

# Kommentare

Peter Berg

## Gesetzlich verordnete Tarifeinheit reloaded – das Streikrecht in Gefahr

Es mutet auf den ersten Blick paradox an – und ist auf den zweiten Blick allerdings die Fortsetzung der Verirrungen aktueller sozialdemokratischer Rechtspolitik in einem der Kernbereiche des kollektiven Arbeitsrechts<sup>1</sup> –, dass erst die Beteiligung der SPD an einer von der CDU/CSU geführten Bundesregierung offenbar die politischen Voraussetzungen dafür geschaffen hat, dass die vom Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) und einigen DGB-Gewerkschaften<sup>2</sup> mitgetragene Forderung der Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände (BDA) nach einer gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit als Gesetzgebungsvorhaben in die rechtspolitische Agenda der Bundesregierung aufgenommen wurde. Die Parteien der Großen Koalition haben sich in ihrem Koalitionsvertrag dementsprechend auf folgende Absichtserklärung verständigt: *„Um den bestehenden Koalitions- und Tarifpluralismus in geordnete Bahnen zu lenken, wollen wir den Grundsatz der Tarifeinheit nach dem betriebsbezogenen Mehrheitsprinzip bei Einbindung der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Gewerkschaften gesetzlich festschreiben. Durch Verfahrensregelungen wird den verfassungsrechtlich gebotenen Belangen kleinerer Gewerkschaften Rechnung getragen werden.“*<sup>3</sup>

### 1. Die Tarifeinheit in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Die Befürworter der beabsichtigten gesetzlichen Änderung des Tarif- und Arbeitskampfrechts rechtfertigen dieses Vorhaben vordergründig mit der Aufgabe des Rechtsgrundsatzes der Tarifeinheit durch den 4. Senat des Bundesarbeitsgerichts im Jahr 2010. Bis zu diesem Zeitpunkt war das BAG nach dem – von ihm selbst kreierten – Rechtsgrundsatz der Tarifeinheit davon ausgegangen, dass in einem Betrieb grundsätzlich nur ein Tarifvertrag zur Anwendung kommen kann.<sup>4</sup> Das sollte auch dann gelten, wenn die Inhaltsnormen mehrerer – von konkurrierenden Gewerkschaften abgeschlossener – Tarifverträge für die Arbeitsverhältnisse in einem Betrieb Geltung beanspruchen („Tarifpluralität“). Nach dem sogenannten Spezialitätsprinzip sollte in diesem Fall nur derjenige Tarifvertrag gelten, der den besonderen Umständen des Betriebes und seiner Ar-

1 So forderte bereits im Jahr 2012 die SPD als Oppositionsfraktion im Bundestag die Bundesregierung auf, „endlich einen Gesetzentwurf“ zur Tarifeinheit vorzulegen: [http://www.spdfraktion.de/sites/default/files/gute\\_arbeit\\_2\\_2012.pdf](http://www.spdfraktion.de/sites/default/files/gute_arbeit_2_2012.pdf).

2 In Pressemitteilungen wird der DGB-Vorsitzende Sommer dahingehend zitiert, dass der DGB das Vorhaben der Koalition „im Wissen um die kritische Haltung bei ver.di“ mitträgt, vgl. etwa Die Welt 27.12.2013 [www.welt.de/123321422](http://www.welt.de/123321422); näher zu aktueller Positionierung des DGB und der DGB-Gewerkschaften Hensche, Schwarz-rotes Streikverbot, Blätter für deutsche und internationale Politik 2014, 34.

3 Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 70, [http://www.spd.de/linkableblob/112790/data/20131127\\_koalitionsvertrag.pdf](http://www.spd.de/linkableblob/112790/data/20131127_koalitionsvertrag.pdf).

4 Vgl. etwa BAG 20.3.1991, NZA 1991, 736.

beitsverhältnisse am besten gerecht wird. Diese Rechtsprechung wurde in der Rechtsliteratur ganz überwiegend – und von einigen Arbeitsgerichten – zu Recht kritisch gewürdigt und abgelehnt.<sup>5</sup> Abgesehen davon, dass der Rechtsgrundsatz der Tarifeinheit einer einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Grundlage entbehrt, ist die Verdrängung eines Tarifvertrages im Fall der Tarifpluralität mit der individuellen Koalitionsfreiheit der Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft und deren kollektiver Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar. Die Mitglieder der Gewerkschaft des verdrängten Tarifvertrages werden koalitionsmäßig entrechtet und die von ihrer Gewerkschaft durchgesetzten Tarifrechte vollständig entwertet. In einem vom 4. Senat des BAG entschiedenen Fall wurde dem davon betroffenen Gewerkschaftsmitglied sogar höchststrichterlich nahegelegt, zur Vermeidung der Tariflosigkeit die Mitgliedschaft bei der Konkurrenzgewerkschaft zu erwerben, deren Tarifvertrag sich nach dem Spezialitätsprinzip durchsetzt.<sup>6</sup> Im Jahr 2010 hat der 4. Senat des BAG seine Rechtsprechung zum Rechtsgrundsatz der Tarifeinheit aufgegeben und geht nunmehr davon aus, dass die Inhaltsnormen der Tarifverträge konkurrierender Gewerkschaften – der unterschiedlichen Tarifbindung der Arbeitnehmer entsprechend – nebeneinander im Betrieb anzuwenden sind (§ 3 Abs. 1 TVG, § 4 Abs. 1 TVG).<sup>7</sup>

