

Angesichts der bislang ergangenen Rechtsprechung zum Inhalt und Umfang von Notdiensten bis hin zur interimswisen Anordnung von Notdiensten während eines Streiks, solange sich die Tarifvertragsparteien nicht selbst auf eine freiwillige Notdienstvereinbarung verständigen können, wird erwogen, das Schlichtungsverfahren auf das Notdienst-Thema zu fokussieren.⁹⁸ Hierin läge in der Tat ein Vorteil, wenn dies auch noch mit der Anrufung einer – paritätisch besetzten – Schiedsstelle verbunden würde. So könnte eine formelle Regelung zu Notdiensten mit einer materiellen Suche nach inhaltlichen Kompromissen – ggf. aufschiebend bedingt auf deren Scheitern – in der Schlichtung verbunden werden.

X. Schlussfolgerung

Helmut Schmidt hat einmal formuliert, dass die Kunst eines Staatsmannes nicht in der Verteidigung juristischer Standpunkte bestehe, sondern in der Entwicklung pragmatischer Lösungen.⁹⁹ In diesem Sinne haben die Arbeitsgerichte in Frankfurt a. M. dahingehend plädiert, dass der Tarifkonflikt unter Hinzuziehung von Schlichtern gelöst werden möge. Ob in dieser Legislaturperiode noch ein gesetzgeberischer Anlauf zur Sicherung eines „Mindestangebots im Eisenbahnverkehr“ erfolgt, erscheint ausgeschlossen. Immerhin haben aktuell die demokratisch legitimierten Vertreter „von allgemeinen Interessen“ wie auch weite Teile der Bevölkerung zu erkennen gegeben, dass ihnen an einem auch geordneten

Tarifkonflikt im Segment der Eisenbahnverkehre mit Rücksicht auf allgemeine Werte von Verfassungsrang – bis hin zu nationalen Sicherheitsfragen – sowie auf die Interessen anderer Grundrechtsträger gelegen ist.

Auch die GDL hat mit ihren zwei Arbeitskämpfpausen über Weihnachten und Neujahr 2023 sowie Ostern 2024 zu erkennen gegeben, dass ihr an einer Einbettung von Streiks in das Konzert involvierter Grundrechte Dritter sowie weiterer Werte von Verfassungsrang gelegen ist. Auf diesem Pfad sollte weitergearbeitet werden, um den Wert von Tarifautonomie zu verdeutlichen. Hierzu gehören aber auch Abstimmungen unter konkurrierenden Koalitionen, weil zB ein „Restverkehr“ in seiner Struktur möglichst einheitlich definiert werden sollte.¹⁰⁰ Nach dem Wechsel des Bundesvorsitzenden der GDL mag vielleicht ein direktes Kontinuum für die Schärfe weiterer Auseinandersetzungen fehlen; jedoch wird es weiterhin gewiss nicht an der Brisanz von juristischen Problemlagen mangeln. Mögen diese dann kreativ im nächsten Vierteljahrhundert nach dem Motto von Gottfried Wilhelm Leibniz „theoremum cum praxi“ zuvörderst von den Tarifvertragsparteien bewältigt werden können. ■

98 Thüsing DB 2024, 185 (188).

99 Helmut Schmidt, *Menschen und Mächte*, 1987, S. 48 mit einem süffisanten Seitenhieb auf den ehemaligen „taktisch begabten, aber stark juristisch orientierten“ Außenminister Hans-Dietrich Genscher.

100 Vgl. Meyer FS Buchner, 2009, 628 (639).

Professor Dr. Volker Rieble, München*

Tariffähigkeit der GDL

- I. Genossenschaft Fair Train als Verleiher von Lokomotivführern
- II. Fair Train als gewerkschaftliche Betätigung?
 1. Reichweite der Koalitionsbetätigung
 2. Organisationsautonomie als Element der Koalitionsfreiheit
 3. Geschäftsbetrieb der Fair Train als Druck- oder Kampfmittel?
 4. Zurechnung der Fair Train zur GDL?
- III. Folgen für Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit der GDL
 1. Anforderung des Koalitionsstatus und der Tarifautonomie
 2. Gegnerschaft bezogen auf die Fair Train e. G.
 3. Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit zur Fair Train e. G.
- IV. Relative oder einheitlich-unteilbare Gegnerfreiheit
 1. BAG-Rechtsprechung: Keine relative „soziale Mächtigkeit“
 2. Schrifttum: Einheitlich-abstrakte vs. relativ-partielle Tariffähigkeit
 3. Einheitlich-abstrakte Tariffähigkeit als unverhältnismäßiger Eingriff in die Koalitionsfreiheit?
- V. Unabhängigkeit von Dritten
 1. Zweck: Autonomiesicherung
 2. Dritteinfluss
 3. Bestimmender Einfluss?
 4. Keine Beurteilung konkreter Interessenkollisionen
 5. Konsequenzen für Tariffähigkeit der GDL gegenüber AGV MOVE
- VI. Ergebnisse

GDL-Funktionäre haben eine Genossenschaft gegründet, die der Deutschen Bahn als Verleiher von Lokomotivführern Druck machen soll. Aus der Verflechtung jenes „Arbeitgebers“ mit der GDL wird nun deren Tariffähigkeit bezweifelt. Die Tariffähigkeit der GDL hängt davon ab, ob sie ungeachtet ihrer Verflechtung mit der Genossenschaft Fair Train noch gegnerfrei, gegnerunabhängig und unabhängig von Dritten und deswegen weiterhin als Gewerkschaft taugliche Tarifpartei nach § 2 Abs. 1 TVG ist. Vorab ist die Vorfrage zu beantworten, wie die Gründung der Genossenschaft koalitionsrechtlich einzuordnen ist und ob der GDL das Handeln der Genossenschaft zuzurechnen ist.

I. Genossenschaft Fair Train als Verleiher von Lokomotivführern

Am 6.1.2023 gründeten der damalige Vorsitzende der GDL, seine Stellvertreter, der Leiter der Tarifabteilung, ein ehemaliger Vorsitzender und der Bundesgeschäftsführer der GDL die eingetragene Genossenschaft „Fair Train“. Die Genossenschaft soll selbst Personal – insbesondere Lokführer – beschäftigen und an Eisenbahnunternehmen verleihen. Die GDL als Rechtsperson war an der Gründung nicht beteiligt. Gremien der Gewerkschaft haben keine Beschlüsse hierzu gefasst. Vielmehr handelt es sich um eine „private“ Initiative der Gründer. Die Gründungsversammlung hat den Auf-

* Prof. Dr. Volker Rieble lehrt Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht in München und leitet Abteilung I des ZAAR. Er dankt Fabian Vetter für seine kluge Unterstützung. Der Verfasser hat die Frage der Tariffähigkeit für die GDL untersucht und stellt seine Überlegungen zu Gegnereinfluss und unteilbarer Tariffähigkeit vor.

sichtsrat zunächst mit drei stellvertretenden Gewerkschaftsvorsitzenden besetzt. Dieser bestellte den Vorstand der Genossenschaft: Der Bundesgeschäftsführer der GDL ist bis heute dort Vorstand; das zweite Vorstandsamt wurde im Mai 2023 neu besetzt. Der Aufsichtsrat wurde im März 2024 neu besetzt; Organmitglieder der GDL sind dort nicht mehr zu finden.¹

Damit beschränkt sich die Verflechtung von GDL und Fair Train darauf, dass alle Genossen zugleich GDL-Mitglied sind und sein müssen. Auch die Organmitglieder in Vorstand und Aufsichtsrat sind notwendig Genossenschaftsmitglieder (§ 9 Abs. 2 S. 1 GenG) und damit GDL-Mitglieder, solange die Genossenschaft diese Anforderung an die Mitgliedschaft auch durchsetzt.²

Die *Gründungssatzung* der Genossenschaft aus dem Jahr 2023 sieht vor: Vollmitglieder der Genossenschaft können nur Gewerkschaftsmitglieder der GDL werden (§ 3 Nr. 2). Mitglieder können bis zu vier Geschäftsanteile übernehmen (§ 4 Nr. 3 S. 1); sind sie Arbeitnehmer der Genossenschaft, erhöht sich dies auf zehn (§ 4 Nr. 3 S. 2). Jedes Mitglied hat eine Stimme in der Generalversammlung der Genossenschaft (§ 11 Nr. 2 S. 1). Gründungsmitglieder, die mindestens zwei Geschäftsanteile halten, haben drei Stimmen (§ 11 Nr. 2 S. 2). Diese Stimmen können nur einheitlich abgegeben werden (§ 11 Nr. 2 S. 3). Als investierendes Mitglied im Sinne von § 8 Abs. 2 GenG (das nicht vom Geschäftsbetrieb der Genossenschaft profitiert) sind auch Gewerkschaften vorgesehen (§ 3 Nr. 3). Investierende Mitglieder haben kein Stimmrecht, können aber in Ämter gewählt werden (§ 11 Nr. 3). Sie müssen zehn Anteile übernehmen (§ 4 Nr. 4).³ In § 2 Nr. 3 ihrer Satzung legt sich die Genossenschaft auf die GDL als Tarifpartner fest.⁴

Der Arbeitskräftemangel bei Lokomotivführern schafft einen Arbeitnehmermarkt. Lokomotivführer können, wie Arbeitnehmer in anderen Mangelberufen, ihren Arbeitgeber wählen und dabei auf „bessere“ Arbeitsbedingungen achten. Die Genossenschaft will als Arbeitgeber gezielt bessere Arbeitsbedingungen anbieten, ist insoweit aber darauf angewiesen, dass Eisenbahnen bereit sind, die entsprechend teureren Überlassungspreise zu bezahlen. Die zu überlassenden Arbeitnehmer müssen weder Genosse noch GDL-Mitglied sein. Aus Sicht der GDL ist die Genossenschaft ein tarifpolitisches „Druckmittel“ gegen die Deutsche Bahn AG, um diese durch Nachfragekonkurrenz und durch an höheren Arbeitskosten orientierter Überlassungsvergütung auf dem Arbeitsmarkt zu verbesserten tariflichen Arbeitsbedingungen zu bewegen. So schreibt die Genossenschaft auf ihrer Internetseite: „Es ist zu erwarten, dass sich die Arbeitsbedingungen der Fair Train e. G. über die Zeit auch im gesamten Eisenbahnmarkt durchsetzen werden.“⁵

Die Genossenschaft hat (Stand: Januar 2024) über 270 Mitglieder. Sie hat ihren Geschäftsbetrieb bisher nicht aufgenommen. Die Genossenschaft hat seit September 2023 eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, aber Stand April 2024 keine zu verleihenden Arbeitnehmer. Es wurden noch keine Verträge mit Entleihern als Kunden abgeschlossen. Die Aufnahme des Geschäftsbetriebes ist nur geplant. Die GDL und die Genossenschaft haben am 13.9.2023 einen (womöglich unwirksamen) „Haustarifvertrag Fair Train e. G.“ über die wesentlichen Arbeitsbedingungen geschlossen. Neben Mantelbestimmungen (§§ 2 bis 21) regelt er Arbeitszeit (§§ 22 bis 33) und Entgelt (§§ 34 bis 58). Ergänzend findet kraft statischer Verweisung der Bundes-Rahmentarifvertrag für das Zugpersonal (BuRa-ZugTV PDL) vom 12.7.2021 Anwendung, den die GDL mit Konkurrenten der Deutschen

Bahn geschlossen hat.⁶ Das Niveau der Arbeitsbedingungen entspricht etwa den branchenüblichen Arbeitsbedingungen; der signifikante Vorsprung, der Fair Train als Druckmittel erst effektiv machte, steht noch aus.

II. Fair Train als gewerkschaftliche Betätigung?

1. Reichweite der Koalitionsbetätigung

Lokführer bündeln ihre Verhandlungsmacht als Arbeitskräfteanbieter in der Fair Train, die als Verleiher diese Arbeitskraft Bahnunternehmen, insbesondere aus dem DB-Konzern, anbieten will. Die GDL kann – jedenfalls faktisch – die Fair Train über den Einfluss ihrer Funktionäre und Mitglieder steuern. Damit unterstützt sie *unmittelbar* jene Lokführer, die über die Anstellung bei der Genossenschaft einen Arbeitsplatz oder einen solchen zu besseren Arbeitsbedingungen als bei der Deutschen Bahn erlangen. Koalitionsbetätigung ist das nur, soweit die Lokführer Mitglied der GDL sind.⁷

Mittelbar stützt diese Taktik die Tarifpolitik der GDL und kommt ihren tarifgebundenen Mitgliedern zugute: Wenn die Deutsche Bahn vermehrt Lokführer zu Konditionen einstellen muss, die teurer sind als eigene Lohnkosten (höhere Lohnkosten des Verleihers plus Aufschlag), so wird sie entweder ihre Tarifbedingungen für Lokführer nach oben anpassen oder im Nachfragewettbewerb mit übertariflichen Leistungen zu bestehen suchen. Insofern zielt die Maßnahme auf eine Förderung der Arbeitsbedingungen eigener Mitglieder und ist zunächst von der Koalitionsbetätigungsfreiheit geschützt.

Als Gegenstand der Koalitionsbetätigung einer Gewerkschaft kommen Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmerüberlassung durchaus in Betracht. Beschäftigung zu angemessenen Arbeitsbedingungen ist zentraler Koalitionszweck der Arbeitnehmervereinigungen. Über die Instrumente entscheiden sie selbst. Das zeigen Transfergesellschaften für arbeitslos Gewordene, die durchaus auf gewerkschaftliche Anregung entstehen und mitunter „gewerkschaftsnah“ betrieben werden. Die Gewerkschaft muss nur darauf achten, dass sie insoweit *nicht selbst zum Arbeitgeber* wird, weil sie damit ihren Koalitionsstatus (insoweit) gefährdet. Das zeigt die VGB-Entscheidung des Ersten Senats des BAG: Für die eigenen Arbeitnehmer, mit denen eine Gewerkschaft ihren privilegierten Zweck verfolgt, kann sie keine Koalitionsfunktion wahrnehmen; sie wäre als Arbeitgeber ihr eigener Gegner. Der Verband der Gewerkschaftsbeschäftigten (heute: Gewerkschaft der Gewerkschaftsbeschäftigten) hingegen ist die

- 1 Abrufbar unter https://www.fair-train.de/news-detail?tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Bnews%5D=22&cHash=0ec4fcc33ca532815fe6d59a6a0b6e4e (zul. abgerufen am 10.5.2024). Der Aufsichtsratsvorsitzende Rainer Wendt ist kein Mitglied der GDL, aber investierendes Mitglied der Genossenschaft.
- 2 Zu den genossenschaftsrechtlichen Fragen Löwisch NZA 2023, 929 (930 f.).
- 3 Abrufbar unter https://www.fair-train.de/fileadmin/fair_train/download/FT_Satzung.pdf (zul. abgerufen am 10.5.2024).
- 4 Abrufbar unter https://www.fair-train.de/fileadmin/fair_train/download/FT_Satzung.pdf (zul. abgerufen am 10.5.2024).
- 5 Abrufbar unter <https://www.fair-train.de/leistung> (zul. abgerufen am 10.5.2024).
- 6 Abrufbar unter https://www.fair-train.de/fileadmin/fair_train/download/2021-03-01_BuRa-ZugTV_PDL_Unterschr.pdf (zul. abgerufen am 10.5.2024).
- 7 V. Mangoldt/Klein/Starck, GG/Kemper, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 90; Dürig/Herzog/Scholz, GG/Scholz, 102. EL August 2023, Art. 9 Rn. 167; Wiedemann, TVG/Jacobs, 9. Aufl. 2023, Einl. Rn. 145; MHD ArbR/Rieble, 5. Aufl. 2022, § 218 Rn. 21, § 220 Rn. 74.

(nicht tariffähige) Koalition für diese Arbeitnehmer und kann nicht als „Gegner“ abqualifiziert werden.⁸

Für die GDL kommt es deshalb aus Sicht der Koalitionsfreiheit (und der nachgelagerten Tariffähigkeit) darauf an, ob sie wegen der Interessenverflechtung mit der Fair Train dort mittelbar Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt oder mit diesem Arbeitgeber so verflochten ist, dass sie als Gewerkschaft nicht mehr hinreichend unabhängig ist (unten III).

2. Organisationsautonomie als Element der Koalitionsfreiheit

Die Koalitionsfreiheit gewährleistet der Koalition die selbstbestimmte Regelung ihrer Organisation („Organisationsautonomie“).⁹ Koalitionen können im Rahmen ihrer Organisationsautonomie frei horizontale und vertikale Organisationsstrukturen schaffen und so die innere Ordnung der Koalition auf unterschiedliche Organisationseinheiten gliedern. Dabei haben die Koalitionen das Recht, ihre Betätigungsfelder auf verschiedene Rechtsträger aufzuteilen. So schützt die Koalitionsfreiheit das Recht der Koalitionen, ihr Vermögen über Kapitalgesellschaften zu verwalten.¹⁰

Hätte die GDL die Gründung der Fair Train e. G. betrieben, wäre dies mithin von der Koalitionsbetätigungsfreiheit gedeckt. Die Fair Train e. G. ist eigenständiger Rechtsträger, könnte aber gleichwohl mittelbarer Teil der Organisationsstruktur der GDL sein (zur Zurechnung unten 4.). Anders gewendet: Die GDL darf auf dem Arbeitsmarkt Arbeitskräfteverknappung betreiben, um ihre Tarifforderungen zu unterstützen. Das ist autonome Koalitionsentscheidung. Sie dürfte sich hierzu eines von Spitzenfunktionären der Gewerkschaft gegründeten Unternehmens bedienen. Insofern stünde sie unter dem Schutz der Koalitionsbetätigungsfreiheit und der Organisationsautonomie. Spiegelbildlich könnte ein Arbeitgeberverband von Bahnunternehmen ein Forschungsinstitut gründen, um den fahrerlosen Bahnverkehr in Deutschland einzuführen, damit die Arbeitskräftenachfrage nach Lokführern zu schwächen und so der GDL kraftvoll zu begegnen.¹¹ Zur Koalitionsbetätigung wird dies durch die Zielsetzung der Gewerkschaft oder des Arbeitgeberverbandes als Instrument in der Tarifaufeinandersetzung.¹²

DGB-Gewerkschaften gründeten vielfach Unternehmen, um ihre Interessen wahrzunehmen. So halten die aus Tradition als nicht-rechtsfähige Vereine (nunmehr: Vereine ohne Rechtspersönlichkeit gem. § 54 BGB nF) geführten Gewerkschaften ihr erhebliches Vermögen über Beteiligungsgesellschaften. Die DGB-Rechtsschutz GmbH nimmt für die Gewerkschaften mit der Rechtsberatung und Prozessvertretung eine unmittelbare Koalitionsaufgabe wahr. Über die Bund-Verlag GmbH betreibt der DGB Publizistik, auch rechtswissenschaftlicher Art. Mit der Hans-Böckler-Stiftung schöpfen die DGB-Gewerkschaften die Aufsichtsratsvergütungen der Gewerkschaftsmitglieder ab und betreiben Mitbestimmungspolitik. All diese Bestrebungen stehen unter dem Schutz der Koalitionsbetätigungsfreiheit, soweit sie von einer Gewerkschaft oder einer Spitzenorganisation zielgerichtet eingesetzt werden.

