

Verfassungsfragen der Tarifeinheit

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 21

Volker Rieble

Verfassungsfragen der Tarifeinheit



ZAAR Verlag München 2010

Bibliografische Information der Deutschen
Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese
Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2010 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-15-2

Vorwort

Nachdem das Bundesarbeitsgericht die richterrechtlich »erfundene« Tarifeinheit aufgegeben hat, ertönt der Ruf nach dem Gesetzgeber: Verschiedenste Vorschläge sorgen sich – teils um das Gemeinwohl, teils um partikulare Eigeninteressen. Immer aber mit einer Zielrichtung: Den »Spartengewerkschaften« soll die Teilnahme am Tarifsysteem erschwert werden, weil sie mit einer eigenständigen Tarifpolitik, vor allem aber mit rücksichtslosen Arbeitskämpfen das Tarifgeschäft der Großverbände stören.

Der vorliegende Text ist ein unwesentlich ergänztes Gutachten mit dem mich sechs dieser »Spartengewerkschaften« beauftragt haben: Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF), Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL), Marburger Bund – Bundesverband der angestellten und beamteten Ärztinnen und Ärzte Deutschlands; Unabhängige Flugbegleiter Organisation (UFO), Verband angestellter Akademiker und leitender Angestellter der chemischen Industrie e.V. (VAA) und Vereinigung Cockpit e.V. (VC).

Dank schulde ich vor allem meinem Mitarbeiter Moritz von der Ehe, der mich tatkräftig und klug unterstützt hat. Den Text verantwortete ich allein.

München im November 2010

Volker Rieble

Inhaltsverzeichnis

Seite

Inhaltsverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	13

§ 1 Tarifeinheit im Betrieb als tarifrechtliches Problem

15

A. Rechtsprechungsentwicklung	15
B. Gesetzgebungsvorhaben Tarifeinheit	17
I. Debatte	17
II. DGB-bda-Eckpunkte	17
III. DGB-bda-Vorschlag	19
IV. Vorschlag einer Bundesratsentschließung	20
V. Professoreninitiative Tarifpluralität	21

§ 2 Verfassungsrechtliche Ausgangsfragen

24

A. Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG	25
I. Personeller Schutzbereich	25
II. Sachlicher Schutzbereich	25
1. Koalitionsbildung	25
2. Existenzrecht	27
3. Koalitionszweckautonomie – autonome Organisations- zuständigkeit	31
4. Selbstbestimmung und negative Bündnisfreiheit	35
5. Tarifautonomie zur kollektiven Selbstregelung eigener Arbeitsbedingungen	36
a. Grundsatz	36
b. Alle Arbeitsbedingungen	38
c. Entwicklungsfähigkeit der Tarifverbände	40
d. Individualrecht auf Tarifgeltung	40
e. Allgemeinverbindlichkeit	42
6. Arbeitskampffreiheit	43
7. Gleichheit in der Koalitionsausstattung – Staats- neutralität im Koalitionswettbewerb	46

a.	Gleichheit und Staatsneutralität	46
b.	Im Koalitionswettbewerb	47
B.	Schutz vor Ungleichbehandlung	50
I.	Konkurrierender Gewerkschaften nach Tarifzuständigkeit	50
1.	Benachteiligung der Berufsgruppengewerkschaften	50
2.	Benachteiligung der Einheitsgewerkschaften	51
3.	Konsequenz: Tarifeinheit (nur) im überschneidenden Tarifgeltungsbereich	52
a.	Notwendig gleicher Bezugsrahmen	52
b.	Keine Tarifeinheit in der »Sparte«	53
c.	Überbetriebliche Lösungen	53
[1]	Geltungsbereich	53
[2]	Tarifzuständigkeit	54
II.	Strukturungleichheit zur Arbeitgeberseite	55

§ 3 Zentralfrage: Tarifeinheit als Ausgestaltung oder Eingriff

A.	Ausgestaltungsbedürftigkeit	58
I.	Normgeprägte Grundrechtsausübung	58
II.	Belastende Umgestaltung als besondere Kategorie?	60
B.	Abgrenzung der Ausgestaltung vom Eingriff	62
I.	Kategoriale Probleme	62
II.	Konkreter Mindestgehalt der Koalitionsbetätigungsrechte?	63
III.	System- und Sozialbindung des (Tarif-)Vertrages	69
IV.	Ausgestaltung des Tarif- und Arbeitskampfsystems	72
C.	Angleichung von Ausgestaltungs- und Eingriffsprüfung	76
I.	Abwägungsprinzip und Verhältnismäßigkeitsprüfung	76
II.	Schutzgüter ohne Verfassungsrang?	77
III.	Großzügige Verfassungsrechtsprechung	79
IV.	Sachgrundorientierung – konkrete Alternativprüfung – Prinzipienleitung	81

§ 4 Konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung	83
A. Koalitionsebene: Stärkung der großen Einheitsgewerkschaften	83
B. Tarifebene	87
I. Diagnose	87
1. Beschränkung des tarifbezogenen Gewerkschaftswettbewerbs	87
a. Gewerkschafts-Hopping	87
b. Schädlicher oder leitbildwidriger Kollektivwettbewerb	88
c. Offene Gruppenbildung und (inner)gewerkschaftliche Tarifopposition	91
2. (Innerbetriebliche) Verteilungsgerechtigkeit	94
a. Ressourcenkonkurrenz	94
b. Widersprüchlichkeit	95
3. Betriebseinheitlich geordnete und standardisierte Arbeitsbedingungen	96
a. Betriebsbezogene Ordnungsfunktion	97
b. Nach Betriebseinheitlichkeit »strebende« Tarifbedingungen	98
c. Erga-Omnes-Wirkung	101
4. Pluraler Tarifvollzug als Sonderproblem	102
a. Fragerecht und Frageobliegenheit des Arbeitgebers nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft	102
b. Frageobliegenheit auch bei Tarifeinheit	103
c. Abgrenzung tariflicher Individual- und Betriebsnormen	104
d. Vermeidung betriebsverfassungsrechtlicher Folgeprobleme	104
II. Geeignetheit	106
1. Individualisierung und Differenzierung der Arbeitsbedingungen	106
2. Tarifwirrwarr bei geltungsbereichsbeschränkter Tarifeinheit?	108
3. Systembruch: individueller tarifeinheitsfester Tarifbestandsschutz	109
4. Wegfall des betriebseinheitlichen (Vertrags-)Arbeitgebers	110
5. Gestaltungs- und Manipulationsmöglichkeiten	111
a. Durch Organisationsakte des Arbeitgebers	111
b. Durch Betriebsstrukturtarifvertrag nach § 3 BetrVG	112
6. Komplizierung statt Vereinfachung.	113

III. Erforderlichkeit	114
1. Tariffähigkeit als Zulassungshürde	114
2. Freiwilligkeitsvorbehalt statt Regelungsverbot	116
3. Konkurrenz inhaltsgleicher Tarifverträge	117
4. Verstetigung der Tarifgeltung anstelle der Mitgliedschaft	118
IV. Proportionalität	119
1. Diagnoseschwierigkeit	119
2. Ausgleichslose Tarifverdrängung	120
3. Zunahme der Fremdbestimmung	121
4. Steigerung der Rechtsunsicherheit in der Tarifanwendung	122
C. Arbeitskampfebene	122
I. Diagnose	122
1. Tarifpluralität und pulsierende Streikgefahr	122
2. Therapie durch Tarifeinheit	126
II. Geeignetheit	127
III. Erforderlichkeit	129
1. Gesetzliche Kampfruhezeiten	129
2. Friedenspflichterstreckung	129
3. Laufzeitkoordination konkurrierender Tarifverträge	130
4. Schlichtungsverfahren, Urabstimmung, Ankündigungsfristen, Abkühlungsphasen	131
5. Selbstregulierende Arbeitskamppfolgen	135
a. Lohnrisiko im umkämpften Betrieb	135
b. Kompensation durch Kampfkurzarbeitergeld?	136
c. Arbeitskamppfolgen im Drittbetrieb	138
6. Strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Einbezug der Tarifforderung	139
7. Daseinsvorsorge	143
IV. Proportionalität	145
 § 5 Legitimationsfragen	 147
A. Betriebsverfassungsrechtliche Vergemeinschaftung	147
I. Durch verdrängende Tarifeinheit	147
II. Durch Friedenspflicht-Erstreckung oder anderweitige Kampfverbote aus dem Mehrheitstarifvertrag	148

B. Betriebs- oder Unternehmensbezogene Allgemeinverbindlich- keit als einzige Legitimation	150
C. Mehrheitsfeststellung im Geheimverfahren	152
I. Vorbild: Geheimverfahren nach § 2 Abs. 1 BetrVG	153
II. Vergleichbar: Mitgliederbestand und Tariffähigkeit	155
III. Geheimverfahren für die Tarifeinheit	155
IV. Ausweg: In-camera-Verfahren?	157
 § 6 Vereinbarkeit mit Art. 11 EMRK	159
A. Status der EMRK im deutschen Recht	159
B. Gewährleistungen durch die EMRK	159
 § 7 Ergebnisse	163
 Literaturverzeichnis	168

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht	GDBA.....	Verkehrsgewerk-
Anm.....	Anmerkung		schaft
a.F.	alte Fassung	GdF.....	Gewerkschaft der
Art.	Artikel		Flugsicherung
AUB.....	Die Unabhängige	GDL	Gewerkschaft
	Arbeitnehmerver-		Deutscher
	tretung		Lokomotivführer
BAVC.....	Bundesarbeit-	Geds.....	Gedenkschrift
	geberverband	ggf.....	gegebenenfalls
	Chemie	GK-BetrVG	Gemeinschafts-
BDA	Bundesver-		kommentar zum
	einigung der		Betriebsverfassungsgesetz
	Deutschen Arbeit-	Hrsg.....	Herausgeber
	geberverbände	IdFW	Interessenver-
BeckOK.....	Beck`scher Online		tretung der
	Kommentar		Feuerwehr e. V.
BVF.....	Berufsverband	IG BC	Industriegewerk-
	Feuerwehr		schaft Bergbau,
CGM	Christliche Ge-		Chemie, Energie
	werkschaft Metall	insb.....	insbesondere
d.h.	das heißt	iSv.....	im Sinne von
DAG.....	Deutsche An-	iVm.....	in Verbindung mit
	gestellten Gewerk-	m.w.N.	mit weiteren
	schaft		Nachweisen
DBG.....	Deutscher Ge-	MünchArbR...	Münchener
	werkschaftsbund		Kommentar zum
ders.....	derselbe		Arbeitsrecht
dies.	dieselbe	Münch-KommZPO	Münch-
einschl.	einschließlich		KommZPO
ErfK.....	Erfuter	Rn.....	Randnummer
	Kommentar zum	u.U.....	unter Umständen
	Arbeitsrecht	UFO	Unabhängige
etc.....	et cetera		Flugbegleiter
ff.	folgende		Organisation
FS	Festschrift		
FTI.....	Verband deutscher		
	Flugsicherungs-		
	Techniker – und		
	Ingenieure		

VAA.....	Verband an- gestellter Akademiker und leitender An- gestellter der Chemischen Industrie e.V.	ver.di.....	Vereinte Dienst- leistungsgewerksc haft
VC	Vereinigung Cockpit e.V.	VGB.....	Vachverband der Strom- und Wärmeerzeugung e.V.
VDF	Verband Deutscher Flug- leiter	Vorb.	Vorbemerkung
		vgl.	vergleiche
		z.B.	zum Beispiel
		zit.	zitiert

§ 1 Tarifeinheit im Betrieb als tarifrechtliches Problem

A. Rechtsprechungsentwicklung

In einem Betrieb können nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG unterschiedliche 1
Tarifverträge in verschiedenen Arbeitsverhältnissen gelten, wenn der
Arbeitgeber mehrfach tarifgebunden ist und die Arbeitnehmer ver-
schieden tarifschießenden Gewerkschaften angehören – sogenannte
Tarifpluralität.¹

Zu einer unmittelbaren **Tarifnormkollision**, die schon tarifrechtlich so 2
aufzulösen ist, daß nur ein Tarifvertrag gelten kann, kommt es nur aus-
nahmsweise dann, wenn möglicherweise widersprechende Tarifregeln **im**
selben Rechtsverhältnis gelten:

- Vor allem bei den betriebseinheitlich geltenden Betriebsnormen der
§§ 4 Abs. 1 Satz 2, 3 Abs. 2 TVG,
- aber auch dann, wenn ausnahmsweise im selben Arbeitsverhältnis
unterschiedliche Tarifverträge gelten, was eine seltene doppelte
Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers voraussetzt.

Extra (oder contra) legem hatte das BAG das Rechtsprinzip der Tarifein- 3
heit entwickelt, nach welchem im Betrieb des tarifgebundenen Arbeit-
gebers stets nur ein Tarifvertrag gelten könne. Damit wurde eine indirekte
Tarifkollision erzeugt, die das BAG sodann nach dem Spezialitätsprinzip
aufgelöst hat.²

In der **Rechtsfolge** bewirkte diese Tarifeinheit, daß diejenigen Mitglieder 4
der in der Tarifkonkurrenz unterliegenden Gewerkschaft ohne normativen
Tarifschutz dastehen: Ihr Tarifvertrag konnte nicht gelten, weil er durch
den Sieger verdrängt worden ist; derjenige der anderen Gewerkschaft
konnte nicht gelten, weil die Arbeitnehmer dort nicht Mitglied sind. So hat
das BAG in der divi-Entscheidung den **Gewerkschaftsübertritt als**
Ausweg empfohlen.³

1 BeckOKArbR/*Giesen*, Edition 17 (2010), § 4 TVG Rn 16 mwN.

2 BAG vom 4.12.2002 – 10 AZR 113/02 – NZA 2003, 632; vom 26.1. 1994 – 10
AZR 611/92 – NZA 1994, 1038; vom 25.7.2001 – 10 AZR 599/00 – NZA 2002,
1406; vom 24.1.1990 – 4 AZR 561/89 – NZA 1990, 450, *Giesen*, Tarifeinheit im
Betrieb, NZA 2009, 11, 11 f.

3 BAG vom 20.3.1991 – 4 AZR 455/90 – NZA 1991, 736, 739: »Ebenso wie bei
einer Tarifgebundenheit des Arbeitgebers Mitbestimmungsrechte des Betriebs-
rats nach § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG bei Bestehen einer tariflichen
Regelung auch für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer ausgeschlossen
werden, weil diese durch Beitritt zur tarifvertragsschießenden Gewerkschaft
jederzeit den unabdingbaren Schutz der tariflichen Regelungen erlangen

5 Diese Rechtsprechung war von der Lehre nahezu einhellig verworfen worden, als unzulässige Rechtsfortbildung, vor allem aber als Verstoß gegen die Tarifautonomie der unterlegenen Gewerkschaft.⁴

6 Der Vierte Senat des BAG hat seine **Rechtsprechung inzwischen aufgegeben**:

- In den Verfahren 4 AZR 537/08 und 549/08 hat der Senat zuerst in Anfragebeschlüssen nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG seine geänderte Auffassung angekündigt und die Zustimmung des Zehnten Senates angefragt.⁵

Der Senat kehrt zurück zum Gesetz, nimmt die auf das einzelne Arbeitsverhältnis bezogene Geltung der Individualnormen nach §§ 4 Abs 1 Satz 1, 3 Abs. 1 TVG ernst und erkennt, daß hiernach verschiedene Tarifverträge in einem Betrieb nebeneinander widerspruchsfrei gelten können. Für die bisherige Rechtsfortbildung fehlten die Voraussetzungen.⁶

Der Vierte Senat begründet seine Neupositionierung auch mit der von Art. 9 Abs. 3 GG umfaßten Tarifautonomie: Die Geltungsverdrängung der unterliegenden Tarifverträge stelle sich als Eingriff in eben jene individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit dar und sei nicht durch Rechtsgüter oder Gemeinwohlbelange **von Verfassungsrang** gerechtfertigt.⁷

können [...], gilt dies entsprechend auch bei der Anwendung eines an die Tarifbindung des Arbeitgebers anknüpfenden Tarifvertrages [...].«

4 Statt aller Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 412 ff mwN; Rieble/Klumpp, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Auflage (2009) [zit: MünchArbR] § 186 Rn 18 ff mwN. **Verteidigend** insbesondere Buchner »Arbeitskampfrecht im Wandel« Zunehmender Verzicht auf Strukturierung des Richterrechts, FS Hromadka (2008) 39, 50 ff; Hromadka, Tarifeinheit und Tarifpluralität, GedS Heinze (2005) 383 ff; Schmitt-Rolfes/Hromadka, Am Ziel? – Senat will Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität kippen, NZA 2010, 687; Giesen, Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11; ders., Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1, unter II. 2. b.; Meyer, Rechtliche wie praktische Unzuträglichkeiten einer Tarifpluralität, NZA 2006, 1387; Zur tatsächlichen Entwicklung Schliemann, Betriebliche Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität, FS Hromadka (2008) 359, 360 f, der sich S. 364 auch für das **regulative Ideal »ein Betrieb – eine Gewerkschaft – ein Tarifvertrag«** ausspricht.

5 Anfragebeschlüsse vom 27.1.2010 – 4 AZR 549/08 [A] – NZA 2010, 645 und die Parallelsache 4 AZR 537/08.

6 BAG vom 27.1.2010 – 4 AZR 549/08 [A] – NZA 2010, 645 Rn 44 ff.

7 BAG vom 27.1.2010 – 4 AZR 549/08 [A] – NZA 2010, 645 Rn 77 ff.

- Der Zehnte Senat hat daraufhin geantwortet, daß er an seiner Tarifeinheitsrechtsprechung nicht festhält.⁸
- Damit war der Weg für den Vierte Senat frei: In den **Schlußentscheidungen in beiden Verfahren** konnte er ganz knapp auf seine Anfragebeschlüsse verweisen und die Tarifeinheit aufgeben.⁹

B. Gesetzgebungsvorhaben Tarifeinheit

I. Debatte

Mit der Rechtsprechungsänderung können also Tarifverträge im Betrieb 7 nebeneinander gelten. Das ist schon längere Zeit Praxis, insbesondere bei Luftfahrtgesellschaften (mit getrennten Tarifverträgen für Piloten, Flugbegleiter und Bodenpersonal), bei Bahngesellschaften, bei denen allgemeine Tarifverträge neben solchen der GDL nur für Lokführer stehen und schließlich den Klinika, bei denen allgemeine Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder für das Gesundheitswesen mit Ärzttarifverträgen konkurrieren.

Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit hat eine **breite Debatte** 8 über die Folgewirkungen angestoßen und zur Forderung geführt, die Tarifeinheit solle nunmehr gesetzlich geregelt werden.¹⁰ Ökonomische und koalitions- sowie tarifpolitische Befürchtungen von der »Spaltung der Belegschaften« über die »Zersplitterung der Tariflandschaft« bis hin zu »ständigen Arbeitskämpfen« werden ins Feld geführt – bis hin zur Projektion eines »Gespenstes britischer Verhältnisse« und »heillosem Tarif- und Streikchaos«.¹¹

II. DGB-bda-Eckpunkte

Deswegen haben Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB) und die Bundes- 9 vereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (bda) eine konkrete Vor-

8 Antwortbeschlüsse vom 23.6.2010 – 10 AS 2/10 – NZA 2010, 778 und vom gleichen Tag – 10 AS 3/10.

9 BAG vom 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – juris und vom gleichen Tag – 4 AZR 537/08 – juris [28.8.2010].

10 Übersicht zur Debatte bei *Hanau*, Der Kampf um die Tarifeinheit, DB 2010, 2107.

11 *Bund/Rudzio*, »Ein Prinzip wird beerdigt« in DIE ZEIT vom 2.7.2010, im Netz www.zeit.de/2010/27/Tarifautonomie [8.7.2010]; *Göhner*, 60 Jahre TVG – Zeit für Reformen?, FS Bauer (2010) 351, 357 f; *Roth*, »Das Gespenst der britischen Verhältnisse« in Frankfurter Rundschau vom 23.6.2010, im Netz www.fr-online.de/in_und_ausland/wirtschaft-/aktuell/?em_cnt=2777099 [8.7.2010].

stellung über ein solches Gesetz entwickelt, zunächst in einem Eckpunktepapier vom 4.6.2010 mit folgender Forderung:

»... 3. BDA und DGB schlagen vor, im bestehenden Tarifvertragsgesetz den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb wie folgt gesetzlich zu normieren:

Überschneiden sich in einem Betrieb die Geltungsbereiche mehrerer Tarifverträge, die von unterschiedlichen Gewerkschaften geschlossen werden (konkurrierende Tarifverträge/Tarifpluralität), so ist nur der Tarifvertrag anwendbar, an den die Mehrzahl der Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb gebunden ist. Maßgeblich ist bei solchen sich überschneidenden Tarifverträgen folglich, welche der konkurrierenden Gewerkschaften im Betrieb mehr Mitglieder hat (Grundsatz der Repräsentativität). Treffen demnach z. B. zwei Entgelt-Tarifverträge zusammen, die das Entgelt zumindest teilweise gleicher Arbeitnehmergruppen regeln, gilt im Betrieb der Tarifvertrag, an den die größere Anzahl von Gewerkschaftsmitgliedern gebunden ist.

Für die Laufzeit des nach diesem Grundsatz im Betrieb anwendbaren Tarifvertrages gilt – ebenfalls wie bisher – die Friedenspflicht. Diese wird durch die gesetzliche Regelung auch auf konkurrierende Tarifverträge erstreckt, die nach der vorstehenden Regelung nicht zur Geltung kommen könnten. Die Friedenspflicht gilt damit während der Laufzeit des vorrangigen Tarifvertrages auch gegenüber anderen Gewerkschaften. Wenn z.B. eine Gewerkschaft für eine Berufsgruppe einen Entgelt-Tarifvertrag verlangt, obwohl für diese Arbeitnehmer ein Tarifvertrag der repräsentativeren Gewerkschaft gilt, so besteht auch gegenüber der Sparten-gewerkschaft die Friedenspflicht für die Laufzeit des bestehenden Tarifvertrages. Arbeitskämpfe um solche Tarifverträge durch eine im Betrieb nicht repräsentative Gewerkschaft sind daher während der Laufzeit eines vorrangigen Tarifvertrages ausgeschlossen.

4. Mit der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung wird der von der bisherigen Rechtsprechung entwickelte Grundsatz der Tarifeinheit beibehalten. Wie bisher bedeutet Tarifeinheit nicht ein Monopol für bestimmte Tarifvertragsparteien. Die gesetzliche Regelung schafft lediglich Rechtsklarheit für den Fall einer Kollision unterschiedlicher Tarifverträge.

Es bleibt deshalb auch wie bisher möglich, dass sich verschiedene Tarifparteien darauf verständigen, in einem Betrieb unterschiedliche Tarifverträge für unterschiedliche Arbeitnehmergruppen zu vereinbaren (vereinbarte Tarifpluralität). Gilt z. B. ein Entgelt-Tarifvertrag für einen bestimmten Teil der Belegschaft und ein weiterer Entgelt-Tarifvertrag für eine andere Arbeitnehmergruppe des Betriebes, ohne dass sich beide Arbeitnehmergruppen überschneiden, bleiben beide Tarifverträge nebeneinander anwendbar.

Es liegt keine Tarifikollision vor. Das vereinbarte Nebeneinander unterschiedlicher Tarifverträge mit unterschiedlichen persönlichen Geltungsbereichen wird durch die vorgeschlagene Regelung nicht angetastet.

Eine entsprechende gesetzliche Regelung schließt Wettbewerb zwischen Gewerkschaften nicht aus. Die im Betrieb mitgliederstärkere Gewerkschaft kann allerdings einen vorrangigen Tarifvertrag vereinbaren, während dessen Laufzeit Friedenspflicht für alle im Betrieb gilt. Damit schafft die Regelung Klarheit, welcher Tarifvertrag im Betrieb anzuwenden ist und wahrt die von den Tarifverträgen ausgehende Friedenspflicht. Sie gewährleistet das bestehende System der Tarifverträge und sichert die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie.«¹²

III. DGB-bda-Vorschlag

Daneben haben DGB und bda wissenschaftliche Arbeiten von Richard **Giesen** an einem **Normtextvorschlag** unterstützt.¹³ Der Vorschlag liegt mir vor, ist indes bislang nicht veröffentlicht, was der Diskussion abträglich ist: Gesetzesvorhaben kann man nur anhand eines Normtextvorschlages diskutieren. Mir kommt es indes nicht zu, ein nicht veröffentlichtes urheberrechtsfähiges Werk anstelle der Autoren zu publizieren (§ 12 UrhG).

Deshalb hier nur eine Umschreibung: In einem neuen § 4a TVG ist die Geltungsverdrängung beschrieben: Sie setzt tatbestandlich voraus, daß sich die Geltungsbereiche der Tarifverträge unterschiedlicher Tarifvertragsparteien auf Gewerkschaftsseite überschneiden und ordnet an, daß derjenige Tarifvertrag in der Konkurrenz obsiegt, an den mehr Arbeitnehmer autonom gebunden sind. Es kommt also darauf an, wieviele Arbeitnehmer entweder aktuelle Mitglied der Gewerkschaft sind (§ 3 Abs. 1 TVG) oder einmal während der Laufzeit des Tarifvertrages Mitglied gewesen ist (§ 3 Abs. 3 TVG). Nicht ganz klar ist der Bezugsrahmen: Während die Eckpunkte noch den Betrieb als »Zählraum« verstehen, läßt sich der Entwurf dahin begreifen, daß im überschneidenden Geltungsbereich der konkurrierenden Tarifverträge (»dort«) zu zählen sei. Hiervon allerdings will Richard *Giesen* abkommen und doch im Betrieb zählen.¹⁴

Dieser Gesetzgebungsvorschlag **fixiert zunächst das Grundprinzip der Tarifeinheit** gemäß der alten Rechtsprechung: In einem Betrieb soll nur ein Tarifvertrag gelten können. An die Stelle der inhaltlichen Spezialisierung tritt nunmehr die **Repräsentativität als entscheidendes Kriterium**. Es soll also derjenige Tarifvertrag gelten, der für mehr

12 www.dgb.de/presse/++co++e13a2272-7215-11df-59ed-00188b4dc422
[18.7.2010] www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/id/DE_Statement00210
[22.7.2010] Dazu *Greiner*, Der Regelungsvorschlag von DGB und BDA zur Tarifeinheit, NZA 2010, 743; auch *Bepler*, Tarifeinheit im Betrieb – Eine Skizze der bisherigen Rechtsprechung, NZA-Beilage 2010, 99.

13 Zu diesem Vorschlag *Giesen*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1 unter II.

14 *Giesen*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1 unter IV 3 b.

Arbeitnehmer kraft mitgliedschaftlicher Tarifbindung gilt. Der Mehrheits-Organisationsgrad soll durch notarielle Beweisaufnahme in einem in das ArbGG aufzunehmenden Geheimverfahren geklärt werden.

- 13 Neu ist die arbeitskampfrechtliche Seite: Obschon die **Friedenspflicht** als schuldrechtliche Pflicht des Tarifvertrages an sich nur die Tarifparteien gerade dieses Tarifvertrages erfaßt, soll sie **kraft Gesetzes erstreckt** werden. Damit soll sichergestellt sein, daß die Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft nicht streiken dürfen, um einen gegenständlich konkurrierenden Tarifvertrag durchzusetzen – der aber während der Laufzeit des »repräsentativeren« Tarifvertrags gar nicht gelten könnte.

IV. Vorschlag einer Bundesratsentschließung

- 14 Ein Gesetzgebungsverfahren ist nicht eingeleitet. Das **Land Rheinland-Pfalz** hat am 6.7.2010 eine »Entschließung des Bundesrates zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie« beantragt, in der es heißt:

»[...] 2. Die Tarifeinheit ist eine unverzichtbare Säule der Tarifautonomie. Sie verhindert eine Zersplitterung des Tarifvertragssystems, eine Spaltung der Belegschaften und eine Vervielfachung kollektiver Konflikte. Es muss in den Betrieben für alle Beteiligten klar sein, welcher Tarifvertrag gilt.

3. Die Verantwortung der Tarifvertragsparteien macht es notwendig, die Gesamtheit der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen in den Betrieben zu berücksichtigen. Die Interessen der Gesamtbelegschaften dürfen nicht von Einzelinteressen verdrängt werden. Tarif- und Betriebspartnerschaft kann nur funktionieren, wenn sie von dem gemeinsamen Willen zur Regelung der Arbeitsbedingungen getragen ist. [...]

6. Vor diesem Hintergrund fordert der Bundesrat in Übereinstimmung mit der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) und dem Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) die Bundesregierung auf, im bestehenden Tarifvertragsgesetz den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb wie folgt gesetzlich zu normieren:

Überschneiden sich in einem Betrieb die Geltungsbereiche mehrerer Tarifverträge, die von unterschiedlichen Gewerkschaften geschlossen werden (konkurrierende Tarifverträge/Tarifpluralität), so ist nur der Tarifvertrag anwendbar, an den die Mehrzahl der Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb gebunden ist. Maßgeblich ist bei solchen sich überschneidenden Tarifverträgen folglich, welche der konkurrierenden Gewerkschaften im Betrieb mehr Mitglieder hat (Grundsatz der Repräsentativität). Treffen demnach z.B. zwei Entgelt-Tarifverträge zusammen, die das Entgelt zumindest teilweise gleicher Arbeitnehmergruppen regeln, gilt im Betrieb der Tarifvertrag, an den die größere Zahl von Gewerkschaftsmitgliedern gebunden ist.

Für die Laufzeit des nach diesem Grundsatz im Betrieb anwendbaren Tarifvertrages gilt – ebenfalls wie bisher – die Friedenspflicht. Diese wird durch die gesetzliche Regelung auch auf überschneidende Tarifverträge erstreckt, die nach der vorstehenden Regelung nicht zur Geltung kommen könnten. Die Friedenspflicht gilt damit während der Laufzeit des vorrangigen Tarifvertrages auch gegenüber anderen Gewerkschaften. Wenn z.B. eine Gewerkschaft für eine Berufsgruppe einen Entgelt-Tarifvertrag verlangt, obwohl für diese Arbeitnehmer ein Tarifvertrag der repräsentativeren Gewerkschaft gilt, so besteht auch gegenüber der Sparten-gewerkschaft die Friedenspflicht für die Laufzeit des bestehenden Tarifvertrages. Arbeitskämpfe um solche Tarifverträge durch eine im Betrieb nicht repräsentative Gewerkschaft sind daher während der Laufzeit eines vorrangigen Tarifvertrages regelmäßig unzulässig.

7. Mit der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung wird der von der bisherigen Rechtsprechung entwickelte Grundsatz der Tarifeinheit beibehalten. Wie bisher bedeutet Tarifeinheit nicht ein Monopol für bestimmte Tarifvertragsparteien. Die gesetzliche Regelung schafft aber Rechtsklarheit für den Fall einer Kollision unterschiedlicher Tarifverträge.

Es bleibt deshalb auch wie bisher möglich, dass sich verschiedene Tarifparteien darauf verständigen, in einem Betrieb unterschiedliche Tarifverträge für unterschiedliche Arbeitnehmergruppen zu vereinbaren (vereinbarte Tarifpluralität). Gilt z.B. ein Entgelt-Tarifvertrag für einen bestimmten Teil der Belegschaft und ein weiterer Entgelt-Tarifvertrag für eine andere Arbeitnehmergruppe des Betriebes, ohne dass sich beide Arbeitnehmergruppen überschneiden, bleiben beide Tarifverträge nebeneinander anwendbar. Es liegt keine Tarifikollision vor. Das vereinbarte Nebeneinander unterschiedlicher Tarifverträge mit unterschiedlichen persönlichen Geltungsbereichen wird durch die vorgeschlagene Regelung nicht angetastet.

Eine entsprechende gesetzliche Regelung schließt daher Wettbewerb zwischen Gewerkschaften (einschl. Spartengewerkschaften) nicht aus. Die im Betrieb mitgliederstärkere Gewerkschaft kann allerdings einen vorrangigen Tarifvertrag vereinbaren, während dessen Laufzeit insoweit Friedenspflicht für alle im Betrieb gilt. Damit schafft die Regelung Klarheit, welcher Tarifvertrag im Betrieb anzuwenden ist und wahrt die von den Tarifverträgen ausgehende Friedenspflicht. Sie gewährleistet das bestehende System der Tarifverträge und sichert die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie.«

Bundesratsdrucksache 417/10

V. Professoreninitiative Tarifpluralität

Ein Autorenkollektiv unter Leitung von *Preis/Thüsing* hat einen alternativen Gesetzgebungsvorschlag entwickelt, der die »Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie« sichern will. Publiziert sind auch hier nur Eck- 15

punkte¹⁵. In virtuellen Räumen kursieren zwar auch vorläufige Normvorschläge, doch hat die Kraft zum publikations- und diskussionsfähigen Normtextentwurf bislang nicht gereicht. Das Konzept kombiniert Ergebnisse aus der Habilitationsschrift von *Greiner* mit Vorschlägen von *Franzen*.¹⁶

- 16 Im überschneidenden persönlichen Geltungsbereich zweier Tarifverträge in einem Unternehmen soll der Minderheitstarif verdrängt werden. Doch soll der Arbeitgeber verpflichtet sein, den Mitgliedern der unterliegenden Gewerkschaft entweder deren verdrängte tarifliche Arbeitsbedingungen oder diejenigen des siegreichen Tarifs zu gewähren. Hier wird also eine »Wahl-Allgemeinverbindlicherklärung« nach Gutdünken des Arbeitgebers begründet. Neu ist das nicht (Rn 311). Auf welcher Rechtsgrundlage der an sich verdrängte Tarif in den Arbeitsverhältnissen der Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft »doch noch« zur Anwendung kommen können soll, bleibt unklar.
- 17 **Arbeitskampfrechtlich** flankiert wird die Tarifeinheit durch ein absolutes Kampfverbot. Um einen Minderheitentarifvertrag, der tarifrechtlich nicht gelten könne (aber vom Arbeitgeber »irgendwie« doch angewendet werden solle) dürfe nicht gekämpft werden. Überdies solle die Minderheitsgewerkschaft erst streiken dürfen, wenn die Mehrheitsgewerkschaft ihrerseits Kampfmaßnahmen ergriffen (und nicht etwa nur: beschlossen) hat oder wenn die Mehrheitsgewerkschaft keinen Tarifvertrag mit solchen Regelungsgegenständen »anstrebt« oder wenn der Mehrheitstarif schon mehr als ein Jahr nachwirkt (ohne daß ein Anschlußtarif zustande gekommen ist).
- 18 Hinsichtlich der **Feststellung der Gewerkschaftsmehrheit** vollzieht der Vorschlag die Konzeption von *Giesen* nach (Rn 10).
- 19 Bedenken hinsichtlich der Finanzierung jenes Autorenkollektivs und seiner Arbeitsgruppe¹⁷ sind unangebracht. Auch wenn sich die Arbeitsgruppe von interessierten Unternehmen finanzieren läßt und dies durch eine »Geldumleitung« über eine vom Namen her angesehene Stiftung gegenüber der Öffentlichkeit verschleiert, ist es doch irrig zu glauben, die teils sehr angesehenen »unabhängigen« Rechtswissenschaftler richteten ihre Gesetzgebungsvorschläge für Geld an Interessenten aus. Das ist nur intransparent und bezeugt mangelndes Selbstbewußtsein. Mehr nicht.

Persönlich peinlich ist solche »Wissenschaftsgeldwäsche« für denjenigen, der sonst den moralischen Zeigefinger hebt und jedweden Geldfluß bei

15 Professoreninitiative Tarifpluralität.

16 Zu jenen Rn 119 und Rn 339.

17 vgl. FAS vom 15.8.2010, S. 31: »Bezahlte Gutachten«

wissenschaftlichen Arbeiten (vor allem: Gutachten) durch einen Publikationshinweis ausgewiesen sehen will.

§ 2 Verfassungsrechtliche Ausgangsfragen

- 20 Jede einfachgesetzliche Regelung der Tarifeinheit ist an höherrangigem Recht zu messen. Einschlägig und im Zentrum der Überlegungen steht die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG: Insoweit ist zu fragen: Beeinträchtigen die vorgeschlagenen Regeln zur Tarifeinheit die individuelle und/oder kollektive Koalitions(betätigungs)freiheit, insbesondere die Tarifaufonomie in verfassungswidriger Weise dadurch,
- daß sie die Tarifverträge der Minderheitsgewerkschaft im Betrieb nicht gelten lassen, nur damit Arbeitgeber und Mehrheitsgewerkschaft nicht in ihrem »Tarifgeschäft« gestört werden;
 - daß die Tarifverträge der Mehrheitsgewerkschaft eine gesetzliche Friedenspflicht auch für die Minderheitsgewerkschaft auslösen und dieser damit fremdbestimmend das Recht zum Streik nehmen;
 - daß die der Tatbestand des »Mehrheitstarifvertrages« vom Arbeitgeber beeinflußt (manipuliert) werden kann und zweitens die Mehrheitsfeststellung in einem anonymen Beweisverfahren vor dem Notar erfolgt?

Daß (potentielle) Minderheitsgewerkschaften, wie die Auftraggeber meines Gutachtens, ihre Koalitionsrechte gefährdet sehen, liegt auf der Hand.

- 21 Ergänzend ist – vor allem mit Blick auf den zusätzlichen Rechtsbehelf zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte – an die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit in **Art. 11 EMRK** zu denken. Die EMRK ist zwar kein »höherrangiges« unmittelbar geltendes Recht, sondern hat nur den Rang einfachen Bundesrechts.¹⁸ Doch sorgt die völkerrechtliche Verpflichtung dafür, daß die Bundesrepublik entsprechende Entscheidungen des EGMR ungeachtet der Normenhierarchie umsetzt (Rn 423 ff).

¹⁸ Art. II Abs. 1 des Ratifikationsgesetzes; BVerfG vom 30.7.1952 – 1 BvF 1/52 – BVerfGE 1, 396, 411; vom 26.3.1987 – 2 BvR 589/79 – BVerfGE 74, 358, 370 = NJW 1987, 2427; BVerfG vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – NJW 2004, 3407, 3408: »Innerhalb der deutschen Rechtsordnung stehen die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle – soweit sie für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sind – im Range eines Bundesgesetzes [...].«.

A. Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG

I. Personeller Schutzbereich

Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet in personeller Hinsicht die Freiheit für »jedermann« und »alle Berufe«, »zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden«. Der Schutzbereich umfaßt jedenfalls die koalitionsmäßige Betätigung natürlicher Personen. Anerkannt ist auch, daß die Koalitionsfreiheit auch die Koalition als Kollektiv in ihrer Existenz, Organisation und Betätigung schützt und berechtigt, wenngleich umstritten ist, ob dieser Schutz direkt aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt (Doppelgrundrecht)¹⁹ oder ob die Koalition als juristische Person nach Art. 19 Abs. 3 GG »ihrem Wesen nach« den Individualschutz der Mitglieder auf sich beziehen kann (Durchblicktheorie).²⁰

II. Sachlicher Schutzbereich

1. Koalitionsbildung

Art. 9 Abs. 3 GG umfaßt die Koalitionsbildungsfreiheit. Geschützt ist die Freiheit, eine Koalition (neu) zu gründen.²¹

Ob das Konzept der Tarifeinheit diese Gründungsfreiheit zu beeinträchtigen vermag, ist zweifelhaft. Unmittelbar betroffen ist diese Freiheit

19 ständige Rechtsprechung, etwa BVerfG vom 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103 = NJW 1993, 1379 für den Beamtenstreik: »Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Er schützt auch die Koalitionen selbst in ihrem Bestand, ihrer Organisation und ihrer Tätigkeit, soweit diese gerade in der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen besteht.«; BVerfG vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 – NJW 1997, 513; BVerfG (Kammer) vom 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03 – NZA 2004, 1338; BAG vom 28.2.2006 – 1 AZR 460/04 – NZA 2006, 798, 801; BeckOKVerfR/Cornils, Edition 7 (2010), Art. 9 GG Rn 44.

20 Wiese, Individuum und Kollektiv im Recht der Koalitionen, ZfA 2008, 317, 322; Sachs/Höfling, GG, 5. Auflage (2009) 25 f; grundlegend zum personellen Schutzbereich Maunz/Dürig/Scholz, GG, 57. Auflage (2010) Art. 9 GG Rn 23 ff; 169 f, 191, 240 mwN; MünchArbR/Löwisch/Rieble 3. Auflage (2009) § 157 Rn 1 und § 155 Rn 4.

21 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 = NJW 1979, 699, 708 »...Freiheit des Zusammenschlusses zu Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und die Freiheit der gemeinsamen Verfolgung dieses Zweckes [...].«; BVerfG vom 19.2.1975 – 1 BvR 418/71 – BVerfGE 38, 386 = NJW 1975, 968; vom 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96 = NJW 1954, 1881; vom 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293 = NZA 2001, 777.

nicht, weil die Tarifeinheit zunächst nur das Recht mindert, effektiv geltende Tarifverträge abzuschließen. Die Gründungsfreiheit kann also nur insoweit und nur mittelbar betroffen sein, wenn die Verdrängung der Tarifverträge nur kleinere Gewerkschaften benachteiligt und daher die Motivation zur Gründung einer neuen (in der Gründungsphase naturgemäß kleinen) Gewerkschaft herabsetzt.²²

- 25 So wird etwa vertreten, daß die schärfer wirkenden Zulassungsanforderungen an die Tariffähigkeit (vor allem Mächtigkeit und Leistungsfähigkeit) größere Gewerkschaften begünstigen, kleinere benachteiligen und damit ein Gründungshemmnis bedeuten könnten.²³
- 26 Das kann nicht überzeugen. Wenn die Tarifrechtsordnung – aus welchen Sachgründen immer – bestimmte Anforderungen an Abschluß oder Geltung von Tarifverträgen formuliert, dann ist unmittelbar (nur) die Koalitionsbetätigungsfreiheit betroffen. Faktische Motivations- und Abschreckungswirkungen eröffnen den Schutzbereich erst, wenn die Neugründung einer Koalition zum **schlechthin aussichtslosen Unterfangen** wird.
- Zudem ist die tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen **nur eine unter mehreren Koalitionsbetätigungen**, zu der sich die Koalition durch explizite Satzungsregeln über die Tarifwilligkeit bekennen muß; daneben bleibt insbesondere die **schuldrechtliche Regelung der Arbeitsbedingungen** möglich.²⁴
 - Arbeitnehmerkoalitionen können die Interessen ihrer Mitglieder auch in der **Betriebsverfassung** vertreten (wenngleich der Betriebsrat koalitionspolitisch neutral sein muß) und vertreten Individualinteressen im Beistand für das einzelne Mitglied, insbesondere durch (Rechts-) Beratung und Prozeßvertretung.

Die Koalitionsbildungsfreiheit ist durch die Tarifeinheit nicht berührt.²⁵

22 Für eine Beeinträchtigung der Koalitionsbildungsfreiheit: LAG Niedersachsen vom 8.8.1990 – 4 Sa 874/90 – AiB 1991, 27-28; *Witzig*, Der Grundsatz der Tarifeinheit und die Lösung von Tarifkonkurrenzen (1992) 48.

23 *Henssler*, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften (2006) 31 f mwN; *Richardi*, Der CGM-Beschluss des ArbG Stuttgart: Tariffähigkeit und Tarifzensur, NZA 2004, 1025, 1028; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Band 1 (1997) 433 ff.

24 *Rieble*, Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, 200, 205; *Zachert*, »Jenseits des Tarifvertrags«? – Sonstige Kollektivvereinbarungen der Koalitionen, NZA 2006, 10, 12 f.

25 Für die Tarifeinheit: *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 446; *Engels*, Die verfassungsrechtliche Dogmatik des Grundsatzes der Tarifeinheit,

Eben dies hat das BVerfG auch schon für die schärfer wirkende Durch- 27
setzungsfähigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit festgehalten:

»Allerdings dürfen keine Anforderungen an die Tariffähigkeit gestellt werden, die erheblich auf die Bildung und Betätigung einer Koalition zurückwirken, diese unverhältnismäßig einschränken und so zur Aushöhlung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gesicherten freien Koalitionsbildung und -betätigung führen. ... **Auch wenn eine solche Durchsetzungsfähigkeit für die Tariffähigkeit vorausgesetzt wird, bleiben die Bildung und Betätigung von Koalitionen frei.** Der einzelne Arbeitnehmer ist rechtlich nicht gehindert, sich einer im Aufbau befindlichen Koalition anzuschließen und dazu beizutragen, daß ihr eine entsprechende Durchsetzungskraft zukommt«. ²⁶

Anders gewendet: **Etablierte Gewerkschaften haben einen »natür- 28
lichen« Wettbewerbsvorsprung**, weil sie ihre Arbeitsmarktposition in der Vergangenheit erarbeitet haben. Für neue Gewerkschaften ist der Marktzutritt eben dadurch erschwert. Rechtliche Zugangshürden dürfen nur keine künstlichen Markteintrittsbarrieren schaffen, die etablierte Kollektive vor dem Aufholwettbewerb bewahrt.

2. Existenzrecht

Eng mit der Koalitionsbildungsfreiheit hängt das Existenzrecht der einmal 29
gegründeten Koalition zusammen. Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet »Bestandsschutz«. Ihre Existenz oder ihre Koalitionseigenschaft sollen vor ungerechtfertigten staatlichen Zugriffen bewahrt werden. ²⁷

Wie bei der Gründungsfreiheit gilt auch hier: Nicht jede Änderung des 30
rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Umfeldes, die Koalitionsbetätigungen für kleinere Verbände erschwert, ja womöglich die Frage nach einem Zusammenschluß mit großen (Einheits-)Gewerkschaften aufwirft, berührt das Existenzrecht. Koalitionen sind in besonderer Weise mit

RdA 2008, 331, 333; für die Anforderungen an die Tariffähigkeit: Maunz/Dürig/Scholz, GG, 57. Auflage (2010) Art. 9 GG Rn 218 ff.

26 BVerfG vom 20.10.1981 – 1 BvR 404/78 »DAV« – BVerfGE 58, 233 = NJW 1982, 815.

27 BVerfG vom 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – NZA 2001, 777, 778: »Geschützt ist auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen.« mwN; BVerfG vom 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 ua – BVerfGE 100, 271, 282 = NZA 1999, 992, 993; BVerfG vom 20.10.1981 – 1 BvR 404/78 »DAV« – BVerfGE 58, 233 = NJW 1982, 815; BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 367 = NJW 1979, 699, 708; Maunz/Dürig/Scholz, GG, 57. Auflage (2010) Art. 9 GG Rn 243 ff; von Münch/Kunig/Löwer, GG, 5. Auflage (2000) Art. 9 GG Rn 80; Epping/Hillgruber/Cornils, GG (2009) Art. 9 GG Rn 55.

dem Arbeitsleben verwoben und müssen es grundsätzlich hinnehmen, daß sich Rechtsregeln zu ihren Lasten verändern.

Dazu im Mitbestimmungsurteil des BVerfG vom 1.3.1979: »Die Bedeutung und Vielzahl der von der Tätigkeit der Koalitionen berührten Belange namentlich im Bereich der Wirtschafts- und Sozialordnung machen vielmehr vielfältige gesetzliche Regelungen notwendig, die der Koalitionsfreiheit auch Schranken ziehen können; dies um so mehr, als der **Gegenstand der Gewährleistung auf sich wandelnde wirtschaftliche und soziale Bedingungen bezogen ist, die mehr als bei anderen Freiheitsrechten die Möglichkeit zu Modifikationen und Fortentwicklungen** lassen müssen.«

An anderer Stelle: »Das Grundrecht enthält, wie gezeigt, **keine Garantie des Bestandes des Tarifvertrags- und Arbeitskampsystems in seiner konkreten gegenwärtigen Gestalt**. Art. 9 Abs. 3 GG läßt sich auch nicht dahin auslegen, daß er ein **Tarifsysteem als ausschließliche Form der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen** gewährleiste.«²⁸

- 31 Die Koalitionsfreiheit vermittelt **kein Recht auf eine »optimale Koalitions Umgebung«**. Die Koalitionsfreiheit ist auch mit Blick auf das Existenzrecht keine Erfolgsgarantie, die dem Staat eine **Schutzpflicht** für solche Verbände auferlegt, die im Tarifwesen oder bei der Mitgliederwerbung keinen hinreichenden Eigenfortschritt erwirtschaften können.²⁹
- 32 Kann sich eine Koalition im Tarifvertragssystem mit seinen geänderten Regeln nicht durchsetzen, so ist dieser Mißerfolg Verwirklichung des jeder freiheitlichen Verfassung immanenten **Risikos des Scheiterns** – und zwar auch dann, wenn ihre Mitglieder vergrämt werden und dies am Ende den Untergang der Gewerkschaft bedeuten kann. So viel Evolutionsdruck ist erlaubt. Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG ist nicht betroffen.³⁰
- 33 Das BVerfG weist den Gewerkschaften gerade selbst die Aufgabe zu, jene »Disparitäten auszugleichen, die nicht strukturell bedingt sind, sondern auf inneren Schwächen einer Koalition beruhen. Der Organisationsgrad einer Koalition, ihre Fähigkeit zur Anwerbung und Mobilisierung von Mitgliedern und ähnliche Faktoren liegen außerhalb der Verantwortung des

28 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 367 f = NJW 1979, 699, 709, Hervorhebungen von mir.

29 Rieble, Staatshilfe für Gewerkschaften, ZfA 2005, 245 ff; Ladeur, Methodische Überlegungen zur gesetzlichen »Ausgestaltung« der Koalitionsfreiheit, AöR 131 (2006) 643, 650; aA Kempen, Staatliche Schutzpflicht gegenüber der Tarifautonomie? FS Gitter (1995) 427 ff; Kempen/Zachert, TVG, 4. Auflage (2006) Grundlagen Rn 112; instruktiv zu Schutzpflichten Dreier/Bauer, GG, 2. Auflage (2004) Rn 102 mwN.

30 Ähnlich Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampspluralität, (2010) 341: Anreiz zum Gewerkschaftswechsel als bloße Reflexwirkung des wettbewerblichen Erfolgs.

Gesetzgebers. Er ist nicht gehalten, schwachen Verbänden Durchsetzungsfähigkeit bei Tarifverhandlungen zu verschaffen.«³¹

Damit ist aber zugleich der Gegenaspekt angesprochen: Veränderungen des Tarifsystems, aber auch des sonstigen Arbeitsrechtssystems können sich »strukturell« auswirken und die Verhandlungsmöglichkeiten massiv erschweren. Wollte man etwa **für die Tariffähigkeit einen branchenbezogenen hohen Organisationsgrad von 15%** verlangen, wäre kaum mehr eine Gewerkschaft tariffähig. Auch ein **hoher staatlicher Mindestlohn**, der einen großen Anteil der Arbeitsverhältnisse im Organisationsbereich einer Gewerkschaft erfaßt, kann eine vergleichbare Wirkung haben. 34

Diese Austrocknungsgefahr hatte das BVerfG mit seiner **Arbeiterkammer-Entscheidung** im Blick: Der Staat darf den Gewerkschaften mit öffentlich-rechtlichen Kammern gerade keine Konkurrenz machen und so deren Tätigkeit austrocknen.³² 35

Dadurch würden »**künstliche**« **existenzgefährdende Marktbarrieren** geschaffen, die der Gewerkschaft kein hinreichend großes Betätigungsfeld beläßt. Sie **scheiterte womöglich nicht im, sondern am Tarifsistem**.

Freilich ist **Zurückhaltung** angebracht: Nicht jede Erschwernis wirkt bestandsgefährdend. Wenn *Jacobs* und ihm folgend *Greiner* meinen, insofern stünde den Koalitionen aus dem Existenzrecht ein Abwehrrecht gegen solchen Ausgestaltungen des Tarifsystems zu, die prinzipiell zu einem erheblichen Mitgliederschwund führen **können** (!) und damit den Bestand der Koalition gefährden **können** (!),³³ dann wird eine faktische Entwicklung unterstellt, die so nicht prognostizierbar ist. Nochmals: Die 36

31 BVerfG vom 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a. – BVerfGE 92, 365 = NZA 1995, 754 unter C I 1 c der Gründe; Däubler, TVG, 2. Auflage (2006) Einleitung Rn 130; Rüfner, Verantwortung des Staates für die Parität der Sozialpartner?, RdA 1997, 130; Lieb, Anmerkung zu BVerfG vom 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1-4/87, 1 BvR 1421/86, JZ 1995, 1169, 1174 ff; Kreßel, Neutralität des Staates im Arbeitskampf, NZA 1995, 1121; Otto, Zur Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen, Jura 1997, 18.

32 BVerfGE vom 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66 – BVerfGE 38, 281, 303; MünchArbR/Löwisch/Rieble § 155 Rn 93 ff; Müller, Die rechtlich, die rechtspolitische und die gesellschaftspolitische Problematik des Arbeitnehmerkammerwesens, DB 1980, 91. Auf Arbeitgeberseite soll das anders sein: BVerfG vom 19.10.1966 – 1 BvL 24/65 »Handwerksinnungen« – BVerfGE 20, 312 = NJW 1966, 2305; ErfK/Franzen, 10. Aufl. (2010) § 2 TVG Rn 3; Däubler/Peter, 2. Auflage (2006) § 2 TVG Rn 131 ff.

33 Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 452 f; Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfppluralität (2010) 90.

Tarifautonomie ist nicht die einzige Koalitionsbetätigung, weswegen Arbeitnehmervereinigungen ohne eine effektive tarifrechtliche Rechtsausstattung nicht notwendig im Bestand gefährdet sind. Arbeitnehmervereinigungen, denen die Tariffähigkeit aberkannt wird (was sie weitaus stärker trifft, als dies eine betriebliche Tarifeinheit könnte), sterben deshalb nicht notwendig ab.³⁴ So ist die Christliche Gewerkschaft Bergbau-Chemie-Energie doch einst vom BAG für tarifunfähig erklärt worden – und lebt noch immer.³⁵

- 37 Auch die überkommene **richterrechtliche Tarifeinheit** hat nicht zum Untergang der Christlichen Gewerkschaft Metall geführt. Diese mußte sich lediglich dem fremden Tarifwillen beugen und war langjährig auf Anschlußtarifverträge beschränkt, die nachbeteten, was die Vorbeter der IG Metall vereinbart hatten.³⁶
- 38 Eine **halbwegs plausible Bestandsgefährdung droht mithin allenfalls kleinen Berufsgruppengewerkschaften**, deren Existenz gerade darauf beruht, daß diese Berufsgruppen in der großen Einheitsgewerkschaft mit deren Tarifverträgen unzufrieden gewesen sind. So mag man für die Vereinigung Cockpit hierüber nachdenken. Auf der anderen Seite ist auch das nicht ausgemacht: Gerade die Vereinigungen der »Funktionseliten« – also solcher Schlüsselgruppen, deren Arbeitsleistung für den Arbeitgeber besonders wichtig ist und die im Arbeitskampf große Schlagkraft entwickeln können auch in Kooperation mit anderen Gewerkschaften ihre Interessen vertreten. So war Cockpit seit der Gründung 1968 in einer Tarifgemeinschaft mit der DAG (bis 2000) und brachte ihre tarifpolitischen Vorstellungen dort zur Geltung. Als Koalition war sie trotz fehlender tarifpolitischer Eigenständigkeit existent. Und so schließt der VAA als Führungskräfteverband der Chemischen Industrie mit dem BAVC Tarifverträge in Anlehnung an die Tarifverträge mit der IG BCE, und dies lange schon.
- 39 Ein weiteres Beispiel: Die heutige Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) ist zwei nicht-tariffähigen Verbänden – dem Verband Deutscher Flugleiter (VDF) und dem Verband Deutscher Flugsicherungs-Techniker und

34 Giesen, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1 unter IV. 3. b. bb: »Das folgt schon daraus, dass sämtliche heute bestehenden Spartengewerkschaften schon unter der jahrzehntelangen Geltung des Grundsatzes der Tarifeinheit existierten.«

35 BAG vom 16.1.1990 – 1 ABR 10/89 – NZA 1990, 623; zu dieser Gewerkschaft deren Internetauftritt www.cgbce.org [21.7.2010].

36 BAG vom 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – NZA 2006, 1112, 1113: »Im Bereich der Metall- und Elektroindustrie schloss die CGM in der Vergangenheit vor allem in den alten Bundesländern mit Arbeitgeberverbänden oder einzelnen Arbeitgebern ca. 3000 Anschlusstarifverträge.«.

–Ingenieure (FTI) hervorgegangen. Die tarifpolitischen Interessen ihrer Mitglieder brachten beide bis 2003 in einem Kooperationsvertrag mit DAG/ver.di zur Geltung. Ihre Existenz hing also nicht von der tarifpolitischen Eigenständigkeit ab.

Der Schutzbereich ist insoweit nicht betroffen.

40

3. Koalitionszweckautonomie – autonome Organisationszuständigkeit

Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet die Koalitionszweckautonomie. Jede (Arbeitnehmer-)Koalition bestimmt grundsätzlich selbst, für welche »Berufe« iSv Art. 9 Abs. 3 GG sie sich öffnen will – und welchen Beschäftigtengruppen sie sich verschließen will. Diese autonome Entscheidung rechnet zum Kernbereich der Koalitionsfreiheit und ist staatlicher Einflußnahme prinzipiell entzogen.³⁷

41

Kraft autonomer Zwecksetzung entscheidet die Gewerkschaft selbst, ob sie als Einheitsgewerkschaft für alle Beschäftigten einer Branche agieren will oder ob sie – wie dies Art. 9 Abs. 3 GG ausdrücklich nennt – berufsbezogen organisiert sein will. Eine Ärztegwerkschaft wie der Marburger Bund kann nicht vom Staat dazu angehalten werden, auch Krankenschwestern und andere Pflegekräfte zu organisieren oder womöglich auch noch Personal außerhalb der Heilberufe (Reinigungskräfte, Techniker, Kantinenköche) zu vertreten. Eine Pilotengewerkschaft muß keine Flugbegleiter vertreten und umgekehrt.³⁸

42

Diese autonome Zwecksetzung konstituiert die Koalitionsfreiheit (wie schon die Vereinigungsfreiheit). Die Entwicklung von (Arbeitnehmer-)Koalitionen setzt typischerweise bei homogenen Interessen an, wie sie

43

37 BVerfG vom 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a. – BVerfGE 92, 365 = NZA 1995, 754, 760: »Die Abgrenzung nach Fachbereichen oder Branchen entspricht einem überkommenen Ordnungsprinzip der Koalitionen.«; BAG vom 22.11.1988 – 1 ABR 6/87 – NZA 1989, 561; *Junker*, Die Tarifzuständigkeit als Wirksamkeitserfordernis des Tarifvertrages, ZfA 2007, 229 ff; ErfK/*Dieterich*, 10. Auflage (2010) Art. 9 Rn 68 ff; *Heinze*, Tarifzuständigkeit von Gewerkschaften und Arbeitgebern/Arbeitgeberverbänden, DB 1997, 2122; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität (2010) 90.

38 Artikel 9 Abs. 3 GG schützt nicht nur Branchengewerkschaften, sondern auch Spartengewerkschaften (»... und für alle Berufe ...«): *Franzen*, Tarifeinheit – Element der Tarifautonomie oder Grundrechtsverletzung?, ZfA 2009, 297, 314; *Kamanabrou*, Der Streik durch Spartengewerkschaften – Zulässigkeit und Grenzen, ZfA 2008, 241, 262; *Pflüger*, Verhandlungspartit bei Spezialistenstreik, RdA 2008, 185; *Greiner*, Der Regelungsvorschlag von DGB und BDA zur Tarifeinheit, NZA 2010, 743, 744; *aA W. Bayreuther*, Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität. Die Lösung der Deutschen Bahn, FS Hromadka (2008) 1 ff.

Angehörige einer Berufsgruppe teilen. Die Koalitionsfunktion besteht darin, diese weitgehend homogenen Interessen der Arbeitnehmer zu bündeln und mit dem sozialen Gegenspieler zum Ausgleich zu bringen. **Berufsgruppengewerkschaften** gleichen zwar durchaus auch interne Interessenkonflikte aus – die aus unterschiedlichen Betroffenheiten innerhalb der Berufsgruppe auftreten: Ältere gegen Jüngere, Mitarbeiter großer Unternehmen vs. Mittelstandsbeschäftigte usw. Doch steht die Einigkeit und Interessenhomogenität im Vordergrund.

- 44 Die Entwicklung von Berufsgruppengewerkschaften zu **Einheitsgewerkschaften** setzt demgemäß eine besondere Koalitionsfunktion anderer Qualität voraus: den Ausgleich der teils großen Unterschiede in den Interessen der Beschäftigten eines Unternehmens oder einer Branche. Der Koch in der Kantine des Metallbetriebes hat mit dem Schlosser oder der Verwaltungsangestellten wenig gemein. Dennoch muß die Einheitsgewerkschaft in der Lage sein, für diese unterschiedlichen Arbeitnehmer einen einheitlichen Tarifvertrag auszuhandeln. Noch größer werden die Interessenverschiedenheiten, wenn Gewerkschaften nicht nur eine Branche, sondern viele vertreten. **Multibranchengewerkschaften**, wie sie aus Fusionen hervorgegangen sind, müssen in ihrer Verbands- und Tarifpolitik noch stärker in der Lage sein Differenzen zu überwinden und auszugleichen – auch wenn die Arbeitsbedingungen in unterschiedlichen Tarifwerken unterschiedlich geregelt werden.
- 45 Die besondere Leistung von Einheitsgewerkschaften liegt nun darin, diese teils stark divergierenden Interessen in einem ersten Schritt intern zu einem Gesamtinteresse horizontal ausgleichend zu bündeln und in einem zweiten Schritt mit dem Gegenspieler vertikal verhandelnd abzugleichen. Das ist eine anspruchsvolle und hochkomplexe Aufgabe. Immer wieder können Interessen einzelner Mitgliedergruppen zu kurz kommen. Dementsprechend ist die Entscheidung für die Ausrichtung als Einheitsgewerkschaft typischerweise verbunden mit einer komplexen pluralistischen Binnenstruktur, die diesen **internen Interessenausgleich** leisten soll. Die Entwicklung von der Berufsgruppen- zur Einheitsgewerkschaft ist also nicht nur eine Verbreiterung der Zuständigkeit sondern eine **qualitative Änderung der Verbandsausrichtung**.
- 46 Ob eine Gewerkschaft diese komplexe Verteilungsfunktion erfüllen mag, entscheidet sie autonom und kollektiv. Genauer: Das entscheiden die Mitglieder durch die freie Aufgabenwahl in der Satzung, die den Organisationsbereich und die Tarifzuständigkeit festlegt. Der Staat darf keine Zwangsrepräsentation in der Einheitsgewerkschaft verordnen; er darf das

Industrieverbandsprinzip nicht vom faktischen Organisationsprinzip zum **Rechtsprinzip** erheben.³⁹

Überdies: Ob es einer Gewerkschaft gelingt, neben ihrer ursprünglichen Berufsgruppe einen erheblichen Anteil anderer Arbeitnehmer zu organisieren, das entscheiden die mehr oder weniger beitrittswilligen Arbeitnehmer. So organisiert die GDL als älteste noch existierende Gewerkschaft neben den Lokomotivführern inzwischen alle Arbeitnehmer in ihrem satzungsgemäßen Organisationsbereich.⁴⁰

Gleichwohl sind die Mitglieder weit überwiegend Lokomotivführer; bei jenen erreicht sie einen Organisationsgrad von rund 80%. Hingegen ist der große Organisationserfolg bei den Zugbegleitern ausgeblieben.

