

Dr. Andreas Schönhöft, RA/FAArbR/FAStR, und Sarah E. Haug, RAin

# Klassiker im neuen Kleid: Die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit bei einem Betriebsübergang

Kaum ein anderes Thema beschäftigt Rechtsprechung und Literatur im Arbeitsrecht seit Jahrzehnten so sehr wie der Betriebsübergang gemäß § 613a BGB. So ergingen in den letzten Jahren unter anderem diverse Entscheidungen zu Fragen rund um das Schicksal individual- und kollektivrechtlicher Vereinbarungen im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang, die in der Literatur kontrovers diskutiert werden (z.B. Jacobs, NZA-Beil. 2009, 45; Bepler, RdA 2009, 65; Bauer/Günther, NZA 2008, 6; Hauck, BB Special 4 (zu BB 2008, Heft 14), S. 19). Unzureichend geklärt blieb dabei regelmäßig die nach § 613a BGB notwendige Unterscheidung von tariflichen Ansprüchen der gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer und den individualrechtlichen Ansprüchen von gewerkschaftlich nicht organisierten Arbeitnehmern. Für den Betriebserwerber wie auch den übernommenen Arbeitnehmer ist die Frage der einschlägigen Gewerkschaftszugehörigkeit zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 1 S. 3 BGB weichenstellend und kann unmittelbar erhebliche Auswirkungen auf die Arbeits- und Vergütungsbedingungen haben. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, welche Mittel dem Betriebserwerber zur Unterscheidung der organisierten von den nicht organisierten Arbeitnehmern und der daraus resultierenden Folgen der Anwendung der Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB oder des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB zur Verfügung stehen. Im Folgenden wird die Bedeutung dieser Frage für die arbeitsrechtliche Praxis erörtert und nach Lösungsansätzen gesucht.

## I. Problemaufriss

§ 613a BGB stellt eine Schutzworschrift zugunsten der Arbeitnehmer dar.<sup>1</sup> Geht ein Betrieb auf ein anderes Unternehmen im Wege eines Betriebsübergangs über, so stellt § 613a BGB sicher, dass sich für den übergehenden Arbeitnehmer in der Regel keine Veränderungen seiner Arbeits- und Vergütungsbedingungen ergeben. Die Ausnahmen hiervon bestimmt § 613a BGB selbst. Eine dieser Ausnahmen stellt § 613a Abs. 1 S. 3 BGB dar, wonach für den Fall der beiderseitigen Tarifgebundenheit die Anwendbarkeit eines vom Veräußerungstarifvertrag abweichenden, möglicherweise auch ungünstigeren Erwerbertarifvertrags ermöglicht wird. Der Gesetzgeber hat damit die Kollision zweier kollektivrechtlicher Normen, nämlich von Erwerber- und Veräußerertarifvertrag, mittels Kollektivablösung zugunsten des Erwerbertarifvertrags gelöst. Voraussetzung einer solchen Kollektivablösung ist dabei stets die beiderseitige Tarifgebundenheit,<sup>2</sup> d.h. sowohl der übergehende Arbeitnehmer als auch der übernehmende Arbeitgeber müssen entweder Mitglied in der tarifschließenden Partei oder kraft Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG an den beim Erwerber geltenden Tarifvertrag gebunden sein.<sup>3</sup> Während für den letzten Fall die Frage der Gewerkschaftszugehörigkeit nicht relevant ist, kommt

eine Tarifablösung für Gewerkschaftsmitglieder in Betracht, die der gleichen Gewerkschaft angehören, die auch Vertragspartner des Erwerbertarifvertrags ist.<sup>4</sup> Insbesondere durch den Zusammenschluss von Einzelgewerkschaften zur Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di<sup>5</sup> im Jahr 2001 gewinnt dieser Fall an Praxisrelevanz, da hierdurch eine große Anzahl von Tarifverträgen durch die gleichen Tarifpartner abgeschlossen wurde.<sup>6</sup> Nicht unwahrscheinlich sind damit auch Konstellationen eines Betriebsübergangs, in denen sich eine einschlägige Gewerkschaftszugehörigkeit für den Arbeitnehmer negativ auswirkt, da der Erwerbertarifvertrag ungünstigere Arbeits- oder Vergütungsbedingungen aufweist. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das in § 613a Abs. 1 S. 3 BGB verankerte Ablöseprinzip lex specialis zum Günstigkeitsprinzip ist.<sup>7</sup> Dies kann nun dazu führen, dass die nicht organisierten Arbeitnehmer bedingt durch den Betriebsübergang eine bessere Rechtsposition erlangen als die organisierten Arbeitnehmer.<sup>8</sup> Für den nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer wird durch § 613a Abs. 1 S. 1 BGB eine Kontinuität seines erworbenen Besitzstandes sichergestellt. In diesen Fällen wird das Gewerkschaftsmitglied bereits aus materiellen Gründen ein gesteigertes Interesse haben, seine Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht zu offenbaren.

## 1. Wirkung von Bezugnahmeklauseln

Hieran ändern die im tarifvertraglichen Anwendungsbereich sowohl von organisierten als auch von nicht organisierten Arbeitnehmern üblichen Bezugnahmeklauseln in Arbeitsverträgen grundsätzlich nichts. Durch Bezugnahmeklauseln wird bei nicht organisierten Arbeitnehmern individualvertraglich auf tarifvertragliche Bestimmungen Bezug genommen und damit die Anwendung des Tarifvertrags auf das Arbeitsverhältnis ermöglicht.<sup>9</sup> Der Tarifvertrag erlangt im betroffenen Arbeitsverhältnis dann zwar keine normative, zumindest aber schuldrechtliche Wirkung.<sup>10</sup> Gilt eine Tarifnorm auf Grundlage

1 Münchener Kommentar (Müko)/Müller-Glöge, 5. Aufl. 2009, § 613a BGB Rn. 6 ff.

2 Vgl. BAG v. 19.3.1986 – 4 AZR 640/84, BB 1986, 1361 Ls = NZA 1986, 687; BAG v. 30.8.2000 – 4 AZR 581/99, BB 2001, 782 = NZA 2001, 510; BAG v. 9.4.2008 – 4 AZR 164/07, ZTR 2009, 95; BAG v. 20.4.1994 – 4 AZR 342/93, BB 1994, 2003 Ls = DB 1994, 2629; BAG v. 16.5.1995 – 4 AZR 535/94 , NZA 1995, 1166; BAG v. 21.2.2001 – 4 AZR 18/00, BB 2001, 1847 mit BB-Komm. Waas = NZA 2001, 1318; LAG Berlin v. 9.10.1998 – 8 Sa 51/98, AuR 1999, 279; ArbG Stuttgart v. 17.7.1998 – 26 Ca 84/98, NZA-RR 1998, 550; Erfk/Preis, 10. Aufl. 2010, § 613a BGB Rn. 123.