Außerhalb des Koalitionszwecks standen die konsumgenossenschaftlichen und gescheiterten Versuche der DGB-Gewerkschaften in der „Gemeinwirtschaft“ (Neue Heimat, Coop, Volksfürsorge, Bank für Gemeinwirtschaft [BfG] nebst Allgemeiner Hypothekenbank AG [AHB]). Insofern ging es nicht um die auch mittelbare Förderung der Arbeitsbedingungen; vielmehr waren die Arbeitnehmer als Verbraucher angesprochen. Geschützt waren die Gewerkschaften

hierin gleichwohl – über die allgemeine Vereinigungsfreiheit, Art. 9 Abs. 1 GG.

3. Geschäftsbetrieb der Fair Train als Druck- oder Kampfmittel?

Die Geschäftstätigkeit der Genossenschaft soll die Unternehmen der Deutschen Bahn auch in der Tarifaufeinandersetzung unter Druck setzen und so die Tarifpolitik der GDL unterstützen. Die Kombination aus Abwerbung und Entleih-Kostendruck soll zu besseren Tarifbedingungen führen.

a) Kampfmittelfreiheit

Privilegierte Kampfmittel im engeren Sinne sind nur Streik und Aussperrung: Sie suspendieren den Arbeitsvertrag und sind als Koalitionsbetätigung von der Deliktshaftung ausgenommen.¹³ Das BAG postuliert in seiner Flashmob-Entscheidung eine umfassende „Kampfmittelfreiheit“ der Gewerkschaften.¹⁴ Diese wird in der Literatur abgelehnt: Sie begründet eine nahezu unbegrenzte Fremdschädigungsbefugnis und bezieht Dritte („Aktivisten“) ohne eigene tarifliche Betroffenheit in den Arbeitskampf ein.¹⁵ Denkt man diese Kampfmittelfreiheit konsequent weiter, fällt darunter auch Gründung und Einsatz der Fair Train. Das BAG meint: „Die Beurteilung, ob eine Betätigung koalitionsspezifisch ist, richtet sich grundsätzlich nicht nach der Art des von der Koalition gewählten Mittels, sondern nach dem von ihr damit verfolgten Ziel. [...] [Es ist] verfassungsrechtlich geboten, eine durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte koalitionsspezifische Betätigung anzunehmen, wenn das von einer Koalition eingesetzte – friedliche – Mittel der Durchsetzung eines koalitionsspezifischen Ziels, wie insbesondere der Erzwingung eines Tarifvertrags dient.“¹⁶

Führende Funktionäre der GDL wollen durch das unternehmerische Auftreten der Fair Train am Markt Druck auf die DB ausüben, um bessere Tarifabschlüsse zu erzielen. Das

8 BAG 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, NZA 1998, 754; dazu Bischoff, Die Gewerkschaft in der Gewerkschaft, 2000, S. 1 ff.; Lessner-Sturm, Gewerkschaften als Arbeitgeber, 2009, S. 361 ff.

9 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE 146, 71 Rn. 133 = NZA 2017, 915; 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 u. a., BVerfGE 100, 271 (282) = NZA 1999, 2022; 24.2.1999 – 1 BvR 123/99, BVerfGE 100, 214 (221) = NZA 1999, 713; je mwN; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, Grdl. Rn. 113; Dürig/Herzog/Scholz, GG/Scholz, 78. EL 09/2016, Art. 9 Rn. 202 mwN; Dreier, GG/Barczak, 4. Aufl. 2023, Art. 9 Rn. 85; ErfK/Linsenmaier, 24. Aufl. 2024, GG Art. 9 Rn. 40; Beck-OK GG/Cornils, 56. Ed. 1.8.2023, Art. 9 Rn. 55; Wiedemann, TVG/Oetker, 9. Aufl. 2023, Einl. Rn. 148 f.; Däubler, TVG, 5. Aufl. 2022, Einl. Rn. 112; Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, TVR/Krause, 2. Aufl. 2013, § 1 Rn. 18 mwN.

10 MHD ArbR/Rieble, 5. Aufl. 2022, § 220 Rn. 25 ff.; allgemein: Dürig/Herzog/Scholz, GG/Scholz, 78. EL 09/2016, Art. 9 Rn. 202 f.

11 Derzeit wird fahrerloser Schienenverkehr bei U-Bahnen praktiziert, in Deutschland etwa in Nürnberg. Die Deutsche Bahn konzipiert autonomen Schienenverkehr und einen Testzug.

12 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347 Rn. 34.

13 BAG (GS) 28.1.1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291 = NJW 1955, 882; Otto, Arbeitskampf- und SchlichtungsR, 2006, § 14 Rn. 1 ff.; Kissel, ArbeitskampfR, 2002, § 46 Rn. 1 ff., § 57 Rn. 1 ff.; MHD ArbR/Ricken, 5. Aufl. 2022, § 276 Rn. 1, § 277 Rn. 1; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, Grndl. Rn. 493; Nipperdey FS Sitzler, 1956, 79 ff.; Nipperdey NJW 1957, 1777 ff.; aA zur Deliktshaftung Richardi FS Sacker, 2011, 285 (290 ff.).

14 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347 Rn. 34; gebilligt BVerfG (Kammer) 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493 Rn. 23 f.

15 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, Grndl. Rn. 533; Sacker/Mohr JZ 2010, 440; Rüthers/Höpfner JZ 2010, 263 (264 f.); Otto RdA 2010, 135 (141 ff.); Jacobs ZFA 2011, 71 (92 f.); Richardi, Arbeitskampf und Deliktsschutz, FS Sacker, 2011, 285; Willemssen/Mehrens AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174; Kersten, Neues Arbeitskampfrecht, 2012, S. 66 ff.; Franzen JArbR 47 (2010) 119 ff.; Rosenau, Die Koalitionsbetätigungsfreiheit im gewandelten Kontext, 2013, S. 234 ff.; Giesen, Streikrecht, 2022, § 3 Rn. 5 ff., § 6 Rn. 36.

16 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347 Rn. 34.

Abwerben von Lokführern soll den Arbeitsmarkt verknappen und im besten Fall die Unternehmen der Deutschen Bahn „zwingen“, Lokführer zu entleihen, um den Betrieb aufrecht zu erhalten.

Wenn die Fair Train von der GDL gesteuert würde, so geschähe dies zur Förderung der Interessen der GDL-Mitglieder. Dann handelte es sich nach der Rechtsprechung des BAG um eine koalitionspezifische Betätigung. Auf die Wahl des Mittels kommt es nicht an.

Arbeitskampfmaßnahmen werden vom BAG nuremehr nach „Proportionalität“ bewertet; es soll kein einseitiges Übergewicht einer der Tarifparteien bei den Tarifverhandlungen entstehen. Dem Angreifer soll kein Kampfmittel zustehen, das er frei von Risiken einsetzen kann, dem Gegner aber keine Verteidigungsmöglichkeiten lässt.¹⁷ Der Einsatz der Fair Train ist nicht risikofrei. Das Projekt kann scheitern, dann stehen die betroffenen Arbeitnehmer im Regen. Zudem kann sich die DB verteidigen: Sie kann Anreize für ihre Mitarbeiter schaffen, nicht zur Fair Train zu wechseln und damit deren Macht begrenzen. Ohne Lokführer bliebe die Fair Train ein zahloser Tiger. Der Aufwand der Genossenschaftsgründung wäre vertan. Legt man die gewerkschafts- und streikmittelfreundliche Rechtsprechung des BAG und des BVerfG zugrunde, spricht nichts gegen den Einsatz der Fair Train als „Quasikampfmittel“.

b) Quasi-Kampfmittel – keine Kampfmaßnahme

Die Kampfmittelfreiheitsrechtsprechung des BAG hat einen richtigen Kern: Neben dem privilegierten Streik kann eine Gewerkschaft, aber auch eine nicht-tariffähige Arbeitnehmervereinigung zur gebündelten Ausübung von Individualrechten aufrufen. So können „massenhafte“ Individualwiderrsprüche gegen den Arbeitgeberwechsel einen Betriebsübergang stören.¹⁸ Arbeitnehmer können aus ihrer Sicht unzutraglichen Arbeitsbedingungen mit einer Individualkündigung – im Rahmen der maßgeblichen Kündigungsfristen – begegnen. Hierzu kann eine Arbeitnehmervereinigung aufrufen. Die bloße Bündelung der Geltendmachung von Individualrechten macht diese Aktion nicht rechtswidrig.¹⁹ Das *Boykottverbot* des Wirtschaftsrechts²⁰ gilt jedenfalls auf der Arbeitnehmerseite des Arbeitsmarktes nicht, weil die Akteure keine Unternehmen im Sinne des Wirtschaftsrechts sind.²¹

Schließlich dürfen die Arbeitnehmer anerkannterweise ihr individuelles *Zurückbehaltungsrecht* nach §§ 320, 273 BGB gemeinsam ausüben.²² Das hat zwar – etwa wenn auf erhebliche *Lohnrückstände* mit Arbeitsniederlegung reagiert wird – streikähnliche Wirkung. Dennoch bleibt ein erheblicher Unterschied zum genuin kollektivrechtlichen Streik: An der Arbeitsniederlegung dürfen nur jene Arbeitnehmer teilnehmen, die selbst einen so erheblichen Lohnrückstand vorweisen können, dass ihnen ein subjektives Zurückbehaltungsrecht zusteht. Anders als beim Streik dürfen also Arbeitnehmer, die nicht betroffen sind, keine Solidarität üben.

Insofern also gilt: Eine Gewerkschaft oder eine nicht-tariffähige Arbeitnehmervereinigung darf Mitglieder zu abgestimmten rechtmäßigen Individualmaßnahmen aufrufen. Ihre Rechtfertigung erhalten die Maßnahmen nicht aus dem kollektiven Kampfrecht, sondern aus der individuellen Rechtsposition der Arbeitnehmer. Soweit diese Individualrechte zweckgebunden sind – wie das Zurückbehaltungsrecht – darf die Koalition keine anderen Zwecke verfolgen. Das Recht, das laufende Arbeitsverhältnis zu beenden, insbesondere durch Kündigung oder Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB ist nicht zweckgebunden.

Insofern kann die *tarifliche Friedenspflicht* eine solche kollektive Geltendmachung von Individualrechten hindern: Eine Gewerkschaft darf die Geltung eines laufenden Tarifvertrags auch nicht durch abgestimmte Individualkündigungen hintertreiben und einen Tarif-Nachschlag fordern.²³

Soweit die GDL mit der Fair Train selbst die Abwerbung von Lokführern organisiert, handelt es sich um solches Individualverhalten. Jeder Lokführer ist in seiner Entscheidung frei, den Arbeitgeber zu wechseln. Fair Train verschafft nur eine Gelegenheit.

4. Zurechnung der Fair Train zur GDL?

Das zentrale Problem liegt nun aber darin: Kann die – geplante und noch nicht begonnene – Geschäftstätigkeit der Fair Train der GDL zugerechnet werden? Oder handelt es sich um eine von der Gewerkschaft getrennt zu sehende Aktivität von GDL-Mitgliedern? Auf den Außenauftritt der Genossenschaft, insbesondere eine Ähnlichkeit der Logos kommt es nicht an. Nicht die Genossenschaft entscheidet, ob ihre Tätigkeit der GDL zuzurechnen ist – sondern die Hans-Böckler-Stiftung dadurch dem DGB zurechenbar ist, dass sie sich als Einrichtung des DGB bezeichnet. Das ist mittelbar für die *spiegelbildliche Frage der Gegnerzuordnung* maßgeblich.

Zurechenbar ist der Gewerkschaft zunächst jeder Beschluss ihrer nach der Satzung zuständigen Organe, § 31 BGB. Die Vermögensbetreuungsgesellschaften der DGB-Gewerkschaften sind durch Vorstandsbeschluss entschieden und werden von einem vertraglich gebundenen Treuhänder geführt. Auch die Böckler-Stiftung wurde 1977 durch Willensakt des DGB errichtet. Der DGB-Bundesausschuss entscheidet über die Abführungspflichten der Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten.

Hier liegt der Errichtung der Fair Train *kein Beschluss des Hauptvorstandes* der GDL zugrunde. Vielmehr haben einige Vorstandsmitglieder und andere aktive oder ehemalige Funktionsträger die Genossenschaft errichtet. Die Gewerkschaft selbst hätte sich satzungswidrig verhalten, weil eine Genossenschaft kein Förderverein iSv § 21 GDL-Satzung ist. Die Genossenschaft ist wirtschaftlich tätig und kein Idealverein. Solche *Parallelaktivitäten von Funktionsträgern* sind der Gewerkschaft grundsätzlich nicht zurechenbar. Organmitglieder handeln für den Verband nur dann, wenn sie dessen Willen bilden. Sie sind frei darin, auch außerhalb des Verbandes aktiv zu werden. Sie dürfen sich dabei nur nicht gewerkschaftsschädlich verhalten. Gründeten Vorstandsmit-

17 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347 Rn. 46; BVerfG (Kammer) 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493 Rn. 24.

18 BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03, NZA 2005, 43 unter II.1.b).cc). (3); 23.7.2009 – 8 AZR 538/08, NZA 2010, 89 Rn. 41; Rieble NZA 2005, 1 (2); Kissel, Arbeitskampfr 2002, § 61 Rn. 40; kritisch Otto, Arbeitskampf- und SchlichtungsR, 2006, § 11 Rn. 49, der im Kollektivwiderspruch ein Kampfmittel sieht.

19 BAG 28.4.1966 – 2 AZR 176/65, BB 1966, 698; Otto, Arbeitskampf- und SchlichtungsR, 2006, § 11 Rn. 33 ff.; Kissel, Arbeitskampfr, 2002, § 61 Rn. 13, 17; Däubler, Arbeitskampfr-HdB, 4. Aufl. 2018, § 28 Rn. 17; offen MHD ArbR/Ricken, 5. Aufl. 2022, § 273 Rn. 13; iE ErFK/Linsenmaier, 24. Aufl. 2024, GG Art. 9 Rn. 281.

20 § 21 Abs. 1 GWB, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG; ausführlich Immenga/Mestmäcker, WettbR II/Markert, 7. Aufl. 2024, GWB § 21 Rn. 1 ff.

21 EuGH 16.9.1999 – C-22/98, WuW 2000, 83; Immenga/Mestmäcker, WettbR II/Markert, 7. Aufl. 2024, GWB § 1 Rn. 24 und Immenga/Mestmäcker, WettbR I/Markert, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 11; Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar/Brömmelmeyer, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 101 Rn. 45.

22 BAG 20.12.1963 – 1 AZR 428/62, BAGE 15, 174 = NJW 1964, 883; MHD ArbR/Ricken, 5. Aufl. 2022, § 273 Rn. 13 mwN.

23 Otto, Arbeitskampf- und SchlichtungsR, 2006, § 11 Rn. 33 ff., 37 mwN; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 1227.

glieder einen Verein zur Hilfe für in Not geratene Gewerkschafter, wäre dieser Verein der Gewerkschaft nicht zu rechnen, wenn das zuständige Vereinsorgan diese Aktivität nicht beschlossen hätte. Um es auf die Spitze zu treiben: Würde ein Kreisverband einer politischen Partei auf Initiative von Gewerkschaftsvorständen von zahlreichen Gewerkschaftern geflutet, um in dieser Partei für mehr Rücksicht auf gewerkschaftliche Belange zu sorgen, so wäre auch dies keine der Gewerkschaft zurechenbare Aktivität.

Dabei genügt es nicht, dass eine Gewerkschaft die Gründung einer Einrichtung initiiert. Deren Handeln kann ihr im Rahmen der Koalitionsbetätigung nur zugerechnet werden, soweit die Gewerkschaft ein *Mindestmaß an Steuerung und Kontrolle über die Tätigkeit der Einrichtung ausübt*. Die bloß teilweise Mitgliederidentität, die Gründungsinitiative und das werbende Eintreten von Funktionsträgern der Gewerkschaft für die Einrichtung bedeutet noch keine Kontrolle.

Insofern bietet es sich an, auf die *konzerngesellschaftsrechtliche Abhängigkeit* abzustellen, die nach § 17 Abs. 1 AktG voraussetzt, dass das eine „Unternehmen“ auf das andere „unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann“. Unternehmen im gesellschaftsrechtlichen Sinne können auch Gewerkschaften sein (anders als im Wirtschaftsrecht).²⁴ So könnte man die Böckler-Stiftung als vom DGB abhängig ansehen, weil ihr Vorstand durchgängig mit hochrangigen Funktionären des DGB und seiner Mitglieds-gewerkschaften besetzt sind; Vorsitzende des Vorstandes ist die DGB-Vorsitzende *Yasmin Fahimi*.²⁵

Hier gibt es *keine Doppelmandate der Exekutivorgane*. Der Vorstand der Genossenschaft ist mit Mitgliedern der Genossenschaft besetzt, die zugleich einfache Mitglieder der GDL sind. Weisungsrechte des GDL-Hauptvorstandes an den Vorstand der Genossenschaft gibt es nicht. Der Aufsichtsrat der Genossenschaft war zwar kurzzeitig mit stellvertretenden Vorsitzenden der GDL besetzt; doch begründete das keine Abhängigkeit. Das Konzerngesellschaftsrecht stellt auf *personelle Verflechtung auf der Leitungsebene* ab.²⁶ Der Vorstand der Fair Train war nie mit Mitgliedern des Hauptvorstandes der GDL besetzt. Aufsichtsratsmandate schaden grundsätzlich nicht. Dass der Aufsichtsrat die Vorstandsmitglieder bestellt und abberuft (§ 32 Nr. 2 S. 1 Satzung Fair Train iVm § 24 Abs. 2 S. 2 GenG) schadet insoweit nicht. Auch Zustimmungsvorbehalte wie nach § 30 Nr. 3 der Satzung bedeuten keine Leitungskompetenz. Erst recht begründen Mehrfachstimmrechte der Gründungsmitglieder in der Genossenschaft keinen beherrschenden Einfluss der GDL. Das GenG lässt grundsätzlich keine Mehrheitsherrschaft zu (§ 43 Abs. 3 Nr. 1 GenG), weswegen allenfalls Zentralgenossenschaften wegen der Ausnahme in § 43 Abs. 3 Nr. 3 GenG den Abhängigkeitstatbestand erfüllen können.²⁷ Dass Gründungsmitglieder ihr Stimmrecht an einer Beschlusslage der GDL ausrichteten, liegt fern. Absprachen vergleichbar einem Stimmbindungsvertrag sind nicht ersichtlich.

