

**Jan H. Lessner-Sturm**

**Gewerkschaften als Arbeitgeber**

---

## **ZAAR Schriftenreihe**

Herausgegeben von  
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 14

---

Jan H. Lessner-Sturm

## **Gewerkschaften als Arbeitgeber**



ZAAR Verlag München 2009

Bibliographische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation  
in der Deutschen Nationalbibliographie;  
detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über  
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2009 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht  
Infanteriestraße 8 | 80797 München  
[www.zaar.uni-muenchen.de](http://www.zaar.uni-muenchen.de) | [info@kaar.uni-muenchen.de](mailto:info@kaar.uni-muenchen.de)

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

Printed in Germany

ISSN 1863-0847  
ISBN 978-3-939671-07-7

---

## Vorwort

Diese Arbeit ist im Jahre 2008 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ludwig-Maximilian-Universität zu München als Dissertation angenommen worden. Sie befindet sich auf dem Stand Januar 2008, Kommentarfundstellen sind aktualisiert bis Dezember 2008.

Ich danke meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Volker Rieble*, der die Arbeit angeregt und stets gefördert hat. Seine vielfältige κριτική war mir Richtschnur und Ansporn.

Herrn Professor Dr. *Abbo Junker* danke ich für den frischen Blick auf die Arbeit, welchen sein Zweitgutachten mir ermöglicht hat.

Meinen Kollegen, meinen Freunden und Verwandten, die auf unterschiedlichste Art und Weise die Entstehung der Arbeit unterstützt und erduldet haben, danke ich herzlich. Ganz besonders gilt dies für Dr. *Philip Merten*.

Ich widme die Arbeit voller Bewunderung meiner Frau *Annette D. Sturm* und meiner Tochter *Lotta*.

Düsseldorf, im Februar 2009

Jan H. Lessner-Sturm



<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>Seite</b>
Vorwort .....	5
Abkürzungsverzeichnis .....	31
<b>§ 1 Daten, Fakten, Hintergründe .....</b>	<b>33</b>
<b>A. Verhalten der DGB-Gewerkschaften als Arbeitgeber: Der Widerspruch .....</b>	<b>33</b>
I. Widersprüche .....	33
1. Tarifaufonomie .....	33
2. Tendenzschutz .....	35
3. Tarif- und Sozialpolitik .....	36
a. Arbeitsplatzabbau .....	36
b. Ausbildungsquote .....	38
4. Geschlechterdiskriminierung .....	38
5. Entgelt .....	39
a. Entgeltzurückhaltung .....	39
b. Gleiches Entgelt für gleiche Arbeit .....	41
6. Ausgliederungen .....	41
II. Rechtliche Analyse als Grundlage eines Auswegs .....	42
<b>B. Überblick über die Arbeit bei Gewerkschaften .....</b>	<b>44</b>
I. Rechtsgrund .....	44
1. Mitgliedschaftsverhältnis .....	44
2. Hoheitsakt .....	44
II. Gewerkschaften und ihre Bedeutung als Arbeitgeber .....	45
1. Gewerkschaften und Gewerkschaftsunternehmen .....	45
2. Gewerkschaftliche Gemeinwirtschaft .....	45
III. Geschichte der Gewerkschaftsarbeitnehmer .....	46
1. Ursprung .....	46
2. Kaiserzeit .....	47
3. Wandel während Weimar .....	50

IV.	Vielfalt der Tätigkeiten und Dienste .....	50
1.	Spitzenfunktionäre .....	50
2.	Wahlangestellte .....	51
3.	Gewerkschaftssekretäre, insbesondere Rechtssekretäre .....	51
4.	Sonstige Tätigkeiten .....	53
<b>§ 2</b>	<b>Verfassungsrechtliche Vorfragen und Tendenz-</b>	
	<b>schutz</b> .....	55
<b>A.</b>	<b>Gewerkschaften als privilegierte Arbeitgeber?</b> .....	55
I.	Andere Arbeitgeber mit verfassungsrechtlichem Sonderstatus .....	55
1.	Entwicklung von Sonderrechtsträgern und Sonderrechten .....	55
2.	Die Kirchenautonomie – Gegensatz zum bloßen Tendenzschutz ....	56
II.	Gewerkschaftsautonomie kraft vor- und außerstaatlicher Legitimation? .....	58
<b>B.</b>	<b>Grundrechtskollisionen</b> .....	58
I.	Grundrechte der arbeitgebenden Gewerkschaften .....	59
1.	Art. 12 und 14 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG für die arbeit- gebenden Gewerkschaften .....	59
2.	Art. 9 Abs. 3 GG für die arbeitgebenden Gewerkschaften .....	60
a.	Geltung des Art. 9 Abs. 3 GG .....	60
b.	Betätigung der individuellen Koalitionsfreiheit .....	61
c.	Ausübung von arbeitgeberseitigen Kollektivgrundrechten .....	61
d.	Institutionelle Garantie .....	62
II.	Kollidierendes Verfassungsrecht .....	63
1.	Art. 12 GG des Einzelnen .....	63
2.	Individuelle Koalitionsfreiheit .....	64
a.	Gewerkschaft als Koalitionsfreiheitsenklave .....	64
b.	Ausschluß der Koalitionsfreiheit infolge der historischen Ent- wicklung .....	64
c.	Verdrängung durch den Tendenzschutz .....	65
d.	Verbrauch, Verzicht, Verwirkung .....	66
aa.	Verbrauch .....	67
[1]	Der VGB als konkurrierende Koalition .....	68
[2]	Der VGB als gegnerische Organisation .....	68

---

bb.	Verzicht .....	68
cc.	Verwirkung .....	69
3.	Innere Koalitionsfreiheit .....	70
a.	Die „innere Pressefreiheit“ als Vergleichsgrundlage .....	71
b.	Übertragbarkeit auf die Koalitionsfreiheit .....	72
aa.	Vergleichbarkeit der Pressefreiheit mit der Koalitionsfreiheit .....	72
[1]	Bedeutung, Struktur und Funktion der Pressefreiheit .....	72
[2]	Bedeutung, Struktur und Funktion der Koalitionsfreiheit .....	73
bb.	Organisationsstruktur .....	74
cc.	Fremdbestimmung .....	75
c.	Freiwillige Mitbestimmungsrechte der Gewerkschaftssekretäre .....	75
4.	Andere Arbeitnehmergrundrechte .....	75
5.	Sozialstaatsprinzip .....	75
6.	Grundrechte einer Koalition der Gewerkschaftsarbeitnehmer .....	76
III.	Praktische Konkordanz .....	76
1.	Wechselwirkungslehre .....	76
2.	Ausgestaltung der praktischen Konkordanz als Gesetzeszweck .....	78
a.	Gesetzeszwecke ohne Grundrechtsbezug .....	78
b.	Schutz der Tendenzgrundrechte .....	79
<b>C.</b>	<b>Schutz der gewerkschaftlichen Tendenz</b> .....	<b>80</b>
I.	Tendenzschutzvoraussetzungen des § 118 Abs. 1 BetrVG .....	80
1.	Koalitionspolitische Bestimmung .....	80
a.	Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen als Unternehmenszweck .....	81
b.	Objektiver Unternehmenszweck .....	82
c.	Solidaritätsbedürfnis der gewerkschaftlichen Kampfgemeinschaft .....	83
d.	Gestaltung der eigenen Arbeitsverhältnisse .....	84
2.	Unmittelbares und überwiegendes Dienen .....	85
a.	Unmittelbarkeitszusammenhang .....	85
b.	Überwiegen der Tendenz .....	86
aa.	Unternehmen und Betrieb als Bezugsobjekt der „Überwiegens“-Prüfung .....	86
bb.	Maßstab für das Überwiegen .....	88
c.	Gewinnerzielungsabsicht und koalitionspolitische Bestimmung ....	89

3.	Von einer Koalition betriebenes Unternehmen .....	89
II.	Unternehmen mit geschützter gewerkschaftlicher Tendenz .....	91
1.	Die Gewerkschaften .....	91
2.	Gewerkschaftliche Spitzen- und Dachverbände .....	92
3.	Gewerkschaftsunternehmen .....	94
a.	Zuordnung von verselbständigten Einrichtungen bei Gewerkschaften .....	94
b.	Rechtsschutzunternehmen .....	95
aa.	DGB Rechtsschutz GmbH .....	95
[1]	Von einer Koalition betriebenes Unternehmen .....	95
[2]	Koalitionspolitische Bestimmung .....	95
i.	Phänomenologische Betrachtung .....	96
ii.	Rechtsschutz als Bestandteil der Koalitionswerbung .....	96
iii.	Annex zur Tarifautonomie .....	96
iv.	Bestandteil der typisch gewerkschaftlichen assoziativen Selbsthilfe .....	96
bb.	DGB Rechtsanwalts mbh .....	98
[1]	Koalitionspolitische Bestimmung und berufsrechtliche Anforderungen .....	98
[2]	Koalitionspolitische Bestimmung durch einzelvertragliche Bindung .....	99
[3]	Entsolidarisierung der Rechtsschutzkosten .....	99
c.	Bildungs- und Berufsförderungswerke .....	99
aa.	Gewerkschaftseigene Bildungswerke .....	100
[1]	Outsourcing .....	100
[2]	Rechtsform und „Betrieb“ eines Bildungswerkes durch eine Gewerkschaft .....	101
i.	Spektrum der Rechtsformen .....	101
ii.	GmbH .....	101
iii.	Verein .....	102
iv.	Stiftung .....	104
[3]	Koalitionspolitische Bestimmung bei Bildungswerken .....	106
i.	Objektive Beurteilung der koalitionspolitischen Bestimmung .....	106
ii.	Tradition gewerkschaftlicher Bildungstätigkeit .....	107
iii.	Der Bildungsauftrag als Unternehmensziel .....	107
iv.	Adressaten des Bildungsangebots .....	111
[4]	Erzieherische Bestimmung als Tendenz .....	112

---

[5]	Gewinnerzielung bei Schulungseinrichtungen .....	112
bb.	Gemeinnützige Beschäftigungsgesellschaften mit Gewerkschaftsbeteiligung .....	113
d.	Mitgliederservice GmbH .....	114
e.	Bund-Verlag und andere Gewerkschaftsverlage .....	115
f.	Hans-Böckler-Stiftung und WSI .....	116
aa.	Aufbau und Tätigkeit .....	116
bb.	Erfüllung der Tendenzschutzvoraussetzungen .....	118
g.	Von Gewerkschaften kontrollierte Unternehmen der Gemeinschaft .....	118
III.	Tendenzträger .....	119
1.	Maßstab .....	120
2.	Koalitionspolitische Tendenzträger .....	122
a.	Bei den Gewerkschaften .....	122
b.	In den Rechtsstellen und bei Rechtsschutzunternehmen .....	123
c.	In den Bildungswerken .....	124
IV.	Voraussetzungen Tendenzschutz außerhalb des BetrVG .....	124
1.	Unternehmensmitbestimmung .....	124
2.	Sonstige Bereiche des Arbeitsrechts .....	124
a.	Gebotenheit eines außerbetriebsverfassungsrechtlichen Tendenzschutzes .....	124
b.	Analoge Anwendung bestehender Regelungen .....	125
c.	Durchführung der praktischen Konkordanz .....	126
<b>D.</b>	<b>Inhalt des Tendenzschutzes</b> .....	<b>126</b>
I.	Betriebsverfassungsrechtlicher Tendenzschutz .....	127
1.	Relativität des Tendenzschutzes .....	127
2.	Tendenzbestimmung .....	128
3.	Abgrenzung von Fiskalinteressen .....	128
II.	Tendenzschutz in der Unternehmensmitbestimmung .....	128
III.	Tendenzschutz in anderen Bereichen des Arbeitsrechts .....	129
<b>E.</b>	<b>Tendenzschutz in der Unternehmensmitbestimmung</b> .....	<b>129</b>
I.	Verzichtsmöglichkeit .....	129
II.	Verzichtsausübung .....	130
1.	Satzung .....	130
2.	Tarifvertrag .....	131

a.	Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats .....	131
b.	„Innere Tarifautonomie“ .....	132
c.	Arbeitsbedingungen .....	132
d.	Anforderungen an den Tarifvertrag .....	132
3.	(Gesamt-) Betriebsvereinbarung .....	133
4.	Arbeitsvertrag resp. Gesamtzusage .....	133
5.	Rechtspolitische Äußerungen .....	134
<b>§ 3</b>	<b>Doppelrolle als Arbeitgeber und Verein .....</b>	<b>135</b>
<b>A.</b>	<b>Verhältnis von Mitgliedschafts- und Arbeitsverhältnis .....</b>	<b>135</b>
I.	Trennungs- und Abstraktionsprinzip .....	135
II.	Verknüpfung der Rechtsverhältnisse .....	135
<b>B.</b>	<b>Gewerkschafts-, Koalitions- oder bloße Vereinsmitgliedschaft .....</b>	<b>136</b>
I.	Relativität der Mitgliedschaft .....	136
1.	Scheinbare Gewerkschaftsmitgliedschaft .....	136
2.	Abhängigkeit der Mitgliedschaft vom Mitglied und dem gewählten Status .....	136
II.	Funktion des Vereinsverhältnisses für die Gewerkschaftsarbeitnehmer .....	138
1.	OT-Mitgliedschaft .....	138
a.	Abschluß von Tarifverträgen, welche den Arbeitgeber binden .....	138
b.	Streikgeld .....	139
2.	OR-Mitgliedschaft .....	139
a.	Anspruch gegen die arbeitgebende Gewerkschaft .....	139
aa.	Satzungsmäßige Grundlage .....	140
bb.	Vereinbarkeit mit den Koalitionsvoraussetzungen .....	140
cc.	Ermessenskontrolle bei der Rechtsschutzgewährung .....	141
b.	Unmöglichkeit .....	142
aa.	Rechtsschutz durch die arbeitgebende Gewerkschaft .....	142
[1]	Anspruchsausschluß wegen Unmöglichkeit .....	142
[2]	Unabhängigkeit vom Prozeßgegner als immanente Vertretungsschranke .....	142
[3]	Fehlende Postulationsfähigkeit .....	142

bb.	Rechtsschutz durch einen Rechtsanwalt .....	143
[1]	Freie Anwaltswahl .....	143
[2]	Anwaltliche Vertretung als Minus zum gewerkschaftlichen Rechtsschutz .....	144
cc.	Rechtsschutz durch eine Gewerkschaftsarbeitnehmergewerk- schaft .....	145
[1]	Postulationsfähigkeit von VGB-Sekretären .....	145
[2]	Kostenerstattung gemäß § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB .....	147
3.	OK-Mitgliedschaft .....	148
4.	Selbsthilfe-Dienstleistungen .....	148
5.	Gesellschaftliche und politische Artikulation .....	149
<b>C.</b>	<b>Erwerb der Mitgliedschaft und Wirksamkeitshinder- nisse</b> .....	<b>150</b>
I.	Satzungsvorbehalt .....	150
1.	Satzungsbestimmungen zur Mitgliedschaft eigener Arbeit- nehmer .....	150
2.	Notwendigkeit einer satzungsmäßigen Grundlage und Satzungsvorbehalt .....	152
a.	Satzungsvorbehalt bei Grundentscheidungen .....	152
b.	Voraussetzungen der Mitgliedschaft als Grundentscheidungen .....	154
aa.	Ansicht der vereinsrechtlichen Rechtsprechung .....	154
bb.	Ansicht der Literatur .....	155
cc.	Scheinbarer Widerspruch zur Organisationsbereichsabgren- zung .....	155
3.	Folgen des satzungsvorbehaltswidrigen Beitritts .....	158
a.	Nichtigkeit des Beitritts, § 134 BGB i.V.m. § 25 BGB .....	159
b.	Aufnahme als ultra vires-Handlung .....	160
c.	Grenze der Vertretungsmacht .....	161
aa.	Fehlende organschaftliche Vertretungsmacht .....	161
[1]	Aufnahmeentscheidung bei Gewerkschaften .....	161
[2]	Bloße Begrenzung durch die Vertretungsmacht des Vereinsvor- stands .....	161
bb.	Ausnahme bei Eingriffen in die Rechte Einzelner .....	162
d.	Beschränkte Unwirksamkeit ex nunc .....	163
e.	Observanz und Heilung .....	163
aa.	Voraussetzungen .....	163

[1]	Allgemeine Voraussetzungen bei nichtrechtsfähigen Vereinen .....	163
[2]	Restriktionen hinsichtlich der Vereinsverfassung .....	164
[3]	Einschränkungen bei Gewerkschaften .....	164
bb.	Consuetudo .....	165
cc.	Opinio iuris und consensus ad idem .....	165
II.	Beitritt als Haustürgeschäft .....	166
III.	Aufnahmeanspruch .....	167
1.	Aufnahmeunwilligkeit .....	167
2.	Voraussetzungen des Aufnahmeanspruchs .....	168
<b>D.</b>	<b>Mitgliedschaftliche Wahl- und Stimmrechte der Gewerkschaftsarbeitnehmer</b> .....	169
I.	Zweck eines Stimmrechts der Arbeitnehmer-Mitglieder .....	169
II.	Ausschluß von Stimmrechten und passivem Wahlrecht in den Satzungen .....	170
III.	Grenzen des Stimmrechts in tariflichen Angelegenheiten .....	172
1.	Vereinsrechtlich gebotene Ungleichbehandlung .....	172
a.	Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem .....	172
b.	Rechtfertigender Zweck .....	174
2.	Billigkeitskontrolle .....	175
3.	Tarifrechtliches Fremdbestimmungsverbot .....	175
a.	Koalitionsrechtliches Gebot demokratischer Organisation .....	175
b.	Stimmrechtsbeschränkung .....	177
c.	Stimmrechtsausschluß bei tarifpolitisch bedeutsamen An- gelegenheiten .....	179
IV.	Stimmrechtsausschluß bei Entscheidungen über eigene Arbeits- bedingungen .....	179
1.	Einfluß der Arbeitnehmer als Mitglieder auf die Arbeitsbedin- gungen .....	180
a.	Einfluß der Arbeitnehmer-Mitglieder wie andere Mitglieder .....	180
b.	IG BAU und IG BCE: Sonderstimmrechte der Arbeitnehmer .....	180
2.	Stimmrechtsausschluß gemäß §§ 34, 181 BGB .....	181
a.	Arbeitsverhältnis zur Gewerkschaft als Sozialakt .....	181
b.	Arbeitnehmermitglieder im Personalausschuß der IG BCE .....	182
c.	Delegierten- und Organwahl .....	183
<b>E.</b>	<b>Beitragspflicht</b> .....	183
I.	Beitragsstaffelung .....	184

II.	Unangemessene Benachteiligung .....	184
1.	Befugnis der Gerichte zur Inhaltskontrolle .....	184
2.	Vereinsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....	186
a.	Differenzierungsgebot .....	186
b.	Rechtfertigungsgründe .....	187
III.	Beitragswucher .....	188

## **§ 4 Individualarbeitsrecht und der gewerkschaftliche Tendenzschutz .....**

191

### **A. Begründung des Arbeitsverhältnisses .....**

191

#### **I. Diskriminierungsverbote bei der Personaleinstellung .....**

191

##### **1. Personalauswahlfreiheit .....**

191

##### **2. Gewerkschaftliche Frauenförderung .....**

192

##### **a. Frauenförderung beim DGB .....**

192

##### **b. Frauenquote bei ver.di .....**

193

##### **c. Gleichbehandlung und Gleichstellung .....**

194

##### **d. Beschränkung des § 7 AGG durch den Tendenzschutz .....**

194

##### **e. Tendenz und wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung .....**

195

##### **aa. Quote als Gewerkschaftstendenz .....**

195

##### **bb. Geschlechterproporz als Tendenzverwirklichungsvoraussetzung ..**

198

##### **3. Integration von Schwerbehinderten .....**

200

##### **4. Parteizugehörigkeit .....**

202

##### **5. Weltanschauung .....**

203

##### **6. Gewerkschaftszugehörigkeit .....**

204

##### **a. Fehlende Zugehörigkeit zur arbeitgebenden Gewerkschaft .....**

204

##### **b. VGB-Mitgliedschaft .....**

206

#### **II. Fragerechte .....**

206

##### **1. Parteizugehörigkeit und politische Tendenz .....**

207

##### **2. Gewerkschaftszugehörigkeit .....**

208

### **B. Hauptpflichten .....**

209

#### **I. Arbeitgebende Gewerkschaft: Entgelt zahlen .....**

209

##### **1. Gratifikationen bei verbandsinternem Arbeitgeberwechsel .....**

209

##### **2. Betriebliche Altersversorgung – DGB-Ruhewerk .....**

210

a.	Bedeutung der betrieblichen Altersvorsorge für die Gewerkschaften .....	210
b.	Besonderheiten für Gewerkschaften beim Eingriff in die erdiente Dynamik .....	211
aa.	Erforderlichkeit eines triftigen Grundes .....	211
bb.	Besonderheiten bei Gewerkschaften nach Ansicht des BAG .....	212
cc.	Mittelverwendungsfreiheit als Besonderheit des Tendenzschutzes? .....	213
dd.	Unmodifizierte Anwendung der geltenden Maßstäbe .....	213
c.	Besonderheiten für Gewerkschaften bei der Anpassungsentscheidung .....	214
aa.	Gefährdung der gewerkschaftlichen Wettbewerbsfähigkeit .....	214
bb.	Kennzahlenvergleich .....	215
3.	Jubiläumzahlungen und Lohnsteuerfreiheit bei Gewerkschaften .....	215
a.	Der allgemeine lohnsteuerliche Geschäftsbegriff .....	216
b.	Gewerkschaften als Unternehmen .....	216
4.	Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz und Gleichstellungsgebote .....	217
5.	Entgeltverwendung und -sicherung .....	218
a.	Entgeltverwendungsfreiheit .....	218
aa.	Anwendbarkeit der Entgeltverwendungsschutznormen .....	218
bb.	Verwendung des Entgelts für Mitgliedschaftsbeiträge .....	219
cc.	Zwangsdarlehen resp. -stundungen .....	221
b.	Lohneinbehalt und Verjährung .....	221
c.	Insolvenzgeld bei Gewerkschaftsinsolvenz .....	222
II.	Gewerkschaftsarbeitnehmer: tendenz- und weisungsgemäßes Arbeiten .....	223
1.	Geschuldete Arbeitsleistung und Direktionsrecht .....	223
a.	Tendenztreue im dienstlichen Aufgabenbereich .....	223
b.	Festlegung der Tätigkeit im Arbeitsvertrag .....	224
aa.	Tendenzfestlegung und -änderung .....	224
bb.	Versetzungsklausel .....	225
c.	Tendenzorientiertes Direktionsrecht, § 106 GewO .....	226
2.	Disziplinierung von Gewerkschaftssekretären durch Aufgabentzug .....	226
3.	Weisung mit rechtswidrigem Inhalt .....	228

---

4.	Gewissensbelastende Arbeit .....	229
a.	Gewissenskonflikte .....	229
b.	Gewissensfreiheit contra Weisungsrecht .....	229
aa.	Anforderungen an eine Gewissensentscheidung .....	230
bb.	Prozessuale Anforderungen .....	232
cc.	Gewissensentscheidungen .....	233
c.	Folgen des Gewissenskonflikts .....	233
aa.	Abwägung .....	233
bb.	Unwirksame Weisung wegen unbillig ausgeübten Direktions- rechts .....	234
cc.	Billige Weisungen, §§ 616, 275 BGB .....	235
<b>C.</b>	<b>Nebenpflichten</b> .....	236
I.	Tendenzbezogene Nebenpflichten der Gewerkschaftsarbeit- nehmer .....	237
1.	Allgemeine Tendenztreuepflichten .....	237
a.	Nebenpflicht im Gewerkschaftsarbeitsverhältnis .....	237
b.	Inhalt der Tendenztreuepflicht .....	238
aa.	Leistungsbezogene Nebenpflichten .....	238
bb.	Außerdienstliche Lebensführung .....	238
c.	Abstufungen bei der Tendenztreue .....	240
aa.	Grundsatz der abgestuften Treuepflicht .....	240
bb.	Abstufung nach der ausgeübten Tätigkeit .....	240
cc.	Abstufung nach der Tendenznähe .....	241
2.	Pflicht zur Mitgliedschaft als Tendenztreuepflicht .....	241
a.	Bedeutung .....	241
b.	Möglichkeit eines Beitritts .....	242
c.	Notwendigkeit einer Pflichtmitgliedschaft .....	242
d.	Rechtliche Wirksamkeit .....	243
aa.	Privatautonomie und negative Vereinigungsfreiheit .....	243
bb.	Mitgliedschaft aufgrund der Tendenztreue .....	243
[1]	Gesetzliche Zwangseingliederungen .....	243
[2]	Rechtfertigung des Beitrittsdrucks .....	244
cc.	Berechtigtes Interesse der arbeitgebenden Gewerkschaft .....	245
[1]	Verstärkung der Arbeitgeberstellung als berechtigtes Interesse ....	245
[2]	Schutz vor Fremdbestimmung .....	245
[3]	Innere Geschlossenheit als berechtigtes Interesse .....	245

[4]	Sonderproblem DGB .....	246
[5]	Sonderproblem gewerkschaftliche Einrichtungen .....	247
dd.	Zumutbarkeit der Pflichtmitgliedschaft und Beitragspflicht .....	248
e.	Streit im DGB-Verbund um Gewerkschaftsarbeitnehmer .....	249
aa.	Zuordnungsprobleme und Überschneidungen der Organisationsbereiche .....	249
bb.	Mitgliedschaft in ver.di als Konkurrenzgewerkschaft .....	250
3.	VGB-Mitgliedschaft als Verstoß gegen die Tendenztreuepflicht .....	251
4.	Verschwiegenheitspflicht .....	252
a.	Geheimnisschutz .....	252
aa.	Gewerkschaftliche Geheimnisse .....	252
bb.	Eigenes Geheimhaltungsinteresse und Position zum whistleblowing .....	253
b.	Strafrechtlicher Geschäftsgeheimnisschutz .....	254
c.	Schweigen als allgemeine Treue und Rücksichtnahmepflicht .....	255
aa.	Anzeigen gegenüber staatlichen Stellen .....	256
[1]	Verstoß gegen drittschützende Normen .....	256
[2]	Verstoß gegen Normen, die den Anzeigenden betreffen .....	258
bb.	Zeugenaussagen der Gewerkschaftsarbeitnehmer .....	258
[1]	Zivilprozeß .....	258
[2]	Strafprozeß .....	259
cc.	Öffentliche Kritik an der arbeitgebenden Gewerkschaft .....	260
[1]	Loyalitätspflicht und Meinungsfreiheit .....	260
[2]	Gewerkschaftspolitik .....	261
[3]	„Anprangern“ der eigenen Arbeitsbedingungen .....	264
5.	Nebentätigkeits- und Wettbewerbsverbot .....	265
a.	Grundsätzliche Zulässigkeit von Nebentätigkeiten .....	265
b.	Erlaubnisvorbehalt für Nebentätigkeiten, § 15 AAB DGB .....	266
c.	Wettbewerbsverbot .....	268
aa.	Wettbewerbsbeschränkung während des Arbeitsverhältnisses .....	268
bb.	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot .....	269
II.	Nebenpflichten der arbeitgebenden Gewerkschaft .....	270
1.	Erholungsurlaub und Tendenz .....	270
2.	Schutz der Persönlichkeit .....	272

<b>D. Haftung</b> .....	273
I. Arbeitsunfallhaftung der Gewerkschaft gegenüber ihren Arbeitnehmern .....	273
II. Schadensverursachung durch Gewerkschaftsarbeitnehmer .....	273
1. Rechtssekretäre .....	274
2. Sprecher und Sekretäre mit externer Kommunikation .....	275
a. Gefahrneigung der Tätigkeit .....	275
b. Gratwanderung zur Schmähkritik .....	276
3. Tarifsekretäre .....	277
III. Verschulden bei Schadensersatzansprüchen der arbeitgebenden Gewerkschaft .....	279
1. § 619a BGB und Tendenzschutz .....	279
2. Unverschuldeter Rechtsirrtum .....	281
3. Handeln auf Weisung .....	281
IV. Haftung gegenüber der arbeitgebenden Gewerkschaft .....	282
1. Innerbetrieblicher Schadensausgleich .....	282
2. Rechtsschutzsekretäre .....	283
3. Andere Arbeitnehmergruppen .....	284
V. Haftung bei der Schädigung Dritter .....	285
VI. Übernahme Strafen, Buß- oder Ordnungsgeldern .....	286
1. Strafen und Bußgelder .....	286
a. Strafbarkeit der Freistellungszusage .....	286
b. Wirksamkeit der Zusage .....	287
c. Schadensersatzansprüche der Gewerkschaftsarbeitnehmer .....	287
2. Ordnungsgelder .....	288
<b>E. Bestandsschutz vs. Tendenzschutz: Befristung, Änderung und Beendigung</b> .....	288
I. Befristungsmöglichkeiten der Gewerkschaften .....	289
1. Befristungen und Kettenarbeitsverträge .....	289
2. Bedingung und Befristung aufgrund der Eigenart des Arbeitsverhältnisses .....	289
3. Sachgrundlose Befristung gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG .....	292
a. Keine Zurechnung von Befristungen bei anderen DGB-Gewerkschaften .....	292
b. Untergliederungen einer Gewerkschaft als derselbe Arbeitgeber ..	293
c. Arbeitgeberidentität bei Austragung und Gewerkschaftsfusion .....	293

aa.	Austragung .....	293
bb.	Gewerkschaftsfusion .....	294
II.	Kündigung von Gewerkschaftsarbeitnehmern .....	294
1.	Tendenzschutz im Kündigungsschutz .....	295
a.	Zum Vergleich: das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen .....	295
b.	Gewerkschaften .....	296
2.	Ordentliche Kündigung, Anforderungen an die soziale Rechtfertigung .....	296
a.	Verhaltensbedingte Kündigung .....	296
aa.	Maßstab .....	296
bb.	Außerdienstliches tendenzwidriges Verhalten als Vertragsverstoß .....	297
cc.	Schlechtleistung .....	299
dd.	Ultima ratio .....	299
ee.	Beeinträchtigung betrieblicher Interessen bei Tendenzverstoß .....	300
b.	Personenbedingte Kündigung .....	301
aa.	Maßstab .....	301
bb.	Tendenzbezogene Gründe .....	301
[1]	Mitgliedschaft in einer gegnerischen Organisation .....	301
[2]	Gewerkschaftsausschluß .....	301
[3]	Gewissenskonflikt .....	303
[4]	Überzeugungsverlust .....	304
[5]	Druckkündigung .....	304
cc.	Ultima ratio .....	305
c.	Betriebsbedingte Kündigung .....	306
aa.	Unternehmerentscheidung von gewerkschaftlichen Tendenzunternehmen .....	306
bb.	Besonderheiten bei der Sozialauswahl .....	307
[1]	Relevanz des Tendenzschutzes .....	307
[2]	Vergleichbarkeit .....	307
[3]	Leistungsträger .....	308
[4]	Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur .....	309
[5]	Tendenzschutz bei der Abwägung der sozialen Interessen .....	309
3.	Außerordentliche Kündigung .....	310
4.	Sonderkündigungsschutz .....	310
III.	Teilzeitverlangen gemäß § 8 TzBfG .....	311

1. Keine Bereichsausnahme für Gewerkschaften als Tendenz-  
unternehmen ..... 311
2. Entgegenstehender Tendenzschutz ..... 311

## **§ 5 Koalitionsrecht** ..... 313

### **A. Interessenvertretung für Gewerkschaftsarbeitnehmer** .... 313

#### **I. Koalition für Arbeitnehmer des DGB-Verbunds** ..... 313

##### 1. DGB-Gewerkschaften als Gewerkschaften für Arbeitnehmer des DGB-Verbunds ..... 313

##### a. Organisationsbereich ..... 313

##### aa. Ver.di: § 4 ver.di-Satzung i.V.m. Nr. 1.2.4.6 des Anhangs ..... 313

##### bb. Organisationsbereiche der GEW, ehemaligen IG Druck, usw. .... 316

##### b. Gegnerfreiheit ..... 316

##### c. Gegnerunabhängigkeit der DGB-Gewerkschaften ..... 317

##### aa. Bedeutung der Gegnerunabhängigkeit als zentraler Streitpunkt ... 317

##### bb. Inhalt des Unabhängigkeitserfordernisses ..... 318

##### [1] Auslegung ..... 318

##### [2] Materielle Betrachtung anhand der Umstände des Einzelfalls als Maßstab ..... 319

##### [3] Feststellung der Abhängigkeit ..... 320

##### [4] Abhängigkeitsindizien ..... 321

##### i. Zuwendungen des sozialen Gegenspielers ..... 321

##### ii. Informeller und insbesondere personeller Einfluß ..... 321

##### iii. Abhängigkeit infolge Interessenwiderstreits – Antagoniegebot ..... 322

##### [5] Gegenindizien ..... 324

##### [6] Kasuistik ..... 325

##### cc. Unabhängigkeit ver.dis ..... 326

##### [1] Unabhängigkeit eines ver.di-Fachbereichs gegenüber ver.di ..... 326

##### [2] Gegenüber eigenen Konzerntöchtern ..... 326

##### [3] Gegenüber der DAA (Deutsche Angestellten Akademie-Stiftung)... 327

##### [4] Gegenüber dem DGB ..... 330

##### i. Innerer Einfluß ..... 330

##### ii. Äußerer Einfluß ..... 331

##### iii. Interessenwiderstreit ..... 334

##### iv. Tatsächliches Verhalten ..... 335

##### v. Gegenindizien ..... 335

[5]	Gegenüber anderen DGB-Gewerkschaften .....	336
[6]	Gegenüber gewerkschaftlichen Tendenzunternehmen und Stiftungen .....	337
i.	DGB Rechtsschutz GmbH .....	337
ii.	„Rechtsanwalts mbh“ .....	338
iii.	Bund-Verlag .....	338
iv.	Gemeinnützige Beschäftigungsgesellschaft Kiel .....	339
[7]	Gegenüber Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft .....	339
i.	Tarifpraxis .....	340
ii.	Tarifvertragsinhalte als Indiz für die Gegnerunabhängigkeit? .....	341
iii.	Verbundenheit der Gewerkschafts- mit der Genossenschaftsbewegung .....	341
iv.	Interessenkonflikt infolge der Finanzbeteiligung .....	342
v.	Beispiel: BHW Holding AG .....	343
[8]	Unabhängigkeit ver.dis von Arbeitgeberverbänden .....	345
i.	Allgemeine Arbeitgeberverbände .....	345
ii.	Arbeitgeberverband arbeitgebender Gewerkschaften .....	346
dd.	NGG und GEW gegenüber anderen DGB-Gewerkschaften .....	346
ee.	Tendenzschutzbedingte Modifikation des Unabhängigkeitsmaßstabs .....	347
d.	Tariffähigkeit .....	347
aa.	Das geltende Tarifrecht anerkennen .....	348
[1]	Verlust nur der Tariffähigkeit .....	348
[2]	Rechte der Gewerkschaftsarbeitnehmer als Bestandteil „geltenden Tarifrechts“ .....	349
[3]	Nichtanerkennung .....	351
bb.	Leistungsfähigkeit .....	351
cc.	Gegnerbezogene Durchsetzungsfähigkeit .....	352
[1]	Organisationsgrad bei den DGB-Gewerkschaften .....	353
[2]	Organisationsgrad bei den Unternehmen der Gemeinwirtschaft ..	353
[3]	Folgen für die Durchsetzungsfähigkeit .....	353
dd.	Tarifwilligkeit .....	354
e.	Auswirkungen auf die Satzungsbestimmungen über den Organisationsbereich .....	354
f.	Verfahren zur Tariffähigkeit ver.dis gemäß § 97 ArbGG .....	355
2.	Vertretung durch Koalitionen außerhalb des DGB, ehemalige DAG, BIGD .....	356

---

a.	Konkurrenten als Tarifpartner? .....	357
b.	Unvereinbarkeit von Konkurrenz und gewerkschaftlicher Vertretung .....	357
c.	Beschränkung der Betätigungsfreiheit gerechtfertigt .....	359
d.	Tendenzschutz .....	359
3.	Der Weg zu einer reinen Gewerkschaftsarbeitnehnergewerkschaft .....	360
a.	Gründungserschwernisse .....	360
b.	Zulässigkeit der Koalitionsbildung .....	360
c.	Voraussetzungen einer Koalition der Gewerkschaftsbeschäftigten .....	361
aa.	Gegnerunabhängigkeit des VGB .....	361
[1]	Personelle Gegnerunabhängigkeit .....	361
[2]	Programmatische Gegnerunabhängigkeit .....	364
bb.	Überbetrieblichkeit .....	364
d.	Voraussetzungen der Tariffähigkeit .....	366
aa.	Tarifwillig .....	366
bb.	Mächtigkeit .....	367
[1]	Maßstab .....	367
[2]	Abschluß von Tarifverträgen als Indiz .....	368
[3]	Fähigkeit, empfindlichen Druck auszuüben .....	368
i.	Relativität des Organisationsgrades .....	369
ii.	Funktionseliten .....	370
iii.	Druckpotenzial einer Gewerkschaftsbeschäftigtengewerkschaft ...	371
iv.	Tarifpolitisches Gewicht .....	373
[4]	Besondere Berücksichtigung des Gewerkschaftssektors .....	375
[5]	Erklärung fehlender Mächtigkeit .....	375
cc.	Leistungsfähigkeit .....	376
e.	Organisationsautonomie einer Gewerkschaftsarbeitnehmerkoalition .....	377
aa.	Organisationsbereich .....	378
[1]	Tarifpartner weiterer Koalitionen .....	378
[2]	Gewerkschaft für Arbeitgeberverbandsangestellte .....	379
bb.	Organisationsprinzip .....	379
cc.	Organisationsgliederung .....	380

II.	Koalition für Arbeitnehmer anderer Koalitionen außerhalb des DGB .....	381
1.	Gewerkschaft für VGB-Arbeitnehmer .....	381
a.	Eigene Gewerkschaft der VGB-Arbeitnehmer .....	381
b.	Ver.di .....	381
c.	Christliche Gewerkschaft .....	381
2.	Arbeitnehmer anderer Koalitionen außerhalb des DGB .....	381
<b>B.</b>	<b>Tariffähigkeit der Arbeitgeber und der Beitritt zu Arbeitgeberverbänden</b> .....	<b>382</b>
I.	Tariffähigkeit der einzelnen Arbeitgeber im DGB-Verbund .....	382
II.	Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften als Arbeitgeber .....	384
III.	Beitritt zu einem gegnerischen Arbeitgeberverband .....	385
1.	Organisationsbereich und Tarifzuständigkeit .....	385
2.	Gegnerunabhängigkeit .....	385
3.	Gegnerfreiheit .....	386
4.	Demokratische Organisation .....	389
IV.	Der DGB als Arbeitgeberverband ausschließlich für den DGB-Verbund .....	389
1.	Satzungskompetenz von Dachverbänden und Satzung .....	389
2.	Gegnerunabhängigkeit .....	390
3.	Demokratische Organisation .....	390
4.	Geltung für den DGB .....	391
5.	Tendenzschutz .....	391
V.	Arbeitgeberverband für Gewerkschaften .....	391
VI.	DGB-Tarifgemeinschaft und mehrgliedriger Tarifvertrag .....	392
<b>C.</b>	<b>Betätigungsrechte einer Gewerkschaftsarbeitnehmerkoalition</b> .....	<b>393</b>
I.	Allgemeine Koalitionsbetätigung .....	393
1.	Bedeutung der Koalitionsbetätigung .....	393
2.	Gewerkschaftswerbung – Gewährleistung der koalitionären Agitation .....	394
a.	Schutzbereich .....	394
b.	Stellenwert der Agitation für den VGB .....	395
aa.	Mitgliederwerbung .....	395
bb.	Information über Betätigung und Ziele .....	396
c.	Grundsätzliche Grenzen der Werbefreiheit des VGB .....	396

aa.	Kollision von Grundrechten konkurrierender Koalitionen .....	396
bb.	Negative Koalitionsfreiheit und Persönlichkeitsrechte der Gewerkschaftsarbeitnehmer .....	398
cc.	Gegenrechte der arbeitgebenden Gewerkschaft .....	401
d.	Beispielsfälle .....	403
aa.	Inhalt der Agitation: Angriffe auf die Tendenz .....	403
bb.	Allgemeines Zutrittsrecht der Koalitionen .....	406
cc.	Verbot der Indienstnahme des sozialen Gegenspielers .....	408
dd.	Werbung durch VGB-Mitglieder .....	410
ee.	Demonstrationen und öffentliche Kampagnen .....	412
ff.	An Mitglieder der arbeitgebenden Gewerkschaften gerichtete Agitation .....	412
[1]	Unterschriften gegen Personalabbau .....	412
[2]	Werbung in Zeitschriften des Bund-Verlags .....	413
gg.	Verteidigung der Agitationsfreiheit gegen Angriffe der arbeitgebenden Gewerkschaften .....	414
3.	Koalitionszweckverfolgung aufgrund spezieller Rechtsgrundlagen .....	416
a.	Rechte aus dem BetrVG .....	416
aa.	Bedeutung für die Koalitionen .....	416
bb.	Voraussetzungen an die Koalition .....	417
cc.	Tendenzschutz .....	419
dd.	Antrags- und Teilnahmerecht bei Betriebsversammlungen, §§ 43, 46 BetrVG .....	419
[1]	Antrags- und Teilnahmerecht des VGB .....	419
[2]	Einspruch der arbeitgebenden Gewerkschaft gegen den Beauftragten .....	420
[3]	Rederechte des VGB-Beauftragten .....	421
ee.	Rechte im Zusammenhang mit Betriebsratswahlen .....	423
b.	Rechte aus dem MitBG und DrittelbG .....	425
c.	Organisation kollektiven Rechtsschutzes .....	425
II.	Tarifvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen .....	425
1.	Abschluß von Tarifverträgen mit normativer Wirkung .....	425
a.	Kein Ausschluß der Tarifautonomie .....	425
b.	Besonderheiten nach Regelungsgegenstand .....	426
aa.	Unmittelbar die Tendenz oder Tendenzbestimmung betreffende Regelungen .....	426
bb.	Tendenzrelevante Arbeitsbedingungen .....	427

cc.	Tendenzneutrale Arbeitsbedingungen .....	428
c.	Verhandlungsanspruch .....	429
d.	Streik: „An Nasenringen durch die Tarifarena?“ .....	429
aa.	Grundsätzliches Recht zum Streik .....	430
bb.	Allgemeine Beschränkungen .....	431
[1]	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	431
[2]	Beschränkungen aufgrund der Rechte Dritter .....	432
[3]	Erhaltungsarbeiten und Notdienst .....	433
[4]	Materielle Kampfparität .....	433
cc.	Beschränkungen aufgrund des Tendenzschutzes .....	435
dd.	Streikformen und -strategien sowie deren Einschränkungen .....	437
[1]	Wahl des Zeitpunkts .....	437
[2]	Wahl der Gegner .....	438
[3]	Streiktaktik .....	439
[4]	Unterstützungstreik .....	439
ee.	Alternativen zum Streik .....	439
III.	Schuldrechtlich wirkende Verträge mit der Arbeitgeberseite .....	440
1.	Verträge als Koalitionsbetätigung auch nicht tariffähiger Koalitionen .....	440
a.	Kollektivvertragliche Regelungsmöglichkeiten auch bei fehlender Tariffähigkeit des VGB .....	440
b.	Vertragsinhalte .....	440
c.	Wirkungsmechanismus .....	441
2.	Durchsetzungsmöglichkeiten des VGB .....	442
<b>§ 6</b>	<b>Mitbestimmung</b> .....	445
<b>A.</b>	<b>Unternehmensmitbestimmung</b> .....	445
I.	Beim DGB und den DGB-Gewerkschaften .....	445
II.	Unternehmen der gewerkschaftsnahen Gemeinwirtschaft .....	445
<b>B.</b>	<b>Betriebliche Mitbestimmung</b> .....	446
I.	Betriebsverfassungsorganisationsstruktur und Gremien .....	446
1.	Grundsätzliche Anwendbarkeit des BetrVG .....	446
2.	Errichtung von Konzern-, Gesamt- und Betriebsräten .....	446
3.	Errichtung von Gesamt- und Konzernbetriebsräten .....	447
a.	Gesamtbetriebsräte als Verhandlungspartner .....	447

---

b.	Gesamt- und Konzernbetriebsräte bei Zweigvereinstruktur .....	448
aa.	Entsendung in den Gesamtbetriebsrat .....	448
bb.	Rechtsnatur der Landesbezirke .....	448
c.	Reguläre Konzernbetriebsräte .....	449
d.	Der DGB als Konzern .....	450
4.	Kompetenzverteilung, § 50 BetrVG .....	450
II.	Gremien sui generis .....	453
1.	Beispiele bei den Kirchen und Presseunternehmen .....	453
2.	Gewerkschaftssekretärskonferenz auf vertraglicher Basis .....	453
a.	Monopol der Mitarbeitervertretung durch den Betriebsrat .....	453
b.	Ausgestaltung und Rechte .....	454
c.	Auflösung eines Sekretärsstatuts auf arbeitsvertraglicher Basis ...	454
III.	Betriebsverfassungsrechtliche Rechte .....	455
1.	Betriebsversammlungen .....	455
2.	Anspruch auf Kostenerstattung gegen die arbeitgebende Ge- werkschaft .....	456
a.	Anschaffen von Literatur durch die arbeitgebende Gewerkschaft..	456
aa.	Maßstab des Erforderlichen .....	457
bb.	Sonderrücksichtnahme der Betriebsräte in Gewerkschafts- unternehmen .....	457
cc.	§ 40 Abs. 2 BetrVG: Kosten für Fachliteratur .....	459
[1]	Stets erforderliche Fachliteratur .....	459
[2]	Erforderlichkeit zu vorhandenen Kommentaren .....	459
[3]	Tendenz der anzuschaffenden Literatur .....	461
[4]	Konkrete Darlegung der Erforderlichkeit .....	462
[5]	Vergleich mit dem Mitarbeitervertretungsrecht bei den Kirchen ..	462
b.	Auswahl von Sachverständigen, Experten und Rechtsanwälten ....	463
c.	Besuch von Schulungen .....	464
3.	Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten .....	467
a.	Einführung eines Tendenzstatuts .....	467
b.	Festlegung der Arbeitszeit und Anordnung von Überstunden .....	468
aa.	Tendenzbezug einer Arbeitszeitregelung für Gewerkschafts- sekretäre .....	468
bb.	Mitbestimmungsrecht bei Festlegungen gegenüber nicht- Tendenzträgern .....	470
cc.	Anordnung von Mehrarbeit .....	470

c.	Aufstellung von Urlaubsgrundsätzen und einer Urlaubssperre .....	470
d.	Betriebliche Entgeltgestaltung .....	471
4.	Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen .....	472
a.	Bedeutung der personellen Angelegenheiten für die Tendenz- verwirklichung .....	472
b.	Allgemeine Personalangelegenheiten .....	472
c.	Mitbestimmung bei der Einstellung, Versetzung und Um- gruppierung .....	474
aa.	Einstellung von Honorarlehrkräften bei gewerkschaftlichen Bildungsstätten .....	474
bb.	Einschränkungen durch den Tendenzschutz .....	475
cc.	Versetzung .....	476
dd.	Ein- und Umgruppierung .....	476
d.	Kündigung .....	476
aa.	Ordentliche Kündigung .....	476
bb.	Außerordentliche Kündigung von Betriebsräten .....	478
e.	Initiativrecht zur Kündigung .....	478
f.	Auswahlentscheidungen bei Qualifizierungsmaßnahmen .....	478
5.	Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten .....	479
a.	Wirtschaftsausschuß .....	479
b.	Tendenzschutz bei Betriebsänderungen .....	479
6.	Tarifersetzende Betriebsvereinbarungen .....	481
a.	Bedeutung für die Gewerkschaften als Arbeitgeber .....	481
b.	Wirksamkeitsvoraussetzungen .....	482
aa.	Tarifüblichkeitssperre .....	482
bb.	Kein Sonderkonkurrenzschutz .....	483
cc.	Funktionelle Zuständigkeit .....	484
c.	Erzwingbarkeit und Tendenzschutz .....	485
d.	Günstigkeitsprinzip .....	486
e.	Verschärfter Kontrollmaßstab .....	488
aa.	Maßstab der Inhaltskontrolle .....	488
bb.	Inhaltskontrolle am Beispiel von ver.di- Gesamtbetriebsvereinbarungen .....	489
[1]	Entgeltstundung gemäß der Rahmenbetriebsvereinbarung Interessenausgleich/Sozialplan vom 24.11.2003 (IASP 2003) .....	489
[2]	Arbeitszeitverringerung gemäß dem IASP 2003 .....	490
[3]	Umstieg von einer Summarik auf ein analytisches Entgeltsystem ..	491

<b>§ 7 Gewerkschaften als Arbeitgeber im Arbeitsgerichtsprozeß</b> .....	493
<b>A. Parteifähigkeit</b> .....	493
I. Gewerkschaften .....	494
1. Passive Parteifähigkeit .....	494
2. Aktive Parteifähigkeit .....	494
II. Bloße Koalitionen und Gewerkschaftsunterorganisationen .....	496
<b>B. Rechtsschutzsekretäre als Prozeßbevollmächtigte</b> .....	498
I. Sonderpostulationsfähigkeit von Rechtssekretären nicht tarif- fähiger Koalitionen .....	498
II. Vertretung der arbeitgebenden Gewerkschaft als Arbeitgeber durch Rechtssekretäre .....	498
1. Vorteile der Sonderpostulationsfähigkeit .....	499
2. § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG .....	500
a. Auslegungsstreit .....	500
aa. Besondere Sachkunde von Verbandsbevollmächtigten .....	502
bb. Koalitionsbetätigungsfreiheit .....	506
cc. Erfordernis eines gegen den sozialen Gegenspieler gerichteten Prozesses .....	508
b. Sonderpostulationsfähigkeit von Sekretären der DGB Rechts- schutz GmbH .....	510
3. Postulationsfähigkeit gem. § 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ArbGG .....	512
a. Rechtssekretäre als Prozeßagenten ohne Sonderrechte .....	512
b. Geschäftsmäßige Prozeßvertretung .....	513
aa. Selbständigkeit .....	514
[1] Vertretung der eigenen Mitglieder oder der eigenen Organisation .....	514
[2] Vertretung anderer Organisationen .....	515
bb. Wiederholungsabsicht .....	516
cc. Prozess der Gewerkschaft als fremde Rechtsangelegenheit .....	516
[1] Generelle Fremdvertretung .....	517
[2] Keine Einschränkung des Selbstvertretungsrechts .....	517
[3] Fremdheit der Angelegenheiten einer DGB-Gewerkschaft als Arbeitgeber .....	518

---

i.	Formale Betrachtungsweise .....	519
ii.	Wirtschaftliche Betrachtungsweise .....	520
iii.	Korrektur bei gesellschaftsrechtlicher Verflechtung .....	520
4.	Selbstvertretung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ArbGG .....	522
5.	Verstoß gegen das RBerG .....	523
III.	Vertretung von gewerkschaftlichen oder gewerkschaftsnahen Einrichtungen .....	525
1.	Einrichtungen als Zusammenschluß von Mitgliedern .....	525
2.	Analogie .....	528
3.	Ausweg: Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband .....	529
 <b>§ 8 Zusammenfassung</b> .....		531
 Literaturverzeichnis .....		555

## **Abkürzungsverzeichnis**

Hinsichtlich der Abkürzungen wird verwiesen auf *Kirchner/Butz*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl. 2003



## § 1 Daten, Fakten, Hintergründe

„Brauchen Gewerkschaftsangestellte eine Gewerkschaft?“, fragte *Helmut Maier-Mannhart* in der Süddeutschen Zeitung vom 8.10.1996 und fuhr fort: „Gewiß nicht, so könnte man meinen, denn die Gewerkschaften wissen ja genau, wie man Mitarbeiter behandeln muß. Schließlich kämpfen sie ja tagtäglich landauf, landab in den Unternehmen für mehr Lohn, mehr Freizeit, bessere Arbeitsbedingungen, sichere Arbeitsplätze usw. Es muß also im tiefsten Selbstverständnis der Gewerkschaften liegen, exakt dies alles [bei sich] zu erfüllen, was sie ihren Verhandlungspartnern abfordern. [...]“. Stattdessen besteht ein Widerspruch zwischen den Forderungen und dem eigenen Verhalten<sup>1</sup>:

### A. Verhalten der DGB-Gewerkschaften als Arbeitgeber: Der Widerspruch

#### I. Widersprüche

##### 1. Tarifautonomie

Die Gewerkschaften verteidigen „den Vorrang der Rechtssetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien im Verhältnis zu den Betriebsparteien“<sup>2</sup> und loben die Tarifautonomie: „Tarifautonomie und Flächentarifverträge dienen dem Erhalt der Arbeitsplätze! Tarifautonomie stärkt die Position der Betriebs- und Personalräte! Tarifautonomie bietet Schutz in Krisenzeiten! Tarifautonomie und Sozialstaat sind Grundpfeiler unserer Demokratie!“<sup>3</sup>

Bei ihren eigenen Arbeitnehmer streben die DGB-Gewerkschaften als Arbeitgeber hingegen keine Tarifverträge zur Regelung der Arbeitsbedingungen an. Die frühere GdED, Rechtsvorgängerin von „transnet“, bestritt sogar das Recht ihrer Arbeitnehmer, dem VGB beizutreten, indem sie mit Kündigung und Ausschluß aus der GdED drohte<sup>4</sup>. Mittels Rechtsgutachten von *Plander* und *Dütz* verteidigte die GdED diesen in der Arbeitsrechtsgeschichte der Bundesrepublik einzigartigen Angriff eines Arbeitgebers auf die Tarifautonomie in allen drei Instanzen erfolglos.

