

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August-Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Digitalisierung der Arbeitswelt – Impulse zur rechtlichen Bewältigung
der Herausforderung gewandelter Arbeitsformen

Gregor Thüsing Seite **87**

Gesetzliche Regelung der Tarifeinheit – Ein Beitrag zur Stabilisierung
des Tarifsystems?

Manfred Walser Seite **109**

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite **130**

Digitalisierung der Arbeitswelt – Impulse zur rechtlichen Bewältigung der Herausforderung gewandelter Arbeitsformen*

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard),
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

I. Digitalisierung der Arbeitswelt: Was hat sich geändert?

»Digitalisierung der Arbeitswelt« – bei Google kommen fast 50.000 Treffer. Es ist ein gefälliges Schlagwort, um zu beschreiben, wie sich die Arbeit vieler Arbeitnehmer mehr und mehr unter dem Einfluss von Computer und Internet verändert. Allgemein wird dieser Wandel als Faktum anerkannt, doch bleibt offen, wie stark sein Ausmaß tatsächlich ist und (unklarer noch) sein wird. Ganz verschiedene Aspekte sind damit angesprochen: die ständige Erreichbarkeit, die zu Stress führen kann, die größere Mobilität, die zu neuen Arbeitsplatzmodellen führen kann. Die Digitalisierung wird als Chance, aber eben auch als Risiko begriffen. Eine sinnvolle Bewertung kann nur im Blick auf das Detail erfolgen. Dabei scheint man sich auch über die Notwendigkeit rechtlichen Reagierens einig zu sein. So heißt es im Monitoring-Report Digitale Wirtschaft 2013, im März 2014 herausgegeben vom BMWi, recht lapidar, aber eben exemplarisch für die Diskussion insgesamt:

»Die Digitalisierung der Arbeitswelt bietet enorme Chancen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Mit der Flexibilisierung von Arbeit gehen aber nicht nur positive Effekte einher. Das aktuelle Arbeitsrecht berücksichtigt die neuen Gegebenheiten nicht ausreichend. Dabei wird es vor allem darauf ankommen, einen gesetzlichen Rahmen zu schaffen, der einerseits den neuen Möglichkeiten und Chancen der digitalen Arbeit Rechnung trägt, andererseits aber auch die Anforderungen und Bedürfnisse der Arbeitnehmer berücksichtigt. Eine behutsame, ausgewogene und kontinuierliche Anpassung des Rechtsrahmens ist nötig, um den Ausgleich zwischen Firmen- und Arbeitnehmerinteressen im Blick zu behalten.«¹

1. Ständige Erreichbarkeit

Worum geht es also im Einzelnen? Mobiltelefonie und »Mobile Computing« eröffnen die technischen Möglich-

keiten, auch jenseits des Arbeitsortes und außerhalb der regulären Arbeitszeit jederzeit erreichbar zu bleiben. Davon, dass Berufs- und Privatsphäre mehr und mehr diffundieren, zeugt die Entwicklung des Verhaltens nach Dienstschluss: In einer Umfrage des Instituts für Arbeit und Gesundheit der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung aus dem Jahr 2012 gaben 39 % der befragten Berufstätigen an, manchmal während ihrer Freizeit für dienstliche Fragen und Belange erreichbar zu sein; ein ebenso großer Anteil gab an, oft oder immer erreichbar zu sein.² Gestützt wird dieser Trend durch eine im Jahr 2013 erstellte Studie des Bundesverbandes Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien (BITKOM) zum Thema »Arbeiten in der digitalen Welt«.³ 62 % der befragten Erwerbstätigen antworteten auf die Frage, ob sie auch außerhalb der regulären Arbeitszeit für Kollegen, Vorgesetzte oder Kunden per Handy oder E-Mail erreichbar seien, mit »jederzeit« oder »zu bestimmten Zeiten«.

Dieser Befund korrespondiert mit dem Erwartungshorizont auf Arbeitgeberseite, der sich in derselben Studie offenbart: 52 % der befragten Unternehmen fordern, dass ihre Mitarbeiter jederzeit oder jedenfalls zumindest zu bestimmten Zeiten erreichbar sind.⁴ Die Arbeitswelt tendiert somit zu einer Entgrenzung von Arbeit, die ehemals – in räumlicher und zeitlicher Hinsicht fest konturiert – Antipode zum Privaten war, hin zu einer »digitalen Präsenzkultur« – auch wenn diese bei Führungsmitarbeitern

* Der Beitrag beruht in wesentlichen Teilen auf einer Stellungnahme für das BMAS – und spiegelt trotzdem die eigene Meinung wider, allerdings auch nur die des Autors, nicht des Auftraggebers.

1 http://www.tns-infratest.com/WissensForum/Studien/pdf/bmwi/TNS_Monitoring_Langfassung_Monitoring_2013.pdf (14.6.2016).

2 http://publikationen.dguv.de/dguv/pdf/10002/2012_01_iag_report.pdf (14.6.2016).

3 <http://www.gesundheitsmanagement24.de/wp-content/uploads/2015/08/BITKOM-Studie-Umgang-moderne-Medien-2013.pdf>; eine aktualisierte Version ist zudem abrufbar unter <https://www.bitkom.org/Presse/Anhaenge-an-Pls/2015/02-Februar/150226-BITKOM-Charts-Digitalisierung-der-Arbeitswelt-26-02-20151.pdf> (beide 14.6.2016).

4 S. Fn. 3.

stärker zu verzeichnen ist als bei nachgeordneten Arbeitnehmern.⁵

Diese ständige Erreichbarkeit kann, muss aber nicht zu Stress führen. Nach der bereits zitierten Untersuchung des IAG von 2012⁶ gehen zwar viele Mitarbeiter davon aus, dass ihre Vorgesetzten Erreichbarkeit von ihnen erwarten. Über zwei Drittel der Befragten gaben an, oft oder immer erreichbar zu sein, wenn sie während der Arbeitszeit auf Dienstreise oder im Außendienst sind. In der Freizeit waren immerhin noch 40 Prozent oft oder immer für dienstliche Belange erreichbar. Nie nach Dienstschluss erreichbar waren nur 10 Prozent. »Die meisten der Befragten fühlten sich durch die ständige Erreichbarkeit nicht oder wenig belastet«, sagt Studienautorin und IAG-Psychologin Dr. *Hiltraut Paridon*. Allerdings gab rund jeder Siebte an, sich durch die ständige Erreichbarkeit stark oder sehr stark belastet zu fühlen. »Diese Teilnehmer gaben an, dass sie auch in ihrer Freizeit nicht abschalten können und das Gefühl hätten, dass ihnen alles zu viel wird.« Für die Studie befragte das IAG in Kooperation mit der Unfallkasse Hessen 430 Personen.

In der Tendenz kritischer ist eine neuere Untersuchung der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin zu den Auswirkungen arbeitsbezogener erweiterter Erreichbarkeit auf Life-Domain-Balance und Gesundheit.⁷ Die Studienergebnisse deuten darauf hin, dass arbeitsbezogene erweiterte Erreichbarkeit zu Beeinträchtigungen im Privatleben von Beschäftigten führt. Des Weiteren zeigen die bestehenden Befunde, dass Beschäftigte mit hoher arbeitsbezogener erweiterter Erreichbarkeit mit höherer Wahrscheinlichkeit arbeitsbedingte Beeinträchtigungen aufweisen als Beschäftigte mit geringer arbeitsbezogener erweiterter Erreichbarkeit. Ob die Ursache hierfür aber in der Erreichbarkeit selbst liegt oder in anderen damit einhergehenden Arbeits- oder Personenmerkmalen, geht aus den betrachteten Ergebnissen nicht hervor. Rufbereitschaft als regulierte Form der arbeitsbezogenen erweiterten Erreichbarkeit lässt sich anhand von Studienergebnissen als Risiko für die Beschäftigtengesundheit bewerten. Es ist davon auszugehen, dass zumindest unregulierte Formen arbeitsbezogener erweiterter Erreichbarkeit, die der Rufbereitschaft sehr ähnlich sind, ebenfalls ein Gesundheitsrisiko darstellen. Gleichzeitig sprechen die Ergebnisse nicht dagegen, dass arbeitsbezogene erweiterte Erreichbarkeit auch positive Effekte für Beschäftigte mit sich bringt, zB. im Sinne einer höheren Arbeitszufriedenheit. Solche Effekte können bislang aber nicht als gesicherte wissenschaftli-

che Erkenntnis gelten. Deutlich wird also auch hier, dass arbeitsbezogene erweiterte Erreichbarkeit neben Risiken auch Chancen für die Beschäftigten in sich birgt.

2. Größere Mobilität

Schon das zuletzt Gesagte macht deutlich: Die Digitalisierung der Arbeitswelt kann den Wünschen des Arbeitnehmers entgegenkommen. Das gilt insbesondere für die Ermöglichung größerer Mobilität. Zum einen eröffnet diese Entwicklung den Unternehmen die Chance, Fachkräfte durch flexible Arbeitsplatz- und Arbeitszeitmodelle, die auf die individuelle Bedarfssituation Rücksicht nehmen, an sich zu binden. Zum anderen ermöglicht sie eine bessere Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Privatleben. Der praktische Befund scheint jedoch zuweilen ernüchternd. So kommt eine bundesweite Unternehmensbefragung, die das Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) durchgeführt hat, zu dem Ergebnis, dass die Nutzung flexibler Arbeitsplatzmodelle derzeit noch auf eine eher kleine Gruppe der Beschäftigten beschränkt ist.⁸ Die Befragung des ZEW in den Branchen IKT (Hardware und IKT-Dienstleister), technische Dienstleistungen sowie Beratung und Kreativwirtschaft ergab, dass im Jahr 2013 bei flexiblen Arbeitsplatzmodellen in den Unternehmen das Home Office an erster Stelle lag, deutlich vor Coworking und Desk-Sharing. Diese Modelle werden bislang aber nur von sehr wenigen Mitarbeitern genutzt. Home Office beispielsweise bieten zwar 57 Prozent der IKT-Unternehmen an, aber nur knapp zwölf Prozent der Mitarbeiter in der IKT-Branche nehmen diese Möglichkeit auch wahr. Als Hauptgrund für die geringe Nutzung des Home Office führen die Unternehmen an, dass die persönliche Anwesenheit ihrer Mitarbeiter unabdingbar sei – hierin sind sich die betrachteten Branchen mit einer Zustimmung von jeweils rund 80 Prozent der Unternehmen weitgehend einig. An zweiter Stelle liegt das Argument, dass Home Office nicht zur

5 Befragung des Human Resources Competence Center der Hochschule Pforzheim, entnommen dem Personalmagazin 6/2014, 20.

6 http://publikationen.dguv.de/dguv/pdf/10002/2012_01_iag_report.pdf (14.6.2016).

7 *Pangert/Schüpbach*, Die Auswirkungen arbeitsbezogener erweiterter Erreichbarkeit auf Life-Domain-Balance und Gesundheit, Dortmund ua. 2013, abrufbar unter http://www.baua.de/de/Publikationen/Fachbeitraege/Gd76.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (14.6.2016).

8 <http://www.zew.de/de/presse/2580/trotz-zunehmender-digitalisierung-der-arbeitswelt-bleibt-die-nutzung-flexibler-arbeitsplatzmodelle-auf-wenige-beschaeftigte-beschaermt> (14.6.2016).

Unternehmensphilosophie beziehungsweise Arbeitsweise passe. Genau in diesen Punkten werden viele Unternehmen in Zukunft umdenken müssen, wenn sie hoch qualifizierte Fachkräfte gewinnen und halten wollen.

Auch hier deuten andere Studien in die gleiche Richtung, freilich ohne dass die Aussagen eins zu eins deckungsgleich wären: 23 % der Arbeitnehmer und Beamten arbeiten einer Umfrage BITKOMs zufolge hin und wieder, 21 % gar regelmäßig von zu Hause aus. Unter 41 % derjenigen, die bisher kein Home Office nutzen, besteht der Wunsch, dies zu tun.⁹

3. Neue Formen der Zusammenarbeit

Digitalisierung und mobile Arbeitsformen eröffnen Wege, Arbeitsprozesse zu verändern. Insbesondere der Neologismus »Crowdsourcing« ist Beleg für die Entstehung neuer Organisationsformen von Arbeit. Der Begriff wird so häufig gebraucht, dass er bereits im Standardwörterbuch Duden lexikalisiert worden ist.¹⁰ Die Wortkreuzung aus den Begriffen »crowd« und »outsourcing« bezeichnet »das Auslagern von bisher in einem Unternehmen selbst erbrachten Leistungen auf eine große Anzahl von Menschen über das Internet«. ¹¹ Differenziert wird zwischen internem und externem Crowdsourcing: Ersteres meint den Fall, dass das Unternehmen ausschließlich aus dem Bestand eigener Mitarbeiter als »crowd« schöpft und die Leistungserbringung über eine unternehmensinterne Plattform synchronisiert wird.¹² Beim externen Crowdsourcing wird hingegen über das Internet eine unbestimmte Anzahl von Internetnutzern adressiert, die bislang mit dem Unternehmen nicht in Verbindung standen. Die Unternehmen verwenden hierbei entweder – wie beim internen Crowdsourcing – eigene Plattformen, um ihre »crowd worker« zu rekrutieren und die erbrachten Beiträge zu koordinieren. Sie können die Aufgabenerfüllung aber auch vollständig externalisieren, indem sie sich einer externen Plattform als Intermediär bedienen, der sodann die Beauftragung der Crowdworker obliegt.¹³

Eine umfassende zahlenmäßige Erfassung zu der Frage, ob und inwieweit Unternehmen hierzulande auf Crowdsourcing zurückgreifen und Unternehmensinterne bzw. Internetuser sich als Crowdworker betätigen, ist derzeit nicht zu finden. Ein Indiz für ein unternehmensexternes Crowdsourcing liefert jedoch eine Umfrage der BITKOM zum Thema »Einsatz sozialer Medien in deutscher Unternehmen«

aus dem Jahr 2012. 15 % der befragten Unternehmen gaben hierbei an, Social Media zur Zusammenarbeit mit Kunden zur Erweiterung des Dienstleistungsportfolios (Crowdsourcing) zu nutzen.¹⁴ Darüber, inwiefern eine Zusammenarbeit erfolgt ist, gibt die Studie indes keine Auskunft. Zu denken ist aber insbesondere an die Beteiligung der Facebook-Nutzer bei einer kundenorientierten Produktgestaltung und -entwicklung.¹⁵ Eine kursorische empirische Erfassung des Phänomens des externen Crowdworkings in Deutschland kann zudem bei den Intermediären ansetzen, die den deutschen Markt adressieren. Ermittelt werden können hierbei jedenfalls die Arten der Tätigkeiten, die sich aus Warte der Intermediäre zur Externalisierung anbieten. Hierzu gehören etwa Rechercheaufgaben im Internet¹⁶, Kategorisierungen von Daten¹⁷, die Sammlung von Daten vor Ort mit Hilfe spezieller Apps¹⁸, Kundenberatung über Telefon oder Internet¹⁹, das Erstellen von Texten²⁰, Übersetzungs- sowie Lektoratsarbeiten²¹. Diese Tätigkeiten einer bestimmten Branche zuzuordnen, bereitet insofern Schwierigkeiten, als ihr konkret inhaltlicher Bezug – etwa die Art der zu sammelnden Daten – variabel bleibt. Gemein ist ihnen jedoch, dass sie bloß eine geringe bzw. keine spezifizierte Qualifizierung erfordern und sich über einen klar definierbaren Leistungserfolg präzise beschreiben lassen. Deshalb wird diese Art von Auftrag in der Literatur als »ergebnisorientierter virtueller

9 S. Fn. 3.

10 Vgl. <http://www.duden.de/rechtschreibung/Crowdsourcing> (14.6.2016). Erstmalig verwandt wurde der Begriff von *Jeff Howe* im Jahre 2006 im *Wired Magazine*, abrufbar unter http://archive.wired.com/wired/archive/14.06/crowds_pr.html (14.6.2016).

11 Ebd.

12 *Blohm/Leimeister/Zogaj*, in: Brenner/Hess (Hrsg.), *Wirtschaftsinformatik in Wissenschaft und Praxis, Business Engineering*, S. 51, 54.

13 Ebd.

14 http://www.bitkom.org/files/documents/Social_Media_in_deutschen_Unternehmen.pdf (14.6.2016), S. 14.

15 Exemplarisch hierfür sind etwa ein Aufruf des Discounters Aldi, bei der Gestaltung der Sommeredition von Taschentüchern mitzuwirken (s. *Christian*, *Lebensmittelzeitung* 19, 9.5.2014, S. 64) sowie ein solcher des Discounters Lidl, einen Smoothie zu kreieren (s. *Andrea*, *Lebensmittelzeitung* 15, 11.4.2014, S. 32).

16 <http://www.clickworker.com/>; <http://www.bluepatent.com/de/>; <http://www.crowdguru.de/> (alle 14.6.2016).

17 <http://www.clickworker.com/>; <http://www.crowdguru.de/> (beide 14.6.2016).

18 <http://www.appjobber.de/>; <http://www.clickworker.com/>; <http://streetspotr.com/de/> (alle 14.6.2016).

19 <http://www.expertcloud.de/> (14.6.2016).

20 <http://www.clickworker.com/>; <http://www.content.de/>; <http://www.crowdguru.de/>; <https://www.textbroker.de/> (alle 14.6.2016).

21 <http://de.textmaster.com/> (14.6.2016).

Microjob«²² bezeichnet. Es folgt hieraus eine Optimierung des Arbeitsprozesses in zeitlicher Hinsicht: Arbeitsaufträge werden segmentiert, so dass unterschiedliche Akteure an unterschiedlichen Orten zeitgleich an ihrer Erfüllung mitwirken können. Je größer hierbei die Anzahl der Segmente und je einfacher die einzelne Tätigkeit ist, desto mehr Akteure können sich beteiligen und desto größer ist die zeitliche Optimierungsleistung.²³

Andere Vermittler stellen ihre Plattformen Unternehmen dafür zur Verfügung, selbst Fragen zu formulieren, für die die Mitglieder der »crowd« sodann Lösungsansätze suchen können.²⁴ Auf einigen Plattformen wird die »crowd« zur künstlerischen Gestaltung²⁵ – etwa dem Design eines Produkts – oder zu Programmierungen²⁶ bzw. Website-Entwicklungen²⁷ motiviert. Im Vordergrund steht bei dieser Form des Crowdsourcings, eine Qualitätssteigerung dadurch zu erreichen, Wissens- und Kreativitätspotenziale zahlreicher Akteure zu bündeln.

Von allen existenten Crowdsourcing-Portalen konnten hier nur einige herausgegriffen werden. Der Umstand, dass sich bereits bei dieser stichprobenhaften Betrachtung jedenfalls strukturelle Überschneidungen in der Ausgestaltung des Angebots ergeben, lässt auf eine entsprechende Nachfrage auf Unternehmenseite schließen. Anreize, auf externes Crowdsourcing zurückzugreifen, gibt es auch jenseits der bereits genannten Zeit- und Qualitätsoptimierung einige.²⁸ So können die Unternehmen Arbeitskraft flexibel nach ihrem momentanen Bedarf nutzbar machen: Crowdworker sind weder Arbeitnehmer noch Leiharbeiter des Unternehmens. Es entsteht mithin auch weder zum Crowdworker noch zum Intermediär ein Dauerschuldverhältnis, das eine rechtliche Bindung über das konkrete Projekt hinaus begründen könnte. Aus diesem Grund können auch Personalkosten eingespart werden. Fortlaufendes Entgelt ist ebenso wenig wie Beiträge in die Sozialversicherung zu zahlen. Auch sind die Mindestausgaben nicht durch den equal-pay-Grundsatz des AÜG bestimmt.

Spiegelbildlich zu diesen Vorteilen auf Unternehmensseite sind indes auch Gefahren für die Crowdworker und diejenigen, die Arbeit noch in »hergebrachten« Formen erbringen, in den Blick zu nehmen. Gefürchtet wird insbesondere eine Substituierung traditioneller Arbeitsformen durch das flexible Crowdsourcing-Modell und in der Folge eine Prekarisierung der Lebensverhältnisse.²⁹

Ob bereits eine Prekarisierungstendenz besteht, kann mangels belastbaren Materials zur wirtschaftlichen Bedeu-

tung des Crowdworkings für einen relevanten Teil der Crowdworker nicht festgestellt werden. Eine Studie Kaufmanns, Schulzes und Veits aus dem Jahr 2011³⁰, in der Crowdworker des Anbieters *Amazon Mechanical Turk* zu ihrer Motivation befragt wurden, zeigt, dass es Crowdworkern zwar in erster Linie, aber nicht nur um monetäre Anreize geht. Anreiz für die Befragten war ua. auch die Möglichkeit, abwechslungsreiche Aufträge eigenständig zu erfüllen. Von Bedeutung war zudem etwa, dass die Aufgabe ein Identifikationspotential bot, sowie die Möglichkeit, eigene Fähigkeiten fortzuentwickeln und Langeweile entgegen zu wirken. Die Hypothese, dass Crowdworker auf diesen Verdienst angewiesen sind, es sich also um mehr als einen bloßen Zuverdienst handelt, lässt sich deshalb allenfalls mit Vorsicht formulieren.

4. Neue Qualifikationserfordernisse

Die Digitalisierung für die Arbeitswelt fruchtbar zu machen, erfordert zugleich Anpassungsleistungen derer, die in ihr arbeiten: Zum einen bedarf es der Fähigkeit aller, mit dem bereits erreichten digitalen Standard am jeweiligen Arbeitsplatz umzugehen. Darüber hinaus ist Fachexpertise gefragt, um weitere Potenziale der Digitalisierung für die Zukunft zu erschließen. Laut Statistischem Bundesamt³¹ wächst die Computer- und Internetaffinität der Unter-

22 Papsdorf bezeichnet dies als »ergebnisorientierten virtuellen Microjob«, ebd., Wie Surfen zu Arbeit wird, Crowdsourcing im Web 2.0, Frankfurt aM. 2009, S. 56.

23 Vgl. hierzu Blohm/Leimeister/Zogaj, in: Brenner/Hess (Fn. 12), S. 51, 57.

24 <https://www.atizo.com/> (14.6.2016).

25 <http://99designs.de/?superdix=42895>; <https://www.atizo.com/>; <http://www.brandsupply.de/>; <http://www.crowdsite.de/>; <http://www.designenlassen.de/?&bid=94446-60863>; <http://www.logoarena.de/> (alle 14.6.2016).

26 <http://www.twago.de/sem/a/Programmierer?r=cetxpro&bid=65564-60863> (14.6.2016).

27 <https://www.freelancer.com> (14.6.2016).

28 Eingehend dargestellt werden die Vorteile unter Auswertung der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur von Leimeister/Zogaj, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing, Eine Literaturstudie, Arbeitspapier 287 der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2013, S. 55 ff., abrufbar unter: http://www.boeckler.de/pdf/p_arbp_287.pdf (14.6.2016).

29 Vgl. etwa Benner, Online-Arbeit auf Abruf, Wer schützt die Clickworker?, FAZ, 19.3.2014 (Online-Ausgabe); Dohmen, »Davon kann niemand leben«, SZ, 10.07.2013 (Online-Ausgabe).

30 Kaufmann/Schulze/Veit, More than fun and money, Worker Motivation in Crowdsourcing – A Study on Mechanical Turk, AMCIS 2011 Proceedings – All Submissions, Paper 340, abrufbar unter http://aisel.aisnet.org/amcis2011_submissions/340/ (14.06.2016).

31 Statistisches Bundesamt, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/UnternehmenHandwerk/IKT/Unternehmen/Tabellen/01_AnteilUnternehmenComputernutzung_IKT_Unternehmen.html (14.6.2016).

nehmen in Deutschland kontinuierlich: Im Zeitraum zwischen 2003 und 2013 ist ein Zuwachs um 8 Prozentpunkte von 80 auf 88 % des Anteils der Unternehmen zu verzeichnen, in denen Computer genutzt werden. Die Wachstumsrate des Anteils an Unternehmen mit Zugang zum Internet liegt in diesem Zeitraum bei 13 Prozentpunkten (von 74 auf 87 %). Dass Unternehmen mehr und mehr die Bedeutung des Internets insbesondere auch für die Außendarstellung erkennen, ist daraus ersichtlich, dass inzwischen $\frac{2}{3}$ der Unternehmen mit Internetzugang eine eigene Website betreiben.

Dieser Trend zeitigt in weiten Teilen unabhängig von der Branche und der Größe des Unternehmens Auswirkungen auf den Arbeitsalltag der Beschäftigten. Insgesamt 64 % der Personen, die in Unternehmen der vom Statistischen Bundesamt untersuchten Branchen tätig sind, nutzen mindestens einmal pro Woche einen Computer während ihrer Arbeitszeit.

Mit Ausnahme des Baugewerbes sowie dem Bereich Verkehr, Lagerei, Post-, Kurier- und Expressdienste, dem Gastgewerbe sowie bei der Erbringung von Dienstleistungen, die nicht freiberuflicher, wissenschaftlicher oder technischer Art sind, verwendet mindestens die Hälfte aller im Unternehmen Beschäftigten einen Computer mit dieser Regelmäßigkeit. Eine herausragende Bedeutung kommt der Computernutzung in den Bereichen Information und Kommunikation, bei der Erbringung von Finanz- und Versicherungs-, freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen sowie bei der Reparatur von Datenverarbeitungs- und Telekommunikationsgeräten zu: Hier nutzen mindestens 94 % der im Unternehmen tätigen Personen mindestens einmal pro Woche einen Computer. In diesen Bereichen lässt sich zudem eine entsprechend rege Internetnutzung feststellen, denn die Quote derer, die einen mit Internet ausgestatteten Computer nutzen, liegt ebenfalls bei mindestens 90 %. Wesentliche Diskrepanzen, dh. solche, die 10 % übersteigen, zwischen Nutzung eines Computers und einem solchen mit Internetzugang, sind allein im Bereich des verarbeitenden Gewerbes sowie im Bereich des Handels und der KFZ-Instandhaltung bzw. -reparatur zu verzeichnen.

Dass dies in generalisierbarer Weise die Größenordnung der Computernutzung der Beschäftigten in Deutschland abbildet, wird bestätigt durch eine Erhebung der europäischen Statistikbehörde Eurostat, nach der 61 % der Beschäftigten in Deutschland einen Computer verwenden. Gemeinsam mit Belgien liegt Deutschland im europäischen Vergleich somit auf dem vierten Platz.

Hiermit ist jedoch noch keine Aussage über den konkreten Stellenwert und den Umfang der Computer- und Internetkompetenz am Arbeitsplatz getroffen. Dass branchenübergreifend jedenfalls ein Grundstock derselben bereits beim Eintritt ins Berufsleben gefordert ist, lässt sich dem Erwartungshorizont der Unternehmen gegenüber Schulabgängern vor Eintritt ins Ausbildungsverhältnis entnehmen. So formuliert die IHK unter dem Rubrum »Was erwartet die Wirtschaft von den Schulabgängern?«.³²

»Grundkenntnisse im IT-Bereich

- Grundkenntnisse in der PC-Anwendung und der Internetrecherche (Informationen suchen, filtern und bewerten)
- reflektierter Umgang mit Technik und Medien
- Verständnis für moderne Technik und Technologie frühzeitig entwickeln«

Derartige Basiskenntnisse vermögen allerdings je nach Branche und Position nicht »flächendeckend« auszureichen. Hiervon zeugt nicht zuletzt der Umstand, dass jedes zweite Unternehmen im ITK-Bereich einen Mangel an IT-Spezialisten beklagt.³³ Auch im Übrigen erweist sich ein zunehmender Kompetenzerwerb im Bereich digitaler Medien für deutsche Unternehmen in Zukunft als unabdingbar, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Dies zeigt eine bereits im Jahr 2010 von Oxford Research für die Generaldirektion Beschäftigung, Soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit der Europäischen Kommission erstellte Querschnittstudie.³⁴ Hierin werden die Ergebnisse aus 19 Sektorenstudien zusammengeführt und der Qualifikationsbedarf in einzelnen Sektoren in der Europäischen Union bis zum Jahr 2020 prognostiziert. Untersucht wurde hierbei insbesondere auch die zukünftige Bedeutung technischer Kompetenzen. Zu diesen gehören nach der Definition der Autoren auch Kompetenzen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologien sowie e-Kompetenzen, dh. solche, die bei der Nutzung der elektronischen Medien Computer und Internet eine Rolle spielen. Mit einer Gesamttendenz zur stärkeren Qualifizierung in sämtlichen Sektoren einhergehend wird im überwiegenden

32 S. http://www.ihk-praktikumportal.de/blob/da_praktikumportal/Downloads/3250368/ba9d7146485d1b6b8419250770a57e67/Was_erwartet_die_Wirtschaft_von_Schulabgaengern-data.pdf (14.6.2016), S. 5.

33 S. Pressemitteilung der BITKOM vom 29.10.2013, abrufbar unter <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/39000-offene-Stellen-fuer-IT-Experten.html> (14.6.2016).

34 Abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4687&langId=de> (14.6.2016).

den Teil, nämlich in 13 der 19 untersuchten Sektoren, der Erwerb technischer Kompetenzen in Zukunft für stark erforderlich gehalten.

Diesem Qualifikationsbedarf steht – so scheint es – oftmals eine nur eingeschränkte Qualifikationsbereitschaft gegenüber, wie ein Blick auf die nackten Zahlen verdeutlicht: Im Jahr 2014 nahmen immerhin ca. 51 % der befragten Personen an beruflichen Weiterbildungsmaßnahmen im Laufe eines Jahres teil. Allein hinsichtlich der Digitalisierung besteht großer Nachholbedarf: Nur in 7 % der Veranstaltungen war der Umgang mit Computern und Software Thema.³⁵ Zudem zeigt sich eine Abnahme der Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen mit dem Alter: Während 53 % der 35–54-Jährigen an solchen Maßnahmen im Jahr 2014 teilnahmen, waren es bei den 55–64-Jährigen nur 39 %. Sicherlich gibt es einen Zusammenhang zu Frühverrentungsmodellen, wodurch Weiterbildungsmaßnahmen naturgemäß in den Hintergrund rücken. Den Trend unterstützt jedoch die Weiterbildungsquote unter Erwerbstätigen, die mit 53 % bei den 55–64-Jährigen recht deutlich unter den 65 % der 25–34-Jährigen liegt. Zwar ist im Vergleich zum Jahr 2010 bereits eine Verbesserung eingetreten³⁶, doch besteht gerade bei der *Employability* älterer Arbeitnehmer noch Verbesserungsbedarf.

5. Potential stärkerer Überwachung

Kehrseite der Digitalisierung ist, dass sie auch neues Misstrauen im Verhältnis zwischen Unternehmen und Mitarbeitern zu begründen vermag. Denn Computer- und Internetnutzung wohnt ein gewisses Missbrauchspotenzial inne: Können Mitarbeiter jederzeit auf mitunter unternehmenssensible Daten zugreifen, besteht die Gefahr der Wirtschaftsspionage aus den eigenen Reihen. Zudem reizt es, digitale Spuren zu verfolgen, um zu kontrollieren, ob und in welcher Qualität die geschuldete Arbeitsleistung erbracht wird. Dies liegt insbesondere insofern nahe, als das Internet zur intensiven Nutzung für private Zwecke während der Arbeitszeit verleiten kann.

Inwiefern Unternehmen dies zum Anlass nehmen, die Aktivitäten ihrer Mitarbeiter am Computer (heimlich) zu überwachen, kann nur spekuliert werden. An aktuellen statistischen Erhebungen fehlt es – angesichts des großen medialen Echos der Datenkandale in der Vergangenheit wäre deren Validität wegen eines drohenden Reputations-

verlusts zudem ohnehin zweifelhaft. Eine Google-Suche nach den Schlagworten »Überwachungssoftware Mitarbeiter« ergibt 24.100 Treffer (Stand: 31.7.2014). Darunter sind zahlreiche Angebote von Software-Anbietern, die die Möglichkeit eines diskreten Mitarbeiter-Monitorings bewerben. Der Umstand, dass ein »Markt« für diese Art von Produkten existiert, lässt vermuten, dass *realiter* von dieser Möglichkeit der Überwachung am digitalen Arbeitsplatz Gebrauch gemacht wird.

II. Der Spiegel der juristischen Literatur

Diese Entwicklung einer geänderten Arbeitswirklichkeit hat Spuren hinterlassen auch in der juristischen Diskussion um deren richtige Regulierung – und ggf. die Anpassung dieser Regulierung. Je nach Teilaspekt ist diese Diskussion freilich sehr unterschiedlich weit fortgeschritten.

1. Der allgemeine Befund: Das Thema ist noch nicht erkannt – Einzelfragen schon

So zeigt eine statistische Erhebung in den juristischen Datenbanken, dass das Thema »Digitalisierung der Arbeitswelt« *als solches* mit all seinen Aspekten auf die Entwicklung in der Arbeitswelt noch nicht erkannt ist.³⁷ Das zeitliche Fenster, in dem »Digitalisierung« im Zusammenhang mit einzelnen Fragestellungen des Arbeitslebens behandelt wird, beginnt demgegenüber bereits Ende der 1980er Jahre, wo zB. bereits die Tendenz erkannt worden ist, dass die zunehmende Digitalisierung und der Einsatz neuer Medien eine klare Trennung zwischen Arbeitswelt und Freizeit erschweren.³⁸ Neuere Beiträge beschäftigen sich vor allem mit dem Bereich der Telearbeit als neue Arbeitsform³⁹ sowie mit den Problemen, die mit der ständigen Erreichbarkeit

35 S. Adult Education Survey 2014 des BMBF, S. 7, abrufbar unter https://www.bmbf.de/pub/Weiterbildungsverhalten_in_Deutschland_2014.pdf (14.06.2016).