Vor allem aber: Personelle Verflechtung allein begründet keine Abhängigkeit. Sie kann nur einen bestehenden, *gesellschaftsrechtlich vermittelten Einfluss* insbesondere eines Minderheitsgesellschafters verstärken.²⁸ Die GDL ist nicht Mitglied der Genossenschaft und hat keine Stimmrechte. Ihr fehlt jeder gesellschaftsrechtlich vermittelte Einfluss. Ein Kooperationsvertrag (der nicht ersichtlich ist), kann keine Abhängigkeit im gesellschaftsrechtlichen Sinn erzeugen.²⁹ Das vermag nur ein Beherrschungsvertrag.

Deswegen kann eine Stiftung, die keine Anteilseigner hat, allenfalls dann von einem Dritten beherrscht sein, wenn

dieser nach der Satzung ein Recht zur Bestellung des Vorstandes hat.³⁰ Mithin ist selbst die Böckler-Stiftung (deren Satzung nicht bekannt ist) nicht vom DGB abhängig. Dagegen wird die Bund-Verlag GmbH zu je 25 % vom DGB, der IG Metall, ver.di und IG BCE gehalten, so dass etwa ver.di als herrschendes „Unternehmen“ in Betracht käme.

Im Kern handelt es sich um einen *Gleichlauf von Interessen*: GDL und Fair Train setzen darauf, dass sich die Arbeitsbedingungen für Lokführer verbessern. Die Fair Train ordnet sich nicht dem fremden „unternehmerischen“ Willen der GDL unter, sondern hat dasselbe Ziel. Ihr Geschäftsmodell ist etwas fragiler: Je mehr Erfolg die GDL in der Tarifpolitik hat, desto unattraktiver wird die Zeitarbeit für die Lokführer im Vergleich zur Festanstellung. Doch gilt das ebenso für die Gewerkschaft: Je mehr Erfolg sie hat, desto weniger attraktiv ist die Mitgliedschaft.³¹ Damit aber kann die Geschäftstätigkeit der Fair Train der GDL nicht als eigene Koalitionsbetätigung zugerechnet werden. Ein Schutz nach Art. 9 Abs. 3 GG scheidet aus.

III. Folgen für Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit der GDL

Die Tariffähigkeit der GDL wurde mit Blick auf diese Genossenschaft vor Gericht angegriffen: Der Arbeitgeberverband MOVE hat mit Antragschrift vom 2.1.2024 beim Hessischen LAG beantragt festzustellen, dass die GDL „nicht tariffähig“ ist. Die Antragstellerin meint, durch die Verflechtung mit der Genossenschaft Fair Train sei sie nicht gegnerfrei oder gegnerunabhängig, wodurch ihre unteilbare Tariffähigkeit insgesamt – also auch im Verhältnis zu MOVE – entfielen. Zudem bestünden erhebliche Interessenkonflikte, die der GDL eine autonome gewerkschaftliche Interessenverfolgung verunmöglichten. Das Verfahren trug das Aktenzeichen 5 BVL 1/24. Nach dem Tarifabschluss ruhte das Verfahren zunächst; nachdem MOVE den Antrag vereinbarungsgemäß zurückgenommen hatte, stellte das LAG am 16.5.2024 das Verfahren ein. Um ihre Rechtsauffassung zu stützen, hat die Antragstellerin ein Gutachten von *Clemens Höpfner* vorgelegt.³² Das Gutachten betont eine „organisatorische Abhängigkeit der GDL von der Fair Train“ und sieht jeglichen Dritteinfluss auf die gewerkschaftliche Willensbildung als schädliches Autonomiedefizit.

Zuvor hatte der Arbeitgeberverband MOVE versucht, die aus seiner Sicht fehlende Tariffähigkeit im *vorläufigen Rechtsschutz auf Streikuntersagung* geltend zu machen. Damit war sie erfolglos. Das LAG Hessen hat die Verfügung verweigert, weil die GDL nicht offensichtlich tariffunfähig sei.³³ In gleicher Weise haben Unternehmen der Transdev-Gruppe eine Streikuntersagung im vorläufigen Rechtsschutz begehrt und sind ebenfalls erfolglos geblieben.³⁴

24 BGH 29.9.1982 – I ZR 88/80, BGHZ 85, 84 unter II.1.b) = NJW 1983, 569 – ADAC; für Gewerkschaften: Stephan, Konzernrecht und gemeinsame Einrichtungen (2024) S. 105 ff.; aA Vorderwülbecke, Rechtsform der Gewerkschaften, 1988, S. 71.

25 Abrufbar unter <https://www.boeckler.de/de/kuratorium-und-vorstand-2702.htm> (zul. abgerufen am 10.5.2024).

26 Zur konzernrechtlichen Abhängigkeit durch Doppelmandate: BGH 4.3.1974 – II ZR 89/72, BGHZ 62, 193 unter II.2. = NJW 1974, 563 – Seitz; statt vieler MüKoAktG/Bayer, 6. Aufl. 2024, § 17 Rn. 33 mwN.

27 Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-KonzernR, 10. Aufl. 2022, § 17 Rn. 49 f.; MüKoAktG/Bayer, 6. Aufl. 2024, § 17 Rn. 128 f.

28 MüKoAktG/Bayer, 6. Aufl. 2024, § 17 Rn. 31 mwN.

29 MüKoAktG/Bayer, 6. Aufl. 2024, § 17 Rn. 29.

30 MüKoAktG/Bayer, 6. Aufl. 2024, § 17 Rn. 132.

31 Zu dieser „Dialektik gewerkschaftlicher Sinnggebung“ Zacher 2. FS Böhm, 1975, 707 (710).

32 Höpfner, ZFA 2024, 301.

33 LAG Hessen 9.1.2024 – 10 GLa 15/24, NZA 2024, 705.

34 LAG Hessen 9.1.2024 – 10 GLa 16/24, NZA 2024, 705.

1. Anforderung des Koalitionsstatus und der Tarifautonomie

a) Kein Gegnereinfluss auf die interne Willensbildung

Gewerkschaften sind nach § 2 Abs. 1 TVG tariffähig. Gewerkschaften sind Arbeitnehmervereinigungen, die durch ihre Zwecksetzung Koalition nach Art. 9 Abs. 3 GG sind und zusätzlich einfachrechtliche Voraussetzungen der Tariffähigkeit erfüllen. Welche Merkmale die Tariffähigkeit insgesamt voraussetzt, ist gesetzlich nicht geregelt; vielmehr hat das BAG richterrechtliche Tatbestandsmerkmale geschaffen: „Die Koalition muss sich als *satzungsgemäße Aufgabe* die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder in deren Eigenschaft als Arbeitnehmer gesetzt haben und *willens sein*, Tarifverträge zu schließen. Sie muss zudem *frei gebildet*, *gegnerfrei*, *unabhängig* und auf *überbetrieblicher Grundlage* organisiert sein und *das geltende Tarifrecht als verbindlich anerkennen*. Darüber hinaus muss sie über *Durchsetzungskraft* gegenüber dem sozialen Gegenspieler und über eine leistungsfähige Organisation verfügen“.³⁵

Dass Tarifparteien gegnerfrei und gegnerunabhängig sein müssen, ist als Grundsatz unbestritten. Schwierigkeiten bereitet der notwendige Grad der Unabhängigkeit: Wie „frei und unabhängig“ muss eine Tarifpartei konkret sein?³⁶ Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit haben ihre Grundlage im Gegenmachtprinzip, auf dem Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie fußen. Gewerkschaften „neutralisieren“ die wirtschaftliche Übermacht des Arbeitgebers, indem sie die Marktmacht der individuell schwachen Arbeitnehmer kollektivieren und gebündelt einsetzen. Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG ist mit „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ nebst „wahren und fördern“ bipolar angelegt. Die Arbeitnehmerseite muss ihren Kollektivwillen über die angestrebten Arbeitsbedingungen unabhängig von der Arbeitgeberseite bilden – und umgekehrt. Als Interessenverbände müssen sie funktional auf die Interessensammlung, -bündelung und kollektive Bewertung ausgerichtet sein. Nur die „gegnerunabhängige“ Kollektivierung eigener Interessen trägt den späteren antagonistischen Interessenausgleich mit der Gegenseite und verschafft diesem ein gewisses Richtigkeitsvertrauen.³⁷

Nur eine gegnerfreie und gegnerunabhängige Koalition kann einen Interessenausgleich unter Gegenmacht bewirken. Deshalb ist die Gegnerfreiheit Element des Koalitionsbegriffs (Art. 9 Abs. 3 GG); nicht erst des tarifrechtlichen Gewerkschaftsbegriffs. Die Gegnerfreiheit dient auch dem tarifvertraglichen Interessenausgleich. Ein unfreier Verband ist notwendig tarifunfähig. Ihm fehlt bereits der Koalitionsstatus. Koalitionsfreiheit genießen nur Vereinigungen mit besonderer Zwecksetzung; sie müssen „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ gebildet sein (Art. 9 Abs. 3 GG). Solche Interessenvertretung ist nur sinnvoll möglich, wenn der „Gegner“ keinen Einfluss auf die interne Verbandspolitik nehmen kann.³⁸

Die Rechtsprechung sieht Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit als verfassungsunmittelbare Koalitionsanforderung. Das BVerfG stützt sich (inhaltsarm) auf die besondere Funktion des Grundrechts der Koalitionsfreiheit. Das BAG will mit der Gegnerunabhängigkeit die „koalitionsmäßige Betätigung“ „sicherstellen“. Koalitionsmäßige Betätigung geht über den Tarifvertrag hinaus.³⁹

b) Trennung von Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit

Herkömmlich wird strikt zwischen Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit unterschieden. Das Unabhängigkeitserfor-

dernis gilt nicht nur mit Blick auf den Gegner, sondern traditionell auch gegenüber Staat, Kirche und Parteien, also gesellschaftlichen Mächten. Die Maßstäbe für die Unabhängigkeit sind insofern dieselben – auch wenn das Kriterium vor allem mit Blick auf „gelbe Gewerkschaften“ entwickelt worden ist.

Gegnerunabhängigkeit bedeutet, dass Gewerkschaften (und Koalitionen der Arbeitgeber) vom sozialen Gegenspieler nicht „wesentlich“ abhängig sein dürfen, wobei personelle, organisatorische und finanzielle Einflussmittel in Betracht kommen. In den Worten des BAG: „Die erforderliche Gegnerunabhängigkeit fehlt, wenn die Abhängigkeit vom sozialen Gegenspieler in der Struktur der Arbeitnehmervereinigung angelegt und verstetigt und die eigenständige Interessenwahrnehmung der Tarifvertragspartei durch personelle Verflechtungen, auf organisatorischem Weg oder durch wesentliche finanzielle Zuwendungen *ernsthaft gefährdet* ist“.⁴⁰

Die *Gegnerfreiheit als Kriterium ist schärfer*: Sie schützt vor auch nur potentiellern Gegnereinfluss in der Verbandsstruktur durch Doppelrollen. Während die Gegnerunabhängigkeit schwer feststellbare und graduell unterschiedliche Abhängigkeiten erfasst, ist eine Arbeitnehmerkoalition schon dann nicht gegnerfrei, wenn in ihr Personen Mitglied oder Organmitglied (bei Fremdorganschaft) sind, die Arbeitgeberfunktion wahrnehmen. Die bloße Mitgliedschaft von Personen mit „Arbeitgeberfunktion“ schadet der Tariffähigkeit einer Gewerkschaft.⁴¹

Gewerkschaften organisieren mitunter kleine selbständige Unternehmer. Insbesondere ver.di unterstützt Urheber gerade auch in ihren urheberrechtlichen Kollektivverträgen nach § 36 UrbG. Das wird zum Problem, sobald jene Unternehmer einen Arbeitnehmer einstellen und zum Arbeitgeber werden. Der *Zentralverband Deutscher Schornsteinfeger e. V.* – Gewerkschaftlicher Fachverband – (ZDS) nimmt auch selbständige Bezirksschornsteinfegermeister mit Arbeitneh-

35 BAG 22.6.2021 – 1 ABR 28/20, NZA 2022, 575 Rn. 27 – DHV, Hervorhebung von mir; weiter BAG 26.6.2018 – 1 ABR 37/16, NZA 2019, 188 Rn. 53 f.; 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, NZA 2011, 300 Rn. 29 f. – GKH; 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 Rn. 34 mwN.

36 Statt vieler: Wiedemann, TVG/Oetker, 9. Aufl. 2023, § 2 Rn. 396 mwN.

37 Koalitionsfunktional auch BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 (106 f.) = NJW 1954, 1881; 26.1.1995 – 1 BvR 2071/94, NJW 1995, 3377; BAG 22.6.2021 – 1 ABR 28/20, NZA 2022, 575 Rn. 28 – DHV; Kempen/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2014, § 2 Rn. 74; Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR/Hergenröder, 10. Aufl. 2022, GG Art. 9 Rn. 41; eher formal am Vertrag ausgerichtet Wiedemann, TVG/Oetker, 9. Aufl. 2023, § 2 Rn. 401 f.; Höpfner ZFA 2024, 301 (309 f.); Rieble FS Reuter, 2010, 805 (815).

38 Rieble FS Reuter, 2010, 805 (815); Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR/Hergenröder, 10. Aufl. 2022, GG Art. 9 Rn. 41; Erfk/Franzen, 24. Aufl. 2024, TVG § 2 Rn. 6; aA Henssler/Moll/Bepler, TarifV-HdB/Greiner, 2. Aufl. 2016, Teil 2 Rn. 50.

39 BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 (106 f.) = NJW 1954, 1881; 26.1.1995 – 1 BvR 2071/94, NJW 1995, 3377; BAG 22.6.2021 – 1 ABR 28/20, NZA 2022, 575 Rn. 28 – DHV.

40 BAG 22.6.2021 – 1 ABR 28/20, NZA 2022, 575 Rn. 28 – DHV, Hervorhebung von mir; weiter BAG 26.6.2018 – 1 ABR 37/16, NZA 2019, 188 Rn. 55; 31.1.2018 – 10 AZR 695/16 (A), NZA 2018, 876 Rn. 22; 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, NZA 2011, 300 Rn. 31 – GKH; 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697 Ls. 3 – UFO; zur Trennung von Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit: BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697 unter III.2.c) und d) – UFO; NK-ArbR/H. Hanau, 2. Aufl. 2023, GG Art. 9 Rn. 25; BeckOKGG/Cornils, 56. Ed. 15.8.2023, Art. 9 Rn. 49; Dreier, GG/Barczak, 4. Aufl. 2023, Art. 9 Rn. 80; Dürig/Herzog/Scholz, GG/Scholz, 107. EL 2023, Art. 9 Rn. 208; Richardi, BetrVG/Maschmann, 17. Aufl. 2022, § 2 Rn. 45 f.; aA (Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit als Synonym) Giesen NZA 2024, 25 (26); Höpfner ZFA 2024, 301 (309); v. Münch/Kunig, GG/Winkler, 7. Aufl. 2021, Art. 9 Rn. 129; aA (nur Gegnerunabhängigkeit) v. Mangoldt/Klein/Starck, GG/Kemper, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 91 f.

41 BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697 unter III.2.c) – UFO.

mern auf. Deren Mitgliedschaft wandelte sich nach § 5 Nr. 9 aF der Satzung zwar „am Tag der Bestellung bzw. am Tag des Wechsels in die Selbständigkeit in eine Fördermitgliedschaft“ – gleichwohl können Arbeitgeber Mitglied in dieser Gewerkschaft sein, Einfluss auf deren Willensbildung nehmen und über ihre Beiträge die Gewerkschaftsarbeit finanzieren. Deswegen hat der Zehnte Senat die Tariffähigkeit des ZDS angezweifelt und das Verfahren nach § 97 Abs. 5 S. 1 ArbGG ausgesetzt.⁴² Nur wenige Wochen später hat Zehnte Senat in anderer Besetzung für die entsprechende Klausel in der Satzung der IG Bau anders entschieden: Auch diese Gewerkschaft nimmt nach § 4 Nr. 2 lit. c Satzung 2022 „Personen, die im Organisationsbereich der IG BAU arbeitnehmerähnlich oder selbständig tätig sind“ auf. Damit sind Arbeitgeber erfasst, wie § 12 Nr. 4 S. 2 der Satzung zeigt: „Rechtsschutz wird nicht gewährt, soweit das Mitglied Rechte als Arbeitgeber geltend machen will.“ Damit aber ist die Gegnerfreiheit der IG BAU jedenfalls so zweifelhaft wie die des ZDS. Der Zehnte Senat setzte gleichwohl das Verfahren nicht aus: „Eine solche Situation ist hinsichtlich der IG BAU nicht erkennbar. Dies gilt auch dann, wenn bereits im hier maßgeblichen Zeitpunkt Selbständige die Möglichkeit hatten, bei ihr Mitglied zu werden. Der Vortrag [...] lässt schon nicht erkennen, ob eine Mitgliedschaft auch Arbeitgebern offenstand oder nur Selbständigen ohne eigene Beschäftigte. Vor allem fehlt jeglicher Vortrag zur praktischen Bedeutung einer solchen Mitgliedschaft und zu den Einflussmöglichkeiten solcher Mitglieder.“⁴³

Das ist zunächst Rechtsschutzverweigerung: Wie soll ein Außenstehender vortragen, welchen konkreten Einfluss kleine Arbeitgeber in der Gewerkschaft ausüben? Dafür ist die Amtsermittlung des Beschlussverfahrens über die Tariffähigkeit da. *Materiell* deutet sich ein Richtungswechsel an: Der Zehnte Senat scheint die Gegnerfreiheit an konkreter Einflussmöglichkeit gegnerischer Mitglieder messen zu wollen. Das wäre eine Lockerung der bisherigen strengeren Maßstäbe, die bereits die abstrakte Einflussmöglichkeit schaden lassen.⁴⁴

Die Gegnerfreiheit darf *nicht* zur „Gegnerreinheit“ verabsolutiert werden.⁴⁵ Sie ist erst verletzt, wenn eine zwar abstrakte, aber doch bestimmte Einflussnahme des Gegners im infiltrierten Verband möglich ist. Deswegen gilt: Hat eine Arbeitnehmervereinigung Mitglieder, die zur Arbeitgeberseite gehören, ist sie trotzdem gegnerfrei, wenn die gegnerbelasteten Mitglieder keinen Einfluss auf die Willensbildung der Arbeitnehmervereinigung haben – etwa als Gastmitglieder ohne Stimmrecht. Bislang nicht problematisiert wurde der argumentative Einfluss durch ein Rederecht oder die bloße Anwesenheit. Wenn eine Person mit Arbeitgeberfunktion in gewerkschaftlichen Gremien wirtschaftliche Argumente der Arbeitgeberseite auch ohne Stimmrecht vortragen kann, kann das die Willensbildung beeinflussen. Deshalb schließen kommunale Befangenheitsregeln grundsätzlich nicht nur das Stimmrecht, sondern jedes Rederecht aus. Aber auch schon die Anwesenheit eines Arbeitgebervertreters in einer Sitzung eines Gewerkschaftsgremiums kann es einem Arbeitnehmer dieses Arbeitgebers deutlich erschweren, frei seine Meinung zu äußern. Einer Gewerkschaft, in der ehrenamtliche Mitglieder eines Arbeitgeberverbands organisiert waren, die nicht für die Arbeitgeberseite an Tarifverhandlungen teilnahmen, hat das BAG Gegnerfreiheit attestiert. Die arbeitgeberbelasteten Gewerkschafter konnten die arbeitsrechtliche oder wirtschaftliche Situation der organisierten Arbeitnehmer nicht in einer ins Gewicht fallenden Weise beeinflussen.⁴⁶

Organmitglieder beider Seiten, die das tarifpolitische Geschehen prägen, dürfen keinesfalls dem Gegner zuzuordnen

sein – auch nicht mit ruhenden Mitgliedschaftsrechten.⁴⁷ Deshalb dürfte ein Innenminister, der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes verhandelt, kein ruhendes Mitglied von ver.di sein. Kein der IG Metall angehörender Arbeitsdirektor darf für den Arbeitgeberverband der Metallindustrie Tarifverhandlungen führen oder auch nur der Tariffkommission angehören.⁴⁸ Weil Gegnerfreiheit jedwede Koalitionsbetätigung schützen soll, kann ein solcher Arbeitsdirektor auch nicht Mitglied in anderen Verbandsorganen sein, die über die Koalitionsbetätigung entscheiden.

