

BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 537/08 (A)

14 Sa 91/07
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Verkündet am
27. Januar 2010

BESCHLUSS

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Bepler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Creutzfeldt und Dr. Treber sowie die ehrenamtlichen Richter Schmalz und Weßelkock beschlossen:

Der Vierte Senat möchte von seiner bisherigen Rechtsprechung abweichen und die Auffassung vertreten, dass die Rechtsnormen eines Tarifvertrages, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG in den jeweiligen Arbeitsverhältnissen eines Betriebes unmittelbar gelten und diese durch das Tarifvertragsgesetz vorgesehene Geltung nicht dadurch verdrängt wird, dass für den Betrieb kraft Tarifbindung des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 TVG mehr als ein Tarifvertrag gilt, für Arbeitsverhältnisse derselben Art im Falle einer Tarifbindung eines oder mehrerer Arbeitnehmer allerdings jeweils nur ein Tarifvertrag („Tarifpluralität“).

Damit weicht der Vierte Senat von der Rechtsprechung des Zehnten Senats (*25. Juli 2001 - 10 AZR 599/00 - BAGE 98, 263; 18. Oktober 2006 - 10 AZR 576/05 - BAGE 120, 1*) ab.

Der Vierte Senat fragt nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG an, ob der Zehnte Senat an seiner Rechtsauffassung festhält.

Gründe

A. Die Parteien streiten über einen tariflichen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Zahlung eines Aufschlags zur Urlaubsvergütung. 1

Die Klägerin, Mitglied des Marburger Bundes, war vom 1. Februar 2005 bis zum 30. September 2007 als Assistenzärztin bei der Beklagten beschäftigt. Die Beklagte ist Mitglied im Kommunalen Arbeitgeberverband (KAV). Dem Arbeitsverhältnis liegt der am 21. Januar 2005 geschlossene Arbeitsvertrag zugrunde, in dessen § 2 es heißt: 2

„Das Arbeitsverhältnis bemisst sich nach den Vorschriften des Bundesangestelltentarifvertrages vom 23. Februar 1961 (BAT) und den zur Ergänzung sowie Änderung abgeschlossenen bzw. künftig abzuschließenden Tarifverträgen. ... Außerdem finden die für den Bereich des Arbeitgebers jeweils geltenden sonstigen Tarifverträge Anwendung. ...“

Der Marburger Bund hatte 1994 mit der Deutschen Angestellten-
gewerkschaft (*DAG*) eine Vereinbarung über eine tarifliche Zusammenarbeit
geschlossen, in der diese auch zum Abschluss von Tarifverträgen bevoll-
mächtigt wurde. Auf dieser Grundlage erfolgten auch Tarifabschlüsse durch die
Rechtsnachfolgerin der *DAG*, die Gewerkschaft *ver.di*. Im Verlauf der Tarifver-
tragsverhandlungen über den Abschluss eines Tarifvertrages für den öffentli-
chen Dienst (*TVöD*) im Jahre 2005 widerrief der Marburger Bund gegenüber
der Gewerkschaft *ver.di* die zum Abschluss von Tarifverträgen erteilte Voll-
macht und forderte zugleich die Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberver-
bände (*VKA*) zu Tarifvertragsverhandlungen über einen Tarifvertrag für Ärzte
auf. Der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst in der für den Bereich der
Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung
(*TVöD/VKA*) wurde ua. von der Gewerkschaft *ver.di* und der *VKA* nach Zugang
des Widerrufs der Vollmacht am 13. September 2005 unterzeichnet und trat am
1. Oktober 2005 in Kraft. Der Marburger Bund kündigte den BAT zum
31. Dezember 2005.

3

Im Zeitraum vom 10. bis zum 28. Oktober 2005, am 11. November
2005 sowie vom 24. bis zum 25. November 2005 hatte die Klägerin Erholungs-
urlaub in Anspruch genommen. Die Beklagte zahlte ihr für den Monat Oktober
2005 einen Urlaubsaufschlag nach § 47 Abs. 2 BAT auf der Basis von täglich
60,79 Euro brutto iHv. insgesamt 911,85 Euro brutto und für den Monat No-
vember 2005 in Höhe von 182,37 Euro brutto. Mit der Abrechnung für den
Monat Februar 2006 brachte sie diese Beträge wieder in Abzug. In einem
Informationsschreiben vom 22. Februar 2006 teilte die Beklagte der Klägerin
mit, dass seit dem 1. Oktober 2005 der *TVöD* für das Arbeitsverhältnis maß-
gebend sei und daher die Entgeltabrechnungen hinsichtlich der Urlaubsentgelte
zu korrigieren gewesen seien. Auf die von der Klägerin mit Schreiben vom
14. März 2006 und vom 28. März 2006 begehrte Zahlung der einbehaltenen
Beträge reagierte die Beklagte nicht.

4

Mit ihrer Klage verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiter. Ihr
Anspruch ergebe sich aufgrund ihrer Mitgliedschaft im Marburger Bund kraft
unmittelbarer beiderseitiger Tarifgebundenheit an den BAT aus dessen § 47

5

Abs. 2. Selbst bei Anwendung des TVöD bestehe der Entgeltfortzahlungsanspruch.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, 6
die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.094,22 Euro
brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über
dem Basiszinssatz seit 22. April 2006 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Nach dem Grund- 7
satz der Tarifeinheit sei allein von der Anwendbarkeit des spezielleren TVöD
auszugehen. Die Voraussetzungen der Nachfolgeregelung des § 21 TVöD
seien nicht erfüllt. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin habe im Oktober 2005
noch keinen vollen Kalendermonat bestanden. Arbeitsverhältnisse iSd. § 21
TVöD seien nur solche unter der Geltung des betreffenden Tarifvertrages.
Beschäftigungszeiträume vor dem 1. Oktober 2005 blieben daher unberück-
sichtigt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeits- 8
gericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landes-
arbeitsgericht zugelassenen Revision beantragt die Beklagte, nachdem ihr der
Senat wegen der Versäumung der Revisionsbegründungsfrist durch Zwischen-
urteil Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt hat, die Klage abzu-
weisen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

B. Der Senat möchte die zulässige Revision als unbegründet zurück- 9
weisen. An einer abschließenden Entscheidung ist der Senat jedoch gehindert,
weil er in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage von der Rechtsauf-
fassung eines anderen, des Zehnten Senats des Bundesarbeitsgerichts ab-
weicht.

I. Die Vorinstanzen haben der Klägerin den Aufschlag zum Urlaubsentgelt 10
nach § 47 Abs. 2 BAT nach Auffassung des Senats zu Recht zugesprochen.
Die Klägerin kann kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit an den BAT gemäß § 3
Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG für den in Anspruch genommenen Erholungsurlaub einen
Urlaubsaufschlag nach § 47 Abs. 2 BAT in der zwischen den Parteien für den
Fall der Geltung des BAT nicht umstrittenen Höhe von 1.094,22 EUR brutto

verlangen. Eine Verdrängung des zwischen den Parteien unmittelbar und zwingend geltenden BAT durch den TVöD als einem spezielleren Tarifvertrag nach dem Grundsatz der Tarifeinheit kommt nicht in Betracht. Davon ist das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgegangen.

1. Nach § 47 Abs. 2 BAT kann die Klägerin für den in den Monaten Oktober und November 2005 in Anspruch genommenen Erholungsurlaub einen Urlaubsaufschlag kraft unmittelbarer Tarifgebundenheit in der zwischen den Parteien rechnerisch unstrittigen Höhe verlangen. 11

Für das Arbeitsverhältnis galt der BAT unmittelbar und zwingend nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG, da die Klägerin im Streitzeitraum Mitglied des Marburger Bundes und die Beklagte Mitglied im KAV war. Der am 17. August 2006 zwischen dem Marburger Bund und der VKA geschlossene Tarifvertrag für Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Krankenhäusern im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (*TV-Ärzte/VKA*) galt gemäß § 40 Abs. 1 *TV-Ärzte/VKA* erst ab dem 1. August 2006. 12

2. Der für die Mitglieder des Marburger Bundes und der VKA bis zum 31. Dezember 2005 nach wie vor geltende BAT wird nach Auffassung des Senats nicht nach dem sogenannten Grundsatz der Tarifeinheit durch den am 1. Oktober 2005 in Kraft getretenen TVöD und die damit bei der Beklagten eingetretene Tarifpluralität als speziellerer Tarifvertrag verdrängt. 13

a) Im streitgegenständlichen Zeitraum bestand bei der Beklagten eine Tarifpluralität. 14

aa) Tarifpluralität liegt vor, wenn der Betrieb des Arbeitgebers vom Geltungsbereich zweier von verschiedenen Gewerkschaften geschlossenen Tarifverträge für Arbeitsverhältnisses derselben Art erfasst wird, an die der Arbeitgeber gebunden ist, während für den jeweiligen Arbeitnehmer je nach Tarifgebundenheit nur einer der beiden Tarifverträge Anwendung findet (*etwa BAG 24. Januar 1990 - 4 AZR 561/89 - AP TVG § 1 Tarifverträge Bau: Nr. 126 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 6; 5. September 1990 - 4 AZR 59/90 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 19 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 5; 20. März 1991*) 15

- 4 AZR 455/90 - zu B II 2 a der Gründe, BAGE 67, 330; s. auch BAG 14. Juni 1989 - 4 AZR 200/89 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 16 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 4).

In einem solchen Fall ist nach der genannten Rechtsprechung die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers und die „potentielle Möglichkeit“ ausreichend, dass ein der vertragsschließenden Gewerkschaft angehörender Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt ist (BAG 14. Juni 1989 - 4 AZR 200/89 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 16 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 4; 24. Januar 1990 - 4 AZR 561/89 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 126 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 6; s. auch BAG 24. September 1975 - 4 AZR 471/74 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 11; 29. November 1978 - 4 AZR 304/77 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 12 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 2).

16

bb) Danach bestand bei der Beklagten für den streitgegenständlichen Zeitraum eine Tarifpluralität. Die Beklagte war aufgrund ihrer Mitgliedschaft im KAV nach § 3 Abs. 1 TVG sowohl unmittelbar an den zwischen der VKA und der Gewerkschaft ver.di geschlossenen TVöD/VKA gebunden als auch an den zwischen der VKA und dem Marburger Bund geschlossenen, im Streitzeitraum zwischen Oktober und Dezember 2005 im Verhältnis zwischen den Prozessparteien noch vollwirksamen BAT. Dass der persönliche Geltungsbereich des TV-Ärzte/VKA nicht alle Arbeitnehmer bei der Beklagten erfasst, ist für das Vorliegen einer Tarifpluralität unerheblich (vgl. etwa BAG 26. Januar 1994 - 10 AZR 611/92 - zu II 4 d der Gründe, BAGE 75, 298). Ob bei der Beklagten ein beschäftigter Arbeitnehmer aufgrund einer Mitgliedschaft in den Gewerkschaften, die den TVöD/VKA geschlossen haben, unmittelbar tarifgebunden ist, ist nach der dargestellten Rechtsprechung (unter aa) unerheblich.

17

b) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats soll in Fällen der Tarifpluralität nach dem Grundsatz der Tarifeinheit in einem Betrieb nur ein Tarifvertrag Anwendung finden. Deshalb sei eine Tarifpluralität im Falle einer unmittelbaren Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an verschiedene Tarifverträge - sei es aufgrund Allgemeinverbindlichkeit oder kraft Organisationszugehörigkeit - in aller Regel dahin aufzulösen, dass nach dem Grundsatz der

18

Spezialität der dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten stehende und deshalb den Eigenarten und Erfordernissen des Betriebs und der darin tätigen Arbeitnehmer am besten Rechnung tragende Tarifvertrag den anderen Tarifvertrag verdrängt (*ausf. BAG 20. März 1991 - 4 AZR 455/90 - zu B II 2 a der Gründe, BAGE 67, 330, 337; weiterhin BAG 14. Juni 1989 - 4 AZR 200/89 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 16 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 4; 5. September 1990 - 4 AZR 59/90 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 19 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 5*). Der Grundsatz der Tarifeinheit besage, „dass in jedem Betrieb grundsätzlich für alle in diesem Betrieb begründeten Arbeitsverhältnisse nur ein Tarifvertrag anzuwenden ist“ (*so erstmals BAG 29. März 1957 - 1 AZR 208/55 - BAGE 4, 37, 40, allerdings im Hinblick auf die Auflösung einer Tarifkonkurrenz; nachfolgend BAG 19. Dezember 1958 - 1 AZR 55/58 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 6; den Grundsatz der Tarifeinheit im Hinblick auf die Situation einer Tarifkonkurrenz erwähnt auch BAG 22. Februar 1957 - 1 AZR 536/55 - BAGE 3, 351; s. weiterhin BAG 29. November 1978 - 4 AZR 304/77 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 12 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 2*).