36 S. BMBF (Fn. 35), S. 38.

37 Zu Digitalisierung der Arbeitswelt fanden sich zum Zeitpunkt der Recherche am 14.6.2016 nur 12 Aufsätze in Juris und 6 Aufsätze in Beck-Online. Diese erfassen lediglich einzelne Aspekte, bspw. Datenschutz oder Telearbeit, nicht hingegen das übergeordnete Phänomen der Digitalisierung der Arbeitswelt.

38 So schon Steinbuch, GRUR 1987, 579, 580.

39 Collardin, Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, Berlin 1995; Albrecht, NZA 1996, 1240; Wank, NZA 1999, 225; Wedde, DuD 1998, 576; ders., NJW 1999, 527; Ankersen/Boemke, BB 2000, 2254; Boemke, BB 2000, 147; Wiese, RdA 2009, 344; Rieble/Picker, ZfA 2013, 383.

des Arbeitnehmers zusammenhängen.⁴⁰ Insgesamt aber zeigt sich: Das Thema »Digitalisierung der Arbeitswelt« als solches gibt es nicht, wohl aber werden einzelne Fragen dieses Themenfelds – zuweilen intensiv – erörtert.

2. Eine Gewichtung der einzelnen Themen in der Entwicklung

Die Einflussnahme der technischen Entwicklung auf die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses wird inzwischen vielfach erkannt und auch die damit zusammenhängenden Probleme, wenn auch nicht allumfassend, so doch punktuell aufgegriffen und analysiert.

a) Ständige Erreichbarkeit

Im Schwerpunkt als Kommentierung des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) wird der Zusammenhang zwischen Digitalisierung einerseits und dem daraus resultierenden Schutzerfordernis für Arbeitnehmer beschrieben im Hinblick auf die Gefahr der Ausdehnung der Arbeitszeit in die Freizeit des Arbeitnehmers.⁴¹ Juristen sind freilich träge: Die gängige Überschrift, unter denen das Thema diskutiert wird, ist das klassische Phänomen der »Rufbereitschaft«, die es auch außerhalb digitaler Kommunikation geben kann.⁴² Auch das Urlaubsrecht kann mit seiner Zielsetzung, dem Arbeitnehmer hinreichend Möglichkeit zur Erholung zu gewähren, relevant werden.⁴³ Verschiedene Fragestellungen werden erörtert:

- Dringendste Frage ist dabei die Zuordnung der Tätigkeitsaufnahme in der Freizeit in die Kategorien Arbeitszeit/Bereitschaftsdienst/Rufbereitschaft und damit verbunden die Einhaltung des Kriteriums der »ununterbrochenen« Ruhezeit bei Aufnahme der Arbeitstätigkeit in der Freizeit.⁴⁴
- Damit im Zusammenhang steht die Frage, wie die ständige Erreichbarkeit ohne Arbeitsaufnahme arbeitszeitrechtlich zu klassifizieren ist.⁴⁵
- Zudem wird diskutiert, wie das Merkmal »Freiwilligkeit« bei der Arbeitsaufnahme während der Freizeit berücksichtigt werden muss, insbesondere ob die Möglichkeit eines Verzichts auf den Schutz des Arbeitszeitgesetzes besteht.⁴⁶

Neben diese originär arbeitszeitrechtlichen Probleme treten weitere Fragestellungen aus anderen Komplexen.

- So stellt sich die Frage, wie weit die Aufzeichnungspflichten des Arbeitgebers durch (technisch erleichterte) Ver-

lagerung der Verpflichtung auf den Arbeitnehmer erfüllt werden können.⁴⁷

- Auch im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung nach §§ 80 Abs. 1 Nr. 1; 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG zeigen sich im Kontext zum Arbeitszeitrecht Probleme.⁴⁸

Diese Vorarbeiten werden dann aufgegriffen in jüngster Zeit in der Diskussion um Sinn und Unsinn einer Anti-Stress-Verordnung⁴⁹, deren Nutzen sowohl auf politischer Ebene⁵⁰ als auch in der juristischen Literatur diskutiert wurde.⁵¹ Eine solche Verordnung könnte auf Grundlage von § 18 ArbSchG

40 Halder, GewArch 2009, 189; Falder, NZA 2010, 1150; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052; Stoppkotte/Stiel, AiB 2011, 423, 425; Baunack, AiB 2012, 500; Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765, 768; v.Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178; Oberthür, NZA 2013, 246; Schlegel, NZA-Beil. 2014, 16, 19 ff.

41 Schwemmler/Wedde, Digitale Arbeit in Deutschland, Bonn 2012, S. 53 ff.; Wedde, in: Fricke (Hrsg.), Zukunft der Industriegesellschaft, Jahrbuch Arbeit und Technik 1996, Bonn 1996, S. 209, 215; Halder, GewArch 2009, 189; Falder, NZA 2010, 1150; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052; Stoppkotte/Stiel, AiB 2011, 423, 425; Baunack, AiB 2012, 500; Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765, 768; v.Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178; Oberthür, NZA 2013, 246; Schlegel, NZA-Beil. 2014, 16, 19 ff.

42 Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, 3. Aufl., München 2014, § 2 Rn. 48 f.; Müller-Glöge, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, Schuldrecht Besonderer Teil II, 6. Aufl., München 2012 (im Folgenden: MüKoBGB), § 611 Rn. 564; Linck, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl., München 2015, § 45 Rn. 50 ff.; Kaiser, in: Richardi/Dörner/Weber (Hrsg.), Personalvertretungsrecht, 4. Aufl., München 2012, § 75 Rn. 245; Kock, in: Rolfs et al., Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 40. Ed. Stand: 1.6.2016 (im Folgenden: Beck OK Arbeitsrecht), § 2 Rn. 10; Wank, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., München 2016 (im Folgenden: ErfK), § 2 ArbZG Rn. 30.

43 Dies berücksichtigt bspw. auch Falder, NZA 2010, 1150, 1155 ff.; Vogt, BB 2010, 2299; Schröter, in: Rump/Schabel/Grabmeier (Hrsg.), Auf dem Weg in die Organisation 2.0, Sternenfels 2011, S. 204 ff.

44 Dazu Falder, NZA 2010, 1150, 1151; Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757; Stoppkotte/Stiel, AiB 2011, 423; Tamm, ZIPR 2011, 67; v.Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178.

45 Halder, GewArch 2009, 189; Stoppkotte/Stiel, AiB 2011, 423; v.Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178.

46 Falder, NZA 2010, 1150, 1151; Podewils, AuR 2013, 293.

47 Falder, NZA 2010, 1150, 1154.

48 Falder, NZA 2010, 1150, 1154; v.Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178, 179.

49 IG Metall Vorstand, Anti-Stress-Verordnung – Eine Initiative der IG Metall, Frankfurt aM. 2012, abrufbar unter https://www.igmetall.de/docs_0188530_Anti_Stress_Verordnung_ab6297762b343f1ce2cf2275345a3e1b648a983d.pdf (14.6.2016).

50 Vgl. dazu den Antrag der SPD-Fraktion vom 19.3.2013, BT-Drs. 17/12818, S. 10, wo auch der Begriff der »digitalen Arbeit« aufgenommen wird, abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/12817/12818.pdf> (14.6.2016).

51 Schäfer/Schmidt/Stettes, Moderne Arbeitsmarktverfassung, Beiträge zur Ordnungspolitik aus dem Institut der Deutschen Wirtschaft Nr. 66, Köln 2014, 3.5.; Neufeld, BB 2012, 1791; Reusch, AiB 2012, 495; Wittig-Goetz, BPUVZ 2013, 504; Sasse, BB 2013, 1717; S. auch die Diskussion zwischen Bauer (contra) und Klebe (pro), NZA 2013, 827, 831; Stowasser, AuA 2013, 648; ders., BB 9/2013, Die erste Seite; Lützelner, BB 2014, 309; Kulemann, Gute Arbeit 3/2014, 8–13; Reusch, Gute Arbeit 6/2014, 7–9.

erlassen werden. Hier geht es darum, den Arbeitnehmer vor Gefährdungen durch arbeitsbedingte psychische Belastungen zu schützen. Gemeint sind also präventive Mittel, die der Arbeitgeber zu ergreifen hat, um bereits die Entstehung von psychischer Belastung zu vermeiden. In § 7 des Entwurfs (Beurteilungskriterien und Gestaltungsmaßgaben bezüglich der Arbeitsorganisation) heißt es insbesondere in Abs. 6:

»Der Arbeitsrhythmus (>pattern of work<) muss eine gesundheitszuträgliche und sozial ausgewogene Aufeinanderfolge von Arbeitszeit und Freizeit ermöglichen (keine permanente Erreichbarkeit durch moderne Kommunikationsmittel, Rufbereitschaft, Dienstreisen).«⁵²

Gefordert wird eine organisatorische Arbeitsgestaltung, die eine eindeutige Trennung von Arbeitszeit und Freizeit ermöglicht.⁵³ Es soll eine biologische oder soziale Desynchronisation durch flexible Arbeitszeitsysteme vermieden werden.⁵⁴

b) Größere Mobilität

Öfter noch führt die Recherche zum Thema Digitalisierung der Arbeitswelt zu den Begriffen »Home Office« und »Telearbeit« als eine neuere Arbeitsform.⁵⁵ »Erst mit der Digitalisierung der Informations- und Kommunikationstechniken [...] wurde Telearbeit in größerem Umfang überhaupt technisch möglich«, stellte *Marita Körner* schon zutreffend vor nunmehr 17 Jahren fest.⁵⁶ Die Literatur zur Telearbeit ist umfassend und reicht zeitlich bis in die 1980er Jahre zurück.⁵⁷ Auch in dieser Diskussion hinterlassen die tatsächlichen Veränderungen Spuren. Aktueller noch als Telearbeit ist der Begriff des »Mobile Office«. Im Gegensatz zum »Home Office« kann hierbei aufgrund des technischen Fortschritts die Arbeitsleistung gänzlich unabhängig von einem festen Arbeitsplatz erbracht werden.⁵⁸ Dies hat Konsequenzen auch für den richtigen rechtlichen Rahmen: »Die Virtualisierung der Arbeitsbeziehungen mit ihrem Paradigma Telearbeit« führt nach *Ulrich Preis* zu »lösungsbedürftige[n] Rechtsfragen [...] im Arbeitsvertragsrecht (Arbeitnehmerstatus, Direktionsrecht, Haftung, Zugang zum Heimarbeitsplatz)«. ⁵⁹

■ **Direktionsrecht und Telearbeit:** Die Verlagerung der Leistungserbringung – ganz oder teilweise – in den privaten Bereich des Arbeitnehmers hat zur Folge, dass das Direktionsrecht, welches üblicherweise durch das gesprochene Wort ausgeübt wird, einem erweiterten Verständnis als »digitalisiert« ausgeübtes Direktionsrecht⁶⁰ unterliegt. Die Nutzung moderner Kommunikationsmittel wirkt sich somit nicht allein auf die Arbeitserbringung des Arbeitnehmers aus, sondern hat zugleich Einfluss

auf die Art und Weise der Ausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber, dessen Weisungen inhaltlich häufig detaillierter ausgestaltet sein werden, als dies bei einem herkömmlichen Direktionsrecht der Fall ist.⁶¹ Gleichzeitig wird das örtliche Weisungsrecht des Arbeitgebers aufgrund der örtlichen Ungebundenheit des Arbeitnehmers stark aufgeweicht.⁶²

■ **Haftung und Telearbeit:** Mit der örtlichen Verlagerung der Telearbeit in den privaten Bereich des Arbeitnehmers geht zugleich eine Verlagerung der Schadensfälle in den privaten Bereich des Arbeitnehmers einher, womit zugleich zusätzliche Risiken verbunden sind, etwa durch Einbruchsfälle oder Zugriffsmöglichkeiten Dritter auf betriebliche Daten.⁶³ Klärungsbedürftig ist in der Folge, in welchen Fällen der Arbeitnehmer bzw. der Arbeitgeber haftet und inwieweit es einer Anpassung der allgemein geltenden Grundsätze bedarf und wann Dritte, bspw. Lebenspartner oder Familienangehörige, haftungsrechtlich herangezogen werden können.⁶⁴

■ **Zugang zum Heimarbeitsplatz und Telearbeit:** Problematisch ist weiter, dass den Betriebsrat gem. § 80 Absatz 1 Nr. 1 BetrVG eine Überwachungspflicht trifft, die sich

52 IG Metall Vorstand, Anti-Stress-Verordnung (Fn. 49).

53 Vgl. dazu auch § 8 Nr. 2 des Entwurfs.

54 § 10 Abs. 4 Nr. 6 des Entwurfs.

55 Vgl. bspw. *Wedde*, RDV 1996, 5; *ders.*, NJW 1999, 527; *Linnenkohl*, BB 1998, 45; *Wank*, NZA 1999, 225; *Jäckel/Lorig*, in: Winterfeld/Goderhardt/Reschner (Hrsg.), Die Zukunft der Arbeit, Berlin 2011, S. 131, 135 ff.; *Weddige et al.*, Mobile Arbeit: Das allmähliche Verschwinden der Trennung von Arbeit und Freizeit, Oberhausen 2005, abrufbar unter https://demobib.de/cweb/cgi-bin-no-auth/cache/VAL_BLOB/790/790/291/tbs_brosch_mob_arb.pdf (14.6.2016).

56 *Körner*, NZA 1999, 1190.

57 Vgl. bspw. bereits *Müllner*, Privatisierung des Arbeitsplatzes – Chancen, Risiken u. rechtliche Gestaltbarkeit d. Telearbeit, Stuttgart ua. 1985; *Wedde*, Telearbeit und Arbeitsrecht, Köln 1986 (zugl. Bremen, Univ., Diss. 1986); *Kilian/Borsum/Hoffmeister*, Telearbeit und Arbeitsrecht, Bonn 1986; *Kappus*, Rechtsfragen der Telearbeit, Heidelberg 1986; *Maciejewski*, Telearbeit – ein neues Berufsfeld mit Zukunft, Heidelberg 1987; *Lenk*, Telearbeit, Berlin 1989; *Borsum/Hoffmeister/Kilian*, NZA 1987, 401; *Simon/Kuhne*, BB 1987, 201; *Kappus/Lenk*, CR 1988, 251 ff.

58 Zu den damit verbundenen Anforderungen an das »Mobile Office« *Obertür*, NZA 2013, 246.

59 *Preis*, NZA 2009, 9, 12.

60 *Popp*, BB 1997, 1790, 1791.

61 Vgl. dazu *Popp*, BB 1997, 1790, 1791 f.

62 Zur Unterscheidung zwischen örtlichem/zeitlichem/fachlichem Weisungsrecht i.Rd. ausschließlich externen/alternierenden Telearbeit vgl. *Wank*, NZA 1999, 225, 231 f.

63 So auch *Albrecht*, NZA 1996, 1240, 1245; *Körner*, NZA 1999, 1190, 1992.

64 *Albrecht*, NZA 1996, 1240, 1245; *Schaub*, BB 1998, 2106, 2109; *Wedde*, NJW 1999, 527, 530 ff.; *Körner*, NZA 1999, 1190, 1992; *Boenke*, BB 2000, 147, 152 f.

am Betriebsbegriff orientiert, der in seinem räumlich-funktionalen Verständnis auch den privaten Arbeitsbereich des Arbeitnehmers einschließt.⁶⁵ Gleichzeitig gerät Art. 13 GG in den Blick, der die Unverletzlichkeit der Wohnung gewährleistet. Zwar kann sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber nicht unmittelbar auf Grundrechte berufen, jedoch findet eine mittelbare Berücksichtigung von Art. 13 GG iRd. Geltendmachung der Rechte aus §§ 854 BGB statt.⁶⁶ Der Arbeitnehmer kann demnach grds. den Zutritt zu seiner Wohnung zur Wahrnehmung der Überwachungspflicht verweigern.⁶⁷ Tut er dies, so ist zu beachten, dass hierin eine Nebenpflichtverletzung zu sehen ist, die ggf. zu einer Kündigung führen kann.⁶⁸

Größere Mobilität wird durch den Einsatz moderner Kommunikationsmittel erreicht. Hier werden va. auch Mitwirkungsrechte des Betriebsrats zum Schutze des Arbeitnehmers relevant⁶⁹, aber auch die Frage, inwieweit der Betriebsrat einen Anspruch auf moderne Kommunikationsmittel hat.⁷⁰

Allgemein werden bei der Frage des »Home Office« bzw. »Mobile Office« insbesondere folgende Fragen erörtert: Gewährleistung des Gesundheitsschutzes⁷¹, in diesem Zusammenhang auch Rechte und Pflichten des Arbeitgebers und des Betriebsrats⁷², Versicherungsschutz⁷³ – all dies aber weniger unter dem Gesichtspunkt der Digitalisierung, auch wenn Digitalisierung diese Arbeitsformen erst möglich macht.

c) Neue Formen der Zusammenarbeit

Zurückhaltender reagiert der juristische Diskurs auf mögliche durch die Digitalisierung angestoßene neue Formen der Zusammenarbeit. Der Begriff des »Crowdworking« etwa existiert als juristischer Begriff nicht und wird von der Literatur bisher nicht aufgegriffen. Es wird als neue Arbeitsweise die Bildung von virtuellen Teams erkannt.⁷⁴ Im Zusammenhang mit der Digitalisierung tauchen hingegen Begriffe des »Cloudworking«, dessen Vereinbarkeit bspw. mit datenschutzrechtlichen Regelungen problematisiert wird⁷⁵, sowie »Lean Office«⁷⁶ auf. All dies bleibt jedoch vereinzelt.

Gleichwohl ist sehr früh in der Literatur die Tendenz erkannt worden, dass die technische Entwicklung und der Einsatz neuer Techniken dazu führen können, dass die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit und der Eingliederung im Betrieb als tragende Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs

aufgeweicht werden können.⁷⁷ Dieses Problem wurde bereits im Zusammenhang mit dem vergleichsweise neuen Phänomen der Telearbeit diskutiert.⁷⁸ Zum Arbeitnehmerbegriff findet sich umfassende Literatur, überwiegend in der Kommentierung der §§ 611 ff. BGB.⁷⁹ Bei der Suche nach einem neuen Arbeitnehmerbegriff oder -typen taucht die Digitalisierung jedoch wenn überhaupt, dann nur als Argument am Rande auf. Die grundlegende Habilitationsschrift *Rolf Wanks* von 1988 konnte hierauf noch ganz verzichten⁸⁰, in neueren Arbeiten ist die Digitalisierung nur ein Argument unter vielen. Exemplarisch heißt es aber etwa für den Rundfunkmitarbeiter in einem Beitrag schon von 1999:

»Die fortschreitende Digitalisierung der Produktionstechnik hat z. B. im Hörfunk zur Konsequenz, daß Redakteure an einer digitalen Audio-Work-Station selbst die Meldungen von Nachrichtenagenturen an ihrem Bildschirm auswerten, digitalisiertes Archivmaterial in ihren Bericht kopieren, Schnitte vornehmen u. v. m., was früher teilweise von Technikern und Aufnahmeleitern vorgenommen wurde. Das programmgestaltende Element bleibt dann aber gleichwohl noch prägend, denn das BAG geht davon aus, daß die Entwicklung im Medienbereich ohnehin dahin geht, daß Journalisten zunehmend

65 Wiese, RdA 2009, 344, 350.

66 Körner, NZA 1999, 1190, 1991.

67 Collardin (Fn. 39), S. 84; Albrecht, NZA 1996, 1240, 1245; Wank, Telearbeit, Heidelberg 1997, Rn. 437 ff.; Boemke/Föhr, Arbeitsformen der Zukunft, Heidelberg 1999, Rn. 192; Boemke, BB 2000, 147, 151; Wiese, RdA 2009, 344, 350.

68 Körner, NZA 1999, 1190, 1992.

69 Junker/Band/Feldmann, BB Beilage 10/2000, 14, 19 ff.; Baunack, AiB 2012, 500.

70 Schwemmler/Wedde (Fn. 41), S. 82 ff.; Klebe/Wedde, DB 1993, 1418; Junker/Band/Feldmann, BB Beilage 10/2000, 14; Besgen, NZA 2006, 959; Kramer, ArbRAktuell 2010, 362; Hunold, NZA-RR 2011, 57.

71 Hierzu Oberthür, NZA 2013, 246.

72 Albrecht, NZA 1996, 1240, 1245; Wiese, RdA 2009, 344, 350.

73 Dazu Jung, BPUVZ 2014, 43; Schur, jM 2014, 249.

74 Vgl. bspw. Arndt-Fabian, in: Rump/Schabel/Grabmeier (Fn. 43), S. 176 ff.

75 Sie dazu bspw. Heidrich/Wegener, MMR 2010, 803; Splittgerber/Rockstroh, BB 2011, 2179; Kraska, ZD-Aktuell 2012, 30113; Taeger, ZD-Aktuell 2012, 03275; Pötters, NZA 2013, 1055.

76 Bspw. bei Linnenkohl, BB 1998, 45, 47.

77 Vgl. dazu bereits Linnenkohl, BB 1998, 45, 48; Haupt/Wollenschläger, NZA 2001, 289.

78 Vgl. Albrecht, NZA 1996, 1240, 1241; Wank, NZA 1999, 225; Boemke, BB 2000, 147, 148 f.

79 ErfK-Preis (Fn. 42), § 611 BGB, Rn. 43 ff.; MüKoBGB-Müller-Glöge (Fn. 42), § 611 BGB, Rn. 174 ff.; Fuchs, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2016, § 611, Rn. 31 f.; Mansel, in: Jauernig (Begr.), BGB, 16. Aufl., München 2015, § 611 Rn. 3.

80 Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988 (zugl. Köln, Univ., Habil. 1982/83).

auch technische Arbeiten übernehmen, die früher von Druckern, Setzern, Technikern und Schreibkräften wahrgenommen wurden«⁸¹.

Von der Diskussion erfasst sind auch die Auswirkungen auf den Betriebsbegriff infolge der sich immer mehr durchsetzenden »Any time, any place«-Matrix.⁸² Hier geht es darum, dass Aufgabenstellungen problem- bzw. projektbezogen und standortunabhängig, unter Hinzuziehung von Spezialisten gelöst werden, die ihrerseits nicht räumlich-organisatorisch in einen Betrieb eingegliedert werden, sondern allein durch die virtuelle Organisation mit dem Arbeitgeber verbunden sind.⁸³

Dies spiegelt sich in einer Suche danach, ob betriebsverfassungsrechtlich neue Anknüpfungspunkte gefunden werden müssen. Ulrich Preis schrieb schon vor nun 16 Jahren mahnend:

»Dringend überarbeitungsbedürftig sind ferner die Anknüpfungen arbeitsrechtlicher Regeln an die Grundbegriffe ›Arbeitsplatz, Betrieb, Unternehmen und Konzern‹. So stößt der verbreitete Betriebsbegriff an Grenzen, weil sich tatsächliche, wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen wesentlich verändert haben. Der Übergang von der Industriegesellschaft zur Dienstleistungsgesellschaft und die Virtualisierung von Betrieben im Zeitalter der modernen Kommunikationstechnik sind die signifikanten Eckpfeiler dieser Entwicklung. Das Dogma der Betriebsbezogenheit des Arbeitsrechts führt in nahezu allen individualarbeitsrechtlichen Fragen zu außerordentlichen Problemen und teilweise verfassungsrechtlich problematischen Entwicklungen.«⁸⁴

Ob dies in diesem Rigor zutrifft, mag dahingestellt sein – als juristisches Thema benannt ist die Entwicklung sehr wohl.⁸⁵ So verweisen etwa durchgehend die Dissertationen zu den 2001 neugeschaffenen Möglichkeiten der betriebsübergreifenden Betriebsräte nach § 3 BetrVG auf die Digitalisierung der Arbeitswelt als ein Grund für die Sinnhaftigkeit solcher Tarifverträge.⁸⁶

d) Neue Qualifikationserfordernisse

Auch in diesem Bereich fand lange Zeit keine Diskussion unter dem Gesichtspunkt der Digitalisierung der Arbeitswelt statt. Es wird jedoch in jüngerer Zeit erkannt, dass die technische Entwicklung und die zunehmende Virtualität der Arbeit dauerhafte Anpassungserfordernisse der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zur Folge haben.⁸⁷ Diese müssen in der Lage sein, sich an ständig wechselnde Rahmenbedingungen anzupassen, wobei fachliche Kompetenz sowie sog. Schlüsselkompetenzen die Basis der *Employability* bilden.⁸⁸

Zu juristischen Folgerungen hat dies bislang freilich nicht geführt. Es existiert umfassende Rechtsprechung und Literatur zur Rückzahlung von Fortbildungskosten – nicht beschränkt auf den Kontext der Digitalisierung.⁸⁹

e) Neue Gestaltung von Arbeitsplätzen

Die zunehmende Nutzung von Computern und Notebooks am Arbeitsplatz erfordert eine entsprechende Anpassung des Arbeitsplatzes an die daraus erwachsenen Bedürfnisse der Arbeitnehmer.⁹⁰ Diesem Gesichtspunkt widmet sich beispielsweise die Bildschirmarbeitsverordnung (BildscharbV)⁹¹. Es existiert zudem eine Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV)⁹². Soweit es um die Erbringung der Arbeitsleistung im Rahmen eines sog. »Mobile Office« geht, finden beide Verordnungen nur begrenzt Anwendung. Hier kommt es auf allgemeine arbeitsschutzrechtliche Regelungen an.⁹³ Auch die Literatur greift diesen Aspekt, wenn auch nicht explizit unter dem Gesichtspunkt der Digitalisierung, auf.⁹⁴ So wird die Reiz- und Informationsüberflutung, die durch den

81 Niepalla, ZUM 1999, 353, 355.

82 Linnenkohl, BB 1998, 45, 48.

83 Vgl. dazu Linnenkohl, BB 1998, 45, 47.

84 Preis, NZA 2000, 9, 12.

85 van Haaren, in: Dengel/Schröter (Hrsg.), Flexibilisierung der Arbeitskultur – Infrastrukturen der Arbeit im 21. Jahrhundert, Mössingen-Talheim 1997, S. 98 ff.; dazu auch bereits Kappus, NJW 1984, 2384, 2389; Wedde, in: Fricke (Fn. 41), S. 209, 215; Linnenkohl, BB 1998, 45, 47 f.

86 S. bereits die von mir betreute Dissertation von Utermarck, Die Organisation der Betriebsverfassung als Verhandlungsgegenstand, Vereinbarungslösungen nach § 3 BetrVG, Frankfurt aM. 2005 (zugl. Hamburg, BLS, Diss. 2004); ebenso Rolf, Unternehmensübergreifende Betriebsratsstruktur nach § 3 BetrVG, Lohmar ua. 2003 (zugl. Mannheim, Univ., Diss. 2003); Schmiege, Betriebsverfassungsrechtliche Organisationsstrukturen durch Tarifvertrag, Berlin 2007 (zugl. Regensburg, Univ., Diss. 2004/05); Teusch, Die Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag, Berlin 2007 (zugl. Potsdam, Univ., Diss. 2006).

87 Rump, in: Winterfeld/Godehardt/Reschner, Die Zukunft der Arbeit, Berlin 2011, S. 37, 45 ff.; Röns, NZS 2014, 534, 536.

88 Rump, in: Winterfeld/Godehardt/Reschner (Fn. 87), S. 37, 46.

89 ErfK-Preis (Fn. 42), § 611 Rn. 436 ff.; Beck OK Arbeitsrecht-Joussen (Fn. 42), § 611 BGB Rn. 201 ff.; Elking, BB 2014, 885.

90 Jüngst Kohte, NZA 2015, 1417; vor 20 Jahren bereits Wedde, in: Fricke (Fn. 41), S. 209, 215; S. auch Lambrach/Prümer, RdA 2014, 345.

91 Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit an Bildschirmgeräten (BildscharbV) v. 4.12.1996, BGBl. I, 1843, zuletzt geändert durch Art. 7 der Verordnung v. 18.12.2008, BGBl. I, 2768.

92 Verordnung über Arbeitsstätten (ArbStättV) v. 12.8.2004, BGBl. I, 2179, zuletzt geändert durch Art. 4 der Verordnung v. 19.7.2010, BGBl. I, 960.

93 Schwemmler/Wedde (Fn. 41), S. 78; Oberthür, NZA 2013, 246, 247.

94 Aligbe, ArbRAktuell 2012, 396; Oberthür, NZA 2013, 246, 248; vgl. aber auch Schwemmler/Wedde (Fn. 41), S. 56 ff., wo explizit auf die Bedingungen digitaler Arbeit eingegangen wird.

Einsatz neuer Medien entstehen kann, als wesentlicher Faktor für die Entstehung psychischer Krankheiten benannt.⁹⁵

f) Potential stärkerer Überwachung

Gerade in jüngster Zeit findet eine weitere Folge der Digitalisierung intensivste juristische Beachtung: das Potential engmaschigerer Überwachung. Die Gefahren in Bezug auf datenschutzrechtliche Aspekte wurden in der Literatur schon sehr früh erkannt und umfangreich dargestellt.⁹⁶ Bereits 1996 findet sich ein Beitrag von *Wedde*, in dem es heißt: »Neben dem Verlust oder dem Leerlaufen klassischer arbeitsrechtlicher Regelungen wiegen aber auch die absehbaren Eingriffe in Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer schwer, die sich als Folge des Kontrollpotentials der neuen Techniken ergeben.«⁹⁷ Der technische Fortschritt sowie der vereinfachte Zugang zur entsprechenden Technik verleitet zu vermehrtem Einsatz von Videokameras zur Überwachung von Arbeitnehmern. Hier findet sich zahlreiche Rechtsprechung und Aufarbeitung in der Literatur, die sich mit der Zulässigkeit und den Grenzen der Videoüberwachung im Arbeitsverhältnis auseinandersetzt.⁹⁸ Aktuell ist die Diskussion um ein etwaiges Verwertungsverbot infolge einer rechtswidrigen Überwachung.⁹⁹ Auf der anderen Seite bergen neue Arbeitsformen, beispielsweise die Verwendung einer »Computer Cloud«, Risiken in Bezug auf die Sicherheit der Arbeitnehmerdaten.¹⁰⁰ In diesem Zusammenhang taucht häufig das von *Wolfgang Däubler* etablierte Schlagwort einer Entwicklung hin zu einem »gläsernen Arbeitnehmer« auf.¹⁰¹ Beispiele illustrieren die Diskussion anschaulich:

■ Klar dominierender Schwerpunkt ist Rechtsprechung und Literatur zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.¹⁰² Sehr früh hatte das BAG einen extensiven Maßstab an die Auslegung dieser Vorschrift gelegt und bereits als ausreichend erachtet, wenn die technische Vorrichtung zur Überwachung *geeignet* ist. Nicht erforderlich ist somit, dass der Arbeitgeber die Überwachung mit der technischen Vorrichtung tatsächlich bezweckt.¹⁰³ Dies führt zu einem sehr weiten Anwendungsbereich des Mitbestimmungstatbestands, der im Rahmen »digitaler Arbeit« in den meisten Fällen zu beachten sein wird. Rechtsprechung in diesem Zusammenhang ist zahlreich, allein das BAG befasste sich in den letzten zehn Jahren nach juris acht Mal mit dieser Problematik.

Die neuen Möglichkeiten der Digitalisierung werden anschaulich etwa in der Diskussion um die *Ortung von Arbeitnehmern*. So ist etwa bei der inzwischen weit verbreiteten Handynutzung im Arbeitsverhältnis eine Ortung des Handys möglich, ohne dass der Betroffene davon Kenntnis erlangt. Die Rechtmäßigkeit einer solchen Ortung hängt jedoch davon ab, ob der Arbeitnehmer in eine solche Handy-Ortung eingewilligt hat.¹⁰⁴ Erfolgt eine Ortung ohne eine solche Einwilligung, so führt dies jedenfalls zu einem Beweisverwertungsverbot.¹⁰⁵ Zweifellos muss aber sicher gestellt

95 *Roth/Jänisch*, BG 2009, 56, 57; vgl. dazu auch zum Entwurf einer Anti-Stress Verordnung *Siegrist*, in: IG Metall Vorstand, Anti-Stress-Verordnung (Fn. 49), S. 43.

96 *Wedde*, in: Fricke (Fn. 41), S. 209, 215; *Thüsing/Forst*, in: Thüsing (Hrsg.), Beschäftigtendatenschutz und Compliance, 2. Aufl., München 2014, § 12; *Elschner*, in: Hoeren/Sieber/Holzengel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 42. EL, München 2015 (im Folgenden: Hoeren/Sieber/Holzengel), Teil 22.1: Elektronische Arbeitnehmerüberwachung; *Tinnefeld*, MMR 2001, 797; *Tiedemann*, K&R 2004, 63; *Gola*, NZA 2007, 1139; *Strück*, ArbRAktuell 2014, 163.

97 *Wedde*, in: Fricke (Fn. 41), S. 209, 215.

98 *Pötters*, in: Thüsing, Beschäftigtendatenschutz und Compliance (Fn. 96), § 11; *Schanksler/Bauer*, NJW 2012, 3537; *Bergwitz*, NZA 2012, 1205; *Maschmann*, NZA-Beil. 2012, 50; *Zida/Grau*, ZIP 2012, 504; *Byers/Pracka*, BB 2013, 760; *Thüsing*, BB Die erste Seite 5/2013; *Greve/Schulze*, ArbRAktuell 2014, 245.

99 *Schlewing*, NZA 2004, 1071; *Lunk*, NZA 2009, 457; *Dzida/Grau*, NZA 2010, 1201; *Bergwitz*, NZA 2012, 353; *Lipinski*, BB 2013, 125; *Morgenroth*, NZA 2014, 408.