## 2. Die Einschränkung des Streikrechts als ständige Forderung der BDA

Die BDA hatte allerdings schon viel früher und unabhängig von der aktuell diskutierten Frage der Tarifeinheit das Streikrecht der Gewerkschaften im Visier und beispielsweise im Jahr 2003 in einem umfänglichen Grundsatzpapier u.a. die gesetzliche Einschränkung der Streikrechts in der Daseinsvorsorge im allgemeinen und für sogenannte Minderheiten, Spezialisten und Funktionseliten im besonderen angemahnt.<sup>8</sup> Im Jahr 2010 nahm die BDA dann die sich abzeichnende Aufgabe des Rechtsgrundsatzes der Tarifeinheit durch das BAG zum Anlass, eine rechtspolitische Initiative für eine gesetzliche Festschreibung der Tarifeinheit zu starten, die im Ergebnis vor allem das Ziel hatte, den tarifpolitischen Aktionsradius der bereits seit mehreren Jahren in Konkurrenz zu einigen DGB-Gewerkschaften agierenden Berufsgruppengewerkschaften weitgehend einzuschränken und ihnen mittelbar das Streikrecht zu entziehen.<sup>9</sup>

## 3. Die BDA/DGB-Initiative aus dem Jahr 2010

Im Jahr 2010 einigte sich die BDA mit dem DGB auf ein Eckpunktepapier,<sup>10</sup> nach dem in einem Betrieb bei Tarifpluralität nur der Tarifvertrag der Mehrheitsge-

- 5 Siehe dazu die Nachweise bei Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Kompaktkommentar, 4. Auflage 2013, § 4 TVG Rn. 96.
- 6 BAG 20.3.1991, NZA 1991, 736.
- 7 BAG 7.7.2010, NZA 2010, 1068; siehe dazu Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann (Fn. 5), TVG § 4 Rn. 98; Kempen/Zachert-Wendeling-Schröder, TVG, 5. Auflage 2014, § 4 Rn. 209ff.
- 8 [http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/641F13C45DD5F0D0C12574EF005486DC/\\$file/Fuer\\_eine\\_neue\\_Balance\\_in\\_der\\_modernen\\_Tarifautonomie.pdf](http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/641F13C45DD5F0D0C12574EF005486DC/$file/Fuer_eine_neue_Balance_in_der_modernen_Tarifautonomie.pdf); siehe dazu im Einzelnen Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann (Fn. 5), Teil 1 Grundlagen, Rn. 217 f.
- 9 [http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/3F25DF0C94F307EB-C125774D002B1995/\\$file/kompakt-Tarifeinheit.pdf](http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/3F25DF0C94F307EB-C125774D002B1995/$file/kompakt-Tarifeinheit.pdf).
- 10 <http://www.dgb.de/themen/++co++81408d58-6fc6-11df-59ed-00188b4dc422>; zur Kritik siehe eingehend Däubler, in Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Auflage 2011, § 9 Rn. 62 ff.; Treber, in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 15. Auflage 2013, § 204 Rn. 56 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen; Hensche,

werkschaft angewendet und ein Streik der Minderheitsgewerkschaft für einen konkurrierenden Tarifvertrag ausgeschlossen werden sollte. Die Unterstützung dieses Eckpunktepapiers durch den DGB löste innerhalb der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) kontroverse Diskussionen aus, die im Jahr 2011 schließlich dazu führten, dass ver.di dem Vorhaben die Unterstützung entzog<sup>11</sup> und im Anschluss auch der DGB davon Abstand nahm, die gemeinsame Initiative mit der BDA weiterzuverfolgen.<sup>12</sup> Obwohl die BDA auch anschließend die Bundesregierung mehrfach öffentlich aufforderte, die Tarifeinheit gesetzlich zu regeln,<sup>13</sup> realisierte die schwarz-gelbe Koalition wegen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Regierungsparteien – möglicherweise auch in Kenntnis der kaum überwindbaren verfassungsrechtlichen Problematik – das Gesetzesvorhaben in der vergangenen Legislaturperiode nicht.<sup>14</sup>