Der Vierte Senat (*s. dazu BAG 14. Juni 1989 - 4 AZR 200/89 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 16 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 4; 5. September 1990 - 4 AZR 59/90 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 19 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 5; 20. März 1991 - 4 AZR 455/90 - zu B II 2 a der Gründe, BAGE 67, 330*) hat den Grundsatz der Tarifeinheit im Wesentlichen - wenn auch mit Nuancen in den einzelnen Entscheidungen - damit begründet, dass dieses letztlich auf dem Ordnungsgedanken beruhende Prinzip zwar im Tarifvertragsgesetz keinen Niederschlag gefunden habe; der Grundsatz folge aber aus den übergeordneten Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Das Tarifvertragsgesetz enthalte keine Regelungen für diesen Fall, weshalb eine Regelungslücke bestehe. Bei dem Grundsatz der Tarifeinheit handle es sich um ein allgemein anerkanntes Rechtsprinzip. Die Gewerkschaft des spezielleren Tarifvertrages könne wegen der größeren Sachnähe das stärkere Recht für sich in Anspruch nehmen. Die Anwendung mehrerer Tarifverträge nebeneinander führe zu rechtlichen und tatsächlichen Unzuträglichkeiten, die

19

durch den Grundsatz der Tarifeinheit vermieden würden. Der betriebseinheitliche Vorrang des spezielleren Tarifvertrages ermögliche „eine rechtlich klare und tatsächlich praktikable Lösung“. Zudem werde die problematische, rein tatsächlich auch nicht immer durchzuführende Abgrenzung zwischen Inhalts- und Betriebsnormen eines Tarifvertrages (§ 3 Abs. 1 und 2 TVG) vermieden.

Die Folgen der Verdrängung eines allgemeineren Tarifvertrages zu Lasten der hieran gebundenen Arbeitnehmer sei im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit hinzunehmen. Die betroffenen Arbeitnehmer könnten durch den Beitritt zu der anderen Gewerkschaft tariflichen Schutz erlangen. Die Situation unterscheide sich nicht von der nach § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG, der bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates ausschliesse und insoweit auch die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer erfasse. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit schütze nur den Kernbereich des Tarifvertragssystems. Die Verdrängung eines Tarifvertrages berühre diesen nicht. Schließlich könne die betroffene Koalition einen noch spezielleren Tarifvertrag abschließen, für ihn werben und sich entsprechend betätigen.

20

c) Diese Rechtsprechung ist in der Literatur überwiegend auf Ablehnung gestoßen (*aus der Kommentarliteratur ErfK/Dieterich 10. Aufl. Art. 9 GG Rn. 85; ErfK/Franzen § 4 TVG Rn. 71; DFL/Krebber 2. Aufl. § 4 TVG Rn. 55 ff.; Löwisch/Rieble TVG 2. Aufl. § 4 Rn. 132 ff.; Wiedemann/Wank TVG 7. Aufl. § 4 Rn. 271 ff.; Wendeling-Schröder in Kempen/Zachert TVG 4. Aufl. § 4 Rn. 156 ff.; Däubler/Zwanziger TVG 2. Aufl. § 4 Rn. 940 ff.; weiterhin Wiedemann Anm. zu BAG 24. September 1975 - 4 AZR 471/74 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 11; ders. Anm. zu BAG 29. November 1979 - 4 AZR 304/77 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 12; Konzen RdA 1978, 146 ff.; Müller NZA 1989, 449, 451 ff.; Reuter JuS 1992, 105 ff.; Kraft RdA 1992, 161 ff.; Vogg Anm. zu BAG 20. März 1991 - 4 AZR 455/90 - EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 7; Hohenstatt DB 1992, 1678 ff.; Hanau/Kania Anm. zu BAG 20. März 1991 - 4 AZR 455/90 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20; Reuter JuS 1992, 105 ff.; Salje SAE 1993, 79 ff.; Loritz ZTR 1993, 91, 98; Merten BB 1993, 572 ff.;*

21

Wiedemann/Arnold ZTR 1994, 399, 402 ff.; Fenn FS Kissel 1994 S. 213 ff.; Reichold SAE 1995, 21 ff.; Wank Anm. zu BAG 26. Januar 1994 - 10 AZR 611/92 - EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 9; Kohte SAE 1996, 14 ff.; Däubler NZA 1996, 225, 230; B. Gaul NZA 1998, 9, 15; Hanau RdA 1998, 65, 69 f.; Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz 1999 S. 334 ff.; ders. in Jacobs/Krause/Oetker Tarifvertragsrecht § 7 Rn. 228 ff.; ders. NZA 2008, 325 ff.; ders. FS Buchner 2009 S. 343, 343 f.; Waas Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität 1999 S. 123 ff., 133 ff.; Wendeling-Schröder Anm. zu LAG Niedersachsen 12. November 1999 - 3 Sa 780/99 - LAGE TVG § 4 Tarifpluralität Nr. 3; Franzen RdA 2001, 1, 7 f.; Band Tarifkonkurrenz, Tarifpluralität und der Grundsatz der Tarifeinheit 2003 S. 84 ff., 119 ff.; Bayreuther Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie 2005 S. 370 ff.; ders. BB 2005, 2633, 2639 f.; s. auch ders. NZA 2006, 642, 644 f.; Lindemann/Simon BB 2006, 1852, 1855 ff.; Harwart Tarifkollision S. 318 ff.; Reichold RdA 2007, 321, 324 f.; ders. in Lehmann Tarifverträge der Zukunft 2008 S. 146 ff.; Lautenschläger Der Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität nach dem Employment Relations Act 1999 Aufl. 2009 S. 32 ff.; Zachert Anm. zu BAG 22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 66; Franzen ZfA 2009, 297, 305 ff.; Niebeling/Gründel NZA 2009, 1003 ff., Deinert NZA 2009, 1176 ff.; kritisch auch Schaub BB 1995, 2003, 2005; Friedrich FS Schaub 1998 S. 183, 203; Richardi FS Buchner 2009 S. 731, 736; jedenfalls bei sogenannter gewillkürter Tarifpluralität kritisch Bayreuther in Lehmann Tarifverträge der Zukunft 2008 S. 130, 140 f.; ders. NZA 2007, 187 ff.; Schubert FS Wendeling-Schröder 2009 S. 59, 76 f.; Schliemann Beil. zu NZA 24/2000 S. 24, 32; ders. FS Hromadka 2008 S. 359, 369 ff.; für Tarifverträge zwischen Gewerkschaften, die nicht sämtlich dem DGB angehören abl. auch HWK/Henssler § 4 TVG Rn. 48 f.; den Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität dagegen befürwortend Säcker/Oetker ZfA 1993, 1 ff.; Heinze/Ricken ZfA 2001, 159 ff.; Buchner BB 2003, 2121, 2122 ff.; kritisch noch ders. RdA 1997, 259, 267; Hromadka GD Heinze 2005 S. 383 ff.; weiterhin Meyer DB 2006, 1271 ff.; Wallisch FS Löwisch 2007 S. 429 ff., Feudner RdA 2008, 104 ff.; Kempen FS Hromadka 2008 S. 177, 182 ff.; anders noch ders. NZA 2003, 415, 417; Giesen NZA 2009,

11 ff.; Koch Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes 2009 Rn. 203 ff.; Scholz FS Buchner 2009 S. 827, 828 ff.).

d) Der Senat beabsichtigt, seine bisherige Rechtsprechung zur Auflösung einer Tarifpluralität nach dem Grundsatz der Tarifeinheit zu Gunsten des spezielleren Tarifvertrages im Falle einer unmittelbaren Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 TVG aufzugeben. 22

Die Rechtsnormen eines Tarifvertrages, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen (§ 1 Abs. 1 TVG), gelten nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG in den jeweiligen Arbeitsverhältnissen eines Betriebes unmittelbar und zwingend. Diese durch das Tarifvertragsgesetz vorgesehene, auf das einzelne Arbeitsverhältnis bezogene Bindung wird nicht dadurch verdrängt, dass für den Betrieb kraft Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 TVG mehr als ein Tarifvertrag für Arbeitsverhältnisse derselben Art gilt, für die jeweiligen Arbeitsverhältnisse im Falle einer Tarifgebundenheit eines oder mehrerer Arbeitnehmer allerdings jeweils nur ein Tarifvertrag. Eine solche aufgrund unmittelbarer Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG eingetretene Tarifpluralität kann für die genannten Rechtsnormen nicht nach dem Grundsatz der Tarifeinheit dahingehend aufgelöst werden, dass nur ein Tarifvertrag für den Betrieb gilt. Ein solcher Rechtsgrundsatz besteht nicht. Eine Verdrängung der geltenden tariflichen Normen ist weder aufgrund praktischer Schwierigkeiten noch wegen einer sonst erforderlichen Abgrenzung von Inhalts- und Betriebsnormen geboten. Die Voraussetzungen einer Rechtsfortbildung, die zur Verdrängung tariflicher Normen führt, sind vorliegend nicht gegeben. Die Verdrängung eines Tarifvertrages ist auch mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren. Ob es sich bei dem TVöD um einen gegenüber dem BAT spezielleren Tarifvertrag handelt, wie es die Beklagte meint, kann deshalb dahinstehen. 23

aa) Das Tarifvertragsgesetz ordnet in § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG die unmittelbare und zwingende Wirkung der Normen eines Tarifvertrages im Arbeitsverhältnis beiderseits Tarifgebundener an. Sofern der Tarifvertrag von tariffähigen Koalitionen im Rahmen ihrer Tarifzuständigkeit geschlossen wurde, 24

entfalten die Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen (§ 1 Abs. 1 TVG), unmittelbare und zwingende Wirkung zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen. Die Bindung eines Arbeitsverhältnisses an einen Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG beruht dabei auf privatautonomem Entscheidungen. Der Inhalt und die gesetzlich angeordnete Wirkungsweise des Tarifvertrages erlangen Legitimation durch die freie Entscheidung der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Mitglied einer Koalition zu werden (*BAG 31. Juli 2002 - 7 AZR 140/01 - zu B I 1 der Gründe mwN, BAGE 102, 65*). Der Abschluss von Tarifverträgen und die damit bewirkte Normsetzung ist kollektiv ausgeübte Privatautonomie (*BAG 18. Juli 2006 - 1 ABR 36/05 - Rn. 55, BAGE 119, 103; 27. November 2002 - 7 AZR 414/01 - zu B I 3 a der Gründe mwN, AP BGB § 620 Altersgrenze Nr. 21 = EzA BGB 2002 § 620 Altersgrenze Nr. 1; 30. August 2000 - 4 AZR 563/99 - zu I 2 c der Gründe, BAGE 95, 277; weiterhin BAG 26. August 2009 - 4 AZR 294/08 - Rn. 30*). Die Tarifvertragsparteien und ihre Mitglieder haben dadurch ihr Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG wahrgenommen und Regelungen zu bestimmten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geschaffen. Wer Mitglied in der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft ist, will insbesondere an den von dieser in Tarifverträgen vereinbarten Mindestbedingungen teilhaben.