Erst recht darf der Staat kein Branchenkataster (wie bei den Berufsgenossenschaften) auflegen, um für eine lückenlose Repräsentation zu sorgen – oder gar selbst Gewerkschaften errichten, um staatsseitig für den kollektiven Selbstschutz zu sorgen.⁴¹

Das BVerfG hat diese zentrale Idee bereits im Mitbestimmungsurteil so formuliert: »Mit dem Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden, gewährleistet Art. 9 Abs. 1 GG ein konstituierendes Prinzip der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes: das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung (...): Das soziale System des durch das Grundgesetz verfaßten Gemeinwesens soll weder in ständisch-korporativen Ordnungen, wie sie namentlich das Kennzeichen älterer Sozialordnungen waren, Gestalt gewinnen, noch in der planmäßigen Formung und Organisation durch den Staat nach den Maßstäben eines von der herrschenden Gruppe diktierten Wertsystems.«⁴²

39 Wiedemann/Arnold, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, ZTR 1994, 399 ff (Teil I) 402; Koop, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus, (2009) 149; BAG vom 19.11.1985 – 1 ABR 37/83 – NZA 1986, 480; Wiedemann/Höfling, TVG, 7. Auflage (2007) § 2 TVG Rn 65 und 354; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 207 f mwN.

40 § 1 Nr. 4 der Satzung: »Der Organisationsbereich der GDL umfasst das Transport- und Verkehrswesen sowie bestimmte private Dienstleistungsbetriebe. Der räumliche Zuständigkeitsbereich erstreckt sich auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.« <http://cache.gdl.de/uploads/UeberUns/Satzung.pdf> [1.8.2010]

41 Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn 1139 ff mwN auch zu entsprechenden »sozialautonomen« Vorschlägen.

42 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 353 unter C III 2 a; auch BVerfG vom 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66 – BVerfGE 38, 281, 303.

- 50 Ähnlich hat das BVerfG schon 1954 gesagt: »Der mit der Koalitionsfreiheit gewährleistete Kernbereich des Tarifvertragssystems verbietet es dem Gesetzgeber, die von den Vereinigungen frei gewählten Organisationsformen schlechthin oder in entscheidendem Umfang bei der Regelung der Tariffähigkeit unberücksichtigt zu lassen und auf diese Weise das Grundrecht der Koalitionsfreiheit mittelbar auszuhöhlen.«

BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96 = NJW 1954, 1881; allerdings hat das BVerfG dort den Ausschluß gemischt-fachlicher Tarifverbände von der Tariffähigkeit gerade gebilligt. Das ist keine Frage des Schutzbereichs.

- 51 Die Tarifeinheit greift nicht unmittelbar in die Organisationszuständigkeit ein. Keiner Berufsgruppengewerkschaft wird etwas vorgeschrieben. Indes kann das vorgeschlagene **Mehrheitsprinzip** zu massiven Ungleichbehandlungen zwischen Berufsgruppen- und Einheitsgewerkschaften führen und damit einen **starken faktischen Druck zur Verbreiterung des Organisationsbereiches** auslösen. Eine hoch spezialisierte Berufsgruppengewerkschaft mit schmalen Einzugsbereich aber dort hohem Organisationsgrad hat womöglich wenig Aussicht, sich gegen eine Einheitsgewerkschaft mit konkurrierendem Organisationsgrad durchzusetzen.
- 52 Schon eine Pilotengewerkschaft könnte angesichts der höheren Personalanteils der Flugbegleiter ins Hintertreffen geraten; das gilt auch für Ärzte im Vergleich mit sonstigen Beschäftigtengruppen in Krankenhäusern und für Führungskräfte-Gewerkschaften, die auch bei noch so hohem Organisationsgrad keine Chance auf Repräsentativität im Vergleich zu Einheitsgewerkschaften haben. All diese »**Spezialistenvereinigungen**« **müssen damit rechnen, daß ihre Tarifbemühungen künftig erfolglos bleiben, weil sie »strukturell« mit ihrer autonomen indes schmalen Ausrichtung keine Chance zur Mehrheit haben.**
- 53 Eben das ist offenbar gewollt: Die Aufrechterhaltung der Tarifeinheit wird als Gegenmittel zur »Balkanisierung der Tariflandschaft« gefordert.⁴³
- 54 Die »**Tarifeinheit mit Mehrheitsrepräsentativität**« **soll die klassische Einheitsgewerkschaft stabilisieren und sie gegenüber Berufsgruppengewerkschaften bevorzugen.** Der mit dieser Tendenz bewirkte Anpassungsdruck ist erheblich und berührt den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit.

43 Zu dieser »Gefahr« von *Steinau-Steinrück/Glanz*, Dauerarbeitskämpfe durch Spartenstreiks – Die verbliebenen Kampfmittel der Arbeitgeber, NZA 2009, 113. *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität (2010) 365 spricht von einer »Tarifzersplitterung«.

4. Selbstbestimmung und negative Bündnisfreiheit

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Aussperrungsentscheidung betont, daß auch (Kampf-)Bündnisse unter Koalitionen von der Koalitionsfreiheit geschützt sind.⁴⁴ 55

Das muß insbesondere für die tarifpolitische Zusammenarbeit von Koalitionen gelten, sei es in Spitzenverbänden⁴⁵ oder auch nur in Tarifgemeinschaften, die mehrgliedrige Tarifverträge abschließen.⁴⁶

In der Tat lassen sich autonome Zusammenschlüsse von Koalitionen zuerst als **kollektive Koalitionsgründung** begreifen, weil der Spitzenverband, die Tarifgemeinschaft oder jedes andere Bündnis aus Koalitionen seinerseits ein von Art. 9 Abs. 3 GG geschützter Zusammenschluß ist. Zugleich liegt eine kollektive Koalitionsbetätigung vor, weil die Abstimmung der Tarifpolitik mit anderen Verbänden eben das einfache Betätigungsrecht betrifft. 56

Mit der positiven Freiheit zum Koalitionsbündnis korrespondiert notwendig die **negative Freiheit vom Koalitionsbündnis**. Wollte der Staat Gewerkschaften in eine Tarifgemeinschaft zwingen, um eine einheitliche Regelung der Arbeitsbedingungen bezogen auf einen bestimmten Geltungsbereich (Betrieb, Unternehmen oder gar Fläche) zu erreichen, so ist der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit berührt.⁴⁷ 57

Eben so hat auch die bisherige richterrechtliche Tarifeinheit gewirkt: Kleinere Gewerkschaften, die überhaupt an der Tarifpolitik beteiligt sein 58

44 BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvL 779/85 – BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809, dazu *meine* Anm EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97.

45 Dazu *Rieble*, Tarifkoordinierung in Spitzenverbänden, FS Otto (2008) 471 ff.

46 Dazu *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage (2004) § 2 Rn 165 ff.

47 BAG vom 9.12.2009 – 4 AZR 190/08 – NZA 2010, 712, 717: »Eine solche ›Zwangstarifgemeinschaft‹ stellte jedoch einen Eingriff in das Grundrecht der den Tarifvertrag abschließenden anderen Gewerkschaft sowie der hieran beteiligten Arbeitgeberseite dar. Der Abschluss eines Tarifvertrags ist Teil der durch Art. 9 Absatz 3 GG gewährleisteten Abschlussfreiheit der Tarifvertragsparteien. Diese umfasst auch das Recht, die Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Tarifverträge überhaupt, mit einem bestimmten Gegenspieler oder unter bestimmten Bedingungen abzulehnen (...). Die Auswahlfreiheit hinsichtlich des Vertragspartners gilt für Arbeitnehmerkoalitionen wie auf der Arbeitgeberseite für die Arbeitgeberverbände und den einzelnen Arbeitgeber gleichermaßen. Die Pflicht zur Einbeziehung einer weiteren Tarifvertragspartei ist damit nicht zu vereinbaren und berücksichtigt die Gegnerschaft von konkurrierenden Gewerkschaften nur unzureichend.« Ganz ähnlich BAG vom 29.7.2009 – 7 ABR 27/08 – NZA 2009, 1424 sogar für einen Zuordnungstarifvertrag nach § 3 BetrVG, der als betriebsverfassungsrechtliche Norm notwendig betriebseinheitlich gelten muß.

wollten, konnten »bestenfalls« erhoffen, am Tarifabschluß der großen Gewerkschaft dadurch formal mitzuwirken, daß sie die Unterschrift unter die Tarifurkunde gesetzt haben. Und selbst das war nicht jeder Gewerkschaft vergönnt – mitunter wurden solche Gewerkschaften auf den Anschlußtarifvertrag verwiesen – konnten also nur nachlaufend in einem wortidentischen Tarifvertrag oder durch statische Verweisung für ihre Mitglieder den Tarifvertrag der beherrschenden Gewerkschaft übernehmen.⁴⁸

- 59 Die neue (vorgeschlagene) Tarifeinheit mit Mehrheitsprinzip wird einen ganz anderen **faktischen Zwang zur Zusammenarbeit von Koalitionen** eröffnen: Gerade weil der Betrieb des Arbeitgebers kraft Gesetzes als »tarifpolitische Verteilungsgemeinschaft« konstituiert wird (Rn 390 ff), löst das einen starken Anreiz aus, durch Tarifgemeinschaften kleinerer Gewerkschaften eine »taktische« Mehrheit zu erlangen. Für das Mehrheitserfordernis kommt es nicht auf die Mitgliedschaft in der jeweiligen Gewerkschaft an, sondern darauf, ob die dann einheitliche Tarifpartei im überschneidenden Geltungsbereich die größere Mitgliederzahl hat. So könnte ein Zusammenschluß von VC und UFO etwa gemeinsame Mehrheitschancen von Piloten und Flugbegleitern eröffnen, je nach dem, wo in der Luftfahrt der Betrieb zu sehen ist. Im Kern ist das derselbe Druck, der auch schon auf Verbreiterung der Organisationszuständigkeit gerichtet ist (Rn 51 ff) – nur daß es für mehrere kleine Gewerkschaften, die beim selben Arbeitgeber aktiv sind, näher liegt, gemeinsam gegen die Großkonkurrenz zusammenzuarbeiten.

Auch insoweit ist also der Schutzbereich eröffnet.

5. Tarifaufonomie zur kollektiven Selbstregelung eigener Arbeitsbedingungen

a. Grundsatz

- 60 Die Koalitionsfreiheit umfaßt die kollektive Koalitionsbetätigung und damit auch das Recht, mit dem Mittel des Tarifvertrags die »**Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen**« der Mitglieder zu regeln. Der Tarifvertrag ist funktionstypisches Instrument der Koalitionsbetätigung.⁴⁹

48 Zu den Gefahren Förster, Der Verhandlungsanspruch von Tarifparteien in Deutschland und England, (2009) 73; zur Bedeutung von Anschlußtarifverträgen für die Frage der Mächtigkeit: Giere, Soziale Mächtigkeit als Voraussetzung für die Tariffähigkeit (2006) 37 f.

49 BVerfG vom 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103, 114: »Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Es schützt auch die Koalitionen selbst in ihrem Bestand, ihrer Organisation und ihrer Tätigkeit, soweit diese gerade in der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschafts-

Zentraler Bestandteil der Betätigungsgarantie ist die Tarifautonomie. ⁶¹ Diese gewährleistet das Recht der Koalition, Arbeitsbedingungen **durch Tarifvertrag** regeln zu können und verlangt insofern jedenfalls die grundsätzliche Möglichkeit, im Rahmen eines Tarifvertragssystems an der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen teilzuhaben.⁵⁰

Die **Gegenauffassung**, die mit Blick auf die allgemeine Vereinigungsfreiheit meint, die Koalitionsbetätigung als solche könne nicht über Art. 9 GG eigens geschützt sein, weil das Kollektiv nicht mehr Rechte habe als das Individuum⁵¹ **ignoriert**, daß die **kollektive Koalitionsbetätigung gerade durch die Kollektivierung eine andere Qualität gewinnt**. Es leuchtet zwar durchaus ein, daß der Ausritt des Reitvereins im Walde keinen weitergehenden Schutz verdient, als der individuelle Ritt. Schon das Mannschaftsspiel ist eine notwendig kollektive Betätigung, in der der veranstaltende Sportverein auch über Art. 9 Abs. 1 GG zu schützen ist. So wie das Kartellrecht der kollektiven Marktmachtausübung wegen seiner anderen nämlich verhaltensabstimmenden Qualität kritisch begegnet, so schützt Art. 9 Abs. 3 GG gerade die kollektive Betätigung im Arbeitsmarktkartell.⁵² ⁶²

Tarifvertrag und Arbeitskampf sind **kollektive Handlungsformen**, die ⁶³ sich von der individuellen Betätigung durch Arbeitsvertrag und Kündigungsdrohung wegentwickelt haben. Der Verfassungsgeber hat

bedingungen besteht. Hierzu gehört insbesondere der Abschluß von Tarifverträgen. Die Koalitionen sollen beim Abschluß von Tarifverträgen frei sein und die Mittel, die sie zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, selbst wählen können.«; vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 224 = NZA 1991, 809, 810: »Ein wesentlicher Zweck der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionen ist der Abschluß von Tarifverträgen. Darin sollen die Vereinigungen nach dem Willen des Grundgesetzes frei sein.«; Maunz/Dürig/Scholz, GG, 57. Auflage (2010) Art. 9 Rn 297; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 418.

⁵⁰ BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809; vom 6.5.1964 – 1 BvR 79/62 – BVerfGE 18, 18 = NJW 1964, 1267; vom 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96 = NJW 1954, 1881; MünchArbR/Löwisch/Rieble 3. Auflage (2009) § 157 Rn 33; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 419 mwN.

⁵¹ Burkiczak, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts (2006) 294 ff, insb. 306 f mwN.

⁵² Zur Kartellfunktion von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn 333 ff mwN. Aus arbeitsökonomischer Sicht etwa Pauly, Der Flächentarifvertrag als Kartellierungsinstrument (2005) mit Blick auf die Arbeitgeberseite und Vogel, Neue Wege in der Tarifpolitik: Eine clubtheoretische Analyse (2004).

diese, schon in Art. 159, 165 Abs. 1 WRV aufgegriffene Entwicklung gekannt und gebilligt.⁵³

- 64 Im übrigen machte es auch keinen nennenswerten Unterschied, wenn man den kollektiven Arbeitsvertrag und seine Erzwingung einem Grundrechtsschutz aus Art. 9 Abs. 3 iVm Art. 12 Abs. 1 GG unterstellte.
- 65 Daß die Tarifaufonomie der Ausgestaltung harrt und viele verschiedene Vertragsrechte denkbar sind, heißt nicht, daß die **Versagung der Tarifgeltung derart im Belieben des Staates** stünde, daß die Tarifaufonomie als Bestandteil der kollektiven Koalitionsbetätigung grundrechtlich wertlos wäre. Die Bemerkungen von *Greiner*, der alles und jedes für nahezu beliebige Ausgestaltungen der Tarifaufonomie gelten lassen will⁵⁴ dürfen dahin nicht mißverstanden werden. Auch *Greiner* sieht die Tarifaufonomie noch als geschützt an – sonst könnte er schwerlich die tradierte Tarifeinheit für verfassungswidrig halten (S. 343 ff) – und will nur die Verhältnismäßigkeitsprüfung als solche durch eine weitestgehende sozialstaatliche Ausgestaltungsermächtigung entwerten (noch Rn 148 ff).

b. Alle Arbeitsbedingungen

- 66 Dabei beschränkt sich der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG nicht auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung, sondern »erstreckt sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen« – wie das BVerfG klargestellt hat.⁵⁵
- 67 Für die Tarifaufonomie heißt das: Geschützt ist nicht etwa nur die Regelung »zentraler« Arbeitsbedingungen wie Dauer der Arbeitszeit und das Arbeitsentgelt.

Doch muß in diesem Kernfeld der staatliche Zugriff besonders vorsichtig erfolgen, dazu *Henssler*: »Je wichtiger die Betätigung für den Koalitionszweck ist, desto schwerwiegender müssen die Gründe sein, die den gesetzlichen Eingriff rechtfertigen. Die Sekundärgarantien partizipieren daher in unterschiedlicher Weise an den drei Schutzzonen: Dem unantastbaren, von der Wesensgehaltsgarantie gedeckten Betätigungsbereich, den zentralen nur durch kollidierendes Verfassungsrecht begrenzbaren Tätigkeiten und schließlich jener dritten Zone unmittelbarer Koalitionszweckverwirklichung, die unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips jeder gesetzlichen Konkretisierung im Gemeinwohlinteresse offensteht. Außerhalb des Schutzbereiches von Art. 9 Abs.3 GG liegen im Sinne einer vierten Kategorie jene Betätigungsformen, bei denen die Koalitionen wie jeder Private am

53 Zu ihr *Nörr*, Grundlinien des Arbeitsrechts der Weimarer Republik, ZfA 1986, 403.

54 *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfppluralität, (2010) 338 ff.

55 BVerfG vom 24.2.1999 – 1 BvR 123/93 – NZA 1999, 713.

Wirtschaftsleben teilnehmen. Für diese nur mittelbar koalitionszweckbezogene Betätigung gelten allein die sonstigen Verfassungsgarantien, namentlich Art. 2, 12 und 14 GG, welche die erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten der Koalition sichern.«⁵⁶

Ähnlich drückt dies das BVerfG in der **Hochschulbefristungsentscheidung** aus: 68

»Der Grundrechtsschutz ist nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv. Die Wirkkraft des Grundrechts nimmt vielmehr in dem Maße zu, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann, weil sie nach der dem Art. Artikel 9 Abs. 3 GG zugrundeliegenden Vorstellung des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen können als der Staat. Das gilt vor allem für die Festsetzung der Löhne und der anderen materiellen Arbeitsbedingungen. Die sachliche Nähe einer Materie im Bereich von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zur Tarifautonomie wird äußerlich an dem Umfang erkennbar, in dem die Tarifvertragsparteien in der Praxis von ihrer Regelungsmacht Gebrauch machen. Nicht ohne Grund knüpft der Gesetzgeber in der bereits genannten Bestimmung des Betriebsverfassungsgesetzes in die Tarifüblichkeit an. Bestehende tarifvertragliche Regelungen genießen grundsätzlich einen stärkeren Schutz als die Tarifautonomie in Bereichen, die die Koalitionen ungeregt gelassen haben. Die Abstufung des Schutzes, den Artikel 9 Abs. 3 GG gewährt, wirkt sich in den Anforderungen aus, die an die Rechtfertigung von Eingriffen zu stellen sind. Je gewichtiger der Schutz, den Artikel 9 Abs. 3 GG insofern verleiht, desto schwerwiegender müssen die Gründe sein, die einen Eingriff rechtfertigen sollen.«⁵⁷

Geschützt ist zunächst **jede Regelung von Arbeitsbedingungen** iSv 69 Art. 9 Abs. 3 GG. Eben deswegen kommt es darauf an, daß sich das TVG in seiner Ausgestaltung der verfassungsrechtlich noch nahezu unbegrenzten gegenständlichen Weite der Arbeitsbedingungen auf die in § 1 Abs. 1 TVG genannten Arbeitsbedingungen beschränkt.⁵⁸

Deswegen kommt etwa eine **staatliche Bewertung der Tarifinhalte** 70 auch im Rahmen der Tarifkonkurrenz nicht in Betracht. Weder darf der Staat ganz allgemein nur solche Tarifverträge gelten lassen, die ein staat-

56 Henssler, Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 1, 12.

57 BVerfG vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268, 284 f = NZA 1996, 1157, 1158:

58 Dazu Henssler, Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 1, 13 ff; Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992) 102 mwN; zum Begriff luzide Söllner, Das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG, ArbRGegw 16 (1978) 19, 20.

liches Organ für zweckmäßig erachtet hat,⁵⁹ noch dürfte er die Tarifeinheit nach einem **wertenden Vergleich der Tarifinhalte** entscheiden. Eben darauf lief indes das bisherige Spezialitätskriterium hinaus: auf eine **Tarifizensur**.⁶⁰

c. Entwicklungsfähigkeit der Tarifverbände

- 71 Die Beurteilung der Tarifeinheit darf **nicht statisch auf aktuelle Tarifverträge und ihren Geltungsanspruch beschränkt** werden. Tarifaufonomie ist ein durchweg **dynamisches Recht** und bezieht auch das Recht der Koalition ein, künftige Tarifverträge anzustreben und dabei auch andere Mitglieder als bisher anzusprechen und anderes Arbeitsbedingungen als bisher zu regeln. Geschützt ist also auch die Tarifpolitik der Zukunft und die hiermit verbundene **Entwicklungsfähigkeit der Koalition**.
- 72 Jede Tarifeinheit indes erschwert oder **verhindert künftige Tarifabschlüsse**. Sie wirkt als »Zugangs- und Geltungssperre« für jene Betriebe oder Bereiche, aus denen die unterlegene Gewerkschaft verdrängt wurde.⁶¹
- 73 Immerhin bleibt als beschränkte Entwicklungsmöglichkeit der »Kampf um die Mehrheit«.

d. Individualrecht auf Tarifgeltung

- 74 Das Recht der koalitionsmäßigen Betätigung kommt nicht nur der Gewerkschaft als Kollektiv zu. **Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Betätigung des Einzelnen für seine Gewerkschaft** – »ebenso aber auch das Recht der Mitglieder einer Koalition, an deren Arbeit teilzunehmen und Beeinträchtigungen ihrer Tätigkeit zugleich als Verstoß gegen das eigene Grundrecht anzufechten«.⁶²

59 Deswegen war die Genehmigungsbedürftigkeit nach § 3 BetrVG aF für Betriebsstrukturtarifverträge nur erträglich, weil ein Randbereich der Tarifaufonomie betroffen war.

60 *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage (2004) § 4 Rn 142; zustimmend *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfppluralität (2010) 344; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 262: »Das Spezialitätsprinzip ist nichts weiter als das nichtssagende Etikett des richtigen Grundgedankens, daß bei einer Tarifkonkurrenz der Tarifvertrag vorgehen müsse, der für das Arbeitsverhältnis besser passe.«

61 *Wiedemann/Arnold*, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, ZTR 1994, 399, 406; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 449.

62 So die Arbeiterkammer-Entscheidung des BVerfG vom 18.12.1974 – 1 BvR 430/65, 1 BvR 259/66 – BVerfGE 38, 281, 303 = NJW 1975, 1265, 1266.

Auf der Ebene der individuellen Koalitionsfreiheit folgt daraus, daß das jeweilige Mitglied ein individuelles Recht der **Teilhabe** an den Erfolgen der Koalitionsbetätigung hat. Für die Tarifautonomie heißt dies: Das Mitglied kann »im Prinzip« verlangen, daß der von seiner Gewerkschaft (auch) für ihn abgeschlossene Tarifvertrag für ihn gilt.⁶³

Hiergegen streitet *Scholz*: Die Koalitionsfreiheit schütze weder das individuelle Recht auf bestimmte Arbeitsk Kampfmaßnahmen, noch auf bestimmte Tarifverträge, deswegen sei die Koalitionsfreiheit durch Verdrängung des eigenen Tarifvertrags nicht berührt. »Das Tarifvertrags- wie das Arbeitskmpfrecht sind Teil der kollektiven Koalitionsfreiheit [...], an der die Träger der individuellen Koalitionsfreiheit nur mittelbar, d. h. lediglich vermittelt über ihre Mitgliedschaft einer entsprechenden Koalition partizipieren. Wenn ein bestimmter Tarifvertrag nicht zustande kommt, gleichgültig aus welchen Gründen, so lässt sich aus der individuellen Koalitionsfreiheit doch folgerichtig kein Recht des einzelnen Koalitionsmitglieds darauf ableiten, dass ein solcher Tarifvertrag zustande kommt, zur Anwendung gelangt und/oder ggf. mit dem Mittel des Arbeitskmpfes durchgesetzt wird.«⁶⁴ 75

Das wiederum ist mit der gerade von *Scholz* vertretenen Ablehnung des »Doppelgrundrechts« und der Zuwendung zu Art. 19 Abs. 3 GG mit seiner Durchblicktheorie nicht zu vereinbaren.⁶⁵

Wenn die kollektive Koalitionsfreiheit um der Betätigung der Individuen willen geschützt ist, dann muß dies ernst genommen werden. Selbstredend haben die Mitglieder einer Tarifpartei keinen Anspruch auf bestimmte Tarifinhalte und deren Geltung; sie haben aber ein Recht darauf, daß ihre gemeinschaftlichen Bemühungen um die kollektive Regelung eigener Arbeitsbedingungen nicht ohne hinreichenden Grund »auf Null« gestellt werden.

Jede Regelung der Tarifeinheit im Betrieb aber auch jede Regelung der Tarifkonkurrenz im selben Rechtsverhältnis berührt diesen Schutzbereich. Die Verdrängung des unterliegenden Tarifvertrags mit Blick auf einen im Betrieb oder im Arbeitsverhältnis vorrangig geltenden anderen Tarifvertrag spricht dem autonom geltenden Tarifvertrag die Geltungskraft ab. Nur der Schutz der Tarifautonomie kann die gebotene Prüfung bewirken, ob diese Geltungsversagung mit hin- 76

63 BAG vom 26.1.1994 – 10 AZR 611/92 – BVerfGE 84, 212 = NZA 1994, 1038; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 412 f, 442 mwN.

64 *Scholz*, Rechtsgutachten zur Problematik von Tarifpluralität und Tarifeinheit – Verfassungsfragen zu einer gesetzlichen Reformlösung (2010), S. 19.

65 Maunz/Dürig/*Scholz*, GG, 57. Auflage (2010) Art. 9 Rn 193, 239: »gemeinschaftsbegründendes Individualrecht«.

reichendem Sachgrund erfolgt ist und ob die konkrete Ausgestaltung die Interessen der Tarifpartei und ihrer Mitglieder wahrt.⁶⁶

e. Allgemeinverbindlichkeit

- 77 Etwas anderes gilt nur für den hier nicht einschlägigen – und vom Gesetzesvorschlag nicht erwähnten – Fall des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags. Wird der **allgemeinverbindliche Tarifvertrag** von einem autonomen Tarifvertrag verdrängt, ist die Tarifautonomie in Ansehung der nach § 5 Abs. 4 TVG tarifgebundenen Arbeitnehmer, nicht verletzt. Auf diese staatliche Geltungserstreckung hat die Gewerkschaft keinen Anspruch aus Art. 9 Abs. 3 GG.⁶⁷
- 78 Umgekehrt freilich bewirkt der Vorrang des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages vor dem autonomen wiederum eine Beeinträchtigung der Tarifautonomie – der unterlegenen Tarifvertragsparteien (noch Rn 405 f).

Indes verstärkt das Mehrheitsprinzip des § 4a Abs. 1 TVG-E gerade in Verbindung mit der Allgemeinverbindlicherklärung keineswegs die Verdrängungswirkung. Der Normvorschlag stellt in kluger Formulierung darauf ab, welcher Tarifvertrag »dort«, also im überschneidenden Geltungsbereich (noch Rn 111 ff), »die größere Arbeitnehmerzahl im Sinne von § 3 Absatz 1, Absatz 3, § 4 Absatz 1 Satz 1 erfasst«. Mit dem Verweis auf § 4 Abs. 1 Satz 1 und § 3 Abs. 1 und 3 TVG ist nur die autonome Tarifgeltung kraft (ggf. nachbindender) Mitgliedschaft gemeint – nicht aber die Tarifgeltung kraft staatlicher Anordnung gemäß § 5 Abs. 4 TVG. Das aber heißt: Der an sich vorrangige Mehrheitstarif verliert nicht etwa dadurch seinen Geltungsvorrang, daß der Minderheitstarif für allgemeinverbindlich erklärt wird. Vielmehr bleibt der Minderheitstarif insgesamt verdrängt, eine Allgemeinverbindlicherklärung kann daran nicht nur nichts ändern, sie kann auch die tariffreien Arbeitnehmer nicht erfassen: Denn der Minderheitstarifvertrag gilt nach § 5 Abs. 4 TVG nur so, wie er gälte, wenn die Arbeitnehmer autonom tarifgebunden wären.

- 79 Dagegen beeinträchtigen nach dem AEntG für allgemeinverbindlich erklärte Mindestlohntarifverträge, die mit ihren Mindestbedingungen jedem autonomen Tarifvertrag vorgehen (§ 8 Abs. 2 AEntG), die Tarifautonomie. Das gilt auch dann, wenn der aktuelle Mindestlohntarif nicht im Widerspruch zum aktuellen autonomen Tarifvertrag steht, weil dessen Arbeitsbedingungen besser sind. Denn den Tarifparteien wird durch den

66 Vgl. die Tarifverdrängung durch das Zweitschiffsregister: BVerfG vom 10.1.1995 – 1 BvF 1/90 – BVerfGE 92, 26, 41 = NZA 1995, 272.

67 Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage (2004) § 5 TVG Rn 131, 140; Däubler/Lakies, TVG, 2. Auflage (2006) § 5 Rn 232.

Mindestlohntarif die Möglichkeit unterscheidender Sanierungstarifverträge abgeschnitten.

6. Arbeitskampffreiheit

In direktem Zusammenhang mit dem Recht der Koalition, Tarifverträge schließen zu können, steht die Möglichkeit, diesen Abschluß gegebenenfalls durch Arbeitskampfmaßnahmen durchzusetzen. Art. 9 Abs. 3 GG schützt mit der Tarifautonomie auch die Arbeitskampffreiheit.⁶⁸

Dementsprechend beschränkt ein staatliches Kampfverbot, das einer Gewerkschaft untersagt, für einen von ihr angestrebten Tarifabschluß zu streiken, diese Kampffreiheit. Der Gewerkschaft kann während der Dauer des Kampfverbotes nurmehr ein freiwilliger Tarifabschluß gelingen; sie ist auf die druckfreie Zustimmung der Arbeitgeberseite angewiesen. Ihre Tarifautonomie ist insoweit auf das vielbeschworene »kollektive Betteln« reduziert.

Schon die **autonome Friedenspflicht**, die als Ausdruck des Grundsatzes »pacta sunt servanda« der tarifschließenden Gewerkschaft das Recht nimmt, während der Laufzeit des von ihr selbst geschlossenen Tarifvertrages Nachforderungen kampffweise durchzusetzen, berührt den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit und ist eine freiheitsbeschränkende Ausgestaltung der tarifakzessorischen Kampffreiheit (indes vertragsfunktional leicht zu rechtfertigen).

Die **Erstreckung der Friedenspflicht aus dem Mehrheitstarifvertrag** auf die Minderheitsgewerkschaft (§ 4a Abs. 2 TVG-E, Rn 10) wirkt weitaus schärfer: **als heteronomes Kampfverbot**. Der Minderheitsgewerkschaft wird von vornherein das Recht genommen, eine durch Streik eine eigene tarifliche Lösung anzustreben. Indes würde ihr Tarifvertrag ja nach dem Mehrheitsprinzip ohnehin nicht gelten, weswegen dieses Kampfverbot nur den »an sich nutzlosen« Streik verhindert, der um einen Tarifvertrag geführt würde, der wegen der Minderheitsposition der Gewerkschaft im Vergleich mit dem anderen konkurrierenden Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft ohnehin nicht gälte.⁶⁹

68 BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 419 f; MünchArbR/Löwisch/Rieble § 157 Rn 42 ff; Boemke, Folgen der Tarifpluralität für das Streikrecht, ZfA 2009, 131, 135 f.

69 Eben dies wurde bislang auch schon im Rahmen der richterrechtlichen Tarifeinheit nach dem Spezialitätsprinzip gefordert: Buchner, Der »Funktionseliten«-Streik – Zu den Grenzen der Durchsetzbarkeit von Spartentarifverträgen, BB 2003, 2121, 2128 f; ders., Tarifpluralität und Tarifeinheit – einige Überlegungen zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 2. FS BAG (2004) 631, 640 ff; ders., Turbulenzen im Arbeitskampfrecht – Zugleich Be-

- 84 So formuliert Martin *Franzen*: »Dabei müssen die widerstreitenden Interessen zu einem möglichst schonenden Ausgleich gebracht werden, so dass beide Interessen möglichst optimal Wirkung entfalten können und keine der beiden geschützten Rechtspositionen gegenüber der jeweils anderen von vornherein den Vorzug erhält. **Dies kann nicht dadurch geschehen, dass man der aus dem Tarifvertrag einer Gewerkschaft resultierenden Friedenspflicht Wirkung zubilligt gegenüber einer anderen konkurrierenden Gewerkschaft.** Hierdurch wäre deren durch Art. 9 Abs. 3 GG geschütztes Interesse an der Durchsetzung und dem Abschluss von eigenen Tarifverträgen für ihre Mitglieder über Gebühr beeinträchtigt. Diese Gewerkschaft wäre für den Abschluss von Tarifverträgen auf das Wohlwollen der Arbeitgeberseite angewiesen, das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG weitgehend entwertet. **Der Tarifvertrag mit der einen Gewerkschaft entfaltete Lastwirkung für Dritte.** Eine inhaltliche Wirkung der Friedenspflicht des einen Tarifvertrags gegenüber einer nicht daran beteiligten Gewerkschaft ist somit abzulehnen.«⁷⁰
- 85 Insofern man mit dem BVerfG die Arbeitskampffreiheit nur als der Tarifautonomie dienende, also akzessorische Koalitionsbetätigung »mitgeschützt« sieht,⁷¹ bedeutet ein derartiges Kampfverbot zunächst und **bei unternehmens- oder betriebsbezogener Betrachtung keine eigenständige Belastung** gegenüber der primären Tarifverdrängung. Es wird nur derjenige Kampf verboten, der ohnehin nicht zu einem Tarifvertrag führen kann. Vielmehr erschöpft sich die Tarifeinheit nach diesem Mehrheitsprinzip darin, den Minderheitstarifvertrag seiner Geltung zu berauben und insoweit den akzessorischen Arbeitskampf zu untersagen.

sprechung des Urteils des LAG Chemnitz vom 2.11.2007 – 7 Sa Ga 19/07, BB 2008, 106 ff; *Meyer*, Rechtliche wie praktische Unzuträglichkeiten einer Tarifpluralität, NZA 2006, 1387, 1390; *W. Bayreuther*, Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität, FS Hromadka, (2008) 1, 6; **aA Rieble**, Zulässigkeit des Lokführer-»Funktionseliten«-Streiks, BB 2003, 1227: Spezialität steht erst nach Abschluß des umkämpften Tarifvertrags fest; *Kamanabrou*, Der Streik durch Spartengewerkschaften, ZfA 2008, 241, 251 ff. Aus der **Rechtsprechung** einerseits LAG Rheinland-Pfalz vom 14.6.2007 – 11 Sa 208/07 – DB 2007, 2432 für einen Streik der Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) gegen die DFS trotz eines laufenden Haustarifvertrages mit ver.di; ähnlich zuvor LAG Rheinland-Pfalz vom 22.6.2004 – 11 Sa 2096/03 – AP Nr. 169 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; andererseits LAG Sachsen vom 2.11.2007 – 7 Sa Ga 19/07 – NZA 2008, 59 und LAG Hessen vom 2.5.2003 – 9 Sa Ga 638/03 – BB 2003, 1229.

⁷⁰ *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 204.

⁷¹ BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809: »Arbeitskampfmaßnahmen ... werden insoweit von der Koalitionsfreiheit erfaßt, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen.«.

Eine eigenständige Belastung bedeutet das Kampfverbot hingegen dann, 86 wenn zwei Flächentarifverträge miteinander konkurrieren: Hier nämlich könnte eine tarifakzessorische Friedenspflicht im Betrieb des einen Unternehmens die Gewerkschaft daran hindern, die dortigen Arbeitnehmer zusammen mit den Arbeitnehmern anderer Betriebe – in denen entweder gar kein konkurrierender Tarifvertrag gilt oder aber jener nicht die betriebsbezogene Mehrheit findet – »solidarisch« in den Streik zu führen. Ungeachtet der aus verfassungsrechtlicher Sicht belanglosen Einzelheiten des richterrechtlichen Arbeitskampfrechts gehört es jedenfalls zur tarifakzessorischen Kampf berechtigung, daß die Gewerkschaft die Arbeitnehmer »geschlossen« in den Arbeitskampf führen kann – um einen über die gesamte Streikfront reichenden Kampfdruck aufzubauen.

Eine betriebsbezogene Tarifeinheit mit betriebsbezogen akzessorischem 87 Kampfverbot löst nun diese Streikfront auf und läßt den **Arbeitskampf nur noch nach Art eines Flickenteppichs** in jenen Betrieben zu, in denen er keinem vorrangigen Mehrheits-Tarifvertrag der anderen Gewerkschaft begegnet. Dieses Auseinanderfallen von abstraktem tariflichen Geltungsbereich in der Fläche und konkretem betriebsbezogenen Geltungsausfall mit Kampfverbot kann eine Gewerkschaft erheblich beschränken. Daß das bislang bei den Spartengewerkschaften nicht so sichtbar geworden ist, liegt daran, daß Piloten und Lokführer bislang im wesentlichen bezogen auf ein Unternehmen (Lufthansa und Deutsche Bahn) aktiv gewesen sind. Bei Flächentarifverträgen kann sich eine solche Friedenspflicht betriebsbezogen ganz unterschiedlich auswirken: In den Betrieben (oder Unternehmen), in denen die tarifschließende Gewerkschaft eine Mitgliedermehrheit hat, könnte jede andere Gewerkschaft für ihren konkurrierenden Flächentarifvertrag nicht mehr mitstreiken, weil er im konkreten Betrieb nicht gelten kann. Auch wenn man richtigerweise die Friedenspflicht in § 4a Abs. 2 TVG-E auf die Personen im überschneidenden Geltungsbereich beider Tarifverträge beschränkt, hieße das: Wo die Berufsgruppengewerkschaft in der Mehrheit ist, können die Berufsträger, die in einer Einheitsgewerkschaft organisiert sind, nicht nur nicht für ihre eigenen Arbeitsbedingungen kämpfen, sie könnten auch keine Solidarität mit den in der Einheitsgewerkschaft organisierten »Normalarbeitnehmern« mehr üben.

Angesichts des Umstandes, daß das BVerfG solche Solidarität bereits in 88 den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit »aufgenommen« hat,⁷² ist der Schutzbereich mit Blick auf diese Flächenwirkung des betriebsbezogenen Kampfverbotes betroffen.

Insofern geht es zugleich um die individuelle Koalitionsfreiheit. Wie bei 89 der Tarifaufonomie (Rn 74) korrespondiert die kollektive Ebene der

72 BVerfG vom 24.2.1999 – 1 BvR 123/93 – BVerfGE 100, 214 = NZA 1999, 713.

Koalitionsbetätigung durch den Arbeitskampf mit einem individuellen Recht zur Betätigung im Arbeitskampf – im Sinne einer Teilnahme an der kollektiven Koalitionsbetätigung.⁷³

- 90 Staatliche Maßnahmen zur Beschränkung der Tarifautonomie und des Arbeitskampfrechts der durch den Grundsatz der Tarifeinheit verdrängten Koalition sind vor diesem Hintergrund rechtfertigungsbedürftig.⁷⁴

7. Gleichheit in der Koalitionsausstattung – Staatsneutralität im Koalitionswettbewerb

a. Gleichheit und Staatsneutralität

- 91 Art. 9 Abs. 3 GG vermittelt Koalitionen grundsätzlich einen Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsausstattung – entweder unmittelbar oder durch Mitlesen von Art. 3 Abs. 1 GG.⁷⁵

Sonderrechte für bestimmte Koalitionen sind so rechtfertigungsbedürftig wie das Vorenthalten allgemeiner Rechte. So bedarf etwa die Verneinung der Tariffähigkeit gegenüber solchen Koalitionen, die zwar den Grundrechtsschutz des Art. 9 Abs. 3 GG genießen, aber die besonderen Anforderungen der Tariffähigkeit verfehlen,⁷⁶ einer Rechtfertigung gerade auch gegenüber der Ungleichbehandlung.⁷⁷

73 MünchArbR/Löwisch/Rieble 3. Auflage (2009) § 156 Rn 18 ff; ErfK/Dieterich, 10. Auflage (2010) Art. 9 GG Rn 30 f.

74 A.A. Giesen, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1, unter VI. 3., der mit dem Argument die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems sei durch den Streik von Minderheitsgewerkschaften gefährdet, den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG einengt und daher die Arbeitskampffreiheit durch die Regelungen des Entwurfs von BDA und DGB nicht berührt sieht.

75 Maunz/Dürig/Scholz, GG, 57. Auflage (2010) Art. 9 Rn 359; Däubler/Reinecke, Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage (2006) § 12 Rn 7.

76 Zu den richterrechtlichen Anforderungen BAG vom 15.3.1977 – 1 ABR 16/75 – EzA § 2 TVG Nr. 12 = AP Nr. 24 zu Art. 9 GG; BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 »UFO« – NZA 2005, 697 und BAG vom 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 »CGM« – NZA 2006, 1112; Leitsatz III 2 des Staatsvertrags zur Währungs- Wirtschafts- und Sozialunion; Löwisch/Rieble TVG, 2. Auflage (2004) § 2 Rn 29 ff.

77 Bejaht für die Durchsetzungsfähigkeit BVerfG vom 20.10.1981 – 1 BvR 404/78 »DAV« – BVerfGE 58, 233 = NJW 1982, 815, unter C II 2 zur Koalitionsgleichheit; zur Bedeutung der Kampfwilligkeit BVerfG vom 6.5.1964 – 1 BvR 79/62 = NJW 1964, 1267; zur demokratischen Organisation: BVerfG vom 6.5.1964 – 1 BvR 79/62 – BVerfGE 18, 18; BAG vom 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – NZA 2006, 1112; BAG vom 10.9.1985 – 1 ABR 32/83 – NZA 1986, 332; BAG vom 9.7.1968 – 1 ABR 2/67 – NJW 1968, 2160.

Eben dies hat das BVerfG schon 1954 betont: Nach der autonom gewählten Organisationsform dürfe nicht unterschieden werden – weil dies die Koalitionsfreiheit mittelbar aushöhle.⁷⁸

Für die antagonistische Auseinandersetzung von Gewerkschaft und Arbeitgeberseite ist der **Grundsatz der Staatsneutralität** durchweg anerkannt. Vor allem im Arbeitskampf als der unmittelbaren Tarifaussinandersetzung muß der Staat neutral bleiben und darf nicht Partei ergreifen. Allerdings sei diese Neutralität zu materialisieren: Der Staat dürfe durchaus struktureller Unterlegenheit entgegenwirken und paritätsfördernd rechtliche Vorteile zuwenden.⁷⁹

b. Im Koalitionswettbewerb

Diese Neutralitätspflicht gilt aber auch für den **Koalitionswettbewerb** auf derselben Seite – hier also zwischen den Gewerkschaften, die die Arbeitsbedingungen tarifieren wollen und um Mitglieder werben. Die vom BVerfG betonte »freie soziale Gruppenbildung« (Rn 49) soll nicht nur frei von staatlichen Zunftorganisationen bleiben; sie muß auch frei von staatlicher Parteinahme sein.

So dürfte der Staat nicht etwa die Tariffähigkeitsvoraussetzungen so hoch schrauben, daß nurmehr ihm **sinnvoll erscheinende Einheitsgewerkschaften** diese Hürde nehmen können. Der Satz des BVerfG – »Ob eine Koalition sich im Arbeitsleben bilden und behaupten kann, wird durch den Wettbewerb unter den verschiedenen Gruppen bestimmt«⁸⁰ – beschreibt nicht nur phänomenologisch den faktischen Gruppenwettbewerb.

Dahinter steht der **Koalitionswettbewerb als Ordnungsprinzip**: Nicht der Staat bestimmt, welche Arbeitnehmer und Arbeitgeber von welchem Verband wie betreut werden. Vielmehr entscheiden das die Koalitionen als kollektive »Anbieter« und die Individuen als »Nachfrager«.⁸¹

78 BVerfG vom 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96 = NJW 1954, 1881.

79 *Kreßel*, Neutralität des Staates im Arbeitskampf – Zur Entscheidung des BVerfG vom 4.7.1995, NZA 1995, 1121; *Löwisch*, Das Gesetz zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit in Arbeitskämpfen, NZA 1986, 345; *Raiser*, Die Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit im Arbeitskampf, NZA 1984, 369, 370; *Rieble*, Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, 200, 201 f.

80 BVerfG vom 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79 – BVerfGE 55, 7, 24 unter B II 2 c; hierauf nimmt BAG vom 20.3.1991 – 4 AZR 455/90 – NZA 1991, 736, 739 gerade in der zentralen Tarifkonkurrenz-Entscheidung Bezug.

81 Eingehend zu Koalitionspluralismus und Koalitionswettbewerb *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn 1778 ff; *ders.*, Gewerkschaftswettbewerb und

- 97 Dabei spielt auch der **potentielle Wettbewerb** eine Rolle: Allein die Möglichkeit, daß enttäuschte Arbeitnehmer anderswo ihr Tarifglück suchen, hält die großen Gewerkschaften dazu an, auch weniger dominierende Beschäftigtengruppen zu integrieren und sich um deren besondere Belange zu sorgen.
- 98 **In diesem Koalitionswettbewerb muß der Staat neutral sein und gleiche Wettbewerbschancen gewähren.** Es kommt ihm nicht zu, den ihm genehmen (vernünftigen oder gesamtwirtschaftlich) vertraglichen Gewerkschaften **Wettbewerbsvorteile zuzuschancen**. Er darf sie nicht finanziell unterstützen und er darf ihnen auch keine rechtlichen Sondervorteile zuwenden, die keinen Sachgrund in den jeweiligen Regelungen der Koalitionsbetätigung haben.
- 99 Deshalb darf entgegen dem BAG (auch) für die (verliehenen) betriebsverfassungsrechtlichen Gewerkschaftsrechte nach dem BetrVG keine Tariffähigkeit verlangt werden – weil das nichttariffähige Gewerkschaften diskriminiert. Es besteht keine sachliche Verbindung zwischen der Koalitionsbetätigung durch Tarifvertrag und derjenigen in der Betriebsverfassung.⁸²
- 100 **Art. 9 Abs. 3 GG schützt Berufsgruppen- und Branchengewerkschaften in gleicher Weise** (»für jedermann und für alle Berufe«). Die Tariffrechtsordnung darf also insbesondere durch eine verdrängende Tarifeinheit kein Gewerkschaftsmodell prinzipiell bevorzugen; für eine Ungleichbehandlung braucht es einen **konkret faßbaren Sachgrund**, der nicht an der Koalitionszwecksetzung anknüpft.⁸³

Tariffähigkeit, SAE 2006, 89; Maunz/Dürig/Scholz, GG, 57. Auflage (2010) Art. 9 Rn 253; ders. Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem (1971) 379 f; Löwisch, Der Einfluß der Gewerkschaften auf Wirtschaft, Gesellschaft und Staat, RdA 1975, 53, 56; Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit (1966) 66 ff: freies Spiel der Kräfte; Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität (2010) 125 ff; Dieterich, Koalitionswettbewerb – Nutzung von Freiheit oder Störung der Ordnung?, GedS Zachert (2010) 532; Richardi, BetrVG 12. Auflage (2010) § 2 Rn 164 f.

82 So aber BAG vom 19.9.2006 – 1 ABR 53/05 – NZA 2007, 518 für das Zutrittsrecht zu Betriebsversammlungen, bezeichnenderweise zu Lasten des Verbandes der Gewerkschaftsbeschäftigten (VGB) und zum Schutz von ver.di. Dazu kritisch die Besprechung Rieble RdA 2008, 35.

83 Franzen, Tarifeinheit – Element der Tarifautonomie oder Grundrechtsverletzung? ZfA 2009, 297, 314; Kamanabrou, Der Streik durch Sparten-gewerkschaften – Zulässigkeit und Grenzen, ZfA 2008, 241, 262; Pflüger, Verhandlungspartit bei Spezialistenstreik, RdA 2008, 185; Greiner, Der Regelungsvorschlag von DGB und BDA zur Tarifeinheit, NZA 2010, 743, 744; aA W. Bayreuther, Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität. Die Lösung der Deutschen Bahn, FS Hromadka (2008) 1.

Ob die plurale oder wettbewerbliche Struktur der Gewerkschaftslandschaft eine Folgewirkung der Freiheitsausübung der Koalition und ihrer Mitglieder ist, oder ob sie dem Gesetzgeber als Schutzaspekt des Art. 9 Abs. 3 GG gar eine Förderungspflicht auferlegt, kann dahinstehen. »Förderung« ist zu diffus, um daraus konkrete Folgen abzuleiten.⁸⁴ 101

Daß nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG nur solche Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden können, die in ihrem Geltungsbereich repräsentativ sind, ist eine sachgerechte Benachteiligung der kleinen Gewerkschaften: Der »Markterfolg« dieses Tarifvertrags belegt seine Akzeptanz. Diese wiederum trägt die Geltungserstreckung auf Nichtorganisierte. 102

Ganz ähnlich darf der Staat, soweit er Koalitionen an seinem Staatshandeln beteiligt – dies auf repräsentative Organisationen beschränken. Deswegen ist es sachgerecht, daß § 12 TVG für die Mitwirkung an der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG und am Erlass von Durchführungsverordnungen nach § 11 TVG nur Vereinigungen von »wesentlicher Bedeutung« berücksichtigt. Das ist ein sachgerechtes Auswahlkriterium.⁸⁵

Es kommt also darauf an, ob mit der Organisationsform konkrete Folgen für die Wahrnehmung der Koalitionsbefugnisse verbunden sind. Nur an diese darf der Gesetzgeber anknüpfen, Dabei muß er nicht nur die kollektive Koalitionsbetätigung isoliert beachten, sondern zugleich das Recht der Koalitionen, sich im offenen Koalitionswettbewerb entwickeln zu können. Das verbietet sachgrundlose und unverhältnismäßige Ungleichbehandlungen.⁸⁶ 103

So hat das BVerfG treffend beanstandet, daß die Wahlzulassungshürde des Unterschriftenquorums für die Vorwahl der Delegierten im Rahmen der Aufsichtsratswahlen nach § 12 Abs. 1 Satz 2 MitbestG für mittelgroße Gewerkschaften zu hoch ausfällt, weil mehr Stützunterschriften als Wählerstimmen gefordert werden. Das verstöße gegen Art. 3 Abs. 1 GG in der Ausformung der (strengen) Wahlrechtsgleichheit, weil diese Hürde vom Ziel der Regelung, eine »Stimmenzersplitterung« zu vermeiden, nicht getragen, also nicht erforderlich sei.⁸⁷ 104

84 Dazu Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität (2010) 125 ff.

85 Dazu Löwisch/Rieble, TVG 2. Auflage (2004) § 12 Rn 2.

86 BVerfG vom 12.10.2004 – 1 BvR 2130/98 – BVerfGE 111, 289, 301; NZA 2004, 1395, 1397; BeckOKVerfR/Cornils, Edition 7 (2010), Art. 9 GG Rn 102; Maunz/Dürig/Scholz, 57. Auflage (2010) Art. 9 Rn 287 ff; von Münch/Kunig/Löwer, 5. Auflage (2000) Art. 9 Rn 66 mwN.

87 BVerfG vom 12.10.2004 – 1 BvR 2130/98 – BVerfGE 111, 289 = NZA 2004, 1395.

B. Schutz vor Ungleichbehandlung

I. Konkurrierender Gewerkschaften nach Tarifzuständigkeit

1. Benachteiligung der Berufsgruppengewerkschaften

- 105 Die Tarifeinheit behandelt zunächst die in der Tarifkonkurrenz ob-
siegende Gewerkschaft besser als den Verlierer. Der eine Tarifvertrag gilt,
der andere infolge der Verdrängungswirkung nicht. Wenn das durch einen
Sachgrund zu rechtfertigen ist, trägt dieser grundsätzlich auch die Un-
gleichheit im Geltungsergebnis. Davon zu unterscheiden ist die Frage der
Ungleichbehandlung im Tatbestandsmerkmal »Mehrheit«.
- 106 Mißt man die Mehrheits-Tarifeinheit an den Mitgliederzahlen im ganzen
Betrieb,⁸⁸ so haben **Gewerkschaften mit einer beschränkten Tarif-
zuständigkeit**, die nur einen Teil der Belegschaft anspricht, gegenüber
Einheitsgewerkschaften **deutlich geringere Mehrheitschancen** – und
das obwohl die autonome Zwecksetzung, also die Festlegung des Zu-
ständigkeitsbereiches von Art. 9 Abs. 3 GG besonders geschützt ist (Rn 41
ff).⁸⁹
- 107 Organisiert eine Gewerkschaft **nur eine Berufsgruppe**, ist also ihr Zu-
ständigkeitsbereich nicht auf alle Beschäftigten eines Betriebes aus-
gerichtet, so muß sie zumindest erhebliche Mehranstrengungen unter-
nehmen, um die Mehrheit zu erreichen – oder sie muß den satzungsg-
emäßen Zuständigkeitsbereich erweitern, um überhaupt »mitspielen« zu
können:
- So dürfte es ausgeschlossen sein, daß eine Führungskräfte-Gewerk-
schaft wie der VAA, der die Akademiker in der chemischen
Industrie organisiert, in einem Chemiebetrieb überhaupt die
Mehrheit erringt.
 - Aber auch eine starke Berufsgruppengewerkschaft wie der
Marburger Bund, der nur Ärzte, aber keine Krankenschwestern
oder gar Nichtpflegekräfte (Reinigungspersonal, Bürokräfte,
kaufmännisches Personal etc) organisiert, muß überproportionale
Anstrengungen für die Mehrheit erreichen. Sind (vereinfacht) in

88 Wie dies das DGB-bda Eckpunktepapier und der rheinland-pfälzische Vor-
schlag einer Bundesratsentschließung vorsehen; *Hromadka*, Entwurf eines
Gesetzes zur Regelung der Tarifikollision, NZA 2008, 384, 389 f (subsidiär nach
der Spezialität); abwägend *Franzen*, Tarifeinheit – Element der Tarifauto-
nomie oder Grundrechtsverletzung? ZfA 2009, 297, 315, *ders.*, Das Ende der
Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 198 f; *Greiner*, Der Regelungsvor-
schlag von DGB und BDA zur Tarifeinheit, NZA 2010, 743, 744 ff.

89 *Franzen*, Tarifeinheit – Element der Tarifautonomie oder Grundrechtsverlet-
zung? ZfA 2009, 297, 315; *Greiner*, Der Regelungsvorschlag von DGB und BDA
zur Tarifeinheit, NZA 2010, 743, 745.

einer Klinik 200 Ärzte und 800 Nichtärzte beschäftigt, so könnte der Marburger Bund mit einem 75-prozentigen Organisationsgrad (150 Mitglieder) nicht einmal mit einem 20-prozentigen Organisationsgrad von ver.di beim restlichen Personal (160 Mitglieder) gleichziehen.⁹⁰

- Für die Luftfahrt kommt es darauf an, ob der Flugbetrieb ein eigener Betrieb auch im Sinne der Tarifeinheit ist (arg § 117 BetrVG), dann hätten die Flugbegleiter größere Chancen auf die Mehrheit als die Piloten.

Löwisch weist zurecht darauf hin, daß selbst im tarifgleichheitsorientierten Frankreich ein **Vorbehalt für Gewerkschaften von Führungskräften** (ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés) gemäß article L 2232-7 Code du Travail gilt: Das Mehrheitserfordernis bezieht sich nämlich auf die Wahlergebnisse zu deren Sonderwahlkörpern.⁹¹ 108

2. Benachteiligung der Einheitsgewerkschaften

Aber auch die Einheitsgewerkschaften erfahren – wenn sie einmal die Mehrheit im Betrieb verlieren – eine erhebliche Ungleichbehandlung, allerdings auf der Folgenseite: Das Konzept der Tarifeinheit im Betrieb verdrängte den Verlierer-Tarifvertrag insgesamt, also auch dort, wo der Spezialistentarif gar nicht gilt. Haben etwa die Ärzte kraft ihres hohen Organisationsgrades in einer Klinik die Mehrheit, so gölte in einer betriebsbezogenen Tarifeinheit der ver.di-Tarifvertrag für die Krankenschwestern nicht mehr, obschon keine Krankenschwester die Möglichkeit hat, Mitglied des Marburger Bundes zu werden. Mit dem größeren Organisationsbereich korrespondieren also nicht nur bessere Mehrheitschancen, sondern auch größere Tarifverlustrisiken. 109

Dafür fehlt jeder Grund, weil es für Krankenschwestern keine konkurrierenden Tarifverträge gibt. Sie würden aus »Prinzipienreiterei« rechtlos gestellt. 110

90 Zur Beschäftigtenstatistik im Gesundheitswesen *Bölt/Graf* et al, Stationäre Gesundheitsversorgung in Deutschland, Wirtschaft und Statistik 2009, 1227, 1234 f = www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publikationen/Querschnittsveroeffentlichungen/WirtschaftStatistik/Gesundheitswesen/StationaereGesunheitsversorgung,property=file.pdf [8.8.2010]: Von 1,08 Mio Beschäftigten zum 31.12.2008 waren 16,1% Ärzte, 37,7% im nichtärztlichen Pflegedienst und 15,7% im medizinisch-technischen Dienst.

91 *Löwisch*, Tarifeinheit – Was kann und soll der Gesetzgeber tun? RdA 2010, 263, 264 f.

3. Konsequenz: Tarifeinheit (nur) im überschneidenden Tarifgeltungsbereich

a. Notwendig gleicher Bezugsrahmen

- 111 Eine (chancen)gleichheitskonforme Austarierung der Mehrheitschancen und -risiken darf also **nicht am Betrieb oder Unternehmen ansetzen** (zu Mißbrauchsmöglichkeiten Rn 285 ff). Nur wenn sich die **Mehrheitsfeststellung auf dieselbe (Teil-)Belegschaft bezieht**, in der beide Konkurrenten mit ihrer Tarifizzuständigkeit auch antreten, gibt es gleiche Mehrheitschancen für alle konkurrierenden Gewerkschaften. Und nur dann schießt die Verdrängungswirkung nicht gleichheitswidrig über das Ziel hinaus.
- 112 Gerade weil sowohl die Festlegung der eigenen Tarifizzuständigkeit (also die Entscheidung zwischen Berufsgruppenorientierung oder Einheitsgewerkschaft) als auch die tarifautonome Festlegung des konkreten tariflichen Geltungsbereichs (so könnte ver.di eine Tarifvertrag nur für nicht-ärztliches Personal schließen, um die Konkurrenz zu vermeiden) unter dem Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG steht, darf die Mehrheitsentscheidung nur **im überschneidenden (potentiellen) Tarifgeltungsbereich** greifen.
- 113 Eben das sieht der Vorschlag eines § 4a TVG-E (Rn 10) auch vor. Er setzt in Abs. 1 gerade voraus, daß sich »im Betrieb eines Unternehmens die Geltungsbereiche der Rechtsnormen von Tarifverträgen« überschneiden und bezieht das Mehrheitsprinzip auf die autonome Tarifbindung nach §§ 3 Abs. 1; 3 TVG im überschneidenden Geltungsbereich, nämlich »dort«.
- 114 Das **zieht der Mehrheitstarifeinheit die Zähne** und nimmt ihr so (weithin) den Biß: Konkurrieren von vornherein unterschiedliche und abgegrenzte Berufsgruppen, so spielt die Tarifeinheit keine Rolle. Pilotentarifverträge und solche für Flugbegleiter überschneiden sich bei den Individualnormen nicht. Für Betriebsnormen (etwa zur Lage der Arbeitszeit) bleibt es bei der vom Gesetzentwurf nicht geregelten echten Tarifkonkurrenz, die ihrerseits richtig nach dem Mehrheitsprinzip zu entscheiden ist.⁹²

Daß die weniger repräsentative Berufsgruppengewerkschaft hier einen Nachteil erleidet, ist dem Sachgrund geschuldet, daß Betriebsnormen insgesamt nur betriebseinheitlich gelten können (ein Flugzeug kann nur fliegen oder am Boden stehen) und deswegen die Berufsgruppenbeschrän-

92 Statt vieler *Löwisch/Rieble* TVG, 2. Auflage (2004) § 4 Rn 151; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 257 ff; *Jacobs/Krause/Oetker*, Tarifvertragsrecht (2007) § 7 Rn 221; *Däubler/Zwanziger*, 2. Aufl. (2006) § 4 TVG Rn 935.

kung im Interesse der insgesamt betroffenen Belegschaft Nachteile auslöst.

Und auch für den Zuständigkeitskonflikt zwischen Einheits- und Branchengewerkschaft **können Geltungsbereichsabgrenzungen jeden Konflikt vermeiden**: Tarift die GDL für Lokomotivführer und transnet/GDBA für den Rest⁹³ so überschneiden sich die Geltungsbereiche der Tarifverträge nicht. Es gibt keine aufzulösende Tarifgeltungskonkurrenz. 115

Allerdings bedeutet das auch: Die Friedenspflicht-Erstreckung nach § 4a Abs. 2 TVG-E läuft leer: Sie erstreckt sich nur auf »konkurrierende Tarifverträge« – mit der sauberen Tarifabgrenzung entfällt dann auch das Verbot. Ein Entgelttarif für Piloten oder Ärzte konkurriert nicht mit einem solchen für Flugbegleiter oder Krankenschwestern.⁹⁴ 116

b. Keine Tarifeinheit in der »Sparte«

Der Vorschlag einer »Tarifeinheit in der Sparte«⁹⁵ scheitert an der fehlenden Rechtsklarheit: Niemand weiß, was eine »Sparte« ist, welche Grenzen ihr zu ziehen und wie die Arbeitnehmer den Sparten zuzuordnen sind.⁹⁶ 117

c. Überbetriebliche Lösungen

[1] Geltungsbereich

Ähnlich, wenn auch nicht so klar, will *Greiner* seine dynamische Repräsentativität an den Bezugsrahmen des **überschneidenden Geltungsbereichs beider Tarifverträge** anknüpfen, freilich nicht betriebsbezogen.⁹⁷ 118

93 Dazu *W. Bayreuther*, Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität. Die Lösung der Deutschen Bahn, FS Hromadka (2008) 1, 4 ff.

