

# Der gewerkschaftshörige Arbeitgeberverband

VOLKER RIEBLE

## I. Tatsachen

### 1. *Bildungsverband als Arbeitgeberverband*

Zu den neuen Mindestlohnbranchen des AEntG zählt nach dessen § 4 Nr. 8 „Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch“ – in Kraft seit dem 24.4.2009. Im Bundesanzeiger vom 18.6.2009, Seite 21 macht das Bundesministerium für Arbeit und Soziales einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Weiterbildungsdienstleistungstarifvertrags bekannt. Tarifparteien sind auf Arbeitnehmerseite Verdi und GEW; auf Arbeitgeberseite agiert eine „Zweckgemeinschaft von Mitgliedsunternehmen des Bundesverbands der Träger beruflicher Bildung (Bildungsverband) e.V.“ Der Tarifvertrag ist auf Arbeitgeberseite unterschrieben von Edgar Schramm. Dieser nun ist Geschäftsführer des Berufsbildungswerks Gemeinnützige Bildungseinrichtung des DGB GmbH (bfw)<sup>1</sup>, einem Mitglied des Bildungsverbandes und zugleich dessen stellvertretender Vorsitzender. Ein „Konzern“-Mitarbeiter des DGB schließt also mit DGB-Gewerkschaften einen Tarifvertrag. Das ist zwar kein In-sich-Geschäft<sup>2</sup>, wie sich bei Lektüre von § 181 BGB erschließt, aber Anlaß, sich dieses Tarifgebaren näher anzuschauen.

Der „Bundesverband der Träger beruflicher Bildung“ (Bildungsverband) e.V. ist nach seiner im Netz<sup>3</sup> veröffentlichten Satzung die gemeinsame Interessenvertretung der Träger der beruflichen Bildung im Bereich der außerbetrieblichen Qualifizierung sowie der sozialen und beruflichen Integration, aber nur „soweit diese Dienstleistung überwiegend durch öffentliche Mittel finanziert wird“. Der Verband konzentriert sich auf Information und Beratung in Unternehmens-, Bildungs- und sozialpolitischen Angelegenheiten. Wie § 2 Abs. 2 der Satzung zu entnehmen ist, ist der Bildungsverband selbst nicht tariffähig.

<sup>1</sup> [www.bfw.de](http://www.bfw.de) [3.2.2010].

<sup>2</sup> So aber *bda*, Missbrauch des Entsendegesetzes verhindern (2009) S. 3 = Stellungnahme zum Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages der Aus- und Weiterbildung nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch.

<sup>3</sup> [www.bildungsverband.info/bbb-satzung-290609.pdf](http://www.bildungsverband.info/bbb-satzung-290609.pdf) [27.1.2010].

Dort ist geregelt, daß „innerhalb des Bildungsverbands“ Mitglieder eine „gesonderte Zweckgemeinschaft bilden“ können, die arbeits- und tarifrechtliche Regelungen entwickelt, um diese mit den zuständigen Gewerkschaften zu verhandeln. Dabei ist an einen selbständigen Verband gedacht, denn nach § 2 Abs. 2 Satz 2 ist der Beitritt zu dieser Gemeinschaft gesondert zu erklären. Ziel der Zweckgemeinschaft ist „ein Regelwerk, das vom zuständigen Bundesministerium für allgemeinverbindlich innerhalb der Bundesrepublik Deutschland erklärt wird“, § 2 Abs. 2 Satz 3 der Satzung. Die Mitgliedsfähigkeit im Bildungsverband kommt nach § 3 der Satzung juristischen Personen zu, „die Kurse und Maßnahmen in der Bildungs- und Integrationsarbeit gemäß § 2 (1) Satz 1 durchführen“.

Für die Zweckgemeinschaft als Tarifträger ist keine förmliche Satzung vorgesehen, sondern eine „Geschäftsordnung“, die nach § 2 Abs. 2 Halbsatz 2 der Satzung des Bildungsverbands als „besondere Regelung“ vorgesehen ist. Auch diese Geschäftsordnung ist im Internet einzusehen<sup>4</sup>. Dort heißt es in der Präambel: „Die Mitglieder in der Zweckgemeinschaft streben zur Erreichung von vereinheitlichten Standards einen Branchentarifvertrag an. Zielsetzung ist es, diesen als **Förder- und Auftragskriterium für öffentliche Auftraggeber** einzubringen“. Die eigentlichen Regelungen enthalten manch Merkwürdiges: Vernünftiger setzt die Zweckgemeinschaft eine Mindestmitgliederzahl von fünf voraus; wiederholt wird die Satzungsregelung des Bildungsverbands, wonach der Beitritt besonders zu erklären ist. Der Austritt ist als Blitzaustritt<sup>5</sup> „jederzeit ohne Frist möglich“. Nach Nr. 2 der Geschäftsordnung wählen die Mitglieder der Zweckgemeinschaft einen eigenen Sprecher, der allerdings vom Vereinsvorstand – des Bildungsverbands! – vorgeschlagen wird. Dieser Sprecher ist nicht nur verbandsintern für die Sitzungsladung und Leitung verantwortlich. Nach Nr. 6 Satz 2 der Geschäftsordnung hängt von der Unterzeichnung durch den Sprecher auch die Wirksamkeit der Tarifverträge der Zweckgemeinschaft ab. Damit ist also der Sprecher als Vertretungsorgan vorgesehen.

Im übrigen ist die Willensbildung in Tarifangelegenheiten merkwürdig geregelt: Nr. 3 der Geschäftsordnung enthält eine allgemeine Beschlussfähigkeitsregelung; Nr. 4 regelt die Mehrheitsverhältnisse und ordnet an, daß Beschlüsse der Zweckgemeinschaft, die den Bildungsverband (!) nach außen gegenüber Dritten binden, der Zustimmung des Vorstands des Bildungsver-

<sup>4</sup> [www.bildungsverband.info/GO\\_ZwG\\_30-06-06.pdf](http://www.bildungsverband.info/GO_ZwG_30-06-06.pdf) [27.1.2010].

<sup>5</sup> Dazu BAG vom 20.2.2008 – 4 AZR 64/07 – NZA 2008, 946 (obiter dictum), vom 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 – NZA 2008, 1366 nebst Parallellentscheidung 4 AZR 316/07. Kritisch zu dieser skurrilen Rechtsprechungswende *Willemssen/Mehrensens*, Die Rechtsprechung des BAG zum „Blitzaustritt“ und ihre Auswirkungen, NJW 2009, 1916 ff.; *Bauer/Haußmann*, Blitzaustritt und Blitzwechsel: Wirksam, aber ohne Wirkung? RdA 2009, 99; *Hoepfner*, Blitzaustritt und Blitzwechsel in die OT-Mitgliedschaft, ZfA 2009, 541, 561 ff.; *Rieble*, „Blitzaustritt“ und tarifliche Verbindung, RdA 2009, 280.

bands bedürfen. Hier ist offenkundig daran gedacht, daß die Zweckgemeinschaft für den Bildungsverband handeln kann.

Für Tarifverhandlungen sieht Nr. 5 eine „Verhandlungskommission“ vor, die aus fünf Mitgliedern bestehen soll. Nr. 6 schließlich normiert ein Ratifikationserfordernis: „Tarifvertragsabschlüsse mit Wirkung ausschließlich für die Mitglieder der Zweckgemeinschaft bedürfen in jedem Fall der vorherigen Zustimmung einer Mehrheit der Zweckgemeinschaftsmitglieder entsprechend ihrer Stimmrechte gemäß § 5 Abs. 5 der Satzung des Bildungsverbandes“.

Jene Vorschrift sieht eine Staffelung der Stimmrechte vor, wie sie bei Arbeitgeberverbänden mitunter anzutreffen ist. Freilich erfolgt diese weder nach Arbeitnehmerzahl noch nach der Lohnsumme, sondern nach dem „nachgewiesenen Umsatz des vorangegangenen Geschäftsjahres, den das Mitglied im Bereich der Bildungs- und Integrationsarbeit des Mitgliedsunternehmens erzielt hat“ und zwar bis zu vier Stimmen, je eine für angefangene 25 Millionen Euro Umsatz.

Diese Willensbildungsakte sind nicht etwa in der Geschäftsordnung der Zweckgemeinschaft geregelt, sondern in § 6 Nr. 7 der Satzung des Bildungsverbandes (!) als (scheinbare) Angelegenheit von deren Mitgliederversammlung: „Wahl der Mitglieder von Verhandlungskommissionen sowie der Annahme oder Ablehnung von Verhandlungsergebnissen, jeweils durch diejenigen Mitglieder, die in der Zweckgemeinschaft gemäß § 2 (2) dieser Satzung vertreten sind“.

