die möglicherweise ein Unternehmen massiv schädigen können, ehe eine derartige Aktivität von Gerichten untersagt und tatsächlich gestoppt werden könnte. Die Gewerkschaften nach dem Industrieverbandsprinzip sind seit Jahrzehnten ziemlich erfolgreich damit gewesen, solche – nach heutigem Verständnis – „wilden“ Streiks zu unterbinden. Dieses Geschäft müssten künftig Justiz und Polizei erledigen, die aber nicht präventiv tätig werden, sondern immer nur im Nachhinein sanktionieren können. Ob davon eine abschreckende Wirkung ausgehen kann, muss angesichts der Anreize für solche Arbeitskampfstrategien stark bezweifelt werden.

Diskutiert wurde auch, ob es nicht möglich sei, konkurrierende Gewerkschaften zu gemeinsamen Verhandlungen zu verpflichten. Ein solcher Vorschlag verkennt jedoch den Charakter von Tarifbewegungen. Nach dem bisher üblichen Verfahren besteht ein unauflöslicher Zusammenhang zwischen Verhandlungen einerseits und der Bereitschaft und der Fähigkeit zu Arbeitsk Kampfmaßnahmen andererseits. Wer Forderungen stellt, muss auch bereit sein, das Risiko eines Arbeitskampfes zu tragen und er muss in klarem Bewusstsein dieser ihn selbst betreffenden Risiken seine Entscheidungen treffen. Verbände, die nicht arbeitskampffähig sind, aber dennoch an Verhandlungen beteiligt würden, könnten ihr Risiko auf andere überwälzen und würden damit faktisch deren Durchsetzungskraft untergraben. Da diese Verbände selbst kein Risiko in der Tarifaufeinander setzung tragen würden, wären sie zudem weit eher als heute geneigt, für Arbeitsk Kampfmaßnahmen zu votieren, denn sie unterlägen keinem Mäßigungsdruck und müssten die Folgen solcher Kampfmaßnahmen nicht selbst tragen.

Im Raum steht auch der Vorschlag, das Problem der Tarifeinheit über Zwangsschlichtungen zwischen konkurrierenden Gewerkschaften zu regeln. Man muss sich aber darüber im Klaren sein, dass dadurch letztlich die Tarifaufautonomie aufgegeben werden würde. Die maßgeblichen Entscheidungen würden nicht mehr von den Sozialparteien getroffen, sondern von einem vom Staat beauftragten Dritten. Dies wäre nicht nur ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip der christlichen Gesellschaftslehre, die befriedende Wirkung solcher Zwangsschlichtungen dürfte auch nur auf dem Papier Bestand haben.

VII. DAS MEHRHEITSPRINZIP ALS ZIELFÜHRENDE ALTERNATIVE

Diese Wege sind ordnungspolitisch entschieden abzulehnen. Bleibt die Frage, was zu tun wäre. Man kann natürlich auf eine gesetzliche Regelung verzichten und das Ganze dem freien Spiel der Kräfte überlassen. Der Vorteil der Tarifeinheit und die Sicherung des sozialen Friedens in der deutschen Wirtschaft wären dann allerdings beständig in Gefahr. Aber das wäre noch das kleinere Übel gegenüber einer gesetzlich vorgenommenen massiven Verschiebung der Kräfteverhältnisse in den Betrieben, einer Bestrafung der Industrieverbandsgewerkschaften für den wesentlichen Dienst, den sie der Gesellschaft leisten, und einer Belohnung der kleinen Sparten gewerkschaften für ihre schrankenlose Vertretung von

Spezialinteressen. Das deutsche Sozialmodell, das erheblich von der christlichen Gesellschaftslehre mitgeprägt wurde, stünde damit auf dem Spiel.

Demgegenüber ist der Vorschlag, den DGB und Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) unterbreitet hatten, zwar nicht gänzlich problemlos – Gewerkschaften tun sich sehr schwer, einer Friedenspflicht für die Dauer der Gültigkeit eines nicht selbst vereinbarten Tarifvertrages zuzustimmen! Da die Umsetzung des Vorschlags immer weiter auf sich warten ließ, haben schließlich die Kritiker des Verfahrens, vor allem bei der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di), die Oberhand erhalten. Nachdem ohnehin absehbar war, dass mit einer Umsetzung der Initiative durch die Bundesregierung nicht mehr zu rechnen ist, hat der DGB sich auch offiziell von diesem Vorschlag verabschiedet. Damit ist aber das Problem Tarifeinheit in keiner Weise gelöst, die dargestellten Gefahren der Entwicklungen im System der Sozialparteien drohen also auch künftig.

Aus meiner Sicht bleibt der Inhalt des DGB/BDA-Vorschlags auf dem Tisch. Er stellt einen von keiner Seite geliebten, aber dennoch in der Sache zweckmäßigen Kompromiss dar, mit dessen Hilfe der Betriebsfrieden in den Unternehmen gewährleistet werden könnte. Er würde die Konkurrenz der Gewerkschaften im Betrieb um Mitglieder von Mal zu Mal neu anreizen, allen, auch den Sparten gewerkschaften, Betätigungsmöglichkeiten erlauben, zugleich aber auch dem Gemeinwohl dienen. Es dürfte wohl kaum ein Zufall sein, dass auch in Ländern mit einer seit langem etablierten Tarifkonkurrenz von Industrieverbands- oder Richtungs gewerkschaften (wie in Frankreich und Italien etc.) die Tarifeinheit im Betrieb nach genau demselben Verfahren sichergestellt wird, das von DGB und BDA vorgeschlagen wurde: nach dem Mehrheitsprinzip. Auch die Demokratie wusste ja bisher keine bessere Lösung, wenn Mehrheiten und Minderheiten ihre Interessenkonflikte austragen. Warum sollte das nicht auch für konkurrierende Gewerkschaften gelten?!

RETTET DIE KOALITIONSFREIHEIT!

FÜR GEWERKSCHAFTLICHE PLURALITÄT UND TARIFAUTONOMIE

Rudolf Henke | Armin Ehl

I. DER MARBURGER BUND – BERUFGEWERKSCHAFT UND TARIFVERTRAGSPARTEI

Der Marburger Bund ist die gewerkschaftliche, gesundheits- und berufspolitische Interessenvertretung aller angestellten und beamteten Ärztinnen und Ärzte in Deutschland. Mit mehr als 108.000 Mitgliedern ist der Marburger Bund der größte Ärzteverband mit freiwilliger Mitgliedschaft in Europa. Seine vierzehn Landesverbände sind im Marburger Bund Bundesverband zusammengeschlossen. Eine Vielzahl von hauptamtlichen Mitarbeitern in den Geschäftsstellen der Landesverbände berät die Mitglieder in allen Belangen ihrer beruflichen Tätigkeit.

Der Verband blickt auf eine über sechzigjährige Geschichte zurück, in der er sich zur einzigen tariffähigen Ärztegewerkschaft Deutschlands entwickelt hat. Im Mittelpunkt der gewerkschaftlichen Interessenvertretung stehen vor allem der Kampf für bessere Arbeitsbedingungen und leistungsgerechte Vergütungen der Ärztinnen und Ärzte in den Krankenhäusern und anderen Einrichtungen des Gesundheitswesens.

Für seine Mitglieder schließt der Marburger Bund eigenständig und unabhängig von anderen Gewerkschaften Tarifverträge mit den Arbeitgebern ab. Die weitaus meisten Tarifbereiche wurden erschlossen, ohne dass Streiks notwendig geworden wären. Inzwischen gibt es in etwa 90 Prozent der tarifgebundenen Krankenhäuser arzt spezifische Tarifverträge, die der Marburger Bund mit den Klinikträgern ausgehandelt hat.

Arbeitskämpfe in den Krankenhäusern sind die Ausnahme. Generell gehört Deutschland zu den Ländern, in denen trotz faktischer Tarifpluralität sehr wenig gestreikt wird. Der Marburger Bund ist in jeder Tarifrunde bemüht, eine Lösung am Verhandlungstisch zu erzielen. Werden Streiks unvermeidlich, weil nur so ein Entgegenkommen der Arbeitgeber zu erreichen ist, führt der Marburger Bund den Arbeitskampf mit Augenmaß.

Mit den Streiks im Jahr 2006 haben die Ärztinnen und Ärzte durchgesetzt, dass ihre Gewerkschaft in allen Kliniken des öffentlichen Dienstes als eigenständige Tarifvertragspartei anerkannt wird. Seitdem hat der Marburger Bund Tarifverträge mit nahezu allen privaten und öffentlichen Klinikarbeitgebern abgeschlossen. Dadurch wurde ein neues Kapitel in der Tarifgeschichte des öffentlichen Dienstes aufgeschlagen und den bis dato gültigen undifferenzierten Einheitstarifverträgen eine klare Absage erteilt.

II. TARIFPOLITIK DES MARBURGER BUNDES – ARZTSPEZIFISCH UND AM GEMEINWOHL ORIENTIERT

Die Entwicklung der vergangenen Jahre hat gezeigt, dass das Prinzip „Ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ flexible, an den tatsächlichen Erfordernissen aller Beschäftigten orientierte Lösungen verhindert hat und auch künftig verhindern würde. So wurde von den Einheitsgewerkschaften innerhalb des Einheitstarifs eine sozialpolitisch motivierte Umverteilung zu Lasten kleinerer Arbeitnehmergruppen organisiert, um größere Gruppen von Beschäftigten zufriedenstellen zu können. Mit dieser Klientelpolitik haben DGB-Gewerkschaften wie die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) unter dem Banner vermeintlicher Solidarität einen Keil zwischen die Beschäftigtengruppen getrieben und die Pluralisierung der Gewerkschaftsbewegung erst richtig in Gang gebracht. Es ist deshalb auch grotesk, dem Marburger Bund vorzuwerfen, durch seine Tarifpolitik würde die „Spaltung der Belegschaften“ vorangetrieben. Es ist das grundgesetzlich garantierte Recht der angestellten Ärztinnen und Ärzte,

selbst zu entscheiden, wer sie vertritt und wer für sie Tarifverhandlungen führt.

In den Krankenhäusern hat diese Entwicklung dazu geführt, dass der Marburger Bund in wenigen Jahren 40.000 neue Mitglieder hinzugewonnen hat. Die branchenübergreifende Dienstleistungsgewerkschaft ver.di hingegen hat kaum noch Ärzte als Mitglieder in ihren Reihen, weil sie die Arbeitssituation der Ärzte über Jahre in den von ver.di maßgeblich ausgehandelten Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes weitgehend ausgeblendet und Tarifergebnisse zum Nachteil der Ärzte akzeptiert hat. Die Aufkündigung des ver.di-Verhandlungsmandats durch die Hauptversammlung des Marburger Bundes im September 2005 war also nur die logische Folge einer sich seit Jahren abzeichnenden Entwicklung.

Mit einer vorausschauenden, an den konkreten Bedürfnissen der Ärztinnen und Ärzte orientierten Tarifpolitik schafft der Marburger Bund wichtige Voraussetzungen für bessere Arbeitsbedingungen im Krankenhaus und mehr Patientenschutz in der Versorgung. Schon im Jahr 2006 wurden in den Tarifverträgen mit den kommunalen und universitären Klinikarbeitgebern durch die Begrenzung der Arbeitszeiten, die Bewertung der Bereitschaftsdienste als Arbeitszeit und die Dokumentation der tatsächlichen Arbeitsleistung grundlegende Verbesserungen erreicht. Arztspezifische Tarifverträge sind deshalb auch ein Beitrag zum Gemeinwohl – und eben nicht Ausdruck von instabilen Verhältnissen.

Die ohnehin schon schwierige Personalsituation der Krankenhäuser würde sich weiter verschärfen, wenn die Ärzte sich wieder unter die Fremdherrschaft eines Einheitstarifvertrags begeben müssten und ihnen faktisch das Recht, verwehrt würde, unabhängig und eigenständig Tarifverhandlungen mit den Arbeitgebern zu führen. Ohne die Tarifverträge des Marburger Bundes und die daraus resultierenden Verbesserungen hätte sich die Abwanderung der Ärzte noch weiter verstärkt. Andere Länder werben mit weitaus besseren Arbeitsbedingungen um die hier ausgebildeten Ärztinnen und Ärzte. Der globale Arbeitsmarkt für Ärztinnen und Ärzte kann von einer Einheitsgewerkschaft in keiner Weise spezifisch genug bewertet werden. Gerade in Zeiten eines zunehmenden internationalen Wettbewerbs um hochqualifizierte Fachkräfte wäre es auch volkswirtschaftlich höchst widersinnig, die in Deutschland ausgebildeten Ärzte durch ein staatlich sanktioniertes Rollback zu zentralistischen Einheitsverträgen aus dem Land zu treiben.

III. RECHTSPRECHUNG UND RECHTSWIRKLICHKEIT – DAS DOGMA DER TARIFEINHEIT IST TOT

Das Konstrukt Tarifeinheit durch Einheitstarifvertrag ist von der Wirklichkeit längst überholt. Seit Jahren werden in Betrieben verschiedene, von unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossene Tarifverträge angewandt. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat erkannt, dass das Dogma der Tarifeinheit mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit unvereinbar ist. Nur die Pluralität der Gewerkschaftslandschaft schützt vor unberechtigten Vertretungsansprüchen und Zentralismus.

1. Aktuelle tarifrechtliche Situation

Mit seinem von Marburger Bund-Mitgliedern erstrittenen Urteil vom 7. Juli 2010 hat das BAG die Rechtsprechung im Sinne der grundgesetzlich garantierten Tarifpluralität konkretisiert. Damit wurde die Rechtsprechung des Gerichts der seit Jahren bestehenden Rechtswirklichkeit angepasst.

2. Neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Die Gründe, die das BAG (Beschluss des Vierten Senats vom 27. Januar 2010) dafür angibt, lassen sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen:

a) Tarifpluralität im System des Tarifvertragsgesetzes angelegt

Die Rechtsnormen des Tarifvertragsgesetzes (TVG) über die Tarifgebundenheit und die Wirkung der Rechtsnormen eines Tarifvertrags beziehen sich sämtlich auf das einzelne Arbeitsverhältnis. Insbesondere ordnen § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 TVG an, dass die Tarifverträge in den jeweiligen Arbeitsverhältnissen unmittelbar und zwingend gelten. Sofern ein Tarifvertrag von einer tariffähigen Koalition im Rahmen ihrer Tarifzuständigkeit geschlossen wird, entfalten die Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen (§1 Abs. 1 TVG) *unmittelbare und zwingende Wirkung* zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Die Bindung eines Arbeitsverhältnisses an einen Tarifvertrag beruht dabei auf privatautonomen Entscheidungen. Diese unmittelbare und zwingende Wirkung kann nicht dadurch verhindert werden, dass sich ein

Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 TVG an verschiedene Tarifverträge gebunden hat. Vielmehr ist „die Tarifpluralität im System des Tarifvertragsgesetzes angelegt“.

b) Kein gesetzlicher Klärungsbedarf

Es besteht demzufolge keine planwidrige Lücke im Tarifvertragsgesetz auf Grund derer im Wege richterlicher Rechtsfortbildung der Grundsatz der Tarifeinheit aufrechterhalten bleiben kann. Die Grundsätze der Rechts- und Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG lassen eine solche Rechtsfortbildung nicht zu. Eine planwidrige Gesetzeslücke liegt nicht schon dann vor, wenn ein Sachverhalt nicht geregelt ist. Vielmehr ist erforderlich, dass für den mit dem Gesetz verfolgten Zweck – den „gesetzgeberischen Plan“ – eine Regelung erforderlich wäre, diese aber nicht getroffen wurde. Nach diesen Maßstäben lässt sich weder aus der Entstehungsgeschichte des Tarifvertragsgesetzes noch aus der gesetzlichen Systematik eine Gesetzlücke ablesen.

c) Tarifeinheit mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit unvereinbar

Das BAG lässt keinen Zweifel daran, dass die Verdrängung eines Tarifvertrags nach dem Grundsatz der Tarifeinheit mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar ist. Der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG erstreckt sich auf die spezifisch koalitionsmäßige Betätigung, also auf alle Handlungsformen, die der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen. Dazu gehören das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen und das Recht, für dieses Ziel in den Streik zu treten. Der Vierte Senat des BAG verweist in diesem Zusammenhang auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Art. 9 Abs. 3 GG hat folgenden Wortlaut: „Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.“

Der Inhalt und die Wirkungsweise eines Tarifvertrags erlangen Legitimation durch die „freie Entscheidung der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Mitglied einer Koalition zu werden“. Der Abschluss von Tarifverträgen und die damit bewirkte Normsetzung ist „kollektiv ausgeübte Privatautonomie“ (BAG Vierter Senat, Urteil vom 7. Juli 2010, 4 AZR 549/08, Rn. 22). Die Tarifvertragsparteien und ihre Mitglieder haben dadurch ihr Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG wahrgenommen und Regelungen zu bestimmten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geschaffen. Wer Mitglied in der tarifvertragschließenden Gewerkschaft ist, will auch an den von dieser in Tarifverträgen vereinbarten Regelungen teilhaben.

Die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG stellt ein sogenanntes „Doppelgrundrecht“ dar. Geschützt ist zum einen der Einzelne in seiner Freiheit, eine Vereinigung zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten oder sie zu verlassen. Zum anderen ist auch die Koalition selbst geschützt, und zwar in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen.

Die Koalitionen können daher selbst bestimmen, mit wem, für welchen Arbeitnehmerkreis und für welche Unternehmen oder welchen Betrieb sie im Rahmen ihrer Tarifzuständigkeit einen Tarifvertrag abschließen möchten. Sie sind nicht auf einen Kernbereich unerlässlicher koalitionspezifischer Maßnahmen und damit möglicherweise auf den Abschluss speziellerer Tarifverträge beschränkt.

Die Verdrängung eines Tarifvertrags zur Auflösung einer Tarifpluralität nach dem Grundsatz der Tarifeinheit ist demzufolge ein *unzulässiger Eingriff* in das Grundrecht der Koalitionsfreiheit. Ein von den Tarifvertragsparteien erzieltetes Verhandlungsergebnis wird zu Lasten der betroffenen Gewerkschaft abgeändert und ihr Erfolg damit entwertet. Der Abschluss von Tarifverträgen für alle bei einer Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer ist aber zentraler Bestandteil ihrer Koalitionsfreiheit. Durch Verdrängung wird die Tarifautonomie beeinträchtigt (BAG Beschluss des Vierten Senats vom 27. Januar 2010, Rn. 75 bis 80).

d) Zweckmäßigkeitserwägungen rechtfertigen keine Einschränkung der Koalitionsfreiheit

Die von Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit kann allenfalls zum Schutz von „gleichermaßen verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsgütern und Gemeinwohlbelangen“ eingeschränkt werden. Die von der bisherigen Rechtsprechung angeführten „Zweckmäßigkeitserwägungen“ stellen jedoch keine mit der Koalitionsfreiheit kollidierenden Rechtsgüter des Arbeitgebers von gleichermaßen verfassungsrechtlichem Rang dar, die einen Eingriff in die individuelle und die kollektive Koalitionsfreiheit rechtfertigen können.

e) Tarifeinheit ist keine Funktionsbedingung der Tarifautonomie

Darüber hinaus sind in der Praxis auch derzeit keine Anzeichen dafür erkennbar, dass ein solcher Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften und ihrer Mitglieder zur Wahrung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erforderlich wäre. Soweit die Befürworter eines solchen Eingriffs anführen, im Fall einer Tarifpluralität könne das Tarifvertragssystem seine Aufgaben nicht mehr wahrnehmen (zum Beispiel mit Hinweis auf die angebliche Gefahr „ständiger Tarifverhandlungen und Streiks“), ist festzustellen, dass die Tarifeinheit „keine Funktionsbedingung der Tarifautonomie“ (BAG Vierter Senat, Urteil vom 7. Juli 2010, 4 AZR 549/08, Rn. 76) ist. Eine Bedrohung des Bestands der Tarifverträge der Mehrheitsgewerkschaften ist nicht erkennbar. Auch sind im Hinblick auf die Tarifklarheit und Rechtssicherheit keine schwer überwindbaren Schwierigkeiten für die Gestaltung des Tarifrechts erkennbar oder absehbar, die die Verdrängung eines Tarifvertrags nach dem Grundsatz der Tarifeinheit begründen können (BAG Beschluss des Vierten Senats vom 27. Januar 2010, Rn. 96 bis 100).

IV. ARBEITGEBER UND EINHEITSGEWERKSCHAFT – DAS TARIFKARTELL DER ZENTRALISTEN

Das Versagen der großen Einheitsgewerkschaften, die Interessen aller Beschäftigten in einem Betrieb gleichermaßen gut und gerecht zu vertreten, sollte zunächst nach dem gemeinsamen Willen der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) und des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) durch die gesetzliche Festschreibung des Vorrangs von Einheitstarifverträgen verdeckt werden. Mittlerweile hat

sich der DGB von der gemeinsamen Initiative verabschiedet, die nichts anderes war als der plumpe Versuch, das Erfolgsmodell u. a. der Berufsgewerkschaft Marburger Bund durch den Ruf nach verfassungswidrigen Gesetzesregelungen im Tarifrecht zu hintertreiben.