Der Umstand, dass Arbeitgeber nach § 3 Abs.1 TVG an verschiedene Tarifverträge gebunden sein können, hindert die unmittelbare und zwingende Wirkung nach § 4 Abs. 1 TVG nicht. Damit ist es nach dem eindeutigen Wortlaut des Tarifvertragsgesetzes möglich, dass für verschiedene Arbeitnehmer im Betrieb unterschiedliche Tarifverträge gelten (*Bayreuther Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie 2005 S. 379*). Tarifpluralität ist im System des Tarifvertragsgesetzes angelegt (*s. nur Fenn FS Kissel 1994 S. 213, 229; Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz 1999 S. 375 f.; Konzen RdA 1978, 146, 150; Kraft RdA 1992, 161, 166*).

25

- bb) Eine Rechtsgrundlage, die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge einer Tarifgebundenheit der Arbeitsvertragsparteien auszuschließen, obwohl deren gesetzliche Voraussetzungen vorliegen, besteht nicht. 26
- (1) Der Grundsatz der Tarifeinheit, für den weder eine ausdrückliche noch eine gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsgrundlage besteht (*anders nur Heinze/Ricken ZfA 2001, 159, 174 ff.*), kann nicht auf übergeordnete Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gestützt werden (*so schon Hanau/Kania Anm. AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20; s. auch Kraft RdA 1992, 162, 166; Konzen RdA 1978, 146, 150 ff.; Reuter JuS 1992, 105 ff.*). Rechtsprinzipien sind leitende Gedanken einer möglichen oder bestehenden rechtlichen Regelung, jedoch nicht die positive Regelung selbst. Ihnen fehlt die der Anwendung auf den Einzelfall fähige Norm mit bestimmtem Tatbestand und bestimmter Rechtsfolge (*Bydlinski Juristische Methodenlehre 1982 S. 132; Esser Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts Neuauflage 1970 S. 20, 259 ff.; ebenso Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz 1999 S. 390 ff.; Hanau/Kania Anm. AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20; Kraft RdA 1991, 161, 166; alle mwN*). Sie können deshalb eine rechtliche Regelung nicht unmittelbar außer Kraft setzen. 27
- (2) Darüber hinaus handelt der dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip zuzuordnende Grundsatz der Rechtssicherheit von der Klarheit und Bestimmtheit der Normen und das Prinzip der Rechtsklarheit davon, dass den Normunterworfenen die auf sie und ihr Verhalten anzuwendenden Regeln so klar, bestimmt und eindeutig vor Augen geführt werden, dass sie disponieren können (*BVerfG 12. Januar 1967 - 1 BvR 169/63 - zu C III 1 a der Gründe, BVerfGE 21, 73; weiterhin BVerfG 19. Februar 1962 - 2 BvR 650/60 - zu II s a der Gründe, BVerfGE 13, 14; 14. Februar 1978 - 2 BvR 406/77 - zu B I 2 a der Gründe, BVerfGE 47, 239*). Es geht bei beiden Prinzipien nicht um die praktischen Auswirkungen der Anwendung von Normen, wie sie die Befürworter des Grundsatzes der Tarifeinheit vor Augen haben. 28
- (3) Hinzu kommt, dass Rechtsklarheit und Rechtssicherheit durch die Auflösung einer Tarifpluralität häufig nicht erreicht werden können. Bis zur 29

rechtskräftigen Klärung, welcher „speziellere“ Tarifvertrag im Betrieb gilt (zu den unterschiedlichen Maßstäben anlässlich der Tarifauseinandersetzung bei der Deutschen Bahn AG im Jahre 2007 s. nur die Nw. bei Franzen ZfA 2009, 297, 306, Fn. 53), bestehen Unsicherheiten über den Inhalt des Arbeitsverhältnisses (Fenn FS Kissel 1994 S. 213, 230 f.; Reuter JuS 1992, 150, 106 f.; Wendeling-Schröder in Kempen/Zachert TVG 4. Aufl. § 4 Rn. 164; ebenso Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz 1999 S. 390 f.; Franzen ZfA 2009, 297, 306).

cc) Die Verdrängung bestehender Tarifverträge im Falle einer Tarifpluralität, an die die Arbeitsvertragsparteien nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar gebunden sind, kann nicht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung durch einen Grundsatz der Tarifeinheit begründet werden. Es besteht nicht die hierfür notwendige planwidrige Lücke im Gesetz. Die durch den Grundsatz der Rechts- und Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG gezogenen Grenzen (dazu BVerfG 19. Oktober 1983 - 2 BvR 485/80 und 486/80 - zu II 1 der Gründe, BVerfGE 65, 182) stehen einer solchen Rechtsfortbildung entgegen. 30

(1) Eine planwidrige Gesetzeslücke liegt nicht schon dann vor, wenn ein Sachverhalt nicht geregelt ist. Vielmehr ist erforderlich, dass für den mit dem Gesetz verfolgten Zweck - dem „gesetzgeberischen Plan“ - eine Regelung erforderlich wäre, diese aber nicht getroffen wurde (s. nur Fenn FS Kissel 1994 S. 213, 229). Ein eventuelles rechtspolitisches Versäumnis des Gesetzgebers begründet keine der Rechtsfortbildung zugängliche Regelungslücke. Maßgebend ist dabei, ob das Gesetz nach seiner eigenen Regelungsabsicht tatsächlich unvollständig ist oder ob die in ihm getroffene Entscheidung nur rechtspolitisch kritisiert werden kann (s. nur Larenz/Canaris Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 192 ff., 195). 31

(2) Nach diesen Maßstäben weist das Tarifvertragsgesetz keine planwidrige Regelungslücke hinsichtlich der Anwendbarkeit mehrerer in einem Betrieb nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG geltenden Tarifverträge auf, soweit die einzelnen Arbeitsverhältnisse jeweils nur einem Tarifvertrag unterliegen. 32

(a) Eine Lücke im Tarifvertragsgesetz lässt sich nicht anhand der Entstehungsgeschichte des Tarifvertragsgesetzes begründen (*statt vieler Franzen ZfA 2009, 297, 305; Richardi FS Buchner 2009 S. 731, 736; Hanau/Kania Anm. zu BAG 20. März 1991 - 4 AZR 455/90 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20; sowie ausf. Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz 1999 S. 64 ff.*). Die Annahme, der Gesetzgeber habe eine Tarifpluralität wegen der Entwicklung der Gewerkschaften zu Einheitsgewerkschaften als nicht regelungsbedürftig angesehen und eine abweichende Entwicklung nicht gesehen (*so Säcker/Oetker ZfA 1993, 1, 7 ff.; ebenso Hromadka NZA 2008, 384, 386*), weshalb man nicht davon ausgehen könne, er habe eine Tarifpluralität durch § 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG „abgesegnet“ (*Säcker/Oetker ZfA 1993, 1, 8*), lässt sich auf die Entstehungsgeschichte des Tarifvertragsgesetzes nicht stützen. 33

Der „Stuttgarter Entwurf“ des Arbeitsrechtsausschusses des Länderrates vom Juli 1948 kann entgegen der früheren Senatsrechtsprechung (*BAG 20. März 1991 - 4 AZR 455/90 - zu B II 2 a der Gründe, BAGE 67, 330*) hierzu nicht herangezogen werden. Soweit dieser in § 8 eine Kollisionsregel für den Fall vorgeschlagen hatte, dass „ein Arbeitsverhältnis in den Geltungsbereich mehrerer Tarifverträge fällt“ (*Materialien zur Entstehung des TVG abgedruckt in ZfA 1973, 129 ff.*), behandelt er eine Tarifkonkurrenz. Die im Verlauf der Gesetzgebung getroffene Erwägung, eine nähere Ausgestaltung der Konkurrenzproblematik der Wissenschaft und der Rechtsprechung zu überlassen, bezieht sich auf diese Tarifkonkurrenz und gerade nicht auf die der Rechtsprechung und Wissenschaft schon damals bekannte (*dazu ausf. etwa Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz 1999 S. 376 f.; Wendeling-Schröder in Kempen/Zachert TVG 4. Aufl. § 4 Rn. 159*) Frage der Tarifpluralität (*Bayreuther Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie 2005 S. 378 f.; Franzen ZfA 2009, 296, 305; Jacobs aaO S. 374 ff. mwN in Fn. 250; Hanau/Kania Anm. AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20*). 34

Der historische Gesetzgeber ist auch nicht davon ausgegangen, dass eine Tarifpluralität im Betrieb ohnehin nicht eintreten werde, weil sie durch das „Ordnungsprinzip der Gewerkschaften“ ausgeschlossen sei (*so Säcker/Oetker ZfA 1993, 1, 7 ff., 9*). Dem steht schon entgegen, dass die DAG bereits im 35

Jahre 1945 gegründet worden war, der Deutsche Gewerkschaftsbund aber erst am 13. Oktober 1949, mithin mehr als ein halbes Jahr nach Inkrafttreten des TVG. Damit war das angeführte Ordnungsprinzip der Gewerkschaften bereits auf die Möglichkeit von Tarifpluralität angelegt (s. etwa *Schliemann FS Hromadka 2008 S. 359, 371*).

(b) Auch die gesetzliche Systematik spricht gegen die Annahme einer Gesetzeslücke. Das folgt auch aus § 3 Abs. 2 TVG, selbst wenn man der Regelung einen „(sehr verhaltenen) Hinweis auf eine Tarifeinheit im Betrieb“ (so *Bayreuther Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie 2005 S. 379*) entnehmen wollte. § 3 Abs. 2 TVG spricht gerade dafür, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, Individualnormen aus unterschiedlichen Tarifverträgen fänden in einem Betrieb nebeneinander Anwendung. Denn nur dann ist es erforderlich, für die Betriebsnormen, bei denen es eine fortbestehende Tarifpluralität nicht geben kann, eine notwendig betriebseinheitliche Regelung vorzusehen (s. nur *Franzen ZfA 2009, 297, 305*). Gleiches gilt für die Geltung betriebsverfassungsrechtlicher Normen nach § 3 Abs. 2 TVG (*Bayreuther Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie 2005 S. 379*; s. auch *Kraft FS Zöllner 1998 S. 831, 836*). 36

(c) Schließlich hat der Gesetzgeber an dieser Unterscheidung zwischen Individualnormen iSd. § 1, § 3 Abs. 1 TVG und Betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen nach § 3 Abs. 2 TVG bei den zwischenzeitlich erfolgten Änderungen des Tarifvertragsgesetzes (*idF der Bekanntmachung vom 25. August 1969 [BGBl. I S. 1323], zuletzt geändert Artikel 223 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 [BGBl. I S. 2407]*) festgehalten, weshalb auch nicht von einer sekundären oder nachträglichen Gesetzeslücke ausgegangen werden kann (s. nur *Franzen ZfA 2009, 279, 306*; *aA Hromadka NZA 2008, 384, 385 f., 389*; *Säcker/Oetker ZfA 1993, 1, 8 f.*). 37

(d) Der Gesetzgeber geht zudem, wie § 613a Abs. 1 BGB zeigt, davon aus, dass zwei verschiedene Tarifverträge im Betrieb Anwendung finden können. Die Ablösung der nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB transformierten Regelungen in das Arbeitsverhältnis (*dazu BAG 22. April 2009 - 4 AZR 100/08 - Rn. 61 ff.*, 38

EzA BGB 2002 § 613a Nr. 110) erfordert die kongruente Tarifgebundenheit beider Arbeitsvertragsparteien. Danach kann es durch einen Betriebsübergang zu verschiedenen im Betrieb anwendbaren Tarifverträgen kommen. Ein Ordnungsprinzip der betrieblichen Tarifeinheit steht dem nicht entgegen (*BAG 21. Februar 2001 - 4 AZR 18/00 - zu B I 2 b ee [5] der Gründe, BAGE 97, 107*). Die Existenz parallel anwendbarer tarifvertraglicher Regelungswerke in einem Betrieb wird dadurch anerkannt (*s. dazu auch Kohte SAE 1996, 14, 17: Koexistenz als „gesetzliches Leitbild“; ähnlich Kania DB 1996, 1921, 1923*).