## 2. Mitglieder der Zweckgemeinschaft

Während der Bildungsverband seine Mitglieder offen im Netz benennt<sup>6</sup> ist das beim Zweckverband anders. Eine mir vorliegende Mitgliederliste mit Stand März 2009 weist 18 Mitglieder mit insgesamt 27 Stimmen aus. Die Bildungswerke der Arbeitgeberverbände sind nicht dabei, ebensowenig die anderen „großen“ Bildungsanbieter, wie etwa die TÜV-Akademien (die Akademie des TÜV Rheinland ist Mitglied des Bildungsverbandes aber nicht der Zweckgemeinschaft, der TÜV Süd ist insgesamt abstinent). Gewerkschaftliche Bildungswerke dominieren die Zweckgemeinschaft. Der „DGB-Block“ besteht aus dem schon genannten DGB-Bildungswerk nebst einer nicht gemeinnützigen „Schwestergesellschaft“ und einer Tochter (inab); hinzu kommen die Bildungsvereinigungen Arbeit und Leben aus Niedersachsen und Sachsen-Anhalt – das sind Organisationen der Jugend- und Erwachsenenbildung in gemeinsamer Trägerschaft von DGB und seinen Einzelgewerkschaften. Dieser Block kommt zusammen auf 11 Stimmen.

An zweiter Stelle steht die DAA Deutsche Angestellten-Akademie GmbH – früher DAG, heute ver.di – mit ihrer Tochtergesellschaft Bildungswerk

<sup>6</sup> [www.bildungsverband.info/mitglieder.htm](http://www.bildungsverband.info/mitglieder.htm) [27.1.2010].

Niedersächsischer Volkshochschulen GmbH. Das bringt fünf Stimmen. Der DAA kann man weiter zurechnen die „INT-Gesellschaft zur Förderung der beruflichen und sozialen Integration mbH“, die von der DAA als „Partnerunternehmen“ oder Schwesterunternehmen<sup>7</sup> geführt wird. Ob die DAA hier gesellschaftsrechtlich oder sonstwie bestimmenden Einfluß ausübt, läßt sich nicht sagen. Auch bei strenger Lesart (ohne INT) erreichen die gewerkschaftlich orientierten Bildungsträger mit 16 von 27 Stimmen die absolute Mehrheit der Stimmen in der Zweckgemeinschaft als arbeitgeberseitigem Tarifträger. Das kann an folgender Tabelle nachvollzogen werden; in der letzten Spalte ist die Stimmenzahl vermerkt:

Berufsbildungswerk Gemeinnützige Bildungseinrichtung des DGB (bfw)	DGB	4
Berufsbildungswerk GmbH (bfw)	DGB	2
Berufsförderungszentrum Essen eV (Bfz)		1
Bildungsvereinigung Arbeit und Leben Niedersachsen	DGB	2
Bildungsvereinigung Arbeit und Leben Sachsen-Anhalt	DGB	1
Bildungswerk Niedersächsischer Volkshochschulen GmbH	DAA/ver.di	1
DAA Deutsche Angestellten-Akademie GmbH	ver.di	4
FARE Fortbildungsakademie Reckenberg-Ems gGmbH		1
GPB Gesellschaft für Personalentwicklung und Bildung GmbH		1
ifas GmbH		1
IKL Training GmbH Erfurt		1
inab – Ausbildungs und Beschäftigungsgesellschaft des bfw mbH	DGB	2
INT – Gesellschaft zur Förderung der beruflichen und sozialen Integration mbH	??	1
SBB Stiftung Berufliche Bildung		1
SWA – Steuer & Wirtschaftsakademie GmbH		1
TWBI, Aus- und Weiterbildungs GmbH		1
USS GmbH		1
Verein BAJ eV		1

### 3. Ökonomische und kollektive Rationalität

Der über Gewerkschaftsunternehmen gewerkschaftskontrollierte Arbeitgeberverband ist ein neues Phänomen. Bislang machte man sich Sorgen vor allem um die Gegnerfreiheit von Gewerkschaften. Die Arbeitgeberseite spielte eine Rolle nur im Zuge der Mitbestimmungsdiskussion, weil paritätisch mitbestimmte Unternehmen über den Einfluß im Aufsichtsrat womöglich Arbeitnehmerinteressen in die Arbeitgeberverbände hineinbringen<sup>8</sup>. An-

<sup>7</sup> [www.daa-kiel.de/n.php?n\\_id=6951](http://www.daa-kiel.de/n.php?n_id=6951) [3.2.2010].

<sup>8</sup> Dazu *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz (1977) S. 137 ff.; das BVerfG hat diese Bedenken bekanntlich abgetan, BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u.a. – BVerfGE 50, 290, 373 ff.: die Unabhängigkeit der Tarifpartner bleibe „hinreichend“ gewahrt! Die dort (S. 377) nicht ernstlich geforderte Prognoseüberprüfung hat nie stattgefunden.

sonsten spielte „die Arbeitgeberseite“ insoweit eine Rolle, soweit es um die Gewerkschaften als Arbeitgeber geht, die die eigenen Beschäftigten nicht als Interessenvertretung gegen sich selbst organisieren können – ihnen aber auch das Recht zur anderweitigen Organisation nicht absprechen darf<sup>9</sup>.

Bislang kaum untersucht ist die Gegnerunabhängigkeit von ver.di, die Tarifverträge mit den rechtlich selbständigen Unternehmen und Einrichtungen der DGB-Gewerkschaften schließen – von der DGB-Rechtsschutz GmbH über den Bund-Verlag bis hin zu den gewerkschaftlichen Bildungswerken schließt. Das Wegschauen hat einen guten Grund: Tarifverträge solcher Gewerkschaftsunternehmen mit DGB-Gewerkschaften sind nach richtiger Auffassung<sup>10</sup> unwirksam! Der institutionelle Einfluß der Arbeitgeberinteressen auf die Arbeitnehmerinteressenvertretung genügt nämlich nicht den Anforderungen an die Gegnerunabhängigkeit.

Pikant ist die Stoßrichtung dieses, von gewerkschaftlichen Bildungsunternehmen beherrschten Arbeitgeberverbands: Hier wird nicht nur der soziale Gegenspieler „dekonstruiert“. Ein schwacher, gewerkschaftshöriger Arbeitgeberverband ist für das Tarifsysteem keine große Belastung, weil sein Entgegenkommen gegenüber der Gewerkschaft die eigenen Mitglieder mit teureren Arbeitsbedingungen beschwert. Diese Mitglieder haben also einen Anreiz zum Austritt, der durch den Wettbewerbsdruck verstärkt wird: Andere Arbeitgeber mit wettbewerbskompatiblen Arbeitsbedingungen haben einen Kostenvorsprung. Der gewerkschaftshörige Arbeitgeberverband ist – anders als die gegnerabhängige Gewerkschaft – zunächst also kein echtes Problem, sondern ein Akt der Selbstschädigung von Gewerkschaftsunternehmen und derjenigen, die sich mit ihnen in ein Boot begeben. Belegt wird das durch die Geschichte gerade der Gewerkschaftsunternehmen – insbesondere der Gemeinwirtschaft –, die einst (insofern anders als die Gewerkschaften selbst) vor allem durch Haustarifverträge großzügigere Arbeitsbedingungen gewährten als der Markt, insbesondere als der Flächentarif<sup>11</sup>. Die Volksfürsorge etwa aber auch der DGB-eigene Bund-Verlag haben so eine tarifrechtliche Figur geschaffen: die Flucht aus dem (zu) teuren Gefälligkeits-Haustarif in den wirtschaftlich vernünftigeren Flächentarif<sup>12</sup>.

Die vom Arbeitgeber abhängige „gelbe“ Gewerkschaft dagegen verrät ihre Mitglieder, liefert sie einem schädigenden Arbeitgebereinfluß aus und verhindert womöglich effektive Gegenmachtbildung, indem sie die Gründung und

<sup>9</sup> BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97 – NZA 1998, 754 mit Anm. *Rieble* SAE 1998; 243; eingehend *Lessner-Sturm*, Gewerkschaften als Arbeitgeber (2009) Rn. 77 ff.

<sup>10</sup> *Lessner-Sturm* (Fn. 9) Rn. 761 ff.

<sup>11</sup> Etwa *Niedenhoff*, Die unbekannte Macht: Unternehmer DGB, 4. Aufl. (1984) S. 294: Haustarif der Volksfürsorge mit der HBV 6 % über Flächenniveau.

<sup>12</sup> Dazu *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsrechtliche und arbeitskampfrechtliche Fragen des Übergangs vom Haustarif zum Verbandstarif, FS Schaub (1998) S. 457 und LAG Köln vom 14.6.1996 – 4 Sa 177/96 – NZA 1997, 327.

