



begründet im Jahre 1948 von *Hans Carl Nipperdey*  
herausgegeben von

*Klaus Bepler*, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt,

Dr. *Thomas Dieterich*, Präsident des Bundesarbeitsgerichts a. D., Honorarprofessor an der Universität Göttingen,

Dr. Dres. h. c. *Peter Hanau*, em. Professor an der Universität zu Köln, Ehrenpräsident des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes,

Dr. *Martin Henssler*, o. Professor an der Universität zu Köln,

Dr. *Wilhelm Moll*, LL.M., Rechtsanwalt, Köln,

*Ingrid Schmidt*, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts, Erfurt,

Dr. *Rolf Wank*, o. Professor an der Universität Bochum,

Dr. *Herbert Wiedemann*, em. Professor an der Universität zu Köln, Richter am Oberlandesgericht a. D.,

Dr. *Hellmut Wißmann*, Präsident des Bundesarbeitsgerichts a. D., Honorarprofessor an der Universität Halle-Wittenberg,

in Gemeinschaft mit Prof. Dr. Volker *Beuthien*, Prof. Dr. Rolf *Birk*; Prof. Dr. Hans *Brox*; Prof. Dr. Herbert *Buchner*; Prof. Dr. Wilhelm *Dütz*; MinDirigent Dr. Gerd *Engels*; Prof. Dr. Martin *Franzen*; Prof. Dr. Dres. h. c. Franz *Gamillscheg*; Dr. Heinz *Gester*; Prof. Dr. Wolfgang *Grunsky*; Prof. Dr. Götz *Hueck*; Dr. Udo *Isenhardt*, Präsident des LAG Köln und des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes; Prof. Dr. Antoine *Jacobs*; Prof. Dr. Dres. h. c. Horst *Konzen*; Prof. Dr. Manfred *Lieb*; Prof. Dr. Dr. h. c. Manfred *Löwisch*; Prof. Dr. Klaus-Peter *Martens*; Dr. h. c. Hans-Christoph *Matthes*, Vors. Richter am BAG a. D.; Prof. Dr. Dres. h. c. Theo *Mayer-Maly*; Dr. Rudi *Müller-Glöge*, Vors. Richter am BAG; Dr. Dirk *Neumann*, Vizepräs. des BAG a. D.; Prof. Dr. Hartmut *Oetker*; Prof. Dr. Ulrich *Preis*; Prof. Dr. Reinhard *Richardi*; Prof. Dr. Volker *Rieble*; Prof. Dr. Dres. h. c. Bernd *Rüthers*; Prof. Dr. Dr. Franz-Jürgen *Säcker*; Dr. h. c. Günter *Schaub*, Vors. Richter am BAG a. D.; Prof. Dr. Alfred *Söllner*, Richter des BVerfG a. D. †; Prof. Dr. Gregor *Thüsing*, LL.M.; Prof. Dr. Günther *Wiese*; Prof. Dr. Heinz Josef *Willemsen*, Rechtsanwalt; Prof. Dr. Otfried *Wlotzke*, MinDir. a. D.; Prof. Dr. Albrecht *Zeuner*, Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang *Zöllner*; dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband e. V., der Deutschen Sektion der Internationalen Gesellschaft für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit und dem Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln.

Anschrift der Schriftleitung: Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln.

## Abhandlungen

Prof. Dr. Volker *Rieble* und Wiss. Mitarbeiter Dr. Ulf *Klebeck*, München

### Tarifvertragliche Meistbegünstigung

- I. Kartellwirkung des Tarifvertrags, Kartellierungsinteresse und Meistbegünstigung
- II. Zwei unterschiedliche Ziele
  1. Kartelldisziplin innerhalb des Tarifwerks
  2. Ausdehnung der Tarifinhalte: Herstellung von Tarifeinheit
- III. Rechtliche Bewertung
  1. Element des schuldrechtlichen Teils
  2. Preisgabe der Tarifautonomie und Ausweichmöglichkeiten
  3. Eingriff in Vertragsmechanismus und tarifliche Richtigkeitsgewähr
  4. Selektiver Tarifausschluss der zweiten Arbeitgeber-Tarifpartei
  5. Gegnerunabhängigkeit und Gegnerindienstnahme
  6. Zwischenergebnis
- IV. Sonderfall öffentlicher Dienst
  1. (Keine) Tarifeinheit im öffentlichen Dienst
  2. Tarifautonomie und Personalhoheit im öffentlichen Dienst
- V. Rechtsschutz
  1. Unwirksamkeit der Meistbegünstigungsklausel
  2. Feststellung der Unwirksamkeit
  3. Abwehranspruch aus § 1004 BGB
  4. Keine Bund-Länder-Streitigkeit
- VI. Ergebnis

#### I. Kartellwirkung des Tarifvertrags, Kartellierungsinteresse und Meistbegünstigung

Die Tarifparteien haben ein unterschiedlich stark ausgeprägtes Interesse an der Kartellierung des Arbeitsmarktes<sup>1</sup>: Die Arbeitnehmerseite will den Lohnunterbietungswettbewerb ausschalten – um das Tarifniveau vor Konkurrenzdruck zu schützen – gerne Lohndumping oder Schmutzkonkurrenz genannt<sup>2</sup>. Die tarifgebundenen Arbeitgeber haben ein Interesse

daran, dass die tariflich bestimmten Arbeitskosten möglichst von allen Wettbewerbern gezahlt werden (müssen), damit sie durch ihre Tarifbindung keinen Wettbewerbsnachteil erfahren<sup>3</sup>. Insofern streben beide Seiten zuerst nach Tarifdisziplin in den eigenen Reihen und zweitens nach Tariferstreckung auf Tariffreie (Allgemeinverbindlicherklärung, AEntG, Tariffreue ...), um diese davon abzuhalten, ihre fehlende Tarifgebundenheit zur Tarifunterschreitung zu nutzen. Es geht also um Gleichschaltung der Wettbewerbsbedingungen.

Das Interesse hieran schwindet auf Arbeitgeberseite, weil auch der Arbeitskostenwettbewerb inzwischen globalisiert ist und die ausländischen Konkurrenten nicht daran denken, ihren Wettbewerbsvorteil geringer Löhne aufzugeben. So wird Arbeit in Deutschland zu teuer<sup>4</sup>. Weil auch deutsche Unternehmen auslandsfähig geworden sind, wird mit Standortverlage-

1) Dazu, dass nicht der Flächentarifvertrag ein Kartell ist, sondern als Vertrag zweier Kartelle (Gewerkschaft und Arbeitgeberverband) Kartellwirkung auslöst: *Rieble*, in: Gedenkbuch zur Erinnerung an Walter Eucken (2000), S. 199, 203 ff.; *Söllner*, in: Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht 35, 1998, S. 21 ff.; *Böhm*, Kartell und Koalitionsfreiheit, 1933.

2) Nur *Däubler*, in: *Däubler*, TVG, 2003, Einl. Rn. 122; *Kempen/Zachert*, TVG, 3. Aufl. 1997, Grundlagen Rn. 95; *Bonin*, Standortsicherung versus Tarifbindung, 2003, S. 116 ff.; *Reuter*, RdA 1991, 193, 194; *Kittner*, in: Festschrift *Schaub* (1998), S. 389, 393.

3) *Rieble*, NZA 2000, 225, 231; *ders.*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 233; *Wiedemann*, in: *Wiedemann*, TVG, 6. Aufl. 1999, Einleitung Rn. 35; *Pauly*, Der Flächentarifvertrag als Kartellierungsinstrument, 2004; weitergehend *Zöllner*, AcP 176 (1976), S. 221, 239; *Lieb*, NZA 1994, 289, 291; *Heinze*, NZA 1995, 5, 6.

4) Zur Krise und den Defiziten des branchenweiten Flächentarifvertrages nur *Löwisch*, JZ 1996, 812 ff.; *Rieble*, RdA 1996, 151, 152 ff.; *Wank*, NJW 1996, 2273 ff.; *Konzen*, NZA 1995, 913 ff.; *Junker*, ZfA 1996, 383 ff.

rungs- und Fremdvergabedrohungen der Arbeitskostenwettbewerb in Deutschland intensiviert<sup>5</sup>. Das setzt die tarifliche Kartellierung unter Erosionsdruck: Haustarife zur Standort-sicherung<sup>6</sup>, tarifliche Öffnungsklauseln und Flucht aus dem Tarifvertrag mindern die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der tariflichen Arbeitsbedingungen und erhöhen noch den Druck auf den Tarifvertrag.

Die Tarifparteien versuchen, sich dem auf unterschiedlichen Wegen entgegenzustellen. Ein „wiederentdecktes“ Instrument ist die tarifliche Meistbegünstigungsklausel, mit der die einheitliche Geltung von Tarifbedingungen und damit Wettbewerbsgleichheit gesichert werden sollen. Sie verschafft einer Tarifpartei einen Anspruch auf Übernahme eines fremden Tarifinhaltes – aus einem Tarifvertrag, den die andere Tarifpartei mit einem Dritten geschlossen hat. Damit wird zuerst eine „Tarifeinheit“ – also ein Recht auf gleiche tarifliche Arbeitsbedingungen in zwei verschiedenen Tarifwerken hergestellt. Für den Dritten wirkt die Klausel beschränkend – weil sich sein Vertragspartner auf Abweichungen gegenüber dem ersten Tarifvertrag nur schwer einlassen wird – weil er diese an den ersten Vertragspartner weiterreichen muss. So gesehen sichert die Meistbegünstigungsklausel vor allem die primären Vertragspartner dahin, dass deren Vertragsbedingungen nicht durch einen abweichenden Vertragsschluss mit einem Dritten wettbewerbsmäßig belastet werden. In der Tarifpraxis soll die Abweichung nach unten verhindert werden. Mit Meistbegünstigungsklauseln verpflichtet sich typischerweise die Gewerkschaft der Arbeitgeberseite, dieser die Vorteile aus späteren Tarifabschlüssen zukommen zu lassen, um solche Abweichungen zu verhindern.

Bedeutung haben Meistbegünstigungsklauseln bislang vor allem im kaufmännischen Geschäftsverkehr: Vor allem marktstarke Lieferanten oder Abnehmer bedingen sich auf diese Weise aus, dass kein Konkurrent bessere Konditionen erhält als sie selbst<sup>7</sup>. Völkerrechtliche Meistbegünstigungsklauseln verschaffen Drittstaaten diejenigen handelspolitischen Vergünstigungen, die der verpflichtete Staat anderen Staaten gewährt. Auch hier soll gezielt Gleichheit hergestellt werden – nach den Regeln von GATT und GATS<sup>8</sup>.

Die rechtliche Bewertung fällt unterschiedlich aus: Das Kartellrecht untersagt Meistbegünstigungsklauseln als vertikale Wettbewerbsbeschränkung, weil die Selbstbindung des Verpflichteten gegenüber seinem Primärvertragspartner diesen, vor allem aber die anderen Vertragspartner in ihrer Wettbewerbs- und Vertrags(gestaltungs)freiheit beschränkt<sup>9</sup>. Der durch die Klausel Gebundene verliert seine Freiheit zu differenzierender Preis- und Konditionenbildung; er unterstellt sich einem Gleichbehandlungsgebot. Dagegen fordern GATT und GATS die Meistbegünstigung – um einerseits Handelsbeschränkungen abzubauen und zum anderen um Gleichheit im Marktzugang zu erreichen.

Für das Tarifrecht liegen bislang nur Meinungsäußerungen der Literatur vor<sup>10</sup>. Das ist auch nicht verwunderlich. Denn die Vertragspartner der Meistbegünstigung streiten nicht um diese, sondern halten ungeachtet ihrer etwaigen Unwirksamkeit an dieser fest. Der belastete Dritte sieht sich einem Rechtsschutzproblem ausgesetzt: Wie soll er diesen Tarifvertrag mit schuldrechtlicher Lastwirkung angreifen? Eine staatliche Aufsichtsbehörde wie das Kartellamt fehlt.

Insofern zeigt sich eine gewisse Verwandtschaft zur tariflichen Differenzierungsklausel, die von Gewerkschaften zur Stabilisierung des Organisationsgrades herangezogen werden soll<sup>11</sup>. Mit der Differenzierungsklausel wird gleichfalls das Vertragsverhalten gegenüber Dritten „ferngesteuert“: Der Arbeitgeber soll sich letztlich verpflichten, nichtorganisierte Arbeitnehmer schlechter zu stellen – um einen entsprechenden Beitrittsanreiz zu setzen und das Trittbrettfahrertum zu begrenzen. Freilich bestehen zwei Unterschiede: Die Meistbegünstigung

zielt auf Gleichschaltung; die Differenzierungsklausel auf einen Abstand in den Arbeitsbedingungen. Die Meistbegünstigung zielt auf Tarifabschlüsse und beeinträchtigt die Tarifautonomie; die Differenzierungsklausel zielt auf Arbeitsvertragsabschlüsse der Nichtorganisierten, für die mittelbar Höchsttarifbedingungen gesetzt werden, und greift in die Arbeitsvertragsfreiheit ein. Immerhin ist es theoretisch denkbar, dass eine Gewerkschaftskonkurrenz solchermaßen „gelöst“ wird, dass der Arbeitgeber verspricht, mit der anderen Gewerkschaft nur schlechtere Tarifverträge abzuschließen<sup>12</sup>. Dann griffe auch die Differenzierungsklausel wie die Meistbegünstigung auf eine „fremde Tarifautonomie“ zu.

## II. Zwei unterschiedliche Ziele

### 1. Kartelldisziplin innerhalb des Tarifwerks

Der Flächentarifvertrag kann nach den Regeln der Tarifkonkurrenz durch Haustarifverträge mit derselben Gewerkschaft (oft: Standortsicherungs- oder Sanierungstarife) außer Kraft gesetzt werden<sup>13</sup>. Der einzelne Arbeitgeber und die Gewerkschaft können also die Flächenvorgabe abbedingen – ohne dass der tarifschießende Arbeitgeberverband etwas dagegen tun kann (wohingegen er sich dem unternehmensbezogenen Verbandsstarifvertrag verweigern könnte)<sup>14</sup>. Nichts anderes gilt für Spitzenverbandstarife im Verhältnis zu regionalen Verbandstarifen<sup>15</sup>.

Mit dieser im Tarifsysteem angelegten Flexibilität stört der Haustarifvertrag die Verbandsdisziplin, verhindert die intendierte Wettbewerbsgleichheit und beeinträchtigt die Verbandsolidarität auf Arbeitgeberseite<sup>16</sup>. Der Arbeitgeberverband als Kartell lebt von der Kartelldisziplin<sup>17</sup>. Effektiv durchsetzbar ist

5) Zuletzt nur Rieble, ZfA 2004, 1, 2 ff.; Möschel, BB 2005, 490, 490.