3 Jacobs, NZA-Beil. 2009, 45, 48; BAG v. 7.7.2010 – 4 AZR 1023/08, BB 2011, 191 PM.

4 Ist der Betriebserwerber dagegen an einen Tarifvertrag gebunden, der mit einer anderen Gewerkschaft geschlossen wurde als der Tarifvertrag, an den der frühere Betriebsinhaber gebunden war, stellt sich das Problem des Nichtoffenlegens der Gewerkschaftszugehörigkeit nicht. Denn auch für Gewerkschaftsmitglieder einer anderen Gewerkschaft findet der beim neuen Betriebsinhaber geltende Tarifvertrag keine Anwendung, da es an der Voraussetzung der beiderseitigen Tarifgebundenheit fehlt.

5 Im Jahr 2001 schlossen sich die Gewerkschaften DAG, DPG, HBV, IG Medien und ÖTV zu der Gewerkschaft „ver.di“ zusammen.

6 Vgl. BAG v. 11.5.2005 – 4 AZR 315/04, BB 2005, 2467 mit BB-Komm. Werner = NZA 2005, 1362; Melms, NZA 2002, 296 ff.; Schiefer, DB 2003, 390 ff.; Kempen, NZA 2003, 415 ff.

7 Jacobs, NZA-Beil. 2009, 45, 47 m. w. N.

8 Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, ArBr, § 613a BGB, Rn. 259.

9 Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz (TVG), 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 229.

10 Erfk/Franzen, § 3 TVG Rn. 32; Jacobs, in: FS Birk, 2008, S. 243, 244.

einer solchen arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel mangels Tarifgebundenheit zumindest für eine der Parteien schuldrechtlich, wird deren Anwendung nach einem Betriebsübergang als integraler Bestandteil des Arbeitsvertrags auch gegenüber dem Betriebserwerber durch § 613a Abs. 1 S. 1 BGB bewirkt. Ob dies auch bei einer beiderseitigen Tarifbindung der Fall ist oder § 613a Abs. 1 S. 3 BGB zur Anwendung kommt, ist allerdings nicht ohne Weiteres zu beantworten und hängt von der Wirkung der Bezugnahmeklausel ab.

## 2. Deklaratorische oder konstitutive Wirkung von Bezugnahmeklauseln

Teilweise wird vertreten, dass, soweit keine anderen Anhaltspunkte vorliegen, einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel nur deklaratorische Bedeutung für einen tarifgebundenen Arbeitnehmer beige messen werden kann.<sup>11</sup> Wird die Bezugnahmeklausel so verstanden, bleibt es auch nach einem Betriebsübergang bei einer unmittelbaren Anwendung des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB für einen tarifgebundenen Arbeitnehmer. Soweit die Bezugnahmeklausel dann nicht als Gleichstellungsabrede für die nicht organisierten Arbeitnehmer zu verstehen ist, sondern statische bzw. dynamische Wirkung entfaltet, kann es zu einer Zweiteilung der Arbeits- und Vergütungsbedingungen der Belegschaft kommen. Mit einer Gleichstellungsabrede sollten nicht tarifgebundene Arbeitnehmer und tarifgebundene Arbeitnehmer im Sinne einer einheitlichen Tarifanwendung im Betrieb gleichgestellt werden.<sup>12</sup> Soweit diese für alle Arbeitnehmer wirksam vereinbart wurde, besteht aufgrund der Gleichbehandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern kein anerkennenswertes Interesse des Arbeitgebers an der Kenntnis der Tarifzugehörigkeit des einzelnen Arbeitnehmers.<sup>13</sup>

Ist die Bezugnahmeklausel hingegen auch für tarifgebundene Arbeitnehmer als konstitutive Zusage mit dem Inhalt der tarifunabhängigen Anwendung der Tarifbedingungen anzusehen, sind die in Bezug genommenen Tarifregelungen auch im Falle eines abweichenden Erwerbertarifvertrags über § 613a Abs. 1 S. 1 BGB weiterhin anzuwenden.<sup>14</sup> Hier kommt es zu einer Kollisionslage zwischen der individualvertraglich nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB übergehenden konstitutiv wirkenden Bezugnahmeklausel und eines nach § 613a Abs. 1 S. 3 BGB übergehenden normativ wirkenden Tarifvertrags. Neben dem tariflichen Anspruch besteht bei einer solchen konstitutiven Wirkung ein arbeitsvertraglicher Anspruch auf die Tarifbedingungen.<sup>15</sup> Hierbei handelt es sich aber um keinen Fall der Tarifkonkurrenz, sondern um eine Kollision individualrechtlicher und kollektivrechtlicher Vereinbarungen, die durch das Günstigkeitsprinzip aufgelöst wird.<sup>16</sup> War der konstitutiv vereinbarte Veräußertertarifvertrag günstiger, gilt dieser ebenso für die tarifgebundenen Arbeitnehmer weiter und es kommt zu keiner Ablösung nach § 613a S. 1 S. 3 BGB. Aufgrund der einheitlichen Anwendung des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB bestünde in dieser Konstellation kein Grund, die Gewerkschaftszugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu erfragen. Gleichermaßen gilt unabhängig davon, ob von Anfang an oder erst später eine konstitutive Bezugnahme und eine normative Geltung bestehen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB verdrängt der Erwerbertarifvertrag nur die bereits bestehenden normativen Rechte und Pflichten, nicht hingegen solche auf vertraglicher Grundlage.<sup>17</sup> Für diese gilt weiter das Günstigkeitsprinzip. Diese unterschiedliche Wirkung kann bereits bei der Feststellung einer statischen oder einer dynamischen Fortgeltung erhebliche Auswirkungen haben.<sup>18</sup> Lediglich im umgekehrten Fall des

günstigeren Erwerbertarifvertrags wird man ein Auskunftsinteresse des Arbeitgebers bezüglich der Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in einer Gewerkschaft anerkennen können, was aber in der Praxis aufgrund der zur unterstellenden Bereitschaft zur Auskunft der Arbeitnehmer keine Probleme bereiten wird. Hier kommt es für die tarifgebundenen Arbeitnehmer zu einer Besserstellung gegenüber den Nichttarifgebundenen, für die es bei der individuellen Zusage bleibt. Dies ist wiederum nicht der Fall, wenn die Bezugnahmeklausel als Gleichstellungsabrede für nicht organisierte Arbeitnehmer zu verstehen ist.