Entwicklung durchsetzungsstarker Gewerkschaften verhindert, also als „unlautere“ Verdrängungskonkurrenz agiert und organisationswillige Arbeitnehmer durch „Etikettenschwindel“ in die Irre führt. Eben deswegen hielten sich die Arbeitgeber in der Frühzeit der Tarifautonomie eigene „wirtschaftsfriedliche“ Arbeitnehmervereinigungen, sog. gelbe Gewerkschaften. Das Stinnes-Legien-Abkommen brachte 1918 eine Lauterkeitsvorstellung in das bipolare Geschehen; die Arbeitgeberseite versprach als Nr. 3: „Die Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände werden die Werkvereine (die sogenannten wirtschaftsfriedlichen Vereine) fortan vollkommen sich selbst überlassen und sie weder mittelbar noch unmittelbar unterstützen.“

Das heißt freilich nicht, daß Arbeitgeber die Nützlichkeit abhängiger Arbeitnehmervereinigungen vergessen hätten. Die „Geschäftsidee“ des ehemaligen Siemens-Betriebsrats Wilhelm Schelsky lag gerade darin, „seinen“ Arbeitnehmerverband „AUB“ als Dienstleistung anzubieten – vor allem der Siemens AG, die mehr als 30 Mio € bezahlt hat, um auf diese Weise der Betonfraktion der IG Metall innerhalb des Unternehmens Konkurrenz zu machen<sup>13</sup>. So richtig und wichtig es ist, daß die Meinungsbildung unter den Arbeitnehmern über die richtige Interessenverfolgung plural möglich bleibt, daß ein Richtungskampf zwischen konfrontativ-kämpferischem und kooperativ-sozialpartnerschaftlichem Interessenausgleich erlaubt sein muß und daß enttäuschte Gruppen das Recht haben müssen, einer monopolartigen Großgewerkschaft den Rücken zu kehren – so „unlauter“ ist es, den Arbeitnehmern eine scheinautonome Interessenvertretung anzubieten, innerhalb derer nicht die Arbeitnehmer selbst bestimmen, wie sie ihre Interessen wahrnehmen wollen, sondern der Gegner mit einem intransparenten Einfluß.

Die Gründung der zweifelhaften Gewerkschaft der neuen Brief- und Zustelldienste (GNBZ) mit „Anschubfinanzierung“ durch die Arbeitgeber ist ein Sonderfall: Hier sollte durch eine tarifpolitische Alternative der Postmindestlohn unterlaufen werden. Diesen hatte die Bundespost in einem eigens für die Allgemeinverbindlicherklärung errichteten und von ihr beherrschten Arbeitgeberverband Postdienste mit ver.di „gedeckt“. Er hatte allein die Funktion, Konkurrenten zu regulieren, weil die Postlöhne oberhalb des Mindestlohnes liegen. Die rechtlich ansprechenden Folgefragen – ob nämlich ein Tarifvertrag darauf zielen darf, überhaupt nur durch Allgemein-

<sup>13</sup> Eindrücklich geschildert im Schelsky-Urteil des LG Nürnberg-Fürth vom 24.11.2008 – 3 KLS 501 Js 1777/2008; zu dieser Entscheidung *Rieble*, Strafbarkeit der Arbeitgeberfinanzierung gelber Arbeitnehmervereinigungen, ZIP 2009, 1593 sowie *Schünemann*, Die strafrechtliche Beurteilung der Beeinflussung von Betriebsratswahlen durch verdecktes Sponsoring, FS Gauweiler (2009) S. 515 ff.; zur „Gewerkschaftsbestechung“ *Rieble CCZ* 2008, 121. Eher skurril in Richtung „feindstrafrechtlicher“ Gesinnungsjustiz, die nach empfunderner Moralität und Sozialität unterscheiden will: Jürgen *Fischer*, Strafrechtliche Aspekte der verdeckten Finanzierung der „Kooperation“ der Arbeitnehmervertretung durch den Arbeitgeber, AuR 2010, 4, 8 f.

verbindlicherklärung für originär nicht Tarifgebundene zu gelten und ob die Gründung einer gelben Gewerkschaft als Notwehrakt begriffen werden kann – durften zuerst offenbleiben, weil das OVG Berlin-Brandenburg jene Allgemeinverbindlicherklärung aufgehoben hat<sup>14</sup>. Auch das BVerwG stellt auf Anhörungsmängel im Verfahren ab, so daß die materielle Frage unbeantwortet bleibt<sup>15</sup>.

Der Zweck – und damit auch die Gefahr – des gewerkschaftshörigen Arbeitgeberverbands erschließt sich gerade vor diesem Hintergrund: Er ist anders als die arbeitgeberhörige Gewerkschaft keine Gefahr für die eigenen Mitglieder sondern ein Instrument, eine Waffe, die sich gegen Nichtmitglieder richtet: Ihnen sollen mit Hilfe des Staates, der die Tarifverträge entweder für allgemeinverbindlich erklärt oder im Rahmen staatlicher Auftragsvergabe für Tariftreue sorgt, diejenigen Arbeitsbedingungen aufgezwungen werden, die Gewerkschaft und gewerkschaftshöriger Arbeitgeberverband von vornherein nur zu diesem Zweck vereinbart haben. Das belegt die Satzung des Bildungsverbandes (!): § 2 Abs. 2 Satz 3 erhebt zum Zweck des Verbandes „ein Regelwerk, das vom zuständigen Bundesministerium für allgemeinverbindlich innerhalb der Bundesrepublik Deutschland erklärt wird“. In der Präambel der Zweckgemeinschaft heißt es, daß der Branchentarifvertrag als Förder- und Auftragskriterium für öffentliche Auftraggeber geschaffen werden solle.

## II. Rechtliche Fragen

### 1. Unzulässige Ausrichtung auf Nichtmitglieder?

Tarifautonomie ist kollektive Privatautonomie: Sie zielt auf die rechtsgeschäftliche Selbstregelung eigener Angelegenheiten durch Vertrag. Eben der vertragliche Regelungsmechanismus unter paritätätsfördernden Gegenmachbedingungen begründet die besondere Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags. Ein Tarifvertrag hingegen, der in erster Linie für Außenseiter gelten soll, dem fehlt die tarifspezifische Richtigkeitsgewähr: Hier verhandeln die Vertragsparteien nicht über ihre eigenen Interessen wechselseitig zum Richtigen hin – hier werden Arbeitsbedingungen im gemeinsamen Interesse gezielt „zu Lasten Dritter“ formuliert. Das heißt indes nicht notwendig, daß der übliche „Tarif-Basar“ unterbliebe, denn gerade die am Mindestlohn besonders interessierte Seite fordert Gegenleistungen in anderen (autonomen) Tarifverhandlungen. Das ist etwa deutlich geworden bei den Bau-Mindestlöhnen oder in der Gebäudereinigung. Hier konnte die Arbeitgeberseite die Mindestlohn-

<sup>14</sup> OVG Berlin-Brandenburg vom 18.12.2008 – 1 B 13.08 – SAE 2009, 167 mit Besprechungsaufsatz *Klebeck/Weniger* S. 159 ff.

<sup>15</sup> BVerwG vom 28.1.2010 – 8 C 19.09 – juris.

bindung der Außenseiter zu eigenen Gunsten „verschachern“, also die Belastung der eigenen Mitglieder mit den tariflichen Regellöhnen dadurch begrenzen, daß dem Tarifpartner im Austausch eine Mindestlohnerhöhung angeboten worden ist, die für die eigenen Mitglieder nicht greift. Das ist ein hübsches Koppelungsgeschäft.

Indes: Jeder Mindestlohn tarif nach dem AEntG gründet auf einem Einvernehmen zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeberverband – tariffreie Unternehmen durch Mindestentgelte um ihren Wettbewerbsvorteil zu bringen, folglich auf einem Vertragshandeln zu Lasten Dritter. Tarifverträge, die nur für Außenseiter gelten, sind dem deutschen Tarifrecht fremd. Mag sein, daß manche allgemeinverbindliche Mindestentgelte für tarifautonom Tarifgebundene nicht greifen, weil dort teurere „Normalentgelttarife“ gelten. Das heißt aber nicht, daß die Mindestentgelte für die Mitglieder ohne jede Wirkung wären, schließlich sperrt das AEntG auch Sanierungstarifverträge und beschränkt so den Dispositionsspielraum der Tarifparteien. Auch greifen die Mindestentgelte hilfsweise, wenn die normale Tarifbindung endet. Insofern wirkt der Mindestlohn tarifvertrag jedenfalls als „Reservetarif“ auch gegenüber den tarifgebundenen Mitgliedern.

Mithin sticht dieser Einwand nicht: Jeder Mindestentgelttarif kann Außenseiter nur um den Preis eigener Tarifbindung erfassen. Ob die Mindestentgelte „in erster Linie“ zu Lasten der Außenseiter gedacht sind, kann für deren Tarifrierbarkeit keine Rolle spielen. Damit nämlich würde letztlich ein tarifliches Zweckmäßigkeitsurteil rechtlich überprüft – das wäre unzulässige Tarifzensur. Der Staat ist nicht berufen, Tarifpolitik auf ihre „Zweckverfehlung“ zu kontrollieren. Wer anders entscheiden will, muß das Mindestlohnkonzept des AEntG, nach dem die Tarifparteien Tarifverträge schließen, die von vornherein Mindestarbeitsbedingungen werden sollen, ändern.