94 Zu den Folgerungen noch Rn 331 f.

95 Peter *Hanau*, Ordnung und Vielfalt von Tarifverträgen und Arbeitskämpfen im Betrieb – Zugleich Besprechung zum Urteil des Sächsischen LAG vom 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07 zum Tarifkonflikt bei der Deutschen Bahn, RdA 2008, 98, 99.

96 *Franzen*, Tarifeinheit – Element der Tarifautonomie oder Grundrechtsverletzung? ZfA 2009, 297, 315; *Greiner*, Der Regelungsvorschlag von DGB und BDA zur Tarifeinheit, NZA 2010, 743, 745; *Gamillscheg*, »Betrieb« und »Bargaining unit« – Versuch des Vergleichs zweier Grundbegriffe, ZfA 1975, 357 ff; vgl. auch § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mit seinen »produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen (Sparten)«.

97 *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfppluralität (2010) 349, 353, 362; ähnlich die *Professoreninitiative Tarifpluralität*, Punkt 9.

119 Die **überbetriebliche Feststellung der Mehrheit** indes dürfte sehr **schwierig** ausfallen, weil die konkurrierenden Tarifparteien erst einen Streit über den Überschneidungsbereich ausfechten müssen. Im Betrieb ist dieser Überschneidungsbereich leichter festzustellen, weil der Arbeitgeber die (potentielle) Anwendung unterschiedlicher Tarifverträge ohnehin im Blick haben muß. Insbesondere müßte ggf die **rechtliche Unsicherheit über den Geltungsbereich** der konkurrierenden Tarifverträge womöglich zuerst im Verbandsklageverfahren des § 9 TVG geklärt werden, um dann erst die Mehrheitsfrage entscheiden zu können.

120 Vor allem aber wäre die Tarifierstellung im einen Betrieb davon abhängig, daß die Gewerkschaften in anderen betroffenen Betrieben in korrekter Weise den Bezugsrahmen der überschneidenden Tarifverträge festgestellt und dort die Mehrheit geklärt haben. Die überbetriebliche Mehrheit ist für den Arbeitgeber und die Arbeitnehmer im Betrieb weder faßbar noch kontrollierbar.

Er trüge als Tarifiersteller ein nicht durchschaubares Risiko und wäre womöglich nach Inkrafttreten des zweiten Tarifvertrags auf Wochen oder Monate der Ungewißheit ausgesetzt, welcher Tarifvertrag nun gilt. Einziger Vorteil mit Blick auf die Tarifrechtssicherheit: Gestaltungsoptionen des Arbeitgebers (Rn 285 ff) entfallen.

121 Vor allem mißriete eine überbetriebliche Lösung notwendig **unverhältnismäßig und chancengleichheitswidrig** für die Minderheitsgewerkschaft: Eine betriebsbezogene Tarifeinheit läßt Chancen, ermöglichen den Gewerkschaften einen »Häuserkampf« um (teil-)betriebsbezogene Mehrheiten, um wenigstens in einigen Betrieben zur Tarifgeltung zu kommen. Wird dagegen der ganze Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich verdrängt (soweit er sich mit dem Mehrheitstarif überschneidet), so bleibt nur ein Alles-oder-Nichts an Chance übrig. Das läßt den Minderheitsgewerkschaften deutlich weniger Chancen, ja läuft auf eine systematische Verdrängung hinaus.⁹⁸

Einen Ausweg böte die Teilung des Tarifvertrags in selbständige Vertragswerke mit dann eigenständigem Geltungsbereich. Doch muß die andere Tarifvertragspartei auf Arbeitgeberseite mitspielen.

[2] Tarifzuständigkeit

122 Denkbar wäre auch eine **Anknüpfung an die überschneidende Tarifzuständigkeit** (Greiner S. 362). Das hätte freilich eine einschneidende Nebenfolge: Die Auflösung der Tarifkonkurrenz nach einem Mehrheitsprinzip in einem solchen Überschneidungsbereich löst einen **kollektiven**

⁹⁸ Franzen, Tarifeinheit – Element der Tarifautonomie oder Grundrechtsverletzung? ZfA 2009, 297, 314.

Verhaltensanreiz aus: Für Berufsgruppengewerkschaften, womöglich aber auch für Branchengewerkschaften kann es sinnvoll sein, sich der Tarifkonkurrenz nur im Kernbereich ihrer Organisationskraft zu stellen, also dort, wo sie viele Mitglieder haben. Der Verzicht auf Randbereiche ist mit »abgespeckten« Tarifverträgen leicht zu erreichen. Stellt man indes auf die Tarifizständigkeit ab, so müßten die Gewerkschaften entweder ganz darauf verzichten, solche Mitglieder in der organisatorischen Diaspora zu organisieren oder doch jedenfalls die Tarifizständigkeit durch Satzungsregeln einengen, wodurch solche Beschäftigtengruppen mit schwachem Organisationsgrad jede Aussicht auf Tarifschutz verlören; sie wären bestenfalls satzungsgemäße OT-Mitglieder (ohne Wahlrecht zur T-Mitgliedschaft). Damit aber würden solche Randgruppen dauerhaft schutzlos gestellt, denn die Tarifizständigkeit läßt sich weitaus schwerer nur ändern als der tarifliche Geltungsbereich. Zudem würde den Gewerkschaften die Entwicklungsmöglichkeit in neue Organisationsfelder erschwert, wenn sie dort auf Gewerkschaftskonkurrenz stoßen und befürchten müssen, ihr Engagement an anderer Stelle mit Nachteilen in der Tarifkonkurrenz bezahlen zu müssen – weil sie durch eine Ausdehnung ihre Mehrheit »verwässern«.

II. Strukturungleichheit zur Arbeitgeberseite

Das Modell der betriebsbezogenen Tarifeinheit bedeutet eine **erhebliche Ungleichbehandlung gegenüber der Arbeitgeberseite**: Der Arbeitgeber kann durch Verbandswechsel ohne weiteres einen Tarifvertrag mit derselben Gewerkschaft (!) auf das Unternehmen, einen Betrieb oder einen verselbständigten Betriebsteil beziehen. Hier wird zwar typischerweise durch autonome Geltungsbereichsregelungen der Tarifverträge verhindert, daß ein Mischbetrieb »die Seiten wechselt«.⁹⁹ 123

Im Rahmen der Regelungskonkurrenz von Berufsgruppen- und Einheitsgewerkschaften sind solche autonomen Geltungsbeschränkungen ebenfalls möglich. Fehlt sie aber, stellt sich das Problem. Mit einer heteronom verordneten Tarifeinheit ist das nicht vergleichbar.

99 Zur einheitlichen Zuordnung eines Betriebes zum fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags: BAG vom 26.8.1998 – 4 AZR 471/97 – NZA 1999, 154; BAG vom 14.9.1994 – 4 AZR 761/93 – NZA 1995, 537; BAG vom 22.3.1994 – 1 ABR 47/93 – EzA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10 mit Anm. *Rieble*; BAG vom 25. 11. 1987 – 4 AZR 361/87 – AP Nr. 18 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel; ausführlich *Gamillscheg* S. 748 ff. Weiter von *Hoyningen-Huene*, Die Anwendung des branchenfremden Tarifvertrags, NZA 1996, 617 ff; *Wiedemann/Wank*, 7. Auflage (2007) § 4 Rn 140, 150; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Band I (1997) 748 ff *Kempen/Zachert/Stein*, 4. Auflage (2006) § 4 Rn 101; *Löwisch/Rieble* TVG, 2.Auflage (2004) § 4 Rn 82.

- ¹²⁴ Stets steht dem Arbeitgeber die Möglichkeit offen, Hilfs- und branchenfremde Teilbetriebe rechtlich zu verselbständigen und durch Mitgliedschaft in demjenigen Arbeitgeberverband, der mit derselben Gewerkschaft abweichende Tarifverträge geschlossen hat zu einem Tarifwechsel zu gelangen. So kann der Fuhrpark eines Handelsunternehmens (Einzelhandelsstarif mit ver.di) durch Verselbständigung und Eintritt in den Arbeitgeberverband des Transportgewerbes in den Speditionstarifvertrag (ebenfalls ver.di) überführt werden. Der Kundenservice eines Metallindustriebetriebes kann durch rechtliche Verselbständigung zum Handwerksbetrieb werden und durch Mitgliedschaft in der Handwerksinnung das Tarifgefälle von Industrie zum Handwerk nutzen.¹⁰⁰
- ¹²⁵ **Der Arbeitgeber also kann sich denjenigen Arbeitgeberverband und damit denjenigen Tarifvertrag aussuchen, von dem er meint, er passe am besten zu seinen Bedürfnissen: freie soziale Gruppenbildung.** Dem Arbeitnehmer soll dies durch eine überindividuelle Tarifeinheit verwehrt bleiben. Die Unterscheidung folgt daraus, daß maßgebliche Bezugsgröße der Betrieb oder eine Teilbelegschaft ist, in welchem man typischerweise nur einen Arbeitgeber indes mehrere Arbeitnehmer findet. So bleibt die Gleichschaltung auf Arbeitnehmer begrenzt.
- ¹²⁶ Man stelle sich spiegelbildlich vor, aus übergeordneten Vereinfachungsgründen wollte man eine **Tarifeinheit in einer Branche im Tarifgebiet** herstellen. Dafür ließe sich etwa die Praktikabilität fruchtbar machen, weil die Tarifyanwender bis hin zum Arbeitsrichter nur noch einen Tarifvertrag kennen und beherrschen müßten. Auch würde der (regionale) Wettbewerb der Unternehmen – auch ohne Allgemeinverbindlicherklärung – so wunderbar zu gleichen Arbeitsbedingungen ausgetragen, insbesondere die Lohnkosten könnten jedenfalls keine tariflich legitimierten Unterbietungsvorteile mehr erzeugen – also die **Unterbietungskonkurrenz unterbinden**.¹⁰¹
- ¹²⁷ Zum »Tarifgebietssieger« müßte man denjenigen Arbeitgeberverband küren, der dort eine relative Mehrheit der Arbeitgeber aufweist, gemessen an ihrer Beschäftigtenzahl (also weniger als das Quorum des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG für die geltungserstreckende Allgemeinverbindlicher-

¹⁰⁰ Dazu *Rieble/Klebeck*, Tarifwechsel ins Handwerk, BB 2006, 885; allgemein zu solchen Tarifwechseln *Hromadka/Maschmann/Wallner*, Der Tarifwechsel (1996).

¹⁰¹ Zu solchen Argumenten für die Allgemeinverbindlicherklärung *Däubler/Lakies*, TVG, 2. Auflage (2006) § 5 Rn 6 ff; dagegen *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage (2004) § 5 Rn 7 ff. Speziell zur Unterbietungskonkurrenz im Handwerk: Dazu *Bispinck/Dribbusch*, Tarifkonkurrenz der Gewerkschaften zwischen Über- und Unterbietung, Sozialer Fortschritt 2008, 153, 160.

klärung verlangt): Dann wäre im Tarifgebiet eine vergleichbare Gleichschaltung erreicht; der einzelne Arbeitgeber könnte nicht mehr durch Mitgliedschaft im frei gewählten Arbeitgeberverband kraft freier sozialer Gruppenbildung entscheiden, welcher Verband die für ihn angemessenen Wirtschaftsbedingungen (mit welcher Gewerkschaft auch immer) durchzusetzen sucht. Auch ihm bliebe nurmehr, die kollektive Mehrheit anzustreben, um einen **Kollektivtarifwechsel** im Tarifgebiet herzustellen.

Diese Ungleichbehandlung läßt sich allenfalls dadurch begründen, daß es auf Arbeitgeberseite eine vergleichbare arbeitsorganisatorische Verbundenheit wie jene der Arbeitnehmer im Betrieb nicht gibt. Indes erschöpft sich die tarifliche Wirkung dieser arbeitsorganisatorischen Wechselbezüglichkeit in den notwendig betriebseinheitlich geltenden Betriebsnormen der §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 Satz 2 TVG und in der leistungsstörungsrechtlichen Betriebseinheit (Rn 353). Ob man diese schmale Basis zur Rechtfertigung für eine derart intensive Ungleichbehandlung in der auch individuellen Koalitionsbetätigungsfreiheit heranziehen kann, ist nach dem gleichheitsbezogenen Verhältnismäßigkeitsprinzip zu entscheiden. Bei allem Wertungsspielraum halte ich das für unverhältnismäßig. Letztlich wird dem einzelnen Arbeitnehmer anders als dem Arbeitgeber die Entscheidung verwehrt, sich um seine Arbeitsbedingungen in der frei gewählten Koalition zu bemühen. 128

§ 3 Zentralfrage: Tarifeinheit als Ausgestaltung oder Eingriff

A. Ausgestaltungsbedürftigkeit

I. Normgeprägte Grundrechtsausübung

- ¹²⁹ Die Koalitionsfreiheit ist nur im Ansatz ein klassisches Freiheitsrecht, das den status negativus verteidigt – nämlich soweit es um Gründung und Beitritt sowie Fernbleiben, Austritt und Auflösung der Koalition geht, also das »Ob« einer Koalitionsbetätigung. Ansonsten bedarf die Koalitionsfreiheit und insbesondere die kollektive Betätigungsfreiheit einer umfassenden Ausgestaltung durch die einfache Rechtsordnung. Art. 9 Abs. 3 GG ist als normgeprägtes Grundrecht prinzipiell ausgestaltungsbedürftig – nicht anders als die allgemeine Vertragsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, die Arbeitsvertragsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG oder Eigentum und Ehe.¹⁰²
- ¹³⁰ Schon mit Blick auf diese Statusrechte hängt die Freiheitsverwirklichung der Individuen und Vereinigungen von der (allgemeinen) Rechtsordnung ab, die etwa für den Eintritt einen wirksamen Aufnahmevertrag verlangt und dem Beitrittswilligen zwar einen Aufnahmeanspruch gegen Gewerkschaften als Quasi-Monopolverbände zubilligt – der gerade die individuelle Koalitionsfreiheit gegen die kollektive stärkt – aber für dessen rechtsförmige Durchsetzung womöglich Jahre benötigt. Daß der Austritt an (richterrechtlich im Interesse der negativen Koalitionsfreiheit gegenüber § 39 BGB verkürzte) Höchstfristen gebunden ist und anders als nach § 10 Abs. 2 Satz 3 PartG nicht jederzeit fristlos möglich ist, ist gleichfalls Ausgestaltung. Nichts anderes gilt für die Mindestgründungsmitgliederszahl von sieben (§ 56 BGB) und die (richterrechtlich weithin überwundene) Scheidung von rechtsfähigem und nichtrechtsfähigem Verein.
- ¹³¹ Im **Mitbestimmungsurteil** hat das BVerfG das so formuliert: »Vereinigungsfreiheit ist ... auf Regelungen angewiesen, welche die freien Zusammenschlüsse und ihr Leben in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, Rechte der Mitglieder sichern und den schutzwürdigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen.«¹⁰³

Diese Ausgestaltungsbedürftigkeit besteht hinsichtlich der Koalitionsgründungsfreiheit etwa bei der Bereitstellung von Organisationsformen – also den Rechtsformen des Vereins- und Gesellschaftsrechts – und im

¹⁰² Etwa Dreier/Bauer, GG, 2. Auflage (2004) Art. 9 GG Rn 91 mwN.

¹⁰³ BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua – BVerfGE 50, 290, 354 = NJW 1979, 699, 706.

Rahmen der Koalitionsbetätigungsfreiheit im Bezug auf die Ausgestaltung des Systems der Tarifautonomie. Nur wenn der Gesetzgeber diese Institute vorhält und ausformt, kann sich die Koalition als juristische Person konstituieren und im Rahmen des gesetzlichen Tarifsystems tätig werden.

Erst recht sind die **genuinen Formen kollektiver Koalitionsbetätigung** – insbesondere die Regelung von Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag und dessen Erzwingung durch Arbeitskampf ausgestaltungsbedürftig. Das von Art. 9 Abs. 3 GG geforderte Tarifvertrags- und Arbeitskampfsystem läßt sich nicht aus dem Verfassungssatz ableiten. Die richterrechtlich formulierten Anforderungen an die Tariffähigkeit, der kollektive Vertragsschluß nach allgemeinen BGB-Vorschriften, seine Erzwingung durch Streik, Aussperrung und andere Kampfmittel nach dem Richterrecht des BAG, die vom TVG beschriebenen Voraussetzungen der Tarifgebundenheit und Tarifgeltung und auch eine etwaige Tarifeinheit als negative Geltungsvoraussetzung, all das gestaltet die Bedingungen, unter denen Koalitionen die »Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« für ihre Mitglieder durch Kollektivvertrag regeln können.¹⁰⁴ 132

Jede gesetzliche oder richterrechtliche Ausformung der Tarifeinheit betrifft die konkrete normative Tarifgeltung im Betrieb und ist damit notwendig (zumindest) eine Ausgestaltung des Tarifvertragssystems.¹⁰⁵ 133

Dabei ist zusätzlich zu bedenken, daß der Tarifvertrag nach dem TVG nicht das einzige Regelungsinstrument ist. Koalitionen können auch durch schuldrechtlichen »Normenvertrag«¹⁰⁶ die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder regeln, freilich ohne normative Kraft. Effektiv kann das insbesondere mit dem einzelnen Arbeitgeber geschehen, weil ein solcher Kollektivvertrag den Arbeitnehmern über § 328 BGB unmittelbar Rechte zuweisen kann, wenn auch nicht zwingend, § 333 BGB.¹⁰⁷ 134

104 Eingehend und mit zahlreichen Nachweisen *Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers (2007) 65 ff; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005) 396 ff.

105 *Kempen*, Die »Tarifeinheit« der Koalitionsfreiheit – ein Zwischenruf, FS Hromadka (2008) 177; *Maunz/Dürig/Scholz*, GG, 57. Auflage (2010) Art. 9 Rn 167, *BeckOKVerfR/Cornils*, Edition 7 (2010), Art. 9 GG Rn 72 ff; *ErfK/Dieterich*, 10. Aufl. (2010) Art. 9 GG Rn 83 ff.

106 *A. Hueck*, Normenverträge, *Jheringsche Jahrbücher* Nr. 73 (1923) 33 ff.

107 Weiter *Rieble*, Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, *RdA* 2005, 200, 204 ff mwN; zur die Tariffählichkeit belegenden Parallele im Urhebervergütungsrecht *Thüsing*, Tarifvertragliche Chimären – Arbeitsrechtliche und verfassungsrechtliche Überlegungen zu § 36 UrhG, *GRUR* 2002, 203.

- ¹³⁵ Streik und Aussperrung dürfen nach herkömmlicher Doktrin zwar für schuldrechtliche Vereinbarungen von Tarifparteien wie von nicht-tariffähigen Koalitionen nicht eingesetzt werden.¹⁰⁸
- ¹³⁶ Das heißt aber nicht, daß kein Kampfdruk erzeugt werden kann: Der Streik ist ein privilegiertes Kampfmittel, das die Arbeitspflicht suspendiert und damit dem Arbeitnehmer den Vertragsbruchvorwurf erspart. Kollektiv ausüben lassen sich aber auch individuelle Vertragsrechte, von der Kündigung über den Widerspruch bei Betriebsübergang bis hin zum Teilzeitbegehren nach § 8 TzBfG.¹⁰⁹

II. Belastende Umgestaltung als besondere Kategorie?

- ¹³⁷ *Dieterich* macht in seinem Gutachten für den DGB für Regelungsänderungen im Bereich von Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie die »Umgestaltung« als besondere Kategorie aus, für die ein verschärftes Verhältnismäßigkeitsprinzip gelte: Eine Ausgestaltung, die mit der Tradition bricht, bedürfe besonderer Begründung, weil die Veränderung des bestehenden gewachsenen und eben »erfolgreichen« Tarifrechts sonst unverhältnismäßig geriete.¹¹⁰
- ¹³⁸ Dagegen ist zweierlei zu sagen: Erstens würde dem Gesetzgeber so jede **Korrektur seiner Systementscheidungen** erschwert. Tradition ist kein Verfassungsgut. Auch kann man über die Bewährung einer Tarifregel trefflich streiten. Erkenntnis ist möglich, ebenso eine Neubewertung angesichts gesellschaftlicher Änderungen,¹¹¹ und darf dem einfachgesetzlichen Regelgeber nicht verwehrt werden. Auch läßt sich im Abwägungsvorgang doch gar nicht intellektuell begründen, welches Ausmaß an traditioneller Bewährung der bisherigen normativen Prägung eine bestimmte Tarif-

¹⁰⁸ Statt aller: *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006) § 5 Rn 19 ff mwN auch zur Gegenmeinung.

¹⁰⁹ *Rieble*, Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, 200, 207 ff.

¹¹⁰ Gerade für die Tarifautonomie: *Dieterich*, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1, 12; *Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers (2007) 157 ff, 191 ff; *Söllner*, Tariftmacht – Grenzen und Grenzverschiebungen, NZA 2000, Sonderbeil. zu Heft 24, 33, 36; *Butzer*, Verfassungsrechtliche Grundlagen zum Verhältnis zwischen Gesetzgebungshoheit und Tarifautonomie, RdA 1994, 375, 381; allgemein *Ruck*, Zur Unterscheidung von Ausgestaltung und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit, AöR 117 (1992) 543, 550 f.

¹¹¹ Auf welche *Dieterich*, Koalitions Wettbewerb – Nutzung von Freiheit oder Störung der Ordnung? GedS Zachert (2010) 532, 533 f mit Blick auf erstarkten Gewerkschafts- und Tarifwettbewerb inzwischen selbst verweist.

rechtsregel aufweisen müsse, um eine »an sich« zulässige Neugestaltung zu verhindern.¹¹²

Oder sollte man ernstlich die Aufgabe der Tarifeinheit durch den Vierten Senat (Rn 6) als unverhältnismäßige Umgestaltung anfechten? Tradition und Bewährung müßten auch eine bisherige Unverhältnismäßigkeit heilen können!

Hier kommt hinzu: Jede Form der Tarifeinheit ist eine **Verteilung von Vertragsrechten**.¹³⁹ Bislang konnten Tarifparteien durch Spezialität andere verdrängen, künftig soll das durch Mehrheit geschehen. Demgegenüber ließe die Rückkehr zur Tarifpluralität (»jedem sein Tarifvertrag«) Verdrängungsrechte scheitern. Den einen Vertragsparteien wird also an Regelungsrecht dasjenige genommen, was anderen an Verdrängung zugesprochen wird. Die Entscheidung zwischen Tarifeinheit und Tarifpluralität modelliert den Wettbewerb zwischen Koalitionen (Rn 96), eröffnet den einen Gewerkschaften Chancen, die zu Lasten der anderen gehen. Es handelt sich um eine klassische Verteilungsentscheidung in einem System von (Kollektiv-)Vertrag und (Kollektiv-)Wettbewerb.¹¹³

Auch im **Mitbestimmungsurteil** hat es das BVerfG gebilligt, daß der Gesetzgeber durch Einführung der Unternehmensmitbestimmung als »weitere Form der Förderung der Arbeitsbedingungen und Wirtschaftsbedingungen« eine gewisse Lastwirkung für Tarifautonomie, Vereinigungsfreiheit der Anteilseigner und das Eigentum am Unternehmen ausgelöst hat – als Umgestaltung hat das BVerfG diese Neugestaltung nicht geprüft. Mit dem BVerfG: »Das gilt auch für die Gewährleistung der Tarifautonomie. Diese ist ganz allgemein; sie umfaßt nicht die besondere Ausprägung, die das Tarifvertragssystem in dem zur Zeit des Inkrafttretens des Grundgesetzes geltenden Tarifvertragsgesetz erhalten hat. Sie [...] schafft damit die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Tariffähigkeit der jeweiligen gesellschaftlichen Wirklichkeit so anzupassen, daß die Koalitionen ihre Aufgabe erfüllen können [...] Der Gesetzgeber ist hier nach an einer sachgemäßen Fortbildung des Tarifvertragssystems nicht gehindert; seine Regelungsbefugnis findet ihre Grenzen an dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Kernbereich der Koalitionsfreiheit«.¹¹⁴¹⁴⁰

112 Gegen die Umgestaltungskategorie mit Blick auf die Tarifautonomie *Rieble*, Tarifvertrag und Beschäftigung, ZfA 2004, 1, 44 f; dem folgend *Meisen*, Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt (2007) 90 ff; allgemein *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht (1961) 141 ff, *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005) 30 f; letztlich auch *Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers (2007) 164 f.

113 Zum systematischen Zusammenhang *Rittner*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988) 101.

114 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua – BVerfGE 50, 290, 368 f = NJW 1979, 699, 709.

- ¹⁴¹ Diese **Neuverteilung von Vertragsrechten in einem offenen System** geht für »die Tarifaufonomie« in der Summe womöglich neutral aus – soll die von *Dieterich* geforderte Traditionswahrung gar einen »individuellen« Bestandsschutz bestimmter bislang begünstigter Tarifparteien tragen? Dann wäre die Petrifizierung des einfachrechtlichen Tarifvertragssystems Verfassungsgebot.
- ¹⁴² Umgestaltung ist möglich und unterliegt keinen anderen Anforderungen als die erstmalige Ausgestaltung. Bestandsschutz des status quo kann es **nur als vorübergehenden Vertrauensschutz** für einzelne Normunterworfenen in einer konkreten Dispositionslage geben.

B. Abgrenzung der Ausgestaltung vom Eingriff

I. Kategoriale Probleme

- ¹⁴³ Nicht wenige Stimmen qualifizieren die Tarifeinheit als Eingriff in die Tarifaufonomie – mit der Folge, daß dann eine höhere (und nicht zu überwindende) Meßlatte angelegt wird. So sieht gerade der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts seine bisherige Tarifeinheit explizit als »Eingriff« an.¹¹⁵
- ¹⁴⁴ Ein anderer Ansatz stellt auf die **Wirkung gesetzgeberischen Handelns** ab: Wirkt es »vorrangig freiheitsverkürzend«, sei es als Eingriff zu qualifizieren, wohingegen Maßnahmen, die Freiheitsräume definieren und somit die Koalitionsbetätigung erst ermöglichen, als Ausgestaltung einzuordnen sind. Die Tarifeinheit sei der ersten Kategorie zuzuordnen.¹¹⁶
- ¹⁴⁵ *Maschmann* meint, Ausgestaltung und Eingriff ließen sich nicht wirkungsbezogen unterscheiden, sondern nur nach dem mit ihnen verfolgten Ziel. Eingriff sei es, wenn der Gesetzgeber die Tarifaufonomie zugunsten eines anderen Rechtsgutes »opfert«.¹¹⁷

¹¹⁵ BAG vom 27.1.2009 – 4 AZR 537/08 – NZA 2010, 645; *Reichhold*, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit eines von BDA und DGB geplanten »Gesetzes zum Erhalt der Tarifeinheit« S. 10, www.dbb.de/dbb-beamtenbund-2006/dbb-pdf/Gutachten_Tarifeinheit.pdf [6.8.2010], der vor allem auf die massive Wirkung abstellt; *F. Bayreuther*, Der Arbeitskampf des Marburger Bundes – Ein Lehrstück zur Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2006, 642, 645; BeckOKVerfR/*Cornils*, Edition 7 (2010), Art. 9 GG Rn 78 f; wohl auch *Giesen*, Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11; 17; *Jacobs*, Tarifpluralität statt Tarifeinheit – Aufgeschoben ist nicht aufgehoben!, NZA 2008, 325, 329; *ders.*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 438 ff; so auch noch *Rieble* Anm. EzA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10, S. 14.

¹¹⁶ *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 439; *Engels*, Die verfassungsrechtliche Dogmatik des Grundsatzes der Tarifeinheit, RdA 2008, 331, 333.

¹¹⁷ *Maschmann*, Tarifaufonomie im Zugriff des Gesetzgebers (2007), 64 f, 183.

Abgesehen davon, daß die Motivkontrolle des Gesetzgebers schwierig ausfallen dürfte – steht doch typischerweise ein ganzes Motivbündel zur Beurteilung. Dann müßte auch noch das prägende Motiv erkannt werden.¹¹⁸

Die Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff ist eine weithin ungelöste Frage. Während die (noch) überwiegende Meinung von einer Exklusivität ausgeht, weswegen eine belastende Regelung nur entweder Eingriff oder Ausgestaltung sein könne,¹¹⁹ will eine im Vordringen befindliche Lehre beides Nebeneinander sehen,¹²⁰ oder gar auf den Eingriff als Kategorie im Rahmen der Koalitionsbetätigung ganz zu verzichten.¹²¹ 146

Der Streit hat in Ansehung von Art. 9 Abs. 3 GG vor allem die Bedeutung dieses (bis auf Art. 9 Abs. 2 GG) schrankenlose Grundrecht handhabbar zu machen. Die Dogmatik der Abgrenzung von Eingriff und Ausgestaltung hingegen ist vor allem am Eigentumsrecht des Art. 14 GG entwickelt worden, mit Blick auf Sonderprobleme der Enteignung. 147

II. Konkreter Mindestgehalt der Koalitionsbetätigungsrechte?

Für die Koalitionsfreiheit läßt sich von einem Eingriff nur sprechen, wenn der dem Einzelnen oder der Koalition ein garantiertes »**An-sich-Mindestbetätigungsrecht**« zusteht, welches durch die gewählte Ausgestaltung unterschritten wird. Aus der negativen Koalitionsfreiheit folgt ein Austrittsrecht; daß dieses von Verfassung wegen notwendig formlos oder gar fristlos ausgeübt werden können muß, folgt aus der Koalitionsfreiheit nicht. Auch die richterrechtliche Verkürzung der gesetzlichen 148

118 Das sieht *Maschmann*, Tarifaautonomie im Zugriff des Gesetzgebers (2007), 162 selbst.

119 *Sachs/Höfling* GG Art 9 Rn 36; v.Münch/Kunig/Löwer GG Art 9 Rn 23 f; Jarass/Pieroth/Jarass, 10. Aufl. (2009) Vorb. vor Art. 1 Rn 34.

120 Vor allem *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005) 441 f; BeckOKVerfR/*Cornils*, Edition 7 (2010), Art. 9 GG Rn 19, der eine positive Ausgestaltungspflicht des Gesetzgebers sieht und diejenige Ausgestaltung, die »zuwenig« von dem Autonomiewillen der Tarifparteien umsetzt »zugleich« als Eingriff wertet.

121 *Henssler*, Tarifaautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 9: »künstliches Konstrukt«; ebenso die prozedurale Sicht von *Ladeur*, Methodische Überlegungen zur gesetzlichen »Ausgestaltung« der Koalitionsfreiheit, AöR 131 (2006) 643, 650 ff, der den Ausgestaltungsauftrag nurmehr darin sieht, die gesellschaftliche Selbstorganisation von Such- und Experimentierprozessen zu gestalten; letztlich auch *Scholz*, Rechtsgutachten zur Problematik von Tarifpluralität und Tarifeinheit – Verfassungsfragen zu einer gesetzlichen Reformlösung (2010) S. 25 ff; noch weiter geht *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts (2006) 318, der die Tarifaautonomie als kollektive Privatautonomie von vornherein nur Art. 9 Abs. 3 GG iVm Art. 12 Abs. 1 GG zuweisen will und damit bei der Dreistufentheorie landet (die ebenfalls ausgestaltungsbezogen ist).

Höchstfrist für Austritte aus Gewerkschaften (von zwei Jahren nach § 39 Abs. 2 BGB) auf sechs Monate¹²² ist kein aus Art. 9 Abs. 3 GG folgendes Mindestaustrittsrecht. Denn der Arbeitnehmer unterwirft sich mit seinem Beitritt gerade der satzungsgemäßen Austrittsfrist. Vielmehr hat der BGH einen ausgestaltenden Interessenausgleich zwischen individueller negativer Koalitionsfreiheit und dem kollektiven Mitgliederbindungsinteresse getroffen.

- 149 Hieran sieht man bereits, welche Schwierigkeiten es macht, **aus Art. 9 Abs. 3 GG einen konkreten Mindest(garantie)bestand an Rechten abzuleiten**. Dementsprechend diffus ist auch der Sprachgebrauch des BVerfG, welches früher versucht hat, einen »**Kernbereich**« von Koalitionsbefugnissen zu definieren (aber nur, um außerhalb des Kernbereichs den Schutz einzuschränken).¹²³

- 150 Schon die Formulierung des BVerfG im (grundrechtsdogmatisch überholten Mitbestimmungsurteil), zum **Kernbereich** der Koalitionsbetätigung gehöre die »Garantie eines gesetzlich geregelten und geschützten Tarifvertragssystems, dessen Partner frei gebildete Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG sein müssen« zeigt doch, daß mehr als nebulöse Programmsätze, die nur einen Ausgestaltungsbedarf aufzeigen, schwer zu gewinnen sind.¹²⁴

Gelegentlich spricht das BVerfG auch von **Unerläßlichkeit**, um die besondere Schutzwürdigkeit bestimmter Grundrechtsbetätigungen iSv Art. 9 Abs. 3 GG zu betonen. So erörtert das Gericht die Unerläßlichkeit von Mitgliederwerbung – aber eben auch nur wiederum im Rahmen der Ausgestaltung.¹²⁵

- 151 Aber: Die Wahrheit ist konkret. Jeder Eingriffsschutz muß also genau sagen, welche konkrete (einfachrechtliche) Betätigungsbefugnis nachgerade unmittelbar von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt ist, so daß ihre Versagung einen Eingriff bedeutet:

- Welche konkreten Formen der Mitgliederwerbung sind so unerläßlich, daß sie nur durch Eingriff beschränkt werden dürfen?

122 BGH vom 22.9.1980 – II ZR 34/80 – NJW 1981, 340.

123 Zur Aufgabe der Kernbereichslehre BVerfG vom 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352, 358 ff = NZA 1996, 381; BVerfG vom 24.2.1999 – 1 BvR 123/93 – BVerfGE 100, 214 = NZA 1999, 713.

124 von Mangoldt/Klein/Kemper, GG, 4. Aufl. 2005, Art. 9 Rn 143; kritisch auch Henssler, Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 8 f.

125 BVerfG vom 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352 = NZA 1996, 381.

- Welche Arten der Sach- und Zielwerbung sind kernbereichsmäßig geschützt? Verschafft Art. 9 Abs. 3 GG der Gewerkschaft ein Mindest-Zugriffsrecht auf das hausinterne Mail-System des Arbeitgebers?
Dazu BAG vom 20.1.2009 – 1 AZR 515/08 – NZA 2009, 615.
- Genießt die Gewerkschaft Unerläßlichkeitsschutz, wenn sie in Polizeidienststellen öffentliche Unterschriftenaktionen veranstaltet?¹²⁶

Diese Diffusion setzt sich im **Tarifwesen** fort. Gerade weil die Gewährleistung des Tarifvertrags nicht »die besondere Ausprägung, die das Tarifvertragssystem in dem zur Zeit des Inkrafttretens des Grundgesetzes geltenden Tarifvertragsgesetz erhalten hat« umfaßt,¹²⁷ müßte doch festgestellt werden, welche Mindestanforderungen ein Tarifsysteem aus verfassungsrechtlicher Sicht hat: 152

- Ist die **Tariffähigkeit** aller Koalitionen unerläßlich – so daß deren Vorenthaltung für solche Verbände, die die Anforderungen nicht bewältigen, einen besonders rechtsfertigungsbedürftigen Eingriff bedeutet?
- Müssen Tarifparteien mit ihren Tarifverträgen gegenständlich **alle Arbeitsbedingungen des Art. 9 Abs. 3 GG** regeln können, so daß die Beschränkung auf die Individual- und Betriebsnormen des § 1 Abs. 1 TVG ein Eingriff ist?¹²⁸ 153

126 Verneint von BVerfG [Kammer] vom 6.2.2007 – 1 BvR 978/05 – NZA 2007, 394: bloße Ausgestaltung, bei der das öffentliche Vertrauen in die Objektivität und gemeinwohlorientierte Ausführung der Amtsgeschäfte den Ausschlag gibt.

127 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua – BVerfGE 50, 290, 369 = NJW 1979, 699, 709 und schon BVerfG vom 19.10.1966 – 1 BvL 24/65 »Handwerksinnung« – BVerfGE 20, 312, 317 = NJW 1966, 2305, 2306.

128 Dazu *Löwisch/Rieble* TVG Grundl. Rn 20 ff; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992) 100 ff; *Däubler*, Das Grundrecht auf Streik – eine Skizze, *ZfA* 1973, 201; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997) 539 f; *Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung (2000) 249 ff; *Volkman*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Britz/Volkman*, Tarifautonomie in Deutschland und Europa (2003) 1, 27: dem Tarifvertrag dürften jedenfalls keine Regelungsgegenstände mehr entzogen werden.

- 154
- Müssen **Tarifregeln unmittelbar gelten**, also ohne einen Übernahmeakt auf das Einzelarbeitsverhältnis?¹²⁹
 - Ist die **zwingende Wirkung** des Tarifvertrags nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG – also seine Unabdingbarkeit durch Arbeitsvertrag kernbereichsgeschützt – weil nur so die Arbeitsbedingungen »effektiv« geordnet werden können? Umfaßt also die Tarifaufonomie einen **Anspruch auf Herrschaft gegenüber den Normunterworfenen**, die durch Arbeitsvertrag vom Tarifvertrag abweichen wollen?¹³⁰
 - Darf deshalb auch das **Günstigkeitsprinzip** (§ 4 Abs. 3 TVG) als einfachrechtliche Schranke der zwingenden Wirkung nicht aus-
geweitet werden?¹³¹

129 Bejahend von Mangoldt/Klein/Kemper, GG, 4. Aufl. 2005, Art. 9 Rn 144; verneint von F. Kirchhof, Private Rechtsetzung (1987) 179 ff: eine andere »effiziente Möglichkeit staatsferner, autonomer Festlegung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« sei denkbar.

130 **Bejahend** Dieterich, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1, 12; Reichold, Gutachten S. 10, www.dbb.de/dbb-beamtenbund-2006/dbb-pdf/Gutachten_Tarifeinheit.pdf [6.8.2010], der hieraus die Eingriffsqualität der Tarifeinheit herleitet; Volkmann, Tarifaufonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Britz/Volkmann, Tarifaufonomie in Deutschland und Europa (2003) 28 mit der kühnen Behauptung, der nur durch freiwillige Abmachungen abdingbare Tarifvertrag büße seine Direktionskraft ein; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005) 434 ff, der einen Anspruch der Tarifparteien auf effektive Herrschaft, als »grundrechtlich garantierten Erfolg« (!) ansieht, dafür aber keine Begründung liefert; Maschmann, Tarifaufonomie im Zugriff des Gesetzgebers (2007) 174 ff, 194 ff, der jede »Auflockerung« der Tarifgeltung als Eingriff sieht; Meik, Der Kernbereich der Tarifaufonomie (1987) 169 f: »Die verfassungsrechtliche garantierte und durch § 1 TVG konkretisierte Regelungsmöglichkeit der Tarifvertragsparteien wird durch § 4 Abs. 1 TVG erst gesichert. Insoweit gehört § 4 Abs. 1 TVG zum ausschließlichen bzw. vorrangigen Kernbereich der Tarifaufonomie.« **verneinend** Maunz/Dürig/Scholz, GG, 57. Auflage (2010) Art. 9 Rn 301: »Der Gesetzgeber kann ... über die normative Rechtsnatur des Tarifvertrages disponieren.«; Rieble, Tarifvertrag und Beschäftigung, ZfA 2004, 1, 39 ff; skeptisch Friese, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung (2000) 247 f; Henssler, Tarifaufonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 31 f mit Blick auf Großbritannien, wo Tarifverträgen die zwingende Wirkung fehlt; F. Kirchhof, Private Rechtsetzung (1987) 179 f, 181 ff sieht die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien nicht von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet, räumt doch ein, daß die Bestimmung den Staat verpflichtet, »eine effiziente Möglichkeit staatsferner, autonomer Festlegung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen«. Das ist wieder nur eine prinzipielle Gewährleistung.

131 So Dieterich, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1, 12, 17; **aA** Rieble ZfA 2004, 1, 44 ff; Meik, Der Kernbereich der Tarifaufonomie (1987)

- Müssen **Tarifnormen Rechtsnormen** sein (§ 1 Abs. 1 TVG), so daß der Richter sie von Amts wegen anzuwenden hat?
- Und eben mit Blick auf die Tarifeinheit: Muß ein ansonsten wirksamer Tarifvertrag in den Arbeitsverhältnissen der Gewerkschaftsmitglieder auch konkret gelten, weswegen die Verdrängungswirkung der Tarifeinheit Eingriff und keine Ausgestaltung ist? 155

Wer – wie *Konzen* – diesen konkreten verfassungsunmittelbar garantierten Mindestgeltungsanspruch des Tarifvertrags bejaht, für den ist die Tarifeinheit konsequenterweise dann auch ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff.¹³² Das Argument freilich, sonst bleibe »von dem Tarifsysteem des Art. 9 Abs. 3 GG für die Koalitionen nichts übrig«, überzeugt nicht. Wie unmittelbar oder mittelbar kollidierende Verträge gelten und wirken können, ist ein allgemeines Problem des Vertragsrechts und kann nicht mit verfassungsrechtlichen Mindestgeltungsansprüchen vor der Ausgestaltung bewahrt werden (sogleich Rn 162 ff). 156

Vergleichbares läßt sich im **Arbeitskampfrecht** fragen, nach der Garantie der konkreten Kampfmittel, ihrer Beschränkbarkeit durch die Verhältnismäßigkeit usw. So mag den Gewerkschaften ein **Streikrecht garantiert** sein – doch über die einfachrechtliche Form seiner tatbestandlichen Voraussetzungen und die Rechtsfolgen seiner Ausübung ist damit nichts gesagt. Garantiert ist doch nur, »irgendwie« die Arbeitsleistung kollektiv einstellen zu können.¹³³ 157

Niemand kann diese Fragen einigermaßen redlich beantworten; über einen bloßen Behauptungsansatz geht das nicht hinaus. »Unerläßlich« und »kernbereichsverortet« sind doch stets gerade diejenigen Koalitionsverhaltensweisen, die der Autor vor dem regulierenden Zugriff bewahren will. Der schlichte **Art. 9 Abs. 3 GG enthält diese Informationen nicht**. Das gilt schon im geistigen Gehalt: Daß Art. 9 Abs. 3 GG überhaupt ein Tarifvertragssystem garantiert, läßt sich nicht aus dem Normtext nur durch Einbezug der geschichtlichen Entwicklung – also im Blick zurück – begründen. Im GG ist davon keine Rede (anders als in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 WRV).¹³⁴ 158

Schlimmer noch gerät die **Unerläßlichkeitsdiagnose**: Woher will man wissen, welche konkreten Handlungsbefugnisse eine Koalition braucht, 159

178: »Das Günstigkeitsprinzip gehört deshalb nicht zum Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung«.

132 *Konzen*, Die Kodifikation der Tarifeinheit im Betrieb, JZ 2010, 1036, 1038.

133 Maunz/Dürig/Scholz, GG, 57. Auflage (2010) Art. 9 Rn 321.

134 Stringent *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts (2006) 296 f.

um ihre Ziele verfolgen zu können? Mehr als ein grundsätzliches Ja zur Mitgliederwerbung, zur Zweckautonomie, zum Tarif- und Arbeitskampfsystem läßt sich theorieimmanent nicht gewinnen. Auch das Wort des BVerfG von der »Ordnung« der Arbeitsbedingungen wird vielfach im Sinne einer ganz bestimmten, eben normativen Regelungsbefugnis verstanden – dabei hat das BVerfG doch gerade das Tarifsysteem unter umfassenden Ausgestaltungsvorbehalt gestellt. »Ordnung« heißt also nicht: Unmittelbare und zwingende Wirkung mit maximalem Durchsetzungserfolg auch gegen den Willen des Mitgliedes. Ordnung heißt: »Irgendwie regeln können« – ohne Anspruch auf Mitgliedergehorsam und Durchsetzungserfolg.

- 160 »Unerlässlich« ist doch eine bestimmte Handlungsform nur dann, wenn andere Instrumente und Handlungspfade von vornherein keinen Erfolg versprechen. Das aber hängt in einem Ausmaß von der hypothetischen Wirklichkeit ohne die zu prüfende Handlungsbefugnis ab, die die rationale Erkenntnis überfordert. Kurz: Wer Unerlässigkeit behauptet, begeht eine **Anmaßung von Wissen** (von Hayek), weil eine andere Art von Koalitionsbetätigung in einer dann sich auch wandelnden sozialen Umgebung nicht simuliert werden kann. Dazu sind die Wechselwirkungen zu komplex. Hier hülfe nicht einmal das kritische Raten *Poppers*, weil die Hypothese, ohne eine bestimmte Koalitionsbefugnis ginge es nicht, doch dann und nur dann überprüfbar wird, wenn man ihr nicht folgt. Alles andere ist ein »Was wäre wenn«-Gedankenspiel.
- 161 Ob also die jetzt geforderte Tarifeinheit nach Repräsentativität mit der Versagung der Tarifgeltung im Betrieb ein Eingriff ist – gerade weil das BAG seine eigene bisherige Spezialitäts-Tarifeinheit als Eingriff wertet –, ließe sich nur sagen, wenn man Art. 9 Abs. 3 GG ein konkretes Mindestrecht der (Minderheits-)Koalition wie des Individuums auf »Tarifgeltung« (welcher Art auch immer) im Arbeitsverhältnis des Mitgliedes sieht.
- 162 Alternativ zu solchen Gewißheitspostulaten ist es methodisch durchweg ehrlicher, **bloß prinzipiellen Gewährleistungen** von »Gründungsbefugnis«, »Austrittsrecht«, »Mitgliederwerbung«, »Tarifsysteem« etc als das zu nehmen, was sie sind: Leitlinien für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dann ist in der Tat jede konkrete einfachrechtliche Regel »bloße« Ausgestaltung – kann aber, je wichtiger Handlungsformen nach der (nur beschränkt objektivierbaren) Wertung des zur Abwägung Berufenen durchaus ein »Untermaßverbot« verletzen, weil der Koalition und ihrem Mitglied ein unverhältnismäßiges »Zuwenig« an Betätigungsrechten zugesprochen wird. Ob die Ausgestaltung damit zum schutzpflichtähnlichen Gewährleistungsauftrag gerät, ist irrelevant, weil das keine anderen Ergebnisse zeitigt.

III. System- und Sozialbindung des (Tarif-)Vertrages

Jedes Vertragssystem verteilt Befugnisse und trägt damit sowohl vertikal widerstrebenden als auch horizontal konkurrierenden Interessen Rechnung. Das mögen drei Beispiele illustrieren: 163

- So tarieren die Regelungen des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen nach §§ 932 ff BGB den Eigentumsschutz des wahren Eigentümers und den Vertrauensschutz des Erwerbers aus. Ein »Eingriff« in das Eigentum ist das nicht, sondern eine Ausgestaltung seiner Verkehrsfähigkeit.¹³⁵
- Daß die Abführungspflicht des stellvertretenden commodum nach § 285 BGB insbesondere beim Doppelverkauf einer Sache die Freiheit zum effektiven Vertragsbruch nimmt, beschränkt zwar die Vertragsfreiheit – tariert aber doch wiederum nur mittelbar konkurrierende Vertragsrechte aus. Nichts anderes gilt für die Abführung der Erträge aus der wettbewerbsverbotswidrigen Berufsbetätigung nach § 61 Abs. 1 BGB. Daß dem Arbeitnehmer so das Recht zum Zweitberuf erschwert wird, ist kein Eingriff in seine Berufsausübungsfreiheit, sondern Ausgestaltung seiner vertraglichen Bindung zum Erstarbeitgeber.
- Letztes Beispiel ist das Kartellverbot des § 1 GWB: Dem Kartellvertrag wird durch Verbot jede Geltung abgesprochen, damit sich die autonome Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit der Kartellbrüder entfalten kann.

Von vornherein sind also solche Regelungen, die **systemintern Vertrags- und Verfügungsbefugnisse ausgleichen und abstimmen**, keine Eingriffe, sondern Ausgestaltung. Daß Gewerkschafts- und Arbeitgeberverbandssatzungen so wie die Satzungen anderer Monopolverbände einer AGB-ähnlichen Angemessenheitskontrolle ausgesetzt sind¹³⁶ ist kein Eingriff in die Koalitionssatzungsautonomie. Auch wenn man das **Arbeitskampfrecht** des BAG für verfehlt hält, regelt es doch zuerst den Machtungleich im Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander und ist insofern Ausgestaltung und kein Eingriff.¹³⁷ 164

¹³⁵ Ladeur, Methodische Überlegungen zur gesetzlichen »Ausgestaltung« der Koalitionsfreiheit, AöR 131 (2006) 643, 651.

¹³⁶ Grundlegend BGH vom 24.10.1988 – II ZR 311/87 – BGHZ 105, 306, 319 = NJW 1989, 1724; Schmiegeler, Die Inhaltskontrolle von Koalitionssatzungen (1995).

¹³⁷ BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 225 = NZA 1991, 809, 810 leitet daraus insbesondere ab, daß der Wesentlichkeitsvorbehalt nicht greife.

- 165 Zugleich muß jedes Vertragssystem auf **andere Rechtsgüter der Beteiligten** Rücksicht nehmen – ein banaler Gedanke, den § 241 Abs. 2 BGB einfachrechtlich formuliert. Daß ein Vertragspartner nicht Eigentum oder Ehre seines Kontrahenten beeinträchtigen darf, liegt auf der Hand und ist kein Eingriff in seine Handlungsfreiheit. Tarif- und andere Kollektivverträge weisen die Besonderheit auf, daß Kollektive die Vertragsbedingungen für Individuen regeln. Daß ein **Kollektivvertrag Rücksicht auf die von ihm reglementierten Individuen nehmen muß**, ist also ebenfalls systeminterne Ausgestaltung. Daß die Tarifmacht durch eine mittelbare Grundrechtsbindung und durch einfaches Arbeitsrecht zum Schutz vor allem der Arbeitnehmer, mitunter aber auch der Arbeitgeber begrenzt wird, ist Ausgestaltung, nicht Eingriff. Daß der Tarifvertrag nach herrschender Meinung die Unternehmensverfassung nicht regeln darf, obschon sie zu den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen des Art. 9 Abs. 3 GG rechnet, ist eine Ausgestaltung der Regelungsbefugnisse zum Schutz gerade der Binnenautonomie der Unternehmen und der Anteilseigner, die nicht »Arbeitgeber« sind.¹³⁸
- 166 Insbesondere das **Günstigkeitsprinzip** des § 4 Abs. 3 TVG, welches dem Tarifvertrag Höchstarbeitsbedingungen untersagt, ist kein von außen kommender »opfernder« Eingriff in die Tarifautonomie, der deswegen über die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Arbeitsvertragsfreiheit zu rechtfertigen wäre – sondern funktionsimmanente Ausgestaltung des Tarifvertrags, der unangemessen schlechte Arbeitsbedingungen verhindern aber nicht vertragsstarke Arbeitnehmer behindern soll.
- 167 Und dementsprechend dürfte das Tarifvertragsrecht auf »**Notlagen**« der **Tarifgebundenen** durchaus ausgestaltend reagieren, etwa bei Arbeitnehmern auf die tarifinduzierte Arbeitslosigkeit und bei Unternehmen auf die Existenzbedrohung. Ob das klug und verhältnismäßig ist, ist eine andere Frage, jedenfalls ist es eine Ausgestaltung und kein Eingriff in die Tarifautonomie. Diese garantiert nicht das Recht, als »Produktivitätspeitsche« nicht hinreichend produktive Unternehmen und Arbeitnehmer vom Markt zu verdrängen.¹³⁹

138 Statt aller: *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992) 133 ff.

139 Vgl die Vorschläge von *Hromadka*, Gesetzliche Tariföffnungsklauseln – Unzulässige Einschränkung der Koalitionsfreiheit oder Funktionsbedingung der Berufsfreiheit?, NJW 2003, 1273; *Löwisch*, Tariföffnung bei Unternehmens- und Arbeitsplatzgefährdung, NJW 1997, 905, und *Buchner*, Beschäftigungssicherung unter dem Günstigkeitsprinzip – Betriebliche Arbeitsplatzgarantien gegen Verzicht auf tarifliche Positionen? DB 1996, Beilage 12; **aA** – Zugriff auf die Tarifmacht als Eingriff, *Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers (2007) 254 ff.

Damit nicht genug. Auch die **Rücksichtnahme auf vertragsexterne Interessen** ist Ausgestaltung und nicht Eingriff. Nicht nur das Eigentum als absolutes Recht sondern auch der Vertrag als relative Bindung unterliegt einer **Sozialbindung**. Daß Verträge aufgrund ihrer Reflexwirkungen auf belastete Dritte beschränkt werden können, ist zivilrechtlich Allgemeinut; die »Relativität von Schuldverhältnissen« besagt nur, daß die unmittelbaren und gewollten Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäfts nur zwischen den Parteien eintreten können und der unmittelbare Vertrag zu Lasten Dritter ausgeschlossen ist. Das autonome Rechtsgeschäft legitimiert keine nachteiligen Wirkungsfolgen für Dritte. Der Unterhaltsverzicht mit Lastwirkung für die Sozialkasse ist unwirksam – doch ist das kein Eingriff in die Unterhaltsvertragsfreiheit, der durch das Sozialstaatsprinzip zu rechtfertigen wäre.¹⁴⁰

Der Vertrag ist mit all seinen Wirkungen auf die Parteien und auf Dritte eingebettet in ein **gesellschaftliches Wirkungssystem**. Private Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit ist nicht nur auf ein normgeprägtes Verwirklichungssystem angewiesen, sondern muß dort auch Rücksicht nehmen. Jede Freiheit und insbesondere wirtschaftlich Freiheit (wie die Tarifautonomie), muß in einer sozialen Ordnung regelgebunden sein.¹⁴¹

Wenn insbesondere das **Kartellrecht** die schädliche Wirkung wettbewerbsbeschränkender Absprachen aber auch des Marktmachtmißbrauchs bündigt, geschieht dies (auch) im Interesse nachgelagerter Marktstufen und auch der Verbraucher, die sonst überhöhte Preise zahlen müßten. Deswegen ist doch aber das Kartellrecht kein Eingriff in die Vereinigungs(betätigungs)freiheit des Art. 9 Abs. 1 GG, sondern eine Ausgestaltung der marktlichen Kollektivierungsbefugnisse. Auch Gemeinwohlaspekte berechtigen den Staat zur Ausgestaltung.

140 Statt vieler: *Westermann*, Drittinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, AcP 208 (2008) 141 ff und *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen (1992); *Martens*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977) 113 jeweils mwN. Aus der Rechtsprechung etwa BGH vom 23.3.1988 – VIII ZR 58/87 – BGHZ 104, 82 = NJW 1988, 1726: Berücksichtigung von Drittwirkungen in der AGB-Kontrolle.

141 Eindrücklich *Hoppmann*, Unwissenheit, Wirtschaftsordnung und Staatsgewalt (1993) 26 ff; BVerfG vom 2.5.1996 – 1 BvR 696/96 – NJW 1996, 2021: »Handelt es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen läßt, und sind die Folgen des Vertrags für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muß die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Das folgt aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG).«; Maunz/Dürig/*Di Fabio*, 57. Aufl. (2010) Art. 2 Rn 104.

- 170 Für unsere Betrachtung von Tarifautonomie und Tarifeinheit spielen zwei Folgewirkungen eine entscheidende Rolle, die solche Ausgestaltungen tragen:

- **Echte Verteilungsfragen** stellen sich, wenn eine beschränkte Verteilungsmasse dem Erstzugriff eines Berechtigten ausgeliefert ist, der mittelbar andere Berechtigte schädigt. Klassisches Ausgestaltungsbeispiel ist die Insolvenzordnung, die das Rechts des ersten Zugriffs durch ein gerechteres Verteilungsprinzip ersetzt und durch die Insolvenzanfechtung sogar rückwirkende Korrekturen vornimmt: Ausgestaltung, kein Eingriff. Untersagt man dem Tarifvertrag Unkündbarkeitsschutz für Ältere mit Blick auf die Sozialauswahl des § 1 Abs. 3 KSchG, so ist das ebenfalls eine Ausgestaltung.

Machtfragen stellen sich, wenn übermächtige Marktteilnehmer (Monopolisten, Monopolverbände, erlaubte Kartelle) mit ihrem Marktverhalten nicht ihre potentiellen Vertragspartner, Wettbewerber und andere Dritte beeinträchtigen. Daß etwa der BGH Gewerkschaften einem Aufnahmeanspruch aussetzt,¹⁴² ist kein Eingriff (der über die individuelle Koalitionsfreiheit zu rechtfertigen ist), sondern Ausgestaltung der Ablehnungsbefugnisse. Und eben deshalb darf das Arbeitskampfrecht mit dem Großen Senat ausgestaltend Rücksicht auf Drittbetroffene und die Allgemeinheit (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge) treffen. Wenn ein Arbeitsgericht einen Streik im öffentlichen Nahverkehr auf jeden zweiten Zug beschränkt, dann ist dies Ausgestaltung.

- 171 Schließlich ist der Staat befugt, das wettbewerblich-privatautonome Angebots- und Nachfrageverhalten zu regulieren, um **Chancengleichheit** herzustellen – im Interesse der aktuellen und auch potentiellen Marktteilnehmer und ihrer wirtschaftlichen Freiheit. Hierher gehören auch **Diskriminierungsverbote**, die zwar die privatautonome Freiheit zur Differenzierung beschneiden, aber damit nur ausgestalten. Daß insbesondere Gewerkschaften wegen § 18 AGG ihr Aufnahmeverhalten und auch die internen Beteiligungsrechte nicht altersdiskriminierend ausgestalten dürfen, ist kein Eingriff in die Koalitionsfreiheit.¹⁴³

IV. Ausgestaltung des Tarif- und Arbeitskampsystems

- 172 Für das **Tarifsystem** heißt das: Wenn der Gesetzgeber den Zugang durch die **Tariffähigkeitsanforderungen** beschränkt, ist das eine freiheitsbeschränkende Ausgestaltung, die allerdings sachlich zu rechtfertigen ist.

¹⁴² BGH vom 19.10.1987 – II ZR 43/87 – BGHZ 102, 265.

¹⁴³ BAG vom 17.6.2008 – 3 AZR 409/06 – NZA 2008, 1244; BAG vom 11.8.2009 – 3 AZR 23/08 – NZA 2010, 408.

Der Gesetzgeber kann damit nicht etwa nur die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags verstärken (durch das Mächtigkeitserfordernis), er kann ebenso den Arbeits- und Tarifmarkt vor unzuverlässigen Kollektiven schützen, indem er ein Mindestmaß an Rechtstreue verlangt. Jene befrieden das Arbeitsleben nicht, sondern schüren neue Konflikte.¹⁴⁴

Gerade die Mächtigkeit als Anforderung an die **Tariffähigkeit qualifiziert das BVerfG in der DAV-Entscheidung als Ausgestaltung** im Rahmen der »sinnvollen Ordnung des Tarifsystems«. Und sie wirkt weitaus belastender als jede geltungsverdrängende Tarifeinheit. Selbst in der Beamtenstreikentscheidung meint das BVerfG, daß der Beamteneinsatz auf bestreikten Arbeitsplätzen noch Ausgestaltung sei. Daß der Staat hier nicht nur als bestreikter Arbeitgeber, sondern zugleich als Hoheitsträger agiert, sorgt also nicht für Eingriffsqualität – sondern löst nur den Parlamentsvorbehalt aus.¹⁴⁵

Ganz ähnlich hat das BVerfG in der **Flaggenrechtsentscheidung** betont, daß die gesetzliche Erlaubnis, Schiffe aus der deutschen Tarifrechtsordnung in das Zweitregister auszuflaggen (§ 21 Abs. 4 FIRG) eine Ausgestaltung ist. Auch dort geht es um einen Tarifwettbewerb zwischen deutschen und ausländischen Gewerkschaften; letztere werden mit ihren Billigheuern und ihren closed-shop-Klauseln zu Lasten der verdrängten deutschen Gewerkschaften gefördert. Diese weitreichende Verdrängung deutscher Gewerkschaften von der Koalitionsbetätigung auf Zweitregisterschiffen gegenüber ausländischen Seeleuten belastet sie schwerer als jede Tarifeinheit, ist aber dennoch kein Eingriff, sondern weithin verhältnismäßige Ausgestaltung.¹⁴⁶

Die **Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit** (als Voraussetzung schon der Koalitionseigenschaft und damit erst Recht der Tariffähigkeit)¹⁴⁷ von Gewerkschaften schützt dabei nicht etwa nur den einzelnen Arbeitgeber vor der wirtschaftsfriedlichen und gelben Arbeitnehmervereinigungen; sie bewirkt auch einen besonderen **Lauterkeitsschutz im Kollektivwettbewerb**: Sie schützt die »richtigen«, also autonom auf Arbeitnehmerinteressen ausgerichteten Gewerkschaften vor der Konkurrenz durch

144 Zur Anerkennung des geltenden Tarifrechts als Voraussetzung der Tariffähigkeit BAG vom 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – NZA 1987, 492; zur Befriedung BVerfG vom 20.10.1981 – 1 BvR 404/78 »DAV« – BVerfGE 58, 233, 247 = NJW 1982, 815.

145 BVerfG vom 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103 = NJW 1993, 1379.

146 BVerfG vom 10.1.1995 – 1 BvF 1/90 – BVerfGE 92, 26, 41 = NZA 1995, 272, 273 f.; dazu *Ossenbühl/Cornils*, Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung (2000) 117 ff, 141 f.