#### 4. *Der Stellenwert der Tarifeinheit für die Tarifpolitik der DGB-Gewerkschaften*

Dass es der BDA damals zunächst gelang, diese Initiative als gemeinsames Projekt mit dem DGB der Öffentlichkeit zu präsentieren, dürfte u.a. damit zusammenhängen, dass die einheitliche Interessenvertretung aller Beschäftigten in einem Betrieb für die Tarifpolitik der DGB-Gewerkschaften einen zentralen Stellenwert hat. Der Abschluss (und die Anwendung) von Tarifverträgen, die für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb gelten, ist grundsätzlich am besten geeignet, den solidarischen Zusammenhalt der Belegschaften zu fördern, einen angemessenen Ausgleich unterschiedlicher Interessenlagen innerhalb der Belegschaften zu herzustellen und die Durchsetzungsfähigkeit der Gewerkschaften und ihrer Mitglieder gegenüber der Arbeitgeberseite zu sichern. In diesem Sinne hat die Tarifeinheit als autonom bestimmte Grundlage der Organisationspolitik, der Programmatik und des tarifpolitischen Handelns der DGB-Gewerkschaften konstitutive Bedeutung. Davon deutlich zu unterscheiden ist allerdings eine – den autonomen Gestaltungs- und Handlungsspielraum der Gewerkschaften verletzende – rechtlich zwingende Vorgabe der Tarifeinheit als Rechtsgrundsatz.

#### 5. *Der Beitrag der Arbeitgeber zur Zurückdrängung einheitlicher Tarifstandards*

Die auf die Herstellung einheitlicher Arbeits- und Entgeltbedingungen im Betrieb gerichtete Tarifpolitik der DGB-Gewerkschaften ist in den vergangenen Jahrzehnten in mehrfacher Hinsicht erschwert und verhindert worden. Hier ist zuallererst das Handeln der Arbeitgeber anzusprechen: Sie haben mit dem Ziel

Wider die Tarifeinheitsfront, Blätter für deutsche und internationale Politik, 2010, 13; Unterhinninghofen, Das Motto kann nur lauten: „Hände weg vom Streikrecht“. Die gefährliche BDA/DGB-Gesetzesinitiative zur Tarifeinheit, Sozialismus 9/2010, 29.

11 <http://publik.verdi.de/2011/ausgabe-06/gewerkschaft/inside/seite-2/A3>; Wortlaut des Beschlusses des ver.di-Gewerkschaftsrates: [http://www.herner-sozialforum.de/wp-content/uploads/2011/05/TARIFEINHEIT\\_2011-05-26\\_Beschluss-GR.pdf](http://www.herner-sozialforum.de/wp-content/uploads/2011/05/TARIFEINHEIT_2011-05-26_Beschluss-GR.pdf); Wortlaut des Beschlusses des Landesbezirksvorstands und der Landesbezirkskonferenz des ver.di-Landesbezirks NRW: [http://labournet.de/diskussion/gewerkschaft/tarifpolitik/dgbbda\\_verdinrw.pdf](http://labournet.de/diskussion/gewerkschaft/tarifpolitik/dgbbda_verdinrw.pdf).

12 <http://www.dgb.de/presse/++co++b08a21ac-90fc-11e0-4c52-00188b4dc422>.

13 Vgl. etwa FAZ 1.3.2012: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/arbeitgeberpraesident-dieter-hundt-das-streikrecht-zu-aendern-ist-realtaetsfern-11667453.html>.

14 Siehe dazu Hense, Schwarz-rotes Streikverbot (Fn. 1).

der Differenzierung und Prekarisierung der Arbeits- und Entgeltbedingungen und der Senkung der Personalkosten u.a. durch Unternehmens- und Betriebsumstrukturierungen (insbesondere Outsourcing, Aufspaltung), Leiharbeit, Fremdfirmeneinsatz/Werkverträge und die Erleichterung von Verbandsaustritt und OT-Mitgliedschaft systematisch die Flucht aus geltenden Tarifverträgen betrieben.<sup>15</sup> Dadurch wurde die Anwendung „einheitlicher“ Tarifstandards für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb, im Unternehmen und/oder einer Branche erheblich eingeschränkt und das Nebeneinander unterschiedlicher Tarifverträge aktiv gefördert. Auch die von der Arbeitgeberseite vorangetriebene Verlagerung ursprünglich der Tarifpolitik vorbehaltener Gestaltungsspielräume auf die betriebliche Ebene ist in diesem Zusammenhang kritisch zu hinterfragen.<sup>16</sup>

Darüber hinaus haben die Arbeitgeber bestimmter Branchen willfähige Konkurrenzorganisationen zu den DGB-Gewerkschaften (insbesondere aus dem Bereich des „Christlichen Gewerkschaftsbundes“ – CGB) gefördert, mit ihnen Dumping-Tarifverträge abgeschlossen und in diesen Fällen eine Tarifpluralität bewusst herbeigeführt (Unterbietungswettbewerb).<sup>17</sup>