## 2. Staatsabhängigkeit?

Allerdings ist die Tarifautonomie aus einem anderen Grund in Gefahr: Will ein Verband überhaupt nur oder doch überwiegend Tarifverträge mit Außenseiterwirkung abschließen, die mithin einer Legitimation durch Allgemeinverbindlicherklärung harren, liefert sich der Verband dem Staat aus: Die Geltungserstreckung auf Nichtmitglieder hängt am legitimierenden Staatsbefehl, der Allgemeinverbindlicherklärung, sei es nach § 5 TVG, sei es nach dem AEntG. Und auch die mittelbare Durchsetzung über ein Tariftreueverhalten<sup>16</sup> in der Auftragsvergabe zielt auf den Staat, der sein Nachfrageverhalten an Tarifverträgen ausrichtet.

<sup>16</sup> Dazu EuGH vom 3.4.2008 – C-346/06 [Rüffert] – NZA 2008, 537; *Klump*, Dienstleistungsfreiheit versus Tariftreue, NJW 2008, 3473.



Diese Abhängigkeit vom Staat schließt autonome Tarifbedingungen aus: Der Staat überprüft gerade, ob die konkreten Tarifinhalte den tariffreien Arbeitgebern und Arbeitnehmern und der Allgemeinheit zumutbar sind – kurz: ob es im öffentlichen Interesse liegt, die Tarifgeltung zu erstrecken, das betroffene Arbeitsmarktsegment also lohnpolitisch gleichzuschalten. Ein irgendgeartetes Recht der Tarifparteien auf Allgemeinverbindlicherklärung kann aus der Tarifautonomie gerade nicht abgeleitet werden, weil die Tarifparteien nur gegenüber ihren Mitgliedern zur Tarifregelung befugt sind. Die Tarifautonomie verschafft den Mindestlohntarifparteien keinen Anspruch auf Staatshilfe bei der Tarifdurchsetzung gegenüber Außenseitern. Art. 9 Abs. 3 GG schützt stets nur die Regelung der Arbeitsbedingungen der Mitglieder. Auch können die Tarifparteien im Verhältnis zum Staat keine Kampfmittel einsetzen. Insbesondere die Gewerkschaft hat keinen Anspruch auf die Allgemeinverbindlicherklärung, weil der Staat nach seiner Vorstellung vom Gemeinwohl agiert – nicht im gruppenegoistischen Interesse der Tarifparteien. Nur wenn man der Allgemeinverbindlicherklärung auch den Zweck beimißt, die Tarifparteien vor Wettbewerb zu schützen<sup>17</sup> – und nicht nur die tariffreien Arbeitnehmer vor unzureichenden Arbeitsbedingungen –, kommt ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung in Betracht. Dieser kann aber niemals zu einem Anspruch auf Allgemeinverbindlicherklärung gerinnen, weil schon der Beurteilungsspielraum, wieviel Entgeltwettbewerb das Arbeitsmarktsegment braucht oder verträgt, welche Wechselwirkungen zu anderen Arbeitsmarktsegmenten ausgelöst würden und ob etwaige Preiserhöhungen für Produkte oder Dienstleistungen der Wirtschaft und den Verbrauchern zuträglich sind, nicht justitiabel ist.

Das kann im Einzelfall zu einer Verhandlungsbeteiligung des Staates führen: Hält die staatliche Stelle den Mindestlohn für zu hoch, kann sie den Tarifparteien dies signalisieren, ja womöglich sogar eine Obergrenze mitteilen, und damit das aus Sicht der das Gemeinwohl repräsentierenden Entscheider<sup>18</sup> – gleich ob Ministerium oder Tarifausschuß – noch verträgliche Maß der Preissteigerung auf dem betroffenen Arbeitsmarktsegment beeinflussen. Damit wird der Staat zum mittelbaren Tarifpartner in einem zumindest informellen Mindestlohn-Trialog, ganz ähnlich wie das beim Euro-

<sup>17</sup> Für § 5 TVG: BVerwG vom 3.11.1988 – 7 C 115/86 – NZA 1989, 364, 367; Däubler/Lakies, TVG, 2. Auflage (2006) § 5 Rn. 7; Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage (2007) § 5 Rn. 5; Zachert, „Neue Kleider für die Allgemeinverbindlichkeitserklärung?“ NZA 2003, 132 f.; für das alte AEntG: Däubler/Lakies Anhang 2 zu § 5 Rn. 5 und Wiedemann/Wank Anhang 1 zu § 5 Rn. 2 f.; kritisch zum neuen AEntG sowie MiArbG: Willemssen/Sagan, Mindestlohn und Grundgesetz – Staatliche Lohnfestsetzung versus Tarifautonomie, NZA 2008, 1216; Löwisch, Die neue Mindestlohngesetzgebung, RdA 2009, 215, 220 wendet sich explizit gegen staatliches Einmischen in den Wettbewerb zweier Gewerkschaften.

<sup>18</sup> Eindringlich: Engel, Offene Gemeinwohldefinitionen, Rechtstheorie 32 (2001) S. 23 ff.

päischen Sozialpartner-Trialog nach Art. 155 AEUV (ex-Art. 139 EGV) der Fall ist. Die Tarifparteien sind hier nicht mehr autonom handlungsfähig, sondern von einer staatlichen Billigung ihrer Vereinbarung abhängig. Von „Tarifautonomie“ kann keine Rede mehr sein. Vielmehr agieren die Tarifparteien in einem staatlich verantworteten Rechtsetzungsprozeß nur als „Mitverwalter“ – ihnen bleibt nur eine „virtuelle Repräsentation“, die keine Normativkraft trägt<sup>19</sup>.

Will ein Verband entweder überhaupt nur Mindestlohtarifverträge abschließen oder doch seinen Betätigungsschwerpunkt in solch staatsabhängiger Normsetzung sehen, ist ihm die Tariffähigkeit abzuspochen: Ohne staatliche Normsetzungshilfe ist er „aufgeschmissen“. Damit aber fehlt es an der für die Tariffähigkeit nach einhelliger Meinung erforderlichen Unabhängigkeit vom Staat<sup>20</sup>. Auch wenn man der Koalition mit einem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hülfe, änderte das nichts daran, daß die Regelung der Arbeitsbedingungen durch den Staat verantwortet wird, die Verbände – wie in sozialistischen Arbeitsrechtssystemen – auf eine bloße Beteiligung im Regelungsverfahrensverfahren beschränkt sind.

Mindestlohnverbände sind wegen dieser begrenzten Zwecksetzung nicht tariffähig! Für eine Gewerkschaft kann man sich eine derartige Ausrichtung ohnehin nicht vorstellen, weil die Mitglieder nicht für einen allgemeinen Mindestlohn zu begeistern sind. Für einen Arbeitgeberverband mag eine Mindestlohnstrategie zwar ökonomisch sinnvoll sein, weil Wettbewerber so um ihren Vorteil niedrigerer Löhne gebracht werden können, aber tarifautonom ist eine solche gleichschaltende Marktregulierung nicht möglich. Irgendein Anhaltspunkt dafür, daß jene Zweckgemeinschaft des Bildungsverbandes anderes als solche allgemeinverbindliche Marktregulierung anstrebt, existiert nicht.

<sup>19</sup> Richtig *Schwarze*, Legitimation kraft virtueller Repräsentation – ein gemeinschaftsrechtliches Prinzip? RdA 2001, 208 ff.; *S. Arnold*, Der Soziale Dialog nach Art. 139 EG (2008) 211 ff.; *Gilles*, Das Zustandekommen und die Durchführung von Sozialpartnervereinbarungen im Rahmen des europäischen Sozialen Dialogs (1999) 145 f.; *Callies/Ruffert/Krebbler*, EUV/EGV, 3. Auflage (2007) Art. 139 EGV Rn. 16; *Rieble/Kolbe*, Vom Sozialen Dialog zum europäischen Kollektivvertrag? EuZA 2008, 453, 459 f.; falsch *Deinert*, Partizipation europäischer Sozialpartner an der Gemeinschaftsrechtsetzung, RdA 2004, 211, 216 ff., der die Inkompatibilität staatlich-demokratischer und tariflich-autonomer Regelung ignoriert.

<sup>20</sup> *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auflage (1970) Bd. II/1 S. 97 f.; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage (2004) § 2 Rn. 24 ff.; *Däubler/Peter*, TVG, 2. Auflage (2006) § 2 Rn. 35; *Zöllner/Loritz/Hergentröder*, Arbeitsrecht (2008) § 9 III 6 S. 97.