Nach dem BAG<sup>19</sup> ist den Bezugnahmeklauseln in der Regel eine konstitutive Wirkung zuzusprechen. Die Annahme, einer Bezugnahmeklausel käme lediglich deklaratorische Bedeutung zu, wenn die in Bezug genommenen Tarifnormen ohnehin nach §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG zwingend und unmittelbar gelten, teilt das BAG nicht. Vielmehr habe eine solche arbeitsvertragliche Vereinbarung stets rechtsbegündende/konstitutive Bedeutung.<sup>20</sup> Ist die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers auf den in Bezug genommenen Tarifvertrag nicht in einer für den Arbeitnehmer erkennbaren Weise zur auflösenden Bedingung der Vereinbarung gemacht worden, liegt eine konstitutive Verweisungsklausel vor, die weder durch Verbandsaustritt des Arbeitgebers noch durch einen sonstigen Wegfall der Tarifgebundenheit berührt würde.<sup>21</sup> Für eine konstitutive Wirkung wird angeführt, dass eine deklaratorische Wirkung nicht im Sinne des Arbeitgebers angenommen werden könnte, da er die Gewerkschaftszugehörigkeit des Arbeitnehmers regelmäßig nicht kenne und auch nicht erfragen könne. Unabhängig von der Tatsache, dass hier Ursache und Wirkung vermischt werden, bestätigt diese Aussage im Anwendungsbereich des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB ein Bedürfnis der Kenntnis der Gewerkschaftszugehörigkeit. Das durch das BAG gefundene Auslegungsergebnis hindert die Parteien nicht, eine deklaratorische Bezugnahmeklausel zu vereinbaren oder die Bezugnahme unter die Bedingung der fehlenden Tarifgebundenheit zu stellen. Nach dem BAG kann unter Beachtung der Transparenzanforderungen auch eine andere Wirkung der Bezugnahmeklausel vereinbart werden.<sup>22</sup> Ohne klare Anhaltspunkte wird man aber von einer konstitutiven Bezugnahme ausgehen müssen. Soll etwas anderes gelten, bedarf es einer eindeutigen und klaren Regelung der Wirkung der Bezugnahmeklausel. Insoweit ist zu beachten, dass es sich bei Bezugnahmeklauseln um eine typische (Formular-)Vertragsklausel handelt, deren präzise Ausgestaltung dem Verwender obliegt.<sup>23</sup>

11 Siehe zum Streitstand auch Jacobs, in: FS Birk, 2008, S. 243, 244, 253; Etzel, NZA 197, Beil. I S. 19, 25; Schwab, BB 1994, 781, 783; Hanau, NZA 2005, 489, 490f.; Thüsing/Lambrich, RdA 2002, 193, 201 m. w. N.; a. a. BAG v. 19.3.2003 – 4 AZR 331/02, BB 2004, 162 = NZA 2003, 1207; HWK/Hessler 3. Aufl. § 3 TVG Rn. 28 m. w. N.

12 BAG v. 30.8.2000 – 4 AZR 581/99, BB 2001, 782 = NZA 2001, 510; BAG 21.8.2002 – 4 AZR 263/01, BB 2003, 961 = NZA 2003, 442; siehe hierzu BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, BB 2006, 1504 = NZA 2006, 607; BAG v. 18.7.2007 – 4 AZR 652/0, NZA 2007, 965.

13 Löwisch/Rieble, 2. Aufl. 2005, § 3 TVG Rn. 141.

14 Hensler/Willemsen/Kalb, ArbRKomm, 3. Aufl., § 613a BGB, Rn. 274.

15 Jacobs, NZA-Beil. 2009, 45, 51 m. w. N.

16 Jacobs, NZA-Beil. 2009, 45 ff.; BAG v. 29.8.2007 – 4 AZR 767/06, BB 2008, 1009 mit BB-Komm. Freckmann = NZA 2008, 364.

17 BAG v. 29.8.2007 – 4 AZR 767/06, BB 2008, 1009 mit BB-Komm. Freckmann = NZA 2008, 364.

18 Jacobs, in: FS Birk, 2008, S. 243, 244, 254.

19 Zuletzt etwa BAG, NZA 2002, 634, BAG, NZA 2003, 12, 78; BAG, NZA 2005, 349; BAG, Urteil v. 20.3.1991 – 4 AZR 455/90 = BB 1991, 1861; BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04 , BB 2006, 1504 = NZA 2006, 607; anders noch BAG AP Nr. 17 zu § 613a BGB.

20 BAG v. 19.3.2003 – 4 AZR 331/02 , BB 2004, 162 = NZA 2003, 1207.

21 BAG v. 22.10.2008 – 4 AZR 793/07, NZA 2009, 323, 326.

22 BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, BB 2006, 1504 = NZA 2006, 607; BAG v. 18.7.2007 – 4 AZR 652/0, NZA 2007, 965.

23 BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, BB 2006, 1504 = NZA 2006, 607; BAG v. 18.7.2007 – 4 AZR 652/0, NZA 2007, 965.