147 Unbestritten; statt aller: *Löwisch*, Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit, ZfA 1970, 295 f.

scheinautonome Interessenvertretungen (AUB), die die Arbeitnehmer von den »echten« Gewerkschaften ablenkt und abzieht.¹⁴⁸

Auch das ist Ausgestaltung, hier des Koalitionswettbewerbs.

- 176 Das Tarifrecht darf deshalb schließlich darauf achten, daß **Tarifabschlüsse einander nicht störend ins Gehege kommen**. Das versteht sich von selbst bei der **echten Tarifkonkurrenz**, wenn also die Normen des einen Tarifvertrags **unmittelbar** mit den Regelungen eines anderen konkurrieren – weil nicht zwei Tarifverträge im selben Rechtsverhältnis nebeneinander gelten können. Wird also ein Arbeitsverhältnis kraft doppelter Tarifgebundenheit von zwei autonomen Tarifverträgen erfaßt, so darf die Tarifrechtsordnung – ausgestaltend – entscheiden, welcher von zwei Tarifverträgen gelten soll. Die Verdrängung des einen und nachrangigen Tarifvertrags ist zwar eine Beeinträchtigung seines Geltungsanspruchs und der Tarifaufonomie seiner Parteien, aber eine **notwendige Verteilungsentscheidung**. Ähnliches gilt für einander widersprechende Betriebsnormen.¹⁴⁹
- 177 Dementsprechend ist es auch nicht von vornherein ausgeschlossen, daß **mittelbare Störungswirkungen durch Tarifvertrag oder Arbeitskampf** eine ausgestaltende Verteilung von Vertrags- und Kampfbefugnissen erforderlich machen. So wie das Kartellrecht Machtbegrenzungen im Funktionsinteresse des Systems von Vertrag und Wettbewerb anordnet, etwa Ausschließlichkeitsbindungen als Wettbewerbsbeschränkung zu Lasten potentieller alternativer Vertragspartner und auch der Allgemeinheit begrenzt,¹⁵⁰ und wie das BAG der harten, konkurrenzschädigenden Mitgliederwerbung oder Informationstätigkeit der einen zu Lasten der konkurrierenden Gewerkschaft aus Lauterkeitsgründen begrenzt,¹⁵¹ so darf auch das Tarif- und Arbeitskampfrecht **störende Fernwirkungen des einen Tarifvertrags auf fremde Tarifverhandlungen** unterbinden:
- So käme es in Betracht, die gegenständliche Reichweite der Betriebsnormen oder sonstige Anforderungen an ihre Geltung noch stärker zu beschränken, damit nicht die Wechselwirkung zwischen den Betriebsnormen des einen Tarifvertrags mit den Individualnormen des Tarifvertrags anderer Tarifparteien¹⁵² letzteren die Regelung der Arbeitsverhältnisse ihrer Mitglieder

148 Dazu demnächst *Rieble*, Der gewerkschaftshörige Arbeitgeberverband, FS Reuter (2010).

149 Zur echten Tarifkonkurrenz *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 257 ff.

150 Etwa BGH vom 29.09.2009 – EnZR 15/08 – juris [10.8.2010].

151 BAG vom 31.5.2005 – 1 AZR 141/04 – NZA 2005, 1182.

152 Dazu *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 198.

erschweren. So könnte es etwa sinnvoll sein, die Regelung von Kurzarbeit durch Tarifvertrag entgegen dem BAG nicht als Betriebsnorm zuzulassen,¹⁵³ um zu verhindern, daß fremde Tarifparteien über Betriebsnormen in die Regelung der Arbeitszeitdauer durch Individualnormen eines anderen Tarifvertrags eingreifen.

- Anderes Beispiel solcher **Tarifstörung durch Fremdtarife** sind **tarifliche Meistbegünstigungsklauseln**, die unmittelbar nur einen Anspruch auf Übernahme eines Fremdtarifergebnisses begründen aber mittelbar gerade darauf zielen, der einen Tarifpartei einen abweichenden Tarifabschluß mit einer dritten und Tarifpartei zu erschweren.¹⁵⁴
- So ließe sich schließlich auch eine **gezielte Störung fremder Arbeitskämpfe** denken: Will etwa die GDL für ihre Lokomotivführer streiken, so könnte transnet deren Konzept eines Nadelstichstreiks dadurch unterlaufen, daß sie selbst einen Flächenstreik »inszeniert« – um im Kampfwettbewerb den fremden Tarifabschluß zu erschweren und um selbst als die stärkere Gewerkschaft dazustehen. Hier könnte das Arbeitskampfrecht wechselseitige Rücksichtnahmepflichten vorsehen – so wie das BAG in der VGB-Entscheidung (obiter) gemeint hat, eine etwa tariffähige Gewerkschaft von Gewerkschaftsbeschäftigten dürfe zwar streiken, doch sei ihr Streikrecht mit Blick auf die Koalitionsfreiheit der als Arbeitgeber bestreikten Gewerkschaft zu beschränken.¹⁵⁵ Auch das wäre »nur« eine Ausgestaltung der Koalitionsbefugnisse.

Für die **Tarifeinheit** heißt das: Wenn die Geltung eines Tarifvertrags der einen Gewerkschaft die Tarifbetätigung einer anderen Gewerkschaft stören kann, dann darf die Tarifrechtsordnung hierauf ausgestaltungend reagieren. Ein **Eingriff ist das nicht**. Die Frage ist nur, welche konkrete Qualität diese mittelbare Störungswirkung haben muß, damit eine verdrängende Tarifeinheitsregelung angemessen ist und ob nicht konkret geeignete mildere Mittel, vor allem im Arbeitskampfrecht zur Verfügung stehen, die schonender mit der Tarifautonomie umgehen. Hier wird die Tarifautonomie nicht »von außen« beschränkt und im Interesse anderer

153 BAG vom 1.8.2001 – 4 AZR 388/99 – DB 2001, 2609.

154 Dazu *Rieble/Klebeck*, Tarifvertragliche Meistbegünstigung, RdA 2006, 65; zustimmend *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 199; **aA** *Peter Hanau*, Die tarifliche Meistbegünstigung im öffentlichen Dienst, ZTR 2008, 234, der sich aber in seinem Beitrag Ordnung und Vielfalt von Tarifverträgen und Arbeitskämpfen im BetriebZugleich Besprechung zum Urteil des Sächsischen LAG v. 2. 11. 2007 – 7 SaGa 19/0 zum Tarifkonflikt bei der Deutschen Bahn, RdA 2008, 98 ff im Widerspruch hierzu für die Tarifeinheit ausspricht.

155 BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97 – NZA 1998, 754; dazu weiter *Lessner-Sturm*, Gewerkschaften als Arbeitgeber (2009) 429 ff.

Rechtsgüter »geopfert«, sondern von innen heraus konturiert. Bezogen auf die Tarifautonomie als Ganzes ist auch »per saldo« keine Freiheitsverkürzung festzustellen, sondern »nur« eine Umverteilung von Vertragsrechten.¹⁵⁶

C. Angleichung von Ausgestaltungs- und Eingriffsprüfung

I. Abwägungsprinzip und Verhältnismäßigkeitsprüfung

- 179 Mit der Eingriffsdiagnostik ist für die konkrete verfassungsrechtliche Prüfung konkreter tarifrechtlicher Normen wenig gewonnen. Denn der Eingriff in die Koalitionsbetätigungsfreiheit ist gerechtfertigt, wenn verfassungsunmittelbare Schranken – die Rechte anderer Vereinigungen aus Art. 9 Abs. 3 GG, Berufsfreiheit der Arbeitnehmer, Unternehmerfreiheit der Arbeitgeber, aber auch deren individuelle Koalitionsfreiheit, Funktionsfähigkeit des Staates etc – den Eingriff grundsätzlich decken und der konkrete Ausgleich der verfassungsrechtlichen Positionen in wechselseitiger Abwägung verhältnismäßig ist.
- 180 Der dogmatische **Wechsel zur Ausgestaltung** ändert am Abwägungsprinzip nichts. Auch die belastende Ausgestaltung muß die Koalitionsfreiheit in ein angemessenes Verhältnis zu dem die Belastung tragenden Sachgrund setzen. Da jede Ausgestaltung des Tarifvertragssystems notwendig (um)verteilende Wirkung hat, muß also gefragt werden, ob eine Einschränkung der mit der Tarifautonomie verbundenen Regelungsbefugnis der Koalition gemessen am **konkreten Sachgrund** verhältnismäßig ist.¹⁵⁷

156 Vgl. BeckOKVerfR/Cornils, Edition 7 (2010), Art. 9 GG Rn 19.

157 BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 229 f = NZA 1991, 809, 811 f für die Beschränkung der Aussperrungsbefugnis: »Diese Grenze ist eingehalten, wenn die Verhandlungsfähigkeit der Arbeitgeber bei Tarifauseinandersetzungen einschließlich der Fähigkeit, einen wirksamen Arbeitskampf zu führen, gewahrt bleibt und ihre koalitionsmäßige Betätigung nicht weitergehend beschränkt wird, als es der Schutz kollidierender Grundrechte der Arbeitnehmer erfordert.« Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005) 650 ff; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 428 ff; Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität (2010) 141 ff.

Das läuft auf eine **Harmonisierung des Kontrollmaßstabes** hinaus.¹⁵⁸

Allenfalls läßt sich eine »**abgeschwächte Intensität**« der **Abwägungskontrolle** behaupten, von der aber niemand sagen kann, worin diese Abschwächung genau besteht.¹⁵⁹

Richtig ist zunächst nur, daß die **Ausgestaltung eines Systems von Vertrags- und Verfügungsrechten hinreichend komplex** ist, weithin auf Funktionalitätsprognosen fußt und sich einer einfachen Abwägungskontrolle, wie sie bei punktuellen Regelungen möglich ist, entzieht. So könnte eine Neuordnung des gutgläubigen Erwerbs den Schutz des wahren Eigentümers verschlechtern; Ob der Gewinn an Verkehrssicherheit diese Belastung rechtfertigt, ist kaum zu überprüfen. Verkehrssicherheit ist nicht meßbar und die künftige Entwicklung schwer vorherzusagen. Die Vielzahl denkbarer Ausgestaltungsvarianten in einem (kollektiven) Vertragssystem eröffnet schon für die Beurteilung von Geeignetheit und Erforderlichkeit weite Entscheidungsspielräume.

II. Schutzgüter ohne Verfassungsrang?

Der Wechsel zur Ausgestaltung könnte nur eine Folge haben: Daß nämlich **auch Gemeinwohlaspekte, einfache Rechte und Interessen Dritter sowie bloße funktionale Zweckmäßigkeitserwägungen** in eine solche Abwägung einzustellen sind: Für das ausgestaltende »Wie« der Tarifautonomie darf der Staat Aspekte **ohne Verfassungsrang** berücksichtigen. Daß die regelnde Ausgestaltung der Koalitionsbetätigungsfreiheit deren Verfassungsschutz verwirklicht, nimmt dem regelnden Staat nicht seine allgemeine **wirtschafts- und sozialpolitische Kompetenz**.¹⁶⁰

158 Für die Tarifeinheit *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität (2010) 156; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 428 f; für die Koalitionsfreiheit *Dreier/Bauer*, GG, 2. Auflage (2004) Art. 9 GG Rn 91; *Maunz/Dürig/Scholz*, 57. Aufl. (2010) Art. 9 GG Rn 265; ähnlich auch von *Münch/Kunig/Löwer*, GG, 5. Aufl. (2000) Art. 9 GG Rn 58 und *Jarass/Pieroth/Jarass*, GG, 10. Aufl. (2010) Art. 9 Rn 46 f; kritisch *Giesen*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, IV. 2.

159 *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005), 652; *Giesen*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1, unter IV. 2.

160 BVerfG vom 26.5.1970 – 2 BvR 664/65 – BVerfGE 28, 295, 305 = NJW 1970, 1635 unter C I 1 b: »Schutz anderer Rechtsgüter«; offengelassen von BVerfG vom 24.4.1996 – BVerfGE 94, 268, 284 f = NZA 1996, 1157; »Ob der Gesetzgeber weitergehende Regelungsbefugnisse zum Schutz sonstiger Rechtsgüter hat, braucht hier nicht entschieden zu werden.« Weiter *Cornils*, Die Aus-

Unmittelbar deutlich wird das am Arbeitskampf, der nach dem vom Großen Senat entwickelten kampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip auch Rücksicht auf die »Interessen Dritter« und das Gemeinwohl nehmen muß. Sonst mißbriete der Arbeitskampf zum verfassungsgarantierten Drittbeeinträchtigungsrecht.¹⁶¹

- 184 Wenn der Staat schon die individuelle Berufsfreiheit des Art. 12 GG aus vernünftigen, triftigen oder zwingenden Gründen des Gemeinwohls bis hin zur objektiven Zulassungsbeschränkung regulieren darf, so muß er auch die Koalitionsfreiheit als Grundrecht zur kollektiven Regelung der Berufsausübung auf dem Gebiet der abhängigen Arbeit aus Gemeinwohlgründen regeln dürfen.¹⁶²
- 185 Nahezu stets dürfte sich dieser Streit als **akademisch** erweisen, weil sich für jede Ausgestaltung der Tarifautonomie Schutzgüter mit Verfassungsrang ins Feld führen lassen –, von der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie selbst, der Koalitionsbetätigungsfreiheit des sozialen Gegenspielers, die Berufsfreiheit der Tarifgebundenen, bis hin zu Sondergrundrechten wie der Wissenschaftsfreiheit. Deshalb kam es in der HRG-Entscheidung des BVerfG¹⁶³ nicht darauf an, ob die Tariffestigkeit der gesetzlichen Befristungsregelung durch Zweckmäßigkeitserwägungen gerechtfertigt war; den Ausschlag gab der Grundrechtsschutz der Hochschule nach Art. 5 Abs. 3 GG.¹⁶⁴

gestaltung der Grundrechte (2005) 396 ff und 441 f; MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, 3. Aufl. (2009) § 155 Rn 77.

- 161 Insofern offengelassen – weil nicht entscheidungsrelevant – von der Aussperrungsentscheidung BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 228 = NZA 1991, 809, 811 unter C I 3 a: »Ob der Gesetzgeber weitergehende Regelungsbefugnisse zum Schutz sonstiger Rechtsgüter hat (...), braucht nicht vertieft zu werden. Die im angegriffenen Urteil vorgesehenen Beschränkungen der Aussperrungsbefugnis lassen sich bereits mit dem Schutz entgegenstehender Grundrechte der Arbeitnehmer und ihrer Organisationen aus Art. 9 Abs. 3 GG rechtfertigen.«.

- 162 zur Schrankenübertragung Maunz/Dürig/Scholz, GG 57. Aufl. (2010) Art. 9 Rn 39 f, 149 ff; für die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG BVerfG vom 24.2.1971 – 1 BvR 438/68 u.a. – BVerfGE 30, 227, 243; BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u.a. – BVerfGE 50, 290, 353 = NJW 1979, 699, 708 unter C III 2; BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202, 227 = NZA 2007, 42, 46 BVerfG (Kammer) vom 9.1.2007 – 1 BvR 3068/06 – NZA 2007, 514; BVerfG (Kammer) vom 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03 u.a. – NZA 2005, 153, 154.

- 163 Vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268 = NZA 1996, 1157.

- 164 *Ossenbühl/Cornils*, Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung (2000) 148 f: »Es ist nahezu Allgemeingut, daß gerade im Zusammenhang der Koalitionsbetätigung und damit im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftspolitik kaum eine gesetzliche Regelung denkbar ist, hinter der nicht ihrerseits verfassungsrechtlich geschützte Güter Dritter oder verfassungshohe Gemein-

Überdies können Ordnungsvorstellungen wie eine »gefühlte Störung der Tarifautonomie« den Ausgestaltungswillen leiten. Insbesondere der Vierte Senat aktiviert in letzter Zeit freihändig diagnostizierte Störungen der Tarifautonomie, um das TVG (contra legem) fortzubilden.¹⁶⁵ 186

Da sich jede Regulierung des Arbeitsmarktes »irgendwie sozialpolitisch« begründen läßt, gibt das **Sozialstaatsprinzip** des Art. 20 Abs. 1 GG stets einen Sachgrund ab und **veredelt einfache Gemeinwohlerwägungen zum verfassungsrechtlichen Belang**. In der Schiffsregisterentscheidung hat das BVerfG sogar die Folgewirkungen des Ausflagungswettbewerbs auf hoher See als Sachgrund genügen lassen: Die Tarifautonomie deutscher Gewerkschaften mußte zurücktreten, weil der Wettbewerb sie sonst ohnehin noch weiter verdrängt hätte.¹⁶⁶ 187

Überdies kann dem Gesetzgeber so ein besonders **weiter Einschätzungsspielraum** für soziale Fragen und ein korrespondierendes weites Regelungsermessen zugesprochen werden, so daß nahezu jede Erwägung die Einschränkung der tariflichen Regelungsmacht trägt. Deutlich ist das an der AÜG-Entscheidung des BVerfG geworden – die die durch die Gleichstellung der Leiharbeitnehmer bewirkte Beschränkung der Tarifautonomie für die Leiharbeit leichten Herzens rechtfertigt: »Akzeptanz der Leiharbeit« sei ein legitimes sozialpolitisches Ziel, welches nahezu jede Beeinträchtigung der Tarifautonomie trage; auch die Verhältnismäßigkeit ist am Ende kein Hindernis.¹⁶⁷ 188

III. Großzügige Verfassungsrechtsprechung

Die jüngere **Ausgestaltungs-Rechtsprechung des BVerfG** fällt großzügig aus und **spricht dem Staat weitreichende Befugnisse zu Lasten der Koalitionen zu**: 189

- Durch Gesetz dürfen Kurtage auf tarifliche Urlaubstage angerechnet werden – zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit.¹⁶⁸
- Die Erstreckung von Tarifregeln auf an sich tariffreie Arbeitnehmer und Arbeitgeber durch die (Entgelt-)Gleichstellung der Leiharbeit

wohlintereessen stehen«, weiter von Münch/Kunig/Löwer, 5. Auflage (2000) Art. 9 GG Rn 64; ErfK/Dieterich, 10. Auflage (2010) Art. 9 GG Rn 49; interessant auch BVerfG vom 25.10.1984 – 1 BvF 1/90, 1 BvR 342, 348/90 – BVerfGE 92, 26, 43 u.a. »Schutz der Weltmeere« als Gut von Verfassungsrang.

165 Dazu Franzen, Gesetzesbindung im Tarifvertragsrecht, FS Picker (2010) erscheint demnächst; Rieble, »Blitzaustritt« und tarifliche Verbindung, RdA 2009, 280.

166 BVerfG vom 10.1.1995 – 1 BvF 1/90 – BVerfGE 92, 26, 41 = NZA 1995, 272.

167 BVerfG [Kammer] 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03 ua – NZA 2005, 153.

168 BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293 = NZA 2001, 777.

beeinträchtigten auch die Tarifaufonomie der Erstreckungsadressaten, gleichwohl sei das zur Stärkung der Akzeptanz der Leiharbeit und damit zur Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit gerechtfertigt.¹⁶⁹

- Im Fall des staatlichen Tariftreueverlangens hat das BVerfG die Tarifaufonomie anderer Koalitionen gar nicht als berührt angesehen.

»Andere Koalitionen als die, deren Entgelttarifverträge durch die Umsetzung der Tariftreueverpflichtung aus § 1 Abs. 1 Satz 2 Berliner Vergabegesetz auch auf Außenseiterarbeitsverhältnisse Anwendung finden, werden in ihrer durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifaufonomie nicht betroffen, weil die gesetzlich vorgeschriebene Auflage kein rechtliches Hindernis zum Abschluss von Tarifverträgen errichtet und der Abschluss konkurrierender Tarifverträge auch nicht faktisch unmöglich gemacht wird (...)«¹⁷⁰

- Gewerkschaftswerbung in Polizeidienststellen kann ohne weiteres verwehrt werden.¹⁷¹
- Die Mithaftung des (womöglich gar nicht tarifgebundenen) Hauptunternehmers für die tariflichen Mindestlohnansprüche der Arbeitnehmer des Subunternehmers sei zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und der Sicherung sozialer Mindeststandards verhältnismäßig – gemessen an der Berufsfreiheit. Dabei betont das Gericht: »Der Gesetzgeber darf auch die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen, indem er Regelungen schafft, die bewirken, dass die von den Tarifparteien ausgehandelten Löhne und Gehälter auch für Nichtverbandsmitglieder zur Anwendung kommen. Indem den Tarifentgelten zu größerer Durchsetzungskraft verholfen wird, wird die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte, im öffentlichen Interesse liegende (...) autonome Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen abgestützt (...)«¹⁷²
- Nur einmal hat das BVerfG die kleineren vor den großen Gewerkschaften geschützt: Beim überzogenen Unterschriftenquorum für die Delegiertenwahl als Vorstufe zur Aufsichtsratswahl (Rn 104).
- Und nur einmal hat das BVerfG einen Teilaspekt der Tarifverdrängung als unverhältnismäßige Ausgestaltung gewertet: Die Eröffnung eines Zweitregisters für Seeschiffe erlaubte die Verdrängung deutscher Gewerkschaften zugunsten ausländischer. Unzumutbar (also unverhältnismäßig) fand das BVerfG dabei eine

¹⁶⁹ BVerfG [Kammer] vom 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03 ua – NZA 2005, 153.

¹⁷⁰ BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 = NZA 2007, 42 – Rn 75.

¹⁷¹ BVerfG [Kammer] vom 6.2.2007 – 1 BvR 978/05 – NZA 2007, 394.

¹⁷² BVerfG [Kammer] vom 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609.

Spezialregelung, die es deutschen Gewerkschaften besonders erschwerte, ihre Tarifverträge auf ihre (!) ausländischen Mitglieder zur Anwendung zu bringen. Damit bestätigt das Gericht, daß die Tarifgeltung für Mitglieder von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt ist, aber der Ausgestaltung unterliegt, die hier mißraten war.¹⁷³

Die Tarifaufonomie hat das BVerfG (nur) gegenüber den Tarifgebundenen 190 hochgehalten. Eine tarifliche Übergangsregelung zur Neuordnung der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst konnte ein Betroffener auch deswegen nicht kontrollieren lassen, weil das zu einer Tarifaufsicht durch Tarifgebundene führte:

»Der Staat hat sich im Betätigungsfeld der Tarifvertragsparteien grundsätzlich einer Einflussnahme zu enthalten (...). Er überlässt die erforderlichen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum großen Teil den Koalitionen, die sie autonom durch Vereinbarungen treffen (...). Solange den Tarifvertragsparteien mehrere Möglichkeiten für eine verfassungskonforme Neugestaltung des Übergangsrechts offen stehen, lassen sich gerichtliche Vorgaben für die Neuregelung mit der Tarifaufonomie daher grundsätzlich nicht vereinbaren.«¹⁷⁴

IV. Sachgrundorientierung – konkrete Alternativprüfung – Prinzipienleitung

Will man die Abwägungskontrolle nicht in völliger Beliebigkeit »ver- 191 sacken« lassen, die jedwede Nützlichkeitsabwägung des Gesetzgebers oder Richters und seine subjektiven Bewertungen als belastenden Ausgestaltungsgrund von Verfassungsrang nimmt, so bleibt angesichts der notwendigen Offenheit kollektiver Vertragssysteme für die Verhältnismäßigkeitskontrolle kein nennenswerter Ansatzpunkt. Effektiver Grundrechtsschutz ist das nicht – sondern ein »Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe«.¹⁷⁵

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung kann die Tarifparteien vor staatlicher 192 Beliebigkeit nur schützen, indem

- erstens die Belastungsprüfung »hart« am konkreten Sachgrund orientiert wird;
- zweitens müssen im Rahmen der Suche nach milderer Mitteln die konkreten tarif- und arbeitskampfrechtlichen Regelungsalternativen herausgearbeitet und beurteilt werden;

¹⁷³ BVerfG vom 10.1.1995 – 1 BvF 1/90 – BVerfGE 92, 26, 41 = NZA 1995, 272.

¹⁷⁴ BVerfG [Kammer] vom 29.3.2010 – 1 BvR 1373/08 – ZTR 2010, 309 – Rn 29.

¹⁷⁵ *Ossenbühl*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981) 189.

- drittens schließlich muß die kaum faßbare Proportionalität anhand der verfassungsrechtlichen Prinzipien der Tarifautonomie als ausgeübter Koalitionsfreiheit vorgenommen werden; nur die Prinzipienorientierung vermag diese Abwägungsgewichtung mit Maßstäben zu versehen.¹⁷⁶

¹⁷⁶ *Sachs*, GG 5. Auflage (2009) Art. 20 Rn 155: »Für die Gesamtabwägung bestehen kaum feste Maßstäbe [...]. Sie ergeben sich jedenfalls nicht aus dem Proportionalitätsgebot als solchem, das keine inhaltlichen Aussagen darüber enthält, welche Auswirkungen und Bedingungen eines staatlichen Eingriffs in die Abwägung einzubeziehen sind und wann ein Mittel verhältnismäßig ist. Angesichts dieser Offenheit ist primär auf die in der Rechtsordnung enthaltenen Wertentscheidungen für den jeweils betroffenen Rechtsbereich zurückzugreifen, um Beliebigkeit der Maßstäbe zu vermeiden [...].«; skeptisch auch *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005) 399 f: »Unklar ist schließlich auch nach wie vor die Rechtsfolgenfrage, also diejenige nach den an die Tatbestände einer Ausgestaltung bzw. eines Eingriffs geknüpften spezifischen Rechtfertigungslasten. Die aus der älteren Rechtsprechung vertraute Verstrickung schrankenspezifischer Rechtfertigungsmaßstäbe mit angeblichen Ausgestaltungsregelungen, also etwa die Berufung auf verfassungsimmanente Schranken und die Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, gehört zu den offenbar noch nicht überwundenen Fragwürdigkeiten der Judikatur.«.

§ 4 Konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung

Eine Beurteilung der Verhältnismäßigkeit setzt voraus, daß der **Regelungszweck** der Tarifeinheit – also der Geltungsverdrängung anderer im Betrieb geltender Tarifverträge – definiert ist. Sonst läßt sich weder beurteilen, ob 193

- das Mittel Tarifeinheit für den konkreten Regelungszweck geeignet ist,
- ob anstelle der Tarifeinheit mildere Mittel zur Erreichung gerade dieses Zweckes zur Verfügung stehen, es also an der Erforderlichkeit fehlt,
- und ob die Zweck-Mittel-Relation proportional, also verhältnismäßig im engeren Sinne ist.

Vor allem aber kann nur so festgestellt werden, ob das Regelungsziel mit den verfassungsrechtlichen Grundwertungen übereinstimmt – oder von vornherein illegitim ist. Also: Wozu dient die geforderte Tarifeinheit? 194

A. Koalitionsebene: Stärkung der großen Einheitsgewerkschaften

Die Idee der »neuen« Tarifeinheit wird von den Spitzenverbänden DGB und bda vorgebracht. Nachdem *Kempen* schon vor geraumer Zeit die Idee einer Schutzpflicht des Staates gegenüber Tarifverbänden vorgebracht hat (Rn 31) liegt es nahe, daß eine Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip gerade die großen und DGB-Gewerkschaften stützen soll – weil gerade diese an Mitgliederschwund leiden und dafür zum Teil auch Absplitterungen in Sparten- oder Berufsgruppengewerkschaften verantwortlich gemacht werden. Das indes ist kein tauglicher Tarifeinheitsgrund, **weil der Staat dann entgegen seiner Neutralitätspflicht (Rn 98) eine bestimmte Organisationsform um ihrer selbst willen förderte** – und die von Art. 9 Abs. 3 GG gerade geschützte Entscheidung der Arbeitnehmer ignorierte, nicht einer großen Einheitsgewerkschaft sondern in einer kleineren Spezialisten-, Berufsgruppen- oder Funktionselementengewerkschaft ihre Interessen vertreten sehen zu wollen. Die Tarifeinheit braucht einen Sachgrund, der im Gesamtsystem der Regelung der Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag und Arbeitskampf selbst liegt – und nicht in dem Wunsche, bestimmten schwächelnden Gewerkschaften Mitglieder zuzutreiben. 195

Deutlicher noch wird das, wenn man die **Tariffähigkeit** als schärfer wirkende Zulassungsvoraussetzung zum Tarifsysteem betrachtet. Wäre es ein zulässiges Ziel, Großgewerkschaften zu stabilisieren, so spräche 196

manches dafür, die Zulassungsanforderungen zu verschärfen, um »störende« Kleingewerkschaften zu eliminieren und deren (potentiellen) Mitgliedern die Traditionsmitgliedschaft in einer Traditionsgewerkschaft als einzige Option der positiven Koalitionsfreiheit zu eröffnen. Das indes wäre grob verfassungswidrig, weil nicht von einem Sachziel des Tarifvertragssystems geboten. Und eben deshalb hat das BAG in den Entscheidungen »UFO« und »CGM« anders entschieden und allein die **Tarifvertragsfunktionalität** maßgebend sein lassen, die nichts gegen die Zulassung dieser beiden Gewerkschaften zum Tarifsysteem ergab.¹⁷⁷

- 197 Etwas anderes folgt auch nicht aus der von Peter *Hanau* in der aktuellen Diskussion herangezogenen Entscheidung des **BVerfG aus 1954**: Dort hat das BVerfG gebilligt, daß das LAG Bayern einem gemisch-fachlichen Arbeitgeberverband von der Prozeßvertretung in zweiter Instanz ausgeschlossen hat, weil er nicht tariffähig sei. Zwar dürfe die Tariffähigkeit nicht von der Organisationsform abhängen, doch müsse der Gesetzgeber keineswegs »außergewöhnliche Organisationsformen oder solche, die durch die tatsächliche Entwicklung des sozialen Lebens nahezu völlig oder doch im wesentlichen als überholt gelten dürfen, auch dann bei der Regelung der Tariffähigkeit berücksichtigen, wenn sich daraus **erhebliche Störungen einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens**, vor allem schwer überwindbare Schwierigkeiten für die Gestaltung des Tarifrechts in Richtung der Tarifklarheit und Rechtssicherheit ergeben würden«. Insofern verweist das BVerfG auf die Weimarer Zeit und akzeptiert die »die Gefahr eines völligen Tarifwirrwarrs« als Versagungsgrund für die Tariffähigkeit und damit der Prozeßführungsbefugnis.¹⁷⁸
- 198 Die Entscheidung lädt zu einem Erst-recht-Schluß ein: Wenn man »tarifstörenden« kleinen Verbänden im Wege der Ausgestaltung schon die Tariffähigkeit absprechen darf, um ein »Tarifwirrwarr« zu verhindern, welches der »sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens« im Wege stehe, dann muß es doch möglich sein, auf betrieblicher Ebene das Tarifwirrwarr mit dem milderen Mittel der Tarifeinheit zu verhindern. Der »sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens« kann man nach eigenem Empfinden nahezu alles zuordnen.
- 199 Indes: Die Entscheidung des BVerfG ist überholt. Erstens befaßt sie sich unmittelbar nur mit der Frage der Prozeßvertretungsbefugnis. Für diese

177 BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 »UFO« – NZA 2005, 697, dazu *Rieble*, Gewerkschaftswettbewerb und Tariffähigkeit, SAE 2006, 89; BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 »CGM« – NZA 2006, 1112.

178 BVerfG vom 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96 = NJW 1954, 1881, Hervorhebung von mir.

ist inzwischen anerkannt, daß sie auf Arbeitgeberseite gar nicht von der Tariffähigkeit abhängt.¹⁷⁹

Vor allem aber entschied das Bundesverfassungsgericht 1954 mit Blick auf die Erfahrungen mit dem **Tarifsystem der Weimarer Zeit** – das im übrigen keine Tarifeinheit kannte.¹⁸⁰

Ein nicht handhabbares »**Tarifwirrwarr**« **ist heute nicht zu diagnostizieren**. Die Idee, Arbeitsbedingungen müßten für alle gleich und einheitlich sein, hat lange schon ausgedient. Differenzierung nach Beschäftigtengruppen, ja selbst Individualisierung der Arbeitsbedingungen sind Standard (noch Rn 270).¹⁸¹

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip – inzwischen zur zentralen Leitlinie für die Ausgestaltungsdogmatik geronnen – findet in der Entscheidung (noch) keine Erwähnung. Das BVerfG fragt nicht einmal, ob mildere Mittel in Sicht sind, mit denen dem »Tarifwirrwarr« begegnet werden kann.

Schon 1964 entschied das BVerfG für den Verband katholischer Hausgehilfinnen anders – und hat die strikte Kampfbereitschaft als Voraussetzung der Tarifautonomie abgelehnt. Nicht der Staat habe das Konkurrenzverhältnis zwischen den Arbeitnehmerverbänden zu ordnen:

»Wollte man die Tariffähigkeit von der Kampfwilligkeit abhängig machen, so würde man praktisch die von sich aus kampfunwilligen Koalitionen in der Freiheit der Wahl der Mittel zur Erreichung des Koalitionszwecks einengen und ihnen im Ergebnis Mittel aufzwingen, deren sie selbst zur Erreichung ihres Zwecks nicht zu bedürfen glauben oder die sie aus anderen Gründen ablehnen.

Sollten kampfbereite Organisationen wirklich, wie sie meinen, eine gerechtere Ordnung des Arbeitslebens zustande bringen als kampfunwillige, so wird sich das im Wettbewerb zwischen den verschiedenen Gruppen auswirken. Die etwaige größere Chance der kampfwilligen Gewerkschaften, auf Grund eines durchgeführten oder angedrohten Streiks Tarifverträge mit einem Inhalt auszuhandeln,

179 BAG vom 16.11.1989 – 8 AZR 368/88 – NZA 1990, 666; zur Diskussion der erforderlichen Tariffähigkeit von Gewerkschaften *Schleusener*, Der Gewerkschaftsbegriff in § 11 ArbGG, NZA 1999, 408.

180 Hueck/*Nipperdey*, Arbeitsrecht II, 1. u 2. Auflage (1929) 249: »Nicht hierher gehört ferner der sogenannte Fall der ›**Pluralität**‹, Er kommt dann in Frage, wenn z.B. eine christliche und eine freie Gewerkschaft mit demselben Arbeitgeberverband je einen Tarifvertrag abschließt. Es fehlt dann die Identität des **persönlichen** Geltungsbereichs (an der Tariffbeteiligung). Denn der eine Tarifvertrag gilt nur für die christlich organisierten und der andere nur für die freigewerkschaftlichen Arbeitnehmer.« Hervorhebung im Original.

181 Das LAG-Urteil, auf dessen Störungsdiagnose das BVerfG ohne nähere Angabe verweist, ist leider nicht veröffentlicht und nach 30 Jahren auch nicht mehr bei Gericht erhältlich.

der für ihre Mitglieder günstiger ist als die von kampfunwilligen erreichten Arbeitsbedingungen, bedeutet u.U. eine erhöhte Werbekraft ihrer Koalition gegenüber den nicht kampfbereiten Koalitionen.«¹⁸²

Hier setzt das BVerfG also freiheitlich auf den Koalitionswettbewerb – um eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens durch eine womöglich schwache aber doch selbst gewählte Gewerkschaft zuzulassen – und verwirft die staatliche Zulassungsbeschränkung als Ordnungsinstrument.

- 204 Vor allem aber hat sich der verfassungsdogmatische Blickwinkel verändert: Die »sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens« als Leitbild der Tarifautonomie ist nur vor dem Hintergrund der damals herrschenden Delegationstheorie begreifbar: Wenn der Staat den Koalitionen diese Aufgabe zur Staatsentlastung überantwortet, dann darf er auch durch Gestaltung der Spielregeln Sorge dafür tragen, daß das Ergebnis »sinnvoll« ist – daß also eine »von oben her verfügte Gemeinschaftsordnung« die vom Staat für richtig erachtete Sozialgestaltung bewirkt.¹⁸³

Die heute **herrschende Autonomietheorie** sieht die Koalitionsfreiheit »von unten« aus der Sicht des Mitgliedes, das sich seine Koalition zur mandatarischen Interessenvertretung auswählt und mit der Mitgliedschaft zur tariflichen Regelung der Arbeitsbedingungen ermächtigt.¹⁸⁴

182 BVerfG vom 6.5.1964 – 1 BvR 79/62 – BVerfGE 18, 18 = NJW 1964, 1267 unter B III 2 d.

183 Dazu kritisch *Richardi*, Koalitionsfreiheit und Tariffähigkeit, FS Wißmann (2005) 159, 167.

184 Vor allem *Picker*, Ursprungsidee und Wandlungstendenzen des Tarifvertragswesens. Ein Lehrstück zur Privatautonomie am Beispiel Otto v. Gierkes, GedS Knobbe-Keuk (1997) 879 ff = ZfA 2009, 215 ff; *ders.*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, in: Walter-Raymond-Stiftung (Hrsg.) Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft (1997) 113 ff; *ders.*, Die Regelung der »Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip, ZfA 1986, 199. *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn 1102 ff; *ders.* Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5 ff; *Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, FS Schaub (1998) 117 ff; *ders.*, Koalitionswettbewerb – Nutzung von Freiheit oder Störung der Ordnung? GedS Zachert (2010) 532; *F. Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie – Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht (2005) 57 ff; *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb (2002) 143 ff; **kritisch** *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005) S. 436 ff, der doch »irgendwie« die Tarifparteien berufen sieht, kraft »erweiterter Autonomie« auch für Nichtmitglieder zu agieren; insofern aber kann außerhalb der Mitgliedschaft die Legitimation doch nur wieder vom delegierenden Staat kommen; weiter *Waltermann*, Zu den Grundlagen der Rechtsetzung durch Tarifvertrag, FS Söllner (2000) 1251 und schon *Wiedemann*, Die deutschen Gewerkschaften –

Die Autonomietheorie aber führt zu einem zwingenden Schluß: Weil die Tarifparteien nicht im auch nur mittelbaren Staatsauftrag agieren, ist es nicht Sache des Staates, konkrete Tarifiergebnisse als »nicht sinnvoll« zu erachten. Wenn sich Berufsgruppengewerkschaften bilden, die als frei gewählter Verband ihrer Mitglieder berufsgruppenspezifische Interessen an bestimmten Arbeitsbedingungen geltend machen, dann ist das für sich nicht beanstandungsfähig. Eben deshalb drängt *Dieterich* zu Recht darauf, **zwei Ordnungen zu trennen**: Die »**Ordnung des Tarifsystems**« betrifft die Spielregeln auf der Metaebene, die »**Ordnung des Arbeitslebens**« hingegen das jeweils aktuelle Spielergebnis, zu dessen Richtigkeit oder Angemessenheit der Staat gerade kein Urteil abgeben soll, weil diese Gestaltung den Tarifparteien überantwortet ist. Damit vertrüge es sich nicht, die Ordnung des Tarifsystems so zu modellieren, daß nur jene Tarifparteien zum Zuge kommen, die »gewünschte Tarifiergebnisse« hervorbringen. 205

Deshalb ist es von vornherein unzulässig, das Tarifsysteem anders als nach seinen Funktionsbedingungen auszugestalten. Daß dem Staat die autonome Koalitionsbildung einzelner Berufsgruppen oder deren Tarifbetätigung »nicht gefällt«, ist kein Grund, das Tarifsysteem zu ändern. Nur hinreichend konkrete Unzuträglichkeiten in der abstrakten Funktionsfähigkeit des Tarifsystems tragen solche Änderungen; bei ihrer Beurteilung ist ein abstrakter **Schleier des Nichtwissens** um konkrete Einzeltarifverträge anzulegen.¹⁸⁵ 206

B. Tarifebene

I. Diagnose

1. Beschränkung des tarifbezogenen Gewerkschaftswettbewerbs

a. Gewerkschafts-Hopping

Für die Tarifeinheit wird von unterschiedlichen Seiten vorgebracht, damit solle ein schädlicher Wettbewerb zwischen den Gewerkschaften,¹⁸⁶ ja 207

Mitgliederverband oder Berufsorgan?, RdA 1969, 321; wohl auch *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität (2010) 351, der für die Mehrheitsherrschaft im Rahmen der Tarifeinheit sogar das Demokratieprinzip heranzieht, so als ob der Betrieb eine demokratisch verfaßte Körperschaft wäre.

¹⁸⁵ Vgl. für die vergleichbare Änderung der staatlichen Finanzverfassung im Länderfinanzausgleich BVerfG vom 11.11.1999 – 2 BvF 2/98 ua – BVerfGE 101, 158 = NJW 2000, 1097.

¹⁸⁶ *Giesen*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1, unter II. 2. b. sieht unter Verweis auf das 18. Gutachten der Monopolkommission die Gefahr von Über-

sogar ein »Gewerkschafts-Hopping« der Arbeitnehmer unterbunden werden, die sich heute so und morgen anders für die eine oder andere Vereinigung entschieden.¹⁸⁷

- 208 Einen **Beleg** dafür, daß Arbeitnehmer sich heute so und morgen anders entscheiden, gibt es nicht. Im Organisationsbereich echter Berufsgruppen-gewerkschaften ist der Organisationsgrad der Spezialisten ohnehin hoch. Daß Piloten von Cockpit zu ver.di wechseln, ist nicht bekannt. Auch scheint bei den Lokomotivführern die GDL sehr stabil zu sein und keine Mitglieder an transnet zu verlieren. Aber auch dort, wo die Gewerkschaftskonkurrenz in der Berufsgruppe effektiv wirken könnte, gibt es jedenfalls keine empirischen Erkenntnisse für »Gewerkschafts-Hopping«. So kann sich der Arzt frei zwischen dem Marburger Bund und ver.di entscheiden – daß hier großer Wankelmut herrschte, ist nicht bekannt.

Im übrigen macht der »hoppende« Arbeitnehmer nur von seinem Grundrecht Gebrauch.¹⁸⁸

b. Schädlicher oder leitbildwidriger Kollektivwettbewerb

- 209 Unmittelbar gegen den Gruppenwettbewerb wendet sich *Hromadka*: Er kritisiert Gewerkschaftsrivalität und Gruppenegoismus und fordert die Tarifeinheit also Instrument zur Unterbindung dieses Wettbewerbs – und seiner behaupteten schädlichen, ja »verheerenden« Nebenwirkungen auf Betriebsklima und Friedenspflicht.¹⁸⁹ *Hromadka* unterläßt freilich die Analyse, ob den von ihm behaupteten schädlichen Wirkungen auf der jeweiligen sachlichen Regelungsebenen wirksam begegnet werden kann – ob also nicht der Gewerkschaftswettbewerb, sondern »tiefer zu hängende« Probleme des Tarifwettbewerbs und konkurrierender Streiks Probleme

bietungswettbewerb: ähnlich die Professoreninitiative Tarifpluralität, Eckpunkt 6.

- 187 Vgl. *Leuchten*, Konsequenzen für die Praxis – Das drohende Ende der »Tarifeinheit«, AuA 2010, 146 f.; *Lesch*, Spartengewerkschaften – Entstehungsmotive und ökonomische Wirkung, Industrielle Beziehungen 2008, 303, 325; *Böhm*, BB-Kommentar: Drohende Tarifpluralität in der Praxis, BB 2010, 1158 f.; *Lipinski/Hund*, BB-Kommentar: Die Auswirkungen dieser Rechtsprechungsänderung sind immens, BB 2010, 1991 f.

- 188 Zu recht brandmarken *Thüsing/von Medem*, Tarifeinheit und Koalitionspluralismus, ZIP 2007, 510, 512, 514: »Gewerkschafts-Hopping« als Kampfbegriff.

- 189 *Hromadka*, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Tarifikollision, NZA 2008, 384, 387.

bereiten. Auf der Kollektivebene wird gar ein schädlicher, ja ruinöser tariflicher **Unterbietungswettbewerb** befürchtet.¹⁹⁰

Das ist zunächst einmal faktisch nicht richtig: Spartengewerkschaften versuchen für ihre Mitglieder »mehr herauszuholen« als der Flächentarifvertrag für sie hergibt; insofern geht es – bezogen auf die Tarifgebundenen – um einen **Überbietungswettbewerb**.¹⁹¹ 210

Um einen **Unterbietungswettbewerb** geht es nur, wenn einzelne Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände mit mitgliederschwächeren Gewerkschaften abschließen und die (vermeintlich) stärkere Gewerkschaft nicht in der Lage ist, ihre Tarifvorstellungen durchzusetzen. Das ist etwa im **Elektrohandwerk** zu beobachten, in welchem die CGM Tariferfolge zu Lasten der IG Metall erzielt.¹⁹² Doch beklagt die Mehrheitsgewerkschaft in diesen Fällen im Kern keinen »unlauteren Tarifwettbewerb«, sondern den **eigenen Mißerfolg** in schwierigem Umfeld. Der IG Metall steht es doch frei, Handwerker in den Streik zu führen und den besseren Tarif durchzusetzen. Sie möchte überbieten, schafft es aber nicht. 211

Der zweite Fall betrifft die regulatorische Sondersituation, daß der Tarifvertrag dispositives Gesetzes- oder Richterrecht abbedingt; dabei haben die Kritiker die **Leiharbeit** und die vermeintlichen »Dumping-Tarifverträge« der Christlichen Tarifgemeinschaft im Auge.¹⁹³ Auch hier steht es der DGB-Tarifgemeinschaft selbstredend frei, höhere Leiharbeitsentgelte durch Streik durchzusetzen und die Tarifbindung einzelner Verleiher oder derjenigen Arbeitgeberverbandes AMP durchzusetzen, der bislang mit der CGZP abschließt. Auch hier ist der beklagte Unterbietungswettbewerb zuerst Ausdruck eigenen Mißerfolgs in der Organisations- und Tarifpolitik. 212

Beide Unterbietungsfälle haben mit der Tarifeinheit im Betrieb nichts zu tun. Eine **Konkurrenz von unterschiedlichen Handwerkstarifen bei demselben Arbeitgeber gibt es nicht, ebensowenig doppelt tarifgebundene Verleiher**. Der DGB-Zeitarbeitsarbeitsvertrag gilt nicht etwa betriebseinheitlich beim Stammarbeitgeber (bei dem Leiharbeit- 213

190 *Kempen*, Die »Tarifeinheit« der Koalitionsfreiheit – ein Zwischenruf, FS Hromadka (2008) 177, 185 f.

191 Richtig *Dieterich*, Koalitionswettbewerb – Nutzung von Freiheit oder Störung der Ordnung? GedS Zachert (2010) 532, 540.

192 Dazu *Bispinck/Dribbusch*, Tarifkonkurrenz der Gewerkschaften zwischen Über- und Unterbietung, Sozialer Fortschritt 2008, 153, 160.

193 *Kempen*, Die »Tarifeinheit« der Koalitionsfreiheit – ein Zwischenruf, FS Hromadka (2008) 177, 186; auch *Dieterich*, Koalitionswettbewerb – Nutzung von Freiheit oder Störung der Ordnung? GedS Zachert (2010) 532, 542; *Bispinck/Dribbusch*, Tarifkonkurrenz der Gewerkschaften zwischen Über- und Unterbietung, Sozialer Fortschritt 2008, 153, 160.

nehmer während ihres Arbeitseinsatzes arbeiten), sondern allenfalls unternehmenseinheitlich beim Verleiher. Der Verleiher wiederum hat außer seiner Zentrale keinen arbeitsorganisatorischen Betrieb (noch Rn 282).

- 214 **Tarifeinheit also hat mit Unterbietung nichts zu tun.** Im Gegenteil: Wenn in ein und demselben Betrieb oder Unternehmen unterschiedliche Tarifverträge gelten, so ermöglicht der Gewerkschaftswettbewerb gerade, daß die Arbeitnehmer zur Gewerkschaft mit den besseren Arbeitsbedingungen »überlaufen«. Gewerkschafts- und Tarifwettbewerb erschweren die Unterbietung! Welcher Arbeitnehmer bleibt in der X-Gewerkschaft, wenn er durch Übertritt zur Y-Gewerkschaft mehr verdienen kann oder für das gleiche Entgelt weniger arbeiten muß?
- 215 Eine **effektive Tarifunterbietung** ist nur betriebs- oder unternehmensbezogen möglich – über den Gütermarktwettbewerb: Wenn nämlich ein Arbeitgeber aufgrund niedrigerer Tarifentgelte seine Leistungen billiger produzieren und deshalb preisgünstiger anbieten kann als der an den teureren Tarif gebundene Wettbewerber, dann kann er ihn womöglich vom Markt verdrängen. Eben dieser Gefahr begegnet die Allgemeinverbindlicherklärung von Mindestlohntarifen nach dem AEntG, welche auch die Tarifautonomie von Konkurrenzgewerkschaften einschränkt. Aber: Gerade weil Gewerkschaften auf die Beschäftigungswirkung der von ihnen verantworteten tariflichen Arbeitsbedingungen achten dürfen, steht es ihnen frei, durch niedrigere Preise die **Beschäftigung ihrer Mitglieder zu sichern oder gar zu fördern**. Schädlicher Unterbietungswettbewerb ist das nicht, sondern eigenverantwortlicher Umgang mit der Tarifautonomie. Man sieht: Die These vom schädlichen Unterbietungswettbewerb fußt auf dem Gedanken, daß der höhere Tariflohn stets der bessere sei und »irgendwie« auch für die Andersorganisierten Geltung beanspruche. Diese These ist falsch.
- 216 Zu einer Störung des Tarifgeschehens kommt es, wenn eine Gewerkschaft sich als **tariflicher Lohndrucker zu Lasten Andersorganisierter** betätigt. So ermöglichte gerade die alte Spezialitäts-Tarifeinheit theoretisch, daß eine kleine Gewerkschaft einen (spezielleren) Sanierungshaustarif mit Entgeltabsenkungen abschließt, der den Flächentarifvertrag verdrängt, obschon diese kleine Gewerkschaft keinen Arbeitnehmer im Betrieb vorweisen konnte, geschweige denn repräsentativ war.¹⁹⁴ Das ist »unlauterer« Tarifwettbewerb, gerade weil die kleine Gewerkschaft und ihre Mitglieder vor allem fremde Tarifbedingungen verschlechtern. Gegenbeispiel ist der Fall Jenoptik, bei dem erhebliche Teile der Beleg-

194 www2.igmetall.de/homepages/offenbach/file_uploads/metalldez.2005.pdf [7.8.2010] zum Fall Nexans.

schaft von der IG Metall zur CGM übergelaufen sind, weil die IG Metall sich der Standortsicherung verweigert hat.¹⁹⁵

Der von *Kempen* als Störung der Koalitionsfreiheit ausgemachte Wettbewerb ließe sich nun in der Tat durch Tarifeinheit zwar nicht in der Fläche, doch aber im Betrieb verhindern, wenn sich irgendein normativer Anhaltspunkt dafür finden ließe, daß Wettbewerb von Gewerkschaften stört. Eben dies versucht *Kempen* mit einem aus Art. 9 Abs. 3 GG gewonnenen Leitbild zu begründen. Aus der autonomen Kartellfunktion der Gewerkschaften folgert er einen gegen den Staat gerichteten Monopolanspruch, der durch die Tarifeinheit zu verwirklichen sei. Das ist befremdlich, weil aus der autonomen, auf die eigenen Mitglieder bezogenen Kartellbildung darauf geschlossen wird, der Staat müsse den fehlenden autonomen Kartellorganisationserfolg durch Konkurrenzunterdrückung kompensieren. Art. 9 Abs 3 GG erlaubt nur die autonome Kartellbildung – trägt aber kein staatliches Zwangskartell.¹⁹⁶

c. Offene Gruppenbildung und (inner)gewerkschaftliche Tarifopposition

Zentrale Ordnungsvorstellung von Art. 9 GG ist – mit Blick auf die allgemeine Vereinigungsfreiheit ebenso wie für die Koalitionsfreiheit – mit dem BVerfG das »**Prinzip freier sozialer Gruppenbildung**«. Nicht der Staat oder eine sonstige Obrigkeit organisiert, welche Personen in welchen Gruppierungen ihre Interessen vereinigen und geltend machen – das dürfen die betroffenen selbst entscheiden.¹⁹⁷

Gerade für Gewerkschaften ist dieses institutionelle Prinzip freier Gruppenbildung entscheidend – und zwar mit Blick auf die **inner-gewerkschaftliche Opposition**: Viele der »kleinen« und Berufsgruppengewerkschaften sind abgewanderte Opposition. Wenn Piloten zuerst in der DAG und dann in ver.di keine angemessene Interessenvertretung sehen, so bleibt ihnen nach dem verbandsinternen Widerspruch (voice) nur entweder der Austritt in die Gewerkschaftsfreiheit – oder aber die Gründung einer eigenen Organisation (exit). Nichts anderes gilt für Flugbegleiter, die mit ver.di als »Bodengewerkschaft« unzufrieden sind und von der Pilotengewerkschaft nicht mitvertreten werden oder für Fluglotsen. Und so hat sich auch der Marburger Bund wegen einer spezifischen

¹⁹⁵ Dazu *Schleef/Oetker*, Tarifpolitik im Wandel (2000).

¹⁹⁶ *Kempen*, Die »Tarifeinheit« der Koalitionsfreiheit – ein Zwischenruf, FS Hromadka (2008) 177, 185; hiergegen *Dieterich*, Koalitionswettbewerb – Nutzung von Freiheit oder Störung der Ordnung? GedS Zachert (2010) 532 ff und schon *Ladeur*, Methodische Überlegungen zur gesetzlichen »Ausgestaltung« der Koalitionsfreiheit, AöR 131 (2006) 643, 650.

¹⁹⁷ BVerfG vor allem im Mitbestimmungsurteil, Rn 50.

Unzufriedenheit der Ärzte aus dem tariflichen Kooperationsabkommen mit der DAG und dann ver.di im Jahr 2005 gelöst.

- 220 Es ist durchweg anerkannt, daß die positive Koalitionsfreiheit nur vor dem Hintergrund der negativen bestehen kann. Die freiwillige (!) Mitgliedschaft konstituiert nach allgemeiner Meinung die Koalitionsfreiheit.¹⁹⁸
- 221 Aber nicht nur die Freiheit zum Fernbleiben, sondern **gerade die Freiheit zur anderen Koalition als anderer Form der Interessenwahrnehmung legitimiert die Eigenheit der kollektiven Interessenvertretung**: Nur weil unzufriedenen Gruppen der Weg zur eigenen Koalition offensteht, kann der Staat darauf verzichten, in einem **Verbändegesetz** in gewisser Parallele zum Parteiengesetz die **Rechte der innergewerkschaftlichen Opposition** zu regeln und so die Organisationsautonomie wirken lassen. Die Anforderungen an die »demokratische Organisation« als Voraussetzung der Tariffähigkeit sind rudimentär. Konkrete innerverbandliche Oppositionsrechte sind damit nicht verbunden.¹⁹⁹
- 222 Solche Oppositionsrechte müßten letztlich konkrete Tarifbeeinflussungsrechte von innergewerkschaftlichen Minderheiten konstituieren und würden damit erheblich in die koalitionsinterne Willensbildung eingreifen, ja eine Zweckmäßigkeitsaufsicht der Mitglieder über die Gewerkschaft und damit am Ende eine **richterliche Tarifizensur** schaffen. So wie aber der Tarifvertrag gerade von einer inhaltlichen Angemessenheitskontrolle freigestellt wird, weswegen nur mächtige Arbeitnehmervereinigungen zum Tarifsysteem zugelassen werden, so kann auch keine innergewerkschaftliche Tarifpolitikkontrolle durch Minderheiten wirken, ohne die innere Willensbildung erheblich zu belasten.²⁰⁰
- 223 Im Kern ist die **Forderung nach Tarifeinheit im Betrieb eine Absage an diese Oppositionsmöglichkeit** – jedenfalls soweit es um die tarifvertragliche kollektive Selbstgestaltung der eigenen Arbeitsbedingungen geht. Auch wenn dadurch das Existenzrecht der Koalition nicht betroffen ist (Rn 29 ff) ist das Ordnungsprinzip der freien Gruppenbildung berührt. Dagegen läßt sich einwenden, das Mehrheitsprinzip befördere gerade die »Abstimmung mit den Füßen« und schaffe einen zu-

198 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua – BVerfGE 50, 290, 367; BAG vom 19.9.2006 – 1 ABR 2/06 – NZA 2007, 277; ErfK/Dieterich 10. Auflage (2010) Art. 9 Rn 32 ff; MünchArbR/Löwisch/Rieble 3. Auflage (2009) § 156 Rn 24 ff mwN.

199 Löwisch/Rieble TVG 2. Auflage (2004) § 2 Rn 30 ff; Oetker, Das private Vereinsrecht als Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit, RdA 1999, 96 ff; MünchArbR/Rieble/Klumpp 3. Auflage (2009) § 164 Rn 4 ff; ErfK/Dieterich 10. Auflage (2010) Art. 9 GG.

200 Vgl. BVerfG [Kammer] vom 29.3.2010, Rn 190.

sätzlichen Anreiz, für Tarifopponenten, zu der für sie »besseren« Gewerkschaft überzutreten, um dieser zur für die Tarifgeltung erforderlichen Mehrheit zu verhelfen. Die tarifliche Gleichschaltung der Arbeitsbedingungen in einem Betrieb oder für eine Teilbelegschaft schließt in diesem Bezugsrahmen indes jedes Nebeneinander von Tarifverträgen aus und **beschränkt damit das Recht der Arbeitnehmer, durch individuellen Gewerkschaftswechsel – solange dieser nicht zum Mehrheitswechsel führt – die für ihn passend erscheinenden Arbeitsbedingungen zu wählen.**

Aus der autonomen Minderheitssituation in einer großen Einheitsgewerkschaft könnten Berufsgruppen nurmehr in die staatlich verordnete Minderheitssituation der betriebsbezogenen repräsentativen Tarifeinheit fliehen, also **vom Regen der Tarifunzufriedenheit in die Traufe der Tariflosigkeit.** 224

So wie es Gewerkschaften freisteht, sich zur Einheits- oder Multibranchengewerkschaft zu entwickeln und die Berufsausrichtung aufzugeben, so haben Minderheiten das Recht, im Gegenzug aus solchen Großverbänden auszuscheiden und im Wege »**gewerkschaftlicher Fragmentierung**« sich zurück zum kleineren Kollektiv zu entwickeln.²⁰¹

So gesehen ermöglicht erst der wenigstens potentielle Gewerkschaftswettbewerb (Rn 96) die **freiheitssichernde Akzeptanzkontrolle** – und beschränkt die Großgewerkschaften auf freiheitliche Weise darin, eine Tarifpolitik zu betreiben, die **bestimmte Mitgliedergruppen vernachlässigt oder gar belastet.**²⁰² 225

»Vernachlässigen« ist auch mit Blick auf Fach- und Sachkunde zu sehen. Gerade in Multibranchengewerkschaften wie ver.di, läßt sich ein **berufsgruppenspezifischer Sachverstand** für die Arbeitsbedingungen kleiner aber hoch spezialisierter Arbeitnehmergruppen nicht mehr vorhalten und effektiv in die Tarifpolitik einbringen. Die Solidarisierung von 2,17 Millionen Ver.di-Mitgliedern kann auf rund 8.000 Piloten, die bei VC organisiert sind, keine besondere Rücksicht nehmen. Tarifeinheit ist damit auch ein Votum gegen eine maßgeschneiderte ausdifferenzierte Tarifpolitik.

Das Bild hellt sich etwas auf, wenn man mit dem Rn 111 ff Gesagten den Bezugsrahmen der Konkurrenzentscheidung auf die Überschneidungen im Geltungsbereich der konkurrierenden Tarifverträge beschränkt. Dann haben die Berufsgruppen eine realistische Chance auf eine eigene Mehr- 226

201 Dazu *Lesch*, Spartengewerkschaften – Entstehungsmotive und ökonomische Wirkung, *Industrielle Beziehungen* 2008, 303, 305.

202 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn 1802.

heit in dem Überschneidungsbereich und können sich hinreichend effektiv zu einer »Tarifopposition« zusammenschließen.

- 227 Zusammenfassend läßt sich damit sagen, daß die **Unterbindung von tarifpolitischem Gewerkschaftswettbewerb von vornherein kein legitimierendes Ziel** der Tarifeinheit sein darf.

2. (Innerbetriebliche) Verteilungsgerechtigkeit

a. Ressourcenkonkurrenz

- 228 *Greiner* macht geltend, daß Tarifwettbewerb im Betrieb die Verteilungsgerechtigkeit störe: Was die Funktionseliten (Piloten, Lokführer, Ärzte) durch ihre besondere Kampfkraft für sich herausholten, mindere die Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers, der dann anderen Beschäftigten-gruppen, die in den großen Gewerkschaften organisiert sind (Bodenpersonal, Zugbegleiter, Krankenschwestern), nurmehr schlechtere Arbeitsbedingungen anbieten könne. Dementsprechend könne eine »Begrenzung des freien Tarifwettbewerbs« den »gesamtgesellschaftlichen Wohlstand« fördern und eine »sozial verträgliche Wohlstandsverteilung« wahren. Damit werde zugleich dem Betriebsfrieden gedient, weil sich Beschäftigte bei Entgeltdiskrepanzen unwohl fühlten. Kurz: Das Sozialstaatsprinzip werde beeinträchtigt.²⁰³
- 229 Hierzu paßt die Warnung vor dem **Verteilungskampf in der Belegschaft**.²⁰⁴
- 230 Führe das »ungehemmt plurale System« zur **Verarmung bestimmter schwacher Berufsgruppen**, so müßte der Staat mit Mindestlöhnen gegensteuern und sei die Tarifaufonomie durch den Staatszugriff stärker

203 *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität (2010) 338 ff; *Giesen*, Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11, 1: »Verlust des sozialen Friedens innerhalb der Belegschaften«; *ders.*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1, unter II. 2.; *C. Meyer*, Rechtliche wie praktische Unzutraglichkeiten einer Tarifpluralität, NZA 2006, 1387, 1389: Tarifabschlüsse »zu Lasten anderer im Betrieb tätiger Berufsgruppen« nebst »negativer Folgen für die Allgemeinheit« warnt; *F. Bayreuther*, Gewerkschaftspluralismus im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung – Abschied vom »Einheitstarifvertrag«?, BB 2005, 2633, 2641; *Franzen*, Tarifeinheit – Element der Tarifaufonomie oder Grundrechtsverletzung?, ZfA 2009, 297, 311; *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, Am Ziel? Senat will Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität kippen, NZA 2010, 687, 691.