### 3. Gegnerunabhängigkeit

#### a) Funktionsvoraussetzung von Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie

Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie fußen auf dem (liberal-kapitalistischen) Gegenmachtprinzip<sup>21</sup>: Gewerkschaften „neutralisieren“ die wirtschaftliche Übermacht des Arbeitgebers, indem sie die schwächliche Marktmacht der Arbeitnehmer kollektivieren und gebündelt entfalten. Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG ist mit „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ nebst „wahren und fördern“ bipolar angelegt. Die Arbeitnehmerseite muß ihre Willensbildung über die angestrebten Arbeitsbedingungen so unabhängig von der Arbeitgeberseite vornehmen wie diese umgekehrt. Als Interessenverbände müssen sie funktional auf die Interessensammlung, -bündelung und kollektive Wertung ausgerichtet sein. Nur die „gegnerreine“ Kollektivierung eigener Interessen trägt den späteren antagonistischen Interessenausgleich und verschafft diesem ein gewisses Richtigkeitsvertrauen. Daß Tarifparteien gegnerfrei und gegnerunabhängig sein müssen<sup>22</sup>, ist mithin ein Gebot schon der Koalitionsfreiheit und nicht erst der Tariffähigkeit. Das BAG war freilich bislang nicht sehr streng und hat etwa den Verband der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie, von dessen Mitgliedern (nur) zwei ehrenamtlich in Arbeitgeberverbänden Mitglied waren, als Gewerkschaft für hinreichend gegnerfrei gehalten<sup>23</sup>.

Diese Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit ist „relativ“, das heißt nur auf den jeweiligen sozialen Gegenspieler bezogen. Das ist logische Konsequenz des notwendig relativen Gegnerbezugs. Die AUB etwa war in der Phase der „üppigen“ Finanzierung durch die Siemens AG, die mittelbar über Schelsky erfolgte, von der Siemens AG finanziell abhängig. Gegenüber anderen Unternehmen (außerhalb der Siemens-Gruppe) konnte sie als Koalition auftreten, da diese Abhängigkeit sich auf andere Unternehmen nicht auswirken mußte.

Die praktische Frage lautet nun aber: Wie stellt man diese Abhängigkeit fest? Eine konkrete Einflußnahme ist kaum festzustellen, geschweige denn nachzuweisen. Schon für die Abhängigkeit des § 17 Abs. 1 AktG genügt die bloße Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluß auszuüben<sup>24</sup>. Und so hat das BAG für die Anwendung seines koalitionsrechtlichen Gewinnverbotes für Betriebsratsschulungen zum Schutz des Arbeitgebers zuerst zwar darauf abgestellt, daß die Gewerkschaft das gewerkschaftseigene Schulungsunter-

<sup>21</sup> Statt aller: *Böhm*, Kartelle und Koalitionsfreiheit (1933).

<sup>22</sup> Unbestritten; statt aller: *Löwisch*, Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit, *ZfA* 1970, 295 f.; *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/1 S. 91.

<sup>23</sup> BAG vom 16.11.1982 – 1 ABR 22/78 – DB 1983, 1151; weiter *Park*, Verfassungs-, zivil- und arbeitsrechtliche Stellung der Arbeitgeberverbände (1997), S. 64 ff.

<sup>24</sup> Dazu MünchKommAktG/*Bayer*, 3. Auflage (2008) § 17 Rn. 11.

nehmen über die Gesellschafterstellung und einen Kooperationsvertrag in seiner koalitionspezifischen Tätigkeit steuern kann<sup>25</sup>. Später hat das Gericht für die Schulung durch einen gewerkschaftsnahen (gemeinnützigen) Verein auf die Einflußmöglichkeiten durch satzungsmäßige Rechte und personelle Verflechtungen abgestellt<sup>26</sup>. Schließlich hat es genügen lassen, daß „der Verein über die Durchführung betriebsverfassungsrechtlicher Schulungen hinaus umfassend zur Durchführung gewerkschaftlicher Bildungsarbeit oder einer sonstigen gewerkschaftlichen Betätigung genutzt werden kann“ und das „Fehlen rechtlich gesicherter Beherrschungsmöglichkeiten“ für unbeachtlich erklärt, solange nur ein faktischer Einfluß möglich ist<sup>27</sup>. Dementsprechend kann auch die Wahl einer Stiftung als Bildungsträger den Gewerkschaftseinfluß nicht ausschalten, wenn und soweit die Gewerkschaft über Besetzungsrechte die Mehrheit der Mitglieder in den maßgeblichen Stiftungsorganen besetzt<sup>28</sup>.

Ebenso ist es um die Gegnerunabhängigkeit schon dann geschehen, wenn die Gewerkschaft auf den Arbeitgeberverband Einfluß nehmen kann. Die als Arbeitgeberverband agierende Zweckgemeinschaft des Bildungsverbandes ist in ihrer Willensbildung von gewerkschaftlichen Bindungsunternehmen abhängig, wodurch ein Gewerkschaftseinfluß auf die tarifliche Willensbildung möglich ist. Damit aber ist der Mindestlohntarif ersichtlich unwirksam. Es liegt nicht anders als bei der AUB (Arbeitsgemeinschaft Unabhängiger [!] Betriebsangehöriger): Sie hat die Unabhängigkeit vom sozialpolitischen Gegenspieler Siemens AG schon durch die bloße Möglichkeit verloren, daß die Finanzierung – genauer: die Möglichkeit der Siemens AG, diese jederzeit kraft Mißvergnügens einzustellen – die eigene Willensbildung beeinflusst.

Das BAG freilich hat in der UFO-Entscheidung aus 2004 die Gegnerunabhängigkeit restriktiv verstanden (um der Koalitionsfreiheit mehr Freiraum zu geben): Solch schädliche Abhängigkeit müsse „strukturell“ sein, mithin schaden personelle oder organisatorische Verflechtungen oder wesentliche finanzielle Zuwendungen erst dann, wenn die eigenständige Interessenwahrnehmung der Tarifvertragspartei „ernsthaft“ gefährdet wird<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> BAG vom 30.3.1994 – 7 ABR 45/93 – NZA 1995, 382.

<sup>26</sup> BAG vom 28.6.1995 – 7 ABR 55/94 – NZA 1995, 1216.

<sup>27</sup> BAG vom 17.6.1998 – 7 ABR 20/97 – NZA 1999, 220 unter B 3 c (im konkreten Fall allerdings verneint, weil die Vereinssteuerung paritätisch durch Gewerkschaft und einen Volkshochschulverband erfolgte. Dazu auch *Lessner-Sturm* (Fn. 9) Rn. 786.

<sup>28</sup> *Lessner-Sturm* (Fn. 9) Rn. 788 ff.

<sup>29</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 – NZA 2005, 697, LS 3 und III. 2. der Gründe.

b) Gegnerunabhängigkeit als Lauterkeitsrecht  
im Gewerkschaftswettbewerb

Diese Gegnerfreiheit ist geschichtlich der Erfahrung mit den gelben, von Arbeitgebern veranstalteten und finanzierten „Gewerkschaften“ entsprungen<sup>30</sup>. Sie dient also in erster Linie der Funktionsfähigkeit der Gewerkschaften, indem sie davor geschützt werden, daß Arbeitnehmer einer Scheingewerkschaft folgen und damit von den „echten“ Gewerkschaften abgelenkt und abgezogen werden. Systematisch gesehen ist das Lauterkeitsrecht: Das Gewerkschaftssystem wird vor irreführenden Kollektivwettbewerbern geschützt. Das ist deswegen bemerkenswert, weil das UWG auch nach der jüngsten Novelle 2008 und unter Berücksichtigung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken<sup>31</sup> für Koalitionen und ihren Arbeitsmarktwettbewerb nicht gilt: Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sind in dieser Funktion keine Unternehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG) und nehmen keine „geschäftlichen Handlungen“ auf dem Markt für Waren oder Dienstleistungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) vor. „Marktteilnehmer“ sind nur jene, die als „Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG) auftreten<sup>32</sup>. Insofern kann man zwar die Arbeitsleistung als Dienstleistung begreifen, weswegen jedenfalls die unternehmerische Arbeitskräftenachfrage dem UWG zugeordnet bleibt<sup>33</sup> – doch die spezifische Koalitionstätigkeit für das Mitglied (Regelung von Arbeitsbedingungen, verbandliche Rechtsschutzgewährung) und die Werbung um Mitglieder eben nicht. So betont das BAG noch 2005 für eine gewerkschaftliche Werbung mit ermäßigtem Beitrag:

„Die reine Mitgliederwerbung [ist] kein geschäftlicher Verkehr iSd. § 1 UWG a.F. Sie ist nicht auf gewerbliche Konkurrenz angelegt, sondern dient der Verwirklichung der sozialen und gesellschaftlichen Aufgaben der Gewerkschaften. ... Dementsprechend können auch Idealvereine wettbewerbsrechtlich als Unternehmen anzusehen sein, soweit sie gegenüber ihren Mitgliedern für sich gesehen entgeltliche, aber durch den Mitgliedsbeitrag abgedeckte Leistungen erbringen, die auch auf dem Markt gegen

<sup>30</sup> Jung, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht (1999) S. 11 ff., 92 ff.; Küppers, Gerechtigkeit in der modernen Arbeitsgesellschaft und Tarifautonomie (2008) S. 281.