6) Zuletzt BAG v. 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Anm. Thüsing) = EzA Nr. 134 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Anm. Franzen) = AR-Blattei ES 170, Nr. 48 (Anm. Löwisch).

7) Hierzu Apel, DB 1976, 2193 ff.; Löhr/Löhr, BB 1975, 1370 ff.; Pas ushka, DB 1984, 653 ff.

8) Mankowski, in: Leible/Ruffert, Völkerrecht und IPR, 2005, S. 56 ff.; Weiß/Hermann, Welthandelsrecht, 2003, Rn. 379; Stoll/Schorkopf, WTO, Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002 Rn. 116.

9) BGH v. 27. 1. 1981 – KVR 4/80, BGHZ 80, 43, 46 ff. = NJW 1981, 2052; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, GWB, 3. Aufl. 2001, § 14 Rn. 48 mit weiteren Nachweisen.

10) Für Unzulässigkeit: Rieble, NZA 2000, 225, 229 ff.; dem folgend Söllner, Sonderbeilage zu NZA Heft 24/2000, S. 33, 39; Bonin (Fn. 3), S. 318 ff. für Zulässigkeit: wohl Waas, ZTR 2000, 341, 346; Witt, Der Firmentarifvertrag, 2004, S. 306 f.

11) Zu ihr: BAG v. 29. 11. 1967 – GS 1/67, EzA Nr. 3 zu Art. 9 GG = AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = BAGE 20, 175 = BB 1968, 993 = DB 1968, 1539 = SAE 1969, 246 mit zustimmender Anm. Wiedemann; Zacher, Renaissance der tariflichen Differenzierungsklausel, Betrieb 1995, 322; Däubler, BB 2002, 1643 ff.; Gamillscheg, NZA 2005, 146 ff.; Bauer/Arnold, NZA 2005, 1209 ff.; Franzen, RdA 2006, 1 ff.

12) Vgl. für einen Urlaubskassenverein, dessen Leistungen gezielt Mitgliedern der DAG vorbehalten waren – unter Ausschluss der HBV-Mitglieder: LAG Niedersachsen v. 25. 4. 1991 – 9 (15) Sa 1749/90; Nichtzulassungsbeschwerde verworfen durch BAG v. 9. 12. 1991 – 9 AZN 332/91; ebenso LAG Niedersachsen v. 17. 6. 1992 – 2 Sa 710/91, beide nicht veröffentlicht.

13) BAG v. 4. 4. 2001 – 4 AZR 237/00, EzA Nr. 22 zu § 3 TVG = AP Nr. 26 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2001, 1085 für den Sonderfall der Nachbindung des ausgetretenen Arbeitnehmers; BAG v. 24. 1. 2001 – 4 AZR 655/99, AP Nr. 173 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie = EzA Nr. 14 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2001, 788 für den verschlechternden Haustarifvertrag.

14) Zum fehlenden Anspruch der Verbandsmitglieder gegen den Verband auf Abschluss eines (entsprechenden lohnsenkenden) firmenbezogenen Tarifvertrags nur Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 170.

15) Zur Tarifkonkurrenz nur Löwisch/Rieble (Fn. 14), § 4 Rn. 152.

16) So insbesondere Matthes, in: Festschrift Schaub (1998), S. 389, 393; Reuter, NZA 2001, 1097, 1098 ff.; Heinze, DB 1997, 2122, 2126; Kleinke/Kley/Walter, ZTR 2000, 499, 500 ff.; Richter, Die Erststreikbarkeit von Firmentarifverträgen mit verbandsangehörigen Arbeitgebern, 2005, S. 35 ff.

17) Rieble, NZA 2000, 225, 228.

diese nicht. Ob verbandsinterne Pflichten, keine Haustarifverträge abzuschließen, überhaupt möglich sind, ist zweifelhaft. Durchsetzbar sind diese aber nur mit den Mitteln der Verbandsgewalt, der sich das Mitglied durch Austritt entziehen kann. Der Verbandstarif kann dem einzelnen Arbeitgeber weder die Tariffähigkeit absprechen, noch ihn zur Enthaltensamkeit verpflichten<sup>18</sup>.

Eben hier hilft die „defensive“ Meistbegünstigungsklausel in § 17 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV):

„Die Tarifvertragsparteien verpflichten sich, mit anderen Organisationen und einzelnen Arbeitgebern keine Tarifverträge zu vereinbaren, die von diesem Tarifvertrag inhaltlich abweichen. Schließt eine Tarifvertragspartei gleichwohl einen Satz 1 widersprechenden Tarifvertrag ab, so kann die andere Tarifvertragspartei verlangen, dass die abweichenden Bestimmungen ganz oder teilweise Inhalt dieses Tarifvertrages werden.“<sup>19</sup>

Die Klausel spricht offen aus, worum es ihr geht: Die Gewerkschaft soll von verschlechternden (also den einzelnen Arbeitgeber begünstigenden) Haustarifabschlüssen abgehalten werden. Die Meistbegünstigung ist vor allem Sanktion: Der tarifschließende Arbeitgeberverband kann die Übernahme des pflichtwidrigen Haustarifs in die Fläche verlangen – die Gewerkschaft muss also das Entgegenkommen gegenüber einem Arbeitgeber mit einer Absenkung in der Fläche bezahlen – und dies muss sie dann auch vor ihren Mitgliedern vertreten. Im Vordergrund steht die Abschreckungsfunktion. Diese Meistbegünstigungstechnik soll primär tarifliche Eingriffe in den Flächentarif abwehren.

## 2. Ausdehnung der Tarifinhalte: Herstellung von Tarifeinheit

In der Tarifrunde zur Neuordnung des öffentlichen Dienstes haben die Tarifparteien, genauer: der Bund sowie die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) auf Arbeitgeberseite und die Gewerkschaften ver.di und dbb tarifunion auf Arbeitnehmerseite eine aggressive Variante „erfunden“. Die ungehorsamen Bundesländer haben sich bekanntlich dem Verhandlungsergebnis verweigert. Daraufhin haben sich die Vertragsparteien nicht nur auf ein Eckpunktepapier mit den Grundzügen und wesentlichen Kernpunkten eines neuen Tarifrechts, den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) geeinigt, sondern einen eigenen Tarifvertrag über die Vereinbarung einer Meistbegünstigungsklausel (TV-Meistbegünstigung) vom 9. 2. 2005<sup>20</sup> abgeschlossen:

### „§ 1 Meistbegünstigungsklausel

Sofern die vertragsschließende Gewerkschaft ver.di für ein oder mehrere Bundesländer einen Tarifvertrag abschließt, der von den Regelungen des TVöD oder der ihn ergänzenden Tarifverträge in den Bereichen Arbeitszeit und Sonderzahlung (Zuwendung, Urlaubsgeld u. ä.) abweichende Inhalte hat oder beim Entgelt (insbes. Einmalzahlung, Übergangskosten) für die Arbeitgeber günstigere Regelungen enthält, vereinbaren die Tarifvertragsparteien ohne weitere Verhandlungen folgendes:

– Die rechtsverbindliche Unterschrift der Gewerkschaft ver.di unter den ausgehandelten Tarifvertrag gilt zugleich als unwiderrufliches Angebot an den Bund und die Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände, die Regelungen des Tarifvertrags insgesamt oder in ihren einzelnen Bestandteilen in den TVöD oder ihn ergänzende Tarifverträge (ersetzend oder ergänzend) zu übernehmen. Ver.di verpflichtet sich, den Tarifvertrag unverzüglich dem Bund der Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände zur Kenntnis zu geben.

– Der Bund und die Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände können jeder für sich binnen einer Frist von vier Wochen nach Kenntnisnahme des entsprechenden Tarifvertrags das Angebot schriftlich annehmen.“

Auch hier geht es darum, einen tariflichen Alleingang eines Dritten, genauer: der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) zu verhindern, jedenfalls soweit er für die Arbeitgeberseite günstiger ausfallen könnte – nur dann besteht ein Anreiz

für Bund und Vka, ihr Optionsrecht auszuüben. Doch wirkt die Klausel aggressiv und nicht bloß defensiv: Hier soll nicht der Ausstieg aus einer bestehenden Flächentarifgeltung verhindert werden, vielmehr sollen die Länder in den ausgehandelten TVöD gezwungen werden – weil sie auf einen Tarifvertrag zur Regelung der Arbeitsbedingungen angewiesen sind und weil keine andere Gewerkschaft (wie früher die DAG) zur Verfügung steht. Im Kern ist auch dies eine Wettbewerbsbeschränkung. Die Länder werden vor eine Alles-oder-Nichts-Wahl gestellt: Sie können den TVöD so unterschreiben wie er ist – oder auf die tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen verzichten. Die Meistbegünstigung zielt auf ein Differenzierungsverbot.

Diese aggressive Variante ist nicht auf den öffentlichen Dienst zugeschnitten – auch wenn dort ein besonderes Bedürfnis nach Tarifeinheit behauptet wird. Mächte das Beispiel Schule, ließen sich auch „renitente“ Mitgliedsverbände eines Spitzenverbandes disziplinieren: So könnten Gesamtmetall und IG Metall eine Meistbegünstigungsklausel vereinbaren, um die streitbaren Sachsen des VSME in die Tarifeinheit zu zwingen. Auch kann die Meistbegünstigung auf verbandsfreie Arbeitgeber zielen, denen so die Wahl zwischen Anschlussstarif oder Tariffreiheit bleibt.

## III. Rechtliche Bewertung

### 1. Element des schuldrechtlichen Teils

Die Meistbegünstigung hat zunächst einen formalen Aspekt: Regelbar ist sie nur im schuldrechtlichen Teil eines Tarifvertrags, weil sie eine Pflicht der Tarifpartei begründet und nicht Arbeitsbedingungen der Normunterworfenen regelt. Damit kann die Klausel auch nur die andere Tarifpartei auf Arbeitgeberseite berechtigen und auch in der defensiven Variante keinesfalls tarifgebundene Arbeitgeber in ihrem Tarifvertragsverhalten verpflichten. Angesprochen ist der einzelne Arbeitgeber nicht als normunterworfenen Partei des Arbeitsverhältnisses, sondern allenfalls als Partei eines Haustarifvertrages. In der formalen Wirkung ähnelt die Meistbegünstigung einem tariflichen Vorvertrag<sup>21</sup>: Dem berechtigten Arbeitgeberverband erwächst ein Anspruch auf einen bestimmten Tarifabschluss – Korrektur des ersten Tarifvertrags nach Maßgabe des zweiten Tarifabschlusses.

Die Zuordnung zum schuldrechtlichen Teil ließe für die defensive Variante der Meistbegünstigungsklausel scheinbar einen Weg der Drittverpflichtung zu: Vereinbart der Arbeitgeber-Spitzenverband mit der Gewerkschaft ein schuldrechtliches Verbot des abweichenden Vertragsschlusses, könnte diese Pflicht über § 2 Abs. 4 TVG auch an die Mitgliedsverbände weitergereicht werden<sup>22</sup>. Indes: Verpflichtet ist nicht die Arbeitgeberseite, sondern die Gewerkschaft. Deren Pflicht, keine anderweitigen Tarifverträge anzuschließen, kann nicht an die Mitgliedsverbände auf Arbeitgeberseite weitergereicht werden.

18) Hierzu etwa Witt, Der Firmentarifvertrag, 2004, S. 291 ff.; Bonin, Standortsicherung versus Tarifbindung, 2003, S. 301 ff.; Richter, Die Erstreikbarkeit von Firmentarifverträgen mit verbandsangehörigen Arbeitgebern, 2005, S. 35 ff. m. w. N.

19) Vom 4. 7. 2002 zwischen dem Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e. V. und der IG BAU. Ebenso § 14 des Rahmentarifvertrages für die technischen und kaufmännischen Angestellten und für die Poliere des Baugewerbes (RTV-Angestellte und Poliere) v. 2. 3. 1998 in der Fassung v. 4. 7. 2002.

20) Zum Verhandlungsverlauf der Neugestaltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes [http://www.tarifunion.dbb.de/aktuell/Modernisierungstarifverh/anlagen/vtk\\_mappe\\_220405.pdf](http://www.tarifunion.dbb.de/aktuell/Modernisierungstarifverh/anlagen/vtk_mappe_220405.pdf), abgerufen am 19. 9. 2005.

21) Dazu auch Löwisch/Rieble (Fn. 14), § 1 Rn. 374.

22) Zur Durchgriffsbindung an den schuldrechtlichen Teil Löwisch/Rieble (Fn. 14), § 2 Rn. 122.

## 2. Preisgabe der Tarifautonomie und Ausweichmöglichkeiten

Die Meistbegünstigung ist rechtlich unter zwei Aspekten zu prüfen: Zuerst und unmittelbar geht es um die *Tarifautonomie der verpflichteten Gewerkschaft*: Sie wird in ihrem Tarifverhalten gegenüber Dritten bestimmt. Ihre Freiheit zu differenzierter Tarifpolitik wird beschnitten – dadurch, dass sie als Preis für jedes Entgegenkommen gegenüber einem anderen Tarifpartner die Arbeitsbedingungen des Primärtarifvertrages absenken muss. Allerdings ist dies Folge der autonomen Selbstbindung an die Meistbegünstigungsklausel<sup>23</sup>.

Die aus der Meistbegünstigungsklausel *berechtigte Arbeitgeberseite* erfährt keine Beeinträchtigung: Sie ist frei darin, ob sie die Übernahme des Fremdtarifs verlangt. Nachteile treffen die (*potentiellen*) *anderen Tarifpartner der Gewerkschaft*: Ihnen kommt der verhandlungsbereite Gegenspieler abhanden, wenn die Gewerkschaft keine von dem Primärtarifvertrag abweichenden Tarifbedingungen abschließt, weil der dafür zu entrichtende Preis zu hoch ist. Ihre Verhandlungsoption reduziert sich auf ein Alles-oder-Nichts. Im Regelfall bleibt das „Nichts“: Die Gewerkschaft wird sich in der Regel dem Haustarifvertrag versagen, der für den tarifgebundenen Arbeitgeber Sonderkonditionen bereithält.

Fragen lässt sich nach den Ausweichmöglichkeiten, die die Rechtsordnung dem belasteten Drittarbeitgeber oder -verband bietet: Die Meistbegünstigungsklausel kann von vornherein nur auf Tarifabschlüsse der gebundenen Gewerkschaft zielen. Dementsprechend bleiben zwei Ausweichmöglichkeiten: Tarifverträge mit einer anderen Gewerkschaft – die aber notwendig außerhalb des DGB stehen muss, weil die Tarifzuständigkeitsabgrenzung nach der DGB-Satzung jedenfalls nach der Rechtsprechung des BAG die Konkurrenz verhindert<sup>24</sup>. Im Bausektor ist das aussichtslos; immerhin könnten die Länder für den öffentlichen Dienst auch Tarifverträge mit dem DHV (Deutscher Handels- und Industrieangestellten-Verband) im CGB abschließen, der nach seiner Satzung vom 12. 11. 2002 (§ 2 Nr. 1) zuständig ist für „Arbeitnehmer in kaufmännischen und verwaltenden Berufen, die in der privaten Wirtschaft und dem öffentlichen Dienst tätig sind“<sup>25</sup>.