204 *Brocker*, Ende der Tarifeinheit aus betrieblicher Sicht, NZA-Beilage 3/2010, 121, 122; *Giesen*, Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11, 13; *F. Bayreuther*, Der Arbeitskampf des Marburger Bundes – Ein Lehrstück zur Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2006, 642; *Hunold*, Tarifpluralität oder Tarifeinheit – Gedanken aus der Praxis, NZA 2007, 1037.

noch bedroht, als durch eine Tarifeinheit. Diese erweise sich als das mildere Mittel.²⁰⁵

Die Tarifeinheit bezweckt also eine »**Zwangssolidarisierung**« in der Belegschaft.²⁰⁶ Spezialisten sollen nicht unter dem Motto »Allein erreichen wir mehr« ihre Durchsetzungsstärke kleingruppenegoistisch einsetzen dürfen, sondern müßten sie großgruppenegoistisch zugunsten »der Gesamtheit der Beschäftigten« (gemeint: zugunsten der Mehrheitsgewerkschaft, die ja keineswegs alle Arbeitnehmer repräsentiert) einsetzen.²⁰⁷ 231

Immerhin lösen pulsierende Arbeitskämpfe unterschiedlicher Gewerkschaften im Betrieb erhebliche Lasten aus, nicht nur für den Arbeitgeber, sondern gerade auch für die Angehörigen der anderen Gewerkschaften, die durch den für sie fremden Streik Arbeit und Entgelt einbüßen (noch Rn 353). 232

b. Widersprüchlichkeit

Greiners Konzept der dynamischen Repräsentativität ist nicht in der Lage, für betriebliche Verteilungsgerechtigkeit zu sorgen, weil sich die Tarifeinheit auch dann immer nur auf die überschneidenden Geltungsbereiche bezieht und auch der Chancengleichheit wegen beziehen muß (Rn 111). Damit aber ist eine übergreifende Verteilungspolitik doch wiederum ausgeschlossen. Denn die siegreichen Ärzte des Marburger Bundes verhandeln nicht gemeinsam mit ver.di-Krankenschwestern. Da also die Tarifeinheit ohnehin nur für segmentierte Teilbelegschaften zu haben ist, scheidet die belegschaftsbezogene Verteilungsgerechtigkeit als Aspekt aus. 233

Davon abgesehen: Auch eine auf den ganzen Betrieb bezogene Tarifeinheit wäre kein Garant für eine angemessene Verteilung. Für diese fehlt schon jeder nachvollziehbare Maßstab. Wenn schon die bipolare Lohngerechtigkeit im Arbeitsvertrag nicht positiv definiert werden kann, gilt das erst recht für multipolare Verteilungsfragen. 234

Auch eine große **Einheitsgewerkschaft ist kein Garant für umfassende tarifliche Verteilungsgerechtigkeit**. Organisationspolitisch weniger bedeutende Berufs- und Beschäftigtengruppen haben weniger Einfluß auf die Tarifpolitik und damit auch auf die Verteilung. Gerade der Umstand, daß solche Berufsgruppengewerkschaften aus der Unzufrieden- 235

205 *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfppluralität (2010) 340.

206 *Jacobs*, Tarifpluralität statt Tarifeinheit – Aufgeschoben ist nicht aufgehoben! NZA 2008, 325, 328.

207 Dazu *Bispinck/Dribbusch*, Tarifkonkurrenz der Gewerkschaften zwischen Über- und Unterbietung, Sozialer Fortschritt 2008, 153, 159.

heit mit bisheriger Tarifpolitik entstehen, belegt dies. Wer will nun wie entscheiden, wieviel Prozent Entgelterhöhung Ärzten im Vergleich zu Krankenschwestern zustehen soll? Eben diese Frage ist der freien Gruppenbildung und dem tarifautonomen Interessenausgleich überantwortet – weil weder der Staat noch die Gewerkschaft ein Verteilungsgerechtigkeitsmonopol haben.²⁰⁸

- ²³⁶ In den Worten von *Thüsing* und *von Medem*: »Es ist aber kein zulässiges Ziel des Tarifvertragsrechts, Beschäftigtengruppen, die einen hohen Arbeitsmarktwert haben, an der Realisierung dieses Werts zu hindern, indem sie in eine Koalition gedrängt werden, in der sie von einer zahlenmäßig größeren Gruppe von Arbeitnehmern mit niedrigerem Marktwert dominiert werden.«²⁰⁹
- ²³⁷ Kurz: **Verteilungsgerechtigkeit ist kein plausibles Argument** für die Tarifeinheit.
- ²³⁸ Dementsprechend ist auch die **Verelendungsthese** eher in ihr Gegenteil zu verkehren: Selbst wenn einmal infolge der Abschöpfung der Leistungskraft eines Unternehmens durch eine Spezialistengewerkschaft andere Beschäftigtengruppen in Not gerieten – was nie der Fall war und auch nicht ernsthaft zu befürchten ist –, wäre in der Tat der Mindestlohn die weniger einschneidende Belastung für die Tarifautonomie. Der Staat spränge den Mitgliedern der versagenden Gewerkschaft bei und garantierte jenen einen Teil der Verteilungsmasse – anstelle der erfolgreichen Gewerkschaft den Erfolg zu verbieten. Das ist die sachnähere Lösung, weil sie unmittelbar an das Tarifversagen anknüpft.

3. Betriebseinheitlich geordnete und standardisierte Arbeitsbedingungen

- ²³⁹ So bleibt auf der Regelungsebene als Argument nur der Wunsch nach betriebseinheitlichen Arbeitsbedingungen (wider die »Balkanisierung« und »Zersplitterung« von Arbeitsbedingungen), und sei es im Interesse von Betriebsklima und Betriebsfrieden.²¹⁰

²⁰⁸ Gerade **Verteilungsverluste** haben Piloten, Ärzte und Lokführer zu eigenständiger Tarifpolitik getrieben, dazu *Schroeder/Greef*, Industrie- und Spartengewerkschaften im Konflikt. Organisatorische Voraussetzungen und realisierte Gelegenheitsstrukturen, Industrielle Beziehungen 2008, 329, 336, 339 f, 343 f; *Lesch*, Spartengewerkschaften – Entstehungsmotive und ökonomische Wirkung, Industrielle Beziehungen 2008, 303, 315 ff.

²⁰⁹ *Thüsing/von Medem*, Tarifeinheit und Koalitionspluralismus, ZIP 2007, 510, 512, 515.

²¹⁰ *Hromadka*, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Tarifikollision, NZA 2008, 384, 387; *Brocker*, Ende der Tarifeinheit aus betrieblicher Sicht, NZA-Beilage 2010, 121; *Giesen*, Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11, 16 diagnostiziert

a. Betriebsbezogene Ordnungsfunktion

Dem Tarifvertrag wurde immer wieder »Ordnungsfunktion« zu-
gesprochen, zuletzt vom Gesetzgeber in § 1 Satz 2 AEntG, der angibt, mit
staatlich verordneten (!) Mindestbedingungen die »Ordnungs- und Be-
friedungsfunktion der Tarifaautonomie« wahren zu wollen. Dahinter steht
der alte Streit, ob der Tarifvertrag gerade nicht nur die Arbeits-
bedingungen der Mitglieder kraft privatautonomen Mandat, sondern die
Arbeitsverhältnisse aller Arbeitnehmer »irgendwie« prägen solle.²¹¹ 240

Diese Ordnungsfunktion wird nun auch für die Tarifeinheit fruchtbar ge-
macht – aber nicht markt- sondern betriebsbezogen: Weil arbeitsorgani-
satorische Wechselwirkungen im Betrieb und vor allem Leistungs-
störungswirkungen im Arbeitskampf (dazu Rn 353) den Betrieb zur
faktischen Einheit machten, sei auch eine tarifrechtliche Betriebseinheit
jedenfalls möglich.²¹²

Indes: Betriebe sind keine Arbeitnehmer und können als Kollektiv nicht
Mitglied einer Gewerkschaft sein. Die Koalitionsfreiheit ist zuerst als
Individualgrundrecht konzipiert; die Tarifaautonomie ist auf die Mitglieder
bezogen. Damit ist die Tarifpluralität verfassungsrechtlich angelegt; Tarif-
autonomie soll Disparitäten im individuellen Arbeitsvertrag ausgleichen
und bezieht sich damit »prinzipiell« auf diesen. Das ist Konsequenz der
auch von *Giesen* befürworteten Einschätzung als kollektive Privatauto-
nomie.²¹³ 241

Jenes Ordnungsprinzip hat **keine verfassungsrechtliche Grundlage**.
Auch das AEntG respektiert, daß der Tarifvertrag nicht von selbst und
ohne staatlichen Geltungsbefehl den Arbeitsmarkt oder den Betrieb
ordnen kann, so wie dies das BVerfG für die Allgemeinverbindlich-
erklärung nach § 5 TVG und für die dynamische Verweisung eines
Gesetzes auf einen Tarifvertrag ausgesprochen hat (Rn 398). Wenn aber
der Staat den Tarifparteien helfend zur Seite treten muß, damit ihr Tarif-
vertrag markt- oder betriebsregelnd wirken kann, geschieht dies außer- 242

»Feindschaft zwischen den Berufsgruppen«; *Göhner*, 60 Jahre TVG – Zeit für
Reformen?, FS Bauer (2010) 351, 359: »Betriebliche Praxis braucht Tarifein-
heit«.

211 Vor allem *Wiedemann*, Die Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien, RdA
1997, 297; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997) 263 ff. Die Denkfigur
geht zurück auf *Nipperdey*, Mindestbedingungen und günstigere Arbeits-
bedingungen nach dem Arbeitsvertragsgesetz (Ordnungsprinzip und
Leistungsprinzip), FS Lehmann (1937) 257.

212 Zentral: *Giesen*, Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11, 16; *ders.*, Tarifeinheit
und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1, unter IV. 3. b.; dem folgend Professoren-
initiative Tarifpluralität Eckpunkt 9.

213 *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb (2002) 143 ff.

halb der von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten staatsfreien Autonomie. Insofern also kommt die »Ordnungs- und Befriedungsfunktion« allenfalls der Staatshilfe für den Tarifvertrag, nicht aber diesem selbst zu.

Hinter der These von der Ordnungsfunktion des Tarifvertrages steht ein **zunftartiges oder berufsständisches Verständnis** des Koalitionsstatus und damit **der Koalitionsfreiheit** des Art. 9 Abs. 3 GG. Das wird gerade an der (teil-)betriebsbezogenen Tarifeinheit deutlich: Die Arbeitnehmer werden durch einen vom Arbeitgeber gesteuerten arbeitsorganisatorischen Zusammenhang zu einer Zwangsgemeinschaft zusammengefaßt. Damit wird die vom BVerfG hochgehaltene »**freie soziale Gruppenbildung**« verhindert und im Betrieb ein von der »herrschenden Gruppe diktiertes Wertsystem« installiert.²¹⁴

Auf ein Ordnungsprinzip zur Gleichschaltung betrieblicher Arbeitsbedingungen läßt sich die Tarifeinheit also nicht stützen.

b. Nach Betriebseinheitlichkeit »strebende« Tarifbedingungen

- ²⁴³ Ähnlich verfährt die Idee, jeder Tarifvertrag »strebe« nach betriebseinheitlicher Geltung durch arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln.²¹⁵
- ²⁴⁴ Indes steht diese Betriebseinheit für die individuellen Arbeitsbedingungen (vor allem: Entgelt, Dauer der Arbeitszeit, Urlaub, Altersversorgung) **im Belieben allein des Arbeitgebers**. Für ihn mag es bequem sein, auf eine eigenständige und tarifabweichende Regelung der Arbeitsbedingungen der nicht- und andersorganisierten Arbeitnehmer zu verzichten und sich damit den Aufwand für die Entwicklung und Pflege eines alternativen Systems von Arbeitsbedingungen zu sparen, auch weil er dann die Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht abfragen muß (noch Rn 257 ff) und sich Vollzugsprobleme mit segmentierten Belegschaften und ihren unterschiedlichen Arbeitsbedingungen einhandelt (dazu Rn 263 ff, 265 ff). Doch das ist bloße Lebenswirklichkeit ohne normativen Grund. Der Arbeitgeber ist rechtlich nur gehalten, den tariffreien Arbeitnehmern keine eindeutig besseren Arbeitsbedingungen zu gewähren, weil das einer diskriminierenden Prämie für das Fernbleiben von der Gewerkschaft entspricht. Faktisch hat der Arbeitgeber in der Regel kein Interesse, die tariffreien Arbeitnehmer so schlecht zu behandeln, daß er sie in die Arme der Gewerkschaft treibt.

²¹⁴ BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 353 = NJW 1979, 699, 705 unter C III 2 a.

²¹⁵ Wiedemann/Oetker TVG, 7. Auflage (2007) § 3 Rn 32; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005) 437 ff leitet daraus gar ein verfassungsrechtliches Mandat der Koalition ab, auch die Arbeitsverhältnisse von Nichtmitgliedern zu regeln.

Freilich: Vielfach nehmen Arbeitgeber blind Bezug auf den Tarifvertrag – 245
 weil das »immer schon so war«. Auch lassen sich einmal eingeführte
 Bezugnahmeklauseln nicht durch Änderungskündigung sondern nur ein-
 vernehmlich abschaffen. Die Alternative besteht schon bei nur einfacher
 Tarifgeltung in der **Zweiteilung der Belegschaft**: Der organisierte
 Arbeitgeber kann seine nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer in der Tat
anders behandeln als die Gewerkschaftsmitglieder – nicht gezielt besser
 oder schlechter, aber anders, etwa mit einer leistungsabhängige Ver-
 gütung oder einer 40-Stunden-Woche bei entsprechend besserer Be-
 zahlung.²¹⁶

Die Tarifeinheit im Betrieb sicherte nun diese Bezugnahmefreiheit. Denn 246
 wenn entsprechend der Tarifpluralität jeder Arbeitnehmer seinen Tarif-
 vertrag genösse, könnte die Bezugnahme auf den Mehrheitstarif dessen
 Arbeitsbedingungen nur nach dem Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG
 erstrecken, ansonsten scheiterte er in den Arbeitsverhältnissen der Mit-
 glieder der Minderheitsgewerkschaft an der zwingenden Wirkung des § 4
 Abs. 1 TVG.²¹⁷

Das aber heißt nach herrschender Meinung: Der schuldrechtlich in Bezug
 genommene Mehrheitstarif muß in jedem Sachgruppenzusammenhang
 günstiger sein als der Minderheitstarif. Dann aber besteht ohnehin ein
 starker Übertrittssog und kein bedeutsamer Tarifwettbewerb. Wenn aber
 umgekehrt der Minderheitstarif für die erfaßte Beschäftigtengruppe
 bessere Arbeitsbedingungen vorgibt, dann scheitert die Bezugnahme.

Das wiederum zeigt, worauf die Tarifeinheit eigentlich zielt: Sie wirkt als 247
gesetzlich-tarifliche Höchsttarbeitsbedingung (zu Legitimations-
 fragen noch Rn 390 ff) **zu Lasten gerade der Andersorganisierten**:
 Ihnen soll vor allem untersagt werden, für ihre Mitglieder bessere
 Arbeitsbedingungen zu vereinbaren, als sie die Mehrheitsgewerkschaft er-
 reicht hat. Damit aber wirkt die Tarifeinheit zu Lasten eines anderen
 Tarifvertrags weitaus schärfer, als dies jede Differenzierungsklausel ver-
 möchte. Wenn nämlich dem Tarifvertrag schon jede Höchsttarbeits-
 bedingung zu Lasten der eigenen Mitglieder durch das Günstigkeits-

216 *Breschendorf*, Zweiteilung der Belegschaft (2009); *Picker*, Die Tarifaufonomie
 in der deutschen Arbeitsverfassung, in: Walter-Raymond-Stiftung (Hrsg.),
 Tarifaufonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft (1997) 113 ff,
 146 ff; für die Entgeltflexibilisierung *Rieble/Gutzeit*, Individualarbeits-
 rechtliche Kontrolle erfolgsabhängiger Vergütungsformen, Jahrbuch des
 Arbeitsrechts Band 37 (2000) 47.

217 BAG vom 29.8.2007 – 4 AZR 767/06 – NZA 2008, 364 Rn 20; weiter BAG vom
 22.10.2008 – 4 AZR 784/07 – NZA 2009, 151 Rn 34; dazu *Hohenstatt/Kuhnke*,
 Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge beim Be-
 triebs(teil)übergang, RdA 2009, 107 ff.

prinzip untersagt ist, dann darf eine Differenzierungsklausel von vornherein und erst recht keine Höchstarbeitsbedingungen zu Lasten der Nicht- und Andersorganisierten organisierten und ihrer Arbeitsverträge enthalten.²¹⁸

- 248** Wenn aber der Mehrheitstarif die arbeitsvertragliche Überbietung seiner Tarifbedingungen nicht untersagen kann – warum dann die tarifliche? Die Arbeitsvertragsfreiheit ist nicht »mehr wert« als die Tarifautonomie; der günstigere Arbeitsvertrag verdient kein höheres Richtigkeitsvertrauen – zumal die Minderheitsgewerkschaft auch auf die Idee verfallen könnte, schuldrechtliche Kollektivverträge mit arbeitsvertraglicher Umsetzung abzuschließen. Hier wird ein **schwerer Systembruch** erkennbar. Gefährlich kann an dem günstigeren Minderheitstarif doch nicht die Rechtsform des normativen Tarifvertrags sein, sondern nur, daß seine guten Bedingungen durch einen womöglich unverhältnismäßigen Arbeitskampf erzwungen worden sind (noch Rn 299 und 316 ff).
- 249** Auf der anderen Seite erschweren die Tarifparteien des in Bezug genommenen Tarifvertrags inzwischen mit Billigung des BAG selbst die Bezugnahme mit »**einfachen Differenzierungsklauseln**«, die Sonder Vorteile für Gewerkschaftsmitglieder festschreiben, indem sie die Gewerkschaftsmitgliedschaft zum Tatbestandsmerkmal der anspruchsbe gründenden Tarifnorm erheben.²¹⁹
- 250** Von vornherein ausgeschlossen ist die Bezugnahme bei Gemeinsamen Einrichtungen des § 4 Abs. 2 TVG (wenn der Tarifvertrag nicht für all gemeinverbindlich erklärt ist), weil die Klausel jene selbständige Ein richtung nicht zur Leistung an Nicht- und Andersorganisierte Arbeit nehmer verpflichten kann; das wäre ein Vertrag zu Lasten Dritter.²²⁰
- 251** Damit gerät der Wunsch nach betriebseinheitlichen Arbeitsbedingungen durch Tarifeinheit **doppelt widersprüchlich**: Die Erstreckung der Arbeitsbedingungen des Mehrheitstarifvertrages auf die Angehörigen der Minderheitsgewerkschaft hängt vom Belieben des Arbeitgebers und dem der Mehrheitsgewerkschaft ab. Beide können die Bezugnahme unter binden oder erschweren – nur die Minderheitsgewerkschaft und ihre Mit glieder sollen auf das gerade sie betreffende Ergebnis betriebseinheitlicher Arbeitsbedingungen keinen Einfluß haben. Die Tarifeinheit will also eine

²¹⁸ Klar *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 199.

²¹⁹ BAG vom 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – NZA 2009, 1028; dazu *Bauer/Arnold*, Differenzierungsklauseln – Entscheidung des Großen Senats auf der Kippe?, NZA 2009, 1169; *Lüders*, BAG: Besserstellung von Gewerkschaftsmitgliedern durch einfache Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen ist beschränkt möglich, GWR 2009, 330.

²²⁰ *Thüsing/von Hoff*, Leistungsbeziehungen und Differenzierungen nach der Ge werkschaftszugehörigkeit bei Gemeinsamen Einrichtungen, ZfA 2008, 77.

doppelte Fremdherrschaft installieren und die Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft **insgesamt rechtlos** stellen. Das behauptete Ziel positiv einheitlich geltender Arbeitsbedingungen will die Tarifeinheit gar nicht erreichen.

c. Erga-Omnes-Wirkung

Dazu müßte sie nach dem Vorbild romanischer Rechtsordnungen eine **erga-omnes-Wirkung** der Tarifverträge abstreben. Unabhängig davon, ob eine solche betriebsbezogene Allgemeinverbindlichkeit sich mit dem deutsch-rechtlichen Verständnis der Tarifautonomie als kollektiver Privatautonomie verträge, ist sie gerade nicht gewollt. Denn damit verlöre die Mehrheitsgewerkschaft an Attraktivität und büßte Mitglieder ein.²²¹

Die nur negativ fremdtarifbeschränkende Tarifeinheit verteilt die Lasten höchst ungerecht: Dem Mehrheitstarif bleiben alle Tarifrechte erhalten, insbesondere die auf die Mitglieder beschränkte Tarifgeltung und die Möglichkeit, Sondervorteile vorzubehalten; die Minderheitsgewerkschaft büßt alle Rechte ein, ihre Mitglieder erfahren **gar keinen Tarifschutz**.

Eine **rechtliche Einheit tariflicher Arbeitsbedingungen** im Betrieb schreibt das TVG nur für den schmalen Bereich betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Fragen vor, §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 Satz 2 TVG. Hier gilt der Tarifvertrag in der Tat von vornherein betriebseinheitlich, also »erga omnes« – weil die betroffenen Arbeitsbedingungen (Schichtpläne, erweiterte Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats) für die betroffene (Teil-)Belegschaft einheitlich gelten **können**.²²²

Insofern hat das TVG die Notwendigkeit betriebseinheitlicher tariflicher Arbeitsbedingungen gesehen und geregelt.

Wer wirklich betriebseinheitliche Arbeitsbedingungen will, der muß die gegenständliche Reichweite dieser Betriebsnormen erweitern. Damit aber ist notwendig eine **Tarifgeltung ohne Mitgliedschaft** verbunden, die die Attraktivität der Mehrheitsgewerkschaft mindert. Das ist der Preis, den sie selbst bezahlen muß.

221 Zum geringen Organisationsgrad von Gewerkschaften in Frankreich und Spanien: *Wolff*, Le paradoxe du syndicalisme français, Premières Synthèses, 2008/4 N° 16.1 = www.travail-solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/2008.04-16.1-2.pdf [10.8.2010]; *Schulten*, Zur Reichweite der Tarifpolitik in Europa, Aus Politik und Zeitgeschichte 2010, 36 ff = www.bpb.de/files/4QFZI7.pdf [10.8.2010]; WSI-Tarifarchiv, Länderübersicht Tarifverhandlungssysteme in Europa, www.boeckler.de/567.html [10.8.2010].

222 Statt aller Wiedemann/*Oetker*, TVG 7. Auflage (2007) Rn 172 ff; *Löwisch/Rieble*, TVG 2. Auflage (2004) § 3 Rn 102.

4. Pluraler Tarifvollzug als Sonderproblem

- 256 Für die Tarifeinheit werden zusätzlich Vollzugsprobleme geltend gemacht. Es sei schwer und belastend (für den Arbeitgeber, teils auch für den Betriebsrat), zwei oder mehr unterschiedliche Tarifwerke im Betrieb auf die Arbeitnehmer nach ihrer jeweiligen Gewerkschaftsmitgliedschaft – genauer: Tarifgebundenheit nach §§ 3 Abs. 1, 3, 4 Abs. 1 S. 1 TVG – anzuwenden.²²³

a. Fragerecht und Frageobliegenheit des Arbeitgebers nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft

- 257 Richtig ist, daß die Anwendung unterschiedlicher normativ geltender Tarifverträge nach individueller Tarifgebundenheit **dazu zwingt, die Gewerkschaftsmitgliedschaft zu erheben**. Dabei genügt mit Blick auf die Nachbindung des Tarifvertrags gemäß § 3 Abs. 3 TVG die Mitgliedschaft zu irgendeinem Geltungszeitpunkt des Tarifvertrags.
- 258 Indes muß derjenige Arbeitnehmer, der tarifliche Rechte geltend macht, ohnehin seine Tarifgebundenheit und die des Arbeitgebers darlegen und beweisen – weil davon die Tarifgeltung in seinem Arbeitsverhältnis abhängt.²²⁴
- 259 Außerdem kommt dem Arbeitgeber – jedenfalls nach der Einstellung ein **Fragerecht nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft** zu, wenn und soweit davon die Handhabung der Arbeitsbedingungen abhängt, was bei echter Tarifpluralität ebenso der Fall ist wie bei »tarifwidrigen« Arbeitsvertragsbedingungen für tariffreie Arbeitnehmer.²²⁵

223 Brocker, Ende der Tarifeinheit aus betrieblicher Sicht, NZA-Beilage 2010, 121, 123; Franzen, Tarifeinheit – Element der Tarifautonomie oder Grundrechtsverletzung, ZfA 2009, 297, 307; Freckmann/Müller, BAG kippt Grundsatz der Tarifeinheit – was nun?, BB 2010, 1981, 1987; Hunold, Tarifpluralität oder Tarifeinheit – Gedanken aus der Praxis, NZA 2007, 1037, 1038; Lipinski, Droht Tarifwirrwarr in den Betrieben?, BB 2010, 371.

224 BAG vom 18.8.1999 – 4 AZR 247/98 – AP Nr. 22 zu § 3 TVG; Löwisch/Rieble, TVG 2. Auflage (2004) § 3 TVG Rn 163; BeckOKArbR/Giesen, Edition 17 (2010), § 3 TVG Rn 13.

225 Eingehend Rieble, Arbeitgeberfrage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, GedS Heinze (2005); Breschendorf, Zweiteilung der Belegschaft – Chancen und Risiken einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit (2009) 339 ff; gerade mit Blick auf die Tarifpluralität Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität (2010) 481 ff; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 308 ff; Franzen, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 195; Reichold, Abschied von der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, RdA 2007, 327; Thüsing/von Medem, Tarifeinheit und Koalitionspluralismus, ZIP 2007, 510, 512.

Gerade mit Blick auf die **drohende Strafbarkeit nach § 266a StGB** ²⁶⁰ wegen der Nichtabführung der am geschuldeten (tariflichen) Arbeitsentgelt bemessenen Sozialversicherungsbeiträge ist das Fragerecht alternativlos, und dem Arbeitgeber insbesondere nicht zuzumuten, solange abzuwarten, bis der Arbeitnehmer von sich aus die Tarifgebundenheit offenbart. Hinzu kommt die **sozialrechtliche Auskunftspflicht des Beschäftigten, der nach § 280 SGB IV** »die zur Durchführung des Meldeverfahrens und der Beitragszahlung erforderlichen Angaben zu machen« hat.

Betriebspraktische Probleme löst das in Zeiten elektronischer Personal- ²⁶¹ datenverarbeitung ebensowenig aus, wie die Frage nach der Zugehörigkeit zu einer kirchensteuerberechtigten Religionsgemeinschaft, auf die der Arbeitgeber für den Quellensteuerabzug angewiesen ist.

Der **Datenschutz** verhindert die Frage nicht, schützt aber den Arbeitnehmer vor der sachwidrigen Verwendung dieser »sensiblen Daten«, §§ 3 Abs. 9, 28 Abs. Ab. 6, 32 Abs 1 S. 1 BDSG.²²⁶

Vor **Diskriminierung** wegen der Gewerkschaftszugehörigkeit im bestehenden Arbeitsverhältnis wird der Arbeitnehmer nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG und § 612a BGB geschützt. Notfalls ist dieser Schutz zu verstärken.

b. Frageobliegenheit auch bei Tarifeinheit

Davon abgesehen **macht auch die Tarifeinheit die Erhebung der Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht überflüssig:** ²⁶²

Vielmehr muß gerade die Mehrheit ermittelt werden. Das soll freilich in einem fragwürdigen (noch Rn 407 ff) Geheimverfahren vor dem Notar als Deleganten richterlicher Beweisaufnahme geschehen (§ 58 Abs. 3 ArbGG-E, Rn 10).

- Da die normative Wirkung des Tarifvertrags auf die Angehörigen der Mehrheitsgewerkschaft beschränkt bleibt, muß der Arbeitgeber die individuelle Tarifgebundenheit auch dann erheben können, wenn er mit einem (vermeintlichen) Nicht- oder Andersorganisierten solche Arbeitsbedingungen vereinbart, die bei Tarifgeltung an § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG scheiterten, also nicht vom Günstigkeitsprinzip gedeckt wären.
- Schließlich ist auch der umfassend bezugnehmende Arbeitgeber berechtigt, nach der Tarifgebundenheit zu fragen, wenn er den Verzicht auf »tarifliche« Rechte oder einen diesbezüglichen Vergleich vereinbaren will. Nur die aus einem normativ geltenden

²²⁶ Dazu *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 196.

Tarifvertrag folgenden Rechte genießen den besonderen Verzichts- und Vergleichschutz des § 4 Abs. 4 TVG.²²⁷

c. Abgrenzung tariflicher Individual- und Betriebsnormen

- ²⁶³ Bloße Behauptung ist schließlich die Hürde einer Abgrenzungsschwierigkeit der tariflichen Individual- und Betriebsnormen.²²⁸ Erstens ist hierzu bereits hinreichende Untersuchungsarbeit geleistet; überdies zwänge die Tarifpluralität allenfalls dazu, die Betriebsnormen gegenständlich noch stärker zurückzudrängen und auf das Unabweisbare zu reduzieren – eben weil die Mehrheitsgewerkschaft mit ihnen in die Regelungsbefugnisse anderer Gewerkschaften übergreifen kann.²²⁹ Ärger als die Abgrenzungsprobleme der Reichweite und der Grenzen der Tarifmacht gerät auch diese Last nicht.
- ²⁶⁴ Vor allem aber **hebt die Tarifeinheit diese Grenze nicht auf**: Nur Betriebsnormen gelten positiv und normativ für alle Beschäftigten im Betrieb. Die Tarifeinheit erstreckt die Geltung des Mehrheitstarifvertrages gerade nicht auf die Andersorganisierten und erst recht nicht auf die Nichtorganisierten. Der tarifrechtliche Unterschied bleibt.²³⁰ Nur die Bezugnahme kann die Arbeitsbedingungen ebnen, bewirkt aber dennoch keine tarifrechtliche Gleichstellung. Tarifrechtliche Unterschiede machen sich gegenüber den Nicht- und Andersorganisierten bemerkbar – zwingende Tarifwirkung und Verzichtsschutz fehlen (eben Rn 262).

d. Vermeidung betriebsverfassungsrechtlicher Folgeprobleme

- ²⁶⁵ Friktionen kann die Tarifpluralität in der Tat für die Betriebsverfassung bedeuten. Das betrifft vor allem den Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG. Der Betriebsrat müßte etwa die betriebliche Arbeitszeitlage für Arbeitnehmer der einen Gewerkschaft mit einem Volumen von 40 Wochenstunden verteilen – für die der anderen Gewerkschaft ein Deputat von 35 Stunden (wenn nicht die Tarifverträge selbst schon entsprechende Flexibilität gewähren). Oder er müßte eine vom Arbeitgeber gewährte übertarifliche Vergütung auf mehrere tarifliche Entgeltsysteme »aufsetzen«.
- ²⁶⁶ Indes treten **Schwierigkeiten auch sonst** auf, insbesondere nach Umstrukturierungen, wenn in einem Betrieb Angehörige unterschiedlicher

²²⁷ Dazu Löwisch/Rieble, TVG 2. Auflage (2004) § 3 Rn 132 ff mwN.

²²⁸ Göhner, 60 Jahre TVG – Zeit für Reformen?, FS Bauer (2010) 351, 360 f.

²²⁹ Franzen, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 198 f mit dem Negativbeispiel tariflicher Kurzarbeit.

²³⁰ Thüsing/von Medem, Tarifeinheit und Koalitionspluralismus, ZIP 2007, 510, 512 f.

Unternehmensherkunft und mit unterschiedlichen nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB fortwirkenden kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen nebeneinander arbeiten. Auch kann eine Tarifpartei selbst – wie die Tarifgemeinschaft transnet/GDBA – unterschiedliche Tarifverträge für verschiedene Beschäftigtengruppen vereinbaren (Rn 332). Auch die notwendige Reduktion des Bezugsrahmens der Tarifeinheit auf den überschneidenden Geltungsbereich (Rn 111) läßt in einem Betrieb unterschiedliche Tarifverträge in den jeweiligen Segmenten zu.

Schließlich führt die Individualisierung der Arbeitszeit vor allem über die Teilzeitanprüche der Arbeitnehmer (zentral: § 8 TzBfG) dazu, daß der Betriebsrat ohnehin verschiedene Arbeitsvolumina verteilen muß. In all diesen Fällen treten die betriebsverfassungsrechtlichen Folgeprobleme ebenso auf; die Tarifeinheit löst diese »Probleme« nicht.

Das zweite Problem betrifft die **Tarifsperre des § 77 Abs. 3 BetrVG** ²⁶⁷ und ist leicht zu lösen: Weil die Gewerkschaften hier vor der Regelungskonkurrenz durch den Betriebsrat (als beitragsfreier Ersatzgewerkschaft) geschützt werden sollen, **muß jeder einzelne Tarifvertrag die Sperrwirkung auslösen.**²³¹

Auch kann nicht die eine Gewerkschaft durch eine **Öffnungsklausel nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG** den Betriebsrat ermächtigen, die Tarifinteressen anderer Gewerkschaften zu beeinträchtigen; sie kann nur ihre eigenen Tarifbedingungen nach § 4 Abs. 3 Satz 2 TVG dispositiv gestalten.²³²

Diese Öffnungsklausel § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG ist also keine Betriebsnorm, die die Mehrheitsgewerkschaft allein verantworten könnte. Das ist schon deswegen geboten, weil sonst die Mehrheitsgewerkschaft Betriebsrat und Arbeitgeber ermächtigen könnte, ihren Mehrheitstarifvertrag auf die Nicht- und Andersorganisierten zu erstrecken.²³³

Der zentrale Gegeneinwand ist ein anderer: Von Verfassung wegen ist die **Betriebsverfassung der Tarifautonomie nachgeordnet**, ²⁶⁸ weil sonst der Betriebsrat als staatlich installierte Instanz zur Tarifaufsicht und als Ersatzgewerkschaft berufen wäre. Das heißt nicht, daß Tarifvorrang und Tarifsperre in ihrer aktuellen gesetzlichen Form garantiert wären – auch

²³¹ Thüsing/von Medem, Tarifeinheit und Koalitionspluralismus, ZIP 2007, 510, 513; Franzen, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 200.

²³² Zum Unterschied der Öffnungsklauseln Löwisch/Rieble TVG 2. Aufl. (2004) § 4 Rn 212.

²³³ Etwas anders Franzen, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 200.

insofern hat der Gesetzgeber eine Ausgestaltungsbefugnis, könnte etwa bestimmte Arbeitsbedingungen allein dem Betriebsrat überantworten.²³⁴

Insbesondere kommt es dem Betriebsrat – der typischerweise von der Mehrheitsgewerkschaft beherrscht wird und nicht neutral ist – nicht zu, den Tarifwettbewerb zwischen den Gewerkschaften zu entscheiden oder gar den Mehrheitstarifvertrag auf die Nichtorganisierten und die Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft zu erstrecken. Im Verhältnis zu den Betriebsparteien kommt den Tarifparteien ein wenigstens prinzipielles Normsetzungs- und Arbeitskämpfmonopol zu.

- 269 Das schließt es aus, die Störung der Betriebsverfassung durch Tarifpluralität zur Begründung für eine Tarifeinheit zu nehmen. Die Betriebsverfassung nimmt Rücksicht auf das Tarifsysteem und nicht umgekehrt.

II. Geeignetheit

1. Individualisierung und Differenzierung der Arbeitsbedingungen

- 270 Die Tarifeinheit will durch ihre Sperrwirkung den Weg zu möglichst betriebseinheitlichen Arbeitsbedingungen frei machen. Dadurch, daß im Betrieb überhaupt nur ein Tarifvertrag positiv gelten könne, wohingegen andere Tarifverträge verdrängt werden, soll der Weg zur Einheitlichkeit über Bezugnahmeklauseln eröffnet werden. Das geht an der Lebenswirklichkeit vorbei: Schon das Günstigkeitsprinzip erlaubt eine arbeitsvertragliche Abweichung vom Tarifvertrag, hinzu kommen vielfach tarifliche Öffnungsklauseln. Zusammen erlaubt das Tarifabweichungen nach oben und unten. Betriebseinheitlich geschieht das nur, wenn die Betriebsvereinbarung als Gestaltungsmittel gewählt wird.
- 271 Gesellschaftliche Entwicklungen üben stärkeren Differenzierungs- und Individualisierungsdruck auf die Systeme der Arbeitsbedingungen aus:
- Der einsetzende Fachkräftemangel verschafft bestimmten Arbeitnehmergruppen eine besondere Marktmacht, mit der sie die von ihnen gewünschten Arbeitsbedingungen im tariffreien Raum schuldrechtlich durchsetzen können.
 - Insofern können ganze Teams durch kollektive Abwanderungsdrohung oder kollektiven Arbeitgeberwechsel für sich gruppenspezifische Arbeitsbedingungen »im kleinen Kollektiv« aushandeln, etwa im IT-Bereich.

234 Schon *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie (1964) 265 ff; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn 1475 ff; differenzierend *Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung (2000) 397 ff; GK-BetrVG/*Kreutz* 9. Auflage (2010) § 77 Rn 80.

- Arbeitsbedingungen müssen heute stärker als früher auf individuelle Bedürfnisse der Arbeitnehmer eingehen – sei es in bestimmten Lebensphasen (Familie, Alter), sei es mit Blick auf individuelle Bedürfnisse (Weiterbildung, Pflege).

Außerdem ist die Arbeitszeit der tariflichen Regelung weithin entzogen – vor allem durch Teilzeitanprüche nach unterschiedlichen Gesetzen, zentral § 8 TzBfG.

Diese Individualisierung stellt die traditionelle Kollektivierung von Arbeitsbedingungen in Frage – unter den Stichworten »Erosion des Normalarbeitsverhältnisses« und Flexicurity. Arbeitnehmer sollen verstärkt ihre eigenen Arbeitsbedingungen gestalten. Standardisierung tritt zurück.²³⁵

Davon abgesehen **differenzieren viele Tarifverträge selbst zwischen Belegschaftsgruppen:** Nach Unternehmensumstrukturierungen werden die Herkunftstarifsysteme fortgeschrieben; nach Tarifreformen (ERA, TVöD) greifen umfangreiche Besitzstandsregeln, die »Altfälle« vor Verschlechterungen bewahren, schließlich werden ältere Arbeitnehmer vielfach bevorzugt. Solche »Belegschaftsspaltungen« sind weithin systemimmanent und werden nicht als Angriff auf das Betriebsklima verstanden.

Die Tarifpluralität erhöht den Freiheitsgrad der Individuen unter den Arbeitnehmern – soweit und weil sie zwischen zwei konkurrierenden tariflichen Regelwerken wählen können. Die verordnete Tarifeinheit hingegen mindert diesen Freiheitsgrad. Tarifeinheit will auf kollektive Bindungsverluste reagieren – wählt dazu aber das Instrument der Entkollektivierung der Arbeitsbedingungen für die Angehörigen der Minderheitsgewerkschaft. Sozialisierung durch Entsozialisierung?

235 Statt vieler *Blanke*, Individuelle durch kollektive Freiheit im Arbeitsrecht? Zu einigen Grenzen des arbeitsrechtlichen Paradigmas, *GedS Zachert* (2010) 490; *Dietz/Walwei*, Die Zunahme atypischer Beschäftigung – Ursachen und Folgen, *Orientierungen* Nr. 109 (2006) 17; *Fitzenberger/Hübler/Kraft*, Flexibilisierungspotenziale bei heterogenen Arbeitsmärkten – Eine Einführung, *ZAF* 41 (2008) 95; *von Hoyningen-Huene*, Der Arbeitgeber zwischen Unternehmerfreiheit, Flexibilität und Arbeitnehmerschutz, *FS Birk* (2008) 217; *Hinsen*, Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit und Staatsintervention, *BB* 2010, 315, 317; *Holtrup*, Individualisierung der Arbeitsbeziehungen? (2007); *Reinecke*, Leistungsbestimmung des Arbeitnehmers (2006) mit einer Konzentration auf Arbeitszeitfragen; *Schmid*, Arbeitsplätze der Zukunft: Von standardisierten zu variablen Arbeitsverhältnissen, in: *Kocka/Offe* (Hrsg.), *Geschichte und Zukunft der Arbeit* (2000) 269 ff.

2. Tarifwirrwarr bei geltungsbereichsbeschränkter Tarifeinheit?

- ²⁷⁵ Haben die verschiedenen Tarifparteien bei einem Arbeitgeber die (potentielle) **Tarifkonkurrenz autonom vermieden**, indem sie nach Beschäftigtengruppen abgegrenzte tarifliche Geltungsbereiche geschaffen haben, so bewirkt die Tarifeinheit nichts. Es macht keinen Unterschied, ob solch verschiedene Tarifverträge von derselben Gewerkschaft vereinbart sind (vgl Rn 332) oder von verschiedenen Gewerkschaften. Die Tarifeinheit ist also in diesem Fall von vornherein ungeeignet, eine betriebs-einheitliche Tarifierung sicherzustellen. Die Lufthansa muß für Piloten und Flugbegleiter unterschiedliche Tarifverträge anwenden, weil diese von vornherein keinen überschneidenden Geltungsbereich haben; die Bahn für Lokführer einerseits und das Zugbegleitpersonal andererseits. Es bleibt also bei der Tarifvielfalt – ganz unabhängig, ob der Bezugsrahmen auf den Betrieb oder das Unternehmen oder auf den überschneidenden Geltungsbereich ausgerichtet wird.²³⁶

Dasselbe aber gilt, wenn die heteronome Tarifeinheit nach dem Rn 111 ff Gesagten von Gesetzes wegen auf die überschneidenden Geltungsbereiche (im Betrieb oder Unternehmen) beschränkt wird, weil dann die Sparten-gewerkschaft für die Ärzte und Piloten nebst Flugbegleitern gewinnt, wohingegen die Einheitsgewerkschaft den Rest tarifiert. Der Tarifwirrwarr wird nur reduziert, weil innerhalb des Überschneidungsbereiches nicht nach der individuellen Tarifgebundenheit durch frei gewählte Gewerkschaftsmitgliedschaft unterschieden wird. Beseitigt wird die Tarifvielfalt nicht.

- ²⁷⁶ Ein Zusatzproblem tritt auf, wenn das Tarifrecht den »**organisatorischen Geltungsbereich**« anerkennt, mit dem der Tarifvertrag die Gewerkschaftsmitgliedschaft von der gesetzlichen Geltungsvoraussetzung (§§ 4 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1 TVG) zum autonomen Tatbestandsmerkmal erhebt, um eine exklusive Tarifgeltung zu besorgen.²³⁷ Gerade für die »einfachen Differenzierungsklauseln« anerkennt dies das BAG²³⁸. Dann nämlich ließe sich jede Tarifeinheitsregelung unterlaufen: Weil der Minderheitstarif durch einen solchen organisatorischen Geltungsbereich von vornherein jede Geltungskonkurrenz mit anderen Tarifverträgen ge-

²³⁶ So ausdrücklich der rheinland-pfälzische Vorschlag einer Bundesratsentschließung (Rn 14) unter 7.

²³⁷ Dazu etwa *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG (2010) 143 ff; *Klebeck*, Organisatorischer Geltungsbereich, SAE 2007, 271 ff; BAG vom 22.3.2005 – 1 ABR 64/03 – NZA 2006, 383.

²³⁸ BAG vom 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – NZA 2009, 1028.

zielt verhindern könnte. Das haben die Regelungsvorschläge bislang nicht bedacht.

3. Systembruch: individueller tarifeinheitlicher Tarifbestandsschutz

Schon zur alten Tarifeinheit war kritisch bemerkt worden, daß das BAG-Konzept zwar aktuell geltende Tarifverträge verdrängt, wohingegen nachwirkende Tarifbedingungen des § 4 Abs. 5 TVG wie die nach Betriebsübergang gemäß § 613a Abs. 2 Satz 2 BGB in das Einzelarbeitsverhältnis transformierten Individualnormen nur im Wege der **Einzelablösung** durch individuell geltenden Tarifvertrag abgelöst werden können. Der stärker (normativ) wirkende Tarifvertrag fällt also der Tarifeinheit zum Opfer, der schwächer (nach)wirkende nicht.²³⁹

Das ist systemwidrig und zeigt, daß eine betriebseinheitliche Geltung von Arbeitsbedingungen auch durch die »neue« Tarifeinheit nicht erreicht wird.

Die **Tarifeinheit wirkt** in Ansehung der Nachwirkung nachgerade **als Ablösungssperre**: Weil der nachwirkende Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft durch einen anderen Tarifvertrag nur abgelöst werden kann, wenn dieser im Einzelarbeitsverhältnis gilt und jede Geltung anderer Tarifverträge durch den Mehrheitstarifvertrag gesperrt wird, kann also die Minderheitsgewerkschaft den eigenen und nachwirkenden Tarifvertrag nicht mehr ändern – die **Tarifeinheit verhindert, daß die Minderheitsgewerkschaft ihre eigene Tarifverantwortung wahrnehmen kann**.²⁷⁸

Die **Nachwirkung führt mit der neuen Tarifeinheit zu erheblichen Friktionen**: Wenn durch Inkrafttreten eines neuen Mehrheitstarifvertrages der bislang unangefochten geltende Minderheitstarifvertrag verdrängt wird, so reagiert nach dem BAG § 4 Abs. 5 TVG auf jeden Tarifentfall als **Generalauffangtatbestand**.²⁴⁰

Das wiederum hieße: In den Arbeitsverhältnissen der vormals tarifgebundenen Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft wirkte ihr durch die Tarifeinheit seiner normativen Wirkung beraubter Tarifvertrag nach, prägte²⁸⁰

239 *Buchner*, Der »Funktionseliten«-Streik – Zu den Grenzen der Durchsetzbarkeit von Spartentarifverträgen, BB 2003, 2121, 2123; *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 195; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität (2010) 286 f; *Leitmeier*, Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen (2009) 186 f; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage (2004) § 4 Rn 133.

240 BAG vom 18.3.1992 – 4 AZR 339/91 – NZA 1992, 700.

also die Arbeitsbedingungen, bis eine andere Abmachung greift. Das kann auch der Mehrheitstarif sein – aber nur, wenn die Arbeitnehmer ihn durch Übertritt gelten lassen oder wenn der Arbeitgeber diesen durch Bezugnahme erstreckt. Ob es rechtlich zulässig ist, in einer Bezugnahmeklausel den Tarifwechsel zu einer anderen Gewerkschaft vorzugeben, darüber kann man streiten. So würde die Nexans-Strategie (Rn 216) dann doch möglich: Wenn der Tarifvertrag der IG Metall nurmehr nachwirkt, könnte der Arbeitgeber auch die Mitglieder der IG Metall auf den CGM-Tarif umstellen – soweit die Bezugnahmeklausel dynamisch das Bezugnahmeobjekt austauscht.²⁴¹

Ansonsten aber bleibt es beim nachwirkenden Minderheitstarif – und einer nach individueller Tarifgebundenheit gespaltenen Belegschaft.

281 Bezieht man Nachwirkung (und Tarifbesitzstandserhalt nach Betriebsübergang) in das Tarifeinheitskonzept ein, zeigt sich der konzeptionelle Irrsinn:

- Mißt man dem nur nachwirkenden Mehrheitstarif ebenfalls Sperrwirkung bei, wird die Minderheitsgewerkschaft auf lange Zeit ihrer Tarifmacht beraubt – und zwar auch dann, wenn die Mehrheitsgewerkschaft keinen Folgetarifvertrag zuwege bringt.
- Will man in der Tarifpluralität zwischen nachwirkendem und normwirkenden Tarifvertrag letzterem eine Sperrwirkung beimessen (weil er »stärker gilt«), so kann der Arbeitgeber mit Hilfe einer kleinen Gewerkschaft jederzeit die Besitzstands- und Überbrückungsfunktion der Nachwirkung beseitigen.²⁴²
- Läßt man dagegen Tarifpluralität zu, wenn auch nur ein Tarifvertrag nur nachwirkt, so bleibt das Tarifeinheitskonzept widersprüchlich.

4. Wegfall des betriebseinheitlichen (Vertrags-)Arbeitgebers

282 Tarifeinheit wirkt nur im einheitlichen Betrieb desselben Vertragsarbeitgebers. Denn er ist Anknüpfungspunkt für die arbeitgeberseitige Tarifgebundenheit, sei es als Mitglied eines Arbeitgeberverbandes, sei es als Haustarifpartei. Die Verdrängungswirkung jeder Tarifeinheitskonzeption setzt deshalb grundsätzlich an ihm an.

283 Die Flexibilisierung und Ausdifferenzierung der Arbeitsbedingungen hat aber längst zum Schwund des Einheitsarbeitgebers geführt – übrigens

²⁴¹ Verneinend etwa *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage (2004) § 3 Rn 312 ff.

²⁴² Zu ihr *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage (2004) § 4 Rn 371 ff; *ErfK/Franzen*, 10. Auflage (2010) § 4 TVG Rn. 50 ff; eingehend *Leitmeier*, Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen (2009) 35 ff.

gerade unter dem Lohnkostendruck der Tarifverträge. In den Unternehmen werden zahlreiche Dienstleistungen von Fremdfirmenkräften kraft Werk- oder Dienstvertrag verrichtet, hinzu kommt der Einsatz von Zeitarbeitnehmern, die trotz der Gleichstellung nach §§ 3 Abs 2 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG tarifrechtlich eben nicht den für den Einsatzbetrieb zuständigen Tarifparteien, sondern der Zeitarbeitsbranche zugeordnet sind.

All diese Fremdfirmenkräfte arbeiten im Betrieb entweder tariffrei oder doch vielfach zu günstigeren Tarifbedingungen der für sie einschlägigen Dienstleistungsbranche. Von einer Tarifeinheit im Betrieb werden sie nicht erfaßt, weil sie einem anderen Arbeitgeber zugeordnet sind. Ihre Lohnkosten sind mittelbar gleichwohl vom Stammarbeitgeber zu tragen, der dem Fremdunternehmer seine Vergütung zahlt, in der dessen Arbeitskosten enthalten sind. Gegen solche Unterbietungskonkurrenz kann die Tarifeinheit von vornherein nichts ausrichten. 284

5. Gestaltungs- und Manipulationsmöglichkeiten

a. Durch Organisationsakte des Arbeitgebers

Jede Tarifeinheit, die **auf den Betrieb** abstellt – und damit den Betrieb iSv §§ 1, 4 BetrVG meint, liefert die Entscheidungskriterien für die Tarifeinheit dem **Arbeitgeber** aus. Denn er **ist Herr der Organisations-einheit »Betrieb«**. Er kann durch Gestaltung der arbeitsorganisatorischen Zusammenhänge und durch Bestimmung der mitbestimmungsrelevanten Leistungsmacht einheitliche Betriebe in verselbstständigte Einheiten spalten oder bislang einheitliche Betriebe (wenigstens, soweit sie räumlich nicht weit voneinander entfernt sind, § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG) zu einer Einheit verbinden.²⁴³ 285

Kann aber der Arbeitgeber den Bezugsrahmen der Tarifeinheit gestalten, wird er das mit Blick auf etwaige Ergebnisse der Tarifeinheit auch tun. Besonders fatal wirkt sich dabei die Möglichkeit aus, daß mehrere Arbeitgeber **Betriebe durch eine Führungsvereinbarung zusammenlegen**. Dadurch wird die Vertragsarbeitgeberstellung nicht berührt, wohl aber ein Betrieb konstituiert. So könnten zwei Arbeitgeber versuchen, gemeinsam die Mehrheitsverhältnisse zu »programmieren«.²⁴⁴

²⁴³ Etwa BAG vom 23.9.1982 – 6 ABR 42/81 – EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 3 = DB 1983, 1498: Der Arbeitgeber kann entscheiden, ob er Hauptverwaltung und Produktionsstätte auf einem Betriebsgelände als einheitlichen Betrieb oder getrennt führt.

²⁴⁴ Dazu bereits – in Ansehung der »alten« Tarifeinheit – Rieble Anm. EzA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10, S. 18 f, zustimmend Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfppluralität (2010) 309; F. Bayreuther,

- 286 Daß auch bislang schon der Arbeitgeber die Tarifgeltung in Ansehung des betrieblichen Geltungsbereichs beeinflussen kann, indem er das nach den Tarifverträgen maßgebende Überwiegen des einen oder anderen Branchenteiles im Mischbetrieb gestaltet,²⁴⁵ ist kein Gegenargument. Insoweit liefern sich die Tarifparteien durch eine entsprechende betriebsbezogene Geltungsbereichsklausel selbst den Gestaltungsoptionen des Arbeitgebers aus. Hier dagegen waltete eine staatlich verfügte Gestaltungsmöglichkeit.
- 287 Aber auch das **Unternehmen** taugt nicht als alternativer Anknüpfungspunkt, weil es dem Arbeitgeber dann freistünde, durch Errichtung juristischer Personen den jeweiligen Mehrheitsbezugsrahmen herzustellen. So haben Bahn aber auch Lufthansa zahlreiche Tochterunternehmen auf die unterschiedliche Unternehmensaktivitäten »ausgelagert« sind – und so würde dann erst recht eine Konzernstruktur geschaffen, die auf Ergebnisse der Tarifeinheit achtet.

b. Durch Betriebsstrukturtarifvertrag nach § 3 BetrVG

- 288 Sonderproblem sind Betriebsstrukturtarifverträge nach § 3 BetrVG, weil sie gemäß § 3 Abs. 5 BetrVG den betriebsverfassungsrechtlichen Betrieb konstituieren – und also den Bezugsrahmen für die Tarifeinheit gestalten. Hier ist auch ohne Tarifeinheit erhebliches Mißbrauchspotential vorhanden, weil große Gewerkschaften solche Tarifverträge selbstredend mit Blick auf potentielle Wahlergebnisse zum Betriebsrat abschließen. So kann sich ein in der Gewerkschaft einflußreicher Betriebsrat sein Wahlvolk zusammenstellen.²⁴⁶
- 289 Überaus problematisch wird es, wenn Tarifparteien mit einer solchen betriebsverfassungsrechtlichen Norm kraft des für diese ohnehin geltenden Mehrheitsprinzips dann die Voraussetzungen für die auf die Individual-

Gesetzlich angeordnete Tarifeinheit: Verfassungsrechtliche Diskussion, DB 2010, 2223.

- 245 Vgl. BAG vom 25.11.1987 – 4 AZR 361/87 – NZA 1988, 317; BAG vom 22.3.1994 – 1 ABR 47/93 – EzA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10 mit Anmerkung Rieble.
- 246 Annuß, Schwierigkeiten mit § 3 I Nr. 3 BetrVG, NZA 2002, 290, 291; Dzida, Maßgeschneiderte Betriebsratsstruktur bei konkurrierenden Gewerkschaften: Ein Mitglied reicht aus, NZA 2010, 80, 81; skeptisch zur »Sachkompetenz« der Koalitionen *Fitting/Engels/Schmidt/Trebingner/Linsenmaier* BetrVG 25. Auflage (2010) § 3 Rn 8; Friese, Tarifverträge nach § 3 BetrVG im Tarif- und Arbeitskampfrecht, ZfA 2003, 237, 269; Giesen, Betriebsersetzung durch Tarifvertrag?, BB 2002, 1480, 1484; Kania/Klemm, Möglichkeiten und Grenzen der Schaffung anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, RdA 2006, 22, 23 und 27.

normen bezogene Tarifeinheit gestalten können – und hierzu womöglich sogar den Streik als Druckmittel einsetzen können.

Die betriebsbezogene Tarifeinheit setzt einen besonderen **Anreiz für potentielle Mehrheitsgewerkschaften, sich den Mehrheitsbezugsrahmen selbst zu schaffen** und über die betriebsbezogene Mehrheit im Rahmen der echten Tarifkonkurrenz von Betriebsnormen für eine geltungsbereichsbezogene Mehrheit im Rahmen der Tarifeinheit im Betrieb zu sorgen. Der Sieger gestaltet den Wettkampf so, daß er siegen wird. Das ist zwar nicht zirkulär, aber doch in hohem Maße mißbrauchsanfällig und streitet gegen die Geeignetheit. Inwieweit in der Luftfahrt über das Zusammenspiel von §§ 117 und 3 BetrVG »paßgenaue« Land-Boden-Betriebe erstellt werden können, bliebe gesondert zu untersuchen.

6. Komplizierung statt Vereinfachung.

Die Tarifeinheit soll vereinfachen, insbesondere die Feststellung der individuellen Tarifgebundenheit erübrigen. Indes wird durch sie alles komplizierter:

- Zuerst müssen die **Betriebsgrenzen** und die Betriebszugehörigkeit der Arbeitnehmer festgestellt werden. Das kann schwierig geraten, insbesondere mit Blick auf Nebenbetriebe iSv § 4 BetrVG. Deswegen kennt das BetrVG mit § 18 Abs. 2 ein besonderes Statusverfahren.
- Zweitens muß innerhalb des Betriebes der wettbewerbliche **Überschneidungsrahmen** in Form des konkurrierenden Geltungsbereichs zumindest zweier Tarifverträge festgestellt werden. Der Geltungsbereich rechnet zum Tarifinhalt und ist der Auslegung zugänglich. Notfalls muß eine Verbandsklage nach § 9 TVG den Geltungsbereich verbindlich feststellen. Implicite muß die Tarifzuständigkeit der jeweiligen Tarifverbände begrenzend mitgelesen werden, weil diese den maximalen Geltungsbereich definiert.
- Sodann muß entschieden werden, **welche Personen zählen**. Hier stellen sich vielfache aus der Mitbestimmung bekannte Probleme – vom Volontär über den Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozeß bis zum Arbeitnehmer in der verblockten Freistellungsphase der Altersteilzeit. Wer zählt?
- Schließlich muß – im ominösen Geheimverfahren – eine Konkurrenzszählung und eine **Mehrheitsfeststellung** vorgenommen werden. Welche Gewerkschaft wählt den Notar? Wer kontrolliert, ob die rechtlichen Voraussetzungen der Mitgliedschaft vorlagen, ob nicht etwa das vermeintliche Mitglied durch Beitragsrückstand satzungsgemäß gestrichen worden ist? Schon bei der

Allgemeinverbindlicherklärung ist die Feststellung des Quorums nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG nicht rechtssicher möglich und mehr (politischen Spielräumen offene) Schätzung als Zählung.

²⁹² Damit lassen sich Heerscharen von Arbeitsrechtlern beschäftigen. Zur Vereinfachung jedenfalls ist die Tarifeinheit von vornherein nicht geeignet. Sie führt zusätzliche Rechtsrisiken ein und knüpft an diese Risiken eine weitaus **riskantere Rechtsfolge**: nämlich die Fehlbeurteilung der Tarifgeltung für ein ganzes Belegschaftssegment. Wenn das Arbeitsgericht über die Anwendbarkeit eines Tarifvertrags im Einzelarbeitsverhältnis irrt, so ist das bedauerlich, aber nicht bedrohlich. Wird dagegen über die Tarifeinheit falsch entschieden, so folgt daraus ein **Massentarifanwendungsschaden**. Auch hinsichtlich der Rechtsklarheit ist die Tarifeinheit also ungeeignet.

²⁹³ Bei **knappen Mehrheiten** kann die Tarifeinheit zusätzlich zur **Destabilisierung** führen: Während der Gewerkschaftswechsel nur eines Arbeitnehmers tarifrechtliche Folgen nur für diesen hat, kann der Übertritt einiger Arbeitnehmer in solchen Fällen zum Kippen des Vorrangs auf kollektiver Ebene führen, die womöglich hunderte Arbeitnehmer trifft.²⁴⁷

Das ist auch kein nur theoretischer Fall: Gerade wenn und weil die Mehrheitsfeststellung publik gemacht werden muß, wird doch für die unterlegene Gewerkschaft ein massiver Anreiz gesetzt, durch Abwerbung einiger Arbeitnehmer von der anderen Gewerkschaft oder durch Anwerbung einiger Nichtorganisierter, »doch noch« die Mehrheit zu kippen.

²⁹⁴ So gesehen läßt sich die individuelle Tarifgeltung nachgerade als Dezentralisierung von Rechtsrisiken begreifen – und die **Tarifeinheit als zentralisierte Risikosteigerung**.

III. Erforderlichkeit

1. Tariffähigkeit als Zulassungshürde

²⁹⁵ Balkanisierung, also tarifpolitische Kleinstaaterei wird im Tarifvertragssystem zuerst durch die Anforderungen an die Tariffähigkeit beschränkt.²⁴⁸ Nicht jede neue Kleingruppe von Arbeitnehmern darf im Tarifsysteem mitmischen. Insofern ist etwa die Befürchtung, die Werksfeuerwehr nur eines Unternehmens könne sich tariflich ver-

²⁴⁷ Vgl. den Fall BAG vom 22.3.1994 – 1 ABR 47/93 – EzA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10: Dort dominierten in einem Mischbetrieb 213 Verlagsmitarbeiter 203 Drucker, dazu *meine* Anm. S. 19.

²⁴⁸ So auch *F. Bayreuther*, Gesetzlich angeordnete Tarifeinheit: Verfassungsrechtliche Diskussion, DB 2010, 2223, 2226 f.

selbständigen²⁴⁹, unbegründet. 200 Feuerwehrleute sind zuwenig, um als tariffähig anerkannt zu werden.²⁵⁰

Eine Gewerkschaft der Feuerwehrleute kann mithin nur auf bestehende Strukturen setzen; und eben so wollen die Interessenvertretung der Feuerwehr (IdFw) und der Berufsverband Feuerwehr (BVF) mit zusammen vor- geblich 2000 Mitgliedern eine Gewerkschaft errichten.²⁵¹

Ob damit schon eine hinreichende Durchsetzungsfähigkeit erreicht ist – zumal die Mehrzahl der Feuerwehrleute verbeamtet ist und damit einem Streikverbot unterliegt (noch Rn 379 zur Daseinsvorsorge) – läßt sich nicht sagen. Bei insgesamt rund 28.000 Berufsfeuerwehrleuten nebst 32.000 Werkfeuerwehrleuten sind 2.000 Mitglieder jedenfalls kein über- wältigender Organisationsgrad (3,3%). Für eine Koalition reicht das – aber auch für eine tariffähige Gewerkschaft?²⁵²

Jedenfalls verhindert die Tariffähigkeit als Zulassungskriterium zum Tarifvertragssystem eine »Balkanisierung«. In einer Branche gibt es doch allenfalls drei oder vier Gewerkschaften, in der Luftfahrt etwa Cockpit, UFO und Ver.di, gegebenenfalls ist die GdF (Flugsicherung) noch hinzu- zurechnen. Daß in dieser »beschränkten Vielfalt« schon eine Zer- splitterung zu sehen sein soll, zeigt, daß es der Tarifeinheit letztlich um die Einheitsgewerkschaft geht, eben um das (normativ nicht begründete) Ideal »ein Betrieb, eine Gewerkschaft, ein Tarifvertrag«. Eine umfassende Standardisierung der Arbeitsbedingungen im Sinne der gewünschten Gleichschaltung der Arbeitsbedingungen läßt sich über die Tariffähigkeit nicht erreichen. Dazu müßten deren Anforderungen schlechthin über- zogen werden.

