

Jens M. Schubert (Hrsg.)

Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht

Festschrift für Otto Ernst Kempfen

2013



Nomos

Tariffähigkeit ohne Streikbereitschaft?

– Funktionale Alternativen zur Arbeitskampfbereitschaft im Fall von Hausangestelltenvereinigungen

1. Das Problem

a) Form follows function

„Form follows function“ – mit diesem „Schlagwort aus der Architekturtheorie“ gelang es *Otto Ernst Kempen* in der Festschrift für das Bundesarbeitsgericht 2004, das Anliegen der Tariffähigkeitsmerkmale auf den Punkt und auf den Begriff zu bringen. Er erinnerte daran, dass das BVerfG bereits im Gründungsjahr des BAG festgestellt hatte, dass die Voraussetzungen der Tariffähigkeit nach § 2 TVG enger sein müssten als die Anforderungen an eine „Koalition“ im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG.¹ Schließlich begründete sich das Tarifvertragsrecht im Rahmen einer „sinnavollen Ordnung“ der Arbeitsmärkte.²

Unter dieser Annahme bedarf es nur noch weniger Argumentationsschritte, um zu dem einleuchtenden Schluss zu kommen, dass nur solche Organisationen als tariffähig anzuerkennen sind, die nicht nur ein formales Bekenntnis zum Arbeitskampf abgeben, sondern deren Bereitschaft zum Streik durch entsprechende Finanzkraft auch glaubhaft ist.³ In *Kempens* Kommentierung des § 2 TVG heißt es genauso überzeugend wie unmissverständlich: „Ohne Arbeitskampfbereitschaft und Arbeitskampffähigkeit kann die Tarifautonomie unter Ausschluss der staatlichen Zwangsschlichtung nicht funktionieren. Gewerkschaftliche Tariffähigkeit setzt deshalb regelmäßig die Arbeitskampfbereitschaft voraus.“⁴

Eine ganze Reihe von Autorinnen und Autoren teilt diese („traditionelle“⁵) Auffassung: „Die Tariffähigkeit setzt nach umstrittener, aber zutreffender Ansicht auch die Bereitschaft zum Arbeitskampf voraus.“ „Nur wenn auf Seiten der Arbeitnehmervereinigung die Bereitschaft zum Arbeitskampf und die Fähigkeit, diesen auch zu führen, vorhanden sind, kann die Bildung von Gegenmacht auf Arbeitnehmerseite gelingen und das Ziel erreicht werden, der Arbeitgeberseite Zugeständnisse

1 Vgl. BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96.

2 Kempen, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 733.

3 Kempen a.O., S. 749 ff.

4 Vgl. Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2, Rn 132.

5 Vgl. Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2, Rn 132.

abzurufen.“⁶ „[Es] fallen nur solche Arbeitnehmervereinigungen unter den Gewerkschaftsbegriff, die auch bereit und fähig sind, ihre Ziele mit Mitteln des Arbeitskampfes durchzusetzen. Ohne Arbeitskampfbereitschaft fehlt ihnen die nötige Durchsetzungskraft, um ihren Forderungen gegebenenfalls gegenüber der Arbeitgeberseite Nachdruck zu verleihen und angemessene Arbeitsbedingungen zu erzwingen.“⁷ Dies ergebe sich auch aus der Arbeitskampfrechtsprechung von BAG und BVerfG,⁸ wonach der Arbeitskampf eine Institution der Tarifautonomie und Tarifverhandlungen ohne jedes Druckmittel kollektives Betteln seien.⁹

b) Die Entscheidung des BVerfG zum „Berufsverband katholischer Hausgehilfinnen“

Die Gegenmeinung („Arbeitskampfbereitschaft ist keine notwendige Bedingung der Tariffähigkeit“¹⁰), „Die Tariffähigkeit ist nicht in ihrer Funktion beeinträchtigt, wenn kampfunwillige Verbände Tarifverträge schließen können“¹¹), „die Arbeitskampffähigkeit [gehört] nicht zu den materiellen Anforderungen an die Tariffähigkeit“¹²) hat allerdings ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts gegen sich stehen, das schon früh einen Wandel in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bewirkt hatte:

Im Widerspruch zur Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts und in ausführlicher Auseinandersetzung mit dem damaligen Diskussionsstand in der Literatur hatte das BAG 1962 dem „Berufsverband katholischer Hausgehilfinnen“ zunächst die Tariffähigkeit aberkannt.¹³ Dem hielt das BVerfG 1964 entgegen: Die „Frage, nämlich ob gerade die Kampfbereitschaft generell so wesentlich ist, daß ohne sie die im öffentlichen Interesse den Koalitionen übertragene Aufgabe, im Verein mit dem sozialen Gegenspieler das Arbeitsleben zu ordnen und zu befrieden, nicht erfüllt werden kann [...], ist jedenfalls für eine Koalition von im Haushalt beschäftigten Arbeitnehmern zu verneinen.“¹⁴

6 Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 4. Aufl. 2013, § 2 TVG, Rn. 26.