Außerdem können Arbeitgeber auf arbeitsvertragliche Regelungsmodelle zurückgreifen – also dem „Alles-oder-Nichts“-Angebot der Meistbegünstigungsklausel folgend das „Nichts“ wählen. Ein rechtlicher „Zwang“ zum Tarifvertrag besteht nicht: Soweit öffentliche Arbeitgeber in ihren Haushaltsgesetzen solche Ausgaben privilegieren, die auf Tarifvertrag beruhen (etwa § 51 BHO, § 51 Bayerische Haushaltsordnung), haben die zuständigen Gesetzgeber es in der Hand, diese Sonderstellung abzubauen und damit die haushaltsrechtliche Tarifnotwendigkeit zu beseitigen. Denkbar ist es insbesondere, dass ein Bundesland durch eine tarifähnliche Verordnung Richtwerte für die Vergütung der Arbeitnehmer vorgibt. Eine solche Regelung hätte nur haushaltsrechtliche Innenwirkung. Ergänzend ist daran zu denken, dass Bundesländer ihre Personalvertretungsgesetze dergestalt lockern, dass die Mitbestimmung kein großes Hindernis für die Einführung arbeitsvertraglicher Vergütungssysteme darstellt. Denn grundsätzlich gilt: Die Einführung einer vom nachwirkenden Tarifvertrag abweichenden Vergütungsordnung ist mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG<sup>26</sup>. Das gilt grundsätzlich auch für den öffentlichen Dienst kraft der entsprechenden Mitbestimmungsrechte der Personalvertretungen<sup>27</sup>.

## 3. Eingriff in Vertragsmechanismus und tarifliche Richtigkeitsgewähr

### a) Fremdbestimmung verfehlt Mitgliederinteressenausgleich

Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie fußt auf zwei Prinzipien: Autonom-freiwillige Kollektivierung von Vertragsmacht (Gegenmachtprinzip), um die „strukturelle“ Unterlegenheit des Arbeitnehmers auszugleichen und wechselseitiger

Interessenausgleich durch den Vertragsmechanismus, also gegenseitige Einwirkung zum Richtigen hin<sup>28</sup>.

Die Meistbegünstigung greift zweifach in diese Prinzipien ein. Sie stört zuerst die *Kollektivierungsautonomie auf Arbeitgeberseite*: Der Versuch der Gleichschaltung beider Arbeitgeber-Tarifparteien – der durch die Klausel begünstigten wie der mittelbar belasteten – übt Druck auf eine einheitliche Tarifpolitik unabhängiger Tarifparteien aus. Bei der defensiven Klausel sollen abweichende Tarifverträge verhindert werden, die aggressive Variante will die beteiligten Arbeitgeber gar in eine Verhandlungsgemeinschaft zwingen, die einen einheitlichen Tarifvertrag abschließt. Letzteres zeigt sich an der Meistbegünstigung im öffentlichen Dienst. Ver.di und dbb tarifunion auf der einen sowie Bund und Kommunen auf der anderen Seite wollen die Länder in die Tarifgemeinschaft der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes zwingen – und ihnen jede eigenständige Tarifpolitik untersagen. Da ein solches Tarifbündnis von Tarifvertragsparteien selbst Koalition ist<sup>29</sup>, kann der Druck gar verfassungswidrig geraten<sup>30</sup>. Schlimmer noch: Das beeinträchtigt die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems, das auf autonome Vertragsparteien angewiesen ist.

In den Vertragsmechanismus wird eingegriffen, weil das Art. 9 Abs. 3 GG zugrunde liegende Gegenmachtprinzip darauf zielt, dass die Interessen gerade und nur der von den Tarifverhandlungen betroffenen Mitglieder zum Ausgleich gebracht werden. Meistbegünstigungsklauseln führen aber dazu, dass Drittinteressen die Tarifverhandlungen prägen: So ist die Gewerkschaft aufgrund des drohenden Tarifübernahmeanspruches gezwungen, bei der Auseinandersetzung um einen „klauselwidrigen“ Haustarifvertrag auf die Interessen der anderen nicht vom Haustarifvertrag betroffenen, organisierten Arbeitnehmer Rücksicht zu nehmen. Muss etwa die verhandelnde Gewerkschaft damit rechnen, dass sich der Arbeitgeberverband lediglich die „Rosinen“ des Haustarifvertrages für die Übernahme in den Verbandstarifvertrag „herauspicks“, wird sie nicht ohne Weiteres bereit sein, weitere, zugunsten des einzelnen Arbeitgebers gerechtere und zweckmäßigere Zugeständnisse zu machen.

Das wirft die Frage nach der Richtigkeitsgewähr des Haustarifvertrages auf: Eine autonome Tarifvertragsauseinandersetzung zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und der Gewerkschaft im Sinne einer „gegenseitigen Einwirkung zum Richtigen hin“ erweist sich durch die schuldrechtliche Verpflichtung zu einer vereinheitlichten Tarifpolitik als unmöglich. Die Fehlvorstellung der einen Seite von der richtigen Regelung kann nicht mehr allein von innen durch das Gegensteuern der anderen Seite korrigiert werden, sondern wird maßgeblich durch äußere Vorgaben beeinflusst. Dass es für die Gewerkschaft auch sonst üblich ist, externe Faktoren, insbesondere gesamtgewerk-

23) Dagegen *Söllner*, Sonderbeilage zu NZA Heft 24/2000, 33, -39, nach dem mit einem solchen Verzicht die Tarifvertragsparteien selbst die Tarifautonomie „denaturieren“ würden.

24) BAG v. 17. 2. 1970 – 1 ABR 15/69, AP Nr. 3 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = BB 1970, 969 = SAE 1971, 185; v. 22. 11. 1988 – 1 ABR 6/87, AP Nr. 5 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = EzA Nr. 1 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = NZA 1989, 561; zur Kritik *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), § 2 Rn. 95 ff.

25) [http://www.dhv-cgb.de/dhv\\_data/wir/satzung.php](http://www.dhv-cgb.de/dhv_data/wir/satzung.php), zuletzt abgerufen am 20. 9. 2005.

26) BAG v. 11. 6. 2002 – 1 AZR 390/01, EzA Nr. 76 zu § 87 BetrVG Betriebliche Lohngestaltung = AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 (Anm. *Wiese*) = NZA 2003, 570.

27) *Löwisch*, ZTR 2005, 134 ff.

28) Grundlegend *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), S. 130, 152 f.

29) MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, 2. Aufl. 2000, § 243 Rn. 49; für das Kampfbündnis BVerfG v. 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 ff. = EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Anm. *Rieble*).

30) Zum Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit ob eines sozialinadäquaten Druckes, sich einem Verband anzuschließen zuletzt BVerfG v. 18. 7. 2000 – 1 BvR 948/00, AP Nr. 4 zu § 1 AEntG = NJW 2000, 3704, 3705.

schaftliche Interessen bei Tarifaueinandersetzungen zu berücksichtigen, greift ebensowenig wie der Einwand durch, dass die schuldrechtliche Bindung künftigen Vertragsverhaltens gegenüber Dritten zivilrechtlich grundsätzlich möglich ist – was nicht nur das Kartellrecht, sondern auch § 137 BGB belegt<sup>31</sup>.

Zum einen überschreitet eine schuldrechtliche Absprache, die nur formal auf die Ordnung der beiderseitigen Vertragsbeziehungen abzielt, während es der Sache nach um die unmittelbare Einflussnahme auf konkrete Drittinteressen geht, bereits die Grenzen eines noch zulässigen „Vertrages mit Lastwirkung gegenüber Dritten“<sup>32</sup>. Zum anderen greift der Gedanke der *Tarifverantwortung der Gewerkschaft gegenüber ihren Mitgliedern*: Mit einer Zusage „zugunsten“ einer verbandsweiten Tarifeinheit und damit über das künftige Tarifabschlussverhalten überträgt die Gewerkschaft die Verantwortung für Tarifinhalte jedenfalls teilweise auf einen Dritten, genauer: auf den Arbeitgeberverband. Damit liefert sie ihre Mitglieder – bezogen auf den jeweils abzuschließenden Haustarifvertrag – einem tariffremden Einfluss aus.

Aus der Sicht des von dem durch die Klausel behinderten abweichenden Tarifvertrags führt dieser tariffremde Einfluss zu einem *Legitimationsproblem*: Die organisierten Arbeitgeber wie auch Arbeitnehmer sind der tariflichen Regelungsmacht nicht im Sinne eines Herrschaftsrechts ausgeliefert, sondern haben beide und jeder für sich, kraft freiwilliger Mitgliedschaft, den eigenen Verband zum Abschluss des Tarifvertrages ermächtigt<sup>33</sup>. Dabei haben sie sich zwar dem aus ihrer Sicht externen Regelungseinfluss des tariflichen Gegenspielers unterworfen, nicht aber dem Einfluss Dritter. Bezogen auf die Meistbegünstigung im öffentlichen Dienst: Die Mitglieder von ver.di, die bei den Bundesländern beschäftigt sind, haben Bund und Kommunen keine Legitimation erteilt, über die Meistbegünstigung ihre Arbeitsbedingungen mittelbar zu gestalten. Und sie haben auch ihre Gewerkschaft nicht ermächtigt, sie solcher Fremdbestimmung auszuliefern.

Bestätigt wird dies durch einen Querblick auf das Arbeitskämpfrecht: Grundsätzlich dürfen mit Blick auf die konkrete Konfliktlösung zwischen den konkreten Tarifparteien nur diese gegeneinander kämpfen. Jeder (Sympathie-)Arbeitskampf durch Dritte oder gegen Dritte ist grundsätzlich untersagt – einerseits um Arbeitskämpfparität zu gewährleisten, aber eben auch, um fremden Einfluss auf die Tarifaueinandersetzung zu vermeiden<sup>34</sup>: Denn derjenige, der eine Seite im Arbeitskampf unterstützt, wird das nicht altruistisch tun, sondern sich hiervon etwas versprechen, ja womöglich eine Gegenleistung von der unterstützten Tarifpartei fordern. Der bekämpfte Dritte soll gerade Fremdbestimmung auf die auf seiner Seite stehende Tarifpartei ausüben. Gleichwohl hat das BAG jüngst den „Partizipationsarbeitskampf“ erfunden<sup>35</sup>: Derjenige Arbeitgeber, der infolge einer Bezugnahme im Anschlussarbeitsvertrag auf den umkämpften Tarifvertrag verpflichtet ist, dürfe von der Gewerkschaft bestreikt werden<sup>36</sup>. Da die Meistbegünstigungsklausel eine halbseitige Tarifierstreckung bewirkt, hieße dies: Nur die berechnigte Arbeitgeberseite gewönne zusätzliche Kampfoptionen, nicht aber die Gewerkschaft.

Anders gwendet: Die Gewerkschaft verfügt in gewisser Weise über ihre Tarifautonomie. Sie begibt sich der Freiheit einer eigenständigen und von dem durch die Meistbegünstigung geschützten Tarifvertrag abweichenden Tarifpolitik – und ignoriert damit das Schutzinteresse ihrer Mitglieder. Jene können gegenüber der defensiven Klausel durchaus ein Interesse am beschäftigungssichernden Haustarifvertrag haben<sup>37</sup>, den andere Arbeitgeber mit ihren Arbeitnehmern verhindern wollen. Bei der aggressiven Klausel kann die Selbstbindung der Gewerkschaft die betroffenen Arbeitnehmer in die Tariflosigkeit verbannen – wenigstens für gewisse Zeit. So stehen die Arbeitnehmer der Länder derzeit nicht unter Tarifschutz; ihnen bleibt nur die Nachwirkung des § 4 Abs. 5 TVG. Neu einge-

stellte Arbeitnehmer der Länder sind den arbeitsvertraglichen Vorgaben des Arbeitgebers ausgeliefert. So verfehlt die Tarifautonomie ihre Schutzfunktion – im tariffremden Drittinteresse. Auf ihre Tarifautonomie und die damit korrespondierende Tarifverantwortung kann eine Gewerkschaft aber nicht verzichten, weil sie damit das ihr von den Mitgliedern aufgebene Mandat ignoriert. Wenn eine Gewerkschaft schon in ihrer Satzung keine Beschränkung auf bestimmte Vertragspartner oder auf bestimmte Arbeitsbedingungen (Ausschluss von „Tabuzonen“) eingehen kann<sup>38</sup>, dann ist es ihr auch nicht möglich, solche Bindungen durch Vertrag einzugehen. Der Satz von *Gamillscheg* – „Was man tun darf, darf man auch versprechen“<sup>39</sup> – ist grundfalsch. Mit ihm ließe sich gar der *yellow-dog-contract* rechtfertigen: Wenn der Arbeitnehmer der Gewerkschaft fernbleiben darf, dürfte er das dem Arbeitgeber auch versprechen<sup>40</sup>.

#### b) Unzulässige dynamische Verweisung

Die Meistbegünstigungsklausel belastet aber nicht nur die Parteien des Zweittarifvertrages und ihre Mitglieder, vor allem die Gewerkschaftsmitglieder. Sie belastet ebenso die Gewerkschaftsmitglieder, für die der Primärtarifvertrag gilt. Auch hier verfehlt die Gewerkschaft ihre Tarifverantwortung. Nur hat der Gedanke, dass Tarifautonomie auf Selbstregelung eigener Angelegenheiten zielt, insoweit bereits Eingang in das Tarifrecht gefunden: Das BAG kontrolliert schon lange dynamische Verweisungen eines Tarifvertrags auf einen fremden Tarifvertrag am Gebot der Sachgerechtigkeit<sup>41</sup> – weil die Tarifparteien des verweisenden Tarifvertrags ihre Tarifverantwortung nicht wahrnehmen, sondern „ihre“ Normunterworfenen der Regelung eines fremden Tarifvertrags unterstellen. Die Meistbegünstigung führt – mit nur geringen Abweichungen – zu einer entsprechenden Wirkung<sup>42</sup>: Anders als bei der Verweisungsklausel erfolgt die „Übernahme“ der fremden Regelung nicht automatisch, sondern muss von der durch die Klausel berechtigten Seite – typischerweise der Arbeitgeberseite des Primärtarifs – erst durchgesetzt werden, mit einer Klage auf Abschluss eines formwirksamen Tarifvertrags. Das begründet keinen wesentlichen Unterschied<sup>43</sup>, weil die Klausel gleich einem Vorvertrag zum Tarifvertrag einen Anspruch auf einen inhaltlich bestimmten Tarifabschluss auslöst und damit freie Verhandlungen über die Tarifinhalte ausschließt. Der zweite

31) Hierzu *Rieble*, RdA 1999, 169, 174; *ders.*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (Fn. 3), Rn. 887 ff. Gegen jegliche Form der Selbstbindung aber *Ramm*, Die Freiheit der Willensbildung, 1960, S. 71 ff.