Davon abgesehen muß es einer Gewerkschaft erst einmal gelingen, **vom Arbeitgeber als Tarifpartei ernst genommen** zu werden. So hat die

249 Giesen, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1 unter I., der dies auch in Bezug auf »IT-Operateure, Kraftwerksfahrer, Ingenieure oder auch für politische Splittergruppen« für möglich hält; ähnlich die Professoreninitiative Tarifpluralität, Eckpunkt 4.

250 Vgl. für die Werksfeuerwehr der BASF in Ludwigshafen www.basf.com/group/corporate/site-ludwigshafen/de_DE/about-basf/worldwide/europe/Ludwigshafen/Fire_department/index [7.8.2010]

251 www.feuerwehrmagazin.de/magazin/2010/01/25/vereine-fusionieren-zu-feuerwehr-gewerkschaft [7.8.2010].

252 Zahlen aus www.feuerwehrverband.de/statistik.html [7.8.2010]; skeptisch ob die Werksfeuerwehren die Tariffähigkeit erreichen F. Bayreuther, Gesetzlich angeordnete Tarifeinheit, DB 2010, 2223, 2226, hält die Annahme, es könne zahlreiche neue Spartengewerkschaften geben, für »Mutmaßungen und Spekulationen«.

GDL seit 1945 mehrfach versucht, als eigenständiger Tarifpartner anerkannt zu werden – bis 2002 weithin erfolglos.²⁵³

2. Freiwilligkeitsvorbehalt statt Regelungsverbot

- 297 Das betriebliche Nebeneinander mehrerer Tarifverträge hängt am **Arbeitgeber**: Nur weil er **doppelt tarifgebunden** ist, können überhaupt mehrere Tarifverträge im Betrieb gelten, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG. Dabei sind zwei Konstellationen zu scheiden:
- Der Arbeitgeber bindet sich freiwillig, etwa weil er meint, bei bestimmten Belegschaftsgruppen auf Akzeptanz nur zu stoßen, wenn er deren (Minderheits-)Gewerkschaft einbezieht. So verhält es sich etwa in der chemischen Industrie: Deren Führungskräftegewerkschaft VAA führt keine Arbeitskämpfe, sondern schließt einvernehmliche Tarifverträge mit der Arbeitgeberseite ab.
 - Durch Streik erzwungene Tarifverträge sind dem Arbeitgeber zwar in gleicher Weise zurechenbar, weil die Willensbeugungsfunktion des Arbeitskampfs dem Tarifsysteem immanent ist. Indes haben freiwillige Tarifverträge grundsätzlich eine größere Richtigkeitsgewähr – eben weil sie ohne Kampfdruck zustandegekommen sind.
- 298 Die Tarifeinheit schüttet nun das Kind mit dem Bade aus: Sie **verbietet der Minderheitsgewerkschaft nicht nur den Arbeitskampf, sondern sogar den einvernehmlichen Tarifabschluß**, den beide Seiten wollen. Dafür gibt es keinen Anlaß.²⁵⁴ Wenn der Arbeitgeber freiwillig bestimmte Arbeitsbedingungen kollektivvertraglich zusagt, in wessen Interesse sollte man dies verhindern? Seiner eigenen Belastung durch konkurrierende Tarifverträge stimmt er selbst zu. In Betracht kommt dafür nur die an der einvernehmlichen Lösung nicht beteiligte Mehrheitsgewerkschaft, im Fall des VAA also die IG BCE. Sie hat aber kein schützenswertes Interesse daran, daß freiwillige Tarifverträge der Arbeitgeberseite mit einer anderen Gewerkschaft nicht gelten; sie kann auch nicht verhindern, daß die Arbeitsbedingungen durch Verzicht auf Bezugnahmeklauseln anders als nach ihrem Tarifvertrag geordnet werden.
- 299 Bislang ist ein solcher **Freiwilligkeitsvorbehalt** für Tarifverträge – also ein Kampfverbot – praktisch geworden nur für die Kirchen.²⁵⁵

253 *Schroeder/Greef*, Industrie- und Spartengewerkschaften im Konflikt. Organisatorische Voraussetzungen und realisierte Gelegenheitsstrukturen, Industrielle Beziehungen 2008, 329, 344.

254 Zustimmend *Konzen*, Die Kodifikation der Tarifeinheit im Betrieb, JZ 2010, 1036, 1038.

255 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006) § 9 Rn 24 ff.

Ansonsten gilt nach herrschender Meinung der Grundsatz, daß alles tariflich Regelbare auch erkämpfbar sein müsse, damit nicht der Tarifvertrag zum kollektiven Betteln verkommt. Immerhin befürwortet eine Meinung eine Sonderkategorie von tariflich regelbaren aber nicht erkämpfbaren Tarifinhalten, um einen verhältnismäßigen Interessenausgleich zu bewirken, weil das Kampfverbot gegenüber dem Inhaltsverbot das mildere Mittel ist.²⁵⁶

3. Konkurrenz inhaltsgleicher Tarifverträge

Von vornherein kein »Tarifwirrwarr« ist zu befürchten, wenn konkurrierenden Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften inhaltsgleich sind. Das betrifft zwei Fälle:

- Beim mehrgliedrigen Tarifvertrag können mehrere inhaltsgleiche aber doch selbständige Tarifverträge in einer Tarifikunde zusammengefaßt sein. Um einen einheitlichen Tarifvertrag handelt es sich nur, wenn sich die Gewerkschaften zu einer einheitlichen Tarifpartei verbunden haben, die die Vertragsherrschaft einheitlich ausübt.²⁵⁷
- Der gerade durch die überkommene Tarifeinheit erzwungene Anschlußtarifvertrag, der den Haupttarifabschluß inhaltlich in einem gesonderten und späteren Tarifvertrag übernahm, war die einzige Möglichkeit für kleine Gewerkschaften, am Tarifgeschehen teilzuhaben.

Die derzeitigen Tarifeinheitskonzepte nehmen auf diesen Sonderfall keine Rücksicht. Dementsprechend würde im selben Geltungsbereich der inhaltsgleiche Parallel- oder Anschlußtarif verdrängt – obwohl dazu überhaupt kein Grund besteht. Das hat das BVerfG für die Kollisionsnorm des Art. 31 GG dazu bewogen, inhaltsgleiches Landes(verfassungs)recht neben dem ranghöheren Bundesrecht bestehen zu lassen²⁵⁸. Warum das hier anders sein soll, ist nicht ersichtlich: Die Verdrängung eines inhaltsgleichen Tarifvertrags ist ohne regulatorischen Sinn und verstärkt nur das Regelungsmonopol der siegreichen Gewerkschaft.

256 Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006) § 9 Rn 24 ff; Franzen, Kampfverbote für einzelne Tarifinhalte? – dargestellt am Beispiel von Tarifverträgen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung, in: Rieble (Hrsg), Zukunft des Arbeitskampfes (2005) 142 ff dort Rn 7 ff für die Verhältnismäßigkeitsbetrachtung; Christ, Freiwillige Tarifverträge (2007), der zum Schutz der Unternehmerfreiheit und der Betriebsverfassungsstrukturen ein gegenstandsbezogenes Kampfverbot fordert.

257 Dazu nur Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage (2004) § 1 Rn 472 ff; § 2 Rn 165.

258 BVerfG vom 15.10.1997 – 2 BvN 1/95 – BVerfGE 96, 345; instruktiv Maunz/Dürig/Korioth, GG, 58. Auflage (2010) Art. 31 Rn. 14 f.

4. Verstetigung der Tarifgeltung anstelle der Mitgliedschaft

- 301 Der Gefahr, daß durch **blitzartige Änderungen in der Mitgliedschaft** die Tarifgeltung verändert wird, begegnet das TVG selbst durch die Nachbindung des § 3 Abs. 3 TVG. Die auf den Austritt aus dem Arbeitgeberverband wie der Gewerkschaft hin konzipierte Vorschrift erzwingt Tarifvertragstreue.²⁵⁹
- 302 § 3 Abs. 3 TVG beschränkt nicht etwa die Austrittsfreiheit, sondern sichert sie gerade: Indem die Vorschrift die Weitergeltung der Tarifverträge auch über den Austritt aus der Tarifvertragspartei bis zur Beendigung des Tarifvertrages anordnet, gewährleistet sie die gewünschte **Rechtsnormsicherheit** und **Tarifvertragstreue**, die sonst nur über längere (gesetzliche) Mindestaustrittsfristen erreicht werden könnte. Also: Die Abkoppelung von Mitgliedschaft und Tarifbindung verstetigt die Tarifgeltung.²⁶⁰
- 303 Dieses Prinzip läßt sich auch **für den Übertritt fruchtbar** machen: Wechselt ein Arzt von ver.di zu Marburger Bund, weil er dessen Tarifvertrag für attraktiver hält, so kommt es zur (echten) Tarifkonkurrenz: An den ver.di-Tarifvertrag bleibt der Arzt nach § 3 Abs. 3 TVG gebunden; derjenige des Marburger Bundes erheischt über aktuelle Mitgliedschaft gemäß § 3 Abs. 1 TVG Tarifgeltung. Nun will die herrschende Meinung auch in diesem Fall die allgemeinen Grundsätze der Tarifkonkurrenz (also Spezialität) anwenden oder gar dem neueren Tarifvertrag wegen der stärkeren Wirkung der aktuellen Mitgliedschaft den Vorrang zusprechen.²⁶¹

Ebenso könnte in der Tarifkonkurrenz demjenigen Tarifvertrag der Vorrang zukommen, dessen Tarifvertragstreue nach § 3 Abs. 3 TVG besonders

259 *Büdenbender*, Tarifbindung trotz Austritts aus dem Arbeitgeberverband – eine notwendige oder eine korrekturbedürftige Regelung? NZA 2000, 509. Dazu, daß § 3 Abs. 3 TVG ebenso für Arbeitnehmer greift, BAG vom 4.4.2001 – 4 AZR 237/00 – NZA 2001, 1085.

260 *Böttcher*, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht (1964) S. 21, Fn. 26, S. 25, Fn. 32; *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille (1968) S. 222; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn 1235 ff; *Oetker*, Die Beendigung der Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden als tarifliche Vorfrage, ZfA 1998, 41, 74 ff; *Büdenbender* NZA 2000, 509.

261 Statt aller *Kempen/Zachert* TVG 4. Auflage (2006) § 3 Rn 78; *Löwisch/Rieble*, TVG 2. Auflage (2004) § 4 Rn 157; *Bauer/Haußmann*, Tarifwechsel durch Verbandswechsel, DB 1999, 1114, 1115; *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 198.

gesichert ist – damit nicht der Übertritt funktionswidrig zur Tarifaufsage genutzt wird.²⁶²

Das hieße praktisch: Der Gewerkschaftswettbewerb würde zwar mittelbar auf der Anreizenebene eingeschränkt, weil der Arbeitnehmer sich vom Blitzgewerkschaftswechsel keinen Blitztarifwechsel versprechen kann, sondern zuerst seinen alten Tarifvertrag bis zu dessen Laufzeitende beachten muß. Auf der anderen Seite kann der Arbeitnehmer andere erstrebte Vorteile (besserer Rechtsschutz etc) sofort erreichen. 304

Gegenüber der Zwangstarifeinheit ist das mit Blick auf die Tarifgeltungsverstetigung ein **deutlich milderes Mittel** – weil es nur die Gewerkschafts- und Tarifwechsler erfaßt, wohingegen die Tarifeinheit auch alle nicht-wechselwilligen Arbeitnehmer der Minderheitsgewerkschaft nachteilig trifft. 305

IV. Proportionalität

1. Diagnoseschwierigkeit

Ein Mißverhältnis zwischen legitimem Regelungszweck und für sich genommen geeigneten und erforderlichen Regelungsinstrumenten läßt sich kaum objektivierend feststellen. Diese letzte Stufe des Abwägungsvorganges stößt auf die Schwierigkeit, daß es kaum greifbare Gewichtungsmäßigkeitsmaßstäbe gibt. Eben deswegen zieht sich das BVerfG in seinen Entscheidungen typischerweise auf den Einschätzungsspielraum des Gesetz- oder Regelungsgebers zurück und verlangt mitunter eine spätere Wirkungskontrolle der Regelung. Da sich Akteure indes mit Regelungszuständen arrangieren (müssen) und »sich nach der Decke strecken« wird man schwerlich eine solche Disproportionalität einzelner Regulierungen im Tarif- und Arbeitskampfsystem bejahen können.²⁶³ 306

Insbesondere fällt es schwer, über die Disproportionalität ein Mindestmaß an Koalitionsbetätigungsrechten zu garantieren. Theoretisch läßt sich 307

262 Wiedemann/Oetker TVG, 7. Auflage (2007) § 3 Rn 109; in diese Richtung bereits Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn 1814.

263 Dreier, GG, 2. Auflage (2004) Vorb Rn 149: »In der Lehre hält man die dritte Stufe zuweilen für (weitgehend) entbehrlich, da die Prüfung kaum zu objektiven und verlässlichen Ergebnissen führe, dafür aber den subjektiven Wertungen des Rechtsanwenders Platz gebe; deswegen reduziert man sie auf eine bloße »Stimmigkeitskontrolle« [...]. Doch birgt ein solcher Verzicht nur die Gefahr, die zweite Stufe der Erforderlichkeit mit subjektiven Bewertungen aufzuladen. Vorzugswürdig scheint es, an der bewährten Dreistufigkeit festzuhalten und sich bei der dritten Stufe der gebotenen Zurückhaltung insbesondere gegenüber Wertungen des Gesetzgebers bewußt zu bleiben.«.

durchaus ein **Untermaßverbot** in der ausgestaltenden Gewährleistung formulieren (ähnlich wie in der Schutzpflichtdogmatik).²⁶⁴

Doch praktisch ist es, wie Rn 148 ff gesehen, kaum möglich, aus der Gewährleistung eines Tarifvertrags- und Arbeitskampsystems konkrete Mindestinhalte abzuleiten.

- 308 Immerhin ist zu konstatieren, daß die normative Tarifgeltung der Minderheitsgewerkschaft und ihrer Mitglieder im betroffenen Belegschaftssegment »auf Null« gestellt wird. Doch könnten sie noch schuldrechtliche Regeln über Arbeitsbedingungen formulieren. Ob dies für die Tarifautonomiegewährleistung genügt, ist fraglich. In der Flaggenrechtsentscheidung hat das BVerfG es schon für unzumutbar gehalten, daß der Tarifvertrag für das eigene ausländische Mitglied nicht automatisch gilt, sondern daß dies (im Tarifvertrag!) besonders vereinbart sein müsse – weswegen die deutschen Gewerkschaften für diese Anwendbarkeitsklausel eigens Verhandlungsdruck entfalten müssen.²⁶⁵

2. Ausgleichslose Tarifverdrängung

- 309 Immerhin bleibt ein zentraler Aspekt der Unverhältnismäßigkeit: Die **Verdrängungswirkung der Tarifeinheit beraubt die Angehörigen der Minderheitsgewerkschaft ihres Tarifschutzes, wirft sie auf den Status von Nichtorganisierten zurück ohne ihnen zum Ausgleich einen anderen Tarifschutz zu gewähren.**²⁶⁶
- 310 Dabei hilft es nicht, daß die unterlegenen Arbeitnehmer in der Praxis vielfach doch vom Mehrheitstarif erfaßt werden, weil der Arbeitgeber regelmäßig und typischerweise den »siegreichen« Mehrheitstarifvertrag durch Bezugnahmeklausel auf alle Arbeitnehmer und damit nicht bloß die Nichtorganisierten, sondern gerade auch die Andersorganisierten ohne eigenen Tarif erfaßt.²⁶⁷
- 311 Das immerhin schlägt *Buchner* vor: Man könne die Sicherung der Tarifeinheit auf betrieblicher Ebene davon abhängig machen, daß der Arbeit-

264 Dazu *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005) 650, *A. Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht (2008) 300 ff; *Klein*, Das Untermaßverbot – Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung, JuS 2006, 960; *ErfK/Dieterich*, 10. Auflage (2010) Art. 9 GG Rn 9 ff und 86.

265 BVerfG vom 10.1.1995 – 1 BvF 1/90 – BVerfGE 92, 26 = NZA 1995, 272.

266 Insofern kritisch *Scholz*, Rechtsgutachten zur Problematik von Tarifpluralität und Tarifeinheit – Verfassungsfragen zu einer gesetzlichen Reformlösung (2010), S. 19; dazu schon Rn 76.

267 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997) 752 f; *Moll*, Kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen nach einem Betriebsübergang, RdA 1996, 281.

geber den »Verlierern« durch die Bezugnahme einen adäquaten Ersatztarifschutz böte.²⁶⁸

Auch der Vorschlag des Autorenkollektivs unter Leitung von *Preis/Thüsing* will den Mitgliedern der Minderheitsgewerkschaft doch entweder den Mehrheitstarif »oder« den verdrängten Minderheitstarif zukommen lassen, offenbar nach Gutdünken des Arbeitgebers (Rn 15 f).

Indes verschafft die Bezugnahmeklausel den betroffenen Arbeitnehmern **keinen vollwertigen Tarifschutz**. Vor allem aber **darf die normative Verdrängungswirkung der Tarifeinheit nicht von der vom Arbeitgeber beherrschten Arbeitsvertragsgestaltung abhängen**. Besonders deutlich wird das am Vorschlag der Arbeitsgruppe: wenn der Arbeitgeber frei entscheiden darf, ob er den Angehörigen der Minderheitsgewerkschaft entweder den für sie als »schlecht empfundenen« Mehrheitstarif oder aber den verdrängten Minderheitstarif zukommen lassen mag, dann wird der Tarifschutz der Bewilligungsgnade des Arbeitgebers ausgeliefert. 312

3. Zunahme der Fremdbestimmung

Schließlich und vor allem: Die **Tarifeinheit nimmt den Arbeitnehmern den Schutz des durch eigene Mitgliedschaft selbst gewählten Tarifvertrages** – ob ein anderer Tarifvertrag ihren individuellen Vorstellungen angemessener Arbeitsbedingungen entspricht, das dürfen sie doch selbst entscheiden. Man stelle sich etwa vor, eine Gewerkschaft setze stärker auf Entgeltzuwächse, eine andere auf Arbeitsplatzsicherheit – und beide stünden in einem Unternehmen im Tarifwettbewerb. Dann liegt in der Wahl der Mitgliedschaft zugleich die Wahl des aus Sicht des Arbeitnehmers »passenderen« Tarifvertrags. Niemand kann redlicherweise sagen, daß selbst bei Tariferstreckung für den Arzt, den Lokomotivführer, den Piloten oder Flugbegleiter, den Akademiker in der chemischen Industrie über den Mehrheitstarif akzeptable Tarifbedingungen für diese Personen erreicht werden. 313

Schließlich kann niemand redlicherweise behaupten, daß die Gesamtwirkung einer durch Tarifeinheit zwangssolidarisierten und also entindividualisierten Tarifautonomie faßbare Wohlfahrts- oder Gerechtigkeitsgewinne bedeutet. 314

Nach meinem Dafürhalten erweist sich der durch Tarifeinheit zu erzielende »Gewinn« gegenüber dieser Freiheitsbeschränkung als nicht

268 *Buchner*, Tarifpluralität und Tarifeinheit – einige Überlegungen zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 2. FS BAG (2004) 631, 636; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität (2010) 353 f findet das erwägenswert.

»rentabel«: Sicher zwingt Tarifpluralität zur Spaltung der Belegschaften nach Gewerkschaftszugehörigkeit. Doch **auch die Tarifeinheit segmentiert Belegschaften**: nur eben nicht nach individuell frei gewählter Gewerkschaftszugehörigkeit, sondern nach überindividuellen Mehrheitszuständen in einer betrieblichen Teilbelegschaft, die durch regulatorische Zufälligkeiten des Geltungsanspruchs konkurrierender Tarifverträge konstituiert wird und der der einzelne Arbeitnehmer nicht kraft autonomer Entscheidung angehört.

- 315 Das wiederum beschränkt unverhältnismäßig diejenigen Arbeitnehmer und ihre frei gewählten Verbände, deren Zugehörigkeits- und Organisationsentscheidung ignoriert wird, ohne daß dem ein nennenswerter Gewinn an Rechtssicherheit, an Klarheit oder Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen gegenübersteht.

4. Steigerung der Rechtsunsicherheit in der Tarifierstellung

Die gewollte »klarere« Tarifierstellung bei Tarifeinheit kann zwar auf die Erhebung der Gewerkschaftsmitgliedschaft zur Feststellung der Tarifgeltung verzichten, handelt sich aber erhebliche Folgeprobleme in der Feststellung der kollektiven Mehrheit ein (Rn 291 ff). Das stellt nicht nur die Geeignetheit in diesem Punkt in Frage, sondern belastet die tarifliche Rechtsanwendung insgesamt. Ich halte auch das für disproportional.

C. Arbeitskampfebene

I. Diagnose

1. Tarifpluralität und pulsierende Streikgefahr

- 316 Ist der Arbeitgeber oder sein Verband mit mehreren Gewerkschaften für unterschiedliche Beschäftigtengruppen konfrontiert, so sind unabhgestimmte Tarifaueinandersetzungen und damit auch vielfache Arbeitskämpfe möglich. Das löst für den betroffenen Arbeitgeber erhebliche Mehrkosten und mit Blick auf die Fernwirkungen von Streiks entsprechende Folgelasten für Dritte und die Allgemeinheit aus.²⁶⁹
- 317 Die Friedenspflicht aus dem einen Tarifvertrag mit der einen Gewerkschaft hindert die andere nicht am Streik um den eigenen Tarifvertrag. Die Friedenspflicht ist schuldrechtliche und also relative Pflicht der Tarifparteien und verbietet dann nur der jeweiligen Gewerkschaft als Tarif-

269 Giesen, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1, unter II. 2. b. und V. 2; F.-W. Lehmann, Schaffung eines Gesetzes über die Tarifeinheit, BB 2010, 2237, 2238 f.

partei, mit dem Streik einen Nachschlag durchzusetzen. Gegenüber anderen Tarifparteien wirkt diese Friedenspflicht von vornherein nicht.²⁷⁰

§ 2 Abs. 4 TVG sorgt für eine **Friedenspflicht-Erstreckung** nur im Verhältnis Mitgliedsverband und Spitzenverband. So muß der Mitgliedsverband die Friedenspflicht des Spitzentarifvertrages achten und umgekehrt darf ein Spitzenverband mit dem Arbeitskampf nicht den Tarifvertrag eines Mitgliedes hintertreiben.²⁷¹

Für Gewerkschaften wird das nicht praktisch, weil es in Deutschland keine tariffähigen Spitzenverbände auf Arbeitnehmerseite gibt.

Nach der vom Großen Senat des BAG für das Arbeitskampfrecht entwickelten These von der **arbeitskampfrechtlichen Einheit der Belegschaft** dürfen die Angehörigen der einen Gewerkschaft im Arbeitskampf der anderen mitstreiken.²⁷² 318

Nach der **Unterstützungstreikrechtsprechung** des BAG schließt der eigene Tarifvertrag mit seiner Friedenspflicht nicht einmal aus, daß diejenige Gewerkschaft, die für sich selbst wegen der laufenden Friedenspflicht keinen Tarifnachschlag erstreiken darf, sich mit einer Streikunterstützung an einem Streik einer fremden Gewerkschaft um eben jene Arbeitsbedingungen beteiligt, für die sie selbst aktuell tarifgebunden ist.²⁷³ 319

Das heißt praktisch: Bei Luftfahrtunternehmen könnten im Wechsel die Piloten (Cockpit), sodann die Flugbegleiter (UFO) und schließlich das Bodenpersonal streiken. Ganz abgesehen davon, daß ein Streik bei der Flugsicherung (DFS) den Flugbetrieb ebenfalls und zusätzlich lahmlegen kann. Dabei können etwa die Flugbegleiter trotz eigenem laufenden Tarifvertrag den Streik der Piloten oder des Bodenpersonals unterstützen. Ähnlich ist es bei der Bahn: Erst streiken die Lokomotivführer mit ihrer 320

270 BeckOKArbR/Waas/Giesen, Edition 17 (2010), § 1 TVG, Rn 64; Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage (2004) § 1 TVG Rn 376; MünchArbR/Ricken, 3. Auflage (2009) § 200 Rn 34; Wiedemann/Thüsing, 7. Auflage (2007) § 1 Rn 873.

271 BeckOKArbR/Waas/Giesen, Edition 17 (2010), § 2 TVG, Rn 44; Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage (2004) § 2 TVG Rn 121; Wiedemann/Oetker, 7. Auflage (2007) § 2 Rn 177 ff.

272 BAG GS vom 28.1.1955 – GS 1/54 – AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf zu I 6 der Gründe; BAG GS vom 21.4.1971 – GS 1/68 – NJW 1971, 1668 unter Teil III B 3; vgl weiter BAG vom 10.6.1980 – 1 AZR 331/79 – NJW 1980, 1653 zum hieraus angeblich folgenden Verbot der selektiven Aussperrung.

273 BAG vom 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055; dazu kritisch Otto, Das konturlose Arbeitskampfrecht des BAG – Vom Arbeitskampf als ultima ratio zur nahezu unbeschränkten Kampffreiheit? RdA 2010, 135; Rieble, Das neue Arbeitskampfrecht des BAG, BB 2008, 1506; Wank, Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts, RdA 2009, 1.

Berufsgruppengewerkschaft (GDL) und dann transnet/GDBA für alle Beschäftigten. In den Klinika können die Ärzte für den Marburger Bund streiken – während ein ver.di-Tarif die Arbeitsbedingungen aller Beschäftigten und auch der Ärzte regelt (auch wenn es kaum Ärzte unter den ver.di-Mitgliedern gibt). Das alles ist auch schon praktisch geworden.²⁷⁴

- 321 Auf der anderen Seite ist solche Streikkonkurrenz zwischen IG Metall und CGM noch nicht beobachtet worden – insbesondere weil die CGM mit geringem Organisationsgrad und ohne Unterstützung der anderen Arbeitnehmer keine nennenswerte Kampfkraft entfalten kann. Die Gefährlichkeit besteht nur bei Berufsgruppengewerkschaften, auf deren Tätigkeit der Arbeitgeber besonders angewiesen ist (Piloten, Lokführer) und die (insbesondere wegen staatlicher Vorgaben wie Fluglizenz oder Lokomotivführerschein und konkreter Strecken- und Typerfahrung) nicht leicht zu ersetzen sind. So hätte ein Streik von Lastkraftfahrern keine erhebliche Wirkung, weil sich europaweit Fremdspeditionen oder Fremdfahrer organisieren lassen. Das Flugzeug indes kann ohne Piloten und ohne Fluglotsen sowenig fliegen, wie der Zug ohne Lokführer fahren kann oder wie das Krankenhaus ohne Ärzte betrieben werden kann. Eben aus dieser Stärke folgt dann auch die Tariffähigkeit.²⁷⁵
- 322 Schließlich drohen »Pulsstreiks« auch von derselben Gewerkschaft, wenn diese während der Laufzeit des einen Tarifvertrags um eine andere Regelungsmaterie kämpft. Die Friedenspflicht ist auch gegenständlich relativ, verbietet also nur den Kampf um die Änderung gerade der geregelten Arbeitsbedingungen.
- 323 Das **Ziel**, eine unverhältnismäßige Kumulation von Arbeitskämpfen zum Schutz der Arbeitgeber, Dritter und der Allgemeinheit zu verhindern, also die Kampflast zu begrenzen, ist trotz der aus Art. 9 Abs. 3 GG folgenden Arbeitskampfbefugnis **durchweg legitim**. Das dem Arbeitskampfrecht eigene Verhältnismäßigkeitsprinzip verfolgt in der Konzeption des Großen Senats des BAG eben dieses Ziel:

»Arbeitskämpfe müssen zwar nach unserem freiheitlichen Tarifvertragssystem möglich sein, um Interessenkonflikte über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im äußersten Fall austragen und ausgleichen zu können. In unserer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft berühren aber Streik wie Aussperrung nicht nur die am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch Nicht-

274 W. Bayreuther, Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität – Die Lösung der Deutschen Bahn, FS Hromadka, (2008) 1; Gerber, Tarifrecht und Arbeitskampfrecht vor dem Hintergrund eines globalen Marktumfeldes – Reichweite und Grenzen, ZfA 2008, 311; F. Bayreuther, Der Arbeitskampf des Marburger Bundes – Ein Lehrstück zur Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2006, 642, 646.

275 Vgl. die UFO-Entscheidung des BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 – NZA 2005, 697.

streikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachhaltig. Arbeitskämpfe müssen deshalb unter dem obersten Gebot der Verhältnismäßigkeit stehen. Dabei sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen, und das Gemeinwohl darf nicht offensichtlich verletzt werden. Diese Gesichtspunkte hat das BAG wegen der möglichen tiefgreifenden wirtschaftlichen und sozialen Folgen von Arbeitskämpfen sowie im Hinblick auf die Verantwortung der Tarifvertragsparteien gegenüber der Allgemeinheit schon mehrfach betont«. ²⁷⁶

Und eben diesen restringierenden Ansatz hat auch das BVerfG im Kern schon gebilligt. ²⁷⁷

Der **Professorenentwurf** eines »Gesetzes zur Regelung kollektiver 324
Arbeitskonflikte« greift diese Rechtsprechung mit seinem § 2 auf:

»(1) Arbeitskämpfe sollen die gleichgewichtige Regelung der Arbeitsbedingungen in Tarifverträgen gewährleisten; Arbeitskämpfe und Kampfmaßnahmen, die dazu nicht geeignet oder nicht erforderlich sind, sind unzulässig.

(2) Arbeitskämpfe und Kampfmaßnahmen, die den Kampfgegner oder die Allgemeinheit unverhältnismäßig belasten, sind unzulässig. Sie dürfen insbesondere nicht darauf gerichtet sein, den Gegner wirtschaftlich zu vernichten.« ²⁷⁸

Insoweit geht es um den Schutz der Unternehmerfreiheit und der 325
Gewerbebetriebe, sowie die Berufsbetätigung der nichtstreikenden Arbeitnehmer, die durch den Arbeitskampf zeitweise Arbeit und Entgelt einbüßen, also verfassungsrechtlich geschützten Positionen. Soweit es um Daseinsvorsorge (auch im öffentlichen Verkehr) geht, ist das Sozialstaatsprinzip betroffen. Auch für eine sonstige Begrenzung von Kampfwirkungen läßt sich das **Sozialstaatsprinzip** geltend machen.

Überdies können Konkurrenzarbeitskämpfe die **Tarifauseinander- 326
setzung der anderen (und größeren) Gewerkschaft stören, ja deren Kampfkonzert hintertreiben** – etwa mit einem Streik zur falschen Zeit, etwa wenn in der Fläche noch aussichtsreiche Tarifverhandlungen laufen oder am falschen Ort, etwa in Durchkreuzung des Kampfkonzertes der Großgewerkschaft. Denn die Kampfkraft der Großgewerkschaft wird empfindlich gestört, wenn ihre Mitglieder durch einen vorangegangenen Streik der Funktionseliten arbeitskampfrechtlich ihren

²⁷⁶ BAG GS vom 21.4.1971 – GS 1/68 – NJW 1971, 1668, 1669; dazu *Seiter*, Arbeitskampfpazität und Übermaßverbot (1979) 88 ff.

²⁷⁷ BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvL 779/85 – BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809 zur Einschränkung der Aussperrungsbefugnis zur Herstellung von Parität zwischen den Kampfparteien.

²⁷⁸ *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter* (1988) 18 f, 33 ff.

Lohn einbüßen. Die Bereitschaft zu einem weiteren Kampfpfer läßt schnell nach. Zu denken ist auch an die Kampffolgen in Drittbetrieben.²⁷⁹

Insofern läßt sich auch der Schutz der einen Koalitionsbetätigung vor der Störung durch andere aktivieren.

2. Therapie durch Tarifeinheit

- 327 Während aus der »alten« Tarifeinheit wenigstens eine Ansicht folgerte, um einen später verdrängten Tarifvertrag dürfe kein Streik geführt werden – weil der Streik um einen Tarifvertrag, der wegen der Tarifeinheit nicht gelten könne, schlechthin unverhältnismäßig und also illegitim ist (Rn 82), folgt aus der uneingeschränkten Tarifpluralität eine nach jedenfalls derzeitigem Arbeitskampfrecht unbeschränkte Streikvielfalt.²⁸⁰
- 328 Die »neue« **Tarifeinheit** nach dem Mehrheitsprinzip ist für sich genommen **geeignet**, den Arbeitskampf der Minderheitsgewerkschaft auszuschließen. Anders als die inhaltliche Spezialität steht die Organisationsmehrheit vielfach schon vor dem Arbeitskampf fest – weswegen der Streik der Minderheitsgewerkschaft um einen Tarifvertrag geführt wird, der nicht gelten kann (vgl § 4a Abs. 1 TVG-E, Rn 10). Unsicherheitsprobleme entstehen allenfalls dann, wenn der Bezugsrahmen nicht der Betrieb, sondern der **überschneidende Geltungsbereich** der Tarifverträge ist (Rn 111 ff). Dann nämlich hängt es doch vom Tarifiergebnis ab, wo zu zählen ist. Allerdings dürften die Spartengewerkschaften in diesem Fall versuchen, möglichst sicher zu gehen. Die GDL etwa würde – auch wenn sie Fahrpersonal organisierte – eine Tarifforderung womöglich nur für die Lokomotivführer formulieren, um sicher zugehen, daß ihre überwältigende Organisationsmehrheit von 80% auch auf die Tarifeinheit durchschlägt.
- 329 Der Entwurf geht aber noch einen Schritt weiter und erklärt in § 4a Abs. 2 TVG-E ausdrücklich eine Erstreckung der schuldrechtlichen Friedenspflicht aus dem »siegreichen« Mehrheitstarifvertrag »auf konkurrierende Tarifverträge«. Nun gibt es keine Friedenspflicht für Tarifverträge und außerdem gibt es den konkurrierenden Tarifvertrag, der durch Streik der Minderheitsgewerkschaft erzwungen werden soll, gerade noch nicht. Gemeint ist eine Erstreckung der Friedenspflicht auf eine Minderheitsgewerkschaft, soweit sie mit dem Arbeitskampf eine tarifliche Regelung

279 Dazu schon *Rieble*, Modernisierung des Arbeitskampfrechts zu einem Tarifverhandlungsrecht, ZAF 2005, 218, 222 f.

280 *Giesen*, Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11, 12; *Brocker*, Ende der Tarifeinheit aus betrieblicher Sicht, NZA-Beilage 2010, 121, 122 f; *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 200 ff; *Engels*, Die verfassungsrechtliche Dogmatik des Grundsatzes der Tarifeinheit, RdA 2008, 331, 335 f; *Göhner*, 60 Jahre TVG – Zeit für Reformen?, FS Bauer (2010) 351, 357.

gerade solcher Regelungsmaterien anstrebt, die im Mehrheitstarifvertrag geregelt sind.²⁸¹

II. Geeignetheit

Die Tarifverdrängungswirkung der Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip ist geeignet, Mehrfacharbeitskämpfe zu unterbinden – auch ohne ausdrückliche **Erstreckung der Friedenspflicht**. Jene erscheint ohnedies als **systemwidrig**, weil die Friedenspflicht eine positive schuldrechtliche (und damit relative) Pflicht aus dem eigenen Tarifvertrag ist. Die Mehrheitsgewerkschaft ist nicht legitimiert, schuldrechtliche Pflichten für eine ihr fremde andere Gewerkschaft zu vereinbaren (näher Rn 394 ff). 330

Systematisch angemessen und ebenso wirksam ist es, das allgemeine kampfrechtliche Prinzip zu normieren, wonach der **Arbeitskampf nur zulässig ist, wenn er um einen wirksamen und auch geltenden Tarifvertrag geführt wird**. Das Prinzip ist für unwirksame Tarifverträge, die an fehlender Tariffähigkeit, Tarifizständigkeit oder an unzulässigen Tariffinhalten scheitern, anerkannt.²⁸² 331

Dieses Prinzip könnte als punktuelle arbeitskampfrechtliche Regel auch im TVG verankert und für die Tarifeinheit fruchtbar gemacht werden: Nur die geltungsfähige Tarifregelung legitimiert den Arbeitskampf.²⁸³

Dagegen ist zuerst einzuwenden, daß die **Geltungsbereichsabgrenzung** der Tarifverträge die Tarifkonkurrenz vermeidet und damit der Friedenspflicht-Erstreckung den Boden entzieht (Rn 116). Steht ein Tarifvertrag für Piloten oder Ärzte völlig separiert von einem solchen für Flugbegleiter oder Krankenschwestern, so gibt es nicht nur keine durch Tarifautonomie aufzulösende Tarifkonkurrenz, auch vom Regelungsgegenstand her ist kein Ansatz für eine Friedenspflicht-Erstreckung denkbar. Das wird besonders deutlich, wenn man das Beispiel dagegenstellt, daß ein und dieselbe Einheitsgewerkschaft für einen Arbeitgeber Tarifverträge für unterschiedliche Beschäftigtengruppen vereinbart, so wie das früher für Arbeiter und Angestellte der Fall gewesen ist. Praktisch wird das heute noch im Rahmen von Unternehmensumstrukturierungen, bei denen die Tarifwerke der Arbeitnehmer unterschiedlicher Unternehmensherkunft für eine Übergangszeit getrennt fortgeschrieben werden. Und so könnte auch die Tarifgemeinschaft transnet/GDBA einen Lokführertarifvertrag und einen Zugbegleitertarif getrennt vereinbaren – oder aber fünf verschiedene funktionspezifische Tarifverträge für die Funktionsgruppen 332

281 Ähnlich Professoreninitiative Tarifpluralität Eckpunkt 10.

282 Statt aller *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006) § 6 Rn 1 ff.

283 Allgemein *Rieble*, Modernisierung des Arbeitskampfrechts zu einem Tarifverhandlungsrecht, ZAF 38 (2005) 218 ff.

»Anlagen- und Fahrzeuginstandhaltung«, »Zugbildung und Zugbereitstellung«, »Bahnbetrieb und Netz«; »Bahnservice und Vertrieb« sowie »Allgemeine Aufgaben«.²⁸⁴

Friedenspflicht löste der eine Funktionstarifvertrag zu Lasten des anderen nicht aus, gerade weil **unterschiedliche personelle Geltungsbereiche** zugleich unterschiedliche Regelungsgegenstände bedeuten und damit die Friedenspflicht begrenzen. Pulsierender Arbeitskampf wird nur dadurch vermieden, daß die unterschiedlichen Tarifverträge **autonom (!) auf dieselben Laufzeiten ausgerichtet** sind. Daran vermag die verordnete Friedenspflichterstreckung nichts zu ändern; sie ist **nicht geeignet**, unabgestimmte Arbeitskämpfe zu vermeiden.

- 333 Die Friedenspflicht und ihre vorgeschlagene Erstreckung greift mit Blick auf die notwendige Beschränkung der Tarifeinheit auf **überschneidende Geltungsbereiche** gerade nur »dort« (Rn 116). Der repräsentative Arztarbitrage des Marburger Bundes kann die bei ver.di organisierten Krankenschwestern nicht am Streik hindern; die Krankenschwestern werden allenfalls daran gehindert, für einen Tarifvertrag zu streiken, der auch Arbeitsbedingungen für Ärzte regelt. Umgekehrt dürften aber – nach dem herkömmlichen arbeitskampfrechtlichen Prinzip der Einheit der Belegschaft (Rn 318) Ärzte durchaus auch zugunsten der Krankenschwestern mitstreiken – nur eben nicht für sich selbst. Verkehrte Welt!

- 334 Konsequenterweise ist **in einem tarifpluralen System der Grundsatz der Belegschaftseinheit im Arbeitskampf aufzugeben**.²⁸⁵

Verführe man strikt und untersagte grundsätzlich jedem Arbeitnehmer, der von der normativen Tarifgeltung nicht erfaßt wird, die Beteiligung am Arbeitskampf, wäre dies eine erhebliche Einschränkung bisheriger Kampfberechtigung – und zwar auch in Bereichen, die an dem Sonderproblem Tarifpluralität und Kampfkonzurrenz gar nicht leiden – und auch dann, wenn die nicht- und andersorganisierten Arbeitnehmer durch Bezugnahme am Tarifierfolg partizipieren.²⁸⁶

Insofern erreicht man eine überschießende Streikdämpfung. Zugleich und erst recht wäre es um die kritikwürdige Unterstützungsstreikrechtsprechung des BAG (Rn 319) geschehen. Jedenfalls ist zum Prinzip des großen Senates zurückzukehren, der seine **Kampfeinheit der Beleg-**

284 Letzteres ist geschehen: W. Bayreuther, Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität. Die Lösung der Deutschen Bahn, FS Hromadka (2008) 1, 5.

285 Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampspluralität (2010) 428 ff.

286 Zur Kritik am kampfrechtlichen Partizipationsgedanken schon Lieb, Zur Rechtmäßigkeit von Unterstützungsarbeitskämpfen im Druck- und Verlagsbereich, RdA 1991, 145, 149 ff.

schaft unter den Vorbehalt einer Friedenspflicht gestellt hat: Andersorganisierte Arbeitnehmer dürfen nicht mitstreiken, wenn für sie schon ein Tarifvertrag mit demselben Regelungsgegenstand gilt.²⁸⁷

III. Erforderlichkeit

Das (legitime) Ziel, eine unverhältnismäßige Kumulation von Arbeitskämpfen zum Schutz der Arbeitgeber, kampfbetroffener Arbeitnehmer, Dritter und der Allgemeinheit zu begrenzen, läßt sich durch andere tarifrechtliche, vor allem aber durch arbeitskampfrechtliche Restriktionen erreichen.²⁸⁸

1. Gesetzliche Kampfruhezeiten

Als störend empfunden wird vor allem das **unkoordinierte Nacheinander von Arbeitskämpfen**. Die alternative Konzentration der Kampfberechtigung konkurrierender Gewerkschaften ließe sich durch die gesetzliche Definition kampffreier Zeiten bewerkstelligen. Indes taugt das Vorbild der jagdrechtlichen Schonzeit,²⁸⁹ nicht, weil jede Branche andere Produktions- und Arbeitsverhältnisse aufweist und eine gesetzliche Kampfruhe nicht dazu dienen darf, Gewerkschaften auf solche Arbeitskampfzeiten zu beschränken, in denen der Streik womöglich besonders wirkungsarm ist (Urlaubszeiten, Feiertage etc).

2. Friedenspflichterstreckung

Milderes Mittel gegenüber der vollständigen Tarifverdrängung könnte eine **Ausdehnung nur der Friedenspflicht** aus dem repräsentativen Tarifvertrag sein. Sie läßt freiwillige Tarifverträge von vornherein unberührt und versagt den Gewerkschaften nur den Arbeitskampf. Milderes Mittel ist das deshalb, weil von zwei Koalitionsbetätigungen nur eine ausgeschlossen wird. Das zeigt auch der Vergleich zum tarifdispositiven Gleichstellungsgebot für Leiharbeitnehmer nach §§ 3 Abs. 2 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG. Dort ist zwar der Arbeitskampf rechtlich nicht ausgeschlossen, aber doch faktisch, weil der Leiharbeitsstarif praktisch nur

287 BAG GS vom 21.4.1971 – GS 1/68 – NJW 1971, 1668 unter Teil III B 3: »soweit nicht etwa für anders Organisierte eine Friedenspflicht besteht«.

288 A.A. *Boemke*, Folgen der Tarifpluralität für das Streikrecht, ZfA 2009, 131, 142: »Geht man von der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit für die Fälle der Tarifpluralität aus, dann können künftig mehrere unterschiedliche Tarifwerke in einem Betrieb anwendbar sein. [...] Unter Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten lassen sich so keine Grenzen mehr für das Streikrecht gewinnen.« Das ist eine begründungsbedürftige Behauptung.

289 So dürfen Itisse in Bayern nur von August bis Februar bejagt werden.

eine Absenkung der Arbeitsbedingungen vorsehen kann. Das BVerfG hat das für die Tarifaufonomie genügen lassen.²⁹⁰

- 338 Eben das schlägt *Meyer* vor: eine **generelle Ausdehnung der Friedenspflicht** aus einem bestehenden Tarifvertrag auf andere Gewerkschaften.²⁹¹

Immerhin müßte diese Ausdehnung wenigstens von der Repräsentativität des friedensbegründenden Tarifvertrags abhängen.²⁹²

- 339 Freilich ist eine solche »automatische Geltungserstreckung schuldrechtlicher Pflichten« legitimationslos (Rn 394 ff). Solche Geltungserstreckung **muß** – wie bei der Allgemeinverbindlicherklärung – **der Staat legitimieren**.²⁹³

3. Laufzeitkoordination konkurrierender Tarifverträge

- 340 Ähnlich schlägt *Franzen* vor, konkurrierenden Gewerkschaften eine zeitliche Koordination von Tarifverhandlungen und Tarifgeltungsdauer abzuverlangen: Im Normalfall des befristeten Tarifvertrages soll eine Konkurrenzforderung erst möglich sein, wenn der bestehende Tarifvertrag ausgelaufen ist. Die Gewerkschaften müßten ihre Tarifforderungen innerhalb eines verbindlichen Zeitrahmens geltend machen und folglich ihre Tarifverhandlungen zeitgleich führen.²⁹⁴

- 341 Nun läßt sich auch gegen solche Beschneidungen der Tarifaufonomie vorbringen, sie seien ihrerseits unverhältnismäßig, weil sie mittelbar in die tarifliche Sachregelungsbefugnis eingreifen. So weist insbesondere *Jacobs* darauf hin, daß die **zeitliche Dauer des Tarifvertrages nicht von seinem Inhalt zu trennen** ist. Gerade Entgeltabschlüsse sind in der Höhe laufzeitabhängig. Zudem läßt das Modell die Frage offen, wie mit unbefristeten aber kündbaren Tarifverträgen zu verfahren ist. Soll etwa die Kampfberechtigung der einen Gewerkschaft davon abhängen, daß die andere ihren Tarifvertrag kündigt? Das wiederum provoziert Anschlußtarifverträge zu Lasten Dritter: Mehrheitsgewerkschaft und

290 BVerfG (Kammer) 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03 ua – NZA 2005, 153.

291 *Meyer*, Aktuelle Fragen zum Grundsatz der Tarifeinheit, DB 2006, 1271, 1272.

292 *Schliemann*, Betriebliche Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität, FS Hromadka (2008) 359, 378.

293 Vgl. die Allgemeinverbindlicherklärungs-Entscheidungen des BVerfG vom 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 345 ff und vom 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79 – BVerfGE 55, 7 ff.

294 *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 204; *ders.*, Tarifeinheit – Element der Tarifaufonomie oder Grundrechtsverletzung?, ZfA 2009, 297, 317; ähnlich *Kamanabrou*, Der Streik durch Sparten-gewerkschaften, ZfA 2008, 241, 271 ff.

Arbeitgeberseite können sich leicht(er) auf die Modifikation eines unbefristeten ungekündigten Tarifvertrages verständigen, wenn dies auf Kosten von Minderheitengewerkschaften geschieht. Überdies kann auch der zeitweise Ausschluß des Kampfrechtes unverhältnismäßig geraten. Deswegen muß jedenfalls eine **Höchstfrist** bestimmt werden.²⁹⁵

Für unsere Frage ist das zunächst bedeutungsarm: Wenn schon das mildere Mittel unverhältnismäßig ist, dann ist es die umfassende Beschneidung von Tarifregelungs- und Streikbefugnis erst recht. Auf der anderen Seite ist *Jacobs* entgegenzuhalten, daß das **Grundanliegen der Mäßigung der durch umfassende Tarifpluralität bewirkten Kampfkonzurrenz legitim** ist. Wer jeden staatlichen Mäßigungsversuch für unverhältnismäßig hält, nimmt dem Gesetzgeber seinen Handlungsspielraum und damit sein Recht im Interesse auch des Gemeinwohls der privatnützigen Interessenverfolgung Grenzen zu setzen. 342

4. Schlichtungsverfahren, Urabstimmung, Ankündigungsfristen, Abkühlungsphasen

Arbeitskampffproblemen ist aus Sicht der Erforderlichkeit arbeitskampfrechtlich zu begegnen. Jede Beschneidung auch freiwilliger Tarifverträge ist daran gemessen unverhältnismäßig. Die bezweckte Harmonisierung der Streikzeiten läßt sich womöglich »weicher« mit **Verfahrensregelungen** bewirken: 343

- So könnte dem Streik ein obligatorisches **Schlichtungsverfahren ohne Einigungszwang** vorgeschaltet werden. Ein solches Verfahren könnte insbesondere durch den öffentlichen Rechtfertigungsdruck mindestens zur Versachlichung des Tarifkonfliktes beitragen.²⁹⁶

295 *Jacobs*, Tariffrieden bei Gewerkschaftspluralität, FS Buchner (2009) 352 f; *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 204 sieht das Problem selbst; ablehnend auch *Giesen*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1 unter V. 3. b. aa.

296 Allgemein *Rieble*, Modernisierung des Arbeitskampfrechts zu einem Tarifverhandlungsrecht, ZAF 38 (2005) 218, 223 ff; *Jacobs*, Tariffrieden bei Gewerkschaftspluralität, FS Buchner (2009) 356; *ders.*, Tarifpluralität statt Tarifeinheit – Aufgeschoben ist nicht aufgehoben! NZA 2008, 325, 331; *Bayreuther*, NZA 2008, 12, 16; *Buchner*, BB 2007, 2520, 2521; *Konzen*, Fünfzig Jahre richterliches Arbeitskampfrecht – Grundlagen, Bilanz, Weiterentwicklung, 2. FS BAG (2004) 515, 548; *Kamanabrou*, Der Streik durch Spartengewerkschaften, ZfA 2008, 241, 275 ff, die für den Fall eines Tarifabschlusses durch eine Branchengewerkschaft ein verbindliches Schlichtungsverfahren für zeitlich nachfolgende Tarifverhandlungen arbeitskampfwilliger Spartengewerkschaften vorschlägt und sowohl eine Ausgestaltung mit verbindlichem als auch unverbindlichem Ergebnis für zulässig erachtet; *Schliemann*, Streikkaskaden in der

- Einen ähnlichen Effekt hätten schließlich obligatorische **Ankündigungsfristen bzw. Abkühlungsphasen** nach erfolglosen Tarifverhandlungen.²⁹⁷

Derartige dem Arbeitskampf vorgelagerte Maßnahmen könnten wenigstens zum Teil »im Wege richterlicher Rechtsfortbildung aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitet werden.«²⁹⁸

- 344 In der Tat: Den **Vorrang der Schlichtung** hat der Große Senat bereits betont.²⁹⁹
- 345 Den Tarifparteien wird kein Schlichtungszwang auferlegt, auch kein inhaltlicher Einlassungszwang. Das wäre mit der Tarifautonomie nicht zu vereinbaren. Der **Schlichtungsversuch** ist arbeitskampfrechtliche Obliegenheit: Solange die angreifende Partei ein mögliches Schlichtungsverfahren nicht versucht hat, solange sind ihr jegliche Kampfmaßnahmen – unter Einschluß des verhandlungsbegleitenden Warnarbeitskampfes – verboten. Auf der anderen Seite ist ein Streik nach einem nicht angenommenen Schlichterspruch riskant: Kommt am Ende nicht deutlich mehr als der Vorschlag des Schlichters heraus, ist der Gewerkschaftsführer diskreditiert.³⁰⁰
- 346 Nur: Wenn die Tarifparteien kein autonomes Schlichtungsverfahren vereinbart haben, wozu man sie auch nicht zwingen kann, dann **muß der Staat eine entsprechende Schlichtung vorhalten**. Die Schlichtung

Daseinsvorsorge, FS Bauer (2010), 923, 938; skeptisch zu der beruhigenden Wirkung derartiger Schlichtungsverfahren *Giesen*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1, unter V. 3. dd; *Hanau/Thüsing*, Neue Sensibilisierung im Arbeitskampfrecht: Der Streik in der Luftfahrt, in: Thüsing (Hrsg.), Tarifautonomie im Wandel (2003), 35, 64 f.

297 *Jacobs*, Tariffrieden bei Gewerkschaftspluralität, FS Buchner (2009) 356; *Kerwer*, Von Lokführern, solidarischen Druckern und Nürnberger Haushaltsgeräten: Neue Tendenzen im Arbeitskampfrecht, EuZA 2008, 335, 341.

298 *Jacobs*, Tariffrieden bei Gewerkschaftspluralität, FS Buchner (2009) 356 f; zurückhaltender *Kamanabrou*, Der Streik durch Spartengewerkschaften, ZfA 2008, 241, 279 f.

299 BAG GS vom 21.4.1971 – GS 1/68 – NJW 1971, 1668, 1669 »Deshalb ist auch ein Schlichtungsverfahren erforderlich.«; *Löwisch*, Modernes Tarifverhandlungsrecht: Förderung alternativer Konfliktlösung, in: Rieble (Hrsg.), Zukunft des Arbeitskampfes (2005) S. 36 ff, Rn 19 ff; *Loritz*, Das überkommene Arbeitskampfrecht und die aktuellen Entwicklungen, 2. BAG-FS (2004) 557, 567 ff.

300 *Rieble*, Modernisierung des Arbeitskampfrechts zu einem Tarifverhandlungsrecht, ZAF 38 (2005) 218 ff, 223.

nach dem **Kontrollratsgesetz Nr. 35**³⁰¹ taugt nicht, weil das KRG nicht in allen Ländern gilt. Als Besatzungsrecht wurde es nicht durch Art. 8 des Einigungsvertrages auf das Beitrittsgebiet erstreckt. Art. 8 EV erfaßt nur Bundesrecht. Der Bund hat zwar durch **§ 1 Abs. 2 Besatzungsrechtsbereinigungsgesetz**³⁰² das Besatzungsrecht bereinigt und das KRG Nr. 35 hiervon gerade ausgenommen. Doch liegt darin keine positive Aufnahme in den gesetzgeberischen Willen des Bundes, die allein das KRG zu Bundesrecht hätte machen können. Der Regelungswille war nicht auf Verstärkung des KRG Nr. 35 gerichtet; der Gesetzgeber hat vielmehr dieses Gesetz nur negativ von seinem Aufhebungswillen ausgenommen und damit den Rechtszustand belassen wie er war.

Dementsprechend müßte in das TVG wenigstens ein Grundvorrang der Schlichtung, die Kernelemente des Verfahrens (Bestellung des Schlichters, Anrufung als Verfahrenseröffnung, Verfahrensabschluß durch unverbindlichen Spruch und seine Annahme durch die Tarifparteien) geregelt werden; alles weitere könnte eine **Bundesschlichtungsordnung** regeln, auf die die Verordnungsermächtigung in § 11 TVG erstreckt werden müßte.³⁰³

Abkühlungsphasen als zeitweises Kampfverbot können nicht statisch geregelt werden. Vielmehr müßten sie im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens vom Schlichter angeordnet werden. Sie nehmen den Tarifparteien das Kampfrecht nur für bestimmte Zeit und können ohne weiteres verhältnismäßig ausgestaltet werden.³⁰⁴

Starre Ankündigungsfristen erlauben dem Arbeitgeber, sich auf konfligierende Streiks einzustellen. Sie entsprechen funktional der individualrechtlichen Kündigungsfrist. Während traditionelle Vorschläge eher kurze Ankündigungsfristen vorsehen³⁰⁵ müßten Ankündigungsfristen zur Kampfkoordinierung eher im mehrwöchigen Zeitraum liegen.

Zusätzlich ist ein **Urabstimmungserfordernis** vorzusehen, das entgegen der bislang herrschenden Meinung³⁰⁶ über das Übermaßverbot zur

301 zu ihr *Lembke*, Staatliche Schlichtung in Arbeitsstreitigkeiten nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 35 – Relikt der Besatzungszeit oder Modell für Mediation im Arbeitsrecht?, RdA 2000, 223.

302 = Artikel 4 des Gesetzes vom 23.11.2007, BGBl I 2614.

303 Dazu der Vorschlag *Rieble*, Modernisierung des Arbeitskampfrechts zu einem Tarifverhandlungsrecht, ZAF 38 (2005) 218, 224.

304 Vgl. *Rüthers*, Tarifautonomie und gerichtliche Zwangsschlichtung (1973) 20 ff; *Jacobs*, Tariffrieden bei Gewerkschaftspluralität, FS Buchner (2009) 342, 356 f.

305 *Rieble*, Modernisierung des Arbeitskampfrechts zu einem Tarifverhandlungsrecht, ZAF 38 (2005) 218 ff, 225: drei Tage.

306 Statt aller *Kissel*, Arbeitskampfrecht (2002) § 40 mit Nachweisen.

Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Arbeitskampfes erhoben werden kann: Wenn schon die eigenen Mitglieder den Arbeitskampf (noch) nicht für erforderlich halten, darf er auch dem Gegner und Dritten nicht zugemutet werden.³⁰⁷

Die Urabstimmung hätte im Betrieb eine **befriedende Wirkung**: Gerade mit Blick auf Interessengegensätze zwischen unterschiedlich organisierten Gruppen, müßten die Individuen, also die konkreten Arbeitnehmer, sich der Kritik stellen. Der Arzt muß dann der Krankenschwester erklären, warum die Ärzte den Streik wollen. Das wiederum kann zu vernünftigem Abstimmungsverhalten beitragen.

- 351 All diese Vorschläge haben aus Sicht der Einheitsgewerkschaften einen entscheidenden Nachteil: Sie können aus Gründen der Gleichbehandlung der Tarifparteien nicht etwa nur für Berufsgruppen- und Spartengewerkschaften gelten, sondern **müßten das Streikrecht allgemein beschränken**. Darin dürfte der entscheidende Grund zu sehen sein, weswegen insbesondere der DGB auf eine Tarifsperre drängt: damit nicht die großen Einheitsgewerkschaften eine Beschränkung ihres Streikrechts erfahren. Damit wird die Unverhältnismäßigkeit mit Blick auf die Koalitionsleichbehandlung (Rn 105 ff) greifbar: Den Berufsgruppen-gewerkschaften wird eine massive Beschränkung ihrer Tarifvertragsrechte zugemutet, damit nicht alle Gewerkschaften gleichmäßig ihr bislang ungehemmtes Kampfrecht einbüßen. Eine solch einseitig umverteilende Bevorzugung einer bestimmten Organisationsform ist mit der Koalitionsfreiheit nicht zu vereinbaren. Den Spartengewerkschaften läßt sich im Vergleich mit den Branchengewerkschaften keine besondere Unbesonnenheit oder Rücksichtslosigkeit unterstellen, die ein Sonderarbeitskampfrecht nur für diese trägt. Gruppenegoismus ist der Koalitionsfreiheit immanent und kommt auch bei großen Gewerkschaften vor.
- 352 Auch daß **allgemeine Beschränkungen des Streikrechts politisch schwer durchsetzbar** erscheinen, rechtfertigt kein Sonderopfer jener Gewerkschaften, die keine besondere Lobby und keinen starken politischen Rückhalt genießen. Das eröffnete letztlich den Raum zu politisch induzierter Willkür.

307 Dazu eingehend *Rieble*, Urabstimmung als Streikvoraussetzung, FS Canaris (2007) Bd. I, 1439; zustimmend *Franzen*, Die neuere Rechtsprechung des Ersten Senats des BAG zum Arbeitskampfrecht, Jahrbuch des Arbeitsrechts 47 (2010) 119, 135.

5. Selbstregulierende Arbeitskampffolgen

a. Lohnrisiko im umkämpften Betrieb

Arbeitskämpfe tun weh. Und zwar gerade auch der kampfführenden Partei, deren Mitglieder während des Streiks ihr Arbeitsentgelt einbüßen. Eine gewisse Selbstregelung der Kampfkonzurrenz tritt nun schon dadurch ein, daß alle Arbeitnehmer im bekämpften Unternehmen ihren Entgeltanspruch einbüßen, soweit ihre Arbeit durch kampfbedingte Leistungsstörungen ausfällt. Ein Anspruch auf Annahmeverzugsentgelt nach § 615 Satz 3 BGB steht ihnen von vornherein nicht zu, weil das Arbeitskampsrisiko nicht in die Betriebsrisikosphäre einzuordnen ist. Es bleibt dann bei dem Grundsatz »ohne Leistung keine Gegenleistung; ohne Arbeit kein Lohn« (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, im Arbeitskamps einer Gewerkschaft nachzugeben, um die Arbeitsausfälle für andere Arbeitnehmer gering zu halten. Der Streik ist kein von ihm beherrschbares Risiko, sondern autonome Entscheidung der streikenden Gewerkschaft. Und: der Arbeitgeber ist kein Streikrisikoversicherer für Nicht- und Andersorganisierte.³⁰⁸ 353

Eine Rechtsgrundlage, den Angehörigen einer nicht kampfführenden Gewerkschaft das Arbeitsentgelt fortzuzahlen, gibt es nicht. Die Arbeitnehmer werden nicht etwa legitimationslos und zwanghaft in den Streik einer fremden Gewerkschaft einbezogen, sie tragen nur die faktischen Folgen der durch den Streik ausgelösten Leistungsstörung.³⁰⁹ 354

Im Gegenteil: Die Wechselwirkung der Arbeitsorganisation schafft wenigstens eine **leistungsstörungenrechtliche Einheit der Belegschaft**.