<sup>1</sup> Zu Beispielen aus der Zeit vor 1984: *Niederhoff*, Unbekannte Macht, S. 277 ff.

<sup>2</sup> DGB-Bundeskongreßbeschluß lt. Handelsblatt vom 27.8.1998.

<sup>3</sup> Ein Original des Flugblattes befindet sich beim Autor.

<sup>4</sup> Sachverhaltsschilderung bei: BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, AP Nr. 87 zu Art. 9 GG.

Weniger bekannt ist, daß auch der DGB gegen den VGB vorging, indem er den presserechtlich Verantwortlichen für ein VGB-Flugblatt mit der Begründung abmahnte, die Behauptungen über den Einsatz der HBV zugunsten der DGB-Beschäftigten seien ein Verstoß gegen die Tendenztreupflicht<sup>5</sup>. Im DGB-Verbund galten jahrzehntelang die einseitig festgelegten AAB (Erster Weg<sup>6</sup>); mittlerweile haben die Gewerkschaften den Dritten Weg der Kirchen<sup>7</sup> rezipiert, d.h. kollektivvertragliche Regelung durch Gesamtbetriebsvereinbarungen – mithin genau das, was sie bei den Kirchen vehement bekämpften. Den Zweiten Weg, den teilweise sogar die evangelischen Landeskirchen praktizieren<sup>8</sup>, wollen DGB und seine Einzelgewerkschaften nicht beschreiten: Sie weigern sich bis heute, mit dem VGB als Tarifpartner auch nur zu verhandeln<sup>9</sup> – was zwar legitim ist, bei anderen Arbeitgebern scharf kritisiert wird. Stattdessen regeln sie die Arbeitsbedingungen durch tarifersetzende Gesamtbetriebsvereinbarungen, in § 73 ver.di-Satzung kollektive Verträge genannt.

- 4 Indem ver.di durch solche Vereinbarungen (zum „IASP 2003“: u. § 6B.III.6.e.bb.[1], Rn. 1248 ff.) die Personalkosten verringert, praktiziert ver.di eine extremere Art von betrieblichen Absprachen als die von ver.di bei anderen Arbeitgebern kritisierten betrieblichen Bündnisse für Arbeit. Dies wird mittlerweile z.B. vom „Bezirksfachbereichsvorstand 13 Leipzig/Nordsachsen“ auch intern als schwerwiegender Widerspruch gesehen und es wird gefordert, § 73 Nr. 2 ver.di-Satzung zu streichen, Antrag „S 32“ zum Bundeskongreß 2007: „Durch diese Regelung wird der die Arbeitgeberfunktion ausübende Bundesvorstand darauf festgelegt, die verfassungsrechtlich garantierte Tarifautonomie für eine Gruppe von ver.di-Mitgliedern, nämlich die ver.di-Beschäftigten, zu Gunsten eines „betrieblichen Bündnisses“ auszuhebeln. Eine derartige, von den neoliberalen Systemveränderern immer wieder geforderte Aushöhlung der Tarifauto-

<sup>5</sup> Handelsblatt vom 6.5.1996.

<sup>6</sup> Zum „Ersten Weg“ bei den Kirchen: *Kluge*, Arbeitsrechtliche Probleme, 1974, S. 79 ff.; *Mayer-Maly*, BB Beil. 3/1977, 5.

<sup>7</sup> *Dietz*, RdA 1979, 79 ff.; *ders.*, BB 1979, 1205 ff.; *Grethlein*, BB 1980, 213 ff.; *Jurina*, Dienst- und Arbeitsrecht, S. 87 ff.; *Schlaich*, JZ 1980, 209 ff.; von *Tiling*, RdA 1979, 103 ff.; krit.: *Naendrup*, BlStSozArbR 1979, 353, 354; *Ramm*, JZ 1977, 737, 741; *Ruland*, Gutachten, S. 22 f.

<sup>8</sup> Tarifwerk der Evangelisch-lutherischen Landeskirche Schleswig-Holstein ./ ÖTV, DAG, Gewerkschaft Gartenbau, Land- und Forstwirtschaft und dem Verband kirchlicher Arbeitnehmer, KGOVBl. 1960 1971, 121, 215; *Tarifverträge der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche*: <http://www.nordelbien.de/nordelbien/vkda.start/vkda.tarifvertraege/vkda.tarifvertraege.allg/index.html> [zuletzt abgerufen am 1.7.2008]; *Ruland*, Gutachten, S. 21.

<sup>9</sup> VGB Mitgliederinfo II-2007 vom 30.5.2007.

nomie kommt einer weitgehenden Entmachtung von Gewerkschaften gleich.“

Mißachtet wird die Tarifautonomie auch durch Tarifverträge mit ver.di als vermeintlicher Gewerkschaft für Gewerkschaftsarbeitnehmer. Bedenken hinsichtlich der Gegnerunabhängigkeit haben der DGB und die DGB-Gewerkschaften auf Arbeitgeberseite und ver.di bzw. früher die HBV einmütig zurückgewiesen, obwohl sie anderen Gewerkschaften, insbesondere ihren Konkurrenten, vorgeworfen haben, nur sogenannte „gelbe Gewerkschaften“ zu sein.

Der DGB-konzernangehörige Bund-Verlag kannte wenig Rücksicht auf Glaubwürdigkeit, als er die Tarifbindung an einen Tarifvertrag der IG Medien beendete und den von ihr organisierten Streik untersagen ließ: Nicht nur, daß der Bund-Verlag ohne Umschweife eine einstweilige Verfügung beantragte, er ließ sich provokanterweise auch noch von *Jobst Hubertus Bauer* vertreten, der aus den Reihen der IG Medien als „Kreuzritter im Kampf gegen alle Gewerkschaftsrechte“ und „ausgewiesener Gegner der Gewerkschaften“ betitelt wird<sup>10</sup>.

## 2. Tendenzschutz

Verfassung (Art. 4, 5, 6, 9 Abs. 3 GG) und Gesetze (§ 118 BetrVG, § 1 Abs. 4 MBestG) beschränken tendenzgefährdende Rechtspositionen der Arbeitnehmer und ihrer Kollektivvertretungen, damit die Tendenzunternehmen ihre für Staat und Gesellschaft als besonders wichtig eingestufte Tendenz möglichst frei bilden und verwirklichen können. Obwohl es nicht darum geht, ihnen den Einsatz von abhängiger Arbeit zu verbilligen, hat insbesondere die ÖTV die unterschiedslose Anwendung aller Arbeitsrechtsvorschriften gefordert<sup>11</sup>. Gegenüber den Kirchen, die nicht bloß den Tendenzschutz genießen, sondern Selbstbestimmung in ihren eigenen Angelegenheiten, haben die Gewerkschaften zumindest eine sehr restriktive Auslegung dieses Selbstbestimmungsrechts vertreten. Sie selbst aber verzichten als Arbeitgeber nicht durchgängig auf den Tendenzschutz zugunsten koalitionspolitischer Unternehmen. Allerdings hat ver.di in Anlehnung an z.B. die ÖTV teilweise auf den Tendenzschutz aus § 118 Abs. 1 BetrVG verzichtet und den Betriebsräten überobligatorische Rechte eingeräumt, u. § 2E.II.1, Rn. 258 ff.

---

<sup>10</sup> *Balou*, IG Medien Forum 4/96 „Kreuzzug gegen Streik“.

<sup>11</sup> S. Forderung von *Schlosser* (ÖTV), in: Deutscher Bundestag, 6. Wahlperiode, Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung, Prot. Nr. 57 u. 58; *Mikat*, Tendenzbetrieb, S. 587, 586 ff.; *Frank*, EssG 10 (1976), 169.

- 8 Die Diskrepanz zwischen Moral und Ethik bei den Gewerkschaften frappt besonders, weil exakt dieses Phänomen bei den Kirchen als Arbeitgeber erkannt und als „widersprüchliches Verhalten“ gebrandmarkt wurde<sup>12</sup>: Die Kirchen könnten nicht einerseits „den Gewerkschaften eine wichtige Rolle im Kampf um die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit zuweisen“<sup>13</sup> und andererseits als Arbeitgeber betriebsfremden ÖTV-Werbern den Zutritt zu kirchlichen Einrichtungen verweigern<sup>14</sup>. Anders als diese „Splitter“ wollen die Gewerkschaften die Diskrepanz bei sich selbst als Arbeitgebern nicht sehen – gleichsam dem Balken im eigenen Auge.

### 3. Tarif- und Sozialpolitik

- 9 Die Gewerkschaften fordern von anderen Arbeitgebern vehement, Überstunden abzubauen, die Wochenarbeitszeit zu senken und Entlassungen zu vermeiden. Müssen die Unternehmen Arbeitnehmer betriebsbedingt entlassen, sind die DGB-Gewerkschaft schnell dabei, Stellenabbau und Leistungsdruck in der Privatwirtschaft als „Sozialraub“ zu geißeln<sup>15</sup>. Als Arbeitgeber verhalten sich die DGB-Gewerkschaften kaum anders:

#### a. Arbeitsplatzabbau

- 10 So polterte *Dieter Schulte*, damals DGB-Vorsitzender, 1996: „Der drohende Anstieg der Arbeitslosigkeit ist ein Skandal!“ und „Neue Jobs sind möglich.“<sup>16</sup> – aber nicht beim DGB<sup>17</sup>: Dort und bei der ÖTV<sup>18</sup> fielen schon von 1991 bis 1996 jeweils rund 20 % der Belegschaft dem Personal-

<sup>12</sup> *Ruland*, Gutachten 1980, S. 17.

<sup>13</sup> Würzburger Synodenbeschluß „Kirche und Arbeiterschaft“, S. 321, Nr. 2.3.3.; Entschließung des Rates der EKD 15.12.1955, KirchJahrbuch für die ev. Kirche in Deutschland, 1955, S. 87 f; dagegen: *Naendrup*, BlStSozArbR 1979, 353, 364.

<sup>14</sup> Krit.: *Ruland*, Gutachten 1980, S. 17; ähnlich: *Schwerdt/Schobel*, AuR 1979, Sonderheft, 44 ff.; *von Nell-Breuning*, AuR 1979, 1, 8.

<sup>15</sup> Süddeutsche Zeitung vom 8.10.1996 „Thema des Tages“; Impulse 1997 Heft 7, „Die rüden DGB-Chefs“, S. 20; iw-Gewerkschaftsreport 1/98 „Wer im Glashaus sitzt ...“, S. 21; zu den Protesten in der Stahlindustrie und im Bergbau einerseits, während gleichzeitig selbst Personalabbau im Rechtsschutzbereich propagiert wurde: Frankfurter Rundschau 7./8.5.1997.

<sup>16</sup> *Dieter Schulte*, DGB-Neujahrspressekonferenz 1996, lt Spiegel 3/1996 S. 82.

<sup>17</sup> Zur Kündigung von 33 Dozenten der DGB Technikerschule Hochdahl: FAZ vom 6.7.1973; zum co op-Vorstandsbeschluß, 750 von 1.220 Arbeitnehmern des co op-Gebrauchsgüterzentrums Kamen zu entlassen, *Niederhoff*, Unbekannte Macht, S. 285 f.

<sup>18</sup> Impulse 1997, Heft 7, „Die rüden DGB-Chefs“, S. 20

abbau zum Opfer<sup>19</sup>, und *Schulte* plante bereits die nächste Entlassungswelle. Während er von anderen Arbeitgebern forderte, 100.000 neue Arbeitsplätze zu schaffen und, daß „das Jahr 1996 zum Jahr der Beschäftigung werden müsse“, machte er das Jahr 1996 beim DGB zum Jahr des Beschäftigungsabbaus – einschließlich einer Demonstration der von Arbeitsplatzverlust bedrohten DGB-Angestellten vor der Zentrale in Düsseldorf<sup>20</sup>. Dabei plante der DGB ausweislich eines schon 1994 bekannt gewordenen DGB-Strategiepapiers „Reorganisation des DGB“ den Personalbestand um 13 % zu verringern<sup>21</sup>.

Anlässlich des Umzugs der Bundesvorstandsverwaltung gelang es dem DGB, die verbliebenen 220 Mitarbeiter nochmals um über 50 Mitarbeiter zu reduzieren. Über die Rolle des Betriebsrats bzw. seinen Widerstand vermeldet das Informationsorgan des DGB „einblick“ nichts, resp. nur, daß dieser am 19.12.2003 in Düsseldorf eine „Licht-aus-Party“ veranstaltete<sup>22</sup>. Insgesamt kommt der DGB damit auf eine Personalabbauquote von ca. 35 % in 12 Jahren<sup>23</sup>.

Wenn *Jürgen Peters*, Vorsitzender der IG Metall verkündet: „Die einfalllose Politik des Personalabbaus muß gestoppt werden“<sup>24</sup>, meint auch er nicht den Personalabbau bei der IG Metall, denn diese verringerte ihre Mitarbeiterzahl in zehn Jahren um 15 % – und das obwohl die Arbeitnehmer der fusionierten IG Holz und Kunststoff sowie der IG Textil und Bekleidung hinzukamen<sup>25</sup>. Im „Streichkonzert“ kamen die IG BAU im Zeitraum 1997-2003 auf minus 26 % und die IG BCE auf minus 20 %<sup>26</sup>. Ver.di versprach zwar im Zuge der Fusion, es werde bis 2007 zu keinen betriebsbedingten Kündigungen kommen, bekundete aber schon 2003, 750 Stellen abbauen zu wollen<sup>27</sup>; eine ihrer Quellgewerkschaften, die HBV, reduzierte Anfang der 90er Jahre die Belegschaft um 27 % und verlangte von den übrigen einen Lohnverzicht in Höhe von 10 %; mit weiteren Entlassungen drohte die HBV, falls der Betriebsrat nicht zustimme<sup>28</sup>. Geschäftsführer der Berliner ver.di-Bezirksstelle und nach eigenem Be-

<sup>19</sup> Süddeutsche Zeitung vom 8.10.1996 „Thema des Tages“; iw-Gewerkschaftsreport 1/98, S. 21.

<sup>20</sup> Dazu Handelsblatt vom 23.4.1997; FAZ 23.4.1997; Kölner Stadtanzeiger vom 7.5.1997.

<sup>21</sup> Rheinischer Merkur, Christ und Welt, Länderausgabe Koblenz vom 20.3.1994.

<sup>22</sup> einblick 22/03 vom 8.12.2003, S. 6.

<sup>23</sup> Wirtschaftswoche 43/2003 vom 16.10.2003, S. 22.

<sup>24</sup> Wirtschaftswoche 43/2003 vom 16.10.2003, S. 22.

<sup>25</sup> Wirtschaftswoche 43/2003 vom 16.10.2003, S. 22.

<sup>26</sup> Wirtschaftswoche 43/2003 vom 16.10.2003, S. 22.

<sup>27</sup> Wirtschaftswoche 43/2003 vom 16.10.2003, S. 22.

<sup>28</sup> *Niedenhoff/Reiter*, Gewerkschaften 2000, S. 36.

kunden bekennender „Sozialromantiker“ *Roland Tremper*, der als ver.di-Verhandlungsführer mit dem Berliner Senat um Sparmaßnahmen im öffentlichen Dienst verhandelt, wirft ihm vor, „die Beschäftigten gegen die Notlage auszuspielen“ – über ver.di weiß er: „Kein Arbeitgeber ist so sozial wie eine Gewerkschaft. [...] Es gibt nichts, wo wir sagen könnten: Wir sind vergleichbar mit der Privatwirtschaft.“<sup>29</sup>

### **b. Ausbildungsquote**

- 13 Der DGB und die IG Metall wissen, wie teuer Ausbildungsplätze für den Arbeitgeber sein können und fordern deshalb immer wieder vom Gesetzgeber eine Pflichtquote, die im Unterschreitensfall mit einer Abgabe sanktioniert wird. Die aber trüfe auch sie selbst mit ihren Quoten von 1,4 % (DGB) und 0,6 % (IG Metall) sowie 0,3 % (ver.di), während die BDA auf 5 % kam<sup>30</sup>. Doch ver.di läßt Jugendliche lieber sterben: Statt selbst mehr auszubilden, investierte ver.di Geld in einem Werbespot, der im Oktober 2003 über viva ausgestrahlt wurde: Zunächst bringen sich mehrere Jugendliche auf unterschiedliche Weise um, kurz wird eine abgelehnte Bewerbung um einen Ausbildungsplatz eingeblendet und dann als Botschaft: „Jugend braucht Zukunft – Jugend braucht Perspektive – ver.di-Jugend“.
- 14 Ver.di-intern wird dieser Widerspruch erkannt und seine Beseitigung gefordert. So hat die Bundesjugendkonferenz im Antrag „K 31“ zum Bundeskongreß 2007 die Einführung einer 7-prozentigen Ausbildungsquote gefordert: „In der Zeit fehlender Ausbildungsplätze und der durch Gewerkschaften geübten Kritik an Arbeitgebern halten wir es für wichtig und unumgänglich, daß ver.di ein Zeichen setzt und Ausbildungsplätze in den eigenen Geschäftsstellen und Bildungsstätten schafft“. Die „Landesbezirkskonferenz Bayern“ fordert im Antrag „K 32“ sogar, daß pro zehn Vollzeitstellen eine Ausbildungsstelle geschaffen wird. Die Anträge „K 31“ und „K 32“ sind als Arbeitsmaterial für den Gewerkschaftsrat angenommen worden.

## **4. Geschlechterdiskriminierung – die Kochelsee-Affäre**

- 15 Das Frauenförderprogramm der ÖTV sah vor, daß Frauen nur bevorzugt werden sollen, wenn sie „gleichwertig qualifiziert“ sind. Unter dem Vorsitz der Frau *Monika Wulf-Mathies* verhinderte nur eine schon aus anderen Gründen rechts- und satzungswidrige Einstellung, daß gerichtlich über die Frage entschieden werden mußte, ob der ÖTV-Hauptvorstand einen

<sup>29</sup> Lt. Spiegel 20/2003, S. 70, 74 – „Kollege Klassenfeind“.

<sup>30</sup> Monitor vom 18.9.2003, ARD, Beitrag „Ausbildungsmuffel“.

männlichen Bewerber seines Geschlechts wegen diskriminiert hatte<sup>31</sup>: Im Einstellungsverfahren für die Stelle des Leiters der oberbayerischen Bildungsstätte Kochel fiel die Entscheidung zunächst nicht zugunsten des langjährigen Stellvertreters des Schulleiters und „ÖTV-Urgestein“, *Norbert Warga* aus, sondern auf die neu in die ÖTV eingetretene, „hübsche Berliner Lyrikerin“ *Anna Jonas*<sup>32</sup>. Ihre Bewerbungsunterlagen sollen auffällig dünn gewesen sein und hätten weder Werdegang noch Zeugnisse enthalten. Dem männlichen Bewerber, *Norbert Warga*, soll beim Bewerbungsgespräch vom Stellvertreter der Vorsitzenden *Wulf-Mathies, Wolfgang Warburg*, die Frage gestellt worden sein, wie er sich fühle, wenn er gegen eine Frau kandidiere<sup>33</sup>.

## 5. Entgelt

### a. Entgeltzurückhaltung

Trotz des wegen der Globalisierung erhöhten Wettbewerbsdrucks auf die deutsche Wirtschaft bringen die Gewerkschaften wenig Verständnis für den Kostensenkungsdruck bei anderen Arbeitgebern auf. Anderes soll aber für sie selbst als Arbeitgeber gelten: Das Realentgelt ist beim DGB in den letzten 15 Jahren überwiegend gesunken<sup>34</sup>, allein 1993 um 9 %<sup>35</sup>. Parallel zur Verkleinerung der DGB-Belegschaft, in den Jahren 1992-1996 um 20 %, sank das reale Nettoeinkommen der Verbliebenen um 12 %<sup>36</sup>. 1999 bot der DGB eine Gehaltserhöhung von gerade 1,5 % an, während fast zeitgleich ein ähnlich hohes Angebot der Metallarbeitgeber vom damaligen stellvertretenden Vorsitzenden der IG Metall, *Jürgen Peters*, als „Lachnummer“ zurückgewiesen wurde<sup>37</sup>. Im Jahr 2007 haben die DGB-Gewerkschaften wieder den „kräftigen Schluck aus der Lohnpulle“ gefordert (bis zu 6,5 %) und oft bekommen. Nach Meldungen des VGB<sup>38</sup> darben die Gewerkschaftsbeschäftigten hingegen weiter: Mit einer tabellenwirksamen Entgelterhöhung von je 0,75 % in den Jahren 2006 und 2007 unterbot der DGB jeden Tarifabschluß der DGB-Gewerkschaften. Bei der DGB Rechtsschutz GmbH wird das Entgelt in den

---

<sup>31</sup> Tatsachen nach dem Bericht in der Süddeutschen Zeitung, München, vom 27.1.1994 „Gewerkschaftsbosse contra Betriebsrat“ und lt. der Süddeutschen Zeitung, München, vom 20./21.12.1993.

<sup>32</sup> Süddeutsche Zeitung, München, vom 20.2.1993 mit Foto von Frau Jonas.

<sup>33</sup> Süddeutsche Zeitung, München, vom 20./21.12.1993.

<sup>34</sup> So schon 1997 das Handelsblatt vom 5.5.1997; VGB Mitgliederinfo III-2006, S. 2.

<sup>35</sup> Spiegel 3/1996, S. 82, 83.

<sup>36</sup> iw-Gewerkschaftsreport 1/98, S. 21.

<sup>37</sup> Handelsblatt vom 14.2.1999; Frankfurter Rundschau vom 14.2.1999.

<sup>38</sup> VGB Mitgliederinfo III-2006 und III-2007.

Jahren 2006 und 2007 zwar um jeweils 1 % erhöht, dafür besteht aber eine Laufzeit bis zum 30.4.2008. Freilich kann der DGB darauf verweisen, daß andere Arbeitgeber noch weniger zahlen: Bei ver.di dauert die Nullrunde bereits dreieinhalb Jahre und es fanden tlw. sogar Entgeltkürzungen statt.

- 17 Ergänzend dazu wurden Sozialleistungen an die Arbeitnehmer gestrichen oder gekürzt, so etwa das Fahrgeld beim DGB<sup>39</sup> oder die Übernahme von Sozialversicherungsbeiträgen bei der IG Metall<sup>40</sup>. Zumindest bei der DGB Rechtsschutz GmbH ließen sich die Kündigungen nicht mit niedriger Produktivität begründen – im Gegenteil: Zuletzt wurde diese erhöht, indem die pro Jahr zu erledigende Fallzahl von 346 auf 400-500 heraufgesetzt wurde<sup>41</sup>. „Lohnverzicht lohnt nicht“ titelt der DGB am 8.12.2003 in seinem Infoservice „einblick“<sup>42</sup> – jedenfalls für die eigenen Angestellten bestätigt sich das.
- 18 Intern gibt es durchaus andere Ansätze: So hat die „Bezirksfachbereichsversammlung 9 Cottbus“ im Antrag „K 40“ zum ver.di-Bundeskongreß 2007 gefordert, „für alle ver.di-Beschäftigten ab April 2007 eine prozentuale Lohnerhöhung zu beschließen. Grundlage sollte der Durchschnitt der von ver.di über alle Fachbereiche hinweg abgeschlossenen Gehaltserhöhungen der Jahre 2005/2006 sein.“ Empfehlung der ver.di Antragskommission dazu: „Nichtbefassung“!
- 19 Den Gewerkschaften kann die Diskrepanz zwischen ihren tarifpolitischen Forderungen und den von ihnen gezahlten Entgelten nur vorgehalten werden und sie mag dem VGB bei der Mitgliedergewinnung sowie in den Tarifvertragsverhandlungen mit den Gewerkschaften helfen. Unmittelbarer bekommen die DGB-Gewerkschaften bei den eigenen Personalkosten die Folgen ihrer Forderung nach einem Mindestlohn zu spüren bekommen. So konnte ver.di die geplanten Entgeltsätze in den unteren Gehaltsgruppen des neuen Vergütungssystems nicht durchsetzen, weil diese unterhalb des von ver.di selbst geforderten Mindestlohns von 9 € liegen sollten<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Süddeutsche Zeitung vom 8.10.1996.

<sup>40</sup> Zur Rechtswidrigkeit der Betriebsvereinbarung ArbG Frankfurt a.M. – 7 Ca 5625/94 n.v.

<sup>41</sup> einblick 22/03 vom 8.12.2003, S. 6.

<sup>42</sup> einblick 22/03 vom 8.12.2003, S. 5.

<sup>43</sup> VGB Mitgliederinfo III-2007, S. 4.

## b. Gleiches Entgelt für gleiche Arbeit

Die Gewerkschaften propagieren dieses Dogma und der ehemalige Bundeswirtschaftsminister *Clement* hat es zu einem „in allen zivilisierten Volkswirtschaften“ geltenden Prinzip<sup>44</sup> erhoben. Bei ver.di aber verdiente ein Gewerkschaftssekretär der ehemaligen DAG auch fünf Jahre nach der Verschmelzung pro Monat 372 € weniger als sein Kollege aus der ehemaligen HBV, obwohl er dafür länger arbeiten muß<sup>45</sup>. Als „sachlichen Differenzierungsgrund“ hat sich ver.di im Gerichtsverfahren immer noch auf die Fortführung der unterschiedlichen Vergütungssysteme zum Zeitpunkt der Verschmelzung berufen, obwohl in der Nr. 1 der „Grundsatzvereinbarung zur Gründung und Aufbau von ver.di“ das „Bestreben“ bekundet ist, einheitliche Anstellungsbedingungen zu schaffen. 20

Das ist besonders brisant, weil die HBV, ÖTV und IG Medien vor der Fusion in finanzieller Schieflage waren. Während sie mutmaßlich ungedeckte Verpflichtungen in ver.di einbrachten, stammt der Vermögensüberschuß bei ver.di zu ca. zwei Dritteln von der DAG und ca. ein Drittel von der DPG<sup>46</sup>. Letztlich werden damit die besseren Arbeitsbedingungen der ehemaligen HBVler von den ehemaligen DAGlern bezahlt. Bei Wirtschaftsunternehmen würde ein solches Verhalten als Übernahme und anschließendes „Ausplündern“ des übernommenen Unternehmens gebrandmarkt. 21

## 6. Ausgliederungen

Ausgliederungen stoßen bei Gewerkschaften oft auf Widerstand, insbesondere wenn Betriebsabteilungen rechtlich verselbständigt und als konzerneigene GmbH weitergeführt werden. Sofern nicht der Vorwurf der Tarifflicht erhoben wird, gilt die Ausgliederung als Instrument zur Spaltung der Belegschaft. Anders sieht es aus, wenn der DGB selbst ausgliedert: 1998 übertrug der DGB-Bundesvorstand die bisher als rechtlich unselbständig geführte Rechtsschutzabteilung mit über 1.000 Arbeitnehmern auf die neu gegründete und von ihm kontrollierte „DGB Rechtsschutz GmbH“. 22

Damit wurde die Gruppe von Arbeitnehmern, die sich bisher am stärksten auf ihre Rechte berufen hatte, nämlich die Rechtssekretäre, von den anderen DGB-Kollegen abgekoppelt. Ihre Gehaltsentwicklung ist seitdem noch hinter derjenigen ihrer früheren Kollegen beim DGB zu- 23

---

<sup>44</sup> <http://service.spiegel.de/digas/find?DID=27908711H> [zuletzt abgerufen am 11.9.2007].

<sup>45</sup> BAG vom 10.11.2004 – 7 AZR 101/04, NZA 2005, 514.

<sup>46</sup> *Hirn/Scholtys/Sucher*, Manager Magazin 2004, 24, 28.

rückgeblieben. Die pro Sekretär zu erledigenden Fallzahlen erhöhte die Geschäftsleitung beträchtlich. Die betriebsverfassungsrechtliche Organisationsstruktur wurde „atomisiert“. Ein Rechtssekretär widersprach dem Betriebsübergang aus grundsätzlichen Erwägungen. Der DGB kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis, weil nach der Ausgliederung kein Bedarf mehr für Rechtssekretäre bestünde. Dem Arbeitnehmer gelang es nicht, einen geeigneten freien Arbeitsplatz innerhalb des DGB nachzuweisen, weshalb er den anschließenden Kündigungsschutzprozeß gegen den DGB verlor<sup>47</sup>.

## II. Rechtliche Analyse als Grundlage eines Auswegs

- 24 In höchster Abstraktion hat bereits *Götz Briefs* 1955 die Arbeitsverhältnisse bei Gewerkschaften als Problem erkannt und beschrieben: „Der Einsatz der solidarischen Gemeinschaftsmoral für den fremdmoralischen Zweck umschließt die Tragik der Gewerkschaften. Was sie in ihrem Außenverhältnis praktizierten, schlug unvermeidlich auf ihr Innenverhältnis zurück – je stärker, je machtvoller und befestigter sie wurden und je mehr sie gegen den Marktdruck der Fremdmoral gesichert waren.“<sup>48</sup>
- 25 Dieser 1955 – und heute nicht minder – zutreffenden Diagnose, ließ *Götz Briefs* den Therapieverschlagn folgen: „Die befestigte Gewerkschaft steht vor schwierigen Entscheidungen. [...] Sie braucht eine neue Philosophie. Sie muß sie finden in einem Gesetz, das größer ist als Gruppeninteressen, als dasjenige nach dem sie angetreten. Sie hat den Ansatz dazu in dem Wesenszug der Solidarität, der ihr zugrunde liegt; sie kann es um so eher, als sie weithin gegen Absinken der Grenzmoral in Arbeitsmarkt und Betrieb gesichert ist“<sup>49</sup>.
- 26 Die Warnung von *Götz Briefs* blieb also ungehört – ebenso wie die vielfältigen Signale dafür, daß eine „neue Philosophie“ für die Gewerkschaften als Arbeitgeber notwendig ist. Während der DGB und seine Einzelgewerkschaften wegen volkswirtschaftlich unvernünftiger Forderungen<sup>50</sup> und als Bremsklötze dringend notwendiger Reformen am Arbeitsmarkt<sup>51</sup> von immer mehr Menschen als Haupt- oder Mitverantwortliche für die Massenarbeitslosigkeit angesehen werden<sup>52</sup> und ihnen die Mitglieder

---

<sup>47</sup> BAG vom 7.12.2000 – 2 AZR 391/99, NZA 2001, 495.

<sup>48</sup> *Briefs*, in: Gewerkschaftsprobleme, S. 18.

<sup>49</sup> *Briefs*, in: Gewerkschaftsprobleme, S. 18.

<sup>50</sup> Statt vieler: *Ehmann/Lambrich*, NZA 1996, 346 ff.

<sup>51</sup> *Harpprecht*, Manager Magazin 2003, Heft 9, S. 11.

<sup>52</sup> *Harpprecht*, a.a.O.

scharenweise davonlaufen<sup>53</sup>, haben sich die DGB-Gewerkschaften den Ruf erworben, selbst der „härteste Arbeitgeber“ zu sein, was ihre Glaubwürdigkeit beschädigt hat.

Ihre Glaubwürdigkeit können die Gewerkschaften nur wiedergewinnen, 27 indem sie den aufgezeigten Widerspruch auflösen. Sie müssen dazu ein Personalkonzept finden, welches zugleich ihren Traditionen und ihrer koalitionspolitischen Bestimmung und der Verschiedenheit der gewerkschaftlichen Dienste gerecht wird. Was diese Arbeit dazu beitragen kann, ist eine Analyse des rechtlichen Rahmens im Sinne der zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten.

Während z.B. die Rechte der Kirchenarbeitnehmer und ihrer Kollektiv- 28 vertretungen sowie die Rechte der kirchlichen Arbeitgeber oder die arbeitsrechtlichen Besonderheiten der Arbeit beim Staat und autonomen Körperschaften (z.B. Rundfunk) fortwährend Gegenstand vielfältiger Publikationen sind, sind Rechtsprechung und Wissenschaft bisher – von wenigen Schlaglichtern abgesehen – nicht ins arbeitsrechtliche Dunkel des Gewerkschaftssektors vorgedrungen:

Günstige Voraussetzung für die Gewerkschaften ist der ihnen zu- 29 kommende Tendenzschutz, u. § 2C, Rn. 121 ff. Arbeitsrechtlich steht insbesondere auf dem Prüfstand, daß die Gewerkschaften ihren Arbeitnehmern die Koalitionsfreiheit absprachen, u. § 1A.I.1, Rn. 2 f., und immer noch die Funktionsgerechtigkeit der Tarifautonomie für Gewerkschaftsarbeitsverhältnisse bestreiten oder Tarifverträgen mit der nicht gegnerunabhängigen HBV/ver.di schließen wollen, u. § 5A.I.1, Rn. 749 ff., sowie die Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft mit ihren verbandsrechtlichen Folgen, u. § 3, Rn. 269 ff.

Entscheidend für eine Neujustierung sind aber auch die Grenzen des 30 Tendenzschutzes im Individualarbeitsrecht, u. § 4, Rn. 161 ff., und im Betriebsverfassungsrecht, u. § 6B.III, Rn. 1149 ff. Der Abschied von einem Arbeitgeberverhalten nach „Gutsherrenart“ setzt auch voraus, daß die Gewerkschaften die rechtlichen Handlungsoptionen der Kollektivvertretungen ihrer Arbeitnehmer akzeptieren und einkalkulieren. Mögliche Bestandteile der Zukunft des kollektiven Arbeitsrechts im Gewerkschaftssektor sind Streiks der Gewerkschaftsarbeitnehmer, u. § 5C.II.1.d.aa, Rn. 1073 ff., und die Gründung eines Arbeitgeberverbandes der arbeitgebenden Gewerkschaften u. § 5B, Rn. 944 ff.

---

<sup>53</sup> Spiegel-online 3.8.2003: 25.000 Mitglieder verlor die IG-Metall allein im Juli 2003; ver.dis Mitgliederverluste werden 2 1/2 Jahre nach der Gründung auf 250.000 beziffert, Spiegel-online vom 21.10.2003, <http://service.spiegel.de/digas/find?DID=28949588H> [zuletzt abgerufen am 1.7.2008].

## B. Überblick über die Arbeit bei Gewerkschaften

### I. Rechtsgrund

#### 1. Mitgliedschaftsverhältnis

- 31 Die Gewerkschaftsbeschäftigten erbringen gegenüber ihrer Gewerkschaft weisungsgebunden, fremdbestimmt und in persönlicher Abhängigkeit Dienste. Rechtsgrundlage solcher Dienste kann die Mitgliedschaft in einem Verein sein<sup>54</sup>. Der Mitgliedsbeitrag kann statt in Geld auch in Form von Diensten erbracht werden<sup>55</sup>. Daß die Dienste fremdbestimmt und in persönlicher Abhängigkeit erbracht werden, taugt zur Abgrenzung vom Dienst- oder Werkvertrag, spricht aber nicht gegen das Vereinsverhältnis als Rechtsgrundlage<sup>56</sup>.
- 32 Bei hauptamtlich tätigen Scientology-Mitgliedern hält das BAG es nicht für untypisch, daß der Mitarbeiter mehr Einfluß auf Leitung, Organisation und Entscheidungen des Dienstempfängers nehmen kann als andere Mitglieder<sup>57</sup>, so daß letztlich keine fremdbestimmte Tätigkeit vorliegen müsse. Ob diese Argumentation den mitgliedschaftlichen Einfluß nicht überbewertet und ob ein gesellschaftsrechtliches Rechtsverhältnis dagegen spricht, daß zugleich ein Arbeitsverhältnis besteht, kann für die Mitglieder der DGB-Gewerkschaften dahingestellt bleiben:
- 33 Deren Satzungen sehen als einzige Form der Beitragsleistung Geldzahlung vor. Abgesehen von ehrenamtlich Tätigen erbringen die Gewerkschaftsbeschäftigten ihre Arbeitsleistung aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung, die nach Inhalt und Bezeichnung ein Arbeitsverhältnis begründet.

#### 2. Hoheitsakt

- 34 Das Dienstverhältnis zwischen den Gewerkschaften und ihren Beschäftigten kann – anders als bei kirchlichen Arbeitgebern – weder durch Hoheitsakt begründet noch nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen geordnet werden. Anders als Kirchen haben die Gewerkschaften nicht das

---

<sup>54</sup> BAG vom 18.2.1956 – 2 AZR 294/54, BAGE 2, 289; BAG vom 6.7.1995 – 5 AZB 9/93, BAGE 80, 256.

<sup>55</sup> BAG vom 26.9.2002 – 5 AZB 19/01, zu B.II.1., NZA 2002, 1412; Soergel/Hadding, BGB § 58 BGB Rn. 3; RGRK/Steffen, BGB § 58 BGB Rn. 2; Sauter/Schweyer/Waldner, Verein, Rn. 120.

<sup>56</sup> BAG vom 26.9.2002 – 5 AZB 19/01, zu B.II.2.b., n.v.; BAG vom 3.6.1975 – 1 ABR 98/74, BAGE 27, 163.

<sup>57</sup> BAG vom 26.9.2002 – 5 AZB 19/01, zu B.II.2.c., NZA 2002, 1412.

Recht, Beamte zu ernennen; es fehlt an einer Art. 137 Abs. 5 WmRV und § 135 Satz 2 BRRG entsprechenden Norm.

Eine Gewerkschaftsautonomie ist zwar als dogmatisches Konstrukt denkbar und mag rechtspolitisch eingefordert werden können, das gewerkschaftliche Interesse an einer solchen Autonomie stellt aber *de lege lata* keine Rechtsposition dar. Dem steht nicht entgegen, daß Gewerkschaftsarbeitnehmer im älteren Schrifttum gelegentlich als „Gewerkschaftsbeamte“ bezeichnet werden. Der Begriff „Beamter“ entsprach im Sprachgebrauch des 19. Jahrhunderts in etwa dem des Verwaltungsangestellten. Insbesondere „Bankbeamte“ und „Versicherungsbeamter“ waren gebräuchliche Begriffe. 35

## II. Gewerkschaften und ihre Bedeutung als Arbeitgeber

### 1. Gewerkschaften und Gewerkschaftsunternehmen

Der gewählte Titel „Gewerkschaften als Arbeitgeber“ ist als *pars pro toto* zu verstehen. Keineswegs sollen die gewerkschaftlichen oder gewerkschaftsnahen Einrichtungen und die gewerkschaftlichen Spitzenverbände ausgeschlossen werden. Obwohl die meisten Gewerkschaftsarbeitsverhältnisse dem DGB-Verband zuzurechnen sind, treten auch die Konkurrenzgewerkschaften und potentiell sogar die Gewerkschaftsarbeitnnergewerkschaften als Arbeitgeber auf. Rechtliche Unterschiede folgen dabei hauptsächlich aus der unterschiedlichen Größe und Tendenz der konkurrierenden Gewerkschaften. 36

Arbeitsverträge werden mit dem Bundesverband abgeschlossen; soweit die Landesverbände und -bezirke bzw. auch die Ortsvereine als selbständiger Zweigverein teilrechtsfähig sind, schließen sie auch selbst die Arbeitsverträge<sup>58</sup>. Die Arbeitsbedingungen sind aber fast ausschließlich von den Bundesverbänden vorgegeben. Auch die einzelnen, rechtlich verselbständigten Rechtsträger treten als Arbeitgeber auf, z.B. die Bildungswerke, Gewerkschaftsverlage und die DGB Rechtsschutz GmbH. 37

### 2. Gewerkschaftliche Gemeinwirtschaft

Die Frage der Zuordnung zum gewerkschaftlichen Bereich in einem weitverstandenen Sinne ist nicht nur von phänomenologischem Interesse, sondern kann z.B. für die Bestimmung des Organisationsbereichs einer 38

---

<sup>58</sup> Plander, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 90 f.; zu den Ortsvereinen der IG Druck und Papier: BAG vom 22.12.1960 – 2 AZR 140/58, AP Nr. 25 zu § 11 ArbGG 1953 und BAG vom 29.3.1974 – 1 ABR 27/73, und 25.6.1974 – 1 ABR 68/73, AP Nr. 2 und 3 zu § 19 BetrVG 1972.

Gewerkschaftsarbeitnehnergewerkschaft und die Gegnerunabhängigkeit der DGB-Gewerkschaften relevant sein. Zur Konzernspitze der gemeinwirtschaftlichen Unternehmen mit gewerkschaftlicher Beteiligung ist mittlerweile die BGAG geworden. Diese Konstruktion diente dabei im Wesentlichen der steuerlichen Optimierung: Die Gewerkschaften nutzten so den Vorteil, daß die Kapitalertragssteuer nur für die Aktionäre der Holding anfiel, und somit die in der Summe deutlich höhere Einzelversteuerung der Unternehmensgewinne vermieden wurde. Aus steuerlichen Gründen blieben auch die Unternehmen mit dem Status der Gemeinnützigkeit außen vor, denn sie hätten durch die Eingliederung in die BGAG ihre Privilegien verloren<sup>59</sup>.

- 39 Nachdem sich die BGAG unter großen Verlusten von den Beteiligungen an der Neuen Heimat und Coop getrennt hatte und der DGB das Konzept der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft aufgegeben hatte, verfolgt die BGAG einen strikt renditeorientierten Kurs. Von den ehemals mehreren hunderttausend Arbeitnehmern in der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft sind nur noch wenige tausend in den Unternehmen der BGAG geblieben. Die Anteile an der BGAG hielten 2006 die Vermögenstreuhandgesellschaften der IG Metall (24,97 %), des DGB (20,48 %), der IG BCE (19,4 %), der IG BAU (8,17 %) und ver.dis (8,06 %).

### III. Geschichte der Gewerkschaftsarbeitnehmer

#### 1. Ursprung

- 40 Als Keimzelle der modernen Gewerkschaften gilt die „Association der Cigarrenarbeiter in Deutschland“. Im Jahr der Märzrevolution 1848 von Berliner Tabakarbeitern gegründet, fand die Association schnell in 40 deutschen Städten Nachahmer. Diese Organisationen waren jedoch eher kurzlebig, auch, weil sie nicht zentral organisiert waren. Der „Allgemeine Deutsche Cigarrenarbeiter-Verein“ gegründet 1865 in Leipzig, war die erste zentral organisierte Gewerkschaft in Deutschland überhaupt. Binnen dreier Jahre gewann sie unter ihrem Mitgründer und Präsidenten *F. W. Fritzsche* 10.000 Mitglieder. Sie wurde zum Vorbild vieler neu gegründeter Gewerkschaften<sup>60</sup>.
- 41 Zwar wurde ebenfalls im Jahr 1848 von Buchdruckergehilfen auf der „Nationalen Buchdruckerversammlung“ in Mainz bereits ein kompletter Tarifvertragsentwurf verabschiedet und 1866 in Leipzig der „Deutsche Buchdruckerverband“ gegründet, der 1873 nach Streiks und Aussperrung

<sup>59</sup> *Niederhoff*, *Unbekannte Macht*, S. 212, 214.

<sup>60</sup> <http://de.wikipedia.org/wiki/ZigarreH>; <http://library.fes.de/fulltext/bibliothek/tit00148/00148011.htm>.

den ersten Reichstarifvertrag in der deutschen Geschichte durchsetzte<sup>61</sup>. Im Zusammenhang mit der Genesis der Cigarrenarbeiterassociation findet aber erstmals ein „Gewerkschaftsarbeitnehmer“ Erwähnung: 1856 las er den Zigarettdrehern während der Arbeit aus politischer Lektüre vor<sup>62</sup>. Allerdings bestand die Vertragsbeziehung mit dem Zigarettenhersteller fort. Den Lohn zahlte dieser jedoch nicht für die Vorlesetätigkeit, sondern weil die anderen Arbeiter das Pensum des Vorlesenden neben ihrer eigenen Arbeit miterledigten. Die Arbeitspflicht des Zigarettdrehers war zwar eine höchstpersönliche Pflicht. Erstaunlicherweise tolerierte der Arbeitgeber jedoch die Leistung durch Dritte.

## 2. Kaiserzeit

Weniger tolerant stand der Staat Koalitionen und Streiks gegenüber. Zwar stellte der Norddeutsche Bund 1869 die Koalitionsbildung straffrei<sup>63</sup>, umstritten war aber, ob dies auch für Koalitionen gelten sollte, die sich strafbarer Mittel bedienten<sup>64</sup>. Dazu rechnete das RG bis 1906 auch den Streik<sup>65</sup>. Für die Gewerkschaftsarbeitnehmer bedeutete dies, daß jeder Beitrag zum Streik zur Strafbarkeit wegen mittäterschaftlicher Erpressung oder zumindest Beihilfe führte. Unter Geltung des SozialistenG<sup>66</sup> vom 21.10.1878 konnte gemäß § 17 Abs. 1 SozialistenG bereits die Tätigkeit im Interesse eines gemäß § 6 i.V.m. 5, 1 SozialistenG verbotenen Vereins mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft werden. Qualifiziertem Personal wie Vorstehern, Leitern, Ordnern, Agenten, Rednern und Kassierern drohte Gefängnis von einem Monat bis zu einem Jahr.

Das Mißtrauen der Gewerkschaften gegenüber dem Staat wirkte sich auch auf die Personalauswahl aus: Aus dem „Wesen“ der Gewerkschaften wurde die Notwendigkeit hergeleitet, eine besonders treue Kaste von Gewerkschaftsfunktionären – eine gewerkschaftliche Kampfgemeinschaft –

---

<sup>61</sup> <http://library.fes.de/fulltext/bibliothek/titoo148/oo148o11.htm>.

<sup>62</sup> *Brügmann*, FR vom 18.5.1998, Beilage 1848, S. 41 oder [http://www.zum.de/psm/deu48\\_rev/bruegmann2\\_1998.phpH](http://www.zum.de/psm/deu48_rev/bruegmann2_1998.phpH) [zuletzt abgerufen am 11.9.2007]. <http://www.qualm-nix.de/unkultur.htmH> [zuletzt abgerufen am 15.7.2006].

<sup>63</sup> Durch § 152 Abs. 1 GewO idF. vom 21.6.1869, GBl. S. 245 ff. Zu § 396 ALR: Münch ArbR/*Löwisch/Rieble*, § 242, Rn. 1 ff.

<sup>64</sup> Für die Strafflosigkeit solcher Koalitionen: *Dierig*, Koalitionsfreiheit 1909, S. 29 ff. mit Darstellung des Streitstands.

<sup>65</sup> RG vom 6.10.1890 – Rep. 1893/90, RGSt 21, 114 ff., 119 f.; a.A.: RG vom 12.7.1906 – Rep. IV 497/05, RGZ 64, 52, 56.

<sup>66</sup> Gesetz zur Bekämpfung gemeingefährlicher Bestrebungen der Sozialdemokratie, in Kraft getreten am 21.10.1878.

heranzubilden, anstatt sich der auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vorhandenen Ressourcen zu bedienen<sup>67</sup>.

- 44 Das Mißtrauen der Mitglieder gegenüber der sich herausbildenden Führungselite war groß, der Widerstand gering. Als das Einkommen der Führungsspitze das durchschnittliche Mitgliedseinkommen immer stärker zu übersteigen begann, sahen sich die Gewerkschaften aus den Reihen ihrer Mitglieder dem Vorwurf ausgesetzt, ihre Führer mästeten sich an dem Groschen der Arbeiter<sup>68</sup>. Das Einkommen der Gewerkschaftsführer stieg trotzdem. Dies galt eingeschränkt auch für das Einkommen der Gewerkschaftsarbeitnehmer: Der deutlich überwiegende Anteil der Funktionäre (ca. zwei Drittel) verdiente zwar nur in etwa so viel wie ein Beamter im mittleren Dienst, aber schon deutlich mehr als die Arbeiter, die sie vertraten<sup>69</sup>.
- 45 Die Anzahl der Gewerkschaftsarbeitnehmer wuchs dabei stärker als die Anzahl der Mitglieder. 1914 betrug die Quote der hauptamtlichen Gewerkschaftsarbeitnehmer bei dem Metallarbeiterverband 1,137 %<sup>70</sup>. Als innerverbandlicher Machtfaktor schieden sie jedoch aus. Die Funktionärselite schwächte die Stellung der Gewerkschaftsarbeitnehmer damals entscheidend: Während die Gewerkschaftsarbeitnehmer zuvor von den Mitgliedern gewählt wurden, übernahm die Gewerkschaftsführung nun die Personalverwaltung. Die Führungsspitze sicherte sich das Direktionsrecht und verdrängte die basisdemokratischen Elemente aus dem Bereich der Personalauswahl. Gleichzeitig nahm die Entfremdung der Mitglieder von den Gewerkschaftsarbeitnehmern zu, weil sich die Gewerkschaftsarbeitnehmer in Arbeitsform und Vergütung von den Mitgliedern unterschieden. Der gewerkschaftliche Rechtsschutz wurde von den Mitgliedern zwar intensiv genutzt und führte mehrfach zur Überlastung der Rechtssekretäre – für Beitragserhöhungen brachten die Mitglieder aber wenig Verständnis auf<sup>71</sup>.
- 46 Die Arbeitsbedingungen der Gewerkschaftsarbeitnehmer wurden von denen der Mitglieder abgekoppelt und von der Führungsspitze bestimmt. Diese setzte gegenüber Mitgliedern und Arbeitnehmern gleichermaßen die zentralistisch-autoritäre Führung durch<sup>72</sup>. Wegen der Spezialisierung

---

<sup>67</sup> K. Vollbrecht, Arbeitnehmerfunktionäre, S. 27; Fricke, in: Lehrgänge, 1950 II, S. 2 f.

<sup>68</sup> Rechtfertigend gegen diesen Vorwurf: Braun, Kämpfe, S. 85.

<sup>69</sup> Schüren, Legitimation, S. 126.

<sup>70</sup> Streeck, Organisationsprobleme, S. 481.

<sup>71</sup> Tenfelde, AuR 1995, 289, 296.