32) Grundlegend *Martens*, AcP 177 (1977), S. 113, 164 ff.

33) Zur Tarifautonomie als kollektiver Privatautonomie nur *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, 2000, S. 39 ff; *Rieble*, ZfA 2000, 5 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

34) Dazu *Rieble*, Anm. zu BAG v. 18. 2. 2003 – 1 AZR 142/02, EzA Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter 3.

35) BAG v. 18. 2. 2003 – 1 AZR 142/02 EzA Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AP Nr. 163 zu Art. 9 GG = NZA 2003, 866.

36) Zur Kritik: *Rieble*, Anm. zu BAG v. 18. 2. 2003 – 1 AZR 142/02, EzA Nr. 135 zu Art. 9 GG; *Thüsing*, Anm. zu BAG v. 18. 2. 2003, AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

37) Dazu schon *Rieble*, NZA 2000, 225, 230; zustimmend *Söllner*, Sonderbeilage zu NZA Heft 24/2000, S. 33, 39.

38) *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), § 2 Rn. 61; *Oetker*, in: Wiedemann (Fn. 3), § 2 Rn. 66 f., 296 f.; *Löwisch*, ZfA 1974, 29, 34 ff; *Martens*, Anm. zu BAG v. 19. 11. 1985 – 1 ABR 37/83, SAE 1987, 1 ff, 9; zustimmend *Peter*, in: Däubler (Fn. 2), § 2 Rn. 48.

39) *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, S. 48.

40) *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1689 ff.

41) BAG v. 10. 11. 1982 – 4 AZR 1203/79, AP Nr. 8 zu § 1 TVG Form = EzA Nr. 16 zu § 1 TVG; v. 18. 6. 1997 – 4 AZR 710/95, EzA Nr. 3 zu § 1 TVG Fristlose Kündigung = AP Nr. 2 zu § 1 TVG Kündigung = NZA 1997, 1234; *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), § 1 Rn. 176.

42) Schon *Rieble*, NZA 2000, 225, 230; die Gegenstimme von *Waes*, ZTR 2000, 341, 346 hält den Vergleich für „schlicht“ – freilich ohne Sachargument.

43) So aber *Witt*, Der Firmentarifvertrag, 2004, S. 307.

Unterschied folgt aus dieser Einseitigkeit der Durchsetzung: Die berechnete Tarifpartei wird nur eine ihr günstige Abweichung durch den Sekundärarbeitsvertrag übernehmen wollen – wohingegen die Verweisklausel jeden in Bezug genommenen Tarifvertrag gelten lässt, unabhängig davon, ob er sich für eine Seite als vorteilhaft bewerten lässt. So gesehen ist der Übernahmeanspruch aus der Meistbegünstigungsklausel für die Gewerkschaft und ihre Mitglieder belastender als eine Verweisklausel.

Das gilt für beide Varianten der Meistbegünstigung: Kommt der abweichende Haus- oder Verbandstarifvertrag zustande, hat die Arbeitgeberseite einen Tarifübernahmeanspruch, ohne dass über die Tarifinhalte und deren Sachgerechtigkeit noch verhandelt werden könnte. Damit aber ist das Richtigkeitsvertrauen in diesen Tarifvertrag in Frage gestellt, da das tarifvertragliche Regelungsverfahren keine hinreichende Gewähr dafür bietet, dass jegliche Sachgerechtigkeitskontrolle des Tarifvertrages durch die Arbeitsgerichte untersagt werden kann. Das meint auch das BAG, wenn es eine dynamische Verweisung nur unter den Voraussetzungen für zulässig erachtet, dass Zweifel über Art und Ausmaß der in Bezug genommenen Vorschriften ausgeschlossen sind und sich diese auch als sachgerechte Lösung des Interessenskonflikts im verweisenden Tarifvertrag darstellen<sup>44</sup>. Bei der vereinbarten Meistbegünstigungsklausel wird die Gewerkschaft ohne weitere Einflussmöglichkeit gegenüber dem Arbeitgeberverband auf einen Tarifinhalt verpflichtet, der zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Verpflichtung inhaltlich weder bestimmt noch bestimmbar ist<sup>45</sup>.

Dass die dynamische Verweisung ausnahmsweise zulässig ist, wenn die Übernahme der fremden Tarifregelung sachgerecht ist (vor allem: Hausanschlussarbeitsvertrag, der den einschlägigen Verbandstarifvertrag übernimmt<sup>46</sup>) besagt für die Meistbegünstigungsklausel nichts. Erstens kann sie schon ihrer arbeitgebernützigen Halbseitigkeit wegen nicht sachgerecht sein. Die Übernahme geht auch nicht von einem tarifautonomen Abschluss der übernehmenden Tarifparteien aus, sondern will von den Parteien der zu übernehmenden Regelung erzwungen werden. Schließlich wird die Vergleichbarkeit auf den Kopf gestellt: Die defensive Klausel zielt darauf, dass ein Flächentarifvertrag das Ergebnis eines Haustarifes übernimmt, dass also der maßgeschneiderte Kompromiss für ein einzelnes Unternehmen unbesehen auf den Flächentarifvertrag übertragen wird<sup>47</sup>.

#### c) Erzwungene Tarifeinheit als sachwidrige Gleichbehandlung

Die Meistbegünstigung zielt auf eine tarifliche Gleichschaltung – also eine durch rechtsgeschäftlich-mittelbaren Zwang bewirkte Abwehr eines abweichenden Tarifvertrags für den einzelnen tarifgebundenen Arbeitgeber oder auf die Herbeiführung einer gleichförmigen Tarifgebundenheit. Immer aber soll auf Arbeitgeberseite eine Tarifpartei gezwungen werden, mit der tarifschließenden Gewerkschaft nur gleichförmig abzuschließen.

Die Autonomie unterschiedlicher Tarifparteien anerkennt die Rechtsprechung, indem sie auf Art. 3 GG fußende Gleichbehandlungskontrolle stets nur innerhalb des Tarifwerkes der identischen Tarifparteien vornimmt – also auf die „einheitliche Regelungsquelle“ achtet<sup>48</sup>. Andernfalls geriete die Gleichbehandlung zur tariflichen Fremdbestimmung: Der Gleichheitssatz verpflichtete die einen Tarifparteien auf das Vorbild eines fremden Tarifwerkes. Deswegen kann insbesondere der Haustarifvertrag nie über Art. 3 GG am Verbandstarifvertrag gemessen werden, weil der einzelne Arbeitgeber in seinem Tarifverhalten durch den Verband nicht vorbestimmt werden kann<sup>49</sup>.

Wenn also der Gleichheitssatz insofern nicht anwendbar ist, vielmehr die grundsätzliche Unvergleichbarkeit der Tarifwerke verschiedener Tarifparteien feststeht, so würde durch die

Gleichschaltung letztlich Ungleiches gleich behandelt, was mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar ist<sup>50</sup>. Indes: Bislang hält die herrschende Meinung nur den normativen Teil des Tarifvertrages für an die Grundrechte gebunden – weil die Grundrechtsbindung dem Schutz der von der normativen Wirkung erfassten Mitglieder der Tarifparteien dient<sup>51</sup> und weil die überholte Delegationstheorie die Rechtsnormsetzungsbefugnis als vom Staat verliehen und deswegen mit der Grundrechtsbindung belastet gesehen hat. Die Meistbegünstigung hingegen ist Element des schuldrechtlichen Teils (oben 1) – um einen Schutz der Tarifparteien voneinander kann es der Grundrechtsbindung nicht gehen. Die schädlichen Wirkungen der Meistbegünstigung treten doch bei den Normunterworfenen ein: Sie trifft der Oktroy der Tarifeinheit; insofern wird man fragen müssen, ob nicht die Grundrechtskontrolle der Tarifverträge auf den schuldrechtlichen Teil zu erstrecken ist, wenn dessen Regeln auf eine Belastung der Normunterworfenen zielen. Aber das ist ein eigenes Thema.

#### 4. Selektiver Tarifausschluss der zweiten Arbeitgeber-Tarifpartei

Die defensive Meistbegünstigungsklausel will den tarifgebundenen Arbeitgeber an jedem Haustarifvertrag hindern – um die einheitliche Geltung des Flächentarifvertrages sicherzustellen. Die aggressive Meistbegünstigungsklausel will eine nicht tarifgebundene Partei zum Tarifabschluss zwingen, aber mit bestimmtem Inhalt, nämlich dem des vorangegangenen Primärtarifvertrages. In beiden Fällen wird die autonome Stellung als Tarifpartei negiert.

##### a) Tarifautonomie eines belasteten Verbandes

Handelt es sich – was bislang nicht vorkommt – um einen Tarifverband auf Arbeitgeberseite (man denke an den Spitzentarifvertrag mit Meistbegünstigung zu Lasten renitenter sächsischer Mitgliedsverbände), so scheidet die Meistbegünstigung unmittelbar an Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG. Denn es handelt sich um eine Abrede, die die autonome Koalitionsbetätigung durch den Verband zu behindern sucht. Das gilt jedenfalls so lange, als man mit der herrschenden Meinung auch die kollektive

44) Nachweise in Fn. 41.

45) So schon Rieble, NZA 2000, 225, 231.

46) BAG v. 20. 6. 2001 – 4 AZR 295/00, AP Nr. 18 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2002, 517 = EzA Nr. 203 zu § 613a BGB; v. 29. 8. 2001 – 4 AZR 332/00, AP Nr. 17 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = RdA 2002, 299 mit kritischer Anm. Däubler.

47) Zur Unzulässigkeit einer entsprechenden dynamischen Verweisung eines Verbandstarifvertrages auf einen Haustarifvertrag Löwisch/Rieble (Fn. 14), § 1 Rn. 179.

48) EuGH v. 13. 1.2004 – C-256/01, EuGHE I 2004, 873 Allonby = NZA 2004, 201 = AP Nr. 7 zu Art. 141 EG; EuGH v. 17. 9. 2002 – C-320/00, EuGHE I 2002, 7325 Lawrence/Regent Office = NZA 2002, 1144 = NJW 2002, 3160; EuGH v. 27. 10. 1993 – C-127/92, EuGHE I 1993, 5535 Enderby = AP Nr. 50 zu Art. 119 EWG-Vertrag = EzA Art. 119 EWG-Vertrag = NZA 1994, 797; BAG v. 17. 10. 1995 – 3 AZR 882/94, AP Nr. 132 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = EzA Nr. 49 zu Art. 3 GG = NZA 1996, 656; BAG v. 27. 2. 2002 – 9 AZR 38/01, EzA Nr. 5 zu § 4 TVG Luftfahrt unter II. 3. b) bb) [1] = NZA 2002, 1232; jüngst BAG v. 16. 12. 2003 – 3 AZR 668/02, RdA 2005, 241 mit Anm. Franzen = AP Nr. 1 zu § 2 MTArb SR 2g mit Anm. Schlachter/Rieble/Klebeck, NZA 2003, 23, 29; Löwisch/Rieble (Fn. 14), § 1 Rn. 257 f. Kritisch Colneric, in: Festschrift Wißmann (2005), S. 535 ff.

49) Der (verbandsrechtliche) Gleichbehandlungsgrundsatz kann nur firmenbezogene Verbandstarife hindern, vgl. Sutschet, ZfA 2005, 581, 588 ff.

50) BVerfG v. 23. 10. 1951 – 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14, 52; v. 27. 6. 1961 – 1 BvR 486/59, BVerfGE 13, 46, 53; v. 10. 10. 1978 – 2 BvL 3/78, BVerfGE 49, 280, 283 = NJW 1979, 32 ff.; v. 9. 8. 1978 – 2 BvR 831/76, BVerfGE 49, 148, 165 = NJW 1979 151 ff. = JZ 1979, 20 ff.; Alexy, Theorie der Grundrechte, 1996, S. 371 f.; Huster, Rechte und Ziele, 1993, S. 230 ff.; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 3 GG, Rn. 10.

51) Zur Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien zuletzt Löwisch, Anm. zu BAG v. 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03, SAE 2005, 186 ff.; Franzen, Anm. zu BAG v. 16. 12. 2003 – 3 AZR 668/02, RdA 2005, 241 ff.; Rieble, Anm. zu BAG v. 29. 8. 2001 – 4 AZR 352/00, SAE 2003, 11 ff.

Koalitionsbetätigung von der unmittelbaren Drittwirkung dieses Grundrechts als geschützt ansieht<sup>52</sup>. Wer – mit guten Gründen – nur die individuelle Koalitionsfreiheit geschützt sieht<sup>53</sup>, muss dann aber fragen, ob nicht der mittelbare Grundrechtsschutz über §§ 134, 138 BGB zur Nichtigkeit der Abrede führen muss.

Das ist aus unserer Sicht zu bejahen: Die Tarifautonomie setzt voraus, dass die *Tarifparteien frei miteinander verhandeln*. Zwar hat keine Seite einen Anspruch auf einen Tarifabschluss<sup>54</sup> – muss diesen vielmehr notfalls mit Kampfmitteln erzwingen – doch verträgt sich mit der Tarifautonomie keine vorgreifliche Selbstbindung der Tarifpartei, Tarifverträge nur mit bestimmten Tarifpartnern oder nur mit bestimmten Inhalten abzuschließen. Wenn nach herrschender Meinung solche Selbstbindungen schon nicht in der Satzung der Koalition verankert werden können<sup>55</sup>, dann kann dies auch in einem Vertrag mit einem Dritten nicht geschehen. Der Einwand liegt auf der Hand: Wenn Tarifautonomie kollektive Privatautonomie ist, dann können Tarifparteien nach allgemeinen Grundsätzen auch ihr rechtsgeschäftliches Verhalten gegenüber Dritten durch Vertrag binden – so wie das im Schuldrecht ganz allgemein zulässig ist (arg. § 137 Satz 2 BGB). Lediglich das Kartellrecht beschränkt solche Vereinbarungen, wenn diese mit der Bindung des Vertragsverhaltens den Wettbewerb beschränken (etwa Preisbindungen, Ausschließlichkeitsbindungen). Auf Tarifverträge aber ist das Kartellrecht nicht anwendbar.