Die Wirkungen einer Gegnerabhängigkeit unterscheiden sich für Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften. „Gelbe“, arbeitgeberabhängige Gewerkschaften haben historisch die Forderung nach Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit ausgelöst. Solche Gewerkschaften bieten Arbeitnehmern nur scheinbaren Schutz vor der Übermacht der Arbeitgeber und bieten ihren Mitgliedern keine „besseren“ Arbeitsbedingungen. Arbeitgeberabhängigkeit verhindert die Entwicklung starker Gewerkschaften.⁴⁹ Gewerkschaftshörige Arbeitgeberverbände oder Einzelarbeitgeber hingegen leisten „zu gute“ Arbeitsbedingungen. Das ist ein Akt der Selbstschädigung für die gewerkschaftsabhängigen Arbeitgeber und jene, die sich mit ihnen in ein Boot begeben. In der Geschichte der Gewerkschaftsunternehmen – insbesondere der Gemeinwirtschaft – wurden qua Haustarifvertrag großzügigere Arbeitsbedingungen vergeben als der Markt, also der Flächentarifvertrag, hergab. Für das Tariffsystem ist das keine große Belastung. Unternehmen oder im Fall des Haustarifs ihre Gesellschafter haben durch etwaige Finanzierungslasten einen Austrittsanreiz. Der gewerkschaftlich vorgegebene Tarifvertrag wirkt nicht in die Breite oder treibt den Haustarifpartner in die Unternehmenskrise.⁵⁰

2. Gegnerschaft bezogen auf die Fair Train e. G.

Bevor untersucht werden kann, ob Einflussstrukturen die Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit der GDL verletzen, muss geklärt werden, welche Personen zur Gegnerschaft gehören. Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit schützen vor Einfluss des sozialen Gegenspielers und nicht vor innerverbandlichen Interessenkonflikten.

a) Relativität der Gegnerschaft

Das Gegenmachtprinzip fußt auf dem Interessengegensatz: Arbeitnehmer gegen Arbeitgeber. Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit nehmen aber einen konkreten Verband

42 BAG 31.1.2018 – 10 AZR 60/16 (A), NZA 2018, 876 Rn. 21 ff.

43 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beilage 2018, 8 Rn. 66; zustimmend Prokop AP TVG § 5 Nr. 40 unter Berufung auf den Beschleunigungsgrundsatz; Greiner/Zoglowek BB 2018, 2996 (2997); Asshoff/Walser NZA 2021, 1526 (1533); anders Rieble/Melle NZA 2018, 273 (274).

44 Die damalige Vorsitzende des Zehnten Senats Inken Gallner sitzt inzwischen als Präsidentin dem Ersten vor. Dieser ist zuständig für Verfahren über Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit.

45 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 66; Wiedemann, TVG/Oetker, 9. Aufl. 2023, § 2 Rn. 408.

46 BAG 15.3.1977 – 1 ABR 16/75, AP GG Art. 9 Nr. 24 unter IV.1.; 16.11.1982 – 1 ABR 22/78, AP TVG § 2 Nr. 32 unter III.1.; Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR/Henssler, 10. Aufl. 2022, TVG § 2 Rn. 9; Gamlischeg, KollArbR I, 1997, S. 418; aA Höpfner ZFA 2024, 301 (314).

47 Wiedemann, TVG/Oetker, 9. Aufl. 2023, § 2 Rn. 410; Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, TVR/Schubert, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn. 61; grundlegend Wiedemann RdA 1976, 72. Das BAG hat dies noch nicht entschieden.

48 So auch Wiedemann, TVG/Oetker, 9. Aufl. 2023, § 2 Rn. 412.

49 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 81.

50 Rieble FS Reuter, 2010, 805 (809); Stoppelman, Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit von Arbeitgeberverbänden, 2015, S. 112 zum Arbeitgeberverband; strenger sehen Thüsing/Hütter RdA 2018, 129 (132) die freie Willensbildung des Arbeitgebers bedroht.

in den Blick, der die Interessen seiner Mitglieder gegenüber deren jeweiligen Gegenspielern vertritt. Daraus folgt die Relativität der Gegnerschaft. Die ältere Rechtsprechung des BAG hat das durchweg anerkannt: Wiewohl leitende Angestellte Arbeitgeberfunktion wahrnehmen, können sie sich doch in einer Gewerkschaft organisieren und ihre Interessen als Arbeitnehmer gegenüber ihren Arbeitgebern bündeln.⁵¹ Arbeitnehmer, die selbst Hausgehilfen beschäftigen und insofern Arbeitgeber sind, können in einer Gewerkschaft Mitglied sein, die auch Tarifverträge mit Wirkung für Hausgehilfen abschließt: „Nur dann, wenn einander widerstrebende Interessen vorliegen, hat eine fehlende Gegnerfreiheit rechtliche Bedeutung“.⁵² Hausgewerbetreibende können Arbeitnehmer als Hilfskräfte beschäftigen (§ 2 Abs. 2, 6 HAG) und gleichwohl einer Gewerkschaft angehören, die sich gegen die Auftraggeber der Hausgewerbetreibenden richtet.⁵³ Entscheidend ist damit die Ausrichtung des Verbandes: Wessen Interessen will er gegen wen vertreten? Im Tarifsysteem folgt das aus der Tarifzuständigkeit.⁵⁴

b) Fair Train e. G. als Arbeitgeberin

Nach § 1 Nr. 4 GDL-Satzung 2022 ist die GDL organisations- und tarifzuständig für Behörden und Unternehmen, die Personal verleihen. Insofern vertritt die GDL Leiharbeiter gegenüber ihrem Arbeitgeber (dem Verleiher), wenn sie im Transport- oder Verkehrswesen eingesetzt werden. Gegenner kann mithin ein entsprechendes Leiharbeitsunternehmen sein. Gegenstand der Fair Train ist es unter anderem, Arbeitnehmer an Eisenbahnverkehrsunternehmen zu verleihen (§ 2 Nr. 3 Fair Train Satzung). Damit ist die Fair Train Gegnerin der GDL. Indes ist die Fair Train nicht Mitglied der GDL und könnte es als juristische Person auch nicht sein. Die Gegnerfreiheit wird damit zunächst nicht belastet. Möglich bleibt allein, dass die Fair Train personellen, organisatorischen oder finanziellen Einfluss auf die GDL hat und damit deren Gegnerunabhängigkeit stört.

c) Mitglieder der Genossenschaft

Mitglieder der Fair Train e. G. sind überwiegend Arbeitnehmer – abgesehen von Funktionären der GDL ohne Arbeitnehmerstatus und den Ruheständlern. Vollmitglied kann nur werden, wer auch Gewerkschaftsmitglied der GDL ist (§ 3 Nr. 2 Fair Train Satzung). Die GDL nimmt als Mitglieder bloß Arbeitnehmer ihres Organisationsbereichs auf sowie ehemalige Arbeitnehmer und deren Hinterbliebene (§ 4 Nr. 2 GDL-Satzung). Sind mithin diese Arbeitnehmer durch ihre Mitgliedschaft in der Genossenschaft der Arbeitgeberseite zuzurechnen?⁵⁵

Es gibt keinen Zurechnungsgrund, der die Arbeitgeberseite der Fair Train auf ihre Mitglieder abfärben ließe: Die Mitglieder der Genossenschaft haben sich in ihr als Arbeitnehmer zusammengeschlossen, um die Arbeitsbedingungen der Lokführer zu verbessern. Zwar muss kein Lokführer, der einen Arbeitsvertrag mit der Genossenschaft anstrebt, Genosse werden. Gleichwohl dient jede Genossenschaft notwendig der Selbsthilfe ihrer Mitglieder (§ 1 GenG). Ihr Geschäftsbetrieb muss unmittelbar den Mitgliedern zugutekommen und nicht nur mittelbar über eine Gewinnausschüttung wie bei Kapitalgesellschaften. Gemeinschaftlich Geld zu verdienen ist kein genossenschaftsrechtlich zulässiger Zweck. Genossenschaftsmitglieder können deswegen nicht mit Mitgliedern einer Kapitalgesellschaft gleichgesetzt werden.⁵⁶ Genossenschaften und Gewerkschaften sind sich in der Aufgabensetzung ähnlich: Beide wollen mit ihrer Tätigkeit den Mitgliedern in ihrer beruflichen Tätigkeit einen konkreten Nutzen leisten. Deswegen hat *Sinzheimer* seine

Überlegungen zur Tarifautonomie aus der Genossenschaftstheorie von *Gierkes* abgeleitet.

Der Geschäftsbetrieb der Fair Train ist auf Arbeitsverhältnisse mit ihren Mitgliedern angelegt, die ihnen bessere Arbeitsbedingungen bringen sollen (§ 2 Nr. 3 Fair Train Satzung). In dieser Rolle können die Genossenschaftsmitglieder nicht als Gegner der GDL gesehen werden. Der relative Gegnerbegriff wird durch die Satzung der GDL konkretisiert. Die GDL vertritt diese Leiharbeiter und richtet sich nicht gegen sie. Im Kern ist der Versuch, über die Genossenschaftsmitglieder die Gegnerfreiheit der GDL zu verneinen, ein neuer Anlauf, mit dem einst die GdED gegen den Verband der Gewerkschaftsbeschäftigten (VGB, heute GdG) scheiterte (oben Fn. 8). DGB-Gewerkschaften können ihren eigenen Arbeitnehmern nicht die Koalitionsfreiheit absprechen. Die bloße Mitgliedschaft in der Genossenschaft schlägt die Lokführer nicht der Arbeitgeberseite zu.

d) Organmitglieder

Zur Arbeitgeberseite zählen Organmitglieder, welche die Geschäftsführungsbefugnis ausüben oder daran mitwirken. Sie üben die Arbeitgeberfunktion aus. Dafür muss die konkrete Rechtsform und ihre Binnenverfassung analysiert werden.⁵⁷ Für die Fair Train als Genossenschaft bedeutet das, dass die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats zur Arbeitgeberseite zählen: Der Vorstand hat die Genossenschaft in eigener Verantwortung zu leiten (§ 27 Abs. 1 S. 1 GenG). Der Aufsichtsrat überwacht die Geschäftsführung (§ 38 Abs. 1 S. 1 GenG), bestellt den Vorstand und beruft ihn ab (§ 32 Nr. 2 Fair Train Satzung).

3. Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit zur Fair Train e. G.

a) Gegnerfreiheit und gesellschaftsrechtliche Verflechtungen

Kommen die Fair Train selbst und ihre Organmitglieder als Gegner in Betracht, müsste die GDL frei von ihnen sein. Dafür kommt es auf die gesellschaftsrechtliche Verflechtung, die Mitglieder-, Organ- oder Funktionärsstellung in der GDL an und den damit typisiert verbundenen Einfluss auf den Gewerkschaftswillen. Die Gegnerfreiheit ist gegen Doppelrollen gerichtet. Ist ein Organmitglied des Gegners Mitglied einer Gewerkschaft, schadet das nicht, wenn es sich um eine *einfache Gewerkschaftsmitgliedschaft* handelt.⁵⁸ Das zeigt sich mit Blick auf die *Unternehmensmitbestimmung*. Unter paritätischer Mitbestimmung gehören Gewerkschafter dem Aufsichtsrat des mitbestimmten Unternehmens an (§ 7 Abs. 2 MitbestG). Das beseitigt jedenfalls nach herrschender Meinung nicht die Gegnerfreiheit der Gewerkschaft. Im Mit-

⁵¹ BAG 15.3.1977 – 1 ABR 16/75, AP GG Art. 9 Nr. 24 unter IV.1.

⁵² BAG 19.1.1962 – 1 ABR 14/60, BAGE 12, 184 unter II.2 = DB 1962, 242 (juris-Rn. 13).

⁵³ BAG 15.11.1963 – 1 ABR 5/63, SAE 1964, 193 unter II.4 = DB 1963, 1681 (juris-Rn. 36).

⁵⁴ BAG 15.11.1963 – 1 ABR 5/63, SAE 1964, 193 unter II.4 = DB 1963, 1681 (juris-Rn. 38); Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 100.

⁵⁵ Dafür Höpfner ZFA 2024, 301 (313 f.).

⁵⁶ AA Höpfner ZFA 2024, 301 (314): Gleichstellung mit GmbH-Gesellschaftern; zum Genossenschaftsrecht: RG 29.6.1931 – II B 12/31, RGZ 133, 170 (178); BGH 16.6.1955 – II ZR 300/53, BGHZ 17, 385 = NJW 1955, 1229; Beuthien, GenossenschaftsG, 16. Aufl. 2018, § 1 Rn. 10; Henssler/Strohn, GesR/Geibel, 10. Aufl. 2021, GenG § 1 Rn. 10.

⁵⁷ Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 74, 79 zum Aufsichtsrat und Gesamthafen; Wiedemann, TVG/Oetker, 9. Aufl. 2023, § 2 Rn. 410; Jung, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht, 1999, S. 120 f.; Nipperdey FS Möhring, 1965, 87 (94).

⁵⁸ Nipperdey FS Möhring, 1965, 87 (107 f.) mit dem Beispiel des Bürgermeisters; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 68.

bestimmungsurteil hat das BVerfG nur die umgekehrte Frage beleuchtet, ob die Arbeitgeberkoalition gegnerabhängig wird.⁵⁹

Für den spiegelbildlichen Fall, dass ein Organmitglied der Gewerkschaft zusätzlich einfaches Mitglied des Gegners ist, kann nichts anderes gelten.⁶⁰ Damit ist unschädlich, dass *Claus Weselsky* als Bundesvorsitzender der GDL einfaches Mitglied der Fair Train e. G. ist.⁶¹ Die Grundsätze zu Organmitgliedern sind auf Mitglieder zu übertragen, die als Mitglied der Tarifkommission oder als Mitarbeiter im Tarifressort maßgeblich den tariflichen Willen bilden. Ihnen kommt eine ähnlich herausgehobene Stellung zu.⁶² Damit ist unschädlich, dass *Thomas Gelling* Leiter der Tarifabteilung der GDL und zugleich Mitglied der Fair Train e. G. ist.⁶³

Die doppelte einfache Mitgliedschaft in der GDL und der Genossenschaft ist in der Satzung der Fair Train e. G. angelegt. Nur GDL-Mitglieder können die ordentliche Mitgliedschaft erwerben; gewerkschaftsfremde Personen können nur investierendes Mitglied sein. Doch ist die GDL insoweit gegnerfrei.⁶⁴ Die Mitglieder der GDL sind als solche Mitglieder der Fair Train e. G. GDL-Mitglieder werden mit dem Beitritt zur Fair Train nicht zum Gegner, gegen den sich die GDL laut ihrer Satzung richtet. Diejenigen GDL-Mitglieder, die zugleich Mitglied der Genossenschaft sind, haben keinen nennenswerten Einfluss auf die Koalitionsbetätigung der GDL. Auf die spiegelbildliche Frage, ob die GDL-Mitglieder in der Genossenschaft gewerkschaftsnützig wirken, kommt es nicht an. Der einzelne Arbeitgeber ist nach § 2 Abs. 1 TVG stets tariffähig, unabhängig von seiner Gegnerfreiheit.

Entscheidend für eine gegnerfreie Willensbildung ist die Gegnerfreiheit in den Organen. *Doppelte Organmitglieder* verhindern die unabhängige Willensbildung auf einer Seite und den Ausgleich mit dem Gegner, indem sie in sich beide Seiten vereinen und beide Seiten ihrem koalitionspolitischen Willen unterwerfen können.⁶⁵ *Mario Reiß, Lutz Schreiber* und *Lars Jedinat* sind Mitglieder des geschäftsführenden Vorstands der GDL und waren für kurze Zeit (bis März 2024) zugleich Aufsichtsräte der Fair Train e. G. Diese doppelte Organstellung verletzte die Gegnerfreiheit – ist aber durch die Neubesetzung des Aufsichtsrats geheilt.

GDL und Fair Train e. G. sind kein Einzelfall; *Organmitglieder der Gewerkschaft sitzen vielfach im Aufsichtsrat von Arbeitgebern* des eigenen Organisationsbereiches, vor allem kraft der Unternehmensmitbestimmung mit reservierten Gewerkschaftssitzen. Nur einen kleinen Ausschnitt solcher Verflechtungen zeigt folgende Tabelle:

Gewerkschaft	Vorstandsmitglied	Aufsichtsratsmandat
Ver.di ⁶⁶	Christine Behle (stv. Vorsitzende)	Deutsche Lufthansa AG
IG BAU ⁶⁷	Robert Feiger (Vorsitzender)	Bauer AG
IG BCE ⁶⁸	Michael Vassiliadis (Vorsitzender)	RAG AG, BASF SE, Henkel AG & Co. KGaA, STEAG GmbH
IG Metall ⁶⁹	Christiane Benner (Vorsitzende)	BMW AG, Continental AG
EVG ⁷⁰	Martin Burkert (Vorsitzender)	DB AG, DB Regio Aktiengesellschaft, S-Bahn Berlin GmbH

Hier kommt es nun darauf an: *Wird eine Gewerkschaft durch eine Aufsichtsratsmitgliedschaft ihrer Vorstandsmitglieder „infiziert“?* Verfasser meint ja, weil die Aufsichtsratsmitgliedschaft einerseits eine Arbeitgeberfunktion vermittelt und andererseits die Vorstandsmitglieder in der Gewerkschaft damit notwendig ihre Arbeitgeberverantwortung im Gepäck haben.⁷¹ Gewerkschaften würden auch nicht übermäßig belastet, wenn man von ihnen verlangt, „reservierte“ Aufsichtsratsmandate nicht durch eigene Vorstandsmitglieder, sondern durch andere Personen wahrzunehmen. Wer hier streng sein will, muss sagen, inwieweit den DGB-Gewerkschaften jeweils die Tariffähigkeit fehlt.