7 Peter, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 TVG, Rn 26.

8 Kempen (Fn. 4), § 2, Rn 52; Däubler/Däubler (Fn. 7), Einl. Rn 110; Däubler/Peter (Fn. 7), § 2 TVG, Rn 28.

9 BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212; BVerfG 2.3.1993 – 1 BvR 1210/85, BVerfGE 88, 103.

10 Henssler, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), TVG, 5. Aufl. 2012, § 2, Rn 17.

11 Franzen, in: Erlfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2012, § 2 TVG Rn. 10.

12 Treber, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechtshandbuch, 14. Aufl. 2011, § 197, Rn 10.

13 BAG 19.6.1962 – 1 ABR 14/60, BAGE 12, 184; siehe auch schon BAG 6.7.1956 – 1 AZB 18/55, BAGE 4, 351 zur Anforderung der „Tarif- und Arbeitskampffähigkeit“.

14 BVerfG 6.5.1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18; dagegen schon Kunze, BB 1964, 1311 ff.

Während das BAG sich daraufhin generell von der Anforderung der Arbeitskampfbereitschaft verabschiedete und „Streikfähigkeit und Streikbereitschaft“ seither nur noch als „[besonderen] Ausdruck der Druck- und Gegendruckfähigkeit und des Willens einer Arbeitnehmerkoalition, diesen Druck und Gegendruck auszuüben“, ansieht,¹⁵ weist die Kommentarliteratur auf die beschränkte Aussagekraft der verfassungsgerichtlichen Entscheidung hin. Das BVerfG hatte ja damals selbst betont: „Die kampfwilligen Organisationen und der Arbeitskampf selbst haben sich geschichtlich in der gewerblichen Wirtschaft herausgebildet. Ob [...] für die Berufe der gewerblichen Wirtschaft der Kampfunwilligkeit Rechtsfolgen für die Tariffähigkeit beizumessen wären, kann dahinstehen.“¹⁶

Diese Argumentationsfigur, die den Blick auf die Spezifika des jeweils unterschiedlichen Falls richtet, um die Aussagekraft einer Entscheidung zu begrenzen, nennt man im anglo-amerikanischen Case Law „distinguishing“. Auch *Otto Ernst Kempen* greift sie in seiner Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung auf: Das Bundesverfassungsgericht habe am 6.5.1964 „lediglich eine regelbestätigende Ausnahme von der Notwendigkeit gewerkschaftlicher Arbeitskampfbereitschaft festgestellt“. „Hier wird den regelmäßig ökonomisch strukturierten Arbeitsbeziehungen [...] mit dem stark familiär geprägten (katholischen) Haushalt ein arbeitsrechtliches Sonderverhältnis gegenübergestellt, dessen tarifliche Regelung auch ohne Arbeitskampfführung vorstellbar ist. Ein allgemeiner Verzicht auf das Erfordernis der Arbeitskampfbereitschaft und -fähigkeit für tariffähige Gewerkschaften ist der Entscheidung also gerade nicht zu entnehmen.“¹⁷ *Gabriele Peter* formuliert: „Mit seinen auf den spezifischen Bereich der Hauswirtschaft bezogenen Feststellungen hat das BVerfG keine generelle Aussage über die Arbeitskampfbereitschaft als Voraussetzung der Tariffähigkeit getroffen.“¹⁸ „Mag die fehlende Arbeitskampfbereitschaft für die spezifischen Erwerbsbedingungen in der Hauswirtschaft noch nachvollziehbar sein, so sind diese Grundsätze nicht auf die Bedingungen in der Privatwirtschaft übertragbar.“¹⁹ Und in seinem Beitrag für die Festschrift zum Geburtstag des Bundesarbeitsgerichts nimmt *Otto Ernst Kempen* die Hausgehilfen-Entscheidung ausschließlich positiv in Bezug, wenn er darauf hinweist, dass das BVerfG hier einen „Wettbewerb zwischen den verschiedenen

Gruppen“ als Funktionszweck der Koalitionsfreiheitsgarantie erkannt und aus diesem Anlass ausdrücklich auch die Kriterien der Überbetriebllichkeit und Mächtigkeit bestätigt habe.²⁰ Die Hausarbeit sei insofern nur ein Beispiel für die „speziellen [Ausnahmefälle]“, in denen auf glaubwürdige Streikbereitschaft verzichtet werden könne.²¹

So richtig und wichtig es ist zu betonen, dass es für Fälle außerhalb der Hausarbeit keine verfassungsgerichtliche Aussage zum Problem gibt: Auch mit einem solchen Distinguishing werden allgemeine Aussagen über die Tariffähigkeit getroffen – in diesem Fall über die Bedingungen, unter denen von Arbeitskampfbereitschaft abgesehen werden kann. Die weitgehende Zustimmung zur BVerfG-Entscheidung von 1964 könnte insofern ein Bäuerinnen-Opfer sein, das sich rächt.

Im Folgenden soll dargestellt werden, dass die Entscheidung des BVerfG auch in der Sache falsch ist – und welche Konsequenzen sich daraus ergeben.

2. Die Tätigkeit der Hausangestellten – ein spezieller Ausnahmefall des Arbeitsrechts?

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führt im Wesentlichen drei Aspekte für die Sonderstellung der Hausarbeit an.