Das indessen greift zu kurz. Die Tariffähigkeit kommt nicht jedem zu – es handelt sich um eine besondere tarifvertragsfunktionale Geschäftsfähigkeit<sup>56</sup>, die (wie gesehen) auf den bipolaren Ausgleich der kollektivierten Mitgliederinteressen zielt. Das schließt nicht nur die vertragliche Bindung des Tarifverhaltens gegenüber nicht tariffähigen Dritten aus, die von vornherein kein Recht haben dürfen, Tarifnormen inhaltlich mitzugestalten. Auch fremde Tarifparteien sind ausgeschlossen, weil sie nicht das Interesse der normunterworfenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vertreten, sondern das Interesse ihrer Mitglieder<sup>57</sup>. Dementsprechend agieren sie außerhalb ihrer Tariffähigkeit, wenn sie fremde Tarifparteien in ihrem Abschlussverhalten vorbestimmen. Das Tarifvertragsverhalten einer Koalition muss notwendig frei sein – auch von rechtsgeschäftlichen Bindungen.

Dass eine Meistbegünstigungsklausel einen Eingriff in die vertragliche Selbstbestimmung darstellt, hat der BGH für die Vertragsbindung zwischen Lieferanten und Abnehmer klar gesehen und sie deshalb für unzulässig erachtet: Die Klausel lege dem Lieferanten nicht nur ein Verbot der Besserstellung Dritter auf, sondern beschränke auch und entscheidend den Lieferanten in seiner vertraglichen Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen bei künftigen Verträgen mit Dritten – und beeinträchtige damit die Wettbewerbsposition der (potentiellen) Vertragspartner des Lieferanten<sup>58</sup>. Für eine tarifvertragliche Meistbegünstigungsklausel gilt nichts anderes.

#### b) Tarifautonomie des einzelnen Arbeitgebers

Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG enthält für den einzelnen Arbeitgeber kein Recht auf Tariffähigkeit. Denn diese ist Element der kollektiven Koalitionsfreiheit als Betätigungsfreiheit; der Arbeitgeber ist aber keine Koalition. Richtig ist nur, dass die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft ihr (!) die Haustariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers garantiert, weil sie auf einen tariflichen Gegenspieler angewiesen ist und den Arbeitgeber wegen dessen negativer Koalitionsfreiheit nicht in den Arbeitgeberverband zwingen kann<sup>59</sup>.

Das heißt aber nicht, dass der einzelne Arbeitgeber im Tarifsystem nur um der Gewerkschaften willen agieren kann. Für ihn ist die individuelle Teilnahme am Tarifsystem Element der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, weil er nur so kollektive Arbeitsbedingungen aushandeln kann<sup>60</sup>. Dass die Tarifautono-

mie des Arbeitgebers ihm auch um seiner selbst willen zukommt, hat inzwischen auch das BAG ausgesprochen: „Diese ist nicht nur ein Recht, sondern zugleich eine dem Arbeitgeber auch im Interesse des sozialen Gegenspielers gesetzlich verliehene, unverzichtbare Eigenschaft.“<sup>61</sup>

Das heißt: Durch einen Verbandsbeitritt verzichtet der einzelne Arbeitgeber weder auf seine Tariffähigkeit noch auf seine individuelle Privat- und Tarifautonomie<sup>62</sup>. Deswegen hat der Arbeitgeberverband in unserem Tarifsystem kein Recht, das Haustarifverhalten seines Mitglieds durch defensive Meistbegünstigungsklauseln zu behindern. Denn das Tarifrecht lässt den Haustarifvertrag in der Konkurrenz mit dem Verbandstarifvertrag mit derselben Gewerkschaft strikt vorgehen<sup>63</sup> und entbindet den Arbeitgeber damit zumindest tarifrechtlich von der Verbandsdisziplin<sup>64</sup>. Damit ist dem Arbeitgeber tarifrechtlich die Vertragsfreiheit zugewiesen, unabhängig von seinem Verband verbessernde wie verschlechternde Tarifverträge abzuschließen. In diese einfachrechtliche Tarifvertragsfreiheit des einzelnen Arbeitgebers greift die Meistbegünstigungsklausel gezielt ein und löst nicht anders als gegenüber einem Verband eine unzulässige Fremdbestimmung der Tarifverhandlungen aus. Erst recht gilt dies für die aggressive Meistbegünstigungsklausel: Denn sie soll einen Arbeitgeber erfassen, der gar nicht an den Tarifvertrag gebunden ist und ihn darauf reduzieren,

52) So etwa ErfK/Dieterich, 5. Aufl. 2005, Art. 9 GG, Rn. 42; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, 1997, S. 201; *Scholz*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrecht VI, 2. Aufl. 2001, § 151 Rn. 79.

53) *Höflich/Burkiczak*, RdA 2004, 263 ff.; *Scholz*, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1970, S. 150.

54) BAG v. 2. 8. 1963 – 1 AZR 9/63, AP Nr. 5 zu Art. 9 GG = NJW 1963, 2289; v. 19. 6. 1984 – 1 AZR 361/82, AP Nr. 3 zu § 1 TVG Verhandlungspflicht = NZA 1984, 261; v. 14. 2. 1989 – 1 AZR 142/88, AP Nr. 52 zu Art. 9 GG = NZA 1989, 601; *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), Grundl. Rn. 55; dagegen *Wiedemann/Thüsing*, RdA 1995, 280 ff.; *Wiedemann* in: *Wiedemann* (Fn. 3), § 1 Rn. 182 ff.

55) *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), § 2 Rn. 61; *Oetker*, in: *Wiedemann* (Fn. 3), § 2 Rn. 66 f., 296 f.; *Löwisch*, ZfA 1974, 29, 34 ff.; *Martens*, Anm. zu BAG v. 19. 11. 1985 – 1 ABR 37/83, SAE 1987, 1 ff, 9; zustimmend *Peter*, in: *Däubler* (Fn. 2), § 2 Rn. 48.

56) *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), § 2 Rn. 1 ff. mit weitem Nachweisen.

57) *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), § 1 Rn. 195; *Löwisch*, JZ 1975, 37; *Klebeck*, Gleichstellung der Leiharbeiter als Verfassungsverstoß, 2004, S. 85.

58) BGH v. 27. 1. 1981, BGHZ 80, 43, 46 ff. = NJW 1981, 2052; *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl. 2001, § 14 Rn. 53 f.

59) *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), § 2 Rn. 134.

60) *MünchArbR/Löwisch/Rieble* (Fn. 29), § 246 Rn. 75; *Jacobs*, ZTR 2001, 249, 251.

61) BAG v. 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf (Anm. *Franzen*) = RdA 2003, 356 (Anm. *Buchner*) unter B. I. 3. b) bb) (Hervorhebung durch die Verfasser).

62) BAG v. 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter B. I. 1. a) bb).

63) BAG v. 4. 4. 2001 – 4 AZR 237/00, EzA Nr. 22 zu § 3 TVG = AP Nr. 26 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2001, 1085 für den Sonderfall der Nachbindung des ausgetretenen Arbeitnehmers; BAG v. 24. 1. 2001 – 4 AZR 655/99, AP Nr. 173 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie = EzA Nr. 14 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2001, 788 für den verschlechternden Haustarifvertrag; BAG v. 20. 4. 1999 – 1 AZR 631/98, AP Nr. 12 zu § 7 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG v. 20. 3. 1991 – 4 AZR 455/90, AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = EzA Nr. 7 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 1991, 736.

64) Eingehend *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (Fn. 3), Rn. 1617 ff.; dagegen insbesondere *Reuter*, NZA 2001, 1097 ff.; zur Frage, ob das Verbandsrecht einen Anspruch auf Tarifgehorsam auslöst respektive ein verbandsinternes Tarifabschlussverbot zulässt etwa BAG v. 4. 5. 1955 – 1 AZR 493/54, AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = SAE 1956, 12; BAG v. 24. 1. 2001 – 4 AZR 655/99, AP Nr. 173 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie = EzA Nr. 14 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2001, 788; v. 4. 4. 2001 – 4 AZR 237/00, AP Nr. 26 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = EzA Nr. 22 zu § 3 TVG = NZA 2001, 1085 = BB 2001, 1636 = DB 2001, 1999; v. 22. 2. 2002 – 4 AZR 22/01; *Buchner*, DB 1970, 2025, 2029; *ders.*, DB 2001, Beilage 9, S. 1, 6; *von Hoyningen-Huene*, ZfA 1980, 453, 463; *Jacobs*, ZTR 2001, 249, 251.

entweder dem Arbeitgeberverband beizutreten, mit ihm eine Tarifgemeinschaft zu bilden, einen Anschlusstarifvertrag oder einen inhaltsgleichen Tarifvertrag abzuschließen oder aber auf die tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen zu verzichten.

Wie bei der kollektiven Tarifautonomie ist auch die Haustariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers bipolar ausgerichtet: Er soll mit der Gewerkschaft seine Vertragsinteressen zu einem Ausgleich bringen. Maßen sich Dritte die Entscheidung an, was für den einzelnen Arbeitgeber „tariflich gut und richtig“ ist, nehmen sie eine nicht existierende Tarifmacht ihm gegenüber wahr. Diese Anmaßung von Tarifmacht ist unzulässig. Deswegen sind auch ihm gegenüber Meistbegünstigungsklauseln unwirksam – über § 138 BGB. Dass die Schädigung Dritter die Sittenwidrigkeit und damit die Nichtigkeit der Vereinbarung begründen kann, ist Allgemeingut – von der Schmiergeldabrede bis hin zum Verleiten zum Vertragsbruch<sup>65</sup>. Während der mittelbare Zugriff auf das Vertragsverhalten Dritter normalerweise nicht so schwer wiegt, weil der Dritte im Wettbewerb auf andere Vertragspartner ausweichen kann<sup>66</sup>, ist das im Tarifrecht anders. Es stehen nicht beliebig viele Gewerkschaften zur Verfügung. Für die normative Wirkung des § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG ist der Arbeitgeber gerade auf einen Haustarifvertrag mit derjenigen Gewerkschaft angewiesen, deren Mitglieder seine Arbeitnehmer sind. Vor allem aber: Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nach dem TVG setzt selbstbestimmte Tarifabschlüsse voraus.

#### 5. Gegnerunabhängigkeit und Gegnerindienstnahme

Die Meistbegünstigung ist in beiden Varianten ein Spiel über die Bande: Sowohl die aus der Klausel berechnete Arbeitgeberseite wie die Gewerkschaft nutzen ihren Gegenspieler, um eigene organisations- und tarifpolitische Ziele zu erreichen. Die Arbeitgeberseite des ersten Tarifvertrags will entweder ihr Mitglied defensiv am abweichenden Tarifvertrag hindern, also Tarifdisziplin durchsetzen, oder aber aggressiv den externen Arbeitgeber oder Verband auf die eigene Tarifpolitik verpflichten. Die Gewerkschaft will auf diese Weise differenzierende Tarifabschlüsse vermeiden. Beide könnten ihre Ziele auch aus eigener Kraft verfolgen, die Arbeitgeber durch Werben für ihre Ziele und die Gewerkschaft notfalls mit dem Arbeitskampf. Doch die Meistbegünstigung bietet einen weniger mühsamen Weg: Die Gewerkschaft will in den Sekundärverhandlungen darauf verweisen, dass sie infolge ihrer Selbstbindung „gar nicht anders könne“.

In diesem Wechselspiel setzen beide Parteien des Primärvertrages darauf, eigene Ziele gegenüber Dritten mit Hilfe des tariflichen Gegners zu erreichen. Das Tarifrecht lässt gerade dies nicht zu: Die Gegnerunabhängigkeit ist nicht nur Voraussetzung der Koalitionseigenschaft des Art. 9 Abs. 3 GG<sup>67</sup>, sie prägt auch das Tarif- und Arbeitskampfrecht, das insofern einem Optimierungsgebot unterliegt und der auch nur drohenden Gegnerabhängigkeit vorbeugen muss. Das hat nicht nur einen auf die Interessenvertretung durch Koalitionen allgemein ausgerichteten Grund, sondern gilt gerade für die tarifliche Konfliktlösung: Nur gegnerfreie und -unabhängige Tarifparteien bieten Gewähr für das wechselseitige Einwirken zum Richtigen hin und rechtfertigen damit das Richtigtkeitsvertrauen des Tarifvertrags<sup>68</sup>. Eine Tarifpartei, die zur eigenständigen und unabhängigen Tarifwillensbildung nicht in der Lage ist, verfehlt den Zweck des Tarifsystems<sup>69</sup>. In den Worten des BAG: „Die von Art. 9 Abs. 3 GG vorausgesetzte Gegenspielerposition der Tarifvertragsparteien verlangt, dass sie ihren Willen im Grundsatz unabhängig voneinander bilden können“<sup>70</sup>. Und eben deswegen hat das BAG die Haustarifforderung nach Festschreibung der Verbandsmitgliedschaft des Arbeitgebers beanstandet, weil die Gewerkschaft auf diesem Wege auf die Zusammensetzung des sozialen Gegenspielers und mittelbar auf seine Willensbildung

und Interessenverfolgung Einfluss nehmen kann. Solch schädliche Einflüsse übt auch die Meistbegünstigungsklausel aus: Betroffen ist vor allem die Unabhängigkeit der Gewerkschaft, die sich gegenüber dem berechtigten Arbeitgeberverband mittelbar zu einer ganz bestimmten Tarifpolitik gegenüber dem belasteten Arbeitgeber oder Verband verpflichtet: zur Tarifübernahme.

Die Koalitionsfreiheit zielt auf autonome Bildung von Genemacht. Koalitionen müssen ihren Durchsetzungserfolg aus eigener Kraft erreichen. Die Koalitionsfreiheit ist ein Selbsthilfeprogramm<sup>71</sup>. Koalitionen dürfen nicht nur keine Staatshilfe entgegennehmen<sup>72</sup>, sondern müssen auch ohne Unterstützung ihres Gegenspielers auskommen<sup>73</sup>. Deswegen darf nicht etwa mit Hilfe der tariflichen Differenzierungsklausel<sup>74</sup> die Arbeitgeberseite als „Drückerkolonnie“ der Gewerkschaft Mitglieder zutreiben<sup>75</sup>. Eben auf solche Gegnerhilfe ist die Meistbegünstigungsklausel ausgerichtet: Die Gewerkschaft hilft dem berechtigten Arbeitgeberverband bei der Durchsetzung von Tarifdisziplin und Tariferstreckung gegenüber Mitgliedern und Dritten; der Arbeitgeberverband hilft der Gewerkschaft bei der von dieser angestrebten Tarifeinheit gegenüber einer anderen Tarifpartei.