## 6. Die Rolle der Berufsgruppengewerkschaften

Zusätzlich haben einige Berufsgruppengewerkschaften, im wesentlichen in den (Teil-) Branchen Krankenhäuser sowie Luft- und Schienenfernverkehr, mit den DGB-Gewerkschaften bestehende Tarifgemeinschaften beendet und für ihre Mitglieder eigenständige Tarifverträge durchgesetzt (Überbietungswettbewerb). Diese Entwicklung ist im Übrigen nicht, wie oft behauptet wird,<sup>18</sup> eine Folge der Änderung der Tarifeinheit-Rechtsprechung des BAG im Jahr 2010, sondern hatte zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt begonnen (die BDA hatte bereits im Jahr 2003 für Berufsgruppengewerkschaften Streikeinschränkungen gefordert).<sup>19</sup> Der Prozess zu einem eigenständigen Auftreten der Berufsgruppengewerkschaften hatte sich trotz des vom BAG vertretenen Rechtsgrundsatzes der Tarifeinheit faktisch durchgesetzt und war im Jahr 2010 im Wesentlichen bereits abgeschlossen. Die Gründe dafür sind vielschichtig<sup>20</sup> und liegen u.a. in der Privatisierung wichtiger Teile des Öffentlichen Dienstes, den Veränderungen der Struktur und Abgrenzung der Dienstleistungsbranchen, einer anfänglich wohlwollenden Haltung der Arbeitgeber zur Aufspaltung der gewerkschaftlichen Interessenvertretung und nicht zuletzt in der strukturell begünstigten Durchsetzungs- und Streikfähigkeit nur schwer ersetzbarer Arbeitnehmer mit Schlüssel-funktionen im Arbeitsprozess und einer starken Arbeitsmarktstellung. Auch die Wettbewerbs- und Dezentralisierungslogik der von der Arbeitgeberseite verfolgten Konzepte von Verbetrieblung, Profitcentern, Produktivitätseinheiten

15 Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann (Fn. 5), Teil 1 Grundlagen, Rn. 159 ff., 171 ff.

16 Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann (Fn. 5), Teil 1 Grundlagen, Rn. 206.

17 Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann (Fn. 5), TVG § 4 Rn. 84.

18 Aktuell etwa Hromadka, NZA-Editorial 24/2013, <http://rsw.beck.de/cms/?toc=NZA.41>, und der neue Präsident der BDA Kramer, Die Welt 27.12.2013 [www.welt.de/123321422](http://www.welt.de/123321422).

19 Siehe die Nachweise in Fn. 8.

20 Siehe dazu eingehend Dribbusch, Tarifkonkurrenz als gewerkschaftliche Herausforderung: Ein Beitrag zur Debatte um die Tarifeinheit, WSI-Diskussionspapier Nr. 172, 2010 [http://www.boeckler.de/pdf/p\\_wsi\\_diskp\\_172.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_diskp_172.pdf); Schroeder/Kalass/Greef, Berufsgruppengewerkschaften in der Offensive. Vom Wandel des deutschen Gewerkschaftsmodells, 2011; <http://www.uni-kassel.de/fb05/fachgruppen/politikwissenschaft/polsys/forschung/projekt-arbeitnehmerverbandslandschaft-und-neuen-akteurskonstellationen.html>; <http://www.uni-kassel.de/uni/universitaet/nachrichten/article/nicht-jeder-verband-dat-has-zeug-zur-berufsgewerkschaft.html>.