Im Mittelpunkt steht die Überlegung: „[für die Berufe des Haushalts...] treten die sonst zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern bestehenden natürlichen Gegensätze zurück. [...] [Der Berufsverband katholischer Hausgehilfen] selbst vertraut offenbar auf die Einsicht und den guten Willen seiner möglichen Tarifpartner und hält auch deshalb den Arbeitskampf grundsätzlich nicht für erforderlich und sinnvoll. Umgekehrt ist, nicht nur zur Zeit der Vollbeschäftigung, die Aussperrung sowohl für Anstaltshaushalte als auch für Familienhaushalte praktisch nicht vorstellbar. Die Gleichheit der Mittel ist hier auch ohne Kampfbereitschaft gewahrt.“ (dazu unter a))

Eingebettet ist dieses Argument in zwei weitere Überlegungen. Zunächst stellt das BVerfG (wie auch ein Großteil der nachfolgenden Kommentarliteratur) den Haushalt in einen grundsätzlichen Gegensatz zur Erwerbswirtschaft: „Der Haushalt stellt nicht wie ein wirtschaftlicher Betrieb Güter mit der Absicht der Gewinnerzielung her, sondern hat völlig andere Aufgaben.“ (dazu unter b))

Das dritte und letzte Argument soll wohl vor allem für das Ergebnis werben; hier meint das Gericht: „Weder die historische Entwicklung noch die gegenwärtige

¹⁵ BAG 15.3.1977 – 1 ABR 16/75, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG (Verband der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie), bestätigt in BAG 15.3.1978 – 1 ABR 2/76, AP Nr. 30 zu § 2 TVG; hingegen enthält die Entscheidung zum Marburger Bund (BAG 21.11.1975 – 1 ABR 12/75, AP Nr. 6 zu § 118 BetrVG 1972) keine allgemeine Aussage zulasten des Erfordernisses der Arbeitskampfwilligkeit, sondern bezieht sich auf die besondere Situation der Arzteschaft (dazu genauer unten bei Fn. 37).

¹⁶ BVerfG 6.5.1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18.

¹⁷ Kempen (Fn. 4), § 2, Rn 51; ebenso BPSU, 3. Aufl. 2010, Rn. 27; vgl. auch Richardi, RdA 07, 117, 120.

¹⁸ Däubler/Peter (Fn. 7), § 2 TVG, Rn 27.

¹⁹ Däubler/Peter (Fn. 7), § 2 TVG, Rn 28.

²⁰ Kempen (Fn. 2), S. 744.

²¹ Kempen (Fn. 2), S. 749.

Lage ergeben einen Anhalt dafür, daß die beiden möglichen sozialen Gegenspieler von sich aus nur durch Arbeitskampf oder Drohung mit ihm die Arbeitsbedingungen befriedigend regeln könnten.“ (dazu unter c))

a) Befriedigende und befriedigende Regelung der Arbeitsbedingungen?

Insofern ist es zunächst ein Indiz für die Unrichtigkeit der Entscheidung, dass die empirische Annahme sich als falsch erwiesen hat. Ohne dass hier zur Lage der Hausangestellten in den 1950er und 1960er Stellung genommen werden soll: Zumindest die „gegenwärtige Lage“ der Hausangestellten in den 2010er Jahren zeigt, dass die Arbeitsbedingungen zwar möglicherweise „befriedigend“, aber keineswegs befriedigend geregelt sind – und das gehört ja ebenfalls zur Funktion der Tarifautonomie als der Herstellung einer „sinnvollen Ordnung“, auch wenn dies in der Entscheidung von 1964 noch keine Rolle spielte²². Die tatsächliche Lage spricht vielmehr dafür, dass auch in der Hausarbeit das „Misstrauen“ gut begründet wäre, ohne Konflikt und Auseinandersetzung könne es nicht zu einem gerechten Interessenausgleich kommen.

Der „Berufsverband katholischer Arbeitnehmerinnen in der Hauswirtschaft“ führt ohnehin „ein unspektakuläres Nischendasein [...] mit einer ununterbrochenen Kette registrierter Tarifverträge“²³. Von größerer Bedeutung könnten die Tarifverträge für die Hausarbeit sein, die zwischen dem Berufsverband der Haushaltführenden (DHB) als Vertretung der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG) für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der privaten Hauswirtschaft und den Dienstleistungszentren abgeschlossen wurden.²⁴ Aber auch diese Verträge scheinen den Markt nicht wesentlich zu prägen.²⁵ Eine empirische Studie von 2010 kommt zu dem Ergebnis, dass die Hausangestellten überwiegend in „systematischen Ausbeutungsmustern“ be-

schäftigt werden, „wie sie im Bereich der geringfügigen Beschäftigung und Niedrig(st)löhne, der Familialisierung von Care-Arbeit sowie der Duldung grauer-mulierter Pflegearbeitsmärkte zu finden sind.“²⁶ Nicht weniger problematisch ist die häufig vorkommende Irregularität vieler Beschäftigungsverhältnisse, die durch rechtliche Rahmenbedingungen im Sozial-, Steuer- und Zuwanderungsrecht begünstigt wird.²⁷ Die Autorinnen der Studie halten in diesem Bereich die Förderung „guter Arbeit“, die ein eigenständiges, Existenz sichermendes Einkommen gewährt, für dringend erforderlich.²⁸ Die „befriedigende“ Wirkung der Tarifverträge des Berufsverbandes katholischer Arbeitnehmerinnen in der Hauswirtschaft sollte insofern nicht überschätzt werden.

b) Hausarbeit als Gegensatz zu Erwerbswirtschaft

Zu bezweifeln ist nach gegenwärtigem Stand auch, dass die Rechtsverhältnisse der Hausangestellten sich wirklich wesentlich von anderen „erwerbswirtschaftlichen“ Tätigkeiten unterscheiden. Ähnlich wie die Unterscheidung zwischen „privaten“ und „öffentlichen“ Bereichen²⁹ ist auch diese Unterscheidung gegendert: Der Markt der Hausarbeit ist nicht zufällig weiblich. Rund neun von zehn der angemeldeten Beschäftigten sind weiblich (ebenfalls 90 Prozent besitzen die deutsche Staatsangehörigkeit und leben in Westdeutschland)³⁰.