Nach dem BAG ist die Frage der konstitutiven Wirkung von der Frage nach dem Inhalt der konstitutiven Bezugnahmeklausel getrennt zu betrachten.<sup>24</sup> Demnach kann die Bezugnahmeklausel zwar konstitutiv sein, aber deren Inhalt beispielsweise die Wirkung der § 613a Abs. 1 Sätze 2–4 BGB anordnen. Dem ist zuzustimmen, da die uneingeschränkte Annahme einer konstitutiven Bezugnahme mit dem Inhalt der dynamischen Weitergeltung des Veräußerungstarifvertrags im Ergebnis zur Bedeutungslosigkeit der § 613a Abs. 1 Sätze 2–4 BGB führen würde. Auf Grund der hohen Verbreitung von Bezugnahmeklauseln käme § 613a Abs. 1 S. 3 BGB nur noch dann zur Anwendung, wenn der Erwerbertarifvertrag für den tarifgebundenen Arbeitnehmer günstiger ist. Die auch vom Gesetzgeber durchaus vorgesehene Veränderung zum Nachteil des Arbeitnehmers wäre quasi ausgeschlossen. Auch bei einer konstitutiven Bezugnahmeklausel kommt es wesentlich auf deren Inhalt an. Insoweit ist vom Verwender nicht erst aufgrund der durch die neue Rechtsprechung des BAG<sup>25</sup> begründeten höheren Transparenzanforderungen ein besonderes Augenmerk auf die klare Abfassung von Bezugnahmeklauseln zu legen.<sup>26</sup> Der Zweck und die Wirkung der Bezugnahmeklausel müssen mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht werden.<sup>27</sup> Auch durch die Änderung der Auslegungspraxis des BAG<sup>28</sup> bei Gleichstellungsabreden können sich weitere Fälle der unterschiedlichen Entwicklung der Arbeits- und Vergütungsbedingungen von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern ergeben. Um eine unterschiedliche Behandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern zu vermeiden, wurde in der Vergangenheit in der Regel der Inhalt einer Bezugnahmeklausel im Wege der Auslegung auf eine Gleichstellungsabrede beschränkt.<sup>29</sup> Für Arbeitsverträge, die nach dem 31.12.2001 geschlossen wurden, verlangt das BAG nun auch bei tarifgebundenen Arbeitgebern für die Annahme einer Gleichstellungsabrede außerhalb oder innerhalb der Vertragsurkunde liegende Anhaltspunkte und verschärft damit die inhaltlichen Anforderungen an eine Bezugnahmeklausel.<sup>30</sup> In den Fällen, in denen der Erwerber überhaupt nicht tarifgebunden oder nicht einschlägig tarifgebunden ist, kann es auf Grund der abweichenden Auslegungspraxis zu einer unterschiedlichen Behandlung von organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern mit nach dem 1.1.2002 abgeschlossenen Arbeitsverträgen kommen. So weit man nach dem Vertragstext keine Gleichstellungsabrede annehmen kann, greift § 613a Abs. 1 S. 2 BGB hinsichtlich der Tarifnormen für den tarifgebundenen Arbeitnehmer. Die Rechtsnormen des Veräußerertarifvertrages wirken statisch fort, d.h. sie werden in dem Zustand aufrechterhalten, der im Zeitpunkt des Betriebsinhaberwechsels besteht.<sup>31</sup> Für den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer, für welchen die Tarifnormen nicht normativ, sondern stets nur individualrechtlich gelten, kann § 613a Abs. 1 S. 2 BGB dagegen keine Anwendung finden.<sup>32</sup> Die Fortgeltung bestimmt sich bei ihm allein nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB. Danach bleiben die kraft Bezugnahme vereinbarten Rechte und Pflichten Inhalt des einzelnen Arbeitsverhältnisses, so dass der Betriebserwerber möglicherweise die Bedingungen des Veräußerungstarifvertrags dynamisch weiter zu gewähren hat. Hier kann es zu einer Besserstellung der nicht organisierten gegenüber den organisierten Arbeitnehmern kommen, da bei letzteren der Inhalt der beim Veräußerer geltenden tariflichen Regelungen gemäß § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nur statisch aufrechterhalten wird. Bei einer Auslegung der Bezugnahmeklausel als individuelle Zusage der Anwendung eines bestimmten Tarifvertrages bleibt der in Bezug ge-

nomme Tarifvertrag – wie oben dargestellt – weiterhin anwendbar. Im Ergebnis kann es daher auch bei Tarifungebundenheit des Betriebserwerbers für ein Gewerkschaftsmitglied erstrebenswert sein, seine Mitgliedschaft in der Gewerkschaft geheim zu halten, wenn in einem nach dem 1.1.2002 geschlossenen Arbeitsvertrag eine Bezugnahmeklausel vorhanden ist und diese nicht ausnahmsweise als Tarifwechselklausel ausgelegt werden muss. Nur wenn eine Gleichstellungsabrede eindeutig formuliert ist, entfällt mit der Gleichbehandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern auch das Interesse an der Kenntnis der Gewerkschaftszugehörigkeit. Die vorgenannten Konstellationen zeigen, dass die Frage der Gewerkschaftszugehörigkeit erheblichen Einfluss auf die weitere Entwicklung der Arbeits- und Vergütungsbedingungen bei einem Betriebsübergang haben kann. Dementsprechend korrespondiert die Entwicklung der Arbeits- und Vergütungsbedingungen mit dem Interesse des Betriebserwerbers an der Kenntnis der Gewerkschaftsmitgliedschaft des Arbeitnehmers.

## II. Zulässigkeit der Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit

### 1. Aktuelle Rechtslage

Nach allgemeiner Auffassung ist die Frage nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft vor der Einstellung wegen der in Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich verankerten Koalitionsfreiheit grundsätzlich unzulässig.<sup>33</sup> Ob es ein solches Fragerecht nach der Einstellung geben kann, ist dagegen höchst streitig. Rechtsprechung zu dieser konkreten Fragestellung gibt es – soweit ersichtlich – bislang keine. In der Literatur wird ein Fragerecht des Arbeitgebers nach Einstellung überwiegend befürwortet, soweit mit der Mitgliedschaft konkrete Rechtsfolgen verbunden sind.<sup>34</sup> Andere Teile der Literatur<sup>35</sup> und insbesondere auch das BAG<sup>36</sup> haben dagegen angedeutet, ein solches Fragerecht nicht anzuerkennen zu wollen. Die Urteile des BAG enthalten dabei allerdings keinerlei<sup>37</sup> oder nur unzureichende Begründungen für eine Verneinung des Fragerechts. So verweist das BAG im Urteil vom 19.3.2003<sup>38</sup> lediglich darauf, dass ein Fragerecht des Arbeitgebers nicht bestehe, da ein solches nach herrschender Literaturmeinung grundsätzlich unzulässig sei. Beispielhaft nennt das BAG als Fundstelle Däubler/Knittner/Klebe.<sup>39</sup> Unerwähnt bleibt, dass in der Literatur

24 BAG v. 19.3.2003 – 4 AZR 331/02, BB 2004, 162 = NZA 2003, 1207.

25 BAG v. 24.2.2010 – 4 AZR 691/08 –, juris; BAG v. 18.4.2007 – 4 AZR 652/05, BB 2007, 2125 mit BB Komm. Simon/Weninger = NZA 2007, 965; BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, BB 2006, 1504 = DB 2006, 1322; Klebeck NZA 2006, 15 ff.

26 Siehe Klauselvorschläge in Jacobs, in: FS Birk, 2008, S. 243, 261.

27 BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, BB 2006, 1504 = DB 2006, 1322.

28 BAG v. 18.4.2007 – 4 AZR 652/05, BB 2007, 2125 mit BB-Komm. Simon/Weninger = NZA 2007, 965, BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, BB 2006, 1504 = DB 2006, 1322; Klebeck, NZA 2006, 15 ff, BAG, 30.8.2000 – 4 AZR 581, NZA 2001, 510.

