

Prof. Dr. Frank Bayreuther
Technische Universität Darmstadt

Gutachten zur Zulässigkeit des Arbeitskampfes des Marburger Bundes auf Abschluss eines Berufsgruppentarifvertrags für Ärzte, der neben dem TV-L zur Anwendung kommen soll.

A.

Der Einfluss des Grundsatzes der Tarifeinheit auf den Streik des Marburger Bundes auf Abschluss eines Tarifvertrags für Ärzte

Der Marburger Bund (MB) strebt an, im Wege des Arbeitskampfes gegen die Tarifgemeinschaft der Ländler (TdL) den Abschluss eines Tarifvertrages für Ärzte im Landesdienst zu erzwingen. Der Zulässigkeit dieses Arbeitskampfes könnte entgegen gehalten werden, dass die Länder gerade im Begriff sind, mit der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di einen Tarifvertrag für die im Landesdienst beschäftigten Ärzte (TV-L) abzuschließen, der zumindest von seinem fachlichen Geltungsbereich her gesehen gegebenenfalls geeignet sein könnte, um auch die Arbeitsbedingungen der in den Kliniken tätigen Ärzte zu gestalten.

Im Hinblick darauf ist denkbar, dass die Zulässigkeit des bevorstehenden Arbeitskampfes mit Hinweis auf den vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsatz der Tarifeinheit bestritten werden könnte.

Das Bundesarbeitsgericht löst in ständiger Rechtsprechung Tarifpluralitäten nach dem sog. Grundsatz der Tarifeinheit auf. Tarifpluralitäten entstehen, überschlägig betrachtet, wenn der Arbeitgeber an zwei Tarifverträge gebunden ist, die Arbeitnehmer des Betriebs dagegen jeweils nur an einen dieser beiden Tarifverträge, so dass in der Folge zwei Tarifverträge im Betrieb nebeneinander zur Anwendung kommen. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts soll die parallele Geltung zweier Tarifverträge dahingehend aufgelöst werden, dass nur der speziellere Tarifvertrag zur Anwendung kommt, wobei das BAG bislang letztlich offen gelassen hatte, welche Arbeitsbedingungen für diejenigen Arbeitnehmer gelten sollen, die an den verdrängten (im weiteren auch „verlierenden“) Tarifvertrag gebunden wären. Spezieller ist jeweils der Tarifvertrag, der dem Betrieb räumlich, fachlich und persönlich am nächsten steht und daher den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebs und der in ihm beschäftigten Arbeitnehmer am besten gerecht wird.

Daran anknüpfend haben das LAG Rheinland-Pfalz und verschiedene Autoren im Schrifttum, allen voran *Herbert Buchner*, angedacht, dass ein Streik dann nicht zulässig sein könnte, wenn er den Abschluss eines Tarifvertrags zum Ziel hat, der später in den betroffenen Betrieben gar nicht zur Anwendung käme, weil er im Wege der Tarifeinheit ohnehin durch ein anderes Tarifwerk verdrängt würde. Ein solcher Streik sei unverhältnismäßig.

LAG Rheinland-Pfalz Urt. v. 22.6.2004, 11 Sa 2096/03, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 169; *Buchner*, ZfA 2004, 229, 243 ff.; *ders.*, FS 50 Jahre BAG (2004), 631 ff.; *ders.* BB 2003, 1228; *ders.* Anm. BAG 14.12.2004 (UFO), AP § 2 TVG Tariffähigkeit Nr. 1 (dort auch ausdrücklich zustimmend zum Urteil des LAG-Rheinland-Pfalz).

Argumentiert werden könnte also wie folgt: Der TV-L sei im Vergleich zu dem vom Marburger Bund angestrebten Tarifvertrag (im Weiteren: TV-MB) der speziellere, weil sich der TV-MB nur an die Ärzteschaft wendet, während der TV-L den gesamten Krankenhausbetrieb umfassen würde. Dementsprechend würde der TV-L den TV-MB in den Kliniken verdrängen, weshalb der Streik des Marburger Bundes unzulässig wäre.

Dies wirft im Einzelnen folgende Fragen auf, die in der nachstehenden Reihenfolge geprüft werden sollen:

(1.) Ist der Grundsatz der Tarifeinheit mit Blick auf die besonderen Arbeitgeberstrukturen in den Kliniken einiger Bundesländer überhaupt anwendbar, oder sind vielmehr die Ärzte und die Beschäftigten im nicht-ärztlichen Dienst tarifrechtlich von vorneherein gesondert zu betrachten?

(2.) Für den Fall, dass der Grundsatz der Tarifeinheit auf die vorliegende Sachkonstellation Anwendung findet: Ist maßgeblicher Anknüpfungspunkt zur Feststellung der Tarifeinheit die Universitätsklinik als Ganzes, oder ist insoweit alleine auf die im ärztlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer abzustellen?

(3.) Findet der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb überhaupt Anwendung, wenn in einem Betrieb zwei von ihrem fachlichen Geltungsbereich her gesehen weitgehend deckungsgleiche Tarifverträge kollidieren, die von unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossen wurden?

(4.) Falls Frage (3.) zu bejahen ist: Wäre insoweit der TV-L oder der TV-MB der im Sinne der Rechtsprechung des BAG speziellere Tarifvertrag?

(5.) Wenn Frage (3.) so zu entscheiden wäre, dass auf den Klinikbetrieb als Ganzes abzustellen ist und die Prüfung der Tarifeinheit ergeben würde, dass dem TV-L der Vorzug vor dem TV-MB gebührt: Kann in diesem Fall der TV-MB nicht dennoch als gesonderter Spartentarifvertrag für die Berufsgruppe der Ärzte neben dem TV-L angewandt werden?

(6.) Lässt sich dem Grundsatz der Tarifeinheit überhaupt eine Aussage über die Zulässigkeit von Arbeitsk Kampfmaßnahmen entnehmen, oder darf selbst dann auf Abschluss eines Tarifvertrags gestreikt werden, wenn dieser durch einen „spezielleren“ Tarifvertrag verdrängt würde?

(7.) Steht der Grundsatz der Tarifeinheit nicht ohnehin vor der Aufgabe durch das Bundesarbeitsgericht, so dass auf ihn vorliegend gar nicht mehr abgestellt werden sollte?

I. Grundsatz der Tarifeinheit trotz „gespaltener“ Arbeitgeberstellung?

Es erscheint zweifelhaft, ob der Grundsatz der Tarifeinheit in den Universitätskliniken zum Zuge kommen kann, in denen die einzelnen Beschäftigtengruppen durch unterschiedliche Arbeitgeber angestellt sind. So ist es in einigen Bundesländern offenbar üblich, dass Arbeitgeber des Verwaltungs- und Pflegepersonal das Klinikum selbst ist, während die Ärzte durch das jeweilige Bundesland angestellt sind.

Zwar stellt das BAG in seiner Rechtsprechung zur Tarifeinheit pauschal auf „den Betrieb“ ab. Indes geht das BAG dabei offenbar völlig selbstverständlich davon aus, dass im fraglichen Betrieb jeweils nur Arbeitnehmer eines einzigen Arbeitgebers beschäftigt werden. Das wird etwa an Formulierungen deutlich, wonach „*dem Arbeitgeber*“ an handhabbaren Tarifstrukturen gelegen sei oder wonach alleine „*die betriebseinheitliche Anwendung des sachnäheren Tarifvertrags unter Anknüpfung an die Tarifbindung des Arbeitgebers geeignet ist*“ (BAG 14.6.1989, 4 AZR 200/89, NZA 1990, 325 = AP § 4 TVG Nr. 16), um im Betrieb übersichtliche Tarifstrukturen herzustellen. Das wird aber auch daran deutlich, dass das BAG den Grundsatz der Tarifeinheit ja bekanntlich damit begründet, dass der einzelne Arbeitgeber überfordert wäre, müsste er auf die bei ihm begründeten Beschäftigungsverhältnisse unter-

schiedliche Tarifverträge zur Anwendung bringen. Daran fehlt es, wenn in einem Gemeinschaftsbetrieb lediglich jeder der beteiligten Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer einen bestimmten Tarifvertrag anwenden würde. Insgesamt käme es zwar zu einer Kollision verschiedener Tarifverträge, bezogen auf den einzelnen Arbeitgeber bleibt es aber dabei, dass dieser nur einen einzigen Tarifvertrag anwenden muss.

Zutreffender Weise hat das BAG mit Urteil vom 19.11.1992 (10 AZR 290/91, NZA 1993, 405 = AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 147) darauf erkannt, dass der Grundsatz der Tarifeinheit in einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Arbeitgeber keine Anwendung findet. Wörtlich führt es dort aus:

„Aufgrund der rechtlichen und wirtschaftlichen Selbständigkeit der in dem gemeinsamen Betrieb zusammenwirkenden Unternehmen können für die Arbeitnehmer der beteiligten Unternehmen unterschiedliche Arbeitsbedingungen und auch verschiedene Tarifverträge gelten.“

Auch die im Schrifttum vorherrschende Ansicht geht – bezogen auf die Individualnormen – davon aus, dass in einem Gemeinschaftsbetrieb unterschiedliche Tarifwerke nebeneinander zur Anwendung kommen:

Löwisch/Rieble TVG, 2. Aufl. (2004), § 2 RdNr. 139; Däubler/Deinert TVG (2003), § 4 RdNr. 262; Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern (1989), S. 446 f.; im Ergebnis wohl auch: Wiedemann/Wank TVG, 6. Aufl. (1999), § 4 RdNr. 159.

Dieses Ergebnis scheint schon deshalb zwingend, weil sich die Tarifbindung im Hinblick auf Individualnormen am einzelnen Arbeitsverhältnis festmacht und daher zwingend an die Tarifzugehörigkeit des einzelnen Vertragsarbeitgebers anknüpft. Dies hat auch das BAG in seiner Rechtsprechung zur Tarifeinheit bislang nie in Abrede gestellt.

Danach scheidet die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit vorliegend aus, soweit in Universitätskliniken solche gespaltenen Arbeitgeberstrukturen vorzufinden sind. In diesen Kliniken sind von vorneherein zwei verschiedene Tarifverträge zur Anwendung zu bringen, nämlich einer für das Verwaltungs- bzw. Pflegepersonal und ein weiterer für die Beschäftigten im ärztlichen Dienst. Insoweit ist es dann völlig unerheblich, ob es sich dabei um unterschiedliche Tarifwerke handelt oder ob diese mit unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossen worden sind.

Daraus folgt: Bei Rückgriff auf den Grundsatz der Tarifeinheit wäre alleine fraglich, ob für die Beschäftigten im ärztlichen Dienst das durch den Marburger Bund oder das von ver.di abgeschlossene Tarifwerk zum Zug kommt. Da offenbar der ganz überragende Teil der Ärzte im Marburger Bund organisiert ist, kann dies – wie nachfolgend unter II. und III. noch ausführlich darzulegen sein wird – nur dessen Tarifvertrag sein.