#### 6. Zwischenergebnis

Die Meistbegünstigungsklausel bedeutet einen schweren Verstoß gegen elementare Prinzipien des Tarifvertragssystems. Sie belastet die freie tarifliche Einigung und verfrachtet die Tarifverhandlungen damit, dass Drittinteressen einbezogen werden, die für die tarifliche Konfliktlösung keine Rolle spielen dürfen. Sie will Tarifeinheit erzwingen – auf Kosten des Rechts zu differenzierter Tarifpolitik. Nicht anders als dynamische Verweisungen auf fremde Tarifverträge sind sie deswegen grundsätzlich unzulässig.

### IV. Sonderfall öffentlicher Dienst?

#### 1. (Keine) Tarifeinheit im öffentlichen Dienst

Der Tarifvertrag-Meistbegünstigung vom 9. 2. 2005 (oben unter II.2.) will die traditionelle Tarifeinheit im öffentlichen Dienst bewahren. Insbesondere der Grundsatz „Gleiches Entgelt für gleiche Arbeit“, den es rechtlich in dieser Allgemeinheit gerade nicht gibt<sup>76</sup>, soll als tarifpolitisches Ziel im öffent-

65) Nur Palandt-Heinrichs, 64. Aufl. 2005, § 138 Rn. 61 ff.

66) Eingehend Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (Fn. 3), Rn. 887 ff.

67) Aus der Rechtsprechung nur BVerfG v. 20. 10. 1981 – 1 BvR 404/78, BVerfGE 58, 233, 247 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG; BAG v. 17. 2. 1998 – 1 AZR 364/97, AP Nr. 87 zu Art. 9 GG (Anm. Oetker) = EzA Nr. 63 zu Art. 9 GG = SAE 1998, 237 ff. (Anm. Rieble); umfassend Jung, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht, 1999.

68) MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 29), § 243 Rn. 53; Jung (Fn. 67), S. 245 ff.

69) Grundlegend Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), S. 130, 157, der betont, dass der Vertrag „(...) kein geeignetes Ordnungsmittel darstellt (...), wenn die Freiheit der Entscheidung typisch, insbesondere wegen Abhängigkeit einer Partei von der anderen oder wegen Unterlegenheit in der Wertungsfähigkeit fehlt“.

70) Zuletzt BAG v. 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf (Anm. Franzen) = RdA 2003, 356 (Anm. Buchner) unter B. I. 3. b) bb).

71) MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 29), § 246 Rn. 15; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (Fn. 3), Rn. 1378 und 1746.

72) Dazu Rieble, ZfA 2005, 245 ff.

73) MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 29), § 243 Rn. 55.

74) Hierzu etwa Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966; Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, 1967; jüngst auch Däubler, BB 2002, 1643 ff.; Gamillscheg, NZA 2005, 146 ff.; Bauer/Arnold, NZA 2005, 1209 ff.

75) Böttcher, RdA 1966, 401, 402 ff; MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 29), § 243 Rn. 55.

76) BAG v. 21. 6. 2000 – 5 AZR 806/98, AP Nr. 60 zu § 612 BGB = NJW 2000, 3589 = NZA 2000, 1050; hierzu auch schon Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (Fn. 3), Rn. 190 ff.

lichen Dienst gesichert werden – auch um die gleichmäßige Leistungsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung zu sichern und um eine gleichmäßige Personalkostenlast zu schaffen. Tarifliche Alleingänge führten zu einer Aufsplitterung des auf Einheitlichkeit und Gleichheit abzielenden Gesamtkonzepts der öffentlichen Arbeitsbedingungen<sup>77</sup>. Bislang wurde dieses Prinzip durch die Tarifgemeinschaft von Bund, Ländern und Kommunen freiwillig beachtet. Nun aber sind die Bundesländer unbotmäßig geworden und verweigern sich der Tarifeinheit; das Land Hessen ist gar aus der Tarifgemeinschaft deutscher Länder ausgetreten, um nicht von einem etwaigen „Umfallen“ betroffen zu sein.

Ein Rechtsprinzip der Tarifeinheit lässt sich gerade im öffentlichen Dienst nicht begründen: Eine solche tarifliche Gleichschaltung aller öffentlichen Arbeitgeber müsste gerade mit Blick auf die Folgen für die Finanzverfassung im Grundgesetz verankert sein – dort findet sich nichts. Der Bund hat zwar eine Rahmengesetzgebungskompetenz für den öffentlichen Dienst der Länder, Gemeinden und anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts, Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG. Doch fehlt eine solche Rahmenregelung zur Tarifeinheit für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst. Davon abgesehen betrifft diese Gesetzgebungskompetenz nur solche Fragen der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, die ihrerseits durch Landesgesetze geregelt werden. „Entgelte“ sind nur betroffen soweit es um die Besoldung von Beamten geht. Hier hat der Bund (noch) die Kompetenz zu konkurrierender und damit abschließender Gesetzgebung, Art. 74 a GG. Adressat der Rahmengesetzgebung ist die Legislative der Länder; deren Tarifverhalten aber ist Sache der Exekutive<sup>78</sup>. Insofern erlaubt Art. 74 a GG gerade den Gegenschluss: Für (kollektiv-)vertraglich zu regelnde Arbeitsentgelte sind die Länder frei von Vorgaben des Bundes<sup>79</sup>. Auch das Haushaltsrecht der Länder gibt keine Grundlage wenigstens für die Gleichschaltung eines Landes mit seinen Kommunen und anderen öffentlichen Einrichtungen – zudem man fragen müsste, ob eine solche Gleichschaltung mit der Garantie kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) vereinbar wäre<sup>80</sup>.

Die „personalpolitische Stabilität“ innerhalb der Bundesrepublik und ihren Gliederungen ist als Element einer ordnungsgemäßen Verwaltung nirgendwo festgeschrieben. Vielmehr sind die öffentlichen Arbeitgeber grundsätzlich arbeits- und tarifrechtlich selbständig (wie dies auch die Personalvertretungsgesetze zeigen). Aus dieser Selbständigkeit folgt auch für den öffentlichen Dienst eine Freiheit zum Wettbewerb – hier auf dem Arbeitsmarkt. Wie man dem „Wettbewerbsföderalismus“ gegenübersteht<sup>81</sup> ist dafür unmaßgeblich. Dort geht es um die Frage, ob der Wettbewerb zwischen Bundesländern institutionell zu erleichtern oder zu fördern sei. Für unsere Frage genügt die vorgegebene Autonomie der Länder als Tarifpartei, die sie sowohl zur Überbietung der üblichen Tarifstandards berechtigt (um Leistungsträger zu gewinnen) als auch zur Unterbietung (um der beschränkten Leistungsfähigkeit bei hohen Schulden und hohen Personalkosten Rechnung zu tragen).

Deswegen stehen die Länder mit ihrem Ausbruchversuch nicht von vornherein „im Unrecht“. Auch kann für die Meistbegünstigung keine „Sachgerechtigkeit“ der Übertragung des fremden Tarifergebnisses ins Feld geführt werden – abgesehen davon, dass wegen ihrer Halbseitigkeit und des spezifischen Übernahmendrucks die ausnahmsweise Rechtfertigung der dynamischen Verweisung ohnehin nicht hierher übertragen werden kann (oben unter III.3.b). Die Frage aber, ob sie sich mit rechtlichen Mitteln des Druckes erwehren können, den ver.di und dbb tarifunion auf der einen sowie Bund und Vka auf der anderen Seite mit der Meistbegünstigung ausüben, hängt vom Stellenwert der Tarifautonomie für öffentliche Arbeitgeber ab.

## 2. Tarifautonomie und Personalhoheit im öffentlichen Dienst

### a) Tarifautonomie

Bund, Länder und Gemeinden sind als Staat keine Grundrechtsträger, ihnen kommt keine Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG zu. Der Staat kann nicht zugleich grundrechtsverpflichtet und -berechtigt sein. Auch soweit öffentliche Arbeitgeber Haustarifverträge abschließen, stehen sie anders als private Arbeitgeber nicht unter dem Schutz der Privatautonomie<sup>82</sup>. Eine Ausnahme gilt nur dort, wo juristische Personen des öffentlichen Rechts der Grundrechtsverwirklichung der Bürger in bestimmten grundrechtsgeschützten Lebensbereichen dienen und als eigenständige, vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen bestehen<sup>83</sup>. Das gilt etwa für Universitäten nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, Rundfunkanstalten (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) und ohnehin für die Kirchen. Diese können ihre von der Verfassung geschützte Tendenz nur verwirklichen, indem sie Arbeitnehmer beschäftigen. Deshalb muss ihnen als Arbeitgeber auch die Koalitionsfreiheit zukommen<sup>84</sup>.

Freilich: Einfachrechtlich kommt auch den öffentlichen Arbeitgebern volle Haustariffähigkeit nach § 2 Abs. 1 TVG zu. Insofern verhält es sich nicht anders als bei der Fiskalverwaltung, mit welcher sich der Staat zur Erfüllung der eigentlichen Verwaltungsaufgaben erforderlichen Sachmittel und Dienstleistungen am Markt gegen Entgelt beschafft. In diesen Fällen tritt der Staat im Rechtsverkehr nicht nur wie ein Privatunternehmer auf, ihm stehen grundsätzlich sämtliche privatrechtlichen Befugnisse zu – überlagert von den Grundrechten und öffentlich-rechtlichen Vorschriften<sup>85</sup>. So wie dem Staat als Fiskus allgemeine Privatautonomie zukommt, so ist er in seiner Fiskalfunktion als Arbeitgeber mit sämtlichen Befugnissen nach dem TVG versehen. Auch der öffentliche Arbeitgeber kann kraft seiner Rechtsfähigkeit Mitglied eines Arbeitgeberverbandes sein. § 2 Abs. 1 TVG verschafft einem Verband öffentlicher Arbeitgeber als „Vereinigung von Arbeitgebern“ die Tariffähigkeit nach allgemeinen Grundsätzen (insbesondere unter der Voraussetzung freiwilliger Mitgliedschaft). Eben deswegen ist der Staat auch auf die Grundrechtsfähigkeit nicht angewiesen: Er kann sich durch seine Gesetze die Tariffähigkeit selbst verschaffen<sup>86</sup>. Versagt bleibt ihm nur der Rechtsschutz vor dem BVerfG.

Nur ganz ausnahmsweise greift der Gesetzgeber in die grundsätzliche Tariffähigkeit einer jeden juristischen Person des öffentlichen Rechtes als Arbeitgeber ein – durch Organisationsgesetze, die für kleine öffentliche Arbeitgeber (vor allem

77) So ausdrücklich *Dütz*, ZTR 2001, 405, 407.

78) Zur Kritik am Ausweichen der Verwaltung „großen Stils auf den Angestellten“ insbesondere *Lecheler*, Die Personalgewalt öffentlicher Dienstherren, 1977, S. 139; *Isensee*, in: *Leisner*, Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, 1975, S. 23, 31 ff.

79) Hierzu auch *Bieback*, ZfA 1979, 453, 460 ff.

80) Auch *Bieback*, ZfA 1979, 453 ff., insbesondere 463 ff.

81) Zur Diskussion nur *Bauer*, DÖV 2002, 837 ff.; *Stamm/Merkel*, ZRP 1998, 467 ff.; zum Standortwettbewerb nur die Studie der Bertelsmann Stiftung, Die Bundesländer im Standortwettbewerb, 2005.

82) Nur *Rieble*, in: *Festschrift Stahlhacke* (1995), S. 459, 470; *Berlit*, ZTR 1994, 143, 144 ff.; *Bethge*, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 Grundgesetz, 1985, S. 61 ff.; zur Rechtsprechung des BVerfG eingehend mit weiteren Nachweisen etwa die Entscheidung v. 31. 10. 1984 – 1 BvR 35/82, BVerfGE 68, 193, 206 = NJW 1985, 1385; dagegen etwa *Deppenheuer*, ZTR 1993, 364 ff.; *Bettermann*, NJW 1969, 1321 ff.

83) BVerfG v. 18. 5. 1971 – 1 BvL 7/69 und 1 BvL 8/69, BVerfGE 31, 314, 321 f. für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten; BVerfG v. 16. 1. 1963 – 1 BvR 316/60, BVerfGE 15, 256, 261 f. = NJW 1963, 899 = BB 1963, 1121; v. 2. 5. 1967 – 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362, 374 = NJW 1967, 1411 = DB 1967, 737 = DB 1967, 1130 für Universitäten.

84) MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 29), § 243 Rn. 33.

85) Zu den privatrechtlichen Grundlagen der Bedarfsdeckungs- oder Fiskalverwaltung *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2004, § 3 Rn. 7 mit Nachweisen; zu den öffentlich-rechtlichen bzw. grundrechtlichen Restriktionen bei der staatlichen Auftragsvergabe, insbesondere zur Bindung an Art. 3 GG *Hermes*, JZ 1997, 909 ff.

86) Ebenso *Berlit*, ZTR 1994, 143, 146.

Stiftungen) regeln, dass sie tarifrechtlich dem Bund zuzurechnen sind, dass also die Tarifverträge des Bundes „automatisch“ auch für sie gelten<sup>87</sup>. Für ein entsprechendes Gesetz zur Tarifrechterstreckung auf Länder und Kommunen fehlt dem Bund freilich die Kompetenz. Diese Gestaltungsmöglichkeit zeigt aber letztlich auch, dass öffentliche Arbeitgeber nicht von Verfassungen wegen tariffähig sein können.

Indem das TVG aber den öffentlichen Arbeitgebern einfachrechtlich „dieselbe Tarifautonomie“ zuspricht wie den privaten, verschafft sie ihnen auch dieselbe Rechtsstellung. Meistbegünstigungsklauseln sind deswegen nach den allgemeinen tarifrechtlichen Erwägungen (oben unter III.) auch zu ihren Lasten unzulässig. Im Übrigen ändert die Versagung von Grundrechtsschutz für die öffentlichen Arbeitgeber nichts daran, dass die grundrechtsgeschützte Gewerkschaft in unzulässiger Weise die Tarifverantwortung für ihre Mitglieder ignoriert.

#### b) Personalhoheit des öffentlichen Arbeitgebers

Auf Arbeitgeberseite ist das Bedenken staatsorganisationsrechtlicher Natur: Wer nicht kraft eigener Entscheidung die Arbeitsbedingungen regeln, insbesondere auch bezahlen kann, ist in seiner Personal-, Organisations- und Finanzhoheit beschränkt. Dabei geht es nicht um die Frage, ob und inwieweit die Personalgewalt allein der Exekutive oder der Legislative (mit Blick auf das Budgetrecht) zusteht – mithin um die Abgrenzung zwischen zweier Staatsgewalten<sup>88</sup>. Es geht vielmehr um die Garantie einer eigenverantwortlichen Personalgewalt als wesentlichem Teil der Organisationsgewalt innerhalb der Exekutive<sup>89</sup>.