Das aber heißt: Die **freie und ungezügelter Kampfkonzurrenz kann erhebliche Wechselwirkungen auch in der Kampffähigkeit der konkurrierenden Gewerkschaften auslösen**: Wenn etwa ver.di in den Krankenhäusern einen 14-tägigen Streik um einen Entgelttarif führt und die Ärzte des Marburger Bundes in dieser Phase kein Arbeitsentgelt erhalten (und keine Gelder aus der Streikkasse des Marburger Bundes), dann wird ihre individuelle Streikbereitschaft noch geraume Zeit nach diesem Fremdkampf gemildert sein. Nicht nur der Arbeitgeber, auch die 355

308 BAG vom 12.11.1996 – 1 AZR 364/96 – NZA 1997, 393, 395; auch *Löwisch*, Tarifeinheit – Was kann und soll der Gesetzgeber tun? RdA 2010, 263, 266; *Giesen*, Erweiterte Kampfbefugnisse und Ausweitung des Arbeitskampsrisikos, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg), Neues Arbeitskampsrecht? (2010) erscheint demnächst als Band 18 der ZAAR-Schriftenreihe – mit Blick auf den flash mob.

309 Zweifelnd (noch) *Giesen*, Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11, 15; in dieser Frage unentschieden von *Steinau-Steinrück/Brugger*, Arbeitskampsrecht quo vadis?, NZA-Beilage 2010, 127, 132; *Fritz/Meyer*, Quo vadis Tarifeinheit?, NZA-Beilage 2010, 111, 114.

Arbeitnehmer müssen sich von den Kampffolgen erholen und Ermüdungserscheinungen überwinden. Und eben dies muß der Marburger Bund in seine Tarif- und Kampftaktik einbeziehen. Vergleichbares gilt für alle anderen Kampfkongkurrenzen, sei es bei der Bahn, sei es in Luftfahrtunternehmen. Im Betrieb selbst kann das entsprechenden Druck auslösen, es mit dem Streik nicht zu übertreiben: Gerade wenn und weil die anderen Arbeitnehmer am Ergebnis eines Spartenarbeitsvertrages nicht teilhaben, werden sie ihren Entgeltausfall nicht willig ertragen. Sie haben vom Spartenarbeitskampf nur die Lasten, aber keinen Nutzen und werden streikenden Arbeitskollegen eigenen Unmut nicht vorenthalten.

- 356 Gerade diese störende Kampfwechselwirkung zwischen konkurrierenden Gewerkschaften ist im übrigen ein **weiterer Sachgrund** zur Regulierung der Kampfkongkurrenz im Betrieb.
- 357 »Nach allem, was man hören kann« ist es keineswegs so, daß die bislang von Spartenarbeitskämpfen erfaßten Arbeitgeber den Entfall der Entgeltfortzahlung durch Arbeitskampfisiko auch durchführen. Vielmehr scheint es so zu sein, daß die Arbeitgeber bislang – wenigstens teilweise – den Unmut in der Belegschaft dadurch mindern, daß sie im Fall von Spartenarbeitskämpfen freiwillig den Andersorganisierten das Arbeitsentgelt trotz Arbeitsausfalls fortzahlen. Belastbare empirische Daten liegen indes nicht vor.

b. Kompensation durch Kampfkurzarbeitergeld?

- 358 Ob die **Arbeitslosenversicherung** in diesem Fall als Kampffolgenversicherer Arbeitslosengeld (§ 146 SGB III) oder Kurzarbeitergeld (§ 174 SGB III) leistet, ist unklar. Denn die maßgebliche Regelung in **§ 146 SGB III ist nicht auf solche Kampfkongkurrenzen unterschiedlicher Gewerkschaften vorbereitet:**

Einerseits sind nichtstreikende Angehörige einer anderen Gewerkschaft nicht unmittelbar kampfbeteiligt, weswegen die Anspruchsversagung nach § 146 Abs. 2 SGB III nicht greift. Auf der anderen Seite stellt § 146 Abs. 3 SGB III in Satz 1 Nr. 1 nur auf den räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags ab und versagt die Versicherungsleistung betriebsbezogen. Die Möglichkeit, daß der umkämpfte Tarifvertrag nach seinem personellen Geltungsbereich nur für einen Teil der Belegschaft gilt und die übrigen Arbeitnehmer am Tarifabschluß gerade nicht partizipieren (worauf es sonst im Fall von Satz 1 Nr. 2 ankommt), ist vom Gesetzgeber nicht eigens berücksichtigt. Für sich genommen könnte man hieraus den Schluß ziehen, daß auch die Arbeitslosenversicherung betriebsbezogen einheitlich leistungspflichtig oder leistungsfrei sein soll.

- 359 Indes verlangt § 146 Abs. 3 Satz 3 SGB III eine **individuelle Partizipationsprognose**: Nur demjenigen Arbeitnehmer wird das Arbeitslosen-

oder Kurzarbeitergeld versagt, für den der umkämpfte Tarifvertrag auch gelten würde oder auf den der Tarifvertrag (kraft Bezugnahmeklausel) anzuwenden ist. Daraus zieht *Löwisch* den zunächst berechtigten Schluß, daß die kampfbetroffenen Andersorganisierten Kurzarbeitergeld erhalten können.³¹⁰

Ergänzend weist *Löwisch* auf die Härtefallregelung in Absatz 4 hin, die gerade auf die Unzumutbarkeit der Leistungsversagung für eine »bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern« abstellt.

Indes kann das zu einem erheblichen **Ungleichgewicht zwischen 360 Branchen- und Spartengewerkschaft** führen: Der Branchentarifvertrag etwa von transnet für die Bahn oder von ver.di für Klinika kann ja ohne weiteres seinen Geltungsbereich auf alle Beschäftigten erstrecken (wenn nicht eine entsprechende Geltungsbereichsausnahme für bestimmte Berufsgruppen vorgesehen ist). Ob dann der Bahntarif auf für den GDL-Lokführer oder der Kliniktarif auf den Arzt des Marburger Bundes anwendbar ist, das entscheidet erstens die verdrängende Tarifeinheit und zweitens die vom Arbeitgeber verwendete Bezugnahmeklausel. Nach dem Regelungsvorschlag von bda und DGB ist es ohne weiteres möglich, daß ein Mehrheitsbranchentarif den Spartentarif (der Ärzte, der Piloten, der Flugbegleiter) verdrängt – und die Betroffenen dann über die Bezugnahmeklausel dem Branchentarif unterstellt werden. Das hieße dann aber auch: Persönliche Partizipation und also Ausschluß des Kurzarbeitergeldes.

Im umgekehrten Fall hingegen mag der Spartentarif aufgrund eines übertragenden Organisationsgrades als Mehrheitstarif den Branchentarifvertrag verdrängen – und zwar richtigerweise nicht bezogen auf den ganzen Betrieb, sondern nur im überschneidenden Geltungsbereich (Rn 111 ff). Folge ist in jedem Fall: Der **Spartentarifvertrag gilt auch kraft Bezugnahmeklausel nur für die andersorganisierten Angehörigen der einschlägigen Berufsgruppe** (also für die ver.di-Piloten und –Ärzte sowie die transnet-Lokführer), nicht aber für andere Arbeitnehmer (Flugbegleiter, Krankenschwestern, Zugfahrpersonal). Diese also erhalten Kurzarbeitergeld wegen fehlender individueller Partizipation. Das aber heißt: Kämpft die Mehrheitsbranchengewerkschaft, gibt es für die Angehörigen der Spartengewerkschaft kein Kurzarbeitergeld, umgekehrt ist das nicht der Fall. Ob diese sozial-

310 *Löwisch*, Tarifeinheit – Was kann und soll der Gesetzgeber tun?, RdA 2010, 263, 266 f; weiter *Giesen*, Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11, 15; *ders.*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1 unter II. 2. b.; *von Steinau-Steinrück/Brugger*, Arbeitskämpfrecht quo vadis?, NZA-Beilage 2010, 127, 132; *Deinert*, Arbeitsrechtliche Herausforderungen einer veränderten Gewerkschaftslandschaft, NZA 2009, 1176, 1183 f.

versicherungsrechtlichen Folgen der Kombination von Berufsgruppenorganisation und Partizipationsprinzip unangemessene Rückwirkungen auf die Koalitionsfreiheit auslösen, läßt sich derzeit nicht sagen.

- ³⁶¹ Im Fall **echter Tarif- und Kampfpluralität** müßte die Bundesagentur für die Prüfung der Kurzarbeitergeldberechtigung mit Blick auf die individuelle Partizipation die Gewerkschaftsmitgliedschaft eines jeden kampf betroffenen Arbeitnehmers erheben und die konkrete Bezugnahmeklausel prüfen. Nur so ließe sich die individuelle Partizipation feststellen.
- ³⁶² **Kampfdämpfend** könnte sich eine (politisch kaum vorstellbare) **Restriktion des § 146 SGB III** auswirken, der von der individuellen Partizipation abgeht und doch wieder auf die Paritätsrelevanz jedenfalls im unmittelbar betroffenen Betrieb abstellt – also **Zahlungen im gesamten kampf betroffenen Betrieb versagt**. Das löste für die konkurrierenden Gewerkschaften einen massiven Anreiz zur Abstimmung der Laufzeiten und damit der Friedenspflicht aus, weil die Kampfkonzentration die Entgeltausfalllasten für ihre Mitglieder mindert.
- ³⁶³ Daß § 146 SGB III mittelbar kampfsteuernde Wirkungen auslöst, ist unbestritten. So hat die IG Metall vor der Neufassung des damaligen § 116 AFG Streiks gerne mit Breitenwirkung auf Drittbetriebe versehen – und führt die Arbeitskämpfe inzwischen eher eng, um solche Folgen zu Lasten der eigenen Mitglieder zu mindern. Die von den Gewerkschaften im Verfassungsbeschwerdeverfahren geltend gemachte Befürchtung, sie könnten keinen wirksamen Arbeitskampf mehr führen, hat sich nicht bewahrheitet.³¹¹

c. Arbeitskampffolgen im Drittbetrieb

- ³⁶⁴ **Schwierigkeiten** bereitet die Abgrenzung von Betriebsrisiko und Arbeitskampfrisiko **nur in drittbetroffenen Unternehmen**, bei denen früher paritätsbezogene Erwägungen den Ausschlag gaben.³¹²

Schon nach der Unterstützungsstreikentscheidung des BAG³¹³ läßt sich das nicht mehr aufrechterhalten, weil jeder Drittbezug des Arbeitskampfes offenbar paritätsrelevant sein soll.³¹⁴

³¹¹ Vgl. BVerfG vom 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua – BVerfGE 92, 365 = NJW 1996, 185.

³¹² BAG vom 22.3.1994 – 1 AZR 622/93 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 115 mit Anm. *Fischer/Rüthers* = NZA 1994, 1097; *Kalb*, Arbeitskampfrisiko und Regelungsbetroffenheit, FS Stahlhacke (1995) 213 ff; *Gutzeit*, Zuweisung des Arbeitskampfrisikos zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, in: Rieble (Hrsg), Zukunft des Arbeitskampfes (2005) 118 ff; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, (2002) § 49 Rn 8 ff; *Otto* Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, (2006) § 16 Rn 2 ff.

Der Gesetzgeber könnte überdies nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen das kampfbedingte Leistungsstörungsrisiko im Drittbetrieb beiden Vertragspartnern getrennt zuordnen: der Arbeitgeber schultert die Last, daß Zulieferer oder Abnehmer infolge des Kampfes ausfallen; der Arbeitnehmer trägt das Lohnausfallrisiko – nach dem Kausalprinzip.³¹⁵ 365

Anders gewendet: Der Arbeitgeber ist keine Arbeitskampfversicherung zugunsten seiner Arbeitnehmer; er kann nur das allgemeine Wirtschaftsrisiko tragen – nicht aber die Folgen fernwirkender Betriebsstörungen, die von streikenden Gewerkschaften in aller Regel gezielt ausgelöst werden. Das überschreitet seine Opfergrenze.

Eine Zurückdrängung der Leistungspflichten von drittbetroffenen Arbeitgebern könnte sich ihrerseits kampferkürzend oder –beschränkend auswirken. Das allerdings geschähe in erster Linie zu Lasten der großen Gewerkschaften, vor allem wenn diese mehrere Branchen organisieren, weil die Drittfolgen dann an anderen eigenen Mitgliedern eintreten. Auch könnte innerhalb des DGB ein entsprechender Rücksichtnahmedruck wirken. 366

In solchen Drittbetrieben wird indes vielfach nach § 146 Abs. 3 SGB III wegen fehlender Partizipation dann Kurzarbeitergeld gezahlt werden. Das mindert die Folgelast, beseitigt sie aber nicht. 367

6. Strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Einbezug der Tarifforderung

Bezüglich der Tarifforderungen und Arbeitskämpfe von Funktionseliten kann man erwägen, einen strengeren Verhältnismäßigkeitsmaßstab anzulegen. Unverhältnismäßig wären dann insbesondere Streiks zur Durchsetzung schlechthin überzogener Tarifforderungen.³¹⁶ 368

313 BAG vom 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055.

314 Dazu schon *Rieble*, Das neue Arbeitskampfrecht des BAG, BB 2008, 1506 und Anmerkung EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 135 unter I. 2.

315 So schon *Lieb*, Zum gegenwärtigen Stand der Arbeitskampfrisikolehre, NZA 1990, 289; *Picker*, Auswirkungen des Arbeitskampfs auf Drittunternehmen, FS Locher (1990) 477 ff.

316 *Otto*, Tarifzensur und Arbeitskampf, FS Konzen (2006) 663, 666 f; *ders.* Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006) § 8 Rn 41; *ders.*, Das konturlose Arbeitskampfrecht des BAG – Vom Arbeitskampf als ultima ratio zur nahezu unbeschränkten Kampffreiheit? RdA 2010, 135; zuvor schon *Buchner*, Übermaßverbot als Grenze tarifbezogener Arbeitskämpfe, in: *Lieb/von Stebut/Zöllner* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht – Symposium Hugo Seiter zum Gedächtnis (1990) 21, 41.

Zachert bejaht solche Szenarien für realistisch und sieht die Spartenauseinandersetzungen durch eine »erhebliche Militanz« gekennzeichnet, mit dem Ergebnis »nicht unerheblich« höherer Abschlüsse gegenüber den »einschlägigen (Flächen-)Tarifverträgen«. ³¹⁷ Man kann dies mit *Greiner* in Zweifel ziehen, der auf das bei der Tarifauseinandersetzung bei der Lufthansa im Jahr 2010 gezeigte »wirtschaftliche Verantwortungsbewußtsein« verweist. Ähnliche Zurückhaltung sei auch in vergleichbaren Situationen in ausländischen tarifpluralen Rechtsordnungen erkennbar. Er hofft auf einen selbstregulierenden »gereiften Pluralismus«, weil auch Funktionseliten von der Belastbarkeit ihrer Unternehmen abhängen. Gesetzgeberisch seien nur »Kooperationsanreize« zu setzen. ³¹⁸

- 369 Auch die **Monopolkommission** spricht sich in ihrem Hauptgutachten für eine kartellrechtliche Machtmißbrauchskontrolle nach § 19 Abs. 1, 2, 4 Nr. 2 GWB aus – zur »Einschränkung grob unverhältnismäßiger Streikforderungen und Tarifabschlüsse«. ³¹⁹
- 370 Dagegen wird eingewandt, eine solche Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht nur der Kampfmaßnahme, sondern gerade im Verhältnis zur Tarifforderung laufe auf eine nach Art. 9 Abs. 3 GG unzulässige **Tarifizensur** hinaus. Grenzen der Vertragsgestaltung seien nur der Rechtsmißbrauch (§ 242 BGB) und die Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). ³²⁰

317 *Zachert*, Einheitsgewerkschaft und Koalitionspluralismus – ein schwieriger Spagat, FS Bauer (2010) 1195, 1199.

318 *Greiner*, Atypische Arbeitskämpfungsmittel und Kampfpluralität – Welche Verteidigungsmittel bleiben?, NJW 2010, 2977, 2982.

319 *Haucap/Preusker/zu Salm/Westerwelle/Zimmer*, 18. Hauptgutachten der Monopolkommission 2008/2009 vom 30. Juni 2010, www.monopolkommission.de/haupt_18/mopoko_volltext_h18.pdf [4.8.2010] Nr. 1013 ff; *Giesen*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1 unter II. 2. b.; Dazu bereits *Sölter*, Arbeitslosigkeit und Tarifautonomie (1985) 161 ff, insbesondere 185 ff mit der Forderung nach einem Arbeitskartellamt; *Mestmäcker*, Organisationen in spontanen Ordnungen (1992) 37 ff, 42, 44: Staatseingriff, wenn »Tarifverträge die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Beteiligten in unbilliger Weise einschränken oder eine durch die Tarifautonomie begründete Stellung auf dem Arbeitsmarkt mißbraucht wird. Dies sind Kriterien, die der Aufsicht über erlaubte Kartelle nachgebildet sind«; *Reuter*, Möglichkeiten und Grenzen einer Auflockerung des Tarifkartells, ZfA 1995, 1 ff, 36 ff.

320 *Jacobs*, Tariffrieden bei Gewerkschaftspluralität, FS Buchner (2009) 354 mwN; BAG vom 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987, 996 f; *Dieterich*, Kontrollpflicht und Zensurverbot im Arbeitskampf, FS Otto, (2008) 45; zu diesen Maßstäben *Otto*, Tarifizensur und Arbeitskampf, FS Konzen (2006) 663, 675 ff.

Das ist unrichtig: Die Grundrechtsbindung des Tarifvertrags und die Verhältnismäßigkeitskontrolle von Arbeitskämpfen sind im Kern bereits eine solche **Machtmißbrauchskontrolle** – nur eben ohne eine Umsetzung durch Kartellbehörde.³²¹

Daß das BAG bislang extremste Tarifforderungen – etwa nach einer tariflichen Abfindungsregelung, die im Kern darauf zielt, die Werksschließung zu verhindern anstatt ihre Folgen auszugleichen – unkontrolliert gelassen hat, ja sogar gemeint hat, eine unverhältnismäßige Forderung werde in den Verhandlungen schon gemäßigt,³²² und das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip immer nur gegen Kampfmittel der Arbeitgeberseite, nie aber gegen den Streik zur Anwendung gebracht hat, weil der Gewerkschaft eine Einschätzungsprärogative zustehe,³²³ ist kein Verfassungsgebot.³²⁴

Wenn man die Tarifaufonomie als kollektive Privataufonomie auffaßt, dann ist der **Arbeitskampf** nichts anderes als eine **einseitige kollektive Marktmachtausübung**. Diese darf auch auf Machtmißbrauch hin kontrolliert werden. Die Tarifaufonomie zielt darauf, das Machtgefälle im Individualarbeitsvertrag auszugleichen – und nicht eine systemwidrige Übermacht zu konstituieren. Das Verbot der Tarifzensur zielt darauf, daß der Staat sich nicht anmaßen darf, besser zu wissen, was den Koalitionsmitgliedern frommt als die Verbände kraft ihrer autonomen

321 Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage (2004) Grundlagen Rn 53.

322 »Tarifsozialplan«-Entscheidung des BAG vom 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987.

323 Unterstützungstreikentscheidung des BAG vom 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055; kritisch zur Bewertung der Verhältnismäßigkeit gewerkschaftlicher Arbeitskampfmaßnahmen durch das BAG insbesondere mit Blick auf den flash mob *Otto*, Das konturlose Arbeitskampfrecht des BAG – vom Arbeitskampf als ultima ratio zur nahezu unbeschränkten Kampffreiheit? RdA 2010, 135, 143, der eine »im Vergleich geradezu kleinliche Behandlung der Warnaussperrung des BAG« sieht und generell in Frage stellt, ob man noch vom Arbeitskampf der Gewerkschaft als ultima ratio sprechen kann.

324 Ähnlich Wank, Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts – Unterstützungstreik, Streik um Tarifsozialplan, Schadensersatz und einstweilige Verfügung, RdA 2009, 1, 7: »Wenn die Gewerkschaft in dieser Situation exorbitante Forderungen nicht allgemein, sondern gezielt gegen ein Unternehmen erhebt, das den Standort verlagern will, dann geht es nicht um tariflich regelbare Ziele, sondern um die durch Arbeitskampf nicht erstreichbare Verhinderung der Standortentscheidung. Das BAG meint, Tarifforderungen nicht in diesem Sinne überprüfen zu dürfen (...). Es beruft sich dafür der Sache nach auf das Verbot der Tarifzensur. Darum geht es jedoch nicht, sondern um eine reine Rechtskontrolle. Es handelt sich schlicht um Fälle von Umgehung oder Rechtsmissbrauch, und es ist eine ureigene Aufgabe der Gerichte, solchen Umgehungen Einhalt zu gebieten.«.

Willensbildung. Das Zensurverbot schließt eine »Zweckmäßigkeitskontrolle von innen« aus; die (kartellrechtliche oder arbeitskampfrechtliche) Marktmachtmißbrauchskontrolle begrenzt die Befugnisse der Koalitionen von außen. Eben so hat der Große Senat des BAG seine Verhältnismäßigkeitskontrolle von Arbeitskämpfen konzipiert (Rn 323). Dementsprechend kann der Machtmißbrauch auch darin liegen, eine grob überzogene Forderung kampfwweise durchzusetzen.³²⁵

- 373 Allerdings sieht das **BVerfG** die »**gerichtliche Kontrolle der Tarifziele**« **als mit der Tarifautonomie unvereinbar an**.³²⁶

Doch handelt es sich hierbei um ein obiter dictum; auch hat das Gericht kraß überzogene Forderungen nicht im Sinn.

- 374 Indes hülfe eine derartige Machtmißbrauchskontrolle letztlich nicht. **Streiks von Funktionseliten sind nicht weithin unverhältnismäßig**, auch wenn sie gruppenegoistische Ziele verfolgen. Weder ist es ungewöhnlich, daß der Arbeitgeber durch Arbeitskampfmaßnahmen (erhebliche) wirtschaftliche Nachteile hinnehmen muß.³²⁷

Noch ist der besondere **Arbeitskampfdruk durch Funktionseliten** ein modernes, Spartengewerkschaftsphänomen, sondern **kann auch durch Branchengewerkschaften ausgelöst werden** (Nadelstich- und Schwerpunktstreiks). Streiks von Funktionseliten sind dem Arbeitskampf immanent und nicht per se atypisch oder unverhältnismäßig.³²⁸

- 375 Insbesondere ist es ausgeschlossen, über diese Machtmißbrauchskontrolle staatliche Vorstellungen von der »richtigen« Verteilungsgerechtigkeit zwischen den Beschäftigtengruppen durchzusetzen (schon Rn 228 ff). Ob Piloten, Ärzte und Lokomotivführer eine gemessen an den Flugbegleitern, Krankenpflegerinnen oder dem Zugfahrpersonal »unverhältnismäßige« Entgelterhöhung durchsetzen wollen, das darf der Staat nicht kontrollieren.
- 376 Denkbar wäre immerhin, ab einer bestimmten Entgelthöhe (»Großverdiener«) das Mittel des Arbeitskampfes deswegen zu versagen, weil offenkundig keine Paritätsstörung mehr vorliegt, die der Tarifvertrag ausgleichen soll. So könnte man etwa Jahreseinkommen von mehr als dem

325 Vgl. *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn 1295 zur Tarifizensur und Rn 1363 ff zur Kampfkontrolle.

326 BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvL 779/85 – BVerfGE 84, 212, 231 = NZA 1991, 809, 811 f unter C I 3 b cc.

327 *Jacobs*, Tariffrieden bei Gewerkschaftspluralität, FS Buchner (2009) 354 f; *ders.*, Tarifpluralität statt Tarifeinheit – Aufgeschoben ist nicht aufgehoben! NZA 2008, 325, 330 mwN.

328 *Kamanabrou*, Der Streik durch Spartengewerkschaften, ZfA 2008, 241, 260; *Jacobs*, Tariffrieden bei Gewerkschaftspluralität, FS Buchner (2009) 354.

vierfachen der Beitragsbemessungsgrenze in der Krankenversicherung (2010: 45.000 €) von der Tarifierbarkeit oder auch nur von der Er kämpfbarkeit ausnehmen, weil für Mitarbeiter mit einem Jahreseinkommen von 180.000 € und mehr keine Schutzbedürftigkeit mehr erkennbar ist. Nur: Das grundlegende Problem, das die Tarifeinheit lösen soll, ist damit nicht behoben.

Auch der Vorschlag, den Gewerkschaften eine **sukzessive Steigerung der Kampfintensität** abzuverlangen, verspricht wenig Erfolg. Das würde Arbeitskämpfe noch weiter verlängern, wohingegen ein kurzer intensiver Streik womöglich die Tarifaufeinandersetzung am Ende schonender auflösen kann.³²⁹

Schließlich wirft *Loritz* die Frage auf, ob das für die Arbeitgeberseite mit überzogenen Tarifforderungen verbundene unternehmerische Risiko nicht auch durch eine Flexibilisierung der Beendigungsmöglichkeiten des einzelnen Arbeitsverhältnisses kompensiert werden könnte. Die Arbeitnehmer müßten dann unmittelbar die Folgen einer unternehmerisch unsinnigen, weil überhöhten, Tarifforderung tragen.³³⁰ Freilich träfe die ökonomische Last dann vorrangig nicht die Funktionseliten, da diese regelmäßig kaum ersetzbar sind, sondern andere Arbeitnehmer, deren Gewerkschaften – sofern sie denn überhaupt organisiert sind – mit den überhöhten Forderungen der Funktionseliten nichts zu tun hätten. Diese hätten dann keinen Grund von ihren Tarifzielen abzurücken. Abgesehen von der zweifelhaften rechtspolitischen Durchsetzbarkeit derartiger Forderungen wäre ein solches Instrument zur Lösung des Problems daher wenig geeignet.

7. Daseinsvorsorge

Die Allgemeinheit wird besonders betroffen von jenen Streiks, die Betriebe der Daseinsvorsorge treffen, also solche, die für das tägliche Leben der Menschen von erheblicher Bedeutung sind (Versorgung mit Wasser-, Strom- und Gas; Entsorgung, Gesundheitswesen und Pflege, Kinderbetreuung, Verkehr, Kommunikation, Bankdienstleistungen). Sozialstaatsprinzip und Gemeinwohlgründe tragen hier branchenbezogene Kampfeinschränkungen.³³¹

329 Dazu *Konzen*, Fünfzig Jahre richterliches Arbeitskampfrecht – Grundlagen, Bilanz, Weiterentwicklung, FS 50 Jahre BAG (2004) 515, 547; *Jacobs*, Tarifrieden bei Gewerkschaftspluralität, FS Buchner (2009) 355 f.

330 *Loritz*, Neue Entwicklungen im Tarifrecht durch Spartentarifverträge, FS Buchner (2009), 582, 596 f.

331 Jüngst *Rudkowski*, Der Streik in der Daseinsvorsorge (2010) mit unterschiedlichen Vorschlägen; *Schliemann*, Streikkaskaden in der Daseinsvorsorge?, FS Bauer (2010), 923; Zuvor schon *Scherer*, Grenzen des Streikrechts in den

Leitbild ist die Verordnung des Reichspräsidenten betreffend die Stilllegung von Betrieben, welche die Bevölkerung mit Gas, Wasser, Elektrizität versorgen, vom 10.11.1920 (RGBl 1865).

- 380 Auch das Arbeitssicherstellungsgesetz läßt erkennen, welche Einrichtungen dienstbereit bleiben müssen; entsprechendes gilt für andere Spezialgesetze wie das Energiesicherheitsgesetz iVm der Verordnung zur Sicherung der Elektrizitätsversorgung in einer Versorgungskrise, die Trinkwasserverordnung etc.
- 381 Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebietet hier mehr als nur einen bloßen Notdienst, sondern eine echte Mindestversorgung. Bislang verlangt das Arbeitskampfrecht von den Gewerkschaften nur einen entsprechenden Notdienst sicherzustellen, wobei über dessen Umfang immer wieder gestritten wird. Die Lust der Arbeitgeber, Gewerkschaften wegen unzureichender Notdienstabreden zur Verantwortung zu ziehen, ist begrenzt.
- 382 Effektuieren läßt sich der Streikschutz der Daseinsvorsorgebetriebe im Interesse der betroffenen Bürger einmal dadurch, daß **Polizeibehörden** entsprechende Sicherstellungsanordnungen verfügen – ohne aufschiebende Wirkung. Die Notstandsklausel des Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG steht dem nicht entgegen.
- 383 Noch effektiver ist es, als **Sanktion für die Verletzung der Notdienst- oder Mindestversorgungspflicht die Rechtswidrigkeit des gesamten Arbeitskampfes** vorzusehen³³² – so wie jede Überschreitung der Verhältnismäßigkeitsgrenzen der Aussperrung diese insgesamt rechtswidrig machen soll. Diese Sanktion legt es den Streikführern nahe, einen entsprechenden »Sicherheitsabstand« zu wahren. Allerdings muß zur rechtssicheren Handhabung vom Staat definiert werden, in welchem Mindestumfang er Daseinsvorsorgeleistungen verlangt.³³³
- 384 Jüngst wurde zur Begründung der gesetzlichen Tarifeinheit die Befürchtung vorgebracht, die **Werksfeuerwehren** könnten streiken und damit die Stilllegung der von ihnen geschützten Betriebe erzwingen – weil diese gewerbe- oder umweltrechtlich nur mit einer solchen Feuerwehr betrieben werden dürfen.³³⁴

Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge (2000); *Hanau/Thüsing*, Neue Sensibilisierung im Arbeitskampfrecht: Der Streik in der Luftfahrt, in: Thüsing (Hrsg.), Tarifaufonomie im Wandel (2003), 35.

332 So schon *Rieble*, Modernisierung des Arbeitskampfrechts zu einem Tarifverhandlungsrecht, ZAF 38 (2005) 218, 226.

333 Vgl die unterschiedlichen Einzelschlüsse von *Rudkowski*, Der Streik in der Daseinsvorsorge (2010).

334 *Brockner*, Ende der Tarifeinheit aus betrieblicher Sicht, NZA-Beilage 2010, 121, 122; *Öchsner*, Mal brandgefährlich sein, Süddeutsche Zeitung vom 18.6.2010,

Insofern ist zu bedenken: Berufsfeuerwehrleute sind verbeamtet, auch weil der allgemeine Feuerschutz nicht vom Streik abhängen darf. Insofern läßt sich darüber nachdenken, ob die **Werksfeuerwehren nicht als Außenstellen staatlicher Feuerwehren mit Beamten betrieben** werden sollen und den Gewerbebetrieben hierfür ein entsprechender Kostenbeitrag abverlangt wird. Das wäre systemgerecht und vermiede Eingriffe in das Tarif- und Arbeitskampsystem.

IV. Proportionalität

Für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn gilt zunächst das Rn 306 Ge- 385
sagte zu den Bewertungsschwierigkeiten.

Angesichts der wechselseitigen Kampfbelastung konkurrierender Gewerk- 386
schaften aber auch der Mehrbelastung des bekämpften Arbeitgebers (Rn 355) sind zeitliche oder quantitative Beschränkungen des Streikrechts durchaus angemessen. Verhältnismäßig (und gleichheitskonform, Rn 105 ff) geraten sie aber nur, wenn solche Kampfbeschränkungen nicht einseitig nur zu Lasten der Berufsgruppengewerkschaften verordnet oder gehandhabt werden; so dürften Abkühlungsphasen nicht nur zu Lasten der Spezialistengewerkschaften angeordnet werden. Erst die gleichmäßige Beschränkung gegenüber allen betroffenen Gewerkschaften sorgt für eine entsprechende Abmilderung der Gesamtbeschränkung.

Am Vorschlag einer **Allgemeinverbindlicherklärung nur der** 387
»Friedenspflicht«, also einem verordneten Kampfverbot (Rn 399) ist einseitig insofern, als er die repräsentative Gewerkschaft zunächst begünstigt – wenn diese überhaupt das Quorum des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG erreicht. Zudem könnten Arbeitgeberseite und Mehrheitsgewerkschaft so bei den Laufzeiten künftiger Tarifverträge immer wieder darauf achten, daß das Ende der Friedenspflicht der Minderheitsgewerkschaft nicht zupafß kommt.

Überdies **wirken regionale oder berufsgruppenbezogene Kampf-** 388
verbote auf Zeit zu Lasten der gewerkschaftlichen Kampf-
solidarität in der Fläche oder über die Berufsgruppengewerkschaften hinweg, ja können durch »Friedensflecken« aus dem einen Tarifwerk mittelbar den in seinem räumlichen, fachlichen oder personellen Geltungsbereich abweichenden anderen Tarifvertrag in seiner kampfwisen Entstehung beeinträchtigen. Das gilt sowohl zu Lasten der Berufsgruppengewerkschaften, wenn diese etwa einen zwar bundesweiten

www.sueddeutsche.de/wirtschaft/feuerwehrleute-heiss-auf-gewerkschaft-mal-brandgefaehrlich-sein-1.961949 [5.8.2010]. *Ubber*, Die Woche im Arbeitsrecht – Standpunkt, BB 2010, 1723; *Giesen*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1 unter I.

aber auf die Berufsgruppe beschränkten Flächentarif durchsetzen wollen, aber durch einen regionalen Einheitstarif oder durch einen Haustarif bei einem großen Unternehmen einer Einheitsgewerkschaft mit dem Streik gesperrt werden – und umgekehrt (Rn 87). Die Inkongruenz der tariflichen Geltungsbereiche folgt teils aus der autonomen Tarifizständigkeit teils aus der autonomen Tarifpolitik; sie ist zugleich »natürliches Kampfgebiet«. Eine Beschränkung der dem Tarifwettbewerb folgenden Streikkonkurrenz mißrät hier zum unverhältnismäßigen Abstimmungsdruck in den tariflichen Geltungsbereichen.³³⁵

- 389 Demgegenüber wirken eine effektive Schlichtungsobliegenheit und Abkühlungsphasen sowie Ankündigungsfristen bei entsprechender Handhabung gleichmäßig dämpfend. Konkrete Verhältnismäßigkeitsanforderungen an die Dauer solcher Kampfverzögerungen lassen sich schwer definieren. Bei der Schlichtung kommt es insbesondere darauf an, ob sie schon vor Laufzeitende des bisherigen Tarifvertrags angerufen werden kann. Die Obergrenze dürfte zwischen 60 und 90 Tagen liegen.

335 Vgl. aber *Vogel*, Neue Wege in der Tarifpolitik: Eine clubtheoretische Analyse (2004) 195 ff, der sich aus ökonomischem Blickwinkel mit Blick auf das neuseeländische Vorbild für eine Dezentralisierung von Tarifverhandlungen ausspricht, etwa durch ein Kampfverbot für solche Tarifverträge, die unternehmensübergreifend gelten sollen. Das läuft auf ein partielles Kartellverbot zu Lasten der Tarifparteien hinaus.

§ 5 Legitimationsfragen

A. Betriebsverfassungsrechtliche Vergemeinschaftung

I. Durch verdrängende Tarifeinheit

Die Tarifeinheit führt dazu, daß die Tarifgeltung nicht nur vom Abschluß eines wirksamen Tarifvertrags und der individuellen Tarifgebundenheit abhängt, sondern daß eine fremde Koalition durch Abschluß ihres Tarifvertrages kraft ihrer Mehrheit in der Belegschaft oder im Belegschaftssegment zugleich negativ über diese für sie fremde Tarifgeltung – oder ein Kampfverbot – mitentscheidet. Über den die Tarifeinheit konstituierenden Betriebszusammenhang wird also mittelbar der fremde Tarifvertrag mit seinen Individualarbeitsbedingungen zur »negativen Betriebsnorm« erhoben.³³⁶

Daß bei **echten Betriebsnormen**, welche notwendig einheitlich gelten müssen, die Mehrheit entscheidet, ist hinzunehmen, weil der Betrieb selbst Gegenstand der tariflichen Regelung ist und insoweit die größere Repräsentativität zugleich eine »Abstimmung mit den Füßen« ist. So hatte auch schon *Biedenkopf* vorgeschlagen, die Geltung konkurrierender Betriebsnormen vom Betriebsrat entscheiden zu lassen.³³⁷

Aber das ist eben nur gerechtfertigt, soweit es von vornherein um überindividuelle, eben betriebliche Arbeitsbedingungen geht.³³⁸

Die auf Individualarbeitsbedingungen ausgerichtete Tarifeinheit im Betrieb (oder Unternehmen) löst letztlich **eine § 77 Abs. 3 BetrVG vergleichbare Sperrwirkung** zu Lasten des Minderheits-Tarifvertrages aus. Hier wie dort geht es nicht um die Vermeidung einer Normkollision, sondern einer bloßen Normkonkurrenz. Während aber die Sperrwirkung des Tarifvertrags gegenüber der Betriebsvereinbarung gerade auf dem Schutz der Tarifautonomie fußt, der letzterer in der Regelungskonkurrenz das bessere Recht verschafft,³³⁹

336 Schon *Rieble* Anm EzA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10.

337 *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie (1964) 317 f.

338 Dazu eindrucksvoll *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb (2002) 176 ff, 381 ff, 430 ff mit umfassenden Nachweisen, der diesen Betriebsbezug an den betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechten ausrichtet.

339 eingehend *Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit in der Betriebsverfassung (2000) 397 ff mNw, die aber zu Unrecht der Tarifüblichkeitssperre (zu) wenig Gewicht beimißt,

hat von zwei Tarifverträgen in einem Betrieb nicht von vornherein derjenige »das bessere Recht«, der mehr Arbeitnehmer erfaßt. Dazu fehlt es an der tarifrechtlichen Legitimation des Bezugsrahmens. Vielmehr wird mit der (Teil-)Belegschaft, welche mit den Füßen über die Tarifeinheit entscheiden soll, letztlich ein die jeweilige Koalition übersteigendes und also betriebsverfassungsrechtliches »Gremium« geschaffen.

Die Fremdbestimmung wird überdeutlich, wenn man sich vorstellt, ein Arbeitskampfgesetz schriebe den Gewerkschaften nicht nur eine Urabstimmung verbindlich vor, sondern bezöge auch noch die nicht- und andersorganisierten Arbeitnehmer in diese Urabstimmung mit ein – insbesondere mit Blick auf die auch sie treffenden Folgen des Arbeitskampfs (Rn 353).³⁴⁰

- 392 In der Sache ist das eine **betriebliche Mitbestimmung nicht etwa des Arbeitgeber- sondern des Gewerkschaftsverhaltens**. Und das gerät verfassungswidrig, weil die Koalitionsbetätigung autonom und nicht mitbestimmt erfolgen muß. Wenn Gewerkschaften schon gegenüber eigenen Arbeitnehmern und ihrer Mitbestimmung Tendenzschutz genießen (§ 1 Abs. 4 MitBestG, § 118 Abs. 1 BetrVG),³⁴¹ darf erst Recht der Streik als zentrale Koalitionsbetätigung im Tarifsysteem nicht einer Mitbestimmung als Fremdbestimmung unterworfen werden – und das auch noch durch Arbeitnehmer, die der Gewerkschaft weder durch ein Arbeitsverhältnis noch durch Mitgliedschaft verbunden sind, ja letztere womöglich ablehnen.³⁴²
- 393 Und eben dies bewirkt die Mehrheits-Tarifeinheit – auf der Tarifebene: Die Belegschaft des Betriebes oder Betriebsteiles entscheidet darüber, welche Tarifverträge gelten dürfen oder ob ein Streik geführt werden darf. Das entbehrt der Legitimation.

II. Durch Friedenspflicht-Erstreckung oder anderweitige Kampfverbote aus dem Mehrheitstarifvertrag

- 394 Eben deshalb sind auch Vorschläge, aus dem Mehrheitstarif nur die Friedenspflicht auf die Minderheitsgewerkschaft zu erstrecken (Rn 338) oder aus dem einen Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft ein gesetzliches Kampfverbot abzuleiten (Rn 340 und 15 f), **legitimationslos**: Sie wirken stärker noch als eine Urabstimmung aller Arbeitnehmer, weil sie nämlich nur dem Tarifkonkurrenten das Recht zusprechen, zu Lasten der

340 Das fordert *Hettlage*, Sind Streiks ohne Urabstimmung »wilde« Streiks, NJW 2004, 3299.

341 Dazu *Lessner-Sturm*, Gewerkschaften als Arbeitgeber (2009) 445 ff.

342 *Rieble*, Urabstimmung als Streikvoraussetzung, FS Canaris (2007) Bd I 1439, 1450 f.

Minderheitsgewerkschaft über deren Streikrecht zu verfügen. Man stelle sich etwa vor, ver.di organisiere in einem überschneidenden Geltungsbereich 10% der Arbeitnehmer und die Minderheitsgewerkschaft »nur« 8%. Mit welchem Recht ist ver.di legitimiert, zu Lasten der Minderheitsgewerkschaft für diese das Streikrecht abzubedingen?

Der Tarifvertrag mutierte zu einem **schuldrechtlichen Vertrag zu Lasten Dritter**, ohne daß eine auf dem Mitgliedschaftsverhältnis zwischen Spitzen- und Mitgliedsverband fußende Durchgriffsermächtigung wie im Fall des § 2 Abs. 4 TVG dies legitimierte.³⁴³ 395

Das Tarifverhalten der einen Gewerkschaft – sei es derjenigen, die zuerst einen Tarifabschluß erzielt hat, sei es derjenigen, die repräsentativ ist – schlägt unmittelbar auf die andere(n) Gewerkschaft(en) durch und bedeutet also eine Fremdverpflichtung. Daß diese weicher formuliert ist, ändert an der legitimationslosen Fremdbestimmung nichts. Die eine Gewerkschaft muß ihre Koalitionsbetätigung an der anderen ausrichten. Schon Rn 57 ist dargetan, daß vom Staat angeordnete Zwangstarifgemeinschaften unzulässig sind. 396

Noch schlimmer gerät diese Koordinationspflicht, wenn es um **kündbare Tarifverträge** geht: Dann entscheidet die eine Gewerkschaft mit ihrer Tarifkündigung, ob die andere fordern darf.

Aber auch praktisch begegnet das **erheblichen Bedenken**, jedenfalls wenn man aus dem Tarifvertrag oder gar dem Kampf- oder »Tarifanstrebungs«-Verhalten der Mehrheitsgewerkschaft eine Kampfsperre ableitet. Gerade wenn eine eher desorientierte Mehrheitsgewerkschaft einer starken Minderheitsgewerkschaft die Stirn bieten möchte, bieten sich **Kampfabsprachen zu Lasten Dritter** an. So könnte ver.di dem Arbeitgeber mehrjährige Tarifverträge abzubieten und aus der reflexhaften Kampfsperre zu Lasten der Minderheitsgewerkschaft noch etwas mehr Entgelt herauszuschlagen. Das kommt einer legalisierten »Schutzgelderpressung« doch recht nahe. Gerade der Vorschlag des Autorenkollektivs (Rn 15 f) erlaubt doch über den drittkampfschützenden Tarifvertrag hinaus informelle Absprachen darüber, wann denn Kampfmaßnahmen der Mehrheitsgewerkschaft überhaupt ergriffen werden (weil die Minderheitsgewerkschaft zuvor nicht streiken darf) und darüber, daß über eine kritische Materie doch »ernsthaft« ein Tarifabschluß angestrebt wird – weil schon diese Strebsamkeit den Streik der Minderheitsgewerkschaft hindert. Kurz: Der Vorschlag zielt auf »Friedenspflicht-Geschäfte« zu Lasten Dritter und verfehlt damit das Regelungskonzept der Tarifauto- 397

343 Jacobs, Tariffrieden bei Gewerkschaftspluralität, FS Buchner (2009) 350; Franzen, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 204; Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006) § 7 Rn 2 mwN.

nomie, deren Richtigkeitsgewähr nicht auf dem Nachteil Dritter fußt, sondern darauf, daß der Vorteil der einen zugleich Nachteil der anderen Seite ist. Hier dagegen wird ein **tarifrechtliches Koppelungsgeschäft** eröffnet, bei dem die Arbeitgeberseite der Mehrheitsgewerkschaft entgegenkommt, weil diese den Streik der Minderheitsgewerkschaft verhindert.

B. Betriebs- oder Unternehmensbezogene Allgemeinverbindlichkeit als einzige Legitimation

398 Hinreichende Legitimation zur negativen Normsetzung gegenüber Andersorganisierten besitzt nur der Staat. Ist er mit dem Tarifgeschehen nicht einverstanden, kann er kraft seiner demokratischen Legitimation eingreifen. Er muß die Regelung selbst treffen und darf nicht dynamisch auf Tarifregelungen verweisen, weil das gerade die Nicht- und Andersorganisierten unter die Fremdherrschaft einer nicht legitimierten Koalition stellt.³⁴⁴

399 Deshalb schlägt *Löwisch* folgenden Weg vor:

»Haben mehrere Tarifvertragsparteien Tarifverträge mit demselben fachlichen und persönlichen Geltungsbereich, aber unterschiedlichen Laufzeiten abgeschlossen, sollen sie sich auf Verlangen einer der Tarifvertragsparteien über eine Angleichung der Laufzeiten der verschiedenen Tarifverträge verständigen. Gelingt eine solche Verständigung nicht, entscheidet das Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss (§ 5 Abs. 1 TVG, §§ 1 bis 3 DVO zum TVG) über die Laufzeiten.«³⁴⁵

400 Alternativ ist daran zu denken, den nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 35 zu bestellenden **Landesschlichter** für zuständig zu erklären. Das KRG Nr. 35 gilt als Besatzungsrecht freilich nicht mehr bundesweit; insofern sind gesetzgeberische Anpassungen erforderlich.

401 Überdies ließe sich die **Friedenspflichterstreckung mit der normativen Allgemeinverbindlicherklärung** koppeln. Hierzu schlägt *Löwisch* vor:

»Ist ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt, sind während seiner Laufzeit Arbeitskämpfe unzulässig, welche die tarifvertragliche Regelung

344 BVerfG vom 14.6.1983 – 2 BvR 488/80 – BVerfGE 64, 208, 214 f = NJW 1984, 1225; BVerfG vom 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 345 ff und vom 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79 – BVerfGE 55, 7 ff.

345 *Löwisch*, Tarifeinheit – Was kann und soll der Gesetzgeber tun? RdA 2010, 263, 266.

derselben Gegenstände im selben Geltungsbereich zum Gegenstand haben.«³⁴⁶

Auch das ist ein wenigstens für die Individuen milderer Mittel: Ihnen wird nicht nur der eigene Tarifvertrag genommen, sondern zum Ausgleich eine andere normativ (!) geltende Tarifregelung verschafft. Damit fallen sie nicht mehr auf den Status von Nichtorganisierten zurück, sondern werden den Mitgliedern der Mehrheitsgewerkschaft gleichgestellt. 402

Legitimatischer ist dieser Ansatz ein milderer Mittel, weil der Staat und nicht eine irgendgeartete Repräsentativität entscheidet, ob die Friedenspflicht erstreckt wird. Das eröffnet derjenigen Gewerkschaft, die dieses Kampfverbot erfährt, immerhin Rechtsschutzmöglichkeiten, weil sie die Ermessensentscheidung des Ministers auch mit Blick auf ihre Streikbefugnis kontrollieren lassen kann.

Allerdings schießt die **Allgemeinverbindlicherklärung nur zu dem Zweck, Streiks um konkurrierende Tarifverträge zu unterbinden**, wiederum über das Ziel hinaus. Wenn die Arbeitsbedingungen des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages die Andersorganisierten erfassen, wird es für deren Gewerkschaften insgesamt sehr schwer, auch nur freiwillige Tarifverträge mit anderen Arbeitsbedingungen durchzusetzen. Die Allgemeinverbindlicherklärung wirkt tarifiedämpfend. Immerhin hat das BVerfG in seiner Kammerentscheidung zur Gleichstellung der Leiharbeiter eben diese Wirkung noch gebilligt und gemeint, die Tarifautonomie sei durch die Möglichkeit freiwilliger Tarifverträge vor dem Hintergrund der Erstreckung der Arbeitsbedingungen der Stammbeschäftigten noch gewahrt. Der Gutachter (und damalige Verfahrensbevollmächtigte) sieht das anders.³⁴⁷ 403

Nur der Staat garantiert eine **konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung** der Vor- und Nachteile der Tarifwirkungserstreckung, eine Anhörung der Betroffenen und schließlich entsprechenden **Rechtsschutz der nachteilig betroffenen Koalitionen**.³⁴⁸ 404

Erst in zweiter Linie wird sich die Frage stellen, ob ein solcher »Staatszugriff« auf die Tarifautonomie seinerseits verfassungskonform ist. Immerhin vertritt die überwiegende Meinung im Tarifrecht, daß in der 405

346 Löwisch, Tarifeinheit – Was kann und soll der Gesetzgeber tun? RdA 2010, 263, 266.

347 BVerfG (Kammer) vom 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, 1 BvR 2582/03 – NZA 2005, 153.

348 Vgl. jüngst BVerwG vom 28.1.2010 – 8 C 19.09 – noch nicht veröffentlicht für die Normkontrolle von Mindestlohnverordnungen nach dem AEntG; BVerwG 3. 11. 1988 – 7 C 115/86 – NZA 1989, 364 für die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG.

durch die Allgemeinverbindlicherklärung dann erst ausgelösten »echten Tarifkonkurrenz« zwischen autonomem und allgemeinverbindlichem Tarifvertrag der autonome gerade mit Rücksicht auf Art. 9 Abs. 3 GG vorgehen müsse.³⁴⁹

- 406 Dagegen läßt sich immerhin sagen, daß eine solche Allgemeinverbindlicherklärung, die betriebs- und unternehmensbezogen **konkrete Störungswirkungen einer Kampfkonkurrenz** unterbinden soll, in ihrer Belastungswirkung für die Koalitionsfreiheit verhältnismäßige Ausgestaltung sein kann. So können allgemeinverbindliche Mindestlöhne die Tarifautonomie beeinträchtigen, sind aber verhältnismäßig, wenn sie auf ein Tarifversagen reagieren und die Tarifautonomie nicht austrocknen. Unverhältnismäßig wäre es nur, eine Allgemeinverbindlicherklärung, die auf die Schutzbedürftigkeit der tariffreien Arbeitnehmer reagiert, mit »automatischen« Lastwirkungen für die Tarifverträge der Minderheitsgewerkschaften zu verbinden. Die gebotene Sachgrundorientierung verlangt dann eine Differenzierung der Wirkungen des staatlichen Zugriffs auf tarifliche Arbeitsbedingungen – je nach konkretem Sachgrund.

Auf der anderen Seite bleibt auch dann die Belastung mit regionalen oder berufsgruppenbezogenen Kampfverboten zu Lasten der gewerkschaftlichen Solidarität.

C. Mehrheitsfeststellung im Geheimverfahren

- 407 Unter Legitimations- und Rechtsstaatsgesichtspunkten ist schließlich die geplante Mehrheitsfeststellung nach § 58 Abs. 3 ArbGG-E³⁵⁰ bedenklich. Sie sieht eine **Delegation der Beweisaufnahme über die Mehrheitsverhältnisse an einen Notar** vor, sodann eine entsprechende Erklärung an das Gericht. Zugleich wird der Notar zum Stillschweigen über die Gewerkschaftsmitgliedschaft(en) verpflichtet.

349 Löwisch/Rieble, 2. Aufl. (2004) § 4 Rn 146; Jacobs/Krause/Oetker (2007) § 7 Rn 220 mwN; ders., Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) 291 f; Bernd Müller, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität, NZA 1989, 449, 452; gegen einen generellen Vorrang und für eine Lösung »im Einzelfall nach den hierfür in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen« BVerfG vom 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 352 = NJW 1977, 2255, 2258 f, allerdings ohne weitergehende Begründung; dezidiert gegen den Vorrang des autonomen Tarifvertrags Gerhard Müller, Das Rangverhältnis zwischen allgemeinverbindlichen und dritten Tarifverträgen, DB 1989, 1970; Wiedemann/Wank, 7. Aufl. (2007) § 4 Rn 289.

350 Rn 10 zum Vorschlag Giesen und Rn 15 f zu selbigem Vorschlag der Professoren-Arbeitsgruppe.

I. Vorbild: Geheimverfahren nach § 2 Abs. 1 BetrVG

Dieses Verfahren ist ersichtlich demjenigen nachgebildet, das die Arbeitsgerichte freirechtlich zur betriebsverfassungsrechtlichen Feststellung eingeführt haben, ob eine Gewerkschaft im Betrieb vertreten ist.³⁵¹ 408

Schon jene Entscheidung begegnet durchgreifender Kritik: Sie verletzt das Prinzip unmittelbarer Beweisaufnahme und gerade doch das rechtliche Gehör und das Verfassungsgebot eines fairen Verfahrens (auch im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK). Selbstredend könnte das BetrVG bestimmte Gewerkschaftsbefugnisse auf daran knüpfen, daß die Mitgliedschaft nur eines Arbeitnehmers glaubhaft gemacht ist; dann genügte auch eine solche eidesstattliche Versicherung. Doch solange das materielle Recht verlangt, daß ein Arbeitnehmer einem bestimmten Betrieb angehört und Mitglied der Gewerkschaft ist, solange ist das auch nachzuweisen und solange muß auch rechtliches Gehör in Ansehung der nachzuweisenden Tatsachen gewährt werden. Das BAG erfindet ein Glaubhaftmachungsrecht dort, wo das Gesetz einen Beweis verlangt.³⁵² 409

351 BAG vom 25.3.1992 – 7 ABR 65/90 – NZA 1993, 134; Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG [Kammer] vom 21.3.1994 – 1 BvR 1485/93 – NZA 1994, 891, 891 f; Artikel 103 Abs. 1 GG gewährt »weder ein Recht auf ein bestimmtes Beweismittel noch bestimmte Arten von Beweismitteln [...]. Auch bestimmte Beweisregeln, wie z.B. die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme werden nicht verfassungsrechtlich durch Art. 103 Abs. 1 GG, sondern nur einfachrechtlich garantiert. Es ist auch bereits geklärt, unter welchen Voraussetzungen die Erhebung mittelbarer und damit sachfernerer Beweise mit dem Grundsatz auf ein faires Verfahren, das auch im Zivilverfahren gilt [...], vereinbar ist. [...].«; zustimmend *Grunsky*, Der Nachweis des Vertretenseins einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, AuR 1990, 105, 109 ff; *Zeuner*, Gedanken zum Spannungsverhältnis zwischen Offenheit zivilgerichtlicher Rechts- und Wahrheitsfindung und Geheimhaltungsinteressen in der Beziehung der Beteiligten, FS Hans Friedhelm Gaul (1997) 845 ff; *Teske*, Anm. zu BAG vom 25.3.1992 – 7 ABR 65/90 – EzA Nr. 14 zu § 2 BetrVG 1972; Musielak/Stadler, 7. Auflage (2009) § 355 ZPO Rn 5.

352 **Ablehnend** Löwisch, Arbeitsrecht, 8. Auflage (2007) Rn 1553; MünchKommZPO/Prütting, 3. Auflage. (2008) § 285 ZPO Rn 11 f; Prütting/Weth, Geheimnisschutz im Prozeßrecht, NJW 1993, 576 f; *dies.*, Die Vertretung einer Gewerkschaft im Betrieb – Geheimverfahren zum Nachweis der Voraussetzungen, DB 1989, 2273; *Walker*, Zur Problematik beweisrechtlicher Geheimverfahren an einem Beispiel aus dem Arbeitsgerichtsprozeß, FS E. Schneider (1997) 147; GK-BetrVG/Kraft 9. Aufl. (2009) § 2 Rn 29; Löwisch/Kaiser, 6. Auflage (2010) § 2 Rn 19; Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage (2004) § 3 Rn 165; *Schilken*, Nachweis des Vertretenseins einer Gewerkschaft im Betrieb, SAE 1993, 308; Stein/Jonas/Leipold, 22. Auflage 2008, § 284 Rn. 34.

410 Abgesehen davon: Die »Beweisaufnahme« durch den Notar beurkundet als Tatsache allenfalls die Rechtsmeinung des Arbeitnehmers. Aller relevanten Aspekte sind Rechtsfragen:

- ob der Betreffende tatsächlich ein Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber hat;
- ob er Arbeitnehmer im Sinne von § 5 Abs. 1 BetrVG, also kein leitender Angestellter ist;
- um welchen konkreten Betrieb im Sinne des BetrVG es geht und wo dessen Grenzen liegen, was mit Blick auf Gemeinschaftsbetriebe und § 4 BetrVG sehr schwer zu beurteilen sein kann;
- ob der Arbeitnehmer dem konkret betroffenen Betrieb zuzuordnen ist – und also seine Betriebszugehörigkeit nicht etwa in der Freistellungsphase der Altersteilzeit verloren hat oder von einem anderen Betrieb nur kurzzeitig abgeordnet ist und schließlich
- ob seine Gewerkschaftsmitgliedschaft als Rechtsverhältnis noch besteht, der Arbeitnehmer etwa nicht wegen Beitragsrückstands gestrichen worden ist.

Als Indizienbeweis ist die eidesstattliche Versicherung des Arbeitnehmers über solche Rechtsfragen unzulänglich. Daß der Arbeitgeber sich dazu nicht äußern kann, weil er gar nicht weiß, um welches Arbeitsverhältnis in welcher Abteilung es geht, das beeinträchtigt das faire Verfahren, die prozessuale Waffengleichheit und das rechtliche Gehör.

411 Arbeitnehmer sind in der Geheimhaltung ihrer Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht hinreichend schutzbedürftig (Rn 257 ff zur Arbeitgeberfrage nach der Tarifgebundenheit): Die Gewerkschaftsmitgliedschaft ist von vornherein **auf eine nach außen wirkende Interessenvertretung gerichtet** und wird vielfach offenbar, etwa wenn der Arbeitnehmer gewerkschaftlichen Rechtsschutz erhält. Ein Anonymitätsschutz ist für solche Außenbetätigungen unangebracht. Sachgerechter Diskriminierungsschutz wird durch § 612a BGB und Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG sichergestellt und ist gegebenenfalls durch eine Entschädigungsregel zu verschärfen.

412 Ganz richtig lehnt das BAG ein vergleichbares Geheimverfahren zum Schutz der **Betriebsgeheimnisse** des Arbeitgebers ab.³⁵³

413 Auch der **BGH lehnt Geheimverfahren extra legem konsequent ab**. Das betrifft die durchaus der für die Tariffähigkeit erforderlichen Mächtigkeit vergleichbare Frage der **Mitgliederausstattung von Wett-**

353 BAG vom 25.4.1989 – 3 AZR 35/88 – NZA 1989, 860.

bewerbsvereinen (die diese für ihre Verbandsklageberechtigung benötigen): Der Verband muß »gläsern« seine Mitgliederliste vorlegen.³⁵⁴

II. Vergleichbar: Mitgliederbestand und Tariffähigkeit

Vergleichbare Probleme stellen sich bei der **Feststellung der Arbeitnehmerzahl für die Mächtigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit**.⁴¹⁴ Auch hier kommt es zumindest auch auf eine nachzuweisende Mitgliederzahl an; eine dem Gericht vorgelegte Mitgliederliste kann von konkurrierenden Gewerkschaften für Abwerbmaßnahmen genutzt werden.³⁵⁵

III. Geheimverfahren für die Tarifeinheit

Nun mag man von der Gewichtung her durchaus der Auffassung sein, ein **nur glaubhaft gemachtes Vertretensein einer Gewerkschaft im Betrieb** sein nicht weiter schlimm: Materielle Rechte sind damit kaum verbunden; eine gewisse Betriebsverfassungsaufsicht belastet den Arbeitgeber nicht so⁴¹⁵

354 BGH vom 18.10.1995 – I ZR 126/93 »Anonymisierte Mitgliederliste« – BGHZ 131, 90, 92 f = NJW 1996, 391, 391 f: »Schützenswerte Geheimhaltungsinteressen des Klägers stehen dem nicht gegenüber. Der Hinweis der Revisionsrüge, bei der Bekanntgabe der Namen der Mitglieder des Verbandes des Klägers würden diese unter Druck gesetzt, weil sie mit wettbewerbsrechtlichen Gegenreaktionen des in Anspruch genommenen Mitbewerbers zu rechnen hätten, vermag ein schützenswertes Interesse des Klägers an der Geheimhaltung der Namen nicht zu begründen. Wer wettbewerbswidrig handelt, hat wettbewerbsrechtliche Auseinandersetzungen zu gewärtigen. **Unberechtigten Gegenschlügen ist mit den Mitteln des hierfür vorgesehenen staatlichen Rechtsschutzes zu begegnen.**« Hervorhebung von mir. BGH vom 8.12.1999 – I ZR 254/95 – GRUR-RR 2001, 48: »Es ist ein das rechtsstaatliche Verfahren beherrschender Grundsatz, dass der Prozessgegner die Möglichkeit haben muss, **Kenntnis von allen entscheidungserheblichen Tatsachen zu nehmen** und die Angaben der darlegungs- und beweissbelasteten Partei selbst nachzuprüfen. Einer beklagten Partei, die die Darstellung der Angaben eines Verbandes zu seiner Mitgliederstruktur als nicht nachprüfbar in Zweifel zieht, ist es nicht zuzumuten, ohne die Bekanntgabe der Namen der Mitglieder des klagenden Verbandes von der Richtigkeit der Darstellung der Klagepartei auszugehen.« Hervorhebung von mir. Dazu *Garbers*, Das Ende anonymisierter Mitgliederlisten, WRP 1996, 265.

355 Vgl. die erstinstanzliche »Beweiserhebung« durch ArbG Stuttgart vom 12.9.2003 – 15 BV 250/96 – NZA-RR 2004, 540, das von der CGM die Vorlage von Mitgliederlisten verlangt hatte, die auch der IG Metall als Verfahrensbeteiligter zugegangen wären; dazu *Rieble*, Der CGM-Beschluß des ArbG Stuttgart, BB 2004, 885, 890; *Henssler*, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften (2006) 41 f.

schwer. Ob freilich auch der Straftäter des § 119 BetrVG, gegen den eine solche Gewerkschaft Strafantrag stellt, dies so sieht, ist eine andere Frage.