Die Forderung nach einer gesetzlichen Regelung zur Bewahrung des Grundsatzes der Tarifeinheit wurde folgendermaßen begründet:

- *BDA und DGB argumentierten, der Grundsatz der Tarifeinheit müsse im Tarifvertragsgesetz geregelt werden.* Doch nicht die Tarifeinheit, sondern die Tarifpluralität ist systemimmanenter Bestandteil des Tarifvertragsgesetzes. Eine gesetzliche Regelung ist auch deshalb in keiner Weise indiziert.
- *BDA und DGB behaupteten, mit der von ihnen vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung werde der von der bisherigen Rechtsprechung entwickelte Grundsatz der Tarifeinheit beibehalten.* Das BAG hat seine Rechtsprechung geändert, weil der Grundsatz der Tarifeinheit im Widerspruch zum grundgesetzlich geschützten Recht der Koalitionsfreiheit steht. Eine Rückkehr zur alten Rechtsprechung ist deshalb ausgeschlossen und kann auch nicht durch ein Gesetz zur Änderung des Tarifvertragsrechts herbeigeführt werden: Ein solches Gesetz wäre in der Form, wie sie in dem gemeinsamen Vorschlag von BDA und DGB vorgesehen war, klar verfassungswidrig.
- *BDA und DGB behaupteten, der Grundsatz der Tarifeinheit sei eine unverzichtbare Säule der Tarifautonomie.* Das Gegenteil ist richtig. Der Grundsatz der Tarifeinheit hat sich als verzichtbar erwiesen. Das BAG hat zweifelsfrei festgestellt, dass „die Tarifeinheit keine Funktionsbedingung der Tarifautonomie ist“. BDA und DGB offenbaren in ihrer gemeinsamen Erklärung vom 4. Juni 2010 ein grundlegend falsches Verständnis von Tarifautonomie. Es gibt nicht die eine, dem Gedanken der Tarifeinheit entsprechende Tarifautonomie, der sich die Handlungsmöglichkeiten der einzelnen Beteiligten unterordnen müssen. Entscheidend für das Zustandekommen von Tarifverträgen ist die Tariffähigkeit der Gewerkschaft, die sich u. a. aus der „Mächtigkeit“ und Streikfähigkeit ergibt. Somit steht das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen jeder tariffähigen Gewerkschaft zu. Sie kann sich der Tarifautonomie bedienen, um für ihre Mitglieder (oder auch darüber hinaus) bessere Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu erreichen. Es ist unerträglich,

diese grundlegenden Rechte nur der jeweils größten Gewerkschaft im Betrieb vorzubehalten.

- *BDA und DGB vertraten die Ansicht, der Vierte Senat des BAG habe seine Absicht zur Abkehr von dem Grundsatz der Tarifeinheit u. a. damit begründet, dass es an einer gesetzlichen Regelung für die Verdrängung nachrangiger Tarifverträge fehle.* Diese Aussage ist falsch. Das BAG hat keine gesetzliche Regelung angemahnt, sondern hervorgehoben, dass die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit mit der Verfassung nicht vereinbar ist und demzufolge auch nicht gesetzlich verfügt werden kann.
- *BDA und DGB argumentierten, die von ihnen vorgeschlagene gesetzliche Regelung zur Festschreibung des Grundsatzes der Tarifeinheit schließe Wettbewerb zwischen den Gewerkschaften nicht aus.* Von Wettbewerb kann keine Rede mehr sein, wenn sich Minderheitsgewerkschaften unter das fremde Kommando von Mehrheitsgewerkschaften und ihren vorrangigen Tarifverträgen begeben sollen. BDA und DGB wollten mit ihrer gemeinsamen Initiative erreichen, dass nur der Tarifvertrag zur Anwendung kommt, an den die Mehrheit der Mitglieder im Betrieb gebunden ist. Für die Laufzeit des vorrangigen Tarifvertrags der mitgliederstärksten Gewerkschaft sollte auch für Arbeitnehmer anderer Gewerkschaften die Friedenspflicht gelten. Damit würde nicht nur der Wettbewerb der Gewerkschaften außer Kraft gesetzt, sondern faktisch auch die Minderheitsgewerkschaft vom Abschluss von Tarifverträgen und dem darauf bezogenen Streikrecht ausgeschlossen.

Es spricht für die ausgeprägte argumentative Not dieser vorläufig gescheiterten Allianz aus Einheitsgewerkschaftern und Arbeitgeberfunktionären, dass sie ihren Vorstoß mit der Warnung versahen, durch die seit Jahren bestehende Pluralität des Tarifgeschehens drohten in Deutschland „englische Verhältnisse“ der 1970er Jahre. Es kann nicht nur historische Unkenntnis sein, dass die politisch motivierten Streiks im England der 1970er Jahre mit Arbeitskämpfen der Ärzte für bessere Arbeitsbedingungen auf eine Stufe gestellt werden. Arbeitgeber und DGB malten bewusst das Horrorszenario von Dauerstreiks an die Wand, weil ihre sonstigen Argumente für die Rückkehr zum Grundsatz der Tarifeinheit keinerlei Überzeugungskraft entfalten. Die BDA versteigt sich sogar zu der Behauptung, „eine wichtige Funktion der Koalitionsfreiheit“ sei die Befriedung der Arbeitsbeziehungen. Hier offenbart sich ein geradezu groteskes

Verfassungsverständnis: Die Freiheit, Gewerkschaften zu gründen und Tarifverträge für die Arbeitnehmer abzuschließen, wäre nichts mehr wert, wenn die Interessen der Arbeitgeber im vorausseilenden Gehorsam gleich mitgedacht werden müssten.

Die BDA scheut sich auch nicht, mit unwahren Behauptungen die öffentliche Meinung zu beeinflussen. So heißt es in der Info-Schrift *BDA kompakt*: „In den Betrieben muss für alle Beteiligten klar sein, welcher Tarifvertrag gilt. Ohne Tarifeinheit wissen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht, woran sie sind.“

Diese Aussagen halten der Realität nicht stand. Tarifverträge des Marburger Bundes werden schon seit Jahren in den Krankenhäusern angewandt, ohne dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer dadurch überfordert sind. Die kommunalen Krankenhäuser können genauso problemlos zwischen TVöD und TV Ärzte/VKA unterscheiden wie die Universitätskliniken zwischen TVöD und TV Ärzte/TdL.

Es gibt keine Probleme in der Anwendung der Tarifpluralität. Das wissen auch die kränkelnden Einheitsgewerkschaften im DGB. Trotzdem riefen sie in einer arbeitnehmerfeindlichen Einheitsfront gemeinsam mit den Funktionärseliten der Arbeitgeberverbände nach dem Gesetzgeber, weil sie sonst keine Möglichkeit mehr sahen, das Schwinden ihres Einflusses aufzuhalten. Der Mitgliederrückgang der Einheitsgewerkschaften ist in der Nachkriegsgeschichte ohne Beispiel: Seit 2000 haben die im DGB zusammengeschlossenen Einzelgewerkschaften mehr als 1,5 Millionen Mitglieder verloren. Die gemeinsame Initiative mit der BDA sollte das alte Tarifkartell wiederbeleben und die Konkurrenz der Fach- und Berufsgewerkschaften an den Rand drängen. Dafür nahm der DGB bereitwillig in Kauf, dass grundlegende Rechte aller Arbeitnehmer, wie das Recht der Koalitionsfreiheit, ausgehöhlt werden.

TARIFFREIHEIT MUSS TARIFPLURALITÄT AUSHALTEN

Günter Krings

Wenn sich Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände mit einem fertig ausformulierten Gesetzesvorschlag an die Politik wenden, kann es oft teuer werden. Meistens geht das Anliegen auf Kosten des Steuerzahlers, mitunter aber auch auf Kosten der Grundrechte bzw. der individuellen Freiheit. Mit der zweiten Variante haben wir es bei dem ursprünglichen Vorschlag des Deutschen Gewerkschaftsbunds (DGB) und der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) zu tun, den von Deutschlands obersten Arbeitsrichtern kassierten Zwang zur Tarifeinheit per Gesetzesbeschluss wieder einzuführen.

I. TARIFAUTONOMIE – EIN ERFOLGSMODELL IN DER SOZIALEN MARKTWIRTSCHAFT

Die Tarifautonomie im deutschen Kollektivvertragsrecht hat dazu beigetragen, sowohl sozialen Frieden als auch wirtschaftliche Prosperität zu erreichen. Die Soziale Marktwirtschaft gewährleistet, dass die Sozialpartner auf Augenhöhe verhandeln und sich so ein fein austariertes Beziehungssystem zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern herausbilden konnte. In sechzig Jahren Sozialer Marktwirtschaft konnten dadurch große soziale Errungenschaften wie

Kündigungsschutz, Lohnfortzahlung und das Arbeitsschutzrecht für alle Arbeitnehmer erstritten werden.

In der Frühphase der Bundesrepublik galten viele dieser Rechte nur für eine relativ kleine Funktionselite: die Angestellten. Die Mehrheit der Beschäftigten, die Arbeiter, war rechtlich deutlich schlechter gestellt. Heute sind Arbeiter und Angestellte rechtlich gleichgestellt, so dass die Angestelltenprivilegien einen Fahrstuhleffekt für alle Arbeitnehmer hatten und die Funktionseliten ihren Kollegen den Weg bereiteten. Ohne diese Vorreiterrolle der Angestellten und deren Organisation in den schlagkräftigen (Sparten-)Angestellten-Gewerkschaften wären viele Errungenschaften wohl niemals möglich gewesen.

II. VON DER TARIFPLURALITÄT ZUR TARIFEINHEIT UND ZURÜCK

Bis zur Gründung der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) im Jahre 2001 waren mit dem DGB und dessen Mitgliedsgewerkschaften einerseits und der Deutschen Angestellten-Gewerkschaft (DAG) andererseits in jedem Betrieb regelmäßig mindestens zwei unterschiedliche Organisationen Tarifvertragsparteien; Tarifpluralität war somit der Regelfall. Mit dem Beitritt der Angestellten-Gewerkschaften zum DGB und der zunehmenden Angleichung der Tarifverträge für Arbeiter und Angestellte durch einheitliche Manteltarifverträge gilt in den meisten Betrieben heute nur noch ein Tarifvertrag.

Es dauerte bis 1989, ehe das Bundesarbeitsgericht (BAG) das Prinzip der Tarifeinheit, das ursprünglich nur bei einer Überschneidung von Entgelttarifverträgen mit allgemeinverbindlichen Tarifverträgen derselben Gewerkschaft galt, auch bei Überschneidungen mit anderen Gewerkschaften anerkannte.¹ 1990 wurde diese Entscheidung bestätigt und – recht pauschal – damit begründet, dass die Tarifeinheit aus den übergeordneten Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit folge.²

Diese Rechtsprechung blieb in der Folge schon wegen ihrer schmalen Begründung nicht ohne Kritik. Diese griff das BAG zunächst in einem Beschluss des Vierten Senats vom 27. Januar 2010 auf.³ In dieser Entscheidung und zwei nachfolgenden Beschlüssen des Zehnten Senats vom 23. Juni 2010⁴ revidierte es seine zwei Jahrzehnte währende Rechtsprechung zur Tarifeinheit. Das BAG räumte jetzt ein, es gebe keinen

übergeordneten Grundsatz, dass für verschiedene Arbeitsverhältnisse derselben Art in einem Betrieb nur einheitliche Tarifregelungen zur Anwendung kommen könnten. Die Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheiten reichten jedenfalls nicht aus, um eine Verletzung der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG zu rechtfertigen.⁵ Damit ist die Rechtsprechung für das Tarifvertragsrecht wieder zum Grundsatz der Tarifpluralität zurückgekehrt.

III. GEMEINSAMER VORSCHLAG VON DGB UND BDA

DGB und BDA wollen trotz der Rechtsprechungsänderung die Tarifeinheit erhalten. In einem gemeinsamen Eckpunktepapier⁶ haben sie eine gesetzliche Regelung gefordert, nach der entsprechend des nicht mehr ganz unangefochtenen⁷ Spezialitätsprinzips die Mehrheit der Gewerkschaftsmitglieder in einem Betrieb auch die Minderheit vertritt. Damit würden die in der Regel kleineren Sparten-Gewerkschaften und deren Mitglieder durch die großen Industrieverbands- und Branchengewerkschaften von einer Ausübung ihrer Tarifautonomie ausgeschlossen.

Dieser schwerwiegende Eingriff in die Tarifautonomie wird damit begründet, dass dies für den Erhalt der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nötig sei. Die Tarifpluralität führe zu einer Zersplitterung der Gewerkschaftslandschaft, weswegen „englische Verhältnisse“ und Streik-kaskaden zu befürchten seien.

Auch wenn niemand exakt angeben kann, worin denn diese englischen Verhältnisse bestehen und warum diese Verhältnisse in Deutschland auch vor 1989 nicht aufgetreten sind, ist es dennoch richtig, mögliche volkswirtschaftlich fragwürdige Entwicklungen im Blick zu behalten und nötigenfalls zu prüfen, ob ein gesetzgeberisches Gegensteuern möglich und ratsam ist. Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion hat daher konsequenterweise eine Arbeitsgruppe gebildet, die aus Arbeitsmarkt-, Wirtschafts- und Rechtspolitikern zusammengesetzt ist, um die Entwicklung zu verfolgen. Sollte sich mittelfristig Handlungsbedarf ergeben, wäre es allerdings mit der Rolle des Parlaments und letztlich aller am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe kaum vereinbar, sich darauf zu beschränken, einen Gesetzentwurf der Tarifparteien gleichsam nur zu ratifizieren.

Doch diese Frage wird sich aus meiner Sicht auf absehbare Zeit gar nicht stellen: Bislang ist die befürchtete Lawine an Neugründungen von Spezialgewerkschaften nämlich ausgeblieben. So wurden seit der Rechtsprechungsänderung vor mehr als einem Jahr nach Angaben der BDA zwar fünf neue Spartengewerkschaften gegründet, eine Tarifmächtigkeit ist z. B. bei der Deutschen Feuerwehrgewerkschaft mit weniger als 1.000 Mitgliedern jedoch fraglich – gerade auch im Lichte der jüngsten (strengen) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Kriterium. Richtig ist allerdings, dass den Industrieverbandsgewerkschaften durch die Sparten- und Berufsgewerkschaften mehr Konkurrenz entsteht.

IV. WARUM BILDEN SICH SPARTENGEWERKSCHAFTEN?

In der Vergangenheit haben sich nur sehr selten neue Gewerkschaften gegründet. Die wohl bekannteste und hauptsächlich von BDA und DGB kritisierte Spartengewerkschaft ist die Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL), unter deren Streikmaßnahmen schon viele Bahnkunden zu leiden hatten. Die GDL wurde jedoch schon 1867 gegründet. Sie ist damit eine der ältesten Gewerkschaften Deutschlands und somit auch deutlich älter als der DGB und seine Vorläufer.⁸

Der DGB ist über seine Mitgliedsgewerkschaften zumindest historisch geprägt von der Vertretung der Industriearbeiterschaft, inzwischen immer mehr auch von Belegschaften aus größeren Unternehmen des Dienstleistungssektors. Das demokratische Entscheidungsprinzip in den Gewerkschaften bringt es naturgemäß mit sich, dass sie sich bei ihren Tarifabschlüssen an den Mehrheitsinteressen in den Belegschaften orientiert.

Bestimmte Berufsgruppen, die besondere Tätigkeiten verrichten und besondere Interessen haben, aber in einer Minderheitenposition sind, fühlen sich in den DGB-Gewerkschaften spätestens dann nicht mehr gut aufgehoben, wenn sie den Eindruck haben, dass ihre Interessen den Mehrheitsinteressen in den Verhandlungen einseitig geopfert werden. Auch innerhalb einer Gewerkschaft darf eben Solidarität nicht zu einer Einbahnstraße werden. Die betroffenen Minderheiten suchen sich dann konsequenterweise ihre eigene gewerkschaftliche Vertretung. Neben der GDL ist etwa der Marburger Bund, die Vertretung der Krankenhausärzte, ein solches Beispiel für eine Spartengewerkschaft.

Obwohl die Qualität der ärztlichen Versorgung für eine Klinik sicherlich nicht weniger wichtig sein dürfte als die pflegerische und administrative Betreuung der Patienten, schien es so, als ob die DGB-Gewerkschaft ver.di bei Tarifverhandlungen in Krankenhäusern kontinuierlich aus der Perspektive des zahlenmäßig größeren nichtärztlichen Pflegepersonals heraus verhandelt und legitime besondere Interessen der Ärzte, z. B. hinsichtlich Überstunden und Bereitschaftsdienste, nicht hinreichend wahrgenommen hat. Unter diesen Umständen ist es einer Berufsgruppe, die für den Gesamterfolg eines Unternehmens wichtig ist und auch dessen Erscheinungsbild nach außen prägt, fairerweise nicht hinnehmbar auf eine eigene Interessenvertretung zu verzichten. Relevante Berufsgruppen mit speziellen Anforderungen und Interessen müssen daher die Chance und die Wahlmöglichkeit haben, sich selbständig zu organisieren, wenn eine Einheitsgewerkschaft ihre Interessen nicht ernst genug nimmt.

V. AUSDIFFERENZIERUNG DER GESELLSCHAFT ALS HERAUSFORDERUNG

Die Interessen der heutigen Beschäftigten sind in der Arbeitswelt des 21. Jahrhunderts deutlich ausdifferenzierter und komplexer geworden. In den letzten zwanzig Jahren haben sich viele neue, zum Teil hochspezialisierte Berufsbilder sowie heterogenere Arbeitsstrukturen und Erwerbsbiografien herausgebildet. Diese Entwicklung und den damit einhergehenden Bedeutungsverlust von Großorganisationen spüren die Gewerkschaften und die Arbeitgeberverbände – aber nicht nur sie. Unter dem allgemeinen gesellschaftlichen Phänomen der Ausdifferenzierung und Spezialisierung leiden auch andere Großorganisationen wie Kirchen oder Parteien.

So wird in der Politik beklagt, dass Regierungsbildungen im Muster klassischer Koalitionen mit einem großen und einem kleineren Partner immer schwieriger werden. Tatsächlich ist auch unsere Politik inzwischen so pluralistisch, dass sich ein Sechs-Parteien-System im Bundestag wohl dauerhaft etabliert hat. Hätten die etablierten politischen Parteien ihre Zuflucht in ähnlichen Selbstschutzmaßnahmen gesehen wie die großen Tarifparteien, so hätten sie sich für höhere Hürden für den Zugang zum „politischen Markt“ aussprechen müssen: also z. B. für eine Mehrheitswahlsystem oder eine drastische Heraufsetzung der Fünf-Prozent-Hürde bei Bundestagswahlen. Zu Recht haben solche Vorschläge im politischen Bereich kaum Widerhall gefunden, denn die Reaktion auf Konkurrenz darf

nicht Abschottung sein. Und auch die Position der großen Kirchen in Deutschland, die unter einem empfindlichen Mitgliederschwund leiden, können wir nicht durch einen Mitvertretungsanspruch gegenüber kleineren Religionsgemeinschaften oder gar durch ein Gründungsverbot für neue Glaubensgemeinschaften schützen.

Vielleicht wird sich die Gewerkschaftslandschaft in Zukunft weiter ausdifferenzieren. Eine extreme Zersplitterung der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände ist dabei im Interesse einer ausgewogenen und solidarischen Interessenvertretung natürlich nicht wünschenswert, aber sie ist derzeit auch nicht zu befürchten. Daher sollten Arbeitgeber und Gewerkschaften in ihren Forderungen nach gesetzlichen Eingriffen auch maßvoll bleiben.

VI. SOZIALE MARKTWIRTSCHAFT UND GEWERKSCHAFTEN

Der Rückzieher von ver.di vom gemeinsamen Vorschlag von DGB und BDA zur Kodifizierung der Tarifeinheit ist vielleicht wegweisend dafür, wie eine Tarifpluralität im Betrieb geregelt werden kann. Denn ver.di hat hier auf Kritik an der Basis reagiert und damit auf die tatsächlichen Interessen seiner Mitglieder gehört und deren Anliegen ernst genommen.

Auch innerhalb des DGB stellen sich zwischen seinen Mitgliedsgewerkschaften immer wieder Zuständigkeitsfragen. Solche Auseinandersetzungen lassen sich meist gut im Rahmen von Verhandlungen und Schiedsverfahren lösen. Hier steht der Wille zur Einigung unter den Gewerkschaften im Vordergrund. Dieser grundsätzliche Ansatz sollte doch auch zwischen DGB-Gewerkschaften und anderen Gewerkschaften in Betracht gezogen werden.