Dass dagegen *jedes Vorstandsmitglied von Fair Train, das mit der GDL verhandeln soll, notwendig Mitglied der GDL ist*, ist unschädlich. Als einfaches Mitglied der Gewerkschaft haben sie dort keine konkrete Einflussmöglichkeit. Eher begründet dies umgekehrt einen Einfluss der GDL auf die Vorstandsentscheidungen in der Fair Train.

Tarifverträge für Fair Train mit der GDL wären dann nur über einen Arbeitgeberverband der Personaldienstleister möglich und auch nur, wenn dort kein GDL-Mitglied über die Verbandsmitgliedschaft der Genossenschaft Verhandlungsmacht hat. Anders verhält es sich, sobald der Aufsichtsrat von Fair Train keine Organmitglieder der GDL mehr aufweist.

b) Gegnerunabhängigkeit und Einfluss der Genossenschaft auf die GDL

Anders als bei der Gegnerfreiheit richtet sich die Gegnerunabhängigkeit nicht schon gegen Doppelrollen von Gewerkschaftsmitgliedern oder -organen und den damit einhergehenden typisierten Gefahren für die gegnerfreie Willensbildung. Das Kriterium erfasst jeden personellen, organisatorischen oder finanziellen Einfluss des Gegners, der in der „Struktur“ der Arbeitnehmervereinigung angelegt und verstetigt ist und die eigenständige Interessenwahrnehmung der Gewerkschaft ernsthaft gefährdet.

Für die GDL ist deshalb zu fragen, ob ihre eigenständige Interessenwahrnehmung durch einen Einfluss der Genossenschaft ernsthaft gefährdet ist. Die Einflussrichtung ist indes umgekehrt: Die inzwischen aufgegebenen personellen Verflechtungen zwischen geschäftsführendem Vorstand der GDL und Aufsichtsrat der Fair Train lenkten den Einfluss

59 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u. a., NJW 1979, 699; Anm. Wiedemann AP MitbestG § 1 Nr. 1.
60 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 74.
61 Offen Höpfner ZFA 2024, 301 (316 f.).
62 BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/030, NZA 2005, 697 – UFO unter III.2.d).bb) zur Stellung; Nipperdey FS Möhring, 1965, 87 (111).
63 AA Höpfner ZFA 2024, 301 (318).
64 Offen Höpfner ZFA 2024, 301 (317).
65 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 69, 74; Nipperdey FS Möhring, 1965, 87 (110).
66 <https://investor-relations.lufthansagroup.com/de/corporate-governance/aufsichtsrat.html> (10.5.2024).
67 <https://www.bauer.de/de/aufsichtsrat> (10.5.2024).
68 <https://www.rag.de/unternehmen/aufsichtsrat> (10.5.2024); https://www.basf.com/global/de/who-we-are/organization/management/supervisory-board.html#accordion_v2-f4053d9928-item-7d0f745297 (10.5.2024); www.henkel.de/unternehmen/management-und-gremien/henkel-aufsichtsrat [10.5.2024]; Liste der Aufsichtsratsmitglieder der STEAG GmbH zum 19.1.2024, HRB 19649 (Essen).
69 <https://www.bmwgroup.com/de/unternehmen/unternehmensfuehrung.html> (10.5.2024); <https://www.continental.com/de/unternehmen/corporate-governance/aufsichtsrat/> (10.5.2024).
70 <https://www.deutschebahn.com/de/konzern/konzernprofil/aufsichtsrat-6878464> (10.5.2024); Liste der Aufsichtsratsmitglieder der DB Regio Aktiengesellschaft zum 29.11.2023, HRB 50977 (Frankfurt a.M.); Liste der Aufsichtsratsmitglieder der S-Bahn Berlin GmbH zum 18.6.2020, HRB 51257 (Berlin Charlottenburg).
71 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 74.

von der GDL zur Fair Train und nicht andersherum. Die Leiharbeitsgenossenschaft flankiert nach ihrer Konzeption die Tarifpolitik der GDL. Doppelmandate eignen sich gut zur Gleichschaltung. Bei Unternehmensverbindungen im Konzernrecht ist das lange geklärt.⁷² Tarifrechtlich ist damit die Willensbildung der Fair Train von der GDL abhängig. Eine Haustarifpartei muss nicht gegnerfrei agieren. Ihre Tariffähigkeit folgt ohne weiteres aus § 2 Abs. 1 TVG.⁷³ Indes schlägt die Doppelrolle aus Gewerkschaftsfunktionär und Arbeitgeber auf die gewerkschaftliche Willensbildung zurück. Weil die Koalitionsfreiheit privatnützig ist, dient die Gegnerunabhängigkeit zuerst dem Schutz der Mitglieder: Damit ihre Interessen effektiv zur Geltung kommen, dürfen nicht die Interessen des Gegners in vorgreiflicher Rücksichtnahme den Verbandswillen beeinflussen.⁷⁴

Die Interessen des Leiharbeitsunternehmens Fair Train e. G., denen auch der Aufsichtsrat mit seiner Teilhabe an der Geschäftsführung verpflichtet ist, können in die Gewerkschaft getragen werden. Ob die Lohnkosten der Fair Train e. G. an die Einsatzunternehmen weitergegeben werden können, ist eine spezifische Frage für Arbeitgeber in der Zeitarbeit. Sie wird in die GDL getragen. Die damaligen Aufsichtsräte der Fair Train beeinflussen deren Geschäftswillen und bestellten deren Vorstand (§ 32 Nr. 2 Fair Train Satzung). Als stellvertretende Gewerkschaftsvorsitzende prägen sie den Tarifwillen der GDL. Damit wurde durch die personellen Verflechtungen zwischen geschäftsführendem Vorstand der GDL und Aufsichtsrat der Fair Train die eigenständige Interessenwahrnehmung der GDL gegenüber der Fair Train ernsthaft gefährdet. Die Doppelorganträger bildeten den gesamten Aufsichtsrat bei der Fair Train und die Mehrheit im geschäftsführenden Vorstand der GDL.⁷⁵

Ob das in der „Struktur“ der GDL angelegt und „verstetigt“ ist, kann bezweifelt werden. Die Doppelorganrolle ist weder in der Satzung der GDL noch der Fair Train vorgeschrieben. Da die Ämter auf Zeit verliehen sind, ist das nur eine punktuelle Verflechtung. Gerade die (erwartbare) Neubestellung des Aufsichtsrats im März 2024 als Reaktion auf die Kritik belegt dies. Nunmehr ist der Aufsichtsrat von Fair Train mit drei einfachen Mitgliedern der Genossenschaft besetzt, die zugleich GDL-Mitglieder sind. Das vierte Mitglied und der Vorsitzende des Aufsichtsrats *Rainer Wendt* ist kein Mitglied der GDL, und in der Genossenschaft investierendes Mitglied. Der Gegenauffassung⁷⁶ fehlt mithin die Tatsachenbasis. Das unselige Wort „strukturell“ oder die Frage, ob Abhängigkeit „in der Struktur der Arbeitnehmervereinigung angelegt“ sei, ist letztlich inhaltsleer. Es geht um die Frage, wie weit der potentielle Einfluss der Arbeitgeberseite reicht. Welche „Struktur“ dieser Einfluss hat, ist für das Gegenmachtprinzip belanglos.⁷⁷ Seit März 2024 kann Fair Train keinen organschaftlich vermittelten Einfluss auf die Tarifpolitik der GDL mehr nehmen.

c) Sonstiger Einfluss?

Neben den personellen Verflechtungen ist kein Einfluss der Fair Train auf die GDL auszumachen, der die Interessenwahrnehmung der GDL „ernsthaft gefährdet“. Der Geschäftsbereich der Fair Train zielt auf Tarifverträge mit der GDL, erlaubt aber „alle geeigneten Maßnahmen“ und damit auch die tariffreie Arbeitnehmerüberlassung (§ 2 Nr. 3 Fair Train Satzung). Indes ist das Geschäft der Fair Train auf GDL-Mitglieder zugeschnitten und die GDL nutzt die Fair Train zur Mitgliederwerbung. Die Fair Train steht im Dienst der GDL.⁷⁸ Die Abhängigkeit ist einseitig. Die Fair Train hat mit ihrem Geschäft keinen hinreichend gewichtigen Einfluss auf die GDL, sodass diese gegnerabhängig würde. Dass sich

die Fair Train mit ihrem Geschäft der GDL ausliefert, stellt sie nicht anders als ein Metall-Industrieunternehmen für dessen Zeitarbeitsgeschäft nur die IG-Metall zuständig ist.⁷⁹

Finanziell gegnerabhängig wird eine Koalition nicht durch einzelne Zahlungen, sondern wenn davon auszugehen ist, dass die Koalition dem Gegnerwillen folgt, sollte damit gedroht werden, die Finanzierung einzustellen. Dabei sind umso höhere Anforderungen zu stellen, wenn die Koalition mitgliederstark ist und damit ein auskömmliches Beitragsaufkommen hat. Werden einzelne Personen gegnerfinanziert, führt das nicht zur Abhängigkeit, wenn die Koalition die Tätigkeit ohne weiteres selbst finanzieren könnte.⁸⁰ Die Aufsichtsratsvergütung bei der Fair Train ist über höhere Mitgliedsbeiträge in der GDL an diese abzuführen (§ 8 Nr. 4 GDL-Satzung). Dieser Geldfluss von der Fair Train zur GDL ist für die Gegnerunabhängigkeit nicht der Rede wert.⁸¹

IV. Relative oder einheitlich-unteilbare Gegnerfreiheit

Selbst wenn die GDL aufgrund der damaligen personellen Verflechtungen zur Fair Train e. G. nicht gegnerfrei und -unabhängig gewesen sein sollte, führte das allenfalls zur partiellen Tariffähigkeit im Verhältnis zur Fair Train.⁸² Das von *Höpfner* und *Giesen* gegen die GDL angeführte Prinzip einheitlich-unteilbarer Tariffähigkeit wirkte sich indes zu ihren Gunsten aus:

1. BAG-Rechtsprechung: Keine relative „soziale Mächtigkeit“

Die Tariffähigkeit wird weder durch Art. 9 Abs. 3 GG noch einfachgesetzlich definiert, sondern als Eigenschaft vorausgesetzt (§ 2 TVG, §§ 2a Abs. 1 Nr. 4, 97 ArbGG). Deshalb haben die Arbeitsgerichte die Anforderungen konkretisiert; für die Tatbestandsmerkmale, die mit dem Koalitionsbegriff verbunden sind, ist das BVerfG zuständig.⁸³ Wie die Tatbestandsmerkmale sind auch die Rechtsfolgen fehlender Tariffähigkeitsmerkmale nicht von Rechtsnormen vorgegeben: Weder Verfassung noch einfache Gesetze ordnen eine konkrete Rechtsfolge für das Fehlen eines einzelnen Merkmals der Tariffähigkeit an. Die Rechtsprechung bestimmt daher auch die Rechtsfolgen fehlender Merkmale der Tariffähigkeit. Entscheidend kommt es dabei darauf an, ob die Tariffähigkeit einheitlich-abstrakt zu beurteilen ist oder nur relativ-partiell bestehen kann.⁸⁴

72 BGH 4.3.1974 – II ZR 89/72, BGHZ 62, 193 unter II.2. = NJW 1974, 855 – Seitz; statt aller MüKoAktG/Bayer, 6. Aufl. 2024, § 17 Rn. 33.

73 Däubler, TVG, 5. Aufl. 2022, § 2 Rn. 99; aA Thüsing/Hütter RdA 2018, 129 (137).

74 Rieble SAE 1998, 237 (245); Löwisch NZA 2023, 929 (932); Lessner-Sturm, Gewerkschaften als Arbeitgeber, 2009, Rn. 773 ff., 785 f.; Gammillscheg, KollArbR I, 1997, S. 420.

75 § 54 Abs. 1 S. 1 BGB iVm §§ 28, 32 Abs. 1 S. 3 BGB zum Mehrheitsprinzip im Vorstand.

76 So ernstlich Höpfner ZFA 2024, 301 (318).

77 Rieble SAE 2006, 89 (91); zum Struktur-Merkmal: BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697 – UFO unter III.2.d).aa); 22.6.2021 – 1 ABR 28/20, NZA 2022, 575 Rn. 27 – DHV.

78 Höpfner ZFA 2024, 301 (322).

79 AA Höpfner ZFA 2024, 301 (322); Giesen NZA 2024, 25 (27).

80 BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697 – UFO unter III.2.d).aa) und bb); 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, NZA 2011, 300 Rn. 31, 52 – GKH; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 83 f.

81 AA Giesen NZA 2024, 25 (27).

82 Löwisch NZA 2023, 929 (932); aA Höpfner ZFA 2024, 301 (324 f.); Giesen NZA 2024, 25 (27); unklar BeckOKArbR/Motz, 70. Ed. 1.12. 2023, AÜG § 8 Rn. 56.

83 Statt aller: BAG 22.6.2021 – 1 ABR 28/20, NZA 2022, 575 Rn. 25, 42; 26.6.2018 – 1 ABR 47/16, NZA 2019, 188 Rn. 51; BVerfG 13.9. 2019 – 1 BvR 1/16, NZA 2019, 1649 Rn. 8.

84 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 23 ff.

Das BAG betont, die Tariffähigkeit sei „für den beanspruchten Zuständigkeitsbereich einer Vereinigung einheitlich und unteilbar“.⁸⁵ Dabei handelt es sich nicht um einen richterrechtlichen „Rechtssatz“, sondern um ein verkürztes Begründungsargument für die aus Sicht des Senats einheitlich zu beurteilende „soziale Mächtigkeit“.⁸⁶ In den Fällen wollte das BAG mit der einheitlich-abstrakten Betrachtung der sozialen Mächtigkeit die *Tarifmacht ausweiten* und insbesondere die DGB-Gewerkschaften vor einem Verlust der partiellen Tariffähigkeit in ihren organisationsschwachen Rändern bewahren. Sie erhalten also eine tarifliche Regelungsbefugnis, die ihnen bei einer differenzierten Mächtigkeitsprüfung nicht zukäme. Deutlich zeigt sich das an ver.di, die in der Pflege über keinen nennenswerten Organisationsgrad verfügt und deshalb dort keine Tarifverträge durchsetzen kann.⁸⁷ Gefährdet wäre ver.di auch im Handel: Dort schafft sie keine Streiks mehr, sondern nur noch „Aktionstage“ und bittet um Verhandlungstermine.⁸⁸

Übertrüge man diesen holzschnittartigen Satz auf die Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit, könnte die einheitlich-abstrakte Beurteilung zum Totalverlust der Tariffähigkeit und des Koalitionsschutzes aus Art. 9 Abs. 3 GG führen. Mächtigkeit ist „nur“ eine Frage der Tariffähigkeit; Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit „einheitlich“ zu verneinen, beseitigt auch den Koalitionsschutz. Dann könnte auf den ersten Blick eine punktuell mit dem Gegner „infizierte“ Gewerkschaft ihre Tariffähigkeit insgesamt verlieren. Soll etwa ver.di Koalitionsstatus und Tariffähigkeit einbüßen, wenn sie Tarifverträge für den Bund-Verlag abschließt oder mit einem Gesamthafenbetrieb tarifiert, den sie als Sonderform der gemeinsamen Einrichtung selbst mitträgt? Das wäre schlechthin unverhältnismäßig; der Entzug des Koalitionsstatus geriete zur Strafe für das Anbandeln mit dem Gegner. Verfassungsrechtlich ist es vielmehr geboten, Koalitionsrechte und Tariffähigkeit nur gegenüber gerade jenem Gegner entfallen zu lassen, der die Gewerkschaft beeinflussen kann.

Selbst wenn man die Rechtsprechung des BAG zur „sozialen Mächtigkeit“ undifferenziert auf sämtliche Merkmale der Tariffähigkeit übertragen würde – mit dem (vermeintlichen) Ergebnis der Einheitlichkeit und Unteilbarkeit der Tariffähigkeit – führte das nicht automatisch zur Tarifunfähigkeit der GDL.⁸⁹ Das BAG relativiert selbst die Anforderungen an die Mächtigkeit und fordert, „dass die Arbeitnehmervereinigung Durchsetzungskraft und organisatorische Leistungsfähigkeit in einem *zumindest nicht unerheblichen Teil* des beanspruchten Zuständigkeitsbereichs besitzt.“⁹⁰ Das ist die *notwendige Konsequenz einer „Gesamtbetrachtung“*: Eine punktuelle und untergeordnete Gegnerverbandelung darf der Arbeitnehmervereinigung nicht Tariffähigkeit und Koalitionsstatus insgesamt nehmen. Vielmehr muss eine Einheitsbetrachtung, die die Tariffähigkeit (und den Koalitionsstatus) ganz oder gar nicht gewähren will, punktuelle Gegnerinfektionen hinnehmen, weil diese nicht das Gewicht haben, der Gewerkschaft alle Rechte zu nehmen. Das wiederum heißt: Opfer dieser Einheitsbetrachtung sind jene Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber mit der Gewerkschaft verflochten sind: Sie bauen auf eine insoweit „gelbe“ Gewerkschaft, die womöglich Gefälligkeitstarife abschließt. Bei einer Einheitsbetrachtung kann die Tariffähigkeit von ver.di nicht nur gegenüber dem Bund-Verlag oder dem Gesamthafen nicht angezweifelt werden, weil das – bezogen auf die insgesamt betrachtete Zuständigkeit von ver.di – nicht ins Gewicht fällt. Ver.di könnte insoweit auch Haustarife mit den anderen DGB-Gewerkschaften für deren Beschäftigte abschließen – oder mit der DGB-Rechtsschutz-GmbH. Nur für die eigenen Mitarbeiter kann die Gewerkschaft nicht tarifierten,

weil ein Tarifvertrag zwei Parteien verlangt. Insofern ist verfassungsrechtlich zu fragen, ob Art. 9 Abs. 3 GG eine Schutzpflicht für jene Arbeitnehmer innewohnt, die Opfer einer gelben Gewerkschaft werden könnten. Dann zwänge womöglich die Verfassung zu einer differenzierenden Betrachtung in Richtung partieller Tarifunfähigkeit.