Danach ist festzuhalten:

Der Grundsatz der Tarifeinheit findet von vorneherein keine Anwendung auf Kliniken, in denen das Verwaltungs- und Pflegepersonal durch einen anderen Arbeitgeber beschäftigt ist als das ärztliche Personal. In diesen Kliniken gelten zwei Tarifverträge parallel zueinander, nämlich einer für die im ärztlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer und ein weiterer für das Verwaltungs- und Pflegepersonal. Für den ärztlichen Belegschaftsteil würde sich auf Grund deren deutlich höherer Organisationszugehörigkeit zum MB der Tarifvertrag des Marburger Bundes durchsetzen.

II. Maßgebliche Bezugsgröße: Klinikum oder Beschäftigte im ärztlichen Dienst?

Für Bundesländer, in denen einheitliche Arbeitgeberstrukturen vorherrschen, in denen also sowohl das Verwaltungs-/Pflegepersonal als auch das ärztliche Personal durch denselben Arbeitgeber beschäftigt wird, mag sich in der Tat die Frage stellen, ob in deren Universitätskliniken parallel zueinander die Tarifverträge TV-L und TV-MB zur Anwendung gelangen können oder ob die Konkurrenz zwischen beiden Tarifwerken nach dem Grundsatz der Tarifeinheit aufzulösen ist. Wäre Letzteres der Fall, ist vor einer Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit aber eingehend zu prüfen, ob Bezugspunkt für eine Konkurrenzauflösung die jeweiligen Universitätskliniken als Ganzes sind oder ob die Arbeitnehmer im ärztlichen Dienst einen separaten Anknüpfungspunkt für die tarifrechtliche Betrachtung bilden.

Das BAG hat in seiner ständigen Rechtsprechung zum Grundsatz der Tarifeinheit zwar stets vom „Betrieb“ als maßgebliche Bezugsgröße gesprochen, an der sich die Konkurrenzauflösung festmachen soll. Diesen Begriff hat es indes nie näher erläutert. Zuweilen scheint es offenbar auf den betriebsverfassungsrechtlichen (personalvertretungsrechtlichen) Betriebsbegriff abzustellen, was die Behauptung herausfordern könnte, dass der Blick hier in der Tat auf die Universitätskliniken als Ganzes zu richten wäre.

In diese Richtung etwa: BAG 14.6.1989, 4 AZR 200/89, NZA 1990, 325 = AP § 4 TVG Nr. 16; BAG v. 22.3.1994, 1 ABR 47/03, EzA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10; derart deuten die Rechtsprechung des BAG: *Löwisch/Rieble* § 4 RdNr. 134; *Rieble* Anm. BAG v. 22.3.1994, aaO; partiell auch: *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 342 ff., die auch im Hinblick darauf, dass der Betriebsbegriff insoweit tarifrechtlich unbrauchbar ist, deutliche Kritik an der Rspr. des BAG üben.

Indes lässt die Rechtsprechung des BAG ohne weiteres die Möglichkeit offen, dass zur Beurteilung der Tarifgeltung ausnahmsweise auch an einzelne Abteilungen bzw. Beschäftigungsgruppen angeknüpft werden kann. Dem Bundesarbeitsgericht geht es um die Herstellung praktisch handhabbarer tarifrechtlicher Strukturen in der jeweiligen Organisationseinheit und nicht um die Durchsetzung abstrakter Rechtslehren.

Gerade aber im vorliegenden Fall ist eine Sachkonstellation anzutreffen, die jeden Anlass dazu gibt, um entsprechend zu differenzieren.

- Bei den Ärzten handelt es sich um eine in sich völlig homogene, zahlenmäßig beachtliche Berufsgruppe, die sich nach Funktion, Tätigkeit und Ausbildung signifikant von den übrigen Klinikbeschäftigten unterscheidet. Auf Grund der Eigenart und der besonderen Bedürfnisse des ärztlichen Berufs sind die Klinikärzte darauf angewiesen, dass für sie eigenständige Tarifregelungen geschaffen werden. Dies zeigen bereits die unterschiedlichen Arbeitszeiten, die für das Pflege- bzw. Verwaltungspersonal einerseits und für das ärztliche Personal andererseits gelten.

- Äußerst markant ist, dass der TV-L – soweit bislang bekannt – im Hinblick auf seinen fachlich-betrieblichen Geltungsbereich eindeutig zwischen „Unikliniken ohne Ärzte“ (Abschnitt VI im Angebot der Arbeitgeber v. 19.5.2006) und „Ärzten an Unikliniken“ (dort Abschnitt VII) differenziert. Für Letztere sollen die Abschnitte I bis VI und VIII bis X und damit sämtliche materiellen Arbeitsbedingungen des Tarifvertrags nicht gelten (die Abschnitte X bis XIV enthalten nur Anwendungsvorschriften). Die Arbeitsbedingungen für Ärzte werden

vielmehr völlig eigenständig geregelt. Das tritt schon dadurch offen zu Tage, dass sich zum derzeitigen Zeitpunkt die Regelungen für Ärzte nur in einem dem TV-L-Entwurf beigelegten Anhang (Anhang 5) befinden, der allenfalls lose mit dem eigentlichen TV-L verbunden ist. Selbst wenn die Regelungen für den ärztlichen Dienst nach einem endgültigen Tarifabschluss in den Haupttext des TV-L einbezogen würden, stellen sie in inhaltlicher Hinsicht einen in sich geschlossenen, materiellrechtlich gesehen eigenständigen Bestandteil des Tarifvertrags dar, der jederzeit und unproblematisch aus dem Gesamttarifwerk herausgelöst werden könnte. Rechtlich betrachtet zerfällt der TV-L daher in jedenfalls zwei Tarifverträge: einen solchen für die Beschäftigten der Länder inklusive der „sonstigen“ Arbeitnehmer in den Universitätskliniken und einen weiteren für die dort beschäftigten Ärzte. Daher käme es selbst bei alleiniger Anwendung des TV-L letztlich zu einer Tarifpluralität im Betrieb. Konsequenterweise wäre es daher ohne weiteres möglich, wenn in Kliniken der TV-MB neben dem TV-L angewandt wird, indem man die Regelungen des TV-L nur für die Beschäftigten im nicht-ärztlichen Dienst gelten lässt.

- Schließlich führt der Umstand, dass in einigen Bundesländern die Ärzte einerseits und das Verwaltungs- und Pflegepersonal andererseits durch unterschiedliche Arbeitgeber beschäftigt sind, nachdrücklich vor Augen, dass sich die Arbeitsbedingungen für beide Berufsgruppen signifikant voneinander unterscheiden, weshalb es auch ohne weiteres möglich ist, auf beide unterschiedliche Tarifverträge zur Anwendung zu bringen.

Daher ist die Frage, welcher Tarifvertrag bei Annahme einer Tarifpluralität in den Universitätskliniken anzuwenden ist, jeweils für das Verwaltungs- und Pflegepersonal und für die im ärztlichen Dienst Beschäftigten getrennt zu beurteilen.

Danach ist festzuhalten:

Für Bundesländer, in denen einheitliche Arbeitgeberstrukturen vorherrschen, ist bei Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit Bezugspunkt der Betrachtung nicht etwa das jeweilige Klinikum als Ganzes. Vielmehr ist die Frage, wie etwaige Tarifpluralitäten aufzulösen sind und welcher Tarifvertrag danach anwendbar ist, für das Verwaltungs- und Pflegepersonal und für die im ärztlichen Dienst Beschäftigten getrennt zu beurteilen.

III. Tarifeinheit bei Gewerkschaftskonkurrenz?

Ist danach der Blick auf die im ärztlichen Bereich beschäftigten Arbeitnehmer zu richten, zeichnet sich die dort bestehende Tarifpluralität dadurch aus, dass mit dem TV-L und dem TV-MB zwei Tarifverträge miteinander kollidieren, die – was die Ärzteschaft betrifft – von ihrem fachlichen Geltungsbereich her gesehen weitgehend deckungsgleich sind. Die Tarifpluralität tritt hier lediglich auf Grund des Umstands ein, dass zwei unterschiedliche Gewerkschaften um diese Beschäftigungsgruppe konkurrieren.

Das eröffnet die Frage, ob der Grundsatz der Tarifeinheit es überhaupt ermöglicht bzw. gebietet, eine Tarifpluralität aufzulösen, die sich ergibt, wenn sich der Arbeitgeber an zwei von ihrem fachlichen Geltungsbereich her gesehen annähernd deckungsgleiche Tarifverträge gebunden hat, die von unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossen wurden.

Allgemein wird die Rechtsprechung des BAG zur Auflösung von Tarifpluralitäten auf die Formel „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ verkürzt. Das verleitet offenbar zu der Annahme, dass das Bundesarbeitsgericht davon ausgeht, dass jede Konkurrenz zwischen zwei Tarifverträgen aufzulösen sei, also auch eine wie die vorliegende. So wird pauschalisierend davon gesprochen, dass es zu einer Tarifpluralität „*bei unterschiedlicher Organisationszugehörigkeit*“ kommen kann.

Das aber ist nicht der Fall. Betrachtet man die einschlägigen Urteile des BAG genauer, zeigt sich nämlich rasch, dass den Entscheidungen allesamt Sachkonstellationen zu Grunde lagen, bei denen die Tarifpluralität auf Grund äußerer Umstände eingetreten ist, die durch den Arbeitgeber (tarifrechtlich) nicht beeinflussbar waren (Allgemeinverbindlicherklärung eines anderen Tarifvertrags, Branchenwechsel, Verschmelzung, Betriebsübergang). Darüber hinaus konkurrierten – abgesehen von der gesondert zu besprechenden Entscheidung vom 20.3.1991 – jeweils Tarifwerke mit einer unterschiedlichen *fachlichen Ausrichtung* miteinander. Deshalb sah sich das BAG zur Bereinigung der jeweils eingetretenen Tarifpluralität veranlasst, damit im Betrieb nicht Arbeitnehmer mit gleichem Tätigkeitsprofil Tarifverträgen mit unterschiedlichem fachlichen Inhalt unterliegen.