dd) Die Auflösung einer Tarifpluralität durch den Grundsatz der Tarifeinheit ist nicht im Wege einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung möglich. Deren Voraussetzungen liegen nicht vor. 39

(1) Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Umstände zu den Aufgaben der Dritten Gewalt (*BVerfG 12. November 1997 - 1 BvR 479/92, 307/94 - zu B I 2 a der Gründe, BVerfGE 96, 375*), die nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 ZPO dem Bundesarbeitsgericht zugewiesen ist. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung besteht jedoch nicht schrankenlos, sondern wird durch Art. 20 Abs. 2 und 3 GG begrenzt. Mit den Grundsätzen der Gewaltenteilung und Gesetzesbindung wäre es nicht vereinbar, wenn sich die Gerichte aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begäben, also objektiv betrachtet sich der Bindung an Gesetz und Recht entzögen (*BVerfG 3. November 1992 - 1 BvR 1243/88 - zu B II 2 b der Gründe, BVerfGE 87, 273, 279 ff.*). Die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung setzt deshalb voraus, dass das Gesetz lückenhaft ist, wobei sich die Unvollständigkeit der rechtlichen Regelung nicht wie bei der Analogie am Plan des Gesetzes selbst, sondern an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung misst (*BVerfG 14. Februar 1973 - 1 BvR 112/65 - zu C IV 1 der Gründe mwN, BVerfGE 34, 269*). Diese kann sich aus der Verfassung, insbesondere den Grundrechten (*BVerfG 12. November 1997 - 1 BvR 479/92, 307/94 - zu B I 2 a der Gründe, aaO*) oder einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs ergeben (*etwa*

BGH 14. Dezember 2006 - IX ZR 92/05 - zu II 2 c bb [1] der Gründe, BGHZ 170, 187). Es muss einsichtig gemacht werden können, dass das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem zu lösen, nicht mehr erfüllt (*BVerfG 14. Februar 1973 - 1 BvR 112/65 - zu C IV 1 der Gründe mwN, aaO*). Fragen der Zweckmäßigkeit, insbesondere der Praktikabilität, können eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung grundsätzlich nicht begründen (*BAG 12. November 1992 - 8 AZR 157/92 - zu I 2 der Gründe, BAGE 71, 355*).

(2) Nach diesen Grundsätzen liegen die Voraussetzungen für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung nicht vor. 41

(a) Die für den Grundsatz der Tarifeinheit angeführten „unüberwindlichen praktischen Probleme“ (*Zusammenstellung der verschiedenen verwendeten Begrifflichkeiten etwa bei Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz 1999 S. 393 f. mwN in Fn. 364 ff.*) bei der Anwendung verschiedener Tarifverträge im Betrieb können die Verdrängung geltender Tarifnormen nicht begründen. Sie bestehen teilweise nicht oder sind - durch die Rechtsprechung - zu lösen. 42

(aa) Dabei ist schon fraglich, ob die Anwendung von verschiedenen Tarifverträgen in einem Betrieb auch unter Berücksichtigung des technischen Fortschritts wie etwa der elektronischen Datenverarbeitung bei der Anwendbarkeit der unterschiedlichen Rechtsnormen zu größeren Problemen bei der betrieblichen Durchführung der Bestimmungen führt (*s. nur Bayreuther NZA 2007, 187, 188 ff.; Meyer DB 2006, 1271, 1272; Hromadka GD Heinze S. 283, 287; Reichold RdA 2007, 321, 325; anders Buchner BB 2003, 2121, 2122*). Solche werden auch vorliegend von der Beklagten weder angeführt noch sind sie sonst ersichtlich. 43

(bb) Selbst wenn man bei Aufrechterhaltung einer Tarifpluralität generell von Anwendungs- und Durchführungsproblemen für den Arbeitgeber ausgehen wollte, können diese keine Grundlage für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung sein. Schwierigkeiten bei der Anwendung einer Norm rechtfertigen nicht deren Derogation (*BAG 10. März 1987 - 8 AZR 146/84 - zu I 7 a der Gründe, BAGE 54, 232, 240; 26. Januar 1993 - 1 AZR 303/92 - zu II 2 b ee der* 44

Gründe, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 102 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 109). Auch reichen Zweckmäßigkeitserwägungen oder das Koordinierungsinteresse des Arbeitgebers allein nicht aus (*Kraft RdA 1992, 161, 166; Hanau/Kania Anm. zu BAG 20. März 1991 - 4 AZR 455/90 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20; Reichold RdA 2007, 321, 324 f.; Wiedemann/Wank TVG § 4 Rn. 277*). Eine zweckmäßigere Handhabung vermag auch kein unabweisbares Verkehrsbedürfnis zu begründen.

(cc) Ebenso kann die angeführte „tatsächlich auch nicht durchzuführende Abgrenzung zwischen Inhalts- und Betriebsnormen eines Tarifvertrages“ (*BAG 20. März 1991 - 4 AZR 455/90 - zu B II 2 a der Gründe, BAGE 67, 330*) nicht zur Verdrängung tariflicher Regelungen herangezogen werden. 45

Die Trennung der beiden Normbereiche ist in § 3 TVG gesetzlich vorgesehen. Es ist Aufgabe der Rechtsprechung, diese differenzierende gesetzliche Vorschrift anzuwenden (*Wendeling-Schröder in Kempfen/Zachert TVG § 4 Rn. 160; Merten BB 1993, 572, 574*). Diese wird in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch wahrgenommen (*vgl. etwa 27. April 1988 - 7 AZR 593/87 - zu I 3 b der Gründe, BAGE 58, 183; 26. April 1990 - 1 ABR 84/87 - zu B V der Gründe, BAGE 64, 368*). Ein Tarifvertrag kann stets Inhaltsnormen, betriebliche Normen und betriebsverfassungsrechtliche Normen enthalten. Aufgrund der unterschiedlichen Bindungswirkung nach § 3 Abs. 1 TVG und § 3 Abs. 2 TVG (*dazu BAG 26. April 1990 - 1 ABR 84/87 - zu B V 2 a der Gründe; aaO*) ist für jede Tarifnorm getrennt zu prüfen, um welche Art von Norm es sich handelt (*BAG 21. Januar 1987 - 4 AZR 486/86 - AP GG Art. 9 Nr. 46*). Das gilt schon für Betriebe, in denen der Arbeitgeber nur an einen Tarifvertrag gebunden ist. Auch dann muss aufgrund der unterschiedlichen Gebundenheit nach § 3 Abs. 1 und § 3 Abs. 2 TVG festgestellt werden, welche Art von tariflicher Regelung vorliegt. Das Erfordernis würde in gleicher Weise im Falle eines nach dem Grundsatz der Tarifeinheit verdrängten Tarifvertrages bestehen, weil für die an ihn gebundenen Arbeitnehmer festgestellt werden müsste, welche Betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen des anderen Tarifver-

 46

trages im Verhältnis zu ihnen normativ gelten und welche Normen dieses Tarifvertrages, weil es sich um Inhaltsnormen handelt, nicht ohne weiteres.

(b) Die unzulässige Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit bei der Einstellung (*dazu BAG 2. Juni 1987 - 1 AZR 651/85 - BAGE 54, 353; 28. März 2000 - 1 ABR 16/99 - BAGE 94, 169*) führt im Falle einer Tarifpluralität nicht zu „tatsächlichen Unzutraglichkeiten“.

Die Gewerkschaftsmitgliedschaft ist stets von Bedeutung, wenn der Arbeitnehmer tarifliche Leistungspflichten des Arbeitgebers kraft unmittelbarer Tarifgeltung beansprucht (*s. nur Wank Anm. zu EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 9*). Auch im Falle der Auflösung der Tarifpluralität durch Verdrängung eines Tarifvertrages wäre zu ermitteln, wer an den spezielleren Tarifvertrag gebunden ist (*Wiedemann/Arnold ZTR 1994, 443, 445*). Selbst wenn man trotz des Schutzes durch § 612a BGB (*dazu Hanau/Kania Anm zu AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20*) eine Offenbarungspflicht im laufenden Arbeitsverhältnis nicht anerkennt, bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, zunächst nur diejenigen Leistungen zu erbringen, die den Nicht- oder Andersorganisierten zustehen (*Wiedemann/Wank TVG § 4 Rn. 277; Wendeling-Schröder in Kempen/Zachert TVG § 4 Rn. 162; Danne SAE 1998, 111, 115; Bayreuther BB 2005, 2633, 2640 m. Fn. 68*). Im Streitfalle ist der Arbeitnehmer nach den allgemeinen Grundsätzen gehalten, seine Tarifgebundenheit darzulegen und ggf. zu beweisen, wenn er tarifvertragliche Rechte geltend macht (*s. nur jüngst Nebeling/Gründel NZA 2009, 1003, 1004*). Nichts anderes gilt im Übrigen im Recht der schwerbehinderten Menschen. Soweit dort einschlägige Rechte oder Ansprüche geltend gemacht werden, sind auch in diesem Rechtsbereich keine Unzutraglichkeiten angemahnt worden (*Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz 1999 S. 407*).

(c) Der Grundsatz der Tarifeinheit in Fällen einer Tarifpluralität kann als gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung nicht deshalb gerechtfertigt werden, weil sonst durch drohende „ständige kaum sinnvoll handhabbare Tarifausinandersetzungen und ständige Streiks mit verheerenden Auswirkungen“ (*Hromadka NZA 2008, 383, 387*) eine Funktionsunfähigkeit des Tarifvertrags-

systems eintrete. Allein ein als möglich angesehener „Überbietungswettbewerb“ der Gewerkschaften oder Funktionsverlust der Friedenspflicht bei nicht abgestimmten Tarifverhandlungen (*Hromadka GD Heinze 2005, S. 384, 388; ähnlich Meyer DB 2006, 1271, 1272 f.; ders. NZA 2006, 1387, 1390; Otto FS Konzen 2006 S. 663 ff.; s. auch Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung Jahresgutachten 2007/2008 [2007] S. 36 ff.*) oder eine befürchtete Vervielfachung von Arbeitskämpfen (*Giesen NZA 2009, 11, 15 f., 17; s. auch Feudner RdA 2008, 104, 105*) sind keine hinreichenden Gesichtspunkte, die die Verdrängung eines geltenden Tarifvertrages im Wege der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung legitimieren könnten.

(aa) Unabhängig von der Frage, ob tatsächlich Anhaltspunkte für einen Funktionsverlust des Tarifvertragssystems aus den vorgebrachten Besorgnissen gefolgert werden können, handelt es sich hierbei um Rechtsfragen des Arbeitskämpfrechts, nicht aber um solche des Tarifrechts zur Auflösung einer möglichen Tarifpluralität.

50

Der Arbeitskampf gehört zu den verfassungsrechtlich geschützten Mitteln, weil von ihm die Verfolgung eines wesentlichen Koalitionszwecks, der Abschluss von Tarifverträgen, abhängt. Arbeitskampfmaßnahmen werden jedenfalls insoweit vom Grundrecht der Koalitionsfreiheit geschützt, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen (*BVerfG 26. Juni 1991 - 1 BvR 779/85 - zu C I 1 a der Gründe mwN, BVerfGE 84, 212; BAG 22. September 2009 - 1 AZR 972/08 - Rn. 33, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 143*). Schon aufgrund dieser Funktionsbezogenheit des Arbeitskämpfrechts folgt nicht das Tarifrecht dem Arbeitskämpfrecht, sondern vielmehr das Arbeitskämpfrecht dem Tarifrecht (*ebenso Deinert NZA 2009, 1176, 1182, mwN in Fn. 101; Franzen ZfA 2009, 297, 311; wohl auch Bayreuther NZA 2008, 12, 15 ff.*). Etwaige Rechtsfragen des Arbeitskämpfrechts infolge einer bestehenden Tarifpluralität sind in diesem Rechtsbereich zu lösen (*s. im hiesigen Zusammenhang etwa die Beiträge von Bayreuther NZA 2008, 12 ff.; Giesen NZA 2009, 11, 14 ff.; Hirdina NZA 2009; 997 ff.; Jacobs FS Buchner 2009 S. 342 ff.; Meyer FS Adomeit 2008 S. 459 ff.; von Steinau-*

51

Steinrück/Glanz NZA 2009, 113 ff.). Sie sind nicht geeignet, die Auflösung einer Tarifpluralität durch Verdrängung der Regelungen eines vollwirksamen Tarifvertrages nach dem Grundsatz der Tarifeinheit zu rechtfertigen.