So könnte bei mehreren Gewerkschaften in einem Betrieb eine Konsenssuche oder auch ein Schlichtungsverfahren Voraussetzung für Tarifverhandlungen oder für einen Arbeitskampf sein. Dem DGB mit seiner Erfahrung als Dachverband käme dabei selbstverständlich eine wichtige Aufgabe für das Finden eines Kompromisses zu. Das Beispiel des Beitritts der früher selbständigen Deutschen Angestelltengewerkschaft in den DGB zeigt, dass auch Gewerkschaften mit sehr unterschiedlichen Interessen zusammenfinden können – sofern die Interessen aller ernst genommen und möglichst gleichmäßig berücksichtigt werden.

Letztendlich tut ein gewisser Wettbewerb unter den Gewerkschaften nicht nur den Gewerkschaften selbst, sondern auch deren Mitgliedern gut. Die Einheitsgewerkschaften müssen sich mit kleineren und vielleicht auch spezialisierteren Sparten- und Berufsgewerkschaften auseinandersetzen.

Der Zweck der Sozialen Marktwirtschaft ist nach Müller-Armack, „auf der Basis der Wettbewerbswirtschaft die freie Initiative mit einem gerade durch die marktwirtschaftliche Leistung gesicherten sozialen Fortschritt zu verbinden“.⁹ Danach gilt zunächst der Wettbewerb und nur zur Sicherung des sozialen Fortschritts greift der Staat regulierend in den Markt ein. Dieses Prinzip gilt nicht nur für den Arbeitsmarkt, sondern auch für den Wettbewerb zwischen den Gewerkschaften.

Der Wettbewerb zwischen Arbeiter- und Angestelltengewerkschaften um höhere Lohnabschlüsse und eine Gleichstellung hat den Beschäftigten in Deutschland in den letzten Jahrzehnten jedenfalls nicht geschadet. Ohne diesen Wettbewerb wären die Vorreiterrolle der Angestellten und der Fahrstuhleffekt für die Arbeiter nicht möglich gewesen. Wettbewerb zwischen den Gewerkschaften kann also auch neue Ziele und Perspektiven schaffen.

Tatsächlich kann der Erhalt der Tarifautonomie durch eine Zersplitterung der Tariflandschaft und durch Streikkaskaden gefährdet sein, so dass der Staat eingreifen muss. Solange sich diese Gefahr aber nicht konkretisiert, gibt es keinen Handlungsbedarf und die Freiheit, eine Gewerkschaft zu gründen und ihr beizutreten muss gelten.

VII. GESETZGEBERISCHE ZURÜCKHALTUNG ALS GEBOT DER KOALITIONSFREIHEIT

Jeder Eingriff des Staates in den Wettbewerb zwischen den Gewerkschaften muss schon wegen der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG gerechtfertigt sein. Denn diese Bestimmung garantiert nicht die *Tarifeinheit*, sondern die *Tariffreiheit*. Das Recht, Vereinigungen zu bilden gilt danach „für jedermann und für alle Berufe“ – also nicht etwa für „alle Betriebsbelegschaften“. Das Grundgesetz legt den Fokus also ganz bewusst nicht auf die Gesamtheit der Arbeitnehmer, sondern auf die unterschiedlichen Berufsgruppen auch innerhalb eines Betriebs. Es erkennt die Möglichkeit unterschiedlicher Interessen in unterschiedlichen Berufsgruppen damit ausdrücklich an.

Es ist nun erstaunlich und aus dem Blickwinkel des Verfassungsrechts geradezu befremdlich, dass BDA und DGB gerade in den grundrechtlich sensiblen Bereich der Tariffreiheit mit dem Argument eingreifen wollen, dass die Interessen der Mehrheit im Betrieb maßgeblich sein sollen. Grundrechte sind strukturell immer Minderheitenrechte, die den Einzelnen oder eine Gruppe von Individuen vor dem Staat schützen sollen, dessen Entscheidungen wiederum nach dem Mehrheitsprinzip zustande kommen. In der Verhältnismäßigkeitsprüfung eines solchen Eingriffs müssen daher ganz besonders schwere und vor allem auch konkrete Gründe für die Einschränkung der Freiheit vorgetragen werden.

Solange eine zumindest unmittelbar bevorstehende Flut von Gewerkschaftsneugründungen und eine Zersplitterung der Tariflandschaft nicht nachgewiesen werden kann, gibt es daher sowohl aus der Perspektive der Sozialen Marktwirtschaft keinen Handlungsbedarf als auch aus der Perspektive unseres Grundgesetzes keine Handlungsmöglichkeit für eine gesetzliche Anordnung der Tarifeinheit zu Lasten der Tarifpluralität. Es gilt auch hier die zeitlose Erkenntnis Montesquieus: „Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, ist es notwendig, kein Gesetz zu machen.“

EUROPÄISIERUNG DES RECHTS: EIN SPANNUNGSFELD

- 1| BAG AP Nr. 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.
- 2| BAG AP Nr. 19 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz, Bl. 2 R; vorher hatte das BAG dies darauf gestützt, dass die Verdrängung im Interesse der Rechtssicherheit und Klarheit hinzunehmen sei.
- 3| BAG NZA 2010, 645, Rn. 110.
- 4| BGA NZA 2010, 778.
- 5| BAG NZA 2010, 645, Rn. 76 ff.
- 6| [http://www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/res/Eckpunkte_Tarifeinheit.pdf/\\$file/Eckpunkte_Tarifeinheit.pdf](http://www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/res/Eckpunkte_Tarifeinheit.pdf/$file/Eckpunkte_Tarifeinheit.pdf) [23.06.2011].
- 7| Ausführlich dazu Jacobs, *Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz*, 1999, S. 257 ff.
- 8| Die älteste Gewerkschaft Deutschland ist die NGG von 1865, der ADGB wurde 1919 gegründet.
- 9| Müller-Armack, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, 1976, S. 245.

SPANNUNGSVERHÄLTNIS ZWISCHEN EUROPÄISCHEM UND NATIONALEM RECHT?

Gerd Hoofe

Friedrich Hölderlin hat einmal gesagt: „Die Deutschen sind tatenarm und gedankenvoll.“

Für Corinna Budras, die in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* vom 30. April 2011 einen Artikel zur Arbeitsverweigerung des Gesetzgebers im Arbeitsrecht verfasst hat, schien wohl nur eine Seite dieser Medaille bemerkenswert zu sein, leider die tatenarme Seite. Nach der Ansicht von Frau Budras ist „das Arbeitsrecht [...] dem Gutdünken der Richter“ – insbesondere der europäischen Richter – überlassen. Dabei spricht sie dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) die Rolle des deutschen Gesetzgebers zu, der „seinen eigenen Gestaltungsspielraum [...] schon seit langem nicht mehr genutzt [hat]“.¹ Ich erinnere mich im Übrigen, was die Tatenarmut angeht, an eine ähnliche These, die der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), Prof. Hans-Jürgen Papier, im Bundesministerium für Arbeit und Soziales bei einem Symposium zur Tarifeinheit aufgestellt hat. Sein Vorhalt: Der Gesetzgeber füllt seine Spielräume im Arbeitsrecht nicht aus und nutzt seine Möglichkeiten nicht.

I. DER EINFLUSS DES EUGH AUF DIE NATIONALE ARBEITS-RECHTSPRECHUNG

Diese Thesen möchte ich auf den Prüfstand stellen. Zweifellos hat die europäische Rechtsprechung Auswirkungen auf das deutsche Recht und damit auch das Arbeitsrecht. Aber wie weit geht der Einfluss Europas? Und ist er wirklich nicht willkommen? Verbindet und modernisiert er vielleicht sogar? Ist der Gesetzgeber also tatsächlich im händlerischen Sinne voller Ideen, will aber gar nicht umsetzen und wartet lieber auf die Rechtsprechung?

1. Wichtige Felder der nationalen Gesetzgebung in den letzten Jahren in Bezug auf Europa

Der Gesetzgeber hat das Arbeitsrecht in den letzten Jahren sehr wohl gestaltet. Dies zeigen die folgenden Beispiele:

a) Mindestlöhne

In den letzten Jahren ist es gelungen, in wichtigen Branchen Mindestlöhne auf tarifvertraglicher Basis festzusetzen. Ermöglicht wurde dies vor allem durch die Aufnahme zahlreicher neuer Branchen in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG), das 2008 vom Gesetzgeber novelliert worden ist.

Streitpunkt ist hier stets die Frage gewesen, ob Mindestlöhne niedrigere tarifliche Entgelte verdrängen können. Das europäische Entsenderecht macht uns die Vorgabe, dass ein Mindestlohn einheitlich für alle Beschäftigten gelten muss. Die deutsche Verfassung stellt die Tarifautonomie und mit ihr die in Tarifverträgen vereinbarten Entgelte unter einen besonderen Schutz. Dieses Spannungsverhältnis musste der deutsche Gesetzgeber lösen. Im AEntG hat er entschieden, dass ein tariflicher Mindestlohn einen niedrigeren Tariflohn verdrängen kann – jedoch nur, wenn er von repräsentativen Tarifvertragsparteien abgeschlossen worden ist.

b) Arbeitnehmerüberlassung – Zeitarbeit

Auch bei den Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) musste der Gesetzgeber die Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie beachten. Es gilt der Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“. Durch Tarifver-

träge darf davon abgewichen werden – jedoch nur, wenn der Gesamtschutz der Zeitarbeiterinnen und Zeitarbeiter beachtet wird.

Den Schutz der Zeitarbeiterinnen und Zeitarbeiter hat der Gesetzgeber durch die Änderung des AÜG im Frühjahr 2011 verbessert. Der Gesetzgeber klebte dabei nicht an den Buchstaben der Richtlinie, sondern hat eigenen Gestaltungswillen bewiesen. Künftig können durch eine Lohnuntergrenze im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz auch Zeitarbeiterinnen und Zeitarbeiter vor Lohndumping geschützt werden. Auch Missbrauchsfälle wie im Fall Schlecker werden durch die sogenannte „Drehtürklausel“ ausgeschlossen. Darüber hinaus sind die Tarifvertragsparteien aufgerufen, den Gesamtschutz der Zeitarbeiterinnen und Zeitarbeiter unter Beachtung der Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie sicherzustellen. Wir beobachten hier die Entwicklungen sorgfältig.

c) Beschäftigtendatenschutz

Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes setzt den in der Koalitionsvereinbarung festgelegten Auftrag an die Bundesregierung um, im Bundesdatenschutzgesetz ein eigenes Kapitel über den Schutz der Beschäftigtendaten zu schaffen. Der Gesetzentwurf wird derzeit im federführenden Innenausschuss des Deutschen Bundestags beraten.

Auch hier ist der deutsche Gesetzgeber nicht völlig frei. Er muss die Vorgaben der einschlägigen Europäischen Richtlinie beachten. Dies spielt zum Beispiel bei der Diskussion um die sogenannte Konzernklausel eine Rolle.

Europäische Vorgaben zeichnen das Handeln des deutschen Gesetzgebers also teilweise vor. Gestaltungsspielräume verbleiben, es muss aber auch der parlamentarische Konsens bestehen, diese zu nutzen. Von Untätigkeit kann jedenfalls keine Rede sein.

2. Durch den EuGH herbeigeführter Änderungsbedarf der deutschen Rechtslage

Trotzdem und selbstverständlich gibt es – zumindest punktuell – auch Einflussgrößen, die der Rechtsprechung des EuGH zuzuordnen sind. Zu nennen ist hier als Erstes das Stichwort *Küçükdeveci*. Dies ist zweifelsohne ein Verfahren, bei dem die Rechtsprechung des EuGH eine Änderung des deutschen Rechts bewirkt hat.

In der Rechtssache *Küçükdeveci* ging es um eine Regelung im BGB, nach der bei der Berechnung der verlängerten Kündigungsfrist die Zeiten vor dem 25. Lebensjahr nicht zu berücksichtigen waren. Der EuGH hat entschieden, dass in der Regelung eine Ungleichbehandlung wegen des Alters liegt, die nicht zu rechtfertigen ist.

Betrachtet man die Implikationen dieses Urteils einmal nüchtern, wird ersichtlich, dass die Regelung über die verlängerten Kündigungsfristen auf ein Gesetz aus dem Jahre 1926 zurückgeht. Man wollte damals der hohen Arbeitslosigkeit insbesondere älterer Beschäftigter mit gestaffelten Kündigungsfristen und der Anrechnungsgrenze des 25. Lebensjahres begegnen. Wie viele andere arbeitsrechtliche Regelungen auch ist also die Anrechnungsgrenze des 25. Lebensjahres entstanden, lange bevor die europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien verabschiedet worden sind.

Der Sache nach ist das Urteil vollkommen richtig. Die Regelung benachteiligt Beschäftigte, die vor dem 25. Lebensjahr ins Erwerbsleben eingetreten sind. Bei einer Arbeitgeberkündigung sind die Jahre vor dem 25. Lebensjahr bei der Berechnung der verlängerten Kündigungsfrist nicht zu berücksichtigen. Bei Beschäftigten, die nach dem 25. Lebensjahr in das Erwerbsleben eingetreten sind, werden hingegen alle Beschäftigungsjahre bei der Berechnung der Kündigungsfrist berücksichtigt. Diese unterschiedliche Behandlung ist nicht zu rechtfertigen.

Die Entscheidung des EuGH kam deshalb für die Bundesregierung nicht überraschend. Ein problematisches Spannungsverhältnis zwischen dem EuGH und nationalem Recht kann ich darin nicht sehen. Im Gegenteil: Recht kann nur lebendig bleiben und seine Legitimationskraft entwickeln, wenn es gesellschaftlich geänderten Situationen immer wieder angepasst wird. Nichts anderes ist hier geschehen.

3. Bestätigung der deutschen Rechtslage

Interessanterweise hat der EuGH die deutsche Rechtslage in vielen wichtigen Fällen explizit bestätigt. Das wird oft übersehen, weil es weniger spektakulär ist, als wenn der EuGH das deutsche Recht beanstandet. Ich möchte exemplarisch die Rechtssachen *Rosenblatt* und *Wolf* herausgreifen:

In dem Verfahren *Rosenblatt* ging es um die Frage, ob eine tarifvertragliche Altersgrenze, nach der das Arbeitsverhältnis mit Erreichen des Rentenalters endet, gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung verstößt. Hier hat der EuGH die Rechtsauffassung der Bundesregierung ausdrücklich bestätigt und sich in seinen Ausführungen auf die von Deutschland vorgetragene Argumente bezogen.

Die Klägerin war eine Raumpflegerin aus Hamburg, deren Arbeitsverhältnis mit Erreichen des 65. Lebensjahres nach dem Tarifvertrag automatisch endete. Da Frau Rosenblatt über Jahre geringfügig beschäftigt war, reichte ihre Rente aus der gesetzlichen Altersversorgung nicht für ihren Unterhalt aus. Deshalb wollte Frau Rosenblatt weiterarbeiten. Sie machte geltend, dass die automatische Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses eine Diskriminierung wegen des Alters darstelle.

Die Bundesregierung hat die Regelung verteidigt und vorgebracht, dass die einschlägige europäische Richtlinie 2000/78/EG² nicht jegliche Ungleichbehandlung wegen des Alters verbietet. Ungleichbehandlungen sind vielmehr ausdrücklich zugelassen, wenn legitime Ziele, insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik, dies rechtfertigen. Das Ziel der angegriffenen Regelung ist eine bessere Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen. Das hat der EuGH ausdrücklich anerkannt.

Auch in einem anderen Fall behaupteter Altersdiskriminierung hat der EuGH bestätigt, dass deutsches Recht mit Unionsrecht vereinbar ist. In dem Vorlageverfahren *Wolf* ging es um eine Bestimmung des Landes Hessen, die das Höchstalter für die Einstellung von Beamten der Feuerwehrlaufbahn auf dreißig Jahre festlegt.

Zwar hat der EuGH in dieser Regelung eine Ungleichbehandlung wegen des Alters im Sinne der Richtlinie³ gesehen. Mit ihr wird jedoch ein rechtmäßiger Zweck verfolgt: die Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemäße Funktionieren der Berufsfeuerwehr. Damit ist diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt. Eine besonders ausgeprägte körperliche Eignung kann als eine für die Berufsausübung im mittleren feuerwehrtechnischen Dienst wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne der Richtlinie⁴ angesehen werden. Diese Eignung steht zweifelsfrei im Zusammenhang mit dem Alter des Feuerwehrmanns.

Wir können also sehen, dass der EuGH kein Interesse daran hat, an nachvollziehbaren, gut vertretenen Argumenten einzelner Mitgliedstaaten zu zweifeln. Er ist sachlichen Argumenten zugänglich und betrachtet durchaus die Folgen seiner Entscheidung.

4. Ausblick auf anstehende Entscheidungen

Die von mir dargestellten Beispiele kann man ergänzen um weitere Verfahren, die zur Entscheidung anstehen und auf das Antidiskriminierungsrecht im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Auskunftsansprüchen oder aber auch das Urlaubsrecht zur Frage des Verhältnisses von Urlaub und Krankheit zurückgehen.

5. Fazit

Es kann erstens festgehalten werden, dass der Gesetzgeber nicht gerade übermäßig tatenarm ist, was das deutsche Arbeitsrecht angeht. Ob er übermäßig tatkräftig ist, lasse ich dahinstehen. Es geht aber auch nicht um das eine oder das andere, sondern um die notwendige Balance. Ich folge dabei immer gerne Montesquieu: Wenn es *nicht notwendig* ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es *notwendig*, kein Gesetz zu machen.

Zweitens hat der EuGH die nationale Rechtslage in vielen wichtigen Fällen bestätigt. In einigen Fällen kam es zu einer Korrektur des deutschen Rechts; allerdings berühren diese Änderungen nun wirklich nicht die Grundfesten des Rechts, sondern führen im Gegenteil behutsam und sensibel zu einer Weiterentwicklung des deutschen Arbeitsrechts.

II. SOZIALER DIALOG

Anders als bei dem beschriebenen Gegenstand sieht es jedoch bei der europäischen Rechtsetzung auf der Grundlage des Sozialen Dialogs aus. Hier baut sich in der Tat gegebenenfalls ein starkes Spannungsverhältnis zwischen europäischem und nationalem Recht auf.

Es gibt eine Art Sonderfall in der europäischen Gesetzgebung, der es den Sozialpartnern erlaubt, ihre Vereinbarungen in das Gemeinschaftsrecht zu überführen. Gemeint ist die Umsetzung von Sozialpartnervereinbarungen nach Art. 155 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

Die Brisanz des Sozialen Dialogs liegt darin, dass Sozialpartner auf EU-Ebene quasi in die Rolle eines Gesetzgebers schlüpfen. Das wirft natürlich die Frage der Legitimität auf. Sozialpartner sind keine gewählten Volksvertreter. Und trotzdem können sie Gegenstand und Inhalte von EU-Richtlinien zur Sozialpolitik bestimmen? Wie ist das möglich?

Nach Art. 154 AEUV (ex-Art. 138 EGV) hat die EU-Kommission die Aufgabe, die Anhörung der Sozialpartner auf EU-Ebene zu fördern und den Dialog zwischen den Sozialpartnern zu erleichtern. Die Kommission hört zu diesem Zweck, bevor sie Vorschläge im Bereich der Sozialpolitik unterbreitet, die Sozialpartner an. Bei diesen Anhörungen können die Sozialpartner der Kommission mitteilen, dass sie den Prozess nach Art. 155 AEUV in Gang setzen wollen. Die europäischen Sozialpartner treten dann in einen autonomen Dialog, der zum Abschluss einer Vereinbarung führen kann. Die Sozialpartner können aber auch eigenständig einen Ausschuss des Sozialen Dialogs bei der Kommission beantragen und in Verhandlungen treten.

Wirklich spannend wird es bei der Frage wie Sozialpartnervereinbarungen umgesetzt werden. Grundsätzlich gibt es zwei Wege:

- Die Durchführung nach den jeweiligen Verfahren und Gepflogenheiten der Sozialpartner und der Mitgliedstaaten. Das ist zum Beispiel bei der Sozialpartnervereinbarung zum arbeitsbezogenen Stress der Fall.

- Oder die europäischen Sozialpartner können die Kommission bitten, ihre Vereinbarung dem Rat zur Entscheidung vorzulegen. In der Regel heißt das Umsetzung durch eine EU-Richtlinie. Das war in der Vergangenheit zum Beispiel der Fall beim Elternurlaub, der Teilzeitarbeit, den befristeten Arbeitsverhältnissen, den Vorschriften zur Leiharbeit oder zur Telearbeit.

Diese Richtlinien stammen alle aus dem branchenübergreifenden Sozialen Dialog. Das bedeutet, dass in der Regel die großen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen daran mitarbeiten. Das bleibt nicht im Verborgenen. Aber wer kennt schon die „Europäische Rahmenvereinbarung betreffend die Verhütung von Gesundheitsgefahren in der Friseurbranche“, die im sektoralen Sozialen Dialog zurzeit entsteht? Selbst das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kennt den Entwurf offiziell noch nicht, weil die Kommission keine Entwürfe aus dem Sozialen Dialog veröffentlicht.