- BAG v. 14.6.1989, 4 AZR 200/89, NZA 1990, 325 = AP § 4 TVG Nr. 16: Konkurrenz des Bundesrahmentarifvertrags Bau mit einem MTV für das Schlosserhandwerk;

- BAG v. 24.1.1990, 4 AZR 521/89, NZA 1990, 450 (Ls.) = AP TVG § 1 Tarifverträge Bau Nr. 116 und BAG v. 26.1.1994, 10 AZR 611/92, NZA 1994, 1038: Konkurrenz des Bundesrahmentarifvertrags Bau mit einem MTV für die Land- und Forstwirtschaft;
- BAG v. 5.9.1990, 4 AZR 59/90, NZA 1991, 202 Konkurrenz eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags für Zeitschriftenverlage mit einem MTV Redakteure;
- BAG v. 4.12.2002, 10 AZR 113/02, NZA 2003, 632 (Ls.) = AP TVG § 4 Nr. 28: Konkurrenz zwischen dem Bundesrahmentarifvertrag Bau und einem Spartentarifvertrag für das Metallhandwerk.

Wenn insoweit zuweilen Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften nebeneinander anwendbar waren, dann war dies stets nur eine Begleiterscheinung des Umstands, dass die Tarifverträge eine unterschiedliche fachlicher Ausrichtung aufwiesen und deshalb zwangsläufig von unterschiedlichen Fachgewerkschaften abgeschlossen wurden.

Über eine Auflösung einer echten, weil „gewillkürten“ Gewerkschaftskonkurrenz hatte das Bundesarbeitsgericht indes, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden.

Und insgesamt liegen der Rechtsprechung des BAG zur Tarifeinheit eigenartige Fallkonstellationen zu Grunde, in denen es einzelfallbezogen vielleicht gerechtfertigt erschien, entstandene Tarifkonkurrenzen aufzulösen. In etlichen Entscheidungen war etwa ein kleiner Handwerksbetrieb mitgliedschaftlich an einen spartenspezifischen Tarifvertrag gebunden, unterfiel dessen ungeachtet aber auch dem BRTV, weil er Leistungen auf Baustellen erbrachte. In diesen Fällen wäre es in der Tat unbillig gewesen, hätte der Arbeitgeber ausgerechnet für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer Beiträge zur Sozialkasse abführen müssen. Dem Bundesarbeitsgericht war aber nicht etwa daran gelegen, Gewerkschaften allgemein das Recht auf Abschluss konkurrierender Tarifverträge zu nehmen. Auch hat es dem Prinzip der Tarifeinheit niemals apodiktische Wirkung zugemessen (s. unten, Ziffer V).

Eine „gewillkürte“ Gewerkschaftskonkurrenz aber kann nach dem Prinzip der Tarifeinheit allenfalls dann aufgelöst werden, wenn die betreffenden Tarifverträge allesamt durch DGB-Gewerkschaften abgeschlossen wurden, weil sich insoweit argumentieren ließe, dass diese nach §§ 15 und 16 der DGB-Satzung von sich aus zur Vermeidung von Überschneidungen zwischen den Tarifverträgen der DGB-Einzelgewerkschaften verpflichtet sind.

Eine Auflösung einer Konkurrenz zwischen Tarifverträgen „fremder“ Gewerkschaften ist dagegen abzulehnen und wird noch nicht einmal von denjenigen Autoren befürwortet, die im-

merhin bereit sind, den Grundsatz der Tarifeinheit als durch die Rechtsprechung gegeben hinzunehmen:

Schaub Arbeitsrechtshandbuch, 11. Aufl. (2005), § 203 RdNr. 66 (Ziffer 3); Schliemann NZA SB zu Heft 24/2000, 24, 32; *Zöllner/Loritz*, 5. Aufl. (1998), § 37 V 2; *Hanau/Kania* FS Schaub 239, 252 ff.; diess. Anm. BAG AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20; *Kania* DB 1996, 1921, 1921; *Kraft* RdA 1992, 161, 166; *Reuter* JuS 1992, 105, 106 f.

Auch der 1. Senat des BAG scheint nunmehr „zwischen den Zeilen“ davon auszugehen, dass nur Tarifkonkurrenzen zwischen DGB-Gewerkschaften nach dem Grundsatz der Tarifeinheit aufgelöst werden können:

BAG v. 27.9.2005, 1 ABR 41/04, NZA 2006, 273.

Dass Konkurrenzen zwischen „fremden“ Gewerkschaften nicht nach dem Grundsatz der Tarifeinheit bewertet werden dürfen, leuchtet schon deshalb ein, weil die Kritikpunkte, die ganz generell gegen diesen Grundsatz sprechen (dazu unten, VII), naturgemäß im besonderen Maße greifen, wenn einem Arbeitnehmer der Geltungsanspruch seines Tarifvertrags nicht alleine deshalb entzogen wird, weil es zu schwierig wäre, zwei Tarifverträge mit unterschiedlicher fachlicher Ausrichtung nebeneinander anzuwenden, sondern weil es der Arbeitgeber lediglich für unschicklich hält, dass im Betrieb zwei Gewerkschaften vertreten sind. Hinzu kommt noch, dass der anders organisierte Arbeitnehmer durch den Grundsatz der Tarifeinheit stets auf den Status eines Nichtorganisierten zurückgestuft wird. Um wieder in die Geltung eines Tarifvertrags zu kommen, müsste er in die Gewerkschaft übertreten, deren Tarifvertrag sich durchgesetzt hat. Während man ihm aber vielleicht noch den Übertritt in eine „Schwestergewerkschaft“ des DGB zumuten mag, dürfte das Ansinnen zum Übertritt in einen echten Konkurrenzverband in handgreiflicher Weise gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen.

Vor allem aber spricht in der vorliegenden Konstellation gegen eine Anwendung des Prinzips der Tarifeinheit, dass das Bundesarbeitsgericht seit nunmehr einer Dekade in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass Tarifverträge ein Ergebnis kollektiv ausgeübter Privatautonomie sind.

Siehe nur zuletzt: BAG v. 21.7.2004, 7 AZR 589/03, NZA 2004, 1352; BAG v. 28.6.2001, 6 AZR 114/00, NZA 2002, 331 = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Arbeitszeit; BAG v. 30.8.2000, 4 AZR 563/99, NZA 2001, 613 = AP Nr. 25 zu § 4 TVG Geltungsbereich; BAG v. 11.3.1998, 7 AZR 700/96, NZA

1998, 716 = AP Nr. 12 zu § 1 TVG Tarifverträge Luftfahrt; BAG v. 25.2.1998, 7 AZR 641/96, NZA 1998, 715 = AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge Luftfahrt.

Privatautonom kann sich der Arbeitgeber aber ohne weiteres mehreren Tarifwerken unterwerfen. Tut er dies, kann er in einem zweiten Schritt dann nicht mit Hinweis auf die vermeintliche Notwendigkeit der Herstellung einer Tarifeinheit im Betrieb gegen die entstandene Tarifpluralität vorgehen.

Däubler Anmerkung zu BAG AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 169, dort Ziffer V.

Dies kann er ebenso wenig, wie ein Käufer, der bei zwei Verkäufern den gleichen Kaufgegenstand erwirbt, dem durch den zweiten Verkäufer erhobenen Zahlungsanspruch nicht entgegen halten kann, dass er den fraglichen Gegenstand nur einmal benötige.

Sowohl der TV-L als auch der TV-MB wären durch die jeweiligen Arbeitgeber auf Grund ihres unterwerfenden Beitritts zur Tarifgemeinschaft der Länder privatautonom legitimiert. Daran ändert auch nichts, dass der in Anspruch genommene Arbeitgeberverband den fraglichen Tarifvertrag nicht im umgangssprachlichen Wortsinn „freiwillig“ abschließen würde, weil dieser durch einen Streik erzwungen wäre. Der Tarifschluss erfolgt dessen ungeachtet privatautonom; der im Rahmen des Arbeitskampfs auf den Arbeitgeberverband ausgeübte Druck muss nämlich mit Blick auf die in Art. 9 Abs. 3 GG beinhaltete Koalitionsmittelgarantie außer Betracht bleiben.

Insoweit ist auch zu beachten, dass den Entscheidungen des BAG zur Tarifeinheit fast ausnahmslos Fallgestaltungen zu Grunde lagen, bei denen es lediglich deshalb zu einer Konkurrenz mehrerer Tarifverträge im Betrieb kam, weil zu dem durch den Arbeitgeber privatautonom legitimierten Verbands- bzw. Firmentarifvertrag ein weiterer Tarifvertrag trat, der nur deshalb auf den Betrieb anwendbar war, weil er staatlicherseits für allgemeinverbindlich erklärt wurde. Dies gilt insbesondere für die einzige Entscheidung des BAG (20.3.1991, 4 AZR 455/90, NZA 1991, 736) zu einem Sachverhalt, bei dem es tatsächlich zu einer Konkurrenz zweier von ihrem fachlichen Anwendungsbereich her gesehenen deckungsgleicher Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften gekommen war. Der verdrängte Tarifvertrag der HBV, in der die klagende Arbeitnehmerin organisiert war, war im Betrieb nur kraft Allgemeinverbindlicherklärung anwendbar, während der „obsiegende“ Firmentarifvertrag der DAG auf Grund des privatautonomen Willensentschlusses des Arbeitgebers zur Anwendung kam.

Auch im Übrigen lassen sich der Rechtsprechung des BAG zahlreiche Anhaltspunkte entnehmen, mit denen sich die Annahme rechtfertigen lässt, dass der Grundsatz der Tarifeinheit nicht zu einer Auflösung einer Konkurrenz von im Anwendungsbereich deckungsgleichen Tarifwerken unterschiedlicher Gewerkschaften zwingt. Einen wichtigen Hinweis hierfür gibt zunächst

BAG v. 23.3.2005, 4 AZR 203/04, NZA 2005, 1003.

Im Fall ging es um eine echte Tarifkonkurrenz, die sich nach Ansicht des Senats dadurch ergeben haben soll, dass auf ein Arbeitsverhältnis sowohl ein für allgemeinverbindlich erklärter Verbandstarifvertrag als auch ein in Bezug genommener Firmentarifvertrag Anwendung fand. Im Rahmen der Auflösung der Tarifkonkurrenz zu Gunsten des Firmentarifvertrags führt der Senat dann aus, dass eine Auflösung der Tarifkonkurrenz ohne Rücksicht auf das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG stattzufinden habe.

„Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie vorliegend – beide Tarifverträge (...) von derselben Gewerkschaft abgeschlossen worden sind.“

Ähnliches hat das BAG früher im Zusammenhang mit der (aufgegebenen) Auslegung unklarer Bezugnahmeklauseln als große dynamische Verweisungsklausel ausgesprochen. So heißt es in der Entscheidung

BAG v. 4.9.1996, 4 AZR 135/95, NZA 97, 271: „Eine arbeitsvertragliche Verweisungsklausel, die einen konkret benannten Tarifvertrag in der jeweils geltenden Fassung in Bezug nimmt, muss bei Verbandswechsel des Arbeitgebers in der Regel dahin korrigierend ausgelegt werden, dass die Verweisung auf den jeweils für den Betrieb geltenden Tarifvertrag erfolgt. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Tarifverträge von derselben Gewerkschaft abgeschlossen wurden.“

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang auch, dass das BAG zu § 613a Abs. 1 S. 2 BGB entschieden hat, dass die Verbindlichkeit des nach § 613a Abs. 1 S. 2 u. 3 BGB transformierten Tarifrechts nur bei beiderseitiger Tarifgebundenheit an den neuen Tarifvertrag beseitigt wird. Ähnlich soll die Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG) nur dann durch einen anderen TV beseitigt werden können, wenn beide Arbeitsvertragsparteien auch an den anderen Tarifvertrag normativ gebunden sind. Sind also nicht alle Arbeitnehmer an den „anderen“ Tarifvertrag gebunden, kommt es zwangsläufig zur parallelen Anwendung zweier Tarifverträge im Betrieb

(wenngleich in der Lesart des BAG jeweils nur zu einer schuldrechtlichen). Diese faktische Tarifpluralität hält das BAG für unschädlich.

BAG v. 30.8.2000, 4 AZR 581/99; BAG v. 21.2.2001, 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318; BAG v. 28.5.1997, 4 AZR 546/95, NZA 1998, 40 = AP Nr. 26 zu § 4 TVG Nachwirkung; BAG v. 27.11.1991, 4 AZR 211/91, NZA 1992, 800.

Das verdient hier Beachtung, weil der Umstand, dass nicht beide Arbeitsvertragsparteien auch an den „neuen“ Tarifvertrag normativ gebunden sind, notwendigerweise darauf zurückgehen muss, dass das „neue“ Tarifwerk mit einer anderen Gewerkschaft abgeschlossen wurde, als der ursprünglich im Betrieb geltende Tarifvertrag.

Etwa: BAG v. 21.2.2001: zunächst: IG Medien, Druck und Papier; dann: ÖTV; BAG v. 27.11.1991: zunächst: HBV und DAG, dann nur: DAG; BAG v. 28.5.1997, zunächst: IG Metall, dann: CGM; s. hierzu auch den Hinweis von *Franzen RdA* 2001, 1, 8.

Offenbar ist das BAG also zur Zulassung von Tarifpluralitäten bereit, wenn diese darauf zurückgehen, dass Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften miteinander kollidieren. Letztendlich scheidet die Anwendung des Spezialitätsgrundsatzes auf fachlich kongruente Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften im Grunde sogar denklogisch aus. Treffend stellt *Kempfen NZA* 2003, 415, 416 fest:

„(...) ist dieser Weg dort nicht gangbar, wo die beiden parallelen Tarife weitestgehend identisch sind, denn Spezialität setzt Differenzierbarkeit voraus.“

Demnach lässt sich festhalten:

Der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb ermöglicht es nicht, die Konkurrenz zwischen dem TV-L und dem TV-MB in Bezug auf die Ärzteschaft aufzulösen, weil es dabei um eine Konkurrenz zwischen zwei in ihrem fachlichen Anwendungsbereich kongruenten Tarifverträgen geht, die von unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossen wurden. Die langjährige Rechtsprechung des BAG gibt nichts für eine Auflösung solcher Tarifpluralitäten her, die überdies greifbar verfassungswidrig wäre.

IV. Bestimmung des spezielleren Tarifvertrags

Schließt man sich der vorstehend vertretene These nicht an, wonach eine Auflösung einer Tarifpluralität zwischen deckungsgleichen Tarifverträgen unterschiedlicher Gewerkschaften grundsätzlich nicht in Betracht kommt, stellt sich die Frage welcher der beiden hier im Raum stehenden Tarifverträge der im Sinne der Rechtsprechung des BAG zur Tarifeinheit speziellere Tarifvertrag wäre.

Die Prüfung wird nicht unerheblich dadurch erschwert, dass der Spezialitätsgrundsatz begrifflich sehr unkonturiert ausfällt und daher nicht wirklich leistungsfähig ist (*Jacobs* S. 261; *Waas* Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität (1999), S. 42 ff; *Bieback* DB 1989, 477, 480). Das rührt daher, dass er für Fallgestaltungen echter Tarifkonkurrenzen (also etwa: Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind sowohl an einen Verbands- als auch an einen Firmentarifvertrag gebunden) entwickelt wurde, auf die er auch einigermaßen gut passt, weil hier meist klar ersichtlich ist, welcher Tarifvertrag „spezieller“ ist (etwa: Firmentarifvertrag vor Verbandstarifvertrag).

Auf Tarifpluralitäten passt der Spezialitätsgrundsatz dagegen weniger gut. Die damit verbundenen Schwierigkeiten potenzieren sich, wenn es um eine Konkurrenz zwischen fachlich deckungsgleichen Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften geht, was erneut zeigt, dass von der Auflösung solcher Tarifpluralitäten abzusehen ist (s. zuvor III.).

Will man dessen ungeachtet eine Vereinheitlichung entsprechender Tarifstrukturen durchführen, ist wie folgt zu verfahren:

Die Bildung einer Rangordnung unter verschiedenen Gewerkschaften scheidet zwingend aus (s. nur: *Bayreuther* Tarifautonomie (2005), S. 358). Eine Auflösung unter zeitlichen Gesichtspunkten kann, wenn überhaupt, nur für Fälle echter Tarifkonkurrenzen in Betracht kommen (*Waas* S. 98 ff., 123 ff. 151; *Jacobs*, S. 263, *Bayreuther* aaO S. 358). Ein solcher liegt hier aber nicht vor.

Gegebenenfalls könnte darauf abgestellt werden, welche der beteiligten Gewerkschaften von ihrer Zuständigkeit her gesehen die für den Arbeitgeber „sachnähere“ ist (für den hilfswisen Rückgriff auf dieses Kriterium – wenngleich im Zusammenhang mit echten Tarifkonkurrenzen: *MünchHdB/Löwisch* § 276 RdNr. 30 ff.; *Löwisch/Rieble* § 4 RdNr. 152 ff.). Insoweit

liegt auf der Hand, dass dies der Marburger Bund sein müsste, weil dieser ausschließlich Ärzte vertritt.

Grundsätzlich geht das BAG davon aus, dass derjenige Tarifvertrag „spezieller“ ist, der besser geeignet ist, um eine Ordnung für die Gesamtheit des Bezugsobjekts zur Verfügung zu stellen. Das ist derjenige Tarifvertrag, 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 Rechnung trägt:

S. etwa: BAG v. 25.7.2001, 10 AZR 599/00, NZA 2002, 1406 = AP Nr. 242 zu § 1 TVG Bau; BAG v. 5.9.1990, 4 AZR 59/90, NZA 1991, 202 = AP Nr. 19 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

Auf die vorliegende Problematik gewendet würde das bedeuten, dass darauf abgestellt werden müsste, welcher der beiden Tarifverträge die meisten Arbeitnehmer unter sich vereinigt (so auch: *Gamillscheg*, S. 756).

Für das Mehrheitsprinzip sprechen sich zudem viele Stimmen im Schrifttum aus, die den Grundsatz der Tarifeinheit prinzipiell ablehnen, aber akzeptieren, dass im Hinblick auf Betriebsnormen in einem Betrieb in der Tat nur ein Tarifvertrag unter mehreren angewendet werden kann. Um festzustellen, welcher dies ist, greifen sie auf das Mehrheitsprinzip zurück:

MünchHdb/Löwisch, 3. Aufl. (2000), § 276 RdNr. 29; Löwisch/Rieble § 4 RdNr. 151; Wiedemann/Wank § 4 RdNr. 259; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, S. 548, RdNr. 1816 f.; Bayreuther, S. 395 f.; Jacobs, S. 306 ff.; Witzig, Der Grundsatz der Tarifeinheit, Diss. Kiel 1992, S. 107.

Für die Anwendung des Mehrheitsprinzips spricht auch, dass derart im Betrieb den prozentual wenigsten Arbeitnehmern der Schutz „ihres“ Tarifvertrags entzogen wird. Zudem belohnt das Mehrheitsprinzip den Tariferfolg.

Schließlich scheint auch das BAG in der erwähnten Real-Kauf-Entscheidung (BAG v. 20.3.1991, 4 AZR 455/90, NZA 1991, 736) vom Mehrheitsprinzip auszugehen, nachdem es dort mehrfach erwähnt, dass der Firmentarifvertrag, dem er den Vorzug eingeräumt hat, auch derjenige ist, der von der Gewerkschaft abgeschlossen wurde, die die weit überwiegende Anzahl der Arbeitnehmer im Betrieb vertritt.

Da offenbar der ganz überragende Teil der in den Kliniken beschäftigten und gewerkschaftlich organisierten Ärzte Mitglied des Marburger Bund ist, muss dies der TV-MB sein.

Demnach lässt sich festhalten:

Würde die durch Abschluss des TV-MB in den Kliniken mit Blick auf die Ärzteschaft entstehende Tarifpluralität mit dem TV-L nach dem Prinzip der Tarifeinheit aufgelöst, verdrängt zwangsläufig der TV-MB den TV-L. Dies folgt sowohl aus dem Spezialitätsprinzip als auch aus dem auf die vorliegende Konstellation besser passenden Mehrheitsgrundsatz.

V. „Berufsgruppentarifvertrag“ trotz vorrangigen „Einheitstarifvertrags“?

Schließt man sich den unter Ziffer I getroffenen Überlegungen nicht an, wonach der Grundsatz der Tarifeinheit in verschiedenen Kliniken der Bundesrepublik schon auf Grund der dort vorherrschenden Arbeitgeberstrukturen gar nicht angewandt werden kann und würde man entgegen der unter Ziffer II getroffenen Feststellung zum Bezugspunkt einer etwaigen Auflösung einer gegebenenfalls eintretenden Tarifpluralität nicht die Ärzteschaft als Berufsgruppe, sondern den Klinikbetrieb als Ganzes machen, könnte dies zu der Überlegung Anlass geben, dass dem TV-L der Vorzug vor dem TV-MB einzuräumen sein könnte. Argumentiert werden könnte, dass das ärztliche Personal jedenfalls nicht die Mehrheit der Beschäftigten in den Kliniken stellt, so dass der TV-MB ein Minderheitstarifvertrag bleibt, während der TV-L das gesamte Klinikum erfasst.

Dann aber würde sich die Frage stellen, ob es dessen ungeachtet nicht dennoch möglich ist, dass in den einzelnen Kliniken neben dem „Grundtarifvertrag“ TV-L ein gesonderter Sparten-tarifvertrag für die Berufsgruppe der Ärzte zur Anwendung kommt.

Dies ist durchaus möglich. Das BAG hat dem Prinzip der Tarifeinheit niemals apodiktische Wirkung zugemessen. Es hat sich meist eher zurückhaltender Formulierungen bedient, die darauf hinauslaufen, dass die Tarifeinheit im Betrieb im Allgemeinen gelte bzw. nach Möglichkeit eingehalten werden soll.