<sup>72</sup> Bruhn, Tariffähigkeit, S. 170; Schachtschneider, Res publica, 1992, III.1.; IV.1 u. 3.; IX.2.

durch Arbeitsteilung war den Gewerkschaftsarbeitnehmern zudem die Rückkehr in ihre ursprünglichen Berufe versperrt, was die Abhängigkeit vertiefte. Akademischen Quereinsteigern wurde erhebliches Mißtrauen entgegengebracht: Die meisten Mitgliedern sahen in ihnen Klassenfeinde<sup>73</sup>. *Tischendörfer*<sup>74</sup> brachte es auf den Punkt: „Man hat vielfach gegen Akademiker eine ganz unverständliche Abneigung [...]. Ich will bei dieser Gelegenheit einen vielen Arbeitern entsetzlichen Gedanken offen aussprechen: Die deutsche Gewerkschaftsbewegung wird nach meiner Überzeugung auf die Länge der Zeit ohne Akademiker gar nicht auskommen können.“ Die autodidaktischen Arbeitersekretäre hielten Akademiker für nutzlose Theoretiker<sup>75</sup> und bestenfalls für Konkurrenten. Die teilweise von Herrschsucht geprägten gewerkschaftlichen Führer ließen die Akademiker spüren, daß sie trotz ihrer intellektuellen Qualitäten nur als Informationsquelle dienten und anders als ein im Verband aufgestiegener Kollege nicht geeignet seien, den Berufstand zu vertreten<sup>76</sup>. Immerhin erwog die Generalkommission 1902, ein Zentralarbeitersekretariat einzurichten und einen Juristen anzustellen<sup>77</sup>.

Die Arbeitsbeziehung der Gewerkschaftsarbeitnehmer erweist sich damit als Spiegelbild der Arbeitswelt des späten 19. Jahrhunderts. So wie das Prinzip arbeitsteiligen Handelns die Arbeiter von ihren Produkten entfremdete und der Gegensatz von Kapital und Arbeit die Abhängigkeit der Arbeiter verschärfte, verhielt es sich bei den Gewerkschaftsarbeitnehmern. In den Gewerkschaften wurde das basisdemokratische Element durch das Führerprinzip<sup>78</sup> verdrängt. Dies war zugleich Folge der Restriktionen, denen die Gewerkschaften unterworfen waren: Der äußere Druck ließ keine innerverbandlichen Auseinandersetzungen zu und bedingte eine straffe innere Führung. Diese Strukturen überstanden sowohl die Zerschlagung der Gewerkschaften 1933 als auch die gesellschaftliche Neuordnung nach dem Zweiten Weltkrieg und die Transformation des Staates in einen demokratischen Verfassungsstaat.

---

<sup>73</sup> Zur Auseinandersetzung um den Akademiker Max Quarck als Überläufer: *Robert Schmidt* (SPD, Wirtschaftsminister), Gothaer Parteitage 1896, S. 88 mit Entgegnungen *Wilhelm Liebknechts*, ebda.

<sup>74</sup> *Tischendörfer*, Correspondenzblatt 1904, 592.

<sup>75</sup> Correspondenzblatt 1906, 263 und 1911, 3.

<sup>76</sup> *Cassau*, Gewerkschaftsbewegung, S. 156.

<sup>77</sup> *Cassau*, Gewerkschaftsbewegung, S. 152 ff.

<sup>78</sup> Zu Rudimenten des Führerprinzips in der Frage des Gewerkschaftsausschlusses: *Reuter*, Anm. zu BVerfG (Senat) vom 24.2. 1999 – 1 BvR 123/93, RdA 2000, 101; vgl. auch *Schüren*, Legitimation, S. 200 f. Für die Organisation von Gewerkschaften nach dem Führerprinzip: *Bruhn*, Tariffähigkeit, S. 169.

### 3. Wandel während Weimar

- 48 Die staatstragende Rolle der Gewerkschaften während des Ersten Weltkriegs und die daraus folgende gegenseitige Anerkennung zwischen Staat und Gewerkschaft führte in der Weimarer Republik zu einem gewaltigen Aufgabenzuwachs. Der Kompetenz folgte Einsicht, kompetentes Personal zu benötigen. *Fricke*<sup>79</sup> konstatierte: „Der gutgesinnte, rastlos arbeitende, seiner Gewerkschaft mit innerer Hingabe dienende und schwere und persönliche Opfer bringende, aber geistig primitive Mitarbeiter reicht für die moderne Gewerkschaftsbewegung beim besten Willen nicht mehr aus.“ So richteten die Gewerkschaften volkswirtschaftliche Abteilungen ein und stellten eine große Anzahl Ökonomen ein<sup>80</sup>. Die bereits vor dem Ersten Weltkrieg einsetzende Professionalisierung setzte sich zwischen 1918 und 1933 fort. Die Gewerkschaftsarbeitnehmer wurden zu Spezialisten – die arbeitgebenden Gewerkschaften begannen sich von zersplitterten Selbsthilfeverbänden zu zentralistischen Dienstleistungsorganisationen zu wandeln<sup>81</sup>.
- 49 Dies trug ihnen auch Kritik ein. So wurde beklagt, daß der Rechtsschutzbereich nur noch danach strebe, Gesamtzahl und Anzahl der siegreichen Prozesse zu erhöhen und die Kosten des Rechtsschutzes zu senken. Die eigentliche Aufgabe des kollektiven Rechtsschutzes bestehe vielmehr darin, in einzelnen Rechtsverletzungen Muster zu erkennen und den Klassenkampf auch im Gerichtssaal auszutragen.

## IV. Vielfalt der Tätigkeiten und Dienste

### 1. Spitzenfunktionäre

- 50 Führungsaufgaben nehmen insbesondere die Gewerkschaftsvorsitzenden und andere Organmitglieder wahr. Neben das vereinsrechtliche Amtsverhältnis tritt dabei ein Anstellungsvertrag. Dabei handelt es sich um Dienstverträge i.S.d. § 611 BGB; es wird also kein Arbeitsverhältnis begründet. Auch die Interessenlage dieser Dienstnehmer unterscheidet sich erheblich von derjenigen der Gewerkschaftsarbeitnehmer; sie bilden die bereits erwähnte Führungselite bei den Gewerkschaften.

---

<sup>79</sup> *Fricke*, Vierteljahreshefte der Berliner Gewerkschaftsschule 1931, 81, 85; ähnlich: *K. Vollbrecht*, Arbeitnehmerfunktionäre, S. 26; *Tenfelde*, AuR 1995, 289, 297.

<sup>80</sup> *Cassau*, Gewerkschaftsbewegung, S. 155.

<sup>81</sup> Zur Rolle des ADGB: *Tenfelde*, AuR 1995, 289, 297.

## 2. Wahlangestellte

Unterhalb der Organebene werden bestimmte Ämter bei den Gewerkschaften durch Wahl vergeben. Diese Wahlangestellten sind im Gegensatz zu den Organmitgliedern Arbeitnehmer. Ihr Anteil unter den Gewerkschaftsarbeitnehmern ist gering: Bei ver.di beträgt er ca. 4 %. Gerade um die Mitglieder stärker an die Gewerkschaft zu binden, kann es sinnvoll sein, die Zahl der Wahlangestelltenarbeitsplätze zu erhöhen. In den USA wird über die Besetzung vieler Stellen in der öffentlichen Verwaltung per Wahl entschieden, um die Amtsführung zusätzlich demokratisch zu legitimieren. Die Besetzung mit Wahlangestellten schmälert allerdings die Macht der Führungselite, weil die Personalauswahl damit nicht mehr in ihrer Hand liegt, sondern von dem Mitgliederwillen abhängt. Verstärkt wird dies noch, wenn die Wahlangestellten Weisungsfreiheit genießen, d.h. nur dem eigenen Gewissen verantwortlich sind oder ein imperatives Mandat übertragen bekommen. 51

Die Wahlangestellten in den Gewerkschaften besetzen Führungspositionen. Ihre Gehälter liegen erwartungsgemäß unter denen der Organmitglieder, aber über denen der anderen Gewerkschaftsangestellten<sup>82</sup>. Ob mit den Gehältern auch das Risiko der Abwahl kompensiert werden soll, oder ein Anreiz zur Kandidatur gesetzt werden soll, ist nicht bekannt. Ihre Arbeitsverhältnisse waren in dem Tarifvertrag zwischen dem Bayerischen Gewerkschaftsbund und dem Angestelltenverband Bayern ausdrücklich ausgenommen. Ein Grund dafür könnte die Einschätzung der Tarifparteien gewesen sein, daß die Wahlangestellten durch die Wahlentscheidung der Mitglieder und durch ihre verantwortungsvolle Position keiner Kollektivvertretung bedürften. Möglicherweise handelte es sich auch um eine Art Selbstbeschränkung der Tarifpartner, um in diesem Bereich den besonderen Tendenzbedürfnissen der Gewerkschaften als Arbeitgebern Rechnung zu tragen, welche durch eine Fremdbestimmung per Tarifvertrag berührt wären. Denkbar ist aber auch, daß der Organisationsgrad unter den Wahlangestellten so niedrig oder das Bedürfnis dieser Funktionselite nach einer eigenständigen Regelung so hoch war, daß der Tarifvertrag der innerverbandlichen Machtstrukturen wegen auf „Nicht-Wahlangestellte“ beschränkt wurde. 52

## 3. Gewerkschaftssekretäre, insbesondere Rechtssekretäre

Als eigenständigen Typus haben schon *Herkner* 1910 und *Cassau* 1925 den „Gewerkschaftssyndikus“ angesehen<sup>83</sup>. Die Rechtssekretäre waren nach 53

---

<sup>82</sup> Zur Kritik an der überproportionalen Erhöhung 2001: VGB Mitgliederinfo II-2007, S. 1.

<sup>83</sup> *Herkner*, Arbeiterfrage, S. 25; *Cassau*, Gewerkschaftsbewegung 1925, S. 152 ff.

den Gewerkschaftsführern chronologisch die früheste Gewerkschaftsarbeitnehmergruppe. Bereits 1894 wurde ein Arbeitersekretariat in Nürnberg eingerichtet<sup>84</sup>. Wegen des Mißtrauens gegenüber Akademikern mußten sich die Rechtssekretäre das notwendige Fachwissen selbst aneignen, was schneller als z.B. bei Kassierern dazu führte, daß sie die zuvor ausgeübte Tätigkeit aufgeben mußten, um sich nur noch dem Rechtsschutz zu widmen. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit lag zunächst nicht in der Prozeßvertretung. Neben Beratung und Aufklärung der Arbeitnehmer über ihre Rechte und speziell die rechtliche Funktion der Gewerkschaften, sammelten sie Daten über die Arbeitsbedingungen in den Betrieben und entwickelten daraus Standards. Während den Arbeitnehmern oftmals der Vergleichsmaßstab fehlte, konnten die Rechtssekretäre beurteilen, ob die Ausrüstung oder die Sicherheitsbestimmungen in bestimmten Betrieben unterdurchschnittlich waren. Nur so war es möglich, dem Arbeitgeber auch im Prozeß einen Rechtsverstoß nachzuweisen<sup>85</sup>. Im Vordergrund standen die berufsbezogenen Tatsachenkenntnisse.

- 54 Die Prozeßvertretung gewann aber ständig an Gewicht und förderte bei den Rechtssekretären die Spezialisierung. Die Rechtssekretäre genossen zunächst bei den Mitgliedern hohes Ansehen. Dies beruhte zum einen auf dem Respekt vor den Kenntnissen, die sie erworben hatten. Zum anderen waren die Arbeitnehmer von dem gewerkschaftlichen Rechtsschutz abhängig. Sie machten das liberalistisch-kapitalistische Wirtschaftssystem für ihre Ausbeutung verantwortlich und sahen in der liberalistischen Rechtsordnung des Privatrechts hauptsächlich ein Ausbeutungsinstrument, welches – wie *Otto von Gierke* überspitzt formuliert – „ein Tropfen sozialistischen Öls durchsickern muß“<sup>86</sup>. Auch Anwälte ordneten sie grundsätzlich dem Klassenfeind zu. Überdies überstieg schon der Anwaltsvorstoß ihre finanzielle Leistungskraft. Den Rechtssekretär empfanden sie hingegen als einen der ihren. Diese Verbundenheit löste sich jedoch mit und aufgrund der zunehmenden Professionalisierung und Bürokratisierung des Rechtsschutzes.
- 55 Der Abschluß von Tarifverträgen ist zwar die vornehmste Aufgabe der Gewerkschaften, der Rechtsschutz ist jedoch die personalintensivste. Dementsprechend bilden die Rechtssekretäre bis heute die zahlenmäßig stärkste Gruppe unter den Gewerkschaftsarbeitnehmern. Aufgrund ihres Fachwissens kennen sie auch ihre eigenen Rechte gegenüber den arbeitgebenden Gewerkschaften besser als andere Arbeitnehmergruppen. Zudem sind sie nicht auf die Einzelgewerkschaften verteilt, sondern sehen

---

<sup>84</sup> *Tenfelde*, AuR 1995, 289, 292.

<sup>85</sup> *Reifner*, IIM-dp/79-104, S. 17.

<sup>86</sup> *O. von Gierke*, Soziale Aufgabe, S. 10.

sich einem einheitlichen Arbeitgeber gegenüber, seitdem der Rechtsschutz im DGB-Verbund als Stabstelle des DGB weitgehend zentralisiert wurde. Der DGB hat die Rechtssekretäre von den übrigen DGB-Beschäftigten getrennt, indem er die Rechtsschutzabteilung ausgliederte und den Rechtsschutz seitdem durch die DGB Rechtsschutz GmbH erledigen läßt.

#### **4. Sonstige Tätigkeiten**

So wenig es einen einheitlichen gewerkschaftlichen Arbeitgeber gibt, so heterogen sind die Tätigkeiten und Arbeitsverhältnisse. Neben den gewerkschaftsspezifischen Tätigkeitsgruppen wie Tarifsekretären, Organisationssekretären, politischen Sekretären, Rechtssekretären, Kassierern und Dozenten unterscheiden sich andere Arbeitsverhältnisse nicht durch die ausgeübte Tätigkeit von allgemeinen Arbeitsverhältnissen. Die Gewerkschaftsarbeitnehmer im weiteren Sinn wie etwa Putzfrauen, Hausmeister, EDV-Administratoren usw. könnten von der Art der Tätigkeit her für jeden anderen Arbeitgeber arbeiten. Nicht jeder Gewerkschaftsarbeitnehmer ist zugleich Tendenzträger. 56



## § 2 Verfassungsrechtliche Vorfragen und Tendenzschutz

### A. Gewerkschaften als privilegierte Arbeitgeber?

#### I. Andere Arbeitgeber mit verfassungsrechtlichem Sonderstatus

##### 1. Entwicklung von Sonderrechtsträgern und Sonderrechten

Die Gewerkschaften im arbeitsrechtlichen Sinne standen als Arbeitgeber bisher im Schatten anderer Sonderarbeitgeber. Je mehr das Arbeitsrecht die Rechtsposition des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber stärkte, wuchs das Bedürfnis bestimmter Arbeitgeber, nicht an dieser Entwicklung teilzunehmen oder von bestehenden Restriktionen befreit zu werden. Vor allen anderen erkannte der Staat dies an sich selbst und bei den Kirchen, denen in Staatsverträgen Autonomie zugesichert worden war – obwohl beide die Möglichkeit haben, Beamte statt Arbeitnehmer einzusetzen<sup>87</sup>. Wegen ihrer verfassungsrechtlich garantierten Freiräume gestand der Gesetzgeber außerdem Parteien<sup>88</sup>, Presse, Rundfunk- und Fernsehanstalten sowie Koalitionen Sonderrechte zu.

In umgekehrter Reihenfolge griffen die Gewerkschaften diese Sonderrechte an. Entsprechend früh befaßten sich Gerichte und die Rechtswissenschaft mit dem Streikrecht der Rundfunkangestellten und der Mitbestimmung in Redaktionen. Dabei handelt es sich um eine europäische Entwicklung: Selbst das englische Königshaus und der britische Geheimdienst werden zunehmend von ihren Arbeitnehmern wegen schlechter Arbeitsbedingungen kritisiert<sup>89</sup>. Später forderte z.B. *Plander* unter der Flagge der „Grundrechtssensibilisierung“, den Tendenzschutz im öffentlichen Dienst einzuschränken und die Beteiligungsrechte der Beamten-gewerkschaften auszuweiten<sup>90</sup>. Im Ausland verhält es sich nicht anders: Selbst die Reichweite der Kirchenautonomie wird zunehmend dis-

<sup>87</sup> Zur Möglichkeit so den Verbindlichkeitsgrad von Loyalitätsanforderungen zu erhöhen: MünchArbR/*Richardi*, § 192 Rn. 162.

<sup>88</sup> Zum betriebsverfassungsrechtlichen Tendenzschutz bei Parteien: *Tens*, Tendenzbetriebe, S. 25 ff.

<sup>89</sup> Spiegel, Panorama 5.8.2002.

<sup>90</sup> *Plander*, Vereinbarungsautonomie; *ders.*, FS Gnade, S. 79 ff.

kutiert<sup>91</sup> und in Frage gestellt<sup>92</sup>. Die ÖTV versuchte schon in den 70er Jahren, sich das Zutrittsrecht externer Gewerkschaftswerber zu kirchlichen Einrichtungen zu verschaffen<sup>93</sup>. Der ehemalige Verfassungsrichter *Kühling* vertritt als Berater der ehemaligen ÖTV und jetzt ver.dis sogar die Vereinbarkeit von Arbeitskämpfen in der Diakonie mit der Verfassung<sup>94</sup>.

- 59 Als letzte Bastion gegen die Ausweitung der Arbeitnehmerrechte erweisen sich die Gewerkschaften – als Arbeitgeber. *Plander* und *Dütz*, ansonsten nicht für arbeitgeberfreundliche Positionen bekannt, sprechen den Gewerkschaftsarbeitnehmern sogar das Koalitionsrecht ab. Die Gewerkschaften laufen damit Gefahr, sich weiterhin als Kampforganisation<sup>95</sup> zu betrachten, die sich um ihrer Kampfkraft willen auch gegen Rechte ihrer eigenen Arbeitnehmer und Mitglieder abschottet<sup>96</sup>. Tendenzschutz und Autonomie können jedoch in einem demokratischen Rechtsstaat keine Privilegien intermediärer Mächte sein, sondern müssen sich aus der Funktion und Bedeutung des Rechtsträgers für das Gemeinwesen erklären lassen. In diesem Rahmen müssen auch die Gewerkschaften die Rechte ihrer Konkurrenten<sup>97</sup>, Mitglieder<sup>98</sup> und Arbeitnehmer achten.

## 2. Die Kirchenautonomie – Gegensatz zum bloßen Tendenzschutz

- 60 Staat und Kirche sind allerdings anders als die bloß in ihrer Tendenz geschützten Gewerkschaften Rechtsträger mit einem besonderen Autonomiestatus. Wenn Gewerkschaften mit den Kirchen verglichen werden resp. einer der Kirchenautonomie vergleichbare Rechtsstellung für Gewerkschaften gefordert wird<sup>99</sup>, wirft dies die Frage auf, wie rechtlich die Kirchenautonomie und der gewerkschaftliche Tendenzschutz in ihren Rechtsfolgen von einander zu scheiden sind, resp. welcher qualitative Unterschied aus dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen folgt.

<sup>91</sup> *Thüsing*, NZA 2002, 306; *ders.*, ZTR 2002, 56.

<sup>92</sup> BVerfG (Kammer) vom 7.3.2002 – 1 BvR 1962/01, EZA § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 47a m. abl. Anm. *Thüsing*; BAG vom 16.9.1999 – 2 AZR 712/98, AP Nr. 1 zu Art. 4 GrOkathKirche m. abl. Anm. *Thüsing*.

<sup>93</sup> *Ruland*, Gutachten, m.w.N.

<sup>94</sup> *Kühling*, AuR 2001, 241; ebenso: *Bieback*, in: Däubler, Arbeitskämpfrecht, S. 395 ff.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 139 ff.; dagegen: *Thüsing*, AuR 2002, 94.

<sup>95</sup> *Kahn-Freund*, FS Fraenkel, S. 67.

<sup>96</sup> Zur Lage der Mitglieder: *Schmiegel*, Koalitionssatzungen, S. 141 f.

<sup>97</sup> *Rieble*, Arbeitsmarkt, S. 537 ff.

<sup>98</sup> Zur Rechtsbeziehung der Gewerkschaften zu ihren Mitgliedern: MünchArbR/*Richardi*, § 240 Rn. 16. vgl. *Schwerdtfeger*, Koalitionsfreiheit, S. 53.

<sup>99</sup> Warnend vor der Ersatzkirchenthese: *Blüm*, Gewerkschaften, S. 74 ff.

Auf die Unterschiedlichkeiten deutet schon die Terminologie des BVerfG hin, welches von einem „Spezifikum des geistig-religiösen Auftrages“<sup>100</sup> ausgeht, aus dem folge, daß die Kirchen „zum Staat ein qualitativ anderes Verhältnis besitzen als irgend eine andere gesellschaftliche Großgruppe.“<sup>101</sup> Daher meint *Hesse*, daß eine Behandlung nach Art eines privatrechtlichen Vereinsstatus mit dem Grundgesetz nicht in Einklang zu bringen sei<sup>102</sup>. Auch die Kirchen sind allerdings nicht von der Geltung des staatlichen Arbeitsrechts als solchem befreit. Bedienen sie sich der Gestaltungsform des Arbeitsvertrags, so unterliegen diese Verträge dem staatlichen Arbeitsrecht<sup>103</sup>. Die von staatlichen Gesetzen unberührte Freiheitssphäre legt das BVerfG entsprechend dem Vorbehalt der Beschränkung durch „allgemeine Gesetze“ gemäß Art. 137 WmRV i.V.m. Art. 140 GG dahingehend aus, daß die Kirchen nur von Gesetzen beschränkt werden, „die für die Kirche dieselbe Bedeutung haben wie für Jedermann“<sup>104</sup>. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht kommt darin zum Tragen, daß sie kirchenspezifische Fragen grundsätzlich autonom entscheiden dürfen, z.B. wie die Loyalitätsbindung nach Art und Bedeutung der Tätigkeit oder hierarchischer Stellung abzustufen ist und wie Loyalitätsverstöße sanktioniert werden<sup>105</sup>.

Konflikte zwischen der verfassungsrechtlich geschützten Kirchenautonomie einerseits und den Grundrechten der Arbeitnehmer andererseits sind dabei nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz zu lösen, d.h. die gegenläufigen Grundrechtspositionen sind so miteinander in Einklang zu bringen, daß beide möglichst weitgehend wirksam werden resp. möglichst schonend eingeschränkt werden<sup>106</sup>. Dabei kommen die Arbeitnehmergrundrechte dadurch zur Geltung, daß staatliche Gerichte staatliches Recht anwenden, die Kirchenfreiheit wiederum wird verwirklicht, indem sie festlegt, was für ihre Glaubwürdigkeit wichtig ist, welche Tätigkeiten spezifisch kirchlich sind, worin die Glaubens- und Sittenlehre, das sog. Lebensgesetz der Kirche, besteht und welche Loyalitätsverstöße sanktioniert werden<sup>105</sup>.

<sup>100</sup> BVerfG (Senat) vom 21.9.1976 – 2 BvR 350/75, BVerfGE 42, 312, 313.

<sup>101</sup> BVerfG, ebenda.

<sup>102</sup> *Hesse*, Selbstbestimmungsrecht, S. 522.

<sup>103</sup> Zur Begründung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse als Rechtswahl: *Klar*, Loyalitätsobligationen, S. 33; ähnlich: *Mummenhoff*, NZA 1990, 585, 586; *Ruland*, NJW 1980, 89, 98; krit.: *Jurina*, FS Broermann, S. 809.

<sup>104</sup> BVerfG (Senat) vom 21.9.1976 – 2 BvR 350/75, BVerfGE 42, 312, 334.

<sup>105</sup> Zur Festlegung von Loyalitätspflichten durch die kirchlichen Arbeitgeber: *Berchtenbreiter*, Loyalitätspflichten, 71 ff.; *Mummenhoff*, NZA 1990, 585, 586.

<sup>106</sup> BVerfG (Kammer) vom 5.6.1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202; *Hesse*, Grundzüge, Rn. 72 u. 317.

tätsabstufungen es gibt<sup>107</sup>. Darin liegt der entscheidende Unterschied zum bloßen Tendenzschutz, bei dem die Gerichte auch diese der Abwägung an sich vorgelagerten Entscheidungen mit überprüfen.

## II. Gewerkschaftsautonomie kraft vor- und außerstaatlicher Legitimation?

- 63 Entstanden sind die Gewerkschaften im 19. Jahrhundert außerhalb der staatlichen Rechtsordnung. Nach Zerschlagung der Gewerkschaften 1933 wurden sie 1946-1948 erneut gegründet – vor der Staatsgründung. Die Gewerkschaften leiteten ihre Legitimation daher nicht vom Staat ab und forderten eine weitgehende Autonomie. Dies kann aber nicht bedeuten, die Rechtsbeziehung zu ihren Arbeitnehmern autonom regeln zu dürfen. Eine derartige Autonomie wird nur den Kirchen gewährt. Eine dem Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WmRV entsprechende Verfassungsnorm, die Gewerkschaften begünstigt, existiert im Grundgesetz nicht. Autonom sind die Koalitionen nur im Rahmen der Verfassung; Art. 9 Abs. 3 GG bestätigt nicht einen bestehenden Freiraum, sondern gewährt den Koalitionen einen solchen konstitutiv. Originäre intermediäre Gewalten kann es im demokratischen Verfassungsstaat nicht geben<sup>108</sup>.
- 64 Eine dem Schutz des kirchlichen Lebensgesetzes vergleichbare Autonomie wäre bei den Gewerkschaften nicht gerechtfertigt: Die Tätigkeit der Gewerkschaften setzt keine Dienst- und Glaubensgemeinschaft voraus. Deswegen entspricht es dem Übermaßverbot, den sozialen Schutz der Gewerkschaftsarbeitnehmer nicht stärker als im Maße des Tendenzschutzes zurückzunehmen.

## B. Grundrechtskollisionen

- 65 Zwar richten sie sich die Grundrechte mit Ausnahme des Art. 9 Abs. 3 GG nur gegen den Staat. Als Bestandteil der objektiven Wertordnung wirken die Grundrechte aber auch auf die Rechtsverhältnisse zwischen Privaten ein, „mittelbare Drittwirkung“<sup>109</sup>. Die Grundrechte sind damit als

---

<sup>107</sup> BVerfG (Senat) vom 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, 2 BvR 1718/83, 2 BvR 856/84, BVerfGE 70, 138; *Arntzen*, Loyalität, S. 142 ff.; *Dütz*, NJW 1990, 2025 ff.; *Richardi*, Selbstbestimmungsrecht, S. 6 ff.; krit.: *Weber*, NJW 1986, 370 f.; anders noch BAG vom 14.10.1980 – 1 AZR 1274/79, AP Nr. 7 zu Art. 140 GG m. krit. Anm. *Richardi*, AR-Blattei, Kirchenbedienstete, Nr. 20.

<sup>108</sup> *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1129.

<sup>109</sup> Allg. Ansicht: *Stern*, Staatsrecht, III/1, S. 1524 ff. m.w.N.; zuerst *Dürig*, FS Nawiasky, S. 158 ff.; MDH/*Dürig*, GG, Art. 1 Rn. 130 ff.: a.A. früher: *Nipperdey*, FS E. Molitor, S. 23 ff.; *ders.*, in: *Enneccerus/Nipperdey*, Bd. 1, § 15 IV.4.c, S. 93.

Ordnungsmaßstab auch für die Arbeitsverhältnisse bei den Gewerkschaften zu prüfen.

## I. Grundrechte der arbeitgebenden Gewerkschaften

Das Arbeitsrecht beschränkt den Arbeitgeber vielfach in seinen Freiheiten: Der Kündigungsschutz nimmt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, nach Belieben darüber zu entscheiden, wen er für sich arbeiten läßt; das BetrVG begrenzt das Direktionsrecht des Arbeitgebers<sup>110</sup>. Diese Beschränkungen können mit den Grundrechten des Arbeitgebers kollidieren. Für die Gewerkschaften als Arbeitgeber wirkt dies die Frage auf, an welchem Grundrecht sich solche Beschränkungen messen lassen müssen: 66

### 1. Art. 12 und 14 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG für die arbeitgebenden Gewerkschaften

Grundsätzlich können sich Arbeitgeber auf die Berufsfreiheit stützen<sup>111</sup>. Die Berufsfreiheit setzt keine Gewinnerzielungsabsicht voraus, so daß auch Tätigkeiten erfaßt sind, die nur dazu dienen, den Lebensunterhalt zu beschaffen<sup>112</sup>. Die Berufsfreiheit ist zudem auf juristische Personen i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG und damit auf nichtrechtsfähige Vereine wesensmäßig anwendbar. Die Gewerkschaften können sich dennoch nicht auf dieses Grundrecht berufen, weil ihre Existenz und ihr Handeln nicht dazu bestimmt sind, sich eine eigene Wirtschaftsgrundlage zu schaffen oder zu erhalten. Stattdessen existieren und handeln sie, um den Schutz- und Regelungsauftrag zugunsten ihrer Mitglieder nachzukommen. Auf Art. 12 GG könnten sich allenfalls die Gewerkschaftsmitglieder berufen. Die assoziative Selbsthilfe durch den Zusammenschluß zu einer Gewerkschaft ist Bestandteil ihrer Berufsfreiheit. Insoweit ist Art. 9 Abs. 3 GG das speziellere Grundrecht. Verfassungsrechtlich streitig ist, ob sich Arbeitgeber hinsichtlich der eingesetzten Betriebsmittel zudem auf Art. 14 Abs. 1 GG stützen können<sup>113</sup>. Hier ist aber keine Differenzierung zwischen Gewerkschaften und anderen Arbeitgebern möglich, da der Eigentumsschutz anders als der Schutz der Berufsfreiheit gerade keine wirtschaftliche Betätigung voraussetzt. 67

---

<sup>110</sup> Wiese, ZfA 2000, 117.

<sup>111</sup> BVerfG (Senat) vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 365.

<sup>112</sup> BVerfG (Senat) vom 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 397; MDH/Scholz, Art. 12 Rn. 20 ff.

<sup>113</sup> Ruland, Gutachten, S. 27 ff.

## 2. Art. 9 Abs. 3 GG für die arbeitgebenden Gewerkschaften

### a. Geltung des Art. 9 Abs. 3 GG

- 68 Scheidet ein Rückgriff auf Art. 12 GG aus, wirft dies die Frage auf, welchen Grundrechtsschutz die Gewerkschaften als Arbeitgeber gegenüber ihren Arbeitnehmern und deren Kollektivvertretungen genießen. In Frage kommt Art. 9 Abs. 3 GG. Dafür spricht daß an die Stelle des Erwerbszwecks bei den Gewerkschaften als Arbeitgeber der nach Art. 9 Abs. 3 GG qualifizierte Zweck tritt, die Arbeitsbedingungen der Mitglieder zu wahren und zu fördern.
- 69 Zu Art. 9 Abs. 3 GG wird zwar auch vertreten, es handele sich um ein Doppelgrundrecht, nämlich ein Grundrecht der Gewerkschaftsmitglieder und der Gewerkschaft selbst<sup>114</sup>. Die Gewerkschaften können sich nach zutreffender Ansicht aber nicht direkt auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen, sondern nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG<sup>115</sup>. Die Lehre von Art. 9 Abs. 3 GG als Doppelgrundrecht fußt auf einer mystifizierenden Kollektivierung von den Rechten des Individuums zu dem Recht einer Verbandspersönlichkeit, in der die Individuen aufgehen<sup>116</sup>. Daß die Doppelgrundrechtslehre abzulehnen ist, gilt insbesondere für die Rechtsstellung der Gewerkschaften als Arbeitgeber. Gerade diese Konstellation zeigt, daß der Tendenzschutz der Gewerkschaft nicht um ihrer selbst willen, d.h. losgelöst von den Mitgliedern, gewährleistet ist. Es geht hier um den Schutz der Willensbildung der Mitglieder im Rahmen der gewerkschaftlichen Organisation. Art. 9 Abs. 3 GG schützt dabei vor dem Einfluß der Gewerkschaftsarbeitnehmer, indem die Koalitionsfreiheit der Mitglieder auf den gefährdenden Arbeitnehmereinfluß „durchblickt“. Ohne diese Rückkoppelung an die Rechte der Mitglieder wären sie zwar nicht einer Fremdbestimmung resp. einem Fremdeinfluß der Gewerkschaftsarbeitnehmer und deren Vertretungen ausgeliefert, dafür aber dann dem autonomen Eigeneinfluß des Verbandes.

<sup>114</sup> St. Rspr. seit BVerfG (Kammer) vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NZA 1996, 1157 zuletzt BVerfG vom 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, NZA 1999, 922 und BVerfG vom 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, NZA 2001, 777; *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 737 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 9 Rn. 27.

<sup>115</sup> *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1155 mit m.w.N. in Fn. 93 sowie zur Gegenauffassung in Fn. 92; *Scholz*, Koalitionsfreiheit, S. 51 ff., 121 ff.; *Zöllner*, AöR 98 (1973), 71, 77 ff.; *Zöllner/Loritz*, ArbeitsR, S. 119 ff.; *Höfling*, JZ 2000, 44; *Richardi*, AöR 93 (1968), 243, 265; *Seiter*, Streikrecht, S. 87 ff.; *Konzen*, AcP 177 (1977), 473, 494 f.; *Picker*, ZfA 1986, 199, 201 ff.

<sup>116</sup> Umfassende Darstellung und Kritik bei: *Picker*, NZA 2002, 761, 764 ff. m.w.N.

### b. Betätigung der individuellen Koalitionsfreiheit

Als Arbeitgeber macht eine Gewerkschaft nicht von der kollektiven, sondern von ihrer individuellen Koalitionsfreiheit Gebrauch, wenn sie einem Arbeitgeberverband der arbeitgebenden Gewerkschaften beitrifft oder einen solchen gründet<sup>117</sup>. In diesem Fall handelt sie als Unternehmen nicht anders als andere Arbeitgeber auch; insbesondere stellt dies keine Ausübung der Koalitionsbetätigungsfreiheit als Gewerkschaft dar. Wenn es um diese individuelle Koalitionsfreiheit der arbeitgebenden Gewerkschaft geht, ist wiederum Art. 19 Abs. 3 GG auf die Gewerkschaften als juristische Personen anzuwenden<sup>118</sup>, denn auch hier schützt Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG die Gewerkschaft als arbeitgebendes Unternehmen, d.h. als einen Zusammenschluß von natürlichen Personen. Daß die Koalitionsfreiheit auch die Arbeitgeber und ihre Verbände einschließt, wird nicht mehr ernsthaft bestritten<sup>119</sup>.

### c. Ausübung von arbeitgeberseitigen Kollektivgrundrechten

Zwar ist eine Gewerkschaft eine juristische Person mit dem besonderen, nach Art. 9 Abs. 3 GG vorausgesetzten Zweck, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu regeln. Dieser Zweck bezieht sich aber zunächst nicht darauf, die eigenen Arbeitsbedingungen als Arbeitgeber zu regeln, sondern darauf, als Gegenspieler der anderen Arbeitgeber zu agieren. Auf dem Arbeitsmarkt ist die Gewerkschaft als Arbeitgeber ein Individuum und nimmt dementsprechend nicht an Kollektivrechten von Arbeitgebervereinigungen aus Art. 9 Abs. 3 GG teil<sup>120</sup>. Aus Art. 9 Abs. 3 GG kann die Gewerkschaft als Arbeitgeber – anders als ein Arbeitgeberverband der arbeitgebenden Gewerkschaften – an sich keine arbeitgeberseitigen Kollektivrechte herleiten. Das legt den Schluß nahe, eine arbeitgebende Gewerkschaft könne nicht auf der Grundlage des Art. 9 Abs. 3 GG als Arbeitgeber Tarifverträge mit dem VGB abschließen oder ihre Arbeitnehmer aussperren<sup>121</sup>.

Im Ergebnis richtig, bejaht das BAG das Recht einzelner Arbeitgeber, in der Auseinandersetzung um einen Haustarifvertrag zur Abwehr aus-

<sup>117</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 243 Rn. 37.

<sup>118</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 243 Rn. 31.

<sup>119</sup> BVerfG (Senat) vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809; Scholz, ZfA 1990, 377, 381; Gamillscheg, S. 180 f.; Lessner, FA 2003, 233, 235; anders noch Kempen/Zachert, TVG, Grundlagen Rn. 79.

<sup>120</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 243 Rn. 3.

<sup>121</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 243 Rn. 3.

zusperren<sup>122</sup>, leitet dies aber aus Art. 9 Abs. 3 GG her, weil das Kollektivregelungssystem der Tarifautonomie ohne dieses Recht nicht funktionieren kann<sup>123</sup>. Für andere Arbeitgeber als Gewerkschaften läßt sich das Aussperrungsrecht, wie überhaupt die Teilnahme am kollektiven System von Tarifvertrag und Arbeitskampf, nur aus der individuellen Berufs- und Unternehmerfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG gewinnen<sup>124</sup>, denn das sind keine individuellen Schutzpositionen des Arbeitgebers aus Art. 9 Abs. 3 GG, sondern Bestandteile seiner Unternehmerfreiheit, d.h. der Privatautonomie im Tarifvertragssystem.

- 73 Für die Gewerkschaften als Arbeitgeber ist dieser Weg versperrt, da sie als Arbeitgeber gerade nicht an der Berufsfreiheit teilnehmen, o. § 2B.I.1., Rn. 67. Bei ihnen folgt das Recht zur Aussperrung aber aus Art. 9 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG. Zwar handelt es sich nicht um eine mitgliedergerichtete Betätigung, wie es bei der Regelung der Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder der Fall ist. Stattdessen ist hier Art. 9 Abs. 3 GG in Form der koalitionsären Organisationsautonomie einschlägig – dies verlangt schon der verfassungsrechtlich gebotene Tendenzschutz. Daß davon auch das BAG ausgeht, zeigt sich schon darin, daß es die Beschäftigung von hauptamtlichen Mitarbeitern zum Indiz für die Tariffähigkeit erhoben hat<sup>125</sup>. So zweifelhaft dieses Kriterium ist, könnte es jedenfalls nicht bestehen, wenn nicht umgekehrt die arbeitsrechtliche Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse und der Arbeitsorganisation ihrerseits tendenzgeschützt wären. Auch daran wird deutlich, daß der Tendenzschutz hier Verfassungsgebot und ein subjektives Recht ist.

#### d. Institutionelle Garantie

- 74 Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet den Gewerkschaften aber nicht nur Tendenzschutz in Form eines subjektiven Rechts, sondern enthält auch eine institutionelle Garantie. Zwar nennt Art. 9 Abs. 3 GG ausdrücklich nur die Freiheit des Zusammenschlusses, mitumfaßt ist dabei aber auch die Gewährleistung des kollektiven Ausgleichsverfahrens als solches. Die Gewerkschaften genießen damit als Institution einen verfassungsrechtlichen Schutz. Der lebensnahe und angemessen differenzierte Ausgleich antagonistischer Interessen durch die kollektiven Interessen-

<sup>122</sup> BAG vom 20.11.1990 – 1 ABR 62/89, AP Nr. 40 zu § 2 TVG; offengelassen in BAG vom 11.8.1992 – 1 AZR 103/92, zu A.I.3.b) NZA 1993, 39; weiter *Rieble*, NZA 2000, 225, 229 ff.

<sup>123</sup> BAG vom 21.4.1971 – GS 1/68, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>124</sup> MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 243 Rn. 3.

<sup>125</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu 2.e), AP Nr. 1 zu § 2 TVG „Tariffähigkeit“; restriktiver noch: BAG vom 16.1.1990 – 1 ABR 10/89, zu B.IV.3., AP Nr. 39 zu § 2 TVG.

vertretungen als soziale Gegenspieler ist Bestandteil der freiheitlich-demokratischen Grundordnung<sup>126</sup>. Dies setzt eine freie Bildung und Betätigung der entsprechenden Tendenzunternehmen und damit der Gewerkschaften voraus. Wie *Rüthers* für den Tendenzschutz der Pressefreiheit herausgearbeitet hat<sup>127</sup>, verlangt diese institutionelle Komponente des Tendenzschutzes, daß es den Gewerkschaften möglich ist, eine Arbeitsorganisation aufzubauen, welche ihre Tendenz umsetzt und verwirklicht, ohne sie zu verfälschen.

## II. Kollidierendes Verfassungsrecht

Dem Grundrechtsschutz der arbeitgebenden Gewerkschaften stehen die Grundrechte ihrer Arbeitnehmer gegenüber. Dabei handelt es sich insbesondere um die Berufsfreiheit und die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer sowie deren allgemeine Persönlichkeitsrechte. Zudem ist als objektives Verfassungsrecht das Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG zu beachten. 75

### 1. Art. 12 GG des Einzelnen

Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht nur die unternehmerische Freiheit, sondern gewährt auch einen Mindestbestandsschutz für den Arbeitnehmer<sup>128</sup>. Neben diesem Bestandsschutz hat das BVerfG in Art. 12 Abs. 1 GG auch das Interesse der Arbeitnehmer an zumutbaren Arbeitsbedingungen als geschützt angesehen<sup>129</sup>. Dem hat das BAG mittlerweile weitreichende und allerdings auch übermäßige Folgen für die Arbeitsbedingungen entnommen: Dem Handelsvertreterbeschuß zufolge müsse der Staat schützend aktiv werden, wo Teilnehmer des Arbeitslebens offensichtlich außerstande seien, ihre Berufsfreiheit wahrzunehmen<sup>130</sup>. Einen Eingriff in die Berufsfreiheit stelle es dar, wenn das soziale Übergewicht des Arbeitgebers bei Abschluß des Arbeitsvertrags unkontrolliert zur Durchsetzung einseitiger Interessenwahrnehmung genutzt werden könne<sup>131</sup>. Gesetzliche Regelungen der 76

---

<sup>126</sup> Ähnlich zum kollektiven Vertragsmechanismus BVerfG (Senat) vom 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, zu C.II.1, BVerfGE 88, 103, 114; so auch zum Konzept der kollektiven Privatautonomie: ErfKomm/*Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 20.

<sup>127</sup> *Rüthers*, NJW 1978, 2066, 2069; MünchArbR/*Rüthers*, § 201 Rn. 51.

<sup>128</sup> BAG vom 26.9.2002 – 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549.

<sup>129</sup> BVerfG (Kammer) vom 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, NZA 2005, 153.

<sup>130</sup> BAG vom 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, AP Nr. 65 zu Art. 12 GG.

<sup>131</sup> ErfKomm/*Dieterich*, Art. 12 GG Rn. 21; restriktiv *Ruffert*, Vorrang, S. 424 f.; krit.: *Fastrich*, Privatrecht, S. 164 ff.

materiellen Arbeitsbedingungen zugunsten der Arbeitnehmer<sup>132</sup>, das System der Betriebsverfassung und die gerichtliche Inhaltskontrolle zugunsten der Arbeitnehmer seien somit Konkretisierungen des Schutzanspruchs aus Art. 12 Abs. 1 GG.

## 2. Individuelle Koalitionsfreiheit

### a. Gewerkschaft als Koalitionsfreiheitsenklave

- 77 Die Gewerkschaftsarbeitnehmer können sich auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen, wenn die Gewerkschaften eine Koalitionsfreiheitsenklave bilden, d.h. im quasi Inneren einer Gewerkschaft die Koalitionsfreiheit ausgeschlossen ist. Prämisse dafür wäre, daß die Rechtsbeziehungen einer Gewerkschaft zu ihren Arbeitnehmern außerhalb der kapitalistischen Umwelt stünden. Eine solche koalitionsfreiheitsfreie Sphäre würde voraussetzen, daß die Arbeitsbeziehungen innerhalb der Gewerkschaften von anderen Prinzipien und Interessen geprägt wären als diejenigen außerhalb. Zwischen den Gewerkschaften und ihren Arbeitnehmern besteht aber der gleiche wirtschaftliche Interessengegensatz wie in anderen Arbeitsverhältnissen: Die Arbeitnehmer arbeiten, um des Entgelts willen, und sie haben ein legitimes Erwerbsinteresse. Nicht anders als andere Arbeitnehmer decken sie ihren Lebensunterhalt gerade aus diesem Arbeitseinkommen und nicht anders als sonst sind sie für ihre Tätigkeit auf die Organisation ihres Arbeitgebers angewiesen. Umgekehrt haben die Gewerkschaften, nicht anders als andere Arbeitgeber, ein Interesse an möglichst niedrigen Personalkosten. Weil dieses kapitalistische Arbeitsmarktumfeld auch innerhalb der Gewerkschaften intakt ist, besteht kein Grund, den Gewerkschaftsarbeitnehmern ihre Koalitionsfreiheit abzusprechen.

### b. Ausschluß der Koalitionsfreiheit infolge der historischen Entwicklung

- 78 Noch *Nipperdey* sah eine Besonderheit der Koalitionsfreiheit darin, daß der Gewerkschaftsbegriff letztlich phänomenologisch zu bestimmen sei<sup>133</sup>. Dann aber läge es auch nahe, die Koalitionsfreiheit dort nicht gelten zu lassen, wo sie noch nie galt. Für dieses „Das war noch nie so“-Argument hat *Plander*<sup>134</sup> sich auf jene Entscheidungen des BVerfG<sup>135</sup> berufen, in

<sup>132</sup> Zum gesetzlichen Arbeitnehmerschutz: BVerfG (Kammer) vom 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, NZA 2005, 153.; BVerfG vom 28.1.1992 – 1 BvL 1025/82, BVerfGE 85, 191, 213.

<sup>133</sup> *Hueck/Nipperdey*, II, S. 615; *Promberger*, Arbeitskampf, S. 14 f.; *Tillmann*, Politischer Streik, S. 47; *Schuermann*, S. 60 ff.

<sup>134</sup> *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 27 f.

denen es der historischen Entwicklung besondere Bedeutung bei der Bestimmung der Reichweite der Koalitionsfreiheit zumißt.

Allerdings verkennt auch das BVerfG nicht das dynamische Element der Koalitionsfreiheit: „Bei der Auslegung [...] kann nur bedingt auf einen traditionell feststehenden Inhalt zurückgegriffen werden.“<sup>136</sup> Diese begrenzte Bedeutung des historisch Gewachsenen für die Art und Weise der Koalitionsbetätigung ist zudem nicht auf das „Ob“ der Koalitionsfreiheit übertragbar. Auch in Branchen, die bisher nicht von der Tarifzuständigkeit einer Gewerkschaft erfaßt waren, gilt daher die Koalitionsfreiheit – ansonsten dürfte ver.di sich auch nicht Prostituierten und Leiharbeitnehmern öffnen, denn auch in diesen Branchen gab es bislang keine Tarifverträge.

Überdies trifft es auch nicht zu, daß noch nie eine Gewerkschaft Tarifverträge für Gewerkschaftsarbeitnehmer geschlossen hat. In den 50er Jahren schloß der DGB mit einer unabhängigen bayerischen Gewerkschaft für seine dortigen Arbeitnehmer Tarifverträge ab. Die IG Medien hat sogar einen Arbeitskampf gegen den DGB-eigenen Bund-Verlag geführt<sup>137</sup>. Ver.di und vormals die HBV haben sich in ihrer Satzung für tarifzuständig erklärt – zwar sind sie nicht gegnerunabhängig, u. § 5A.I.1.c, Rn. 764 ff., dies zeigt aber, daß diese DGB-Gewerkschaften selbst von der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer ausgehen.

### c. Verdrängung durch den Tendenzschutz

Daß die Koalitionsfreiheit auch den Gewerkschaftsarbeitnehmern zukommt<sup>138</sup>, ist zumindest „prinzipiell“ unumstritten<sup>139</sup>. Zwar können andere Tendenzen, z.B. die parteipolitische, die Mitgliedschaft in anderen Organisationen ausschließen. So kann eine Partei, die ein atheistisches Weltbild zugrunde legt und Religionen als „Opium für das Volk“ ansieht, von ihren Tendenzträgern verlangen, daß diese nicht einer Kirche angehören. Die Gewerkschaften können ihren Tendenzträgern verbieten,

<sup>135</sup> BVerfG (Kammer) vom 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96, 106; BVerfG (Kammer) vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 367 m.w.N.; BVerfG (1. Senat) vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 224; *Zöllner*, Tarifnormen, S. 14.

<sup>136</sup> BVerfG (Kammer) vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 366.

<sup>137</sup> LAG Köln 14.6.1996 – 4 Sa 177/96, NZA 1997, 327.

<sup>138</sup> Zumindest „prinzipielle“ Geltung: *Dütz*, AuR 1995, 337, 338, 345.

<sup>139</sup> Insoweit der h.M. zustimmend: *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 77 u. 184.

einer politischen Partei anzugehören, welche die Existenz der Gewerkschaften bekämpft<sup>140</sup>.

- 82 Umgekehrt ist aber die Gewerkschaftsmitgliedschaft der Tendenzträger anderer Tendenzunternehmen mit deren Tendenz vereinbar, wenn die Gewerkschaft dem Prinzip der Einheitsgewerkschaft entsprechend parteipolitisch und in Glaubensfragen neutral ist<sup>141</sup>. Bei den Kirchen ist noch vorstellbar, daß sie trotzdem die Kirchenzugehörigkeit und Gewerkschaftsmitgliedschaft wegen der Gegensätzlichkeit der Institutionen als Widerspruch empfinden. Bei den Arbeitgeberverbänden mag zweifelhaft sein, ob z.B. ein Verbandssekretär des VSME ver.di-Mitglied werden kann<sup>142</sup>. Schon die politischen Parteien, die sich zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung bekennen, können keine Tendenz aufweisen, der ein Gewerkschaftsbeitritt entgegensteht. Mag auch der DGB ein Gesetzesvorhaben angreifen, welches diese Partei vertritt, so führt dies dennoch nicht zu einer Unvereinbarkeit – die CDU hat daher zu Recht nie von *Norbert Blüm* verlangt, aus der IG Metall auszutreten. Erst recht entfällt der Gegensatz bei den Gewerkschaften als Arbeitgebern<sup>143</sup>. Ihre koalitionspolitische Tendenz ist durch die Koalitionsfreiheit ihrer Arbeitnehmer nicht in Frage gestellt<sup>144</sup>. Der VGB bekennt sich sogar grundsätzlich zur Programmatik des DGB.
- 83 Ein Zurückdrängen der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer auf Null ist mit dem Gebot der praktischen Konkordanz nicht zu vereinbaren und führt zu einem Wertungswiderspruch: Wenn selbst Beamten- und Kirchenbedienstetenkoalitionen zulässig<sup>145</sup> und sogar tariffähig sind, dann muß ersteres auch für Gewerkschaftsarbeitnehmerkoalitionen gelten<sup>146</sup>.

#### d. Verbrauch, Verzicht, Verwirkung

- 84 Die Gewerkschaftsarbeitnehmer haben das Recht, eine eigene Koalition zu gründen resp. dieser beizutreten, durch die Mitgliedschaft in der arbeit-

<sup>140</sup> BVerfG (Kammer) vom 21.12.1992 – 1 BvR 1537/90, NZA 1993, 655; a.A. ArbG Frankfurt vom 19.6.1996 – 14 Ca 522/95, AuR 1996, 511, 512.

<sup>141</sup> Ähnlich: *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 179.

<sup>142</sup> Dagegen: *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 160.

<sup>143</sup> A.A. *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 159.

<sup>144</sup> Zur Unterscheidung von Tendenzdefensivität und -aggressivität: *Neumann-Duesberg*, BB 1973, 951 ff.; *ders.*, NJW 1973, 271 ff.; *Mitschke*, S. 95, 107.

<sup>145</sup> BVerfG (Kammer) vom 11.6.1958 – 1 BvR 1/52 und 1 BvR 46/52, BVerfGE 8, 1, 17; BVerfG (Senat) vom 30.11.1965 – 2 BvR 54/62, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG.