Und welche Bedeutung sollte es für die Einordnung der Hausangestelltenitätigkeit denn haben, dass der Haushalt selbst lediglich eigene Bedarfe deckt und „nicht wie ein wirtschaftlicher Betrieb Güter mit der Absicht der Gewinnerzielung herstellt“? Der Haushalt selbst mag nicht erwerbswirtschaftlich tätig sein – die Tätigkeit der Hausangestellten findet jedoch auf einem erwerbswirtschaftlich organisierten Arbeitsmarkt statt. Hier wird Leistung/Arbeitskraft gegen Entgelt „getauscht“. Und dieser Arbeitsmarkt wächst. 2006 beschäftigten 4,36 Mio. oder knapp 11 Prozent aller Haushalte in Deutschland eine Haushaltshilfe, davon 61 Prozent regelmäßig.³¹ Besonders Pflegetätigkeiten gewinnen an Bedeutung.

²² Zu diesem Begründungszusammenhang Kempfen (Fn. 2), S. 734 ff.

²³ Klitner, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Tarifautonomie und Arbeitskampf, in: FS Jaeger, 2011, S. 483 ff, Fn. 9. Tarifpartner ist der VerbraucherService Bayern im Katholischen Deutschen Frauenbund (Hauswirtschaftlerinnen, Meisterinnen, Fachhauswirtschaftlerinnen sowie angeleitete Kräfte in Privathaushalten) und der Klerusverband (Pfarrhaushalterinnen in Bayern).

²⁴ Die Tarifverträge für die Beschäftigten in Privathaushalten, abgeschlossen zwischen den jeweiligen Landesverbänden, sehen je nach Geltungsbereich bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von nurzeit 38,5 Stunden verschiedene Bruttolöhne vor.

²⁵ Zur Anwendung des Mindestlohns nach der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (PflegeArbbVO) (vgl. §§ 10-12 AEntG) auf Privathaushalte siehe Koehler, Hausarbeit als Erwerbsarbeit: Der Rechtsrahmen in Deutschland. Voraussetzungen einer Ratifikation der ILO-Domestic Workers Convention durch die Bundesrepublik Deutschland, 2012, unter II.3.b) (<<http://www.boeckler.de/pdf/fofs-2012-524-3-1.pdf>> (20.10.2012)).

²⁶ Gottschall/Schwarzkopf, Irreguläre Arbeit in Privathaushalten, Arbeitspapier 217 der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2010, S. 69.

²⁷ Gottschall/Schwarzkopf, a.a.O., S. 35 ff.

²⁸ Gottschall/Schwarzkopf, a.a.O., S. 65 ff.

²⁹ Zur feministischen Kritik an der Unterscheidung privat/öffentlich siehe z.B. Baer, in: Rudolf (Hrsg.), Geschlecht im Recht, 2009, S. 15 ff.

³⁰ Genauer Gottschall/Schwarzkopf (Fn. 26), S. 19.

³¹ Gottschall/Schwarzkopf (Fn. 26), S. 23 f (Daten aus den Ergebnissen der SOEP-Befragungswelle); das Statistische Bundesamt weist für 2010 rund 208.000 Beschäftigte in privaten Haushalten aus; zu den (erheblichen) Quantifizierungsproblemen siehe auch Gottschall/Schwarzkopf, a.a.O., S. 17 ff.

Schaut man also auf die Funktion der Tariffähigkeit, der die Form zu folgen hat: *Otto Ernst Kempen* hat herausgearbeitet, dass hinter der Tariffähigkeits- wie der Arbeitskampfrechtsprechung die Vorstellung eines privatwirtschaftlich organisierten Arbeitsmarktes steht, der den Arbeitskampf als typisch marktförmige Verhaltensweise für die Preisbildung am Arbeitsmarkt einordnet.³² Um einen solchen Arbeitsmarkt handelt es sich aber auch bei den Hausarbeitsmöglichkeiten. Soll es für die arbeitsrechtliche Einordnung wirklich einen Unterschied machen, ob ein Haushalt die gewünschten Dienstleistungen bei einem ambulanten Pflege-/Reinigungsdienst einkauft oder ob der private Haushalt selbst als Arbeitgeber fungiert? Soll die Gewinnerzielungsabsicht des Arbeitgebers wirklich einen Unterschied für die Tariffähigkeit machen?

c) Hausarbeit und häusliche Pflege als Dienstleistung an der Person

Die ursprüngliche Argumentation des Berufsverbandes katholischer Hausgehilfen hatte weniger den familiären Charakter des Arbeitgebers als vielmehr spezifische Merkmale der Tätigkeit betont: Dem Arbeitskampf stünden mit Rücksicht auf die besondere Lage der Hausangestellten, insbesondere in den Krankenhäusern usw., aber auch in den kinderreichen Familien, entscheidende Schwierigkeiten entgegen.³³ Diesen Hinweis wies das Bundesarbeitsgericht zunächst lediglich als „ausweichende Stellungnahme“ zurück; es sei „Es gerichtsbebekannt, daß zahlreiche Haushalte Hausgehilfen beschäftigen, obwohl in ihnen weder kranke noch alte Personen vorhanden sind, es sich auch nicht um kinderreiche Familien handelt“.