Dass dem Bund mit Blick auf Art. 74 a GG, das BRRG und das BBesG in Ansehung der Beamten eine intensivere Regelungskompetenz zukommt, kann man mit Art. 33 Abs. 5 GG erklären<sup>90</sup>. Aber selbst dort muss der Bund die Personalhoheit der Länder respektieren: Die Eigenstaatlichkeit der Länder und die Pflicht zu bundes- (gemeint in diesem Fall: länder-) freundlichem Verhalten erlegt dem Bund bei seinen beamtenrechtlichen Regelungen ein Zurückhaltungsgebot auf<sup>91</sup>. Jede bundesrechtliche Regelung für Landesbeamten hat nicht nur „Auswirkungen auf den beamtenrechtlichen Status der Landesbeamten“, sondern kann insbesondere auch die „Entwicklung neuer Ämter und Organisationsformen im Land verhindern und somit das Land bei der Verwirklichung von Reformen, die seine Verwaltungsstruktur betreffen, in Abhängigkeit vom Bund bringen“. Für die Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst gilt das erst Recht: Weil der Bund keine Gesetzgebungskompetenz hat, bleiben die Länder frei – in ihrer umfassenden Personalhoheit. Nichts anderes gilt für die Personal- und Organisationshoheit kommunaler Arbeitgeber: Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG belässt den Kommunen die personalwirtschaftliche Bewegungsfreiheit<sup>92</sup>. Zur Personalhoheit der Gemeinde gehört demnach nicht nur „die Befugnis, die Gemeindebediensteten auszuwählen, anzustellen, zu befördern und zu entlassen“, sondern auch und insbesondere die Vergütung eigenverantwortlich zu regeln<sup>93</sup>.

#### c) Legitimationslose Verwaltungseinheit durch Tarifeinheit

Damit sind auch dem Streben nach Einheitlichkeit des Personalwesens durch die tarifvertragliche Meistbegünstigungsklausel klare Grenzen gezogen: Sowenig der Bundesgesetzgeber im Bereich der beamtenrechtlichen Besoldung sich über die eigenverantwortliche Personal- und Organisationshoheit der Länder durch Gesetz hinwegsetzen kann, sowenig können dies Bund und Kommunen, im tariflichen Zusammenwirken mit den Gewerkschaften. Bundeseinheitliche Tarifverträge des öffentlichen Dienstes und einer damit einher- und weitergehenden Vereinheitlichung der Staatsverwaltung kann nur über Tarifvereinbarungen unter Beteiligung der Länder erfolgen.

Das kollusive Zusammenwirken mit den Gewerkschaften zu Lasten der Länder macht den Verstoß gegen die Garantie einer

eigenverantwortlichen Personal- und Organisationshoheit nur greifbarer: Könnte der Bund zusammen mit der Gewerkschaft über die Vorgabe von Tarifbedingungen mittelbar auf die Verwaltungsstrukturen der Länder Einfluss nehmen oder diese an Veränderungen in ihren Organisationsstrukturen hindern, entschiede letztlich die Gewerkschaft als „Nebensouverän“ nicht nur über dessen Staatsausgaben<sup>94</sup>, sondern mittelbar über dessen Organisations- und Verwaltungsstrukturen mit, ohne hierzu staatsdemokratisch hinreichend legitimiert zu sein. Das Prinzip der parlamentarischen Verantwortlichkeit und der exekutiven Eigenverantwortung des Staates und seiner jeweiligen Untergliederungen vertragen weder eine verbindliche Mitwirkungs- und Entscheidungsbefugnis von Gewerkschaften<sup>95</sup>, noch eine Einschränkung dieser Prinzipien durch insoweit nicht demokratisch legitimierte Dritte.

## V. Rechtsschutz

### 1. Unwirksamkeit der Meistbegünstigungsklausel

Jede Meistbegünstigungsklausel ist unwirksam. Für private Arbeitgeberverbände folgt das entweder aus Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG oder aus der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte über §§ 134, 138 BGB (oben unter III.4.a)). Private Arbeitgeber können sich insoweit auf ihre Privatautonomie stützen (oben unter III.4.b)). Öffentliche Arbeitgeber können sich zwar nicht auf einen verfassungsrechtlichen Schutz von Tarifautonomie oder Privatautonomie stützen. Weil ihnen aber nach dem TVG Tarifautonomie wie jedem Privaten zusteht, müssen sie in ihrer einfachrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie vor entsprechender Fremdbestimmung bewahrt werden. § 138 BGB ist nicht auf den Schutz verfassungsrechtlicher Drittpositionen beschränkt. Hinzu kommt der legitimationslose und damit rechtswidrige Zugriff auf die Personal- und Finanzhoheit (eben unter IV.2.b)).

### 2. Feststellung der Unwirksamkeit

#### a) Keine Verbandsklage nach § 9 TVG

Das besondere Feststellungsverfahren des § 9 TVG steht zur Klärung der Unwirksamkeit von Meistbegünstigungsklauseln nicht zur Verfügung. Der belastete Dritte ist nicht Partei des Tarifvertrags und schon deswegen nicht klagebefugt. Aber auch eine Partei der vereinbarten Meistbegünstigungsklausel kann nicht deren Unwirksamkeit feststellen lassen, weil Gegenstand dieser besonderen Feststellungsklage nur Tarifnormen sind<sup>96</sup>;

87) Löwisch/Rieble (Fn. 14), § 2 Rn. 143; Beispiel: § 15 Gesetz über die Stiftung preußischer Kulturbesitz, BGBl I 1957, S. 841.

88) Eingehend hierzu Lecheler, Die Personalgewalt öffentlicher Dienstherren, 1977, S. 136 ff.

89) Hierzu Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 29, 49; Loritz, Tarifautonomie und Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers, 1990, S. 86.

90) So auch Lecheler (Fn. 88), S. 138 mit weiteren Nachweisen zu der „in einem Bundesstaat stets problematischen Forderung nach Rechtseinheit“; ders., in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 72 Rn. 38 ff.

91) BVerfG v. 26. 7. 1972 – 2 BvF 1/71, BVerfGE 34, 9, 19 ff. = DVBl. 1973, 131 ff. = ZBR 1972, 248 ff.

92) Im Ergebnis offengelassen von BVerfG v. 8. 3. 1974 – VII C 47.72, AP Nr. 10 zu § 4 TVG Angleichungsrecht (Anm. Wiedemann).

93) So auch Stern, in: BK-GG, 13. Lieferung 1964, Art. 28 Rn. 97; ebenso Bieback, ZfA 1979, 453, 463; Böckenförde, Die personalrechtlichen Bindungen der kommunalen Selbstverwaltung, 1959, S. 28 f.

94) So die (zu) weitgehende Kritik von Isensee, in: Leisner, Das Berufsbeamtenrecht im demokratischen Staat, 1975, S. 23, 30 f. an der Tarifautonomie im öffentlichen Dienst als solcher.

95) Grundlegend BVerfG v. 24. 5. 1995 – 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37 = EzA Nr. 1 zu Art. 28 GG = NJW 1996, 2149.

96) BAG v. 8. 2. 1963 – 1 AZR 511/61, AP Nr. 42 zu § 256 ZPO = SAE 1963, 238 = DB 1963, 664; v. 9. 6. 1982 – 4 AZR 274/81, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Durchführungspflicht; Löwisch, ZfP 103 (1990), S. 22, 29; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 4. Aufl. 2002, § 2 Rn. 20; a. A. Dütz, ArbRGegw 20 (1983), S. 33, 38; Krause Rechtskräftestreckung im kollektiven Arbeitsrecht, 1996, S. 290 ff.; Oetker, in: Wiedemann (Fn. 3), § 9 Rn. 19 f.

die Klausel rechnet aber zum schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags (unter III.1).

#### b) (Dritt)Feststellungsklage, § 256 ZPO

Will sich die Gewerkschaft von der Meistbegünstigungsklausel lossagen, kann sie – wie bei jedem schuldrechtlichen Vertrag negative Feststellungsklage erheben. Die schuldrechtliche Abrede zwischen ihr und der begünstigten Arbeitgeberseite liefert das notwendige Rechtsverhältnis. Das Feststellungsinteresse ist sicher dann gegeben, wenn die Gewerkschaft einen Tarifvertrag abgeschlossen hat, der gegen die Meistbegünstigungsklausel verstößt und der Arbeitgeberseite einen entsprechenden Tarifübernahmeanspruch verschafft. Aber auch vorbeugend, also vor einem entsprechenden Tarifabschluss, muss es der Gewerkschaft möglich sein, die Unwirksamkeit der Klausel feststellen zu lassen. Das Risiko, gegen diese zu verstoßen oder für ihre Mitglieder im Geltungsbereich des ersten Tarifvertrages eine Verschlechterung zu riskieren, ist ihr nicht zuzumuten. Bei der defensiven Meistbegünstigung kommt auch eine Klage des Mitglieds gegen seinen Arbeitgeberverband in Betracht. Denn der Verband maßt sich eine tarifrechtliche Beherrschung seines Mitglieds an, die in dieser Außenwirkung von der Mitgliedschaft nicht gedeckt ist. Maßgebliches Rechtsverhältnis ist insoweit die Mitgliedschaft.

Das eigentliche Problem liegt in der Klageberechtigung des belasteten Dritten. An sich dient die Feststellungsklage den Parteien des Rechtsverhältnisses dazu, ihre Rechte und Pflichten aus diesem klären zu lassen. Dass Dritte, die aus einem solchen Rechtsverhältnis begünstigt oder mittelbar belastet werden, den Inhalt des Rechtsverhältnisses feststellen lassen können, entspricht nicht dem Konzept des § 256 ZPO<sup>97</sup>. Gleichwohl lässt die Rechtsprechung die Drittfeststellungsklage unter engen Voraussetzungen zu, wenn die Feststellung des Drittverhältnisses vorgreiflich für eigene Rechte und Pflichten des Klägers gegenüber einer Partei des Rechtsverhältnisses ist<sup>98</sup>. Der durch die Meistbegünstigung belastete Arbeitgeber muss mit Blick auf eigene Rechte ein Feststellungsinteresse gerade gegenüber der beklagten Partei haben. Bezeichnenderweise betrifft die grundlegende anerkennende Entscheidung des Reichsgerichts einen arbeitsrechtlichen Fall: Der Bühnenverein hatte einen Höchstgagenbeschluss gegenüber seinen Mitglieds-Bühnen gefasst; das RG hatte die Feststellungsklage des drittbetroffenen Opersängers wegen seines „sehr wesentlichen wirtschaftlichen Interesses“ zugelassen<sup>99</sup>. Dementsprechend ist die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Meistbegünstigungsklausel grundsätzlich nicht nur gegen die Gewerkschaft zu richten – weil sie der potentielle Tarifpartner ist und das Feststellungsinteresse daraus folgt, dass die Gewerkschaft ohne die vermeintliche Bindung aus der Klausel zu denjenigen autonomen, am Mitgliederinteresse ausgerichteten Tarifverhandlungen befähigt wird, die die Tarifautonomie sichert. Im Wege der subjektiven Klagehäufung ist die Klage auch gegen die an die Meistbegünstigungsklausel gebundene Arbeitgeberseite zu richten, nimmt auch sie störenden Einfluss auf die Tarifverhandlungen, wenn sie gegenüber der Gewerkschaft ihre Rechte aus der Meistbegünstigung geltend macht bzw. geltend machen will<sup>100</sup>.

Diese negative Drittfeststellungsklage scheidet nicht am Vorrang der Leistungsklage. Auch wenn der belasteten Arbeitgeberseite ein Abwehranspruch aus § 1004 BGB zukommt (sogleich unter 3.), kann die rechtskräftige Nichtigkeit der Klausel nur über die Feststellungsklage erreicht werden; sie verfolgt ein eigenständiges Rechtsschutzziel.

### 3. Abwehranspruch aus § 1004 BGB

#### a) Prinzip

Mit der Burda-Entscheidung hat das BAG die Tarifautonomie mit zusätzlichem Rechtsschutz versehen: Die Tarifautono-

mie sei ein absolutes Recht, weswegen die Gewerkschaft den planmäßig-kollektiven Tarifbruch mit einer Unterlassungsklage aus § 1004 BGB abwehren könne<sup>101</sup>. Das BAG hat dies maßgeblich auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG gestützt und auf diese Weise die Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG effektuiert.

Wenn aber die Tarifautonomie deliktisch vor dem Tarifbruch geschützt wird, ihr also insofern ein „absolutes“ Durchsetzungs- und Geltungsrecht verschafft wird, muss sie erst recht dort deliktisch geschützt werden, wo Dritte final autonome Tarifverhandlungen behindern. Insofern wiegt der Eingriff in die Tarifautonomie deutlich schwerer: Der Tarifbruch lässt den Tarifvertrag als Regelungswerk mit zwingender Wirkung unberührt; der Tarifvertrag gilt, auch wenn er ignoriert wird. Die Meistbegünstigungsklausel dagegen will die Tarifparteien gezielt daran hindern, überhaupt eine autonome Tarifregelung hervorzubringen, die von dem Primärarbeitsvertrag abweicht. Hier geht es um den Eingriff in die Regelungsbefugnis, um die Negation der Tarifautonomie als solcher.

Dass Vorgaben Dritter für fremde Tarifverhandlungen und -ergebnisse in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG eingreifen, hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 27. 4. 1999 zum Lohnabstandsgebot für die „Willensbildung der Gewerkschaft“ im Vorfeld von Tarifverhandlungen ebenso ausdrücklich anerkannt, wie in der Entscheidung vom 3. 4. 2001 zur Anrechnung von bestimmten Kuren auf den Erholungsurlaub<sup>102</sup>. So wie jene Lohnabstandsklausel nach dem BVerfG das „für Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen im Verhältnis zum Normallohn aushandelbare Ergebnis praktisch festlegt“, mithin die „Willensbildung der Gewerkschaften“ im Vorfeld beeinflusst, so schreibt auch die tarifvertragliche Meistbegünstigungsklausel für die betroffene Arbeitgeber-Tarifpartei die Verhandlungsergebnisse im Vorfeld von Tarifverhandlungen fest. Dass die Vorgabe nicht vom Staat als Gesetzgeber, sondern von Privaten (oder dem Staat als Fiskus) stammt, spielt keine Rolle. Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie genießen nach h.M. wegen der unmittelbaren Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG umfassenden Schutz auch vor Beeinträchtigung durch Private<sup>103</sup>. Aber auch wer das mit guten Gründen bestreitet<sup>104</sup>, muss zum Schutz der Tarifautonomie die mittelbare Drittwirkung aktivieren.

97) Gegen jede Drittfeststellungsklage insbesondere MünchKomm-ZPO/Lüke, 2. Aufl. 2000, § 256 Rn. 34; Häsemeyer, ZZP 101 (1988), S. 385, 396 f.; umfassend Jacobs, Der. Gegenstand des Feststellungsverfahrens, 2005, S. 46 ff. und S. 362 ff.