Das BAG hat die *Konsequenz einer einheitlichen Mächtigkeitsbetrachtung* klar erkannt: „Danach kann einer Arbeitnehmervereinigung einerseits die Tariffähigkeit insgesamt nicht versagt werden, wenn die Durchsetzungskraft oder die organisatorische Leistungsfähigkeit in irgendeinem Teilbereich fehlt, während sie andererseits nicht festgestellt werden kann, wenn sie nur in irgendeinem Teilbereich ihrer Tarifzuständigkeit über eine Durchsetzungskraft verfügt.“⁹¹ „Nicht tragfähig wäre es, die Tariffähigkeit insgesamt zu versagen, wenn die Durchsetzungskraft oder organisatorische Leistungsfähigkeit in irgendeinem Teilbereich fehlt.“⁹² Deshalb stellt die Schwäche von ver.di in der Pflege nach dem Konzept des BAG deren Tariffähigkeit nicht nur nicht in der Pflege, sondern auch insgesamt nicht in Frage.⁹³ Gleiches gilt für die Machtlosigkeit der IG Metall im Elektrowerkzeug.⁹⁴

Wendet man dies auf die GDL an, so könnte diese ihre Tariffähigkeit nur einbüßen, wenn sie in einem zumindest nicht unerheblichen Teil der Bundesrepublik Deutschland für ihren Organisationsbereich des Personals von Eisenbahnen (Zuständigkeitsbereich gemäß § 1 Nr. 4 S. 2 GDL-Satzung) unter Gegnereinfluss stünde, ihr also dort Gegnerfreiheit oder -unabhängigkeit fehlte. Dass die als widerborstig angesehene GDL zu sehr mit dem Gegenspieler kuschelt, wirft ihr – von der Fair Train abgesehen – niemand vor. Und die *Fair Train ist für eine Gesamtbetrachtung derzeit vollkommen belanglos*. Die Genossenschaft hat bislang keine Arbeitnehmer; sie ist (tariffähiger) „Arbeitgeber“ nur mit Blick auf künftige Beschäftigte. Geschlossene Tarifverträge finden noch keine Anwendung. Sollte die Fair Train künftig einige hundert Lokführer beschäftigen, wäre sie als Arbeitgeber unter den Verkehrsunternehmen immer noch klein. Die Ver-

85 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 24/21, NZA 2023, 117 Rn. 16; 22.6.2021 – 1 ABR 28/20, NZA 2022, 575 Rn. 49; 26.6.2018 – 1 ABR 37/16, NZA 2019, 188 Rn. 59; 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289 Rn. 81; 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 Rn. 57; offen noch: BAG 9.7.1968 – 1 ABR 2/67, BAGE 21, 98 (101) unter 2 = NJW 1968, 862.

86 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 24/21, NZA 2023, 117; BAG 22.6.2021 – 1 ABR 28/20, NZA 2022, 575; 26.6.2018 – 1 ABR 37/16, NZA 2019, 188; 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289; 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, NZA 2011, 300; 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112.

87 Vgl. nur Wörrz, Arbeitskampf in Pflegeberufen: Warum große Streiks in der Pflege selten sind, 16.3.2023, abrufbar unter <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/streik-pflege-krankenhaus-gewerkschaft-100.html> (zul. abgerufen am 10.5.2024).

88 Abrufbar unter <https://www.verdi.de/themen/geld-tarif/++co++416caa6-d9f8-11ed-9920-001a4a16012a> (zul. abgerufen am 10.5.2024). Die Arbeitgeberverbände des Einzelhandels lassen ver.di wohl auch deshalb schmoren, weil die Gewerkschaft einen gemeinsamen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung gefordert hat.

89 So aber: Höpfer ZFA 2024, 301 (325 f.); Giesen NZA 2024, 25 (27).

90 BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 Rn. 56 – CGM, Hervorhebung von mir; ebenso BAG 22.6.2021 – 1 ABR 28/20, NZA 2022, 575 Rn. 32; 13.9.2022 – 1 ABR 24/21, NZA 2023, 117 Rn. 16; 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289 Rn. 81; 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 Rn. 56.

91 BAG 26.6.2018 – 1 ABR 37/16, NZA 2019, 188 Rn. 59; 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289 Rn. 81 je mwN.

92 BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 Rn. 59 – CGM.

93 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 24/21, NZA 2023, 117 Rn. 16 ff.

94 Rieble BB 2004, 885 (887 f.); allgemein: Henssler, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, 2006, S. 36: Großgewerkschaften würden Tariffähigkeit verlieren; aA Bayreuther BB 2005, 2633 (2638) mwN.

bindung einer Gewerkschaft zu einem einzelnen Arbeitgeber kann ihr auch nach jenem Konzept die Tariffähigkeit insgesamt allenfalls dann nehmen, wenn es sich um einen großen Arbeitgeber handelt, der im Organisationsbereich der Gewerkschaft so bedeutend ist, dass die Gewerkschaft insgesamt nicht mehr als gegnerfrei oder gegnerunabhängig angesehen werden kann. Das ist in Ansehung der Genossenschaft ausgeschlossen.

2. Schrifttum: Einheitlich-abstrakte vs. relativ-partielle Tariffähigkeit

Aus der Relativität der Gegnerschaft müsste logischerweise die partielle Tariffähigkeit in Ansehung dieses Tatbestandsmerkmals (und unabhängig von Mächtigkeit oder Leistungsfähigkeit) folgen: Nur die partielle Tariffähigkeit berücksichtigt die Relativität der einzelnen Merkmale gänzlich und „materialisiert“ auf diese Weise die Koalitionsfreiheit.⁹⁵

Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit können nur in Bezug auf einen konkreten Gegenspieler bejaht oder verneint werden.⁹⁶ Jede für die Unteilbarkeit erforderliche Gesamtbetrachtung muss alle Gegenspieler in einen Topf werfen – obschon diese einen etwaigen Einfluss nicht gemeinsam ausüben. Umgekehrt folgt aus der Relativität der Gegnerschaft, dass die Gegnerverunreinigung nicht unbeachtet bleiben kann, weil die Arbeitnehmervereinigung anderswo und überwiegend „gegnerrein“ ist. Daher darf die Verflechtung von ver.di mit DGB-Unternehmen einerseits nicht zum Totalverlust der Tariffähigkeit führen, andererseits die fehlende Gegnerfreiheit nicht gänzlich unbeachtet lassen.⁹⁷ Sonst liefert man die Arbeitnehmer einer partiell funktionsunfähigen Gewerkschaft aus.

Die Gegenmeinung beurteilt die Tariffähigkeit einheitlich-abstrakt.⁹⁸ Zentrales Argument ist die *Rechtssicherheit*.⁹⁹ Die Grenzen der partiellen Tariffähigkeit ließen sich kaum bestimmen. Die sich damit aus der partiellen Tariffähigkeit „ergebenden Rechtsunsicherheiten würden die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ernsthaft gefährden.“¹⁰⁰ Einigermmaßen plausibel ist das ohnehin nur für jene Tatbestandsmerkmale der Tariffähigkeit, die eine schemenhafte Bewertung verlangen, also soziale Mächtigkeit und Leistungsfähigkeit. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit folgt also aus dem Richterrecht des BAG und der damit verbundenen Unschärfe der generalklauselartigen Tatbestandsmerkmale.¹⁰¹ Die vom BAG für die soziale Mächtigkeit entwickelte ausdifferenzierte Gesamtschau unterschiedlicher Teilkriterien hat den richterlichen Bewertungsspielraum vergrößert und die Vorhersehbarkeit der Entscheidungen gemindert.¹⁰² Die behauptete Rechtsunsicherheit ist also zuerst hausgemacht.

Für die Gegnerfreiheit oder Gegnerunabhängigkeit ist es genau umgekehrt: Ob eine Koalition von einem konkreten Gegenspieler beeinflusst werden kann, lässt sich leichter feststellen als eine Gegnereinflussgesamtschau, die alle Gegenspieler im Zuständigkeitsbereich bewertet und deren Einfluss summiert. Begreift man die Gegnerfreiheit als Folge des Gegenmachtprinzips, ist sie notwendig relativ zum jeweiligen Gegenspieler zu verstehen.¹⁰³ Weder wird eine Gewerkschaft insgesamt funktionsuntüchtig, wenn sie mit einzelnen Unternehmen zu intensiv verbunden ist. Noch lässt sich bei Multibranchengewerkschaften wie ver.di, IG Metall und IG BCE behaupten, dass Gegnereinfluss in einer Branche auf Koalitionsbetätigung und Tarifarbeit in anderen Branchen Auswirkungen hätte. Arbeitgebernähe der Abteilung Holz und Kunststoff in der IG Metall hat für die Metallindustrie keine Bedeutung.

Irritierend ist das zweite Argument: Aus dem Wortlaut und der Wirkung der Entscheidung über die Tariffähigkeit einer Vereinigung „für und gegen jedermann“ (§ 97 Abs. 3 S. 1 ArbGG), soll die Unteilbarkeit der Tariffähigkeit folgen.¹⁰⁴ Das BAG hält gar Anträge auf Feststellung einer partiellen Tariffähigkeit für unzulässig.¹⁰⁵ Das ist zunächst eine *zirkuläre Argumentation*: Aus der materiell-rechtlichen Einheit-

95 Für eine relativ-partielle Tariffähigkeit: Wiedemann RdA 1976, 72 (77); Dütz DB 1996, 2385 (2388 f.); Jung, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht, 1999, S. 132 ff., 261 ff.; Rieble FS Wiedemann, 2002, 529 ff.; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 23 ff.; Schüren/Riederer v. Paar ArbR 2004, 241 (242); Bayreuther BB 2005, 2633 (2637 f.); Henssler, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, 2006, S. 35 ff.; Isenhardt, Relative Tariffähigkeit, 2008, S. 4 ff., 121 ff.; Fuest, Die demokratische Struktur von Spartengewerkschaften, 2012, S. 283 ff.; wohl auch: Junker JZ 2022, 41 (45).

96 BAG 15.11.1963 – 1 ABR 5/63, SAE 1964, 193 unter II 4; Nipperdey FS Möhring, 1965, 87 (89); Jung, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht, 1999, S. 133 ff.; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 98; MHD ArbR/Rieble, 5. Aufl. 2022, § 218 Rn. 64.

97 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 28; Isenhardt, Relative Tariffähigkeit, 2008, S. 144.

98 Allgemein: Buchner NZA 1994, 2 (4); Wiedemann, TVG/Oetker, 9. Aufl. 2023, § 2 Rn. 24 ff.; zur Gegnerabhängigkeit: Giere, Soziale Mächtigkeit als Voraussetzung für die Tariffähigkeit, 2006, S. 128; Höpfner ZFA 2024, 301 (325 f.); Kempen/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2014, § 2 Rn. 73; zur sozialen Mächtigkeit: Doerlich, Die Tariffähigkeit der Gewerkschaft, 2002, S. 287 ff.; Kissel, Arbeitskampfr, 2002, § 9 Rn. 34; Ricken, Autonomie und tarifliche Rechtssetzung, 2006, S. 158 ff.; Hümmerich/Holthausen NZA 2006, 1070 (1074); Kovacs, Das Spannungsverhältnis zwischen Koalitionsfreiheit und Tariffähigkeit, 2008, 145 ff.; Franzen BB 2009, 1472 (1475 f.); Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2011, S. 237 ff.; Kempen/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2014, § 2 Rn. 51; Henssler/Moll/Bepler, TarifV-HdB/Greiner, 2. Aufl. 2016, Teil 2 Rn. 86 ff.; Thüsing/Braun, TarifR/Emmert, 2. Aufl. 2016, 2. Kap. Rn. 48 f.; A. Schmidt, Die Tariffähigkeit christlicher Gewerkschaften, 2014, S. 216 ff.; Olbrich, Die Tariffähigkeit von Arbeitnehmervereinigungen, 2018, S. 253 f.; AR/Krepper, 10. Aufl. 2021, TVG § 2 Rn. 21; Däubler, TVG, 5. Aufl. 2022, § 2 Rn. 30; Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR/Hergenroder, 10. Aufl. 2022, GG Art. 9 Rn. 52; ErfK/Franzen, 24. Aufl. 2024, TVG § 2 Rn. 13.

99 BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 Rn. 58; Giere, Soziale Mächtigkeit als Voraussetzung für die Tariffähigkeit, 2006, S. 131; Ricken, Autonomie und tarifliche Rechtssetzung, 2006, S. 159 mwN; Kovacs, Das Spannungsverhältnis zwischen Koalitionsfreiheit und Tariffähigkeit, 2008, S. 148; Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2011, S. 237 ff.; Henssler/Moll/Bepler, TarifV-HdB/Greiner, 2. Aufl. 2016, Teil 2 Rn. 89; Thüsing/Braun, TarifR/Emmert, 2. Aufl. 2016, 2. Kap. Rn. 48a; Däubler, TVG, 5. Aufl. 2022, § 2 Rn. 30; Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR/Hergenroder, 10. Aufl. 2022, GG Art. 9 Rn. 58; ErfK/Franzen, 24. Aufl. 2024, TVG § 2 Rn. 13; Franzen BB 2009, 1472 (1476); Widerspruch zur Relativität der Merkmale sehend, aber im Ergebnis aus Rechtssicherheitsgründen Relativität ablehnend: Kissel, Arbeitskampfr, 2002, § 9 Rn. 34; Hümmerich/Holthausen NZA 2006, 1070 (1074); A. Schmidt, Die Tariffähigkeit christlicher Gewerkschaften, 2014, S. 223; ähnlich: AR/Krepper, 10. Aufl. 2021, TVG § 2 Rn. 21 „Unsicherheit (...) für die Praxis nicht tragbar“.

100 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 24/21, NZA 2023, 117 Rn. 17; 28.3.2006, 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 Rn. 58; Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2011, S. 238; A. Schmidt, Die Tariffähigkeit christlicher Gewerkschaften, 2014, S. 219 f.; Däubler, TVG, 5. Aufl. 2022, § 2 Rn. 30; ähnlich Wiedemann, TVG/Oetker, 9. Aufl. 2023, § 2 Rn. 25.

101 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 18 ff.; Giere, Soziale Mächtigkeit als Voraussetzung für die Tariffähigkeit, 2006, S. 131; Henssler, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, 2006, S. 48; Fuest, Die demokratische Struktur von Spartengewerkschaften, 2012, S. 292 ff.

102 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 21.

103 Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1183.

104 ErfK/Franzen, 24. Aufl. 2024, TVG, § 2 Rn. 13; Franzen BB 2009, 1472 (1475 f.); Höpfner ZFA 2024, 301 (326); allgemein zu § 97 ArbGG: Doerlich, Die Tariffähigkeit der Gewerkschaft, 2002, S. 295 ff.; Ricken, Autonomie und tarifliche Rechtssetzung, 2006, S. 159; A. Schmidt, Die Tariffähigkeit christlicher Gewerkschaften, 2014, S. 223, 226 f.

105 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 24/21, NZA 2023, 117 Rn. 11 ff.

lichkeit der Tariffähigkeit wird eine Beschränkung der verfahrensrechtlichen Geltendmachung gefolgert, die dann wiederum die Einheitlichkeit stützen soll.

Vor allem aber: Die erga-omnes-Wirkung definiert (nur) die Adressaten der Entscheidung. Über die Rechtskraft hinaus müssen Dritte die Entscheidung beachten, insbesondere andere Gerichte. Mit dem Verfahrensgegenstand hat die Entscheidungswirkung nichts zu tun. Auch eine die Tariffähigkeit nur gegenüber einem bestimmten Arbeitgeber feststellende Entscheidung wirkte erga-omnes, weswegen etwa ein Arbeitsgericht einen Tarifvertrag nicht mehr anwenden darf, wenn im Verfahren nach § 97 ArbGG die fehlende Tariffähigkeit mit Blick auf den konkreten tariflichen Gegenspieler rechtskräftig verneint worden ist. Umgekehrt gilt: Wenn man konsequenterweise die relative Gegnerschaft auch auf der Rechtsfolgenseite berücksichtigt, muss der Antrag auf partielle Feststellung der Tariffähigkeit zulässig sein.¹⁰⁶ Andernfalls schösse das Verdikt der Tariffähigkeit über das notwendige Maß hinaus.

Die Zukunftswirkung der Statusfeststellung ist begrenzt: Die Rechtskraft und die damit verbundene Rechtssicherheit endet, wenn sich der der Entscheidung zugrundeliegende Lebenssachverhalt im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung wesentlich geändert hat.¹⁰⁷ Personelle, organisatorische oder finanzielle Änderungen einer Arbeitnehmervereinigung nach der letzten Verhandlung einer Tatsacheninstanz kann der Beschluss nach § 97 ArbGG nicht erfassen. Trifft eine Gewerkschaft Maßnahmen zur Heilung ihrer Tariffähigkeit, kann der Beschluss nach § 97 ArbGG keine Rechtssicherheit mehr gewährleisten.

Aus der Geschichte des § 97 Abs. 3 GG folgt nichts: Die erga-omnes-Wirkung in § 97 Abs. 3 ArbGG sollte die ständige Rechtsprechung des BAG aufnehmen.¹⁰⁸ Diese wiederum reagiert bislang nur auf fehlende soziale Mächtigkeit. Ob auch die Gegnerfreiheit einheitlich zu prüfen ist, wurde nicht entschieden und konnte vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen werden.

3. Einheitlich-abstrakte Tariffähigkeit als unverhältnismäßiger Eingriff in die Koalitionsfreiheit?

Die einheitlich-abstrakte Tariffähigkeit und der damit einhergehende Totalverlust des Koalitionsstatus aus Art. 9 Abs. 3 GG sowie der Tariffähigkeit werden von vielen Stimmen als unverhältnismäßiger Eingriff in die Koalitionsfreiheit angesehen.¹⁰⁹ Soweit es um tarifspezifische Merkmale der Tariffähigkeit geht, ist die Tarifautonomie als Koalitionsbetätigungsfreiheit betroffen. Soweit es um Tatbestandsmerkmale der Koalitionsfreiheit geht (wie hier mit der Gegnerfreiheit), ist die Koalitionsfreiheit unmittelbar betroffen: Der Vereinigung wird der Koalitionsstatus genommen und damit die rechtliche Existenz als Koalition. Der Schutzbereich ist offenkundig eröffnet;¹¹⁰ die Anforderungen an Koalitionsstatus und Tariffähigkeit dürfen die durch Art. 9 Abs. 3 GG gesicherte freie Koalitionsbildung und -betätigung nicht „aushöhlen“. Das wäre zuerst der Fall, wenn jede punktuelle und insgesamt bedeutungslose Gegnerberührung zum Totalverlust der Koalitionsfreiheit führte. Deshalb ist die Auffassung, die punktuelle Organvermischung von GDL-Vorstand und Fair-Train-Aufsichtsrat könne der GDL die Tariffähigkeit insgesamt nehmen, von vornherein nicht haltbar. Ver.di darf ihre Tariffähigkeit nicht verlieren, wenn sie mit dem Bund-Verlag oder einem Gesamthafen tarift. Ist eine Koalition punktuell nicht gegnerfrei oder -unabhängig, verbietet Art. 9 Abs. 3 GG, jeden Verstoß zum Verlust der Koalitionseigenschaft führen zu lassen. Andernfalls ließe

sich die Koalitionsfreiheit beerdigen.¹¹² Viele Arbeitnehmer büßten den Schutz durch Tarifverträge und andere Koalitionsbetätigung ein – weil ihr Verband und seine Funktionäre an einer Stelle „Mist gebaut“ haben. Kann der Totalverlust der Koalitionseigenschaft durch Korrektur vermieden werden, ist diese Korrektur als milderes Mittel vorrangig.¹¹³

Die einheitlich-unteilbare Tariffähigkeit lehnt eine differenzierte Betrachtung des Gegnereinflusses ab und kommt zu einer Einheitslösung: Die Gesamtbetrachtung ist für die Koalitionen „günstig“, soweit punktueller Gegnereinfluss, der bei differenzierter Betrachtungsweise zur Tariffähigkeit gerade gegenüber einem Gegenspieler führte, unberücksichtigt bleibt, weil die Koalition doch im Übrigen stabil ist. Insofern verhält es sich nicht anders als bei der Zuerkennung von Mächtigkeit in schwachen Organisationsbereichen. Das zeigt gerade die GDL: Ihre punktuelle Organvermischung mit der Genossenschaft bis zur Neubesetzung von deren Aufsichtsrat könnte bei differenzierter Betrachtung damals zur punktuellen Tariffähigkeit geführt haben. Bei einer Gesamtbetrachtung ist das ausgeschlossen, weil die Fair Train als „Arbeitgeber“ auf dem Eisenbahnerarbeitsmarkt zu unbedeutend ist. Soweit den Koalitionen hier die Tariffähigkeit „unverdiert“ zugesprochen wird, kann dies als Begünstigung deren Koalitionsfreiheit nicht beeinträchtigen. Insofern ist immerhin die Frage nach einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht vor punktuell gelben oder schwachen Gewerkschaften gestellt, die die Arbeitnehmer im betroffenen Bereich nicht effektiv unterstützen können.