Allerdings folgte es der Argumentation im Grundsatz: Die Durchführung eines Arbeitskampfes könne „nur auf einem Sektor erfolgen [...], auf dem nicht höherwertige Interessen einen solchen Kampf verbieten, wie z.B. bei den Beamten und regelmäßig auch bei Ärzten und Pflegepersonal.“ Zusammen mit der Erwägung, dass eine ethische oder rechtliche Beschränkung des Streikrechts nicht zur Aberkennung der Tariffähigkeit führen könne,³⁴ diene diese Erwägung dann dazu, auf Grundlage der Hausarbeiterinnen-Entscheidung dem Marburger Bund trotz dessen damaligem Verzicht auf den Arbeitskampf die Tariffähigkeit zuzuerkennen.³⁵

32 Kempen (Fn. 2), S. 737.

33 So die Wiedergabe des Vortrags in BAG 19.6.1962, BAGE 12, 184.

34 Zu dieser Argumentation ausführlich Kempen (Fn. 4), § 2 TVG, Rn 53 f.

35 BAG 21.11.1975 – 1 ABR 12/75, AP Nr. 6 zu § 118 BetrVG 1972 (Marburger Bund; die Aufhebung der Entscheidung durch BVerfG 11.10.1977 – 2 BvR 209/76, BVerfGE 46, 73 begründete sich nicht durch die Einordnung des Marburger Bundes, sondern die Stellung des Arbeitgebers als kirchlicher Einrichtung); beinahe wortgleiche Argumentation schon in BAG 19.6.1962, BAGE 12, 184: „Wenn ein Verband abhängiger Ärzte aus dem ethischen Wesen des Arztberufes heraus den Streik ablehnt oder weitestgehende Vorsorge während eines Streikes für die ärztliche Versorgung organisiert, so bleibt er Koalition und tariffähig.“

Hier ist nicht nur die Annahme abzulehnen, die Tarifautonomie könne auf die Streikfähigkeit in bestimmten Bereichen grundsätzlich verzichten.³⁶ Abzulehnen ist vielmehr auch die Annahme, das „ethische Wesen“ eines Berufs oder das „Gemeinwohl“ in der „Daseinsvorsorge“ könne das Streikrecht einschränken; eine solche Beschränkung kann sich allenfalls aus einer konkreten Gefährdung der Rechte Dritter ergeben – die jedoch nicht vorliegt, soweit sie durch Notdienstmaßnahmen verhindert werden kann.³⁷ Auch die Tatsache, dass der Marburger Bund den Streikverzicht zwischenzeitlich aufgegeben hat, zeigt, dass ärztliche ethische Grundsätze und Interessendurchsetzung im Arbeitskampf durchaus miteinander vereinbar sind.

d) „(Wirtschafts)-Friedlichkeit“ – Fehlen von Interessengegensätzen?

Letztlich stellt das BVerfG mit der Besonderheit der Hausarbeit wohl auf eine gewisse Intimität ab, die durch die Tätigkeit in einem Privathaushalt entsteht. So ließe sich zumindest der Satz verstehen, dass man gegenseitig auf „Einsticht und den guten Willen“ vertraue und sich auch eine Aussperrung „praktisch nicht [vorstellen]“ könne. Man könne nicht davon ausgehen, dass hier zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern „natürlicherweise Gegensätzlichkeiten [bestehen]“.

Aus diesem Grund ist die Entscheidung von anderer Seite auch schon so gelesen worden, dass sie generell einen Vorbehalt für „wirtschaftsfriedliche Berufsvorbände“ enthalte: „Traditionell wird für die Mächtigkeit Fähigkeit und Bereitschaft zum Arbeitskampf vorausgesetzt. Das passt von vornherein in jenen Randbereichen nicht, in denen die Konfliktlösung typischerweise friedlich vonstatten geht.“³⁸ Für Löwisch/Rieble ist der Hausgehilfenverband nur ein Beispiel für „aus autonomen Entschluß wirtschaftsfriedlich ausgerichtete Verbände, die unter dem Schutz der Tarifautonomie vernünftige Arbeitsbedingungen nach Möglichkeit ohne Streik erreichen wollen“.³⁹

Nun schließt es die Anforderung der Tariffähigkeit natürlich nicht aus, auch auf friedlichem Wege zu wirksamen Tarifverträgen zu kommen. Schließlich verlangt Arbeitskampfbereitschaft nicht, dass eine Gewerkschaft „ihren Arbeitskampfwillen permanent unter Beweis stellen und Arbeitskampfmaßnahmen durchführen muss“.⁴⁰ Entscheidend ist nur, ob „hinter einer solchen friedlichen Übereinkunft“

36 Vgl. auch Kempen (Fn. 4), § 2, Rn 56 für Verbände von Beamtinnen und Beamten.

37 Ausführlich auch Kempen (Fn. 4), § 2, Rn 53 f. Zur aktuellen Auseinandersetzung um das Streikrecht in der „Daseinsvorsorge“ siehe Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann (Fn. 6), AKR, Rn. 168 ff.

38 Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 2, Rn 132.

39 Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 2, Rn 126.