100 *Haag*, in: Leopold/Glossner (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl., München 2013, Teil 4. Cloud Computing Rn. 37 ff.; *Thüsing/Pötters*, in: Thüsing, Beschäftigtendatenschutz und Compliance (Fn. 96), § 15 Rn. 7 ff.; *Koehler/Gaul*, BB 2011, 2229; *Wagner/Blaufuß*, BB 2012, 1751; *Kraska*, ZD-Aktuell 2012, 30113; *Taeger*, ZD-Aktuell 2012, 03275; *Pötters*, NZA 2013, 1055; *von Reden/Schuppert*, ZD 2013, 210; *Hannes*, ZUM 2014, 1.

101 Grundlegend *Däubler*, Gläserne Belegschaften? Das Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 6. Aufl., Frankfurt aM. 2015; *Wächter*, Datenschutz im Unternehmen, 4. Aufl., München 2014, Rn. 888; *Meyer*, K&R 2009, 14; *Göpfert/Wilke*, NZA 2012, 765, 766 ff.; *Gola*, ZD 2012, 308; *Vogt*, BB 2014, 245 ff., insb. 245; *Wächter*, jM 2014, 65.

102 BAG, 9.9.1975 – 1 ABR 20/74 – DB 1975, 2233; BAG, 6.12.1983 – 1 ABR 43/81 – DB 1984, 775; BAG, 23.4.1985 – DB 1985, 1898; ErfK-Kania (Fn. 42), § 87 Rn. 48 ff.; *Wiese*, in: Wiese et al. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 10. Aufl., Köln 2014 (im Folgenden: GK-BetrVG), § 87 BetrVG Rn. 507; *Fitting* (Begr.), BetrVG, Handkommentar, 28. Aufl., München 2016 (im Folgenden: *Fitting*), § 87 Rn. 226 mwN.

103 Vgl. etwa unter Zugrundelegung einer extensiven Auslegung der Norm bereits BAG, 9.9.1975 – 1 ABR 20/74 – DB 1975, 2233; BAG, 6.12.1983 – 1 ABR 43/81 – DB 1984, 775; GK-BetrVG-Wiese (Fn. 102), § 87 BetrVG Rn. 507; *Fitting* (Fn. 102), § 87 Rn. 226 mwN.; S. dazu auch *Albrecht*, NZA 1996, 1240, 1244.

104 *Mengel*, Compliance und Arbeitsrecht, München 2009, Kap. 7 Rn. 51 ff.; *Thüsing/Forst*, in: Thüsing, Beschäftigtendatenschutz und Compliance (Fn. 96), § 12 Rn. 32 ff.; *Oberwetter*, NZA 2008, 609, 612; *Meyer*, K&R 2009, 14, 20.

105 *Gola/Wronka*, Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz, Heidelberg ua. 2013, Rn. 761 ff.; *Oberwetter*, NZA 2008, 609, 612.

sein, dass der private Lebensbereich des Arbeitnehmers durch solche Maßnahmen nicht erfasst wird.¹⁰⁶

- Teilweise wurden bereits im Zusammenhang mit der *Telearbeit* datenschutzrechtliche Fragen aufgeworfen, insb. wird die Gewährleistung der Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 9 BDSG diskutiert.¹⁰⁷ Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu treffen, um die Ausführung der Vorschriften des Gesetzes zu gewährleisten. Dies gestaltet sich jedoch insofern als schwierig, als der Arbeitgeber nicht ohne Weiteres Zugang zum privaten Arbeitsplatz des Arbeitnehmers hat und die Überprüfung der erforderlichen Sicherheitsstandards jedenfalls mit einem erhöhten Aufwand verbunden ist.¹⁰⁸

III. Perspektiven politischen Handelns

1. Digitalisierung und Erreichbarkeit: Aggiornamento des Arbeitszeitgesetzes

Wie aber auf die Herausforderungen der Digitalisierung reagieren? Der Ruf nach dem Gesetzgeber wird hier sehr schnell laut, doch ist er wirklich gefordert? Eine Änderung der Gesetze verlangt zunächst eine genauere Betrachtung des *Status quo*. Nur wenn sich hier Probleme zeigen, kann eine gesetzliche Änderung erwogen werden, die aber auch nur dann effektiv sein kann, wenn sie der digitalisierten Wirklichkeit Tribut zollt.

a) Ansätze gesetzgeberischer Präzisierung

Das Arbeitszeitgesetz unterscheidet streng zwischen Arbeitszeiten und Ruhezeiten. Bestimmt wird dies durch die unionsrechtliche Richtlinie 2003/88/EG. Ein rechtlicher Graubereich zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit besteht nicht. Als Maßstab gilt dabei der Art. 2 Nr. 1 der RL 2003/88/EG – Arbeitszeit ist die Zeitspanne, in der der Arbeitnehmer arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausführt. Ruhezeit ist dagegen die Zeit, in der gerade nicht gearbeitet wird.¹⁰⁹ Doch wie sind diese Kriterien voneinander abzugrenzen?

Maßgeblich sollen in diesem Bereich die weiteren Umstände der Tätigkeit sein. Kernpunkt ist hier die Bestimmung, wie viel rein privat nutzbare Zeit und Freiheiten dem Arbeitnehmer zur Verfügung stehen. Überwiegen

diese gegenüber den Eingrenzungen durch den Arbeitgeber (wie bei der Rufbereitschaft), so ist die Ruhezeit vorliegend, bei Gleichheit oder Überwiegen der Pflichten für den Arbeitgeber (wie bei Bereitschaftsdienst), dann ist Arbeitszeit vorliegend. Entscheidendes Kriterium zur Bejahung des Vorliegens von Arbeitszeit ist demnach gerade nicht die Vornahme einer bestimmten Tätigkeit, sondern bereits die Einschränkung der Freiheit des Arbeitnehmers durch Aufenthalt an einer bestimmten Stelle¹¹⁰, um in einem hypothetischen Fall die Tätigkeit aufnehmen zu können.

Der Gesetzgeber hat dies dagegen nicht näher präzisiert. Wohl aus guten Gründen: Die Rechtsprechung ist gut damit gefahren, durch eine wertende Betrachtung die Abgrenzung von Arbeitszeit und Freizeit (Ruhezeit) vorzunehmen. Gerade in dem dargelegten Graubereich sind diese Ergebnisse weitaus passgenauer, als es ein Gesetz je sein könnte. Zurückhaltung ist demnach geboten. Dennoch sind punktuelle Eingriffe des Gesetzgebers durchaus möglich. So wäre beispielsweise eine Klarstellung wünschenswert, dass Ruhezeit im Sinne des § 5 ArbZG strikt von der Arbeitszeit zu trennen ist und negativ definiert werden muss. Eine entsprechende Definition könnte in § 2 ArbZG den Begriffsbestimmungen hinzugefügt werden. Gleiches gilt auch für Bereitschaftsdienste (nach der Rechtsprechung als Arbeitszeit anzusehen¹¹¹) und Rufbereitschaft (nach der Rechtsprechung als Freizeit anzusehen¹¹²). Hier sollten sowohl eine entsprechende Definition eingefügt werden als auch die formellen Voraussetzungen geregelt werden. Dies wäre aber allein eine Festschreibung des Status quo. Neue gesetzliche Regelungen sind entbehrlich.

Weitere gesetzliche Regelungen scheinen sinnvoll. So sollte beispielsweise explizit eine Regelung aufgenommen werden, wonach geringfügige Unterbrechungen der Arbeitszeit der Ruhezeit nach § 5 ArbZG nicht entgegenstehen, und insbesondere bestimmt werden, was eine geringfügige Unterbrechung ist und was nicht. Zwar besteht

¹⁰⁶ Gola/Wronka (Fn. 105), Rn. 790 ff.

¹⁰⁷ Wedde, DUD 1998, 576; ders., NJW 1999, 527, 533; Körner, NZA 1999, 1190; Boemke/Ankersen, BB 2000, 1570; Wiese, RdA 2009, 344.

¹⁰⁸ So auch Wedde, NJW 1999, 527, 534.

¹⁰⁹ Das BAG bezeichnet Ruhezeit als die Zeit zwischen dem Ende der AZ eines Arbeitstages und ihrem Wiederbeginn am nächsten Arbeitstag; BAG, 23.11.1960 – 4 AZR 257/59 – AP Nr. 6 zu § 12 AZO.

¹¹⁰ BAG, 18.2.2003 – 1 ABR 2/02 – AP Nr. 12 zu § 611 BGB Arbeitsbereitschaft.

¹¹¹ EuGH, 3.10.2000 – C-303/98 – Slg. 2000, I-7963 (SIMAP); EuGH, 9.9.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jäger).

¹¹² EuGH, 3.10.2000 – C-303/98 – Slg. 2000, I-7963 (SIMAP), Rn. 50.

dann die Gefahr des »Herantastens« durch den Arbeitgeber, um diese Lücke möglichst effektiv zu nutzen. Dennoch wäre ein Gewinn an Rechtsklarheit hier wünschenswert.¹¹³

b) Möglichkeit nicht-gesetzgeberischer Impulse

Der Befund ist also eindeutig, nicht die gesetzlichen Regelungen sind problematisch oder nicht mehr passgenau für die digitalisierte und flexibilisierte Arbeitswelt. Ein Verbot, dienstliche Gespräche oder E-Mails in der Freizeit zu führen oder aber zumindest fortlaufend »stand-by« zu sein, ist ebenso wenig wirksam wie eine restriktive Anwendung des Arbeitszeitgesetzes, die dazu führt, dass nach jeder dienstlichen Tätigkeit in der Freizeit die notwendige Mindestruhedauer von 11 Stunden nach § 5 Abs. 1 ArbZG (bzw. verkürzt nach § 5 Abs. 2 ArbZG) einzuhalten ist. Eine solche Aussage darf aber auch nicht insoweit missverstanden werden, als dass die ständige Erreichbarkeit und Arbeit außerhalb der Arbeit als Bagatelle anzusehen sind. Hier gilt es Augenmaß walten zu lassen, da ansonsten ein Missbrauch einer zu liberalen Regelung droht.

Anzusetzen ist dabei also weniger an den Begriffen Arbeitszeit und Ruhezeit – die durch die Rechtsprechung hinreichend konkretisiert sind – als an den technischen Möglichkeiten an sich. Hier bieten sich zahlreiche Möglichkeiten, aus der ständigen Erreichbarkeit und den damit verbundenen technischen Möglichkeiten nicht nur eine Belastung, sondern gleichsam einen Schutz des Arbeitnehmers herzuleiten. Warum nicht also – datenschutzrechtliche Erwägungen seien an dieser Stelle einmal außen vor gelassen – eine strikte technische Trennung zwischen privaten und dienstlichen Telefonaten oder aber privaten und dienstlichen Mails etc.? Dies beseitigt zwar nicht die ständige Erreichbarkeit, führt aber dazu, dass die Arbeitszeit stets als Arbeitszeit anzusehen ist (mit den entsprechenden Folgen wie Vergütungspflicht etc.) und eben nicht zusätzlich erbracht wird. Zudem ermöglicht dies auch eine Kontrolle, wann die für die Bejahung von Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes notwendige Quantität der Unterbrechung der Ruhezeit erreicht ist.

Arbeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes muss damit nicht zwingend mit der zu vergütenden Arbeit gleichzusetzen sein. Denkbar ist bspw. eine Vergütungspflicht generell zu bejahen (da unentgeltliche zusätzliche Arbeit verhindert werden soll) und andererseits aber die Restriktionen des Arbeitszeitgesetzes erst ab einer bestimmten Quantitäts-

oder Qualitätsschwelle greifen zu lassen. Denkbar ist das durchaus, ein Zusammenspiel dieser beiden Begrifflichkeiten ist nicht zwingend. Auch technisch weist eine solche Regelung keine größeren Bedenken auf: So könnten beispielsweise Mobiltelefone mit einem speziellen Knopf für Dienstgespräche versehen werden, der die Klassifizierung der Anrufe etc. als dienstlich oder privat ermöglicht. Ebenso könnte dies durch entsprechende Apps erreicht werden, die eben auch hieran anknüpfen und eine Klassifizierung der Handynutzung ermöglichen.¹¹⁴ Zwar ist dann immer noch ein Missbrauch möglich, dennoch wird die Überwachung deutlich erleichtert. Die technischen Möglichkeiten sind als Chance und nicht zwingend als Ärgernis zu begreifen. So kann dann bspw. auch eine genauere und fairere Bezahlung für eben die Zeiträume der durch die Digitalisierung herbeigeführten Arbeitszeiten, so sie denn vom Arbeitgeber initiiert werden, erreicht werden. Denkbar sind damit beispielsweise pauschale Zuschläge oder andere Bonifikationsmodelle. Der Schutz der Arbeitnehmer bleibt in dieser Konstellation weiterhin gewahrt. Ihre Freizeit wird nicht etwa abgekauft; vielmehr besteht weiterhin das Arbeitszeitgesetz als Korrektiv. Wenn Arbeitszeit im Sinne dieses – nach der hier vertretenen Ansicht weit auszulegenden – Gesetzes vorliegt, so greifen dann dessen entsprechende arbeitnehmerschützende Vorgaben.

Und dennoch mag es Fälle geben, bei denen all dies nichts nützt, bei denen also komplett auf die Handynutzung verzichtet werden muss. Auch hierfür finden sich aber praktische Beispiele. So ist es möglich, spezielle Firmenserver einzurichten, zu denen eine Verbindung nur während der üblichen Geschäftszeiten nicht aber außerhalb aufgebaut werden kann. So wird dem selbstaufgelegten Druck entgegengewirkt, stets erreichbar zu sein. Eine solche Maßnahme zum Schutz der Arbeitnehmer vor sich selbst ist immer dort denkbar, wo andere Regelungen nicht mehr greifen und wo Verstöße nicht hinreichend sicher festgestellt und geahndet werden können. Auch hierfür ist aber nicht der Gesetzgeber, sondern sind die Tarifvertragsparteien und betrieblichen Interessenvertretungen zuständig.

¹¹³ Zum aktuellen Recht *Anzinger/Koberski*, Kommentar zum ArbZG, 4. Aufl., Frankfurt aM. 2014, § 2 ArbZG Rn. 56, § 5 ArbZG Rn. 13; *Baack/Deutsch* (Fn. 42), § 5 Rn. 14.

¹¹⁴ Ein Vorbild könnte hier eine US-amerikanische Initiative sein, S. U.S. Department of Labor, <https://www.dol.gov/whd/pdf/timesheetApp.pdf> (14.6.2016).

2. Digitalisierung und Mobilität: Aus den Möglichkeiten werden Rechte

Die Digitalisierung der Kommunikationsstrukturen macht es möglich, dass jeder Arbeitnehmer eines Betriebs, der auf bestimmte Dateien zugreifen muss, jederzeit und überall vom Notebook, von einem PC, von einem Mobiltelefon oder von jedem anderen internetfähigen Gerät aus auf die Dateien zugreifen kann. Diese Möglichkeiten führen nicht nur zu mehr Freiheiten des Arbeitnehmers in Form von Mobilität, sondern können dem Arbeitnehmer auch zu mehr Rechten verhelfen. So kann eine gesetzliche Regelung zu einem Recht des Arbeitnehmers auf Telearbeit zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf führen. Die Telearbeit beschränkt sich hierbei nicht nur auf ein Arbeiten von zu Hause aus, sondern kann sich auch auf ein mobiles Arbeiten von jedem Ort aus beziehen. Dies ist insbesondere auch durch die Digitalisierung in Form des Cloudworkings keine Unmöglichkeit mehr. Die Mobilität kann zudem eine höhere Selbstbestimmung des Arbeitnehmers in Hinblick auf die Lage der Arbeitszeit begründen. Solche Rechte können als Folge der Digitalisierung die Arbeitswelt flexibilisieren und nicht nur auf Arbeitnehmerseite Vorteile bringen, sondern auch auf Arbeitgeberseite, beispielsweise in Form von Kosteneinsparungen.

Ein Blick ins europäische Ausland zeigt, dass die Gesetzgeber in einigen Ländern auf die technischen Entwicklungen in der Arbeitswelt bereits reagiert und Arbeitnehmern zum Teil sogar gesetzlich ein Recht auf Telearbeit sowie auf die flexible Gestaltung der Arbeitszeit eingeräumt haben.¹¹⁵ Anlass für die gesetzliche Umsetzung war insbesondere die europäische Rahmenvereinbarung über die Telearbeit im Jahre 2012. Ungarn, Polen, Portugal, Slowenien und die Slowakei haben bereits gesetzliche Regelungen und sind diesbezüglich Vorreiter in der EU. Belgien, Frankreich und Luxemburg haben keine gesetzlichen Regelungen getroffen, aber haben branchenübergreifende Vereinbarungen durch nationale Verordnungen auf alle Arbeitnehmer ausgedehnt. In Großbritannien haben seit Ende Juni 2014 aufgrund des *Children and Families Act 2014* die Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch, einen Antrag beim Arbeitgeber auf Änderung der Arbeitszeiten sowie Telearbeit zu stellen.¹¹⁶ So hat jeder Arbeitnehmer, der mindestens 26 Wochen im Betrieb beschäftigt ist, einen Anspruch auf solch einen Antrag. Der Arbeitgeber muss sich angemessener Weise mit diesem

Antrag auseinandersetzen. Er kann einen Antrag ablehnen, wenn er einen berechtigten Grund hat. In Section 80 G des *Employment Rights Act 1996* sind Gründe aufgezählt, wann es gerechtfertigt ist, eine solche Anfrage abzulehnen. Dies sind überwiegend betriebliche Gründe, die einem solchen Recht entgegenstehen könnten. Großbritannien macht mit dieser gesetzlichen Änderung einen weiteren Schritt in Richtung der Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie.

a) Recht auf Telearbeit zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf

An solche Modelle kann angeknüpft werden: Gesetzgeberisch ist zwar ein Recht auf Telearbeit noch nicht umgesetzt worden, doch in vielen, insbesondere größeren, Unternehmen ist das Recht auf Telearbeit durch entsprechende Regelungen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen als familienfreundliche Form der Arbeitsorganisation mit aufgenommen.¹¹⁷ In dem Allgemeinen Tarifvertrag der Deutschen Bahn AG etwa haben die Tarifvertragsparteien ein Recht auf Telearbeit festgehalten. Sie führen als Gründe die bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf an ebenso wie eine Verbesserung der Arbeitsqualität und -produktivität. Im Haustarifvertrag von IBM findet man ebenfalls in § 3 den Regelungsinhalt, dass IBM Telearbeitsplätze anbiete, soweit betriebliche und wichtige persönliche Gründe nicht entgegenständen. Auch im Tarifvertrag der Deutschen Telekom AG findet sich in der Präambel Ausführungen zur Telearbeit: »[...] Mit diesen tarifvertraglichen Regelungen wird die Basis geschaffen, alternierende Telearbeit als Regelarbeitsform zu implementieren [...]«. Diese Aussage zeigt auch, dass die Telearbeit nicht mehr als eine besondere Erscheinungsform der Arbeitsorganisation, sondern als eine gleichwertige zu dem betrieblichen Arbeitsplatz anzusehen ist. Dies bestätigen auch Regelungen in Betriebsvereinbarungen vieler Großunternehmen wie Allianz, Bosch, Dresdner Bank und Siemens. Diese

115 Vgl. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Telework in the European Union*, Dublin 2010, S. 10 ff., abrufbar unter: http://csdle.lex.unict.it/Archive/LW/Data%20reports%20and%20studies/Reports%20and%20studies%20from%20EUROFOUND/20110606-124753_EUROFOUND_Telework_EU_Jan10pdf.pdf (14.6.2016).

116 <https://www.gov.uk/flexible-working> (14.6.2016).

117 Vgl. *Flüter-Hoffmann*, Familienfreundliche Regelungen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen (in Auftrag gegeben vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend), Berlin 2005, S. 27, abrufbar unter: <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung2/Pdf-Anlagen/familienfreundliche-regelungen,property=pdf.pdf> (14.6.2016).

haben die Telearbeit als Regelform eingeführt und hierzu auch Regelungen in ihren Betriebsvereinbarungen getroffen.¹¹⁸

Damit diese Flexibilität nicht nur Arbeitnehmern größerer Unternehmen möglich ist, kann die Telearbeit ähnlich wie eine Teilzeitbeschäftigung als Regelarbeitsform gesetzlich geregelt werden. Gedankliche Anlehnungen an § 8 TzBfG sind möglich. Gemäß § 8 Abs. 1 TzBfG kann ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, verlangen, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird. In Abs. 5 wird dies insoweit eingeschränkt, dass keine betrieblichen Gründe diesem Verlangen entgegenstehen dürfen. Die betrieblichen Gründe werden konkretisiert, dass diese insbesondere dann vorliegen, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßig hohe Kosten verursacht. Auch § 15 Abs. 7 BEEG spricht dem Arbeitnehmer unter anderem dann einen Anspruch auf Teilzeit zu, soweit dem Anspruch keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen.

Der Transfer leuchtet ein: Liegen keine betrieblichen Gründe vor, so kann dies nicht nur für das Ausmaß der Arbeit, sondern auch für den Ort der Arbeit gelten. Entsprechend dem Recht auf Teilzeit entstünde ein Recht auf Telearbeit. Die Telearbeit ist neben der Teilzeit ein entscheidender Faktor zur besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie und wäre zudem ein Instrument, dass nicht mit der Minderung der Erwerbstätigkeit und des Familieneinkommens verbunden wäre und damit volkswirtschaftlich wie von der Sicht des Kindeswohls regelmäßig vorzugswürdig wäre.

b) Recht auf Mitbestimmung bei der Lage der Arbeitszeit

Ein weiterer Schritt ist möglich: Die Vernetzung des Arbeitnehmers ermöglicht es, dass er nicht nur von überall auf betriebliche Dateien und Informationen, sondern auch jederzeit auf diese zugreifen kann. Daher ist die Mobilität auch in zeitlicher Hinsicht zu sehen: Eine gesetzliche Regelung zur Telearbeit könnte entsprechend § 8 Abs. 2 S. 2 TzBfG dem Arbeitnehmer ein Recht einräumen, wie er die Arbeitszeit verteilen möchte. Auch dies trägt zur mehr Flexibilität bei und kann zudem auch die Arbeitsproduktivität steigern, indem mehr auf die individuellen Bedürfnisse des Arbeitnehmers eingegangen wird. Während diese zeitliche Flexibilität in § 8 TzBfG noch als unselbständiger

Annex zu dem Anspruch der Arbeitszeitverringerung geregelt ist¹¹⁹, könnte auch ein selbständiger Anspruch des Arbeitnehmers auf die gewünschte Lage der Arbeitszeit aufgrund der Mobilität aus persönlichen Gründen geschaffen werden – wiederum unter dem Vorbehalt entgegenstehender betrieblicher Gründe. Der gesetzgeberische Schritt wäre hier nicht allzu groß. Das BAG¹²⁰ stellte in seinem jüngsten einschlägigen Urteil fest, dass auch eine geringfügige Reduzierung des Volumens der Arbeitszeit (ca. 3 %) genügt, damit als Folge das Recht zur Mitbestimmung bei der Lage der Arbeitszeit entsteht, wenn Grund für den Wunsch nach der Neufestlegung der Lage der Arbeitszeit die bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf ist. Dann scheint es nur folgerichtig zu sein, solche Umwege überflüssig zu machen und direkt – auch ohne Reduzierung des Volumens der Arbeit – ein Recht des Arbeitnehmers zur Vorgabe der Lage der Arbeitszeit zu machen.

c) Anregungen des Telework Enhancement Act of 2010

Modellhaft könnte vielleicht auch Blick auf den *Telework Enhancement Act of 2010* sein. Nach dem US-amerikanischen Modell haben grundsätzlich die Beschäftigten in staatlichen Ämtern einen Anspruch auf Telearbeit. Der im Amt für die Telearbeit Zuständige muss jedem Mitarbeiter grundsätzlich die Erlaubnis zur Durchführung der Telearbeit erteilen. Der Anspruch auf Telearbeit ist ausgeschlossen, wenn der Beschäftigte verwarnet worden ist, dass er ohne Entschuldigung für mehr als fünf Tage in einem Kalenderjahr im Betrieb abwesend war oder dass ein Beschäftigter, der im Staatsdienste tätig ist, pornografisches Material heruntergeladen, sich angeschaut oder ausgetauscht hat. Dies gilt dann, wenn ein Dienst-PC als Endgerät gedient hat oder der Beschäftigte diese Handlungen vorgenommen hat, während er Aufgaben in Bundesangelegenheiten wahrgenommen hat. Ein Recht auf Telearbeit besteht nur dann, wenn betriebliche Angelegenheiten und die Arbeitsleistung durch die Telearbeit nicht beeinträchtigt werden. Die Telearbeit muss mit der Tätigkeit des Beschäftigten kompatibel sein. Die Inanspruchnahme der Telearbeit erfordert eine schriftliche Vereinbarung. Die Beschäf-

¹¹⁸ Vgl. Flüter-Hoffmann (Fn. 117), S. 28.

¹¹⁹ Vgl. Heyn, in: Meinel/Heyn/Herms (Hrsg.), TzBfG, 5. Aufl., München 2015, § 8 Rn. 30; ErfK-Preis (Fn. 42), § 8 TzBfG Rn. 6; Mengel, in: Annuß/Thüsing (Hrsg.), Kommentar zum Teilzeit- und Befristungsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 8 Rn. 78.

¹²⁰ BAG, 11.6.2013 – 9 AZR 786/11 – NZA 2013, 1074.

tigten haben einen Anspruch auf Fortbildungen zum Themenbereich der Telearbeit. Des Weiteren müssen die Ämter auch einen Ansprechpartner für die Beschäftigten haben, die die Telearbeit in Anspruch genommen haben. Schließlich hat der Gesetzgeber insbesondere auch die Gleichstellung der Telearbeit-Beschäftigten und den Beschäftigten, die im Betrieb vor Ort tätig sind, herausgehoben und ausdrücklich im Gesetz normiert.

Der *Telework Enhancement Act of 2010* ist insbesondere darauf ausgerichtet, die Geeignetheit der Beschäftigten für die Telearbeit sicherzustellen. Wenn auch im deutschen Gesetz dem Arbeitnehmer ein vergleichbares Recht auf Telearbeit eingeräumt werden sollte, könnten bei der Gesetzgebung einige Regelungen aus dem US-amerikanischen Recht als Vorbilder dienen. Ein Recht auf Telearbeit muss vor allem zwei Interessen miteinander in Einklang bringen: auf der einen Seite das Interesse des Arbeitnehmers auf Schutz vor einer Überforderung durch Telearbeit, auf der anderen Seite das Interesse des Arbeitgebers, die Früchte der Telearbeit aus wirtschaftlicher Sicht ernten zu können.

3. Digitalisierung und neue Formen der Zusammenarbeit: Arbeitnehmerbegriff und Betriebsverfassung

a) Keine Neufassung des Arbeitnehmerbegriffs erforderlich

Die unterschiedlichen Ausprägungen der Telearbeit machen demgegenüber mE. *nicht* die Neufassung des Arbeitnehmerbegriffs notwendig. Der Arbeitnehmerbegriff ist gesetzlich nicht definiert. Als Arbeitnehmer ist allgemein anzusehen, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages zur Leistung von Diensten für einen anderen in persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt verpflichtet ist. Es kommt nicht auf jede einzelne Eigenschaft an, sondern auf die Gesamtbetrachtung, ob ein Beschäftigter Arbeitnehmer ist. Auch weiterhin ist eine solche typologische Betrachtung nicht entbehrlich. Das heißt, dass auch bei einem Telearbeiter das Gesamtbild darüber entscheidet, ob er ein Arbeitnehmer ist oder nicht. Die örtliche und zeitliche Mobilität schließen eine Arbeitnehmerstellung nicht aus. Der Telearbeiter kann weiterhin in persönlicher Abhängigkeit zu dem Dienstberechtigten stehen, unabhängig davon, ob er online oder offline tätig ist. Im Rahmen einer online-Tätigkeit kann der Telearbeiter beispielsweise auf die Arbeit der betrieblichen Mitarbeiter angewiesen und die Anweisungen

des Arbeitgebers gebunden sein. Die offline-Tätigkeit zeichnet sich zwar nicht durch die Nutzung von Programmen aus, die auf dem internen Server des Betriebs gespeichert sind, aber möglicherweise durch die Nutzung von einer Betriebssoftware. Der Telearbeiter ist regelmäßig an die Arbeitsanweisungen und organisatorischen Vorgaben des Arbeitgebers gebunden. Arbeitet ein »Telearbeiter« auf Grundlage eines Werkvertrages, so gilt auch für ihn nichts anderes als für andere Beschäftigte: Er ist kein Arbeitnehmer. Liegt ein Dienstvertrag vor, ist nach allgemeinen Regeln zwischen dem Status als Arbeitnehmer und dem eines freien Mitarbeiters abzugrenzen.

Auch § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG zählt Telearbeiter ausdrücklich als mögliche Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG auf. Ist eine Arbeitnehmerstellung zu bejahen, sind dementsprechend die Regelungen des BetrVG zu bejahen. Insbesondere sind die Unterrichts- und Beteiligungsrechte bei der Einrichtung von Telearbeitsplätzen zu beachten, §§ 80 Abs. 2, 90, 92 Abs. 1, 106 Abs. 3 und 111 BetrVG. Ebenso sind §§ 87 Abs. 1 Nr. 2, 6, 7, 11, §§ 91; 99; 102 BetrVG relevante Normen für die Einführung der Telearbeit.

b) Keine Neufassung des Betriebsbegriffs erforderlich

Aber nicht allein hinsichtlich der individuellen Folgen – also bzgl. der Frage, wer Arbeitnehmer ist und wer nicht – sondern auch im kollektiven Arbeitsrecht kann sich die durch die Digitalisierung geänderte Arbeitswirklichkeit auswirken, schließlich repräsentiert der Betriebsrat die Belegschaft als Ganzes, mithin die Gesamtheit der Arbeitnehmer. Nur für diese darf er tätig werden. Im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts wirkt sich die geänderte Arbeitsrealität in zweierlei Hinsicht aus: zum einen bezogen auf die Frage, was überhaupt ein Betrieb ist, und darauf aufbauend auf die Frage, welcher Betriebsrat *in concreto* für den Arbeitnehmer zuständig ist. Der Betrieb wird durch die Rechtsprechung definiert als »arbeitsorganisatorische Einheit, mit der Unternehmer ihre wirtschaftlichen und ideellen Zwecke erfüllen«¹²¹. Auswirkungen hat das Phänomen der Digitalisierung vor allem auf den arbeitstechnischen Zweck. Gerade hierin liegt die Gemeinsamkeit der im Rahmen der neuen Beschäftigungsformen Tätigen – sie verrichten ihre Arbeit zwar nicht an einem einheitlichen Ort und nicht

121 Siehe nur BAG, 7.8.1986 – 6 ABR 57/85 – BAGE 52, 325.

zur gleichen Zeit, dennoch verfolgen sie alle damit den gleichen Zweck.

Schon nach der bisherigen Rechtsprechung ist eine räumliche Einheit nicht erforderlich.¹²² Der Betriebsbegriff ist gerade, weil er durch die Rechtsprechung entwickelt wurde und nicht starr gesetzlich geregelt ist, an die aktuellen Gegebenheiten sehr gut angepasst. Er vermag flexibel auf Veränderungen zu reagieren. Ziel des BetrVG ist es gerade, einen Betriebsbegriff zu beinhalten, der den gesetzlichen Wertungen am ehesten gerecht wird. Ein Betriebsrat soll für diejenige Einheit tätig werden, wo die mitbestimmungsrelevanten Entscheidungen fallen.¹²³ Durch den Betriebsbegriff im dargelegten Sinne soll damit eine interessengerechte Repräsentation gesichert werden. Ein Blick auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in ihren unterschiedlichen Ausprägungen lässt deutlich werden, dass er als Gegenpol zum Arbeitgeber verfasst ist und die gebündelten Interessen der Arbeitnehmer vertreten soll. Dies ist unabhängig von der Frage, in welcher Art und Weise die Arbeitnehmer zusammenwirken, ob sie also gemeinsam an einem festen Ort zusammenarbeiten, oder aber virtuell via Telearbeit, Cloud-Computing etc. verbunden sind. Entscheidend ist die Verbindung untereinander, die aber nicht als eine gegenseitige Kenntnis missverstanden werden darf. Auch ein vollständig virtueller, digitaler Betrieb ist denkbar, sofern hier die weiteren oben angesprochenen Voraussetzungen des Betriebs erfüllt sind.

Probleme ergeben sich also nicht hinsichtlich des Betriebsbegriffs an sich. Dieser erfasst auch moderne Beschäftigungsformen. Schwierigkeiten mag aber die praktische Realisierung dieser Repräsentation bereiten. Das BetrVG enthält in §§ 7 ff. insbesondere dann in den §§ 14 ff. Vorschriften zum Wahlverfahren, die noch konkretisiert werden durch eine entsprechende Wahlordnung. Das Gesetz geht hier aber offensichtlich vom traditionellen, also räumlich einheitlichen Betrieb aus, da nur so die Wahlvorschriften effektiv umgesetzt werden können. Dies wird den aktuellen Gegebenheiten, die sich aus der Digitalisierung ergeben, nicht gerecht. Es fehlt hier gerade häufig eine zentrale Anlaufstelle; allenfalls die Betriebsleitung wird zentral angesiedelt sein, die Arbeitnehmer sind dies oftmals nicht. Hier sollte eine Möglichkeit gefunden werden, auch diese Arbeitnehmer nicht von einer betrieblichen Repräsentation faktisch auszunehmen. Zu erwägen sind dabei insbesondere »digitale Betriebsratswahlen«, also eine Abweichung von der erforderlichen Stimmabgabe im Wahlraum

durch Stimmzettel in Wahlumschlägen (§ 11 WO BetrVG). Beachtet werden müssen dabei zwar technische Probleme, um das Wahlgeheimnis (vgl. § 14 Abs. 1 BetrVG) zu wahren. Dies sind aber lösbare Probleme.