und Standort- und Arbeitnehmerkonkurrenz ist in ihrer Wirkung nicht auf die Realisierung des arbeitgeberseitigen Kostensenkungsinteresse beschränkt. Sie entwickelt auch eine Dynamik in Richtung einer stärkeren Aufspaltung der Belegschaften. Dies hat nicht nur das Entstehen niedrig entlohnter und ungeschützter Randbelegschaften zur Folge, sondern begünstigt auch Forderungen nach besserstellenden Sonderregelungen für bestimmte Arbeitnehmergruppen und deren Abgrenzung nach „unten“. Anders als der aktuelle tarifpolitische Ansatz der Berufsgruppengewerkschaften sollte gewerkschaftliche Tarifpolitik diese Entwicklung nicht zusätzlich verstärken, sondern ihr entgegenwirken, die Belegschaften zusammenführen und sich nicht der Vertiefung, sondern dem Ausgleich differenzierter Interessenlagen innerhalb der Belegschaften verschreiben. Die Konkurrenz durch die Berufsgruppengewerkschaften stellt die betroffenen DGB-Gewerkschaften vor die anspruchsvolle Aufgabe, die organisations- und tarifpolitische Integration spezialisierter Berufsgruppen mit Schlüsselfunktionen erfolgreicher zu gestalten, den Einfluss konkurrierender Berufsgruppengewerkschaften zurückzuführen und/oder auf die Wiederherstellung bzw. Neuschaffung von Tarifgemeinschaften mit den Berufsgruppengewerkschaften hinarbeiten. Eine gesetzliche Regelung der Tarifeinheit wäre demgegenüber kontraproduktiv und im Übrigen auch kaum mit einem – auch verfassungsrechtlich verbürgten<sup>21</sup> – gewerkschaftlichen Verständnis einer autonomen Gestaltung der Organisations- und Tarifpolitik vereinbar. Eine auf die einheitliche Interessenvertretung gerichtete Tarifpolitik der Gewerkschaften kann nicht erfolgreich durch den Gesetzgeber im Wege der staatlichen Verordnung von oben durchgesetzt werden, sondern nur durch das organisations- und tarifpolitische Handeln der Tarifvertragsparteien selbst. Insbesondere die für die Konzepte einer konkurrierenden und berufsständisch orientierten tariflichen Interessenvertretung empfänglichen Arbeitnehmergruppen müssen davon überzeugt werden, dass die autonom realisierte Tarifeinheit das im Ergebnis erfolgversprechendere tarifpolitische Konzept für die effektive Vertretung auch ihrer Interessen und die tarifliche Gestaltung guter Arbeits- und Entgeltbedingungen für alle Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ist.

### *7. Die verfassungsrechtliche Problematik einer gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit*

Der Wortlaut der Vereinbarung zur Schaffung einer gesetzlichen Tarifeinheit im Koalitionsvertrag lässt vermuten, dass für die Vorlage eines Gesetzentwurfs im Wesentlichen auf den Gesetzestext<sup>22</sup> der BDA/DGB-Initiative aus dem Jahr 2010 zurückgegriffen werden wird. Durch entsprechende Ergänzungen des TVG und des ArbGG sollte seinerzeit festgelegt werden, dass bei der Existenz mehrerer Tarifverträge konkurrierender Gewerkschaften allein derjenige Tarifvertrag im Betrieb zur Anwendung kommt, der aufgrund entsprechender Tarifbindung die größere Arbeitnehmerzahl erfasst: Der von der Gewerkschaft mit dem höchsten Mitgliederzahl im Betrieb abgeschlossene Tarifvertrag verdrängt den Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft. Sobald die Mehrheitsgewerkschaft einen Tarifvertrag abgeschlossen hat, besteht für die Minderheitsgewerkschaft im Ergebnis ein Streikverbot. Der Nachweis über die Mitgliederzahl der im Betrieb kon-

21 Dieterich, in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage 2013, Art. 9 GG Rn. 40.

22 Wortlaut auszugsweise wiedergegeben im Gutachten von Däubler zum Gesetzesvorschlag, S. 3; [http://www.nachdenkseiten.de/upload/pdf/110319\\_gutachten\\_tarifeinheit.pdf](http://www.nachdenkseiten.de/upload/pdf/110319_gutachten_tarifeinheit.pdf).

kurrierenden Gewerkschaften soll durch einen Notarbeweis erbracht werden können.

Eine derartige gesetzliche Regelung ist mit der verfassungsrechtlich geschützten Koalitionsfreiheit der Minderheitsgewerkschaft und ihrer Mitglieder nicht vereinbar.<sup>23</sup> Ihr Tarifvertrag wird verdrängt, und ihre Mitglieder werden tariflos gestellt. Die zwingende Wirkung von Tarifnormen für die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft gehört aber zum verfassungsrechtlich verbürgten Mindeststandard des Tarifvertragssystems. Die Verdrängung des Tarifvertrages der Minderheitsgewerkschaft greift nach diesem Konzept sogar dann, wenn mehrere Tarifverträge ohne Streikdruck bzw. einvernehmlich von der Arbeitgeberseite mit den beteiligten Gewerkschaften abgeschlossen werden. Wenn die Arbeitgeberseite und die Mehrheitsgewerkschaft durch entsprechende Tarifabschlüsse zielgerichtet zusammenwirken, ist die Durchsetzung eines Tarifvertrages durch die Minderheitsgewerkschaft von vornherein unmöglich.

#### 8. *Fehlende Praxistauglichkeit einer gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit auf Grundlage des betriebsbezogenen Mehrheitsprinzips*

Für die rechtspolitische und verfassungsrechtliche Bewertung des vorstehend skizzierten Konzepts einer gesetzlich festgelegten Tarifeinheit ist ferner zu berücksichtigen, dass eine derartige gesetzliche Regelung in bestimmten Konstellationen die mit ihr verbundenen Ziele überhaupt nicht erreichen oder praktisch nicht umsetzbar sein wird.<sup>24</sup>

Im Bereich der Berufsgruppen der Piloten und der Fluglotsen z.B. wird eine solche Gesetzesänderung mangels mehrerer Tarifverträge konkurrierender Gewerkschaften keine oder nur rudimentäre Auswirkungen haben. In bestimmten Branchen wird sich die Situation so darstellen, dass in den einzelnen Betrieben nicht die im Fokus stehenden Berufsgruppengewerkschaften in der Minderheit sind, sondern die zuständige DGB-Gewerkschaft.