Bei der Umsetzung durch Ratsbeschluss gibt es eine weitere Besonderheit. Wenn die Kommission ein Sozialpartnerabkommen dem Rat zur Entscheidung vorlegt, kann der Rat nur zustimmen oder ablehnen. Am Text des Abkommens dürfen die Mitgliedstaaten inhaltlich nichts verändern. Begründung: Jeder Eingriff in den Text ist ein Eingriff in die Autonomie der Sozialpartner.

Wenn die Mitgliedstaaten zustimmen, müssen sie mit dem Text leben wie er ist. Inhaltliche Diskussionen gibt es auch im Europäischen Parlament nicht. Es wird über die Entscheidung des Rates nur informiert. Diese Besonderheiten haben bei der Umsetzung der sogenannten Nadelstich-Richtlinie – einer Richtlinie, die im Krankenhaussektor die Infektionsgefahr durch Nadelstichverletzungen senken soll – in einigen Mitgliedstaaten für erhebliche Unsicherheit gesorgt. Diskutiert wurde hier insbesondere die Frage, welchen Stellenwert die Einführung „eigensicherer“ medizinischer Instrumente haben soll. Dies ist besonders aus Kostengründen relevant, weil deren Anschaffung derzeit noch deutlich teurer ist als die herkömmlicher Systeme. Deutschland dürfte davon allerdings weniger betroffen sein. Aufgrund des seit langem bekannten Infektionsrisikos durch Verletzungen mit gebrauchten Kanülen wird diese Umstellung nämlich bereits seit 2003 stufenweise durchgeführt.⁵

Allein in den letzten zehn Jahren hat sich die Zahl der Ausschüsse für den sektoralen Sozialen Dialog mehr als verdoppelt. Inzwischen gibt es rund vierzig Ausschüsse. Darunter sind zum Beispiel Ausschüsse für klassische Industriebranchen wie Metall, Chemie, Bau und Papier; für den Verkehr (Eisenbahn-, Schiffs- und Flugverkehr) oder auch Dienstleistungen wie Versicherungen, Versorger (Gas und Elektrizität) und Telekommunikation bis hin zur Öffentlichen Verwaltung, Erziehung und bald wohl auch für den Sport (Fitness-Clubs u.ä.). Und es darf davon ausgegangen werden, dass weitere dazukommen. Denn die EU-Kommission hat das Tempo, mit dem sie das politische Instrument des Sozialen Dialogs vorantreibt, weiter erhöht. Die Kommission hat sich in ihrem Arbeitsdokument zu „Arbeitsweise und Potenzial der Ausschüsse für den sektoralen sozialen Dialog in Europa“ im Sommer 2010 dazu recht eindeutig geäußert.⁶ Auch drei konkrete Handlungsfelder werden genannt: Arbeitsschutz, Arbeitsbedingungen und Arbeitszeit.⁷

Der zügige Ausbau des Sozialen Dialogs wird leider nicht von einem Mehr an Öffentlichkeit und Transparenz begleitet. Auf der kommissionseigenen Internetseite zum Sozialen Dialog finden sich kaum aktuelle Informationen und auf den Konferenzen zum Sozialen Dialog diskutieren die Sozialpartner untereinander und mit der Kommission.

Das konkrete Problem für die Regierungsseite ist, dass für sie im Sozialen Dialog kein Platz vorgesehen ist. Es gibt keine Anhörung von Mitgliedstaaten. Das Problem spitzt sich zu, wenn eine Sozialpartnervereinbarung dem Rat zur Entscheidung vorgelegt wird. Wie dargelegt: Die Mitgliedstaaten können im Rat nur noch zustimmen oder ablehnen. Inhaltliche Ergänzungen oder Änderungen sind nicht mehr möglich.

Sollte die EU-Kommission ihren Kurs beibehalten und den Sozialen Dialog vorantreiben, ohne dem Informationsbedarf der Mitgliedstaaten gerecht zu werden, ist es eine Frage der Zeit, bis sich dieser und jener Mitgliedstaat in dem Dilemma „Zustimmen ohne Änderungsmöglichkeit“ oder „Ablehnen ohne Änderungsmöglichkeit“ befindet.

Da uns besonders im sektoralen Dialog „der Schuh drückt“, haben wir auf EU-Ebene im „Beratenden Ausschuss für Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz“ zusammen mit anderen Mitgliedern die Kommission angeschrieben und auf die Informationsdefizite hingewiesen. Gerade auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes ist es unglücklich, dass der Beratende

Ausschuss bei der Kommission und die Ausschüsse im Rahmen des Sozialen Dialogs kaum Informationen austauschen; denn im Arbeitsschutz haben wir schon eine Vielzahl europäischer Richtlinien, die systematisch aufeinander aufbauen und für alle Beschäftigten ein gutes und gleichmäßiges Schutzniveau bieten. Ergänzungen durch Sozialpartnervereinbarungen für einzelne Branchen müssten deshalb sehr genau unter fachlichen und rechtlichen Gesichtspunkten mit diesem „aquis“ abgeglichen werden, vor allem, wenn sie in Form verbindlicher Richtlinien durchgeführt werden sollen.

Ich möchte noch einen weiteren Punkt nennen, warum der mangelnde Informationsaustausch auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes schwer zu verstehen ist: Der Beratende Ausschuss ist tripartitisch, das heißt, auch mit europäischen Sozialpartnern besetzt. Allerdings ist die Zusammensetzung der Sozialpartner unterschiedlich: Im Beratenden Ausschuss stellen die großen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen die Mitglieder, wohingegen gerade im sektoralen Sozialen Dialog branchenspezifische Organisationen verhandeln. Diese Verbände und Gewerkschaften müssen noch nicht einmal tariffähig sein. Bedingung für die Aufnahme von Verhandlungen ist, dass diese Organisationen ihre sogenannte „Repräsentativität“ für ihre Branche nachweisen. Es ist also durchaus möglich, dass noch nicht einmal die großen, nationalen Dachverbände der Sozialpartner wissen, wer im sektoralen Sozialen Dialog verhandelt. In den Ausschüssen müssen auch nicht Sozialpartner aus allen Mitgliedstaaten vertreten sein.

Man kann verstehen, dass die Kommission aufgrund der Autonomie der Sozialpartner nicht aus laufenden Verhandlungen berichten kann. Aber sicher ist es für die Mitgliedstaaten wichtig, zu wissen, über welche Themen aktuell im Sozialen Dialog gesprochen wird und auf welchem Gebiet eine Vereinbarung vorbereitet wird. Erst solche Informationen helfen, Doppelarbeit zu verhindern und Fachwissen auszutauschen.

Die EU-Kommission hat inzwischen auf unsere Aktivitäten reagiert. Im Mai 2011 gab es in Brüssel die erste Konferenz zum Sozialen Dialog, bei der sich auch die Mitgliedstaaten an Diskussionen beteiligen konnten. Das war ein erster Schritt in die richtige Richtung und ich hoffe, es folgen weitere.

Vermutlich weiß kein Mitgliedstaat, wie viele Sozialpartner in welchen Branchen gerade in Brüssel verhandeln. Fragt man die EU-Kommission, heißt es, man führe darüber keine Listen. Wer Licht ins Dunkel bringen will, muss also selbst aktiv werden.

Das Bundesarbeitsministerium hat deshalb Anfang des Jahres auf nationaler Ebene zum ersten Mal deutsche Vertreterinnen und Vertreter aus dem Sozialen Dialog nach Berlin zu einem Meinungsaustausch auf Fachebene eingeladen. Neben dem Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) und der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) waren auch viele Einzelgewerkschaften und branchenspezifische Arbeitgebervertreter anwesend. Wir schätzen inzwischen, dass rund hundert Experten der deutschen Sozialpartner vor allem im sektoralen europäischen Sozialen Dialog mitarbeiten.

Die Reaktion unserer deutschen Sozialpartner auf die Initiative des Bundesarbeitsministeriums war erfreulich. Unsere Fachbeamten wurden von den Sozialpartnern über die innere Arbeitsweise in den Ausschüssen informiert, und es gibt einen Willen, mit der Regierungsseite zu kooperieren.

Ich erwarte nicht, dass es zur Regel wird, dass die europäischen Sozialpartner versuchen, über Art. 155 AEUV ihre Vereinbarungen als Richtlinie umzusetzen. Dazu sind die Interessen und Positionen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern auf europäischer Ebene in vielen Einzelfragen zu weit auseinander. Außerdem beschäftigt sich der Soziale Dialog als Zweiparteiensystem nicht ausschließlich mit Vereinbarungen, die verbindlich in das Gemeinschaftsrecht übernommen werden sollen. Im Gegenteil: Von den mehr als 300 Dokumenten, die bisher im Sozialen Dialog branchenübergreifend oder sektoral entstanden sind, haben die meisten den Charakter von Stellungnahmen oder Erklärungen.

Trotzdem ist es bemerkenswert, in welcher Geschwindigkeit sich der Soziale Dialog von seinen Anfängen als Anhörungskomponente im Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (1951) bis heute entwickelt hat. Auch die Zukunft könnte spannend werden. Der Soziale Dialog hat nämlich die Absicht, die Entwicklung von globalen Sozialstandards zu stärken.

Nach allem, was wir wissen, prüfen die Sozialpartner, welche Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) sich für Verhandlungen im Sozialen Dialog eignen. Das Ziel scheint klar: Die ILO-Übereinkommen könnten als Sozialpartnervereinbarung dem Rat zur Entscheidung vorgelegt werden und ins Gemeinschaftsrecht überführt werden. Man darf gespannt darauf sein, wie die nationalen Parlamente darauf reagieren. Sie sind es schließlich, die für die Ratifizierung von internationalen Verträgen – also auch ILO-Übereinkommen – zuständig sind.

Ich vermute, dass sich die Frage der Legitimität von Sozialpartnervereinbarungen, die als EU-Richtlinie umgesetzt werden sollen, spätestens zu diesem Zeitpunkt in vielen Mitgliedstaaten verschärft stellen wird. Wir werden auf diese Diskussion vorbereitet sein.

Es gilt also im Sinne Hölderlins gedankenvoll zu sein, denn der Gedanke legt immer auch den Grund für die Tat, wie von Moltke uns wissen ließ.

- 1| *Corinna Budras, Arbeitsverweigerung, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 30.04.2011.*
- 2| *Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.*
- 3| *Ebd.*
- 4| *Vgl. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG.*
- 5| *Grundlage hierfür ist die Biostoffverordnung mit der Technischen Regel „Biologische Arbeitsstoffe im Gesundheitswesen und in der Wohlfahrtspflege“ (TRBA 250). Auch bei der Umsetzung der anderen Regelungen der Richtlinie werden wir in Deutschland zum Glück keine Probleme haben, da die TRBA 250 auch diese Punkte umfassend abdeckt.*
- 6| *Arbeitsdokument der Dienststellen der Kommission zu Arbeitsweise und Potenzial der Ausschüsse für den sektoralen sozialen Dialog in Europa, SEK(2010) 964 endg. vom 22.07.2010, S. 14: „Jüngere Entwicklungen deuten darauf hin, dass die Zahl der sektoralen Vereinbarungen sogar noch ansteigen könnte und die diesbezüglichen Verhandlungen zunehmend unabhängig von der durch die Kommission initiierten formalen Anhörungen geführt werden.“*
- 7| *Ebd.*

URLAUBSRECHTSPRECHUNG DES EUGH

KONSEQUENZEN FÜR DAS DEUTSCHE RECHT

Alexander Dubon

I. EINLEITUNG

„Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur.“¹ Es war in diesem Falle nicht, wie so häufig, der nationale Gesetzgeber, sondern der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), der durch sein Urteil in der Sache *Schultz-Hoff*² wieder einmal die Richtigkeit dieses Zitats bestätigen sollte. Konkret traf es diesmal die seit dem Jahre 1982 bestehenden Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) bezüglich des Urlaubsabgeltungsanspruchs nach § 7 Abs. 4 BUrlG (Bundesurlaubsgesetz). Ursprünglich wurde dieser Abgeltungsanspruch vom BAG als „Surrogat“ des Urlaubsanspruchs interpretiert, mit der Konsequenz, dass der Abgeltungsanspruch mit Ausnahme der Beendigung des Arbeitsverhältnisses an dieselben Voraussetzungen gebunden war wie der Urlaubsanspruch selbst. Er setzte somit insbesondere die Erfüllbarkeit des Urlaubsanspruchs voraus, die jedoch bei einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers über den Ablauf des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums hinaus nicht gegeben war. Nach bisheriger Rechtsprechung konnten also während einer Langzeiterkrankung eines Arbeitnehmers nicht über Jahre

hinweg Urlaubsansprüche angesammelt werden, da diese Ansprüche mit Ablauf des jeweiligen Übertragungszeitraums im Folgejahr ersatzlos untergingen. Dies betraf sowohl die gesetzlichen als auch in der Regel die übergesetzlichen Urlaubsansprüche, sofern zwischen den Vertragsparteien oder auf kollektivrechtlicher Ebene nichts anderes vereinbart war. Der Urlaubsabgeltungsanspruch wurde weiterhin als nicht vererblich angesehen und sollte auf Grund des im Gesetz eigens geregelten „Fristregimes“ weder etwaigen Ausschlussfristen noch den allgemeinen Verjährungsvorschriften unterliegen.

Diese Rechtsprechung zum Verfall des Urlaubsanspruchs bei Langzeiterkrankung ist jedoch nach Ansicht des EuGH nicht mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG vereinbar. Nach dieser Vorschrift müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindesturlaub von vier Wochen erhält.³ Der bezahlte Jahresurlaub sei ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts, der Erholung sowie einen Zeitraum für Entspannung und Freizeit bezwecke. Mit diesen Grundsätzen sei es nicht zu vereinbaren, wenn Urlaubsansprüche erlöschen würden, ohne dass der Arbeitnehmer tatsächlich die Möglichkeit gehabt hätte, den Anspruch zu verwirklichen, der ihm durch diese Richtlinie gewährt werde. Ein Vertrauensschutz wurde durch den EuGH lediglich bis zum 23. November 1996 anerkannt.

Folge dieser Rechtsprechung war die Entscheidung vom 24. März 2009 (Az: 9 AZR 983/07), mit welcher das BAG seine bisherige Rechtsprechung aufgab und im Wege einer gemeinschaftsrechtskonformen Fortbildung mittels teleologischer Reduktion der zeitlichen Grenzen von Art. 7 Abs. 3 und 4 BUrlG nunmehr kein Erlöschen des gesetzlichen Voll- oder Teilurlaubs annimmt, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. In einer weiteren Entscheidung vom 23. März 2010 (Az: 9 AZR 128/09) übertrug das BAG diese Grundsätze auch auf den Zusatzurlaub für Schwerbehinderte nach § 125 SGB IX.

Zwar ist ebenfalls nicht abschließend geklärt, welche vom Willen des Arbeitnehmers unabhängigen weiteren Verhinderungsgründe neben einer Arbeitsunfähigkeit einem Verfall von Urlaubsansprüchen entgegenstehen könnten. Im Rahmen dieses Beitrags soll jedoch auf diese Fragen nicht näher eingegangen und nur der wohl maßgebliche Anwendungsfall der längerfristigen Arbeitsunfähigkeit erörtert werden.

II. PROBLEMSTELLUNG

Folge der geänderten Rechtsprechung waren Rechtsfälle, in denen langzeiterkrankte Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Urlaubsabgeltungsansprüche geltend machten, die teilweise Jahre zurückliegende Urlaubsansprüche beinhalteten. Ursache war nicht selten, dass bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses deshalb nicht in Erwägung gezogen wurde, da nach Ablauf des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums keine weitere finanzielle Belastung vermutet wurde. Mir ist aus meiner Tätigkeit insoweit u. a. ein Extremfall bekannt, in welchem der Arbeitnehmer seit Jahren nicht mehr bei seinem Arbeitgeber faktisch beschäftigt war, Rente wegen voller Erwerbsminderung nebst einer kleinen Betriebsrente bezog und nunmehr nach Kenntnis der oben genannten Entscheidung allein deshalb sein formell noch bestehendes Arbeitsverhältnis kündigte, um in den Genuss der Urlaubsabgeltung zu kommen. Insbesondere unter Einbeziehung von übergesetzlichen Urlaubsansprüchen und eines etwaigen gesetzlichen Zusatzurlaubs gemäß § 125 SGB IX waren und sind nicht selten Abgeltungsansprüche für mehr als hundert Urlaubstage streitgegenständlich.

Die damit noch bestehende rechtliche Unsicherheit, in welchem Umfang insbesondere eine solche unbefristete Anhäufung von Urlaubsansprüchen tatsächlich erfolgt, birgt meines Erachtens sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer nicht unerhebliche Risiken. Zu nennen sind hier einerseits eventuelle Ungewissheiten auf Arbeitgeberseite, mit welchen finanziellen Forderungen im Rahmen eines bestehenden oder sogar bereits beendeten Arbeitsverhältnisses mit einem für längere Zeit erkrankten Arbeitnehmer zu rechnen ist. Besonders für kleine mittelständische Unternehmen können die hiermit gegebenenfalls verbundenen finanziellen Belastungen teilweise erheblich sein. Andererseits kann die geänderte Rechtslage aber auch für Arbeitnehmer eventuell unerwünschte Folgen haben. Jüngst äußerte der Geschäftsführer einer Beklagten anlässlich eines Kündigungsrechtsstreits in der Güteverhandlung zur Rechtfertigung einer Kündigung klar und unmissverständlich, dass er diese nur deshalb gegenüber dem langzeiterkrankten Kläger ausgesprochen habe, da er eben gerade diese Anhäufung der Urlaubsabgeltungsansprüche fürchte. Sollte der Arbeitnehmer allerdings seine Arbeitsfähigkeit zu einem späteren Zeitpunkt wiedererlangen, würde man ihn sofort wieder einstellen. Unabhängig von dieser Kehrseite der „Medaille“ ist ebenfalls

daran zu denken, ob nicht im Rahmen der Überprüfung der sozialen Rechtfertigung einer personenbedingten Kündigung im Falle eines langzeiterkrankten Arbeitnehmers nunmehr auch der Aspekt der Ansammlung von Urlaubsansprüchen zu Gunsten des Arbeitgebers in die Prüfung mit einbezogen werden müsste.

Wie nicht anders zu erwarten, dauerte es nicht lange und es folgte ein Reigen von Urteilen zur „unendlichen“ Ansammlung von Urlaubsansprüchen und anderweitigen Auswirkungen der geänderten Rechtsprechung. Teilweise wurden sehr unterschiedliche Konsequenzen gezogen. Ich möchte im Anschluss einen kleinen Überblick auf die aus meiner Sicht interessantesten Fragen zu diesen Problemkreisen geben. Sämtliche nachfolgend erwähnten Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte waren – soweit nicht anders angegeben – bei Einreichung dieses Manuskripts noch Gegenstand anhängiger Revisionsverfahren vor dem BAG.

III. RUHEN DES ARBEITSVERHÄLTNISES UND ENTSTEHEN VON URLAUBSANSPRÜCHEN

Dass es nicht zwingend zu einem Ansammeln von Urlaubsansprüchen kommen muss, hat unter anderem das Landesarbeitsgericht Köln in einer Entscheidung vom 10. März 2011 (Az: 3 Sa 1057/10) angenommen. In der dort zu entscheidenden Konstellation ruhte das Arbeitsverhältnis auf Grund einer Tarifnorm für den Zeitraum einer befristet gewährten Erwerbsminderungsrente des Arbeitnehmers. Das Landesarbeitsgericht Köln vertritt die Auffassung, dass zumindest für die Dauer dieses Ruhens keine Urlaubsansprüche entstehen würden. Es fehle für diesen Zeitraum an dem für das vertragliche Arbeitsverhältnis typischen Austauschverhältnis. Diese Auffassung teilt auch das Landesarbeitsgericht Nürnberg mit Urteil vom 8. Februar 2011 (Az: 6 Sa 500/10). Etwas anderes soll aber nach den Vorgaben der Entscheidung des EuGH in der Sache *Schultz-Hoff* wohl gelten, wenn das Ruhen des Arbeitsverhältnisses ohne Zutun des Arbeitnehmers nur wegen der Arbeitsunfähigkeit angenommen werden würde. Gegen einen Ausschluss des Entstehens von Urlaubsansprüchen bei ruhenden Arbeitsverhältnissen hat sich aber unter anderem das Landesarbeitsgericht Baden-Württembergs mit Urteil vom 29. April 2010 (Az: 11 Sa 64/09) ausgesprochen. Eine abschließende Klärung dieser äußerst umstrittenen Rechtsfrage durch das BAG oder dann auch gegebenenfalls durch den EuGH steht derzeit noch aus.