40 Däubler/Peter (Fn. 7), § 2 TVG, Rn 29.

die glaubhafte Möglichkeit eines Arbeitskampfs steht.⁴¹ Ansonsten kann die Funktion der Tarifautonomie⁴² nicht wirksam gewährleistet werden. Dies heißt nicht, dass damit „kampfunwillige Koalitionen in der Freiheit der Wahl ihrer Mittel zur Erreichung des Koalitionszwecks [eingeeengt] und ihnen Methoden [aufgezwungen würden], die sie nach ihrem Selbstverständnis nicht benötigen oder aus anderen Gründen ablehnen“.⁴³ Es heißt nur, dass diese Koalitionen nicht auf das Instrument des Tarifvertrags zurückgreifen dürfen, solange sie nicht die Anforderungen an dessen Richtigeitsvermutung erfüllen wollen.

Dies gestehen im Ergebnis auch *Löwisch/Rieble* zu, denen es vor allem darauf ankommt, dass das Kriterium der Arbeitskampfbereitschaft „der zunehmenden Tendenz zur friedlichen Lösung von Arbeitskonflikten nicht im Wege [stehe]“:⁴⁴ „Erforderlich aber auch ausreichend ist es, daß die Vereinigungen – wenn der friedliche Weg scheitert – den Weg zurück zum Kampf finden können. Stets aber muß der Verband effektiven Verhandlungsdruck im Sinne des allgemeinen Mächtigkeitserfordernisses entfalten.“⁴⁴

3. Funktionale Alternativen der Streikbereitschaft

Auf diese Argumentationslinie hat sich mittlerweile auch das BAG zurückgezogen: „Streikfähigkeit und Streikbereitschaft sind nur ein besonderer Ausdruck der Druck- und Gegendruckfähigkeit und des Willens einer Arbeitnehmerkoalition, diesen Druck und Gegendruck auszuüben.“ Letztlich komme es darauf an, ob eine Organisation „fühlbaren Druck“ (bzw. „Druck und Gegendruck“) ausüben könne; die Koalition „muß so mächtig und leistungsfähig sein, daß der Gegenspieler sich veranlaßt sieht, auf Verhandlungen über den Abschluß einer tariflichen Regelung der Arbeitsbedingungen einzugehen und zum Abschluß eines Tarifvertrags zu kommen.“⁴⁵

Steht man einmal von der Problematik der rechtlichen Einschränkung des Arbeitskampfs ab,⁴⁶ scheinen die Differenzen auf der abstrakten Ebene gar nicht so groß zu sein: Jedenfalls reduziert sich die Auseinandersetzung wohl auf die Frage,

wie effektiver „Druck und Gegendruck“ ohne den Rückgriff auf einen möglichen Streik als letztes Mittel praktisch hergestellt werden kann.⁴⁷ Angesichts der Erkenntnisse und höchstrichterlichen Anerkennung der tatsächlichen Unerlässlichkeit des Druckmittels „Streik“ bedarf es insofern konkreter Annahmen, wie die Arbeitskampfbereitschaft im jeweiligen Fall durch ein funktionales Äquivalent „substituiert“ werden kann. „[Man] wird [...] fragen müssen, wie sich die Organisation die Vertretung der Mitgliederinteressen gegenüber der Gegenseite vorstellt“.⁴⁸

a) Überzeugungskraft in argumentativen Konflikten?

In seinen Entscheidungen zur Tariffähigkeit des „Verbandes der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie“ deutete das BAG zunächst an, dass es für die Durchsetzungsfähigkeit ausreichen könne, wenn in eine argumentative Auseinandersetzung mit der Gegenseite eingetreten werde⁴⁹ – jedenfalls im vorliegenden Fall, in dem zwei wichtige Voraussetzungen gegeben seien: Zum einen seien die oberen Angestellten „von ihrer Ausbildung und Stellung her in der Lage, ihre Ansichten und Forderungen zu artikulieren, diese mit Sachverstand zu begründen und mit Nachdruck zu vertreten“, ihre Forderungen könnten also „nicht ohne weiteres als unbegründet [abgetan]“ werden. Zum anderen seien die Mitglieder bereit, „Forderungen des Verbandes zwar jeweils individuell, insgesamt aber einheitlich und geschlossen gegenüber ihren jeweiligen Arbeitgeberunternehmen [zu] vertreten“ – ein solches koordiniertes und ständiges Argumentieren „könnte nicht ohne Auswirkungen bleiben“. Für solche Alternativen verwandte das BAG sogar den Begriff des „Arbeitskampfes“.⁵⁰

Leider war es dem Verband in der Zeit vor dieser BAG-Entscheidung über Jahre hinweg nicht gelungen, gegen einen widerstrebenden Arbeitgeberverband über eine „erfolgte eindeutige Bekundung des Willens, Arbeitsbedingungen tariflich zu

47 Selbstverständlich kann es hier nur darauf ankommen, ob eine Organisation gerade in Fragen, in denen ein Dissens mit der Arbeitgeberseite besteht, über effektive Druckfähigkeiten verfügt (genauer dazu schon Kocher, AuR 2005, S. 336 ff).