- 416 **Materialisiert man die Betroffenheit**, so ist die Mehrheitsfeststellung im Rahmen einer Tarifeinheit von grundsätzlich anderer Qualität: Hier erlangt eine siegreiche Gewerkschaft nicht bloß zusätzliche Rechte, die den Arbeitgeber wenig belasten. Hier wird im Tarifwettbewerb ein **Sieg auf Kosten der Minderheitsgewerkschaft** erlangt, die die Geltung ihres Tarifvertrags einbüßt und deren Mitglieder den Tarifschutz der frei gewählten Gewerkschaft verlieren. Jedenfalls folgt aus der Gesamtschau von Artt. 19 Abs. 4, 103 Abs. 1 GG und 9 Abs. 3 GG, daß die **vermeintliche Minderheitsgewerkschaft ihre Koalitionsbetätigungsfreiheit verteidigen können muß**. Eine ungeprüfte Hinnahme notarieller Zählbemühungen schnitte die Gewerkschaft von der rechtlichen Auseinandersetzung um die Voraussetzungen der Mehrheit ab; sie hätte hinzunehmen, was der Notar »feststellt«. Ihr Äußerungsrecht verkäme zur leeren Form.³⁵⁶ Angesichts des Anreizes, solche Mitgliederlisten zumindest großzügig zu handhaben oder gar zu fälschen (gerade wenn es um knappe Mehrheiten geht, Rn 293) und angesichts des Umstandes, daß **Manipulationen sanktionslos** bleiben, weil die »Behinderung fremder Gewerkschaftstätigkeit« keinen Straftatbestand erfüllt, liefe dies auf eine **Rechtsschutzverweigerung** hinaus.
- 417 Weil der Notar Rechtsfragen zu beurteilen hat, ist zugleich die Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt: Die Gewerkschaft sucht sich den Notar selbst aus. Das birgt die Gefahr, daß der Notar etwaige Beurteilungsspielräume im Interesse seines Auftraggebers wahrnimmt. Auch ist nicht sichergestellt, daß der von der konkurrierenden Gewerkschaft beauftragte zweite Notar letztlich denselben Bezugsrahmen für seine Zählung verwendet.
- 418 Im »Mehrheitsfeststellungsverfahren« sind anders als beim Vertretensein weitaus mehr **Rechtsfragen vom Notar entscheidend zu beurteilen** (zur Komplexität schon Rn 291 ff): Der Notar muß den übereinstimmenden Geltungsbereich der Tarifverträge ermessen, er muß auch hier die Betriebsgrenzen erwägen und schließlich für jeden gezählten Arbeitnehmer eruieren, ob er vom Geltungsbereich des Tarifvertrages überhaupt erfaßt wird und dem konkreten Betrieb auch angehört. Auch hier muß der Bestand des Arbeitsverhältnisses geprüft werden. Zählen Auslandsentsandte, gekündigte Arbeitnehmer oder solche in der Altersteilzeitfreistellung?

356 Gleichwohl hält *Konzen*, Die Kodifikation der Tarifeinheit im Betrieb, JZ 2010, 1036, 1039 das Verfahren für »rechtstaatlich einwandfrei«.

IV. Ausweg: In-camera-Verfahren?

Wer die Mitgliedschaft in den konkurrierenden Gewerkschaften geheim halten will, der muß ein »in camera«-Verfahren installieren, wie dies die **§ 99 Abs. 2 VwGO** und **§ 86 Abs. 3 FGO** für geheimhaltungsbedürftige Behördenschriftsätze und auch zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vorsehen.³⁵⁷ 419

Solche Verfahrenserwägungen werden insbesondere für die **ZPO** diskutiert, und zwar mit dem Argument der Vergleichbarkeit verwaltungs- und zivilprozessualer Konfliktsituationen bei vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen.³⁵⁸ 420

Dieses kann durchaus – unter Ausschluß der gegnerischen Partei (hier also: der konkurrierenden Gewerkschaften und des Arbeitgebers) – eine Beweisaufnahme durch das Gericht vorsehen und die dann notwendig anwaltlichen Prozeßvertreter einer besonderen und strafbewehrten Schweigepflicht unterwerfen.³⁵⁹ 421

Auch insoweit aber bleibt die **Alternative: »Farbe bekennen«**. Wer einer Gewerkschaft angehört, will daß diese seine (!) Interessen gegenüber dem Arbeitgeber und dessen Verband wahrnimmt. Diese Mandatierung ist 422

357 Dazu BVerwG vom 6.11.2008 – 20 F 7/08 – juris [12.8.2010]; BVerwG vom 12.10.2009 – 20 F 14/08 – juris [12.8.2010]; BVerfG vom 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 – BVerfGE 101, 106 = NJW 2000, 1175.

358 *Bornkamm*, Der Schutz vertraulicher Informationen im Gesetz zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums – In-camera-Verfahren im Zivilprozess? FS Ullmann (2006) 893, der insbesondere auf die Entstehung solcher Konfliktsituationen mit Blick auf die »Enforcement-Richtlinie« (2004/48/EG) hinweist; *Zeuner*, Rechtliches Gehör, in-camera-Verfahren und Zivilprozess, Zur Bedeutung von BVerfGE 101, 106 für den Bereich zivilgerichtlicher Verfahren FS Kollhosser (2004) 811, der das »in camera«-Verfahren unter Verweis auf Art. 103 Abs. 1 GG generell als »in hohem Maße problembeladen« (S. 818) ansieht und zu dem Schluß kommt, das im Zivilverfahren »kein Raum für eine solche Verfahrensgestaltung« (S. 823) erkennbar sei. Zu den Geheimhaltungsinteressen der Parteien des Zivilprozesses *Stürner*, Die gewerbliche Geheimsphäre im Zivilprozeß, JZ 1985, 453; *Stadler*, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß, NJW 1989, 1202, insbesondere S. 1203 zum »Geheimverfahren als ultima ratio«; dies., Geheimnisschutz im Zivilprozeß aus deutscher Sicht, ZZP 2010 261 279 ff; abwägend zur Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit Musielak/*Foerste*, 7. Auflage (2009) § 284 ZPO Rn 25.

359 Vgl auch **Art. 156 Schweizer ZPO** [2008]: »Gefährdet die Beweisabnahme die schutzwürdigen Interessen einer Partei oder Dritter, wie insbesondere deren Geschäftsgeheimnisse, so trifft das Gericht die erforderlichen Massnahmen.« Weiter *Wagner*, Datenschutz im Zivilprozeß, ZZP 108 (1995) 193, 210 f; *Henssler*, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften (2006) 41 f.

nicht geheimhaltungswürdig. Eine »geheime Gewerkschaftsmitgliedschaft« hat keinen Sinn – zumal Gewerkschaften selbst mit Differenzierungsklauseln auf den Geheimnisschutz verzichten.

§ 6 Vereinbarkeit mit Art. 11 EMRK

A. Status der EMRK im deutschen Recht

Die EMRK hat als völkerrechtlicher Vertrag gemäß Art. 59 Abs. 2 GG den Status eines einfachen Bundesgesetzes. Sie ist unmittelbar geltendes Recht, ihr kommt aber kein Verfassungsrang zu. Dies hat die Konsequenz, daß eine Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nicht (allein) auf eine Beeinträchtigung der Rechte des Beschwerdeführers aus der EMRK gestützt werden kann.³⁶⁰ 423

Allerdings dienen die Bestimmungen der EMRK als »Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes«,³⁶¹ weshalb Wertungen der EMRK auf die grundrechtlich geschützte Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG ausstrahlen. 424

Überdies steht die EMRK nicht zur Disposition des deutschen Verfassungsgebers. Die völkerrechtliche Verpflichtung auf die Konvention, verbunden mit dem Individualrechtsschutz vor dem EGMR, verschaffen der EMRK eine eigenständige Durchschlagskraft. 425

B. Gewährleistungen durch die EMRK

Art. 11 Abs. 1 EMRK gewährleistet das Recht, »Gewerkschaften zu gründen« und ihnen »beizutreten«. Ob der Begriff der »Gewerkschaft« dabei so weit zu verstehen ist, daß auch Arbeitgeberverbände von ihm erfaßt sind, wird zwar allgemein bejaht,³⁶² kann aber wegen der identischen Rechtsfolgen bei einer Zuordnung zur allgemeinen Vereinigungsfreiheit dahingestellt bleiben.³⁶³ 426

360 BVerfG vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307 = NJW 2004, 3407; vom 26.3.1987 – 2 BvR 589/79 – BVerfGE 74, 358, 379 = NJW 1987, 2427; vom 30.7.1952 – 1 BvF 1/52, BVerfGE 1, 396, 411; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage (2009) § 3 Rn 6.

361 BVerfG vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307 = NJW 2004, 3407.

362 Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. (2009) § 23 II Rn 62 (307); Frowein/Peukert, Art. 9 Rn 1; Grote/Marauhn/Bröhmer, EMRK/GG (2006) Kap. 19 Rn 100.

363 EGMR vom 25.4.1996 – Gustafsson/Schweden, Amtliche Sammlung des EGMR/Reports of judgements and decisions Vol. 9 (1996/II) 637 ff = AuR 1997, 408; Grote/Marauhn/Bröhmer, EMRK/GG (2006) Kap. 19 Rn 100; Meyer-Ladewig, EMRK, 2. Auflage (2006) Art. 11 Rn 13.

427 Geschützter Gewerkschaftszweck ist die Wahrnehmung der »Interessen« ihrer Mitglieder. Art. 11 Abs. 1 EMRK geht insoweit über die Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG hinaus, der den Schutzbereich hinsichtlich des Koalitionszwecks auf die »Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« beschränkt. Der Europäische Gerichtshof interpretiert den Begriff der »Interessen« jedoch insofern einschränkend, als er von einem notwendigen Bezug zu den Arbeitsbedingungen der Vertretenen ausgeht (wörtlich: »[...] to protect the occupational interests of trade-union members by trade-union action [...].«)³⁶⁴

428 Welche Betätigungen der Gewerkschaft zur Wahrnehmung dieser Interessen konkret geschützt sein sollen, und welche weiteren Garantien sich aus Art. 11 EMRK ergeben, ist schwer einzugrenzen.

Jedenfalls gehört dazu eine grundlegende Beitrittsfreiheit und in negativer Hinsicht das Recht, einer Koalition fernzubleiben, weshalb etwa **closed-shop** grundsätzlich unzulässig ist.

EGMR Große Kammer vom 11.1.2006 (Sørensen und Rasmussen) –Nr. 52.562/99 und 52.620/99 – ÖJZ 2006, 550 = RIW 2006, 378 mit Anm. *Schmidt-Westphal/Urban* S. 381; dazu auch *Mair*, Dimensionen der Koalitionsfreiheit, ZIAS 2006, 158; zurückhaltender noch EGMR vom 13.8.1981, Young, James, Webster ./GB, Ser. A No. 45 = NJW 1982, 2717; *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2. Auflage (2006) Artikel 11 Rn 14.

429 Gewährleistet ist weiterhin eine **elementare Koalitionsbetätigungs-garantie**. Diesbezüglich hat der Gerichtshof anerkannt, daß einer Koalition das Recht zukommen müsse, ihre Mitglieder durch »Aktionen« vertreten zu können.

EGMR vom 25.4.1996 (Gustafsson), Amtliche Sammlung des EGMR/Reports of judgements and decisions Vol. 9 (1996/II) 637 ff = AuR 1997, 408 ff.

Lange unklar war, ob diese Betätigungsgarantie auch und gerade die Tarifautonomie und das Streikrecht umfaßt.

Vgl. EGMR vom 6.2.1976 – Ser. A No. 20 § 40 Schwedischer Lokomotivführerverband = EuGRZ 1976, 62; ebenfalls vom 6.2.1976 – A 21, § 36 (Schmidt und Dahlström); Grote/Marauhn/Bröhmer, EMRK/GG (2006) Kap. 19 Rn 101 f.

430 In zwei Entscheidungen vom 12.11.2008 und vom 21.4.2009 hat der EGMR nunmehr das **Recht auf Kollektivverhandlungen und Streik**

³⁶⁴ EGMR vom 25.4.1996 – Gustafsson./Schweden, Amtliche Sammlung des EGMR/Reports of judgements and decisions Vol. 9 (1996/II) 637 ff = AuR 1997, 408 ff; Ser. A No. 20 § 40 Schwedischer Lokomotivführerverband = EuGRZ 1976, 62; Grote/Marauhn/Bröhmer, EMRK/GG (2006) Kap. 19 Rn 100.

als Teil der durch Art. 11 EMRK geschützten Freiheitssphäre anerkannt und Regeln für die Beschränkung von Beamtenstreiks aufgestellt.³⁶⁵

Welche Anforderungen mit Blick auf das **Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK** an die das System der Tarifautonomie zu stellen sind, ist durch den EGMR bislang wenig konkretisiert worden. Als »sonstigen Status« erfaßt Art. 14 EMRK jedenfalls die Koalitionszugehörigkeit.³⁶⁶ 431

Tarifliche Ungleichbehandlungen sind jedenfalls nicht prinzipiell unzulässig, so etwa wenn Gründe gewerkschaftlicher Solidarität dies erfordern,³⁶⁷ oder wenn der Staat als Arbeitgeber mit dem Ziel der Förderung durchsetzungsfähiger Gewerkschaften und der Vereinfachung der Verhandlungsführung nicht repräsentative Gewerkschaften von Tarifverhandlungen ausschließt.³⁶⁸

Immerhin hat der EGMR Art. 11 EMRK entnommen, daß Arbeitgeber-Außenseiter durch gewerkschaftliche Boykottaktionen nicht ohne weiteres (und gegen den Willen der betroffenen Arbeitnehmer) zu einem Anschlußtarifvertrag gezwungen werden dürfen. Vielmehr müsse der Arbeitgeber über einen individuellen Tarifvertrag verhandeln können, der auf seine betrieblichen Bedürfnisse Rücksicht nimmt.³⁶⁹ 432

Diese Rechtsprechung betrifft einerseits die Arbeitgeberseite und andererseits die positive Erzwingung einer Tarifbindung. Auf die Arbeitnehmerseite und auf die negative Sperrwirkung einer Tarifeinheit ist diese Rechtsprechung nicht ohne weiteres übertragbar. Denn die nationalen Tarifvertragssysteme in den Staaten des Europarates sind vielfältig und unterschiedlich.³⁷⁰ 433

365 EGMR vom 12.11.2008 – 34503/98 Demir und Baykara./Türkei, AuR 2009, 269; vom 21.4.2009 – 68959/01 Enerji Yapi-Yol-Sen./Türkei, AuR 2009, 274. Jeweils nichtamtliche Übersetzungen; weitere Übersetzungen finden sich auf beck-online.

366 MünchArbR/Löwisch/Rieble 3. Auflage (2009) § 154 Rn 21.

367 EGMR vom 6.2.1976 A 21, § 36 – Schmidt und Dahlström.

368 EGMR vom 27.10.1975 Nationale belgische Polizeigewerkschaft, GH 19 = EuGRZ 1975, 562 ff; vom 6.2.1976 – Ser. A No. 20 § 40 Schwedischer Lokomotivführerverband = EuGRZ 1976, 62.

369 Urteile vom 30.3.1993 (Sigurjónsson) Nr. 24/1992/369/443, ÖJZ 1994, 207 f und vom 25.4.1996 (Gustafsson) 18/1995/524,610, ArbuR 1997, 408. Dazu Löwisch, Tarifeinheit – Was kann und soll der Gesetzgeber tun?, RdA 2010, demnächst.

370 Rebhahn, Die Zukunft der Kollektivautonomie in Europa – Tarifautonomie im Rechtsvergleich, EuZA 2010, 62 ff; gerade zum »Gewerkschaftspluralismus in anderen Rechtsordnungen«; Kamanabrou, Der Streik durch Spartengewerkschaften, ZfA 2008, 241, 265 ff.

Die EMRK kann deshalb weniger noch als Art. 9 Abs. 3 GG konkrete Vorgaben machen, sondern nur einen grundsätzlichen Schutz der Bildung und Betätigung von Koalitionen gewährleisten.³⁷¹

- 434 So wird insbesondere in **Frankreich**, die Tarifpluralität nach dem Grundsatz der Repräsentativität aufgelöst: Nach Article L 2232-6 Code du Travail sind nur solche Tarifverträge wirksam, welche die Unterschriften von einer oder mehreren repräsentativen Gewerkschaften tragen, die wenigstens 30 Prozent der bei den Arbeitnehmervertretungswahlen abgegebenen Stimmen erreicht haben. Auch dann können andere repräsentative Gewerkschaften der Tarifgeltung widersprechen, wenn sie die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erhalten haben.³⁷²

Das geht auf grundlegend andere »demokratische« Vorstellungen der Koalitionsfunktionen zurück. Dementsprechend wird man schwerlich eine deutschrechtliche Vorstellung individuell fundierter Tarifautonomie in Art. 11 EMRK hineininterpretieren können.

- 435 Die vorgeschlagene Tarifeinheit ist mit den völkerrechtlichen Vorgaben der EMRK vereinbar. Sie wendet ein strenges Repräsentativitätsregime an, das nicht-repräsentative Tarifverträge nicht gelten läßt. Wegen der Bezugnahmefreiheit ist kein Arbeitnehmer gezwungen, in die Mehrheitsgewerkschaft einzutreten. Von einem unzulässigen closed-shop ist die Tarifeinheit deshalb weit entfernt.

371 Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, (2010) 178.

372 Thüsing, Wege zur Tarifeinheit: Ausländische Rechtsordnungen als Vorbilder für Deutschland?, NZA-Beilage 2010, 104, 105 f; Zumfelde/Remy, Sarkozys Gesetz zur Erneuerung der sozialen Demokratie, NZA 2009, 186, 187.

§ 7 Ergebnisse

1. Die vorgeschlagene Regelung der Tarifeinheit nach Mehrheitsprinzip berührt den **Schutzbereich der Koalitionsfreiheit**: Sie belastet die freie Entscheidung über Organisationsbereich und Tarifizuständigkeit (Koalitionszweckautonomie), sie kann Druck zu gewerkschaftlicher Zusammenarbeit ausüben (negative Bündnisfreiheit) und beschränkt die Tarifaufonomie und das Koalitionsbetätigungsrecht zum Arbeitskampf. Nicht betroffen sind Gründungsfreiheit und Existenzrecht. Gesondert berührt ist das Recht auf Gleichbehandlung in den Koalitionsbetätigungsrechten.
2. Jede Tarifeinheit im »Betrieb« führt im Tatbestand notwendig zur **Diskriminierung** von Berufsgruppengewerkschaften, die ihre Organisationszuständigkeit nicht auf alle Arbeitnehmer im Betrieb erstreckt haben. In der Rechtsfolge werden Einheitsgewerkschaften diskriminiert, weil sie als Minderheitsgewerkschaft den Tarifschutz auch für jene Arbeitnehmer einbüßen, die von der Berufsgruppengewerkschaft nicht organisiert werden. Daraus folgt, daß eine Tarifeinheit in Tatbestand und Rechtsfolge notwendig auf den überschneidenden Geltungsbereich der konkurrierenden Tarifverträge beschränkt sein muß, sich also auf das Belegschaftssegment bezieht, in dem beide Tarifverträge gelten können. Sind die Geltungsbereiche voneinander abgegrenzt, gibt es keinen aufzulösenden Tarifwettbewerb. Überbetriebliche Lösungen bringen zusätzliche Rechtsunsicherheit und belasten Minderheitsgewerkschaften unverhältnismäßig.

Zudem begründet jede Tarifeinheit eine strukturelle Ungleichbehandlung zur Arbeitgeberseite.

3. Die Regelung der Tarifeinheit wie etwaiger Kampfbeschränkung ist eine **Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit** und kein Eingriff.
 - a. Konkrete Mindestbetätigungsrechte als Gegenstand eines Eingriffes lassen sich Art. 9 Abs. 3 GG nicht entnehmen; die Koalitionsbetätigungsfreiheit enthält bloß prinzipielle Gewährleistungen. Zudem ist die Tarifaufonomie ein komplexes System von austarierten Vertrags- und Kampf-befugnissen innerhalb dessen der Vorteil des einen den Nachteil des anderen bedingt und Störungswirkungen auf Dritte auslöst, die die Rechtsordnung im Rahmen der Sozialbindung des Vertrages berücksichtigen kann. Schon die Anforderungen an die Tariffähigkeit sind Ausgestal-

tung, diejenigen an die Tarifgeltung sind es erst recht. Die Tarifeinheit ist Ausgestaltung und **kein Eingriff**.

- b. Das ändert an den verfassungsrechtlichen Grenzen für eine solche Ausgestaltung wenig. Die belastende Ausgestaltung muß die **Koalitionsfreiheit in ein angemessenes Verhältnis zu dem die Belastung tragenden Sachgrund setzen**, nicht anders als der Eingriff. Ob bei der Ausgestaltung einfachrechtliche Aspekte berücksichtigungsfähig sind, spielt keine Rolle. Stets sind verfassungsrechtliche Positionen mitbetroffen, von der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie bis zum Sozialstaatsprinzip.
 - c. Damit darf dem regelnden Staat aber kein Recht zur beliebigen Ausgestaltung zukommen. **Effektiven Schutz** erlangt die Koalitionsfreiheit nur, wenn die Verhältnismäßigkeitsprüfung am konkreten Sachgrund ausgerichtet ist, konkrete Regelungsalternativen erwogen und die tragenden Rechtsprinzipien beachtet werden.
4. Der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung hält der Entwurf einer Tarifeinheit auf der **tarifrechtlichen Ebene** nicht stand.
- a. Schon die geltend gemachten **Sachgründe stehen mehrheitlich mit der Koalitionsfreiheit nicht in Einklang**. Von vornherein sind Erwägungen zur Programmierung des Koalitionswettbewerbes und der Wunsch nach Einheitsgewerkschaften unzulässig. Auch drohende Gewerkschaftswechsel als individuelle Koalitionsbetätigung und der damit verbundene grundsätzliche Kollektivwettbewerb um Mitglieder oder Tarifbedingungen tragen keine Beschränkungen. Unter- und Überbietungswettbewerb haben mit der Tarifeinheit nichts zu tun. Vor allem kann überhaupt nur der Gewerkschaftswettbewerb innergewerkschaftlichen »Randgruppen« ein effektives Recht zur tariflichen Opposition eröffnen. Betriebliche Verteilungsgerechtigkeit kann die Tarifeinheit nicht leisten, ebensowenig eine gewünschte Standardisierung der Arbeitsbedingungen. Auch die Einheitsgewerkschaft ist kein Garant für tarifliche Verteilungsgerechtigkeit. Überdies hängt die betriebseinheitliche Wirkung tariflicher Arbeitsbedingungen vom Arbeitgeber und seiner Bezugnahmeklausel ab und kann durch tarifliche Differenzierungsklauseln konterkariert werden. Folgeprobleme des pluralen Tarifvollzugs lassen sich durch ein systemkonformes Fragerecht des Arbeitgebers nach der Einstellung bewältigen. Andere Probleme

mit Blick auf Betriebsnormen und Betriebsverfassung treten auch mit Tarifeinheit auf.

- b. Die Tarifeinheit ist überdies zur Lösung mancher Probleme **nicht geeignet**. Arbeitsbedingungen sind vielfach individualisiert und widersetzen sich der kollektiven Standardisierung. Gerade weil die Tarifeinheit nur bezogen auf Belegschaftssegmente mit überschneidender Tarifzuständigkeit greifen darf, kann sie den »Tarifwirrwarr« nicht beheben. Die Tarifpluralität im Nachwirkungszeitraum läßt sich nicht auflösen. Überdies werden in den Betrieben viele Arbeiten von Fremdfirmenkräften anderer Arbeitgeber getan, auf die die Tarifeinheit nicht zugreifen kann. Mit dem Betriebsbezug sind erhebliche Manipulationsmöglichkeiten verbunden. Vor allem aber: Die Tarifeinheit macht nichts einfacher, sie verkompliziert die Tarifierstellung erheblich, kann sie bei knappen Mehrheiten sogar destabilisieren und führt mit ihren überindividuellen Anknüpfungspunkten zu einer erheblichen Steigerung der Rechtsrisiken.
 - c. Die Tarifeinheit ist auch **nicht erforderlich**. Eine Zersplitterung wird bereits durch die Zulassungsvoraussetzungen der Tariffähigkeit verhindert. Vor allem aber gehen Gefahren nicht von friedlich abgeschlossenen Tarifverträgen, sondern nur von kampfweise erzwungenen aus. Dementsprechend sind Eingriffe in das Streikrecht von vornherein das mildere Mittel. Häufigem individuellen Tarifwechsel ist durch Stärkung der Tariftreue nach § 3 Abs. 3 TVG zu begegnen.
 - d. Bei aller Diagnoseschwierigkeit ist die Tarifeinheit **disproportional**. Sie verdrängt einseitig die Angehörigen der Minderheitsgewerkschaft von der Tarifgeltung und liefert sie der Bezugnahmepraxis des Arbeitgebers aus. Sie schafft für einen schmalen Praktikabilitätsgewinn die Tarifselbstbestimmung der Arbeitnehmer ab und unterwirft sie einer kollektiven Mehrheitsherrschaft im Betriebssegment. Die erhebliche Zunahme der Rechtsrisiken für den Einzelnen und die Systembelastung der tariflichen Rechtsanwendung begründet ebenfalls ein Mißverhältnis.
5. Auch auf der Ebene der **Arbeitskampfbegrenzung** verfehlt die Tarifeinheit ihr insoweit legitimes Ziel, unverhältnismäßige Belastungen durch pulsierende Streiks zu begrenzen.

- a. An der Kampfplast ändert sich von vornherein nichts, wenn die Geltungsbereiche der Tarifverträge voneinander abgegrenzt sind. Dann fehlt es an der für die Tarifeinheit erforderlichen Überschneidung. Streiks bleiben unabgestimmt. Dasselbe gilt, wenn die Tarifeinheit richtigerweise auf Belegschaftssegmente begrenzt wird. Insoweit ist die Tarifeinheit mit ihrer Friedenspflicht-Erstreckung **ungeeignet**, den Arbeitsfrieden zu gewährleisten.
- b. Sie ist auch **nicht erforderlich**, weil mildere genuin arbeitskampfrechtliche Regulierungen vorrangig sind, von einer Ausdehnung nur der Friedenspflicht als nacktes Kampfverbot oder über Laufzeitkoordinationen kraft Allgemeinverbindlicherklärung (die ihrerseits bedenklich bleiben) bis hin zu einer strikten Schlichtungsobliegenheit, starren Ankündigungsfristen, im Einzelfall verordneten Abkühlungsphasen und schließlich einer vorgeschriebenen Urabstimmung. Solche Beschränkungen lassen sich nicht speziell und diskriminierend nur für Berufsgruppen-gewerkschaften vorgeben, sondern müssten für alle Gewerkschaften greifen. Eben hieran wird die Unverhältnismäßigkeit greifbar: Weil die großen Gewerkschaften keine Beschränkung des Streikrechts wollen, soll den kleinen ein Tarifverbot mit Kampfverbot auferlegt werden.

Vorrangig ist überdies eine Dämpfung der Kampfplust über die Streikfolgen, vor allem durch Versagung der Lohnzahlung im Betrieb und ggf. durch Einschränkung der Leistungen der Bundesagentur. Sonstige Beschränkungen des unbegrenzten Streikrechts durch das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip sind möglich, über ihre Effektivität kann wenig gesagt werden. Immerhin ließe sich der Streik in der Daseinsvorsorge eigens regulieren.

- c. Kampfverbotserstreckungen aus einem anderen Tarifvertrag sind **disproportional**, weil sie die Solidarität der jeweils anderen Gewerkschaft belasten. Regionale oder berufsgruppenbezogene Kampfverbote durchbrechen einheitliche Kampfkonzepte. Das belastet sowohl Berufsgruppen- wie Einheitsgewerkschaften. Demgegenüber können allgemeine Beschränkungen und Dämpfungen des Streikrechts gleichmäßig wirken.
6. Die Tarifeinheit schafft eine **legitimationslose Fremdherrschaft**. Der Bezugsrahmen des überschneidenden Geltungsbereichs im Betrieb konstituiert ein betriebsverfassungsrechtliches

»Gremium«, innerhalb dessen die Arbeitnehmer mit den Füßen abstimmen und so das Tarif- oder Kampfverhalten einer (fremden) Gewerkschaft mitbestimmen. Das ist so systemwidrig wie eine Urabstimmung durch die ganze Belegschaft, die der Gewerkschaft so den Streik verbieten könnte.

Jede Kampfsperre aus dem Tarif- oder Kampfverhalten der Mehrheitsgewerkschaft lädt zu förmlichen oder informellen »Schutzgeldabkommen« ein: Die Mehrheitsgewerkschaft kann beim Arbeitgeber ein Entgegenkommen allein dadurch erreichen, daß sie die Minderheitsgewerkschaft am Kampf hindert.

Illegitim ist auch das vorgeschlagene Verfahren zur Mehrheitsfeststellung vor dem Notar: Diese Delegation von Beweisaufnahme und Rechtsfindung verweigert effektiven Rechtsschutz, beschneidet das rechtliche Gehör, aber auch das Recht auf den gesetzlichen Richter. Möglich ist nur ein »in-camera-Verfahren«, das die Parteien von Kenntnisnahme der Mitgliederlisten ausschließt. Erforderlich ist auch das nicht, weil die Gewerkschaftsmitgliedschaft nach der Einstellung nicht geheimhaltungsbedürftig ist.

7. Gegen Art. 11 EMRK verstößt das Regelungskonzept nicht. Zwar erfaßt dessen Gewährleistung nach geänderter Rechtsprechung des EGMR auch das Recht Tarifverträge abzuschließen und zu streiken. Angesichts höchst unterschiedlicher nationaler Tarifvertragsrechtsordnungen mit unterschiedlichen Repräsentativitätsvorgaben und anderen Geltungskonzepten läßt sich eine einheitliche europäische Ordnungsvorstellung von Tarifautonomie nicht entwickeln. Von einem unzulässigen closed-shop ist die Tarifeinheit weit entfernt.
8. Die Tarifeinheit erweist sich damit insgesamt als unverhältnismäßige Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG.

Literaturverzeichnis

- Annuß, Georg*: Schwierigkeiten mit § 3 I Nr. 3 BetrVG, NZA 2002, 290
- Bauer, Jobst-Hubertus / Haußmann, Katrin*: Tarifwechsel durch Verbandswechsel, DB 1999, 1114
- Bauer, Jobst-Hubertus / Arnold, Christian*: Differenzierungsklauseln – Entscheidung des Großen Senats auf der Kippe?, NZA 2009, 1169
- Bayreuther, Frank*: Der Arbeitskampf des Marburger Bundes – Ein Lehrstück zur Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2006, 642 [zitiert: F. Bayreuther]
- ders.*: Gesetzlich angeordnete Tarifeinheit: Verfassungsrechtliche Diskussion, DB 2010, 2223 [zitiert: F. Bayreuther]
- ders.*: Gewerkschaftspluralismus im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung – Abschied vom »Einheitstarifvertrag«?, BB 2005, 2633 [zitiert: F. Bayreuther]
- ders.*: Tarif- und Arbeitskampfrecht in der Neuorientierung, NZA 2008, 12
- ders.*: Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie – Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht, 2005, [zitiert: F. Bayreuther]
- Bayreuther, Werner*: Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität. Die Lösung der Deutschen Bahn, in: Festschrift für Wolfgang Hromadka zum 70. Geburtstag (2008) S. 1 [zitiert: W. Bayreuther]
- Bepler, Klaus*: Tarifeinheit im Betrieb – Eine Skizze der bisherigen Rechtsprechung, NZA-Beilage 2010, 99
- Biedenkopf, Kurt H.*: Grenzen der Tarifautonomie, 1964
- Birk, Rolf / Konzen, Horst / Löwisch, Manfred / Raiser, Thomas / Seiter, Hugo*: Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte – Entwurf und Begründung –, 1988
- Bispinck, Reinhard / Dribbusch, Heiner*: Tarifkonkurrenz der Gewerkschaften zwischen Über- und Unterbietung, Sozialer Fortschritt 2008, 153
- Blanke, Thomas*: Individuelle durch kollektive Freiheit im Arbeitsrecht? Zu einigen Grenzen des arbeitsrechtlichen Paradigmas, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert (2010) S. 490

- Boemke, Burkhard*: Folgen der Tarifpluralität für das Streikrecht, ZfA 2009, 131
- Bölt, Ute/Graf, Thomas*: Stationäre Gesundheitsversorgung in Deutschland, Wirtschaft und Statistik 2009, 1227
- Bornkamm, Joachim*: Der Schutz vertraulicher Informationen im Gesetz zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums – In-camera-Verfahren im Zivilprozess? in: Festschrift für Eike Ullmann zum 65. Geburtstag (2006) S. 893
- Bötticher, Eduard*: Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, 1964
- Breschendorf, Peter*: Zweiteilung der Belegschaft, 2009
- Broker, Ulrich*: Ende der Tarifeinheit aus betrieblicher Sicht, NZA-Beilage 3/2010, 121
- Buchner, Herbert*: »Arbeitskampfrecht im Wandel« Zunehmender Verzicht auf Strukturierung des Richterrechts, in: Festschrift für Wolfgang Hromadka zum 70. Geburtstag, (2008) S. 39
- ders.*: Beschäftigungssicherung unter dem Günstigkeitsprinzip – Betriebliche Arbeitsplatzgarantien gegen Verzicht auf tarifliche Positionen?, DB 1996, Beilage 12
- ders.*: Der »Funktionseliten«-Streik – Zu den Grenzen der Durchsetzbarkeit von Spartenarbeitsverträgen, BB 2003, 2121
- ders.*: Der Bahnstreik – und welche Lehren daraus zu ziehen sind, BB 2007, 2520
- ders.*: Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Übermaßverbot als Grenze tarifbezogener Arbeitskämpfe, in: Arbeitskampfrecht – Symposium Hugo Seiter zum Gedächtnis (1990) S. 21
- ders.*: Tarifpluralität und Tarifeinheit – einige Überlegungen zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004) S. 631
- Büdenbender, Ulrich*: Tarifbindung trotz Austritts aus dem Arbeitgeberverband – eine notwendige oder korrekturbedürftige Regelung, NZA 2000, 509
- Bund, Kerstin/Rudzio, Kolja*: Ein Prinzip wird beerdigt, in: ZEIT, Nr. 27 vom 02.07.2010, <http://www.zeit.de/2010/27/Tarifautonomie> (Stand 20.10.2010)
- Burkiczak, Christian*: Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, 2006

- Butzer, Hermann*: Verfassungsrechtliche Grundlagen zum Verhältnis zwischen Gesetzgebungshoheit und Tarifautonomie, RdA 1994, 375
- Christ, Peter*: Freiwillige Tarifverträge, 2007
- Cornils, Matthias*: Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005
- Däubler, Wolfgang*: Das Grundrecht auf Streik – eine Skizze, ZfA 1973, 201
- ders.*: Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage 2006 [zitiert: Däubler/*Bearbeiter*]
- Deinert, Olaf*: Arbeitsrechtliche Herausforderungen einer veränderten Gewerkschaftslandschaft, NZA 2009, 1176
- Dieterich, Thomas*: Koalitions Wettbewerb – Nutzung von Freiheit oder Störung der Ordnung?, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert (2010) S. 532
- ders.*: Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, in: Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag (1998) S. 117
- ders.*: Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1
- ders.*: Kontrollpflicht und Zensurverbot im Arbeitskampf, in: Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag (2008) S. 45
- Dietz, Martin/Walwei, Ulrich*: Die Zunahme atypischer Beschäftigung – Ursachen und Folgen, Orientierungen Nr. 109 (2006) 17
- Dreier, Horst*: Grundgesetz, 2. Auflage 2004 [zitiert: Dreier/*Bearbeiter*]
- Dzida, Boris*: Maßgeschneiderte Betriebsratsstruktur bei konkurrierenden Gewerkschaften: Ein Mitglied reicht aus, NZA 2010, 80
- Engels, Andreas*: Die verfassungsrechtliche Dogmatik des Grundsatzes der Tarifeinheit, RdA 2008, 331
- ders.*: Verfassung und Arbeitskampfrecht, 2008
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian*: Beck'scher Online-Kommentar, Verfassungsrecht, Grundgesetz, 7. Edition, Stand 01.06.2010 [zitiert: BeckOK/*Bearbeiter*]
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. von *Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt*, 10. Aufl. 2010 [Zitiert: ErfK/*Bearbeiter*]
- Fitting, Karl/Engels, Gerd/Schmidt, Ingrid/Trebinger, Yvonne/Linsenmaier, Wolfgang*: Betriebsverfassungsgesetz, 25. Auflage 2010 [zitiert: Fitting/*Bearbeiter*]
- Fitzenberger, Bernd/Hübner, Olaf/Kraft, Kornelius*: Flexibilisierungspotenziale bei heterogenen Arbeitsmärkten – Eine Einführung, ZAF 41 (2008) 95

- Förster, Anne*: Der Verhandlungsanspruch von Tarifparteien in Deutschland und England, 2009
- Franzen, Martin*: Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193
- ders.*: Die neuere Rechtsprechung des Ersten Senats des BAG zum Arbeitskampfrecht, Jahrbuch des Arbeitsrechts 47 (2010) S. 119
- ders.*: Gesetzesbindung im Tarifvertragsrecht, FS Picker (2010)
- ders.*: Kampfverbote für einzelne Tarifinhalte? – dargestellt am Beispiel von Tarifverträgen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung, in: Zukunft des Arbeitskampfes (2005) S. 142
- ders.*: Tarifeinheit – Element der Tarifautonomie oder Grundrechtsverletzung?, ZfA 2009, 297
- Freckmann, Anke/Müller, Katharina*: BAG kippt Grundsatz der Tarifeinheit – was nun?, BB 2010, 1981
- Friese, Birgit*: Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, 2000
- dies.*: Tarifverträge nach § 3 BetrVG im Tarif- und Arbeitskampfrecht, ZfA 2003, 237
- Fritz, Michael/Meyer, Cord*: Quo vadis Tarifeinheit?, NZA-Beilage 2010, 111
- Gamillscheg, Franz*: »Betrieb« und »Bargaining unit« – Versuch des Vergleichs zweier Grundbegriffe, ZfA 1975, 357
- ders.*: Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966
- ders.*: Kollektives Arbeitsrecht, Band 1, 1997
- Garbers, Lutz*: Das Ende anonymisierter Mitgliederlisten, WRP 1996, 265
- Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, hrsg. von *Günther Wiese, Peter Kreutz, Hartmut Oetker, Thomas Raab, Christoph Weber, Martin Franzen*, Band II, 9. Auflage 2010 [zitiert: GK-BetrVG/Bearbeiter]
- Gerber, Peter*: Tarifrecht und Arbeitskampfrecht vor dem Hintergrund eines globalen Marktumfeldes – Reichweite und Grenzen, ZfA 2008, 311
- Giere, Kathrin*: Soziale Mächtigkeit als Voraussetzung für die Tariffähigkeit, 2006
- Giesen, Richard*: Betriebsersetzung durch Tarifvertrag?, BB 2002, 1480
- ders.*: Erweiterte Kampfbefugnisse und Ausweitung des Arbeitskampsrisikos, in: Neues Arbeitskampfrecht? (2010)
- ders.*: Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11

- ders.*: Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, Heft 1 unter II. 2. b. (ist noch nicht erschienen, Jahreszahl ist korrekt)
- ders.*: Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002
- Göhner, Reinhard*: 60 Jahre TVG – Zeit für Reformen?, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag (2010) S. 351
- Grabenwarter, Christoph*: Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009
- ders.*: Der Regelungsvorschlag von DGB und BDA zur Tarifeinheit, NZA 2010, 743
- ders.*: Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010
- Grote, Rainer/Marauhn, Thilo*: EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006 [zitiert: Grote/Marauhn/Bearbeiter]
- Grunsky, Wolfgang*: Der Nachweis des Vertretenseins einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, AuR 1990, 105
- Gutzeit, Martin*: Zuweisung des Arbeitskampfrisikos zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, in: Zukunft des Arbeitskampfes (2005) S. 118
- Habersack, Mathias*: Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992
- Hanau, Peter*: Der Kampf um die Tarifeinheit, DB 2010, 2107
- Hanau/Thüsing*: Neue Sensibilisierung im Arbeitskampfrecht: Der Streik in der Luftfahrt, in: Thüsing (Hrsg.), Tarifautonomie im Wandel, 2003, 35
- Haucap, Justus/Preusker, Peter-Michael/zu Salm, Christiane/Westerwelle, Angelika/Zimmer, Daniel*: »Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen« Achtzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB -2008/2009-, 2010
- Heinze, Meinhard*: Tarifzuständigkeit von Gewerkschaften und Arbeitgebern/Arbeitgeberverbänden, DB 1997, 2122
- Henssler, Martin*: Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, 2006
- ders.*: Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 1
- Hettlage, Manfred C.*: Sind Streiks ohne Urabstimmung »wilde« Streiks?, NJW 2004, 3299

- Hinsen, Ludger*: Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit und Staatsintervention, BB 2010, 315
- Hohenstatt, Klaus-Stefan/Kuhnke, Michael*: Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge beim Betriebs(teil)übergang, RdA 2009, 107
- Holtrup, André*: Individualisierung der Arbeitsbeziehungen?, 2007
- Hoppmann, Erich*: Unwissenheit, Wirtschaftsordnung und Staatsgewalt, 1993
- von Hoyningen-Huene, Gerrick*: Der Arbeitgeber zwischen Unternehmerfreiheit, Flexibilität und Arbeitnehmerschutz, in: Festschrift für Rolf Birk zum 70. Geburtstag (2008) S. 217
- ders.*: Die Anwendung des branchenfremden Tarifvertrags, NZA 1996, 617
- Hromadka, Wolfgang*: Gesetzliche Tariföffnungsklauseln – Unzulässige Einschränkung der Koalitionsfreiheit oder Funktionsbedingung der Berufsfreiheit?, NJW 2003, 1273
- ders.*: Tarifeinheit und Tarifpluralität, in: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze (2005) S. 383
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank/Wallner, Franz*: Der Tarifwechsel, 1996
- Hromadka, Wolfgang/Schmitt-Rolfes, Günther*: Am Ziel? – Senat will Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität kippen, NZA 2010, 687
- Hueck, Alfred*: Normenverträge, Jheringsche Jahrbücher Nr. 73 (1923) 33
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II, 1. u 2. Auflage 1929
- Hunold, Wolf*: Tarifpluralität oder Tarifeinheit – Gedanken aus der Praxis, NZA 2007, 1037
- Jacobs, Matthias*: Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999
- ders.*: Tariffrieden bei Gewerkschaftspluralität, in: Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag (2009) S. 342
- ders.*: Tarifpluralität statt Tarifeinheit – Aufgeschoben ist nicht aufgehoben!, NZA 2008, 325
- Jacobs, Matthias/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut*: Tarifvertragsrecht (2007) [zitiert: Jacobs/Krause/Oetker]
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 2009 [zitiert.: Jarass/Pieroth/Bearbeiter]

- Junker, Abbo*: Die Tarifzuständigkeit als Wirksamkeitserfordernis des Tarifvertrages, ZfA 2007, 229
- Kalb, Heinz-Jürgen*: Arbeitskampfisiko und Regelungsbetroffenheit, in: Festschrift für Eugen Stahlhacke zum 70. Geburtstag (1995) S. 213
- Kamanabrou, Sudabeh*: Der Streik durch Spartengewerkschaften – Zulässigkeit und Grenzen, ZfA 2008, 241
- Kania, Thomas/Klemm, Claudia*: Möglichkeiten und Grenzen der Schaffung anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, RdA 2006, 22
- Kempen, Otto Ernst*: Die »Tarifeinheit« der Koalitionsfreiheit – ein Zwischenruf, in: Festschrift für Wolfgang Hromadka zum 70. Geburtstag (2008) S. 177
- ders.*: Staatliche Schutzpflicht gegenüber der Tarifautonomie?, in: Festschrift für Wolfgang Gitter zum 65. Geburtstag (1995) S. 427
- Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich*: Tarifvertragsgesetz, [zitiert: Kempen/Zachert/Bearbeiter] 4. Auflage 2006
- Kerwer, Christof*: Von Lokführern, solidarischen Druckern und Nürnberger Haushaltsgeräten: Neue Tendenzen im Arbeitskampfrecht, EuZA 2008, 335
- Kirchhof, Ferdinand*: Private Rechtsetzung, 1987
- Kissel, Otto Rudolf*: Arbeitskampfrecht, 2002
- Klebeck, Ulf*: Organisatorischer Geltungsbereich, SAE 2007, 271
- Klein, Oliver*: Das Untermaßverbot – Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung, JuS 2006, 960
- Klöpfer, Michael*: Vereine fusionieren zu Feuerwehr-Gewerkschaft, in: Feuerwehr Magazin vom 25.01.2010, www.feuerwehrmagazin.de/magazin/2010/01/25/vereine-fusionieren-zu-feuerwehr-gewerkschaft (Stand: 20.10.2010)
- Konzen, Horst*: Fünfzig Jahre richterliches Arbeitskampfrecht – Grundlagen, Bilanz, Weiterentwicklung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004) S. 515
- ders.*: Die Kodifikation der Tarifeinheit im Betrieb, JZ 2010, 1036
- Koop, Stefan*: Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus, 2009

- Kreßel, Eckhard*: Neutralität des Staates im Arbeitskampf – Zur Entscheidung des BVerfG vom 4.7.1995, NZA 1995, 1121
- ders.*: Neutralität des Staates im Arbeitskampf, NZA 1995, 1121
- Ladeur, Karl-Heinz*: Methodische Überlegungen zur gesetzlichen »Ausgestaltung« der Koalitionsfreiheit, AöR 131 (2006) 643
- Lehmann, Friedrich-Wilhelm*: Schaffung eines Gesetzes über die Tarifeinheit, BB 2010, 2237, 2238
- Leitmeier, Lorenz*: Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, 2009
- Lembke, Mark*: Staatliche Schlichtung in Arbeitsstreitigkeiten nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 35 – Relikt der Besatzungszeit oder Modell für Mediation im Arbeitsrecht?, RdA 2000, 223
- Lerche, Peter*: Übermaß und Verfassungsrecht, 1961
- Lesch, Hagen*: Spartengewerkschaften – Entstehungsmotive und ökonomische Wirkung, Industrielle Beziehungen 2008, 303
- Lessner-Sturm, Jan H.*: Gewerkschaften als Arbeitgeber, 2009
- Leuchten, Alexius*: Konsequenzen für die Praxis – Das drohende Ende der »Tarifeinheit«, AuA 2010, 146
- Lieb, Manfred*: Zum gegenwärtigen Stand der Arbeitskampfrisikolehre, NZA 1990, 289
- ders.*: Zur Rechtmäßigkeit von Unterstützungsarbeitskämpfen im Druck- und Verlagsbereich, RdA 1991, 145
- Lipinski, Wolfgang*: Droht Tarifwirrwarr in den Betrieben?, BB 2010, 371
- Loritz, Karl-Georg*: Das überkommene Arbeitskampfrecht und die aktuellen Entwicklungen, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004) S. 557
- ders.*: Neue Entwicklung im Tarifrecht durch Spartentarifverträge, in: Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag (2009) S. 582
- Löwisch, Manfred*: Arbeitsrecht, 8. Auflage 2007
- ders.*: Das Gesetz zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit in Arbeitskämpfen, NZA 1986, 345
- ders.*: Der Einfluß der Gewerkschaften auf Wirtschaft, Gesellschaft und Staat, RdA 1975, 53
- ders.*: Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit, ZfA 1970, 295

- ders.*: Modernes Tarifverhandlungsrecht: Förderung alternativer Konfliktlösung, in: Zukunft des Arbeitskampfes (2005) S. 36
- ders.*: Tarifeinheit – Was kann und soll der Gesetzgeber tun? RdA 2010,
- ders.*: Tariföffnung bei Unternehmens- und Arbeitsplatzgefährdung, NJW 1997, 905
- Löwisch, *Manfred/Kaiser, Dagmar*: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl. 2010 [zitiert: Löwisch/Kaiser]
- Löwisch, *Manfred/Rieble, Volker*: Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage 2004 [zitiert: Löwisch/Rieble]
- Mair, *Andreas*: Dimensionen der Koalitionsfreiheit, ZIAS 2006, 158
- von Mangoldt, *Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian*: Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, [zitiert: v. Mangoldt/Klein/Bearbeiter] 5. Auflage 2005
4. Aufl. 2005
- Martens, *Klaus-Peter*: Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977) 113
- Maschmann, *Frank*: Tarifaufonomie im Zugriff des Gesetzgebers, 2007
- Maunz, *Theodor/Dürig, Günter*: Grundgesetz, Band II, 57. Auflage 2010 [zitiert: Maunz/Dürig/Bearbeiter]
- Meik, *Frank Andreas*: Der Kernbereich der Tarifaufonomie, 1987
- Meisen, *Olaf*: Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt, 2007
- Mestmäcker, *Ernst-Joachim*: Organisationen in spontanen Ordnungen, 1992
- Meyer, *Cord*: Aktuelle Fragen zum Grundsatz der Tarifeinheit, DB 2006, 1271
- ders.*: Rechtliche wie praktische Unzuträglichkeiten einer Tarifpluralität, NZA 2006, 1387
- Meyer-Ladewig, *Jens*: Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage 2006
- Moll, *Wilhelm*: Kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen nach einem Betriebsübergang, RdA 1996, 281
- Müller, *Bernd*: Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität, NZA 1989, 449
- Müller, *Gerhard*: Das Rangverhältnis zwischen allgemeinverbindlichen und dritten Tarifverträgen, DB 1989, 1970
- ders.*: Die rechtlich, die rechtspolitische und die gesellschaftspolitische Problematik des Arbeitnehmerkammerwesens, DB 1980, 91

- von *Münch, Ingo/Kunig, Philip*: Grundgesetz, Band 1, 5. Auflage 2000 [Zitiert: von Münch/Kunig/ *Bearbeiter*]
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hrsg. von *Reinhard Richardi, Otfried Wlotzke, Hellmut Wißmann, Hartmut Oetker*, 3. Auflage 2009 [zitiert: MünchArbR/*Bearbeiter*]
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, hrsg. von *Thomas Rauscher, Peter Wax, Joachim Wenzel*, 3. Aufl. 2008 [zitiert: MünchKommZPO/*Bearbeiter*]
- Musielak, Hans-Joachim*: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 7. Auflage 2009 [zitiert: Musielak/*Bearbeiter*]
- Nipperdey, Hans Carl*: Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsvertragsgesetz (Ordnungsprinzip und Leistungsprinzip), in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 60. Geburtstag, (1937) S. 257
- Nörr, Wolfgang*: Grundlinien des Arbeitsrechts der Weimarer Republik, ZfA 1986, 403
- Öchsner, Thomas*: Mal brandgefährlich sein, in: Süddeutsche Zeitung vom 18.6.2010, www.sueddeutsche.de/wirtschaft/feuerwehrleute-heiss-auf-gewerkschaft-mal-brandgefaehrlich-sein-1.961949 (Stand: 5.8.2010)
- Oetker, Hartmut*: Das private Vereinsrecht als Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit, RdA 1999, 96
- ders.*: Die Beendigung der Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden als tarifliche Vorfrage, ZfA 1998, 41
- Ossenbühl, Fritz*: Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981) 189
- Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias*: Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung, 2000
- Otto, Hansjörg*: Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006
- ders.*: Das konturlose Arbeitskampfrecht des BAG – vom Arbeitskampf als ultima ratio zur nahezu unbeschränkten Kampffreiheit?, RdA 2010, 135
- ders.*: Tarifizensur und Arbeitskampf, in: Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag (2006) S. 663
- ders.*: Zur Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen, Jura 1997, 18
- Pauly, Uwe*: Der Flächentarifvertrag als Kartellierungsinstrument, 2005

- Pflüger, Norbert*: Verhandlungspartität beim Spezialistenstreik, RdA 2008, 185
- Picker, Eduard*: Auswirkungen des Arbeitskampfs auf Drittunternehmen, in: Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag (1990) S. 477
- ders.*: Die Regelung der »Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip, ZfA 1986, 199
- ders.*: Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, in: Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft (1997) S. 113
- ders.*: Ursprungsidee und Wandlungstendenzen des Tarifvertragswesens. Ein Lehrstück zur Privatautonomie am Beispiel Otto v. Gierkes, in: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk (1997) S. 879
- Prütting, Hanns/Weth, Stephan*: Geheimnisschutz im Prozeßrecht, NJW 1993, 576
- Raiser, Thomas*: Die Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit im Arbeitskampf, NZA 1984, 369
- Rebhahn, Peter*: Die Zukunft der Kollektivautonomie in Europa – Tarifautonomie im Rechtsvergleich, EuZA 2010, 62
- Reichold, Hermann*: Abschied von der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, RdA 2007, 327
- ders.*: Rechtsgutachten »Zur Verfassungsmäßigkeit eines von BDA und DGB geplanten ›Gesetzes zum Erhalt der Tarifeinheit‹«, 2010
- Reinecke, Femke*: Leistungsbestimmung des Arbeitnehmers, 2006
- Reuter, Dieter*: Möglichkeiten und Grenzen einer Auflockerung des Tarifkartells, ZfA 1995, 1
- Richardi, Reinhard*: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 12. Auflage 2010
- ders.*: Koalitionsfreiheit und Tariffähigkeit, in: Festschrift für Hellmut Wissmann (2005) S. 159
- ders.*: Kollektivgewalt und Individualwille, 1968
- Rieble, Volker*: »Blitzaustritt« und tarifliche Verbindung, RdA 2009, 280
- ders.*: Arbeitgeberfrage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit in: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze (2005) S. 383
- ders.*: Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996
- ders.*: Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, 200

- ders.*: Das neue Arbeitskampfrecht des BAG, BB 2008, 1506
- ders.*: Der CGM-Beschluß des ArbG Stuttgart, BB 2004, 885
- ders.*: Der gewerkschaftshörige Arbeitgeberverband, in Festschrift für Dieter Reuter zum 70 Geburtstag (2010) S. 805
- ders.*: Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5
- ders.*: Gewerkschaftswettbewerb und Tariffähigkeit, SAE 2006, 89
- ders.*: Modernisierung des Arbeitskampfrechts zu einem Tarifverhandlungsrecht, ZAF 2005 Heft 2/3, 218
- ders.*: Staatshilfe für Gewerkschaften, ZfA 2005, 245
- ders.*: Tarifkoordinierung in Spitzenverbänden, in: Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag (2008) S. 471
- ders.*: Tarifvertrag und Beschäftigung, ZfA 2004, 1
- ders.*: Urabstimmung als Streikvoraussetzung, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag (2007) Band I S. 1439
- ders.*: Zulässigkeit des Lokführer-»Funktionseliten«-Streiks, BB 2003, 1227
- Rieble, Volker/Gutzeit, Martin*: Individualarbeitsrechtliche Kontrolle erfolgsabhängiger Vergütungsformen, Jahrbuch des Arbeitsrechts Band 37 (2000) 47
- Rieble, Volker/Klebeck, Ulf*: Tarifvertragliche Meistbegünstigung, RdA 2006, 65
- Rieble, Volker/Klebeck, Ulf*: Tarifwechsel ins Handwerk, BB 2006, 885
- Rittner, Fritz*: Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988) 101
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter*: Beck'scher Online-Kommentar, Arbeitsrecht [zitiert: BeckOKArbR/Bearbeiter]
15. Edition, Stand 1.3.2010
16. Edition, Stand 1.7.2010
17. Edition, Stand 1.9.2010
- Roth, Eva*: Das Gespenst der britischen Verhältnisse, in: Frankfurter Rundschau vom 23.6.2010, www.fr-online.de/in_und_ausland/wirtschaft-/aktuell/?em_cnt=2777099 (Stand: 20.10.2010)
- Ruck, Silke*: Zur Unterscheidung von Ausgestaltung und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit, AöR 117 (1992) 543
- Rudkowski, Lena*: Der Streik in der Daseinsvorsorge, 2010

- Rüfner, Wolfgang*: Verantwortung des Staates für die Parität der Sozialpartner?, RdA 1997, 130
- Rüthers, Bernd*: Tarifautonomie und gerichtliche Zwangsschlichtung, 1973
- Sachs, Michael*: Grundgesetz, 5. Auflage 2009 [Zitiert: Sachs/Bearbeiter]
- Säcker, Franz Jürgen/Oetker, Hartmut*: Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1992
- Scherer, Inge*: Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge, 2000
- Schilken, Eberhard*: Nachweis des Vertretenseins einer Gewerkschaft im Betrieb, SAE 1993, 308
- Schleef, Heinz/Oetker, Hartmut*: Tarifpolitik im Wandel, 2000
- Schleusener, Axel Aino*: Der Gewerkschaftsbegriff in § 11 ArbGG, NZA 1999, 408
- Schliemann, Harald*: Betriebliche Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität, in: Festschrift für Wolfgang Hromadka zum 70. Geburtstag (2008) S.359
- ders.*: Streikkaskaden in der Daseinsvorsorge?, Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 70. Geburtstag (2010) S. 923
- Schmid, Günther*: Arbeitsplätze der Zukunft: Von standardisierten zu variablen Arbeitsverhältnissen, in: Geschichte und Zukunft der Arbeit (2000) S. 269
- Schmiegel, Dorothee*: Die Inhaltskontrolle von Koalitionssatzungen, 1995
- Scholz, Rupert*: Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971
- ders.*: Rechtsgutachten zur Problematik von Tarifpluralität und Tarifeinheit – Verfassungsfragen zu einer gesetzlichen Reformlösung, 2010
- Schroeder, Wolfgang/Greef, Samuel*: Industrie- und Spartengewerkschaften im Konflikt. Organisatorische Voraussetzungen und realisierte Gelegenheitsstrukturen, Industrielle Beziehungen 2008, 329
- Schulten, Thorsten*: Zur Reichweite der Tarifpolitik in Europa, Aus Politik und Zeitgeschichte 2010, 36
- Seiter, Hugo*: Arbeitskampfpazität und Übermaßverbot, 1979
- Sittard, Ulrich*: Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerweiterung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010
- Söllner, Alfred*: Das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG, ArbRGegw 16 (1978) S. 19

- ders.: Tarifmacht – Grenzen und Grenzverschiebungen, NZA 2000, Sonderbeilage zu Heft 24, 33
- Sölter, Arno: Arbeitslosigkeit und Tarifautonomie, 1985
- Stadler, Astrid: Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß, NJW 1989, 1202
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 4, 22. Auflage 2008
- von Steinau-Steinrück, Robert/ Brugger, Helen: Arbeitskampfrecht quo vadis?, NZA-Beilage 2010, 127
- von Steinau-Steinrück, Robert/Glanz, Peter: Dauerarbeitskämpfe durch Spartenstreiks – Die verbliebenen Kampfmittel der Arbeitgeber, NZA 2009, 113
- Thüsing, Gregor: Tarifvertragliche Chimären – Arbeitsrechtliche und verfassungsrechtliche Überlegungen zu § 36 UrhG, GRUR 2002, 203
- ders.: Wege zur Tarifeinheit: Ausländische Rechtsordnungen als Vorbilder für Deutschland?, NZA-Beilage 2010, 104
- Thüsing, Gregor/von Medem, Andreas: Tarifeinheit und Koalitionspluralismus, ZIP 2007, 510
- Thüsing, Gregor/von Hoff, Konrad: Leistungsbeziehungen und Differenzierungen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit bei Gemeinsamen Einrichtungen, ZfA 2008, 77
- Ubber, Thomas: Die Woche im Arbeitsrecht – Standpunkt, BB 2010, 1723
- Vogel, Alexander: Neue Wege in der Tarifpolitik: Eine clubtheoretische Analyse, 2004
- Volkman, Uwe: Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa (2003) S. 1
- Wagner, Gerhard: Datenschutz im Zivilprozeß, ZZP 108 (1995) 193
- Walker, Wolf-Dietrich: Zur Problematik beweisrechtlicher Geheimverfahren an einem Beispiel aus dem Arbeitsgerichtsprozeß, in: Festschrift für Egon Schneider zum 70. Geburtstag (1997) S. 147
- Waltermann, Raimund: Zu den Grundlagen der Rechtsetzung durch Tarifvertrag, in: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag (2000) S. 1251
- Wank, Rolf: Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts – Unterstützungstreik, Streik um Tarifsozialplan, Schadensersatz und einstweilige Verfügung, RdA 2009, 1

- Westermann, Harm Peter*: Drittinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, AcP 208 (2008) 141
- Wiedemann, Herbert*: Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan?, RdA 1969, 321
- ders.*: Die Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien, RdA 1997, 297
- ders.*: Tarifvertragsgesetz, 7. Auflage 2007 [Zitiert: Wiedemann/*Bearbeiter*]
- Wiedemann, Herbert/Arnold, Markus*: Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Teil I und II), ZTR 1994, 399
- Wiese, Günther*: Individuum und Kollektiv im Recht der Koalitionen, ZfA 2008, 317
- Witzig, Andreas*: Der Grundsatz der Tarifeinheit und die Lösung von Tarifkonkurrenzen, 1992
- Wolff, Loup*: Le paradoxe du syndicalisme français, Premières Synthèses, 2008/4 N° 16.1
- Zachert, Ulrich*: »Jenseits des Tarifvertrags«? – Sonstige Kollektivvereinbarungen der Koalitionen, NZA 2006, 10,
- ders.*: Einheitsgewerkschaft und Koalitionspluralismus – ein schwieriger Spagat, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag (2010) S. 1195
- Zeuner, Albrecht*: Gedanken zum Spannungsverhältnis zwischen Offenheit zivilgerichtlicher Rechts- und Wahrheitsfindung und Geheimhaltungsinteressen in der Beziehung der Beteiligten, in: Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag (1997) S. 845
- ders.*: Rechtliches Gehör, in-camera-Verfahren und Zivilprozess Zur Bedeutung von BVerfGE 101, 106 für den Bereich zivilgerichtlicher Verfahren, in: Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag, Band II (2004) S. 811
- Zumfelde, Meinhard/Remy, Patrick*: Sarkozys Gesetz zur Erneuerung der sozialen Demokratie, NZA 2009, 186

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

Band 1

Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

1. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)

Band 2

Zukunft des Arbeitskampfes

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)

Band 3

Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit

2. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)

Band 4

Robert Lubitz

Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)

Band 5

Transparenz und Reform im Arbeitsrecht

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)

Band 6

Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?

3. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)

Band 7
Till Brocker
Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

Band 8
Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)

Band 9
Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)

Band 10
Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2

Band 11
Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9

Band 12
Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6

Band 13
Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0

Band 14
Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7

Band 15
Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4

Band 16

Kartellrecht und Arbeitsmarkt

6. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7

Band 17

Bernd Wiebauer

Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4

Band 18

Neues Arbeitskampfrecht?

7. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1

Band 19

Christian A. Velten

Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und arbeitsrechtliche Analyse

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8

Band 20

Arbeitsrecht im Konzern

2. ZAAR-Tagung

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5