In solchen virtuellen Betrieben ist auch die betriebliche Repräsentation nicht etwa entbehrlich. Gerade im Rahmen der Mitbestimmung bei personellen (§§ 92 ff. BetrVG) und wirtschaftlichen (§§ 106 ff. BetrVG) Angelegenheiten ist ein Unterschied zum »Normalbetrieb« nicht zu erkennen. Aber auch die sozialen Angelegenheiten (§§ 87 ff. BetrVG) sind hier weiterhin mitbestimmungsbedürftig. Auch wenn einzelne Mitbestimmungstatbestände des § 87 BetrVG hier möglicherweise eine geringere Bedeutung haben, so wächst die Bedeutung anderer Mitbestimmungstatbestände.

Der Betriebsbegriff bedarf damit keiner Änderung – die praktische Durchsetzung der Regelungen des BetrVG kann hingegen durch neue Regelungen an die Probleme der Digitalisierung angepasst werden. Denkbar ist etwa, die Betriebsversammlung nach § 43 Abs. 1 BetrVG fakultativ auch als digitale/virtuelle Betriebsversammlung vorzusehen.

c) Aggiornamento im Hinblick auf die Grenzen der durch den Betriebsrat repräsentierten Beschäftigtengruppen

Wer Arbeitnehmer ist und ob eine Veränderung durch die technologisierte Arbeitswelt eintritt, wurde oben dargestellt. Klar ist damit, dass auch die neuen Beschäftigungsformen (bspw. Telearbeit etc.) vom Betriebsratsmandat erfasst sind, dass also der Betriebsrat auch für diese Beschäftigten tätig werden kann und dass diese Beschäftigten sowohl aktives als auch passives Wahlrecht genießen. Das BetrVG regelt dies explizit in § 5 Abs. 1 S. 1 aE. BetrVG. Die Klassifizierung als Arbeitnehmer iSd. BetrVG ist unabhängig von der Beschäftigung im Betrieb, im Außendienst, in Telearbeit oder in sonstigen Beschäftigungsformen. Der Betriebsbegriff im BetrVG ist gerade – so liegt es auch nahe – nicht räumlich, sondern funktional zu verstehen, sodass letztlich Identisches wie beim Arbeitnehmerbegriff gelten muss. Letztlich wollte der Gesetzgeber mit dieser Regelung den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff nachvollziehen.¹²⁴ Dennoch könnte auch in Ausnahmefällen eine Zuständigkeit des Betriebsrats abweichend vom Arbeitnehmerbegriff bejaht werden. Vor-

¹²² BAG, 23.9.1982 – 6 ABR 42/81 – BAGE 40, 163.

¹²³ ErfK-Koch (Fn. 42), § 1 BetrVG Rn. 8.

¹²⁴ BT-Drs. 14/5741, S. 35.

bildhaft sind hier die Leiharbeitnehmer, die im Entleiherbetrieb nicht als Arbeitnehmer tätig sind, denen der betriebsverfassungsrechtliche Schutz durch die Aufspaltung der Arbeitgeberstellung aber nicht vorenthalten werden soll.¹²⁵ Dies lässt deutlich werden, dass Konstellationen denkbar sind, in denen ein Beschäftigter, auch ohne Arbeitnehmer zu sein, repräsentiert werden kann. Dieser Gedanke ist zwingend auf die neuen Beschäftigungsformen dann zu übertragen, wenn die Arbeitnehmereigenschaft zwar verneint wird, der Beschäftigte aber faktisch einem Arbeitnehmer gleichgestellt ist. Hier muss schon aus teleologischen Gründen der Betriebsrat zuständig sein. Es wäre aus diesem Grund eine Erweiterung des § 5 BetrVG auf diese Beschäftigtengruppen möglich. Die Abgrenzungsschwierigkeiten könnten erheblich sein, denn es müsste nun eine neue Grenzziehung zum »Quasi-Arbeitnehmer« erfolgen.

Schwierigkeiten zeigen sich auch dann, wenn der Arbeitnehmer – auch dies ist ein Phänomen der Digitalisierung¹²⁶ – nicht mehr allein bei bzw. für einen Arbeitgeber, sondern für eine Vielzahl von Arbeitgebern tätig wird und damit eine eindeutige Zuordnung nicht mehr erfolgen kann. Besonders diskutiert wird dieses Phänomen bei Matrix-Strukturen im Rahmen von Drittpersonaleinsatz¹²⁷; eine Übertragung auf andere Formen der »modernen« Beschäftigung erscheint aber unproblematisch auch möglich. Hier gibt es mehrere möglicherweise für den Arbeitnehmer zuständige Betriebsräte, je nachdem, in und für welchen Betrieb der Arbeitnehmer gerade tätig ist. Doch kann ein solches Konglomerat gewollt sein, ist nicht der Gesetzgeber gefordert die einzelnen Betriebsräte im Hinblick auf ihre Zuständigkeit strikt voneinander abzugrenzen? Dazu gilt es die Zuständigkeiten der Betriebsräte teleologisch voneinander abzugrenzen. Bereits oben wurde hierzu dargelegt, dass der Betriebsrat – dem Sinn und Zweck des BetrVG entsprechend – dort und dann tätig werden soll, wo er am sachnächsten ist. Keine Probleme bereitet dies dann, wenn der Beschäftigte als Arbeitnehmer des Betriebs tätig ist, da nach der klaren Regelung des § 5 BetrVG der Betriebsrat hier dann für ihn zuständig ist. Dies ist auch unabhängig von der Frage, ob aufgrund der neuen Beschäftigungsformen eine Tätigkeit auch für weitere Betriebe erfolgt. In diesem Fall wäre – je nachdem, um welche Angelegenheit es im konkreten Fall geht – der jeweilige Betriebsrat hierfür zuständig. Eine Überschneidung ist hier nicht denkbar, da der Betriebsrat nur für die konkreten betrieblichen Angelegenheiten zuständig ist.

d) Mehr Beteiligungsrechte des Betriebsrats möglich

Von der Frage, was überhaupt als Betrieb anzusehen ist und für wen der Betriebsrat tätig werden kann, zu unterscheiden, ist die Problematik, welche Kompetenzen dem Betriebsrat in sachlicher Hinsicht zustehen und ob hier nicht eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte aufgrund der Digitalisierung geboten ist.

Digitalisierung bringt Chancen, aber auch Risiken mit sich. Gerade in Bezug auf die technische Komponente kann der Arbeitnehmer diese oftmals kaum mehr überschauen. Eine individuelle Information wäre hier auch wenig zielführend, da der Arbeitnehmer die Dimension der technischen Entwicklung oft nicht ermessen kann. Aus diesem Grund mag man erwägen, die Mitbestimmungsrechte in § 87 BetrVG zu erweitern. Bisher sind die Rechte in § 87 BetrVG abschließend¹²⁸, sodass eine Erweiterung ohne gesetzliche Regelungen nicht möglich ist. Eine solche Erweiterung wäre auch dem BetrVG nicht neu. § 87 BetrVG wurde fortlaufend modifiziert und an aktuelle Probleme und Fragestellungen angepasst.¹²⁹ Regelungen, die technische Probleme oder auch die Fragen der Arbeitsausgestaltung betreffen, sind dieser Norm auch nicht fremd, wie exemplarisch nur § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3, 6 und 13 BetrVG zeigen. Ansatzpunkte möglicher Erweiterungen wären § 87 Abs. 1 Nr. 6 und 7 BetrVG. So könnte etwa deklaratorisch gegenüber der Rechtsprechung des BAG festgeschrieben werden, dass es für ein Mitbestimmungsrecht nach Nr. 6 ausreicht, dass eine Anlage zur Überwachung des Arbeitnehmers geeignet ist – eine Bestimmung, wie der Wortlaut fordert, wird nicht verlangt.¹³⁰ Im Hinblick auf die Mitbestimmung bei der Lage der Arbeitszeit nach Nr. 2 könnte ausdrücklich festgelegt werden, dass auch die Entscheidung über die Erreichbarkeit per Handy oder Email am Wochenende eine solche Frage der Mitbestimmung ist. Andere Anpassungen sind denkbar. Dies würde dann noch deutlicher machen, dass die Digitalisierung – so sie denn vom

125 BAG, 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – BAGE 98, 60.

126 Siehe hierzu oben I.3.

127 Kort, NZA 2013, 1318.

128 Für alle: ErfK-Kania (Fn. 42), § 87 BetrVG Rn. 2.

129 Zur historischen Entwicklung Richardi, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, 15. Aufl., München 2016, § 87 BetrVG Rn. 2 ff.

130 Ausführlich Thüsing/Granetzny, in: Thüsing, Beschäftigtendatenschutz und Compliance (Fn. 96), § 20 Rn. 34 mwN.

Gesetzgeber erkannt und geregelt wird – nicht als Problem, sondern als Chance angesehen werden muss.

e) Mehr Sozialschutz für Selbständige als Korrektiv

Wer den Kreis noch weiter ziehen will, der mag erwägen, statt neue Formen des digitalen Zusammenarbeitens in das Arbeitsrecht einzuordnen und den Arbeitnehmer- oder Beschäftigtenbegriff auszuweiten, eher mehr Sozialschutz für (kleine) Selbständige als Korrektiv zu schaffen. So könnte – entsprechend der Verpflichtung zur Krankenversicherung seit dem GKV-WSG – eine Verpflichtung zur Altersvorsorge von Selbständigen geschaffen werden, wie es ja in der Vergangenheit von ganz unterschiedlicher politischer Seite gefordert wurde und nun auch von der Koalition erwo-gen wird.¹³¹

Für das Tarifrecht bedarf es solch einer Ergänzung nicht. Hier besteht bereits nach § 12a TVG die Möglichkeit, Tarifverträge abzuschließen »für Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind (arbeitnehmerähnliche Personen), wenn sie auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen für andere Personen tätig sind, die geschuldeten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen« – leider wird dies zurzeit nicht den Sozialpartnern genutzt. Tarifverträge nach § 12a TVG sind eine absolute Ausnahme. In der Praxis werden Tarifverträge für Personen iSd. § 12a TVG vor allem im Medienbereich geschlossen.

4. Digitalisierung und Employability

Die Digitalisierung sorgt gerade für ältere Arbeitnehmer, die nicht der »Generation Computer« angehören, für besondere Herausforderungen. Insbesondere ältere Arbeitnehmer, die nicht mit den modernen Medien aufgewachsen sind, müssen sich auf die immer neuen Entwicklungen der digitalen Welt einstellen. Doch nicht nur ältere Arbeitnehmer müssen sich der Digitalisierung der Arbeitswelt stellen. Die digitalen Welten verändern sich stetig, so dass auch Arbeitnehmer, die heute noch auf dem aktuellen Stand der Technik sind, sich zukünftig auf neue digitale Entwicklungen einstellen müssen. Hier setzt der Gedanke der *Employability* (Beschäftigungsfähigkeit)¹³² an. *Employability* kann definiert werden als »die Fähigkeit einer Person, auf der Grundlage ihrer Fach- und Handlungskompetenzen, Wertschöpfungs- und Leistungsfähigkeit

ihre Arbeitskraft anbieten zu können und damit in das Erwerbsleben einzutreten, ihre Arbeitsstelle zu halten oder, wenn nötig, sich eine neue Erwerbsbeschäftigung zu suchen«¹³³. Ziel ist es somit, dass der Arbeitnehmer nicht nur für einen Beruf und Arbeitgeber qualifiziert ist, sondern für unterschiedliche Arbeitsumfelder, Tätigkeitsbereiche und Organisationsformen.¹³⁴

Das deutsche Recht hat mit den Hartz-Reformen den Gedanken der *Employability* adaptiert. §§ 81, 82, 131a SGB III ermöglichen die kostenfreie Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen, jedoch nur unter sehr engen Voraussetzungen: Entweder ist der Arbeitsplatz schon verloren oder konkret gefährdet, der Erwerbstätige geringqualifiziert oder über 45 Jahren alt und in einem Betrieb mit weniger als 250 Arbeitnehmern tätig. Nach § 131a SGB III können allerdings auch solche Arbeitnehmer unter 45 Jahren in Betrieben mit weniger als 250 Erwerbstätigen befristet bis zum 31.12.2014 gefördert werden, deren Arbeitgeber mindestens 50% der Kosten der Weiterbildung übernimmt. Hier könnte angesetzt werden, um Anreize für Digitalisierungslehrgänge zu setzen. Durch die teilweise Kostenübernahme sinkt der Kostenanteil des Arbeitgebers, der aber für die Zeit der Beschäftigung den Benefit aus der gesteigerten Qualifikation seines Arbeitnehmers zieht. Anreizhemmend wirkt jedoch, dass das Arbeitsentgelt auch während der Weiterbildungsmaßnahme fortzuzahlen ist; ein Arbeitsentgeltzuschusses nach § 81 Abs. 5 SGB III kommt nur in Betracht, wenn der Erwerbstätige seinen fehlenden Berufsabschluss im Rahmen der Weiterbildung nachholt. Dennoch: Der Regelungskomplex schafft Anreize zur Weiterbildung und könnte speziell für *Employability* hinsichtlich Digitalisierung ausgedehnt werden.

Dabei kann es ein sinnvoller Schritt sein, auf betrieblicher Ebene die Weiterbildung stärker als bislang zu fördern. Wer sich im Arbeitsverhältnis fortbildet – und damit seine Arbeitsmarktfähigkeit erhält –, der tut das freiwillig oder aber auf Geheiß seines Arbeitgebers während der Arbeitszeit. Warum nur das eine oder das andere? Es sind intelligente

¹³¹ Thüsing, DB 44/2015, M5.

¹³² Synonym auch »Arbeitsmarktfähigkeit« und »Arbeitsmarktfitness«; s. grundlegend Rump/Sattelberger/Fischer (Hrsg.), *Employability Management*, Wiesbaden 2006.

¹³³ Blancke/Roth/Schmid, *Employability* (»Beschäftigungsfähigkeit«) als Herausforderung für den Arbeitsmarkt – Auf dem Weg zur flexiblen Erwerbsgesellschaft, Stuttgart 2000, S. 9.

¹³⁴ Rump/Eilers, in: Rump/Sattelberger/Fischer (Fn. 132), S. 13, 19.

Rahmenbedingungen zu entwickeln, die dem Arbeitnehmer und Arbeitgeber einen Anreiz zur Fortbildung geben:

- Man könnte den Arbeitnehmer bei näher zu umschreibenden Voraussetzungen verpflichten, Freizeit in dem Maße zu investieren, in dem ihn sein Arbeitgeber zur Fortbildung von der Arbeit freistellt. Weil beiden diese Fortbildung zugutekommt, sollten beide Zeit dazu beitragen.
- Weiterbildung kostet oftmals Geld; Geld, das regelmäßig der Arbeitgeber zahlt. Er möchte dann aber auch die Früchte ernten und nicht Gefahr laufen, den Arbeitnehmer nach gelungener Weiterbildung an einen Konkurrenten zu verlieren. Hierzu können Rückzahlungsklauseln vereinbart werden, doch sind deren Grenzen durch die Gerichte nur undeutlich konturiert.¹³⁵ Hier könnte gesetzgeberische Feinjustierung zu mehr Rechtssicherheit und auf lange Sicht zu mehr Weiterbildungsmaßnahmen führen – was, wie gezeigt, im Interesse des Arbeitnehmers, des Arbeitgebers und letztlich auch der ganzen Gesellschaft ist.

5. Der digitale Arbeitsplatz: BildscharbV im Auge behalten

a) Zur Klarstellung: BildscharbV in ArbStättV einbeziehen

Die BildscharbV stammt aus dem Jahr 1996 – doch sind ihre Standards auch heute im Wesentlichen noch auf der Höhe der Zeit. Durch die Aushangpflicht in den Betrieben werden die Arbeitnehmer frühzeitig umfassend über ihre Rechte informiert. Als Maßnahme der weiteren Entwirrung des Arbeitsschutzrechtes, das auf Grund seiner Unübersichtlichkeit schon als »ungeordnetes Konglomerat buntscheckiger Normen«¹³⁶ bezeichnet wurde, käme eine Inkorporierung der BildscharbV in die ArbStättV in Betracht. Dies könnte mit einer Ausweitung des Anwendungsbereiches der ArbStättV¹³⁷ auch auf Telearbeitsplätze klarstellende Funktion haben. Zudem sollte der Anhang zur BildscharbV im Auge behalten werden, der konkrete Vorgaben hinsichtlich des Bildschirmgerätes, der Tastatur und der Arbeitsumgebung beinhaltet. Hier könnte eine Pflicht zur Einführung von Flachbildmonitoren oder einer bestimmten Mindestauflösung (bspw. 1024x768 Pixel) geregelt werden. Zudem sollte bei Weiterentwicklung des Standes der Technik dieser konkret in die BildscharbV übertragen werden.

➤ Rechtsprechung zur BildscharbV ist dünn gesät. Die seltenen Fälle betreffen Mitbestimmungsfragen des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG¹³⁸

sowie § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG¹³⁹, die inzwischen allerdings höchstrichterlich geklärt sind. Überdies lassen sich nur Entscheidungen zum Kostenersatz für Bildschirmarbeitsplatzbrillen finden.¹⁴⁰ Dies alles sind Einzeljudikate, die sich nicht zur gesetzlichen Festbeschreibung eignen; den Gerichten sollte hier weiter Entscheidungsspielraum zur Rechtsfindung im Einzelfall gewährt werden.

b) Teleheimarbeit – Einbeziehung in ArbStättV

Immer häufiger haben Arbeitnehmer kein Büro im Betrieb des Arbeitgebers mehr, sondern arbeiten vollständig vom heimischen Schreibtisch aus.¹⁴¹ Fraglich ist nun, wie sich dies auf die arbeitsschutzrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers auswirkt. Hinsichtlich der Teleheimarbeit, bei der der betriebliche Arbeitsplatz gänzlich entfällt, ist der Anwendungsbereich der BildscharbV eröffnet, § 1 Abs. 2 Nr. 4 BildscharbV. Problematisch ist allerdings, wie der Arbeitgeber bzw. ein Betriebsrat die Umsetzung der arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften kontrollieren kann, schließlich befindet sich der Telearbeitsplatz in der durch Art. 13 GG geschützten Wohnung des Arbeitnehmers. Ein generelles, voraussetzungsloses Zutrittsrecht wird man daher ablehnen müssen.¹⁴² Liegen Anhaltspunkte vor, die die Arbeitssicherheit gefährdet erscheinen lassen, wird man dem Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Pflichten aus § 4 BildscharbV und § 3 ArbSchG ein Zutrittsrecht gewähren müssen. Dieses kann einzelvertraglich im Wege der Einwilligung des Arbeitnehmers vereinbart werden, könnte aber auch gesetzgeberisch geschaffen werden.

Handlungsbedarf besteht hinsichtlich des Anwendungsbereiches der ArbStättV: Ob Telearbeit erfasst ist, ist streitig und offen.¹⁴³ Die besseren Argumente sprechen gegen eine Einbeziehung *de lege lata*. Hinsichtlich des Schutzbe-

¹³⁵ BAG, 28.5.2013 – 3 AZR 103/12 – NZA 2013, 1419; BAG, 21.8.2012 – 3 AZR 698/10 – NZA 2012, 1428; S. auch *Poeche*, in: Küttner (Begr.), *Personallandbuch*, 23. Aufl., München 2016, Rückzahlungsklausel.

¹³⁶ *Herschel*, RdA 1978, 69.

¹³⁷ Hierzu sogleich unter b) und c).

¹³⁸ Jüngst BAG, 11.2.2014 – 1 ABR 72/12 – DB 2014, 1498; BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 4/03 – BAGE 111, 48.

¹³⁹ BVerwG, 8.1.2001 – 6 P 6/00 – NZA 2001, 570.

¹⁴⁰ BVerwG, 27.2.2003 – 2 C 2/02 – NZA-RR 2003, 651; OVG Lüneburg, 25.2.2014 – 3 LD 1/13 – juris.

¹⁴¹ S. oben I.2.

¹⁴² *Hoeren/Sieber/Holznapel-Preis* (Fn. 96), Teil 22 Rn. 136.

¹⁴³ S. zum Meinungsstand *Wiebauer/Kollmer*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), *Gewerbeordnung*, 71. EL, München 2016 (im Folgenden: Landmann/Rohmer), § 2 ArbStättV Rn. 14 ff.

darf der betroffene Arbeitnehmer macht es aber kaum einen Unterschied, ob der digitale Arbeitsplatz im Betrieb des Arbeitgebers oder in der eigenen Wohnung liegt. Letztlich widersprüchlich ist die gesetzliche Regelung des ArbSchG, wonach Telearbeitsplätze gerade vom ArbSchG erfasst sind, vgl. § 1 Abs. 1 ArbSchG. Zur Herbeiführung einer konsequenten, rechtseinheitlichen Lösung sollten daher Telearbeitsplätze wie vor der europarechtlich determinierten Neufassung der ArbStättV im Jahr 2004 wieder in die ArbStättV einbezogen werden.¹⁴⁴

c) Mobile Offices

Im Hinblick auf die durch die Digitalisierung bedingte oftmalsige Verlagerung des Arbeitsplatzes könnte über eine Erweiterung des Anwendungsbereiches der BildscharbV und der ArbStättV nachgedacht werden. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 BildscharbV fallen »Bildschirmgeräte für den ortsveränderlichen Gebrauch, sofern sie nicht regelmäßig an einem Arbeitsplatz eingesetzt werden« nicht unter den Anwendungsbereich der Verordnung. Zwar wird somit das ortsveränderliche Gerät an einem festen Arbeitsplatz vom Anwendungsbereich erfasst¹⁴⁵, nicht aber die immer häufiger anzutreffenden vollständig mobilen Geräte an unterschiedlichen Arbeitsplätzen (sog. Mobile Offices). Gleiches gilt für die ArbStättV, die nur Geräte im Betrieb des Arbeitgebers erfasst, wozu die Wohnung des Arbeitnehmers genauso wenig wie der öffentliche Park oder das Schwimmbad zählt.¹⁴⁶

Insoweit kann es zu einem Schutzdefizit kommen, da die besonders strengen Vorgaben der BildscharbV nicht unmittelbar gelten. So muss der Arbeitgeber zwar gemäß § 5 ArbSchG eine Gefährdungsbeurteilung durchführen und nach § 3 ArbSchG die erforderlichen Maßnahmen ergreifen. Doch sind dies Generalklauseln, die nicht die Rechtssicherheit der konkreten Regelungen der Bildschirmarbeitsverordnung bieten und im Zweifel weniger streng sind. Die gesundheitlichen Gefahren sind aber unabhängig von der Mobilität des Gerätes und der Veränderlichkeit des Arbeitsortes. Daher sollte sowohl der Anwendungsbereich der BildscharbV als auch der ArbStättV auf Mobile Offices ausgeweitet werden. Dass die hieraus resultierenden Anforderungen aufgrund der Veränderlichkeit des Arbeitsplatzes variabler ausgestaltet sein müssen, liegt auf der Hand. Der Arbeitgeber kann schlichtweg nicht die dem Beschäftigten überlassene Wahl des Ortes für seine mobile Tätigkeit durchgehend kontrollieren. Vielmehr sollten besondere Einweisungspflich-

ten für den Arbeitgeber eingeführt werden. Zudem wird man die Voraussetzungen an ein Bildschirmgerät, die sich im Anhang der BildscharbV finden, auch auf mobile Geräte übertragen können.

6. Der gläserne Arbeitnehmer: Datenschutz im digitalen Zeitalter

Ein Letztes hat sich gezeigt: Digitalisierung führt wie gesehen zu immer umfangreicheren und zugleich kostengünstigen Überwachungsmöglichkeiten des Arbeitgebers.¹⁴⁷ Diese Möglichkeiten können mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers kollidieren und bedürfen der Begrenzung. Das BDSG und künftig die Datenschutz-Grundverordnung geben gesetzliche Leitplanken vor. Doch sollten dessen komplexe, teils widersprüchliche Vorgaben durch einige Klarstellungen konkretisiert werden.

a) Klarstellung Arbeitgeber als Diensteanbieter

Gesetzlich klargestellt werden sollte, dass Arbeitgeber auch bei erlaubter Privatnutzung seiner informationstechnischen Systeme durch seine Arbeitnehmer diesen gegenüber kein »Diensteanbieter« iS. des TKG ist. Nach § 88 Abs. 2 TKG ist jeder »Diensteanbieter« zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet. Gem. § 3 Nr. 6 TKG ist »Diensteanbieter jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt.« Die nahezu allgemeine Meinung geht davon aus, dass das TKG zumindest dann nicht eingreift, wenn der Arbeitgeber seinen Beschäftigten keine Privatnutzung der E-Mail-Systeme gestattet hat. Dies überzeugt: Bei einer dienstlichen Nutzung der Telekommunikationseinrichtungen treffen Arbeitgeber und Beschäftigter nicht als Anbieter und Kunden aufeinander. Vielmehr betätigen sich die Beschäftigten, wie es im Rahmen der betrieblichen Organisation vorgegeben ist. Allein bei erlaubter Privatnutzung geht das Schrifttum auseinander. Für eine Einordnung des Arbeitgebers als

¹⁴⁴ So auch schon Referentenentwurf des BMAS für eine Verordnung zur Änderung der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV), abrufbar unter http://www.fvlr.de/downloads/2013_04_17_referentenentwurf-arbeitsstaetten_aenderung.pdf (14.6.2016).

¹⁴⁵ Oberthür, NZA 2013, 246, 247.

¹⁴⁶ Landmann/Rohmer-Wiebauer/Kollmer (Fn. 143), § 2 ArbStättV Rn. 16.

¹⁴⁷ S. oben I.5.

Diensteanbieter bei erlaubter Privatnutzung wird der Wortlaut der §§ 3 Nr. 6, 10 und 24, 88 Abs. 1, 91 Abs. 2 TKG angeführt. Sobald er die private Nutzung gestatte, richte der Arbeitgeber ein Angebot an die Öffentlichkeit, die Beschäftigten würden zu Dritten iSd. § 3 Nr. 10 TKG.¹⁴⁸ Dagegen sprechen aber sowohl der wettbewerbsrechtliche Sinn und Zweck des TKG als auch dessen Systematik.¹⁴⁹

In der Rechtsprechung ist das Bild weiterhin uneinheitlich, eine höchstrichterliche Klärung steht aus. Während frühere Entscheidung sich eher für die Anwendbarkeit des TKG aussprachen¹⁵⁰, verneinten das LAG Niedersachsen¹⁵¹ und das LAG Berlin-Brandenburg¹⁵² in aktuelleren Verdikten die Eigenschaft als Diensteanbieter. Diese jüngeren Entscheidungen fanden in der Literatur viel Zuspruch.¹⁵³ Das VG Frankfurt aM. ließ die Frage, ob der Arbeitgeber Diensteanbieter iSd. § 88 Abs. 2 TKG ist, zunächst offen¹⁵⁴, schloss sich nun aber in einem aktuellen Urteil dem LAG Berlin-Brandenburg und dem LAG Niedersachsen an. Das VG argumentiert dabei vorwiegend teleologisch: »Sinn und Zweck des Gesetzes ist es hingegen nicht, die unternehmens- beziehungsweise behördeninternen Rechtsbeziehungen – etwa zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer – zu regeln.«¹⁵⁵

Aktuelle Gesetzesvorhaben bestätigten, dass Arbeitgeber als solche nicht an das TKG gebunden sind. So streitet etwa die Vorschrift des § 32i des Gesetzesentwurfs zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes (BDSG-E)¹⁵⁶, der letztlich nicht umgesetzt wurde, eindeutig für die hier vertretene Ansicht. Nach dieser Vorschrift werden die Nutzung von Telekommunikationsdiensten durch den Arbeitnehmer und die entsprechenden Überwachungsbefugnisse des Arbeitgebers geregelt – eben dies aber wäre auch Regelungsgegenstand des TKG. Das BDSG-E ist jedoch vorerst gescheitert. Bevor nicht die Große Koalition erneut ein entsprechendes Vorhaben auf den Weg bringt, bleibt es bei der aufgezeigten Rechtsunsicherheit.

Zur Auflösung dieser Rechtsunsicherheit sollte gesetzlich klargestellt werden, dass der Arbeitgeber durch die Erlaubnis zur Privatnutzung seiner informationstechnischen Systeme *nicht* zum Diensteanbieter iSd. TKG wird.

b) Klarstellung googeln von Bewerberdaten

Ebenfalls gesetzlich klargestellt werden sollte die Rechtslage hinsichtlich der Zulässigkeit des Googelns von Bewerberdaten. Ob über Suchmaschinen frei zugängliche Daten nach jetziger Rechtslage nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG

bzw. § 28 Abs. 6 Nr. 2 BDSG erhoben werden können, ist streitig.¹⁵⁷ Für die Zulässigkeit spricht zum einen, dass der Bewerber seine Daten freiwillig preisgegeben hat; zum anderen gilt der Grundsatz der Direkterhebung nach § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BDSG nicht, soweit eine Rechtsvorschrift eine Datenerhebung ohne Mitwirkung des Betroffenen vorsieht. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG ist eine solche Rechtsvorschrift, da er voraussetzt, dass die Daten allgemein zugänglich sind, also auch ohne Mitwirkung des Betroffenen erhoben werden können.¹⁵⁸ Die weiterhin erforderliche umfassende Rechtsgüterabwägung wird in aller Regel zugunsten des Arbeitgebers ausfallen, da dieser seine Grundrechte aus Art. 12 GG und Art. 14 GG auf seiner Seite hat, während der Arbeitnehmer durch die freiwillige Preisgabe der Daten sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung ausgeübt und selbst gewichtet hat.

Bei der Suche innerhalb eines geschlossenen sozialen Netzwerkes wie Facebook oder XING bietet sich eine Klarstellung im Hinblick auf die im Einzelfall zu treffende Rechtsgüterabwägung nicht an.¹⁵⁹ Hier sollte weiterhin der Rechtsprechung Ausfüllungsspielraum gewährt werden.

148 Däubler, Gläserne Belegschaften? (Fn. 101), S. 189; Heilmann/Tege, AuA 2001, 52, 54; Mengel, BB 2004, 2014, 2017.

149 S. ausführlich Thüsing, in: Thüsing, Beschäftigtendatenschutz und Compliance (Fn. 96), § 3 Rn. 79 ff.; gegen eine Einordnung als Diensteanbieter auch Barton, CR 2004, 305, 310; Gramlich, RDV 2001, 123, 124; Haußmann/Krets, NZA 2005, 259, 260; Füllbier/Splittberger, NJW 2012, 1995; Mückenberger/Müller, BB 2011, 2302; Schimmelpfennig/Wenning, DB 2006, 2290 ff.; Wybitul, BB 37/2011, S. 1; ders., ZD 2011, 69.

150 Etwa OLG Karlsruhe, 10.1.2005 – 1 Ws 152/04 – MMR 2005, 178.

151 LAG Niedersachsen, 31.5.2010 – 12 Sa 875/09 – RDV 2010, 232, Rn. 45.

152 LAG Berlin-Brandenburg, 16.2.2011 – 4 Sa 2132/10 – DB 2011, 1281, 1282, Rn. 36 f.

153 Thüsing, in: Thüsing, Beschäftigtendatenschutz und Compliance (Fn. 96), § 3 Rn. 78 ff.; Füllbier/Splittberger, NJW 2012, 1995; Mückenberger/Müller, BB 2011, 2302; Tiedemann, ZD 2011, 45; Wybitul, BB 37/2011, 1; ders., ZD 2011, 69; kritisch hingegen Jandt, K&R 2011, 631.

154 VG Frankfurt aM., 6.11.2008 – 1 K 628/08.F (3) – CR 2009, 125 f.

155 VG Frankfurt aM., 27.5.2013 – 2 K 3249/12 – CR 2013, 428, Rn. 65.

156 BT-Drs. 17/4230, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/042/1704230.pdf> (14.6.2016).

157 Dagegen Däubler, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 5. Aufl., Frankfurt aM. 2016 (im Folgenden: DKWW), § 32 Rn. 56 f.; dafür Forst, NZA 2010, 427, 431.

158 Gola/Klug/Körffler, in: Gola/Schomerus (Hrsg.), BDSG, 12. Aufl., München 2015, § 4 Rn. 24; Wellhöner/Byers, BB 2009, 2310, 2315; Oberwetter, BB 2008, 1562, 1564; aA. DKWW-Däubler (Fn. 157), § 32 Rn. 9.