<sup>146</sup> So schon *Rieble*, SAE 1998, 243.

gebenden Gewerkschaft nicht verloren<sup>147</sup>, und zwar weder durch Verbrauch, Verzicht noch durch Verwirkung.

### aa. Verbrauch

Es trifft zu, daß keine Koalition die Mitgliedschaft ihrer Vollmitglieder in konkurrierenden oder gegnerischen Koalitionen dulden muß<sup>148</sup>, sofern das Mitglied nicht aus einem sachlichen Grund auf die Doppelmitgliedschaft angewiesen ist<sup>149</sup>. Dadurch ist aber das Koalitionsrecht nicht „verbraucht“<sup>150</sup>. Daß ein Grundrecht wie die Koalitionsfreiheit nur einmalig ausübbar sein soll, ist schon an sich wenig überzeugend. Zwar mag das Recht zur Eheschließung bis zum Tod des Ehepartners, bis zur Scheidung oder Eheaufhebung wegen des Bigamieverbots als „verbraucht“ bezeichnet werden können, aber auch dort setzt der Verbrauch den vorherigen Gebrauch voraus. Die Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft ist aber für die Arbeitnehmer dieser Gewerkschaft keine Ausübung ihrer Koalitionsfreiheit<sup>151</sup>, weil die arbeitgebende Gewerkschaft für sie allenfalls Verein, nicht aber Koalition oder gar Gewerkschaft sein kann, u. § 3B.II.3, Rn. 307. 85

Es handelt sich auch nicht um eine vereinsrechtlich unzulässige Doppelmitgliedschaft, die zum Vereinsausschluß durch die arbeitgebende Gewerkschaft berechtigen würde: Treten die Gewerkschaftsarbeitnehmer, die zugleich Mitglied in der arbeitgebenden Gewerkschaft sind, einer Gewerkschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer bei, fehlt es schon an den Voraussetzungen eines Ausschlußtatbestands<sup>152</sup>: Der VGB ist im Verhältnis zu den DGB-Gewerkschaften weder eine konkurrierende noch eine gegnerische Organisation, sondern – seine Tariffähigkeit vorausgesetzt – deren Sozialpartner. 86

---

<sup>147</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 243 Rn. 37.

<sup>148</sup> BGH vom 4.7.1977 – II ZR 30/76, AP Nr. 25 zu Art. 9 GG.

<sup>149</sup> Löwisch/Rieble, TVG, § 3 Rn. 42.

<sup>150</sup> So auch Löwisch, AR-Blattei ES 420, Nr. 39, S. 11 f.: „unvereinbar mit dem Charakter der Koalitionsfreiheit“; a.A.: Plander, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 48.

<sup>151</sup> Rieble, Anm. zu BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, SAE 1998, 243; Oetker, Anm. AP Nr. 87 zu Art. 9 GG, IV.2.

<sup>152</sup> Zu den verbands- und koalitionsrechtlichen Grenzen des Gewerkschaftsausschlusses bei der Kandidatur auf einer gewerkschaftsfremden Liste bei Betriebsratswahlen: Zöllner, Gewerkschaftsausschluß, S. 30 ff.

### [1] Der VGB als konkurrierende Koalition

- 87 Richtig hat das BAG erkannt, daß der VGB nicht mit der GdED (nunmehr: transnet) konkurrierte<sup>153</sup>. Weniger offensichtlich scheint dies im Verhältnis des VGB zu ver.di zu sein: Wegen der satzungsmäßigen Tarifzuständigkeit ver.dis für die Arbeitnehmer der christlichen und der DGB-Gewerkschaften liegt zumindest eine Scheinkonkurrenz vor.

### [2] Der VGB als gegnerische Organisation

- 88 Eine gegnerische Koalition ist der VGB auch nicht<sup>154</sup>. Weder richtet er sich gerade gegen den Bestand der DGB-Gewerkschaften noch bekämpft er deren von der Koalitionsfreiheit geschützte Ziele<sup>155</sup>. Im Gegenteil: Da die Anzahl der Gewerkschaftsarbeitnehmer auch das Potential der Mitglieder definiert, wäre eine Gegnerschaft des VGB gegenüber den Gewerkschaften des DGB oder CGB oder anderen Gewerkschaften selbstzerstörerisch. Weil der VGB sogar das Prinzip der Einheitsgewerkschaft bejaht und programmatisch dem DGB nahesteht, hat die GdED (nunmehr: transnet), gestützt auf das Gutachten von *Plander*, dem VGB sogar die Gegnerunabhängigkeit bestritten. Daß der VGB eine gegnerische und zugleich eine programmatisch gegnerabhängige Organisation sein soll, ist in sich widersprüchlich.
- 89 Daß zwischen dem VGB als Koalition der Gewerkschaftsarbeitnehmer und der jeweiligen arbeitgebenden Gewerkschaft ein Interessengegensatz besteht, hat das BAG zu Recht streng von dem Ausschußtatbestand der Mitgliedschaft in einer „gegnerischen Organisation“ unterschieden<sup>156</sup>.

### bb. Verzicht

- 90 Ebenso abwegig ist ein Verzicht der Gewerkschaftsarbeitnehmer auf Art. 9 Abs. 3 GG konkludent durch den Beitritt zur arbeitgebenden Gewerkschaft und/oder Abschluß des Arbeitsvertrags oder durch eine ausdrückliche Vereinbarung<sup>157</sup>. Gemäß Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG dürfen Abreden das

<sup>153</sup> BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, zu II.1.c. a.a.O. m. insoweit zust. Anm. *Oetker* zu IV. 2.

<sup>154</sup> BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, zu II.1.c, a.a.O.

<sup>155</sup> Zu einem solchen Fall: BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, SAE 1981, 91 m. Anm. *Koller*.

<sup>156</sup> BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, zu II.1.c, SAE 1998, 237, 241.

<sup>157</sup> So aber wohl *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 51; *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 177; dagegen zu Recht BAG 17.02.1998 – 1 AZR 364/97, NZA 1998, 754, 756; MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 243 Rn. 37; *Bischof*, Gewerkschaft, S. 31 ff.; *Löwisch*, Anm. zu BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, AR-Blattei ES 420, Nr. 39,

Grundrecht aus Satz 1 nicht einmal einschränken. Dem die Tendenzfreiheit der arbeitgebenden Gewerkschaft aus Art. 9 Abs. 3 GG als kollidierendes Verfassungsrecht entgegenzuhalten, um dann einem nebulösen „Verzichtsmoment“ den Ausschlag zugunsten der Tendenzfreiheit und zu Ungunsten der Koalitionsfreiheit geben zu lassen<sup>158</sup>, ist methodisch unlauter:

Verfassungsdogmatisch nicht haltbar ist das Gegeneinanderaufwiegen des Verzichtsabredeverbots mit einem Grundrecht. Einer Wechselwirkung unterliegen nur die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer einerseits und die Koalitionsfreiheit der arbeitgebenden Gewerkschaft. Wer zu dem Schluß kommt, letztere schließe das Recht der Gewerkschaftsarbeitnehmer aus, dem VGB beizutreten, gelangt gar nicht erst zur Frage, ob ein Verzicht dieses Ergebnis herbeiführen kann. Schränkt die Koalitionsfreiheit der arbeitgebenden Gewerkschaft resp. ihr Tendenzschutz nach zutreffender Ansicht nur die Koalitionsbetätigungsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer und ihrer Koalition ein, so können die Gewerkschaftsarbeitnehmer nicht auf ihr Gründungs- und Beitrittsrecht verzichten. Das Abredeverbot des Art. 9 Abs. 3 GG ist somit akzessorisch zum Koalitionsrecht an sich. 91

Wie *Dörrwächter*<sup>159</sup> zunächst offenzulassen, wie die Kollision der Koalitionsfreiheiten zu lösen ist, um dann der arbeitsvertraglichen Abrede quasi als Schiedsrichterin zwischen den miteinander ringenden Koalitionsfreiheiten den Ausschlag zu geben, ist hingegen nicht möglich. Selbst wer den Gewerkschaftsbeitritt, wie vormals der 4. Senat des BAG, als Belastungseinwilligung auffaßt<sup>160</sup> und damit die Reichweite einer Willenserklärung als Unterwerfungsakt sehr weit zieht, dürfte jedenfalls wegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG den Verzicht auf die Koalitionsfreiheit nicht für möglich halten. 92

### cc. Verwirkung

Die Gewerkschaftsarbeitnehmer haben ihre Koalitionsfreiheit weder verfassungsmäßig nach Art. 18 GG noch privatrechtlich verwirkt. Die 93

---

S. 11 f.; *Oetker*, Anm. zu BAG vom 17.02.1998 – 1 AZR 364/97, AP Nr. 87 zu Art. 9 GG, Bl. 9.

<sup>158</sup> *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 178.

<sup>159</sup> *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 177.

<sup>160</sup> BAG vom 30.8.2000 – 4 AZR 563/99, NZA 2001, 613 m. krit. Anm. *Gamillscheg*, AuR 2001, 226, 228; BAG vom 29.11.2001 – 4 AZR 762/00, AP Nr. 296 zu Art. 3 GG; krit. zu dieser „Schutzverweigerung“ *Rieble*, SAE 2003, 11, 14; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 222 m.w.N. zur abweichenden Rspr. des 6., 9. und 10. Senats.

Voraussetzungen des Art. 18 GG liegen ersichtlich nicht vor. Weder haben die Gewerkschaftsarbeitnehmer ihre Koalitionsfreiheit zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, noch hat das BVerfG eine solche Verwirkung ausgesprochen.

- 94 Die privatrechtliche Verwirkung als ein aus § 242 BGB hergeleitetes, gewohnheitsrechtlich verfestigtes Rechtsinstitut<sup>161</sup> setzt kumulativ ein Umstands- und ein Zeitmoment voraus. Das versagt aber bei Neueinstellten: Eine Gruppenverwirkung in dem Sinne, daß sich frisch eingestellte Gewerkschaftsarbeitnehmer die Verwirkungsmomente ihrer Vorgänger und Kollegen zurechnen lassen müssen, ist tatbestandlich nicht von dem Rechtsinstitut der Verwirkung gedeckt. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß eine betriebliche Übung schließlich auch automatisch für Neueintretende gälte. Zum einen ist dies mit dem vertragsrechtlichen Ansatz<sup>162</sup> als dogmatischer Grundlage der betrieblichen Übung ohnehin nicht zu erklären. Zum anderen unterscheidet sich die betriebliche Übung in Rechtsfolgen und Tatbestandsvoraussetzungen erheblich von dem Rechtsinstitut der Verwirkung: So läßt sich mit einer betrieblichen Übung nicht in Rechtspositionen der Arbeitnehmer aufgrund höherrangiger Rechtsquellen eingreifen und selbst wenn ein Verzicht auf die Koalitionsfreiheit betriebliche Übung wäre – dies verstieße nicht minder als eine ausdrückliche Abrede gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG als unmittelbar drittwirkende Schranke der Privatautonomie und Verbots-gesetz.

### 3. Innere Koalitionsfreiheit

- 95 Wiewohl der DGB, die IG Druck & Papier, ihre Rechtsnachfolgerin die IG Medien und deren Rechtsnachfolgerin ver.di sowie der DJV immer wieder und vehement die Forderung nach einer gesetzlichen oder zumindest tarifvertraglichen Normierung der „inneren Pressefreiheit“ erhoben haben<sup>163</sup> und die arbeits-, presse- und verfassungsrechtliche Literatur zu diesem Thema Regale füllt<sup>164</sup>, fehlt es sowohl an einer rechtlichen Auf-

<sup>161</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, § 242 Rn. 87 ff. m.w.N.

<sup>162</sup> BAG vom 28.2.1996 – 10 AZR 516/95, NZA 1996, 758; G. Hueck/Fastrich, AR-Blattei D Betriebsübung I; Löwisch, ArbR, Rn. 58; Herleitung aus § 242 BGB und dem Rechtsprinzip des Vertrauensschutzes: Canaris, Vertrauenshaftung, S. 387 ff.; Gamillscheg, FS Hilger/Stumpf, S. 227; Seiter, Betriebsübung, S. 92 ff.; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 71 f.

<sup>163</sup> Siehe nur Meyn [Vorsitzender des DJV], Journalist 1993, 24 f.

<sup>164</sup> Bethge, AfP 1980, 13; Kübler, Gutachten zum 49. DJT, Bd. 1 D; Mallmann, Referat zum 49. DJT, in: Verhandlungen zum 49. DJT Teil N; Rütters, DB 1972, 2471 ff.; BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 387-396; Assmann, Innere Pressefreiheit; Löffler/Ricker, S. 238 ff. m.w.N.

arbeitung der „inneren Koalitionsfreiheit“ als auch an einer von den Gewerkschaften im eigenen Hause umgesetzten Regelung.

### a. Die „innere Pressefreiheit“ als Vergleichgrundlage

Die Pressefreiheit im Sinne eines Abwehrrechts der Presseunternehmen gegenüber dem Staat ist vom Reichspressegesetz 1874 bis hin zu Art. 5 Abs. 1 GG stark aufgewertet worden. Da die Erfindung der Setzmaschine 1885 und der schnell wachsende Kapitalbedarf der Presseunternehmen eine arbeitsteilige Organisation erforderten und zu einer Differenzierung zwischen der Eigentümer-/Verlegerseite und den Redakteuren geführt hatte, wurde schon in den Anfangsjahren der Weimarer Republik quasi als Pendant zur äußeren Pressefreiheit eine „innere Pressefreiheit“<sup>165</sup> gefordert, welche die Unabhängigkeit der Redakteure gegenüber den Verlegern stärken sollte<sup>166</sup>. 96

Obzwar mit Art. 5 Abs. 1 GG kein Schutz der „inneren Pressefreiheit“ beabsichtigt war, wurde die „inneren Pressefreiheit“ aus verfassungsrechtlichen Gründen gefordert<sup>167</sup>. Den Redakteuren sollte eine „gewisse Autonomie“<sup>168</sup> zukommen, weil wegen der „Pressekonzentration“ in den 1960er und 1970er Jahren<sup>169</sup> ein Binnenpluralismus gefördert werden müsse<sup>170</sup>. Die Autonomie der Redakteure diene dabei primär der Allgemeinheit<sup>171</sup>. Allerdings ist es weder zu einer gesetzlichen noch zu einer tariflichen Regelung<sup>172</sup> solcher publizistischer Mitwirkungsrechte der Redakteure resp. der Redakteursbeiräte gekommen; in § 118 BetrVG ist der betriebsverfassungsrechtliche Tendenzschutz zumindest bestätigt 97

<sup>165</sup> Zu diesem „strategisch gewählten Begriff“: MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 107; „eigenartiges sprachstrategisches Phänomen“: Rüthers, DB 1972, 2471.

<sup>166</sup> Vgl. § 16 des RDP-Entwurfs eines Reichspressegesetzes vom April 1933, abgedruckt in DJV 1969, S. 55 ff.; dazu: Funke, Innere Pressefreiheit, S. 27; DJV, Stellungnahme des DJV vom 1.12.1992 zum Entwurf eines Landespressegesetzes des Landes Brandenburg (Landtagsdrucksache 1/287), unveröffentlichtes Typoskript, S. 7.

<sup>167</sup> Kübler, Gutachten zum 49. DJT, Teil D, S. 62 ff.; Gerschel, Der Journalist 1966, 1.

<sup>168</sup> Zweiter Entwurf eines Gesetzes zum Schutze freier Meinungsbildung des „Arbeitskreises Pressefreiheit“, S. 24; Weiss/Weyand, AuR 1990, 33, 35 f.; krit. dazu: Rüthers, DB 1972, 2471.

<sup>169</sup> Schütz, 1963, S. 365 ff.; Diederichs, Massenmedien, S. 59 ff., 78.

<sup>170</sup> Stellungnahme der IG Druck und Papier zur Pressekonzentration, in: Die Feder 1967, 15; a.A.: Lüpsen, Zeitungsverlag + Zeitschriftenverlag 1966, 1504 ff.

<sup>171</sup> Zweiter Entwurf eines Gesetzes zum Schutze freier Meinungsbildung des „Arbeitskreises Pressefreiheit“, S. 49; ähnlich: Kübler, Gutachten zum 49. DJT, Teil D, S. 62 ff.; krit. dazu: Rüthers, DB 1972, 2471.

<sup>172</sup> Zum Scheitern entsprechender Tarifvertragsverhandlungen: DJV, Der Journalist 1978, 16.

worden. Vielfach ist aber auf individualarbeitsvertraglicher Ebene die Kompetenzverteilung zwischen Verleger und Redaktion in Redaktionsstatuten auf freiwilliger Grundlage zwischen dem Verlag und der Redaktion geregelt<sup>173</sup>. Danach steht dem Verleger die Tendenzbestimmung resp. die Grundsatzkompetenz sowie die Richtlinienkompetenz zu, während den Redakteuren die geistige Bewegungsfreiheit bei der Gestaltung des Textteils im einzelnen gewährleistet wird.

### **b. Übertragbarkeit auf die Koalitionsfreiheit**

- 98 Die Forderung nach innerer Koalitionsfreiheit ist allerdings nur berechtigt, wenn es sich bei der Koalitionsfreiheit insoweit um ein strukturähnliches Grundrecht handelt und die Gründe, die für die „innere Pressefreiheit“ angeführt werden, auf die Koalitionsfreiheit übertragbar sind.

### **aa. Vergleichbarkeit der Pressefreiheit mit der Koalitionsfreiheit**

#### **[1] Bedeutung, Struktur und Funktion der Pressefreiheit**

- 99 Wesentlich für die Forderung nach „innerer Pressefreiheit“ ist die Funktion der Presse als Forum der Willensbildung: Die grundlegende Bedeutung der in Art. 5 Abs. 1 GG verbürgten Freiheitsrechte ist allgemein anerkannt – die Presse- und Rundfunkfreiheit hat das BVerfG „als schlechthin konstituierend für die freiheitlich-demokratische Grundordnung“ bezeichnet<sup>174</sup>. Eine freie, nicht von der öffentlichen Gewalt gelenkte, keiner Zensur unterworfenen Presse sei ein Wesenselement des freiheitlichen Staates und insbesondere eine freie, regelmäßig erscheinende, politische Presse sei für die moderne Demokratie unentbehrlich<sup>175</sup>. Grundlage der politischen Entscheidungen der Bürger sei es, daß die Presse die Informationen beschafft, selbst dazu Stellung nimmt und „als orientierende Kraft in der öffentlichen Auseinandersetzung“ wirkt, indem sie die öffentliche Meinung artikuliert<sup>176</sup>; die Presse stehe als Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen dem Volk und seinen gewählten Vertretern im Parlament<sup>177</sup>. Aus diesen Gründen hat das BVerfG

<sup>173</sup> Vgl. MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 111 f.

<sup>174</sup> BVerfG (Senat) vom 5.6.1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202, 221 m.w.N.

<sup>175</sup> BVerfG (Kammer) vom 28.2.1961 – 2 BvG 1, 2/60, BVerfGE 12, 205, 260.

<sup>176</sup> BVerfG a.a.O.

<sup>177</sup> BVerfG (Kammer) vom 5.8.1966 – 1 BvR 586/62, BVerfGE 20, 162, 174 f.

das Strukturprinzip der Staatsfreiheit als generellen medienrechtlichen Grundsatz abgeleitet<sup>178</sup>.

Gerade wegen dieser Struktur der Pressefreiheit und ihrer Funktion haben die Befürworter der „inneren Pressefreiheit“ vorgetragen, dieses wichtige Amt als „*private watchdog*“ im Dienst des Gemeinwohls dürfe nicht allein den von kaufmännischen Gesichtspunkten geleiteten Eigentümern und Verlegern anvertraut werden, sondern müsse auch den eigentlichen Verfassern der Artikel, den Redakteuren, zustehen. Deswegen diene eine „gewisse Autonomie“ der Redakteure nicht primär den Interessen der Redakteure, sondern dem Gemeinwohl, weil die privat organisierte Presse nur so ihrem Auftrag zur Willens- und Meinungsbildung gerecht werden könne<sup>179</sup>.

## [2] Bedeutung, Struktur und Funktion der Koalitionsfreiheit

Die Koalitionsfreiheit ist, ähnlich wie die Pressefreiheit, ein für die freiheitlich-demokratische Grundordnung schlechthin konstituierendes Grundrecht. Nach der Rechtsprechung des BVerfG gewährleistet es, dem Menschenbild unserer Verfassung entsprechend, das Prinzip „freier sozialer Gruppenbildung“<sup>180</sup>. Da der Einzelne kein selbstherrliches Individuum sei, sondern eine „gemeinschaftsbezogene und gemeinschaftsgebundene Person“, welche „zu ihrer Entfaltung auf vielfältige zwischenmenschliche Bezüge angewiesen ist“<sup>181</sup>, gehöre die Bildung von Vereinigungen zu den elementaren Voraussetzungen für die Persönlichkeitsbildung und -entfaltung<sup>182</sup>, welche eine zentrale Bedeutung für die Meinungs- und Willensbildungsprozesse in einem freiheitlich-demokratischen Gemeinwesen sei<sup>183</sup>.

Anerkannt wird in Art. 9 Abs. 3 GG, daß die Aufgabe des Ausgleichs antagonistischer Interessen und kollidierender Grundrechtspositionen lebensnah und angemessen differenziert in einer freiheitlichen Gesellschaft nur durch den kollektiven Verhandlungsmechanismus gelöst werden kann<sup>184</sup>. Die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände bildeten

<sup>178</sup> BVerfG (Senat) vom 6.6.1989 – 1 BvR 727/84, BVerfGE 80, 124, 134; *Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 5 Rn. 72; zur Rundfunkfreiheit: *Gersdorf*, Staatsfreiheit, S. 22 ff., 50 ff.

<sup>179</sup> Scharf gegen eine solche „Mitbestimmung zugunsten Dritter“: *Rüthers*, DB 1972, 2471, 2474.

<sup>180</sup> BVerfG (Kammer) vom 15.6.1989 – 2 BvL 4/87, BVerfGE 80, 252.

<sup>181</sup> BVerfG (Senat) vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290.

<sup>182</sup> *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 3.

<sup>183</sup> *Bauer*, in: Dreier, GG, Art. 9 Rn. 17; *ErfKomm/Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 1.

<sup>184</sup> BVerfG (Senat) vom 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103, 114 ff.; *Dieterich*, a.a.O.

damit – wenn man der Presse als „vierter Gewalt“<sup>185</sup> den Vortritt lassen möchte – zumindest die fünfte Gewalt. Ihre Betätigung ist, nicht anders als die der Presse, eine Organisation der freiheitlichen Willensbildung. Die Betätigung der Koalitionen wird zudem, ebenso wie die der Presse, als „öffentliche Aufgabe“ angesehen<sup>186</sup>.

- 103 Dieses Element des quasi-Öffentlichen ist hinsichtlich der Forderung nach „innerer Freiheit“ resp. Autonomie der Tendenzträger ein verbindendes Kennzeichen für die Strukturgleichheit von Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 5 Abs. 1 GG. So wie in Presseunternehmen die eigentliche journalistische Arbeit in den Händen der Redakteure liegt, so wird die gewerkschaftliche Betätigung durch die Gewerkschaftssekretäre ausgeübt. Die Rechtssekretäre entscheiden im konkreten Rechtsstreit für die Gewerkschaften, welche Strategie das einzelne Mitglied gegenüber der Arbeitgeberseite einschlagen sollte, die tarifpolitischen Sekretäre prägen die Arbeit der Tarifvertragsgestaltung und des Aushandelns. Im organisatorischen Bereich geben erst die Gewerkschaftssekretäre der Gewerkschaft gegenüber ihren Mitgliedern, den übrigen Arbeitnehmern und Dritten ihre Gestalt.
- 104 Historisch hat dabei ein ähnlicher Prozeß wie bei den Presseunternehmen stattgefunden: So wie dort zunächst Verleger und Redakteur eine Einheit bildeten, so fand im 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts zunächst personell keine Trennung zwischen der Verbandsführung und Verbandsarbeit statt, o. § 1B.III., Rn.40 ff. Durch die Trennung dieser Funktionen sind die Gewerkschaftssekretäre, nicht anders als die Redakteure, in eine erhebliche materielle Abhängigkeit von den Führungskadern geraten. Stärker noch als bei den Presseunternehmen wurden ihnen im „Kampfverband“ Gewerkschaft nicht nur Tendenz, Grundsätze und Richtlinien vorgeben – das Weisungsrecht der Gewerkschaften bezieht sich vielmehr auch auf ihre Detailarbeit, u. § 4B.II.1.c, Rn. 513 ff.

### **bb. Organisationsstruktur**

- 105 Ob die Forderung nach „innerer Pressefreiheit“ auf die Koalitionsfreiheit übertragbar ist, hängt auch von der Organisationsstruktur der Tendenzunternehmen ab. Ein Unterschied besteht schon darin, daß Presseunternehmen gewinnorientierte Unternehmen sind. Die Gewerkschaften sind hingegen nichtrechtsfähige Idealvereine, bei denen der Zuwachs des Vereinsvermögens jedenfalls nicht Hauptzweck ist.

---

<sup>185</sup> Basierend auf einer Rede von *Potter Stewart*, Supreme Court Justice, 1974, vgl. *Goodale*, *USIA Electronic Journal*, Vol. 2, No. 1, February 1997. So bezeichnet u.a. in der Antwort der Bundesregierung vom 6.6.2002 auf eine Kleine Anfrage, BT-Drucks. 14/9292.

<sup>186</sup> Zur öffentlichen Aufgabe der Gewerkschaften: *Bischoff*, *Gewerkschaft*, S. 20 ff.

Andererseits können auch die Gesellschafter der Presseunternehmen neben ihren finanziellen Interessen ein Tendenzinteresse haben. Umgekehrt unterscheidet sich das finanzielle Interesse der Gesellschafter von Presseunternehmen nicht so sehr von den Interessen der Gewerkschaftsmitglieder, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Regelmäßig sind es materielle Gründe, die zu einem Gewerkschaftsbeitritt führen. Sowohl die Anteilseigner der Presseunternehmen als auch die Mitglieder der Gewerkschaften können in finanzieller und tendenzieller Hinsicht andere Interessen haben, denen die Auffassung der Redakteure bzw. Gewerkschaftssekretäre entgegensteht. 106

### **cc. Fremdbestimmung**

Allerdings sind die Gewerkschaften keine originären intermediären Mächte mit ursprünglicher Verbandsgewalt. Sie haben vielmehr ein eigenes, kollektives Recht nur als Bündelung der Individualrechte der Mitglieder, d.h. sie existieren nicht unabhängig vom Willen der einzelnen Mitglieder. Eine gegen die arbeitgebende Gewerkschaft gerichtete innere Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftssekretäre wäre damit notwendig gegen die „hinter“ der Gewerkschaft stehenden Mitglieder gerichtet. Folgt man der Durchblickstheorie bleibt für eine eigenständige innere Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftssekretäre kein Raum. Eine innere Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftssekretäre ist daher ebenso abzulehnen wie die innere Pressefreiheit für Redakteure. 107

### **c. Freiwillige Mitbestimmungsrechte der Gewerkschaftssekretäre**

Daß mithin eine innere Koalitionsfreiheit ebensowenig besteht wie eine innere Pressefreiheit, heißt aber für sich noch nicht, daß die Gewerkschaften gehindert wären, ein besonderes Mitbestimmungsrecht für ihre Gewerkschaftssekretäre zu schaffen, u. § 2E, Rn. 254 ff. So könnten sie trotz der gegenüber den Presseunternehmen eingeforderten „inneren Pressefreiheit“ glaubwürdig bleiben. 108

## **4. Andere Arbeitnehmergrundrechte**

Ebenso wie auf Art. 9 Abs. 3 GG können sich die Gewerkschaftsarbeitnehmer auch auf die anderen Grundrechte berufen. So müssen die Gewerkschaften als Arbeitgeber das allgemeine Persönlichkeitsrecht ihrer Arbeitnehmer genauso vor Mobbing schützen wie andere Arbeitgeber. 109

## **5. Sozialstaatsprinzip**

Die Grundrechte der Gewerkschaften als Arbeitgeber müßten nach der h.M. zudem mit dem in Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG niedergelegten 110

Sozialstaatsprinzip kollidieren. Das Sozialstaatsprinzip wird in Rechtsprechung und Literatur als verfassungsrechtliche Rechtsposition insbesondere herangezogen, wenn eine Rückführung auf Individualgrundrechte der Arbeitnehmer nicht möglich ist oder nicht für nicht ausreichend gehalten wird – so insbesondere bei der betrieblichen Mitbestimmung<sup>187</sup>. Die Begründung solcher verfassungsrechtlicher Gegenpositionen zu den Verfassungsrechten der Arbeitgeber führt zu einer diffusen Abwägung. Eine eigenständige Bedeutung kann ihr nicht zukommen. Insbesondere Mitbestimmungsrechte können daraus nicht hergeleitet, sondern nur seitens des Gesetzgebers rechtspolitisch damit begründet werden.

## 6. Grundrechte einer Koalition der Gewerkschaftsarbeitnehmer

- 111 Grundrechtsträger sind die einzelnen Mitglieder. Unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG können entsprechend der Durchblickstheorie, o. § 2B.I.2.a, Rn. 68, auch die Koalitionen der Gewerkschaftsarbeitnehmer selbst die Kollektivinteressen ihrer Mitglieder wahrnehmen. Insofern kann es auch im Verhältnis der Gewerkschaftsarbeitnehmerkoalition zur der jeweiligen arbeitgebenden Gewerkschaft zu einer Kollision von Art. 9 Abs. 3 GG mit Art. 9 Abs. 3 GG kommen.

### III. Praktische Konkordanz

- 112 Leiten sowohl die arbeitgebende Gewerkschaft als auch die Arbeitnehmer und deren Koalition Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG resp. anderen Grundrechten her, so ist die Grundrechtskollision im Wege des optimierenden Ausgleichs aufzulösen.

#### 1. Wechselwirkungslehre

- 113 Nach der Wechselwirkungslehre des BVerfG gilt damit für die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, daß „die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen sind, daß sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.“<sup>188</sup> Die kollidierenden Grundrechte sind möglichst optimal zur

<sup>187</sup> St. Rspr. seit BAG vom 7.11.1975 – 1 AZR 282/74, AP Nr. 4 zu § 118 BetrVG 1972; zuletzt: BAG vom 22.5.1979 – 1 ABR 100/77, AP Nr. 13 zu § 118 BetrVG 1972; *Dietz/Richardi*, BetrVG, § 1 Rn. 3; Bericht des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu BT-Dr. VI/2729, S. 17.

<sup>188</sup> BVerfG (Senat) vom 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, BVerfGE 89, 214, 232; BVerfG (Senat) vom 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169, 176; BVerfG (Kammer) vom 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, AP Nr. 2 zu § 3 AEntG.

Geltung zu bringen und zwar so, daß kein Grundrecht leerläuft<sup>189</sup>. Das gilt entsprechend für das Sozialstaatsprinzip.

Das heißt aber nicht, daß die Grundrechte der Arbeitnehmer oder das Sozialstaatsprinzip die Koalitionsfreiheit der arbeitgebenden Gewerkschaft unmittelbar kraft Verfassungsrecht begrenzen könnten<sup>190</sup>. Das BVerfG hat dahinstehen lassen, ob sie dem Gesetzgeber eine Beschränkung der Pressefreiheit erlauben, jedenfalls fehle es an einem konkreten und verbindlichen Verfassungsauftrag zur Einführung einer Mitbestimmung in Tendenzunternehmen. Daraus folgt auch für die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften, daß die Grundrechte der Gewerkschaftsarbeitnehmer und das Sozialstaatsprinzip nur im Rahmen der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen zum Tragen kommen, nicht aber weitergehende konkrete Rechte oder Ansprüche daraus hergeleitet werden können. Die jeweiligen Grundrechtspositionen stehen sich insoweit nicht gleichgewichtig gegenüber mit der Folge, daß der Tendenzschutz „im glitschigen Abwägungsschlamm“<sup>191</sup> ausschließlich verfassungsrechtlich zu begründender Gegenpositionen untergehen könnte<sup>192</sup>.

Auf die Tendenzgrundrechte ist nicht übertragbar, was *Säcker* allgemein ausgeführt hat, nämlich daß die Kollision zweier Grundrechtssphären eine Spannungszone erzeuge, die dem Gesetzgeber und subsidiär dem Richter einen Spielraum zur eigenverantwortlichen Konfliktschlichtung eröffne<sup>193</sup>. Stattdessen muß im Zweifel zugunsten des Tendenzschutzes entschieden werden. Bei den Gewerkschaften muß zumindest Entsprechendes wie für die Programmfreiheit bei der Presse, Wissenschaft und Kunst gelten. Hier wie dort darf das Arbeitsrecht die Verwirklichung des Tendenzprogramms nicht vereiteln oder nachhaltig erschweren. Wollen die Mitglieder eine Gewerkschaft, die einen modernen Dienstleistungsansatz vertritt und durch Kompetenz an der Ausgestaltung flexibler Arbeitszeit- und Entgeltsysteme ein Gegengewicht zum Arbeitgeber bildet, so dürfen die Rechte

<sup>189</sup> Allgemein: *Hesse*, Grundzüge, Rn. 72, 318; konkret zur Kollision der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer mit derjenigen der arbeitgebenden Gewerkschaft: *Dütz*, AuR 1995, 345, 346; *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 185; zweifelnd: *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 47.

<sup>190</sup> BVerfG (1. Senat) vom 6.11.1979 – 1 BvR 81/76, BVerfGE 52, 283, 298; *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 112; *Mayer-Maly*, AfP 1981, 244; *Rüthers*, AfP 1980, 2.; so auch für das kirchliche Selbstbestimmungsrecht: *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, S. 81 f.

<sup>191</sup> *Rieble*, Anm. II.2. zu BAG vom 28.6.2001 – 6 AZR 114/00, EzA § 4 TVG Beschäftigungssicherung Nr. 7.

<sup>192</sup> In diese Richtung aber: BAG vom 7.11.1975 – 1 AZR 282/74, EzA § 118 BetrVG 1972 Nr. 9 m. krit. Anm. *Dütz*. Wie hier: *Mayer-Maly*, AfP 1976, 7; *Rüthers*, NJW 1978, 2066, 2068 f.; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 20 f.

<sup>193</sup> *Säcker*, Grundprobleme, S. 133 f.; allgemein bereits: *Lerche*, Übermaß, S. 130.

des Funktionärskaders, der eine Fortsetzung an tradierten Formen der Gewerkschaftsagitation präferiert, diesen Auftrag nicht konterkarieren. Ausdruck der praktischen Konkordanz sind die Normen zum Tendenzschutz<sup>194</sup>:

## 2. Ausgestaltung der praktischen Konkordanz als Gesetzeszweck

- 116 Auch wenn der Gesetzgeber wesentliche Bereiche nicht ausdrücklich geregelt hat, z.B. den Tendenzschutz im Kündigungsschutzrecht und im Tarifrecht, so besteht immerhin z.B. in § 118 BetrVG eine gesetzliche Grundlage für die Betriebsverfassung.

### a. Gesetzeszwecke ohne Grundrechtsbezug

- 117 Zu § 81 BetrVG 1952 und auch anfangs zu § 118 BetrVG war umstritten, welchen Zweck der Tendenzschutz hat. So wurde vertreten, die betriebliche Mitbestimmung gefährde den ungestörten Betriebsablauf in Tendenzunternehmen stärker als in anderen Betrieben, weil die Unternehmen mit geistig-ideeller Zielrichtung besonders anfällig für abweichende Weltanschauungen ihrer Arbeitnehmer und deren Vertretungen seien<sup>195</sup>. Die Vertreter der Freiraumtheorie zufolge habe der Gesetzgeber den Unternehmen mit den in § 118 BetrVG genannten geistig-ideellen Zwecken um dieser Zwecke selbst willen, einen besonderen Freiraum eingeräumt<sup>196</sup>. *Fabricius* hingegen meinte, der Gesetzgeber habe die nicht-wirtschaftliche Zielsetzung privilegieren wollen<sup>197</sup>. *Däubler* glaubte den Zweck des Tendenzschutzes darin gefunden zu haben, daß der Gesetzgeber den gesellschaftlichen *status quo* habe perpetuieren wollen und deshalb die „Bewußtseinsindustrie“ vor dem progressiven Einfluß der bei ihnen beschäftigten Vertreter der Arbeiterklasse abzuschirmen ver-

<sup>194</sup> *Dütz*, BB 1975, 1261.

<sup>195</sup> *Nikisch*, Arbeitsrecht III, S. 47; *Hueck/Nipperdey*, II/2, S. 1124; *Frey*, DB 1968, 851; *ders.*, Tendenzbetrieb, S. 33; *Neumann-Duesberg*, DB 1973, 619; *ders.*, BB 1973, 949; dagegen zu Recht: *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 95 f.

<sup>196</sup> *Kunze*, FS Ballerstedt, S. 83, 102 f.; *Ihlefeld*, AuR 1976, 61; *ders.*, RdA 1977, 223; *G. Müller*, DB 1970, 1025 f.; ähnlich BAG vom 29.5.1970 – 1 ABR 17/69, AP Nr. 13 zu § 81 BetrVG 1952; gegen diesen Zirkelschluß: *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 97.

<sup>197</sup> GK-BetrVG/*Fabricius*, 6. Aufl. 1998, § 118 Rn. 39, 56 ff., 82, 91, 113 (anders nunmehr GK-BetrVG/*Weber*, § 118 Rn. 23); *ders.*, Anm. zu BAG vom 1.9.1987 – 1 ABR 23/86, AP Nr. 11 zu § 101 BetrVG 1972; ähnlich: DKK/*Blanke*, BetrVG, § 118 Rn. 2, 18; *Noll*, S. 29 ff.; a.A.: *Rüthers*, AfP 1974, 542, 545; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 41 ff. m.w.N.

suche<sup>198</sup>. *Däubler* setzt sich allerdings nicht mit dem Widerspruch auseinander, wieso auch die Gewerkschaften und die SPD zu dieser die „bestehenden Verhältnisse konservierenden Bewußtseinsindustrie“ gehören sollen. Sie genießen nach § 118 BetrVG denselben Tendenzschutz wie z.B. die Arbeitgeberverbände.

## b. Schutz der Tendenzgrundrechte

Zutreffend besteht der Gesetzeszweck des § 118 BetrVG im „Verfassungsbezug“<sup>199</sup>. Er liegt darin, die verfassungsrechtlich geschützte Tendenz der Tendenzarbeitgeber vor Fremdeinflüssen infolge der Anwendung betriebsverfassungsrechtlicher Normen zu schützen. Das rechtspolitische Ziel des § 118 BetrVG formulierte der Bundestagsausschuß für Arbeit und Sozialordnung dahingehend, es solle „eine ausgewogene Regelung zwischen dem Sozialstaatsprinzip und den Freiheitsrechten der Tendenzträger [gemeint sind die Tendenzunternehmen] gefunden werden“<sup>200</sup>. Deswegen sei es sachgerecht, daß „bei tendenzbezogenen Maßnahmen des Arbeitgebers der Tendenzschutz den Vorrang vor den Beteiligungsrechten des Betriebsrats genieße“.

Der in § 118 BetrVG geregelte Tendenzschutz ist verfassungsrechtlich zumindest teilweise erforderlich<sup>201</sup>. Ohne ihn verstieße das BetrVG bei den Mitbestimmungstatbeständen gegen die Koalitionsfreiheit der arbeitgebenden Gewerkschaften. Diese Verfassungsfestigkeit wurde bestritten<sup>202</sup>: Wenn sich ein Arbeitgeber bei seiner Tendenzverwirklichung der Arbeitskraft von Arbeitnehmern bediene und diese zur Erfüllung

<sup>198</sup> *Däubler*, Arbeitsrecht I, Rn. 1179 ff.; ähnlich *Siebert/Degen/Becker*, BetrVG, § 118 Rn. 1 f.

<sup>199</sup> *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 15 f.; *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 107 ff., insb. 116, 120.

<sup>200</sup> Schriftlicher Bericht zu BT-Dr VI/2729, S. 17.

<sup>201</sup> BVerfG (Senat) vom 6.11.1979 – 1 BvR 81/76, BVerfGE 52, 283, 296, 298 f.; *Berger-Delhey*, NZA 1992, 442 f.; *Dütz*, BB 1975, 1261, 1267; *Hanau*, BB 1973, 907 f.; *Lerche*, Verfassungsrechtliche Aspekte, S. 50; *Rüthers*, AfP 1974, 544; *ders.*, AfP 1980, 2; *ders.*, NJW 1978, 2066; *ders.*, Tarifmacht, S. 42, 52; *Scholz*, Pressefreiheit, S. 15, 128 f., 176 ff.; MDH/*Scholz*, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 44; ähnlich, aber mit Einschränkungen: BAG vom 22.5.1979 – 1 ABR 45/77, AP Nr. 12 und 13 zu § 118 BetrVG 1972. Zu § 81 BetrVG 1952: BAG vom 13.7.1955 – 1 ABR 20/54, AP Nr. 1 zu § 81 BetrVG 1952; anders aber BAG vom 27.8.1968 – 1 ABR 3/67, AP Nr. 10 zu § 81 BetrVG 1952 m. krit. Anm. *Mayer-Maly*.

<sup>202</sup> *Herschel*, AuR 1977, 289 ff.; *Arndt/Ebsen*, AuR 1977, 161 ff.; *Hensche*, Verhandlungen des 49. DJT, S. N 165; *Weiß*, BetrVG, § 118 Rn. 1 f.; *Ihlefeld*, AuR 1980, 259; *Birk*, JZ 1973, 754.

seiner Zwecke einsetze, dann müsse er – wenn es § 118 BetrVG nicht gäbe – deren Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte akzeptieren<sup>203</sup>.

- 120** Das liefe auf eine Fremdbestimmung im Tendenzbereich hinaus. Ob dies mit dem gemäß Art. 19 Abs. 2 GG absolut geschützten Wesensgehalt der Tendenzgrundrechte vereinbar wäre, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls wäre es mit der Maxime eines möglichst schonenden Ausgleichs der kollidierenden Grundrechte nicht zu vereinbaren: Die Fremdbestimmung durch die betriebliche Mitbestimmung griffe erheblich tiefer in die konkreten verfassungsrechtlichen Freiheitsgewährleistungen ein als umgekehrt durch den Vorrang des Tendenzschutzes die Arbeitnehmergrundrechte und das Sozialstaatsprinzip betroffen sind<sup>204</sup>.

### C. Schutz der gewerkschaftlichen Tendenz

- 121** In dem verfassungsrechtlich vorgegebenen und einfachgesetzlich ausgeformten 3-Stufen-System nehmen die Gewerkschaften daher eine Mittelstellung ein: Zwar ist ihr Gestaltungsspielraum bei der Tendenzverwirklichung unter Einsatz von Arbeitnehmern größer als derjenige von Wirtschaftsunternehmen, andererseits genießen sie keine den Kirchen vergleichbare Autonomie<sup>205</sup>. Wiewohl der DGB und die gewerkschaftsnahe Literatur dem Tendenzschutz kritisch gegenüberstehen, o. § 1A.I.2, Rn. 7, sind sie selbst wegen Art. 9 Abs. 3 GG Tendenzunternehmen und damit in ihrer koalitionspolitischen Bestimmung geschützt<sup>206</sup>:

#### I. Tendenzschutzvoraussetzungen des § 118 Abs. 1 BetrVG

##### 1. Koalitionspolitische Bestimmung

- 122** Der Gesetzgeber gesteht in § 118 BetrVG 1974, §§ 129 Abs. 1, 81 BetrVG 1952 und § 1 Abs. 4 MitBG Tendenzschutz nur solchen Unternehmen und Betrieben zu, die unmittelbar und überwiegend den im Gesetz genannten Bestimmungen oder Zwecken dienen – ihr unternehmerisches Gepräge

<sup>203</sup> Wendeling-Schröder, AuR 1984, 330; Hoffmann-Riem/Plander, S. 191; Ihlefeld, AuR 1980, 264; Plander, AuR 1976, 299.

<sup>204</sup> Ähnlich: Dörrwächter, Tendenzschutz, S. 110 ff., insb. 120.

<sup>205</sup> Ähnlich: Rütters, NJW 1978, 2066.

<sup>206</sup> Allg. zum Tendenzschutz als Grundrechtsschutz: BVerfG (Senat) vom 6.11.1979 – 1 BvR 81/76, BVerfGE 52, 283, 296 ff.; BVerfG (1. Kammer) vom 15.12.1999 – 1 BvR 505/95, 1 BvR 729/92, AP Nr. 67, 68 zu § 118 BetrVG 1972; BAG vom 20.11.1990 – 1 ABR 45/89, AP Nr. 47 zu § 118 BetrVG 1972; Galperin/Löwisch, § 118 Rn. 3; Hanau, BB 1973, 901, 902; Mayer-Maly, AfP 1972, 194, 195; Richardi/Thüsing, BetrVG, § 118 Rn. 13 m.w.N.; Rütters, NJW 1978, 2066; zweifelnd: Kunze, FS Ballerstedt, S. 79, 82 ff.; a.A.: GK-BetrVG/Fabricius, 6. Aufl. 1998, § 118 Rn. 82 ff., 102 ff.

muß von einer geistig-ideellen Aufgabe bestimmt werden<sup>207</sup>. Während in § 81 BetrVG 1952 der Begriff „gewerkschaftliche Bestimmung“ den Oberbegriff des Geistig-Ideellen konkretisierte, hat der Gesetzgeber im BetrVG 1972 auf die „koalitionspolitischen Bestimmungen“ abgezielt. Für die Gewerkschaften folgt daraus keine Änderung – der Gesetzgeber wollte lediglich verdeutlichen, daß auch die Arbeitgeberverbände Tendenzschutz genießen<sup>208</sup>.

#### a. Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen als Unternehmenszweck

Die Bestimmung eines Unternehmens ist „koalitionspolitisch“, wenn der Unternehmenszweck darauf gerichtet ist, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gestalten<sup>209</sup>. Das können auch bloße Arbeitnehmerkoalitionen. Denn auch sie sind zur Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in der Lage, z.B. indem sie mit Arbeitgebern schuldrechtlich zugunsten der Arbeitnehmer wirkende Verträge schließen oder sich im Rahmen der Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung betätigen. 123

Wiewohl der Gesetzgeber den Tendenzschutz hätte weiter fassen können als den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG, sind die verfassungsrechtliche Koalitionsfreiheit und der einfachgesetzliche Tendenzschutz synchronisiert<sup>210</sup>. Entsprechend der Diskussion zu den anderen geschützten Tendenzen, stellt sich eher die Frage, ob nicht ein engerer Begriff der Koalitionspolitik zugrundezulegen ist. So wird beispielsweise zum Wissenschaftsbegriff diskutiert<sup>211</sup>, ob auf die allgemeine, zu Art. 5 Abs. 3 GG entwickelte Begriffsdefinition zurückgegriffen werden kann<sup>212</sup>, oder ob ein 124

<sup>207</sup> Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu BT-Drucks. VI/2729, S. 17.

<sup>208</sup> Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu BT-Drucks. VI/2729, S. 17.

<sup>209</sup> GK-BetrVG/Weber, § 118 Rn. 80 m.w.N.; zur politischen Tendenz: *Kohte*, BB 1999, 1110.

<sup>210</sup> So schon *Mayer-Maly*, AR-Blattei: Tendenzbetrieb I, D II; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 55.

<sup>211</sup> *Poeche*, Mitbestimmung, S. 43.

<sup>212</sup> So die st. Rspr. seit BAG vom 21.6.1989 – 7 ABR 58/87, AP Nr. 43 zu § 118 BetrVG 1972 [Tendenzeigenschaft eines zoologischen Gartens]; zuletzt: BAG vom 20.11.1990 – 1 ABR 87/89, AP Nr. 47 zu § 118 BetrVG 1972 und die h.Lit. *Classen*, Wissenschaftsfreiheit, S. 188 ff.; *Galperin/Löwisch*, BetrVG, § 118 Rn. 20a ff.; *Löwisch*, in: Müller-Freienfels, 1986, S. 442 ff.; *Lohfeld*, Befristung, S. 420; *Weiß/Weyand*, BetrVG, § 118 Rn. 21.

spezifisch betriebsverfassungsrechtlicher Wissenschaftsbegriff entwickelt werden muß<sup>213</sup>.

- 125 Wie im Falle des Wissenschaftsbegriffs, kann die Antwort auf diese Frage aber nur lauten, daß wegen der verfassungsrechtlichen Grundlage des Tendenzschutzes, o. § 2B.III.2.b, Rn.118, der betriebsverfassungsrechtliche und der allgemeine arbeitsrechtliche Tendenzschutz nicht hinter den Schutzbereichen der jeweiligen Grundrechte und institutionellen Garantien zurückbleiben darf. Wie *Wendeling-Schröder* fragen zu wollen, ob die konkrete Tätigkeit des Tendenzunternehmens „gesellschaftlich besonders wichtig ist“, käme einer Tendenzzensur gleich, zumal justiziable und verfassungskonforme Prüfungsmaßstäbe fehlen. Zwar könnte durchaus die Frage gestellt werden, ob ein doktrinäres Festhalten an der 35-Stunden-Woche „gesellschaftlich besonders wichtig“ sind. Die Frage ist jedoch mit Blick auf den Tendenzschutz müßig – der Tendenzschutz schützt die unvernünftige Tendenz nicht minder als die vernünftige. Die Gemeinschaftsnützigkeit ergibt sich gerade daraus, daß die Gewerkschaft den Mitgliedern die Möglichkeit gibt, organisiert ihre Forderung vorzutragen und sie der Gegenposition der Arbeitgeberseite auszusetzen.
- 126 Eine andere Frage ist, ob beispielsweise Bildungswerke der Gewerkschaften für Arbeitnehmer und Betriebsräte in diesen verfassungsrechtlich geschützten Bereich der Koalitionsfreiheit fallen oder ob sie nur mittelbar der Koalitionsbetätigung dienen, u. § 2C.II.3.c, Rn. 173 ff.

### **b. Objektiver Unternehmenszweck**

- 127 Unmaßgeblich ist, ob aus der subjektiven Sicht des Arbeitgebers eine koalitionspolitische Bestimmung vorliegt. Stattdessen kommt es auf den objektiven Unternehmenszweck an<sup>214</sup>. Auch wenn also ein Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft die geistig-ideellen Dogmen des DGB vollständig rezipiert und die eigene Tätigkeit als Teil der Gewerkschaftsbewegung begreift, wird es dadurch nicht zu einem Tendenzunternehmen. Unternehmensgruppen wie die „Neue Heimat“ und „Coop“ sollten einen Gegenentwurf zur kapitalistischen Unternehmen bilden, indem sie andere Ziele neben oder über das Gewinnstreben stellten. Selbst wenn aber die Arbeitsbedingungen bei ihnen so vorteilhaft oder ihre Nachfrage nach Arbeitskräften so groß gewesen wären, daß Konkurrenzunternehmen die eigenen Arbeitsbedingungen hätten verbessern

<sup>213</sup> *Wendeling-Schröder*, WSI-Mitteilungen 1983, 561; *dies.*, AuR 1984, 328.

<sup>214</sup> BAG vom 31.10.1975 – 1 ABR 64/74, und BAG vom 14.11.1975 – 1 ABR 107/74, AP Nr. 3 und 5 zu § 118 BetrVG 1972; zustimmend: DKK/*Wedde*, BetrVG, § 118 Rn. 6.

müssen, um Arbeitnehmer zu finden oder zu halten, so wäre dies nur einem mittelbaren und indirekten Einfluß geschuldet. Solche Wirkungszusammenhänge sind für Art. 9 Abs. 3 GG unerheblich.