Ein entscheidender Schwachpunkt der angestrebten gesetzlichen Regelung ist die für die Feststellung der Anzahl der Gewerkschaftsmitglieder maßgebliche Anknüpfung am Betriebsbegriff. Abgesehen davon, dass die rechtliche Definition des Betriebes im Einzelfall äußerst umstritten sein kann, liegt die Konfiguration eines Betriebs allein in den Händen des Arbeitgebers (im Rahmen des § 3 BetrVG ausnahmsweise in denen des Arbeitgebers und der Gewerkschaften), so dass durch das zielgerichtete Zuschneiden eines Betriebes weitgehend vorprogrammiert werden kann, welche Gewerkschaft die Mehrheit der Gewerkschaftsmitglieder stellen wird. Da es für die Bestimmung der Mehrheitsgewerkschaft allein auf die Anzahl der Mitglieder im Betrieb ankommen soll, müssen bei konkurrierenden Firmentarifverträgen für Unternehmen mit mehreren Betrieben oder bei Flächentarifverträgen für alle tarifgebundenen Betriebe die jeweiligen Mehrheitsverhältnisse ermittelt und im Streitfall gerichtlich geklärt werden. Es ist kaum vorstellbar, dass dies in arbeitskampfrechtlichen Eilverfahren realisiert werden kann.

Ausufernde Streitigkeiten werden u.a. auch die Fragen auslösen, welche Mitglieder der Gewerkschaft (z.B. Leiharbeitnehmer, Arbeitnehmer in Sonderurlaub oder Elternzeit) mitgezählt werden dürfen, was bei sehr knappen Mehrheitsver-

23 Däubler (Fn. 10), § 9 Rn. 62ff.; Dieterich, AuR 2111, 46, 47ff.; Treber (Fn. 10), § 204 Rn. 56 f., 58 f., jeweils mit weiteren Nachweisen; a.A. Giesen, ZFA 2011, 1; Kempfen, AuR 2011, 46; Scholz, ZFA 2010, 681.

24 Zu diesem Aspekt siehe Bayreuther, NZA 2013, 1395, und Treber (Fn. 5), § 204 Rn. 57.

hältnissen oder dem Wechsel der Gewerkschaftsmitgliedschaft gilt und welche Mitwirkungspflichten die beteiligten Gewerkschaften bei der Feststellung ihrer Mitgliederzahl im Betrieb haben.

Die als Legitimation des betriebsbezogene Mehrheitsprinzip herangezogene Grundsatz der Repräsentativität der Mehrheitsgewerkschaft dürfte schließlich an seine Grenzen stoßen, wenn keine der konkurrierenden Gewerkschaften im Betrieb über eine relevante Anzahl an Mitgliedern verfügt oder die Mitgliederanteile dieser Gewerkschaften nahezu gleich groß sind (z.B. hat in einem Betrieb mit 500 Beschäftigten die Gewerkschaft A acht und die Gewerkschaft B drei Mitglieder oder die Gewerkschaft A 178 und die Gewerkschaft B 169 Mitglieder.<sup>25</sup>

Schon diese wenigen – nur unvollständig benannten – Beispiele der durch eine gesetzliche Regelung der Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip ausgelösten Streitfragen machen deutlich, dass die zur Diskussion stehenden rechtspolitischen Vorschläge nicht praxistauglich und schon gar nicht geeignet sind, zu einer berechenbaren Tarifpraxis einen Beitrag zu leisten.

### *9. Gefährdung der Tarifautonomie als Rechtfertigungsgrund für eine gesetzliche Regelung der Tarifeinheit?*

Hinzukommt, dass die zur Rechtfertigung der Einschränkung der Rechte der Minderheitsgewerkschaft behauptete Gefährdung der Tarifautonomie weder in der Vergangenheit eingetreten ist noch für die überschaubare Zukunft ernsthaft prognostiziert werden kann. Auch unter dem Gesichtspunkt der von den Befürwortern einer gesetzlichen Festschreibung der Tarifeinheit immer wieder heraufbeschworenen Gefahren eines drohenden „Tarif- und Arbeitskampfchaos“ mit weitgehenden Nachteilen für den Wirtschaftsstandort Deutschland ist keinerlei empirisch belegbarer Handlungsbedarf auszumachen:

- Bei den aktuell als Tarifvertragsparteien aktiven und mehr oder weniger streikfähigen Berufsgruppengewerkschaften handelt es sich nicht um neu gegründete Gewerkschaften, sondern um seit Jahrzehnten bestehende Organisationen, die früher in Tarifgemeinschaften mit den DGB-Gewerkschaften gehandelt haben.
- Auch im Zeitraum seit der Aufgabe des Rechtsgrundsatzes der Tarifeinheit durch das BAG im Jahr 2010 wurden keine neuen Berufsgruppengewerkschaften gegründet, die fähig und willens sind, Streiks zur Durchsetzung eigener Tarifverträge durchzuführen.
- Die tarifpolitisch eigenständig agierenden Berufsgruppengewerkschaften sind lediglich für begrenzte Sektoren ganz oder teilweise privatisierter Dienstleistungsbereiche (im Wesentlichen Krankenhaus, Luftfahrt und Schienenfernverkehr) zuständig. Die von ihnen abgeschlossenen Tarifverträge gelten nur für einen minimalen Prozentsatz der Betriebe und Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, für die in Deutschland insgesamt Tarifverträge abgeschlossen werden.
- Seit dem Zeitpunkt der Anerkennung der Berufsgruppengewerkschaften als eigenständig handelnde Tarifvertragsparteien durch die Arbeitgeber hat es – mit wenigen Ausnahmen – keine umfangreicheren Streiks dieser Gewerkschaften mehr gegeben.

25 Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann (Fn. 5), TVG § 4 Rn. 68d; problematisiert auch in BAG 29.9.09, DB 2010, 120.

- Im Bereich des Schienenfernverkehrs kam unter Einschluss der Berufsgruppengewerkschaft Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) in einem Grundlagentarifvertrag eine autonom ausgehandelte Zuständigkeitsabgrenzung der Tarifvertragsparteien zustande.
- Die Praxis der Tarifvertragsparteien, in dem – unter dem Gesichtspunkt von Streikfolgen besonders sensiblen – Bereich der Krankenhäuser durch den Abschluss von Notdienstvereinbarungen den Grundrechten drittbetroffener Patienten Rechnung zu tragen, hat sich seit dem eigenständigen tarifpolitischen Agieren der Ärztegwerkschaft Marburger Bundes (MB) unverändert bewährt. Auch für diesen Bereich der Daseinsvorsorge kann das Auftreten einer Berufsgruppengewerkschaft eine gesetzliche Regelung der Tarifeinheit und eine Einschränkung des Streikrechts nicht rechtfertigen.
- Auch der von der BDA immer wieder zur Begründung eines Tarifeinheitsgesetzes angeführte (singuläre) Vorfeldstreik am Frankfurter Flughafen im Jahr 2012 liefert eher Anschauungsmaterial dafür, dass eine Berufsgruppengewerkschaft nur begrenzt durchsetzungsfähig ist, wenn sie sich durch ihr Auftreten und ihre nicht vermittelbaren Streikziele in der Gesamtbelegschaft isoliert und der Arbeitgeber seine legalen Streikabwehrmöglichkeiten effektiv einsetzt.
- Schließlich ist auf den allgemein bekannten und weitgehend unstrittigen Befund hinzuweisen, dass Deutschland – trotz der Existenz einzelner streikfähiger Berufsgruppengewerkschaften – weltweit zu den streikärmsten Ländern gehört.

### 10. Die Einschränkung des Streikrechts als Folge einer gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit

Rechtspolitisch besonders problematisch ist aus gewerkschaftlicher Sicht der mit der gesetzlichen Festschreibung der Tarifeinheit geplante Eingriff in das Streikrecht der Gewerkschaften (Streikverbot für die Minderheitsgewerkschaft durch Erstreckung der Friedenspflicht aus dem Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft auf die Minderheitsgewerkschaft). Eine derartige Gesetzesänderung könnte sich als Vorstufe zu noch wesentlich weitergehenden gesetzlichen Reglementierungen der Streikfreiheit der Gewerkschaften entwickeln. Die jahrzehntelange Kontinuität der Forderungen der BDA nach einer Einschränkung des gewerkschaftlichen Streikrechts und einer Revision der neueren Arbeitskämpfrechtsprechung des BAG (insbesondere Ultima-Ratio-Prinzip, Solidaritätsstreik, Flashmob)<sup>26</sup> durch den Gesetzgeber könnte zukünftig auf fruchtbaren Boden fallen. Den Initiatoren einer gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit aus dem Arbeitgeberlager und einigen ihrer Befürworter aus dem Bereich der Rechtswissenschaft geht es im Kern weniger um die Tarifeinheit, sondern um die Einschränkung des Streikrechts, insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge. Mit dieser Stoßrichtung wurden in den letzten Jahren auch bereits von interessierter Seite verschiedene rechtspolitische Vorschläge öffentlich zur Diskussion gestellt.<sup>27</sup> Davon wären vor allem die für die Daseinsvorsorge zuständigen DGB-Gewerkschaften betroffen. Die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberver-

26 Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann (Fn. 5), Teil 1 Grundlagen, Rn. 218 ff.