159 Hierzu ausführlich Forst, NZA 2010, 427.

Gesetzliche Regelung der Tarifeinheit – Ein Beitrag zur Stabilisierung des Tarifsystems?*

Dr. Manfred Walser, LL.M., Hamburg

I. Einleitung

Am 28.3.2015 haben sich die in dem *dbb beamtenbund und tarifunion* (dbb tarifunion) zusammengeschlossenen Lehrer/-innen-Gewerkschaften mit der *Tarifgemeinschaft der Länder* (TdL) tarifvertraglich auf eine Entgeltordnung (EntgO-L) zum Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) geeinigt, die zum 1.8.2015 in Kraft getreten ist.¹ Die im *Deutschen Gewerkschaftsbund* (DGB) organisierte *Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft* (GEW) lehnte die Entgeltordnung ab und dringt weiter auf das von ihr favorisierte Modell der Lehrkräfte-Entgeltordnung (L-EGO).² Der TV-L selbst wurde am 12.10.2006 zwischen der TdL auf Arbeitgeberseite und der *Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft* (ver.di), dbb tarifunion sowie der GEW, der *Gewerkschaft der Polizei* (GdP) und der *Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt* (IG BAU) auf Arbeitnehmerseite abgeschlossen. Mit Wirkung zum 1.1.2012 wurde zwischen der TdL und ver.di sowie dbb tarifunion eine Entgeltordnung vereinbart,³ von der Lehrkräfte jedoch nicht erfasst sind (vgl. Vorbem. 4 zur Anl. A zum TV-L). Für diese waren bislang die von den Arbeitgebern einseitig erlassenen Richtlinien maßgeblich.⁴

Legt man die Grundsätze des bis Juli 2015 geltenden TVG an, ist diese Situation tarifrechtlich zunächst noch relativ einfach einzuordnen. Gebunden sind an einen Tarifvertrag (und damit auch an die EntgO-L) zunächst nur die Mitglieder der tarifschließenden Parteien (§ 3 Abs. 1 TVG), folglich können die Rechtsnormen dieses Tarifvertrags nach § 4 Abs. 1 TVG auch nur auf die Arbeitsverhältnisse zwischen den Mitgliedern der TdL und der dbb tarifunion wirken.⁵ Denn tarifliche Vergütungsordnungen stellen keine Betriebsnormen iSd. § 3 Abs. 2 TVG sondern Inhaltsnormen dar, wie das BAG unlängst erneut bestätigt hat.⁶ Da die EntgO-L allerdings auch Bestimmungen des TV-L abändert, kommt es in Bezug auf diese Normen zur Tarifpluralität.⁷ Dies erscheint zunächst angesichts der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb durch das BAG in seinem Urteil vom 7.7.2010⁸ unproblematisch.

Nun ist aber bekanntlich am 10.7.2015 § 4a TVG im Rahmen des Tarifeinheitgesetzes⁹ (TEG) in Kraft getreten, zusammen mit einer verfahrensrechtlichen Flankierung im ArbGG. Im Kern zielt er darauf ab, dass in einem Betrieb immer nur ein Tarifvertrag zur Anwendung kommen soll. Damit wird die Frage virulent, ob und wenn ja wo die EntgO-L überhaupt anzuwenden ist. Voraussetzung ist freilich, dass das BVerfG § 4a TVG nicht für verfassungswidrig erklärt – was nicht wenige für ein durchaus wahrscheinliches Szenario halten.¹⁰ Derzeit sind mehrere Verfassungsbeschwerden anhängig, die in Kürze zur Entscheidung

* Die Ausführungen basieren im Wesentlichen auf einem Vortrag des Autors auf der *Jahrestagung 2015 der German Industrial Relations Association* (GIRA) am 23.10.2015 in Düsseldorf. Der Autor dankt insb. *Dagmar Roselieb, Prof. Dr. Marita Körner, Prof. Dr. Olaf Deinert, Britta Struckmeyer-Öner und Annika Stubbig* für ihre wertvollen Anregungen zu diesem Beitrag.

1 Abrufbar unter http://www.tdl-online.de/fileadmin/downloads/rechte_navigation/K_EntgO-L/TV_EntgO-L.pdf (14.7.2016); zur Genese wie auch zum Inhalt etwa *Geyer*, ZTR 2015, 483 ff.

2 Vgl. dazu <http://www.gew.de/tarif/tv-l-l-ego/> (14.7.2016).

3 § 1 Nr. 16 Änderungsstarifvertrag Nr. 4 zum TV-L v. 2.1.2012, zuletzt geändert durch Änderungsstarifvertrag Nr. 8 zum TV-L vom 28.3.2015.

4 Richtlinien der TdL über die Eingruppierung der im Arbeitnehmerverhältnis beschäftigten Lehrkräfte (Bereinigte Fassung nach Maßgabe der Tarifeinigung vom 10.3.2011); vgl. dazu *BVerfG*, 25.4.2014 – 6 P 17.13 – NZA-RR 2014, 503, Rn. 18; *Treber*, in: *Schaub* (Begr.), *Arbeitsrechts-Handbuch*, München 2015 (im Folgenden: *Schaub*), § 64 Rn. 75; vgl. auch unten III.2.e)(1).

5 Zur Problematik der betriebsverfassungsrechtlichen bzw. personalvertretungsrechtlichen Situation bei der Beurteilung tariflicher Vergütungsordnungen unten III.2.e)(4).

6 BAG, 14.4.2015 – 1 ABR 66/13 – NZA 2015, 1077, Rn. 32; vgl. bereits BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – NZA 2012, 392, Rn. 16; dazu auch *Schumann/Schoof*, in: *Berg/Kocher/Schumann* (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz und Arbeitskämpfrecht*, Frankfurt aM. 2015 (im Folgenden: *BKS*), § 1 TVG Rn. 249, 294.

7 Hierzu ausführlich unten III.2.e)(1).

8 BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 1068.

9 BGBl. I 1130.

10 Etwa *Preis*, FA 2014, 354; *Fischer*, NZA 2015, 662, 666; *Greiner*, NZA 2015, 769, 771; *Melot de Beauregard*, DB 2015, 1527, 1528 f.; *Rüthers*, ZRP 2015, 1, 4 f.; *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 13; *BKS-Berg* (Fn. 6), § 4a TVG Rn. 7; auf die Unverhältnismäßigkeit der Regelung verweisend *Henssler*, RdA 2015, 222 ff.; *Gaul*, ArbRB 2015, 15, 16; bereits in Bezug auf den DGB/BDA-Entwurf: *Däubler*, Die gemeinsame Initiative von DGB und BDA zur Schaffung einer neuen Form von »Tarifeinheit«, Bremen 2010; *Dieterich*, AuR 2011, 46 ff.; aA. aber bspw. *Scholz/Lingemann/Rutloff*, NZA-Beilage 1/2015, 1 ff.; wohl auch *Gamillscheg*, AuR 2015, 223, 225; die Verfassungsmäßigkeit des DGB/BDA-Entwurfs behauptend etwa *Kempfen*, AuR 2011, 51 ff.; *Waas*, Der Regelungsentwurf von DGB und BDA zur Tarifeinheit, Gutachten, Frankfurt aM. 2011; *Scholz*, ZfA 2010, 681.

anstehen.¹¹ In drei dieser Verfahren wurden zudem Eilanträge gestellt, die das BVerfG jedoch zunächst abgewiesen hat; ohne eine Tendenz für die Entscheidung in der Hauptsache erkennen zu lassen.¹² Zwei weitere Verfassungsbeschwerden hat das BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen, weil das Gericht in beiden Fällen die gegenwärtige Betroffenheit der jeweiligen Beschwerdeführer durch das TEG nicht erkennen konnte.¹³

Gegenstand des vorliegenden Beitrags soll jedoch nicht eine erneute vollumfängliche verfassungsrechtliche Prüfung des TEG in Hinblick auf die Koalitionsfreiheit bilden, diese Frage ist schon umfassend aufgearbeitet.¹⁴ Auch ist eine Prognose hinsichtlich der tatsächlichen Auswirkungen des Gesetzes zum jetzigen Zeitpunkt nur schwer zu stellen.¹⁵ Vielmehr soll daher die Gesetzesbegründung ernst genommen und seine Zweckdienlichkeit untersucht werden: Vermag es sein erklärtes Ziel, die Tarifautonomie und insbesondere dessen Ordnungs- und Friedensfunktion zu stärken sowie kohärente Arbeitsbedingungen im Betrieb sicherzustellen¹⁶, überhaupt zu erreichen? Hierzu sollen vor allem zwei Aspekte genauer unter die Lupe genommen werden: die Frage der Tauglichkeit der Anknüpfung am Betrieb sowie cursorisch die Frage, welche arbeitskampfrechtlichen Implikationen sich aus dem Gesetz ergeben. Schließlich sollen Situationen aufgezeigt werden, in denen es nach wie vor zu einer Mehrheit von Tarifverträgen im Betrieb kommen kann.

II. (Neu-)Regelung der Tarifeinheit

1. Hintergrund

Hintergrund des Gesetzes ist zweierlei: vordergründig stellt es eine Reaktion auf die genannte Rechtsprechungsänderung des BAG vom 7.7.2010 dar.¹⁷ Mindestens so wichtig dürften allerdings die verbandspolitischen Entwicklungen auf gewerkschaftlicher Seite der vergangenen rund 15 Jahre sein, in denen Berufsgewerkschaften begonnen haben, den politischen Konsens in Bezug auf das Industrieverbandsprinzip aufzukündigen, der seit dem Ende der NS-Zeit in der Bundesrepublik als Maßstab für gewerkschaftliches Handeln gegolten hat.¹⁸ Zwar existieren einige dieser Gewerkschaften schon lange.¹⁹ Sofern sie tarifpolitisch in Erscheinung getreten sind, taten sie dies allerdings meist in Tarifgemeinschaft mit den jeweiligen DGB-Gewerkschaften. Die neue Situation wird auf Arbeitgeberseite wie

auch auf Seiten der DGB-Gewerkschaften gleichermaßen argwöhnisch beäugt. Die Arbeitgeber sahen (und sehen) sich mit äußerst durchsetzungsstarken Berufsgewerkschaften konfrontiert, die insbesondere sog. »Funktionselementen« organisieren. Die DGB-Gewerkschaften sahen (und sehen) sich einer Konkurrenz im eigenen Lager ausgesetzt, die gleichzeitig die Solidarität zwischen den Berufsgruppen in einer Branche infrage stellt.

Das Industrieverbandsprinzip ist allerdings weder in der Verfassung noch im Gesetz festgeschrieben.²⁰ Es ist vielmehr ein Produkt der historischen Entwicklung und eine Reaktion auf die zersplitterte Tariflandschaft der Weimarer Republik.²¹ Für einen Betrieb soll immer nur eine (Mitglieds-)Gewerkschaft zuständig sein. Für die Bereiche, wo es inhaltliche Abgrenzungsschwierigkeiten gibt, sieht die Satzung des DGB ein Schiedsgerichtsverfahren vor, in dem die Zuständigkeit geklärt wird.²² Entscheidungen des Schiedsgerichts haben zwar Außenwirkung und binden auch den Arbeitgeber²³, sie erfassen aber freilich nur die Beziehungen zwischen den DGB-Gewerkschaften.

Genauso wenig lässt sich der Grundsatz der Tarifeinheit unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG ableiten. Bei der Tarifeinheit handelt es sich um einen ordnungspolitischen Grundsatz und eben um keinen allgemeinen Rechtssatz.²⁴ In der

11 Insgesamt sind noch fünf Verfassungsbeschwerden anhängig, Beschwerdeführer sind der *Marburger Bund* (1 BvR 1571/15 (führendes Verfahren)); *Vereinigung Cockpit* (1 BvR 1588/15); *Deutscher Journalistenverband* (DJV) (1 BvR 1582/15); *Gewerkschaft der Lokomotivführer* (GdL) sowie mehrere Einzelpersonen (1 BvR 1803/15); *dbb beamtenbund und tarifunion*, die *Nahverkehrsgewerkschaft* sowie eine Einzelperson (1 BvR 2883/15).

12 BVerfG, 12.10.2015 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1582/15 sowie 1 BvR 1588/15 – juris.

13 BVerfG, 16.6.2016 – 1 BvR 1707/15 (*Deutschen Feuerwehrgewerkschaft*), sowie BVerfG, 16.6.2016 – 1 BvR 2257/15 (*Neue Assekuranz Gewerkschaft*), beide abrufbar auf <http://www.bundesverfassungsgericht.de> (14.7.2016).

14 S. Fn. 10.

15 So auch die jüngst Einschätzung von *Ulber*, NZA 2016, 619, 622 f.

16 BT-Drs. 18/4062, S. 8 f.

17 BT-Drs. 18/4062, S. 1.

18 Zur Entwicklung etwa *Kittner*, in: *Kittner/Zwanziger/Deinert* (Hrsg.), *Arbeitsrecht, Handbuch*, Frankfurt aM. 2015 (im Folgenden: *Kittner/Zwanziger/Deinert*), Geschichte Rn. 65.

19 Vgl. zur Entwicklung der Gewerkschaftslandschaft etwa *Keller*, *Kooperation oder Konflikt?* WISO Diskurs, Bonn 2015, S. 5 ff.

20 *Walser*, WSI Mitt. 2013, 491, 492 mwN.

21 Vgl. bspw. *Vetter*, GMH 1979, 193, 198.

22 Abrufbar unter <http://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/satzung> (14.7.2016), dazu etwa *Schaub-Treber* (Fn. 4), § 198 Rn. 17 f.

23 Vgl. BAG, 22.11.1988 – 1 ABR 6/87 – NZA 1989, 561.

24 *Gamillscheg*, *Kollektives Arbeitsrecht*, Bd. 1, München 1997, S. 687 bzw. 752 mwN. auch zu abweichenden Ansichten; *Deinert*, RdA 2011, 12 mwN.

Begründung zum TEG wird dann auch nicht auf die frühere Argumentation des BAG zurückgegriffen, das diese – in der Literatur stark kritisiert²⁵ – in erster Linie mit der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie praktischen Schwierigkeiten, die mit der Tarifpluralität (angeblich) einhergehen, rechtfertigte.²⁶ Vielmehr wird der Versuch einer verfassungsrechtlichen Legitimation dahingehend unternommen, dass die Tarifpluralität die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG gefährde und daher eine entsprechende Regelung notwendig sei.²⁷

Gesetzliches Leitbild ist dagegen der bereits erwähnte § 4 Abs. 1 TVG, nach dem Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen eines Tarifvertrags nur zwischen tarifgebundenen Personen gelten. Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer müssen daher Mitglied in einem tarifschließenden Arbeitgeberverband bzw. einer tarifschließenden Gewerkschaft sein (§ 3 Abs. 1 TVG). Darüber hinaus kann ein Arbeitgeber auch selbst Tarifpartei sein (§ 2 Abs. 1 TVG). Schließt nun ein Arbeitgeber(verband) mit zwei unterschiedlichen Gewerkschaften einen Tarifvertrag ab, kann es zur Tarifpluralität in einem Betrieb kommen, wenn dort Mitglieder beider Gewerkschaften tätig sind (zum Begriff sogleich unter 2).

Solche Situationen will § 4a TVG aber vermeiden. § 4a Abs. 1 TVG nennt als Ziel die Sicherung der Schutz-, Verteilungs-, Befriedungs- und Ordnungsfunktion von Tarifnormen. Ob diese vom Gesetzgeber erkannte Gefährdung der Tarifautonomie tatsächlich besteht, wird kontrovers diskutiert. Teilweise wird eine »Zersplitterung« der Gewerkschaftslandschaft befürchtet.²⁸ Insbesondere auf Arbeitgeberseite wird die Gefährdung der Tarifautonomie vor allem in den arbeitskampfrechtlichen Folgen der Tarifpluralität gesehen.²⁹ Einen wichtigen Punkt in der Entwurfsbegründung der Bundesregierung stellt ferner die Kohärenz der Entgeltsysteme im Betrieb dar – Tarifpluralität gefährde die Schaffung einer widerspruchsfreien Ordnung der Arbeitsbeziehungen.³⁰ Dagegen steht eine große Zahl an Autoren, die bislang keine Belege für »Streikkaskaden« oder eine Destabilisierung der Tarifautonomie durch die Rechtsprechungsänderung erkennen kann.³¹ Folglich wird die Erforderlichkeit eines so tiefgreifenden Eingriffs in die Koalitionsfreiheit vielfach verneint.³² Diese Einwände sind durchaus gewichtig und können die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes infrage stellen. Allerdings kann dies an dieser Stelle dahinstehen, da im Folgenden die praktische Umsetzung und die Frage der Zweckerreichung beleuchtet werden soll.

2. Begriffe

Begrifflich strikt zu trennen ist zunächst zwischen Tarifkonkurrenz, Tarifpluralität und Tarifkollision, wobei nur letztere Anknüpfungspunkt von § 4a TVG ist. Tarifkonkurrenz liegt immer dann vor, wenn auf ein Arbeitsverhältnis mehrere Tarifverträge in jeglicher Hinsicht (also fachlich, persönlich, räumlich, betrieblich und zeitlich) anwendbar sind. Im Falle der Tarifkonkurrenz war es stets unbestritten, dass nur ein Tarifvertrag zur Anwendung kommen kann. Welcher Tarifvertrag das ist, soll sich nach weit überwiegender Auffassung nach dem Spezialitätsprinzip richten.³³ Das Günstigkeitsprinzip dagegen, soll aufgrund der Gleichrangigkeit der Normen keine Rolle spielen, anders war dies etwa in Frankreich bis ins Jahr 2004.³⁴ Entscheidend ist also, welcher Tarifvertrag die größere Sachnähe aufweist. Damit verdrängt in aller Regel ein Firmentarifvertrag einen Verbandstarifvertrag.³⁵ Nur wenn Tarifverträge dieselbe Sachnähe aufweisen, ist die Zahl der organisierten Arbeitnehmer als Maßstab zu verwenden.³⁶

Hinsichtlich der Tarifpluralität ist die Situation anders gelagert, hier liegt gerade keine Tarifkonkurrenz vor, weil die Tarifverträge – wie bereits beschrieben – jeweils nur

25 Exemplarisch *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, Berlin 1999 (zugl. Mainz, Univ., Diss. 1998), S. 400; *Wank*, FS 50 Jahre ZVK Baugewerbe, 2007, S. 141, 157; *Bayreuther*, NZA 2008, 12 f.

26 BAG, 29.3.1957 – 1 AZR 208/55 – AP Nr. 4 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; vgl. auch BAG, 20.3.1991 – 4 AZR 455/90 – NZA 1991, 736.

27 BT-Drs. 18/4062, S. 9.

28 *Zwanziger*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Baden-Baden 2012 (im Folgenden: Däubler, TVG), § 4 Rn. 932.

29 *Hensler*, RdA 2015, 222; *Meyer*, DB 2011, 1920, 1922; *Spielberger*, NJW 2011, 264, 267 f.; *Otto*, RdA 2010, 135, 146 f.; *Brockner*, NZA-Beilage 2010, 121, 122 f.; *Steinau-Steinrück/Glanz*, NZA 2009, 113 ff.; *Schmidt*, NZA-Beilage 4/2012, 123, 124; *Schliemann*, FS Hromadka, 2008, S. 359, 378; vgl. zudem die Begründung des sog. »Professorenentwurfs«: Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung, Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, München 2011, S. 48 f.

30 BT-Drs. 18/4062, S. 9.

31 Vgl. nur *Preis/Ulber*, FS Kempfen, 2013, S. 15, 28; *Fischer*, ZRP 2013, 222; *Reichold*, öAT 2010, 219, 221 f.; *Bepler*, NZA-Beilage 3/2010, 99, 104; für ein alternatives Modell der Arbeitskämpfstatistik: *Lesch*, ZfW 2015, 111 f.

32 Bereits kritisch in Bezug auf den DGB/BDA-Entwurf: *Berg*, KJ 2014, 72 ff.; zur Diskussion, ob die Tarifautonomie ausgestaltet oder in sie eingegriffen wird, etwa *Däubler*, Initiative von DGB und BDA (Fn. 10).

33 BAG, 20.3.1991 – 4 AZR 455/90 – NZA 1991, 736.

34 BAG, 22.2.1957 – 1 AZR 536/55 – AP Nr. 2 zu § 4 Tarifkonkurrenz; weitere alternative Anknüpfungsmöglichkeiten finden sich bei *Gamillscheg*, Koll. ArbR I (Fn. 24), S. 757; zur Rechtslage in Frankreich: *Intrup-Dopheide*, Tariffähigkeit, Gewerkschaftspluralität und Tarifmehrheiten in Frankreich, Berlin 2013 (zugl. Bielefeld, Univ., Diss. 2012), S. 196.

35 BAG, 24.11.1993 – 4 AZR 225/93 – NZA 1994, 471.

36 BAG, 14.6.1989 – 4 AZR 200/89 – AP Nr. 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz, Rn. 27; vgl. auch *Gamillscheg*, Koll. ArbR I (Fn. 24), S. 756.

bestimmte Arbeitsverhältnisse im Betrieb erfassen.³⁷ Im Gegensatz zur Tarifkonkurrenz erfordert die Tarifpluralität auch keine Überschneidung der Regelungsgegenstände.³⁸ Voraussetzung ist aber zumindest, dass die betrieblichen Geltungsbereiche eine Schnittmenge aufweisen. Auch diese Situationen hat die frühere Rechtsprechung nach dem Spezialitätsprinzip aufgelöst.³⁹

Tarifpluralität und Tarifkonkurrenz können zudem gemeinsam auftreten. Liegt etwa ein allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag vor und besteht daneben ein Firmentarifvertrag, ergibt sich in Bezug auf die qua Gewerkschaftsmitgliedschaft unmittelbar an den Firmentarifvertrag gebundenen Arbeitnehmer eine Tarifkonkurrenz.⁴⁰ Wie diese aufzulösen ist, ist umstritten. Die eine Ansicht plädiert für das Spezialitätsprinzip, vorzugswürdig ist aber die Auffassung, dass sich in diesem Fall der autonom zustande gekommene Tarifvertrag durchsetzt, da so der Tarifautonomie besser Rechenschaft getragen wird.⁴¹ Für die Arbeitnehmer, die unter den autonom zustande gekommenen Tarifvertrag fallen, kommt dieser zur Anwendung. In Hinblick auf die übrigen Arbeitnehmer liegt Tarifpluralität vor.⁴² Wenn auch hier die Tarifpluralität nach dem Spezialitätsprinzip aufgelöst würde, ermöglichte dies entgegen dem Rechtsgedanken des § 3 Abs. 3 TVG Tarifflucht durch Wechsel der Tarifvertragspartei.⁴³ Anderes gilt freilich im Falle von Mindestarbeitsbedingungen iSd. § 3 AEntG, die aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen und unionsrechtlich inspirierten Anordnung immer Vorrang beanspruchen.⁴⁴ Für weitere Beispiele der Tarifpluralität sei auf unten verwiesen (unter V).

Bei einer Tarifkollision iSd. § 4a TVG liegt schließlich zwar immer auch Tarifpluralität vor, der Begriff ist allerdings enger. Es müssen sich die Tarifverträge in zeitlicher, fachlicher, räumlicher und persönlicher Hinsicht überschneiden und dürfen darüber hinaus nicht inhaltsgleich sein, was etwa bei Tarifgemeinschaften der Fall sein kann. Die Regelungsgegenstände müssen sich zumindest nach der Gesetzesbegründung dagegen nicht überschneiden. Keine Tarifkollision ist damit gegeben, wenn Tarifverträge zwar nebeneinander im Betrieb bestehen, aber jeweils nur bestimmte Beschäftigtengruppen erfassen (dazu im Folgenden).

3. Die Regelung des § 4a TVG

§ 4a TVG soll also entsprechende Kollisionen zwischen Tarifverträgen auflösen. Wenn sich die Geltungsbereiche von

Tarifverträgen verschiedener Gewerkschaften überschneiden, soll nur der Tarifvertrag derjenigen Gewerkschaft anwendbar sein, welche die meisten Arbeitnehmer im Betrieb organisiert (§ 4a Abs. 2 S. 2 TVG). Die Bestimmung kommt allerdings nur subsidiär zur Anwendung, wenn es den konkurrierenden Gewerkschaften im Betrieb nicht selbst gelingt, Kollisionen zu vermeiden, etwa indem sie in Tarifgemeinschaften agieren, inhaltsgleiche Tarifverträge abschließen oder die Anwendungsbereiche der Tarifverträge auf bestimmte Beschäftigtengruppen einschränken.⁴⁵

Im Geltungsbereich des Tarifvertrags der Mehrheitsgewerkschaft wird der Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft des betreffenden Betriebs vollständig verdrängt, unabhängig davon ob ein bestimmter Regelungsgegenstand im Mehrheitstarifvertrag überhaupt geregelt ist oder nicht⁴⁶. Dahinter steht die Überlegung des Gesetzgebers, dass die Tarifvertragsparteien idR. auf ganzheitliche Vereinbarungen hinwirken wollen.⁴⁷ Nur wenn der Mehrheitstarifvertrag ausdrücklich abweichende Regelungen zulässt, sollen Minderheitsgewerkschaften ergänzende Regelungen vereinbaren können. Dies steht allerdings offensichtlich im Gegensatz zum Rechtsgedanken des § 3 Abs. 1 TVG, da so die Mehrheitsgewerkschaft die Tarifmacht darüber erhält, zu bestimmen, welche Regelungskompetenzen der Minderheitsgewerkschaft noch zukommen.⁴⁸ Dennoch entspricht dies im Wesentlichen dem Entwurf von DGB und der *Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände* BDA aus dem Jahr 2011.⁴⁹ Die Verdrängung tritt mit dem Zeitpunkt der Kollisi-

37 *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Leipzig 1908 (Teil 2), S. 17.

38 *Schaub-Treiber* (Fn. 4), § 203 Rn. 54 mwN.

39 Vgl. nur BAG, 11.9.1991 – 4 AZR 40/91 – NZA 1992, 422.

40 *Henssler*, RdA 2015, 222 sieht diese Konstellation insgesamt nur als Problem der Tarifkonkurrenz an.

41 Ausführlich *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, Frankfurt aM. 2015 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 2014), S. 313 ff. mwN.

42 So ausdrücklich auch BAG, 20.3.1991 – 4 AZR 455/90 – NZA 1991, 736.

43 *Buschmann*, AuR 2014, 43; ausführlich *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite (Fn. 41), S. 273 ff.

44 BAG, 18.10.2006 – 10 AZR 576/05 – NZA 2007, 1111.

45 BT-Drs. 18/4062, S. 9.

46 Zur Begründung BT-Drs. 18/4062, S. 13; kritisch *Schaub-Treiber* (Fn. 4), § 203 Rn. 54.

47 BT-Drs. 18/4062, S. 13.

48 So etwa *Schaub-Treiber* (Fn. 6), § 203 Rn. 54.

49 Abgedruckt in AuR 2011, 60, vgl. dort Nr. 3.

sion von Gesetzes wegen ein.⁵⁰ Der Minderheitsvertrag lebt nach Beendigung der Verdrängung, also mit dem Ende des Mehrheitsvertrags, wieder auf.⁵¹ Dies gilt auch für den Zeitraum der Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG.

Bejaht man grundsätzlich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit, ist das Mehrheitsprinzip ein sachgerechtes Anknüpfungsmerkmal. Zwar lässt sich die so definierte Mehrheit nicht am Demokratieprinzip i.S. des Grundgesetzes messen,⁵² aber es wird der Tarifvertrag zur Anwendung gebracht, der innerhalb der Belegschaft offensichtlich die größte Akzeptanz erfährt⁵³. Ferner würde das Spezialitätsprinzip kleinere Einheiten privilegieren und folglich einer Einladung zur Zerstückelung der Tariflandschaft gleichkommen. Durch das Mehrheitsprinzip kann die Tarifeinheit jedenfalls nicht als Instrument genutzt werden, um mittels eines Firmentarifvertrags mit einer Minderheitsgewerkschaft eine unliebsame Tarifbindung abzustreifen. Das Mehrheitsprinzip ist in diesem Zusammenhang im deutschen Tarifrecht auch nicht völlig unbekannt. So hat es schon bislang nach der h.M. dann Anwendung gefunden, wenn Konkurrenzen zwischen Tarifverträgen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen nach § 3 Abs. 2 TVG aufzulösen waren.⁵⁴ Außerdem soll bspw. bei der Beurteilung, welcher Tarifvertrag in einer Rechtsverordnung nach den §§ 7, 7a AEntG für verbindlich erklärt werden soll, die Mitgliederzahl in der Gewerkschaft mitberücksichtigt werden.

Problematisch wird das Mehrheitsprinzip allerdings dann, wenn nur eine verschwindend geringe Zahl von Arbeitnehmern überhaupt im Betrieb organisiert ist und damit schon einzelne Arbeitnehmer die Mehrheit im Betrieb beeinflussen können.⁵⁵ Umso wichtiger ist eine strenge Anwendung der Kriterien zur Tariffähigkeit von Gewerkschaften.⁵⁶

Entscheidend für die Bestimmung der Mehrheit ist der Zeitpunkt des Tarifabschlusses. In diesem Moment muss eine Gewerkschaft die Mehrheit der gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer im Betrieb vertreten, andernfalls findet der von ihr abgeschlossene Tarifvertrag keine Anwendung. Ändern sich im Nachhinein die Mehrheitsverhältnisse, berührt dies die Anwendbarkeit des Tarifvertrags nicht. Erst wenn es erneut zu einer Tarifkollision kommt, wenn also bspw. ein neuer Tarifvertrag abgeschlossen wird, sind die dann bestehenden Mehrheitsverhältnisse ausschlaggebend. Andernfalls könnte sich die Anwendbarkeit eines Tarifvertrags durch Gewerkschaftsein- und -austritte ständig ändern.⁵⁷ Allerdings kann eine Kollision auch dann eintreten,

wenn ein Arbeitgeber einem anderen Verband beitrifft⁵⁸ oder der Betrieb bspw. nach einer Umstrukturierung in den Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags fällt. Zu einer Neuurteilung kommt es freilich auch dann, wenn ein Tarifvertrag geändert wird, wobei die Gesetzesbegründung zutreffend darauf verweist, dass lediglich klarstellende tarifliche Regelungen keine Änderung des Tarifvertrags darstellen.⁵⁹

Das Gesetz kommt ferner nur im Falle einer autonomen Tarifgeltung nach § 3 Abs. 1 TVG zum Zuge. Das schließt folglich eine Kollision mit Tarifverträgen, die auf Basis einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) nach § 5 TVG bzw. einer Rechtsverordnung nach den §§ 7, 7a AEntG oder § 3a AÜG wirken, aus. Wie bereits oben aufgezeigt, kommt es regelmäßig dann zu Tarifkollisionen, wenn in einem Betrieb, der in den Anwendungsbereich eines AVE-Tarifvertrags fällt, ein Firmentarifvertrag mit einer anderen Gewerkschaft vereinbart ist.⁶⁰ Für Gewerkschaftsmitglieder gilt regelmäßig der Firmentarifvertrag, unabhängig davon, ob man dies mit dem autonomen Zustandekommen der Tarifbindung oder dem Spezialitätsprinzip begründet (dazu oben 2). Dies gilt selbst dann, wenn dieser schlechtere Bedingungen als der AVE-Tarifvertrag enthält. Für die Außenseiter-Arbeitnehmer gilt der AVE-Tarifvertrag. Eine Anwendung des Günstigkeitsprinzips aus § 4 Abs. 3 TVG scheidet auch in diesem Fall aufgrund der Gleichrangigkeit der Tarifnormen aus.⁶¹

50 So auch *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 8; aA. *Löwisch*, NZA 2015, 1369, 1370 f.

51 Ebenso wohl *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 8.

52 *Greiner*, RdA 2015, 36, 38, der das Mehrheitsprinzip aus diesem Grund ablehnt.

53 Vgl. auch BT-Drs. 18/4062, S. 9.

54 Bereits etwa *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/1, 7. Aufl. 1967, S. 650 f.; vgl. auch *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite (Fn. 41), S. 276 ff. mwN.; dagegen für eine teilweise Anwendung des Spezialitätsprinzips sowie ein modifiziertes Spezialitätsprinzip plädierend *Wank*, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl., München 2007, § 4 Rn. 299g f.

55 Auf solche Extrembeispiele verweisend *Fischer*, NZA 2015, 662, 664.

56 Anders wohl jüngst die Einschätzung des LAG Hamburg, 4.5.2016 – 5 TaBV 8/15 – juris, Rn. 124; vgl. im Gegensatz dazu vor Inkrafttreten des TEG die Entscheidung des LAG Hessen, 9.4.2015 – 9 TaBV 225/14 – NZA-RR 2015, 482; zum Problem ausführlich *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite (Fn. 41), S. 121 ff.

57 BT-Drs. 18/4062, S. 13.

58 Ebd.

59 Ebd.; insofern kann eine Anlehnung an die Rspr. zur Beendigung der Tarifbindung im Fall der Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG erfolgen, vgl. etwa aus jüngerer Zeit BAG, 22.2.2012 – 4 AZR 8/10 – NJOZ 2012, 1507.

60 AA. *Henssler*, RdA 2015, 222; wie hier aber *Richardi*, NZA 2015, 915, 916; wohl auch *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 7 f.

61 *Däubler*, TVG-*Lakies* (Fn. 28), § 5 Rn. 166.