Deshalb muss der Senat vorliegend auch nicht darüber befinden, ob die Verdrängung eines Tarifvertrages nach dem Grundsatz der Tarifeinheit überhaupt geeignet wäre, die angeführten Szenarien zu verhindern oder ob er nicht vielmehr zunächst einmal Tarifpluralität, also den Abschluss mehrerer Tarifverträge über denselben Regelungsgegenstand, gerade voraussetzt (so BAG 14. Dezember 2004 - 1 ABR 51/03 - Rn. 63, BAGE 113, 82; s. auch BAG 20. März 1991- 4 AZR 455/90 - zu B II 2 b der Gründe, BAGE 67, 330, wonach es der Koalition unbenommen ist, sich um den Abschluss eines spezielleren, den konkurrierenden Tarifvertrag verdrängenden Tarifvertrages zu bemühen). Es kann weiterhin dahinstehen, ob einer konkurrierenden Koalition im Hinblick auf das nach Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Grundrecht der kollektiven Koalitionsfreiheit die Befugnis zur im Zweifel kampfweisen Durchsetzung eines Tarifvertrages tatsächlich abgesprochen werden kann (*ablehnend Bayreuther NZA 2006, 642, 646 f.; Deinert NZA 2009, 1176, 1180 f., 1182; Franzen ZfA 2009, 297, 311, mwN in Fn. 78; Jacobs NZA 2008, 325, 329; deutlich Reichold RdA 2007, 321, 327: „waghalsige, dogmatisch mehrfach unschlüssige Konstruktion“; s. auch die Fallgestaltung in BAG 26. Oktober 1971 - 1 AZR 113/68 - zu A II 3 b der Gründe, BAGE 23, 484*).

52

(bb) Es ist derzeit auch nicht ersichtlich, dass das geltende Tarifvertragssystem seine Funktion im Falle von Tarifpluralitäten, zu denen es tatsächlich schon gekommen ist und die auch tatsächlich praktiziert werden, nicht mehr wahrnehmen kann, so dass eine Rechtsfortbildung nach den genannten Grundsätzen vorliegend auch deshalb ausscheidet.

53

ee) Ungeachtet der fehlenden Voraussetzungen für eine Rechtsfortbildung, die zur Verdrängung eines nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend geltenden Tarifvertrages nach dem Grundsatz der Tarifeinheit führen könnte, wäre eine solche mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG auch nicht zu vereinbaren.

54

(1) Die in den Entscheidungen des Senats zur Begründung des Grundsatzes der Tarifeinheit vertretene Auffassung einer Beschränkung des Grundrechtsschutzes der Koalition durch Art. 9 Abs. 3 GG auf einen „Kernbereich des Tarifvertragssystems“ (*oben unter 2 mwN*) kann nicht mehr herangezogen werden. Der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG ist nicht von vornherein auf einen Kernbereich solcher koalitionsgemäßer Betätigungen beschränkt, die für die Erreichung des Koalitionszwecks unerlässlich sind. Er erstreckt sich vielmehr auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen (*grdl. BVerfG 14. November 1995 - 1 BvR 601/92 - zu B I 3 b der Gründe, BVerfGE 93, 352; weiterhin BVerfG 24. Februar 1999 - 1 BvR 123/93 - zu B II 2 b aa der Gründe, BVerfGE 100, 214; 6. Februar 2007 - 1 BvR 978/05 - zu II 2 a der Gründe, NZA 2007, 394; BAG 22. September 2009 - 1 AZR 972/08 - Rn. 33, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 143; 20. Januar 2009 - 1 AZR 515/08 - Rn. 39, AP GG Art. 9 Nr. 137 = EzA GG Art. 9 Nr. 96; 18. März 2009 - 4 AZR 64/08 - Rn. 117, AP TVG § 3 Nr. 41 = EzA GG Art. 9 Nr. 98; 28. Februar 2006 - 1 AZR 460/04 - Rn. 40, BAGE 117, 137*). Soweit die Verfolgung des Koalitionszwecks von dem Einsatz bestimmter Mittel abhängt, werden auch diese vom Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG umfasst (*BVerfG 26. Juni 1991 - 1 BvR 779/85 - zu C I 1 a der Gründe, BVerfGE 84, 212*). Die Koalitionen müssen ihren verfassungsrechtlich anerkannten Zweck, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern, insbesondere durch den Abschluss von Tarifverträgen erfüllen können (*s. nur BVerfG 4. Juli 1995 - 1 BvF 2/86 ua. - zu C I 1 a der Gründe, BVerfGE 92, 365; ebenso BVerfG 10. Januar 1995 - 1 BvF 1/90 ua. - zu B II 1 a der Gründe, BVerfGE 92, 26*).

55

(2) Die Verdrängung eines von einer Gewerkschaft geschlossenen Tarifvertrages nach dem Grundsatz der Tarifeinheit stellt sowohl einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit der tarifschließenden Gewerkschaft als auch in die individuelle Koalitionsfreiheit des an diesen gebundenen Gewerkschaftsmitglieds dar.

56

(a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts schützt das Doppelgrundrecht des Art. 9 Abs. 3

57

GG zum einen den Einzelnen in seiner Freiheit, eine Vereinigung zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten oder sie zu verlassen. Geschützt ist zum anderen auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen (s. *nur BVerfG 6. Februar 2007 - 1 BvR 978/05 - zu II 2 a der Gründe mwN, NZA 2007, 394; BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 11 mwN, BAGE 123, 134*). Der Schutz erstreckt sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen und umfasst insbesondere die Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht (*BVerfG 4. Juli 1995 - 1 BvF 2/86 ua. - zu C I 1 a der Gründe, BVerfGE 92, 365; 29. Dezember 2004 - 1 BvR 2283/03 ua. - zu C II 3 a der Gründe, AP AEntG § 3 Nr. 2; 10. September 2004 - 1 BvR 1191/03 - zu B II 1 der Gründe mwN, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 167 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 136; BAG 22. September 2009 - 1 AZR 972/08 - Rn. 33, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 143*). Beim Abschluss von Tarifverträgen sollen die Gewerkschaften frei sein (*BVerfG 26. Juni 1991 - 1 BvR 779/85 - zu C I 1 a der Gründe mwN, BVerfGE 84, 212*). Sie können daher selbst bestimmen, mit wem, für welchen Arbeitnehmerkreis und für welche Unternehmen oder welchen Betrieb sie im Rahmen ihrer Tarifzuständigkeit einen Tarifvertrag abschließen möchten. Sie sind nicht auf einen Kernbereich unerlässlicher koalitionsspezifischer Maßnahmen und damit möglicherweise auf den Abschluss speziellerer Tarifverträge beschränkt.

In diese Grundrechtsposition der Gewerkschaften greift die Auflösung einer Tarifpluralität nach dem Grundsatz der Tarifeinheit ein, da sie die unmittelbare und zwingende Wirkung des weniger speziellen Tarifvertrages außer Kraft setzt. Die Verdrängung eines nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG geltenden Tarifvertrages zur Auflösung einer Tarifpluralität nach dem Grundsatz der Tarifeinheit stellt einen Eingriff in das Grundrecht der Koalitionsfreiheit dar (so auch *BVerfG 24. April 1996 - 1 BvR 712/86 - zu C I 2 der Gründe, BVerfGE 94, 268, im Falle des § 57a HRG, der die Nrn. 1 und 2 SR 2y BAT außer Kraft setzte; weiterhin BVerfG 3. April 2001 - 1 BvL 32/97 - zu B 2 der Gründe, BVerfGE 103, 293, zur Regelung in § 10 BUrtG aF; sowie BVerfG 10. Januar*

58

1995 - 1 BvF 1/90 ua. - zu B II 1 c aa der Gründe, BVerfGE 92, 26, zu § 21 Abs. 4 Satz 3 FIRG; BAG 20. April 1999 - 1 ABR 72/98 - zu II 2 b bb der Gründe, BAGE 91, 210). Durch die Verdrängung eines geltenden Tarifvertrages nach dem Grundsatz der Tarifeinheit wird in das durch das Tarifvertragsgesetz bereits ausgestaltete Grundrecht der Koalitionsfreiheit (zur Ausgestaltung von Art. 9 Abs. 3 GG durch das TVG s. nur BVerfG 18. November 1954 - 1 BvR 629/52 - zu C 2 b aa der Gründe, BVerfGE 4, 96, 106; anders Hromadka NZA 2008, 384, 387; Buchner BB 2003, 2121, 2128; die beide lediglich eine Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit annehmen), von dem die Tarifvertragsparteien durch den Abschluss eines Tarifvertrages bereits Gebrauch gemacht haben, dergestalt eingegriffen, dass die konkrete Rechtsposition - die Geltung des Tarifvertrages - nur aufgrund der Koalitionsrechtsausübung durch eine andere konkurrierende Organisation wieder entzogen wird (Engels RdA 2008, 331, 334 f. mwN in Fn. 75; Burkiczak Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts 2006 S. 171, 253 ff.; Franzen ZfA 2009, 297, 304, 309; Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz 1999 S. 439).

Damit wird ein von den Tarifvertragsparteien erstrittenes Verhandlungsergebnis zu Lasten der Gewerkschaft abgeändert und ihr Erfolg nachträglich bei einem Firmentarifvertrag ganz oder bei einem Flächentarifvertrag zumindest teilweise entwertet. Der Abschluss von Tarifverträgen für alle bei einer Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer ist aber zentraler Bestandteil ihrer Koalitionsfreiheit (BVerfG 10. Januar 1995 - 1 BvF 1/90 ua. - zu B II 1 c bb der Gründe, BVerfGE 92, 26). Die Entwertung dieser ihrer Koalitionsrechtsausübung kann ihre Verhandlungsposition für die Zukunft ebenso schwächen wie ihre Attraktivität, Mitglieder zu werben oder zu erhalten. Durch solche Folgen wird die Tarifautonomie beeinträchtigt (BVerfG 3. April 2001 - 1 BvL 32/97 - zu B 2 der Gründe, BVerfGE 103, 293). Durch die Verdrängung derjenigen tariflichen Regelungen, die gegenüber einem bereits für den Arbeitgeber geltenden Tarifvertrag nicht spezieller sind, kann der Zugang zu einem bestimmten Betrieb, Unternehmen, uU zu einem ganzen Wirtschaftszweig versperrt werden (Wiedemann/Wank TVG § 4 Rn. 277), wodurch auch die Koalitionsbestandsgarantie betroffen werden kann. Denn die Erhaltung und der Ausbau des Mitgliederbestandes sind

59

als bestandssichernde Maßnahmen vom Grundrecht der Koalitionsfreiheit erfasst (*BVerfG 14. November 1995 - 1 BvR 601/92 - zu B I 1 der Gründe, BVerfGE 93, 352*).

(b) Die Auflösung einer Tarifpluralität greift zudem in die individuelle positive Koalitionsfreiheit der Mitglieder derjenigen Gewerkschaft ein, die den verdrängten Tarifvertrag geschlossen hat (*Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz 1999 S. 442 mwN in Fn. 646; so schon Konzen RdA 1978, 145, 148: „Verkürzung des Tarifschutzes“*). Die individuelle Koalitionsfreiheit umfasst nicht nur das Recht, sich zu Koalitionen zusammenzuschließen und sich für sie zu betätigen, sondern - als Hauptzweck der Mitgliedschaft - den Schutz der von der ausgewählten Koalition geschlossenen Tarifverträge in Anspruch nehmen zu können.