<sup>31</sup> Zum erweiterten Geltungsbereich Glöckner, Der gegenständliche Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts nach der UWG-Novelle 2008 – ein Paradigmenwechsel mit Folgen, WRP 2009, 1175.

<sup>32</sup> Für Verbandstätigkeit allgemein Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Auflage (2008) § 2 Rn. 40 f.

<sup>33</sup> Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Auflage (2008) § 2 Rn. 39; Schloßer, Unlautere Werbung durch Stellenanzeigen, WRP 2004, 145; schon Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn. 488 ff.

Entgelt angeboten werden. ... Dazu können auch Beratungsleistungen oder die Gewährung von Rechtsschutz gehören. Die Unternehmenseinigkeit einer Gewerkschaft bedarf aber im Streitfall schon deshalb keiner Klärung, weil deren reine Mitgliederwerbung keine Wettbewerbshandlung iSd. UWG ist. Sie bezweckt nicht den Absatz oder den Bezug von Waren oder Dienstleistungen (...). Der Umstand, dass eine Vereinsmitgliedschaft mit Ansprüchen auf bestimmte Leistungen des Vereins verbunden ist, hat allein noch nicht zur Folge, dass die Mitgliederwerbung eine auf den Absatz dieser Leistung gerichtete (Wettbewerbs-)Handlung wäre. Dies gilt zumindest in den Fällen, in denen die Erbringung der Leistung nicht den Hauptzweck oder gar den alleinigen Zweck der Vereinstätigkeit darstellt. Auch kommt es nicht darauf an, ob andere Vereine mit gleicher oder ähnlicher Zielsetzung vorhanden sind, die ebenfalls Mitgliederwerbung betreiben (...). Die Mitgliederwerbung einer Gewerkschaft zielt nicht in erster Linie oder gar ausschließlich auf den Absatz der Dienstleistung ‚Rechtsschutz‘. Dessen Gewährung ist zwar regelmäßig vom Satzungszweck gedeckt. Er ist aber weder Haupt- noch gar alleiniger Zweck einer Gewerkschaft. Deren Hauptaufgabe ist es, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder, insbesondere durch den Abschluss von Tarifverträgen, zu wahren und zu fördern.“<sup>34</sup>

Ebenso der BGH in seiner älteren Rechtsprechung<sup>35</sup>:

„Der Begriff des ‚geschäftlichen Verkehrs‘ wird zwar durchweg weit ausgelegt. Trotzdem wäre es verfehlt, die zum hergebrachten Aufgabenbereich der Gewerkschaft gehörende soziale Betreuung der Mitglieder dem geschäftlichen Verkehr zuzurechnen und damit die auf diese Betreuung bezugnehmende Mitgliederwerbung Wettbewerbsregeln zu unterstellen, die auf die Konkurrenz von Gewerbetreibenden zugeschnitten sind.“

Auch der koalitionspolitische Meinungskampf ist frei vom UWG – ganz gleich, ob er sich gegen Konkurrenzgewerkschaften oder gegen Unternehmen richtet<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> BAG vom 31.5.2005 – 1 AZR 141/04 – NZA 2005, 1182; BAG vom 11.11.1968 – 1 AZR 16/68 – NJW 1969, 861; dazu *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn. 512 ff.

<sup>35</sup> BGH vom 6.10.1964 – VI ZR 176/63 – BGHZ 42, 210, 218 = AP Nr. 6 zu § 54 BGB = NJW 1965, 29; Propaganda der GdP gegen die ÖTV; BGH vom 7.1.1964 – VI ZR 58/63 – AP Nr. 1 zu § 1004 BGB: „Sabotage“-Vorwurf einer Beamtenkoalition gegen die Postgewerkschaft; allgemein zur Mitgliederwerbung BGH vom 14.1.1972 – I ZR 95/70 – GRUR 1972, 427 [„Mitgliederwerbung“]; BGH vom 20.2.1997 – I ZR 12/95 – WRP 1997, 843 [„Emil-Grünbär-Klub“]; weiter *Rieble/Gutzeit*, Gewerkschaftliche Selbstdarstellung in Internet und Intranet, ZfA 2001, 341, 343 ff.: keine markenrechtlichen Abwehransprüche des Unternehmens gegen die die Firma (im Internet) nutzende Gewerkschaft.

<sup>36</sup> BGH vom 5.2.1980 – VI ZR 174/78 – GRUR 1980, 309 = NJW 1980, 1685 [„Straßen-

Selbst in den Marktsegmenten, in denen eine Gewerkschaft in Konkurrenz zu Unternehmen Dienstleistungen anbietet (Unfallversicherungsschutz), spricht der BGH der Gewerkschaft (fälschlich) keine eigene, für das UWG relevante Unternehmenstätigkeit zu, sondern sieht ihre Vermittlungstätigkeit (nur) als Teilnahme am fremden Wettbewerb des Versicherers<sup>37</sup>. Doch scheint der BGH umzusteuern: 2005 hat er Lohnsteuerhilfvereine, die nicht nur um Mitglieder, sondern mit ihren Beratungsdienstleistungen werben, insofern dem UWG zugeordnet<sup>38</sup>. Ob solche Koalitionstätigkeiten, die das Mitglied auch auf dem Markt buchen kann – insbesondere Rechtsberatung und Prozeßvertretung –, deshalb mittelfristig doch dem UWG zugeordnet werden, bleibt abzuwarten. Für unsere Frage ist das ohne Belang: Mit Blick auf die Gegnerunabhängigkeit geht es um den Kern der Koalitionswillensbildung und damit ein spezifisch verbandliches Geschehen, das dem UWG in seiner jetzigen Fassung nicht unterliegt.

Immerhin kann die Irreführungskomponente womöglich arbeitsstrafrechtlich „abgearbeitet“ werden: Wirbt eine Koalition um Mitglieder und verschweigt sie hierbei, daß sie gegnergesteuert ist und also von vornherein keine ehrliche Interessenvertretung verspricht, kann das einen Eingehungsbetrag in die Mitgliedschaft bedeuten. Strafrechtlich problematisch ist freilich die Schadensfeststellung – weil sich der Wert der Mitgliedschaft kaum beziffern läßt und das Strafrecht – anders als das Zivilrecht – beim subjektiven Schadenseinschlag doch sehr zurückhaltend ist<sup>39</sup>.

Gegnerfreiheit auf der Arbeitgeberseite hat keine vergleichbare Lauterkeitsfunktion. Hier geht es, wie I.3 gesehen, um den Staatszugriff auf den Arbeitsmarkt, um „Scheintarifverträge“<sup>40</sup> zwischen Gewerkschaft und dem von ihr gesteuerten Arbeitgeberverband, die von vornherein den Interessenausgleich bestenfalls simulieren und auf den staatlichen Geltungsbefehl warten. Hätte der Plan freilich Erfolg, so kann die Täuschung über die zur Unwirksamkeit des Tarifvertrags und damit der Wirkungslosigkeit jeder All-

und Autolobby“]; BGH vom 1.2.1977 – VI ZR 204/74 – BGHZ 1, 58 [„Halsabschneider“] für Schmähkritik in einer Gewerkschaftszeitung am Unternehmen; dazu *Köhler*, Arbeitskampf und Wettbewerbsrecht, RdA 1987, 234, 236.

<sup>37</sup> BGH vom 25.1.1990 – I ZR 19/87 – BGHZ 110, 156; anders und richtig dagegen für den „konsumgenossenschaftlichen“ Hamburger Volksbühnenverein BGH vom 29.10.1970 – KZR 3/70 [Volksbühne II] – WuW/E BGH 1142 = LM § 22 GWB Nr. 4; dazu *Piper*, Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der Bereitstellung von Versicherungsschutz für Vereinsmitglieder, FS von Gamm (1990) S. 147, 149 ff.; *Göller*, Gewerkschaftliche Gruppenrechtsschutzversicherungen (1993); *Vorderwülbecke*, Rechtsform der Gewerkschaften und Kontrollbefugnisse des Gewerkschaftsmitglieds (1988) S. 48 ff.

<sup>38</sup> BGH vom 7.7.2005 – I ZR 253/02 „Werbung mit Testergebnis“ – NJW 2005, 3287 = GRUR 2005, 877.

<sup>39</sup> Vgl. für den Eingehungsbetrag ins Arbeitsverhältnis nur Schönke/Schröder/*Cramer/Perron*, StGB, 27. Auflage (2006) § 263 Rn. 154.

<sup>40</sup> Nicht i.S.v. § 117 BGB.

gemeinverbindlicherklärung führenden Umstände in einen Massenbetrug gegenüber den tariffreien Arbeitgebern münden.

c) „Innere Koalitionsfreiheit“ als autonomiesichernde  
„Collective Governance“?