IV. AUSSCHLUSSFRISTEN

Geklärt wurde zwischenzeitlich durch das BAG die Frage, ob entgegen der bisherigen Rechtsprechung nunmehr der Urlaubsabgeltungsanspruch etwaig geltenden einzelvertraglichen oder tarifvertraglichen Ausschlussfristen unterfällt. Dies hatte das Landesarbeitsgericht Köln mit Urteil vom 20. April 2010 (Az: 12 Sa 1448/09) angenommen. Dem ist das BAG mit Urteil vom 9. August 2010 gefolgt. Nach der Pressemitteilung, die zu der Entscheidung zunächst nur veröffentlicht wurde, entsteht der Anspruch auf Abgeltung des bestehenden Urlaubs auch bei über das Arbeitsverhältnis hinaus andauernder Arbeitsunfähigkeit gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses und wird sofort fällig. Er sei nicht Surrogat des Urlaubsanspruchs, sondern reine Geldforderung und unterliege damit wie andere Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis einzel- und tarifvertraglichen Ausschlussfristen. Das gelte auch für die Abgeltung des nach § 13 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 BUrlG unabdingbaren gesetzlichen Mindesturlaubs. Sofern daher Ausschlussfristen auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden und diese Fristen verstrichen sind, ist zumindest insoweit Rechtssicherheit eingetreten.

V. VERJÄHRUNG

Weiterhin höchstrichterlich ungeklärt ist hingegen die Frage, ob der Urlaubs(abgeltungs)anspruch entgegen der bisherigen Rechtsprechung den allgemeinen Verjährungsvorschriften unterfällt. Die Antwort hat zum einen Auswirkungen auf das eventuell begrenzte Ansammeln von Urlaubsansprüchen aus der Vergangenheit. Weiter besteht Unsicherheit darüber, wie lange ein Arbeitgeber derzeit bei beendeten Arbeitsverhältnissen gegebenenfalls noch mit einer möglichen Klage auf Urlaubsabgeltung rechnen muss, wenn keine Ausschlussfristen greifen. Mit Urteil vom 18. August 2010 (Az: 12 Sa 650/10) hat unter anderem das Landesarbeitsgericht Düsseldorf angenommen, dass Urlaubsansprüche den allgemeinen Verjährungsregelungen unterliegen. Seiner Ansicht nach verjähren diese Ansprüche innerhalb von drei Jahren und zwar mit einem Beginn der Verjährungsfrist zum Schluss des Urlaubsjahres. Für den Beginn und Lauf der Verjährungsfrist sei unerheblich, ob der Arbeitnehmer arbeitsfähig oder lang andauernd arbeitsunfähig sei. Zur Hemmung der Verjährung könne er eine entsprechende Feststellungsklage erheben. Anderer Auffassung ist unter anderem das Landesarbeitsgericht München, das mit Urteil vom 30. November 2010

(Az: 6 Sa 684/10) eine Verjährungsmöglichkeit ablehnte. Im Ergebnis soll es bei dem bisher angenommenen eigenen „Fristenregime“ der Urlaubsregelungen bleiben bzw. selbst für den Fall einer unterstellten Verjährungsmöglichkeit eine Hemmung gemäß § 206 BGB auf Grund höherer Gewalt in Form der Arbeitsunfähigkeit anzunehmen sein.

VI. VERERBLICHKEIT

Das Landesarbeitsgericht Hamm zog mit Urteil vom 22. April 2010 (Az: 16 Sa 1502/09) aus der geänderten Rechtsprechung des BAG die Konsequenz, dass auch eine Vererblichkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs möglich sein müsse, da es auf Grund der fehlenden „Surrogatseigenschaft“ nicht mehr auf die Erfüllbarkeit des Urlaubsanspruchs ankomme. Dieser Auffassung hat sich das BAG – obwohl es den Urlaubsabgeltungsanspruch nunmehr selbst als reinen Geldanspruch ansieht – mit Urteil vom 22. September 2011 (Az: 9 AZR 426/10) jedoch nicht angeschlossen und der Revision stattgegeben. Bezüglich dieses Streitpunkts verbleibt es daher bei der bisherigen Rechtsprechung des BAG, dass mit dem Tod des Arbeitnehmers der Urlaubsanspruch erlischt und sich nicht nach § 7 Abs. 4 BUrlG in einen Abgeltungsanspruch umwandelt. Die Entscheidungsgründe lagen bei Abgabe des Manuskripts noch nicht vor, so dass die genaue Begründung abgewartet werden muss.

VII. EINBRINGUNG VON URLAUBSANSPRÜCHEN TROTZ ARBEITSUNFÄHIGKEIT

Einen ganz neuen Ansatz wählte das Landesarbeitsgericht Köln mit Urteil vom 7. Februar 2011 (Az: 5 Sa 891/10). Es vertritt die Auffassung, dass auch während einer Arbeitsunfähigkeit Urlaub genommen werden könne, was allerdings nach allgemeiner Meinung auf Grund einer angenommenen Unmöglichkeit der Freistellung im Fall einer Arbeitsunfähigkeit abgelehnt wird. Das europäische Recht steht nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts Köln der Geltendmachung von Urlaub während der Arbeitsunfähigkeit nicht entgegen, wie sich aus den ausdrücklichen Vorgaben des EuGH unter anderem in der Sache *Schultz-Hoff* ergebe. Um ein Erlöschen der Urlaubsansprüche am Ende des Urlaubsjahres zu verhindern – nach dieser Ansicht liegt ein Übertragungstatbestand in das Folgequartal gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG in Form der Arbeitsunfähigkeit schließlich nicht mehr vor –, müsste der Arbeitnehmer seinen Urlaubsanspruch allerdings fristgemäß geltend machen. Dieser in Anbetracht des deutschen Urlaubs-

rechts auf den ersten Blick sicherlich ungewöhnliche Ansatz hätte zumindest zur Konsequenz, dass eine Ansammlung für die Vergangenheit ausgeschlossen würde. Ob das BAG sich dieser Ansicht anschließen wird, ist eher unwahrscheinlich, da dies eine erhebliche weitere Abkehr von der bisherigen Urlaubsrechtsdogmatik bedeuten würde.

VIII. BEGRENZUNG DES ZEITRAUMS AUF ACHTZEHN MONATE

Die Frage nach Begrenzung der Ansammlung von Urlaubsansprüchen war jüngst Gegenstand einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm. Das Gericht äußerte insbesondere Zweifel daran, ob Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG verlange, dem Arbeitnehmer im Falle einer längerfristig andauernden Erkrankung einen Urlaubsanspruch zu Erholungszwecken zuzuerkennen, welcher den geforderten Mindesturlaub gegebenenfalls um ein Vielfaches übersteige. Mit Vorlagebeschluss vom 15. April 2010 (16 Sa 1176/09) legte das Landesarbeitsgericht Hamm daher dem EuGH (Az: C-214/10 – *Schulte*) die Frage vor, ob Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG im Falle einer längerfristigen Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers zwingend eine unbegrenzte Ansammlung von Urlaubsansprüchen zur Folge haben müsse und wenn nicht, ob eine Beschränkung der Übertragungsmöglichkeit von achtzehn Monaten ausreichend sei. Das Landesarbeitsgericht Hamm nimmt für diese Ansicht Rückgriff auf das Übereinkommen Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) vom 24. Juni 1970, dessen Bestimmungen zwar keine unmittelbar anwendbaren völkerrechtlichen Normen darstellen.⁴ Allerdings trägt die Richtlinie 2003/88/EG ausweislich ihres 6. Erwägungsgrundes auch den Grundsätzen der ILO hinsichtlich der Arbeitszeitgestaltung Rechnung. Nach Art. 9 des Übereinkommens besteht letztlich eine Höchstfrist von achtzehn Monaten für die Übertragung der in diesem Abkommen geregelten Urlaubsansprüche nach Ablauf des Jahres, für das der Urlaubsanspruch erworben wurde.

Zwar hat der EuGH noch nicht entschieden, allerdings vertritt die Generalanwältin Verica Trstenjak in ihren Schlussanträgen die Ansicht, dass Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2003/88 einzelstaatliche Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten zulasse, nach denen der Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsanspruch bei Ablauf des Bezugszeitraums sowie eines Übertragungszeitraums erlösche, selbst wenn der Arbeitnehmer längerfristig arbeitsunfähig erkrankt sei. Allerdings müsse der Über-

tragungszeitraum so bemessen sein, dass der Zweck des primären Anspruchs auf Erholung gewahrt bleibe. Der vom Landesarbeitsgericht Hamm angenommene Zeitraum von achtzehn Monaten genüge den Anforderungen, sei unionsrechtlich jedoch nicht zwingend geboten. Vielmehr stehe es den Mitgliedstaaten frei, unter Beachtung der Grenzen der Richtlinie auch andere Regelungen zu treffen. Sollte sich der EuGH dieser Ansicht anschließen, bleibt abzuwarten, ob der vom Landesarbeitsgericht Hamm eingeschlagene Weg der europarechtskonformen Auslegung von Art. 7 Abs. 3 BUrlG auch vom BAG beschritten wird.

IX. ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

Wie sich die Rechtsprechung des BAG zu den oben angesprochenen offenen Rechtsfragen entwickeln wird, bleibt abzuwarten. Gleiches gilt für etwaige Folgeentscheidungen des EuGH. Die bis dahin bestehende Rechtsunsicherheit ist zwar für die Beteiligten unerfreulich, allerdings, wie so oft im juristischen Alltag, leider wohl hinzunehmen. Letztlich hätte es der Gesetzgeber in der Hand, die Ungewissheiten schnell zu beseitigen, zum Beispiel durch Änderung von § 7 Abs. 3 BUrlG. Denkbar wäre eine Ergänzung von § 7 Abs. 3 S. 3 BUrlG im Sinne der Rechtsprechung des LAG Hamm, also eine gesetzlich normierte Beschränkung der Urlaubsübertragung für die in diesem Beitrag beschriebenen Fälle auf z. B. maximal achtzehn Monate. Da ein entsprechender politischer Wille aber gegenwärtig nicht erkennbar ist, wird es darauf ankommen, wann und wie die Vorgaben des EuGH in der Sache *Schultz-Hoff* und der noch zu erwartenden Entscheidung in der Sache *Schulte* durch eine richtlinienkonforme Auslegung der Art. 7 Abs. 3 und 4 BUrlG in der Rechtsprechung letztendlich umgesetzt werden.

- 1| Von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, S. 23.
- 2| EuGH vom 20.01.2009 – C-350/06 und C-520/06.
- 3| Der Anspruch auf „bezahlten Jahresurlaub“ ist nunmehr ebenfalls in Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union aufgenommen worden.
- 4| BAG vom 17.12.1993 – 9 AZR 683/92.

SOZIALRECHT AUF DEM PRÜFSTAND

„PFLEGE-TÜV“

KRITERIEN UND ZULÄSSIGKEIT

Gabriele Comos-Aldejohann

I. HINTERGRUND

Ende der 1990er Jahre wurden von den Medien immer wieder teilweise erhebliche Missstände in Einrichtungen zur Pflege älterer und behinderter Menschen aufgegriffen, zum Beispiel unter der Überschrift „Pflege-Schande! Der große BILD-Report“. In der Bevölkerung herrschten, auch wegen dieser Berichte, große Unsicherheiten über die in Einrichtungen der stationären und ambulanten Pflege gebotenen Leistungen, ihre Qualität und Vergleichbarkeit. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz) eine umfangreiche Veröffentlichungspflicht für gesetzlich vorgeschriebene Qualitätsprüfungen durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) normiert.

Der in den §§ 114 ff. des 11. Buchs des Sozialgesetzbuchs (SGB XI) geregelte sogenannte „Pflege-TÜV“ ist Teil der vom Gesetzgeber ergriffenen Maßnahmen, „die Qualität der pflegerischen Versorgung weiter zu verbessern und die Instrumente der Qualitätssicherung und Qualitätsentwicklung zu stärken“.¹ So heißt es in der Gesetzesbegründung:

„Mit der Regelung wird der vielfach erhobenen Forderung nach mehr Transparenz und Vergleichbarkeit von Qualitätsprüfungen des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung in weitest möglicher Form Rechnung getragen.“² Weiter wird ausgeführt, „für die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen ist es von großer Bedeutung, schon in naher Zukunft über verlässliche Informationen über die in den Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität verfügen zu können.“ Bis zum 30. September 2008 hatten deshalb der Spitzenverband Bund der Pflegekassen, die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe und die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen eine Vereinbarung über die Kriterien der Veröffentlichung zu treffen. In dieser Vereinbarung sei zu regeln, zu welchen Merkmalen und in welcher Form die Ergebnisse der Qualitätsprüfungen des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung sowie Informationen, die in anderen Prüfverfahren, beispielsweise im Rahmen eines von den Einrichtungen veranlassten Zertifizierungsverfahrens, gewonnen wurden, zu veröffentlichen sind.³

Zur Gesetzesbegründung ist weiter ausgeführt: „Wesentliches Ziel dieser Regelung und Aufgabe der Vereinbarungspartner nach dieser Vorschrift ist es, eine für die pflegebedürftigen Menschen und ihre Angehörigen verständliche, umfassende, nachprüfbare, übersichtliche und zuverlässige Form der Darstellung von Angaben zur Qualität in den Einrichtungen zu gewährleisten. Als Verbraucher sind sie über Art und Datum der Prüfung zu informieren und in die Lage zu versetzen, vorhandene Angebote zu vergleichen und selbstbestimmt eine Entscheidung zu treffen. [...] Für die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen sind insbesondere auch Informationen über Aspekte der Ergebnis- und Lebensqualität in den Einrichtungen von Bedeutung. Die im Rahmen der Qualitätsentwicklung in der Pflege angewendeten Prüf- und Zertifizierungsverfahren sind daher zukünftig auch auf diese Zielsetzung auszurichten. Gemeinsam zu entwickelnde Instrumente zur Beurteilung von Ergebnisqualität in Alten- und Pflegeheimen und auf wissenschaftlicher Grundlage zu erarbeitende Indikatoren für deren Darstellung und Bewertung können dazu beitragen. Ein entsprechendes wissenschaftliches Projekt wird gegenwärtig unter Beteiligung des Bundesministeriums für Gesundheit und des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vorbereitet.“⁴

II. GESETZLICHE REGELUNG

Gemäß § 114 Abs. 1 SGB XI erteilen die Landesverbände der Pflegekassen dem Medizinischen Dienst der Krankenversicherung oder den bestellten Sachverständigen einen Auftrag zur Qualitätsprüfung. Der Auftrag enthält Vorgaben zur Prüffart, zum Prüfgegenstand und zum Prüfumfang. Die Prüfung erfolgt als Regelprüfung, Anlassprüfung oder Wiederholungsprüfung. Die Pflegeeinrichtungen haben die ordnungsgemäße Durchführung der Prüfungen zu ermöglichen. Nach § 114 Abs. 2 SGB XI veranlassen die Landesverbände der Pflegekassen in zugelassenen Pflegeeinrichtungen bis zum 31. Dezember 2010 mindestens einmal und vom Jahr 2011 an regelmäßig im Abstand von höchstens einem Jahr eine Prüfung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung oder bestellte Sachverständige (Regelprüfung). Zu prüfen ist, ob die Qualitätsanforderungen nach diesem Gesetz und nach den darauf basierenden vertraglichen Vereinbarungen erfüllt sind. Die Regelprüfung erfasst insbesondere wesentliche Aspekte des Pflegezustands und die Wirksamkeit der Pflege- und Betreuungsmaßnahmen (Ergebnisqualität). Sie kann auch auf den Ablauf, die Durchführung und die Evaluation der Leistungserbringung (Prozessqualität) sowie die unmittelbaren Rahmenbedingungen der Leistungserbringung (Strukturqualität) erstreckt werden.

Die Durchführung der Qualitätsprüfungen ist in § 114a SGB XI näher ausgestaltet. Danach sind der Medizinische Dienst der Krankenversicherung und die von den Landesverbänden der Pflegekassen bestellten Sachverständigen im Rahmen ihres Prüfauftrags nach § 114 SGB XI berechtigt und verpflichtet, an Ort und Stelle zu überprüfen, ob die zugelassenen Pflegeeinrichtungen die Leistungs- und Qualitätsanforderungen nach diesem Gesetz erfüllen. Geprüft wird grundsätzlich unangemeldet. Der Medizinische Dienst der Krankenversicherung und die von den Landesverbänden der Pflegekassen bestellten Sachverständigen beraten im Rahmen der Qualitätsprüfungen die Pflegeeinrichtungen in Fragen der Qualitätssicherung. Sowohl bei teil- als auch bei vollstationärer Pflege sind der Medizinische Dienst und die bestellten Sachverständigen berechtigt, zum Zwecke der Qualitätssicherung die Grundstücke und Räume des Pflegeheims jederzeit zu betreten und dort Prüfungen und Besichtigungen vorzunehmen.

Ferner dürfen sie sich mit den Pflegebedürftigen, ihren Angehörigen, vertretungsberechtigten Personen und Betreuern in Verbindung setzen sowie die Beschäftigten und die Interessenvertretung der Bewohnerinnen und Bewohner befragen. Prüfungen und Besichtigungen zur Nachtzeit sind nur zulässig, wenn und soweit das Ziel der Qualitätssicherung zu anderen Uhrzeiten nicht erreicht werden kann. Soweit Heimbewohner ein Wohnrecht an Räumen haben, dürfen diese ohne Einwilligung der Bewohner nur betreten werden, soweit dies zur Verhütung drohender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung erforderlich ist; das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) wird insoweit eingeschränkt. Bei der ambulanten Pflege sind der Medizinische Dienst und die Sachverständigen berechtigt, die Qualität der Leistungen des Pflegedienstes mit Einwilligung des Pflegebedürftigen auch in dessen Wohnung zu überprüfen. Soweit ein Pflegebedürftiger die Einwilligung nach den Sätzen 3 und 4 nicht selbst erteilen kann, darf diese nur durch eine vertretungsberechtigte Person oder einen bestellten Betreuer erteilt werden. Der Medizinische Dienst der Krankenversicherung soll die nach heimrechtlichen Vorschriften zuständige Aufsichtsbehörde an Prüfungen beteiligen, soweit dadurch die Prüfung nicht verzögert wird.

Die Prüfungen beziehen sich auch auf den gesundheitlichen und pflegerischen Zustand von Pflegebedürftigen (§ 114a Abs. 2 Satz 1 SGB XI). Sowohl Pflegebedürftige als auch Beschäftigte der Pflegeeinrichtungen, Betreuer und Angehörige sowie Mitglieder der heimrechtlichen Interessenvertretungen der Bewohnerinnen und Bewohner können dazu befragt werden (§ 114a Abs. 2 Satz 2 SGB XI). Die Teilnahme an Inaugenscheinnahmen und Befragungen ist freiwillig; durch die Ablehnung dürfen keine Nachteile entstehen. Inaugenscheinnahmen von Pflegebedürftigen und Befragungen von Personen nach Satz 2 bedürfen der Einwilligung der betroffenen Pflegebedürftigen (§ 114a Abs. 2 Satz 3 SGB XI). Gleiches gilt für die damit zusammenhängende Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten von Pflegebedürftigen zum Zwecke der Erstellung eines Prüfberichts.

§ 115 Abs. 1a SGB XI normiert die Veröffentlichung der Prüfergebnisse in Form des Pflege-transparenzberichts. Dazu heißt es: „Die Landesverbände der Pflegekassen stellen sicher, dass die von Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität, insbesondere hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität, für die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen verständlich, übersichtlich und vergleichbar sowohl im Internet

als auch in anderer geeigneter Form kostenfrei veröffentlicht werden. [...] Das Datum der letzten Prüfung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung, eine Einordnung des Prüfergebnisses nach einer Bewertungssystematik sowie eine Zusammenfassung der Prüfergebnisse sind an gut sichtbarer Stelle in jeder Pflegeeinrichtung auszuhängen. Die Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik sind durch den Spitzenverband Bund der Pflegekassen, die Vereinigungen der Träger der Sozialhilfe und die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände bis zum 30. September 2008 unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen zu vereinbaren. Die maßgeblichen Organisationen für die Wahrnehmung der Interessen und der Selbsthilfe der pflegebedürftigen und behinderten Menschen, unabhängige Verbraucherorganisationen auf Bundesebene sowie der Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. und die Verbände der Pflegeberufe auf Bundesebene sind frühzeitig zu beteiligen.“

III. DIE PRAXIS

Nach dem komplizierten Abstimmungs- und Genehmigungsverfahren der Bewertungskriterien für Pflegeheime und -dienste und nach Genehmigung der Richtlinien durch das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) Ende Juni 2009 haben die Prüfungen auf Grundlage des Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes vom 28. Mai 2008 begonnen.

Der Medizinische Dienst der Krankenversicherung prüft im Auftrag der gesetzlichen Pflegekassen, aber von diesen unabhängig, ob die Pflegeeinrichtungen die vereinbarten Qualitätsstandards einhalten. Gesetzliche Grundlage für die Qualitätsprüfungen, die entweder Ärzte oder Pflegefachkräfte übernehmen, sind die §§ 114 ff. SGB XI. Danach finden Prüfungen grundsätzlich unangemeldet statt. Der Schwerpunkt liegt auf der *Ergebnisqualität*, wobei bis Ende 2010 jeder Pflegedienst und jedes Pflegeheim einmal einer Regelprüfung unterliegt, die von 2011 an jährlich wiederholt wird. Die Prüfung vor Ort dauert in der Regel, abhängig von der Größe der Pflegeeinrichtung, einen Tag.