So ausdrücklich: *Schliemann* NZA SB zu Heft 24/2000, 24, 31. S. etwa: BAG 14.6.1989, 4 AZR 200/89, NZA 1990, 325 = AP § 4 TVG Nr. 16 und BAG 24.1.1990, 4 AZR 521/89, NZA 1990, 450 (Ls.) = AP TVG § 1 Tarifverträge Bau Nr. 116. In beiden Entscheidungen heißt es wörtlich: „*Tarifkonkurrenzen sind in aller Regel nach den Grundsätzen der Spezialität zu lösen.*“

Auch insoweit gilt es zu beachten, dass es dem BAG in den einschlägigen Urteilen zur Auflösung einer Tarifpluralität darum gegangen war, eigenartige Fallkonstellationen in den Griff zu bekommen, in denen man (vielleicht) ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers hat erkennen können, im Betrieb nur einen Tarifvertrag anzuwenden, es aber nicht generell aussprechen wollte, dass im Betrieb niemals zwei Tarifverträge nebeneinander gelten könnten, vor allem aber nicht Gewerkschaften insgesamt die Möglichkeit nehmen wollte, miteinander konkurrierende Tarifverträge abzuschließen.

Daher bleibt es möglich, jedenfalls für besondere Berufsgruppen einzelne Spartentarifverträge abzuschließen. Dafür spricht im Übrigen auch, dass, wenn das BAG in seinen Entscheidungen zur Auflösung von Tarifpluralitäten gerade auf den „Spezialitätsgrundsatz“ abstellte, es denklogisch möglich sein müsste, für durch besondere Umstände und für eine durch eine besondere Interessenlage gekennzeichnete „spezielle“ Arbeitnehmergruppe eine im besten Wortsinn „spezielle“ Tarifregelung treffen zu können (so ausdrücklich: *Däubler* Anmerkung AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 169, dort Ziffer V).

Diese Möglichkeit ist schon aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten. *Löwisch/Rieble* (§ 4 RdNr. 139) weisen zu Recht darauf hin, dass Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionsfreiheit für „alle Berufe“ gewährleistet. Damit drängt sich regelrecht auf, dass auch der Abschluss berufsspezifischer Regelungen möglich sein muss.

Wie nachfolgend (VII.) darzustellen sein wird, sprechen gegen den Grundsatz der Tarifeinheit nämlich erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Er verhindert, dass der einzelne Koalitionär in den Genuss „seines Tarifvertrags“ gelangt, und wirft diesen auf den Status eines Tariflosen zurück. Das mag man – vielleicht – damit rechtfertigen, dass die Rechtsordnung verpflichtet ist, für klare, durchschaubare und einheitliche Tarifstrukturen zu sorgen. Tarifverträge müssen in der betrieblichen Praxis anwendbar bleiben. Dies gebietet die Rücksichtnahme auf die verfassungsrechtlich geschützte Unternehmensautonomie, kann aber auch zur Sicherung des Fortbestands der Tarifautonomie an sich notwendig sein.

Daher mag gegen die Zulässigkeit von Spartentarifverträgen eingewandt werden, dass ein wahlloses Nebeneinander von Tarifverträgen die Gefahr einer Störung des Betriebsfriedens, vor allem aber die einer Vermehrung von Streiks heraufbeschwört (pointiert *Gamillscheg*: „balcanisation“).

Gamillscheg Kollektives Arbeitsrecht (1997), S. 752 f.; *Reuter* JuS 1992, 105, 107; *Hess* ZfA 1976, 45, 71; *Witzig* Der Grundsatz der Tarifeinheit (1992), S. 42; *Buchner*, ZfA 2004, 229, 243 ff.; *ders.*, FS 50 Jahre BAG (2004), 631 ff.; *ders.* BB 2003, 1228; *ders.* Anm. BAG 14.12.2004 (UFO), AP § 2 TVG Tariffähigkeit Nr. 1.

Daher kann angeordnet werden, dass das Selbstentfaltungsinteresse einzelner, kleiner Verbände hinter dem Allgemeininteresse an der Herstellung und Aufrechterhaltung funktionierender Tarifstrukturen zurücktreten muss. Indes muss der damit verbundene Eingriff in die Tarifautonomie, wie jeder Grundrechtseingriff, natürlich geboten, erforderlich und verhältnismäßig sein. Wenn es aber darum geht, dass die Beteiligung kleinerer Berufsgruppenverbände am Tarifgeschehen nicht zu einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie führt und im Betrieb durchschaubare Tarifstrukturen herrschen, dann ist alleine Splittergewerkschaften Einhalt zu gebieten, die „separatistische“ Berufsgruppen vertreten und meist zwar nicht mitgliederstark, aber durchsetzungsfähig sind, weil ihre Mitglieder ohne Weiteres den Arbeitgeberbetrieb „lahm legen“ können. In der Tat darf es zu keinem „Gewimmel“ (*Hannau*, NZA 2003, 128 ff.) kleiner und sich oft feindselig gegenüberstehender Verbände kommen. Ebenso können dem Betätigungsrecht kleinerer Gewerkschaften Grenzen gezogen werden, wenn die von ihnen angestrebten Tarifverträge im Betrieb faktisch nicht durchführbar sind. Das kann etwa der Fall sein, wenn im Betrieb mehrere Berufsgruppengewerkschaften vorhanden sind, die ebenfalls Spartentarifverträge fordern, oder wenn eine Gewerkschaft nur für wenige Belegschaftsmitglieder einen Spartentarifvertrag fordert, so dass der mit der Anwendung mehrerer Tarifverträge im Betrieb verbundene organisatorische Aufwand unverhältnismäßig wäre.

Diese Notwendigkeit besteht indes nicht mehr, wenn ein Spartentarifvertrag für eine Berufsgruppe abgeschlossen werden soll, die sich nach Funktion, Tätigkeit und Ausbildung signifikant von den übrigen Beschäftigten des Betriebs unterscheidet, die einen ansehnlichen Teil an der Gesamtbeschäftigtenzahl ausmacht, die ein nachvollziehbares Bedürfnis für eigenständige Regelungen nachweist und für die de facto bereits Spartentarifverträge abgeschlossen wurden (siehe oben, II).

Dies lässt auch den signifikanten Unterschied der vorliegenden Sachkonstellation zum dem durch das LAG Rheinland-Pfalz (Urt. v. 22.6.2004, 11 Sa 2096/03, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 169) entschiedenen Fall hervortreten. Dort verlangte die Gewerkschaft der Flugsicherung für die 15 beim Flughafen Hahn beschäftigten Fluglotsen (Gesamtbeschäftigtenzahl: 250 Arbeitnehmer) den Abschluss eines Tarifvertrags. Mit guten Gründen hielt das LAG den Streik für unzulässig. Ebenso zutreffend erkannte das LAG Hessen den durch die GdF parallel dazu in Frankfurt geführten Arbeitskampf für zulässig, nachdem es dort um Arbeitsbedingungen von 2.500 der insgesamt 5.000 Arbeitnehmer des bestreikten Betriebs ging.

Auch die Rechtsprechung öffnet sich mehr und mehr der Überlegung, dass für einzelne Berufsgruppen durchaus ein separater Tarifvertrag abgeschlossen werden kann. So führt das

LAG Köln v. 12.12.2005, 2 Ta 457/05, NZA 2006, 62

im Hinblick auf die vom Marburger Bund gegen kommunale Krankenanstalten geführten Streikmaßnahmen wörtlich aus:

„Auch die Frage, ob eine Tarifpluralität in dem Sinne zulässig wäre, dass Arbeitnehmer mit einer Spezialfunktion einem anderen Tarifvertrag unterliegen als die Mehrheit der anderen Arbeitnehmer, ist zwischenzeitlich durch das BAG geklärt. Der Beschluss vom 14. 12. 2004 besagt ausdrücklich, dass Tarifverträge mit einem spezielleren Inhalt neben Grundverträgen in ein und demselben Betrieb zur Anwendung gelangen können (so auch *Henssler/Willemsen/Kalb*, Art. 9 GG Nr. 284).“

Das lässt aufhorchen. Vor allem aber die jüngere Entscheidung des BAG, mit der es der Gewerkschaft UFO Tariffähigkeit zuerkennt, spricht sehr eindeutig dafür, dass abgrenzbare und abgegrenzte Berufsgruppen einen Spartentarifvertrag abschließen dürfen.

BAG v. 14.12.2004, 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697 (UFO); ebenso die Vorinstanz LAG Hessen v. 8.8.2003, 12 TaBV 138/01 n.V.). Ebenfalls in diese Richtung weist die CGM-Entscheidung des BAG v. 28.3.2006, 1 ABR 58/04, Pressemitteilung 19/06 (CGM) die zum Zeitpunkt der Niederlegung dieses Gutachtens aber noch nicht abgesetzt war und zudem keine Spartengewerkschaft, sondern eine echte „Minderheitsgewerkschaft“ betrifft. Insoweit wie das BAG bereits die Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg v. 1.10.2004, 4 TaBV 1/04, NZA-RR 2005, 85, AA ArbG Stuttgart 12.9.2003, 15 BV 250/96, NZA-RR 2004, 540.

Offenbar hält der Senat den Grundsatz der Tarifeinheit („... *unter Berufung auf die vom BVerfG mittlerweile nicht mehr vertretene Kernbereichstheorie*“ etabliert) für überholt. Noch

viel entscheidender ist indes, dass die Zuerkennung der Tariffähigkeit an die UFO keinen Sinn machen würde, ließe man die von ihr geschlossenen Spartentarifverträge nicht gelten. Es wäre widersprüchlich, wenn das BAG die Hürden, die es bislang an die Tariffähigkeit von Gewerkschaften gerichtet hat, einerseits senken, im weiteren dann aber daran festhalten würde, dass die Tarifverträge von „Minderheitsgewerkschaften“ im Betrieb niemals normativ zur Anwendung kommen werden. Hinzu kommt noch, dass die früher sehr restriktive Rechtsprechung zur Tariffähigkeit von Gewerkschaften und der Grundsatz der Tarifeinheit auf ein- und denselben Grundgedanken zurückgeht, nämlich darauf, dass Tarifpluralitäten möglichst zu vermeiden sind. Wenn das BAG nunmehr den Kreis der tariffähigen Gewerkschaften öffnet, kann das nur bedeuten, dass er sich auch einem Nebeneinander verschiedener Tarifwerke im Betrieb nicht mehr grundsätzlich verschließen wird (*Bayreuther BB* 2005, 2633, 2640).