Die „Entdeckung“ der Steuerungsfähigkeit von Organisationen und ihrer Entscheidungsmechanismen hat als Corporate Governance zunächst die Unternehmen erfaßt (auch wenn die Mitbestimmungseinflüsse auf die Unternehmen in der Diskussion weithin [und auf unwissenschaftliche Weise] ausgeklammert sind<sup>41</sup>). Eine solche Governance – also eine vertrauenswürdige und effektive Entscheidungsfindung, die insbesondere mit Interessenkonflikten sachlich angemessen umgeht – ist nicht bloß für Unternehmen, sondern gerade für Verbände zu fordern. Jedenfalls für jene Verbände, die auf ihre Mitglieder erhebliche Macht ausüben können, also gerade für Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände (und andere, von *Reuter* hinreichend beleuchtete Monopolverbände, etwa im Sport), ist eine rechtliche Kontrolle ihrer institutionellen Verfaßtheit durchweg angebracht.

Gerade *Reuter* hat die Grundlagenarbeit solcher „Governance“, also der institutionellen Verfaßtheit von Verbänden im BGB-Vereinsrecht, geleistet, etwa für die Mitgliederversammlung als zentralem Organ<sup>42</sup>, für die innerverbandlichen Oppositionsrechte<sup>43</sup>, hinsichtlich der Vorstandsbesetzungsrechte Dritter<sup>44</sup>, und ganz allgemein die Konsequenzen aus der unzureichenden Marktdisziplinierung jener Verbände diskutiert, denen potentielle Mitglieder nicht einfach ausweichen können<sup>45</sup>.

Mit der Gegnerfreiheit und der Gegnerunabhängigkeit will das Koalitionsrecht eine genau bestimmte Störung der autonomen Willensbildung unterbinden. Insofern geht es der Rechtsordnung um die negative Abwehr eines unzulässigen Einflusses, um die governance-typische Verhinderung eines Interessenkonfliktes. Auf der Ebene der Tariffähigkeit wird durch die geforderte Unabhängigkeit von Staat, Kirche und Parteien<sup>46</sup> dieser „Negativschirm“ erweitert. Daß der Staat und andere gesellschaftliche Großorganisationen keinen inhaltlich bestimmenden Einfluß auf die tarifliche (!) Willensbildung nehmen dürfen, spricht nicht nur gegen jede Gemeinwohl-

<sup>41</sup> Dazu instruktiv *Brocker*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance (2006).

<sup>42</sup> MünchKommBGB/*Reuter*, 5. Auflage (2006) § 32 Rn. 5 f.

<sup>43</sup> *Reuter*, Grundfragen des Koalitionsverbandsrechts, FS Söllner (2000) S. 937, 946 f.

<sup>44</sup> MünchKommBGB/*Reuter* § 27 Rn. 18 ff.

<sup>45</sup> MünchKommBGB/*Reuter* Vor § 21 Rn. 99 ff sowie zum Ganzen *ders.* (Fn. 44) FS Söllner (2000) S. 937.

<sup>46</sup> *Däubler/Peter*, TVG, 2. Auflage (2006) § 2 Rn. 35 f; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage (2004) § 2 Rn. 24 ff.



bindung und für einen privatautonom konstituierten Gruppenegoismus. Vor allem sollen Arbeitnehmer (aber auch Arbeitgeber) ihre tariflichen Ziele, aber auch die Entscheidung über die Auseinandersetzung mit dem Gegner nicht an den Wünschen solcher Großorganisationen ausrichten, die mit den Mitgliederinteressen nicht identisch sind oder sein müssen.

Einen positiven Aspekt bringt das Tarifvertragsrecht mit dem Merkmal „demokratische Organisation“ als Voraussetzung der Tariffähigkeit ins Spiel. Dabei geht es gerade nicht um eine Analogie zur staatsverfassungsrechtlichen Demokratie, sondern um angemessene Teilhabe der Mitglieder an der tarifpolitischen Willensbildung – um die „Mitgliederhoheit“.

Das zielt in erster Linie auf individuelle Wahl- und Stimmrechte, kann aber auch nur ein innerverbandliches Minimum an Mitwirkungsrechten garantieren<sup>47</sup>. Jedenfalls ist der historische Versuch, den Gewerkschaften als Kampfverbänden ein Recht zu (stalinistischer) Kritikunterdrückung zuzusprechen, gottlob gescheitert.<sup>48</sup>

Umgekehrt wird auch dieses Merkmal inzwischen primär negativ gelesen und soll die tarifliche Willensbildung vor illegitimem Fremdeinfluß bewahren. Dabei geht es in erster Linie um die sogenannten OT-Verbände auf Arbeitgeberseite, die ihren Mitgliedern zwei Arten von Mitgliedschaft anbieten: eine Vollmitgliedschaft, die nach § 3 Abs. 1 TVG die Tarifbindung auslöst, und die tariflose (eben „ohne Tarif“) Mitgliedschaft, die das Mitglied vor allem für andere (Beratungs-)Leistungen des Vereins legitimiert.

In der Tat könnte ein Stimmrecht jener OT-Mitglieder in tariflichen Angelegenheiten oder gar eine Organschaft – etwa eines OT-Mitgliedes in der Tarifkommission – die Tarifautonomie als Selbstbestimmung der Tarifgebundenen gefährden. Dementsprechend fordert die tarifrechtliche Literatur nahezu einhellig, daß OT-Mitgliedern in tarifpolitischen Fragen kein Mitspracherecht eingeräumt werden darf, um die **Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie** zu sichern.<sup>49</sup> Während der Erste Senat des BAG noch 2006 offen

<sup>47</sup> Dazu *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage (2004) § 2 Rn. 32.

<sup>48</sup> Hierzu *Reuter* (Fn. 44) FS Söllner (2000) S. 950 f., der richtig auch dem Bundesverfassungsgericht vorhält, mit einem „Recht auf Solidarität“ letztlich Gleichschaltung zu betreiben.

<sup>49</sup> *Bayreuther*, OT-Mitgliedschaft, Tarifzuständigkeit und Tarifbindung, BB 2007, 325, 327; *Buchner*, Verbandsmitgliedschaft ohne Tarifbindung, NZA 1995, 761, 766; *Deinert*, Schranken der Satzungsgestaltung beim Abstreifen der Verbandstarifbindung durch OT-Mitgliedschaften, RdA 2007, 83; *Hensche*, Verfassungsrechtlich bedenkliche Neujustierung des Verhältnisses zwischen Individualwille und kollektiver Ordnung, NZA 2009, 815, 818 f.; *Junker*, Anm. zu BAG 23.10.1996 – 4 AZR 409/95 – SAE 1997, 172; *Konzen*, Die Tarifzuständigkeit im Tarif- und Arbeitskämpfrecht, FS Kraft (1998) S. 291, 318; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004) § 2 Rn. 34, allgemein § 1 Rn. 169 ff.; *Ostrop*, Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (1997) S. 109 f.; *S. J. Otto*, Zulässigkeit einer tarifbindungsfreien Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden, NZA 1996, 624, 628; *Röckl*, Zulässigkeit einer Mitgliedschaft in

ließ, „ob und ggf. in welchem Umfang die OT-Mitglieder von der tarifpolitischen Willensbildung des Verbands ausgeschlossen sein müssen“<sup>50</sup>, hat der Vierte Senat 2008 in seiner Blitzwechsel-Entscheidung (obiter) die von der Literatur aufgestellten Grundsätze erhärtet und OT-Mitgliedern die Mitwirkung an tarifpolitischen Entscheidungen des Verbandes untersagt<sup>51</sup>. Dabei beruft sich der Senat auf ein Gebot zur Erhaltung der „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie“, ohne jedoch dessen normative Herkunft näher zu beschreiben. Vielmehr flüchtet der Senat in eine methodisch abseitige „Generalabwägung“ von individueller und kollektiver Koalitionsfreiheit<sup>52</sup>. Der Senat stellt dann den allgemeinen Rechtssatz auf, daß Geschäftsgrundlagenstörungen des Tarifvertrags zu verhindern seien und folgert daraus, daß es nicht sein dürfe, „dass diejenigen Arbeitgeber, die vertreten durch den Verband an den Tarifverhandlungen teilnehmen, nicht mit denjenigen übereinstimmen, die nach Tarifabschluss an diesen gebunden sind“. Daß hier schräg und spiegelbildlich argumentiert wird, liegt allein an der politischen Zielsetzung des Senats: Er will nicht (negativ) Fremdeinfluß auf die Tarifverhandlungen verhindern (weil das nur zur sozialpolitisch unerwünschten Unwirksamkeit des Tarifvertrages führen könnte) – er will umgekehrt (positiv) eine greifbar gesetzwidrige Tarifbindung derjenigen „erlassen“, die nach den Tarifverhandlungen „blitzartig“ den Verband verlassen. Der Senat postuliert also einen allgemeinen Grundsatz, daß nur diejenigen an Tarifverhandlungen teilnehmen dürfen, die auch vom Tarifvertrag betroffen sind und spiegelt diesen dann (unter verschwiegener Heranziehung des rechtsmethodischen Großmeisters *Morgenstern*: „weil ... nicht sein kann, was nicht sein darf“<sup>53</sup>) dahin, daß nicht etwa die Mitwirkung eines unzureichend Legitimierten am Tarifabschluß zu kritisieren ist, sondern vielmehr umgekehrt dessen Tarifbindung contra legem herzustellen ist. Dieser *Palmström*-Gedanke findet sich vertieft

Arbeitgeberverbänden ohne Tarifbindung? DB 1993, 2382; *Schlochauer*, OT-Mitgliedschaft, FS Hromadka (2008) S. 379, 391 f.; *Wilhelm/Dannhorn*, Die „OT-Mitgliedschaft“ – neue Tore für die Tariffucht? NZA 2006, 466, 471; großzügiger nur *Thüsing/Stelljes*, Verbandsmitgliedschaft und Tarifgebundenheit, ZfA 2005, 527, 552: die Mitglieder könnten auf solchen Einmischungsschutz verzichten.