Die Folgen von § 4a TVG für die Minderheitsgewerkschaft im Betrieb sind gravierend. Ihre eigenständige tarifpolitische Entfaltung wird weitgehend behindert, weshalb sie ihr originäres »Kerngeschäft« nicht ausfüllen kann, was ihre Attraktivität deutlich mindert.⁶² Eingegriffen wird dadurch aber nicht nur in die Tarifautonomie der kleineren Gewerkschaft und die positive Koalitionsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmer, sondern ebenso in die Tarifautonomie des Arbeitgebers.⁶³

Dabei ist der Minderheitenschutz im Gesetz nur schwach ausgeprägt. Die Folge der Tarifeinheit ist nämlich, dass für die Mitglieder der Gewerkschaft, die im Betrieb weniger Mitglieder organisiert hat, gar kein Tarifvertrag wirkt (§ 4 Abs. 1 TVG). Einzig über Bezugnahmeklauseln⁶⁴ kommen sie idR. zumindest auf einzelvertraglicher Basis in den Genuss der Bestimmungen des Mehrheitstarifvertrags. Abgesehen davon, dass die Bestimmungen weder individuell ausgehandelt sind, noch vermittelt durch die Mitgliedschaft in einer Koalition eine Beteiligung an deren Ausgestaltungen stattgefunden hat, ergeben sich durch die rein vertragsrechtlich geltenden Bestimmungen einige Nachteile. Nur als Beispiel sei etwa darauf verwiesen, dass die einjährige Veränderungssperre aus § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nach einem Betriebsübergang nur hinsichtlich normativ geltender Tarifbestimmungen wirkt oder dass Differenzierungsklauseln nur für die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft Anwendung finden. Das Gesetz tritt dem nur sehr bedingt entgegen, indem es etwa nach § 4a Abs. 4 TVG den Gewerkschaften, deren Tarifverträge verdrängt worden sind, das Recht zur Nachzeichnung eines inhaltsgleichen Tarifvertrags zuspricht. Voraussetzung dafür ist aber, dass bereits ein Tarifvertrag besteht.⁶⁵ Damit soll vermieden werden, ein neues Betätigungsfeld für Minderheitsgewerkschaften zu etablieren.⁶⁶ Außerdem ist das Nachzeichnungsrecht im Gegensatz zur Reichweite des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG auf die sich überschneidenden Geltungsbereiche und Rechtsnormen beschränkt. Durch die Nachzeichnung würde sich die Gewerkschaft auch der Friedenspflicht unterwerfen. Zwar werden durch die Nachzeichnung die schuldrechtlichen Rechte und Pflichten nicht übernommen,⁶⁷ allerdings folgt die Friedenspflicht der Minderheitsgewerkschaft aus dem Tarifvertrag, mittels dessen die Nachzeichnung erfolgt.⁶⁸

Ein weiteres Minderheitenrecht liegt darin, dass Verhandlungen zwischen dem Arbeitgeberverband bzw. Arbeitgeber und einer Gewerkschaft in geeigneter Weise bekannt gemacht werden müssen, damit andere zuständi-

ge Gewerkschaften die Möglichkeit haben, mündlich ihre Vorstellungen und Forderungen vorzutragen (§ 4a Abs. 5 TVG). Insofern ist allerdings nicht einmal ein formelles Anhörungsverfahren vorgesehen, die Regelung dürfte dementsprechend für die Minderheitsgewerkschaft kaum einen Trost für den Verlust der Möglichkeit bieten, auf autonomem Verhandlungsweg zu einem Tarifvertrag zu kommen.

III. Anknüpfung am Betrieb

1. Grundlagen

Die Anknüpfung an der Mehrheit im Betrieb ist insofern naheliegend, als sich der Geltungsbereich eines Tarifvertrags traditionell betrieblich definiert, dann fachlich und zum Teil auch als Kombination betrieblich-fachlich.⁶⁹ Dies ist eine Folge des Industrieverbandsprinzips. Alternativen sind aber denkbar. Insofern böte sich etwa als Ergänzung der sachliche Geltungsbereich an. Diesen Weg hat der Gesetzgeber bspw. im Rahmen des Tarifvorrangs nach § 77 Abs. 3 BetrVG gewählt, wo es auf den Regelungsgegenstand der Kollektivverträge ankommt.⁷⁰

Gesetzliche oder gar grundgesetzliche Vorgaben bestehen insofern nicht. Vielmehr folgt aus der in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Tarifautonomie nicht nur, dass die Tarifparteien frei in der Festlegung des Geltungsbereichs ihres Tarifvertrags sind. Dabei können sie sogar den Vorrang eines anderen (freilich nicht des eigenen) Tarifvertrags anordnen. Es steht ihnen vor allem auch frei, zu bestimmen, an welcher Einheit sie anknüpfen.⁷¹ Denkbar sind neben

62 Vgl. auch LAG Hamburg, 4.5.2016 – 5 TaBV 8/15 – juris, Rn. 124; *Deinert*, RdA 2011, 12; *Otto*, RdA 2010, 135, 146 f.; *Hanau*, NZA 2012, 825, 827; *Dieterich*, AuR 2011, 46.

63 Vgl. auch *Henssler*, RdA 2015, 222, 223.

64 Dazu *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, Baden-Baden 2015, S. 78 f. mwN.

65 Zu Bsp. ausländischer Rechtsordnungen, die auf vergleichbare Weise einen deutlich weitergehenden Schutz für Minderheitsgewerkschaften vorsehen: *Dorsemont/Walser*, SR 2015, 41, 47 ff.; dementsprechend kritisch in Hinblick auf die deutsche Regelung etwa *Greiner*, RdA 2015, 36, 38 f.

66 *Gaul*, ArbRB 2015, 15, 17.

67 *Schaub-Treiber* (Fn. 5), § 203 Rn. 61.

68 BT-Drs. 18/4062, 14; kritisch zu dieser Regelung *Preis*, FA 2014, 354, 355 f.

69 Vgl. *Preis*, RdA 2000, 257, 268.

70 Vgl. auch *Gaul*, ArbRB 2015, 15, 16.

71 BAG, 28.5.1997 – 4 AZR 663/95 – NZA 1997, 1066.

dem Betrieb auch das Unternehmen oder der Konzern.⁷² Ist die Anknüpfung unklar, wird vom Betrieb ausgegangen.⁷³

Bereits in der Weimarer Republik war es h.M., dass ein Tarifvertrag im Zweifel nur die eigenständigen Betriebe erfasst, die nach dem Produktionsziel bestimmt wurden, es kam also zunächst auf den Industrie- und erst in zweiter Linie auf den Fachtarif an.⁷⁴ Sogar positivrechtlich geregelt war in § 2 Abs. 2 TVVO eine Anknüpfung am Betrieb, allerdings nur im Falle von AVE-Tarifverträgen. Im Nationalsozialismus war ebenfalls der Betrieb der Anknüpfungspunkt. Nach § 32 Abs. 2 des Gesetzes zur Regelung der nationalen Arbeit waren die Bestimmungen von Tarifordnungen, welche die Tarifverträge aus der Weimarer Zeit ersetzten, für alle von ihnen erfassten Arbeitsverhältnisse verbindlich. Dies betraf mithin die gesamte Belegschaft und entsprach der Ausgestaltung der Arbeitswelt nach dem »Führerprinzip«.

Im Unterschied dazu entsteht durch das TEG allerdings keine Tarifbindung aller Belegschaftsmitglieder. Sofern nicht vom Nachzeichnungsrecht Gebrauch gemacht worden ist, bleibt ein Teil der organisierten Arbeitnehmer ohne den normativen Schutz eines Tarifvertrags zurück. Insofern konstruiert der Gesetzgeber eine »Solidargemeinschaft«⁷⁵ der Arbeitnehmer im Betrieb als Anknüpfungspunkt für das Mehrheitsprinzip, die zur Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks entstehe,⁷⁶ ohne dass jedoch alle Mitglieder dieser Solidargemeinschaft in gleicher Weise von den Effekten dieser Konstruktion profitieren – anders als etwa im Fall von Betriebsnormen oder betriebsverfassungsrechtlichen Normen. Aber auch darüber hinaus trägt der Gedanke des betrieblichen Zusammenhalts schon deshalb nur bedingt, weil es in den Betrieben häufig Gruppen gibt, die gar nicht unter einen Tarifvertrag fallen. Das gilt nicht nur für die Geschäftsleitung, sondern auch für andere außertariflich Beschäftigte. Hinzu kommen noch Leiharbeitnehmer, Arbeitnehmer von Werk- und Dienstvertragsunternehmen, Soloselbständige etc.

Dabei bleibt auch unklar, weshalb der Gesetzgeber kohärente Entgeltsysteme und Lohngerechtigkeit nur im Betrieb anstrebt und nicht bspw. im Unternehmen oder Konzern.⁷⁷ Letztere bilden etwa häufig den Anknüpfungspunkt von Firmentarifverträgen.⁷⁸ Betrachtet man die Tariflandschaft genauer, wird zudem deutlich, dass gerade in großen Unternehmens- und Konzernstrukturen die Tarifautonomie besonders fragmentiert ist.⁷⁹ Durch den intensiven Einsatz

von Leiharbeit, Fremdfirmen (Werk- und Dienstverträge) sowie Soloselbständigen entsteht ein heterogenes Sammelsurium von Tarifverträgen und Tariflosigkeit, sodass von Kohärenz nicht die Rede sein kann.⁸⁰ Hierauf ist aber das Tarifsysteem nicht eingerichtet und daran wird § 4a TVG nichts ändern.⁸¹ Insofern ist schon in der Konzeption des Gesetzes angelegt, dass Tarifpluralität im Unternehmen, das aus zwei oder mehreren Betrieben besteht, nicht ausgeschlossen werden kann.⁸²

2. Der Betriebsbegriff des § 4a TVG

a) Definition

Eine Legaldefinition des Betriebsbegriffs nimmt das TEG nicht vor. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass er bereits bekannt ist. Das erstaunt insofern, als der Betriebsbegriff im Arbeitsrecht keineswegs einheitlich verwendet wird⁸³ und tarifrechtlich bislang besonders konturlos geblieben ist⁸⁴. In der Gesetzesbegründung wird der tarifrechtliche weitgehend mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff gleichgesetzt, wobei ausdrücklich auf die Konturierung durch die Rechtsprechung verwiesen wird.⁸⁵ § 4a Abs. 2 S. 4 und S. 5 TVG nehmen dann Modifikationen am Begriff vor.

Ausgangspunkt ist folglich die Betriebsdefinition von *Jacobi*, die durch die Rechtsprechung über die Jahrzehnte geschärft und konkretisiert worden ist.⁸⁶ Erfasst ist dem-

72 Däubler, TVG-Deinert (Fn. 28), § 4 Rn. 236.

73 Gamillscheg, Koll. ArbR I (Fn. 24), S. 747.

74 Hueck/Nipperdey, Bd. II/1 (Fn. 54), S. 643.

75 Kritisch zum Begriff etwa Wendeling-Schröder, NZA 2015, 525, 528.

76 Vgl. auch BT-Drs. 18/4062, S. 12.

77 Darauf ebenfalls hinweisend Preis, FA 2014, 354.

78 Für eine Anknüpfung am Unternehmen: Wiedemann-Wank (Fn. 54), § 4 Rn. 100; Hanau, ZfA 1990, 115, 128; Preis, RdA 2000, 257, 268.

79 Vgl. nur Helfen, in: Sydow/Conrad/Sadowski (Hrsg.), Arbeit – eine Neubestimmung, Wiesbaden 2014, S. 139 ff.

80 Walser, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite (Fn. 41), S. 224 ff.

81 Deinert/Walser, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 64), S. 104.

82 Bepler, RdA 2015, 194, 195 f.; Scholz/Lingemann/Ruttloff, NZA-Beilage 1/2015, 1, 13; Bauer, DB 2014, 2715, 2716; Preis, FA 2014, 354, 355.

83 Dazu etwa Walser, AuR 2016, 118, 120 mwN.

84 Bayreuther, NZA 2013, 1395, 1397; ausführlich: Preis, RdA 2000, 257 ff.

85 BT-Drs. 18/4062, S. 13; kritisch Richardi, NZA 2015, 915, 917.

86 *Jacobi*, FS Ehrenberg, 1927, S. 1 ff.; vgl. etwa BAG, 8.6.1999 – 1 AZR 831/98 – NZA 1999, 1168.

nach diejenige Einheit, in der gesteuert von einer einheitlichen organisatorischen Leitung mit Einsatz technischer oder immaterieller Mittel fortgesetzt bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt werden.⁸⁷ Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten durch die einheitliche Leitung ausgeführt werden und eine zumindest konkludente rechtliche Verbindung zu den Angehörigen der Einheit existiert.⁸⁸

Diese Definition deutet eine weitere Problematik der Anknüpfung am Betrieb an. Denn der Betriebszuschnitt beruht letzten Endes auf einer Organisationsentscheidung des Arbeitgebers, er kann Einheiten zusammenlegen und diese mit personeller Leitungsmacht ausstatten oder auch nicht. Nutzt er seinen organisatorischen Spielraum, können sich gegebenenfalls Mehrheitsverhältnisse in seinem Betrieb verändern. Auch wenn hier praktische Grenzen bestehen, ist nicht zu verkennen, dass ein Missbrauchspotential besteht, über das die Anwendung eines bestimmten Tarifvertrags ggf. verhindert werden kann.⁸⁹ Stabilität wird auf diesem Weg nicht erreicht. Dass dies keine bloße Chimäre ist, zeigt das Beispiel USA, wo sich Praktiken von Arbeitgebern nachweisen lassen, über den Zuschnitt der sog. *bargaining units*, in denen die Kollektivverträge geschlossen werden, Kollektivverhandlungen zu vermeiden.⁹⁰

b) Nebenbetriebe und selbständige Betriebsabteilungen

Nebenbetriebe erfüllen ebenfalls die klassischen Merkmale eines Betriebs und sind daher auch als solche einzustufen. Zwar ordnet sich in dem Fall der Betriebszweck des Nebenbetriebs dem Zweck des Hauptbetriebs unter, das ändert aber nichts an der Betriebseigenschaft.⁹¹ Insofern ist ihre Zugehörigkeit tarifrechtlich eigenständig zu bestimmen.⁹² Ist im Tarifvertrag selbst die Erfassung von fachfremden Nebenbetrieben angeordnet, wird zutreffend darauf verwiesen, dass als *Auslegungsregel* (!) davon auszugehen ist, dass die Tarifvertragsparteien dem Prinzip der Tarifeinheit folgen wollten, sprich, dass sie den Tarif einheitlich im Betrieb zur Anwendung bringen wollten. Dies schließt folglich auch fachfremde Nebenbetriebe ein.⁹³ Das beantwortet allerdings noch nicht die Frage, wie mit Kollisionen iSd. § 4a TVG umzugehen ist.

Aus der betrieblichen Anknüpfung der Norm ergibt sich – wie bereits dargestellt –, dass der Gesetzgeber die Geltung unterschiedlicher Tarife im Unternehmen akzeptiert. Da auch ein Nebenbetrieb einen eigenständigen Betrieb dar-

stellt, bemisst sich die Anwendbarkeit eines Tarifvertrags auch in Bezug auf ihn an den Maßgaben des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG. Für eine teleologische Reduktion bieten sich in diesem Zusammenhang keine Anhaltspunkte. Hinzu kommt, dass sobald eine Berufsgewerkschaft an einem Tarifabschluss beteiligt ist, die Tarifeinheit als Auslegungsregel sowieso nicht greift, da sie denkllogisch nur für Koalitionen unterstellt werden kann, die sich nach dem Industrieverbandsprinzip organisiert haben.⁹⁴

Anders wird man dies hingegen regelmäßig in Bezug auf selbständige Betriebsabteilungen sehen müssen. Während sich ein Nebenbetrieb im Vergleich zum Hauptbetrieb nur dadurch unterscheidet, dass er hinsichtlich seines Betriebszwecks lediglich eine Hilfsfunktion für den Hauptbetrieb ausübt, er aber im Übrigen organisatorisch selbständig und mit eigenständiger Leitungsfunktion ausgestattet ist, stellt sich die Situation bei der selbständigen Betriebsabteilung anders dar. Sie weist zwar eine wahrnehmbare organisatorische Abgrenzbarkeit auf und verfügt über eine Leitung, die das Weisungsrecht des Arbeitgebers wahrnehmen kann, verfolgt jedoch keinen eigenen Betriebszweck und verfügt nicht über ausreichende organisatorische Autonomie, um als Betrieb eingestuft zu werden.⁹⁵ Da die Gesetzesbegründung auf den betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff verweist, kann allerdings die Über-

87 Deinert/Walser, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 64), S. 102 mwN.

88 Bspw. Buchner, FS Schaub, 1998, S. 75, 87; Däubler, TVG-Deinert (Fn. 28), § 4 Rn. 238.

89 Kritisch insofern auch Schaub-Treiber (Fn. 4), § 203 Rn. 56; Däubler, in: Däubler/Bepler (Hrsg.), Das neue Tarifeinheitsrecht, Baden-Baden 2016 (im Folgenden: Däubler/Bepler), Kap. D Rn. 92; Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 2 und 11; Düwell, jurisPR-ArbR 5/2015 Anm. 1, unter VI.1.; Walser, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite (Fn. 41), S. 156 f.; Bauer, DB 2014, 2715, 2716; Preis, FA 2014, 354, 356; Bayreuther, NZA 2013, 1395, 1397.

90 Summers, Comp.Lab.LawJ. 1997 (18), 503, 515 f.

91 Däubler, TVG-Deinert (Fn. 28), § 4 Rn. 247.

92 Gamillscheg, Koll. ArbR I (Fn. 24), S. 747; aA. etwa Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, München 2012, § 4 Rn. 187 mwN., die den Nebenbetrieb grundsätzlich nach dem Primärbetrieb bestimmen wollen.

93 Däubler, TVG-Deinert (Fn. 28), § 4 Rn. 278; Schaub-Treiber (Fn. 4), § 203 Rn. 18; vgl. auch BAG, 19.12.1958 – 1 AZR 55/58 – AP Nr. 6 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz, Rn. 18; BAG, 3.2.1965 – 4 AZR 461/63 – AP Nr. 11 zu § 4 TVG Geltungsbereich; kritisch Jacobs, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert (Hrsg.), Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013, § 5 Rn. 54.

94 Ebenso Däubler, TVG-Deinert (Fn. 28), § 4 Rn. 278; Hueck/Nipperdey, Bd. II/1 (Fn. 54), S. 518; anders Wiedemann-Wank (Fn. 54), § 4 Rn. 156; Kempen, in: Kempen/Zachert (Begr.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Frankfurt aM. 2014, § 4 TVG Rn. 101.

95 Vgl. etwa Schaub-Linck (Fn. 4), § 18 Rn. 7 f. mwN.

legung angestellt werden, § 4 Abs. 1 BetrVG fruchtbar zu machen⁹⁶ und Betriebsteile, die entweder über eine ausreichende räumliche oder eine weitgehende organisatorische Trennung und einen abgrenzbaren Aufgabenbereich verfügen, als eigenständige Betriebe zu betrachten. Dies würde jedoch im Widerspruch zu Gesetzeswortlaut und -systematik stehen. Denn § 4a Abs. 2 S. 4 TVG führt mit dem Bezug zu § 1 Abs. 1 S. 2 und § 3 Abs. 1 BetrVG ausdrücklich Einheiten auf, die vom klassischen Betriebsbegriff abweichen und dennoch erfasst sein sollen. Dieses Ergebnis wird ferner dadurch gestützt, dass es dem Zweck des Gesetzes, nämlich die Ordnungsfunktion der Tarifverträge und die Kohärenz der Arbeitsbedingungen im Betrieb zu stützen, zur Geltung verhilft. Es bleibt daher beim Gesamtbetrieb als Bezugspunkt, auch wenn dieser aus selbständigen Betriebsabteilungen besteht.

Wenn hingegen bestimmte Betriebsabteilungen tarifautonom aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags ausgeschlossen werden,⁹⁷ kommt es in ihnen gar nicht zur Tarifkollision. Wenn die Betriebsabteilung einem anderen Tarifvertrag unterfällt, kommt es zwar zur Tarifpluralität im Gesamtbetrieb, diese nimmt das Gesetz allerdings ausdrücklich hin, weil es in § 4a Abs. 2 S. 2 TVG eine Kollision nur bei überschneidenden Geltungsbereichen annimmt.

Wird wiederum umgekehrt tarifautonom eine Abteilung eines fachfremden Betriebs in die Geltung eines Tarifvertrags miteinbezogen,⁹⁸ ist eine etwaige Kollision – sofern sich die Tarifparteien überhaupt im Rahmen ihrer Tarifzuständigkeit bewegen – nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG aufzulösen.

c) Gemeinsame Betriebe

Mehrere Unternehmen können auch zusammen einen einheitlichen Betrieb bilden, wenn sie die sachlichen Betriebsmittel und den Einsatz der Arbeitnehmer aufgrund einer Vereinbarung gemeinsam nutzen.⁹⁹ Betriebsverfassungsrechtlich wird dieser als Betrieb angesehen (§ 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG). Laut § 4a Abs. 2 S. 4 TVG sollen gemeinsame Betriebe ebenfalls als Betriebe iSd. § 4a TVG betrachtet werden. Tatsächlich ist der Fall wahrscheinlich, dass in solchen unterschiedliche Tarifverträge zur Anwendung kommen. Denn die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer bestehen nicht zum gemeinsamen Betrieb, sondern zu ihrem jeweiligen ursprünglichen Unternehmen als Arbeitgeber. Sind die Unternehmen an unterschiedliche Tarifverträge gebunden, gelten im gemeinsamen Betrieb automatisch

unterschiedliche Tarifbedingungen.¹⁰⁰ Würde man nun § 4a Abs. 2 S. 2 TVG unbesehen auf diese Situation anwenden, würde dies zu der paradoxen Situation führen, dass auf die Arbeitsverhältnisse zu manchen der Unternehmen nicht nur der Minderheitstarifvertrag nicht mehr anwendbar wäre, sondern gar kein Tarifvertrag mehr – zumindest sofern sich die Anwendungsbereiche der Tarifverträge überschneiden.

In den wenigsten Fällen wird es aber überhaupt erst zur Kollision kommen.¹⁰¹ Treffen etwa Firmentarifverträge der unterschiedlichen im gemeinsamen Betrieb zusammenwirkenden Unternehmen zusammen, fehlt es an einer entsprechenden Schnittmenge, da die Arbeitnehmer schon aufgrund des Geltungsbereichs jeweils an »ihren« Tarifvertrag gebunden sind und es damit gar nicht zur Kollision kommt.¹⁰² Aber auch bei Flächentarifverträgen wird dies häufig nicht anders sein. Damit § 4a Abs. 2 S. 2 TVG zur Anwendung kommt, muss nämlich der Arbeitgeber an unterschiedliche Tarifverträge gebunden sein.¹⁰³ Denn es kommt hier auf die Bindung im Einzelarbeitsverhältnis an und dafür ist – wie bereits ausgeführt – die Beziehung zum entsendenden Unternehmen ausschlaggebend. Gerade wenn die zusammenwirkenden Unternehmen an Tarifverträge unterschiedlicher Branchen gebunden sind, wird sich daher keine Kollision ergeben.¹⁰⁴

Daher wird in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass der praktische Anwendungsbereich der Ausnah-

96 Der tarifrechtliche Begriff der Betriebsabteilung ähnelt zwar dem Begriff des Betriebsteils nach § 4 Abs. 1 BetrVG, sie sind aber nicht deckungsgleich, vgl. Däubler, TVG-Deinert (Fn. 28), § 4 Rn. 242 mwN. Weiter als § 4 Abs. 1 BetrVG setzt § 97 S. 2 SGB III hinsichtlich des Kurzarbeitergeldes Betriebsabteilungen sogar mit Betrieben gleich.

97 So bspw. die Praxis im Baugewerbe, vgl. etwa BAG, 11.9.1991 – 4 AZR 40/91 – NZA 1992, 422.

98 BAG, 8.10.1975 – 4 AZR 432/74 – AP Nr. 25 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau; Däubler, TVG-Deinert (Fn. 28), § 4 Rn. 244; Löwisch/Rieble (Fn. 92), § 4 Rn. 193.

99 Dazu Koch, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., München 2016 (im Folgenden: ErfK), § 1 BetrVG Rn. 13.

100 BAG, 19.11.1992 – 10 AZR 290/91 – AP Nr. 145 zu § 611 BGB Gratifikation; dazu ausführlich Walser, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite (Fn. 41), S. 226 ff.

101 Däubler/Bepler-Däubler (Fn. 89), Kap. D Rn. 85.

102 Vgl. Scholz/Lingemann/Ruttloff, NZA-Beilage 1/2015, 1, 13.

103 Vgl. auch Däubler/Bepler-Däubler (Fn. 89), Kap. D Rn. 85.

104 Anders wohl Giesen, in: Rolfs et al. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (im Folgenden: Beck OK ArbR), Stand: 15.3.2016, § 4 TVG Rn. 18; dagegen greifen Schaub-Treber (Fn. 4), § 203 Rn. 56 sowie Scholz/Lingemann/Ruttloff, NZA-Beilage 1/2015, 1, 13 auf eine teleologische Reduktion zurück.

mebestimmungen in § 4a Abs. 2 S. 4 Hs. 2 und S. 5 TVG in Bezug auf gemeinsame Betriebe äußerst beschränkt bleiben dürfte.¹⁰⁵ Denn entweder es kommt eben zu keiner Kollision, dann ist aber § 4a TVG schon deshalb nicht anzuwenden. Oder es kommt doch zu einer Kollision, wenn etwa ein oder mehrere Unternehmen, das/die an einem gemeinsamen Betrieb beteiligt ist/sind, an Tarifverträge mit unterschiedlichen Gewerkschaften und überschneidenden Geltungsbereichen gebunden ist/sind.¹⁰⁶ Dann leuchtet es aber nicht ein, wieso die Anwendung des Gesetzes dessen Zielen »offensichtlich« entgegenstehen sollte. Das könnte man nur argumentieren, wenn die aufzulösende Kollision zu vollständiger Tariflosigkeit bei einem Arbeitgeber führen würde, eine solche Konstellation ist aber nur schwer vorstellbar.

d) Zuordnungstarifverträge

Mittels sogenannter Zuordnungstarifverträge nach § 3 BetrVG kann die betriebsverfassungsrechtliche Organisation an bestimmte Unternehmensstrukturen angepasst werden. Dies eröffnet Flexibilität und ermöglicht maßgeschneiderte Lösungen hinsichtlich der Vertretungsstruktur.¹⁰⁷ Nach § 4a Abs. 2 S. 4 TVG sollen zumindest auch die nach § 3 Abs. 1 Nr. 1–3 BetrVG geschaffenen Einheiten als Betriebe iSd. Bestimmung gelten. Betroffen sind damit Tarifverträge, die einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat etablieren oder zumindest mehrere Betriebe eines Unternehmens zusammenfassen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und b BetrVG), sogenannte Spartenbetriebsräte, die insbesondere in großen Konzernen existieren, welche nach produkt- und projektbezogenen Geschäftsbereichen organisiert sind (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) und schließlich sollen generalklauselartig »andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen« innerhalb einer Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation möglich sein (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG).¹⁰⁸

In der Begründung zum TEG wird darauf verwiesen, dass durch so errichtete Betriebe eine einheitliche Interessensvertretung gebildet werde, die dem Wohl der gesamten Belegschaft des neu errichteten Betriebs verpflichtet sei und zudem die Berücksichtigung solcher Betriebe die Praktikabilität der Tarifeinheitsregelung fördere.¹⁰⁹ Keine Berücksichtigung finden laut § 4a Abs. 2 S. 4 TVG die so geschaffenen Einheiten allerdings, wenn dies den Zielen des § 4a Abs. 1 TVG offensichtlich entgegensteht, wobei § 4a Abs. 2 S. 5 TVG – wie bereits erwähnt – als Regelbei-

spiel hierfür benennt, dass die zusammengefassten Betriebe unterschiedlichen Wirtschaftszweigen oder Wertschöpfungsketten zugeordnet werden. In diesen Fällen könne eine betriebliche Solidargemeinschaft nicht entstehen.¹¹⁰

Nicht von § 4a TVG erfasst sind freilich Einheiten, die auf Basis von § 3 Abs. 2 und 3 BetrVG durch Betriebsvereinbarung oder Wahl der Arbeitnehmer geschaffen worden sind. Voraussetzung für diese ist nämlich, dass kein Tarifvertrag in den betroffenen Betrieben gilt,¹¹¹ folglich kann es auch zu keiner Kollision kommen. Letztlich kann es sowohl für die Ermittlung des Geltungsbereichs wie auch für die Bestimmung der für die Tarifeinheit maßgeblichen Einheit als Ausdruck der Tarifautonomie nur auf den Willen der Tarifparteien ankommen. Andernfalls würde es auch den Betriebsparteien bzw. den Arbeitnehmern ermöglichen, über die Geltung eines Tarifvertrags zu disponieren.¹¹²

Bestimmungen in Zuordnungstarifverträgen stellen betriebsverfassungsrechtliche Normen iSv. § 3 Abs. 2 TVG dar. Für ihre normative Wirkung im Betrieb ist daher keine kongruente Tarifbindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer Voraussetzung – vielmehr ist die Bindung des Arbeitgebers ausreichend, um alle Arbeitsverhältnisse zu erfassen. Insofern liegt streng genommen bei einer Mehrheit potentiell infrage kommender Tarifverträge kein Fall der Tarifkollision, sondern eine Tarifkonkurrenz vor, die es aufzulösen gilt. Ein gemeinsamer Tarifvertrag ist jedenfalls nicht erforderlich.¹¹³ Hier ist die wohl hM. schon bislang davon ausgegangen, nicht das Spezialitätsprinzip, sondern das Mehrheitsprinzip anzuwenden.¹¹⁴ Ein Arbeitgeber könnte andernfalls durch Abschluss eines entsprechenden Firmentarifvertrags mit einer durchsetzungs-

105 Däubler/Bepler-Däubler (Fn. 89), Kap. D Rn. 86; in diese Richtung auch ErfK-Franzen (Fn. 99), § 4a TVG, Rn. 20.

106 Ebenso Däubler/Bepler-Däubler (Fn. 89), Kap. D Rn. 85; Schönhöft/Oelze, BB 2016, 565, 569.

107 BT-Drs. 14/5741, S. 33.

108 Dazu Trümmer, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, Frankfurt aM. 2014 (im Folgenden: DKKW), § 3 Rn. 3 ff.; Wendeling-Schröder, NZA 2015, 525 f.

109 BT-Drs. 18/4062, S. 13.

110 BT-Drs. 18/4062, S. 14.

111 Zur Frage der Tarifgeltung DKKW-Trümmer (Fn. 108), § 3 Rn. 164 f.

112 Vgl. Däubler, TVG-Deinert (Fn. 28), § 4 Rn. 240.

113 BAG, 29.7.2009 – 7 ABR 27/08 – NZA 2009, 1424; vgl. ich auch Schaub-Treber (Fn. 4), § 203 Rn. 56.

114 Dazu Walser, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite (Fn. 41), S. 276 ff. mwN., zu den unterschiedlichen Begründungssträngen für die Erfassung der Außenseiter S. 323 ff.

schwachen (aber noch tariffähigen) Gewerkschaft für die Verdrängung von ihm unliebsamen Betriebsnormen sorgen. Der Gesetzgeber folgt insofern der hM. und schreibt das Mehrheitsprinzip in diesen Fällen nun in § 4a Abs. 2 und 3 TVG ausdrücklich fest. Nach § 4a Abs. 3 TVG findet der Grundsatz der Tarifeinheit im Falle tariflicher Normen über betriebsverfassungsrechtliche Fragen nach § 3 Abs. 1 und § 117 Abs. 2 BetrVG nur dann Anwendung, wenn diese bereits in einem Tarifvertrag einer anderen Gewerkschaft geregelt sind. Ansonsten kann auch ein Minderheitsvertrag die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung regeln.¹¹⁵ Damit soll sichergestellt werden, dass betriebsverfassungsrechtliche Vertretungsstrukturen mit der erforderlichen Stabilität erhalten bleiben.

Aus dem Blickwinkel, der ordnenden Funktion von Tarifverträgen möglichst gut zur Geltung zu verhelfen, macht die Erfassung von Zuordnungstarifverträgen also durchaus Sinn.¹¹⁶ Allerdings wird damit auch eine nicht unerhebliche Missbrauchsmöglichkeit eröffnet. Durch ein Zusammenwirken eines Arbeitgebers mit einer Gewerkschaft können diese aufgrund von § 3 Abs. 1 Nr. 1–3 BetrVG über den Zuschnitt der Betriebe nämlich die Mehrheitsverhältnisse beeinflussen.¹¹⁷

Möglich ist auch, dass eine Berufsgewerkschaft als Minderheitsgewerkschaft mittels eines Tarifvertrags nach § 3 Abs. 1 BetrVG eine betriebsverfassungsrechtliche Vertretungsstruktur für die von ihr vertretene Berufsgruppe erreicht.¹¹⁸ Nimmt man den *Marburger Bund* als Beispiel, könnte er so zwar erreichen, die Mehrheitsgewerkschaft für den ärztlichen Dienst zu werden. Fraglich ist dann allerdings, ob eine eigene Tarifbindung für den ärztlichen Dienst der Schutz-, Verteilungs-, Befriedungs- und Ordnungsfunktion entgegenstünde (§ 4a Abs. 2 S. 4 und § 5 TVG). Das Regelbeispiel des § 4a Abs. 2 S. 5 TVG ist jedenfalls nicht erfüllt, da gerade eine einheitliche Berufsgruppe innerhalb eines Wirtschaftszweiges betroffen ist. Hinsichtlich der Verteilungsfunktion könnte man Zweifel anmelden. Denn hier gliedert sich eine kampfstärke Funktionselite aus, die den tarifpolitischen Verteilungsspielraum zu ihren Gunsten und daher auf Kosten anderer Berufsgruppen ausschöpfen möchte. Allerdings stellt sich dann wiederum die Frage, wieso das Gesetz überhaupt parallele Tarifpluralität im Betrieb zulässt. Insofern wird dieser Einwand kaum durchschlagen.¹¹⁹

Grenzen der Gestaltungsmöglichkeit sind also in dreierlei Hinsicht gesetzt. Zum einen verlangen schon die § 3

Abs. 1 Nr. 1–3 BetrVG, dass diese Einheiten zur Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer gebildet werden, dass durch sie die Bildung von Betriebsräten erleichtert wird oder sie der wirksamen und zweckmäßigen Interessensvertretung der Arbeitnehmer dienen.¹²⁰ Sind diese Kriterien nicht erfüllt, mangelt es an der Wirksamkeit eines solchen Tarifvertrags. Dies kann sich auch im Laufe der Zeit ändern, wenn etwa erhebliche Veränderungen an einer Unterorganisation dazu führen, dass eine sachgerechte Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer nicht mehr gewährleistet ist.¹²¹ Ferner hat noch – wie bereits dargestellt – eine Prüfung der Wirksamkeit anhand von § 4a Abs. 2 S. 4 und 5 iVm. Abs. 1 TVG zu erfolgen.¹²² Schließlich können sich Schranken aus der Zuständigkeit der Tarifparteien ergeben, die nämlich außerhalb ihrer Zuständigkeit keine wirksamen Tarifverträge schließen können.¹²³

e) Vergütungsordnungen – insbesondere im öffentlichen Dienst

(1) Pluralität der Lehrkräfte-Entgeltordnungen?