### c. **Solidaritätsbedürfnis der gewerkschaftlichen Kampf-gemeinschaft**

Verfassungsrechtlich geboten ist der Schutz der Koalitionen hinsichtlich 128  
Gründung und Betätigung der Koalitionsfreiheit. Dies schließt grundsätz-  
lich auch die Verbandsorganisation mit ein, weshalb den Gewerk-  
schaften beispielsweise die innere Organisationsstruktur oder die Rechts-  
form nicht vorgegeben werden kann<sup>215</sup>, solange die von ihnen gewählte  
Rechtsform den Erfordernissen des Koalitionsbegriffs genügt.

Zweck des Tendenzschutzes ist es, die Freiheit und Entfaltung der Persön- 129  
lichkeit im geistig-ideellen Bereich dadurch zu gewährleisten, daß dem  
einzelnen Grundrechtsträger ermöglicht wird, eine gesellschaftliche  
Ordnung vorzufinden, in der er seine Individualgrundrechte verwirklichen  
kann<sup>216</sup>. Wenn also der Tendenzschutz so verstanden werden muß, „daß er  
sozialordnungsrechtliche Rahmenbedingungen für die individuelle Grund-  
rechtsverwirklichung gewährleisten muß“<sup>217</sup>, so bedeutet dies für den  
koalitionspolitischen Tendenzschutz, daß eine Gewerkschaft einen Rechts-  
rahmen vorfindet, der es ihr ermöglicht, das von ihren Mitgliedern mehr-  
heitlich geforderte Bild einer Organisation aufrecht zu erhalten. Fraglich  
ist, ob die DGB-Gewerkschaften in ihrem besonderen Solidaritäts-  
bedürfnis, welches aus dem Selbstempfinden als „Kampf-gemeinschaft“<sup>218</sup>  
folgt, tendenzgeschützt sind. Ob dieses Selbstempfinden und der gewerk-  
schaftliche Solidaritätsgedanke notwendiger Bestandteil einer jeden Ge-  
werkschaft ist, kann dahinstehen, weil die Wahl ihres Geschäftsmodells  
Bestandteil des Tendenzschutzes ist. Legt die Mitgliedermehrheit für die  
Organisation fest, daß sie auf Solidarität und innere Geschlossenheit auf-  
bauen soll, so betätigt sie ihre Koalitionsorganisationsfreiheit.

Allerdings kann die Gewerkschaft nur innerhalb der Grenzen des 130  
Tendenzschutzes über die Anforderungen an innere Geschlossenheit dis-  
ponieren. So wenig eine Gewerkschaft nach zutreffender Auffassung ihren  
Mitgliedern verbieten kann, auf einer konkurrierenden Liste bei Betriebs-  
ratswahlen zu kandidieren, so wenig kann sie sich gegenüber ihren  
Arbeitnehmern darauf berufen, die Solidarität und innere Geschlossenheit  
verlange einen Verzicht auf die Wahl eines Betriebsrats oder die Be-

---

<sup>215</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 246 Rn. 22 ff.

<sup>216</sup> Rütters, NJW 1978, 2066, 2067.

<sup>217</sup> Rütters, a.a.O.

<sup>218</sup> Kahn-Freund, FS Fraenkel, S. 67.

tätigung für einen Verband der Gewerkschaftsbeschäftigten oder die Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft, u. § 2B.II.2.d, Rn. 84 ff.

- 131 Daß neuerdings das BVerfG<sup>219</sup> in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG „Maßnahmen zur Aufrechterhaltung ihrer [gewerkschaftlichen] Geschlossenheit nach innen und außen“ miteinbezieht und dies über die betriebsverfassungsrechtliche Betätigungsfreiheit ihrer Mitglieder stellt, pervertiert die Lehre von der Entwicklung der kollektiven Koalitionsfreiheit aus der individuellen zu einer Begrenzung der individuellen Koalitionsfreiheit durch die kollektive<sup>220</sup>. Dem Bedürfnis nach innerer Geschlossenheit kann aber bereits nach dem tradierten Verständnis vom Tendenzschutz Rechnung getragen werden. Insofern stellt sich nur die Frage, inwieweit eine Gewerkschaft durch die Definition ihres Solidaritätsbedürfnisses die Möglichkeiten des Tendenzschutzes ausschöpft.
- 132 Für Tendenzträger folgt daraus, je nachdem wie stark die arbeitgebende Gewerkschaft eine Tendenz ausbildet, eine Tendenzförderungspflicht und für die übrigen Gewerkschaftsarbeitnehmer zumindest ein Verbot tendenzaggressiven Verhaltens. Das Ideal der gewerkschaftlichen Kampfgemeinschaft wäre für die Mitglieder nicht aufrecht zu erhalten, wenn die Gewerkschaftsarbeitnehmer dies in Frage stellten.

#### **d. Gestaltung der eigenen Arbeitsverhältnisse**

- 133 Das Wahren und Fördern der Arbeitsbedingungen der Mitglieder durch Aktionen und Agitation gegen deren Arbeitgeber ist tendenzgeschützte Betätigung des Art. 9 Abs. 3 GG. Die Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch die Gewerkschaften als Arbeitgeber gegenüber ihren eigenen Arbeitnehmer fällt nicht darunter.
- 134 Der arbeitsrechtliche Tendenzschutz bezieht sich vielmehr nur darauf, die Tendenzbestimmung und -verwirklichung vor dem Einfluß der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen abzuschirmen, u. § 2B.III.2.b, Rn. 118 ff. Der Tendenzschutz der Gewerkschaften steht auch nicht unter der Bedingung, daß sie sich als Arbeitgeber so verhalten, wie sie es von anderen Arbeitgebern für ihre Mitglieder fordern. Das Verhalten mag widersprüchlich erscheinen und ihre Glaubwürdigkeit gefährden, solange sie aber die durch das Arbeitsrecht gesetzten Grenzen einhalten, bleibt es den Gewerkschaften überlassen, ob sie nicht nur auf den Tendenzschutz verzichten wollen, dazu u. § 2E, Rn. 254 ff., sondern auch noch ihre Forderungen bei sich umsetzen wollen.

<sup>219</sup> BVerfG (Senat) vom 24.2.1999 – 1 BvR 123/93, RdA 2000, 99 ff.

<sup>220</sup> So die zutreffende Kritik von *Reuter*, RdA 2000, 101, 104.

## 2. Unmittelbares und überwiegendes Dienen

Durch die Tatbestandsvoraussetzungen des unmittelbaren und über-  
wiegenden Dienens engt § 118 Abs. 1 BetrVG den Anwendungsbereich des  
Tendenzschutzes ein. Diese im Vergleich zu § 118 Abs. 2 BetrVG engeren  
Voraussetzungen des Abs. 1 sind Bestandteil des Drei-Stufen-Systems und  
Ausdruck der gesetzgeberischen Differenzierung zwischen der Autonomie  
der Religionsgemeinschaften einerseits und dem einfachen Tendenzschutz  
zugunsten der Gewerkschaften und anderer Tendenzunternehmen. 135

### a. Unmittelbarkeitszusammenhang

Unmittelbar koalitionspolitisch bestimmt ist das Dienen eines Unter-  
nehmens, wenn der Unternehmenszweck selbst auf die Tendenz aus-  
gerichtet ist, d.h. die Arbeitnehmer die Tendenz direkt „erarbeiten“ und  
auch beeinflussen können<sup>221</sup>. Tendenzschutz ist nämlich nur dort erforder-  
lich, wo die Tendenz verwirklicht und direkt beeinflusst resp. gestaltet  
werden kann<sup>222</sup>. Der Gesetzgeber hat mit diesem Tatbestandsmerkmal die  
zu § 81 BetrVG 1952 ergangene Rechtsprechung kodifiziert<sup>223</sup>, derzufolge  
nicht jede noch so entfernte Förderung einer Tendenzbestimmung ge-  
nügt<sup>224</sup>. 136

Damit ist das unmittelbare vom bloß mittelbaren Dienen abzugrenzen.  
Das BetrVG unterscheidet ebenso wie § 18 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG<sup>225</sup> hin-  
sichtlich der Wissenschaft nicht zwischen der Verwirklichung der Tendenz  
als solcher und dem unmittelbaren Dienen. Sprachlich liegt es zwar nahe,  
zwischen der Koalitionsbetätigung als solcher und dem zu unterscheiden,  
was ihr – mittelbar oder unmittelbar – dient, in der Sprache des Gesetzes  
bedeutet aber das unmittelbare Dienen zugleich auch die Tendenzver-  
wirklichung, also die Koalitionsbetätigung selbst. Mittelbare Tendenzver-  
folgung findet statt, wenn erst die Tätigkeit eines Dritten die Tendenz  
unmittelbar verwirklicht<sup>226</sup>. 137

<sup>221</sup> St. Rspr. seit: BAG vom 31.10.1975 – 1 ABR 64/74, zu II.4., AP Nr. 3 zu § 118 BetrVG 1972; BAG vom 15.2.1989 – 7 ABR 12/87, AP Nr. 39 zu § 118 BetrVG 1972.

<sup>222</sup> BAG vom 31.10.1975 – 1 ABR 64/74, zu II.4., a.a.O.

<sup>223</sup> *Mayer-Maly*, AfP 1972, 194, 196; *Neumann-Duesberg*, AfP 1970, 951, 952; eine stärkere Einengung des Tendenzschutzes fordernd: *Frey*, AuR 1972, 161, 162.

<sup>224</sup> BAG vom 22.2.1966 – 1 ABR 9/65, AP Nr. 4 zu § 81 BetrVG; BAG vom 27.8.1968 – 1 ABR 3/67, AP Nr. 10 zu § 81 BetrVG.

<sup>225</sup> Jugendschutzgesetz vom 23.7.2002, BGBl I 2002, 2730.

<sup>226</sup> So schon *Mayer-Maly*, Anm. AR-Blattei, Tendenzbetrieb E II; *ders.*, BB 1973, 761, 762; luzide auch: *Poeche*, Mitbestimmung, S. 72; ähnlich *Marhold*, AR-Blattei SD 1570 Rn. 60; *MünchArbR/Matthes*, § 356 Rn. 39.

- 138 An diesem dogmatischen Maßstab gemessen ist die Rechtsprechung des BAG inkonsequent<sup>227</sup>: Es hat einen Zoo, eine Universitätsbibliothek und ein universitäres Rechenzentrum nicht für wissenschaftliche Tendenzbetriebe gehalten und gleiches für Forschungsabteilungen in pharmazeutischen Unternehmen angedeutet. Dem ist grundsätzlich insofern zuzustimmen, als das bloße Bereitstellen von Hilfsmitteln für die Forschung anderer, allenfalls „mittelbares“ Dienen ist. Wenig überzeugend ist aber, daß eine Tendenzverwirklichung in einem Unternehmen – im Beispiel des pharmazeutischen Unternehmens das wissenschaftliche Forschen – kein „unmittelbares“ Dienen sei, weil diese geistig-ideelle Tätigkeit nur anderen nicht tendenzgeschützten Unternehmenszwecken diene. Im Falle des Zoos und des pharmazeutischen Unternehmens hat das BAG nicht bestritten, das dort mit wissenschaftlichen Mitteln gearbeitet wird – es hätte gleichwohl den Tendenzschutz mit der Begründung ablehnen können, die wissenschaftliche Betätigung überwiege nicht<sup>228</sup>. Stattdessen hat es sich lediglich daran gestört, daß die wissenschaftliche Betätigung nur anderen Zwecken diene<sup>229</sup>. Das aber würde dem verfassungsrechtlich gebotenen Tendenzschutz nicht gerecht.
- 139 Dieser Meinungsstreit scheint für die koalitionspolitische Bestimmung weniger Bedeutung zu haben als für die wissenschaftliche Bestimmung, da eine Koalitionsbetätigung, wie etwa die Durchführung einer Tarifrunde, kaum anderen Zwecken dienen kann. Tatsächlich ist es aber eine Frage der Unmittelbarkeit, ob beispielsweise die Bildungswerke der Gewerkschaften selbst der koalitionspolitischen Bestimmung dienen oder nur mittelbar die Tendenz fördern sollen. Die Unmittelbarkeit ist dort nur gewahrt, soweit Kenntnisse oder Fertigkeiten vermittelt werden, die für die Koalition spezifisch sind, d.h. von den Berufsbildungsangeboten koalitionsfreier Bildungsunternehmen unterscheidbar sind.

## b. Überwiegen der Tendenz

### aa. Unternehmen und Betrieb als Bezugsobjekt der „Überwiegens“-Prüfung

- 140 Ob für die Prüfung des „Überwiegens“ auf das Unternehmen oder den Betrieb als Bezugsobjekt abzustellen ist, wurde häufig nicht klar unter-

---

<sup>227</sup> So treffend: *Poeche*, Mitbestimmung, S. 72 f.

<sup>228</sup> *Poeche*, a.a.O.; *Löwisch*, FS Müller-Freienfels, S. 445; *von Hoyningen-Huene*, HdbWissR, S. 1545; a.A.: *Classen*, Wissenschaftsfreiheit, S. 190 anders aber S. 208.

<sup>229</sup> So zu Recht die Kritik von *Poeche*, Mitbestimmung, S. 73 f.; ähnlich: *ErfKomm/Kania*, § 118 BetrVG Rn. 6.

schieden<sup>230</sup>. Für Gewerkschaften als herrschende Konzernunternehmen stellt sich damit die Frage, ob schon wegen des Überwiegens der Tendenz als Unternehmenszweck bei ihnen alle Betriebe und abhängige Unternehmen Tendenzschutz genießen. Entscheidend ist lediglich der jeweilige Unternehmenszweck. Ein herrschendes Tendenzunternehmen kann tendenzfreie Konzerntöchter haben und umgekehrt<sup>231</sup>: So kann ein tendenzfreies, herrschendes Unternehmen wie die BGAG Konzerntöchter wie den Bund-Verlag haben, deren Unternehmensziele Tendenzschutz begründen.

Maßgeblich für die Überwiegens-Prüfung sind die Unternehmensziele, die in den einzelnen Betrieben umgesetzt werden. Die Betriebe sind zunächst nur „organisatorische Einheiten, innerhalb derer der Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen“<sup>232</sup>. Ein Betrieb erfüllt also nur einen vorgegebenen arbeitstechnischen Zweck, der seinerseits dem Unternehmensziel dient<sup>233</sup>. Ob ein Betrieb ein Tendenzbetrieb ist, hängt also davon ab, welcher Zweck ihm vom Unternehmen vorgegeben wird. Die mit einem Unternehmen als Organisationseinheit verfolgten Ziele sind wirtschaftlicher oder geistig-ideeller Art und können in einer der in § 118 Abs. Nr. 1 BetrVG genannten Tendenzbestimmungen liegen. Wird auf Unternehmensebene keinerlei Tendenz verfolgt, so können die Betriebe dieses Unternehmens keine Tendenzbetriebe sein<sup>234</sup>. Unabhängig davon, ob auf Unternehmensebene die Tendenzbestimmung überwiegt, kommt es für den Betrieb darauf an, ob sich in seinem arbeitstechnischen Zweck die Tendenz des Unternehmens auswirkt<sup>235</sup>. Folglich ist für jeden Betrieb konkret zu prüfen, ob sein

---

<sup>230</sup> Illustrativ dazu die Darstellung bei *Poeche*, Mitbestimmung, S. 83 ff.

<sup>231</sup> Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 104 m.w.N.

<sup>232</sup> St. Rspr. seit: BAG vom 23.3.1984 – 7 AZR 515/82, AP Nr. 4 zu § 23 KSchG 1969; zuletzt: BAG vom 25.1.2005 – 9 AZR 154/04, zu 2.c.aa), NJOZ 2005, 4967; krit. zur Brauchbarkeit dieses Betriebsbegriffs: *Joost*, Betrieb, S. 94 ff.

<sup>233</sup> Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 24 m.w.N.

<sup>234</sup> Präzise dazu: *Poeche*, Mitbestimmung, S. 83 ff.; mißverständlich: BAG vom 27.7.1993 – 1 ABR 8/93, AP Nr. 51 zu § 118 BetrVG 1972; BAG vom 24.10.1996 – 6 TaBV 59/96, EzA Nr. 61 zu § 118 BetrVG 1972; i. Erg. zutreffend: GK-BetrVG/*Weber*, § 118 Rn. 47.

<sup>235</sup> GK-BetrVG/*Weber*, § 118 Rn. 48 m.w.N.; DKK/*Wedde*, BetrVG, § 118 Rn. 15.; HSWGNR/*Hess*, BetrVG, § 118 Rn. 6 m.w.N.; a.A. *Mayer-Maly*, FS Möhring, S. 251, 253 ff.

arbeitstechnischer Zweck der Umsetzung einer koalitionspolitischen Bestimmung des Unternehmens dient<sup>236</sup>.

### bb. Maßstab für das Überwiegen

- 142 Wie festgestellt wird, ob eine koalitionspolitische Bestimmung andere Zwecke überwiegt, ist streitig. Nach der zutreffenden Geprägetheorie<sup>237</sup> gilt ein qualitativer Maßstab, d.h. es ist darauf abzustellen, ob der geschützte Zweck dem Unternehmen das Gepräge gibt. Quantitative Umstände wie Quoten im Hinblick auf Belegschaft, Umsatz und Gewinn können dafür allenfalls Indizien sein. Entscheidend ist letztlich, wie sich das Unternehmen einem verständigen Außenstehenden, aber besonders dem am betriebsverfassungsrechtlichen Leben Teilnehmenden darstellt<sup>238</sup>.
- 143 Nach anderer Ansicht soll es auf quantitative Merkmale ankommen, nämlich ob der Arbeitgeber den überwiegenden Anteil der ihm zu Verfügung stehenden Arbeitsleistung der Arbeitnehmer zu Tendenzzwecken einsetzt, bzw. „Produktion/Kapazität“ zu mehr als 50 % mit tendenzgeschützten Aufgaben ausgelastet sind<sup>239</sup>. Die Argumente im Meinungsstreit zwischen der Geprägetheorie und der quantitativ-numerischen Theorie sind weitgehend ausgetauscht<sup>240</sup>; die besseren sprechen für die Geprägetheorie<sup>241</sup>. Das zeigt sich insbesondere am Beispiel der Gewerkschaften selbst: Müsste man z.B. einer Gewerkschaftszentrale den Tendenzschutz versagen, weil das Personal dieses Gewerkschaftsbetriebs zu mehr als 50 % mit tendenzfreien Verwaltungsaufgaben ausgelastet ist, so wären auch die

<sup>236</sup> BAG vom 12.11.2002 – 1 ABR 1/02, AP Nr. 43 zu § 99 BetrVG Einstellung; *Bauer/Lingemann*, NZA 1995, 813, 814; vor allem *Kunze*, FS Ballerstedt, S. 79, 100; *Neumann-Duesberg*, BB 1974, 334; weiterhin *Nikisch*, Arbeitsrecht III, S. 47 f.; *Frey*, Tendenzbetrieb, S. 38 ff., insbes. S. 42 f.; a.A.: *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 26 f.

<sup>237</sup> *Birk*, JZ 1973, 753, 756; HSWGNR/*Hess*, BetrVG, § 118 Rn. 11; *Löwisch*, FS Müller-Freienfels, S. 445; *Marhold*, AR-Blattei SD 1570 Rn. 58; *Mayer-Maly/Löwisch*, BB 1983, 915; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 33 ff. m.w.N.; zu § 81 BetrVG 1952: BAG vom 29.5.1970 – 1 ABR 17/69, AP Nr. 13 zu § 81 BetrVG.

<sup>238</sup> BAG vom 29.5.1970 – 1 ABR 17/69, AP Nr. 13 zu § 81 BetrVG.

<sup>239</sup> So die st. Rspr seit Geltung des § 118 BetrVG in Abkehr zur Rspr. zu § 81 BetrVG 1952: BAG vom 31.10.1975 – 1 ABR 64/74, SAE 1976, 166 m. Anm. *Löwisch*; BAG vom 21.6.1989 – 7 ABR 58/87, BAGE 162, 156, 167 ff.; BAG vom 27.7.1993 – 1 ABR 8/93, AP Nr. 51 zu § 118 BetrVG 1972; zustimmend: *DKK/Wedde*, § 118 Rn. 9 ff.; *ders.*, DB 1994, 730 ff.; *Frey*; Tendenzbetrieb, S. 45 ff.; *Ihlefeld/Blanke*, FuR 1973, 160, 162; *von Hoyningen-Huene*, HdbWissR, S. 1545; *Wendeling-Schröder*, WSI-Mitteilungen 1983, 561, 570; *Weiss/Weyand*, BetrVG, § 118 Rn. 11; krit.: *Henssler*, Anm. zu BAG vom 15.2.1989 – 7 ABR 12/87, EzA § 118 BetrVG 1972 Nr. 45.

<sup>240</sup> Darstellung des Streitstands: *Poeche*, Mitbestimmung, S. 85 ff.

<sup>241</sup> So auch *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 33 ff. m.w.N.; HSWGNR/*Hess*, BetrVG, § 118 Rn. 11 m.w.N.

Entscheidungsträger der Tarifpolitik nicht mehr Tendenzträger. Dadurch entstünde ein Einfluß Dritter, der die Tariffähigkeit gefährden könnte. Soweit es hier auf eine Streitentscheidung ankommt, wird die Gepräge-theorie als Prämisse zugrunde gelegt.

### c. Gewinnerzielungsabsicht und koalitionspolitische Bestimmung

Teilweise wird vertreten, eine Gewinnerzielungsabsicht schließe den Tendenzschutz aus<sup>242</sup>. Damit wäre für den Bund-Verlag der Tendenzschutz fraglich, da dieser mittlerweile ein Konzernunternehmen der BGAG ist, welche nach eigenem Bekunden ihr Portfolio grundsätzlich auf Beteiligungen beschränken will, die eine angemessene Rendite erbringen. Der Tendenzschutz des Bund-Verlages ist aber nicht in Gefahr: Eine Gewinnerzielungsabsicht schadet nach zu Recht h.M. nicht<sup>243</sup>. Ein solches negatives Tatbestandsmerkmal läßt sich dem Wortlaut nicht entnehmen. Außerdem beruht der Tendenzschutz auf dem Verfassungsbezug, o. § 2B.III.2.b, Rn. 118. Die zugrunde liegenden Grundrechte stehen aber nicht unter Vorbehalt, keine Gewinne erwirtschaften zu dürfen. 144

### 3. Von einer Koalition betriebenes Unternehmen

Unmittelbar aus dem Wortlaut des § 118 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ergibt sich nicht, daß nur Koalitionen Tendenzschutz genießen könnten. Vielmehr stellt die Norm allgemein auf Unternehmen ab, die einer koalitions-politischen Bestimmung dienen. Somit könnte auch für den Tendenzschutz zutreffen, was *Naendrup*<sup>244</sup> hinsichtlich des Bund-Verlags ausführte, nämlich daß „eine rechtspersonal verselbständigte Verlags-GmbH im Anteilseigentum von Gewerkschaften [...], betrachtet aus der Optik einer marktwirtschaftlich-dezentralen Wirtschaftsordnung, auf gleicher Ebene mit jedem anderen Verlag“ steht. Abgesehen von diesem „optischen“ Argument hält *Naendrup* es „nicht nur für rechtskonstruktiv- 145

<sup>242</sup> GK-BetrVG/*Fabricius*, 6. Aufl. 1998, § 118 Rn. 93 ff., 437 ff.; *Ihlefeld*, AuR 1975, 236, 239. Ebenso für die karitative Bestimmung: BAG vom 29.6.1988 – 7 ABR 15/87, zu B.II.2.a)cc), NZA 1989, 431, 432; *Oldenburg*, NZA, 412, 413 f.; dagegen zutreffend für wissenschaftliche Tendenzbetriebe: *Poeche*, Mitbestimmung, S. 71 ff.

<sup>243</sup> *Mathy*, AfP 1974, 680; *von Maydell*, AfP 1973, 512, 514; *Mayer-Maly*, AR-Blattei, Tendenzbetrieb I, D VIII G III; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 41 ff. m.w.N.; so schon zum BRG: *Flatow/Kahn-Freund*, BRG, § 67 Anm. 1; ähnlich: *Nikisch*, Arbeitsrecht III, S. 52; unklar BAG vom 3.7.1990 – 1 ABR 36/89, zu IV.2.c, NZA 1990, 903.

<sup>244</sup> *Naendrup*, Anm. zu BAG vom 21.4.1983 – 6 ABR 70/82, AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG 1972.

gefügemäßig, sondern auch interessenmateriell unangebracht“, eine gewerkschaftseigene Verlags-GmbH mit der Gewerkschaft „gleichzusetzen“. Es könne nicht sein, daß bei „sog. Betriebsspaltungen oder Unternehmensteilungen dem Einsatz einer trennenden juristischen Person“ die Wirkung zukomme, die ehemals bestehende Betriebsratsrechte zu schmälern, andererseits ein „Durchgriff auf die gewerkschaftlichen Anteilseigner“ möglich ist. Ob diese interessengeleitete Argumentation eine Subsumtion gewerkschaftseigner Verlage unter das koalitionsrechtliche Gewinnverbot verhindert, mag dahinstehen.

- 146 Für den Tendenzschutz ist nach h.M. notwendige, wenn auch nicht hinreichende Bedingung, daß das Unternehmen „von einer Koalition betrieben wird“ – nicht aber, daß es selbst eine Koalition ist<sup>245</sup>. Daß ein Unternehmen von einer Koalition betrieben sein muß, ergibt sich aus dem Normzweck. Es wäre befremdlich, wollte man einem Unternehmen koalitionspolitischen Tendenzschutz zuerkennen, obwohl es sich in seinen Unternehmenszielen von keiner Koalition beeinflussen läßt. Diese Befremdlichkeit hat einen Grund: Welchen Grad das Ausgliedern von Funktionen und Tätigkeiten auch erreicht – wenn die Koalition jede inhaltliche Kontrolle über das Unternehmen verliert oder keinen maßgeblichen und sei es auch nur faktischen Einfluß mehr auf die Unternehmensziele innehat, so handelt das Unternehmen autonom. Der besondere Grundrechtsschutz gemäß Art. 9 Abs. 3 GG wäre nicht mehr gerechtfertigt. Wird aus Gründen der Organisationsautonomie den Koalitionen zugestanden, Aufgaben auf rechtlich selbständige Unternehmen zu übertragen, so findet dies seine Grenze darin, daß die Unternehmen unter dem maßgeblichen Einfluß einer Koalition stehen müssen.
- 147 Die sprachlich unklar formulierte Voraussetzung „von einer Koalition betriebenes Unternehmen“ ist erfüllt, wenn eine Gewerkschaft einer von ihr beherrschten Kapitalgesellschaft die Durchführung einer Koalitionsaufgabe überträgt und sich über den gesellschaftsrechtlichen Einfluß hinaus im Wege vertraglicher Vereinbarungen einen bestimmenden Einfluß auf die inhaltliche und organisatorische Ausgestaltung sichert<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> BAG vom 3.7.1990 – 1 ABR 36/89, zu IV.2.a), EZA BetrVG 1972 § 99 Nr. 90 unter Berufung auf GK-BetrVG/*Fabricius*, 4. Aufl. 1990, § 118 Rn. 175; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 53: „Einrichtungen, die von ihnen getragen werden“.

<sup>246</sup> St. Rspr. zu § 40 BetrVG: BAG vom 30.3.1994 – 7 ABR 45/93, zu B II 3a bb, NZA 1995, 382.

## II. Unternehmen mit geschützter gewerkschaftlicher Tendenz

### 1. Die Gewerkschaften

Der Unternehmenszweck sowohl der DGB- als auch der CGB- 148  
Gewerkschaften, des VGB und anderer Gewerkschaften ergibt sich weit-  
gehend aus ihren Satzungen. Manifestierter Unternehmenszweck ist  
jeweils unmittelbar das Wahren und Fördern der Arbeitsbedingungen ent-  
sprechend den Bedürfnissen ihrer Mitglieder. Die Gewerkschaften dienen  
damit einer koalitionspolitischen Bestimmung und sind folglich Tendenz-  
unternehmen.

Soweit ersichtlich ist dies bisher noch nie in Frage gestellt worden, obwohl 149  
gerade die quantitativ-numerische Theorie dazu Anlaß geben könnte: Die  
DGB-Gewerkschaften verfolgen nämlich nicht nur koalitionspolitische Be-  
stimmungen, sondern betätigen sich auch als Verein und teilweise als  
Konsumgenossenschaft. Ein Beispiel für die schlicht vereinsmäßigen Ziele  
ist § 3 Abs. 1 NGG-Satzung, in dem es über die „Aufgaben und Ziele“ der  
NGG heißt, sie habe „insbesondere die Aufgabe, die wirtschaftlichen,  
sozialen, beruflichen und kulturellen Interessen der Mitglieder zu  
fördern“. Während bei den wirtschaftlichen, beruflichen und – mit Ab-  
strichen – auch bei den sozialen Interessen ein Bezug zu den Arbeits- und  
Wirtschaftsbedingungen besteht, ist dies bei den kulturellen Interessen  
nicht der Fall. Diese Aufgabe kann die NGG nur als Verein und dann nur  
gestützt auf Art. 9 Abs. 1 GG erfüllen. Gleiches gilt für die Aufgabe der  
transnet gemäß § 3 Nr. 1 i.V.m. Nr. 20 transnet-Satzung: „Unterstützung  
des Umwelt- und Naturschutzes zur Sicherung der natürlichen Lebens-  
grundlagen. Auch wenn eine Gewerkschaft Demonstrationen gegen  
Gesetze wie „Hartz IV“ organisiert, handelt es sich dabei nicht mehr um  
ein Wahren und Fördern der Arbeitsbedingungen. Setzt eine Gewerkschaft  
ihr Personal überwiegend für solche Nebentätigkeiten ein, so gefährdet  
dies unter der Prämisse der quantitativ-numerischen Theorie den Schutz  
der koalitionspolitischen Tendenz.

Die organisatorischen Untergliederungen, die von den Gewerkschaften ge- 150  
steuert und zur Tendenzverwirklichung eingesetzt werden, genießen  
Tendenzschutz, soweit sie den koalitionspolitischen Bestimmungen  
dienen: Unter diesen Voraussetzungen handelt es sich bei den Haupt-, Be-  
zirks-, und Ortsverwaltungen der Gewerkschaften um Tendenzbetriebe<sup>247</sup>,  
resp. im Falle ihrer rechtlichen Selbständigkeit um Tendenzunternehmen.

---

<sup>247</sup> So auch für die „Hauptverwaltungen, regionale und überregionale Ver-  
waltungsstellen“: DKK/*Wedde*, BetrVG, § 118 Rn. 24; für „unmittelbare Ver-  
waltungsstellen“: Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 53; ähnlich GK-BetrVG/  
*Weber*, § 118 Rn. 81.

Hat eine solche Untergliederung keine eigenständigen Koalitionsbefugnisse, sondern unterliegt sie einem umfassenden Weisungsrecht der Zentrale, so mag fraglich sein, ob sie selbst noch die Voraussetzungen einer Koalition erfüllt<sup>248</sup> – tendenzgeschützt bleibt sie dennoch. Es kommt nämlich auf die dort verrichtete Tätigkeit an. Werden in einem Ortskartell der IG Metall Mitgliederwerbung und Betreuung betrieben oder Streik-anweisungen und entsprechende Beschlüsse der Gewerkschaftsführung umgesetzt, so handelt es sich um unmittelbare Koalitionsbetätigungen. Hingegen ist eine als Betrieb organisatorisch verselbständigte Kantine einer Gewerkschaft ebenso wenig ein Tendenzbetrieb wie die Hausdruckerei oder ein Rechenzentrum.

- 151 Zwar greift § 118 Abs. 1 BetrVG im Gegensatz zu dem Religionsgemeinschaften betreffenden Abs. 2 nicht den Zusatz „unbeschadet ihrer Rechtsform“ auf, die Rechtsform ist jedoch auch hier irrelevant, sofern es nicht aufgrund der Rechtsform schon an einer Koalitionsvoraussetzung fehlt. Insbesondere kommt es für den Tendenzschutz nicht darauf an, ob eine Gewerkschaft als eingetragener Verein besteht – so nach ihrer Gründung zunächst ver.di e.V. – oder ob sie die traditionelle Rechtsform des nicht eingetragenen Vereins wählt.

## 2. Gewerkschaftliche Spitzen- und Dachverbände

- 152 Weniger eindeutig als bei seinen Mitgliedsgewerkschaften scheint es zu sein, ob der DGB ein Tendenzunternehmen ist. Der DGB ist eine Spitzenorganisation der in ihm zusammengeschlossenen Gewerkschaften im Sinne des § 12 TVG. Ob der DGB als Spitzenorganisation auch selbst Gewerkschaft oder Koalition ist<sup>249</sup>, kann für die Frage des Tendenzschutzes dahinstehen, wenn auch eine Spitzenorganisation von Gewerkschaften sich auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen kann. Dies folgt nicht schon daraus, daß der Zusammenschluß der Einzelgewerkschaften zu einer Spitzenorganisation ebenso eine Form der Koalitionsgründung ist wie der mitgliederschaftliche Zusammenschluß von Arbeitnehmern zu einer Koalition<sup>250</sup> und dementsprechend zum Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG rechnet. Dies betrifft nämlich nur die Koalitionsfreiheit der Mitgliedsgewerkschaften selbst.
- 153 Entscheidend kommt es darauf an, ob der DGB selbst zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen seine Arbeitnehmer einsetzt und damit einer koalitionspolitischen Bestimmung im Sinne des § 118 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG dient. Dafür spricht, daß der DGB nicht nur die Einzel-

<sup>248</sup> Ablehnend: MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 246 Rn. 37.

<sup>249</sup> Bejahend: MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 246 Rn. 4.

<sup>250</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 243 Rn. 38.

gewerkschaften beim Abschluß von Tarifverträgen vertreten kann (mandatierte Tarifverträge), sondern auch selbst tariffähig ist, § 2 Abs. 3 TVG<sup>251</sup>. Zwar gibt es auch Verbände, die tariffähig sind, ohne Koalition oder Gewerkschaft zu sein, z.B. die Handwerksinnungen gemäß § 54 Abs. 3 Nr. 1 HwO<sup>252</sup>. Für die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch den Abschluß von Tarifverträgen ist aber unerheblich, ob dem Verband eine originäre oder eine gesetzlich erstreckte Tariffähigkeit eignet. Daß der DGB von dieser Tariffähigkeit kaum Gebrauch macht, ist insofern für § 118 BetrVG von Bedeutung, als damit für die mit der Tarifpolitik befaßten DGB-Arbeitnehmer der Tendenzbezug entfallen könnte. Dienen die Erkenntnisse, die in der tarifpolitischen und in anderen Abteilungen des DGB zusammengetragen werden, nämlich nur dazu, Empfehlungen für die DGB-Gewerkschaften zu erarbeiten, oder werden sie ihnen direkt zur Verfügung gestellt, so wirft dies die Frage auf, ob es sich dann auf Seiten des DGB noch um ein „unmittelbares“ Dienen im Sinne des § 118 BetrVG handelt. Verneinendenfalls müßten die in diesen Abteilungen beschäftigten DGB-Arbeitnehmer bei quantitativ-numerischer Prüfung des Überwiegens konsequent auf der Seite der nicht-Tendenzbeschäftigten mitgezählt werden.

Allerdings ist es gerade Aufgabe einer gewerkschaftlichen Spitzenorganisation, gebündelt Informationen auszuwerten, aufzubereiten und sie den Gewerkschaften zur Verfügung zu stellen. Der DGB beeinflusst damit die Tarifpolitik der DGB-Gewerkschaften, weshalb es sich um die Verwirklichung einer unmittelbaren koalitionspolitischen Bestimmung handelt. Wollte man dies anders entscheiden, so müßte man den Gewerkschaften raten, solche Aufgaben statt an eine Spitzenorganisation an einen Gemeinschaftsbetrieb zu delegieren<sup>253</sup>. Weil sie dann nämlich die Erkenntnisse selbst umsetzen, wäre die Unmittelbarkeitsvoraussetzung wieder erfüllt. Das aber hieße, über die Gewährung von Tendenzschutz auf die Organisationsstruktur eines Gewerkschaftsbundes Einfluß zu nehmen, was sich nicht mit der Organisationsfreiheit als Bestandteil des Art. 9 Abs. 3 GG verträgt. 154

Bei den DGB-Arbeitnehmern, welche die Tätigkeiten der Gewerkschaften koordinieren, könnte gegen die Unmittelbarkeit vergleichend angeführt 155

---

<sup>251</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 265 Rn. 54 ff.

<sup>252</sup> Die Tariffähigkeit von Handwerksinnungen nun wohl auch aus § 2 TVG bejahend: BAG vom 6.5.2003 – 1 AZR 241/02, zu A.I.3.b), NZA 2004, 562, 563; krit dazu: Oetker, EWiR 2004, 91.

<sup>253</sup> Allg. zum Gemeinschaftsbetrieb von Tendenzunternehmen: Lunk, NZA 2005, 841 ff.

werden, daß auch bei der DFG die Tendenzunmittelbarkeit ihrer Tätigkeit verneint wird<sup>254</sup>. Die Unterscheidung ist jedoch gerechtfertigt: Die DFG betreibt selbst keine Forschung – der DGB aber übt unmittelbar die Koalitionsbetätigungsfreiheit aus, die ihm als Spitzenorganisation zukommt.

### 3. Gewerkschaftsunternehmen

- 156 Das Ausgliedern verschiedenster gewerkschaftlicher Aufgaben und von ihnen wahrgenommener Tätigkeiten hat dazu geführt, daß ein Großteil der Beschäftigten nicht für die Gewerkschaften selbst arbeitet, sondern für entsprechende Unternehmen, o. § 1B.II.1, Rn. 37. Damit diese Tendenzschutz genießen, müssen sie den o. I.3, Rn. 145 ff., beschriebenen Voraussetzungen eines von einer Koalition betriebenen Unternehmens genügen.

#### a. Zuordnung von verselbständigten Einrichtungen bei Gewerkschaften

- 157 Gerade an den verselbständigten Einrichtungen wird wiederum der Unterschied zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und dem bloßen Tendenzschutz der Gewerkschaften deutlich: Während § 118 Abs. 2 BetrVG die Anwendung des BetrVG ausschließt, findet im Rahmen des Abs. 1 das BetrVG immerhin eine eingeschränkte Anwendung. Außerdem regelt Abs. 2 für kirchliche und karitative Einrichtungen der Religionsgesellschaften, daß diese ebenfalls unter den Anwendungsausschluß fallen. Demgegenüber ist bei den verselbständigten Einrichtungen der Gewerkschaften als Tendenzunternehmen zu prüfen, ob sie noch der koalitionspolitischen Bestimmung dienen und der Unmittelbarkeits- und Überwiegensprüfung standhalten. Diese doppelte einfachgesetzliche Privilegierung der Abs. 1 und 2 entspricht der verfassungsrechtlichen Stellung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, so daß die Differenzierung auch bei der richterlichen Auslegung zu beachten ist<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup> *Classen*, Wissenschaftsfreiheit, S. 208; *Poeche*, Mitbestimmung, S. 76; auch die Grundrechtsträgerschaft der DFG zu Art. 5 Abs. 3 GG verneinend: *MDH/Scholz*, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 126; für den DAAD: *Kilian*, FS Oppermann, S. 138; für die DFG a.A.: *Meusel*, Forschung, Rn. 167.

<sup>255</sup> BVerfG (Senat) vom 11.10.1977 – 2 BvR 209/76, AP Nr. 1 zu Art. 140 GG; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 197.

## **b. Rechtsschutzunternehmen**

### **aa. DGB Rechtsschutz GmbH**

*Wedde* hält die Tätigkeit der DGB Rechtsschutz GmbH für unmittelbar koalitionsbezogen<sup>256</sup>, weil die DGB Rechtsschutz GmbH von vorneherein nur die Verpflichtung des DGB erfüllen darf, den Mitgliedern der DGB-Gewerkschaften gewerkschaftlichen Rechtsschutz zu leisten und somit die Rechtssekretäre anderenfalls ihre Postulationsfähigkeit gemäß § 11 Abs. 1 Satz 4 ArbGG verlören. Das aber sagt über den Tendenzstatus nichts aus – die Anerkennung der Postulationsfähigkeit durch ein staatliches Gesetzes kann nämlich nicht über die Reichweite der Koalitionsfreiheit und damit auch nicht über die Reichweite des Tendenzschutzes disponieren. Ob die DGB Rechtsschutz GmbH dennoch Tendenzschutz genießt, hängt davon ab, ob es sich um ein von einer Koalition betriebenes Unternehmen handelt, das einer koalitionspolitischen Bestimmung dient:

#### **[1] Von einer Koalition betriebenes Unternehmen**

Die DGB Rechtsschutz GmbH ist weder eine Gewerkschaft noch eine gewerkschaftliche Spitzenorganisation. Allerdings ist die von hochrangigen Funktionären des DGB kontrollierte VTG DGB zu 100 % Gesellschafterin der DGB Rechtsschutz GmbH. Aufgrund der starken gesellschaftsrechtlichen Stellung der Gesellschafterversammlung einer GmbH gegenüber dem Geschäftsführer hat der DGB, vermittelt über die VTG DGB, einen maßgeblichen Einfluß auf die DGB Rechtsschutz GmbH, welche sich damit als ein vom DGB betriebenes Unternehmen darstellt.

#### **[2] Koalitionspolitische Bestimmung**

Gemäß § 118 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG müssen die wahrgenommenen Aufgaben in den Schutzbereich der Koalitionsbetätigungsfreiheit fallen. Dazu rechnet allerdings nicht nur das Aushandeln von Tarifverträgen, welches das BVerfG als wesentlichen Zweck der Koalitionen hervorhebt<sup>257</sup>; vielmehr erstreckt sich der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG auf alle koalitions-spezifischen Verhaltensweisen<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> DKK/*Wedde*, BetrVG, § 118 Rn. 24 im Anschluß an LAG Baden-Württemberg vom 10.10.2005 – 6 TaBV 11/04, AuR 2006, 133.

<sup>257</sup> BVerfG (Senat) vom 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, EZA GG Art. 9 Nr. 75 m.w.N.

<sup>258</sup> BVerfG (Senat) 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352, 358 ff.; BVerfG (Senat) vom 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, EZA GG Art. 9 Nr. 75.

### **i. Phänomenologische Betrachtung**

- 161 Dafür, daß der gewerkschaftliche Rechtsschutz zu diesen koalitions-spezifischen Verhaltensweisen gehört, spricht zunächst, daß er nach dem historisch gewachsenen Bild zu den Aufgaben gehört, welche die deutschen Gewerkschaften traditionell wahrnehmen, o. § 1B.IV.3, Rn. 53. Die Aussagekraft dieser phänomenologisch-historischen Betrachtung der Koalitionsbetätigung ist aber mittlerweile gering. Zwar hat das BVerfG die herkömmliche Gestalt der Koalitionen und ihre überkommene Betätigung gelegentlich zur Auslegung herangezogen, zweifelhaft ist aber, ob es sich überhaupt um eine eigenständige Auslegungsmethode handelt<sup>259</sup>. Daß die Gewerkschaften von je her Rechtsschutz angeboten haben, eröffnet nicht schon für sich den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG.

### **ii. Rechtsschutz als Bestandteil der Koalitionswerbung**

- 162 Der gewerkschaftliche Rechtsschutz ist ein wesentlicher Anreiz für den Gewerkschaftsbeitritt, da die Mitglieder so eine kostenfreie Prozessvertretung erlangen können. Nahezu sämtliche Internetauftritte der DGB-Gewerkschaften weisen unter der Rubrik Leistungen/Service auf diesen Faktor hin und werben mit den Erfolgen des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes. Auch dies fällt aber für die Zuordnung zum Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG kaum ins Gewicht. Die Gewerkschaften werben auch mit verbilligten Reisen und anderen Vorteilen für die Mitgliedschaft. Dabei ist die Werbung als solche zwar Bestandteil der Koalitionsbetätigungsfreiheit, nicht aber das zur Verfügung Stellen dieser Angebote als solches.

### **iii. Annex zur Tarifautonomie**

- 163 Der gewerkschaftliche Rechtsschutz steht in einem Zusammenhang mit der Tarifpolitik, denn über die Rechtsstreitigkeiten erfahren die Gewerkschaften, an welchen Stellen aus ihrer Sicht der tarifvertragliche Arbeitnehmerschutz verbessert werden kann. Zudem dient der Rechtsschutz auch der Wahrung der Arbeitsbedingungen, weil die Gewerkschaften so für eine verbesserte Rechtsdurchsetzung und damit eine praktische Wirksamkeit der Tarifverträge im Arbeitsleben sorgen können.

### **iv. Bestandteil der typisch gewerkschaftlichen assoziativen Selbsthilfe**

- 164 In der Diktion des BAG ist gewerkschaftlicher Rechtsschutz nicht nur Rechtsberatung und -vertretung als rein fachliche Anwendung von

---

<sup>259</sup> Zu Recht gegen phänomenologische Bestimmung des Koalitionsbegriffs: *Löwisch, ZfA 1970, 295, 300.*

Rechtskenntnissen, sondern das Vollziehen von Lebensvorgängen, die in Art gekennzeichnet sind durch das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Gewerkschaft und Mitglied<sup>260</sup>. Maßgeblich kann kaum die Frage des Vertrauens sein, denn das Postulat fehlenden Vertrauens zwischen den Sphären des Arbeitstandes und der bürgerlichen Anwaltschaft ist historisch überholt. In der BAG-Entscheidung kommt aber zutreffend zum Ausdruck, dass sich gewerkschaftlicher Rechtsschutz vom anwaltlichen Rechtsschutz um ein kollektives Element unterscheidet: Der gewerkschaftliche Rechtsschutz ist dadurch gekennzeichnet, daß über die Prozeßvertretung nicht nur das individuelle Ziel des Gewerkschaftsmitglieds prozessual durchgesetzt werden soll. Der Prozeß soll vielmehr kollektivnützig sein, indem *pars pro toto* die Gewerkschaft am Beispiel des von ihr vertretenen Arbeitnehmers gegenüber der Arbeitgeberseite zum Ausdruck bringt, Rechte und Ansprüche durchzusetzen.

Bei der DGB Rechtsschutz GmbH ist dieser Kollektivbezug noch gewahrt, da die Rechtsschutzsekretäre den Anspruch des Mitglieds gegenüber seiner Gewerkschaft erfüllen. Dieser besteht aber nur in der Ausgestaltung, wie sie sich aus der jeweiligen Gewerkschaftssatzung ergibt. Vielfach besteht kein Rechtsanspruch, sondern die Gewährung von Rechtsschutz steht im Ermessen der Gewerkschaft, § 27 GEW-Satzung i.V.m. Nr. 2. 1. der GEW-Rechtsschutzrichtlinie, § 12 Nr.1 IG BAU-Satzung, § 15 Nr. 2 NGG-Satzung, § 27 Nr. 1 IG Metall-Satzung. Damit kann der Einsatz der beitragsfinanzierten Ressourcen auf die Fälle konzentriert werden, die für die Solidargemeinschaft von besonderer Bedeutung sind. Besonders deutlich wird dies in § 17 Nr. 3h der transnet-Satzung. Danach besteht zwar ein Anspruch auf Rechtsschutz, dieser ist aber ausgeschlossen, für „den Fall, daß eine Rechtsschutzgewährung nicht im gewerkschaftlichen Interesse liegt, gewerkschaftlichen Grundsätzen zuwiderliefe oder sonst unvertretbar erscheint.“ Ähnlich verhält es sich bei ver.di, da dort gemäß § 19 Nr. 1 kostenloser Rechtsschutz nur „im Rahmen ihrer [ver.di] gewerkschaftlichen Zwecksetzung gewährt wird. Deutlich wird der Kollektivbezug ferner in § 3 GdP-Satzung i.V.m. § 1 Abs. 5 der GdP-Rechtsschutzrichtlinie, demzufolge sich die Kostenübernahme auf grundlegende Verfahren und Musterprozesse bezieht und in § 9 der Rechtsschutzrichtlinie, welcher vorsieht, daß bei gleichartigen Streitigkeiten von grundsätzlicher Bedeutung der Landesbezirk nach Anhörung der Rechtsschutzkommission entscheidet, welcher Fall als „gerichtliches Leitverfahren durchzuführen ist“.

Schließlich kommt hinzu, daß der vom DGB resp. der DGB Rechtsschutz GmbH organisierte Rechtsschutz aus den Mitgliedsbeiträgen der Gewerk-

<sup>260</sup> BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, BAGE 32, 214.

schaften an den DGB und diese wiederum aus den Beiträgen ihrer Mitglieder finanziert wird. Es handelt es sich somit um eine gewerkschaftsübergreifend solidarische Finanzierung. Bevor §§ 12, 12a ArbGG das Prozeßkostenrisiko für die Arbeitnehmer erheblich senkten, war diese solidarische Finanzierung Ausdruck der durch den gewerkschaftlichen Zusammenschluß organisierten assoziativen Selbsthilfe. Erst dadurch wurde es möglich, das Prozeßkostenrisiko zu sozialisieren und so Verbesserungen für die Lage der Arbeitnehmer zu erstreiten. Daß diese historische Funktion durch §§ 12, 12a ArbGG und die Verbreitung kommerzieller Rechtsschutzversicherungen in beträchtlichen Umfang an Bedeutung verloren hat, ist unerheblich. Zur Koalitionsfreiheit gehört auch, daß die Gewerkschaften selbst entscheiden, ob sie eine bestimmte Aufgabe wahrnehmen oder dies infolge des Bedeutungsverlustes unterlassen.

- 167 Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften bedienen sich damit der DGB Rechtsschutz GmbH, um eine von der Koalitionsbetätigungsfreiheit umfaßte Aufgabe durchzuführen. Folglich dient die DGB Rechtsschutz GmbH einer koalitionspolitischen Bestimmung und ist ein Tendenzunternehmen.

#### **bb. DGB Rechtsanwalts mbH**

- 168 Die Rechtsanwalts mbH ist im Unterschied zur DGB Rechtsschutz GmbH ein Unternehmen, das nicht aus dem Mitgliedsbeiträgen der Gewerkschaftsmitglieder, resp. aus den Beiträgen der Gewerkschaften an den DGB finanziert werden soll, sondern wie eine Rechtsanwaltssozietät ihre Leistungen gegenüber den Rechtsschutzversicherungen der Mitglieder abrechnen soll.

#### **[1] Koalitionspolitische Bestimmung und berufsrechtliche Anforderungen**

- 169 Die DGB Rechtsanwalts mbH betreibt Rechtspflege wie andere Rechtsanwälte und Sozietäten auch. Damit ist die DGB Rechtsanwalts mbH gesetzlichen und standesrechtlichen Regelungen unterworfen, die einer koalitionspolitischen Bestimmung entgegenstehen könnten. Mandatiert ein Arbeitnehmer unter Inanspruchnahme seiner Rechtsschutzversicherung die DGB Rechtsanwalts mbH, so handelt es sich dabei um einen Dienstvertrag, wie er ihn auch mit jedem anderen Anwalt abschließen könnte. Die DGB Rechtsanwalts mbH ist dann aber als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ im Sinne des § 1 BRAO nur ihrem Mandanten verpflichtet. Gewerkschaftliche Interessen zu berücksichtigen oder eine daran orientierte Prozeßführung wären, soweit es der Mandant nicht ausdrücklich zuläßt, rechts- und standeswidrig.