60

(3) Allenfalls zum Schutz von gleichermaßen verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsgütern und Gemeinwohlbelangen kann die von Art. 9 Abs. 3 garantierte Koalitionsfreiheit, obwohl ohne Gesetzesvorbehalt verbürgt, eingeschränkt werden (*BVerfG 6. Februar 2007 - 1 BvR 978/05 - zu II 2 a der Gründe mwN, NZA 2007, 394; 26. Juni 1991 - 1 BvR 779/85 - zu C I 3 a der Gründe mwN, BVerfGE 84, 212*). Allerdings dürfen dem Betätigungsrecht der Koalition nur solche Schranken gezogen werden, die im konkreten Fall zum Schutz der betroffenen Rechtsgüter von der Sache her geboten sind (*BVerfG 6. Februar 2007 - 1 BvR 978/05 - aaO; 14. November 1995 - 1 BvR 601/92 - zu B I 3 b der Gründe mwN, BVerfGE 93, 352*). Die dazu erforderliche Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit durch die Rechtsordnung obliegt in erster Linie dem Gesetzgeber (*BVerfG 24. Mai 1977 - 2 BvL 11/74 - zu B II 1 b bb der Gründe mwN, BVerfGE 44, 322; BAG 20. Januar 2009 - 1 AZR 515/08 - Rn. 40, AP GG Art. 9 Nr. 137 = EzA GG Art. 9 Nr. 96*). Dort, wo die gesetzlichen Vorgaben - wie etwa auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts - unzureichend sind oder fehlen, haben anstelle des Gesetzgebers die Gerichte für eine sachgerechte Ausgestaltung der Betätigungsfreiheit zu sorgen (*BVerfG 26. Juni 1991 - 1 BvR 779/85 - zu C I 2 a der Gründe, BVerfGE 84, 212*).

61

Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass Einschränkungen der verfassungsrechtlich garantierten Betätigungsfreiheit der Koalitionen nur dann mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar sind, wenn sie entweder dem Schutz des jeweiligen Koalitionspartners und damit gerade der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie oder dem Schutz der Grundrechte Dritter dienen oder sie durch die Rücksicht auf andere Rechte mit Verfassungsrang gerechtfertigt sind (*BVerfG 26. Juni 1991 - 1 BvR 779/85 - zu C I 3 a der Gründe, aaO; 24. April 1996 - 1 BvR 712/86 - zu C II 1 der Gründe, BVerfGE 94, 368*).

62

(4) Der durch eine Verdrängung tariflicher Regelungen erfolgte Eingriff in die individuelle und die kollektive Koalitionsfreiheit ist nach den vorgenannten Maßstäben nicht gerechtfertigt.

63

(a) Die Notwendigkeit der Auflösung einer Tarifpluralität kann nicht damit begründet werden, es handele sich bei dem Grundsatz der Tarifeinheit um einen „richtungweisenden Maßstab rechtlicher Normierung“, der vor Art. 9 Abs. 3 GG bestehen könne (*Hromadka GD Heinze 2005, 383, 393; anders bereits Hanau/Kania Anm. zu BAG 20. März 1991 - 4 AZR 455/90 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20*). Weiterhin kann auch nicht eine „verfassungsrechtlich anerkannte Ordnungsfunktion des Tarifwesens“ als mögliche Grundlage herangezogen werden (*so aber Hanau RdA 2008, 98, 99*). Weder dem Tarifvertragsgesetz noch dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG kann eine rechtlich verbindliche Vorgabe der betriebseinheitlichen Geltung von denjenigen Tarifnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, entnommen werden. Die mit dem Koalitionsgrundrecht verbundene Zielvorstellung der „sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens“ beinhaltet keine rechtlich vorgegebene Ordnung, wonach tarifliche Normen betriebseinheitlich gelten müssten, die vorliegend eine Einschränkung der grundrechtlichen Freiheiten rechtfertigen könnte. Die Ordnungsfunktion von Tarifverträgen ist entsprechend der von Verfassungs wegen vorgegebenen mitgliedschaftlichen Struktur der Koalitionen nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG auf die unmittelbar Tarifgebundenen beschränkt.

64

(aa) Die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie verfolgt den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck, dem von der staatlichen Rechtssetzung ausgesparten Raum des Arbeitslebens im einzelnen durch Tarifverträge autonom zu regeln (*BVerfG 24. Mai 1977 - 2 BvL 11/74 - zu B II 1 b bb der Gründe, BVerfGE 44, 322; grdl. BVerfG 18. November 1954 - 1 BvR 629/52 - zu C 2 b bb der Gründe, BVerfGE 4, 96; weiterhin etwa BVerfG 6. Mai 1964 - 1 BvR 79/62 - zu B I 2 der Gründe, BVerfGE 18, 18; 1. März 1979 - 1 BvR 532/77 ua. - zu C IV 1, 2 b cc der Gründe, BVerfGE 50, 290; 20. Oktober 1981 - 1 BvR 404/78 - zu B I der Gründe, BVerfGE 58, 233; 2. März 1993 - 1 BvR 1213/85 - zu C II 1 der Gründe, BVerfGE 88, 103; 4. Juli 1995 - 1 BvF 2/86 - zu C I 2 c der Gründe, BVerfGE 92, 365*). Bei dieser Zweckverfolgung durch den Abschluss von Tarifverträgen sollen die Vereinigungen nach dem Willen des Grundgesetzes frei sein (*BVerfG 26. Juni 1991 - 1 BvR 779/85 - zu C I 1 a der Gründe mwN, BVerfGE 84, 212*).

65

Mit dem Tarifvertragsgesetz hat der Gesetzgeber die Voraussetzungen für ein gesetzlich gesichertes tarifvertragliches Regelungsverfahren in Ausgestaltung der verfassungsrechtlich abgesicherten Tarifautonomie geschaffen (*so schon BVerfG 18. November 1954 - 1 BvR 629/52 - zu C 2 b aa der Gründe, BVerfGE 4, 96*). Die Tarifvertragsparteien regeln auf dessen Grundlage (privat)autonom, mit welchen tarifpolitischen Forderungen (*dazu BAG 24. April 2007 - 1 AZR 252/06 - Rn. 99, BAGE 122, 134*) sie für ihre Mitglieder tarifvertragliche Regelungen mit welchem Tarifvertragspartner setzen wollen und letztlich vereinbaren.

66

Dabei regelt das Tarifvertragsgesetz das Zustandekommen und die Wirkung von Tarifverträgen. Es enthält dabei - gerade anders als § 3 Abs. 2 und 3 TVG für betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Rechtsnormen eines Tarifvertrages - keine gesetzlichen Vorgaben, die auf eine bestimmte inhaltliche Ordnung des Tarifvertragssystems iSe. tarifeinheitlichen Regelung der Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen im jeweiligen Betrieb ausgerichtet sind oder eine solche gar rechtlich vorschreiben. Es kann deshalb offenbleiben, ob der einfache Gesetzgeber eine Regelung überhaupt schaffen könnte, die in

67

einer derart weit reichenden Weise in die verfassungsrechtlich geschützte Koalitionsfreiheit eingreift.

Die Ordnungsfunktion eines Tarifvertrages ist durch die nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG auf die Mitglieder beschränkte Rechtssetzungsmacht der Tarifvertragsparteien begrenzt. Insoweit wird der Tarifvertrag im Hinblick auf die von ihm gesetzten Rechtsnormen - wie jeder Vertrag - seiner Ordnungsfunktion gerecht (*Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz 1999 S. 374, 393 f.; Koop Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus 2009 S. 277 ff., 281*). Eine über die Ordnung der Vertragsbeziehungen seiner Mitglieder hinausgehende Ordnungsfunktion des Tarifvertrages, namentlich in Richtung auf eine „sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens“ dergestalt, die Arbeitsverhältnisse im Betrieb einheitlich zu regeln, ist durch das Tarifvertragsgesetz rechtlich nicht vorgegeben (*Bayreuther Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie 2005 S. 153; Däubler in ders. [Hrsg.] TVG 2. Aufl. Rn. 81; Dieterich AuR 2001, 390, 391; Jacobs aaO; Kempen in ders./Zachert [Hrsg.] TVG 4. Aufl., Einl. Rn. 99; Konzen RdA 1978, 146, 153; Koop Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus 2009 S. 283; Schliemann FS Hromadka 2008 S. 359, 371, 377 f.: „korrespondiert kein rechtlich fundierter Grundsatz“; ähnlich Richardi FS Buchner 2009 S. 731, 740*).

68

(bb) Der Grundsatz der betrieblichen Tarifeinheit ist auch kein verfassungsrechtliches Element der grundgesetzlich geschützten Tarifautonomie, welches die Verdrängung von Rechtsnormen eines Tarifvertrages, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, begründen könnte.

69

Der Annahme einer von Verfassungs wegen vorgesehenen notwendigen tarifeinheitlichen Regelung für den jeweiligen Betrieb steht entgegen, dass die Koalitionsfreiheit in erster Linie als Freiheitsgrundrecht strukturiert (s. nur *BVerfG 4. Juli 1995 - 1 BvF 2/86 - zu C I 1 a der Gründe, BVerfGE 92, 365*) und auf einen Wettbewerb zwischen verschiedenen Koalitionen angelegt ist. Art. 9 Abs. 3 GG überlässt es den tariffähigen Koalitionen, in Ausübung ihrer

70

kollektiven Privatautonomie im Rahmen der Verfahrensregelungen des Tarifvertragsrechts autonom durch Tarifverträge die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu regeln. Dieses Zurücktreten des Staates zugunsten der Tarifparteien gewinnt seinen Sinn ebenso sehr aus dem Gesichtspunkt, dass die unmittelbar Betroffenen besser wissen und besser aushandeln können, was ihren beiderseitigen Interessen und dem gemeinsamen Interesse entspricht, als der demokratische Gesetzgeber, wie aus dem Zusammenhang mit dem für die Gestaltung nicht öffentlich-rechtlicher Beziehungen charakteristischen Prinzip der Privatautonomie, im Grunde also der Entscheidung des Grundgesetzes zugunsten des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaats (*BVerfG 27. Februar 1973 - 2 BvL 27/69 - zu B II 4 a der Gründe, BVerfGE 34, 307*). Dabei hat der Gesetzgeber den Koalitionen im Tarifvertragsgesetz das Mittel des Tarifvertrages an die Hand gegeben, damit sie die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens verwirklichen können (*BVerfG 24. Mai 1977 - 2 BvL 11/74 - zu B II 1 b aa der Gründe, BVerfGE 44, 322*).

Dies erfolgt auch im Wettbewerb mit anderen Koalitionen (*BVerfG 6. Mai 1964 - 1 BvR 79/62 - zu B III 2 c der Gründe, BVerfGE 18, 18; 15. Juli 1980 - 1 BvR 24/74 ua. - zu B II 2 c der Gründe, BVerfGE 55, 7*). Zu dem durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionspluralismus gehört, dass die Koalitionen in Konkurrenz treten (*BAG 31. Mai 2005 - 1 AZR 141/04 - Rn. 31, BAGE 115, 58*). Dieser Wettbewerb wird auch im Rahmen der durch das Tarifvertragsgesetz ausgestalteten kollektiven Privatautonomie ausgetragen. Tarifpluralität ist deshalb Folge des verfassungsrechtlich vorgesehenen und geschützten Koalitionspluralismus (*s. dazu nur Franzen ZfA 2009, 297, 307 f.; sowie Konzen RdA 1978, 146, 154; Kraft RdA 1992, 159, 168*).