Versucht man nun die gewonnenen Erkenntnisse auf das Ausgangsbeispiel anzuwenden, ist zunächst zu fragen, ob überhaupt Tarifpluralität gegeben ist. Praktisch betrifft die Frage rund 200.000 Lehrkräfte, die sich in den Ländern in einem Arbeitsverhältnis befinden und nicht verbeamtet sind.¹²⁴ Geht man nämlich davon aus, dass die EntgO-L die einzige tarifliche Entgeltordnung für Lehrkräfte im öffentlichen Dienst darstellt, stellt sich die Frage der Tarifpluralität erst, wenn die GEW in Zukunft eine abweichenden

¹¹⁵ Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 11.

¹¹⁶ Kritisch aber etwa Richardi, NZA 2015, 915, 917.

¹¹⁷ Kritisch Schaub-Treiber (Fn. 4), § 203 Rn. 56; Greiner, RdA 2015, 36, 40; auch Bayreuther, NZA 2013, 1395, 1397; Preis, FA 2014, 354, 356.

¹¹⁸ Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 11; angedeutet auch bei Greiner, RdA 2015, 36, 40.

¹¹⁹ Jedenfalls kommt den einzelnen Gewerkschaften keine »übergreifende Verantwortung für Ordnung und Verteilungsgerechtigkeit im Betrieb« zu, vgl. BAG, 27.1.2016 – 4 AZR 830/13 – juris.

¹²⁰ Zu den Grenzen etwa Richardi, NZA 2015, 915, 917.

¹²¹ BAG, 21.9.2011 – 7 ABR 54/10 – AP Nr. 9 zu § 3 BetrVG 1972, Rn. 43; Bepler, RdA 2015, 194, 196 mwN.

¹²² Bepler, RdA 2015, 194, 196.

¹²³ Vgl. auch Wendeling-Schröder, NZA 2015, 525, 526.

¹²⁴ Conze, in: Conze/Karb/Wölk (Hrsg.), Personalbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst, 4. Aufl., München 2014, Lehrer an öffentlichen Schulen Rn. 2013; Müller, öAT 2015, 89, 90.

de Entgeltordnung erreicht. Zwar könnte man erwägen, aus den allgemeinen Bestimmungen des TV-L, insbesondere den §§ 12 ff. TV-L eine solche Entgeltordnung abzuleiten und die EntgO-L folglich nur als spezielle Ausformung derselben interpretieren. Allerdings schließt die Vorbem. 4 zu Anl. A zum TV-L die Anwendung der (allgemeinen) Entgeltordnung zum TV-L auf Lehrkräfte ausdrücklich aus. Dies interpretiert das BAG in ständiger Rechtsprechung (und bereits zum BAT) so, dass auch die §§ 12 ff. TV-L, welche die Regelungen zur Eingruppierung enthalten, auf Lehrkräfte nicht anwendbar sein sollen.¹²⁵

Zwar finden sich im TV-L auch Bestimmungen, die sich auf die Entgeltordnung auswirken und ausdrücklich auf Lehrkräfte anwendbar sind, so regelt etwa § 20 TV-L die Anwendung einer angepassten Entgelttabelle auf Lehrkräfte oder es findet sich in § 44 Nr. 2a TV-L eine Regelung zur Anerkennung von Vordienstzeiten bei der Stufenzuordnung. Hieraus ergibt sich allerdings noch keine vollständige Vergütungsordnung.¹²⁶ Die Tarifparteien haben die Eingruppierung – so das BAG ausdrücklich – »im Ergebnis dem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht der Arbeitgeberseite überlassen«¹²⁷. »Der TV-L und der TVÜ-Länder,« so das BAG weiter, »[...] enthalten keine eigenständige Eingruppierungsregelung für Lehrkräfte.«¹²⁸ Auch das ArbG Berlin hat im Zusammenhang mit einer auf die L-EGO gerichteten Streikmaßnahme der GEW entschieden, dass die Eingruppierung bis dahin nicht geregelt gewesen sei und dieser Bereich daher auch nicht unter die Friedenspflicht des TV-L falle.¹²⁹

Praktisch sind diesen einzelvertraglichen Regelungen bislang – in Westdeutschland über sechs Jahrzehnten – idR. die arbeitgeberseitig erlassenen und von der TdL modellhaft zur Verfügung gestellten Lehrkräfte-Richtlinien zugrunde gelegt worden, die meist durch Eingruppierungs-Erlasse umgesetzt sind.¹³⁰ In den arbeitsvertraglichen Klauseln wird häufig unter Bezugnahme auf § 17 Abs. 3 S. 1 TVÜ-Länder die Vorläufigkeit der Geltung der Lehrkräfterichtlinie betont, »bis zum In-Kraft-Treten [sic!] einer neuen Entgeltordnung«, wie es etwa in hamburgischen Arbeitsverträgen heißt.¹³¹ Da somit bislang die Eingruppierung nach einzelvertraglichen Maßstäben erfolgt ist, käme es durch das Inkrafttreten der EntgO-L zunächst nicht zu einer Pluralität der Entgeltordnungen: Für die GEW-Mitglieder und die Außenseiter gilt also nach wie vor die arbeitsvertragliche Regelung, für die Mitglieder der in der dbb tarifunion zusammengeschlossenen Gewerkschaften die EntgO-L.

Daraus folgen allerdings dennoch mehrere diffizile Fragestellungen. Die Länder haben ihre Lehrkräfte in persönlichen Anschreiben darüber informiert, dass sie aufgrund einzelvertraglicher Verweisung die EntgO-L unabhängig von der Gewerkschaftsmitgliedschaft auf sie anwenden und dabei auf entsprechende Bezugnahmeklauseln verwiesen. Dies wirft zum einen Bedenken aus AGB-rechtlicher Sicht auf, insbesondere hinsichtlich Transparenzgebots des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Verweis im Arbeitsvertrag auf die Ablösung der Richtlinien durch »eine neue Entgeltordnung« wurde nämlich vor dem Hintergrund aufgenommen, dass die Parteien des TV-L bereits seit langem und auf Arbeitnehmerseite gemeinsam über eine Entgeltordnung verhandelt haben. Dass es zu einem Abschluss kommt, den nicht alle Parteien mittragen, war so für die Arbeitsvertragsparteien nicht absehbar. Ob die EntgO-L daher eine »neue Entgeltordnung« iSd. vertraglichen Bestimmung darstellt, ist schon zweifelhaft. Dies gilt ganz besonders für Bereiche, in denen die Gewerkschaften der dbb tarifunion eine Minderheitenposition einnehmen.¹³²

Aus der Perspektive der vorliegenden Fragestellung erweist sich in Bezug auf § 4a TVG aber vor allem ein anderer Punkt als problematisch: Die EntgO-L ändert auch Bestimmungen im TV-L ab, die bislang schon auf Lehrkräfte anwendbar waren. Sie haben damit die Mitglieder aller tarifschießenden Gewerkschaften normativ iSv. § 4 Abs. 1 TVG erfasst. Dies gilt insbesondere für § 6 Abs. 2 EntgO-L, der § 44 Abs. 2a TV-L abändert und vermittelt über diesen § 16 TV-L. In Bezug auf diese Bestimmungen ist für GEW-Mitglieder die Anwendung der EntgO-L durch arbeitsvertragliche Bezugnahme damit

125 Vgl. nur BAG, 11.7.2012 – 10 AZR 203/11 – ZTR 2012, 569, Rn. 11 ff.; BAG, 4.4.2001 – 4 AZR 194/00 – AP Nr. 45 zu § 23a BAT; dazu Schaub-Treber (Fn. 4), § 64 Rn. 75; Conze/Karb/Wölk-Conze (Fn. 124), Lehrer an öffentlichen Schulen Rn. 2019.

126 So auch ArbG Berlin, 22.4.2013 – 59 Ga 5770/13 – LAGE Nr. 92 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Rn. 54.

127 BAG, 20.3.2013 – 4 AZR 590/11 – AP Nr. 115 zu § 22, 23 BAT Lehrer, Rn. 19.

128 BAG, 20.3.2013 – 4 AZR 590/11 – AP Nr. 115 zu § 22, 23 BAT Lehrer, Rn. 17, vgl. auch Rn. 38.

129 ArbG Berlin, 22.4.2013 – 59 Ga 5770/13 – LAGE Nr. 92 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Rn. 54.

130 Geyer, ZTR 2015, 483, unter 2; Zimmerling, öAT 2013, 202 ff.; bei beiden auch zu den unterschiedlichen Typen in den einzelnen Bundesländern.

131 In manchen Ländern, wie bspw. Sachsen, fehlen Vorläufigkeitsklauseln in den Arbeitsverträgen.

132 Vgl. zum Verweis auf den repräsentativen Tarifvertrag BAG, 27.6.2006 – 3 AZR 255/05 – AP Nr. 49 zu § 1 BetrAVG, Rn. 19, 21.

prinzipiell nur dann möglich, wenn sie iSv. § 4 Abs. 3 TVG günstiger ist, da ansonsten die normative Wirkung der Tarifbestimmungen vorgeht.¹³³ Damit kommt es aber zu einer Kollision von Tarifnormen. Orientiert man sich streng am Wortlaut von § 4a TVG wäre diese Kollision nach dem Mehrheitsprinzip aufzulösen und erfasst dann den Tarifvertrag als Ganzes.

Aber selbst wenn man an dieser Stelle zu einem anderen Schluss kommt, lohnt sich die Auseinandersetzung mit dieser Tarifkonstellation. Denn die GEW dringt weiter auf die L-EGO. Auch wenn es letztlich unwahrscheinlich ist, dass am Ende tatsächlich zwei abweichende tarifliche Entgeltordnungen nebeneinanderstehen, so müssen die Tarifverhandlungen in Zukunft doch immer vor dem Hintergrund des TEG geführt werden. Insofern verschiebt sich das Verhandlungsgleichgewicht.

(2) Übergangsregelung

Insofern ist weiter zu fragen, ob § 4a TVG in zeitlicher Hinsicht für die EntgO-L idGF. überhaupt schon relevant ist. Immerhin soll er nicht auf Tarifverträge anwendbar sein, die zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens – also am 10.7.2015 – bereits gegolten haben (§ 13 Abs. 3 TVG). Die ursprüngliche Einigung zum Tarifvertrag erfolgte am 28.3.2015. Dieses Datum ist auch im Kopf des Tarifvertrags genannt («Tarifvertrag [...] vom 28. März 2015»). Nach redaktionellen Verhandlungen wurde der endgültige Text dem Vernehmen nach Ende Juli 2015, also nach Inkrafttreten des TEG abgeschlossen.¹³⁴ § 12 Abs. 1 TV EntgO-L schließlich verwendet für die Bestimmung des Inkrafttretens die in Tarifverträgen übliche Formulierung und lautet: »Dieser Tarifvertrag tritt am 1. August 2015 in Kraft.«

Stellt man nun auf die Tarifeinigung vom 23.3.2015 ab, wäre § 4a TVG auf die EntgO-L nicht anzuwenden, zieht man den 1.8.2015 heran, wäre eine etwaige Kollision sehr wohl aufzulösen. § 13 Abs. 3 TVG nimmt in seinem Wortlaut eindeutig auf die Geltung des Tarifvertrags Bezug.¹³⁵ Zwar liegt ein zwischen den Tarifvertragsparteien wirksamer Tarifvertrag bereits vor, wenn er die Form eines schriftlichen Vertrags erfüllt.¹³⁶ Von einer Geltung des Tarifvertrags wird allerdings allgemein idR. erst dann gesprochen, wenn er auch in Kraft getreten ist. Insofern können die Zeitpunkte von Wirksamwerden und Inkrafttreten auseinanderfallen.¹³⁷ Unschädlich ist dabei, dass der Gesetzgeber offensichtlich nachwirkende Tarifverträge nicht unter die Bestimmung subsumieren wollte,¹³⁸ denn dies spricht eher

dafür, dass es ihm gerade auf die normative Wirkung angekommen ist.

§ 13 Abs. 3 TVG stellt insofern nicht auf den wirksamen Abschluss, sondern auf die Geltung ab. Bereits zum Zeitpunkt der (ersten) Unterzeichnung des Tarifvertrags war die Formulierung des § 13 Abs. 3 TVG den Tarifparteien bekannt, auch wenn das konkrete Datum noch nicht feststand.¹³⁹ Umso mehr, wenn man den Abschluss des endgültigen Textes Ende Juli 2015 als eigentliches Abschlussdatum betrachtete, hätten die Tarifparteien durch eine rückwirkende Inkraftsetzung des Tarifvertrags die Anwendung von § 4a TVG vermeiden können.¹⁴⁰ Da sie sich dennoch dazu entschlossen haben, den Tarifvertrag erst am 1.8.2015 in Kraft treten zu lassen, wird die EntgO-L nicht von der Übergangsbestimmung des § 13 Abs. 3 TVG erfasst, § 4a TVG ist mithin anwendbar.

(3) Betrieb = Dienststelle?

Des Weiteren ist zu fragen, auf welche Einheit sich der Begriff »Betrieb« im öffentlichen Dienst übertragen lässt. Z.T. wird zwar erwogen, dass öffentliche Verwaltungen gar nicht durch das Gesetz erfasst sein sollen, da sie im Wortlaut des § 4a TVG nicht genannt sind.¹⁴¹ Dies lässt sich aber wohl ausschließen, da das TVG auch an sonst keiner Stelle auf Verwaltungsorganisationen Bezug nimmt. Hätte der Gesetzgeber hier ein Sonderarbeitsrecht schaffen wollen, hätte er dies einfach regeln können, wie er es etwa im KSchG getan hat (vgl. nur § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 KSchG).

Das BAG sieht jedenfalls im öffentlichen Dienst in der Dienststelle am ehesten die Entsprechung für den Betrieb in der Privatwirtschaft.¹⁴² Gleichgesetzt werden können die

133 ArbG Berlin, 16.12.2015 – 21 Ca 11278/15 – juris, Rn. 26.

134 Auf die Vorläufigkeit der ursprünglichen Einigung verweisend Müller, öAT 2015, 89, 90.

135 Außerdem: BT-Drs. 18/4062, S. 15.

136 So bereits Hueck/Nipperdey, Bd. II/1 (Fn. 54), S. 462; Gamillscheg, Koll. ArbR I (Fn. 24), S. 759; was nach hM. bspw. die Friedenspflicht auslösen soll, Löwisch/Rieble (Fn. 92), § 1 Rn. 1053.

137 Däubler, TVG-Deinert (Fn. 28), § 4 Rn. 4; Löwisch/Rieble (Fn. 92), § 4 Rn. 226; Beck OK ArbR-Giesen (Fn. 104), § 4 TVG Rn. 10.

138 BT-Drs. 18/4062, S. 15.

139 Die BT-Drs. 18/4062 wurde am 20.2.2015 in den Bundestag eingebracht.

140 Auf diese Option ebenfalls verweisend BKS-Berg (Fn. 6), § 4a TVG Rn. 22.

141 Letzteres deutet wohl Bayreuther, NZA 2013, 1395, 1397 als Möglichkeit an; deutlicher noch Däubler/Bepler-Däubler (Fn. 89), Kap. D Rn. 93.

142 BAG, 23.3.1984 – 7 AZR 515/82 – NZA 1984, 88; Reichold, öAT 2010, 219; ausführlich Müller/Landshuter, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 7. Aufl., München 2009, Rn. 201 ff.

Begriffe aber nicht.¹⁴³ Nimmt man Bezug auf den personalvertretungsrechtlichen Dienststellenbegriff des § 6 BPersVG, muss eine solche Einheit innerhalb der Verwaltungsorganisation verselbständigt sein und über einen eigenständigen Aufgabenbereich verfügen sowie über eine Leitung.¹⁴⁴ Schulen sind üblicher Weise organisatorisch und räumlich abgrenzbar, verfügen über eine eigenständige Leitung, der wesentliche Arbeitgeberfunktionen zukommen, auch wenn die Schulleitung nicht über die volle Personalverantwortung verfügt. Immerhin unterschreibt bspw. in Hamburg neben der Personalabteilung der Schulbehörde auch die Schulleitung die Arbeitsverträge. Der Gesetzgeber hat aber gerade nicht an der einstellenden Körperschaft angeknüpft sondern den Betrieb als relevante Einheit gewählt. Im Rahmen von § 613a BGB wendet das BAG den Betriebsbegriff sogar ausdrücklich auf öffentliche Schulen an.¹⁴⁵

Ausgehend von der Struktur des § 4a TVG, der hinsichtlich seiner Anknüpfung in erheblichem Maß auf die betriebsverfassungsrechtliche Situation abstellt, erscheint es angebracht, auch die personalvertretungsrechtliche Gestaltung im öffentlichen Dienst mitzuberücksichtigen. In den meisten Bundesländern ist dann auch tatsächlich die einzelne Schule die für die Personalvertretung relevante Einheit (vgl. etwa § 78 Abs. 1 S. 1 MBG SH; § 88 Abs. 1 PersVG NRW).¹⁴⁶ In Brandenburg fungiert dagegen das staatliche Schulamt als Dienststelle für alle Lehrkräfte (§ 91 Abs. 1 S. 1 PersVG Bbg). Allerdings ist selbst in den Bundesländern, die auf die einzelne Schule abstellen, der jeweilige Personalrat nicht für alle Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte zuständig. Für schulübergreifende Materien ist daher häufig entweder der Gesamtpersonalrat auf Landesebene oder es sind nach Schultypen gegliederte Hauptpersonalräte zuständig.¹⁴⁷ Mitbestimmungsrechte in Bezug auf die Festlegung der Vergütungsordnung kommen damit regelmäßig den übergeordneten Personalräten zu. Allerdings ist auch im Betriebsverfassungsrecht der Gesamtbetriebsrat idR. für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zuständig,¹⁴⁸ ohne dass dies Auswirkungen auf den Betriebsbegriff des § 4a TVG hätte. Daher kann diese Vertretungsstruktur auch im öffentlichen Dienst nicht ausschlaggebend sein.

Abgesehen von Bundesländern wie Brandenburg, wo das staatliche Schulamt als Dienststelle fungiert, rückt damit in den anderen Bundesländern viel eher die einzelne Schule als Dienststelle in den Blick. Kommt es zur Tarif-

kollision, müsste damit in jeder einzelnen Schule die Mehrheit ermittelt werden.¹⁴⁹ Dabei sind nur die Lehrkräfte in Arbeitsverhältnissen zu berücksichtigen, Beamte sind aufgrund der eindeutigen Formulierung in § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht mitzuzählen, auch wenn sie Mitglied in einer Gewerkschaft sind.

(4) Personalvertretungsrechtliche Situation

Schließlich ist zu untersuchen, wie sich die EntgO-L und eine etwaige Tarifkollision auf die Mitbestimmung der Personalvertretung auswirken. Denn zumindest das BAG sieht im Anwendungsbereich des Tarifvorrangs aus § 87 Abs. 1 BetrVG bei Gegenständen, die der zwingenden Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen, den tarifgebundenen Arbeitgeber dazu verpflichtet, die tarifliche Vergütungsordnung unabhängig von ihrer Organisationszugehörigkeit auf sämtliche Arbeitnehmer im Betrieb anzuwenden. Während organisierte Arbeitnehmer nämlich hinreichend durch den Tarifvertrag geschützt seien, sei es den Außenseitern aufgrund der negativen Koalitionsfreiheit nicht zuzumuten, den Schutz vor einseitigen Maßnahmen des Arbeitgebers von einem Gewerkschaftsbeitritt abhängig zu machen.¹⁵⁰ Nach dieser Rechtsprechung ist im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung die Vergütungsordnung auf die Außenseiter zu erstrecken, um eine Schutzlücke zu vermeiden.¹⁵¹ Letztlich handelt es sich dabei aber lediglich um einen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch,¹⁵² ein individueller Anspruch auf

143 Zu den Abweichungen etwa *Roesgen*, Die betriebsbedingte Kündigung im öffentlichen Dienst, Frankfurt aM. 2008 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2007), S. 50 ff.

144 BVerwG, 10.3.1982 – 6 P 36/80 – PersV 1983, 65.

145 BAG, 7.9.1995 – 8 AZR 928/93 – AuR 1996, 26.

146 Vgl. *Battis*, Mitbestimmungsrechte der Personalvertretungen bei der Ausgestaltung von Eingruppierungsrichtlinien für angestellte Lehrkräfte, Frankfurt aM. 2012, S. 23.

147 Zur personalvertretungsrechtlichen Vertretungsstruktur auf den jeweiligen Ebenen *Müller/Landshuter*, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst (Fn. 142), S. 210 ff.; bezogen auf Schulen *Battis*, Mitbestimmungsrechte (Fn. 146), S. 23; vgl. auch BVerwG, 27.8.2008 – 6 P 11/07 – NZA-RR 2009, 108.

148 *Richardi*, in: *Richardi* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 15. Aufl., München 2016 (im Folgenden: *Richardi*), § 87 Rn. 866 mwN.

149 Wohl auch *Greiner*, NZA 2015, 769, 770 f.

150 BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – NZA 2012, 392, Rn. 24 ff.; BAG, 13.3.2012 – 1 AZR 659/10 – NZA 2012, 990, Rn. 30.

151 BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – NZA 2012, 392, Rn. 26; dazu *BKS-Schumann/Schoof* (Fn. 6), § 1 TVG Rn. 294.

152 *Kreft*, FS Kreutz, 2010, S. 263, 282; *Ahrendt*, jurisPR-ArbR 19/2012 Anm. 3, unter C.

die tarifliche Vergütung, insbesondere auf die Entgelthöhe, folgt daraus nicht.¹⁵³ In tarifpluralen Situationen waren/sind die Arbeitnehmer folgerichtig aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht in beide Vergütungsordnungen einzugruppieren.¹⁵⁴

Da die Rechtsprechung zum BetrVG ergangen ist, stellt sich die Frage, ob sich die Situation im Rahmen des Personalvertretungsrechts ebenso gestaltet. Jedenfalls findet sich in den Personalvertretungsgesetzen jeweils ein Mitbestimmungsrecht für die Festlegung von Entgeltsystemen (vgl. etwa § 87 Abs. 1 Nr. 4 HmbPersVG, § 75 Abs. 3 Nr. 4 BPersVG). Während auf Bundesebene § 75 Abs. 3 BPersVG ähnlich wie § 87 Abs. 1 BetrVG strukturiert ist, und auch auf Länderebene bspw. § 73 RhPPersVG vergleichbare Regelungen existieren, findet sich bspw. in § 87 Abs. 1 HmbPersVG kein ausdrücklicher Tarifvorrang. Ein solcher lässt sich allerdings unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG ableiten, denn er ist eine Grundvoraussetzung für das Funktionieren der Tarifautonomie, indem er die tarifliche Ebene vor betrieblicher Konkurrenz schützt.¹⁵⁵ Wie bereits ausgeführt, erfolgt die Eingruppierung der Lehrkräfte bislang aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarung anhand der Lehrkräftenrichtlinien.¹⁵⁶ Allerdings erfüllt nach Auffassung des BVerwG die Anwendung der Lehrkräftenrichtlinien regelmäßig den Mitbestimmungstatbestand.¹⁵⁷ Insofern ist die Situation im öffentlichen Dienst mit der des BetrVG vergleichbar.

So ist das VG Berlin mit Verweis auf die BAG-Rechtsprechung dann auch in einem aktuellen Beschluss zum Ergebnis gekommen, dass die Existenz der EntgO-L ausreiche, um die Mitbestimmung zu verdrängen.¹⁵⁸ In ähnlicher Weise hat auch schon das LAG Rheinland-Pfalz den Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 BetrVG bei einem Tarifvertrag einer nicht repräsentativen Gewerkschaft greifen lassen.¹⁵⁹ Außerdem hat das ArbG Berlin vor kurzem entschieden, dass die Anwendung der der EntgO-L auch auf GEW-Mitglieder nicht in die Koalitionsfreiheit der GEW eingreife.¹⁶⁰ Dagegen hat eine Einigungsstelle in NRW entschieden, dass die EntgO-L die Mitbestimmung nicht verdrängen könne, da sie von einem Verband geschlossen worden sei, der nur einen kleinen Teil der Lehrkräfte organisiere.¹⁶¹ Sie kann sich dabei auf eine langjährige Tendenz in der Literatur stützen, die für die Verdrängung der Mitbestimmung verlangt, dass ein Tarifvertrag eine Mindestrepräsentativität aufweist.¹⁶² Insbesondere ein Tarifvertrag einer Sparten-gewerkschaft könne hierfür nicht ausrei-

chen.¹⁶³ Die Gegenposition befürwortet eine strikte Anwendung des Tarifvorrangs und sieht den Arbeitnehmerschutz bereits ausreichend durch das Vorliegen eines Tarifvertrags gewährleistet.¹⁶⁴

Tatsächlich soll § 87 Abs. 1 BetrVG das Direktionsrecht des Arbeitgebers zugunsten einer Beteiligung der Arbeitnehmer einschränken. Dass dies vorrangig durch Tarifvertrag erfolgen soll, ergibt sich schon aus der Grundkonzeption der Arbeitsbeziehungen in Deutschland und damit aus Art. 9 Abs. 3 GG. Besteht tariflicher Schutz, ist ein Mitbestimmungsrecht nicht mehr notwendig.¹⁶⁵ Diesem Gedanken liefe allerdings eine Situation entgegen, in dem der Arbeitgeber durch die Wahl eines im Betrieb kaum verankerten aber tariffähigen Tarifpartners die Mitbestimmung gegen den Großteil der organisierten Arbeitnehmer ausschalten könnte. Eine entsprechende Vergütungsordnung würde den Rückhalt in der Belegschaft nicht ausreichend widerspiegeln. Dort, wo die Gewerkschaften der dbb tarifunion nur die Minderheit stellen, muss daher die Mitbestimmung nach wie vor bestehen bleiben.

Das Repräsentativitätsproblem stellt sich freilich nicht, wenn eine Tarifkollision nach § 4a TVG aufzulösen ist, da dann sowieso nur die Vergütungsordnung des repräsentativeren Tarifvertrags zum Zuge kommt. Fraglich ist dann aber, ob die Mitbestimmung auch für die Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft verdrängt wird.¹⁶⁶ Zunächst ist

153 BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – NZA 2012, 392, Rn. 29; DKKW-Klebe (Fn. 108), § 87 Rn. 311 f.; vgl. auch *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite (Fn. 41), S. 344 f.

154 BAG, 14.4.2015 – 1 ABR 66/13 – NZA 2015, 1077, Rn. 30.

155 BKS-Berg (Fn. 6), Grundlagen S. 133 ff.

156 BVerwG, 27.8.2008 – 6 P 11/07 – NZA-RR 2009, 108, Rn. 13.

157 Etwa zu § 80 Abs. 1 Nr. 8 RhPPersVG: BVerwG, 25.4.2014 – 6 P 17.13 – NZA-RR 2014, 503, Rn. 13 ff., 17 ff.

158 VG Berlin, 13.6.2016 – VG 60 K 15.15 PVL, abrufbar unter <http://www.vbberlin.de> (14.7.2016).

159 LAG Rheinland-Pfalz, 9.6.2015 – 6 TaBV 20/14 – ZTR 2015, 720, Rn. 50 ff.

160 ArbG Berlin, 16.12.2015 – 21 Ca 11278/15 – juris, Rn. 23.

161 Wiedergegeben bei *Mogultay*, nds 9/2015, 29.

162 DKKW-Klebe (Fn. 108), § 87 Rn. 37; *Gamillscheg*, Koll. ArbR I (Fn. 24), S. 327; *Richardi-Richardi* (Fn. 148), § 87 Rn. 156; in der Tendenz auch *Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert* (Fn. 18), § 10 Rn. 154.

163 *Richardi-Richardi* (Fn. 148), § 87 Rn. 156.

164 Vgl. *Schnitker/Sittard*, ZTR 2015, 423 ff. mwN.; angedeutet auch bei *Richardi-Richardi* (Fn. 148), § 87 Rn. 156 und insofern in undeutlichem Verhältnis zum oben Gesagten.

165 Vgl. auch *Däubler/Bepler-Däubler* (Fn. 89), Kap. F Rn. 169.

166 So etwa *Wiese*, in: *Wiese et al.* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschaftskommentar, 10. Aufl., Köln 2014, § 87 Rn. 68.

der Kritik gegen die betriebsverfassungsrechtliche »Erstreckung« von tariflichen Vergütungsordnungen auf unorganisierte Arbeitnehmer¹⁶⁷ zuzustimmen. Denn das ungleiche Schutzniveau von Gewerkschaftsmitgliedern und Unorganisierten folgt logisch aus dem Konzept der mitgliedschaftlichen Anknüpfung der Tarifbindung. Die Ausübung der negativen Koalitionsfreiheit geht dabei stets mit der Konsequenz einher, nicht tarifvertraglich geschützt zu sein. Ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Schutz durch den Betriebs-/Personalrat besteht nicht.¹⁶⁸ Durch das TEG hat sich die Problematik allerdings verändert. Denn nun reicht es nicht mehr aus, irgendeiner Gewerkschaft beizutreten, sondern man ist gezwungen, der Mehrheitsgewerkschaft beizutreten, will man unter das Dach eines Tarifvertrags schlüpfen.¹⁶⁹ Damit wird auch in die positive Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers eingegriffen. Soll der Eingriff abgemildert werden, gewinnt die geltende Rechtsprechung des BAG an Legitimation. Allerdings – und da zeigen sich wiederum verfassungsrechtliche Bedenken am TEG – verstärkt sich damit der Eingriff in die Tarifautonomie der Minderheitsgewerkschaft, da so die Tarifergebnisse der Konkurrenz umso größere Wirkung entfalten. Vorzugswürdig ist daher auch hier, den Tarifvorrang bei Tarifkollisionen nicht greifen zu lassen.¹⁷⁰

3. Zwischenfazit

Die Anknüpfung der Tarifeinheit am Betrieb erscheint nur auf den ersten Blick konsequent. Im schlimmsten Fall führt sie zur Entstehung von Tarifinseln, auf denen jeweils ein anderer Tarifvertrag anwendbar ist. Diese verhindern genau das, was durch das Gesetz erreicht werden soll, dass nämlich ua. die Ordnungsfunktion des Tarifvertrags gesichert wird. Denn Tarifeinheit im Betrieb kann zu Tarifpluralität im Unternehmen führen. Insofern wird es in großen Unternehmen oder Konzernen künftig vielfach noch schwieriger werden, zu einheitlichen tariflichen Lösungen zu kommen.¹⁷¹ Selbst eine deutliche Mehrheit einer Gewerkschaft in der Fläche kann bei abweichenden betrieblichen Mehrheiten eine »Durchlöcherung« des Flächentarifvertrags nicht verhindern.

Nimmt man das Beispiel des TV-L, könnte es im schlimmsten Fall dazu kommen, dass Lehrkräfte unterschiedlich eingruppiert werden, je nachdem in welcher Schule sie arbeiten. Dasselbe gilt aber auch für den eigentlichen Casus Belli, der letztendlich zur Verabschiedung des Gesetzes geführt hat: nämlich die Tarifauseinandersetzung

bei der *Deutschen Bahn AG*. Diese besteht aus ungefähr 300 Betrieben,¹⁷² künftig muss für jeden dieser Betriebe gesondert festgestellt werden, ob die GdL oder die *Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft* (EVG) die Mehrheit der Arbeitnehmer organisiert. Einheitliche Tarifbedingungen sind dann nur mehr über eine (im Moment noch wenig realistische) Kooperation von GdL oder die EVG zu erreichen oder durch eine unternehmenseinheitliche Vertretungsstruktur (§ 3 Abs. 1 BetrVG)¹⁷³.

Betriebsänderungen, die weitgehend in der Organisationshoheit der Arbeitgeber liegen, und Zuordnungstarifverträge, die das Zusammenwirken einer Gewerkschaften und einem Arbeitgeber zulasten einer anderen Gewerkschaft ermöglichen, können zudem zu Änderungen in den Mehrheitsverhältnissen führen, die kaum für stabile Verhältnisse sorgen. Solche Veränderungen können zu einer erneuten Kollision führen, die wiederum eine Neubestimmung der Mehrheitsverhältnisse erfordert, was auch die Rechtskraft des Beschlusses nach § 99 Abs. 3 ArbGG antastet.¹⁷⁴ Es verwundert daher nicht, dass die Front der Ablehnung der Anknüpfung am Betriebsbegriff ausgesprochen breit ist.¹⁷⁵

Die schwierigen rechtlichen und praktischen Fragen bei der Betriebsabgrenzung werden sich besonders gravierend vor Gericht auswirken, wenn die Geltung eines Tarifvertrags festgestellt werden muss. Schon machen sich einzelne Autoren daran, das TEG zum Anlass zu nehmen, das Geheimhaltungsinteresse der Arbeitnehmer in Bezug auf ihre Gewerkschaftsmitgliedschaft infrage zu stellen.¹⁷⁶ Dies will der Gesetzgeber aber vermeiden. Um zu verhindern, dass eine Gewerkschaftsmitgliedschaft gegenüber dem Arbeitgeber offen gelegt werden muss, hat er daher den Weg über eine notarielle Erklärung eröffnet. Das ist grundsätzlich sinn-

167 Etwa DKKW-Klebe (Fn. 108), § 87 Rn. 37; Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert (Fn. 18), § 10 Rn. 153; Schmidt, B., Anm. zu BAG, 14.4.2015 – 1 ABR 66/13, AP Nr. 143 zu § 99 BetrVG 1972.