27 Vgl. etwa die neuere Professoren-Initiative der Carl-Friedrich-von-Weizsäcker-Stiftung: <http://www.cfvw.org/stiftung/projektbereich-zukunft-der-arbeit/arbeitskampf/>; dazu Berg, Streikverbot durch Verfahren – „Tariffrieden“ statt Tarifautonomie in der Daseinsvorsorge?, in Schubert (Hrsg.), Anforderungen für ein modernes Arbeitsrecht, Festschrift für Otto Ernst Kempfen, 2013, S. 278.

bände und andere Arbeitgebervertreter haben ihre Forderung nach einer zeitnahen Verabschiedung eines Tarifeinheitsgesetzes bemerkenswerter Weise unter anderem auch damit begründet, dass die Existenz durchsetzungsfähiger Berufsgruppengewerkschaften bereits zu zusätzlichen bzw. höheren Tarifforderungen und einer härteren Gangart der DGB-Gewerkschaften in den Tarifaufeinandersetzungen geführt habe.<sup>28</sup> Das Handelsblatt ließ bereits im Jahr 2010 durch einen Kommentator verkünden, es gehe nicht nur um die Berufsgruppengewerkschaften, sondern man solle auch „die Macht von ver.di einschränken“.<sup>29</sup>

### *11. Breite Ablehnung eines Tarifeinheitsgesetzes – verfassungsrechtliche und politische Risiken*

Demgegenüber haben bereits in der seit dem Jahr 2010 intensiv geführten rechtspolitischen Debatte über eine gesetzliche Festschreibung der Tarifeinheit und Einschränkung des Streikrechts zahlreiche prominente Vertreter und Vertreterinnen und Institutionen aus dem Bereich der Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsrechtswissenschaft, der Arbeitsgerichtsbarkeit und der Anwaltschaft keinen aktuellen Handlungsbedarf gesehen und dem Gesetzgeber empfohlen, keine gesetzliche Regelung der Tarifeinheit vorzunehmen. Man solle stattdessen zunächst die weitere Entwicklung abwarten und zu einem späteren Zeitpunkt beurteilen, ob sich die mit dem Auftreten der Berufsgruppengewerkschaften verbundenen Befürchtungen über eine Gefährdung der Tarifautonomie bzw. Chaotisierung des Tarifvertragssystems in der Realität tatsächlich abzeichnen.<sup>30</sup>

Auch die oben skizzierte Praxisuntauglichkeit des Gesetzesvorhabens spricht deutlich gegen seine Umsetzung.

Die Regierungsparteien wären gut beraten, sich nicht dem Druck der BDA zu beugen und nach sorgfältiger Prüfung der mit einer gesetzlichen Festschreibung der Tarifeinheit verbundenen rechtlichen und tatsächlichen Probleme von deren Umsetzung Abstand zu nehmen. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines Tarifeinheitsgesetzes liegen zahlreiche Gutachten, literarische Äußerungen und Stellungnahmen aus der Rechtswissenschaft und von Vertretern und Vertreterinnen der Arbeitsgerichtsbarkeit vor, die deutlich machen, dass der Gesetzgeber bei der Realisierung der rechtspolitischen Vorschläge für eine gesetzliche Regelung der Tarifeinheit hinsichtlich einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht und ihrer Praxistauglichkeit ein sehr großes Risiko eingehen würde.<sup>31</sup> Hier droht nicht nur ein rechtspolitisches Desaster, sondern auch ein grundsätzlicher Konflikt mit den Gewerkschaften.

28 Schreiben der VKA an die Parteivorsitzenden von CDU, CSU und SPD zur Begründung ihrer Forderung nach einer gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit v. 17.10.2013.

29 <http://www.handelsblatt.com/meinung/gastbeitraege/arbeitsmarkt-wir-sollten-die-macht-von-verdi-einschraenken/3517504.html>.

30 Vgl. exemplarisch die Stellungnahmen der Präsidentin des BAG Ingrid Schmidt (<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/arbeitsrecht-bundesrichterin-warnt-vor-tarifgesetz-1592050.html>), des Deutschen Anwaltsvereins (<http://anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/SN-10/SN-49-10.pdf>), den Projektbericht des Rheinisch-Westfälischen Instituts für Wirtschaftsforschung (RWI), Empirische Analyse der Auswirkungen der Tarifpluralität auf das deutsche Tarifvertragssystem und auf die Häufigkeit von Arbeitskämpfen, 2011, und das Jahrgutachten des Sachverständigenrates 2010/11, Kapitel 7, Rn. 507.

31 Siehe dazu die Nachweise bei Treber (Fn. 5), § 204 Rn. 56 f., 58 f.