29 BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, BB 2006, 1504 = NZA 2006, 607.

30 BAG v. 22.10.2008 – 4 AZR 793/07, NZA 2009, 323; Moderegger, ArbRB 2009, 303 ff.

31 BAG v. 29.8.2001 – 4 AZR 332/00, BB 2002, 1201 = NZA 2002, 513; BAG v. 20.6.2001 – 4 AZR 295/00, BB 2002, 2229 = NZA 2002, 517; BAG v. 13.11.1985 – 4 AZR 309/84, BB 1986, 698; BAG v. 13.9.1994 – 3 AZR 148/94, BB 1995, 675 = NZA 1995, 740.

32 Vgl. Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath, ArbR, § 613a BGB, Rn.135, 146.

33 BAG v. 28.3.2000 – 1 ABR 16/99, NZA 2000, 1294; Hessler/Willemsen/Kalb, ArbRKomm, 3. Aufl., § 123 BGB, Rn. 14.

34 Rieble, Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, 687, 707; Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl., Rn. 140; Reichold, RDA 2007, 327; MünchArB Reichold, 3. Aufl., § 49, Rn. 7; Staudinger/Richard, §§ 611–615, Neubearb. 2005, § 611 BGB, Rn. 150; Fitting, BetrVG, 24. Aufl., § 94, Rn. 17; Thüsing, ZIP 2007, 512; Ehrlich, DB 2000, 426; Lindemann/Simon, BB 2006, 1857.

35 Michel/Möller/Peter, AuR 2008, 36 ff.; Wendeling-Schröder, AuR 2000, 339 ff.

36 BAG v. 19.3.2003 – 4 AZR 271/02, BB 2003, 2355; BAG v. 25.3.1992 – 7 ABR 65/90, NZA 1993, 134; BAG v. 5.9.1990 – 4 AZR 59/90, NZA 1991, 202; ArbG Düsseldorf v. 1.8.2007 – 11 Ga 74/07.

37 So u.a. im Urteil des ArbG Düsseldorf 1.8.2007 – 11 Ga 74/07.

38 BAG v. 19.3.2003 – 4 AZR 271/02, BB 2003, 2355.

39 Däubler/Knittner/Klebe, BetrVG, 11. Aufl., § 94, Rn. 20.

zwischen dem Fragerecht vor Einstellung und nach Abschluss eines Arbeitsvertrages unterschieden wird und sich insbesondere die vom BAG genannte Fundstelle ausschließlich auf die Zulässigkeit der Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit im Personalfragebogen, also vor der Einstellung, bezieht. Der pauschale Verweis des BAG auf die herrschende Meinung ist insofern ungenau und wird dem diesem Urteil zugrunde liegenden Fall, bei welchem es gerade nicht um ein Fragerecht vor Einstellung geht, nicht gerecht. Voraussetzung eines Fragerechts ist nach allen Ansichten jedoch stets ein grundsätzliches Interesse des Arbeitgebers an der Beantwortung der Frage.<sup>40</sup> Ein solches Interesse könnte in der Rechtsfolge des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB gesehen werden. Ist eine beiderseitige Tarifgebundenheit von Anfang an nicht ausgeschlossen, ist die Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in der Gewerkschaft, mit der der Erwerber einen Tarifvertrag geschlossen hat, Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendung des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB.

## 2. Stellungnahme

Sieht das Gesetz unterschiedliche Rechtsfolgen für organisierte und nicht organisierte Arbeitnehmer beim Betriebsübergang vor, kann dem Betriebserwerber ein grundsätzliches Interesse an der Kenntnis-erlangung der Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht generell abgesprochen werden.<sup>41</sup> Die Frage der beiderseitigen Gewerkschaftszugehörigkeit ist Tatbestandsvoraussetzung der in § 613a Abs. 1 S. 3 BGB festgelegten Rechtsfolgen, womit der Frage in diesem Fall eine besondere Bedeutung zukommt. Der Betriebserwerber muss die ihm durch § 613a BGB auferlegten Pflichten ordnungsgemäß erfüllen. Hierzu zählt vor allem auch, dass er die zutreffenden Arbeits- und Vergütungsbedingungen zur Anwendung bringt. Eine Auskunft von der Gewerkschaft wird der Betriebserwerber regelmäßig nicht erhalten, da die Gewerkschaft ohne Einwilligung des Mitglieds nicht befugt ist, die Mitgliedschaft preiszugeben.<sup>42</sup> Er ist daher letztlich auf die Beantwortung der Frage durch den einzelnen Arbeitnehmer angewiesen. Diesem Arbeitgeberinteresse steht jedoch ein Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers gegenüber. Der organisierte Arbeitnehmer befürchtet regelmäßig eine Benachteiligung aufgrund seiner Gewerkschaftszugehörigkeit. Nicht ganz abwegig erscheint, dass ein Arbeitgeber die Gewerkschaftszugehörigkeit zum Anlass nimmt, die Gewerkschaftsmitglieder zu benachteiligen, was sich z.B. bei Höhergruppierungen, betrieblichem Aufstieg, Teilnahme an Qualifizierungsmöglichkeiten, Versetzungen und Entlassungen für den Arbeitnehmer negativ auswirken könnte.<sup>43</sup> Die Gewerkschaftszugehörigkeit geheim zu halten, kann dem Wunsch des Arbeitnehmers auch deshalb entsprechen, weil er einer Minderheitengewerkschaft angehört oder die Kollegen seiner Zugehörigkeit kritisch gegenüberstehen könnten.<sup>44</sup> Aufgrund dieser Benachteiligungsbefürchtungen kann ein generelles Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers nicht abgestritten werden. Die Bejahung des Fragerechts des Arbeitgebers erfordert daher eine zugunsten des Arbeitgebers ausgehende umfassende Interessenabwägung.

Die Tatsache, dass der Arbeitgeber nach allgemeiner Auffassung vor Einstellung nicht nach der Gewerkschaftszugehörigkeit fragen darf, ist verständlich und soll nicht in Frage gestellt werden. Der Arbeitnehmer müsste sonst befürchten, wegen seiner – für den Arbeitgeber möglicherweise unvorteilhaften – Gewerkschaftszugehörigkeit nicht eingestellt zu werden. Ihm entstünden auf dem Arbeitsmarkt damit erhebliche Nachteile gegenüber Nichtgewerkschaftsmitglie-