Für die Veröffentlichung der Transparenzberichte sind gemäß § 115 Abs. 1a SGB XI die Landesverbände der Pflegekassen zuständig. Veröffentlicht wird auf den Internetplattformen der Landesverbände:

- www.aok-gesundheitsnavi.de (AOK);
- www.bkk-pflege.de (BKK);
- www.der-pflegekompass.de (Knappschaft, LSV, IKK);
- www.pflegelotse.de (vdek – Verband der Ersatzkassen).

Die Betreiber von Pflegeeinrichtungen sind verpflichtet, die Prüfergebnisse an gut sichtbarer Stelle in der Einrichtung zu veröffentlichen. Nach unangemeldeter Prüfung durch den zuständigen Medizinischen Dienst der Krankenversicherung teilt dieser der Einrichtung das Prüfergebnis mit. Nach Ablauf einer Frist von 28 Tagen wird der Transparenzbericht im Internet veröffentlicht.

IV. KRITERIEN ZUR BEMESSUNG DER ERGEBNIS- UND LEBENSQUALITÄT

a) PTVA/PTVS

Gemäß der gesetzlichen Vorgabe haben der Spitzenverband der Gesetzlichen Krankenkassen, die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe und die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände Vereinbarungen nach § 115 Abs. 1a Satz 6 SGB XI über die Kriterien der Veröffentlichung sowie die Bewertungssystematik der Qualitätsprüfungen der Medizinischen Dienste der Krankenversicherung sowie gleichwertiger Prüfergebnisse in der stationären Pflege (Pflege-Transparenzvereinbarung stationär – PTVS) vom 17. Dezember 2008 sowie von ambulanten Pflegediensten (Pflege-Transparenzvereinbarung ambulant – PTVA) vom 29. Januar 2009 getroffen. Kriterien zur Veröffentlichung der Leistungen und deren Qualität sind in der Anlage 1 der jeweiligen Vereinbarung aufgelistet. Danach erfolgen die Qualitätsprüfungen der Medizinischen Dienste der Krankenversicherung nach § 114a SGB XI. In der PTVS gibt es Kriterien für fünf Qualitätsbereiche:

- Pflege und medizinische Versorgung;
- Umgang mit demenzkranken Bewohnern;
- soziale Betreuung und Alltagsgestaltung;

- Wohnen, Verpflegung, Hauswirtschaft und Hygiene;
- Befragung der Bewohner.⁵

Ausweislich des Vorwortes der jeweiligen Vereinbarung haben die Vertragsparteien „nach Durchführung des Beteiligungsverfahrens diese Vereinbarung in dem Wissen geschlossen, dass es derzeit keine pflegewissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse über valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität der pflegerischen Versorgung in Deutschland gibt. Diese Vereinbarung ist deshalb als vorläufig zu betrachten und dient der vom Gesetzgeber gewollten schnellen Verbesserung der Transparenz für die Verbraucher über die Qualität der Pflege, soziale Betreuung und Versorgung in Pflegeheimen (bzw. von ambulanten Pflegediensten). Unter den Vertragsparteien besteht Einvernehmen, diese Vereinbarung anzupassen, sobald pflegewissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität vorliegen.“⁶

b) Kritik und Weiterentwicklung der Kriterien

Auch in dem Evaluationsgutachten, das die Vereinbarungsparteien angesichts der bestehenden Unsicherheiten bei den Professorinnen Martina Hasseler von der Hochschule für angewandte Wissenschaften in Hamburg und Karin Wolff-Ostermann in Auftrag gegeben haben, wird im Ergebnis festgestellt, dass es bisher kein international anerkanntes Instrumentarium von validen und umfassenden pflegesensitiven Indikatoren für den Pflegebereich gebe (Stand vom 15. Juni 2010).⁷ Gerade in Deutschland habe man keine Erfahrung mit der Evaluation und Veröffentlichung von Transparenzinitiativen in der Langzeitpflege. Anerkannte Kriterien, anhand derer überprüft werden könne, ob ein Bewertungsverfahren tatsächlich Pflegequalität messe und damit valide sei, fehle.

Fazit: Eine Aussage, ob die Verfahren nach der PTVS und der PTVA tatsächlich Qualität messen, ist derzeit nicht möglich.

Kritisiert wird darüber hinaus, wie bislang bei den Prüfungen verfahren wird. So werden die erforderlichen Einwilligungen der Pflegebedürftigen, die selbst und deren Privaträume im Rahmen der Prüfung in Augenschein genommen werden, regelmäßig mündlich, gegebenenfalls auch fernmündlich über den Betreuer des Pflegebedürftigen eingeholt. Kritik an diesem Vorgehen hat unter anderem der Landesbeauftragte für Daten-

schutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen in einer Stellungnahme zu einem im Februar 2011 bei dem Sozialgericht Münster anhängigen Verfahren geäußert: Die notwendige Form der gesetzlich vorgeschriebenen Einwilligung richte sich mangels spezialgesetzlicher Regelung nach § 93 SGB XI i.V.m. §§ 67 ff. SGB X; § 67b Abs. 2 SGB X. Somit bedürfe die Einwilligung eines Betroffenen bzw. seines Betreuers der Schriftform.

Auch der Bundesrat hat die Bundesregierung aufgefordert, auf die Vertragspartner der PTVS bzw. PTVA dergestalt einzuwirken, dass kurzfristige Änderungen vereinbart und umgesetzt werden, die das System im Sinne der Verbraucherinnen und Verbraucher weiterentwickeln und die Pflegequalität zuverlässig und bundesweit vergleichbar abbilden.⁸

Verfolgt werden soll damit weiterhin das Ziel: Gute Pflege muss als gut erkennbar sein, schlechte Pflege als schlecht.

V. RECHTSPRECHUNG

Mit Stand vom 16. August 2010 haben gegen die Veröffentlichung ihres Transparenzberichts im Internet bundesweit etwa 240 Einrichtungen vor den Sozialgerichten geklagt.⁹ Gemäß § 115 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 73 Abs. 2 SGB XI ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben. Ein Vorverfahren findet nicht statt; die Klage hat keine aufschiebende Wirkung.

Rechtsschutzmöglichkeiten einer Einrichtung der stationären oder ambulanten Pflege gegen eine angeblich unzutreffende Pflegenote bestehen aufgrund der vereinbarungsgemäßen Veröffentlichung der Pflegenote nach Ablauf von 28 Tagen im Internet und der Verpflichtung der Einrichtung, diese gut sichtbar im Hause auszuhängen, de facto einzig im Rahmen der Beantragung einer einstweiligen Anordnung bei den Sozialgerichten gemäß § 86b Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG). Ziel des Begehrens ist, die Veröffentlichung eines Transparenzberichts zu verhindern, so dass statthafter Rechtsbehelf die Sicherungsanordnung gemäß § 86b Abs. 2 Satz 1 SGG ist. Danach kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Der Erlass

einer einstweiligen Anordnung setzt das Bestehen eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes voraus; beides ist glaubhaft zu machen im Sinne überwiegender Wahrscheinlichkeit (§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 der Zivilprozessordnung entsprechend). Bei der Sicherungsanordnung liegt ein Anordnungsanspruch dann vor, wenn der Antragsteller das Bestehen einer zu sichernden Rechtsposition glaubhaft macht. Ein Anordnungsgrund ist gegeben, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass die unmittelbar bevorstehende Gefahr einer Rechtsverletzung oder Erschwerung der Rechtsverwirklichung durch eine Veränderung des bestehenden Zustands droht.

Der Rechtsweg ist in sozialgerichtlichen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht zum Bundessozialgericht eröffnet, so dass lediglich Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz existieren. Bei einer Vielfalt von erstinstanzlichen Entscheidungen gibt es bis heute lediglich einzelne Entscheidungen der Landessozialgerichte. Die sehr hohe Quote unstreitiger Entscheidungen in der zweiten Instanz (Erledigungen durch Vergleich) erklärt sich aufgrund des zum Entscheidungszeitpunkt eingetretenen Zeitablaufs und der vom Gesetzgeber angeordneten jährlichen Wiederholungsprüfung. Faktisch erreichen die Pflegeeinrichtungen so vielfach endgültig, dass ein Transparenzbericht zu keinem Zeitpunkt im Internet veröffentlicht wird und in der Einrichtung ausgehängt werden muss.

a) Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt

Zahlreiche erstinstanzliche und einzelne zweitinstanzliche Gerichte haben den Erlass einer einstweiligen Anordnung im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von Transparenzberichten abgelehnt:¹⁰

- SG Regensburg vom 4. Januar 2010 – S 2 P 112/09 ER;
- SG Bayreuth vom 11. Januar 2010 – S 1 P 147/09 ER;
- SG Dortmund vom 11. Januar 2010 – S 39 P 279/09 ER;
- SG Dresden vom 22. Dezember 2009 – S 16 P 173/09 ER – und vom 8. Januar 2010 – S 16 P 179/09 ER;
- SG Würzburg vom 20. Januar 2010 – S 14 P 7/10 ER;
- SG Augsburg vom 22. Dezember 2009 – S 10 P 105/09 ER;
- SG Gotha vom 12. Januar 2010 – S 16 P 7352/09 ER;
- SG Köln vom 1. Februar 2010 – S 23 P 224/09 ER;
- SG Kiel vom 22. Januar 2010 – S 18 P 65/09 ER.

Diese Entscheidungen wurden unter anderem von folgenden Gründen getragen: Eine Verletzung der Berufsausübungsfreiheit des Einrichtungsträgers (Antragsteller) nach Art. 12 GG sei nicht erkennbar, da die bloße Veröffentlichung im Internet noch keine Sanktion gegenüber dem Antragsteller darstelle. Insbesondere sei das Wohlergehen der Versicherten, also der Schutz von Leib und Leben, ein hohes Gut, das der Herauschiebung der Veröffentlichung der Pflegenoten vorgehe. Auch schließe die Möglichkeit einer Wiederholungsprüfung negative Folgen wie Rufschäden für die Einrichtung aus. Die der Einrichtung eingeräumte Möglichkeit, den Transparenzbericht mit einer eigenen Kommentierung im Umfang von 3.000 Zeichen zu versehen, schließe einen Grundrechtseingriff aus. Zudem seien die Kriterien der PTVA bzw. PTVS richtig und geeignet, da die Verbände der Einrichtungsträger daran mitgewirkt hätten.

b) Erlass einer einstweiligen Anordnung stattgegeben

Folgende Entscheidungen haben die Veröffentlichung von Transparenzberichten gestoppt:¹¹

- SG Dessau vom 4. Januar 2010 – S 3 P 90/09 ER;
- SG München vom 13. Januar 2010 – S 19 P 6/10 ER;
- SG München vom 27. Januar 2010 – S 29 P 24/10 ER – (ambulante Pflege);
- SG Münster vom 19. Januar 2010 – S 6 P 202/09 ER;
- SG Münster vom 5. Februar 2010 – S 6 P 233/09 ER;
- SG Nürnberg vom 18. Februar 2010 – S 9 P 16/10 ER;
- SG Gelsenkirchen vom 25. Februar 2011 – S 3 P 14/11 ER.

Die tragenden Gründe der Entscheidungen sind vielfältig. Dazu zählt die Folgenabwägung eines eventuell irreparablen Rufschadens der Einrichtung bei fehlenden effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten nach einmal erfolgter Veröffentlichung, hinter dem das öffentliche Informationsinteresse zurücktreten muss. Ferner wurde ein Grundrechtseingriff des Einrichtungsträgers nach Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG bejaht. Dazu wurde auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹² verwiesen, wonach zwar die Veröffentlichung wissenschaftlich erwiesener Tatsachenfeststellungen einen Grundrechtseingriff rechtfertigen könnte, nicht aber die in „hohem Maße subjektiv-wertend“¹³ getroffene Bewertung des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung.

Außerdem rügten die Gerichte, dass nach den Kriterien der PTVS bzw. PTVA vorrangig die Dokumentation geprüft werde, so dass das gesetzliche Regelungsziel, die Ergebnis- und Lebensqualität vergleichbar abzubilden, nicht erreicht werden könne. Der Grundrechtseingriff sei schon aus diesem Grund zur Erreichung des von dem Gesetzgeber vorgegebenen Ziels ungeeignet und damit unverhältnismäßig.¹⁴

VI. AUSBLICK

Faktisch kann jede Einrichtung, unabhängig von der Linie der Rechtsprechung des jeweils zuständigen Sozialgerichts bzw. Landessozialgerichts die Veröffentlichung eines in Einzel- oder Gesamtnote unerwünschten Transparenzberichts verhindern, indem bis zur anstehenden jährlichen Wiederholungsprüfung ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes durch ein oder zwei Instanzen angestrengt wird. Offenbar scheuen jedoch die hinter den einzelnen Einrichtungen stehenden Verbände, eine endgültige verfassungsrechtliche Klärung der gesetzlichen Vorgaben zur Veröffentlichung der Transparenzberichte herbeizuführen. So ist das Bundesverfassungsgericht bisher nicht angerufen worden.

Durch wissenschaftliche Studien sowie die Rechtsprechung ist vielfach herausgearbeitet worden, dass das Ziel des Gesetzgebers, die Lebens- und Ergebnisqualität der Pflege zu bewerten, abzubilden und transparent zu machen, mangels valider Kriterien derzeit nicht erreichbar ist. Zusätzlich wird seitens der Einrichtungsträger vielfach Kritik an den Umständen der Prüfung geäußert. Hier stellt sich die Frage, welche Transparenz die bisher veröffentlichten Pflegenoten überhaupt herbeiführen können. Jedenfalls ist kritisch zu hinterfragen, ob dem Verbraucher durch nicht valide Qualitätsbeurteilungen eine trügerische Sicherheit gegeben wird, er könne allein auf Grundlage der veröffentlichten Daten eine fundierte Entscheidung zur Wahl eines Pflegeplatzes bzw. eines ambulanten Pflegedienstes für sich oder einen Angehörigen treffen.

- 1| *BT-Drucks. 16/7439, S. 1.*
- 2| *Ebd., S. 89.*
- 3| *Ebd.*
- 4| *Ebd.*
- 5| *§ 1 Abs. 2 PTVS. Die Kriterien der Veröffentlichung in der ambulanten Pflege teilen sich gemäß § 1 Abs. 2 PTVA in vier Qualitätsbereiche auf: 1. pflegerische Leistungen, 2. ärztlich verordnete pflegerische Leistungen, 3. Dienstleistung und Organisation, 4. Befragung der Kunden.*
- 6| *Vorwort der PTVS bzw. PTVA, jeweils S. 2.*
- 7| *Über die Internetplattform www.gkv-spitzenverband.de abrufbar unter dem Titel „Wissenschaftliche Evaluation zur Beurteilung der Pflege-Transparenzvereinbarungen für den ambulanten (PTVA) und stationären (PTVS) Bereich“.*
- 8| *BT-Drucks. 63/10.*
- 9| *Vdek: Fragen und Antworten vdek-Pflegelotse/Pflegenoten, Stand: 02.09.2010.*
- 10| *Beispiele aus der Rechtsprechung bis Stand Mai 2011.*
- 11| *Beispiele aus der Rechtsprechung bis Stand Mai 2011.*
- 12| *BVerfGE 105, 252 ff. (Glykol).*
- 13| *SG München vom 27.01.2010 – S 29 P 24/10 ER.*
- 14| *SG Münster vom 05.02.2010 – S 6 P 233/09 ER.*

KOSTEN DER UNTERKUNFT NACH DEM SATZUNGSMODELL

Steffen Luik

I. EINLEITUNG

Das Arbeitslosengeld II setzt sich im Wesentlichen aus den Regelbedarfen (bisher Regelleistung) zur Sicherung des Lebensunterhalts im Sinne von § 20 SGB II, etwaigen Mehrbedarfen nach § 21 SGB II und den Bedarfen für Unterkunft und Heizung gemäß § 22 SGB II zusammen.

Mit der Einführung der Satzungslösung in den §§ 22a ff. SGB II hat der Gesetzgeber Neuland betreten. Es gibt jetzt die Möglichkeit, dass die Länder die Kommunen ermächtigen, Satzungen zu erlassen, um entweder die Angemessenheit der Bedarfe für Unterkunft und Heizung näher zu bestimmen oder Pauschalen einzuführen.

Der bisherige Grundtatbestand des § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II ist in der Sache unverändert geblieben. Diese Norm lautet: „Bedarfe für Unterkunft und Heizung werden in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen anerkannt, soweit diese angemessen sind.“

Ich möchte einige systematische Aspekte des neuen Regelungskonzepts beleuchten und der Frage nachgehen, wie sich die beiden Modelle zueinander verhalten.

II. AUSGANGSPUNKT: „ANGEMESSENHEIT“ DES § 22 ABS. 1 SATZ 1 SGB II UND DAS „SCHLÜSSIGE KONZEPT“ DES BUNDESSOZIALGERICHTS

Im Urteil vom 9. Februar 2010 hat das Bundesverfassungsgericht sich auch zur Vorschrift des § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II geäußert. Die Vorschrift „stellt die Übernahme angemessener Kosten für Unterkunft und Heizung nach dem individuellen Bedarf sicher“.¹ Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Angemessenheit“ unterliegt der uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung² und ist ein Hauptstreitpunkt in der Praxis. Der Bund hatte von der früheren Verordnungsermächtigung des § 27 SGB II a.F. mit Hinweis auf die regional unterschiedlichen Besonderheiten bei den Unterkunfts-kosten keinen Gebrauch gemacht.

Das Bundessozialgericht (BSG) hat sich in einer Vielzahl von Urteilen mit der Auslegung und Konkretisierung des Begriffs der Angemessenheit befasst und in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts³ ein Prüfschema entwickelt, das der sogenannten Produkttheorie folgt. Das „Produkt Mietpreis“ setzt sich zusammen aus angemessener Wohnfläche und Wohnstandard.⁴

In einem ersten Schritt werden die abstrakt angemessene Wohnungsgröße und der Wohnungsstandard bestimmt. Für die Wohnungsgröße kann auf die Werte zurückgegriffen werden, welche die Länder auf Grund des § 10 des Gesetzes über die soziale Wohnraumförderung (WoFG) festgesetzt haben.⁵ Es muss ein einfacher, im unteren Marktsegment liegender Standard sein, das heißt, Ausstattung, Lage und Bausubstanz der Wohnung genügen einfachen und grundlegenden Bedürfnissen und weisen keinen gehobenen Wohnstandard auf.⁶ Der Maßstab dessen, was Hilfeempfänger von der Allgemeinheit beanspruchen können, muss sich auch daran orientieren, was sich Menschen, die ihren Lebensunterhalt durch Einkommen selbst verdienen, in einem vergleichbaren Wohnumfeld leisten können und wollen.⁷

In einem zweiten Schritt wird der räumliche Vergleichsmaßstab bestimmt. Dabei geht es nicht um den Schutz des individuellen sozialen Umfelds, sondern um die abstrakte Frage, ob es sich um einen ausreichend großen Raum der Wohnbebauung handelt, der auf Grund seiner räumlichen Nähe, seiner Infrastruktur und insbesondere seiner verkehrstechnischen Verbundenheit einen insgesamt betrachtet homogenen Lebens- und Wohnbereich bildet.⁸ Das ist im Normalfall der Wohnort des Leistungsempfängers. Auch bei größeren Städten kann vom gesamten Stadtgebiet als Vergleichsraum ausgegangen werden.⁹

In der Praxis die größten Schwierigkeiten macht der dritte Schritt, wenn es vom Abstrakten zum Konkreten geht. Es muss auf dem konkreten Wohnungsmarkt der Quadratmeterpreis für Wohnungen einfachen Standards ermittelt werden; mit der Quadratmeterzahl, die dem Leistungsberechtigten zugestanden wird, ergibt sich dann die konkret angemessene Miete.¹⁰

Das BSG verlangt von der Verwaltung ein sogenanntes schlüssiges Konzept, das die tatsächlichen Verhältnisse des örtlichen Wohnungsmarktes wiedergibt.¹¹ Dafür werden vor allem valide Daten und entsprechende Auswertungen über die Verhältnisse vor Ort benötigt.