98) BGH v. 14. 5. 1990 – II ZR 125/89, NJW 1990, 2627; v. 25. 2. 1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 125 f. = NJW 1982, 1703; BVerfG v. 27. 6. 1997 – 8 C 23/96, NJW 1997, 3257; BSG v. 29. 1. 2004 – B 4 RA 29/03 R, NZA 2005, 458 = ArbUR 2004, 359.

99) RG v. 24. 3. 1930 – VI 383/29, RGZ 128, 92, 94.

100) Ebenso RG v. 24. 3. 1930 – VI 383/29, RGZ 128, 92, 94 für die Drittfeststellungsklage der Opersänger gegen den Bühnenverein.

101) BAG v. 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98, EzA Nr. 65 zu Art. 9 GG = AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = NZA 1999, 887 = NJW 1999, 3281; bestätigt durch BAG v. 13. 3. 2001 – 1 AZB 19/00, EzA Nr. 4 zu § 2 a ArbGG = NZA 2001, 1037 = BB 2001, 2119 = AP Nr. 17 zu § 2 a ArbGG 1979 = SAE 2001, 335 ff mit instruktiver Anm. Leibold sowie v. 19. 3. 2003 – 4 AZR 271/02, EzA Nr. 1 zu § 253 ZPO 2002 = AP Nr. 40 zu BetrVG 1972 § 23 = NZA 2003, 1221; aus der umfangreichen Literatur nur Rieble, ZTR 1999, 483 ff.; Löwisch, BB 1999, 2080 ff.

102) BVerfG v. 27. 4. 1999 – 1 BvR 2203/93, 897/95, BVerfGE 100, 271, 283 = NJW 1999, 3033 = NZA 1999, 992 = AP Nr. 88 zu Art. 9 GG = AR-Blattei ES 1650, Nr. 20 (Anm. Dieterich); BVerfG v. 3. 4. 2001 – 1 BvL 32/97, AP Nr. 2 zu § 10 BUrlG Kur = DB 2001, 1367 ff.

103) Eingehend Höfling, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 9 Rn. 124 mit weiteren Nachweisen; weitergehend Döttger, Der Schutz tariflicher Normsetzung, 2003, S. 178 ff., die sogar in tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen eine unzulässige Beeinflussung der Tarifvertragsverhandlungen und damit einen rechtswidrigen Eingriff in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG sieht; dagegen nur Friese, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, 2000, S. 345. Weitere Nachweise in Fn. 52.

104) Höfling/Burkiczak, RdA 2004, 263 ff.

Problematischer ist die beim BAG anklingende Einengung auf der „Opferseite“. Wer als absolutes Recht i. S. v. § 1004 BGB nur die Tarifautonomie als Verfassungsgut sieht, könnte auf die Idee verfallen, Störungsabwehransprüche solchen Tarifparteien vorzubehalten, die unter dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG stehen. Ausgeschlossen blieben einzelne private Arbeitgeber sowie die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes und ihre Verbände. Doch ist § 1004 BGB einfaches Recht und schützt mit seinem Abwehranspruch einfache absolute Rechte. Ist – mit dem BAG – die Tarifautonomie ein solches absolutes Recht, dann bezieht sich der Schutz nicht auf das Verfassungsgut des Art. 9 Abs. 3 GG, sondern auf die einfachrechtlich nach dem TVG gewährleistete Tarifautonomie, also das Recht einer Tarifvertragspartei auf „ungestörte“ Tarifverhandlungen. Diese kommt einzelnen privaten Arbeitgebern ebenso zu wie öffentlichen Arbeitgebern und deren Verbänden. Die einfachrechtliche Tarifautonomie umfasst als absolutes Recht eine Ausschluss- und Abwehrfunktion, die unabhängig von einer konkreten Rechtsbeziehung zu einem potentiellen Störer greift. Insofern verhält es sich anders als bei den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats, die ihre Existenz allein der vom Gesetz etablierten Rechte- und Pflichtenbeziehung zum Arbeitgeber verdanken bzw. eine solche denknotwendig voraussetzen<sup>105</sup>.

Wendet man sich dem vordringenden negatorischen Rechtsschutzkonzept<sup>106</sup> zu, kommt es auf die Absolutheit der Tarifautonomie im deliktsrechtlichen Sinne nicht an, sondern auf den Zuweisungsgehalt des subjektiven Rechts: Der Abwehranspruch greift immer dann, wenn der Anspruchsgegner das einem anderen zugewiesene Recht faktisch in Anspruch nimmt und usurpiert – ein Konzept, das das BAG der Sache nach bereits für den allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch angenommen hat<sup>107</sup>. Dieser Schutz besteht für alle subjektiven Rechte, auch wenn sie nicht absolut im Sinne des § 823 BGB sind<sup>108</sup>, solange nur der Zuweisungsgehalt einen entsprechenden Störungsabwehranspruch trägt, wenn also der Störer das subjektive Recht nicht respektiert und damit seinem Inhaber die Möglichkeit nimmt, die ihm eingeräumte Rechtsstellung selbständig auszuüben<sup>109</sup>. Der Tarifautonomie nach dem Tarifvertrag kann unschwer eine entsprechende Rechtszuweisung entnommen werden; die Meistbegünstigung stört das subjektive Recht auf autonome Tarifverhandlungen.

#### b) Tatbestandsvoraussetzungen

Ist § 1004 BGB damit vom Prinzip her anwendbar, machen gleichwohl die konkreten Tatbestandsvoraussetzungen Schwierigkeiten. Die Norm verlangt eine (drohende) Störung. Sie liegt nicht schon dann vor, wenn die Gewerkschaft im Fall der defensiven Meistbegünstigung den abweichenden Haustarif ablehnt oder im Fall der aggressiven die Übernahme des vorangegangenen Tarifabschlusses fordert. Denn das sind tarifpolitische Verhandlungspositionen, die die Gewerkschaft autonom einnehmen darf. Dass eine Gewerkschaft für aus ihrer Sicht vergleichbare Tarifsachverhalte auch identische Regelungen anstrebt, ist nicht nur verständlich, sondern von der Tarifautonomie gedeckt. Der Arbeitgeberseite kommt auch kein allgemeiner Verhandlungsanspruch zu<sup>110</sup>.

Andererseits stellt die Existenz einer Meistbegünstigungsklausel als solche keine Beeinträchtigung der Drittrechtspositionen auf autonome Tarifverhandlungen dar, die mit Hilfe eines Störungsabwehranspruches beseitigt werden kann: Von einer (rechtlichen) Beeinträchtigung der Tarifvertragsbefugnisse des betroffenen Dritten kann jedenfalls dann nicht gesprochen werden, wenn die Meistbegünstigungsabspache zwischen den Tarifparteien keine rechtliche Wirkung entfalten kann. Insofern gilt nichts anderes als beim Beseitigungsanspruch des Betriebsrats bei mitbestimmungswidrigen Maßnahmen des Arbeitgebers oder beim Tarifbruchunterlassungs-

anspruch: Geht von der rechtswidrigen Maßnahme respektive Abrede keine Rechtswirkung aus, fehlt es insoweit auch an einer drohenden oder eingetretenen, rechtswidrigen Beeinträchtigung der Drittrechtsposition. Die Beeinträchtigung ist durch die Anordnung der Nichtigkeitsfolge beseitigt<sup>111</sup>.

Die spezifische von der Meistbegünstigungsklausel ausgehende Störung liegt vielmehr erst dann vor, wenn sich die Gewerkschaft den Tarifverhandlungen unter Hinweis auf die Meistbegünstigung entziehen will. Die Störung geht von der aus der Klausel berechtigten Arbeitgeberseite aus, wenn diese gegenüber der Gewerkschaft ihre Rechte aus der Meistbegünstigung geltend macht. Der Anspruch setzt weiter eine Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr voraus. Das heißt praktisch: Diejenigen Tarifverhandlungen, die die Meistbegünstigung defensiv verhindern oder aggressiv beeinflussen will, müssen unmittelbar anstehen. Vorangegangene Tarifverträge müssen gekündigt sein.

Anerkennt man die grundsätzliche Anspruchsberechtigung, muss gleichwohl – wie bei der Tarifbruchunterlassungsklage, darauf geachtet werden, dass die auf negative Störungsabwehr gerichtete *actio quasi-negatoria* keine positiven Handlungen gebieten kann. Der Tarifbruchunterlassungsanspruch ist nicht positiv auf Beachtung des Tarifvertrags oder gar Erfüllung der aus ihm folgenden Ansprüche der Arbeitnehmer gerichtet<sup>112</sup>. So kann auch hier nur verlangt werden, dass die Gewerkschaft ihre autonome Tarifpolitik nicht an der (unwirksamen) Meistbegünstigungsklausel ausrichtet und dadurch die Tarifautonomie des Klägers beeinträchtigt. Das ist – zugegebenermaßen – etwas diffus, aber notwendige Folge des ausschließlich negativen Anspruchsinhalts. Die belastete Arbeitgeberseite kann keinen Anspruch auf Tarifverhandlungen oder gar auf Tarifergebnisse herleiten. Das wäre das Ende der Tarifautonomie.

Diese Schwäche des Störungsabwehranspruches wird teilweise dadurch behoben, dass der Kläger im Wege der objektiven Klagehäufung zugleich die Drittfeststellungsklage erheben kann<sup>113</sup>.

105) Zum Unterlassungsanspruch des Betriebsrats Raab, ZfA 1997, 183, 194; allgemein zur Gefahr eines Zirkelschlusses bei der Bestimmung eines absoluten „sonstigen Rechts“ im Sinne des § 823 BGB eingehend MünchKomm-BGB/Wagner, 4. Aufl. 2004, § 823 Rn. 137.

106) Grundlegend Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972; ders., AcP 176 (1976), 28 ff.; ebenso Staudinger-Gursky, 1999, § 1004 Rn. 4 ff. mit weiteren Nachweisen.

107) BAG v. 3. 5. 1994 – 1 ABR 24/93, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG (Anm. Richardi) = EzA Nr. 36 zu § 23 BetrVG 1972 (Anm. Raab) = NJW 1995, 1044; zur Kritik am rechtsdogmatisch verfehlten Rückgriff des BAG auf § 2 BetrVG und der Notwendigkeit eines Rückgriffes auf das Pickersche Rechtsschutzkonzept nur Richardi, Anm. zu BAG v. 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG; Thalhofer, Betriebsverfassungsrechtlicher Beseitigungsanspruch, 1999, S. 23 ff.; Dütz, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber im Anwendungsbereich des § 87 BetrVG, 1983, S. 56; ders., DB 1984, 115, 121; Lobinger, ZfA 2004, 101, 122 ff.

108) Picker, in: Festschrift Gernhuber (1993), S. 315, 340: „Mehr noch und zu Ende gedacht: Die Zuweisung subjektiver Rechte stände auf dem Papier, das objektive Recht würde also seine genuine Funktion nicht erfüllen, könnte nicht der „Gestörte“ vom „Störer“ die Wiederherstellung des Zustands verlangen, der dem Inhalt seiner gestörten Rechtsposition und damit den Rechtsgrenzen des störenden Dritten entspricht.“

109) Picker, in: Festschrift Flume Bd. 1 (1978), S. 649, 672.

110) BAG v. 2. 8. 1963 – 1 AZR 9/63, AP Nr. 5 zu Art. 9 GG; v. 19. 6. 1984 – 1 AZR 361/82, EzA Nr. 22 zu § 256 ZPO = AP Nr. 3 zu § 1 TVG Verhandlungspflicht = NZA 1984, 261 ff. = DB 1984, 2415; v. 14. 2. 1989 – 1 AZR 142/88, EzA Nr. 44 zu Art. 9 GG = AP Nr. 52 zu Art. 9 GG = NZA 1989, 601 ff.; Löwisch/Rieble (Fn. 14), Grundl. Rn. 55 mit weiteren Nachweisen auch zur Gegenansicht.

111) Zum betriebsverfassungsrechtlichen Beseitigungsanspruch nur Richardi, RdA 1994, 398, 402; ders., NZA 1995, 8, 11; zum Tarifbruchunterlassungsanspruch nur Walker, ZfA 2000, 29, 39.

112) Nur Löwisch, BB 1999, 2080, 2081.

113) Weiter geht Jacobs (Fn. 97), S. 392 f., nach dem es bei einem deliktischen Verhalten des Drittfeststellungsbeklagten nicht auf ein Drittrechtsverhältnis ankommt, sondern vielmehr das deliktische Verhalten ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO begründen kann.

#### 4. Keine Bund-Länder-Streitigkeit

Wiewohl Meistbegünstigungsklauseln in die Personalhoheit der belasteten öffentlichen Arbeitgeber (hier: der Länder) eingreifen, handelt es sich nicht um einen Bund-Länder-Streit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 und 4 GG in Verbindung mit §§ 13 Nr. 7 und 8, 68 ff. und 71 ff. BVerfGG oder einen solchen nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Denn der Streit ist nicht öffentlich-rechtlicher Natur. Die Tarifparteien des öffentlichen Dienstes missbrauchen mit der Meistbegünstigungsklausel ihre tarif- und damit privatautonome Gestaltungsmacht. Dementsprechend müssen sich die mittelbar betroffenen öffentlichen Arbeitgeber mit privatrechtlichen Abwehrinstrumenten behelfen.

#### VI. Ergebnis

1. Meistbegünstigungsklauseln sind unwirksam. Sie vereiteln die autonome Konfliktlösung, tragen unzulässigerweise Drittinteressen in die Tarifaufeinandersetzung und verhindern, dass die Gewerkschaft der Tarifverantwortung gegenüber ihren Mitgliedern nachkommt. Sie entsprechen den ebenfalls grundsätzlich unzulässigen dynamischen Verweisungen auf einen fremden Tarifvertrag.

2. Das gilt auch für Tarifverträge des öffentlichen Dienstes. Dass die Tarifautonomie der Arbeitgeberseite dort nicht verfassungsrechtlich geschützt ist, ändert nichts am unzulässigen Eingriff in die auch öffentlichen Arbeitgebern nach dem TVG zukommende Tarifautonomie. Überdies wird mit der Fremdsteuerung der Tarifverhandlungen in die Personalhoheit des öffentlichen Arbeitgebers eingegriffen.

3. Die Unwirksamkeit kann von der belasteten Partei auf Arbeitgeberseite im Wege der Drittfeststellungsklage gegen die Gewerkschaft und die vermeintlich begünstigte Arbeitgeberseite geltend gemacht werden. Außerdem kommt ein Störungsabwehranspruch aus § 1004 BGB in Betracht, weil die Meistbegünstigung darauf zielt, der belasteten Arbeitgeberseite die einfach-rechtliche Tarifautonomie abzusprechen.