Vor allem aber muss einer Spartengewerkschaft wenigstens dann die Möglichkeit eröffnet werden, für ihre Mitglieder einen Sondertarifvertrag abzuschließen, wenn die „Mehrheitsgewerkschaft“ – wie dies hier im Hinblick auf den geringen Organisationsgrad von Ärzten in der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di offenbar der Fall ist – innerhalb der fraglichen Berufsgruppe nur über eine geringe Zahl von Mitgliedern verfügt. Fehlt es nämlich der „Mehrheitsgewerkschaft“ an einem mitgliedschaftlich begründeten Vertretungsanspruch für eine klar abgegrenzte und abgrenzbare Berufsgruppe, für die sich die Notwendigkeit der Schaffung eigenständiger Sachregelungen ergibt, ist die Herstellung einer Tarifeinheit nicht mehr zu rechtfertigen.

Danach ist festzuhalten:

Würde man entgegen der unter Ziffer II getroffenen Feststellung zum Bezugspunkt einer etwaigen Auflösung einer gegebenenfalls eintretenden Tarifpluralität nicht die Ärzteschaft als Berufsgruppe, sondern den Klinikbetrieb als Ganzes zu Bezugspunkt machen, und würde man insoweit dem TV-L den Vorzug einräumen, bliebe dem Marburger Bund ohne Weiteres die Möglichkeit eröffnet, für die in ihm organisierten Ärzte einen gesonderten Spartentarifvertrag abzuschließen. Die Rechtsprechung des BAG lässt es nämlich durchaus zu, dass für eine homogene, zahlenmäßig beachtliche Berufsgruppe, die sich nach Funktion, Tätigkeit und Ausbildung signifikant von den übrigen Beschäftigten des Betriebs unterscheidet und die darauf

angewiesen ist, dass für sie eigenständige Tarifregelungen geschaffen werden, ein berufsspezifischer Spartentarifvertrag verabredet wird. Das gilt jedenfalls dann, wenn die „Mehrheitsgewerkschaft“ innerhalb der fraglichen Berufsgruppe nur über eine geringe Zahl von Mitgliedern verfügt und es ihr daher an jedem Vertretungsanspruch für diese Berufsgruppe fehlt.

VI. Arbeitskampfes trotz möglicher Verdrängung des abgeschlossenen Tarifvertrags nach den Grundsätzen der Tarifeinheit?

Geht man dessen ungeachtet davon aus, dass ein etwaiger durch den Marburger Bund erwirkter Ärzttarifvertrag hinter dem TdL zurücktreten müsste, stellt sich die Frage, ob sich dem Grundsatz der Tarifeinheit überhaupt eine Aussage über die Zulässigkeit von dessen ungeachtet eingeleiteten Arbeitskampfmaßnahmen auf Abschluss eines solchen Tarifvertrags entnehmen lässt.

LAG Rheinland-Pfalz Urt. v. 22.6.2004, 11 Sa 2096/03, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 169, *Buchner*, ZfA 2004, 229, 243 ff.; *ders.*, FS 50 Jahre BAG (2004), 631 ff.; *ders.* BB 2003, 1228; *ders.* Anm. BAG 14.12.2004 (UFO), AP § 2 TVG Tariffähigkeit Nr. 1 (dort auch ausdrücklich zustimmend zum Urteil des LAG-Rheinland-Pfalz).

Doch darf die vehement um den Grundsatz der Tarifpluralität geführte Diskussion nicht den Blick darauf verstellen, dass das BAG mit dem Grundsatz der Tarifeinheit, tarifrechtliche Unebenheiten in besonderen Fallkonstellationen beseitigen, aber nicht tragende Grundsätze des Arbeitskampfrechts neu justieren wollte. *Günter Schaub* (RdA 2002, 380) fasst dies treffend dahingehend zusammen:

„Die Kollisionsregeln regeln das Verhältnis mehrerer Tarifverträge zueinander. Sie sagen aber nichts über die Zulässigkeit von Streiks zur Erzwingung von Tarifverträgen aus. Es gibt keinen Lehrsatz, ein Gewerkschaft dürfe es nicht darauf anlegen, eine Tarifkonkurrenz oder Tarifpluralität zu erreichen.“

Dies betonen auch: *Henssler/Willemsen/Kalb/Hergenröder* Art. 9 GG RdNr. 283; *Konzen* ZfA 1975, 401, 432; *Heß*, ZfA 45, 60; im Ergebnis wohl auch: *Kissel* Arbeitskampfrecht § 26 RdNr. 79.

Die Vorverlagerung des Grundsatzes der Tarifeinheit in die Zeit vor Abschluss eines notfalls erstreikten Tarifvertrages kann allenfalls in eingeschränktem Umfang geeignet sein, um die

Existenzgrundlage einer Gewerkschaft über Verhältnismäßigkeitserwägungen in Frage zu stellen.

So wörtlich: LAG Hessen v. 2.5.2003, 9 SaGa 636/03, NZA 2003, 679, ähnlich: LAG Hessen v. 22.7.2004, 9 SaGa 593/04, NZA-RR 2005, 262.

Arbeitskampfrechtlich entscheidend ist nämlich alleine, dass der Arbeitskampf um ein in einem Tarifvertrag zulässigerweise regelbares Ziele geführt wird. Das bedingt, dass der angestrebte Tarifvertrag als solcher rechtlich zulässig ist (s. nur: MünchHdB/*Otto* § 285 RdNr. 1 ff.). Darauf, dass er im Betrieb auch normative Geltung entfalten wird, kommt es dagegen nicht an.

Schon ganz allgemein stößt der Grundsatz der Tarifeinheit auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken (dazu nachfolgend VII). Diese wiegen umso gravierender, würde das Prinzip der Tarifeinheit nicht nur dazu führen, dass die Mitglieder der „verlierenden“ Koalitionen nicht mehr in den Genuss der „normativen“ Anwendung des Tarifvertrags ihrer Koalition kommen, sondern würde man ihrer Gewerkschaft bereits die Chance nehmen, sich mit ihren tarifpolitischen Vorstellungen überhaupt Gehör zu verschaffen. Für die Mitglieder der Spartengewerkschaft kann es nämlich durchaus von Bedeutung sein, dass ungeachtet einer etwaigen Verdrängung ihres Tarifvertrags durch den Mehrheitstarifvertrag durch ihre Koalition ein Tarifabschluss erzielt werden kann. Der Grundsatz der Tarifeinheit führt nicht zur Verdrängung des weniger „spezielleren“ Tarifvertrags. Dieser findet lediglich keine Anwendung, solange der Mehrheitstarifvertrag gilt. Die Vorrangstellung des Tarifvertrags der Mehrheitsgewerkschaft beruht auf einer rein tatsächlichen Situation, die sich jederzeit ändern kann. Endet der Mehrheitstarifvertrag, ohne dass ein Nachfolgetarifvertrag abgeschlossen werden kann, lebt der Spartentarifvertrag voll auf. Schließlich kann die Anwendung des Minderheitstarifvertrags in ausgewählten Betrieben oder Außenseiterunternehmen über Bezugnahme Klauseln oder individualrechtliche Umsetzungsklauseln erfolgen.

Hinzu kommt noch, dass, worauf das LAG Hessen

LAG Hessen 2.5.2003, 9 SaGa 636/03, NZA 2003, 679; v. 22.7.2004, 9 SaGa 593/04, NZA-RR 2005, 262.

in seinen jüngeren Arbeitskampfsentscheidungen hinweist, sich oft erst nach Abschluss des Arbeitskampfes und des erzwungenen Tarifvertrags feststellen lässt, welcher der beteiligten

Tarifverträge der speziellere ist. Wie *Buchner* (BB 2003, 2121, 2126) und *Rieble* (BB 2003, 1227, 1228) haben dem entgegnet, dass sich an Hand der Mitgliederbestandes und der Tarifforderung schon im vorneherein erkennen ließe, welcher Tarifvertrag im Betrieb der speziellere sein wird. Das indes mag (vielleicht) für den durch das LAG entschiedenen Lokführerstreik vom 22.7.2004 stimmen. Was den späteren Fall des Streiks der Gewerkschaft der Flugsicherung betrifft, lehrt des Sachverhalt, dass es eben oft nicht möglich ist, schon vorab zu ermitteln, welcher der möglicherweise kollidierenden Tarifverträge der speziellere wäre. Vor allem aber im vorliegenden Fall ist eben nicht eindeutig, welcher der beiden Tarifverträge der speziellere wäre. Jedenfalls auf die vorliegenden Konstellation trifft die Rechtsansicht des LAG Hessen voll zu.

Auch das BAG spricht in der UFO-Entscheidung (BAG v. 14.12.2004, 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697) davon, dass es „(...) *einer Koalition unbenommen sei, sich um den Abschluss eines spezielleren, einen konkurrierenden Tarifvertrag verdrängenden Tarifvertrags zu bemühen.*“ Auch daraus kann hergeleitet werden, dass der erkennende Senat nicht nur einer Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit zuneigt, sondern auch Arbeitskämpfe um einen konkurrierenden Tarifvertrag zulassen würde. Diese Passage nimmt auf eine der grundlegenden Entscheidungen des BAG zum Grundsatz der Tarifeinheit Bezug (BAG v. 20.3.1991, 4 AZR 455/90, NZA 1991, 736). Dort verweist der Senat zur Begründung seiner Ansicht, dass der Grundsatz der Tarifeinheit nicht gegen die Koalitionsfreiheit verstößt, darauf, dass sich die „verlierende Gewerkschaft“ ebenfalls um den Abschluss des im Sinne der Tarifeinheit spezielleren Tarifvertrags bemühen könne. Das heißt: alle beteiligten Gewerkschaften müssen die gleiche Chancen haben, das Tarifwerk abzuschließen, das am besten auf den Betrieb passt und konkurrierende Tarifverträge daher verdrängt. Daraus folgt zwar nicht zwingend, dass separate Tarifverträge berufsgruppenbezogener Spartengewerkschaften neben dem Tarifvertrag der „Mehrheitsgewerkschaft“ zur Anwendung kommen müssten. Daraus folgt aber sehr wohl, dass, wenn es einer Gewerkschaft wie der Marburger Bund gelingen kann, einen Tarifvertrag abzuschließen, dem immerhin die Chance zukommt, sich im Betrieb als spezielleres Tarifwerk durchzusetzen, sie diesen auch abschließen können muss.

Schließlich: unverhältnismäßig und damit rechtswidrig wäre nur ein Streik einer Splittergewerkschaft um einen Tarifvertrag, der sich nur an eine kleine Zahl von Arbeitnehmern richtet, der im Betrieb faktisch nicht anwendbar ist, mit dessen Anwendung im Betrieb ein erheblicher Verwaltungsaufwand verbunden wäre oder dessen Anwendung angesichts des Umstan-

des, dass im Betrieb zahlreiche kleine Berufsgruppengewerkschaften aufeinander treffen zu einer Destabilisierung der tariflichen Ordnung im Betrieb führen würde. In der Tat muss es ein Unternehmen der Bankbranche nicht hinnehmen, dass es alternierend von den Schalterangestellten, den IT-Betreuern und dem technischen Hauspersonal bestreikt wird. Vielleicht mag man auch fragen, ob die Deutsche Lufthansa AG sich wirklich mit den Gewerkschaften ver.di, cockpit und UFO oder die Deutsche Bahn AG mit den Gewerkschaften Transnet, GDBA und GDL auseinandersetzen muss.