Zu den Grundpflichten eines Rechtsanwalts gehört es, keine Bindungen einzugehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden, § 43 Abs. 1 BRAO. Hinzukommt, daß gemäß § 27 BORA der DGB resp. die VTG DGB nicht am wirtschaftlichen Ergebnis der DGB Rechtsanwalts mbH beteiligt sein dürfte. Eine Gesellschafterstellung der VTG oder des DGB, wie auch der dahinterstehenden natürlichen Personen ist damit ausgeschlossen. Im übrigen würde die Gesellschafterstellung von Personen, die nicht als Rechtsanwalt zugelassen sind auch steuerrechtlich nachteilig wirken, weil die Gesellschaft dann ein Gewerbe betriebe. 170

## **[2] Koalitionspolitischen Bestimmung durch einzelvertragliche Bindung**

Möglich wäre allein, durch sog. Ethikrichtlinien die Anwälte der DGB Rechtsanwalts mbH auf bestimmte Ziele und Inhalte resp. eine Firmenpolitik zu verpflichten. Damit könnte das Ziel verfolgt werden, eine Vertretung von Arbeitgebern durch die DGB Rechtsanwalts mbH zu unterbinden. Allerdings sind solche Ethikrichtlinien und entsprechende einzelvertragliche Vereinbarungen nur in den Grenzen der über § 242 BGB in das Arbeitsverhältnis einstrahlenden Grundrechte möglich. Die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer und ihr Recht auf freie Meinungsäußerung können folglich auch einzelvertraglich nicht soweit eingeschränkt werden, wie der Tendenzschutz reicht. 171

## **[3] Entsolidarisierung der Rechtsschutzkosten**

Zudem ist bei der DGB Rechtsanwalts mbH das Prinzip der solidarischen Finanzierung nicht bloß durchbrochen, sondern aufgehoben. Die von den DGB-Gewerkschaften ansonsten als konstituierendes Organisationsprinzip geforderte Solidarität unter den Mitgliedern wäre bei der Finanzierung des Rechtsschutzes nicht mehr vorhanden. Auch insofern ist der gewerkschaftliche Kollektivbezug in der Vertretung durch die DGB Rechtsanwalts mbH nicht mehr erkennbar. Die Mandatsabwicklung kann konsequenterweise nicht unter das Wahren oder Fördern der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen subsumiert werden und stellt somit keine Ausübung der Koalitionsbetätigungsfreiheit dar. Infolgedessen kann die DGB Rechtsanwalts mbH kein Tendenzunternehmen sein. 172

## **c. Bildungs- und Berufsförderungswerke**

Die Bildungs- und Berufsförderungswerke sind Konzerntöchter der jeweiligen Gewerkschaften bzw. des DGB. Sie sind aber nicht allein schon deshalb Tendenzunternehmen, o. § 2C.I.3, Rn. 145. Entscheidend ist, ob 173

gerade das Unternehmen einer Tendenzbestimmung i.S.d. § 118 Abs. 1 BetrVG dient<sup>261</sup>.

### aa. Gewerkschaftseigene Bildungswerke

- 174 In der Erwachsenenbildung tätigen Unternehmen genießen vielfach eine direkte oder indirekte staatliche Unterstützung: steuerliche Privilegierung durch Gemeinnützigkeitsstatus, Zuschüsse oder Subventionen durch die Bundesagentur für Arbeit oder die Möglichkeit der Schulungsteilnehmer, die Kosten auf den Arbeitgeber abzuwälzen – für die Arbeitnehmer nach dem LandesBildUrlG und für die Betriebsräte nach § 37 Abs. 6 BetrVG. Stark engagiert in dieser Branche sind die Gewerkschaften.
- 175 Damit Bildungswerken Tendenzschutz zukommt, ist zum einen erforderlich, daß es sich um Unternehmen handelt, die von einer Gewerkschaft betrieben werden. Zum anderen müßte der Unternehmenszweck unter eine der in § 118 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG genannten Bestimmungen subsumiert werden können. Soweit in der Literatur<sup>262</sup> vertreten wird, bei Trägern der beruflichen Bildung kämen nur das karitative und das erzieherische Unternehmensziel als privilegierte Bestimmungen in Betracht, ist das unvollständig: Zumindest ist hier auch eine koalitionspolitische Bestimmung zu prüfen.

### [1] Outsourcing

- 176 Ähnlich wie bei dem Rechtsschutz haben die DGB-Gewerkschaften auch die Schulung und Bildung von Arbeitnehmern, Mitgliedern, Funktionären und Betriebsräten ursprünglich selbst wahrgenommen und später rechtlich selbständigen Unternehmen übertragen. Dahinstehen mag, ob die rechtliche Verselbständigung durch Ausgliederung eine Reaktion auf das koalitionspolitische Gewinnverbot war<sup>263</sup>.
- 177 Nach der quantitativ-numerischen Theorie kann das Ausgliedern dazu führen, daß ein zuvor genossener Tendenzschutz verloren geht: Stand nämlich vorher fest, daß mehr als die Hälfte der bei der Gewerkschaft geleisteten Arbeitsstunden Tendenzbelangen dienten, so kam es nicht darauf

<sup>261</sup> Allg.: BVerfG (Kammer) vom 29.4.2003 – 1 BvR 62/99, zu II.2.c), NZA 2003, 864, 865; st. Rspr. seit BAG vom 31.10.1975 – 1 ABR 64/74, AP Nr. 3 zu § 118 BetrVG 1972; zuletzt BAG vom 30.6.1981 – 1 ABR 30/79, AP Nr. 20 zu § 118 BetrVG 1972; h.Lit.: Richardi/Thüsing, BetrVG, §118 Rn. 105 ff.; GK-BetrVG/Weber, § 118 Rn. 51.

<sup>262</sup> Oldenburg, NZA 1989, 412, 413.

<sup>263</sup> Bakker, Anm. zu BAG vom 28.6.1995 – 7ABR55/94, EZA § 40 BetrVG 1972 Nr. 74; Wedde, DB 1994, 730 ff.; Sowka, II.2, AP Nr. 42 zu § 40 BetrVG, Anm. zu BAG vom 30.3.1994 – 7 ABR 45/93.

an, ob auch die zu Bildungs- und Schulungszwecken eingesetzten Arbeitnehmer einer koalitionspolitischen Bestimmung dienen. Folgt man der Geprägetheorie kam es nicht einmal auf diese Quote an – für das Gepräge einer Gewerkschaft ist in allererster Linie das Aushandeln und Erkämpfen von Tarifverträgen maßgeblich. Die Frage des koalitionspolitischen Tendenzschutzes gewinnt somit erst durch das Outsourcing Relevanz.

## [2] Rechtsform und „Betrieb“ eines Bildungswerkes durch eine Gewerkschaft

### i. Spektrum der Rechtsformen

Die Rechtsform der sog. gewerkschaftlichen Bildungswerke ist keineswegs einheitlich. Es handelt sich um Vereine<sup>264</sup>, Personengesellschaften (z.B. die hbv-Kommunikations-, Bildungs- und Verlagsgesellschaft GmbH als 100-prozentige Tochter der hbv VTG mbH<sup>265</sup>) und Stiftungen (z.B. die DAA). In den meisten Fällen haben die Gewerkschaften sich durch ihre gesellschaftsrechtliche Stellung Einfluß auf die Unternehmensziele und teilweise auch auf die Geschäftsführung der Bildungswerke gesichert. Wiederum stellt sich somit die Frage, ob es sich bei solchen Unternehmen um „von einer Gewerkschaft betriebene Unternehmen“ handelt. Dies hängt zunächst von den gesellschaftsrechtlichen Bindungen ab. Richtig ist zwar, daß solche Bildungswerke nicht allein deshalb koalitionspolitische Tendenzunternehmen sind, weil sie von einer Koalition getragen werden<sup>266</sup> – ansonsten müßte auch jedes gemeinwirtschaftliche Unternehmen am Tendenzschutz seiner Koalition teilhaben. Daß eine Gewerkschaft das Bildungswerk als Unternehmen betreibt, ist wiederum nur notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung.

### ii. GmbH

Bei den Bildungswerken, die in der Rechtsform einer GmbH betrieben werden, ist die outsourcende Gewerkschaft, resp. deren VTG oft Alleingesellschafterin, so daß eine enge rechtlich und materielle Bindung an die Gewerkschaft verbleibt und diese auch konkret auf die Inhalte Einfluß nehmen kann: Es handelt sich um Unternehmen, die „von einer Koalition betrieben“ werden.

<sup>264</sup> Zum Bildungswerk der DAG als Verein: BAG vom 3.7.1990 – 1 ABR 36/89, EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 90.

<sup>265</sup> Dazu: BAG vom 30.3.1994 – 7 ABR 45/93, zu A., SAE 1997, 147 ff. m. Anm. *Loritz*.

<sup>266</sup> So aber *Weber*, NZA 1989, Beil. 3, 2; *Frey*, Tendenzschutz, S. 28; a.A. BAG vom 3.7.1990 – 1 ABR 36/89, zu IV.2.a, EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 90; DKK-*Wedde*, BetrVG, § 118 Rn. 24.

- 180 Die rechtliche Verselbständigung und Zwischenschaltung einer Vermögensverwaltungsgesellschaft steht dem nicht entgegen. Diese gesellschaftsrechtliche Konstruktion ist nicht geeignet, dem koalitionsrechtlichen Gewinnverbot der Rechtsprechung zu entgehen, weil die Zahl der zwischengestalteten Stufen im Tendenzkonzern unmaßgeblich ist. Die Zwischenschaltung einer gewerkschaftlichen Treuhandgesellschaft ist zudem historisch allein der Rechtsform der Gewerkschaften (nicht-rechtsfähiger Verein) geschuldet. Entscheidend ist vielmehr der materielle Einfluß der Gewerkschaft auf das Bildungswerk. Abwegig ist die früher von *Wedde*<sup>267</sup> vertretene Ansicht die Körperschaftssteuerrechtliche Selbständigkeit bestätige sein Ergebnis zur Emanzipation von der koalitionspolitischen Bestimmung der Trägergewerkschaften. Schon seine Prämisse ist falsch: Nur wenn die Bildungswerke nicht rechtlich verselbständigt wären, käme es auf die Selbständigkeit als Tatbestandsmerkmal des § 14 AO an, d.h. darauf, ob sie einen Geschäftsbetrieb resp. Zweckbetrieb darstellen, für den die ansonsten gemeinnützige und daher steuerbefreite Gewerkschaft Körperschaftssteuer zu entrichten hätte. Für das rechtlich verselbständigte Bildungswerk spielt steuerrechtlich nur eine Rolle, ob es selbst den Gemeinnützigkeitsstatus hat. Zu Recht ist daher das BAG der Argumentation von *Wedde* in einer Streitigkeit um die Kostenerstattungspflicht gemäß § 37 Abs. 6 BetrVG nicht gefolgt<sup>268</sup>. Der Fall war insofern besonders klar, als zu der gesellschaftsrechtlichen Verbindung noch hinzukam, daß die HBV in Schreiben an die Betriebsräte für die Veranstaltungen der GmbH damit geworben hatte, daß die HBV die Seminare „über die hbv KBV GmbH durchführt“. Zudem hatte sich die HBV über einen Kooperationsvertrag maßgeblichen Einfluß auf die Ausgestaltung der Seminare gesichert<sup>269</sup>.

### iii. Verein

- 181 Möglich ist die Zurechnung zur koalitionspolitischen Bestimmung der Gewerkschaft aber auch bei Bildungswerken, die Vereine sind. Ein gesellschaftsrechtlicher Einfluß der Gewerkschaft scheint auf den ersten Blick kaum möglich zu sein, weil die Willensbildung in den Händen der Mitglieder des Bildungsvereins liegt. Allerdings sind auch die regionalen Untergliederungen der Gewerkschaften auf Bezirksebene oft juristisch selbständige Untervereine, ohne daß damit der Tendenzschutz entfiel, und zwar auch dann nicht, wenn die Untergliederung selbst keine Koalitionsbefugnisse hat.

---

<sup>267</sup> *Wedde*, DB 1994, 730 ff.

<sup>268</sup> BAG vom 30.3.1994 – 7 ABR 45/93, AP Nr. 42 zu § 40 BetrVG 1972.

<sup>269</sup> BAG, a.a.O., zu II.3. a).

Ob die Bildungswerke „von einer Koalition betrieben“ sind, hängt also von dem tatsächlichen Einfluß der Gewerkschaft auf das Bildungswerk ab. Relevant ist bei den Bildungswerken auf Vereinsbasis, wer Mitglied werden kann. Es kommt darauf an, ob durch die personelle Verschränkung zwischen der Gewerkschaft und dem Verein ausreichend materieller Einfluß gewahrt werden kann. Dies ist regelmäßig bei Vereinen der Fall, bei denen die Mitgliedschaft kraft Satzung auf Gewerkschaften, deren Mitglieder und gewerkschaftsnahe Personen begrenzt ist und bei denen die Gewerkschaften über den von ihr gestellten Vorstand und/oder die von ihnen beherrschte Mitgliederversammlung Inhalt, Organisation und Finanzierung von Schulungsmaßnahmen bestimmen<sup>270</sup>. Im Falle eines DAG-Bildungswerkes sah die Satzung vor, daß im Bildungswerk nur DAG-Mitglieder die Mitgliedschaft erwerben konnten und auch nur solche, „die an der Bildungsarbeit der DAG direkt mitwirken oder diese fördern.“<sup>271</sup> Damit lag die Willensbildung im Verein ausschließlich in den Händen von DAG-Mitgliedern, und zwar nicht bloß einfachen Mitgliedern. Infolge der genannten Klausel war sichergestellt, daß DAG-Funktionäre den Verein dominieren konnten. Für die koalitionspolitische Bestimmung spricht auch die kostenlose Stellung von Referenten oder die Subventionierung des Bildungswerks durch die Gewerkschaft<sup>272</sup>. Zudem war der Verein wirtschaftlich von den DAG-Mitgliedern als Kunden abhängig<sup>273</sup>.

Ein weiteres Indiz besteht auch darin, daß die Gewerkschaft zunächst selbst die Bildungsarbeit leistet und diese Aufgabe ausgliedert, ohne den Einfluß auf die Organisation und Inhalte aufgeben zu wollen. Im Falle des DAG Bildungsvereins Niedersachsen konnte die DAG den Bildungsauftrag festlegen oder zumindest maßgeblich mitbestimmen: Nach dem Prozeßvortrag des Bildungswerks entsprach das Bildungsziel exakt dem „tragenden gewerkschaftspolitischen Ziel der DAG“, „jenseits der Vermittlung praktischer Fertigkeiten und Fähigkeiten, die Fähigkeit zum selbständigen und verantwortlichen Urteilen und zur Mitbestimmung im öffentlichen Leben zu fördern“.

In der Zusammenschau dieser Indizien konnte das BAG zu Recht davon ausgehen, daß es sich um ein von der DAG betriebenes Unternehmen

<sup>270</sup> BAG vom 28.6.1995 – 7 ABR 55/94, zu B II 2b, NZA 1995, 1216; krit. *Birk*, AuR 1995, 281 f.

<sup>271</sup> Konstruktion mitgeteilt im Tatbestand von BAG vom 3.7.1990 – 1 ABR 36/89, EZA § 99 BetrVG 1972 Nr. 90.

<sup>272</sup> So auch *Wedde*, DB 1994, 730, 732.

<sup>273</sup> Teilweise werben die Gewerkschaften ausdrücklich mit ihrem Einfluß auf das Bildungswerk: BAG vom 30.3.1994 – 7ABR45/93, zu II.3.a)aa), EZA § 40 BetrVG 1972 Nr. 71.

handelte. Gleiches gilt auch für den „Verein zur Förderung von Arbeitnehmerinteressen – Bildungskoooperation e.V.“, der 1994 von jeweils drei Funktionären und Mitgliedern der IG Metall und einem die IG Metall regelmäßig vertretenden Anwalt gegründet wurde<sup>274</sup>. Anders verhält es sich nur, wenn die Mitglieder des Bildungsvereins nicht mehrheitlich Gewerkschaftsfunktionäre sind und eine eigenständige und von den gewerkschaftlichen Vorstellungen unabhängige Bildungspolitik als Unternehmensziel entwickeln. Dafür fehlen regelmäßig die erforderlichen Anhaltspunkte.

#### iv. Stiftung

- 185 Stärker noch als bei einem Verein als Bildungsunternehmen scheint bei einer Stiftung fraglich zu sein, ob sie ein von der Stiftergewerkschaft getragenes Unternehmen sein kann: Die Stiftung ist eine verselbständigte Vermögensmasse, die an den verobjektivierten Stifterwillen als Unternehmensziel gebunden ist. Insbesondere *Reuter*<sup>275</sup> bezweifelt, daß die Stiftungssatzung durch die Schaffung von Mitwirkungsrechten der Spender, Zustifter oder Destinatäre körperschaftliche Elemente in die Stiftungsorganisation hineinbringen könne. Es sei ausgeschlossen, daß die Satzung Gremien etabliert, die den Willen der „Stiftung“ autonom bilden. Demnach gebe es nur entweder die Stiftung, die sich unter staatlicher Aufsicht am Stifterwillen orientiert, oder die Körperschaft, die sich am (Mehrheits-) Willen der Mitgliederversammlung ausrichtet. Es sei unzulässig<sup>276</sup>, die staatliche Aufsicht zu neutralisieren, indem der Stifterwillen als Prüfungsmaßstab ausgeschaltet wird, wenn nicht gleichzeitig die Bedingungen für die Richtigkeitsgewähr körperschaftlicher Satzungsautonomie<sup>277</sup> erfüllt sind.
- 186 Allerdings kann schon gerade durch den Stifterwillen ein bestimmter Bildungsauftrag der Einrichtung festgelegt sein und so eine abstrakte Bindung an die Stiftergewerkschaft bewirkt werden. Dem BGH ist darin zu folgen, daß die Stiftungssatzung dem Stifter Mitspracherechte einräumen kann, um die Beachtung des Stifterwillens besser zu sichern<sup>278</sup>. Überdies ist auch im Stiftungsrecht Art. 9 Abs. 3 GG und der daraus folgende

<sup>274</sup> BAG vom 17.6.1998 – 7 ABR 22/97, zu 1.3.b), NZA 1999, 161.

<sup>275</sup> MünchKomm/*Reuter*, BGB, Vor § 80 Rn. 19.

<sup>276</sup> MünchKomm/*Reuter*, BGB, Vor § 80 Rn. 19 m.w.N.; Staudinger/*Rawert*, BGB, Vor § 80 Rn. 25 f.

<sup>277</sup> Zu dieser „Richtigkeitsgewähr“: MünchKomm/*Reuter*, BGB, § 33 Rn. 25 f., ff.; § 39 Rn. 1.

<sup>278</sup> BGH vom 22.1.1987 – III ZR 26/85, BGHZ 99, 344, 352 ff.; insofern zustimmend auch *Reuter*, a.a.O. Dagegen: *Riehmer*, Stiftungsorganisationen, S. 23 f.

Tendenzschutz der Koalitionen zu beachten. Für die kirchlichen Stiftungen weltlichen Rechts ist anerkannt, daß zwar die §§ 80-87 BGB gelten – andererseits folgt aus der Kirchenautonomie das Recht zur eigenverantwortlichen Regelung der Organisation der Stiftungen, insbesondere der Satzungserfordernisse, der Verwaltung und Aufsicht<sup>279</sup>. Zwar kommt den Gewerkschaften anders als den Kirchen gerade keine Autonomie zu, o. § 2A.I.2, Rn. 60 ff., aber auch aus dem bloßen Tendenzschutz folgt, daß die Staatsaufsicht über gewerkschaftliche Stiftungen eingeschränkt sein kann und koalitionsspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen sind.

Zu dem Einfluß des Tendenzschutzes auf das Gesellschaftsrecht hat *Prütting* ausgeführt, daß die Gewerkschaften in ihrem aus Art. 9 Abs. 3 GG herzuleitendem Recht beschränkt würden, moderne gesellschaftsrechtliche Strukturen zu nutzen<sup>280</sup>, wenn die Übertragung des Rechtsschutzes auf eine GmbH zum Verlust der Postulationsfähigkeit der Rechtsschutzsekretäre führt. Dann aber spricht viel dafür, daß auch bei gewerkschaftlichen Stiftungen ein besonderer, über das ansonsten zulässige Maß hinausgehender Einfluß der Gewerkschaft auf die Bildungswerke in der Rechtsform der Stiftung zulässig ist. Letztlich kann dies aber dahinstehen:

Prüfungsmaßstab bei § 118 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist nicht die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit bei der Wahl der Rechtsform und der Ausgestaltung der Satzung. Maßgeblich ist vielmehr, ob in tatsächlicher Hinsicht ein maßgeblicher Einfluß der Koalition auf das Bildungswerk besteht. § 118 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verlangt gerade nicht, daß nur Koalitionen selbst eine koalitionspolitische Bestimmung haben können, sondern öffnet den Anwendungsbereich auch für von ihnen getragene Unternehmen, o. § 2C.I.3, Rn. 145. Da der Tendenzschutz wegen des verfassungsrechtlichen Bezugs auf den materiellen Umstand abstellt, ob das Unternehmen einer koalitionspolitischen Bestimmung dient, reicht der tatsächliche Einfluß.

Bei der DAA-Stiftung spricht hierfür, daß durch personelle Verflechtungen in den Leitungsgremien ein tatsächlicher Einfluß der DAG und nunmehr ver.di hergestellt ist. Der Stiftungsvorstand ist mit hochrangigen ver.di-Funktionären besetzt, ebenso wie mehrheitlich das Kuratorium, welches der Vorstand kontrolliert. Diese personelle Verschränkung ist in der Stiftungsverfassung selbst angelegt.

---

<sup>279</sup> Staudinger/*Rawert*, BGB, Vor § 80 Rn. 140; ähnlich: BVerfG (Senat) vom 5.2.1991 – 2 BvR 263/86, NJW 1991, 2623, 2624 (für Art. 9 Abs. 1 GG).

<sup>280</sup> *Prütting*, AuR 1998, 133 ff.

- 190 Zu einer 1981 von der Arbeiterwohlfahrt, e.V., errichteten Stiftung hat das BAG bereits entschieden, daß von der Stiftung durchgeführte Berufsbildungsmaßnahmen mitbestimmungsrechtlich wie Maßnahmen der Arbeitnehmerwohlfahrt selbst zu behandeln sind, d.h. es handelt sich um betriebliche Maßnahmen im Sinne des § 98 Abs. 1 BetrVG, so daß dem Gesamtbetriebsrat der Arbeiterwohlfahrt ein entsprechendes Mitbestimmungsrecht zukam<sup>281</sup>. Das BAG hat dabei maßgeblich darauf abgestellt, daß die Arbeiterwohlfahrt sich einen beherrschenden Einfluß auf das Kuratorium der Stiftung gesichert hatte, indem die sieben Kuratoriumsmitglieder vom Landesvorstand der Arbeitgeberwohlfahrt bestellt werden und vier Mitglieder dadurch vorgegeben sind, daß sie in der Stiftungsverfassung bestimmte Funktionen bei der Arbeiterwohlfahrt innehaben müssen. Über das Kuratorium wiederum hat die Arbeiterwohlfahrt einen beherrschenden Einfluß, da es den Vorstand bestimmt, kontrolliert und abberuft<sup>282</sup>.

### **[3] Koalitionspolitische Bestimmung bei Bildungswerken**

- 191 Voraussetzung für den Tendenzschutz ist zudem, daß die Bildungswerke unmittelbar einer koalitionspolitischen Bestimmung dienen. Ihre Tätigkeit muß sich als Betätigung der Koalitionsfreiheit darstellen, d.h. einen Bezug zum Wahren und Fördern der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen haben<sup>283</sup>.

#### **i. Objektive Beurteilung der koalitionspolitischen Bestimmung**

- 192 Ob eine Gewerkschaft eine bestimmte Schulungs- und Bildungstätigkeit für notwendig hält oder sie der Koalitionsbetätigungsfreiheit zuordnet, ist unerheblich. Nur die Kirchen können den Gegenstand ihrer Mission selbst bestimmen und staatliche Gerichte können nicht darüber urteilen, ob ein Ziel unter den Sendungsauftrag fällt<sup>284</sup>. Die Gewerkschaften hingegen genießen gerade kein solches Selbstbestimmungsrecht<sup>285</sup>, sondern nur Tendenzschutz auf dem ihnen durch Art. 9 Abs. 3 GG vorgegebenen Ge-

---

<sup>281</sup> BAG vom 12.11.1991 – 1 ABR 21/91, NZA 1992, 657; ähnlich: BAG vom 4.12.1990 – 1 ABR 10/90, EzA § 98 BetrVG 1972 Nr. 6.

<sup>282</sup> BAG, a.a.O.; zur „funktionalen“ Auslegung des Begriffs „betrieblich“ in § 98 BetrVG auch BAG vom 18.4.2000 – 1 ABR 28/99, AP Nr. 9 zu § 98 BetrVG1972; krit. dazu: *Wiese*, NZA 2003, 1113, 1118.

<sup>283</sup> BAG vom 3.7.1990 – 1 ABR 36/89, zu IV.2.a), NZA 1990, 903; GK-BetrVG/*Weber*, § 118 Rn. 81.

<sup>284</sup> *Thüsing*, NZA 2000, 752.

<sup>285</sup> *Rieble*, SAE 1998, 243, 244.

biet; ob ein selbstgestecktes Ziel dazugehört, können die Gerichte prüfen und entscheiden.

## ii. Tradition gewerkschaftlicher Bildungstätigkeit

Historisch gesehen ist die Bildung der Arbeitnehmer – und zwar gerade nicht die Berufs-, sondern die Allgemeinbildung – die älteste Aufgabe, die ein Arbeitnehmerzusammenschluß für seine Mitglieder wahrgenommen hat: Der Zigarettdreher, der 1856 seinen Kollegen vorlas, erfüllte deren Bedürfnis, während der monotonen Arbeit geistig nicht abzustumpfen<sup>286</sup>. Gleichwohl trat dies schon bald hinter die kollektive Verhandlung der Arbeitsbedingungen, Arbeitsvermittlung, Versicherung gegen die Risiken des Erwerbslebens und Rechtsschutz zurück. Selbst bei der phänomenologischen Betrachtung, reicht dieser historische Bezug nicht aus, um damit eine koalitionspolitische Bestimmung zu begründen. 193

## iii. Der Bildungsauftrag als Unternehmensziel

Entscheidend ist, welchen Beitrag die Schulungs- und Bildungstätigkeit für das Wahren und Fördern der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen objektiv erbringen kann. Ebenso wie bei dem gewerkschaftlichen Rechtsschutz gilt auch bei dem gewerkschaftlichen Bildungsangebot, daß die Gewerkschaften mit diesen Leistungen werben dürfen und diese Werbung auch in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fällt. Das hat aber nicht zur Folge, daß schon die Leistung mit der geworben wird, in die Koalitionsbetätigungsfreiheit miteinbezogen wird. 194

Das BAG hatte den Fall eines selbständigen Bildungsvereins für DAG-Mitglieder mit 65 festangestellten Arbeitnehmern zu entscheiden, in dem der Bildungsverein in einer mitbestimmungsrechtlichen Streitigkeit behauptete, die unmittelbare und überwiegende koalitionspolitische Bestimmung des Vereins ergebe sich daraus, daß „das zentrale Lern- und Ausbildungsziel, jenseits der Vermittlung praktischer Fertigkeiten und Fähigkeiten, die Förderung der Fähigkeit zum selbständigen und verantwortlichen Urteilen und zur Mitbestimmung im öffentlichen Leben“ zugleich ein tragendes gewerkschaftspolitisches Ziel der DAG sei. 195

Zu Recht hat das BAG darin keinen koalitionspolitischen Bildungsauftrag gesehen<sup>287</sup>. Die allgemeinen Lebensbedingungen der Mitglieder durch ein Mitgestalten der Gesellschaft zu verbessern und den einzelnen als Glied 196

---

<sup>286</sup> Bösche, FS 100 Jahre Fachgruppe Bäcker und Brauer, 1984; Brüggmann, FR vom 18.5.1998, Beilage 1848, S. 41 oder [http://www.zum.de/psm/deu48\\_rev/brueggmann2\\_1998.phpH](http://www.zum.de/psm/deu48_rev/brueggmann2_1998.phpH). [zuletzt abgerufen am 11.9.2007].

<sup>287</sup> BAG vom 3.7.1990 – 1 ABR 36/89, zu IV.2.a), AP Nr. 81 zu § 99 BetrVG 1972.

dieser Gesellschaft zu fördern, sind lediglich allgemeinpolitische Ziele. Darauf hinzuwirken, ist damit nicht nur nicht dem Kernbereich der koalitionsmäßigen Betätigung zuzurechnen, sondern überhaupt keine koalitionspezifische Verhaltensweise.

- 197 Schon eher scheinen Angebote der beruflichen (Weiter-) Bildung oder Qualifizierung einen koalitionspolitischen Bildungsauftrag verwirklichen zu können. Zu diesem Trugschluß verführt der Gedanke, daß in diesem Fall das Bildungsziel die konkrete Arbeitswelt der Teilnehmer betrifft. Damit besteht zwar ein Bezug zur Arbeit, nicht aber zu gewerkschaftlich beeinflussbaren Arbeitsbedingungen. Es ist auch nicht zu erkennen, weshalb die von einer Koalition getragenen Bildungswerke die Bildungsinhalte und Lernziele koalitionspezifisch anders wählen oder strukturieren sollten als andere Anbieter, so daß darin ein koalitionspolitischer Bezug zu erkennen wäre. Hinzukommt, daß die Inhalte dieser Bildungsmaßnahmen sich vielfach nach den Lehrplänen oder Vorgaben staatlicher Auftraggeber, wie z.B. der Bundesagentur für Arbeit, der Renten-, Unfall- oder Krankenversicherungsträger, richten. Für eine eigenständige koalitionspolitische Bestimmung bleibt dabei zu wenig Raum.
- 198 Davon zu unterscheiden sind Bildungswerke, die sich auf Betriebsratsschulungen spezialisiert haben. Zwar meint *Wedde* auch dann könnten die Bildungswerke nicht einer koalitionspolitischen Bestimmung dienen<sup>288</sup> und *Wißmann*<sup>289</sup> behauptet, „Bildungseinrichtungen der Koalitionen, die Betriebsratsschulung betreiben“, fielen nicht unter den Tendenzschutz. *Wißmann* begründet seine Ansicht nicht und stützt sich auf ein BAG-Urteil, welches ein Bildungswerk betraf, das gerade nicht überwiegend Betriebsräte schulte. Das BAG hat aber in früheren Entscheidungen<sup>290</sup> eine koalitive Betätigung mit dem Argument verneint, die Gewerkschaften würden durch Betriebsratsschulungen der ihnen nach § 2 BetrVG zugewiesenen Unterstützungsfunktion nachkommen. Es handele sich um eine staatsentlastende Tätigkeit. Mit den Schulungen verfolge die Gewerkschaft weniger gewerkschaftliche Interessen, sondern leiste einen Beitrag für das sachgerechte Zusammenwirken von Arbeitgebern und den Betriebsräten.

---

<sup>288</sup> *Wedde*, DB 1994, 730, 732.

<sup>289</sup> MünchArbR/*Wißmann*, § 377 Rn. 34 m. Verweis auf BAG vom 3.7.1990 – 1 ABR 36/89, AP Nr. 81 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>290</sup> BAG vom 21.4.1983 – 6 ABR 70/82, AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG 1972 m. zust. Anm. *Naendrup*; BAG vom 29.1.1974 – 1 ABR 41/73, AP Nr. 5 zu § 40 BetrVG 1972 m. abl. Anm. *Kraft*; BAG vom 3.4.1979 – 6 ABR 70/76, AP Nr. 17 zu § 40 BetrVG 1972 m. zust. Anm. *Hunold*; BAG vom 31.10.1972 – 1 ABR 7/72, AP Nr. 2 zu § 40 BetrVG 1972 m. zust. Anm. *Richardi*.

Das kann nicht überzeugen. Die Gewerkschaften sind nicht verpflichtet, Schulungen abzuhalten und die Annahme, sie täten dies, um den Staat zu entlasten oder einen Beitrag zur vertrauensvollen Zusammenarbeit in den Betrieben zu leisten, ist lebensfremd<sup>291</sup>. Die BAG-Entscheidungen bauen auf der Prämisse auf, die Schulungs- und Bildungsveranstaltungen für Betriebsräte einerseits und Schulungen für Gewerkschaftsmitglieder und -funktionäre zum BetrVG andererseits müßten wesensverschieden sein. In Betriebsratsschulungen dürften „interessenpolitische Gesichtspunkte [...] wenn überhaupt, allenfalls nur in geringfügiger Weise am Rande berührt werden.“ Das aber widerspricht der AiB-Entscheidung<sup>292</sup>. Dort hat das BAG ausgeführt, die Eigenschaft als Fachzeitschrift und die Erforderlichkeit i.S.d. § 40 BetrVG sei nicht zu verneinen, wenn die abgehandelten Materien einseitig interessenbezogen dargeboten werden und Gegenpositionen nicht sachlich referiert werden. Es sei unschädlich, wenn die Fachzeitschrift darauf abziele, die Betriebsräte zur extensiven Wahrnehmung ihrer Rechtspositionen anzuhalten<sup>293</sup>. Dem Betriebsrat obliege eine „arbeitnehmerorientierte Tendenz der Interessenvertretung“. Deswegen sei es unschädlich, wenn die AiB „kraft Bestimmung durch ihre gewerkschaftlichen Herausgeber eine deutliche, auf den ersten Blick erkennbare Tendenzorientierung zeigt.“ Das gilt für Betriebsratsschulungen ebenso.

Nach dem gewerkschaftlichen Verständnis vom Verhältnis des Koalitions- und Betriebsverfassungsrechts zur Koalitionsbetätigungsfreiheit rechnet die Schulung von Betriebsräten zu der ihnen garantierten Koalitionsbetätigungsfreiheit: Rechtshistorisch spricht viel dafür, daß die Gewerkschaften letztlich den Erlaß des BetriebsräteG 1920 trotz der damit verbundenen Konkurrenz hingenommen haben, weil sie darin die Chance sahen, daß sie maßgeblichen Einfluß auf die Betriebsräte erlangen würden und sich diese als verlängerter Arm der Gewerkschaften erweisen<sup>294</sup>. Jedenfalls haben sie diese Erwartung durchgesetzt. Gesetzgebung und Rechtsprechung haben dies nicht verhindert, sondern gefördert. War es 1947 nur die gewerkschaftliche Interzonenkonferenz, welche die Betriebsräte ausdrücklich als „wichtige Funktionäre der Gewerkschaften in der Durchsetzung der gewerkschaftlichen Forderungen“ bezeichnete, hat bereits *Säcker* 1969 behauptet, die Mitgestaltung der betriebs- und unternehmensverfassungsrechtlichen Ordnung gehöre zum Kernbereich der

---

<sup>291</sup> *Ohlgardt*, BB 1973, 333 ff.; *ders.*, BB 1973, 1216.

<sup>292</sup> BAG vom 21.4.1983 – 6 ABR 70/82, zu III.3.b), EZA § 40 BetrVG 1972 Nr. 53 m. insoweit zust. Anm. *Kreutz*.

<sup>293</sup> BAG, a.a.O.; ähnlich zur Amtsführung des Betriebsrats: *Frohner*, B1StSozArbR 1979, 65, 67.

<sup>294</sup> *Schmidt/Trinczek*, in: *Konfliktpartnerschaft*, 1991, 167, 168.

funktionellen Garantie der kollektiven Koalitionsfreiheit<sup>295</sup>. Das ist in der Rechtswissenschaft insbesondere von *Rieble* zutreffend zurückgewiesen worden<sup>296</sup>, mittlerweile geht aber auch das BVerfG auf zweifelhafter dogmatischer Grundlage davon aus, daß „die Gewerkschaften auch im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder fördern und damit eine verfassungsrechtliche geschützte Funktion wahrnehmen.“<sup>297</sup> Wenn schon der Ausschluß von Mitgliedern, die auf einer konkurrierenden Liste kandidieren, trotz des Eingriffs in die Koalitionsfreiheit des Mitglieds und die Neutralität der Betriebswahl rechtmäßig sein soll, so zeigt dies, daß die Bindung der Betriebsratsmitglieder an die Gewerkschaft von den DGB-Gewerkschaften als bewährte Strategie und Kernbestandteil ihrer Organisationsarbeit wahrgenommen wird. Dazu gehört aber nicht nur Drohung und Druck, wie es das BVerfG gutgeheißen hat, sondern gerade auch die Beeinflussung durch die Bildungsarbeit. Daß diese zudem aufgrund der Kostenüberwälzung auf die Arbeitgeber durch § 40 BetrVG die Finanzierungsgrundlage der Bildungseinrichtungen darstellt, tritt hinzu.

- 201** Die Gewerkschaften resp. die von ihnen betriebenen Bildungswerke haben auch einen erheblichen Spielraum hinsichtlich der Inhalte solcher Betriebsratsschulungen. Gerade deswegen steht der Tendenzausrichtung nicht entgegen, daß § 40 BetrVG die Erforderlichkeit der vermittelten Kenntnisse für die Ausübung des Betriebsratsamtes voraussetzt<sup>298</sup>. Eine Betriebsratsschulung kann dazu dienen, die koalitionspolitischen Strategien und Vorstellungen sowie die Rechtsansichten der Koalition den Betriebsräten nahezubringen, und zugleich nach § 40 BetrVG erforderlich sein.
- 202** Das hat auch das BVerfG so gesehen<sup>299</sup>. Für die Verfassungsmäßigkeit der Kostenerstattung sei unerheblich, ob eine Fachzeitschrift von einem gewerkschaftseigenen Verlag herausgegeben wird, in ihr möglicherweise vorrangig gewerkschaftlich orientierte Autoren schreiben und die Zeitschrift in der gewerkschaftlichen Informationspolitik einen bestimmten und gezielt eingesetzten Stellenwert haben könnte. Gewerkschaftliche Bildungsarbeit besteht auch darin, die Arbeitnehmer über ihre Rechte – insbesondere die tarifvertraglichen – und deren Durchsetzung, über die Arbeit der Gewerkschaft sowie die gewerkschaftlichen Ansichten zur Ge-

---

<sup>295</sup> *Säcker*, Grundprobleme, S. 23 ff.

<sup>296</sup> *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, § 246 Rn. 209, 213.

<sup>297</sup> BVerfG (Senat) vom 24.2.1999 – 1 BvR 123/93, B.II.2.b)bb), RdA 2000, 99, 100 f.; krit Anm. *Reuter*, RdA 2000, 101, 103.

<sup>298</sup> So aber *Wedde*, DB 1994, 730, 732.

<sup>299</sup> BAG vom 10.12.1985 – 1 BvR 1724/83, zu 2.a.), AP Nr. 20a zu § 40 BetrVG 1972.

staltung der Arbeitswelt zu unterweisen. Selbst wenn man dies zu §§ 37 Abs. 6, 40 BetrVG anders sähe, um das koalitionsrechtliche Gewinnverbot einzuschränken, kann dies für § 118 BetrVG nicht gelten. Einer Synchronisation stehen insoweit die unterschiedlichen Zwecke des Gewinnverbots und des Tendenzschutzes entgegen.

Ist die koalitionspolitische Bestimmung solchermaßen ermittelt, kann dem Ergebnis nicht entgegengehalten werden, die gesellschaftsrechtliche Konstruktion stehe einer Qualifikation als Tendenzbetrieb entgegen, da die Entfernung zu den geistig-ideellen Aufgaben der Gewerkschaft durch diese Konstruktion vergrößert werde. *Wedde* vermischt dabei die Voraussetzung einer koalitionspolitischen Bestimmung mit der Frage, ob das Unternehmen von einer Koalition betrieben wird<sup>300</sup>. 203

#### iv. Adressaten des Bildungsangebots

Ob sich das Bildungsangebot nur oder überwiegend an Mitglieder richtet, ist unerheblich<sup>301</sup>. Ein Benimmkurs für IG BAU-Mitglieder ist keine koalitionspolitische Veranstaltung und wird auch nicht dadurch zu einer solchen, daß ein von der IG BAU getragenes Unternehmen diesen Kurs exklusiv für IG BAU-Mitglieder ausrichtet. Für das Bildungswerk des DAG Bildungsvereins Niedersachsen lehnte das BAG zwar zu Recht den Tendenzschutz ab. Es hat dies auch richtig damit begründet, daß die Befähigung „zur Mitverantwortung und Mitbestimmung im öffentlichen Leben“ keine koalitionspolitischen Bildungsinhalte sind. Irrig hat das BAG allerdings versucht, dies mit dem Argument zu unterstützen, die Bildungsmaßnahmen stünden „nach der Satzung jedermann, insbesondere auch Koalitionsgegnern offen“<sup>302</sup>. Auch *Wedde* meint, Bildungs- und Schulungseinrichtungen dienten nur einer koalitionspolitischen Bestimmung, wenn sie für „die Weiterbildung und Schulung von Gewerkschaftsmitgliedern zur Förderung und Stärkung ihrer gewerkschaftlichen Tätigkeit arbeiten.“ 204

Dieses Argument geht fehl, weil dann die gewerkschaftliche Agitation gegenüber nicht-Mitgliedern schwerer möglich wäre als gegenüber Mitgliedern. Es sind aber gerade die nichtorganisierten Arbeitnehmer, die eine Gewerkschaft von ihren Zielen und ihrer Tätigkeit überzeugen muß. Im übrigen dürfen auch Nichtorganisierte an Streiks teilnehmen, so daß 205

---

<sup>300</sup> *Wedde*, DB 1994, 730, 732.

<sup>301</sup> A.A.: BAG vom 3.7.1990 – 1 ABR 36/89, zu IV.2.a), AP Nr. 81 zu § 99 BetrVG1972; DKK-*Wedde*, BetrVG, § 118 Rn. 24; *Löwisch/Kaiser*, BetrVG, § 118 Rn. 5; Noll, S. 65; *Wedde*, DB 1994, 730, 732.

<sup>302</sup> BAG, a.a.O.

sie kein geringeres Informationsbedürfnis über ihr Streikrecht und die Tarifpolitik der Gewerkschaft haben als die Mitglieder.

#### [4] Erzieherische Bestimmung als Tendenz

- 206 Dient ein Bildungswerk nicht einer koalitionspolitischen Bestimmung, kann es dennoch Tendenzschutz beanspruchen, wenn es eine erzieherische Zielsetzung verfolgt<sup>303</sup>. Daß sich das Bildungsangebot nur an Erwachsene richtet, schließt die erzieherische Bestimmung nicht aus. Das Bildungswerk muß nur darauf ausgerichtet sein, „durch planmäßige und methodische Unterweisung in einer Mehrzahl allgemeinbildender oder berufsbildender Fächer die Persönlichkeit eines Menschen zu formen und seine Entwicklung zu einem Glied der menschlichen Gesellschaft zu fördern“<sup>304</sup>.
- 207 Dient ein Bildungswerk überwiegend einer erzieherischen Bestimmung, so bezieht sich der dadurch erlangte Tendenzschutz nur auf diese erzieherische Bestimmung. Äußert sich ein erzieherischer Tendenzträger kritisch zu tarifpolitischen Standpunkten der Gewerkschaft, die das arbeitgebende Bildungswerk betreibt, so kann sich das Bildungswerk gegenüber dem Tendenzträger nicht darauf berufen, er habe gegen die koalitionspolitische Tendenz der Gewerkschaft verstoßen.

#### [5] Gewinnerzielung bei Schulungseinrichtungen

- 208 Grundsätzlich schließt eine Gewinnerzielungsabsicht den koalitionspolitischen Tendenzschutz nicht aus, o. § 2C.I.2.c, Rn. 144. Das BAG folgert eine Gewinnbeschränkung für die gewerkschaftlichen Bildungswerke schon wegen der Gegnerunabhängigkeit als Koalitionsvoraussetzung: Da die Arbeitgeber gemäß §§ 37 Abs. 6, 40 BetrVG den Großteil der Veranstaltungsgebühren bezahlen, geriete die finanzielle Unabhängigkeit der Gewerkschaften in Gefahr, wenn sie Koalitionsaufgaben aus den Gewinnen der Bildungswerke refinanzieren<sup>305</sup>. Das Gewinnverbot wird flankiert durch das Kostenaufschlüsselungsgebot, vermittels dessen

<sup>303</sup> BAG, a.a.O.

<sup>304</sup> BAG vom 13.1.1987 – 1 ABR 49/85, zu B.II.1.a, AP Nr. 33 zu § 118 BetrVG 1972.

<sup>305</sup> BVerfG (Kammer) vom 10.12.1985 – 1 BvR 1724/83, DB 1986, 646, 647; BAG vom 31.10.1972 – 1 ABR 7/72, BAGE 24, 459, 466; BAG vom 28.5.1976 – 1 ABR 44/74, BAGE 28, 126, 128; *Hiersemann*, BB 1973, 287, 288; Störung des Kräftegleichgewichts: *Dietz/Nipperdey*, S. 41; *Böttcher*, BB 1965, 1077, 1081 f.; krit.: *Jung*, Unabhängigkeit, S. 192.

erreicht werden soll, daß der Arbeitgeber auch keinen Anteil an den Vorhalte- und Generalkosten trägt<sup>306</sup>.

*Rieble* hat diese koalitionsspezifische Gewinnbeschränkung als „echte Gütermarktbeschränkung“ klassifiziert und angegriffen<sup>307</sup>. Nicht nur, daß dadurch die gewerkschaftlichen Bildungseinrichtungen benachteiligt würden, sie müßten sich auch ihren Tendenzschutz durch Gewinnverzicht erkaufen. Auch aus der Gegnerunabhängigkeit als Koalitionsvoraussetzung ergebe sich nichts anderes, da sich wegen der Trennung von Auswahlbefugnis und Kostenlast auf Nachfragerseite<sup>308</sup> kein nennenswerter Einfluß der Arbeitgeberseite auf die Tendenz der Gewerkschaften und ihrer Bildungseinrichtungen ergibt. Selbst wenn man aber der st. Rspr. folgt, ergibt sich daraus kein Verlust des Tendenzschutzes. Rechtsfolge wäre nur, daß die Arbeitgeber nur mit geringeren Kosten belastet werden dürften.

Sind umgekehrt die Bildungswerke unrentabel und entscheidet sich die Gewerkschaft oder ihre rechtlich verselbständigte Trägergesellschaft, die Bildungswerke betriebswirtschaftlich zu beurteilen<sup>309</sup>, um die Auswahl der zu schließenden Bildungswerke zu treffen, verliert sie dadurch nicht den Tendenzschutz<sup>310</sup>. Die ideelle Zielsetzung steht unter dem Vorbehalt des Möglichen.

#### **bb. Gemeinnützige Beschäftigungsgesellschaften mit Gewerkschaftsbeteiligung**

Das „Bildungswerk der DAG e.V.“ und das „Berufsfortbildungswerk des DGB GmbH“ zu jeweils 10 % und die Stadt Kiel (80 %) betrieben als Gesellschafter eine gemeinnützigen Beschäftigungsgesellschaft, die in Kiel Maßnahmen zur beruflichen Integration von Sozialhilfeempfängern unter dem Motto „Hilfe zur Arbeit“ gemäß der §§ 19, 20 BSHG durchführt<sup>311</sup>. Die Gesellschaft ist gemäß § 18 BSHG im Zuständigkeitsbereich des Sozialamts Kiel alleiniger Durchführungsträger. Von der Stammebelegschaft (57

<sup>306</sup> BAG vom 15.1.1992 – 7 ABR 23/90, AP Nr. 41 zu § 40 BetrVG 1972; *Rieble*, Arbeitsmarkt, S. 166 Rn. 559; *Wedde*, AuR 1994, 51; *Wedde*, DB 1994, 730.

<sup>307</sup> *Rieble*, Arbeitsmarkt, S. 168 Rn. 563 f.

<sup>308</sup> *Rieble*, Arbeitsmarkt, S. 166 Rn. 558; allg. zur Betriebsratshaftung: *Belling*, Die Haftung des Betriebsrats, 1990.

<sup>309</sup> Zur kostenbedingten Schließung mehrerer ver.di-Bildungswerke und dem Unmut des Betriebsrats der Bildungsstätte Niedersfeld: <http://www.labournet.de/diskussion/arbeitsalltag/bildung/niedersfeld.pdf>. [zuletzt abgerufen am 15.7.2006].

<sup>310</sup> Allgemein: *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 44.

<sup>311</sup> S. dazu den Tatbestand zu BAG vom 5.10.2000 – 1 ABR 14/00, NZA 2001, 1325.

Arbeitnehmer) ist wiederum knapp die Hälfte der Arbeitnehmer auf geförderten Stellen beschäftigt, die zudem projektbezogen finanziert werden. Mit dem zu fördernden Personenkreis, Sozialhilfeempfängern und Langzeitarbeitslosen, schließt die Gesellschaft befristete Arbeitsverhältnisse (ca. 550 Arbeitnehmer); außerdem bietet sie ihnen eine Schuldner- und Suchtberatung sowie psychologische und sozialpädagogische Beratung an. Der Betriebsrat hat die Auffassung vertreten, ein Wirtschaftsausschuß sei zu bilden, da kein Tendenzschutztatbestand einschlägig sei: Die Beschäftigungsgesellschaft verfolge weder erzieherische noch karitative Zwecke<sup>312</sup>. Zu Recht wurde weder vom Betriebsrat angeführt noch vom BAG in Erwägung gezogen, ob das Unternehmen koalitionspolitischen Bestimmungen dient. Das könnte bei einer Beschäftigungsgesellschaft nur in eng begrenzten Ausnahmefällen anzunehmen sein – etwa wenn die Gewerkschaft damit steuernd in Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt eingreifen will.

#### **d. Mitgliederservice GmbH**

- 212** 1999 wurde die „IG BCE Mitglieder-Service GmbH“ von der „Allgemeinen deutschen Direktbank“ (BGAG), der „Bausparkasse BHW Hameln“ (BGAG) und der „Volksfürsorge Versicherungs-AG“ (ehemals BGAG) als Gesellschaftern gegründet. Der Gesellschaftszweck besteht darin, die Attraktivität der Gewerkschaft IG BCE zu erhöhen, indem Mitgliedern und Familienangehörigen Angebote in den Bereichen Finanzdienstleistungen, Freizeit, Multimedia zur Verfügung gestellt werden. Die rechtliche Konstruktion wurde gewählt, um das wirtschaftlichen Risikos von der IG BCE zu trennen und weil die IG BCE sich wegen ihres Gemeinnützigkeitsstatus nicht selbst wirtschaftlich betätigen darf<sup>313</sup>. Eine ähnliche Unternehmung betrieb die ÖTV, die IG BAU plante eine solche<sup>314</sup>. Ob derartige Servicegesellschaften Tendenzunternehmen sind, hängt davon ab, ob sie einer koalitionspolitischen Bestimmung der IG BCE dienen.
- 213** Durch Finanz-, Freizeit- und Multimedia-Dienstleistungen lassen sich Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der IG BCE-Mitglieder weder wahren noch fördern, so daß darin keine koalitionspolitische Bestimmung liegt. Zwar genießen die Gewerkschaften für die Kartellierung der Arbeitskraft ihrer Mitglieder den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG, nicht jedoch für die Kartellierung der Einkaufsmacht auf dem Gütermarkt. Als Konsumgenossenschaft richten sich ihre Rechte nach dem GWB.

---

<sup>312</sup> BAG, a.a.O.

<sup>313</sup> einblick 12/99 vom 21.6.1999, S. 6.

<sup>314</sup> einblick 12/99 vom 21.6.1999, S. 6.