48 Däubler/Däubler (Fn. 7), Einl, Rn 95.

49 BAG 16. 11. 82 – 1 ABR 22/78, AP Nr. 32 zu § 2 TVG; a. A. zur Tariffähigkeit insoweit LAG Düsseldorf 8.1.1974 – 4 TaBV 65/74, Eza § 2 TVG Nr. 9 wo angesichts des geringen Jahresbeitrags auch das Fehlen der erforderlichen wirtschaftlichen Basis für einen Arbeitskampf bemängelt wurde. Stehe auch schon BAG 15.3.1977 – 1 ABR 16/75, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG (Verband der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie) mit der Annahme, „[es] ist aber nicht auszuschließen, daß leitende Angestellte schon aufgrund ihrer Schlüsselstellung im Arbeitsleben auf den sozialen Gegenspieler so viel Einfluß nehmen können, daß dieser sich Verhandlungen mit der Koalition nicht entziehen kann.“

50 BAG 16.11.1982 – 1 ABR 22/78, AP Nr. 32 zu § 2 TVG. Der Verband hatte darüber hinaus auch auf Arbeitskampfmaßnahmen wie „Dienst nach Vorschrift“ verwiesen.

füllen.“⁵⁵ Die „Autorität“ einer Arbeitnehmervereinigung im Verhältnis zu Wirtschaft, Gesellschaft und Tarifgegnern kann ihre konkrete Verhandlungsmacht beeinflussen.

Zur Erreichung solcherart zivilgesellschaftlicher Handlungsmacht ist aber mehr erforderlich als die Einstellung der einen oder anderen Tarifsekretärin. Hier geht es um mehr als fachliche Kompetenz von Einzelpersonen; die nötige zivilgesellschaftliche Verankerung, die zur Beeinflussung der öffentlichen Meinung erforderlich wäre, lässt sich erst durch langjährige Erfahrung in unterschiedlichen Bereichen erwerben.⁵⁶ Hier haben Einheitsgewerkschaften in jedem Fall einen Vorsprung: Die inhaltliche Leistungsfähigkeit und zivilgesellschaftliche Einflussmöglichkeit einer Organisation werden umso größer sein, je stärker sich in der Struktur der Mitgliedschaft die Struktur der Arbeitnehmerschaft insgesamt widerspiegelt⁵⁷ - ganz abgesehen von der finanziellen Leistungsfähigkeit⁵⁸, die für eine effektive Öffentlichkeitsarbeit ebenfalls nicht unwichtig ist.

Beim „Berufsverband katholischer Arbeitnehmerinnen in der Hauswirtschaft“ waren und sind diese Voraussetzungen jedenfalls nicht erfüllt.

4. Gleichbehandlung! Die Forderungen der ILO-Konvention 189

Es ist durchaus nicht so, dass die Hausangestellten selbst durchgehend auf „Einsicht und den guten Willen“ der anderen Seite vertrauen würden. Die Generalkommission der Freien Gewerkschaften gründete bereits 1910 den Zentralverband der Hausangestellten. Im heutigen „International Domestic Workers Network“ arbeiten zudem eine Reihe von NGOs mit. Die Durchsetzungsfähigkeit dieses Bündnisses zeigte sich bei seinem größten Erfolg: Im Jahre 2011 verabschiedete die Inter-

55 BAG, 6.6.2000 - 1 ABR 10/99 - AP TVG § 2 Nr. 55 (BTÜ).

56 Siehe zum Merkmal der Erfahrung auch Schüren, Festschrift 50 Jahre BAG, 2004, S. 878; vgl. auch Benecke, SAE 1998, S. 65.

57 Siehe Kocher, DB 2005, S. 2816 (S. 2820 ff); zu Begriff und Problem der „virtual representation“ Schüren, RdA 1988, S. 148.

58 Welche finanziellen Rahmenbedingungen gegeben sein muss, um glaubhaft von Streikbereitschaft und Streikfähigkeit sprechen zu können, ist ein anderes Thema (vgl. BAG 14.12.2004 - 1 ABR 51/03, AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit; BAG 15.3.1978 - 1 ABR 2/76, AP Nr. 30 zu § 2 TVG (Bergarbeiterverband Marl bzw. „Deutscher Arbeitnehmer-Verband“); a.A. Kempfen (Fn. 2); in die Richtung einer Berücksichtigung finanzieller Voraussetzungen der Streikfähigkeit aber BAG 15.3.1977 - 1 ABR 16/75, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG; BAG 16.11.1982 - 1 ABR 22/78, AP Nr. 32 zu § 2 TVG (Verband der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie).

regeln“ hinaus zu kommen - trotz der angeführten intellektuellen und argumentativen Ressourcen seiner Mitglieder. Die Argumente, mit denen das BAG diese Vorgeschichte für bedeutungslos erklärte, vermögen kaum zu überzeugen: Nach Meinung des Gerichts hätten Kampfmaßnahmen angesichts des Streits über die Tariffähigkeit unter einem erheblichen (rechtlichen) Risiko gestanden. Damit ließ sich aber allenfalls⁵¹ begründen, dass die Durchführung eines Streiks nicht erwartet werden konnte. Ein Argument für die Tariffähigkeit konnte sich daraus jedoch nicht ergeben, im Gegenteil: Tarifaufeinandersetzungen werden typischerweise auch mit rechtlichen Argumenten geführt, so dass eine gewisse Rechtsunsicherheit mit entsprechenden Risiken die nicht seltene Folge ist. Die Unfähigkeit des Verbands, in einer solchen durchaus nicht untypischen Situation ohne Streik zu einem Tarifvertrag zu kommen, beweist lediglich, dass eine ständige argumentative Auseinandersetzung sich gerade nicht als Äquivalent der Streikfähigkeit eignet. Tarifaufeinandersetzungen sollten nicht als intellektuelle Auseinandersetzung missverstanden werden.

b) Leistungsfähigkeit und zivilgesellschaftliche Bedeutung

Als weitere mögliche Alternativen zum Streik nennt *Franzen*: „etwa Beeinflussung der öffentlichen Meinung [...] oder Lobbyismus“⁵². Zu Recht schränkt er die Reichweite seiner Aussage mit dem Zusatz „unter Umständen“ selbst ein. Aber welche Umstände sind hier gemeint, unter denen zivilgesellschaftliche Aktivitäten wie öffentliche Kommunikation oder Lobby-Tätigkeit (im politischen Raum und/oder bei Wirtschaftsverbänden?) in der Lage sind, Druck und Gegendruck auszuüben?