Hier liegen die Dinge – wie in Ziffern II. und V. ausführlich dargelegt – völlig anders. Es geht um den Abschluss eines Tarifvertrags für eine homogene, zahlenmäßig beachtliche Berufsgruppe, die sich nach Funktion, Tätigkeit und Ausbildung signifikant von den übrigen Klinikbeschäftigten unterscheidet, die darauf angewiesen ist, dass für sie eigenständige Tarifregelungen geschaffen werden, für die traditionell eigene Tarifverträge abgeschlossen werden und zu deren Vertretung die „Mehrheitsgewerkschaft“ nicht hinreichend mitgliedschaftlich legitimiert ist. Ein um einen solchen Tarifvertrag geführter Streik kann schlechterdings nicht unverhältnismäßig sein.

Danach lässt sich festhalten:

Dem Grundsatz der Tarifeinheit lässt sich ohnehin nur in beschränktem Umfang eine Aussage über die Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen entnehmen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Arbeitskampfmaßnahme verbietet allenfalls dann den Streik auf Abschluss eines Spartentarifvertrags, wenn offensichtlich ist, dass dieser durch den Mehrheitstarifvertrag verdrängt würde oder dieser erkennbar ungeeignet ist, zur Regelung der Arbeitsbedingungen im Betrieb beizutragen. Beides ist vorliegend nicht der Fall.

VII. Ist der Grundsatz der Tarifeinheit bereits aufgegeben?

Schließlich stellt sich die Frage, ob der Grundsatz der Tarifeinheit bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen überhaupt noch eine Rolle spielen kann oder ob dieser mittlerweile nicht faktisch aufgegeben ist.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken, derer sich der Grundsatz der Tarifeinheit ausgesetzt sieht, sind im Schrifttum ausführlich dargelegt worden:

Statt vieler – alle m.w.Nachw.: *Däubler/Zwanziger* § 4 RdNr. 940 ff.; *Löwisch/Rieble* § 4 RdNr. 127 ff.; *Gamillscheg*, S. 751 ff.; *Schaub*, in *ErfKomm.*, 5. Aufl. 2005, § 4 Rn. 115; *Wiedemann/Wank* § 4 RdNr. 277; sowie umfassend auch: *Jacobs*, S. 340 ff., mit einer beeindruckenden Aufstellung in Fn. 37 der Autoren, die gegen das Prinzip der Tarifeinheit Stellung genommen haben; *Bayreuther*, S. 354 ff.; *Rieble*, BB 2004, 885, 888; *ders.* Arbeitsmarkt und Wettbewerb, S. 548, RdNr. 1816 f.

Sie seien hier nur stichpunktartig skizziert:

- Der Grundsatz der Tarifeinheit greift in unzulässiger Weise in das kollektive Koalitionsgrundrecht der Gewerkschaft ein, deren Tarifvertrag verdrängt wird.
- Er tangiert zudem die positive Koalitionsfreiheit des anders organisierten Arbeitnehmers. Ihm geht sein Tarifvertrag verloren, obgleich Art. 9 Abs. 3 GG ihm einen Anspruch auf Geltung seines Tarifvertrags zuerkennt. Da der „obsiegende“ Tarifvertrag auf sein Arbeitsverhältnis keine normative Anwendung findet, bleibt der Arbeitnehmer tarifrechtlich schutzlos gestellt.
- Folglich wird auf den anders organisierten Arbeitnehmer ein verfassungsrechtlich unzulässiger Druck auf Übertritt in die Mehrheitsgewerkschaft ausgeübt.
- Der Spezialitätsgrundsatz lädt zu einem wertenden Vergleich zwischen mehreren Tarifverträgen und damit zu einer unzulässigen Tarifzensur ein.
- Mit dem Grundsatz der Tarifzensur überschreitet die Rechtsprechung die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung.
- Das Prinzip der Tarifeinheit liegt quer zu § 4 Abs. 5 TVG, wird ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag verdrängt.

Der Grundsatz der Tarifeinheit ist im Schrifttum fast einhellig und zu recht abgelehnt worden. *Thüsing* (NZA 2005, 1280, 1282, Fn. 6) spricht zu recht davon, dass die Vertreter der Gegenansicht eine „Legion.“ seien, wobei allerdings zu konzedieren ist, dass nachdem lange Zeit nur *Säcker* und *Oetker* ernst zu nehmende Verteidigungsversuche für den Grundsatz der Tarifeinheit unternommen haben (*Säcker/Oetker*, ZfA 1993, 1, 11; vorsichtig das BAG stützend auch: *Kissel*, S. 275; *Gamillscheg* S. 752) in letzter Zeit wieder vermehrt Stimmen laut geworden sind, die sich für die Beibehaltung des Grundsatzes der Tarifeinheit eingesetzt haben.

Hromadka, GS Heinze (2005), 387; *ders.*, FAZ v. 14.5.2003, S. 19; *Buchner*, ZfA 2004, 229, 243 ff.; *ders.*, FS 50 Jahre BAG (2004), 631 ff.; *ders.* Anm. BAG 14.12.2004 (UFO), AP § 2 TVG Tariffähigkeit Nr. 1; BB 2003, 2121, 2128; partiell sogar: *Hanau*, NZA 2003, 2003, 128.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegen den Grundsatz der Tarifeinheit sprechen, gewinnen besonderes Gewicht vor dem Hintergrund, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung, mit der es die Nichtigkeit des § 12 Abs. 1 S. 2 MitbestG festgestellt hatte,

BVerfG v. 12.10.2004, 1 BvR 2130/98, NZA 2004, 1395

ausdrücklich darauf hinweist, dass auch kleineren Gewerkschaften, die in Unternehmen mit hinreichendem Gewicht vertreten sind, eine reelle Chance auf gleichberechtigte Partizipation an der Gestaltung der Arbeitsbedingungen im Unternehmen zukommen muss.

Das Bundesarbeitsgericht ist mittlerweile faktisch von der Rechtsprechung zur Tarifeinheit abgerückt.

Zu § 613a Abs. 1 S. 2 BGB hat es entschieden, dass die Verbindlichkeit des nach § 613a Abs. 1 S. 2 u. 3 BGB transformierten Tarifrechts nur bei beiderseitiger Tarifgebundenheit an den neuen Tarifvertrag beseitigt wird. Die Nachwirkung des § 4 Abs. 5 TVG soll nur dann durch einen anderen TV beseitigt werden können, wenn beide Arbeitsvertragsparteien auch an den anderen Tarifvertrag normativ gebunden sind. Damit kommt es zwangsläufig zur parallelen Anwendung zweier Tarifverträge im Betrieb, die das BAG hinzunehmen bereit ist.

BAG v. 30.8.2000, 4 AZR 581/99; BAG v. 21.2.2001, 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318; BAG v. BAG, BAG v. 28.5.1997, 4 AZR 546/95, NZA 1998, 40 = AP Nr. 26 zu § 4 TVG Nachwirkung; BAG v. 27.11.1991, 4 AZR 211/91, NZA 1992, 800.

Dagegen ist eingewandt worden, dass es sich bei §§ 613a Abs. 1 S. 2 BGB und 4 Abs. 5 TVG um besondere Fälle der Tarifgeltung handelt, nämlich (so jedenfalls die Annahme es BAG) nur um eine schuldrechtliche (Buchner BB 2003, 2121, 2123), weshalb diese nichts über die Auflösung echter Tarifpluralitäten aussagen würden. Diese Überlegung kann nicht mehr aufrechterhalten werden. Mit neuem Urteil vom 23.3.2005 (4 AZR 203/04, NZA 2005, 1003) hat der 4. Senat des BAG nämlich entschieden, dass Kollisionen zwischen normativ und nur schuldrechtlich wirkenden Tarifverträgen gleich zu behandeln sind.

Vor allem aber die Zuerkennung von Tariffähigkeit an die Gewerkschaften „UFO“ und „CGM“ weisen deutlich den Weg zu einer Anerkennung einer Tarifkonkurrenz im Betrieb (s. schon oben V. und VI.):

BAG v. 28.3.2006, 1 ABR 58/04, Pressemitteilung 19/06 (CGM); BAG v. 14.12.2004, 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697 (UFO).

In einer Entscheidung vom 13.5.2004 hat der 10. Senat des BAG den Grundsatz der Tarifeinheit für die Kollision zwischen einem für allgemein verbindlich erklärten Verfahrenstarifvertrag der Bauchbranche iSd. § 1 Abs. 1 S. 1 AEntG und einem Firmentarifvertrag auf Nachfrage des 9. Senats ausdrücklich aufgegeben:

BAG v. 13.5.2004, 10 AS 6/04, nicht veröffentlicht.

Motivation hierfür mag gewesen sein, dass die Möglichkeit einzelner Bauunternehmer, durch Firmentarifverträge Ausnahmen von den nach § 1 AEntG für verbindlich erklärten Mindestentgeltsätzen, Urlaubsregelungen, sowie der Beitragspflicht zur Urlaubskasse zu erzielen, die international-privatrechtliche Eingriffsnorm des AEntG europarechtswidrig werden lassen würde (s. EuGH 24.1.2002, NZA 2002, 207 Portugaia Construcoes Lda). Das ändert aber nichts daran, dass der Senat den Grundsatz der Tarifeinheit dessen ungeachtet aufgeben hat (so zu recht: *Thüsing* NZA 2005, 1280, 1283).

Schließlich spricht die Abkehr des BAG von seiner Rechtsprechung, wonach kleine dynamische Bezugnahmeklauseln regelmäßig als Gleichstellungsabrede zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern auszulegen seien,

BAG v. 14.12.2005, 4 AZR 536/04, Pressemitteilung 77/05

ebenfalls dafür, dass es vom Grundsatz der Tarifeinheit Abstand nehmen will, weil auch die Gleichstellungsabrede davon lebt, dass in einem Betrieb nur ein Tarifvertrag anwendbar ist.

In der Rechtsprechung hat sich in jüngster Zeit das LAG Niedersachsen explizit gegen den Grundsatz der Tarifeinheit ausgesprochen. Ihn angewendet haben indes das LAG Rheinland-

Pfalz in der bereits erwähnten GdF-Entscheidung, sowie das LAG Baden-Württemberg in einer Serie (jeweils gleich gelagerter) Beschlussverfahren.