Die Verwaltung ist dabei nicht auf eine bestimmte Vorgehensweise festgelegt. Sie selbst kann aufgrund ihrer Kenntnis der örtlichen Gegebenheiten am besten einschätzen, welche Vorgehensweise sich für eine Erhebung der grundsicherungsrechtlich erheblichen Daten am besten eignen könnte. Das BSG verlangt aber, dass die Verwaltung planmäßig, also nicht punktuell von Fall zu Fall vorgeht, sondern generelle, wenngleich orts- und zeitbedingte Tatsachen systematisch ermittelt und bewertet.¹² Damit die gerichtliche Überprüfung stattfinden kann, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die Datenerhebung erfolgt im gesamten Vergleichsraum (Vermeidung von „Ghettobildung“ durch Herausgreifen von „heruntergekommenen“ Stadtteilen)¹³ über einen bestimmten Beobachtungszeitraum.
- Die Daten müssen valide und repräsentativ sein; sowohl vermietete als auch tatsächlich am Markt angebotene Wohnungen kommen in Betracht. Die Verwaltung kann sowohl Wohnungen aus dem Gesamtwohnungsbestand (einfacher, mittlerer, gehobener Standard) als auch Wohnungen einfachen Standards heranziehen.

- Die erhobenen Daten müssen vergleichbar sein; ihnen muss derselbe Mietbegriff zu Grunde liegen. Typischerweise ist dies entweder die Netto- oder die Bruttokaltmiete.
- Das methodische Vorgehen muss stimmig sein. Die Schlussfolgerungen müssen transparent gemacht werden.

Schließlich muss in einem vierten Schritt geprüft werden, ob der so ermittelte angemessene Wohnraum überhaupt tatsächlich verfügbar ist, ob also eine konkrete Unterkunftsalternative bestanden hat. Wenn der dritte Schritt gelingt, stellt dies aber kein großes Problem dar.

III. DIE NEUE SATZUNGSLÖSUNG

1. Was sind kommunale Satzungen?

Kommunale Satzungen sind nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts Rechtsvorschriften, die von der Kommune im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die Einwohner der Gemeinde erlassen werden.¹⁴ Sie sind objektives Recht und enthalten materiell verbindliche Entscheidungen mit Gesetzesgleicher Wirkung.

Die Verleihung von Satzungsautonomie dient dazu, so das Bundesverfassungsgericht, gesellschaftliche Kräfte vor Ort zu aktivieren und den Abstand zwischen Normgeber und Normadressat zu verringern, indem einem Normgeber die Regelung solcher Angelegenheiten, die er in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen kann, eigenverantwortlich überlassen wird.¹⁵ Umgekehrt wird der Gesetzgeber davon entlastet, sachliche und örtliche Verschiedenheiten berücksichtigen zu müssen, die für ihn oft schwer erkennbar sind und auf deren Veränderungen er nicht rasch genug reagieren kann. Die Sachentscheidungen werden „dezentralisiert“.¹⁶ Die Satzungsgebung beschränkt sich sachlich auf die Regelung derjenigen Angelegenheiten, zu denen das zugrunde liegende Gesetz ermächtigt, räumlich auf das Gemeindegebiet und personell auf die Einwohner der Gemeinde.

2. Abgeleitete Rechtssetzungskompetenz

Im Aufgabenbereich der kommunalen Träger des SGB II können Vollzug und Konkretisierung des Parlamentsgesetzes durch Satzung näher geregelt werden, soweit das zugrunde liegende Parlamentsgesetz das Wesentliche regelt und soweit die Ermächtigung reicht.¹⁷ Es handelt sich insoweit um eine konstitutive Ermächtigung mit der Folge der Ausdehnung des „Autonomiebereichs“; die Gemeinden erhalten die Befugnis, bestimmte Angelegenheiten im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung in eigener Verantwortung zu regeln.¹⁸

Zu beachten ist, dass es sich um eine vom Parlamentsgesetz abgeleitete Rechtssetzungskompetenz der Exekutive handelt. Das Bundesverfassungsgericht verlangt eine gesetzliche Regelung, die nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzesauslegung den in Frage stehenden Sachverhalt erfasst und inhaltlich verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.¹⁹ Aus dem Gesetz muss sich das „Wesentliche“ ergeben; insbesondere müssen die für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Sachverhalte in dem der Satzung vorausgehenden Parlamentsgesetz geregelt sein.²⁰ Dem Gesetzgeber ist es nicht verwehrt, Generalklauseln zu verwenden und Spielräume zu eröffnen.²¹ Es muss aber erkennbar bleiben, nach welchen Grundsätzen und nach welcher Tendenz die nähere Ausgestaltung durch die zur weiteren Rechtsetzung ermächtigten Gemeinden zu erfolgen hat.²² Diesen Anforderungen genügen die neuen §§ 22a ff. SGB II.²³

3. Die Regelungen im SGB II

Die neue Satzungslösung betrifft zwei Sachverhalte: zum Ersten die Bestimmung der „Angemessenheit“ im Sinne von § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II und zum Zweiten – abweichend von § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II – eine Pauschalierung der Unterkunfts- und Heizkosten. Beide Varianten sind als zweistufige Ermächtigung ausgestaltet, die den kompetenzrechtlichen Regelungen des Grundgesetzes (Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG) Rechnung trägt.²⁴ Erst wenn das jeweilige Land in einem Landesgesetz die Ermächtigung umsetzt, dürfen die kommunalen Träger die entsprechenden Satzungen erlassen.

§ 22a Abs. 1 Satz 1 SGB II ermächtigt die Länder dazu, die Kreise und kreisfreien Städte durch Landesgesetz zu verpflichten, durch Satzung zu bestimmen, in welcher Höhe Aufwendungen für Unterkunft und Heizung in ihrem Gebiet angemessen sind. Die Bestimmung der angemessenen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung soll – entsprechend der BSG-Rechtsprechung – die Verhältnisse des einfachen Standards auf dem örtlichen Wohnungsmarkt abbilden (§ 22a Abs. 3 Satz 1 SGB II) und auch „Auswirkungen auf den örtlichen Wohnungsmarkt“ berücksichtigen, die sich aus der satzungsmäßigen Bestimmung der Angemessenheit ergeben können (Vermeidung von Mietpreis erhöhenden Wirkungen, Verfügbarkeit von Wohnraum des einfachen Standards).

§ 22a Abs. 2 SGB II ermöglicht – wiederum nach einer entsprechenden landesgesetzlichen Ermächtigung – auch die Pauschalierung von Unterkunfts- und Heizkosten durch kommunale Satzungen. Die Pauschalierung ist nur zulässig, wenn auf dem örtlichen Wohnungsmarkt ausreichend freier Wohnraum vorhanden ist und dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit entsprochen wird. Damit werden eher hohe Hürden für eine Pauschalierung der Unterkunfts- und Heizkosten geschaffen.²⁵ Die Satzung muss Regelungen für den Fall vorsehen, dass die Pauschalierung im Einzelfall zu unzumutbaren Ergebnissen führt (§ 22a Abs. 2 Satz 3 SGB II).

Die Stadtstaaten (Berlin, Hamburg, Bremen) können in beiden Fällen für ihr Gebiet eine andere Form der Rechtsetzung bestimmen (§ 22a Abs. 1 Satz 3 und 4 SGB II).

4. Inhaltliche und verfahrensrechtliche Anforderungen an die kommunalen Satzungen

a) Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts im Urteil vom 9. Februar 2010

Vor der gesetzlichen Neuregelung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung in den §§ 22 ff. SGB II stand das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Februar 2010. Das Gericht hat Vorgaben für den Gesetzgeber zur Bestimmung des Existenzminimums formuliert, die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Satzungslösung der §§ 22a ff. SGB II beachtet hat. Unterkunft und Heizung gehören zum physischen Existenzminimum.²⁶

Zur Bestimmung des Existenzminimums muss der Gesetzgeber zunächst die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht im Hinblick auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums erfassen.²⁷ Sodann muss er die existenznotwendigen Aufwendungen in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf (realitätsgerecht) bemessen.²⁸

Er hat einen Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung des Umfangs der Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums.²⁹ Dieser umfasst die Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse ebenso wie die wertende Einschätzung des notwendigen Bedarfs und ist enger, soweit das zur Sicherung der physischen Existenz eines Menschen Notwendige konkretisiert wird – also auch bei den Bedarfen für Unterkunft und Heizung – und weiter, wo es um Art und Umfang der Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht. Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers entspricht eine – bezogen auf das Ergebnis – zurückhaltende materielle Kontrolle der einfachgesetzlichen Regelung durch das Bundesverfassungsgericht, die sich darauf beschränkt, ob die Leistungen evident unzureichend sind.³⁰

Das Grundgesetz erlaubt selbst keine exakte Bezifferung des Anspruchs auf Sicherung des Existenzminimums, weshalb eine Ergebniskontrolle am Maßstab dieses Grundrechts nur begrenzt möglich ist. Deshalb erstreckt sich der Grundrechtsschutz auch auf das Verfahren zur Ermittlung des Existenzminimums (Kontrolle der Grundlagen und der Methode der Leistungsbemessung).³¹

Das Grundgesetz schreibt dem Normgeber keine bestimmte Methode vor; er darf sie vielmehr im Rahmen der Tauglichkeit und Sachgerechtigkeit selbst auswählen, jedoch bedürfen dann Abweichungen von der gewählten Methode der sachlichen Rechtfertigung.³² Das dergestalt gefundene Ergebnis ist laufend zu überprüfen und weiterzuentwickeln, weil der elementare Lebensbedarf eines Menschen grundsätzlich nur in dem Augenblick befriedigt werden kann, in dem er besteht. Es müssen daher Vorkehrungen getroffen werden, um auf Änderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, zum Beispiel Preissteigerungen, zügig reagieren zu können, um zu jeder Zeit die Erfüllung des aktuellen Bedarfs sicherzustellen.³³

Um eine der Bedeutung des Grundrechts angemessene Nachvollziehbarkeit des Umfangs der gesetzlichen Hilfeleistungen sowie deren gerichtliche Kontrolle zu gewährleisten, müssen die Festsetzungen der Leistungen auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren tragfähig zu rechtfertigen sein.³⁴ Das Bundesverfassungsgericht prüft, ob der Gesetzgeber ein zur Bemessung des Existenzminimums im Grundsatz taugliches Berechnungsverfahren gewählt hat, ob er die erforderlichen Tatsachen im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt hat und schließlich, ob er sich in allen Berechnungsschritten mit einem nachvollziehbaren Zahlenwerk innerhalb dieses gewählten Verfahrens und dessen Strukturprinzipien im Rahmen des Vertretbaren bewegt hat.³⁵ Die eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte müssen nachvollziehbar offengelegt werden.³⁶

Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die ganz ähnliche Vorgaben enthält wie das „schlüssige Konzept“ des BSG, ergibt sich die „Gebrauchsanweisung“ für die Erstellung kommunaler Satzungen nach § 22a Abs. 1 Satz 1 SGB II zur Bestimmung der „Angemessenheit“ im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II oder für die Pauschalierung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung (§ 22a Abs. 2 Satz 1 SGB II). Der Begriff der Angemessenheit im Sinne des § 22a Abs. 1 Satz 1 SGB II knüpft dabei – die Gesetzesbegründung macht es deutlich – unmittelbar an § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II an und ist nach denselben rechtlichen Maßstäben zu prüfen.³⁷

b) Inhalt der Satzung

In der Satzung ist zu bestimmen, welche Wohnfläche entsprechend der Struktur des örtlichen Wohnungsmarktes und in welcher Höhe Aufwendungen für die Unterkunft als angemessen anerkannt werden (§ 22b Abs. 1 Satz 1 Nummer 1 und 2 SGB II). Auch die Angemessenheit der Heizkosten kann in der Satzung geregelt werden (§ 22b Abs. 1 Satz 2 SGB II). Möglich ist auch die Bildung einer Gesamtangemessenheitsgrenze unter Berücksichtigung angemessener Unterkunfts- und Heizkosten (sogenanntes Bruttowarmmietenkonzept, § 22b Abs. 1 Satz 3 SGB II).

Um die Verhältnisse des einfachen Standards auf dem örtlichen Wohnungsmarkt realitätsgerecht abzubilden, können die Kreise und kreisfreien Städte ihr Gebiet in mehrere Vergleichsräume (s. o.) unterteilen und für diese jeweils eigene Angemessenheitsgrenzen festsetzen (§ 22b Abs. 1 Satz 4 SGB II).

Für Personen mit besonderen Bedarfen für Unterkunft und Heizung soll eine Öffnungsklausel geschaffen werden (§ 22b Abs. 3 SGB II). Damit wird der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Erforderlichkeit einer sogenannten Härteklausel Rechnung getragen. Entsprechende Regelungen sind insbesondere im Hinblick auf einen im Einzelfall erhöhten Raumbedarf zu treffen, wie er bei behinderten Menschen oder umgangsberechtigten Personen vorliegen kann.

c) Verfahrensrechtliche Anforderungen

Zur Erfüllung des Transparenzgebots ist der Satzung eine Begründung beizufügen (§ 22b Abs. 2 Satz 1 SGB II). Darin legt die Kommune dar, wie die Angemessenheit der Aufwendungen für Unterkunft und Heizung ermittelt wird. Die Begründungspflicht erstreckt sich auch auf die Darlegung der Methodik der Datenerhebung und -auswertung (§ 22c Abs. 1 Satz 4 SGB II). Außerdem ist die Satzung nebst Begründung ortsüblich bekannt zu machen (§ 22b Abs. 2 Satz 3 SGB II).

Die genannten Bestimmungen verdrängen im Fall der Umsetzung durch landesrechtliche Ermächtigungen als spezialgesetzliche Sonderregelungen die allgemeinen landesrechtlichen kommunalrechtlichen Bestimmungen zum Satzungserlass, sofern diese solche Formerfordernisse nicht enthalten.³⁸

d) Anforderungen an die Datenerhebung, -auswertung und -überprüfung

Zur Bestimmung der angemessenen Aufwendungen können gemäß § 22c Abs. 1 SGB II einfache und qualifizierte Mietspiegel und Mietdatenbanken,³⁹ aber auch „belastbare“⁴⁰ eigene statistische Datenerhebungen und Datenauswertungen sowie Erhebungen Dritter einzeln oder kombiniert berücksichtigt werden. Sowohl vermietete als auch tatsächlich am Markt angebotene Wohnungen sollen in die Auswertung einfließen (§ 22c Abs. 1 Satz 3 SGB II). Weitergehende methodische Vorgaben macht das Gesetz nicht. In der Gesetzesbegründung wird expliziert ausgeführt, dass „eine Vielfalt an Konzepten zur Festsetzung der angemessenen Bedarfe“ ermöglicht werden soll.⁴¹ Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur realitätsgerechten und folgerichtigen Ermittlung sind als – auch vom Gesetzgeber vorgegebener – Rahmen gleichwohl zu beachten.⁴² Da sich die Satzungsgebung als abgeleitete Rechtssetzungskompetenz an § 22

Abs. 1 Satz 1 SGB II orientiert, geht es weiterhin um die Feststellung des individuellen Hilfebedarfs.⁴³

Nur „hilfsweise“, das heißt, wenn keine oder nur unzureichende Erkenntnisquellen vorliegen und auch nicht mit vertretbarem Aufwand geschaffen werden können,⁴⁴ können die monatlichen Höchstbeträge nach § 12 Abs. 1 WoGG berücksichtigt werden (§ 22c Abs. 1 Satz 2 SGB II). Die Norm ermächtigt also nicht dazu, die Werte der Wohngeldtabelle ohne weiteres in der Satzung als Angemessenheitsgrenze festzusetzen.⁴⁵

Entsprechend der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts besteht eine laufende Prüf- und Beobachtungspflicht. Die Kommunen müssen die in der Satzung festgelegten Werte mindestens alle zwei Jahre, bei den Heizkosten mindestens jährlich überprüfen und „gegebenenfalls“ neu festsetzen (§ 22c Abs. 2 SGB II). Die Überprüfung soll nach der Gesetzesbegründung auch durch einen sachgerechten Anpassungsmechanismus (z. B. allgemeine Mietentwicklung) geschehen können.⁴⁶ Es obliegt der Beobachtungspflicht der Kommune, die Notwendigkeit einer neuen Datenerhebung festzustellen. „Gegebenenfalls“ kann in diesem Zusammenhang nur bedeuten, dass es auf eine grundsicherungsrechtlich relevante Bedarfsänderung ankommt; diese dürfte bereits bei Schwankungen um 5 Prozent anzunehmen sein.⁴⁷

Außerdem wird in der Gesetzesbegründung „eine systematische Erfassung, Auswertung und Beobachtung (Monitoring)“ hinsichtlich der Auswirkungen der Satzung auf den örtlichen Wohnungsmarkt (Verfügbarkeit von Wohnraum des einfachen Standards, Preisbildung verschiedener Anbietergruppen, Mietpreis erhöhende Wirkungen) verlangt.⁴⁸

e) Ausübung von „Satzungsermessen“

Satzungsgebung wird zwar materiell der Verwaltungstätigkeit zugeordnet,⁴⁹ ist aber zugleich Normsetzung. Einem Normgeber kommt ein gewisser Wertungs- und Beurteilungsspielraum zu, der nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (s.o.) die Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse ebenso wie die wertende Einschätzung des notwendigen Bedarfs umfasst. Dabei sind die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus dem Urteil vom 9. Februar 2010 zu beachten. Zum einen geht es um die wirklichkeitsgetreue Ermittlung der tatsächlichen Verhältnisse und zum anderen ist der Spielraum des Satzungsermessens eher eng zu

fassen, da das physische Existenzminimum in Frage steht.⁵⁰ Diese Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts an den parlamentarischen Gesetzgeber gelten auch für die Kommune, da sie nicht aus eigenem, sondern aus abgeleitetem Recht (§ 22a Abs. 1 SGB II i.V.m. § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II) tätig wird.

Das sogenannte Satzungsermessen⁵¹ ist schon vor geraumer Zeit in der Literatur nicht ganz zu Unrecht als „trojanisches Pferd“⁵² bezeichnet worden, weil die Kommune im Zuge ihrer Ermessensausübung bestimmte Vorgaben zu beachten bzw. sie erst zu erarbeiten hat. Zunächst muss sich die Gemeinde über die tatsächlichen Bedingungen vor Ort ein Bild machen und das „nach Lage der Dinge beachtliche Abwägungsmaterial“ ermitteln,⁵³ um sich über den Rahmen, in dem das normgeberische Ermessen ausgeübt werden kann, Klarheit zu verschaffen.

Es muss daher in jedem Fall vor Ort eine ausreichende Datenerhebung (§ 22c SGB II) stattfinden, die die tatsächlichen Verhältnisse auf dem lokalen Wohnungsmarkt realitätsgerecht abbildet und die valide statistische Aussagen ermöglicht.⁵⁴ Erst wenn man hinreichend genau weiß, was es für verfügbaren Wohnraum welchen Standards gibt und wie viel die unteren Einkommensgruppen der Gemeindebevölkerung monatlich für Miete und Heizung aufwenden, kann man angemessene Aufwendungen für Unterkunft und Heizung für die SGB II Leistungsempfänger hinreichend genau bestimmen und dabei – innerhalb des vom Bundesverfassungsgerichts vorgegebenen Rahmens – Spielräume ausloten, indem z. B. die Auswirkungen auf den örtlichen Wohnungsmarkt berücksichtigt werden (§ 22a Abs. 3 Satz 2 SGB II).

Für die Kommunen, die den Weg der Satzungslösung gehen wollen, empfiehlt es sich daher, sich an den bislang von der Rechtsprechung gebilligten „schlüssigen Konzepten“⁵⁵ – Stichwort *best practice*-Beispiele – zu orientieren und diese an ihre ortsspezifischen Besonderheiten anzupassen. Sinnvoll dürfte es sein, dass die Kommunalen Spitzenverbände bei der Satzungserstellung Hilfestellung geben, nicht zuletzt im Hinblick auf die Einhaltung von Formerfordernissen. Ich denke an die Erstellung von Mustersatzungen auf Länderebene, nachdem die entsprechenden landesgesetzlichen Ermächtigungen und Vorgaben vorliegen.

5. Normenkontrollverfahren zur Überprüfung kommunaler Satzungen

Zukünftig entscheiden die Landessozialgerichte gemäß § 55a Abs. 1 SGG auf Antrag über die Gültigkeit von Satzungen und anderen im Rang unter einem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, die nach § 22a SGB II und dem jeweiligen Landesausführungsgesetz erlassen worden sind. Ziel der Vorschrift ist es, mittels einer „Konzentrationswirkung“⁵⁶ möglichst schnell Rechtssicherheit sowohl für die Kreise und kreisfreien Städte als auch für die Bezieher von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende über die Gültigkeit der Satzungen zu schaffen.⁵⁷

Falls die Entscheidung des Rechtsstreits von der Gültigkeit einer nach § 22a Abs. 1 SGB II erlassenen Satzung abhängt, kann das Gericht gemäß § 114 Abs. 2a SGG anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des Normenkontrollverfahrens nach § 55a SGG auszusetzen ist. Eine derartige Regelung ist unter prozessökonomischen Gesichtspunkten sinnvoll, da sich gegebenenfalls im Rahmen von Anfechtungs- oder Verpflichtungsklagen die inzidente Prüfung der Gültigkeit der Satzungen oder entsprechender Rechtsvorschriften bezüglich der Kosten der Unterkunft und Heizung erübrigt.⁵⁸

Bei der Einführung dieses Normenkontrollverfahrens hat sich der Gesetzgeber an § 47 VwGO orientiert. Antragsberechtigt ist jede natürliche Person, die geltend macht, durch die Anwendung der Rechtsvorschrift in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden (§ 55a Abs. 2 Satz 1 SGG). Das Verfahren ist gerichtskostenfrei (§ 183 Satz 4 SGG). Ein Antragsrecht juristischer Personen und Behörden gibt es nicht.