Allerdings sind diese Dienstleistungen nicht bloßer Selbstzweck, sondern sollen die Attraktivität der IG BCE erhöhen und damit der Mitgliederwerbung dienen. Die Mitgliederwerbung rechnet zur verfassungsrechtlich geschützten Betätigungsfreiheit, u. § 5C.I.2.a, Rn. 978 ff. Dennoch wird die Mitgliederservice-GmbH dadurch nicht zu einem Tendenzunternehmen. Sie soll nämlich nicht selbst um Mitglieder werben, sondern die IG BCE möchte mit ihren Dienstleistungen für die Mitgliedschaft werben. 214

### e. Bund-Verlag und andere Gewerkschaftsverlage

Gewerkschaftsverlage können sich zum einen auf die Pressefreiheit, resp. die verlegerische Tendenz gemäß § 118 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG berufen<sup>315</sup>. Ungeklärt ist, ob daneben auch eine koalitionspolitische Tendenz tritt. Die Verlage haben meist die Rechtsform einer GmbH gewählt und eröffnen den Arbeitnehmern nicht die Mitgliedschaft – sie können also nicht selbst Koalition sein. Sie sind aber von einer Koalition betriebene Unternehmen<sup>316</sup>, o. § 2C.I.3, Rn. 145. Daß die Gewerkschaftsverlage unter maßgeblichen Einfluß der jeweiligen Gewerkschaft stehen, ergibt sich schon aus der gesellschaftsrechtlichen Beherrschung. Die Gewerkschaft selbst oder ihre Vermögenstreuhand hält jeweils eine absolute Mehrheit der Anteile – meist sogar 100 %. Die Bundverlag GmbH gehört mittlerweile der BGAG, deren Aktien früher überwiegend und zuletzt zu 20,48 % die Vermögens- und Treuhandgesellschaft des DGB mbH (VTG) hielt. Hinzukommen aber die Anteile der DGB-Gewerkschaften an der BGAG (insgesamt 81,08 %), so daß die BGAG unter maßgeblichem Einfluß des DGB und der DGB-Gewerkschaften steht. 215

Erforderlich ist zudem, daß der Unternehmenszweck selbst auf die Tendenz ausgerichtet ist. Die Publikationen des Bund-Verlages dienen primär den koalitionspolitischen Zielen des DGB<sup>317</sup>. Der koalitionspolitische Auftrag der Gewerkschaftsverlage besteht darin, die Gewerkschaftspolitik und die gewerkschaftlichen Ansichten unter den Mitgliedern, Arbeitnehmern und in der Bevölkerung zu verbreiten sowie gewerkschaftliche Rechtsansichten in die fachliche Diskussion einzubringen. Die Verlage haben eine Sprachrohrfunktion. Ohne sie könnte die Durchdringung des Meinungsmarkts erheblich abnehmen. Die gewerkschafts- 216

<sup>315</sup> Zur Konkurrenz mehrerer Tendenzen: BAG vom 14.11.1975 – 1 ABR 107/74, AP Nr. 5 zu § 118 BetrVG 1972; *Klosterkemper*, Zugangsrecht, S. 76.

<sup>316</sup> BAG vom 3.7.1990 – 1 ABR 36/89, zu IV.2.a), EZA BetrVG 1972 § 99 Nr. 90 unter Berufung auf GK-BetrVG/*Fabricius*, 4. Aufl. 1990, § 118 Rn. 175; *Dietz/Richardi*, BetrVG, § 118 Rn. 48.

<sup>317</sup> *Rieble*, Arbeitsmarkt, S. 167 Rn. 561; *Engelen-Kefer*, AuR 1994, 123 mit dem bezeichnenden Titel: „Die Funktion juristischer Fachzeitschriften in sozialen Auseinandersetzungen am Beispiel der „Arbeit und Recht“.

nahen Autoren wären davon abhängig, ob koalitionspolitisch neutrale Verlage ihre Werke verlegen wollen oder von ihrer Freiheit Gebrauch machen, solche Werke gerade wegen der koalitionspolitischen Inhalte abzulehnen. Ob die Verlage auch Gewinne erzielen sollen, ist unerheblich, o. § 2C.I.2.c, Rn. 145.

- <sup>217</sup> Der somit grundsätzlich zu bejahenden koalitionspolitischen Bestimmung scheint die Entscheidung des BVerfG entgegenzustehen, derzufolge ein Arbeitgeber nicht die Kostenerstattung für den Bezug der AiB verweigern kann, u. § 6B.III.2.a.cc.[3], Rn. 1167 f. Das BVerfG hat dazu ausgeführt, der Grundsatz der Gegnerunabhängigkeit sei nicht verletzt, da der Bund-Verlag rechtlich verselbständigt und selbst keine Koalition ist<sup>318</sup>. Das hat aber für die Reichweite des Tendenzschutzes keine Bedeutung. Das BVerfG wies sogar ausdrücklich darauf hin, daß es für die zu entscheidende Frage unerheblich sei, ob die Tätigkeit des Bund-Verlags „insgesamt als koalitionsspezifische Betätigung anzusehen wäre“<sup>319</sup>. Eine Sonderstellung nahm die „Zeitpress-Pressedienst Verlagsgesellschaft für Gemeinwirtschaft mbH, Frankfurt a.M.“ ein, deren Gesellschaftsanteile die „gemeinwirtschaftliche Datenverarbeitungsgesellschaft mbH, Frankfurt a.M.“ hielt. Sie sollte nicht den koalitionspolitischen Zwecken einer Gewerkschaft oder des DGB dienen, sondern die Arbeit der gemeinwirtschaftlichen Unternehmen darstellen<sup>320</sup>.

## **f. Hans-Böckler-Stiftung und WSI**

### **aa. Aufbau und Tätigkeit**

- <sup>218</sup> Das aus dem 1946 gegründeten Wirtschafts-Wissenschaftlichen Institut (WWI) hervorgegangene WSI (Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut) mit 21 wissenschaftlichen Mitarbeitern im Jahr 1994 war zunächst rechtlich selbständig. Es erhielt vom DGB zu Beginn der 90er Jahre jährlich durchschnittlich fünf Mio. DM finanzielle Unterstützung<sup>321</sup>. Im Zuge der „Reorganisation des Deutschen Gewerkschaftsbundes“ 1994, die das WSI im Auftrag des DGB selbst wissenschaftlich vorbereitet und betreut hatte, wurde das WSI als Forschungsabteilung „WSI in der Hans-

---

<sup>318</sup> BVerfG (Kammer) vom 10.12.1985 – 1 BvR 1724/83, zu B.II.2.b)bb), AP Nr. 20a zu § 40 BetrVG 1972.

<sup>319</sup> BVerfG, a.a.O., zu B.II.2.b)aa).

<sup>320</sup> Vgl. Geschäftsbericht der BGAG aus dem Jahr 1981.

<sup>321</sup> Rheinischer Merkur, Christ und Welt, Länderausgabe Koblenz vom 20.3.1994 „Betriebsrat contra Gewerkschaft“.

Böckler-Stiftung“ in die Stiftung integriert und die Unterstützungszahlungen des DGB von fünf auf zwei Mio. DM reduziert<sup>322</sup>.

Forschungsgebiet des WSI sind die Wirtschafts-, Arbeitsmarkt- und Strukturpolitik sowie mit Fragen der Tarif-, Mitbestimmungs- und Sozialpolitik. Bei seiner wirtschaftswissenschaftlichen Ausrichtung setzt es vor allem auf Effekte der Nachfrage und versucht damit, die darauf aufbauende Tarifpolitik der DGB-Gewerkschaften zu rechtfertigen und zu unterstützen. Das WSI publiziert die monatlich erscheinenden WSI-Mitteilungen, welche ebenfalls als gewerkschaftsnahe Publikationen gelten. Außerdem sammelt und analysiert das WSI sämtliche von den DGB-Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge und bereitet damit die Grundlagen für deren Tarifpolitik. Das WSI als Forschungsinstitut wird von einem Direktor, z.Z. Professor Dr. *Heide Pfarr*, geleitet, welcher der Geschäftsführung der Hans-Böckler-Stiftung berichtet und von ihr bestimmt wird. 219

Die Hans-Böckler-Stiftung (140 Arbeitnehmer<sup>323</sup>) ist zwar rechtlich selbstständig und in der Gestaltung der Forschung weisungsunabhängig. Sie entstand 1977 auf Beschluß des DGB aus der Fusion ihrer Vorläuferin, der Stiftung Mitbestimmung, mit der Hans-Böckler-Gesellschaft. Sie ist ihrerseits personell stark mit dem DGB verflochten: Kuratoriumsvorsitzender ist *Heinz Putzhammer* aus dem geschäftsführenden DGB-Bundesvorstand und der Vorstandsvorsitzende der Stiftung ist zugleich der DGB-Vorstandsvorsitzende *Michael Sommer*. Weitere sieben Spitzenfunktionäre der DGB-Gewerkschaften und des DGB sitzen im Vorstand. Damit üben der DGB und die DGB-Gewerkschaften beherrschenden Einfluß innerhalb der Stiftung aus. 220

Zudem ist sie finanziell von den DGB-Gewerkschaften abhängig, da ihre hauptsächliche Einnahmequelle in den Aufsichtsratsantienen besteht, welche die in einer DGB-Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmervertreter an sie abführen. Würden die Gewerkschaften stattdessen die Abführung an sich selbst verlangen, verlöre die Hans-Böckler-Stiftung, deren Haushalt laut Jahresbericht 2004 ca. 40 Mio. € betrug, die Hälfte ihrer Einnahmen. Der Auftrag der Stiftung besteht u.a. in der Förderung von Theorie und Praxis der Mitbestimmung durch die wissenschaftliche Beratung und Qualifizierung von Mandatsträgern und in der Erhebung, Analyse und praxisgerechten Aufbereitung von Daten zu den Themen Mitbestimmung, Strukturpolitik, Arbeitsgesellschaft, Öffentlicher Sektor, Sozialstaat, Arbeitsmarkt, Wirtschaft und Tarifpolitik. 221

---

<sup>322</sup> Rheinischer Merkur, Christ und Welt, Länderausgabe Koblenz vom 20.3.1994 „Betriebsrat contra Gewerkschaft“.

<sup>323</sup> einblick 22/03 vom 8.12.2003, S. 5.

**bb. Erfüllung der Tendenzschutzvoraussetzungen**

- 222** Die Hans-Böckler-Stiftung inklusive WSI müßte ein von einer Koalition betriebenes Unternehmen sein. Bei Stiftungen spricht die Rechtsform grundsätzlich dagegen, schließt es aber nicht aus, o. § 2C.II.3.c.aa.[2]iv., Rn. 185. Die enge und durch die Satzung institutionalisierte personelle Verflechtung, die wirtschaftliche Abhängigkeit und die weit überwiegend auf den DGB-Verbund als Auftraggeber zugeschnittene Marktposition lassen die Hans-Böckler-Stiftung insgesamt als ein von dem DGB und den DGB-Gewerkschaften betriebenes Unternehmen erscheinen. Dafür spricht als historisches Argument auch der Umstand, daß die Stiftung letztlich eine Ausgliederung des entsprechenden früheren Betriebsteils darstellt.
- 223** Die Hans-Böckler-Stiftung müßte ferner einer koalitionspolitischen Bestimmung dienen. Unbeschadet der wissenschaftlichen Tendenz ist die Frage aufgeworfen, ob eine koalitionspolitische hinzutritt. Bei dem WSI spricht dafür, daß es vor der Eingliederung als Betriebsteil des DGB einer koalitionspolitischen Bestimmung gedient hat und es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich durch die Ausgliederung daran etwas geändert haben sollte. Aber auch die Tätigkeit der Hans-Böckler-Stiftung insgesamt, ihre Studien und Expertisen sowie die Auftragsarbeiten für den DGB und die DGB-Gewerkschaften untermauern und stützen die koalitionspolitischen Forderungen und Verhaltensweisen der DGB-Gewerkschaften und des DGB. Die Hans-Böckler-Stiftung ist gerade wegen ihrer Nähe und Verbindungen zum DGB darauf angewiesen, daß ihre Arbeitnehmer dieses Spezifikum mittragen. Würde etwa ein WSI-Mitarbeiter, dessen Forschungsgebiet die Nachfragetheorie ist, öffentlich das Postulat der Einheitsgewerkschaft kritisieren und mit den christlichen Gewerkschaften sympathisieren, so müßte dies gerade auch die Glaubwürdigkeit des WSI resp. der Hans-Böckler-Stiftung gegenüber dem DGB und den DGB-Gewerkschaften beschädigen. Als vom DGB und den DGB-Gewerkschaften betriebenes Unternehmen, das einer koalitionspolitischen Bestimmung dient, genießt die Hans-Böckler-Stiftung inklusive WSI koalitionspolitischen Tendenzschutz.

**g. Von Gewerkschaften kontrollierte Unternehmen der Gemeinwirtschaft**

- 224** Die Konsumgenossenschaften, die SPD und die Gewerkschaften einte ursprünglich das Ziel, die Lage der Arbeiterklassen zu verbessern<sup>324</sup>. Bildhaft ausgedrückt: Sie waren Zweige am Baum der Arbeiterinteressenvertretung. Das Beispiel der Dortmunder Genossenschaftsbäckerei

---

<sup>324</sup> *Chevallerie*, Gewerkschaften als Unternehmer, S. 52.

„Vorwärts“ zeigt, daß es den Genossenschaften auch um die Arbeitsbedingungen ging: Sie wollten zeigen, daß eine Bäckerei auch mit nur zehnstündiger Arbeitszeit pro Tag noch existenzfähig ist<sup>325</sup>.

Für § 118 BetrVG bleibt dies dennoch ohne Relevanz. Während die SPD politischen Bestimmungen und die Gewerkschaften koalitionspolitischen Bestimmungen dienen, sind gemeinwirtschaftliche Zwecke keine eigenständigen Tendenzbestimmungen und fallen auch nicht unter den koalitionspolitischen Tendenzschutz<sup>326</sup>. Zwar sollten die Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft zumindest zeitweise auch Arbeitsbedingungen bieten, die für die Arbeitnehmer günstiger waren als bei vergleichbaren Arbeitgebern. Dieser Unternehmenszweck steht jedoch außerhalb des Wirkungszusammenhangs der antagonistischen Ausgleichsordnung, die Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet.

Soweit der Unternehmenszweck darin besteht, möglichst hohe Gewinne zu erzielen, um defizitäre Koalitionsbetätigungen zu finanzieren, begründet dies keinen Tendenzschutz<sup>327</sup>. Zum einen verschüfe dies den gemeinwirtschaftlichen Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Marktteilnehmern. Zum anderen wirkt der Tendenzschutz gerade nicht umfassend, sondern betrifft nur die Gründung und Betätigung der Koalition. Dies steht nicht im Widerspruch dazu, daß eine ansonsten anerkannte Tendenz nicht durch erzielte Gewinne aufgehoben wird, o. § 2C.I.2.c, Rn. 144 und § 2C.II.3.c.aa.[5], Rn. 208. Tritt die Gewinnerzielung neben den koalitionspolitischen Zweck schadet dies nicht. Daß durch die Gewinne der Koalitionszweck finanziell gefördert wird, reicht aber nicht, weil es sich nicht um eine unmittelbare koalitionspolitische Zwecksetzung handelt<sup>328</sup>.

### III. Tendenzträger

Obzwar kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal des § 118 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG setzt die h.M. für das Eingreifen der Eigenartsklausel voraus, daß sich die Maßnahme auf einen Tendenzträger bezieht.

<sup>325</sup> NGG Verwaltungsstelle Dortmund (Hrsg.), 1850-200 150 Jahre Gewerkschaft NGG in Dortmund, S. 11.

<sup>326</sup> Jung, Unabhängigkeit, S. 209; Raiser, MitBestG, § 1 Rn. 40.

<sup>327</sup> So auch für die kirchliche Erwerbsunternehmen: Thüsing, MAVO-ÄndG-E, S. 18.

<sup>328</sup> BAG vom 31.10.1975 – 1 ABR 64/74, BAGE 27, 301, 308; Galperin/Löwisch, § 118 Rn. 36; DKK/Wedde, BetrVG, § 118 Rn. 7; Frey, AuR 1972, 161, 162; Richardi/Thüsing, BetrVG, § 118 Rn. 32 m.w.N.; Thüsing, a.a.O.

## 1. Maßstab

- 228** Der Begriff des Tendenzträgers ist gesetzlich nicht definiert. Nachdem das BAG zunächst alle diejenigen Arbeitnehmer einbezogen hat, deren Aufgabe es ist, die Tendenz unmittelbar zu verwirklichen<sup>329</sup>; engt die nunmehr st. Rspr. dies dahingehend ein, dass Tendenzträger ist, für dessen Tätigkeit die Tendenz prägend ist, d.h. wer die Möglichkeit einer inhaltlich prägenden Einflußnahme auf die Tendenzverwirklichung hat<sup>330</sup>. Uneinheitlich sind die Anforderungen an die Verantwortung und Kompetenz: Gegen die Tendenzträgereigenschaft spreche es, wenn der Gestaltungsspielraum stark eingeschränkt ist; andererseits schade aber nicht, wenn der Tendenzträger im Einzelfall nach vorgegebenen allgemeinen Richtlinien und Weisungen arbeiten muß<sup>331</sup>. Außerdem wird darauf abgestellt, ob der Arbeitnehmer, Tätigkeiten verrichtet, die unabhängig von der Eigenart des Tendenzbetriebes in jedem Betrieb anfallen, „z.B. Stenotypistinnen, Buchhalter, Bürogehilfen, Registrator, Lagerarbeiter“<sup>332</sup>. Bejaht wird die Tendenzträgereigenschaft bei Mitarbeitern, die an Hörfunk- und Fernsehsendungen inhaltlich planend oder gestaltend mitwirken, nicht hingegen bei solchen, deren Tätigkeit zwar im Zusammenhang mit der Verwirklichung des Programms stehend, sich aber in dessen technischer Realisation erschöpft<sup>333</sup>. Bei Redaktionsvolontären sei die konkrete Ausgestaltung ihrer Tätigkeit entscheidend<sup>334</sup>. Bei einem Angestellten in einer politischen Stiftung hat das BAG es für möglich gehalten, daß es sich nicht um einen Tendenzträger handelt, wenn dieser zwar „erste Entscheidungen“ treffe, sich aber mit dem vorgesetzten Referenten abstimmen müsse, so daß es an einer „verantwortlichen Stellung“ fehle. Dagegen spreche es auch, wenn der Arbeitnehmer nur als „weiterer Mitarbeiter“ unterhalb der Referentenstufe ein-

<sup>329</sup> BAG vom 22.5.1979 – 1 ABR 100/77, zu II.2., AP Nr. 13 zu § 118 BetrVG 1972; BAG vom 21.10.1982 – 2 AZR 591/80, AP Nr. 14 zu Art. 140 GG m. Anm. A. Stein.

<sup>330</sup> BAG vom 8.11.1988 – 1 ABR 17/87, zu BII2, AP Nr. 38 zu § 118 BetrVG 1972; BAG vom 22.4.1997 – 1 ABR 74/96, zu B.III.5., NZA 1997, 1297; ähnlich: BAG vom 20.11.1990 – 1 ABR 62/89, NZA 1990, 903: „nicht ganz unerheblich“; BAG vom 28.8.2003 – 2 ABR 48/02, zu II.2.a)bb), NZA 2004, 501, 503: „maßgeblichen Einfluß“.

<sup>331</sup> BAG vom 28.10.1986 – 1 ABR 16/85, NJW 1987, 2540; ErfK/Hanau/Kania, BetrVG, § 118 Rn. 20.

<sup>332</sup> FESTL, BetrVG, § 118 Rn. 34.

<sup>333</sup> BVerfG (Kammer) vom 13.1.1982 – 1 BvR 848/77, zu C.II.1.b), EzA Art. 5 GG Nr. 9 mit Anm. Konzen/Rupp.

<sup>334</sup> BAG vom 19.5.1981 – 1 ABR 39/79, AP Nr. 20 zu § 118 BetrVG 1972; stets vereinigend: Blanke, FuR 1977, 84.

gestuft ist, die Außenkorrespondenz nicht völlig selbständig führe; ähnliches gälte bei der Betreuung von Besuchergruppen<sup>335</sup>.

Die Umschreibungen und die Kasuistik zeigen, daß eine abstrakte, all-gemeingültige Abgrenzung nicht möglich ist – schon deshalb nicht, weil die Tätigkeiten sich von Unternehmen zu Unternehmen unterscheiden<sup>336</sup>. Es kommt somit bei der einzelfallbezogenen Würdigung aller maßgeblichen Umstände auf die Art der Tätigkeit und ihren Bezug zur Tendenzverwirklichung an. Dies bringt wie jedes Abstellen auf den Einzelfall Rechtsunsicherheit mit sich und führt zu einer streitträchtigen Kasuistik. Deswegen jedoch dafürzuhalten, der „Begriff des Tendenzträgers“ sei „untauglich“ die Beteiligungsrechte des Betriebsrats ausreichend zu beschränken resp. ungeeignet, die Tendenz ausreichend zu schützen<sup>337</sup>, überzeugt nicht. 229

Das Unbehagen, welches die teilweise zu restriktiven Fehlentscheidungen des BAG auslöst, wurde zum Anlaß genommen, über die Entbehrlichkeit der Differenzierung zwischen Tendenzträgern und anderen Arbeitnehmern nachzudenken. Stattdessen zu prüfen, „ob ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats zu einer ernstlichen Beeinträchtigung oder Vereitelung der geistig-ideellen Zielsetzung eines Tendenzunternehmens führt“<sup>338</sup>, bringt aber nur noch mehr Rechtsunsicherheit. 230

Richtigerweise muß der Begriff des Tendenzträgers seinem Schutzzweck entsprechend weit ausgelegt werden, da auch ein kleiner Anteil an der Tendenzverwirklichung das Tendenzschutzbedürfnis des Arbeitgebers auslöst<sup>339</sup>. Tendenzträger ist demnach, jeder der die Tendenz nicht völlig unmaßgeblich mitbestimmt, ihre Bestimmung beeinflusst, sie durch seine Tätigkeit unmittelbar verwirklicht oder die Tendenz nach außen repräsentiert. Für die gewerkschaftliche Kampfgemeinschaft, welche hochgradig arbeitsteilig und spezialisiert die Koalitionstendenz erarbeitet, diese gegenüber mehreren Millionen Mitgliedern vertreten und unter ihnen verbreiten muß, die noch größere Zahl der Nichtorganisierten überzeugen will und die Tendenz gegenüber der Gegenseite durchsetzen möchte, ergibt sich daraus im Vergleich z.B. zur Presse ein zahlenmäßig sehr großer Kreis von koalitionspolitischen Tendenzträgern: 231

---

<sup>335</sup> BAG vom 28.8.2003 – 2 ABR 48/02, NZA 2004, 501.

<sup>336</sup> LAG Berlin vom 16.8.1983 – 9 Sa 23/83, zu 2.b), AP Nr. 44 zu § 611 BGB; *Konzen/Rupp*, Anm. zu EzA Art. 5 GG Nr. 9; *Rüthers*, DB 1982, 1869, 1876 f.; LAG Berlin vom 16.8.1983 – 9 Sa 23/83, zu 2.b), AP Nr. 44 zu § 611 BGB.

<sup>337</sup> *Dzida/Hohenstatt*, NZA 2004, 1084, 1085.

<sup>338</sup> *Dzida/Hohenstatt*, a.a.O.

<sup>339</sup> So auch *MünchArbR/Matthes*, § 365 Rn. 12.

## 2. Koalitionspolitische Tendenzträger

- 232 Hinsichtlich hauptamtlicher Funktionäre hat das BAG bereits entschieden, sie seien Tendenzträger<sup>340</sup>. Entscheidend ist nicht die hierarchische Stellung. Leitende Verwaltungsangestellte sind nicht zwangsläufig Tendenzträger, während nicht leitende Angestellte Tendenzträger sein können.

### a. Bei den Gewerkschaften

- 233 Maßgeblich können nur am Zweck des Tendenzschutzes orientierte Kriterien sein. So wie bei den Rundfunk- und Fernsehanstalten die programmgestaltenden Arbeitnehmer Tendenzträger sind, so sind es bei den Gewerkschaften diejenigen, welche bei der koalitionspolitischen Betätigung mitwirken<sup>341</sup>. Dies trifft für die Gewerkschaftssekretäre zu. Sie verwirklichen die Tendenz, indem sie als Verhandlungsführer mit einer Tarifkommission Tarifverträge verhandeln, in den Betrieben Kampagnen durchführen und die Vertrauensleute resp. Betriebsräte in den Betrieben beraten. Wie groß der Kreis der betreuten Mitglieder ist oder in welchem Umfang ihr Spielraum durch Weisungen eingeengt ist, spielt keine Rolle. Maßgeblich ist, daß ihre persönliche Glaubwürdigkeit über den Erfolg der Maßnahmen entscheidet. Der zu restriktiven Abgrenzung, ob der Arbeitnehmer nur vorbereitend oder abschließend und in eigener Verantwortung tätig wird<sup>342</sup>, kann nicht gefolgt werden.
- 234 Auch ihre Vorgesetzten, die selbst nicht in dieser Weise tätig werden, sind Tendenzträger. Durch die Ausarbeitung der übergeordneten Rahmenkonzeption, die Festlegung der verbindenden Leitideen und die Auswahl von Vorschlägen für Maßnahmen haben sie erst recht teil an der Tendenzverwirklichung.
- 235 Tendenzträger sind aber auch die Sekretäre, die koalitionspolitisch relevante Informationen aufbereiten, prüfen oder bewerten. Ein geringerer Entscheidungsspielraum ist durch ihren Beurteilungsspielraum kompensiert: Sie fällen zumindest Vorentscheidungen und haben durch ihre Darstellungen gegenüber den Entscheidungsträgern unmittelbaren Einfluß auf die Tendenz. Worauf der inhaltliche Einfluß auf die Koalitionspolitik beruht, ist in einer arbeitsteiligen Organisation uner-

---

<sup>340</sup> BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

<sup>341</sup> Zu „programmgestaltenden Arbeitnehmern“: BVerfG (Kammer) vom 13.1.1982 – 1 BvR 848/77, zu C.II.1b, BVerfGE 59, 231, 260; BAG vom 11.12.1991 – 7 AZR 128/91, EZA BGB § 620 Nr. 112 m. Anm. *Rieble*.

<sup>342</sup> BAG vom 28.8.2003 – 2 ABR 48/02, NZA2004, 501.

heblich, sofern die Tätigkeit sich auf die inhaltliche Gestaltung der Koalitionspolitik auswirkt und sie mitprägt.

### **b. In den Rechtsstellen und bei Rechtsschutzunternehmen**

Bei der DGB-Rechtsschutz GmbH sind die Rechtssekretäre Tendenzträger<sup>343</sup>. Sie sind es, die im unmittelbaren Kontakt mit den Mitgliedern stehen und die Rechtspositionen der Gewerkschaft und des Mitglieds, die Beobachtungen und Erkenntnisse zum Arbeitsplatz und der Branche aus Sicht der Gewerkschaft und die kollektiven Bezüge glaubwürdig vertreten<sup>344</sup>. Darin besteht die Tendenz der DGB Rechtsschutz GmbH, für die sie Tendenzträger sind. Gleiches gilt, wenn sie unmittelbar für eine Gewerkschaft arbeiten. Wiederum ist hier nicht ihr Entscheidungsspielraum oder ihre Verantwortung entscheidend, sondern Glaubwürdigkeit der verbandlichen Solidarität gegenüber dem Mitglied und der Gerichtsöffentlichkeit. Die Rechtssekretäre transponieren die Antagonie der tarifpolitischen Auseinandersetzung in den Rechtsstreit. Sie prägen das Erscheinungsbild der Koalition vor Gericht und gegenüber der Gegenseite. 236

Wie auch das BAG erkannt hat, erschöpft sich die Rechtsberatung und Prozeßvertretung von Gewerkschaftsmitgliedern gerade nicht in der rein fachlichen Anwendung von Rechtskenntnissen, sondern vollzieht in dem Bereich gewerkschaftlichen Rechtsschutzes Lebensvorgänge, „die in ihrer Art gekennzeichnet sind durch das von besonderem Vertrauen geprägte Verhältnis zwischen Gewerkschaft und Gewerkschaftsmitglied“<sup>345</sup>. Aufgabe des Rechtssekretärs ist dabei nicht nur die fachliche Beratung und Vertretung des Mitglieds, sondern auch die Wahrnehmung der gewerkschaftlichen Vertrauensstellung gegenüber dem Mitglied. 237

Dem kann nicht die Rettungssanitäterentscheidung des BAG<sup>346</sup> entgegengehalten werden. Die Rettungssanitäter beim Einsatz auf Krankenwagen hat das BAG nicht für Tendenzträger gehalten. Zwar könnten sie der konkreten Lebenssituation eine von ihrer Person abhängige Atmosphäre und Note geben. Es fehle aber an der Möglichkeit zu einer individuellen Gestaltung des Geschehens, welche die Durchführung der Krankentransporte durch ihre Organisation von denjenigen durch andere deutlich unterscheidbar mache. Daher sollen sie nur an der Tendenzverwirklichung 238

---

<sup>343</sup> BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; LAG Hessen vom 5.3.1993 – 9 Sa 1910/91, NZA 1994, 192; LAG Hessen vom 3.9.1996 – 4 TaBV 160/95, NZA 1997, 671.

<sup>344</sup> LAG Hessen, a.a.O.

<sup>345</sup> BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, zu III.3., AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; a.A.: abl. Anm. *Kunze*, a.a.O.

<sup>346</sup> BAG vom 12.11.2002 – 1 ABR 60/01, zu 2.b)bb)(2), NZA 2004, 1290.

mitwirken, ohne sie mitzuprägen. Es darf bezweifelt werden, ob die Entscheidung genauso ausgefallen wäre, wenn es nicht um Mehrarbeit gegangen wäre, sondern um die Zustimmungsersetzung bei einer Kündigung wegen außerdienstlicher Teilnahme an Schlägereien. Tendenzunternehmen sind auf die Glaubwürdigkeit der Arbeitnehmer angewiesen, die für sie gegenüber der Öffentlichkeit, Kunden resp. Mitgliedern tätig werden. Schon wegen dieses Bedürfnisses nach Tendenzkonformität sind solche Arbeitnehmer Tendenzträger. Im übrigen unterscheidet sich der gewerkschaftliche Rechtsschutz gerade durch die Person der Rechtssekretäre von Anwaltskanzleien.

### **c. In den Bildungswerken**

- 239** Die Dozenten in den Bildungswerken müssen den Mitgliedern, den Betriebsräten und den Nichtorganisierten glaubwürdig das umfassende Gewerkschaftskonzept zur Gestaltung der Arbeitsbeziehungen in der Wirtschaftsordnung vermitteln. Welchen Entscheidungsspielraum sie bei der Auswahl des Lehrstoffs oder der Lehrmaterialien haben ist irrelevant, da schon ihre Überzeugungskraft und Glaubwürdigkeit das Tendenzschutzbedürfnis des Bildungswerks auslöst. Aber auch diejenigen, welche die Schulungen konzipieren und planen sowie diejenigen, welche die Dozenten auswählen und führen, sind Tendenzträger<sup>347</sup>.

## **IV. Voraussetzungen Tendenzschutz außerhalb des BetrVG**

### **1. Unternehmensmitbestimmung**

- 240** Außerhalb der Betriebsverfassung ist der Tendenzschutz vor allem in der Unternehmensmitbestimmung kodifiziert, § 1 Abs. 4 MitBG und § 1 Abs. 2 DrittelbG. Diese Normen sind in ihren Voraussetzungen mit § 118 Abs. 1 BetrVG synchronisiert.

### **2. Sonstige Bereiche des Arbeitsrechts**

#### **a. Gebotenheit eines außerbetriebsverfassungsrechtlichen Tendenzschutzes**

- 241** Obzwar der Gesetzgeber dem verfassungsrechtlichen Gebot des Tendenzschutzes fast ausschließlich im Recht der Betriebs- und Unternehmensverfassung durch explizite Normierung Rechnung getragen hat, gilt es sowohl im Individualarbeitsrecht als auch bei der Koalitionsbetätigung und im Tarif- und Arbeitskampfrecht nicht minder. So müssen Gewerkschaften

---

<sup>347</sup> Richardi/Thüsing, BetrVG, § 118 Rn. 130a.

als Tendenzunternehmen Vertragsbestimmungen fordern können, welche die von einem Tarifsekretär geschuldete Leistung an der jeweils festgelegten Tendenz ausrichten<sup>348</sup>, näher u. § 4B.II.1.b, Rn. 508 f.

Gerade auch bei der Koalitionsbetätigung, bei der dem Arbeitgeber wie bei der betrieblichen Mitbestimmung eine Kollektivgewalt gegenübersteht, bedarf es – wie *Dörrwächter*<sup>349</sup> im Grundsatz zutreffend gezeigt hat – Einschränkungen durch den Tendenzschutz, u. § 5, Rn. 749 ff.

### b. Analoge Anwendung bestehender Regelungen

Für den gesetzlich nicht geregelten Tendenzschutz, insbesondere im Kündigungsschutz- und Tarifrecht, können diese Normen nach verbreiteter Ansicht analog angewendet werden<sup>350</sup>. Für eine analoge Anwendung spräche es, wenn die Berücksichtigung des Tendenzschutzes einer einfachgesetzlichen Grundlage bedürfte. Das ist aber nicht der Fall: Der Tendenzschutz folgt bei den arbeitgebenden Gewerkschaften direkt aus Art. 9 Abs. 3 GG. Daher greift der Tendenzschutz dort, wo er nicht geregelt ist, im Wege der verfassungskonformen Auslegung der Normen, die ihm entgegenstünden<sup>351</sup>. 242

Hingegen sind zum einen schon die Voraussetzungen einer Analogie zweifelhaft. Diese setzt eine planwidrige Regelungslücke voraus. Dem Gesetzgeber ist das Problem der geschilderten Grundrechtskollision prinzipiell seit langem bekannt – dies zeigt schon § 81 BetrVG 1952. Angesichts der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Fragen des Tendenzschutzes außerhalb des BetrVG kann auch nicht angenommen werden, der Gesetzgeber gehe fälschlich davon aus, ein Ausgleich sei nur in der Betriebsverfassung zu regeln. 243

Zum anderen hilft eine analoge Anwendung nur darüber hinweg, daß es an der zentralen Tatbestandsvoraussetzung des § 118 BetrVG, nämlich des Entgegenstehens eines Mitbestimmungsrechts, fehlt; offen wäre zudem, wie die uneinheitlichen Rechtsfolgen der §§ 118 BetrVG, 1 Abs. 4 MitBestG analog anzuwenden wären. In der Unternehmensmitbestimmung ist der Ausschluß absolut, die Betriebsverfassung kennt je nach Abschnitt den relativen oder absoluten Ausschluß. 244

Außerdem sind die Mitbestimmungsrechte einerseits und der Kündigungsschutz der Gewerkschaftsarbeitnehmer sowie die Rechte ihrer 245

<sup>348</sup> *Rüthers*, NJW 1978, 2066, 2069.

<sup>349</sup> *Dörrwächter*, Tendenzschutz.

<sup>350</sup> MünchArbR/*Berkowsky*, § 146 Rn. 6 f.; ähnlich *Mayer-Maly*, AR-Blattei Tendenzbetrieb I, Übersicht H IV; *Mitschke*, Treuepflichtverstoß, S. 23, 85 f.

<sup>351</sup> So auch im Ergebnis: *Rüthers*, NJW 1978, 2066, 2068 ff.

Koalition aus Art. 9 Abs. 3 GG andererseits in ihren Auswirkungen nur bedingt miteinander vergleichbar. Im Individualarbeitsrecht ist je nach Materie eine unterschiedliche Beschränkung der Individualrechte zugunsten des Tendenzschutzes verfassungsrechtlich geboten, u. § 4, Rn. 422 ff. Hier paßt weder der absolute Tendenzschutz der § 1 Abs. 4 MitBestG bzw. des § 118 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG. Außerdem ist das Unterscheidungssystem des relativen Bestandsschutzes im BetrVG darauf ausgerichtet, die Mitbestimmung bei der Arbeitgeberentscheidung in tendenzrelevanten Fragen zu beschränken, während im Individualarbeitsrecht die Tendenzverfolgung vor dem Recht der Vertragspartner am Bestand- und Inhaltsschutz geschützt wird. Zudem beruhen die beiderseitigen Bindungen durch Tendenzarbeitsverträge auf freiwillig abgeschlossenen Austauschverträgen, während die Mitbestimmungstatbestände aus dem gesetzlichen Anordnungsbefehl folgen<sup>352</sup>. So kann auf eine arbeitsvertraglich statuierte Tendenztreuepflicht nicht das zur Eigenartsklausel des § 118 Abs. 1 BetrVG entwickelte System von Tatbestandsvoraussetzungen (Tendenzträger, tendenzbezogene Maßnahme) und Rechtsfolgen (Ausschluß nur der Mitbestimmung und nur aus tendenzbezogenen Gründen) übertragen werden.

### c. Durchführung der praktischen Konkordanz

- 246** Die Grundrechtskollision außerhalb der Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung ist gemäß der o. § 2B.III, Rn. 112 ff. geschilderten praktischen Konkordanz<sup>353</sup> zu lösen. Ob der Tendenzschutz gemäß § 118 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG tatbestandlich enger ist als derjenige außerhalb der Betriebsverfassung<sup>354</sup>, ist eine zweifelhafte These. Die Unterschiedlichkeit, die schon der Analogie entgegensteht, läßt nur den Schluß zu, daß die Voraussetzungen und Rechtsfolgen anders sind.

### D. Inhalt des Tendenzschutzes

- 247** Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit umfaßt die Freiheit, die Tendenz der Koalition festzulegen, beizubehalten, zu ändern und diese Tendenz zu verwirklichen, o. § 2B.I.2, Rn. 70 f. Dem Staat sind nicht nur unmittelbare Eingriffe verwehrt, er darf auch nicht durch rechtliche Regelungen die Koalitionen fremden, nicht-staatlichen Einflüssen unterwerfen oder

<sup>352</sup> Dazu schon *Rüthers*, NJW 1978, 2066, 2069.

<sup>353</sup> Zur praktischen Konkordanz bei der Kollision eines schrankenlos gewährleisteten Grundrechts mit anderen Grundrechten: BVerfG (Kammer) vom 17.12.1975 – 1 BvR 63/68, BVerfGE 41, 29, 51; BVerfG (Kammer) vom 8.2.1977 – 1 BvR 329/71, BVerfG 44, 37, 50; *Alexy*, Grundrechte, S. 107 ff., 258 ff.; *Hesse*, Rn. 383; in *BK/Dolzer/Vogler*, GG, Art. 4 Rn. 84-87.

<sup>354</sup> So aber: *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 245 ff.

öffnen, die mit Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar wären. Schon daraus ergibt sich, daß die Tendenz auch außerhalb des Anwendungsbereiches von § 118 BetrVG geschützt ist<sup>355</sup>. Dies gilt insbesondere für das Tarifrecht<sup>356</sup> und im Individualarbeitsrecht<sup>357</sup>.

## I. Betriebsverfassungsrechtlicher Tendenzschutz

### 1. Relativität des Tendenzschutzes

Anders als die Religionsgemeinschaften gemäß § 118 Abs. 2 BetrVG genießen die Tendenzbetriebe des § 118 Abs. 1 BetrVG nur relativen Tendenzschutz. Abgesehen von den nach § 118 Abs. 1 BetrVG absolut ausgeschlossenen Beteiligungsrechten des Betriebsrates treten die Beteiligungsrechte nur zurück, wenn ansonsten die Tendenzverwirklichung ernsthaft behindert werden kann<sup>358</sup>. Bei den bloßen Anhörungsrechten soll dies nach h.M. nicht der Fall sein. Bei den Mitbestimmungsrechten kommt es auf die konkrete Tendenz und das jeweilige Mitbestimmungsrecht an. Zumindest bei der personellen Mitbestimmung muß die Maßnahme einen Tendenzträger betreffen<sup>359</sup> und als solche tendenzbezogen sein<sup>360</sup>. Ist dem so – zu den einzelnen Mitbestimmungsrechten, u. § 6B.III, Rn. 1149 ff. – ist es regelmäßig unerheblich, ob die konkrete Maßnahme aus tendenzbedingten Gründen erfolgt<sup>361</sup>. Diese weitere Differenzierungsstufe, welche nach Ansicht der Rspr. vorwiegend bei der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten vorzunehmen sein soll, verlangt eine Abgrenzung und Aufspaltung von Motiven und Anlässen. Dies kann mit juristischen Erkenntnismöglichkeiten regelmäßig nicht geleistet werden<sup>362</sup>. Lassen sich aber tendenzbedingte und tendenzfreie Gründe nicht trennen, setzt sich der Tendenzschutz durch. Schon der Tendenz-

<sup>355</sup> *Klosterkemper*, Zugangsrecht, S. 151.

<sup>356</sup> Umfassend: *Dörrwächter*, Tendenzschutz.

<sup>357</sup> *Rüthers*, NJW 1976, 1918, 1922; *ders.*, NJW 1978, 2066 ff.

<sup>358</sup> St. Rspr. BAG vom 11.2.1992 – 1 ABR 49/91, AP Nr. 50 zu § 118 BetrVG 1972; tendenzfreundlicher: *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 117.

<sup>359</sup> A.A. *Dzida/Hohenstatt*, NZA 2004, 1084.

<sup>360</sup> Sog. „uneingeschränkte Maßnahmetheorie“: *Dütz*, BB 1975, 1261, 1268; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 121 m.w.N.; *Dzida/Hohenstatt*, NZA 2004, 1084.

<sup>361</sup> Anders die sog. eingeschränkte Maßnahmetheorie: BAG vom 14.1.1992 – 1 ABR 35/91, BB 1991, 1135; BAG vom 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, zu b.I.2.d)aa, NZA 2003, 166; BVerfG (Kammer) vom 15.12.1999 – 1 BvR 694/90, DB 2000, 430; *Hanau*, BB 1973, 901; *Richter*, DB 1991, 2661, 2665; *Weiss/Weyand*, AuR 1990, 33, 42 m.w.N.

<sup>362</sup> Zutreffend für den Pressebereich: *Berger-Delhey*, BB 1991, 976; *Resker/Berger-Delhey*, BB 1991, 1137, 1138 ff. m.w.N.

bezug der Maßnahme reicht aus, um das von § 118 Abs. 1 BetrVG geschützte Bedürfnis nach Abschirmung der Tendenz auszulösen.

- 249 Der Tendenzschutz kann die Mitbestimmung aber auch einschränken, wenn von der Maßnahme oder Regelung nicht nur Tendenzträger betroffen sind, sondern die ganze Belegschaft oder eine Gruppe von Arbeitnehmern, in der nicht alle Tendenzträger sind.

## 2. Tendenzbestimmung

- 250 Die Konkretisierung ihrer koalitionspolitischen Bestimmung ist den Gewerkschaften überlassen. Innerhalb der Gewerkschaften entscheiden die zuständigen Organe über den Tendenzinhalt<sup>363</sup>. Beispielsweise entscheidet die Mitgliederversammlung (Bundeskongreß, Gewerkschaftstag) in grundlegenden Angelegenheiten. Tendenzherr<sup>364</sup> ist ansonsten der Vorstand.

## 3. Abgrenzung von Fiskalinteressen

- 251 Der Tendenzschutz ist jedoch begrenzt auf die koalitionspolitischen Aufgaben. Er ist daher auch abzugrenzen von bloßen wirtschaftlichen Interessen der arbeitgebenden Gewerkschaft und ihrer Betätigung als Verein: Kostenreduktion ist nicht für sich tendenzgeschützt<sup>365</sup>. Zwar können die Gewerkschaften, um so mehr Mittel auf die Auseinandersetzung mit dem sozialen Gegenspieler verwenden, je weniger Personalkosten ihnen entstehen. Die fiskalischen Interessen bedürfen aber der Umsetzung durch eine tendenzgeschützte Unternehmerentscheidung. Auch für gewinnorientierte Unternehmen gilt, daß ihre Unternehmenspolitik dem Bereich der erstreikbaren tarifvertraglichen Regelung entzogen ist<sup>366</sup>. Das gilt erst Recht für Tendenzunternehmen. Für sie ist aber zu prüfen, ob das nicht auch für tarifvertragliche Regelungen gilt, die nur mittelbar auf die Unternehmerfreiheit rückwirken, resp. bestimmte unternehmerische Entscheidungen unmöglich machen oder erschweren, u. § 5C.II.1.b, Rn. 1063 ff.

## II. Tendenzschutz in der Unternehmensmitbestimmung

- 252 In der Unternehmensmitbestimmung bewirken § 1 Abs. 4 MitBG und § 1 Abs. 2 Nr. 2a DrittelbG einen absoluten Tendenzschutz. Es kommt nicht darauf an, welche Angelegenheiten in der Aufsichtsratssitzung besprochen

---

<sup>363</sup> Für politische Parteien: *Tens*, Tendenzbetriebe, S. 7.

<sup>364</sup> Zu diesem Begriff und dem Vorzug zur besseren Unterscheidbarkeit vom Tendenzträger: *Tens*, Tendenzbetriebe, S. 23.

<sup>365</sup> Ähnlich: *Rüthers*, AfP 1974, 542, 546.

<sup>366</sup> MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 246 Rn. 53.

werden. Vielmehr findet hier von vornherein keine Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat statt.

### III. Tendenzschutz in anderen Bereichen Arbeitsrechts

Die Tendenz der Gewerkschaften muß auch in den anderen Bereichen des Arbeitsrechts vor einer Fremdbestimmung durch die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen abgeschirmt werden. Die praktische Konkordanz führt dazu, daß die Rechte der Gewerkschaftsarbeitnehmer und ihrer Vertretungen je nach Tendenzrelevanz eingeschränkt werden und ggf. ganz zurückstehen müssen. Ob daher in diesen Bereichen die Tendenz schwächer geschützt ist als in der Betriebsverfassung<sup>367</sup>, ist wegen der mangelnden Vergleichbarkeit zweifelhaft. 253

### E. Tendenzschutzverzicht

Der gewerkschaftlichen Forderung, den Tendenzschutz abzuschaffen, widerspricht es, wenn die Gewerkschaften sich selbst auf den Schutz ihrer koalitionspolitischen Tendenz berufen, o. § 1A.I.2, Rn. 7. 254

### I. Verzichtsmöglichkeit

Der Tendenzschutz fußt nicht nur auf den Individualgrundrechten der jeweiligen Koalition, sondern auch auf der institutionellen Garantie der Koalitionsfreiheit und auf der Tarifautonomie, o. § 2B.I.2.d, Rn. 74. Zweifelhaft ist daher, ob eine Gewerkschaft auf den Tendenzschutz verzichten kann. Die Grundrechte stehen nur bedingt zur Disposition ihrer Träger<sup>368</sup>. Insbesondere die Koalitionsfreiheit ist wegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nur begrenzt disponibel. Nicht nur, daß wegen der unmittelbaren Drittwirkung auch den Betriebsräten Eingriffe verboten sind, auch einschränkende Abreden sind nichtig<sup>369</sup>. Zudem droht der Verlust des Koalitionsstatus, denn ein Weniger an Tendenzschutz bedeutet ein Mehr an Fremdbestimmung durch die Arbeitnehmer und ihre betriebsverfassungsrechtlichen Interessenvertreter. Dies gefährdet aber die Unabhängigkeit der Koalition von den Interessen Dritter – als solche sind auch ihre Arbeitnehmer anzusehen. 255

Andererseits kann die Verfügung über Grundrechtspositionen eine Form des Grundrechtsgebrauchs sein<sup>370</sup>. Dem BAG<sup>371</sup> zufolge verwehrt § 118 256

---

<sup>367</sup> So aber: *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 245 ff.

<sup>368</sup> *Pietzker*, *Der Staat* 17 (1978), 526, 531; *Stern*, Staatsrecht, Bd. III 2, § 86 II 4; kritisch *Ruffert*, Vorrang, S. 244 ff.

<sup>369</sup> *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, § 243 Rn. 81.

<sup>370</sup> *ErfKomm/Dieterich*, Einleitung GG Rn. 62.

BetrVG es dem Tendenzarbeitgeber nicht, freiwillig weitergehende Beteiligungsrechte zu gewähren, solange dies nicht zu einem unzulässigen Grundrechtsverzicht führt. Der Verzicht könne gerade der Tendenz resp. besonderen Ausrichtung des Unternehmens entsprechen.

Inhaltlich liegt ein unzulässiger Grundrechtsverzicht vor, wenn der Kernbereich des Tendenzschutzes betroffen wäre. Das wird für die Grundsatzkompetenz des Verlegers<sup>372</sup>, für die Programmfreiheit der Rundfunkanstalten und für die inhaltliche Lehr- und Forschungsfreiheit der Hochschulen<sup>373</sup> bejaht. Demgegenüber ist die Tarifautonomie wegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG in besonderem Maße verzichtsfest: Während Sendungen, Zeitungen oder Lehrveranstaltungen Produkte sind, deren Wirkung auf die Bürger zeitlich eng begrenzt oder jedenfalls korrigierbar sind, handelt es sich bei Tarifverträgen um unmittelbar und zwingend wirkende Normen, die je nach Geltungsdauer die Tarifunterworfenen langfristig binden. In solchen Fragen kann es keine verbindliche Detailkompetenz des Gewerkschaftssekretärs geben.

- 257 Auch die formalen Anforderungen an einen Verzicht sind strenger: Ein Grundrechtsgebrauch durch Delegation an betriebsverfassungsrechtliche Gremien steht unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit<sup>374</sup> und muß dem Tendenzarbeitgeber das Recht zur kurzfristigen Beendigung oder Änderung<sup>375</sup> des Verzichts<sup>376</sup> geben.

## II. Verzichtsausübung

### 1. Satzung

- 258 In § 74 Nr. 2 ver.di-Satzung heißt es: „Die Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte werden durch den Tendenzschutz nicht berührt. § 118 BetrVG findet keine Anwendung.“ Gemäß § 74 Nr. 1 ver.di-Satzung sollen in sozialen und personellen Angelegenheiten sogar erweiterte Mit-

<sup>371</sup> BAG vom 19.6.2001 – 1 AZR 463/00, NZA 2002, 397; BAG vom 31.1.1995 – 1 ABR 35/94, zu B.II.4.b), AP Nr. 56 zu § 118 BetrVG 1972; BAG vom 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, zu B II, AP Nr. 53 zu § 99 BetrVG 1972; *Gillen/Hörle*, NZA 2003, 1225, 1228.

<sup>372</sup> *ErfKomm/Dieterich*, Art. 5 GG Rn 58.

<sup>373</sup> *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 282.

<sup>374</sup> Speziell zum Tendenzschutz: *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 23; allg.: *Stern*, Staatsrecht Bd. III 2, § 86 II 6b; *Robbers*, JuS 1985, 925, 926; *Bleckmann*, JZ 1988, 57, 61.

<sup>375</sup> Änderung von Redaktionsstatuten: *Auer*, EzA BetrVG 1972 § 118 Nr. 73; *Franzen*, SAE 2002, 281; *Rüthers*, RdA 2002, 360.

<sup>376</sup> So auch zum Verzicht auf die Tariffähigkeit: *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 76.

bestimmungsrechte gelten, die in freiwilligen Gesamtbetriebsvereinbarungen festzulegen sind. Gemäß der Nr. 3 soll eine Gesamtbetriebsvereinbarung ein innerbetriebliches Konfliktlösungsverfahren regeln. Während die Nr. 1 und die Nr. 3 über das BetrVG hinausgehende Regelungen betreffen und bloße Programmsätze zum Abschluß von Gesamtbetriebsvereinbarungen sind, ist die Nr. 2 unmittelbares Satzungsrecht, welches die gesetzlichen Beschränkungen von gesetzlichen Beteiligungsrechten aufheben soll.