LAG Niedersachsen v. 12.11.1999, 3 Sa 780/99, ZTR 2000, 172 = LAGE § 4 TVG Tarifpluralität Nr. 3; die dagegen eingelegte Revision beim BAG (4 AZR 36/00) wurde zurückgenommen (s. Schliemann NZA SB zu Heft 24/2000, 24, 31, Fn. 100); LAG Rheinland-Pfalz v. Urt. v. 22.6.2004, 11 Sa 2096/03, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 169; LAG Baden-Württemberg v. 1.2.2006, 2 TaBV 6/04, n. v.; 15.9.2005, 21 TaBV 7/04, n. v., und 21 TaBV 9/04, n. v.; 5.8.2005, 7 TaBV 2/05, n. v.; 31.5.2005, 20 TaBV 3/04, n. v.; 23.3.2005, 17 TaBV 5/04, n. v.; 1.3.2005, 01.03.2005, n. v.; 23.2.2005, 4 TaBV 2/04, n. v.; ArbG Stuttgart 10.3.2004, 7 BV 1/03, n. v.; gegen diese Entscheidungen ist Revision beim Bundesarbeitsgericht eingelegt (Az. u.a.: 4 ABR 19/05 und 19 bzw. 23/06), über die offenbar im Frühjahr 2006 entschieden werden soll.

Zum Urteil des LAG Rheinland-Pfalz wurde bereits Stellung genommen. Was die Beschlüsse des LAG Baden-Württemberg betrifft, ist zu beachten, dass dieses einen Sachverhalt zu entscheiden hatte, in denen es – wie in den vielen Judikaten des BAG – zu einem zufälligen Zusammentreffen mehrerer Tarifverträge durch äußere Umstände gekommen war, die durch den Arbeitgeber nicht tarifrechtlich veranlasst waren (mehrfache Verschmelzung eines Unternehmens der Metallbranche auf solche der Dienstleistungsbranche). Zudem lagen in den Fällen sich fachlich überschneidende Tarifverträge vor, so dass – wie oben (Ziffer III) dargelegt – vielleicht tatsächlich ein rechtfertigendes Interesse des Arbeitgebers bejaht werden konnte, um die Arbeitsverhältnisse aller Mitarbeiter des Betriebs in dasjenige Tarifwerk zu überführen, das mit der Gewerkschaft abgeschlossen wurde, die ihm von ihrem satzungsmäßigen Zustand am nächsten steht. Darauf stellt das LAG auch explizit ab. Im Einklang mit den Kritikern des Einheitsgrundsatz spricht es nämlich aus, dass die vom BAG bislang angestellten Praktikabilitätsüberlegungen nicht ausreichen können, um den mit der Einheitslehre verbundenen Eingriff in die Tarifautonomie der Beteiligten zu rechtfertigen, meint dann aber, dass mit Blick auf Eigenarten des Falles ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers anzuerkennen sei, die Tarifstrukturen im Betrieb zu vereinheitlichen. Die Dinge liegen damit nicht anders als in den Entscheidungen des BAG zur Tarifeinheit (III). Es ging um die Auflösung einer zufällig entstandenen Kollision von Tarifverträgen mit divergierenden fachlichen Geltungsbereichen. Dagegen hat das LAG nicht zur Auflösung einer „echten“ Gewerkschaftskonkurrenz Stellung genommen.

Danach ist festzuhalten:

Der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb ist in der Rechtsprechung des BAG zumindest in Auflösung begriffen. Schon deshalb erscheint es nicht angezeigt, dass ein so schwerwiegender Grundrechtseingriff, wie der der Untersagung eines Arbeitskampfes, mit Verweis darauf begründet wird.

B. Wirkungslosigkeit der Friedenspflicht des TvL

Relativ offensichtlich dürfte sein, dass ein durch den MB geführter Arbeitskampf nicht gegen die Friedenspflicht der TdL verstoßen kann, weshalb auf diesen Gesichtspunkt nur kurz eingegangen werden soll.

Die Friedenspflicht ist nach herrschender Ansicht Bestandteil des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrags. Dabei bestehen im einzelnen gewisse Unsicherheiten, ob die Friedenspflicht mit dem Abschluss des Tarifvertrags stillschweigend „mitvereinbart“ wird, ob Tarifverträge regelmäßig so auszulegen sind, dass die Tarifparteien sich versprechen, ihren jeweiligen sozialen Gegenspieler während der Laufzeit des Tarifvertrags nicht mit einem Arbeitskampf zu überziehen, bzw. ob sie schlicht richterrechtliches Gewohnheitsrecht darstellt. Darauf kommt es hier aber nicht an. In jedem Fall kann die Friedenspflicht nämlich nur die Parteien binden, die den fraglichen Tarifvertrag abgeschlossen haben.

Ein weiteres kommt hinzu: Die Friedenspflicht hat letztlich auch zum Ziel, flankierend zum Tarifvertrag das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu befrieden. Das kann aber nur erreicht werden, wenn der fragliche Tarifvertrag auch tatsächlich auf das betreffende Arbeitsverhältnis – normativ – angewendet wird, denn alleine die mitgliedschaftliche Legitimation des Tarifvertrags rechtfertigt es, den einzelnen Vertragsparteien samt ihren Koalitionen das Recht zu nehmen, mit neuen Forderungen nach einer bestimmten Gestaltung ihrer Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auf den sozialen Gegenspieler zuzutreten. An einer solchen mitgliedschaftlich vermittelten Tarifwirkung fehlt es vorliegend. Denn –völlig unabhängig von der Frage, ob und mit welchem Ergebnis man auf den vorliegenden Sachverhalt den

Grundsatz der Tarifeinheit anwendet - würde der TV-L niemals normativ auf die Arbeitsverhältnisse der Mitglieder des Marburger Bundes Anwendung finden.

Dies stellt vor allem heraus: *Kissel* § 26 RdNr. 79, obgleich dieser an sich für den Grundsatz der Tarifeinheit eintritt.

Darüber hinaus wäre eine andere Sicht der Dinge nicht mit der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG bzw. den tragenden Grundsätzen des Privatrechts in Einklang zu bringen.

C. Gesamtergebnis

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass der durch den Marburger Bund geführte Arbeitskampf rechtmäßig ist.

1. Der Marburger Bund ist nicht an die Friedenspflicht gebunden, die dem TV-L ausfließt. Sie richtet sich nur gegen die Gewerkschaft Ver.di, die Partei dieses Tarifvertrags ist.

2. Mit Hinweis auf den Grundsatz der Tarifeinheit lässt sich die Zulässigkeit des Arbeitskampfes des Marburger Bundes um den Abschluss eines Berufsgruppentarifvertrags für Ärzte nicht bestreiten:

a) Der Grundsatz der Tarifeinheit findet von vorneherein keine Anwendung auf Kliniken, in denen das Verwaltungs- und Pflegepersonal durch einen anderen Arbeitgeber beschäftigt ist als das ärztliche Personal. In diesen Kliniken gelten zwei Tarifverträge parallel zu einander, nämlich einer für die im ärztlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer und ein weiterer für das Verwaltungs- und Pflegepersonal. Für den ärztlichen Belegschaftsteil würde sich auf Grund deren deutlich höherer Organisationszugehörigkeit zum MB der Tarifvertrag des Marburger Bundes durchsetzen.

b) Für Bundesländer, in denen einheitliche Arbeitgeberstrukturen vorherrschen, ist bei Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit Bezugspunkt der Betrachtung nicht etwa das jeweilige Klinikum als Ganzes. Vielmehr ist die Frage, wie etwaige Tarifpluralitäten aufzulösen sind und welcher Tarifvertrag danach anwendbar ist, für das Verwaltungs- und Pflegepersonal und für die im ärztlichen Dienst Beschäftigten getrennt zu beurteilen.

c) Der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb ermöglicht es nicht die Konkurrenz zwischen dem TV-L und dem TV-MBB in Bezug auf die Ärzteschaft aufzulösen, weil es dabei um eine Konkurrenz zwischen zwei in ihrem fachlichen Anwendungsbereich kongruenten Tarifverträgen geht, die von unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossen wurden. Die langjährige Rechtsprechung des BAG gibt nichts für eine Auflösung solcher Tarifpluralitäten her, die überdies greifbar verfassungswidrig wäre.

d) Würde die durch Abschluss des TV-MB in den Kliniken mit Blick auf die Ärzteschaft entstehende Tarifpluralität mit dem TV-L nach dem Prinzip der Tarifeinheit aufgelöst, verdrängt zwangsläufig der TV-MB den TV-L. Dies folgt sowohl aus dem Spezialitätsprinzip als auch aus dem auf die vorliegende Konstellation besser passenden Mehrheitsgrundsatz.

e) Würde man entgegen der oben getroffenen Feststellung zum Bezugspunkt einer etwaigen Auflösung einer gegebenenfalls eintretenden Tarifpluralität nicht die Ärzteschaft als Berufsgruppe, sondern den Klinikbetrieb als Ganzes zu Bezugspunkt machen, und würde man insoweit dem TV-L den Vorzug einräumen, bliebe dem Marburger Bund ohne Weiteres die Möglichkeit eröffnet, für die in ihm organisierten Ärzte einen gesonderten Spartentarifvertrag abzuschließen. Die Rechtsprechung des BAG lässt es nämlich durchaus zu, dass für eine homogene, zahlenmäßig beachtliche Berufsgruppe, die sich nach Funktion, Tätigkeit und Ausbildung signifikant von den übrigen Beschäftigten des Betriebs unterscheidet und die darauf angewiesen ist, dass für sie eigenständige Tarifregelungen geschaffen werden, ein berufsgruppenspezifischer Spartentarifvertrag verabredet wird. Das gilt jedenfalls dann, wenn die „Mehrheitsgewerkschaft“ innerhalb der fraglichen Berufsgruppe nur über eine geringe Zahl von Mitgliedern verfügt und es ihr daher an jedem Vertretungsanspruch für diese Berufsgruppe fehlt.

f) Dem Grundsatz der Tarifeinheit lässt sich ohnehin nur in beschränktem Umfang eine Aussage über die Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen entnehmen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Arbeitskampfmaßnahme verbietet allenfalls dann den Streik auf Abschluss eines Spartentarifvertrags, wenn offensichtlich, dass dieser durch den Mehrheitstarifvertrag verdrängt würde oder dieser erkennbar ungeeignet ist, zur Regelung der Arbeitsbedingungen im Betrieb beizutragen. Weder das eine noch das andere ist vorliegend gegeben.

g) Der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb ist in der Rechtsprechung des BAG zumindest in Auflösung begriffen. Schon deshalb erscheint es nicht angezeigt, dass ein so schwerwiegender Grundrechtseingriff, wie der der Untersagung eines Arbeitskampfes, mit Verweis darauf begründet wird.