Auf der anderen Seite aber mündet das Alles-oder-Nichts der einheitlich-unteilbaren Tariffähigkeit oberhalb der Erheblichkeitsschwelle dazu, dass der Vereinigung die Tarifautonomie oder der Koalitionsstatus insgesamt genommen wird, auch wenn sie in dem unbelasteten Organisationsbereich (in welchem sie gegnerunabhängig und mächtig ist) als Koalition anerkannt werden könnte. Man stelle sich nur eine Multibranchengewerkschaft mit Organisationsfehlern und Schwächen in einer oder mehreren Branchen vor; diese dürfen doch nicht dazu führen, dass die im Übrigen funktionsfähige Ge-

106 Feststellung der partiellen Tariffähigkeit iRd § 97 ArbGG bejahend: Bayreuther BB 2005, 2633 (2638); Isenhardt, Relative Tariffähigkeit, 2008, S. 151f.; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 631; HK-ArbR/Henssen, ArbGG, 4. Aufl. 2017, § 97 Rn. 4; Schwab/Weth, ArbGG/Walker, 6. Aufl. 2022, § 97 Rn. 4a; wohl auch: Beck-OK ArbR/Roloff, 70. Ed. 1.12.2023, ArbGG § 97 Rn. 2a.

107 Statt aller Schwab/Weth, ArbGG/Walker, 6. Aufl. 2022, § 97 Rn. 35 mwN.

108 BR-Drs. 147/14, 49 mit Verweis auf: BAG 15.3.1977 – 1 ABR 16/75, BAGE 29, 72 ff. = DB 1977, 772; 23.5.2012 – 1 AZB 67/11, NZA 2012, 625 ff.

109 Nipperdey FS Möhring, 1965, 87 (110); Wiedemann RdA 1976, 72 (77); Jung, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht, 1999, S. 136 ff.; 261 ff.; Fuest, Die demokratische Struktur von Spartengewerkschaften, 2012, S. 286; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 28, 631; iE F. Müller, Der Gewerkschaftsbegriff im Betriebsverfassungsgesetz, 1988, S. 34 Einzelfallprüfung notwendig; aA Höpfer ZFA 2024, 301 (325).

110 Statt aller: BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., NZA 2017, 915 Rn. 130 ff.; aA ernstlich Höpfer ZFA 2024, 301 (325).

111 ErfK/Linsenmaier, 24. Aufl. 2024, GG Art. 9 Rn. 25; zu den Anforderungen an die Tariffähigkeit: BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77 u. a., NJW 1979, 699 (709); BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289 Rn. 388; 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, NZA 2011, 300 Rn. 35; 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 Rn. 39.

112 Rieble SAE 1998, 237 (245); Jung, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht, 1999, S. 262; Fuest, Die demokratische Struktur von Spartengewerkschaften, 2012, S. 293 f.; aA Höpfer ZFA 2024, 301 (325); Schutzbereich nicht eröffnet, da Gegnerunabhängigkeit „zwingende Voraussetzung des Koalitionsbegriffs“ sei.

113 MHD ArbR/Rieble, 5. Aufl. 2022, § 218 Rn. 73; Vorrang ebenfalls bei: Böttcher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 1966, S. 146 f.

werkschaft Tariffähigkeit und Koalitionsstatus auch dort verliert, wo sie ihre Mitglieder gut schützen kann. Die Frage mag akademisch sein, wenn und weil DGB-Gewerkschaften bei deutschen Arbeitsgerichten eine Vorzugsbehandlung in Ansehung der Tariffähigkeitsanforderungen erführen. Als Argument taugt das dennoch: Man stelle sich also vor, der Fachbereich Handel von ver.di erhielte über einen längeren Zeitraum Zahlungen von der Arbeitgeberseite für eine geschmeidige Tarifpolitik.¹¹⁴ Soll das nun ernstlich den ver.di-Mitgliedern im öffentlichen Dienst oder in der Abfallwirtschaft den Schutz durch Tarifverträge nehmen können?

Augenscheinlich wird das bei „*janusköpfigen*“ Koalitionen, die Arbeitnehmer oder Auftragnehmer organisieren, die ihrerseits Arbeitnehmer haben. Herkömmlich ist an ihrer Gegnerfreiheit nichts auszusetzen, solange sich die Koalition als Gewerkschaft auf die Vertretung der Mitgliederinteressen gegen die Arbeitgeber oder Auftraggeber ihrer Mitglieder beschränkt – und nicht „zugleich“ als Arbeitgeberverband deren Arbeitgeberinteressen organisiert.¹¹⁵ Eine unteilbare Tariffähigkeit mit Gesamtschau könnte deren Koalitionsende bedeuten – weil ihre eigenen Mitglieder zugleich Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind. Das wiederum gerät unverhältnismäßig. Die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) gebietet mithin die partielle Tariffähigkeit für das Merkmal der Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit.¹¹⁶

Irgendeine Rechtfertigung des Eingriffs durch undifferenzierte Tariffähigkeitsbewertung ist nicht in Sicht.¹¹⁷ Das für die einheitliche Mächtigkeitsbewertung angeführte Argument der Rechtssicherheit (oben IV.2.) ist dort zweifelhaft und greift hier jedenfalls nicht: Der Einfluss eines konkreten Gegenspielers auf einen Verband ist deutlich einfacher zu beurteilen als eine diffuse Gesamtschau aller Einflussmöglichkeiten jeglicher aktueller und potentieller Gegenspieler. Die partielle Tariffähigkeit ist im Verhältnis zum Totalverlust der Tariffähigkeit und des Koalitionsschutzes jedenfalls in Ansehung der Gegnerfreiheit das mildere und gleich effektive Mittel.

V. Unabhängigkeit von Dritten

1. Zweck: Autonomiesicherung

Traditionell bezieht sich die Unabhängigkeit von Dritten auf „gesellschaftliche“ Mächte. Arbeitgeber oder Arbeitnehmer können von ihrem Verband nicht wirksam vertreten werden, wenn Staat, Kirche oder politische Parteien bestimmenden Einfluss auf Zielfindung und -durchsetzung einer Koalition haben. Fremdbestimmung ist mit der Verbandsautonomie nicht vereinbar.¹¹⁸ Die Unabhängigkeit von Dritten ist nicht auf bestimmte gesellschaftliche oder staatsnahe Akteure begrenzt, sondern dient der Autonomiesicherung der Koalition.¹¹⁹ Autonomiesicherung ist kein Selbstzweck, sondern soll sicherstellen, dass die Koalition die Interessen ihrer Mitglieder ohne verfälschenden Einfluss von außen wahrnimmt. Deswegen müssen Koalitionen von solchen Institutionen und Organisationen unabhängig sein, die auf sie einen *bestimmenden* Einfluss ausüben können.¹²⁰ Das Gebot der Gegnerunabhängigkeit und das allgemeine Autonomiegebot lassen sich zu einem Gebot der koalitionsinternen Sicherung freier Entscheidungsfindung ausbauen. Zum Schutz der inneren Koalitionsfreiheit ist dann ein Ausbau der Autonomieregeln im Dienste einer „Collective Governance“ erforderlich. Das meint insbesondere die institutionelle Absicherung der Selbstbestimmung der Koalitionsmitglieder.¹²¹

2. Dritteinfluss

Den Einfluss müssen „Dritte“ auf die Koalition ausüben. Mithin geht es nicht um Einfluss des Gegners oder von Akteuren innerhalb der Koalition, sondern um Einflüsse „von außen“. Gestaltungsmacht des Gegners begründet gegebenenfalls Gegnerabhängigkeit. Folgt man dem Modell einheitlich-unteilbarer Tariffähigkeit auch in Ansehung der Gegnerunabhängigkeit, dann sind alle Gegenspieler im Rahmen der dann erforderlichen Gesamtbetrachtung des gegnerischen Einflusses zu berücksichtigen. Folgt man hingegen einer Relativität der Gegnerschaft, dann kann der eine Gegner in Ansehung eines anderen nur Dritter sein und die bipolare Auseinandersetzung nur „von außen“ beeinflussen. Nun mag man die Frage, ob Fair Train als Dritte die Gewerkschaftsbetätigung der GDL im Verhältnis zu einem anderen Gegner, dem AGV MOVE beeinflussen kann,¹²² als theoretisch abtun – nachdem keine GDL-Organmitglieder mehr im Aufsichtsrat der Genossenschaft sitzen. Die Frage bleibt aber für andere Konstellationen relevant: Jede Tarifaussinandersetzung berührt Dritte, die womöglich ihrerseits Einfluss geltend machen. Diese Dritten sind anders zu sehen, als der konkrete Gegenspieler – weil der (tarifliche) Interessenausgleich notwendig mit starkem wechselseitigem Einfluss einhergeht, insbesondere im Arbeitskampf. Das können auch Unternehmen sein, die nicht unmittelbar an den Tarifverhandlungen beteiligt sind.

3. Bestimmender Einfluss?

Tarifverhandlungen und einfache Koalitionsbetätigung finden *nicht im luftleeren Raum* statt. Interessen Dritter spielen immer eine Rolle. Der Gedanke, die Tarifparteien würden oder könnten ihre Verhandlungen frei von anderen als den eigenen Interessen führen, ist naiv. Fremdeinflüsse können aus den eigenen Reihen kommen, von einem Betriebsrat, der eine kampfstärke Schlüsselbelegschaft repräsentiert oder im Arbeitgeberverband von einem großen Mitgliedsunternehmen, von befreundeten Verbänden, aber auch vom Staat und Sozialversicherungsträgern.¹²³ Insbesondere gelingt es Unternehmensleitungen und Betriebsräten großer Unternehmen regelmäßig, tarifpolitische Rücksicht auf Sonderbelange solcher Unternehmen zu erreichen. Das gelingt, wenn das Un-

114 Das Beispiel ist bewusst absurd gewählt.

115 BAG 19.1.1962 – 1 ABR 14/60, BAGE 12, 184 unter II.2. = DB 1962, 242 sowie BAG 15.11.1963 – 1 ABR 5/63, SAE 1964, 193 unter II.4.

116 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 28.

117 Bereits: Nipperdey FS Möhring, 1965, 87 (110); Wiedemann RdA 1976, 72 (77); Jung, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht, 1999, S. 136 ff., 261 ff.; Fuest, Die demokratische Struktur von Sparten Gewerkschaften, 2012, S. 286; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 28, 631.

118 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 (367 f.) = NJW 1979, 699; Hueck/Nipperdey, ArbR II/1, 7. Aufl. 1967, S. 97 f.; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 102.

119 Vgl. BVerfG 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, AP TVG § 2 Nr. 31 unter B.I.1.; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 109; Wiedemann, TVG/Oetker, 9. Aufl. 2023, § 2 Rn. 438; Kempen/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2014, § 2 Rn. 81; Höpfer ZFA 2024, 301 (330 f.); Engel, Collective Governance in Tarifverbänden, 2015, S. 22; Kobler, Fremdeinflüsse auf die tarifliche Willensbildung, 2012, S. 48; Jung, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht, 1999, S. 211 ff.; Herschel, Tariffähigkeit und Tarifmacht, 1932, S. 34 f.

120 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 109; Kempen/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2014, § 2 Rn. 81; ErfK/Franzen, 24. Aufl. 2024, TVG § 2 Rn. 6 „entscheidender Einfluss“; Wiedemann RdA 1976, 72 (77) „beherrschender Einfluss“; aA Höpfer ZFA 2024, 301 (331 f.); Daubler, TVG, 5. Aufl. 2022, § 2 Rn. 18.

121 Rieble FS Reuter, 2010, 805 (820 ff.); monografisch Engel, Collective Governance in Tarifverbänden, 2014.

122 Höpfer ZFA 2024, 301 (330 f.).

123 Ausführlich Kobler, Fremdeinflüsse auf die tarifliche Willensbildung, 2012, S. 117 ff.

ternehmen für den Arbeitgeberverband besonders wichtig ist und die Stammschaft für die Kampfkraft der Gewerkschaft bedeutsam. Ist das ein schädlicher, gar die Tariffähigkeit gefährdender Einfluss „von außen“? Dann wäre es ein Problem, dass die Tarifpolitik in der Metallindustrie Baden-Württembergs lange Jahre auf beiden Seiten von Daimler-Benz und seinen Arbeitnehmervertretern in der IG Metall geprägt worden ist.

Voraussetzung für eine Abhängigkeit von Dritten ist ein „bestimmender Einfluss“ des Dritten auf die Willensbildung der Koalition. Nur dann steht zu befürchten, dass der Dritte auch Interessen durchsetzen kann, die denen der Koalition und ihrer Mitglieder zuwiderlaufen.¹²⁴ Insofern sind an den Einfluss des Dritten höhere Anforderungen als an den des Gegners zu stellen.¹²⁵ Sonst mündete jede Gegnerabhängigkeit im anderen Tarifverhältnis zur „Abhängigkeit vom Dritten“ und damit zur „absoluten“ Tarifunfähigkeit. Zu strenge Unabhängigkeitsanforderungen schränken die Koalitionsfreiheit unverhältnismäßig ein. Zweck der Unabhängigkeit von Dritten ist allein die Autonomisierung. Der Gegner hat schon aufgrund seiner Stellung ein Interesse an der Beeinflussung der anderen Koalition, um seine Verhandlungsposition zu verbessern. Tarifverhandlungen und Arbeitskampf ermöglichen solchen Einfluss; dieser ist systemgerecht. Deshalb können für die Unabhängigkeit von Gegnern und Dritten nicht die gleichen Regeln gelten: Dritte können (im Gegensatz zum Gegner) auch „reine“ Drittinteressen verfolgen, die – anders als die Interessen des Gegners – nicht notwendigerweise konträr zu denen der Koalition sind.¹²⁶

Anders als für die Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit schadet nicht jeder Einfluss, der die eigenständige Interessenwahrnehmung der Koalition auch nur gefährdet. Der Einfluss muss *bestimmend* sein, die Koalition also dem Dritten ausliefern und die Bildung und Umsetzung des Koalitionswillens verhindern. Der Dritte soll in der Koalition nicht „durchregieren“ können. Das wäre der Fall, wenn dem Dritten in der Satzung der Koalition Vetorechte eingeräumt werden oder er durch personelle Verflechtungen die Kontrolle über tarifpolitische Entscheidungen der Koalition hätte.¹²⁷

Schönes Beispiel ist der Arbeitgeberverband „Arbeitsrechtliche Vereinigung Hamburg“ e. V. (AVH), der nach § 2 seiner Satzung 2019 Tariffähigkeit beansprucht. Die Stadt Hamburg ist dort nicht als Arbeitgeber Mitglied (weil ihre Arbeitsbedingungen über die TdL tarifiert werden). Sie hat sich in der Satzung die Hälfte aller Stimmrechte (§ 13 Abs. 2) und zwei Vorstandssitze reserviert, um „Arbeitsmarktpolitik“ im Arbeitgeberverband zu betreiben. Das ist eine hinreichende Befehlsgewalt.

4. Keine Beurteilung konkreter Interessenkollisionen

Höpfner stellt an die Unabhängigkeit von Dritten grundsätzlich dieselben Anforderungen wie an die Gegnerunabhängigkeit. Zusätzlich fordert er, das „Interesse“ eines „einflussreichen Dritten“ positiv festzustellen. Wenn der Dritte eigene Interessen im Zuständigkeitsbereich der Koalition verfolgen, stünde die Gefahr einer sachwidrigen Beeinflussung von außen fest. Diese Gefahr der Beeinflussung genüge.¹²⁸

Das überzeugt nicht: Wie soll ein Antragsteller die „Interessen“ eines Dritten im Gerichtsverfahren greifbar machen? Wie werden divergente Interessen eines Dritten oder verschiedener Interessenten gewichtet? Wie wird der „Einfluss“ eines Dritten bemessen? Mit welchen Mitteln kann der Dritte seinem Interesse Gehör bei der Gewerkschaft verschaffen?

Man denke nur an die Gewerkschaftsbeschäftigten – insbesondere Organmitglieder, die im Jahr ihrer Wiederwahl mit der Tarifbewegung auch Wahlkampf machen und so höchstpersönliche Interessen einbringen? Was ist mit *anderen Gewerkschaften desselben Dachverbandes*, etwa im DGB. Tarifpolitische Entscheidungen der einen Gewerkschaft können andere tangieren. Ein Arbeitskampf in der einen Branche kann mit seinen Fernwirkungen den Tarifkonflikt einer anderen Gewerkschaft beeinträchtigen, etwa deren Kampfpläne durcheinanderbringen. Sind Abstimmungen und Rücksichtnahme dann schädlicher Einfluss?

Vertikale und horizontale Interessenkonflikte sind dem Tarifvertragssystem immanent. Das gilt für Differenzierungen innerhalb der Belegschaft genauso wie zwischen Belegschaften: Wenn die IG Metall einen Haustarifvertrag mit Daimler-Benz oder einen unternehmensbezogenen Verbandstarif für dieses Unternehmen abschließt, hat das Auswirkungen auf Zulieferer und Konkurrenten und deren Belegschaften. Wenn der Betriebsrat eines nachteilig betroffenen Unternehmens in der Gewerkschaft vorstellig wird – ist dies dann ein Einfluss? Kommt es darauf an, ob jener Betriebsrat eine für die IG Metall im Arbeitskampf wichtige Belegschaft vertritt? Kurz: Höpfner macht hier ein großes Fass auf, das das Tarifsystem erschüttern könnte.