Der Prüfungsmaßstab und die Kontrollintensität⁵⁹ ergeben sich aus den Vorgaben des Gesetzes und aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Februar 2010, wobei es letztlich auf die Frage ankommen dürfte, ob eine ausreichende Begründungstiefe bzw. ein ausreichendes Ermittlungs- und Begründungsniveau vorliegt:

- Ist das gewählte Berechnungsverfahren zur Bemessung des Existenzminimums grundsätzlich tauglich?
- Sind die erforderlichen Tatsachen im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt?
- Ist das Zahlenwerk nachvollziehbar?

- Wird damit die Übernahme angemessener Kosten für Unterkunft/Heizung nach dem individuellen Bedarf sichergestellt?
- Bewegen sich die einzelnen Berechnungsschritte innerhalb des gewählten Verfahrens und dessen Strukturprinzipien?
- Sind die Methode und die Berechnungsschritte nachvollziehbar offengelegt?

Kommt das Landessozialgericht zu der Überzeugung, dass die Satzung ungültig ist, so erklärt es sie für unwirksam (§ 55a Abs. 5 Satz 2 SGG). Nach dem Regelungsvorbild des § 47 Abs. 5 VwGO hat die Entscheidung nur in diesem Fall eine Bindungswirkung für die Allgemeinheit (*inter omnes*). Die Sozialgerichte dürfen eine kommunale Satzung also auch dann inzident prüfen, wenn das Landessozialgericht im Normenkontrollverfahren bereits von der Gültigkeit der Norm ausgegangen ist. Sofern das Sozialgericht die Satzung für nichtig hält, ist die Berufung zuzulassen (§ 144 Abs. 2 Nr. 2 SGG), um die landeseinheitliche Rechtsprechung zu sichern.

Die durch § 55a Abs. 5 Satz 3 SGG angeordnete entsprechende Geltung des § 183 VwGO bedeutet, dass die nicht mehr anfechtbaren Verwaltungsakte, die auf der Grundlage der Satzung erlassen wurden, unberührt bleiben.

Für Antragsverfahren nach § 55a SGG wird bei den Landessozialgerichten ein eigener Senat gebildet (§ 31 Abs. 2 SGG), um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu fördern.⁶⁰ Damit ist keine Konzentration auf einen einzigen Senat gemeint. Es sind lediglich Senate zu bilden, die über die Gültigkeit von Satzungen nach § 55a SGG zu befinden haben, das können auch diejenigen Senate sein, die über Angelegenheiten der Grundsicherung für Arbeitsuchende entscheiden.

6. Vorteile der Satzungslösung

Nunmehr besteht die Chance, dass die kommunalen Träger ihren jeweiligen lokalen Besonderheiten Rechnung tragen können, indem durch eine Verschriftlichung der Datenerhebung und -auswertung mehr Transparenz und Rechtssicherheit⁶¹ vor Ort geschaffen wird. Damit einhergehen wird eine höhere Akzeptanz und auch eine höhere Legitimation des Verwaltungshandelns.⁶²

Zuständig für den Erlass der Satzung ist die Gemeindevertretung. Die Wahlen zu den Vertretungsorganen der kommunalen Gebietskörperschaften sind über Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG den Parlamentswahlen gleichgestellt und vermitteln demokratische Legitimation,⁶³ auch wenn es sich um eine Legitimation von Exekutivorganen handelt.⁶⁴ Die Satzung wird also vom demokratisch legitimierten Organ vor Ort erlassen, wodurch – im Zusammenspiel mit den Regelungen des Parlamentsgesetzes – ein ausreichendes „Legitimationsniveau“⁶⁵ sichergestellt wird. Aus diesem Verfahren können vielfältige Vorteile erwachsen:

- Aufgrund der größeren Nähe zu den Verhältnissen vor Ort gibt es die Möglichkeit sachgerechter ortsspezifischer Lösungen.
- Im Verfahren der Satzungsgebung besteht die Möglichkeit einer verbesserten Kommunikation und Kooperation zwischen Kommunalvertretung und Gemeinde- bzw. Kreisbürgern.
- Eine Satzung der Gemeindevertretung hat gegenüber einem Konzept der hauptamtlichen Verwaltung einen „Legitimationsvorsprung“.⁶⁶
- Deshalb werden Verwaltungsentscheidungen, die auf der Satzung beruhen eine höhere Akzeptanz beim Normadressaten haben.
- Die Satzung kann zur Vermeidung gerichtlicher Rechtsstreitigkeiten beitragen, da die Beantwortung genereller ortsbedingter Fragestellungen im Prozess der Satzungsgebung erfolgt.⁶⁷
- Die gewonnenen Daten über die realen Verhältnisse vor Ort werden wichtige Hinweise auch für andere Felder der Kommunalpolitik und -verwaltung liefern, etwa im Bauplanungsrecht oder in Fragen des sozialen Wohnungsbaus und die Wohnungs- und Stadtentwicklungspolitik beeinflussen.⁶⁸

Diese Vorteile zeigen, dass es sich lohnen wird, kommunale Satzungen zu erlassen, auch wenn die inhaltlichen Anforderungen anspruchsvoll sind.

- 1| BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u. a.; BVerfGE 125, 175 – Rn. 148.
- 2| Vgl. etwa BSG vom 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R; BSGE 102, 263, 265 = SozR 4-4200 § 22 Nr. 19; BSG vom 19.10.2010; B 14 AS 2/10 R; siehe auch zum selbst genutzten Hausgrundstück „von angemessener Größe“ i. S. des § 12 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SGB II BSG vom 07.11.2006 – B 7b AS 2/05 R; BSGE 97, 203, 206 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 3; BSG vom 15.4.2008 – B 14/7b AS 34/06 R; BSGE 100, 186, 190 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 10.
- 3| Vgl. BVerwGE 87, 278 ff.; BVerwGE 97, 110 ff. und BVerwGE 101, 194 ff.
- 4| Sog. Produkttheorie, siehe BSG vom 07.11.2006 – B 7b AS 18/06 R, BSGE 97, 254, 259 f. – juris Rn. 20.
- 5| BSG vom 07.11.2006 – B 7b AS 18/06 R; BSGE 97, 254 ff.
- 6| BSG vom 07.11.2006 – B 7b AS 18/06 R; BSGE 97, 254 ff.; BSG vom 27.02.2008 – B 14/7b AS 70/06 R.
- 7| BSG vom 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R – juris Rn. 17.
- 8| BSG vom 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R; BSG vom 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R.
- 9| BSG vom 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R (München); BSG vom 19.10.2010 – B 14 AS 2/10 R (Berlin).
- 10| Siehe zur abstrakten Angemessenheitsprüfung Knickrehm/Voelzke/Spellbrink, Kosten der Unterkunft nach § 22 SGB II, DGST Praktikerleitfaden, 2009, S. 16 ff. mit Nachweisen zur Rechtsprechung. Das BSG folgt auch der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die Tabellenwerte in § 8 WoGG grundsätzlich keinen geeigneten Maßstab für die Angemessenheit der Kosten der Unterkunft darstellen, weil sie zum einen die örtlichen Gegebenheiten nicht angemessen widerspiegeln und zum anderen nicht darauf abstellen, ob der Wohnraum bedarfsangemessen ist (vgl. nur BVerwGE 75, 168; 77, 232; 97, 110). Das BSG lässt einen Rückgriff auf die Tabellenwerte nur dann zu, wenn lokale Erkenntnismöglichkeiten nicht weiterführen.
- 11| BSG vom 18.06.2008 – B 14/7b AS 44/06 R; BSG vom 22.09.2009 – B 4 AS 18/09 R; BSGE 104, 192 ff.
- 12| Vgl. zum Folgenden ausführlich BSG vom 22.09.2009 – B 4 AS 18/09 R; BSGE 104, 192, 196 ff.
- 13| BSG vom 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R.
- 14| Vgl. BVerfGE 33, 125, 156.
- 15| BVerfGE 33, 125, 157.
- 16| Ossenbühl, Satzung, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 105 Rn. 38; Hill, Exekutive Normsetzung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2008, § 34 Rn. 26.
- 17| Vgl. allgemein dazu Jach, Gesetzgeberisches Handeln zwischen Parlamentsvorbehalt und Verordnungsermächtigung, DVP 2011, 140, 141; konkret zum Satzungsmodell für die Bestimmung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung im SGB II siehe Groth, Angemessene Unterkunftskosten nach dem SGB II – Satzungsermächtigung als Lösung aller Probleme?, SGB 2009, 644, 647 f.
- 18| Vgl. Maurer, Rechtsfragen kommunaler Satzungsgebung, DÖV 1993, 184, 191.
- 19| BVerfGE 77, 381, 404.
- 20| BVerfGE 41, 251, 260; 45, 400, 417 f.; 47, 46, 78 f.
- 21| BVerfGE 13, 153, 161.
- 22| BVerfGE 33, 125, 158 ff.; siehe dazu auch Fechtrup/Wiedemeier, Vergerichtung der Verwaltung aus kommunaler Sicht, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger, 1985, S. 797, 808, die zu Recht darauf hinweisen, dass klare Rahmenvorgaben notwendig sind, damit die Kommunen „verständliches, akzeptables und auch rechtlich sicheres Ortsrecht“ schaffen können.

- 23| Vgl. das Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags „Satzungsermächtigung und Wesentlichkeitstheorie §§ 22a ff. SGB II neu“ (Giesecke).
- 24| Vgl. Groth in: Groth/Luik/Siebel-Huffmann, *Das neue Grundsicherungsrecht*, 2011, S. 116, Rn. 368; im SGB XII wird in § 35a SGB XII auf die §§ 22a ff. SGB II Bezug genommen.
- 25| Vgl. Groth in: Groth/Luik/Siebel-Huffmann, *Das neue Grundsicherungsrecht*, 2011, S. 116, Rn. 369; zur Pauschalierung der Leistungen für Unterkunft und Heizung im SGB XII siehe Link in: juris-PK SGB XII, 1. Aufl. 2011, § 29 Rn. 114 ff, 139 ff. (ab 01.01.2011 in § 35 Abs. 3 und Abs. 4 Sätze 2 und 3 SGB XII geregelt).
- 26| BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u. a.; BVerfGE 125, 175 – Rn. 135.
- 27| BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u. a.; BVerfGE 125, 175 – Rn. 138.
- 28| BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u. a.; BVerfGE 125, 175 – Rn. 139.
- 29| BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u. a.; BVerfGE 125, 175 – Rn. 138.
- 30| BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u. a.; BVerfGE 125, 175 – Rn. 141.
- 31| BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u. a.; BVerfGE 125, 175 – Rn. 142; vgl. dazu auch Meßling, *Grundrechtsschutz durch Gesetzgebungsverfahren*, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villiger, *Grundrechte und Solidarität, Festschrift für Renate Jaeger*, 2011, S. 787 ff.
- 32| BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u. a.; BVerfGE 125, 175 – Rn. 139.
- 33| BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u. a.; BVerfGE 125, 175 – Rn. 140.
- 34| BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u. a.; BVerfGE 125, 175 – Rn. 142.
- 35| BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u. a.; BVerfGE 125, 175 – Rn. 143.
- 36| BVerfG vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u. a.; BVerfGE 125, 175 – Rn. 144.
- 37| Vgl. BT-Drucks. 17/3404, S. 99 zu § 22a SGB II: „Der Bedarf für Unterkunft und Heizung wird in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen berücksichtigt, soweit diese angemessen sind (§ 22 Absatz 1 Satz 1 SGB II). Die Definition dessen, was noch als angemessen im Sinne der Vorschrift zu betrachten ist, hängt von zahlreichen Faktoren ab (zum Beispiel der Anzahl der Haushaltsangehörigen, ihrem Gesundheitszustand und dem örtlichen Mietniveau). [...] Die konkrete Ausgestaltung der Frage, was im Rahmen der Vorgaben nach § 22 Absatz 1 Satz 1 als angemessene Wohnkosten anzusehen ist und welche Wohnfläche als angemessen erachtet wird, soll hingegen den Kommunen obliegen. Sie sind mit dem örtlichen Wohnungsmarkt und dessen Besonderheiten vertraut und verfügen über ein angemessenes Legitimationsniveau.“
- 38| Groth in: Groth/Luik/Siebel-Huffmann, *Das neue Grundsicherungsrecht*, 2011, S. 117, Rn. 373.
- 39| Dies entspricht der BSG-Rechtsprechung zum „schlüssigen Konzept“, vgl. etwa BSG vom 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R = SozR 4-4200 § 22 Nr. 27; BSG vom 19.10.2010 – B 14 AS 50/10 R – juris RdNr. 27 m.w.N.; siehe auch Butzer/Keller, *Grundsicherungsrelevante Mietspiegel als Maßstab der Angemessenheitsprüfung nach § 22 SGB II, Sgb 2009*, 65 ff.
- 40| BT-Drucks. 17/3404, S. 102.
- 41| BT-Drucks. 17/3404, S. 101.
- 42| BT-Drucks. 17/3404, S. 102: „Die kommunalen Träger sind bei der Wahl des Verfahrens [...] grundsätzlich frei. Die Entscheidungen für die Auswahl bestimmter Erkenntnisquellen und das Vorgehen bei der Festlegung der Angemessenheitswerte müssen jedoch nachvollziehbar und in sich schlüssig sein.“
- 43| Siehe Fn. 1.
- 44| Vgl. BT-Drucks. 17/3404, S. 102.
- 45| So auch Groth in: Groth/Luik/Siebel-Huffmann, *Das neue Grundsicherungsrecht*, 2011, S. 117 f., Rn. 376.
- 46| BT-Drucks. 17/3404, S. 102.

- 47| Groth in: Groth/Luik/Siebel-Huffmann, *Das neue Grundsicherungsrecht*, 2011, S. 118, Rn. 377.
- 48| BT-Drucks. 17/3404, S. 101.
- 49| Dreier, *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 43 m.w.N.
- 50| Vgl. dazu auch das Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags „Satzungsermächtigung und Wesentlichkeitstheorie §§ 22a ff. SGB II neu“ (Giesecke), S. 7.
- 51| Siehe dazu insbesondere Badura, *Das normative Ermessen beim Erlass von Rechtsverordnungen und Satzungen*, GS Martens 1987, S. 25 ff.; Herdegen, *Gestaltungsspielräume bei administrativer Normsetzung*, AöR 114 (1989), S. 607 ff.; Sieckmann, *Beurteilungsspielräume und richterliche Kontrollkompetenzen*, DVBl. 1997, 101 ff.
- 52| Maurer, *Rechtsfragen kommunaler Satzungsgebung*, DÖV 1993, 184, 192: „Es soll den satzunggebenden Gemeinden einen bestimmten Freiraum verschaffen, ist aber – überspitzt ausgedrückt – erst aktuell geworden, als man mit den Grundsätzen, die den Gemeinden den Freiraum vermitteln sollen, die diesen Grundsätzen vorausliegenden Bindungen entdeckte.“
- 53| Schmidt-Aßmann, *Die kommunale Rechtsetzungsbefugnis*, in: Püttner, *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Bd. 3 (Kommunale Aufgaben und Aufgabenerfüllung), 2. Aufl. 1983, S. 182, 186 f.; zu kommunalen Handlungsspielräumen und gerichtlicher Kontrolldichte siehe auch Püttner, in: Götz/Klein/Starck, *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle*, 1985, S. 131, 137 f.
- 54| Das wäre auch der erste Schritt hin zu einem kommunalen „KdU-Management“, siehe dazu die Studie des BMVBS/BBSR (Hrsg.), *Kosten der Unterkunft und die Wohnungsmärkte. Auswirkungen der Regelungen zur Übernahme der Kosten der Unterkunft auf Transferleistungsempfänger und Kommunen*, Forschungen Heft 142, 2009, S. 107 f.
- 55| Siehe etwa BSG vom 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R = SozR 4-4200 § 22 Nr. 27; LSG Baden-Württemberg vom 22.12.2010 – L 12 AS 5641/09.
- 56| Voelzke, *SGB II – Licht am Ende des Tunnels?*, NJW Editorial Heft 16/2011.
- 57| BT-Drucks. 17/3404, S. 131.
- 58| BT-Drucks. 17/3404, S. 132.
- 59| Siehe dazu auch Sieckmann, *Beurteilungsspielräume und richterliche Kontrollkompetenzen*, DVBl. 1997, 101, 104 f.
- 60| BT-Drucks. 17/3404, S. 131.
- 61| Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 17/3404, S. 99.
- 62| Siehe dazu insbesondere Schmidt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, AöR 116 (1991), S. 329 ff.
- 63| Vgl. BVerfGE 79, 127, 149: Die Gemeinden seien „im Sinne eines Aufbaus der Demokratie von unten nach oben Keimzelle der Demokratie.“ Siehe auch Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 1, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 25.
- 64| Schmidt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, AöR 116 (1991), S. 329, 353.
- 65| Zum Begriff siehe BVerfGE 83, 60, 72 f.; vgl. auch die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 17/3404, S. 99.
- 66| Begriff bei Herzog in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz* (51. EL, 12/2007), Art. 20, II., Rn. 76.
- 67| Siehe dazu Würtenberger, *Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren*, NJW 1991, 257, 261: „Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens hat nicht allein Bezüge zum Demokratieprinzip. Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen dient auch der Verfahrensökonomie. Wenn man sich frühzeitig und nachdrück-

lich um die Akzeptanz einer Verwaltungsentscheidung bemüht, so wird nicht nur das Verwaltungsverfahren beschleunigt. Darüber hinaus bedürfen Verwaltungsentscheidungen, die auf breite Akzeptanz stoßen, in der Regel auch keines gerichtlichen Nachverfahrens.“

- 68] „Kluge Politik beginnt mit dem Betrachten der Wirklichkeit.“ (Christean Wagner, Kurs finden, Kurs halten, in: Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 05.06.2011). Siehe zu dieser Thematik die Studie des BMVBS/BBSR (Hrsg.), Kosten der Unterkunft und die Wohnungsmärkte. Auswirkungen der Regelungen zur Übernahme der Kosten der Unterkunft auf Transferleistungsempfänger und Kommunen, Forschungen Heft 142, 2009, S. 13 ff., 86 ff., 106 ff. Als die Rechtsprechung von den Trägern die Offenlegung ihrer Bedarfsermittlung verlangte, gingen die Gerichte davon aus, dass die Kommunalverwaltungen über das entsprechende Wissen bzw. die Daten verfügten und es solche Konzepte gab bzw. diese Aufgabe die Kommunen nicht vor schwer lösbare Probleme stellt. Vgl. etwa BSG vom 18.06.2008 – B 14/7b AS 44/06 R: „Die vom Grundsicherungsträger gewählte Datengrundlage muss lediglich auf einem schlüssigen Konzept beruhen, das eine hinreichende Gewähr dafür bietet, die aktuellen Verhältnisse des örtlichen Mietwohnungsmarktes wiederzugeben.“

AUTOREN UND HERAUSGEBER

Dr. Ralf Thomas Baus
Leiter Team Innenpolitik, Hauptabteilung Politik und Beratung,
Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Berlin

Gabriele Comos-Aldejohann
Richterin am Sozialgericht Münster

Alexander Dubon
Richter am Arbeitsgericht Würzburg

Armin Ehl
Hauptgeschäftsführer des Marburger Bundes Bundesverband

Dr. Regina Görner
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied der IG Metall und
Mitglied des Bundesvorstands der CDU Deutschlands

Rudolf Henke MdB
1. Vorsitzender des Marburger Bundes Bundesverband

Professor Dr. Martin Henssler
Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht,
Universität zu Köln

Gerd Hoofe
Beamteter Staatssekretär beim Bundesministerium für Arbeit und
Soziales

Professor Dr. Günter Krings, LL.M., MdB
Stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion,
Honorarprofessor der Universität zu Köln, Rechtsanwalt

Dr. Steffen Luik
Richter am Sozialgericht Ulm, zurzeit wissenschaftlicher Mitarbeiter
beim Bundessozialgericht

ANSPRECHPARTNER IN DER KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG

*Dr. Ralf Thomas Baus
Leiter Team Innenpolitik
Hauptabteilung Politik und Beratung
10907 Berlin
Telefon: +49(0)-30-2 69 96-35 03
E-Mail: ralf.baus@kas.de*

*Dr. Katja Gelinsky LL.M.
Kordinatorin Rechtspolitik
Team Innenpolitik
Hauptabteilung Politik und Beratung
10907 Berlin
Telefon: +49(0)-30-2 69 96-35 07
E-Mail: katja.gelinsky@kas.de*