Tatsächlich ist die Marktmacht⁵³ von Verbänden ein komplexes Phänomen; sie kann sich aus unterschiedlichen Quellen speisen. Dies ist einer der Gründe dafür, dass als Element der „sozialen Mächtigkeit“ in der Regel neben der Durchsetzungsfähigkeit auch die „Leistungsfähigkeit“ genannt wird.⁵⁴ Sie bezieht sich zum einen auf die inhaltliche Vorbereitung von Tarifforderungen und ihre Vermittlung in der Mitgliedschaft; insofern „muß die Arbeitnehmervereinigung auch von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die ihr gestellten Aufgaben zu er-

51 Das Gericht ging offensichtlich davon aus, dass auch die Führung eines Arbeitskampfs Tariffähigkeit voraussetzt - was angesichts der starken Indizwirkung eines durchgeführten Arbeitskampfes für die Tariffähigkeit (vgl. z. B. BAG 14.12.2004 - 1 ABR 51/03, BB 2005, S. 1054 ff) jedoch äußerst zweifelhaft ist.

52 Er/K/Franzen (Fn. 11), § 2 TVG Rn. 10. Zum dritten von ihm genannten Instrument „Verhandlungen“ siehe den vorigen Abschnitt.

53 Siehe auch Kempfen (Fn. 2), S. 737 zur Funktion der Tarifautonomie als marktähnlicher Mechanismus (siehe auch schon bei Fn. Kempfen (Fn. 2), S. 737).

54 LAG Berlin, 21.6.1996 - 6 TaBV 2/96, AP Nr. 48 zu § 2 TVG (GKD), dort auch zum Verhältnis der beiden Kriterien; ausführlich zu dieser Debatte Kocher, DB 2005, S. 2816 ff.

nationale Arbeitsorganisation (ILO) das Übereinkommen 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte (C-189 „Domestic Workers Convention“)⁵⁹. Zu den wesentlichen Anliegen gehört neben der Gleichbehandlung mit anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (Art. 3) die Berücksichtigung des besonderen Schutzbedürfnisses der Hausangestellten (insbesondere Art. 5, 6, 9 und 12). Anders als das BVerfG 1964 geht die Konvention nicht davon aus, dass die „natürlichen Gegensätze“ zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hier geringer seien, sondern im Gegenteil: Gerade aus dem „privaten Charakter“ ihres Arbeitsplatzes ergibt sich eine erhöhte Gefahr von Misshandlungen, Belästigungen und Gewalt⁶⁰, aber auch die Gefahr eines Übergreifens der Arbeitstätigkeit auf die Freizeit.

Die Anforderung der Gleichbehandlung fordert jedenfalls dazu auf, Ausnahmen für den Bereich der Hausarbeit zu hinterfragen und genau zu begründen. Und da zeigt sich im Fall der Tariffähigkeit: Die Hausarbeit mag zwar in gewisser Weise ein anderer Fall sein als die Bauindustrie, die Chemische Industrie oder die Stahlindustrie. In ihrem Charakter einer Dienstleistung an der Person hat sie aber viele Gemeinsamkeiten mit anderen Branchen und Tätigkeiten. Es bleibt als mögliches Alleinstellungsmerkmal der Charakter der „Friedlichkeit“. Diesen aber als Argument für eine Ausnahmeregelung zu begründen, droht durchaus „negative Rückwirkungen auf das ‚normale‘ Tarifvertragssystem [...]“⁶¹ auszuüben. Schließlich kann „Wirtschaftsfriedlichkeit“ als solche keine Tariffähigkeit begründen; es bedarf mindestens eines funktionalen Äquivalents zum Streik.

Für die Anerkennung der Tariffähigkeit ist bis auf wenige Ausnahmefälle von großen und zivilgesellschaftlich nachweislich einflussreichen Organisationen sowohl Fähigkeit als auch Bereitschaft zum Streik erforderlich – auch im Bereich der Hausarbeit.

59 Gemeinsam mit dem Übereinkommen wurde die Empfehlung betreffend menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte verabschiedet (R-201), die Vorschläge zur weiteren Ausgestaltung auf nationaler Ebene macht. Die Konvention ist allerdings bis heute (November 2012) noch nicht ratifiziert.

60 Siehe auch den Fall des BAG 22.8.2012 - 5 AZR 949/11, ArbuR 2012, 374 (Vorinstanz: LAG Berlin-Brandenburg 9.11.2011 - 17 Sa 1468/11), in dem zunächst lediglich über die Frage (beendeter) Immunität eines Diplomaten entschieden wurde.

61 Solche Auswirkungen bestreitet Kittner (Fn. 23).