71

Der in frühen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts verwendete Begriff der „sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens“ steht diesem Verständnis nicht entgegen. Die sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens ist „einer der Zwecke des Tarifvertragssystems“ (*BVerfG 18. November 1954 - 1 BvR 629/52 - zu C 2 b bb, BVerfGE 4, 96*), nicht aber eine verfassungsrechtlich verbindliche Vorgabe, die den Grundsatz der betrieblichen Tarifeinheit recht-

72

fertigen könnte. Die in Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich verankerte Tarifautonomie verfolgt den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck, dem von der staatlichen Rechtssetzung ausgesparten Raum des Arbeitslebens im Einzelnen durch Tarifverträge „autonom“ zu regeln (*oben unter [aa] mwN*). Nur insoweit dient die Koalitionsfreiheit der sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens (*BVerfG 1. März 1979 - 1 BvR 532/77 ua. - zu C IV 1 der Gründe, BVerfGE 50, 290; zu dieser Rechtsprechung des BVerfG s. auch Richardi FS Buchner 2008 S. 731, 739 f.*). Auf welchem Wege die Koalitionen die verfassungsrechtliche Erwartung der sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens verwirklichen, ist im Rahmen der rechtlichen Ausgestaltung des Tarifvertragswesens ihnen überlassen und fordert von Verfassungen wegen keine betriebseinheitlichen Tarifregelungen.

(b) Soweit weiterhin angenommen wird, die „Kartellfunktion“ des Tarifvertrages und das Ziel einer „regelmäßigen Ordnung“ der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erforderten funktionell, dass am Ende des Koalitionswettbewerbs eine tarifeinheitliche Regelung für das konkrete betriebliche Arbeitsfeld bestehe (*Kempfen FS Hromadka 2008 S. 177, 185 ff.; s. auch ders. FS 50 Jahre BAG 2005 S. 729 f., 733; ebenso Scholz FS Buchner 2009 S. 827, 828 ff.*), ist dies in dem Art. 9 Abs. 3 GG konkretisierenden Tarifvertragsgesetz für die hier ausschließlich infrage stehenden Rechtsnormen eines Tarifvertrages nicht geregelt. Die Kartellfunktion, die in der Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen liegt, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, beruht nicht als solche auf einer normativen Festlegung des geltenden Tarifvertragsrechts (*Däubler in ders. [Hrsg.] TVG Rn. 83, so auch Kempfen in ders./Zachert [Hrsg.] TVG Einl. I Rn. 103; ebenso Bayreuther Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie 2005 S. 145*). Ein solches funktionelles Erfordernis kann aus den bereits genannten Gründen (*unter [a] [bb]*) dem Koalitionsgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG nicht entnommen werden. Eine mögliche Kartellwirkung ergibt sich lediglich über § 4 Abs. 1 TVG auf der Ebene der an den einzelnen Tarifvertrag Gebundenen und auch hier nur hinsichtlich der Geltung von Mindestarbeitsbedingungen (§ 4 Abs. 3 TVG).

73

(c) Die angeführten Zweckmäßigungs- oder Praktikabilitätsabwägungen stellen keine mit der Koalitionsfreiheit kollidierenden Rechtsgüter des Arbeitgebers von gleichermaßen verfassungsrechtlichem Rang (*zu diesem Erfordernis BVerfG 6. Februar 2007 - 1 BvR 978/05 - zu II 2 a der Gründe, NZA 2007, 394*) dar, die nach den genannten Maßstäben einen Eingriff in die individuelle und die kollektive Koalitionsfreiheit rechtfertigen können (*s. nur Reichold RdA 2007, 321, 324 f.; Engels RdA 2008, 331, 335; Jacobs NZA 2008, 325, 329*). Ein Ordnungsziel der betriebseinheitlichen Tarifgeltung wäre allein auf den einzelnen Betrieb bezogen und betriebswirtschaftlich ausgerichtet (*Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz 1999 S. 439*). Ebenso wenig können etwaige „Effizienzgewinne tarifvertraglich installierter allgemeiner Arbeitsbedingungen“ (*Säcker/Oetker ZfA 1993, 1, 12*) die Einschränkung des Koalitionsgrundrechts begründen; allein ordnungspolitische Vorstellungen, die nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen (*oben unter [3]*), können eine solche nicht rechtfertigen (*in diese Richtung aber Buchner BB 2003, 2121, 2127; ebenso Hromadka NZA 2008, 384, 392: „Tarifeinheit ... ist geeignet, eine sinnvolle Ordnung im Betrieb herzustellen“*).

74

(d) Es sind auch derzeit keine Anzeichen dafür erkennbar, dass ein solcher Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften und ihrer Mitglieder zur Wahrung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie (*zu diesem Kriterium als mögliche Rechtfertigung eines Eingriffs BVerfG 4. Juli 1995 - 1 BvF 2/86 ua. - zu C I 2 c der Gründe, BVerfGE 92, 365*) erforderlich wäre. Soweit angeführt wird, im Falle einer Tarifpluralität könne das Tarifvertragssystem seine Aufgabe nicht mehr wahrnehmen (*Hromadka GD Heinze S. 383, 394, unter Hinweis auf die Gefahr „ständiger Tarifverhandlungen und Streiks“; dazu oben unter dd [2] [a] [cc]; Buchner BB 2003, 2121, 2128; Feudner BB 2007, 2459, 2462; Scholz FS Buchner 2009 S. 827, 828 f.; s. auch Säcker/Oetker ZfA 1993, 1, 11: Gemeinwohlinteresse an einem funktionierenden Tarifsysteem zur sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens*), ohne die Funktionsunfähigkeit der Tarifautonomie näher zu begründen, wird übersehen, dass Tarifeinheit keine Funktionsbedingung der Tarifautonomie ist (*ErfK/Dieterich 10. Aufl. Art. 9 GG Rn. 68a; Reichold RdA 2007, 321, 324; s. auch Richardi FS Buchner 2009 S. 731, 740*).

75

Eine Bedrohung des Bestandes der Tarifverträge der Mehrheitsgewerkschaften, die *Scholz* anlässlich des Tarifkonflikts bei der Deutschen Bahn ausmachen und daraus einen „verfassungsunmittelbaren Konflikt“ auf der Ebene der Koalitionsrechtsgarantie folgern will (*FS Buchner 2009 S. 827, 829*), ist rechtstatachlich nicht erkennbar. Auch sind keine schwer überwindbaren Schwierigkeiten für die Gestaltung des Tarifrechts in Richtung auf Tarifklarheit und Rechtssicherheit erkennbar oder absehbar (*dazu BVerfG 18. November 1954 - 1 BvR 629/52 - zu C 2 b bb der Gründe, BVerfGE 4, 96*), die die Verdrängung eines Tarifvertrages nach dem Grundsatz der Tarifeinheit begründen könnten.

(e) Für eine Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Gemeinwohlbelange (*dazu BVerfG 4. Juli 1995 - 1 BvF 2/86 ua. - zu C II 2 a der Gründe, BVerfGE 92, 365*) durch eine Pluralität tariflicher Regelungen im Betrieb gibt es derzeit keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte. 76

(5) Schließlich ist die in den Entscheidungen zum Grundsatz der Tarifeinheit herangezogene Parallele zu § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG nicht geeignet, den Eingriff in die Koalitionsfreiheit derjenigen Arbeitnehmer (mit) zu begründen, die der Gewerkschaft angehören, die den verdrängten Tarifvertrag geschlossen hat. § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG bezweckt den Schutz der Tarifautonomie und setzt dabei das Rangverhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung voraus. Demgegenüber hindert der Grundsatz der Tarifeinheit die Koalitionsbetätigung im Betrieb, indem er zumindest einen Tarifvertrag verdrängt und betrifft zudem ranggleiche Regelungen. Die Vorschrift kann nicht dazu herangezogen werden, Tarifgebundene von den sie schützenden Tarifnormen auszuschließen (*s. nur Kraft RdA 1993, 161, 168; Hanau RdA 1998, 65, 69; s. auch Merten BB 1993, 572, 575*). Bei den tariflichen Regelungen iSd. § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG handelt es sich zudem häufig um Betriebs- oder Betriebsverfassungsnormen im Sinne von § 3 Abs. 2 TVG. Bei diesen ist ein Nebeneinander verschiedener tarifvertraglicher Normen, die denselben Regelungsgegenstand betreffen, ausgeschlossen. Arbeitnehmern, die an den bei der hier notwendigen Kollisionsauflösung verdrängten Tarifvertrag gebunden sind, bleibt aufgrund der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers 77

zumindest der Schutz des verdrängenden Tarifvertrages, auch wenn sie nicht Mitglied der hieran beteiligten Gewerkschaft sind.

d) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die nach alledem auch weiterhin zu Grunde zu legende Geltung des BAT kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit nicht aufgrund der individualvertraglichen Bezugnahme im Arbeitsvertrag der Parteien ausgeschlossen. Selbst wenn diese sich - wie die Revision meint - nach Inkrafttreten des TVöD auf diesen erstrecken sollte, bestünde bei der Klägerin keine Tarifkonkurrenz, die zur Verdrängung des BAT führen würde. Die individualvertragliche Inbezugnahme eines Tarifvertrages führt nicht zu dessen tarifrechtlicher Geltung mit der Folge, dass seine Bestimmungen infolge einer Tarifkonkurrenz nach dem Spezialitätsprinzip verdrängt werden könnten. Es handelt sich vielmehr um eine einzelvertragliche Regelung von Arbeitsbedingungen. Deshalb kann es auch nicht zu einer Konkurrenz kommen, weil nicht zwei Tarifverträge gleichzeitig für das Arbeitsverhältnis der Klägerin Geltung beanspruchen (*BAG 29. August 2007 - 4 AZR 767/06 - Rn. 20, BAGE 124, 34, unter Aufgabe von BAG 23. März 2005 - 4 AZR 203/04 - BAGE 114, 186*). Ist der Arbeitnehmer an einen Tarifvertrag gebunden, gilt im Verhältnis zu den vertraglichen Regelungen, auch wenn sie tarifvertragliche Bestimmungen zum Gegenstand des Arbeitsvertrages machen, das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip gemäß § 4 Abs. 3 TVG (*s. auch BAG 22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - Rn. 34, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 66 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 39*), im anderen Fall bleibt es bei der unmittelbaren und zwingenden Wirkung kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit.

78

II. Die Revision ist nicht aus anderen Gründen zurückzuweisen.

79

1. Eine Zurückweisung der Revision käme in Betracht, wenn der Anspruch auf einen Urlaubsaufschlag nach § 47 Abs. 2 BAT bereits deshalb begründet wäre, weil diese Tarifregelung aufgrund der arbeitsvertraglichen Bezugnahme anzuwenden ist. Hierüber hat der Senat jedoch nicht zu entscheiden. Auf diesen Lebenssachverhalt, der einen anderen Streitgegenstand darstellt, hat die Klägerin ihr Begehren nicht gestützt.