dern. Dies würde einen Verstoß gegen die positive Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG darstellen.<sup>45</sup> Der staatliche Schutz der organisierten Arbeitnehmer vor Diskriminierung verbietet deshalb die Annahme eines berechtigten Arbeitgeberinteresses hinsichtlich einer solchen Frage bei Einstellungsgesprächen. Die Gründe, welche die Unzulässigkeit der Frage vor Einstellung begründen, können jedoch nicht entsprechend zur Verneinung eines berechtigten Arbeitgeberinteresses nach erfolgter Einstellung herangezogen werden.<sup>46</sup> Die Situation ist hier eine gänzlich andere. Der Arbeitnehmer, der nun Vertragspartei ist, muss gerade nicht mehr um seinen Arbeitsplatz fürchten und ist durch Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, § 612a BGB und schließlich auch durch § 613a BGB geschützt.<sup>47</sup> Die Situation des Betriebsübergangs ist damit nicht mit der einer Einstellung zu vergleichen. Sinn und Zweck des § 613a BGB ist die Erhaltung des Arbeitsplatzes des übergegangenen Arbeitnehmers und die Gewährung eines lückenlosen Bestandsschutzes.<sup>48</sup> Für den Arbeitnehmer ändert sich an den ursprünglichen Arbeitsbedingungen in der Regel nichts, da das alte Arbeitsverhältnis mit dem neuen Vertragspartner fortgesetzt wird. Auch ist § 613a BGB teleologisch als Vertragsübergangskraft Gesetzes einzuordnen.<sup>49</sup> Einer Einwilligung des Arbeitnehmers bezüglich des Vertragspartnerwechsels bedarf es mithin gerade nicht.<sup>50</sup> Schon ausgehend vom Normzweck lässt sich der Betriebsübergang mit einer Neueinstellung daher kaum vergleichen. Die Gründe, die gegen die Zulässigkeit einer Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit vor Einstellung sprechen, können zur Bejahung eines Geheimhaltungsinteresses des Arbeitnehmers nach erfolgter Einstellung daher nicht vorgebracht werden.

Für ein schutzwürdiges Interesse des Betriebserwerbers spricht dagegen, dass das BAG die Zulässigkeit eines Fragerechts des Arbeitnehmers bei Einstellung bezüglich einer Mitgliedschaft des Arbeitgebers im Arbeitgeberverband bejaht.<sup>51</sup> Tatsächlich kann dem Arbeitnehmer ein Interesse an der Tarifbindung seines Arbeitgebers nicht abgesprochen werden, denn davon hängt die Ausgestaltung seiner Arbeitsbedingungen maßgeblich ab.<sup>52</sup> Dem Gewerkschaftsmitglied muss es möglich sein zu erfahren, ob der Tarifvertrag normativ gilt. Ebenso möchte der nicht organisierte Arbeitnehmer regelmäßig wissen, welche Qualität die Bezugnahmeklausel in seinem Arbeitsvertrag aufweist. Die Tarifautonomie ermöglicht es dem Arbeitnehmer, frei zu wählen, ob er durch einen Gewerkschaftsbeitritt die Geltung des Tarifvertrages in seinem Arbeitsverhältnis normativ herbeiführen will oder nicht.<sup>53</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es aus Paritätsgründen zumindest im Fall des Betriebsübergangs ungerechtfertigt, dem Arbeitgeber ein Fragerecht nach der Mitgliedschaft nach der im Erwerberbetrieb als Tarifpartner wirkenden Gewerkschaft zu verweigern. Auch der Arbeitgeber hat ein Interesse, die Tarifautonomie auszuüben, und bedarf der Kenntnis der einschlägigen Gewerkschaftszugehörigkeit des Arbeitnehmers, wenn sie, wie im Fall des

40 BAG v. 18.10.2000 – AZR 380/99, NZA 2001, 315.

41 Vgl. Rieble, Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, 693.

42 Rieble, Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, 687.

43 So die Befürchtung von Michel/Möller/Peter, AuR, 2008, 37.

44 Gamillscheg, KollArbR I, 1997, § 5 II 1b (4).

45 Gamillscheg, KollArbR I, 1997, § 5 2.

46 Vgl. BAG, 7.9.1995 – 8 AZR 828/93, NZA 1996, 637.

47 Rieble, Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S. 693.

48 Küttner, Personalbuch, 2009, 123, Rn. 2; Palandt/Weidenkaff, 69. Aufl., § 613a BGB, Rn. 2.

49 ErfK/Preis, 2010, § 613a BGB, Rn. 3.

50 BAG v. 30.10.1986 – 2 AZR 101/85, DB 1987, 942.

51 So BAG v. 19.3.2003 – 4 AZR 331/02, BB 2004, 162 = DB 2003, 2126.

52 Rieble, Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, 691.

53 Rieble, Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, 692.

Betriebsübergangs, unmittelbare Auswirkungen auf die anzuwendenden Tarifnormen hat.

Ein schützenswertes Arbeitgeberinteresse wäre dann zu verneinen, wenn dem Arbeitgeber zugemutet werden könnte, die übernommenen Arbeitnehmer auch ohne Fragerecht zu beschäftigen. Ohne Fragerecht kommen für den Betriebserwerber jedoch grundsätzlich nur zwei Vorgehensweisen in Betracht: Entweder behandelt er im hier problematisierten Fall der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch den Erwerbertarifvertrag beim Betriebsübergang alle übernommenen Arbeitnehmer nach dem bei ihm geltenden Tarifvertrag oder er gewährt ihnen die möglicherweise günstigeren Bedingungen des Veräußerungstarifvertrags weiter. Bei näherer Betrachtung führt die erste Vorgehensweise, welche rein wirtschaftlich betrachtet für den Arbeitgeber die günstigere zu sein scheint, zu unzumutbaren Problemen. Der Betriebserwerber sähe sich je nach Organisationsgrad der Belegschaft einer Flut arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen ausgesetzt. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass derzeit rund 83 % aller Arbeitnehmer nicht gewerkschaftlich organisiert sind,<sup>54</sup> würden die drohenden Änderungen der Arbeits- und Vergütungsbedingungen für den Arbeitgeber einen erheblichen zusätzlichen Verwaltungsaufwand darstellen und den Arbeitgeber mit zuvor nicht einkalkulierten Kosten belasten.<sup>55</sup> Schon deswegen wäre eine umfassende Unterstellung der Arbeitnehmer unter den Erwerbertarifvertrag in der Praxis schwer handhabbar. Auch ist nicht auszuschließen, dass organisierte Arbeitnehmer sich mit der Anwendung des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB nicht zufrieden geben und aus grundsätzlichen Erwägungen den Betriebserwerber in eine gerichtliche Auseinandersetzung verwickeln. Doch selbst für den Fall, dass der Arbeitgeber gewillt ist, einen erhöhten Verwaltungsaufwand hinzunehmen, ist dies kaum zumutbar. Ein Rechtstreit bedeutet für den Betriebserwerber nicht nur die Belastung mit Prozesskosten, die im Arbeitsprozess nach § 12a ArbGG in erster Instanz von jeder Partei selbst zu tragen sind. Zu beachten sind darüber hinaus auch die damit verbundenen prozessualen Probleme: Zwar hätte im Falle des Prozesses grundsätzlich der Arbeitnehmer seine fehlende Gewerkschaftszugehörigkeit und damit seinen Anspruch auf die Übernahme des Veräußerungstarifvertrags als für ihn günstige Tatsache zu beweisen. Hierbei handelt es sich aber um eine Negativtatsache, die schwer beweisbar ist, wenngleich auch die Beweisführung nicht vollständig unmöglich ist.<sup>56</sup> Die Beweisschwierigkeit allein ändert zwar noch nichts an der Beweislastverteilung.<sup>57</sup> Wegen der Schwierigkeiten des Negativbeweises kann vom Prozessgegner – also dem Arbeitgeber – aber nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast das substantiierte Bestreiten der negativen Tatsache unter Darlegung der für das Positive sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden.<sup>58</sup> Seiner Darlegungslast genügt der Arbeitnehmer danach dann, wenn er die gegnerische Tatsachenbehauptung widerlegt oder ernsthaft in Frage stellt. Letztlich hat hier also der Arbeitgeber darzulegen, dass der Arbeitnehmer Gewerkschaftsmitglied ist. Dies ist aber ohne entsprechendes Fragerecht nicht möglich. Folge im Prozess ist dann, dass die Behauptung des primär Beweispflichtigen, hier also des Arbeitnehmers, trotz ihrer mangelnden Substantiierung als zugestanden im Sinne des § 138 Abs. 3 ZPO gilt.<sup>59</sup> Die einheitliche Anwendung des Erwerbertarifvertrages auf alle übernommenen Arbeitnehmer stellt sich damit als Sackgasse für den Arbeitgeber dar. Auch der organisierte Arbeitnehmer könnte versucht sein, gegenüber dem Arbeitgeber einen Anspruch auf den für ihn mögli-