Gerichte tun sich mit der Feststellung konkreter Einflussnahmen schwer. Das zeigt die Rechtsprechung des BAG zu *dreiseitigen Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber(verband), Gewerkschaft und Betriebsrat*. Dort induziere nicht einmal die Parteistellung des Betriebsrats eine Einflussnahme auf die Tarifinhalte.¹²⁹ Die *Sympathiekampf*-Rechtsprechung des Ersten Senats erlaubt den Kampf gegen Dritte zentral mit der Erwägung, dass der bekämpfte Dritte irgendwie Einfluss auf die Tarifpartei auf seiner Seite nehmen könne und leitet also aus der systemwidrigen Einflussnahme Dritter auf Tarifverhandlungen sogar eine Kampfberechtigung ab. Damit wird der an sich systemwidrige Fremdeinfluss gefördert.¹³⁰ Hätte Höpfner recht, könnte ein Sympathiekampf gar die Tariffähigkeit gefährden.

Nachdem die personellen Verflechtungen zwischen geschäftsführendem Vorstand der GDL und Aufsichtsrat der Fair Train e. G. beendet sind, bleibt als Ansatzpunkt für eine kritische Betrachtung nur die Konzeption der Genossenschaft als flankierendes Druckmittel der Gewerkschaft. Giesen betont: „Der GDL dient die Fair Train dazu, durch unternehmerisches Verhalten den gewerkschaftlichen Handlungsdruck auf die DB zu steigern.“¹³¹ Das ist indes eher ein Argument für die Unabhängigkeit der GDL im Verhältnis zum AGV MOVE: Über das zusätzliche Druckmittel, der DB Leiharbeiter der Fair Train e. G. vorzuenthalten, kann

124 So iE auch Kobler, Fremdeinflüsse auf die tarifliche Willensbildung, 2012, S. 86 f., der eine Einzelfallbetrachtung fordert.

125 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 109; ErfK/Franzen, 24. Aufl. 2024, TVG § 2 Rn. 6 „entscheidender Einfluss“; Wiedemann RdA 1976, 72 (77) „beherrschender Einfluss“; aA Höpfner ZFA 2024, 301 (331 f.); Däubler, TVG, 5. Aufl. 2022, § 2 Rn. 18, die einen konkreten Eingriff fordern.

126 Das erkennt Höpfner ZFA 2024, 301 (333).

127 Herschel, Tariffähigkeit und Tarifmacht, 1932, S. 34 f. spricht von „Befehlsgewalt“; Jung, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht, 1999, S. 140 f, 227; Kobler, Fremdeinflüsse auf die tarifliche Willensbildung, 2012, S. 86 f.

128 Höpfner ZFA 2024, 301 (332) mit Verweis auf Jung, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht, 1999, S. 181.

129 BAG 7.11.2000 – 1 AZR 175/00, NZA 2001, 727; Rieble FS Reuter, 2010, 805 (823).

130 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055; Rieble FS Reuter, 2010, 805 (823).

131 Giesen NZA 2024, 25 (27).

sie ihre gewerkschaftlichen Forderungen (womöglich) besser durchsetzen. Beide haben insofern gleichlaufende Interessen.

Dass die Interessen des Leiharbeitsunternehmens Fair Train in die Gewerkschaft getragen werden können, reicht nicht. Die Genossenschaft hat keinen bestimmenden Einfluss auf die tarifpolitische Willensbildung der GDL. Oetker beschreibt die herrschende Meinung: „Der von den Arbeitnehmern bestimmte Arbeitsdirektor wird in seiner Gewerkschaft keine Arbeitgeberpolitik, möglicherweise aber im Unternehmen oder Arbeitgeberverband eine arbeitnehmernützige Sozialpolitik verfolgen.“¹³² Das Argument, die Fair Train könne mit dem Einstellen von Unterstützungsmaßnahmen die GDL unter Druck setzen und damit beeinflussen,¹³³ überzeugt nicht. Der Finanzstrom der Fair Train zur GDL aufgrund der Aufsichtsratsvergütung ist zu gering. Die Fair Train steht im Dienst der GDL. Ihr Geschäft ist auf GDL-Mitglieder zugeschnitten. Die Fair Train mag von der GDL abhängig sein; umgekehrt ist das nicht der Fall. Der Schwanz wedelt nicht mit dem Hund. Es ist nicht ansatzweise vorstellbar, dass die GDL gegenüber der Fair Train eine rücksichtsvolle Tarifpolitik betreibt: Das liegt am Geschäftsmodell der Arbeitnehmerüberlassung: Kein Lokführer wird aus der Festanstellung bei einem Unternehmen der Deutschen Bahn zu Fair Train in die unstete Arbeitnehmerüberlassung wechseln, wenn die Arbeitsbedingungen dort nicht besser sind. Die Abhängigkeit ist einseitig. Die Fair Train hat mit ihrem Geschäft keinen bestimmenden Einfluss auf die GDL. Dass sich die Fair Train mit ihrem Geschäft der GDL ausliefert, stellt sie nicht anders als ein Metall-Industrieunternehmen, für dessen Zeitarbeitsgeschäft die IG-Metall zuständig ist.¹³⁴

Deutlich wird dies, wenn man sich die tarifpolitischen Konsequenzen einer Geneigtheit der GDL gegenüber Fair Train vorstellt¹³⁵ und zwar konkret: Entweder ist die GDL in ihren Tarifforderungen gegenüber Fair Train zurückhaltend damit die Genossenschaft Gewinne machen kann. Sollten die Lokführer bei der Fair Train auch nur (aus Gewerkschaftssicht) „gleich schlechte“ Arbeitsbedingungen erzielen wie im DB-Konzern, so gäbe es keinen Grund für sie, die unstete Beschäftigung bei einem Verleihunternehmen zu wählen. Wäre die GDL spiegelbildlich zu freundlich zur Bahn und würde dort weniger durchsetzen als möglich, um einen gewinnbringenden Abstand zum Entgeltniveau bei Fair Train zu ermöglichen, läuft sie vor allem Gefahr, bei der Bahn Mitglieder zu verlieren. Zweitens wäre dies wirtschaftlich widersinnig: Zehntausende Mitglieder bei der Bahn büßten Entgeltzuwächse ein, die Gewerkschaft hätte weniger Beitragsaufkommen und das alles nur, um wenigen Genossen einen Gewinn auf der Arbeitnehmerüberlassung zu verschaffen. Dass die GDL bei Fair Train keinen Streik einsetzen muss, um gewünschte Tarifforderungen durchzusetzen, liegt daran, dass ein Interessengleichlauf besteht. Ob die die Zunahme von Leihloführern in der Tariffkollision weniger zählbare Gewerkschaftsmitglieder bewirkt¹³⁶, ist für die Frage des Gegnereinflusses irrelevant. Abgesehen davon würde die GDL schwerlich den Ast absägen, auf dem sie bei der Bahn sitzt.

5. Konsequenzen für die Tariffähigkeit der GDL gegenüber AGV MOVE

Gegenüber dem AGV MOVE e. V. ist die GDL gegnerfrei und gegnerunabhängig. Die Verbände sind weder personell noch organisatorisch oder finanziell verflochten.¹³⁷

Da die Fair Train keinen bestimmenden Einfluss auf die GDL hat, ist die GDL nicht von der Fair Train abhängig. Wer einen strengeren Maßstab anlegt und die GDL in Ansehung von Fair Train als gegnerinfiziert ansieht, muss sich der

Frage stellen, ob dies auf MOVE durchschlägt. Das wäre schlechthin unverhältnismäßig, solange Fair Train allenfalls eine kleine bis mittlere Anzahl von Lokführern beschäftigt. Derzeit hat sie keine Arbeitnehmer. Es ist unklar, ob das Verleihgeschäft in Gang kommt, insbesondere ob sich hinreichend viele Lokführer für einen Wechsel aus einem Normalarbeitsverhältnis in die unstete Arbeitnehmerüberlassung mit befristeten Arbeitseinsätzen entscheiden werden.

Den einzigen tariflichen Berührungspunkt der Geschäftstätigkeit von Fair Train zu der Tarifpolitik von MOVE sind die *Betriebsnormen im Einsatzbetrieb über die Einsatzdauer von Leihkräften* nach § 1 Abs. 1b S. 3 AÜG. Indes schafft das keinen Interessenkonflikt: Die Arbeitgeberseite strebt in aller Regel nach einer Flexibilisierung der Zeitarbeit. Die GDL mag dem zustimmen, um bessere Arbeitsbedingungen für entlehene Lokführer zu schaffen und damit den Kostendruck auf die Arbeitgeberseite mit verteuender Leiharbeit zu erhöhen. Die Bahnunternehmen brauchen von einer solchen Möglichkeit keinen Gebrauch zu machen. Sie können auf jedweden Entleih von Lokführern verzichten und ihren Personalbedarf anderweit decken.

VI. Ergebnisse

1. Die Genossenschaft Fair Train und ihre Geschäftstätigkeit sind nicht der Koalitionsbetätigung der GDL zuzurechnen. Fair Train ist nicht iSv § 17 AktG abhängig von der GDL. Es handelt sich um eine private Initiative von Gewerkschaftern, die nicht auf einem Beschluss der GDL fußt und von dieser nicht gesteuert wird. Die GDL hat keinen gesellschaftsrechtlich vermittelten Einfluss auf die Genossenschaft. Die ausgelaufenen Doppelmandate gewerkschaftlicher Funktionsträger im Aufsichtsrat begründeten keine Abhängigkeit. Vielmehr haben GDL und Fair Train ein gleichlaufendes Interesse, dass sich tarifliche Arbeitsbedingungen für Lokführer verbessern. Die Fair Train ordnet sich nicht dem fremden „unternehmerischen“ Willen der GDL unter.

2. Nicht erst die Tariffähigkeit, sondern schon der Koalitionsschutz setzt Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit voraus. Wer dies der GDL abspricht, nimmt ihr den besonderen Grundrechtsschutz aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG und wirft sie auf den Status einer einfachen Vereinigung nach Art. 9 Abs. 1 GG zurück. Die Verfassung gebietet, das Negativverdict fehlender Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit verhältnismäßig auszugestalten. Selbst wenn also die GDL zu stark mit der Fair Train als Gegenspieler verbunden (gewesen) wäre, dürfte ihr das nicht die Tariffähigkeit gegenüber den Unternehmen der Deutschen Bahn nehmen – denen gegenüber keine Anzeichen von Gegnereinfluss zu verzeichnen sind. Die Genossenschaft spielt derzeit keine Rolle auf dem Bahn-Arbeitsmarkt und wird auch künftig kein ernstzunehmender Konkurrent der Unternehmen der Deutschen Bahn.

3. Dem Schutz des Tariffsystems ist am besten gedient, wenn die Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit relativ zum jeweiligen (tariflichen und Koalitions-)Gegenspieler geprüft wird – in Tatbestand und Rechtsfolge. Das BAG hat bezogen nur auf die Mächtigkeit als Tariffähigkeitsvoraussetzung ein

¹³² Wiedemann, TVG/Oetker, 9. Aufl. 2023, § 2 Rn. 412. Verf ist für Gewerkschaftsvorstände in Aufsichtsräten anderer Auffassung, Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 74.

¹³³ So Höpfner ZfA 2024, 301 (333 f.).

¹³⁴ AA Höpfner ZfA 2024, 301 (337 f.); Giesen NZA 2024, 25 (27).

¹³⁵ Dazu Höpfner, ZfA 2024, 301 (334 f.).

¹³⁶ Dazu Höpfner, ZfA 2024, 301 (335 f.).

¹³⁷ Das ist unstreitig: Höpfner ZfA 2024, 301 (328).

Prinzip einheitlicher und unteilbarer Tariffähigkeit behauptet. Ob die notwendig relative Gegnerschaft in gleicher Weise zu einem Alles-oder-Nichts der Tariffähigkeit führt, ist in der jüngeren Rechtsprechung des BAG nicht entschieden. Die ältere Rechtsprechung hat diese Gegnerschaft relativ verstanden und Arbeitnehmern und Hausgewerbetreibenden mit eigenen Hilfskräften die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft zugestanden. Gegen einen Gleichlauf im „Alles-oder-Nichts“ spricht vor allem die unterschiedliche Zielrichtung: Mit der einheitlich beurteilten Mächtigkeit will das BAG die großen DGB-Gewerkschaften vor der Tariffunfähigkeit in organisationsschwachen Rändern schützen und so ein „Mehr“ an tarifaufonomer Gestaltung bewirken. Die einheitliche Beurteilung der Gegnerfreiheit hingegen führte zum Totalverlust der autonomen Tariffmacht einer betroffenen Gewerkschaft. Das Ergebnis wäre ein „Minus“ an Tariffautonomie.

4. Wenn die Rechtsprechung das für das Mächtigkeitsurteil formulierte „Alles-oder-Nichts“ auf den Gegnereinfluss erstreckt, dann kann nicht schon jede Gegnerberührung im Randbereich der Koalitionsbetätigung der Gewerkschaft die Tariffähigkeit insgesamt nehmen. Vielmehr müsste dann aus verfassungsrechtlichen Gründen gefragt werden, ob – vergleichbar der Mächtigkeitsprüfung – Gegner in den eigenen Reihen oder ein Einfluss des Gegenspielers sich im gesamten Organisationsbereich der Gewerkschaft hinreichend störend auf die Koalitionsbetätigung und Tariffautonomie auswirken. Davon kann keine Rede sein: Die Fair Train hat noch keine Arbeitnehmer und ihre Geschäftstätigkeit nicht aufgenommen. Sie wird auch nach Aufnahme der Tätigkeit nur ein Randsegment des Personals im Schienenverkehr bedienen. Daraus kann man nicht ableiten, dass die GDL ihre ansonsten vom Gegner unbeeinflusste Koalitionsarbeit nicht mehr sachgerecht ausüben könnte.

5. Bei der Prüfung, ob GDL und Fair Train als Arbeitgeber zu sehr verflochten sind, kommt es nicht auf einfache Mit-

gliedschaften an. Dass die Genossen GDL-Mitglied sind und sein müssen, macht sie nicht zu Arbeitgebern; diese Argumentation ist schon in der VGB-Entscheidung des Ersten Senats gescheitert. Materiell kommt es vielmehr auf den Einfluss an, den die Fair Train auf die Koalitionsbetätigung und Tariffautonomie der GDL nehmen kann. Hier schaden (Doppel-)Organschaften. Verfasser sieht Gewerkschaftsorganmitglieder im Aufsichtsrat von Unternehmen als schädlich an, insbesondere wenn sie den Vorstand bestellen und abberufen. So war es hier bis zur Neubesetzung des Aufsichtsrats. Indes würde das entgegen der herrschenden Meinung gerade die großen DGB-Gewerkschaften treffen, deren Vorsitzende vielfach über die Unternehmensmitbestimmung in Aufsichtsräten großer Unternehmen vertreten sind. Insofern geht die herrschende Meinung davon aus, dass Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat und gewerkschaftsangehörige Arbeitsdirektoren eher gewerkschaftliche Argumente in das Unternehmen tragen als umgekehrt. Folgt man jener Auffassung, dann ist der Aufsichtsrat der Genossenschaft kein Problem der Gegnerfreiheit der GDL.

6. Fair Train ist von der GDL abhängig und nicht umgekehrt. Die Genossenschaft kann keinen bestimmenden Einfluss auf die Gewerkschaftspolitik ausüben.

7. Ein etwaiger Einfluss der Fair Train beeinflusst nicht die Tarifpolitik gegenüber dem Arbeitgeberverband MOVE und den von ihm organisierten Unternehmen des Konzerns Deutsche Bahn. Fair Train ist nicht in der Lage, dort bestimmen Einfluss auszuüben. Mögliche „Interessen“ sind für die Tariffähigkeit kein Argument. Tarifverhandlungen finden nicht im luftleeren Raum statt. Tarifforderungen und Kampfmaßnahmen können eine Vielzahl von Irritationen auslösen, insbesondere bei anderen Gewerkschaften und Betriebsräten. Deren offenbare Möglichkeit, argumentativ Einfluss zu nehmen, darf die Tariffähigkeit nicht in Frage stellen. Das Tariffsystem darf keine akademischen Anforderungen postulieren. ■

Madlen Wolter, Bochum*

Das dritte Geschlecht in Betriebsratswahlen

1. Einleitung

Das deutsche Arbeitsrecht und ein großer Teil der deutschen Rechtsordnung entwickelten sich entlang eines gesellschaftlich verfestigten binären Geschlechterverständnisses, das nur die Unterscheidung zwischen „Mann“ und „Frau“ kannte. Aktuelle Entwicklungen und Erkenntnisse über die Diversität der Geschlechter spiegelten sich lange Zeit nicht in den geschlechtsspezifischen Grundmustern rechtlicher Konzeptionen wider. Indem das Bundesverfassungsgericht eine „dritte Option“ bei der Eintragung in das Personenstandsregister als verfassungsrechtlich geboten ansah, trug es der Entwicklung eines non-binären Geschlechterverständnisses auf rechtlicher Ebene Rechnung und etablierte die Anerkennung einer „dritten Geschlechtsoption“.¹ Nach Anpassung des Personenstandsgesetzes (PStG) können non-binäre Personen sich nun im Personenstandsregister unter der Geschlechtsoption „divers“ oder ohne eine solche Angabe eingetragen werden. Die Anerkennung der „dritten Geschlechtsoption“ begründete daneben weiteren Anpassungs- und Klärungsbedarf für die allgemeine Rechtsordnung, aber auch für das Arbeitsrecht im Speziellen.²

Einige Anpassungen, wie beispielsweise die Berücksichtigung der „dritten Geschlechtsoption“ in Stellenausschreibungen, konnten von Arbeitgebern einfach umgesetzt werden. In anderen Sachverhalten ergeben sich aufgrund des nunmehr mit Unsicherheit behafteten Geschlechterverständnisses einzelner Normtexte hingegen größere Herausforderungen.³ Dies betrifft auch die rechtssichere Durchführung von Betriebsratswahlen in einer non-binären Belegschaft. Der Beitrag beschäftigt sich mit der Vorbereitung und Durchführung

* Madlen Wolter ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung bei Prof. Dr. Matteo Fornasier, LL. M. (Yale) an der Ruhr-Universität Bochum.

1 BVerfG 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 = NJW 2017, 3643.

2 Exemplarisch zu den Auswirkungen der Anerkennung der „dritten Geschlechtsoption“ auf das Arbeitsrecht siehe: Dutta/Fornasier, *Jenseits von männlich und weiblich*, 2020.

3 Zu nennen ist hier beispielsweise die Schaffung von entsprechenden Sanitärräumen in der Arbeitsstätte. Die Vorgabe hierfür ergeben sich aus der Arbeitsstättenverordnung, dessen Geschlechterbegriff bisher auch keine gesetzgeberische Klarstellung erfuhr, vgl. ArbStättV Anh. 4.1 „Sanitärräume“.