80

- a) Der Streitgegenstand wird bestimmt durch den Klageantrag, in dem sich die von der Klägerin in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und durch den zugehörigen Lebenssachverhalt, aus dem die Klägerin die begehrte Rechtsfolge herleitet. Der Lebenssachverhalt umfasst das ganze dem Klageantrag zugrunde liegende tatsächliche Geschehen, das bei natürlicher, vom Standpunkt der Parteien ausgehender Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag der Klägerin zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehört oder gehört hätte (*BAG 11. Mai 2005 - 4 AZR 315/04 - Rn. 44 f., BAGE 114, 332; weiterhin BAG 15. März 2006 - 4 AZR 73/05 - Rn. 18, AP ZPO § 551 Nr. 63 = EzA ZPO 2002 § 551 Nr. 2; 9. April 2008 - 4 AZR 104/07 - Rn. 64, AP TVG § 1 Nr. 43 = EzA ZPO 2002 § 259 Nr. 1*). Die vereinbarte arbeitsvertragliche dynamische Bezugnahme auf den BAT und die ihn ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge einerseits und die normative Geltung des BAT kraft unmittelbarer Tarifgebundenheit andererseits sind unterschiedliche Lebenssachverhalte und damit verschiedene Streitgegenstände (*BAG 11. Mai 2005 - 4 AZR 315/04 - aaO*). 81
- b) Die Klägerin hat ihr Begehren nicht auf die arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel gestützt. Sowohl ihr erst- als auch ihr zweitinstanzliches Vorbringen stützt sich ausschließlich auf die beiderseitige Tarifgebundenheit. Die Klägerin macht auch nicht hilfsweise geltend, ihr Anspruch rechtfertige sich jedenfalls auch in Anwendung der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel. 82
2. Die Revision kann auch nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil der Klägerin der Urlaubsaufschlag in der geforderten Höhe sowohl nach den Bestimmungen des BAT als auch nach denen des TVöD zustünde. Der Senat kann bereits mangels ausreichender Feststellungen nicht darüber befinden, ob der Klägerin auch nach § 21 Abs. 1 Satz 2, § 26 Abs. 1 Satz 1 TVöD ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung in der geforderten Höhe zusteht. Deshalb kann es dahinstehen, ob der TVöD für das zwischen den Parteien bestandene Arbeitsverhältnis überhaupt maßgebend ist. 83
- a) Nach § 21 Abs. 1 Satz 2 TVöD werden für die Berechnung der Entgeltfortzahlung die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile als 84

Durchschnitt auf Basis der dem maßgebenden Ereignis - hier dem in Anspruch genommenen Erholungsurlaub - vorhergehenden letzten drei vollen Kalendermonate (Berechnungszeitraum) zugrunde gelegt.

b) Selbst wenn man mit der Klägerin davon ausgeht, dass entgegen der Auffassung der Beklagten § 28 TVÜ-VKA einer Berechnung nach dem Referenzprinzip für die Zeit vor dem 1. Oktober 2005 nicht entgegensteht, fehlt es an den erforderlichen Feststellungen. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, welche nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile ihr in den maßgebenden Berechnungszeiträumen Juli 2005 bis September 2005 für den Erholungsurlaub im Monat Oktober 2005 und von August 2005 bis Oktober 2005 für den Erholungsurlaub im Monat November 2005 zugestanden haben. Der zwischen den Parteien der Höhe nach unstrittige, auf Grundlage des § 47 Abs. 2 BAT berechnete Urlaubsaufschlag kann hierfür nicht herangezogen werden, weil nach § 47 Abs. 2 Unterabschnitt 2 und Unterabschnitt 3 Satz 1 BAT hierfür ein anderer Referenzzeitraum maßgebend ist. 85

3. Aus den vorstehenden Gründen kann der Anspruch auch nicht auf § 11 BUrlG gestützt werden. 86

III. Der Senat ist an einer abschließenden Entscheidung gehindert, weil er in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage von der Rechtsauffassung eines anderen Senats des Bundesarbeitsgerichts abweicht. 87

1. Der Zehnte Senat hat in seiner Entscheidung vom 25. Juli 2001 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Vierten Senats (*BAG 26. Januar 1994 - 10 AZR 611/92 - BAGE 75, 298; 24. Januar 1990 - 4 AZR 561/89 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 126 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 6*) die Rechtsauffassung vertreten, dass „in diesem Fall der Tarifkonkurrenz bzw. -pluralität ... nach dem Grundsatz der Spezialität allein der Tarifvertrag zur Anwendung [kommt], der dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebes und der darin tätigen Arbeitnehmer am besten gerecht wird“ (*- 10 AZR 599/00 - zu II 3 vor a der Gründe, BAGE 98, 263; s. auch BAG* 88

15. November 2006 - 10 AZR 665/05 - Rn. 20, BAGE 120, 182). Zwar betraf „dieser Fall“ eine Tarifpluralität, die aufgrund der Geltung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages nach § 5 Abs. 4 TVG und eines Verbandstarifvertrages nach § 3 Abs. 1 TVG entstanden ist. Der Zehnte Senat bezieht sich jedoch auf die allgemeinen Grundsätze des Vierten Senats zur Tarifeinheit. Der Zehnte Senat geht in der genannten Entscheidung davon aus, die „Allgemeinverbindlicherklärung des VTV bewirke gemäß § 5 Abs. 4 TVG die Normgebundenheit des Klägers in gleicher Weise wie eine Verbandsmitgliedschaft gemäß § 3 Abs. 1 TVG“ (25. Juli 2005 - 10 AZR 599/00 - zu II 3 e der Gründe, aaO). Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, der Zehnte Senat differenziere bei der hier maßgebenden Rechtsfrage zwischen einer durch Allgemeinverbindlicherklärung begründeten Tarifgeltung, zu der der erkennende Senat sich nicht verhält, und einer Tarifgeltung kraft Koalitionsmitgliedschaft gemäß § 3 Abs. 1 TVG. Diese Rechtsauffassung hat der Zehnte Senat in seiner Entscheidung vom 18. Oktober 2006 für allgemeinverbindliche Tarifverträge außerhalb der gesetzlichen Bindung nach § 1 Abs. 3 AEntG unter Bezugnahme auf die eigene und die Rechtsprechung des Vierten Senats (BAG 25. Juli 2001 - 10 AZR 599/00 - aaO; 26. Januar 1994 - 10 AZR 611/92 - aaO; 24. Januar 1990 - 4 AZR 561/89 - aaO, mwN) bestätigt (- 10 AZR 576/05 - Rn. 31, 37, BAGE 120, 1).

Ob sich aus den Ausführungen in der Entscheidung vom 4. Dezember 2002, wonach der Senat „jedenfalls für die Geltungsbereichsstreitigkeiten der Sozialkassen des Baugewerbes“ an dem „Prinzip der Tarifeinheit festhalten will“ (- 10 AZR 113/02 - zu II 1 d aa der Gründe, AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 28 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 17) ein anderes ergibt, kann daher dahinstehen. Gleiches gilt für die Entscheidung des Zehnten Senats vom 26. Januar 1994 (- 10 AZR 611/92 - zu II 4 d der Gründe, BAGE 75, 298).

89

2. Eine Anfrage an den Ersten Senat ist nicht erforderlich.

90

a) Die Entscheidung des Ersten Senats vom 29. März 1957 behandelt einen Fall der Tarifkonkurrenz. Der Senat führt zwar aus, der Grundsatz der Tarifeinheit besage auch, dass in jedem Betrieb grundsätzlich für alle in diesem

91

Betrieb begründeten Arbeitsverhältnisse nur ein Tarifvertrag anzuwenden ist (- 1 AZR 208/55 - BAGE 4, 37, 38). Diese Ausführungen waren allerdings nicht entscheidungserheblich im Hinblick auf die Auflösung einer eventuellen Tarifpluralität. Die erörterte Möglichkeit, dass der allgemeinverbindliche RTV Bau „auf das Arbeitsverhältnis der Parteien überhaupt keine Anwendung findet“, setzte nach den Entscheidungsgründen voraus, dass die Parteien des Rechtsstreits nicht nur an diesen, sondern auch einen anderen Tarifvertrag „persönlich tarifgebunden sind“. Das beschreibt den Fall der Tarifkonkurrenz und nicht denjenigen der Tarifpluralität. In einer weiteren Entscheidung war eine Tarifpluralität nicht aufzulösen (19. Dezember 1958 - 1 AZR 55/58 - AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 6), so dass es an der erforderlichen Entscheidungserheblichkeit der Rechtsfrage fehlt. Das gilt auch für die Entscheidungen des Ersten Senats vom 22. März 1994 (- 1 ABR 47/93 - zu B III 1 a der Gründe, EzA TVG § 4 Geltungsbereich Nr. 10) und vom 28. März 2006 (- 1 ABR 58/04- zu B III 3 b bb [1] [a] der Gründe, BAGE 117, 308).

b) Hinsichtlich der Entscheidung vom 29. März 1957 (- 1 AZR 208/55 - BAGE 4, 37, 38) ist der Vierte Senat zudem aufgrund einer Änderung in der Geschäftsverteilung mittlerweile anstelle des damals zuständigen Ersten Senats für die vorliegende Rechtsfrage allein zuständig. Nach I Nr. 1 des damals maßgebenden Geschäftsverteilungsplans waren dem Ersten Senat die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG zugewiesen, bei denen es sich um das Rechtsgebiet des „Allgemeinen Tarifrechts“ handelt. Für das Tarifvertragsrecht ist nach Nr. 4.1 des Geschäftsverteilungsplans für das Jahr 2008 der Vierte Senat ausschließlich zuständig. Eine Anfrage beim Ersten Senat, ob er an seiner Rechtsauffassung festhält, wäre auch deshalb entbehrlich, § 45 Abs. 3 Satz 2 ArbGG (vgl. dazu auch BAG 20. August 2002 - 9 AZR 750/00 - zu I 4 c cc der Gründe, BAGE 102, 260; 7. November 2000 - 1 ABR 55/99 - zu B IV 2 der Gründe, BAGE 96, 200).

92

3. Der Einleitung eines Vorlageverfahrens an den Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts nach § 45 Abs. 4 ArbGG bedarf es nicht.

93

a) § 45 Abs. 4 ArbGG setzt voraus, dass eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Vorlage erforderlich machen. 94

b) Eine grundsätzliche Bedeutung kann nicht schon dann angenommen werden, dass sich die hier zu entscheidende Rechtsfrage auf eine Vielzahl von Fällen auswirkt. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht bisher für den hinsichtlich der Zulassung der Revision maßgeblichen Begriff der grundsätzlichen Bedeutung in § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG angenommen, diese könne sich auch aus der Anzahl der von einer Rechtsfrage betroffenen Rechtsverhältnisse ergeben (*vgl. etwa BAG 26. September 2000 - 3 AZN 181/00 - zu II 2 der Gründe mwN, BAGE 95, 372*). Die Rechtsprechung kann aber nicht auf die Voraussetzungen für eine Vorlage nach § 45 Abs. 4 ArbGG übertragen werden. Während § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG die Frage regelt, wann eine einheitliche Entscheidung durch das Revisionsgericht herbeizuführen ist, dient die Vorlage an den Großen Senat dazu, in den besonderen Fällen, in denen eine Entscheidung durch die einzelnen Senate der Bedeutung der Rechtsfrage nicht gerecht wird, eine Klärung herbeizuführen (*BAG 28. Juli 2009 - 3 AZR 250/07 - Rn. 24; s. auch Prütting in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 7. Aufl. § 45 Rn. 29 mwN auch zur Gegenauffassung*). Die vorliegende Rechtsfrage berührt - neben der Zuständigkeit des Zehnten Senats, an den die Divergenzanfrage gemäß § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG gestellt wird - die Zuständigkeit des anfragenden und für das Tarifrecht zuständigen Fachsenats, dem als Spruchkörper eines obersten Bundesgerichts in erster Linie die Aufgabe der Sicherung der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung übertragen ist. Es handelt sich nicht um eine Rechtsfrage, die sich für die Rechtsprechung anderer Senate des Bundesarbeitsgerichts in gleicher Weise stellt oder stellen wird (*zu diesem Kriterium GK-ArbGG/Dörner Stand April 2009 § 45 Rn. 54 mwN; Schwab/Weth/Liebscher ArbGG 2. Aufl. § 45 Rn. 34; zu § 132 Abs. 4 GVG MünchKommZPO/Zimmermann Bd. 3 § 132 GVG Rn. 23; vgl. auch Prütting/Gehrlein/Arenhövel ZPO § 132 GVG Rn. 12*). Stellt die Rechtsfrage nach dem Fortbestand oder der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit den rechtlichen Schwerpunkt eines Rechtsstreits dar, ist hierfür stets der Vierte

Senat zuständig (*Geschäftsverteilungsplan des Bundesarbeitsgerichts für das Geschäftsjahr 2010 A. 1; ebenso für die Vorjahre*). Deshalb ist eine Vorlage an den Großen Senat nicht gefordert.

c) Ob § 45 Abs. 4 ArbGG wegen Verstoßes gegen den gesetzlichen Richter (*Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG*) verfassungswidrig ist (*dazu ausführlich GK-ArbGG/Dörner Stand April 2009 § 45 Rn. 36 ff. mwN*), kann vorliegend dahinstehen.

96

Bepler

Creutzfeldt

Treber

Schmalz

Weißelkock