cherweise günstigeren Veräußerungstarifvertrag geltend zu machen. Da der Arbeitgeber ohne Fragerecht im Prozess nicht darlegen könnte, dass der Arbeitnehmer der Gewerkschaft angehört, mit der im Erwerberbetrieb ein Tarifvertrag geschlossen wurde, stünde er auf verlorenem Posten.

Die Unterstellung der gesamten übernommenen Belegschaft unter den Erwerbertarif birgt außerdem noch weiteres Konfliktpotential. Die vom Übergang betroffenen Arbeitnehmer stehen einem Betriebsübergang regelmäßig kritisch gegenüber. Um das Betriebsklima nicht noch weiter zu belasten und ein Umschlagen der Stimmung innerhalb der wegen des Übergangs besonders sensiblen Arbeitnehmerschaft zu verhindern, muss der Erwerber bei Betriebsübergang besonders vorsichtig agieren. Dem Arbeitgeber sei es zur Bewahrung des Betriebsfriedens in dieser Situation empfohlen, in besonderem Maße darauf zu achten, dass jeder Übernommene so behandelt wird, wie es ihm rechtlich zusteht. Sowohl die gesetzlichen Hauptpflichten des Arbeitgebers als auch das finanzielle Risiko und das Interesse des Arbeitgebers an der Aufrechterhaltung eines positiven Betriebsklimas führen dazu, dass dem Arbeitgeber ein solches Vorgehen, das heißt die einheitliche Unterstellung aller Übernommenen unter den neuen Tarifvertrag, nicht zumutbar ist. Die Situation würde den Arbeitgeber letztlich mittelbar dazu zwingen, von der zweiten Handlungsmöglichkeit Gebrauch zu machen und für alle Arbeitnehmer den beim Veräußerer geltenden Tarifvertrag anzuwenden.<sup>60</sup> Damit aber würde dem Arbeitgeber bei Verneinung eines Fragerechts letztlich die – im TVG gesetzlich vorausgesetzte – Differenzierungsmöglichkeit zwischen Tarifgebundenen und Ungebundenen genommen.<sup>61</sup> Da dies einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Arbeitgeberfreiheit darstellt,<sup>62</sup> kann der Arbeitgeber auch auf ein solches Vorgehen nicht verwiesen werden. Unzumutbar ist eine mögliche fehlerhafte Anwendung des Erwerbertarifvertrags auch wegen der damit verbundenen finanziellen Risiken. Zwar besteht gegenüber den Tarifgebundenen, deren Mitgliedschaft – aus welchen Gründen auch immer – bekannt wird, bei Überzahlungen ein Rückforderungsanspruch aus Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB. Diesem Anspruch wird der Arbeitnehmer aber meist den Einwand der Entreicherung entgegenhalten können, so dass der Arbeitgeber den zu viel bezahlten Lohn letztlich nicht zurückfordern kann.

Aufgrund der unterschiedlichen Situation zwischen Einstellungsgespräch und bestehendem Arbeitsverhältnis stehen grundrechtliche Aspekte einem Fragerecht bei Betriebsübergang nicht entgegen. Auch die Bejahung eines Fragerechts des Arbeitnehmers spricht für ein Arbeitgeberfragerecht. Befriedigende und zumutbare Lösungen, den Betriebsübergang ganz ohne Kenntnis von einer möglichen Tarifgebundenheit einzelner Arbeitnehmer umzusetzen, stehen dem Arbeitgeber nicht zur Verfügung. Ein berechtigtes, billigwertes und schutzwürdiges Arbeitgeberinteresse kann dem Erwerber jedenfalls nicht abgesprochen werden, wenn der Fall der beiderseitigen Tarifbindung nach § 613a Abs. 1 S. 3 BGB möglich erscheint. An-

54 Vgl. Gewerkschaftsspiegel Nr. 1/2011 des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln.

55 So auch Lautenschläger, Der Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität nach dem Employment Relations Act 1999, 2009, S. 43.

56 BGH v. 16.10.1984 – VI ZR 304/82, NJW 1985, 264/265.

57 Zöller, ZPO, 28. Aufl., Vor § 284, Rn. 24.

58 BGH v. 8.10.1992 – I ZR 220/90, NJW-RR 1993, 747.

59 Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 138, Rn. 8b ff.