<sup>50</sup> BAG vom 18.7.2006 – 1 ABR 36/05 – NZA 2006, 1225.

<sup>51</sup> BAG vom 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 – NZA 2008, 1366, Rn. 39. Zentral vorbereitet im obiter dictum vom 20.2.2008 – 4 AZR 64/07 – NZA 2008, 946.

<sup>52</sup> BAG vom 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 – Rn. 59 f. Zur Methodenkritik bereits *Reuter* Anmerkung EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 94 S. 28. Zum Blitzwechsel näher *Höpfner*, Blitzaustritt und Blitzwechsel in die OT-Mitgliedschaft, ZfA 2009, 541 ff., der zum selben Ergebnis des Senates kommen will – indem er den OT-Mitgliedern, die an tarifpolitischen Entscheidungen mitwirken, widersprüchliches Verhalten (wem gegenüber?) vorwirft und sie nach § 242 BGB (Treue wem gegenüber?) auf den Tarifvertrag verpflichten will. Methodisch ist das nicht besser. Weiter *Rieble*, „Blitzaustritt“ und tarifliche Verbindung, RdA 2009, 280.

<sup>53</sup> Aus „Die unmögliche Tatsache“, *Palmström*-Zyklus.

in der jüngsten OT-Entscheidung, mit der der Tarifenat die „Verfügungsgewalt über den Streikfonds“ allein den T-Mitgliedern zuordnen will und aus der widerstreitenden Satzungsgestaltung des Arbeitgeberverbandes Remscheid folgert, daß die Tarifgebundenheit des § 3 TVG individualrechtlich auch denjenigen erfaßt, der aus der Tarifträger-Fachgruppe ausgetreten ist<sup>54</sup>. Damit wird ersichtlich § 3 Abs. 3 TVG überdehnt.

Bezeichnenderweise gehen der Erste und der Vierte Senat anderen Störungen der tariflichen Selbstregelung eigener Angelegenheiten durch Dritte nicht nur nicht nach. So weist der Erste Senat die Kritik an (den gar nicht so seltenen) dreiseitigen Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber(verband), Gewerkschaft und Betriebsrat zurück: Eine unzulässige Einflußnahme des gar nicht tariffähigen Betriebsrats auf die Tariffinhalte<sup>55</sup> sei auch durch seine Parteistellung nicht induziert<sup>56</sup>. Immerhin hat der Erste Senat zwischenzeitlich entschieden, daß solch dreiseitige Vereinbarungen daran scheitern, daß entgegen dem Gebot der Normenklarheit nicht erkennbar ist, ob es sich um einen Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung handelt und wer die Verantwortung für die Normen trägt<sup>57</sup>.

Schlimmer noch ist die Sympathiekampf-Rechtsprechung des Ersten Senats: Sie erlaubt den Kampf gegen Dritte zentral mit der Erwägung, daß der bekämpfte Dritte doch irgendwie Einfluß auf die Tarifpartei auf seiner Seite nehmen könne und leitet also aus der systemwidrigen Einflußnahme Dritter auf Tarifverhandlungen sogar eine Kampfberechtigung ab<sup>58</sup>. Damit wird der Fremdeinfluß gefördert. „Was denn nun?“, muß man sich fragen.

Geht es darum, über die tradierte Unabhängigkeit von Gegner, Kirche, Staat und Partei positiv eine Selbstbestimmung der Verbände (und vielleicht auch des einzelnen Arbeitgebers) in Tarifverhandlungen zu gewährleisten, so müßten die tarifrechtlichen Ansätze dann nur modernisiert werden: zu einer Collective Governance, die Interessenkonflikte vermeidet. „Gute Koalitionsführung“ bedeutet nicht nur gegnerreine sondern autonome Interessenfindung und -verfolgung. Fremde und Dritte, denen die Tariffähigkeit fehlt, ja selbst eigene Spitzenverbände<sup>59</sup> müssen die Autonomie als Selbstregelungsrecht achten. Die Einflußnahme auf Verbände und ihre Organe – sei es durch

<sup>54</sup> BAG vom 22.4.2009 – 4 AZR 111/08 – NZA 2010, 105.

<sup>55</sup> So *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 478.

<sup>56</sup> BAG vom 7.11.2000 – 1 AZR 175/00 – NZA 2001, 727; so auch *Thüsing*, Dreigliedrige Standortvereinbarungen, NZA 2008, 201.

<sup>57</sup> BAG vom 15.4.2008 – 1 AZR 86/07 – NZA 2008, 1074.

<sup>58</sup> BAG vom 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055; dazu kritisch *Wank*, Aktuelle Probleme des Arbeitskammerrechts, RdA 2009, 1, 2 ff.; *Rieble*, Das neue Arbeitskammerrecht des BAG, BB 2008, 1506; 1511; *Rüthers/Höpfner*, Über die Zulässigkeit von Flashmobs als Arbeitskammermaßnahme, JZ 2010, 261.

<sup>59</sup> Eingehend *Rieble*, Tarifkoordinationierung in Spitzenverbänden, FS Otto (2008), S. 471.

Drohung und Druck, sei es durch gezielte Begünstigung, gar Bestechung<sup>60</sup> – muß abgewehrt werden, durch ein effektives Tarifrecht. Ihm ginge es um innere Koalitionsfreiheit<sup>61</sup>.

Findet sich das BAG zu solcher Richterrechtsentwicklung nicht bereit (vor allem weil das Tarifverträge hindert und nicht befördert), bleibt zunächst eine Widersprüchlichkeit aufzulösen: Wie kann es sein, daß das BAG Blitzaustritten und Blitzwechseln offensiv begegnet, um eine Tarifgestaltung durch „nicht-mehr-betroffene“ Ex-Mitglieder und von innen zu vereiteln – zugleich aber beliebige externe Fremdeinflüsse auf die Tarifverhandlungen zuläßt? Das ist nicht bloß widersprüchlich.

### III. Ergebnisse

1. Gewerkschaftsabhängige Arbeitgeberverbände gefährden das System des kollektiven Arbeitsrechts grundsätzlich anders als gelbe Gewerkschaften. Während jene (wie die seinerzeit von Siemens finanzierte AUB) die Arbeitnehmer als potentielle „Kunden“ der Gewerkschaften in die Irre führen und autonome Interessenvertretung vorgaukeln, wo Fremdsteuerung wirkt, kann der gewerkschaftshörige Arbeitgeberverband Wirkung nur entfalten, indem er im Trialog mit Gewerkschaft und Staat allgemeinverbindliche Tarife zu Lasten der tariffreien Arbeitgeber schafft. Solchen Mindestlohn-Fakes ist indes die staatliche und rechtliche Anerkennung zu versagen.

2. Der seltene Fall des gewerkschaftshörigen Arbeitgeberverbands veranlaßt ein Weiterdenken: Gegnerunabhängigkeit und allgemeines Autonomiegebot – als Verbot der Einmischung durch tariffremde und tariffreie Dritte – lassen sich zu einer koalitionsinternen Sicherung der freien Entscheidungsfindung ausbauen. Zum Schutz der inneren Koalitionsfreiheit ist dann ein Ausbau der Autonomieregeln im Dienst einer „Collective Governance“ erforderlich. Die derzeitige BAG-Rechtsprechung benutzt hingegen den Autonomiegedanken nur operativ, um erwünschte Tarifbindungen gegen den Willen der Betroffenen herzustellen und damit gegenüber einem internen Fehleinfluß. Externer Dritteinfluß wird hingegen befördert oder ignoriert. Insofern lautet der Systemwunsch: Mehr Konsistenz!

<sup>60</sup> Vgl. *Rieble*, Gewerkschaftsbestechung, CCZ 2008, 121.

<sup>61</sup> Dazu *Lessner-Sturm* (Fn. 9) Rn. 95 ff.