168 Dazu Deinert/Walser, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 64), S. 193.

169 Gamillscheg, Koll. ArbR I (Fn. 24), S. 752 f. beurteilt dies hingegen als wenig problematisch.

170 Ebenso Däubler/Bepler-Däubler (Fn. 89), Kap. F Rn. 169.

171 Hierauf weist auch Henssler, RdA 2015, 222, 223 hin.

172 Vgl. Zeit online, 22.5.2015, abrufbar unter <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-05/tarifeinheit-streik-bundestag> (14.7.2016).

173 Vgl. auch Greiner, RdA 2015, 36, 40.

174 Schaub-Treiber (Fn. 4), § 203 Rn. 56; Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 11.

175 Vgl. nur Wendeling-Schröder, NZA 2015, 525, 527; Bayreuther, NZA 2013, 1395, 1397; Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 8; Preis, FA 2014, 354, 356.

176 Bspw. Sprenger, NZA 2015, 719 ff.

voll,¹⁷⁷ überträgt allerdings komplexe Abgrenzungsfragen auf den Notar. Denn selbst wenn der Betrieb bereits definiert ist, stellt sich als Folgefrage, welche Gewerkschaftsmitglieder diesem überhaupt zuzurechnen sind.¹⁷⁸ Mitgezählt werden müssen jedenfalls alle Arbeitsverhältnisse im Betrieb, einschließlich außertariflich angestellter oder beurlaubter Personen, hier ist der Wortlaut des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG eindeutig.¹⁷⁹ Schwieriger ist es allerdings, angesichts der Diversifizierung der Arbeitsformen und Drittpersonalbeschäftigung (Leiharbeit, Werk- und Dienstverträge, Soloselbständige) jeweils die Betriebszugehörigkeit zu beurteilen.¹⁸⁰

IV. Arbeitskampfrecht

Viele Gewerkschaften werden sich nun gezwungen sehen, alles daranzusetzen, die Mehrheitsgewerkschaft in den Betrieben zu werden, sofern sie eine eigenständige Tarifpolitik betreiben wollen.¹⁸¹ Die Strategien sind unterschiedlich. Im *Marburger Bund* wird schon länger überlegt, den Zuständigkeitsbereich auf den gesamten Gesundheitssektor auszuweiten und damit weitere Berufsgruppen zu organisieren.¹⁸² Im Bereich der Luftfahrt haben sich mehrere Spartengewerkschaften in der »*Industriegewerkschaft Luftfahrt*« zusammengeschlossen, bislang allerdings ohne die *Vereinigung Cockpit*.¹⁸³ Ein wichtiges Argument im Gewerkschaftswettbewerb ist eine erfolgreiche Tarifpolitik. Durch das TEG verschärft sich der Wettbewerb, für einige Gewerkschaften wird es um die Existenz gehen. Dies könnte eine konfliktorientierte Tarifpolitik befeuern, da sich gezeigt hat, dass Arbeitskämpfe das Potential haben, positive Organisationseffekte nach sich zu ziehen.¹⁸⁴ Ferner kann gerade auch ein Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 BetrVG Gegenstand eines Arbeitskamps sein.¹⁸⁵ Kooperationen etwa in Form von Tarifgemeinschaften, wie sie sich der Gesetzgeber offensichtlich vorgestellt hat,¹⁸⁶ werden somit eher erschwert als erleichtert.¹⁸⁷

Vordergründig beschäftigt sich das Gesetz nicht mit dem Arbeitskampfrecht.¹⁸⁸ In seiner Begründung scheint es dann aber doch noch auf. So wird darauf verwiesen, dass die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen an der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall zu messen und der Arbeitskampf als Mittel zur Sicherung der Tarifautonomie zu begreifen sei. Einem Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft komme eine ordnende Funktion nicht zu.¹⁸⁹

Dennoch stellt die fehlende arbeitskampfrechtliche Regelung jedenfalls keinen Verstoß gegen das Wesentlichkeits-

prinzip dar.¹⁹⁰ Der Gesetzgeber wollte das Arbeitskampfrecht nicht regeln und hat dies auch nicht getan. Wortlaut und Systematik stehen einer anderslautenden Einschätzung entgegen. Viel eher stellt sich die Frage, ob die in der amtlichen Begründung angedeutete Auslegung überhaupt richtig sein kann. Die Problematik der Zulässigkeit eines Arbeitskamps um einen Tarifvertrag, der verdrängt wird, hat sich auch schon unter der früheren BAG-Rechtsprechung zur Tarifeinheit gestellt.¹⁹¹ Sie wurde allerdings nie durch das BAG selbst entschieden. Die Landesarbeitsgerichte erachteten einen solchen Arbeitskampf in der Tendenz (aber nicht durchgängig) als zulässig,¹⁹² die Literatur war gespalten¹⁹³.

177 So auch *Düwell*, jurisPR-ArbR 6/2015 Anm. 1, unter III.

178 Auf die praktische Schwierigkeit hinweisend auch *Fischer*, NZA 2015, 662, 663; *Düwell*, jurisPR-ArbR 6/2015 Anm. 1, unter III.

179 Insofern zweifelnd *Düwell*, jurisPR-ArbR 6/2015 Anm. 1, unter III.

180 *Richardi*, NZA 2015, 915, 916; *Fischer*, NZA 2015, 662, 663; auf weitere Schwierigkeiten verweisend *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 5.

181 Dazu auch *Greiner*, RdA 2015, 36, 38 f.

182 *Schroeder/Kalass/Greef*, Berufsgewerkschaften in der Offensive, Wiesbaden 2011, S. 144 ff.

183 Vgl. <https://www.igl.aero/index.html#mitgliedschaft> (14.7.2016).

184 Zum Nutzen von Arbeitskämpfen für die Mitgliedererwerb und -bindung und zu konfliktorientierten Strategien etwa *Haipeter*, WSI Mitt. 2010, 283, 290 f.; *Kocsis*, in: *Kocsis/Sterkel/Wiedemuth* (Hrsg.), Organisieren am Konflikt, Hamburg 2013, S. 12, 16; die Ziele eines solchen Arbeitskamps müssen aber nach geltender Rspr. tariflich regelbar sein, vgl. etwa LAG Hessen, 9.9.2015 – 9 SaGa 1082/15 – juris (Beeinflussung einer unternehmerischen Entscheidung).

185 BAG, 29.7.2009 – 7 ABR 27/08 – NZA 2009, 1424.

186 BT-Drs. 18/4062, S. 9.

187 So auch *Bepler*, RdA 2015, 194, 195.

188 Vgl. auch die entsprechende Betonung in der Plenardebatte, etwa Plenarprotokoll 18/91 vom 5. März 2015, S. 8639, 8644; kritisch und auf europäische Regelungsalternativen verweisend *Litschen*, ZTR 2016, 9 ff.; vgl. auch die Alternativkonzepte: *Otto*, RdA 2010, 135, 146 f.; Sachverständigenrat, Chancen für einen stabilen Aufschwung, Jahresgutachten 2010/11, Wiesbaden 2010, Rn. 506; Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung, Tarifpluralität (Fn. 29), S. 48 f.; vgl. zudem den bayerischen Antrag im Bundesrat zur Regelung des Streikrechts in der Daseinsvorsorge, BR-Drs. 294/15.

189 BT-Drs. 18/4062, S. 12; so auch *Rüthers*, ZRP 2015, 1, 5; *Lesch/Hellmich*, Das Tarifeinheitsgesetz, IW policy paper 1/2015, Köln 2015, S. 4; wohl auch *Richardi*, NZA 2015, 915, 916.

190 *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 11 f.

191 Vgl. etwa *Giesen*, NZA 2009, 11, 12.

192 LAG Hessen, 02.05.2003 – 9 SaGa 636/03 – AuR 2003, 272; LAG Hessen, 22.7.2004 – 9 SaGa 593/04 – NZA-RR 2005, 262 (mAnm. *Däubler*); LAG Rheinland-Pfalz, 14.6.2007 – 11 Sa 208/07 – AuR 2008, 319; deutlicher noch LAG Sachsen, 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07 – AuR 2008, 64; anders noch LAG Rheinland-Pfalz, 23.2.2006 – 11 Sa 841/05 – juris; zustimmend *Buchner*, BB 2003, 2121 ff.

193 Für die Zulässigkeit insb. *Bayreuther*, NZA 2006, 642 ff.; dazu ausführlich *Däubler*, in: *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2011 (im Folgenden: *Däubler*, AKR), § 9 Rn. 13; aA. *Giesen*, NZA 2009, 11, 12; *Rieble*, BB 2003, 1227 ff., die insbesondere einen Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip annehmen; andeutungsweise auch LAG Hamburg, 4.5.2016 – 5 TaBV 8/15 – juris, Rn. 124.

Im Grundsatz muss auch der Minderheitsgewerkschaft der Weg zum Arbeitskampf offenstehen.¹⁹⁴ Denn, und das betont auch das BVerfG in seiner Entscheidung über die Eilanträge, die Minderheitsgewerkschaft ist nicht grundsätzlich gehindert, Tarifverhandlungen zu führen.¹⁹⁵ Zunächst haben Konflikte nämlich – wie soeben erwähnt – das Potential, Mehrheitsverhältnisse zu verändern. Daher können sich konkurrierende Gewerkschaften durch die stichtagsbezogene Betrachtung gerade dazu ermutigt sehen, den Tarifkonflikt (auch) zur Mitgliedergewinnung zu nutzen und folglich entsprechend attraktive Tarifforderungen aufzustellen. Wenn also keine völlig eindeutigen Mehrheitsverhältnisse im Betrieb bestehen, kann nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass die Mitgliedschaftsverhältnisse zu Beginn des Tarifkonflikts dieselben sind, wie zum Zeitpunkt des Abschlusses des Tarifvertrags.¹⁹⁶

§ 4a Abs. 4 TVG spricht sogar für ein legitimes Interesse der Minderheitsgewerkschaft, einen Tarifvertrag abzuschließen, selbst wenn dieser verdrängt wird. Denn sie kommt nur in den Genuss des Nachzeichnungsrechts, wenn sie einen kollidierenden Tarifvertrag abgeschlossen hat.¹⁹⁷ Bejaht man diese Sichtweise, muss ein solcher Tarifvertrag auch erstreikbar sein.¹⁹⁸ Ein Streikverbot für Sparten-gewerkschaften wäre im Übrigen auch nicht vereinbar mit Art. 11 EMRK.¹⁹⁹ Und auch das BVerfG deutet an, dass es durch das TEG die Möglichkeit »gewerkschaftliche Interessen im Wege des Arbeitskampfes einzufordern« nicht eingeschränkt sieht.²⁰⁰

Paritätsüberlegungen können zumindest bislang gegen eine solche Auslegung nicht fruchtbar gemacht werden. Denn auch die Rechtsprechung hat bis jetzt noch keine Paritätsverschiebungen feststellen können.²⁰¹ So hat etwa das Hessische LAG klargestellt, dass die abstrakte Befürchtung von Dauerarbeitskämpfen oder eines Überbietungswettbewerbs für sich genommen keine Einschränkung des Streikrechts begründen kann.²⁰²

Solange die Minderheitsgewerkschaft noch keinen eigenen Tarifvertrag abgeschlossen hat und einen Tarifabschluss der Mehrheitsgewerkschaft nicht mitträgt (bspw. durch Nachzeichnung), unterliegt sie ferner auch nicht der Friedenspflicht und kann weiter mit alternativen Tarifforderungen werben. Insbesondere ist sie nicht an die Laufzeit des Mehrheitstarifvertrags gebunden. Auch dies stellt die Tauglichkeit des Gesetzes infrage, das ua. die Sicherung des Betriebsfriedens als Ziel benennt.²⁰³ Eine gegenteilige Regelung wäre allerdings kaum mit Art. 9 Abs. 3 GG zu vereinen.

Dennoch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass sich insbesondere eine Minderheitsgewerkschaft einem erheblichen Risiko ausgesetzt sieht, mit Schadenersatzforderungen konfrontiert zu werden, sollte sich der Arbeitskampf als unzulässig herausstellen.²⁰⁴ Dabei kann es gerade im Eilverfahren schwierig sein, angesichts der Komplexität in rechtlicher und praktischer Hinsicht rechtsicher die Mehrheitsverhältnisse festzustellen.²⁰⁵

V. Durchbrechungen – Tarifeinheit im Betrieb

In der Gesetzesbegründung selbst wird bereits klargestellt, dass das TEG tarifplurale Situationen weder verhindern kann noch will.²⁰⁶ Vermieden werden sollen nur Tarifkollisionen, also die Geltung mehrerer nicht inhaltsgleicher Tarifverträge mit überschneidenden Geltungsbereichen. Die Tarifeinheit im Betrieb erfuhr aber auch schon unter der früheren Rechtsprechung des BAG eine Reihe von Durchbrechungen.²⁰⁷ Bereits erläutert wurde, dass die wohl markanteste Form der Tarifeinheit die Tarifeinheit im Unternehmen und Konzern sein wird. Im Folgenden sollen jedoch hin-

194 Ausführlich Walser, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite (Fn. 41), S. 153 ff.; außerdem Preis, FA 2014, 354, 355 f.; Bepfer, RdA 2015, 194, 197; im Grundsatz auch Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 13; Löwisch, DB 2015, 1102, 1103. Zumindest bei knappen Mehrheitsverhältnissen auch Greiner, RdA 2015, 36, 41.

195 BVerfG, 6.10.2015 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1582/15, 1 BvR 1588/15 – juris, Rn. 16.

196 Ebenso Greiner, RdA 2015, 36, 41.

197 Walser, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite (Fn. 41), S. 156.

198 In Bezug auf Sozialplantarifverträge BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – JA 2008, 543 (mit zust. Anm. Krause); in Bezug auf Tarifverträge nach § 3 BetrVG: BAG, 29.7.2009 – 7 ABR 27/08 – NZA 2009, 1424.

199 EGMR, 27.11.2014 – 36701/05 – AuR 2015, 33 (Hrvatski liječnički sindikat); Jacobs/Schmidt, L., EuZA 2016, 82, 94; dazu auch Lörcher, AuR 2015, 126, 129.

200 BVerfG, 6.10.2015 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1582/15, 1 BvR 1588/15 – juris, Rn. 17.

201 LAG Hessen, 5.12.2013 – 9 Sa 592/13 – juris (Revision eingelegt unter Az. 1 AZR 160/14); vgl. auch Deinert, RdA 2011, 12, 14 ff.

202 LAG Hessen, 7.11.2014 – 9 SaGa 1496/14 – NZA-RR 2015, 441.

203 Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 2.

204 Löwisch, BB 2014, Heft 48, I

205 So auch Deutscher Anwaltsverein, juris 18.11.2014, unter II.6.

206 Vgl. auch BT-Drs. 18/4062, S. 12.

207 Vgl. dazu die Übersicht bei Däubler, AKR-Däubler (Fn. 193), § 9 Rn. 67, auf die in der folgenden Darstellung zT. Rückgriff genommen wird.

sichtlich des Bezugspunktes des Gesetzes Konstellationen untersucht werden, in denen es unter Geltung des § 4a TVG zu einer Tariffmehrheit im *Betrieb* kommen kann, ohne dass die Liste Anspruch auf Vollständigkeit erhebt.

1. Gewillkürte Tarifpluralität

Unter der Rechtslage vor 2010 war die Zulässigkeit einer »gewillkürten« Tarifpluralität bereits anerkannt und ist gerade im Transport- und Gesundheitswesen in den vergangenen Jahren schon ausführlich praktiziert worden. Wenn also eine im Betrieb mehrheitlich vertretene Gewerkschaft einen Tarifvertrag abschließt, der nicht alle Arbeitnehmer erfasst, wird der Tarifvertrag einer im Betrieb mit weniger Arbeitnehmern vertretenen Gewerkschaft nur in Bezug auf die vom Mehrheitstarifvertrag erfassten Arbeitnehmer verdrängt.²⁰⁸ Dies gilt umso mehr dann, wenn die Anwendungsbereiche der Tarifverträge zwischen den beiden Gewerkschaften so aufeinander abgestimmt werden, dass sie sich nicht überschneiden. In diesem Fall war stets Tarifpluralität im Betrieb möglich.²⁰⁹ So beziehen sich die Tarifverträge der Gewerkschaften *ver.di*, *Vereinigung Cockpit* und *Unabhängige Flugbegleiter Organisation (UFO)* in der Luftfahrt jeweils nur auf bestimmte Berufsgruppen. Diese Situation will auch § 4a TVG ausdrücklich nicht erfassen. Betrachtet man die Gesetzesbegründung, stellt sich allerdings die Frage, wieso eine solche Situation nach der Maßgabe der Schaffung einer »Kohärenz« der Entgeltssysteme hinzunehmen ist, während sie im Fall kollidierender Tarifverträge nicht akzeptiert wird.²¹⁰ In diesem Zusammenhang sei auch auf Überlegungen verwiesen, § 4a TVG tarifautonom abzubedingen.²¹¹

2. Gemeinsame Betriebe

Hinsichtlich gemeinsamer Betriebe sei auf das oben Gesagte verwiesen (unter III.2.c)). Nach hier vertretener Auffassung kann es zu keiner Verdrängung kommen, wenn die einzelnen Unternehmen an unterschiedliche Tarifverträge gebunden sind. Damit tritt im gemeinsamen Betrieb eine Tariffmehrheit ein.

3. Betriebsabteilungen

Auch in Bezug auf selbständige Betriebsabteilungen sei weitgehend auf das oben Gesagte verwiesen (unter III.2.b)).

Zur Tarifpluralität innerhalb der Betriebsabteilung kann es kommen, wenn eine fachlich einschlägige Betriebsabteilung eines fachfremden (ebenfalls tarifgebundenen) Betriebs durch einen Tarifvertrag erfasst wird. Eine solche Kollision ist zwar nach § 4a TVG aufzulösen.²¹² Wenn hingegen eine fachfremde Betriebsabteilung bereits tarifvertraglich aus dem Geltungsbereich ausgeschlossen ist, sie aber vom Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags erfasst wird, kommt es zur Tarifpluralität im Gesamtbetrieb.

4. Kollision mit AVE-Tarifvertrag

Wie bereits oben (II.2. und III) dargelegt, kommt § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur im Falle einer autonomen Tarifgeltung nach § 3 Abs. 1 TVG zur Anwendung, nicht aber aufgrund einer AVE nach § 5 TVG. Besteht neben einem AVE-Tarifvertrag noch ein Firmentarifvertrag im Betrieb, ist hinsichtlich der betreffenden Gewerkschaftsmitglieder der autonom zustande gekommene Tarifvertrag anzuwenden. Für die übrigen Arbeitnehmer gilt der AVE-Tarifvertrag. Da § 4a Abs. 2 S. 2 TVG diese Kollision nicht auflöst, kommt es in einem solchen Fall zur Tarifpluralität.

5. Nachbindung und Nachwirkung

Die Rechtsprechung hat schon vor 2010 angenommen, dass für den Fall eines nach § 4 Abs. 5 TVG nachwirkenden Flächentarifvertrags, bspw. in der Folge eines Verbandsaustritts, keine auflösungsbedürftige Tarifpluralität zu einem ebenfalls im Betrieb anwendbaren Firmentarifvertrag besteht, wenn nur der Arbeitgeber an diesen gebunden ist.²¹³ Dies muss auch unter der neuen Rechtslage gelten, denn die Tarifnormen gelten nicht aufgrund von § 3 TVG, sondern aufgrund von § 4 Abs. 5 TVG. Somit kommt es in einem solchen Fall ebenfalls zu einer Tariffmehrheit im Betrieb, sofern die Gewerkschaft des Firmentarifvertrags überhaupt Mitglieder im Betrieb organisiert hat.

²⁰⁸ BT-Drs. 18/4062, S. 13.

²⁰⁹ Vgl. nur BAG, 11.2.2004 – 4 AZR 94/03 – juris.

²¹⁰ Ähnlich auch *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 6.

²¹¹ Ausführlich *Beppler*, RdA 2015, 194 ff.

²¹² *Löwisch/Rieble* (Fn. 92), § 4 Rn. 193.

²¹³ BAG, 28.5.1997 – 4 AZR 546/95 – NZA 1998, 40.

Anderes wird man hingegen im Fall der Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG annehmen müssen, da sich diese Form der Tarifbindung im Grundsatz nicht von der Bindung nach § 3 Abs. 1 TVG unterscheidet und § 4a Abs. 2 S. 2 TVG lediglich auf § 3 TVG verweist. Anders als dies offensichtlich unter der früheren Rechtsprechung des BAG zur Tarifpluralität gesehen worden ist,²¹⁴ ist ein solcher Fall nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG zu beurteilen.²¹⁵ Der ursprünglich geltende Tarifvertrag gilt bei einer Kollision also nur dann bis zu dessen Ende im Betrieb weiter fort, wenn die Gewerkschaft, die ihn abgeschlossen hat, die Mehrheit der organisierten Arbeitnehmer im Betrieb für sich beanspruchen kann. Ein typischer Anwendungsfall für diese Konstellation ergibt sich, wenn ein Arbeitgeber nach dem Verbandsaustritt während der Laufzeit des Verbandstarifvertrags einen Firmentarifvertrag mit einer anderen Gewerkschaft schließt.

6. Betriebsübergang

Im Falle eines Betriebsübergangs bleiben nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB die Tarifbestimmungen für die übergegangenen Arbeitnehmer beim Erwerber bestehen und dürfen in der Regel binnen eines Jahres nicht zu ihren Lasten verändert werden. Während die zumindest früher hM. davon ausgegangen ist, dass die Tarifbestimmungen beim Erwerber rein individualvertraglich gelten, ist eine im Vordringen begriffene Auffassung der Ansicht, dass es sich um eine kollektivrechtliche Bindung beim Erwerber handelt.²¹⁶ Gilt auch beim Erwerber ein Tarifvertrag, an den jedoch die Arbeitnehmer des veräußerten Betriebs nicht qua Mitgliedschaft nach § 3 Abs. 1 TVG gebunden sind, bleibt es bei der Geltung der ursprünglichen Tarifnormen. Insofern kommt es beim Erwerber zu einer Tarifmehrheit, die nicht nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG aufzulösen ist.²¹⁷

7. Kernbelegschaften – Randbelegschaften

Auch der Einsatz von Leiharbeitnehmern führt – genauso wie früher – zu einer Tarifmehrheit im Betrieb. Zwar sollen für sie nach der gesetzlichen Grundregel die gleichen Arbeitsbedingungen wie für die Stammarbeitnehmer gelten (§§ 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG), allerdings ist diese Regel tarifdispositiv ausgestaltet. Für sie gilt dann der Leiharbeitstarifvertrag, während für die Stammarbeitnehmer der fachlich einschlägige Tarif gilt.

Versteht man den Betriebsbegriff nicht tarifrechtlich sondern untechnisch als Ort der Leistungserbringung, kann sich auch durch den Einsatz von Fremdbelegschaften bspw. mittels Werk- oder Dienstverträgen eine Tarifmehrheit ergeben,²¹⁸ wenn für diese andere Tarifbedingungen als im Einsatzbetrieb gelten. Jedenfalls ist die in der Gesetzesbegründung angesprochene »Akzeptanz einer betrieblichen Lohnpolitik«²¹⁹ in diesen Fällen nicht unbedingt gewährleistet.

8. Bezugnahme Klausel auf Minderheitstarifvertrag

Keine tarifrechtliche Wirkung entfalten freilich individualvertragliche Bezugnahme Klauseln.²²⁰ Dennoch haben sie einen enormen Einfluss auf die faktische Bedeutung von Tarifverträgen, erweitern sie doch ihre tatsächlich Wirkung auch auf Außenseiter. Nimmt man nun die Auswirkungen des TEG auf die einzelvertraglichen Bezugnahme Klauseln in den Blick,²²¹ ergibt sich hinsichtlich großer dynamischer Bezugnahme Klauseln, wenn also auf den jeweils einschlägigen Tarifvertrag in der geltenden Fassung verwiesen wird, kein Problem. Gemeint ist mit ihnen regelmäßig der Mehrheitstarifvertrag. Fraglich ist hingegen, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn ausdrücklich statisch oder dynamisch auf den Minderheitstarif verwiesen wird.

Teilweise wird vertreten, dass aus der Bezeichnung des Minderheitstarifvertrags als nicht »anwendbar« in § 4a Abs. 2 S. 2 TVG folge, dass auch die individualrechtliche Geltung ausgeschlossen sei.²²² Dies steht allerdings im Widerspruch zur Systematik des TVG. Das Gesetz bezieht sich in Hinblick auf Inhaltsnormen ausschließlich auf die normative sowie obligatorische Wirkung der Tarifverträge. Bezugnahme Klauseln werden hingegen als Ausdruck der Vertragsfreiheit von

214 *Gamillscheg*, Koll. ArbR I (Fn. 24), S. 751.

215 Ebenso *Gräf*, NZA 2016, 327, 330.

216 Dazu *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite (Fn. 41), S. 197 ff. mwN.

217 So wohl auch *Hohenstatt/Schuster*, ZIP 2016, 5 ff.; iE. aber mit anderer Begründung auch *Gräf*, NZA 2016, 327, 331 ff.

218 Ausführlich *Deinert*, RdA 2014, 65 ff.; zum Phänomen auch *Helfen*, in: *Sydow/Conrad/Sadowski* (Hrsg.), (Fn. 79), S. 139.

219 BT-Drs. 18/4062, S. 8.

220 Außer im hier nicht interessierenden Fall des § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG.

221 Zur Frage etwa *Sprenger*, NZA 2015, 719, 720 ff.

222 *Fischer*, NZA 2015, 662, 665.

Arbeitnehmer und Arbeitgeber betrachtet, im rechtlich zulässigen Rahmen können diese vereinbaren, was sie wollen. Folglich können sie auch auf Bestimmungen Bezug nehmen, die im Betrieb keine Wirkung entfalten. Es handelt sich gerade nicht um eine »Tarifkollision«²²³. In der Wahl ihres Bezugsobjekts sind die Arbeitsvertragsparteien, so auch das BAG, grundsätzlich frei. Auf die normative Wirksamkeit kommt es nicht an, sofern nicht aus den Umständen hervorgeht, dass nur ein wirksamer Tarifvertrag in Bezug genommen werden sollte.²²⁴ Sind die Bedingungen günstiger als im normativ anwendbaren Tarifvertrag, können sich auch Gewerkschaftsmitglieder aufgrund des Günstigkeitsprinzips in § 4 Abs. 3 TVG auf diese berufen, sofern sich in deren Arbeitsverträgen entsprechende Bezugnahmeklauseln finden. Die Situation ist im Übrigen vergleichbar mit dem Fall, dass nach einem Betriebsübergang die Tarifbedingungen bei einer dynamischen konstitutiven Bezugnahmeklausel individualvertraglich nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB dynamisch fortgelten.²²⁵

VI. Fazit

Zwischen dem BAG-Urteil von 2010 und der Gesetzesänderung von 2015 hat in Deutschland fast auf den Tag genau für fünf Jahre die Möglichkeit bestanden, dass es in Betrieben zur Tarifpluralität kommt. Auch wenn in dieser Zeit einige in der Öffentlichkeit stark präsente Tarifaueinandersetzungen stattgefunden haben und zumindest in den Konflikten zwischen der *Deutschen Bahn AG* und den Gewerkschaften EVG und GdL auch organisationspolitische Gesichtspunkte eine Rolle gespielt haben dürften, scheint die tarif- und verbandspolitische Landschaft von dieser Rechtsentwicklung kaum tangiert worden zu sein. Aus der Arbeitskämpfstatistik lassen sich jedenfalls keine signifikanten Abweichungen zu den Jahren davor ablesen.²²⁶ Als Problemzonen haben sich nur bestimmte Branchen erwiesen, ohne dass es bislang zur Ausdehnung auf

andere gekommen wäre.²²⁷ Die Notwendigkeit einer entsprechenden Regelung ist daher schon fraglich.²²⁸

Hinzu kommt, dass sich die praktische Handhabbarkeit des Gesetzes als äußerst schwierig erweisen wird, wie die oben genannten Erwägungen zeigen. Mehr noch, es könnte zu paradoxen Effekten und gar einer »Zerstückelung der Tarifpraxis«²²⁹ kommen, die insbesondere mit der Anknüpfung an den Betriebsbegriff einhergehen. Der Ordnungsfunktion der Tarifautonomie ist mit solchen Tarifinseln nicht gedient. Auch ist die Gesetzesbegründung widersprüchlich, wenn sie einerseits auf die Solidarität der Belegschaft verweist sowie auf eine Kohärenz der Entgeltsysteme im Betrieb und auf der anderen Seite ausdrücklich Tarifverträge von Berufsgewerkschaften zulässt. Hinzu kommt eine Vielzahl an Situationen, in denen Tarifpluralität durch das Gesetz gar nicht verhindert werden kann oder soll.

Auch hinsichtlich der Sicherung der Friedensfunktion steht die Zweckerreichung durch das Gesetz auf wackeligen Beinen, sind innerbetriebliche Verteilungskämpfe, die auch in Arbeitskämpfen eine Rolle spielen können, nicht ganz unwahrscheinlich. Positive Auswirkungen auf das Bindungsverhalten der Arbeitgeber sind jedenfalls durch die Neuregelung nicht zu erwarten.²³⁰

223 So aber *Fischer*, NZA 2015, 662, 665.

224 BAG, 25.9.2013 – 5 AZR 778/12 – NZA 2014, 94, Rn. 12; im Ergebnis wohl auch *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 8.

225 BAG, 24.2.2010 – 4 AZR 691/08 – NZA-RR, 530; dazu *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 64), S. 199 ff. mwN.

226 WSI-Tarifarchiv/*Bispinck*, 2016 Tarifpolitik, Statistisches Taschenbuch, Düsseldorf 2016, Nr. 4.2 f.; vgl. außerdem *Preis/Ulber*, FS Kempfen, 2013, S. 15, 28; *Reichold*, öAT 2010, 219, 221 f.; kritisch zu diesem Parameter und mit einer zu hier abweichenden Bewertung: *Lesch*, ZfW 2015, 111 ff.

227 *Henssler*, RdA 2015, 222, 224 f.; *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 4 f.

228 So auch *Preis/Ulber*, FS Kempfen, 2013, S. 15, 24; ablehnend hinsichtlich einer gesetzlichen Regelung auch *Bepler*, Deutscher Juristentag, Thesen der Gutachter und Referenten, Bonn 2014, S. 17, These 4.1.

229 *Richardi*, NZA 2015, 915, 917; auch *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 10.

230 *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 64), S. 104.

Zusammenfassungen

Thüsing: Digitalisierung der Arbeitswelt – Impulse zur rechtlichen Bewältigung der Herausforderung gewandelter Arbeitsformen

SR SR 3/2016, S. 87–108

Der Autor beleuchtet das Phänomen der Digitalisierung in seinen vielfältigen arbeitsrechtlichen Facetten. Er stellt dabei Defizite in der wissenschaftlichen Aufarbeitung der Thematik fest, bislang stünden lediglich Teilaspekte im Fokus. Rechtspolitisch sieht er Handlungsbedarf in Bezug auf das Arbeitszeitrecht, die Employability von Arbeitnehmern, Klarstellungen im Datenschutz- und Telekommunikationsrecht sowie die rechtliche Ausgestaltung von mobiler Arbeit und der Betriebsratsarbeit. Kein gesetzgeberisches Tätigwerden sei dagegen in Bezug auf den Arbeitnehmer- und Betriebsbegriff erforderlich.

Walser: Gesetzliche Regelung der Tarifeinheit – Ein Beitrag zur Stabilisierung des Tarifsystems?

SR SR 3/2016, S. 109–129

Der Beitrag setzt sich kritisch mit dem 2015 in Kraft getretenen Tarifeinheitengesetz auseinander und untersucht dessen Tauglichkeit in Bezug auf seine Zielsetzung, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu stärken und kohärente Arbeitsbedingungen im Betrieb zu sichern. Dafür werden ua. der Betriebsbegriff des Gesetzes untersucht und zahlreiche Situationen aufgezeigt, in denen es auch künftig zu Tarifpluralität kommen kann. Am Beispiel der Tarifeinwanderung um eine Vergütungsordnung zum TV-L für Lehrkräfte verdeutlicht der Autor die praktischen Schwierigkeiten im Umgang mit dem Gesetz.

Abstracts

Thüsing: Digitalisation of the working environment – Impulses on the legal handling of the challenge of changed modes of working

SR SR 3/2016, p. 87–108

The author analyses the phenomenon of digitalisation in its various labour law-facets. He identifies deficits in the academic treatment of the subject; the debate so far focuses only on aspects. Regarding legal policy, he identifies the need for action in respect of working time regulation, employability of workers, clarifications in the law on data protection and telecommunication as well as the legal regulation of mobile work and the work of works councils. He sees no need for action of the legislator with regard to the legal terms of worker and establishment.

Walser: Statutory regulation of collective bargaining unity – Strengthening collective bargaining?

SR SR 3/2016, p. 109–129

The author critically examines the Act on bargaining unity, which entered into force in 2015. He analyses its appropriateness according to its main objectives: strengthening collective autonomy and safeguarding coherent working conditions in an establishment. For this purpose he examines the term of establishment and demonstrates that there will be various constellations of multiple applicable collective agreements in the future as well. Using the example of the negotiations on a salary regulation for teachers falling under the TV-L, the author illustrates the practical difficulties in applying the act.

Vorschau | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- *Ulrich Koch*: Inhalte und Folgen der neueren Rechtsprechung des BAG zur Entgeltmitbestimmung
- *Wilma B. Liebman*: U.S. Trade Unions and German Subsidiaries
- *Felipe Temming*: Systemverschiebungen durch den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff

Rezensionsaufsatz

- *Ojeda Avilés*, *Transnational Labour Law* sowie *Blacket* ua., *Transnational Labour Law* (*Sebastian Kriebler*)