60 Rieble, Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, 694.

61 Thüsing/von Medem, ZIP 2007, 512.

62 Rieble, Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, 694.

ders ist der Fall nur dann zu sehen, wenn die Anwendung des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB bereits mangels Tarifbindung des Erwerbers oder der zuvor bestehenden Branchenunterschiede eher unwahrscheinlich ist. Ein generell anzuerkennendes Arbeitgeberinteresse an der Kenntnis der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, die nicht Tarifpartner des Erwerbers ist, besteht aber nicht. Soweit eine beiderseitige Tarifgebundenheit nicht ausgeschlossen ist, muss für den Erwerber jedoch die Möglichkeit bestehen, den Arbeitnehmer konkret nach der Mitgliedschaft in der Gewerkschaft seines Tarifpartners zu fragen. Die Benachteiligungsbefürchtungen des Arbeitnehmers fallen demgegenüber nicht ins Gewicht. Zwar können diese nicht völlig ausgeräumt werden, sie sind jedoch gegenüber dem Interesse des Arbeitgebers und der in § 613a BGB vorgesehenen Unterscheidung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit zu vernachlässigen. Der seine Gewerkschaftszugehörigkeit offenbarende Arbeitnehmer muss auch eine Kündigung nicht befürchten. Denn eine Kündigung allein wegen des Bekennnisses zur Gewerkschaft ist gemäß § 1 KSchG sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam. Auch außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes ist der Arbeitnehmer nicht völlig rechtlos und eine diskriminierende Kündigung unwirksam.<sup>63</sup> Da die Kündigung wegen der Gewerkschaftszugehörigkeit unstreitig diskriminierende Wirkung hat, muss auch der Arbeitnehmer in der Probezeit oder im Kleinbetrieb eine solche nicht befürchten. Zwar können Benachteiligungen wegen einer Gewerkschaftszugehörigkeit nicht generell ausgeschlossen werden. Benachteiligungen nach Einstellung, welche in der Literatur<sup>64</sup> bei Bejahung eines Fragerechts befürchtet werden, drohen dem Arbeitnehmer aber auch ohne Preisgabe seiner Gewerkschaftszugehörigkeit. Solchen Benachteiligungen kann mittels dem Arbeitnehmer zur Verfügung stehender Schutzrechte, wie dem § 612a BGB, in ausreichendem Maße entgegengestellt werden. Schließlich wird die Gewerkschaftszugehörigkeit dem Arbeitgeber auch bei Streikmaßnahmen und gewerkschaftlichen Zusammenkünften regelmäßig nicht unbekannt bleiben, ohne dass man hier einen zusätzlichen Schutz für die Arbeitnehmer fordern müsste. Auch kann allein die hypothetische Schlussfolgerung, der Arbeitgeber könnte den Arbeitnehmer wegen der Gewerkschaftszugehörigkeit möglicherweise benachteiligen, keinesfalls rechtfertigen, ein Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers gegenüber dem berechtigten Arbeitgeberinteresse als höherwertig einzustufen. Auch wird ein antigewerkschaftliches Verhalten in Deutschland heute ohnehin nur noch selten anzutreffen sein.<sup>65</sup> Der tarifgebundene Arbeitgeber macht schon allein durch seine Bindung deutlich, die Gewerkschaftszugehörigkeit anzuerkennen, wenn nicht sogar zu begrüßen, da die Regelungen der Tarifverträge schließlich nur bei beidseitiger Tarifbindung Anwendung finden. Benachteiligungen nach Einstellung werden realistisch betrachtet deshalb kaum zu befürchten sein.

## III. Fazit und Schlussbemerkung

Die Ausführungen zeigen, dass das Erfordernis eines Fragerechts des Arbeitgebers nach der Gewerkschaftszugehörigkeit bei Betriebsüber-

gang nicht schlechthin abgestritten werden kann. Zumindest in dem Fall der Tarifbindung des Erwerbers überwiegt das Arbeitgeberinteresse an der Beantwortung der Frage nach der Mitgliedschaft in der Gewerkschaft, die Tarifpartner des Erwerbes ist, gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers erheblich. Die Kenntnis der Mitgliedschaft in der Gewerkschaft seines Tarifpartners ist für den Erwerber notwendiges Hilfsmittel zur korrekten Erfüllung der sich aus § 613a BGB ergebenden Pflichten und der Abwicklung des Betriebsübergangs. Eine gerichtliche Klärung dieser praxisrelevanten Frage wäre aus Arbeitgebersicht daher sehr zu begrüßen. Das Problem taucht überdies nicht nur in der hier behandelten Situation des Betriebsübergangs auf, sondern kann dem Arbeitgeber auch an anderen Stellen begegnen. So setzen insbesondere Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität ein Fragerecht des Arbeitgebers gleichsam voraus.<sup>66</sup> Auch hier muss dem Arbeitgeber eine Möglichkeit an die Hand gegeben werden, herauszufinden, welcher Tarifvertrag im jeweiligen Arbeitsverhältnis zur Anwendung kommt. Gleiches gilt für die Fälle des Verzichts- und Vergleichschutzes nach § 4 Abs. 4 TVG und für Tarifbruchunterlassungsklagen einer Gewerkschaft.<sup>67</sup> Umso mehr überrascht daher die Tatsache, dass der Problemstellung seitens der Rechtsprechung bislang wenig bis keine Aufmerksamkeit geschenkt wurde. Bis zu einer gerichtlichen Klärung wird der Betriebserwerber, der die Anwendung des für ihn geltenden Tarifvertrags auch für die übernommenen Arbeitnehmer anstrebt, den erhöhten Verwaltungsaufwand und eine Gefährdung des Betriebsklimas hinnehmen und darauf vertrauen müssen, dass tatsächlich nur gewerkschaftlich nicht organisierte Arbeitnehmer Ansprüche aus dem beim Veräußerer geltenden Tarifvertrag geltend machen.

## // Autoren

**Dr. Andreas Schönhöft** ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Steuerrecht und als Rechtsanwalt bei avocado Rechtsanwälte in Hamburg tätig. Seit dem Jahr 2006 übt er ebenfalls eine Tätigkeit als Syndikusanwalt für ein Unternehmen eines international agierenden Konzerns aus. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt im kollektiven Arbeitsrecht und Tarifrecht.



**Sarah Haug** ist seit 2010 als Rechtsanwältin in Stuttgart tätig. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt im Individualarbeitsrecht sowie der arbeitsrechtlichen Vertragsgestaltung. Nach ihrem Studium mit arbeitsrechtlichem Schwerpunkt und anschließender Tätigkeit für eine internationale Wirtschaftskanzlei war sie im Rahmen des juristischen Vorbereitungsdienstes unter anderem in Hamburg tätig.



63 Z.B. BAG v. 23.6.1994 – 2 AZR 617/93, NJW 1995, 275.

64 So Michel/Möller/Peter, AuR 2008, 37.

65 Gamillscheg, KollArbR I, 1997, § 5 1b (3).

66 Löwisch/Rieble, TVG, 2004, § 3, Rn. 146; siehe zur Rechtsprechungsänderung BAG v. 27.1.2010 – 4 AZR 549/08; NZA 2010, 645.

67 Vgl. hierzu Löwisch/Rieble, TVG, 2., § 3, Rn. 143 f.