Dieses Satzungsrecht ist wirksam. Anhaltspunkte dafür, daß die Regelung nicht freiwillig zustande gekommen sein sollte, bestehen nicht. Sie beruht nicht auf einer Druckausübung durch den VGB. Die Satzung ist in einem demokratischen Verfahren zustande gekommen und vom Willen der Mitglieder getragen. Zweifelhaft ist lediglich, ob der Tendenzschutzverzicht kurzfristig genug beendet werden kann. Nach den Regelungen zur Satzungsänderung kann dies durch den Bundeskongreß, der nur vierjährlich zusammentritt, mit Zweidrittel-Mehrheit erfolgen, (§§ 37 Nr. 2b), Nr. 3, 39 Nr. 5 Satz 6 ver.di-Satzung. Diese Bindung an den Verzicht wäre zu weitreichend. Sie ist dennoch wirksam, da § 74 ver.di-Satzung gemäß § 41 Nr. 5 ver.di-Satzung nicht zu den Normen gehört, die nicht zwischen den Bundeskongressen, durch den Gewerkschaftsrat bei Anwesenheit der Hälfte der Mitglieder mit einfacher Mehrheit geändert werden können. Außerdem könnte gemäß § 40 ver.di-Satzung ein außerordentlicher Bundeskongreß einberufen werden. 259

Als Satzungsrecht bindet § 74 Nr. 2 ver.di allerdings nur im vereinsrechtlichen Innenverhältnis. Im Außenverhältnis, d.h. in den Arbeitsverhältnissen und gegenüber dem Betriebsrat, gilt § 118 BetrVG weiterhin, soweit dieser Verzicht nicht zweiseitig vereinbart oder einseitig gegenüber den zuständigen Organen erklärt wird. Wenn ver.di sich allerdings gegenüber einem (Gesamt-) Betriebsrat auf § 118 BetrVG beruft, ist dies satzungswidrig. 260

## **2. Tarifvertrag**

### **a. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats**

Ein normativ wirkender Tarifvertrag könnte im Gegensatz zum bloßen Satzungsrecht Mitbestimmungsrechte erweitern oder schaffen<sup>377</sup>. Er überträgt damit keine Regelungskompetenz der Tarifvertrags- auf die Betriebsparteien, sondern erweitert deren Regelungskompetenz<sup>378</sup>. Zwar 261

---

<sup>377</sup> Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 142 f.; § 4 Rn. 5.

<sup>378</sup> Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 142.

weist § 118 BetrVG keine Tarifdispositivitätsklausel auf. Eine solche ist aber allgemein nur für Abweichungen zuungunsten der Arbeitnehmer resp. ihrer Vertretungen erforderlich. Ein tarifvertraglicher Tendenzschutzverzicht durch erweiterte Mitbestimmung ist daher in den oben genannten Grenzen auch bei Tendenzunternehmen zulässig<sup>379</sup>.

### **b. „Innere Tarifautonomie“**

- 262** Eine „innere Tarifautonomie“ im Sinne eines Tendenzbestimmungsrechts durch Gewerkschaftssekretäre oder eine Sekretärskonferenz ist der tariflichen Regelbarkeit jedenfalls in Grundsatzfragen der Koalitionsbetätigung und bei der Tarifpolitik auch in Detailfragen, entzogen<sup>380</sup>, o. § 2B.II.3.b.cc, Rn. 107. Möglich und zweckmäßig wäre je nach Sachgebiet in Anlehnung an die Redaktionsstatute, den Gewerkschaftssekretären eine eng umgrenzte Detailkompetenz einzuräumen. Möglich ist in diesem Umfang auch eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien zur Regelung der inneren Koalitionsfreiheit.

### **c. Arbeitsbedingungen**

- 263** Abgesehen von der Mitbestimmung und „inneren Tarifautonomie“ können auch tarifvertragliche Regelungen der Arbeitsbedingungen mittelbar in den Tendenzschutz eingreifen, z.B. tarifvertraglicher Kündigungsschutz, u. § 5C.II.1.b.bb, Rn. 1064 f. Auch darin liegt ein Tendenzschutzverzicht.

### **d. Anforderungen an den Tarifvertrag**

- 264** Enthält ein Tarifvertrag einen vollständigen oder teilweisen Tendenzschutzverzicht, darf die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen sein. Der Tendenzarbeitgeber muß die Herrschaft über die Tendenz wiedererlangen können. Die Kündigungsfrist darf allenfalls kurz bemessen sein, weil während des Fristlaufs der nicht mehr vom Willen des tendenzgeschützten Arbeitgebers getragene Tendenzschutzverzicht wirksam bleibt. Ein solcher Tarifvertrag darf nicht erstreikt werden, da der Freiwilligkeitsvorbehalt einer Druckausübung entgegensteht<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> Wiedemann/*Thüsing*, TVG, § 1 Rn. 154 ff. Restriktiv auch zur Tariffestigkeit des § 118 Abs. 1 BetrVG: *Rüthers*, Mitbestimmung in der Presse, S. 49 ff.; *Mayer-Maly*, AfP 1977, 209 ff.

<sup>380</sup> Ähnlich zum Tendenzschutz aus Art. 5 Abs. 1 GG: BAG vom 19.6.2001 – 1 AZR 463/00, NZA 2002, 397.

<sup>381</sup> *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 23.

### 3. (Gesamt-) Betriebsvereinbarung

Möglich ist ein Tendenzschutzverzicht auch im Wege der Betriebsvereinbarung. Eine solche Betriebsvereinbarung ist dann keine Ausübung der Mitbestimmung und nicht erzwingbar. Damit ist grundsätzlich vom freiwilligen Zustandekommen eines solchen Tendenzschutzverzichts auszugehen. Eine Nachwirkung kann nicht vereinbart werden. Der Verzicht ist durch Kündigung der Betriebsvereinbarung jederzeit beendbar. 265

### 4. Arbeitsvertrag resp. Gesamtzusage

Die aus Art. 5 Abs. 1 GG tendenzgeschützten Arbeitgeber haben häufig durch Redaktionsstatute im Wege einer Gesamtzusage oder einzelvertraglicher Vereinbarung<sup>382</sup> einen Teil ihres Tendenzschutzes preisgegeben. Abzugrenzen ist eine arbeitsvertragliche Regelung von einem parallelen, gesellschaftsrechtlichen Rechtsverhältnis, aufgrund dessen eine Sekretärskonferenz dann nicht als Gremium innerhalb der Organisation des Arbeitgebers anzusehen wäre, sondern eine eigenständige juristische Person bildet, deren Rechtsbeziehungen zum Arbeitgeber wiederum auf schuldrechtlicher Basis stehen, u. § 6B.II, Rn. 1141 ff. 266

Handelt es sich um einen Bestandteil des Arbeitsvertrags muß dieser widerruflich sein, ohne daß §§ 305c, 307 oder 308 Nr. 4 BGB zu beachten wären. Dies ergibt sich aus einer verfassungskonformen Auslegung des BGB resp. unmittelbar aus § 310 Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 BGB. Auf den Meinungsstreit zur Frage, welche „Besonderheiten“ gemeint sind<sup>383</sup>, kommt es nicht an: Der Tendenzschutz ist nach der einen Auffassung eine Besonderheit „im Arbeitsrecht“. Zugleich ist nach der anderen Auffassung die tendenzbedingt erhöhte Widerruflichkeit eine „Besonderheit des Arbeitsrechts“. Ist kein Widerrufsrecht vereinbart, muß ausnahmsweise die Teilkündigung zulässig sein<sup>384</sup>. Es kann dem Tendenzarbeitgeber nicht zugemutet werden, den Bestand der Arbeitsverhältnisse zu riskieren, um seine Tendenzherrschaft wiederzuerlangen. 267

---

<sup>382</sup> Zum individualarbeitsrechtlichen Charakter: BAG vom 19.6.2001 – 1 AZR 463/00, zu II.2.a)aa), a.a.O. m.w.N.

<sup>383</sup> H.M: Besonderheiten gegenüber anderen Rechtsgebieten: BAG vom 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, zu II.2.a)aa)(2), NZA 2004, 727, 729, 730 m.w.N. Nur für Sonderarbeitsverhältnisse: *Birnbaum*, NZA 2003, 944; *Hümmerich*, NZA 2003, 753, 762; *Hümmerich/Holthausen*, NZA 2002, 173, 178.

<sup>384</sup> Für Redaktionsstatute ohne Begründung a.A.: BAG vom 19.6.2001 – 1 AZR 463/00, zu II.2.a)aa), NZA 2002, 397.

## 5. Rechtspolitische Äußerungen

- 268 Rechtspolitisch hat insbesondere der DGB eine Abschaffung oder zumindest die Reduktion des Tendenzschutzes gefordert. Dem DGB nahestehende Autoren vertreten *de lege lata* häufig Ansichten, die den Tendenzschutz einschränken. Fraglich ist, ob darin gegenüber den eigenen Beschäftigten ein Verzicht auf den Tendenzschutz liegt bzw. eine Selbstbindung an die eigenen Forderungen folgt. Das liefe auf eine Verrechtlichung von *Kants* kategorischem Imperativ heraus. Ob dafür § 242 BGB eine tragfähige Grundlage bietet, ist zweifelhaft. Zwar folgt daraus das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, dies verlangt jedoch, daß die widersprüchlichen Verhaltensweisen gegenüber demselben Empfänger erfolgen. So wenig ein Hersteller rechtlich gehindert ist, einem Kunden gegenüber besonders harte Konditionen einzufordern, so wenig ist eine Gewerkschaft gehindert, als Arbeitnehmervereinigung Forderungen an Arbeitgeber und Gesetzgeber zu richten, die sie selbst als Arbeitgeber gegenüber den eigenen Beschäftigten nicht erfüllt. Die Voraussetzungen an einen arbeitsvertraglichen Tendenzschutzverzicht im Wege einer Gesamtzusage sind nicht erfüllt. Den gewerkschaftlichen Forderungen läßt sich schon kein konkreter Rechtsbindungswille entnehmen.

### § 3 Doppelrolle als Arbeitgeber und Verein

Die Arbeitsleistung der Gewerkschaftsbeschäftigten erfolgt nicht aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft, sondern aufgrund eines Arbeitsverhältnisses, o. § 1B.I.1, Rn. 31. Rechtlich zweifelhaft ist, ob die Gewerkschaften arbeitsvertraglich eine Beitrittspflicht vereinbaren können, resp. ob ein Beitritt zur Tendenztreuepflicht gehört, u. § 4C.I.2, Rn. 551 ff. 269

#### A. Verhältnis von Mitgliedschafts- und Arbeitsverhältnis

##### I. Trennungs- und Abstraktionsprinzip

Der Beitritt begründet zwischen den Gewerkschaften und ihren Arbeitnehmern ein Mitgliedschaftsverhältnis, welches neben das Arbeitsverhältnis tritt<sup>385</sup>. Diese Rechtsverhältnisse sind schuldrechtlich durch die arbeitsvertragliche Pflicht zur Mitgliedschaft verbunden, bleiben aber voneinander verschieden. Für sie gilt nicht nur das Trennungsprinzip, sondern auch das Abstraktionsprinzip, d.h. die Fehlerhaftigkeit des Arbeitsverhältnisses als Verpflichtungsgeschäft schlägt nicht auf die Wirksamkeit der Mitgliedschaft durch. 270

Die Gewerkschaften können keine Vereinsrechte als Arbeitgeber und keine Arbeitgeberrechte als Verein geltend machen. Zwar sind die Gewerkschaften als juristische Person Arbeitgeber und Verein in Personalunion. Das bedeutet aber, daß sie beide Rechtsverhältnisse auseinanderhalten müssen.

##### II. Verknüpfung der Rechtsverhältnisse

Das Abstraktions- und das Trennungsprinzip bedeuten aber nicht, daß die beiden Rechtsverhältnisse unverbunden nebeneinander stünden. Besteht eine wirksame Verpflichtung zur Mitgliedschaft, kann der Austritt einen Vertragsverstoß und der Ausschluß das Fehlen einer Eigenschaft bedeuten, so daß arbeitsrechtlich eine verhaltens- bzw. personenbedingte Kündigung gerechtfertigt sein kann, u. § 4E.II.2.a.bb, Rn. 712 ff. und § 4E.II.2.b.bb.[2], Rn. 725. Wechselt der Gewerkschaftsarbeitnehmer zu einer Konkurrenzgewerkschaft oder zu einem Arbeitgeberverband, können die Voraussetzungen der Mitgliedschaft entfallen. Die Arbeits- 271

---

<sup>385</sup> Die Parallelität dieser Rechtsverhältnisse übersieht: *Kania*, Nichtarbeitsrechtliche Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, 1990.

vertragsparteien könnten grundsätzlich aber auch eine engere Verknüpfung herstellen, wenn sie die Beendigung der Mitgliedschaft als auflösende Bedingung vereinbaren, § 158 BGB.

## **B. Gewerkschafts-, Koalitions- oder bloße Vereinsmitgliedschaft**

### **I. Relativität der Mitgliedschaft**

#### **1. Scheinbare Gewerkschaftsmitgliedschaft**

<sup>272</sup> *Plander* meint offenbar, auch für Gewerkschaftsarbeitnehmer könne die Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft eine Gewerkschaftsmitgliedschaft sein<sup>386</sup>. Wenn seiner Meinung nach das Koalitionsrecht der Gewerkschaftsarbeitnehmer dadurch verbraucht ist, daß sie Mitglieder der arbeitgebenden Gewerkschaft geworden sind, dazu o. § 2B.II.2.d.aa., Rn. 84, so setzt dies voraus, daß es sich bei dieser Mitgliedschaft nicht nur um eine bloße Vereinsmitgliedschaft, sondern eine Koalitions- resp. Gewerkschaftsmitgliedschaft handelt. Konsequenterweise meint *Plander*, die Gewerkschaftsarbeitnehmer genießen als Mitglieder alle einschlägigen Mitgliedsrechte<sup>387</sup>.

#### **2. Abhängigkeit der Mitgliedschaft vom Mitglied und dem gewählten Status**

<sup>273</sup> Fraglich ist schon, ob die Gewerkschaftsarbeitnehmer durch den Beitritt zur arbeitgebenden Gewerkschaft überhaupt Gewerkschaftsmitglieder werden können. Anders als bei den Arbeitgeberverbänden, die OT-Mitgliedschaften anbieten, scheint der Beitritt eines Arbeitnehmers zu einer tariffähigen Arbeitnehmerkoalition immer ein Gewerkschaftsbeitritt zu sein.

<sup>274</sup> Die Rechtswirkungen sind aber relativ. Sie hängen davon ab, welche Funktionen der Verband für den Arbeitnehmer erfüllen kann: Zwar heißen die DGB-Verbände Gewerkschaften und suggerieren damit, alle ihre Mitglieder seien Gewerkschaftsmitglieder. Ehrlicher ist der VGB, der sich lediglich als Verband bezeichnet. Auch für die DGB-Verbände gilt: Ob sie Gewerkschaften sind, richtet sich nicht nach dem Verbandsnamen, sondern danach, ob in der konkreten Rechtsbeziehung die rechtlichen Voraussetzungen einer Gewerkschaft vorliegen. Die Gewerkschaften sind nicht schon deshalb für ihre Arbeitnehmer-Mitglieder eine Gewerkschaft,

---

<sup>386</sup> *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 48.

<sup>387</sup> *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 48.

weil die DGB-Verbände für andere Arbeitnehmer als Gewerkschaften auftreten.

Der Irrtum, ein Verband sei in allen Beziehungen und für alle Mitglieder 275 entweder einheitlich eine Gewerkschaft oder nicht, zieht sich quer durch das Tarifrecht: Noch *Nipperdey* wollte nicht zwischen Arbeitnehmerkoalitionen und Gewerkschaften unterscheiden und damit *Jacobi*s Lehre von dem Einheitstypenzwang<sup>388</sup> aus der Weimarer Republik in das bundesdeutsche Arbeitsrecht übertragen<sup>389</sup>. Das BAG vertritt weiterhin gegen massive Kritik die Lehre vom einheitlichen Gewerkschaftsbegriff, u. § 5C.I.3.a.bb, Rn. 1039 f., und erst in diesem Jahrtausend hat *Rieble* auf die örtliche Relativität der Tariffähigkeit resp. der Gewerkschaftseigenschaft hingewiesen<sup>390</sup>. Immerhin hat sich im Anschluß an *Löwisch*<sup>391</sup> die Erkenntnis durchgesetzt, daß ein und derselbe Arbeitgeberverband für einen Teil der Mitglieder Tarifverträge schließen und zugleich für den anderen Teil, die OT-Mitglieder, bloße Koalition sein kann<sup>392</sup>; die Funktion der Vereinigung richtet sich danach, für wen sie handelt. So kann auch der Hochschulverband der Professoren, die gegenüber ihren Angestellten Arbeitgeberstatus haben, die Professoren als Arbeitnehmerkoalition gegenüber dem Staat vertreten<sup>393</sup>.

Anerkannt ist auch, daß Schüler, Studenten und Rentner Mitglieder 276 werden können – nur ist ihnen gegenüber die Gewerkschaft auch keine Gewerkschaft, sondern nur Vereinigung i.S.d. Art. 9 Abs. 1 GG<sup>394</sup>. Es kommt auch darauf an, welche Aufgabe der Verband wahrnimmt: Betätigt er sich als Einkäufer, um den Mitgliedern Waren billig zur Verfügung stellen zu können, bündelt er zwar auch die Marktmacht der Mitglieder. Er handelt aber nicht gegenüber dem sozialen Gegenspieler, der Arbeitgeberseite, sondern agiert als bloßer Verein und genießt nur die Rechte eines Vereins<sup>395</sup>. Gleiches gilt, wenn die Gewerkschaften sich für politische

<sup>388</sup> *Jacobi*, Grundlehren, S. 169 f.; dagegen: A. Hueck, NZfAR 1926, Sp. 649, 650 f.

<sup>389</sup> Hueck/*Nipperdey*, II, S. 610 ff; *Hagemeyer/Kempfen/Zachert/Zilius*, § 2 TVG Rn. 73, 106; ähnlich: *Nikisch*, Arbeitsrecht Bd. II, § 70.III.2, S. 245; dagegen zutreffend: *Löwisch*, ZfA 1974, 29 ff.

<sup>390</sup> *Rieble*, FS Wiedemann, S. 519 ff.

<sup>391</sup> *Löwisch*, ZfA 1974, 29 ff.; im Ergebnis allerdings schon zutreffend: BAG vom 2.12.1992 – 4 AZR 277/92, AP Nr. 12 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit.

<sup>392</sup> *Reuter*, RdA 1996, 201, 209 m.w.N.; *Röckl*, DB 1993, 2382, 2383; a.A. *S.-J. Otto*, DS Wiese, 1996, S. 118, 128: Je nach Anteil der OT-Mitglieder soll entweder der gesamte Verband tariffähig oder tarifunfähig sein; gegen eine solche „Relativierung“ der Tariffähigkeit: *Buchner*, NZA 1994, 2, 4.

<sup>393</sup> MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 243 Rn. 60.

<sup>394</sup> MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 243 Rn. 26.

<sup>395</sup> Zu den DGB-Gewerkschaften als funktionelle Unternehmen: *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 437 ff., 1165 ff.

oder gesellschaftliche Ziele einsetzen, die nicht zumindest auch Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sind, z.B. Umweltschutz, Gleichstellung von Mann und Frau, Ausländerintegration.

## **II. Funktion des Vereinsverhältnisses für die Gewerkschaftsarbeitnehmer**

- <sup>277</sup> Neben dem ideellen Wert einer Gewerkschaftsmitgliedschaft sind es die materiellen Vorteile<sup>396</sup>, deretwegen Arbeitnehmer in Gewerkschaften eintreten. Aus Sicht der Gewerkschaftsarbeitnehmer als Vereinsmitglieder fällt die Leistungsbilanz ungünstiger aus, weil das Funktionsbündel von Arbeitsmarktkartell, Gütermarktgenossenschaft und Interessenverband<sup>397</sup> auf das Interessenprofil der ordentlichen Mitglieder zugeschnitten ist.

### **1. OT-Mitgliedschaft**

#### **a. Abschluß von Tarifverträgen, welche den Arbeitgeber binden**

- <sup>278</sup> Aufgabe einer tariffähigen Gewerkschaft ist es, Druck auf den sozialen Gegenspieler, d.h. die Arbeitgeber ihrer Mitglieder auszuüben, um durch Tarifverträge die Interessen der Mitglieder in die Regelung der Arbeitsbedingungen einzubringen (Kartellfunktion)<sup>398</sup>. Das kann die arbeitgebende Gewerkschaft für ihre Arbeitnehmer nicht, weil sie schon selbst deren sozialer Gegenspieler ist.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, der soziale Gegenspieler der arbeitgebenden Gewerkschaft sei auch der soziale Gegenspieler ihrer Arbeitnehmer. Zwar mögen sich die Tendenzträger beispielsweise der IG Metall derart mit der IG Metall identifizieren, daß sie die Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektroindustrie als sozialen Gegenspieler empfinden. Auf diese Empfindung kommt es jedoch nicht an. Arbeitsrechtlich ist ihr sozialer Gegenspieler ihr Arbeitgeber<sup>399</sup> und damit die IG-Metall.

Daß ein Arbeitnehmerverband für bestimmte Mitglieder keine Tarifverträge abschließen kann, entspräche für sich allein genommen der sog. OT-Mitgliedschaft eines Arbeitgebers in einem Arbeitgeberverband.

<sup>396</sup> MünchKomm/Reuter, BGB, Vor § 80 Rn. 68 vermutet in den „selektiven Anreizen“ sogar das Hauptmotiv.

<sup>397</sup> Zu dieser Dreiteilung: Hüber, Kartellcharakter, S. 29 ff.; Rieble, Arbeitsmarkt, Rn. 1159 ff.

<sup>398</sup> Vgl. § 30 Nr. 1 Satz 1 transnet-Satzung: Der Abschluß von Tarifverträgen ist eine entscheidende Aufgabe der transnet.

<sup>399</sup> Allg.: Jung, Gegnerunabhängigkeit, S. 267.

## b. Streikgeld

Die Gewerkschaften handeln jedoch nicht nur für ihre Mitglieder Tarifverträge aus, sondern sie sozialisieren auch den Entgeltausfall während eines Streiks. Das Streikgeld ist mithin ebenfalls wesentlicher Bestandteil des gewerkschaftlichen Leistungsspektrums. Da die arbeitgebende Gewerkschaft keine Streiks ihrer Arbeitnehmer gegen sich selbst organisiert und da ein Streik nur rechtmäßig ist, wenn er von einer Gewerkschaft durchgeführt wird, scheint es schon von vornherein nicht zu Ansprüchen der Gewerkschaftsarbeitnehmer kommen zu können. 279

Die Situation ändert sich, wenn eine Gewerkschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer ihre Mitglieder zum Streik auffordert. Ein Streikgeldanspruch der streikenden Arbeitnehmer gegen die bestreikte arbeitgebende Gewerkschaft wäre aber pervers. In einem solchen Arbeitskampf fehlte es an Kampfparität. Es träfe sogar zu, was *Plander* jedem Arbeitskampf der Gewerkschaftsarbeitnehmer attestieren will: Sie könnten ihre „arbeitgebende Gewerkschaft wie an Nasenringen durch die Tarifarena ziehen“<sup>400</sup>. 280

Die Satzungen der DGB-Gewerkschaften sehen allerdings Streikunterstützung nur vor, wenn der Streik vom Vorstand genehmigt worden ist. Dies kann auf einen Streik des VGB nie zutreffen. Nur § 16 ver.di-Satzung ist offener formuliert: Streikunterstützung wird „den im Arbeitskampf stehenden Mitgliedern“ gewährt, so daß dem Wortlaut nach auch die streikenden ver.di-Arbeitnehmer anspruchsberechtigt wären. Abgesehen davon, daß der Streik wegen fehlender Kampfparität rechtswidrig wäre, ist § 16 ver.di-Satzung teleologisch zu reduzieren: Das Streikgeld dient dazu, die Arbeitskampfbereitschaft der Mitglieder und damit das Druckpotential der Gewerkschaft zu erhöhen. Diesen Zweck muß ein Streikgeldanspruch der Gewerkschaftsarbeitnehmer zwangsläufig verfehlen. 281

## 2. OR-Mitgliedschaft

### a. Anspruch gegen die arbeitgebende Gewerkschaft

Gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer benötigen wie andere Arbeitnehmer im Falle einer arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung Rechtsschutz. Dies trifft auch auf die erfahrenen Rechtsschutzsekretäre zu, da ihre Sonderpostulationsfähigkeit nicht gilt, wenn sie sich selbst gegen die arbeitgebende Gewerkschaft vertreten wollen, u. § 7B.II.2.a.cc, Rn. 1297 f. 282

---

<sup>400</sup> *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 26; dazu BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, unter II.3.c)bb), SAE 1998, 237, 242 m. Anm. *Rieble*.

**aa. Satzungsmäßige Grundlage**

- 283 Sind die Gewerkschaftsarbeitnehmer zugleich Mitglieder, müßte ihnen kraft der Mitgliedschaft gewerkschaftlicher Rechtsschutz zustehen, d.h. die DGB-Gewerkschaften müßten gegen sich selbst Rechtsschutz leisten<sup>401</sup>. Ausdrücklich erwähnt wird ihr Rechtsschutzanspruch nur in § 3 GdP-Satzung i.V.m. § 3 Abs. 1c GdP-Rechtsschutzordnung und in § 12 Nr. 5 IG BAU-Satzung. Bei der IG BAU ist Rechtsschutzanspruch durch §§ 12 Nr. 5, 25 Nr. 2 Satz 1c IG BAU-Satzung in der praktischen Durchsetzbarkeit für ihre Arbeitnehmer eingeschränkt, indem sie den Rechtsschutzanspruch einem Genehmigungsverfahren durch den Gewerkschaftsrat unterworfen hat: Dieses Organ unterliegt nicht nur keinen satzungsmäßigen Vorgaben für die Entscheidungsfindung, sondern darf zudem auch nicht mit Gewerkschaftsarbeitnehmern besetzt sein, § 25 Nr. 1 Satz 3 IG BAU-Satzung.

In den Satzungen der anderen sechs DGB-Gewerkschaften finden sich keine Sonderregelungen für Gewerkschaftsarbeitnehmer.

**bb. Vereinbarkeit mit den Koalitionsvoraussetzungen**

- 284 Ob eine Gewerkschaft ihren Arbeitnehmern als Mitgliedern überhaupt einen Anspruch auf Rechtsschutz gegen sich als Arbeitgeberin einräumen kann, ist zweifelhaft: Bei tariflichen Regelungsstreitigkeiten kann die arbeitgebende Gewerkschaft ihre Arbeitnehmer nicht vertreten, weil sie als Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretung zugleich aufträte. Dann kann es der arbeitgebenden Gewerkschaft ebenso wenig möglich sein, ihren Arbeitnehmern als Koalition gewerkschaftlichen Rechtsschutz zu leisten, weil auch der Rechtsschutz als Koalitionsbetätigung Gegnerunabhängigkeit voraussetzt. Nur wenn man den gewerkschaftlichen Rechtsschutz hinsichtlich der drei Aufgabenkreise der Koalitionen als Selbsthilfe-Dienstleistungen einstufen könnte<sup>402</sup>, entfielen aber das Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit.
- 285 Die Zuordnung zu den Aufgabenkreisen hängt nicht von der Frage der Anwendbarkeit von UWG und GWB ab. Die Gütermarktordnung kann für das Rechtsschutzangebot trotz eines besonderen Arbeitsmarktbezugs dieser Koalitionsdienstleistung gelten<sup>403</sup>. Der gewerkschaftliche Rechtsschutz in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten als Verbindung der tariflichen Gestaltung mit ihrer gerichtlichen Durchsetzung hat aber einen derart

---

<sup>401</sup> So auch *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 48.

<sup>402</sup> *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1163, 554 ff.

<sup>403</sup> *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 556.

starken Bezug zum sozialen Gegenspieler, daß er Gegnerunabhängigkeit voraussetzt.

Die Satzungsbestimmungen insbesondere der GEW und IG BAU sind damit gemäß § 134 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG unwirksam. Ein Anspruch kann damit gar nicht erst entstehen. Die DGB-Gewerkschaften sind aber anderer Ansicht. Für diese Ansicht stellt sich damit die Frage, wie das Ermessen bei der Rechtsschutzgewährung auszuüben ist, und ob der Anspruch nicht unmöglich ist resp. wie er erfüllt werden kann: 286

### **cc. Ermessenkontrolle bei der Rechtsschutzgewährung**

Dennoch kann ein Antrag auf Rechtsschutz nicht willkürlich abgelehnt werden. § 315 Abs. 1 BGB ist auf die Ermessensentscheidung anwendbar. § 315 BGB ist zwar zuvörderst auf synallagmatische Schuldverhältnisse zugeschnitten, nicht aber auf diese beschränkt<sup>404</sup>. Die Norm ist auf alle Verpflichtungen aus vertraglichen Schuldverhältnissen und damit auch auf mitgliedschaftliche Leistungsansprüche anwendbar. Dem steht nicht entgegen, daß gemäß § 315 Abs. 1 BGB nur „die Leistung“ bestimmt wird, nicht aber über das „Ob“ eines Anspruchs entschieden wird. Das Mitglied erwirbt den Rechtsschutzanspruch bereits mit Ablauf der Karenzfrist. Davon zu unterscheiden ist, ob sich aus diesem allgemeinen Anspruch im Einzelfall ein Anspruch auf eine bestimmte Beratung oder Prozessvertretung ergibt. Nur insofern besteht ein Ermessen der Gewerkschaft. 287

Maßstab der Entscheidung ist im Zweifel das „billige Ermessen“, § 315 Abs. 1 BGB. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte in den Satzungen bestehen solche Zweifel bei den Rechtsschutzbestimmungen der DGB-Gewerkschaften mit Ausnahme der GEW: Gem. § 27 GEW-Satzung i.V.m. Nr. 2.1 der „Richtlinien für den Rechtsschutz“ ist der Rechtsschutz nur eine freiwillige Leistung. Sofern die Entscheidung nach billigem Ermessen zu erfolgen hat, kann Rechtsschutz nicht versagt werden, weil das beantragende Mitglied zugleich Gewerkschaftsarbeitnehmer ist. Eine solche Gruppenselektion betrifft den Anspruch als solchen und müßte in der Satzung selbst getroffen werden. 288

---

<sup>404</sup> Staudinger/Rieble, BGB, § 315 Rn. 51 f.

**b. Unmöglichkeit****aa. Rechtsschutz durch die arbeitgebende Gewerkschaft****[1] Anspruchsausschluß wegen Unmöglichkeit**

- 289 Der Anspruch der Gewerkschaftsarbeitnehmer auf Rechtsschutz ist aber ausgeschlossen, wenn diese Leistung für die arbeitgebende Gewerkschaft oder für jedermann unmöglich ist, § 275 Abs. 1 BGB.

**[2] Unabhängigkeit vom Prozeßgegner als immanente Vertretungsschranke**

- 290 Zwar ist die durch § 181 BGB geschützte Unabhängigkeit des rechtsgeschäftlichen Stellvertreters von der Gegenseite abdingbar, auf die Rechtsberatung und Prozeßvertretung trifft dies jedoch nicht zu. Die anwaltliche Unabhängigkeit ist eine Grundvoraussetzung der Rechtsordnung, § 1 BRAO, § 356 StGB. Ähnliches gilt für die verbandliche Vertretung in Rechtsangelegenheiten. Zwar ist der Verbandsvertreter auch oder sogar in erster Linie dem Verband verpflichtet – die Rechtsordnung nimmt dies jedoch hin, weil der Verband die Rolle des kollektiven Gegenspielers gegenüber dem Prozeßgegner übernimmt. Sowohl der Verbandsvertreter als auch der Verband selbst müssen von dem Prozessgegner unabhängig sein.
- 291 Gegen die Rechtsschutzleistung durch die eigenen Rechtssekretäre der arbeitgebenden Gewerkschaft resp. diejenigen der DGB-Rechtsschutz GmbH spricht zudem, daß wegen des Einflusses der arbeitgebenden Gewerkschaft auf den zur Vertretung bestellten Rechtssekretär das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen dem Gewerkschaftsarbeitnehmer und dem Rechtsschutzsekretär nicht entstehen kann<sup>405</sup>. Anders als ein Rechtsanwalt ist dieser dazu verpflichtet, die Belange seines Arbeitgebers und damit des Prozeßgegners zu wahren.

**[3] Fehlende Postulationsfähigkeit**

- 292 Eine Vertretung der Gewerkschaftsarbeitnehmer durch Rechtssekretäre der arbeitgebenden Gewerkschaft scheitert zudem an der fehlenden Postulationsfähigkeit, wenn der Rechtsprechung des 6. Senats<sup>406</sup> zu folgen ist, nach der die Vertretungsbefugnis gemäß § 11 ArbGG dort endet, wo Tarifverträge nicht mehr in die Sach- und Fachkompetenz des Verbands

---

<sup>405</sup> LAG Hessen vom 3.9.1996 – 4 TaBV 160/95, NZA 1997, 671, 672.

<sup>406</sup> BAG vom 20.2.1986 – 6 AZR 236/84, SAE 1987, 107 m. zust. Anm. Buchner, SAE 1987, 108, 110.

fallen. Daß die Satzung dem OT-Mitglied einen Rechtsschutzanspruch zuzubilligen, ändere daran nichts, weil der satzungsmäßige Anspruch als rangniedrigeres Recht § 11 ArbGG nicht verdränge und allenfalls im Innenverhältnis einen Anspruch begründe. Diese OR-Automatik steht und fällt mit der verfehlten Prämisse eines einheitlichen Gewerkschaftsbegriffs und der ebenfalls überholten Ansicht, die Postulationsfähigkeit beruhe auf der besonderen Sachkunde der Verbandsvertreter, u. § 7B.II.2.a.aa, Rn. 1283 f.

Zwar fordert der 8. Senat<sup>407</sup> mittlerweile nicht mehr die Tarifzuständigkeit und -fähigkeit, die Vollmitgliedschaft des vertretenen Mitglieds sei aber Voraussetzung der Postulationsfähigkeit. Gewerkschaftsarbeitnehmer sind aber nicht einmal OT-Mitglieder resp. Koalitionsmitglieder. Für sie als bloße Vereinsmitglieder können die Gewerkschaften keine Koalitionsbefugnisse wahrnehmen und mithin auch keinen Rechtsschutz leisten. Zwar meinen *Wank/Ramrath*<sup>408</sup> Arbeitgeberverbände könnten auch bloße Gastmitglieder vertreten, solange deren Prozeßvertretung nur zu den satzungsgemäßen Aufgaben des Verbands gehöre. Auch dann ist aber zu fordern, daß eine Koalitionsbetätigung vorliegt. Daran fehlt es hier.

### **bb. Rechtsschutz durch einen Rechtsanwalt**

Die Gewerkschaft könnte dem Gewerkschaftsarbeitnehmer aber einen Rechtsanwalt stellen. Ob sie dadurch die geschuldete Leistung bewirken kann, hängt von dem Inhalt des mitgliedschaftlichen Anspruchs ab. 293

#### **[1] Freie Anwaltswahl**

Für die Erfüllungstauglichkeit spricht zunächst, daß die Gewerkschaften auch sonst gelegentlich auf Anwälte statt auf Rechtssekretäre zurückgreifen, um ihre Rechtsschutzverpflichtung zu erfüllen. Im dritten Rechtszug ist dies ohnehin erforderlich, da vor dem BAG Anwaltszwang herrscht. Es besteht aber ein rechtlich relevanter Unterschied je nachdem, ob der Anwalt als Erfüllungsgehilfe der Gewerkschaft ein Gewerkschaftsmitglied gegen dessen Arbeitgeber vertritt oder ob der Anwalt als Erfüllungsgehilfe der arbeitgebenden Gewerkschaft gegen die Gewerkschaft auftreten soll: 294

Sucht die Gewerkschaft den Anwalt selbst aus, ist dieser zunächst ihr und nicht dem Arbeitnehmer verpflichtet. Auch hier reicht der böse Schein, der Anwalt könnte im Bemühen um weitere Mandate von den Gewerkschaften den Gewerkschaftsarbeitnehmer ineffektiv vertreten. Diesem Einwand ließe sich noch begegnen, indem auch die Auswahl des Rechts- 295

---

<sup>407</sup> BAG vom 16.11.1989 – 8 AZR 368/88, AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter.

<sup>408</sup> *Wank/Ramrath*, NZA 1993, 345 ff.

anwalts dem Arbeitnehmer überlassen wird und die Gewerkschaft nur noch die Kosten des Anwalts trägt. Ist die Gewerkschaft zugleich Arbeitgeber und Erstattungsschuldnerin, so scheint dies im Ergebnis nicht mit § 12a ArbGG vereinbar zu sein, demzufolge jede Partei ihre Kosten selbst zu tragen hat. Dennoch steht dies allein einer Erfüllung durch Kostenersatzung nicht entgegen, weil § 12a ArbGG abdingbar ist<sup>409</sup>.

## **[2] Anwaltliche Vertretung als Minus zum gewerkschaftlichen Rechtsschutz**

- 296 Eine rein anwaltliche Vertretung der Gewerkschaftsarbeitnehmer bliebe aber hinter dem Rechtsschutz der anderen Mitglieder zurück. Gerade von Gewerkschaftsseite wird betont, daß Fachanwälte für Arbeitsrecht die Rechtssekretäre nicht ersetzen können – selbst wenn man ihnen zugestehet, genausogut Prozesse gewinnen zu können<sup>410</sup> wie gewerkschaftliche Rechtssekretäre<sup>411</sup>. Gewerkschaftlicher Rechtsschutz sei nämlich weit mehr als bloße Prozeßvertretung von Individuen, denn er hebe die Rechtsdurchsetzung auf eine kollektive Ebene. Nur von dieser Ebene aus könnten systematische Rechtsverletzungen durch die Arbeitgeberseite als solche erkannt und bekämpft werden. Nur wenn die Prozeßerfolge in eine umfassende gewerkschaftliche Strategie eingefügt würden, könnten „die Arbeitgeber eingeschüchtert“ und ein „breit angelegter Erziehungsprozeß“ eingeleitet werden<sup>412</sup>. Ein koordiniertes und systematisches Vorgehen biete die anwaltliche Vertretung hingegen nicht resp. nur, wenn die Gewerkschaft die Tätigkeit des Anwalts koordiniert.
- 297 Zutreffend ist, daß die Anwaltsvertretung kein Gesamtbild typischer Rechtsverletzungen zu liefern vermag. Die einzelnen Anwälte können von vornherein nicht auf die Besonderheiten der Gewerkschaften als Arbeitgeber eingehen. Auch die Zweckmäßigkeit eines Musterprozesses ist eine Erwägung, die dem Anwalt, der einen konkreten Mandanten zu vertreten hat, fremd ist<sup>413</sup>. Insbesondere können sie nicht von der Ebene des Rechtsstreits auf die Regelungsebene umschalten. Hingegen kann eine Gewerkschaft auf eine Vielzahl gleichgelagerter verloreener oder wegen Aussichtslosigkeit gar nicht erst angestrenzter Prozesse reagieren, indem sie ein entsprechendes Recht bei Tarifvertragshandlungen durchsetzt.

<sup>409</sup> LAG Düsseldorf vom 13.5.1982 – 7 Ta 106/82, EzA zu § 12a ArbGG 1979 Nr. 3; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, § 12a Rn. 25 m.w.N.

<sup>410</sup> von Seggern, AiB 1992, 2, 3; a.A. Bauer, NZA 1999, 11, 14 f., der umgekehrt eher davon ausgeht, die Verbandsvertreter seien effektiver als Fachanwälte.

<sup>411</sup> von Seggern, AiB 1992, 2 f.; Reifner, IIM-dp/79-104, S. 17

<sup>412</sup> von Seggern, AiB 1992, 2, 3; neutraler zum Kollektivaspekt: Reifner, IIM-dp/79-104, S. 17 ff., 65, 80.

<sup>413</sup> Engelen-Kefer, AuR 1995, 300; Krasney, AuR 1995, 298.

Das BAG erkennt in dem gewerkschaftlichen Rechtsschutz überdies eine Leistung, „die über die rein fachliche Anwendung von Rechtskenntnissen hinausgeht; vielmehr vollziehen sich im Bereich gewerkschaftlichen Rechtsschutzes Lebensvorgänge, die in ihrer Art gekennzeichnet sind durch das von besonderem Vertrauen geprägte Verhältnis zwischen Gewerkschaft und Gewerkschaftsmitglied.“<sup>414</sup> Das Hessische LAG spricht den Gewerkschaftsmitgliedern folglich zu, daß sie „eine besondere von gewerkschaftlicher Solidarität geprägte Zuwendung erwarten können, die über eine bloße rechtstechnische Beratung und Interessenwahrnehmung, wie sie etwa ein Rechtsanwalt bietet, hinausgeht.“<sup>415</sup> 298

Der satzungsmäßige Anspruch der Mitglieder ist somit auf spezifisch gewerkschaftlichen Rechtsschutz gerichtet. Zwar kann die Gewerkschaft ausnahmsweise<sup>416</sup> einzelne Verfahren Anwälten übertragen, sie darf sich aber nicht insgesamt auf die Ebene einer Rechtsschutzversicherung zurückziehen, die lediglich das Kostenrisiko sozialisiert<sup>417</sup>. 299

Rechtsanwälte zu beauftragen oder die Gewerkschaftsarbeitnehmer von Rechtsanwaltskosten freizustellen, reicht nicht, wenn der Gewerkschaftsarbeitnehmer gewerkschaftlichen Rechtsschutz verlangt.

### **cc. Rechtsschutz durch eine Gewerkschaftsarbeitnehmer-gewerkschaft**

Somit kann die arbeitgebende Gewerkschaft selbst den Gewerkschaftsarbeitnehmern keinen gewerkschaftlichen Rechtsschutz bieten. Sie könnte aber den VGB mit dem Rechtsschutz betrauen. 300

#### **[1] Postulationsfähigkeit von VGB-Sekretären**

Diese Aufgabe könnten die Verbandsbevollmächtigten des VGB aber nur übernehmen, wenn sie in Prozessen der Gewerkschaftsarbeitnehmer gegen die arbeitgebende Gewerkschaft postulationsfähig sind. Dies sind sie unproblematisch gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 ArbGG aus eigenem Recht, wenn der Gewerkschaftsarbeitnehmer zugleich Mitglied der Gewerkschaftsarbeitnehmergewerkschaft ist. Für die übrigen Gewerkschaftsarbeitnehmer kommt es darauf an, ob die Voraussetzungen der interver-

<sup>414</sup> BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

<sup>415</sup> LAG Hessen vom 3.9.1996 – 4 TaBV 160/95, NZA 1997, 671, 672.

<sup>416</sup> Gemäß § 12 Nr. 5 IG BAU-Satzung muß über die Rechtsvertretung durch Anwälte der Bundesvorstand entscheiden, während ansonsten der Bezirks- bzw. die Landesvertretung entscheidet.

<sup>417</sup> Ähnlich: *Bischoff*, Gewerkschaft, S. 131; *Sachse*, Aufnahme- und Verbleiberecht, S. 135 ff.

bandlichen Postulationsfähigkeit gemäß § 11 Abs. 1 Satz 5 ArbGG vorliegen. Der Gesetzgeber hat diese interverbandliche Postulationsfähigkeit 1998 durch die „lex DGB“ ermöglicht: Sofern eine Partei in einem Verband Mitglied ist, sind die Verbandsvertreter aller Verbände vergleichbarer Ausrichtung postulationsfähig.

- 302** Maßgeblich ist daher, ob der VGB und die Gewerkschaften des DGB und CGB vergleichbar ausgerichtet sind. Mit dem Erfordernis einer vergleichbaren Ausrichtung ist die generelle Zielsetzung gemeint<sup>418</sup>, d.h. beide Verbände müssen entweder Arbeitgeberverbände oder Gewerkschaften sein. Es wird nicht verlangt, daß die Verbände dem gleichen Dachverband oder der gleichen Branche angehören. Die Verbandsbevollmächtigten der Spitzenverbände sind ohnehin schon gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG postulationsfähig. Die Norm käme nur zum Tragen, wenn der Rechtsschutz nicht beim Spitzenverband zentralisiert ist, was nur auf Gewerkschaften außerhalb des DGB und die Arbeitgeberverbände zutrifft. Diese beiden Zielgruppen zu begünstigen, entspricht aber nicht der allgemeinen Zwecksetzung der „lex DGB“. Der Gesetzgeber wollte vielmehr gerade den gewerkschaftlichen Rechtsschutz durch den DGB organisatorisch erleichtern.

Eine Beschränkung auf Verbände gleicher Branchen ließe sich nur begründen, indem man auf die verfehltete Prämisse abstellt, die Postulationsfähigkeit hänge mit besonderer Sach- und Fachkunde der Verbandsbevollmächtigten zusammen<sup>419</sup>. Müssen die Verbände nur auf der gleichen Seite der sozialen Gegenspieler stehen<sup>420</sup>, kann sich beispielsweise ein Arbeitnehmer und Mitglied der IGM von einem Verbandsbevollmächtigten der CGM vertreten lassen. Voraussetzung ist nur, daß beide Verbände Gewerkschaften i.S.d § 11 Abs. 1 Satz 2 sind, weil Satz 5 nicht auch auf die selbständigen Vereinigungen mit berufs- oder sozialpolitischer Zwecksetzung i.S.d. Satzes 3 verweist.

- 303** Unabhängig davon, ob der VGB eine Gewerkschaft ist, sind seine Rechtssekretäre nicht gemäß § 11 Abs. 1 Satz 5 ArbGG postulationsfähig, wenn sie einen Arbeitnehmer einer DGB-Gewerkschaft für diese vertreten wollen: Die DGB-Gewerkschaften stehen nicht mit dem VGB auf der gleichen Seite, sondern sind seine Kontrahenten. Zwar sind die VGB-Bevollmächtigten postulationsfähig, wenn sie einen Rechtsschutzanspruch

<sup>418</sup> Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, § 11 Rn. 82a; GK-ArbGG/Bader, § 11 Rn. 92a.

<sup>419</sup> Ebenfalls zweifelnd: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, § 11 Rn. 82a.

<sup>420</sup> Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, § 11 Rn. 82a halten es für möglich, daß „die christliche Ausrichtung von Bedeutung sein kann“.

eines gegen sie gerichteten Anspruchs eines ihrer Mitglieder erfüllen wollen, nicht aber wenn sie den Anspruch eines Mitglieds der arbeitgebenden Gewerkschaft gegen diese erfüllen sollen. Daher scheidet auch eine Übertragung des Rechtsschutzes für die Arbeitnehmer-Mitglieder auf eine Gewerkschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer aus. Die DGB-Gewerkschaften können ihren Arbeitnehmer-Mitgliedern mithin keinen gewerkschaftlichen Rechtsschutz leisten. Sie werden von der Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB frei.

## [2] Kostenerstattung gemäß § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB

Ist ein Gewerkschaftsarbeitnehmer in einer Gewerkschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer organisiert und erhält er von diesem Rechtsschutz, kann er von der arbeitgebenden Gewerkschaft Kostenerstattung gemäß § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB verlangen, sofern seine Gewerkschaft Rechtsschutzleistungen einzeln abrechnet. Ist der Rechtsschutz im Mitgliedschaftsbeitrag enthalten, könnte der VGB von ihrem ersatzberechtigten Mitglied entsprechend den Regeln der Drittschadensliquidation verlangen, daß es den Erstattungsanspruch an sie abtritt. Ansonsten würde die arbeitgebende Gewerkschaft durch die Mitgliedschaft der Arbeitnehmer in einer Gewerkschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer entlastet. 304

Als Maßstab für die Höhe des Erstattungsanspruchs kann nicht auf die Gebührensätze der BRAGO zurückgegriffen werden, da diese auf Rechtsanwälte zugeschnitten sind<sup>421</sup>. Die Kostenerstattungen stellen nicht die Unabhängigkeit des VGB von der arbeitgebenden und zahlenden Gewerkschaft in Frage<sup>422</sup>. Zwar führt die Kostenerstattungspflicht der arbeitgebenden Gewerkschaften dazu, daß der VGB den Rechtsschutzanspruch nicht aus eigener Kasse finanzieren muß und somit von einem erst-rangigen Kostenfaktor weitgehend befreit ist. 305

Eine koalitionsrechtlich bedeutsame Abhängigkeit begründet dies dennoch nicht, weil die erstattende Gewerkschaft durch die Zahlung keinen von ihrem Willen abhängigen Einfluß gewinnt<sup>423</sup>. Deswegen erfüllt auch die finanzielle Abhängigkeit der gewerkschaftlichen Bildungswerke nicht den koalitionsrechtlichen Tatbestand der Gegnerabhängigkeit. Obwohl die Arbeitgeber nach dem LBildUrlG die Kosten der von ihren Arbeitnehmern wahrgenommenen gewerkschaftlichen Bildungsangebote und gemäß §§ 40, 37 Abs. 6 und 7 BetrVG die der Betriebsratsschulungen tragen müssen und damit wesentlich zur Finanzierung der gewerkschaft- 306

<sup>421</sup> LAG Hamm vom 18.11.1993 – 8 Ta 61/93, DB 1994, 336; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, § 12a Rn. 36; GK-ArbGG/Wenzel, § 12a Rn. 45.

<sup>422</sup> Zweifelnd: Wagner, NJW 1995, 422.

<sup>423</sup> Ähnlich zu § 12a ArbGG: GK-ArbGG/Wenzel, § 12a Rn. 46.

lichen Bildungseinrichtungen beitragen, gefährdet dies nach fast allgemeiner Meinung die Gegnerunabhängigkeit der Trägergewerkschaften nicht<sup>424</sup>.

### 3. OK-Mitgliedschaft

- 307 Die Funktion von nicht tariffähigen Arbeitnehmerkoalitionen besteht wie bei tariffähigen darin, die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder zu fördern – nur steht ihnen nicht das Mittel des Tarifvertrags zur Verfügung. Auch für sie gilt, daß sie die kollektivierten Mitgliederinteressen gegenüber dem sozialen Gegenspieler zum Ausdruck bringen sollen. Aus dieser Funktion ergibt sich auch, daß es sich um eine Koalitions- und nicht bloß Tariffähigkeitsvoraussetzung handelt. Die arbeitgebenden Gewerkschaften können ihren Arbeitnehmern als Mitgliedern auch keine sonstigen koalitionsmäßigen Dienstleistungen erbringen, z.B. indem sie Information über die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers sammeln und neutral aufbereiten. Bei allen koalitionsmäßigen Dienstleistungen ist die Gegnerunabhängigkeit Voraussetzung, so daß die Gewerkschaftsarbeitnehmer nicht nur OT, sondern nicht einmal OK-Mitglieder sind.

### 4. Selbsthilfe-Dienstleistungen

- 308 Einen eigenständigen Leistungsbereich bilden die gewerkschaftlichen Dienstleistungen. Ursprünglich war dies sogar eine Hauptfunktion der Gewerkschaften: Bevor es eine staatliche Arbeitslosenversicherung gab, sozialisierten die Gewerkschaften das Risiko des Arbeitsverplatzverlustes<sup>425</sup> und stärkten damit – zu Zeiten der lösenden Aussperrung – ihre Marktmacht als Kartell.
- 309 Des weiteren bündelt die Gewerkschaft die Marktmacht der Arbeitnehmer als Verbraucher, um für sie günstige Preise zu erzielen; sie betätigt sich also als Konsumverein<sup>426</sup>. Zum anderen erbringen Gewerkschaften oder ihre Einrichtungen ausschließlich für ihre Mitglieder bestimmte Dienstleistungen, vgl. Leistungskatalog der IG BCE Mitglieder-Service GmbH. Gezielt setzen die Gewerkschaften in Zeiten schwindender Mitgliederzahlen auf den Werbeeffekt von „gewerkschaftlichen Zusatz-

---

<sup>424</sup> Rieble, Arbeitsmarkt, S. 167 Rn. 562; Jung, Unabhängigkeit, S. 191 f. m.w.N.; BAG vom 28.5.1976 – 1 ABR 44/74, BAGE 28, 126, 128; BAG vom 3.4.1979 – 6 ABR 70/76, AP Nr. 17 zu § 40 BetrVG 1972 = SAE 1980, 28.

<sup>425</sup> Briefs, in: Gewerkschaften, S. 9, 10 f.

<sup>426</sup> Rieble, Arbeitsmarkt, Rn. 1163 m.w.N. Zum Arbeitnehmer als Verbraucher: Rieble/Klumpp, ZIP 2002, 2153.

leistungen“<sup>427</sup>. Die GEW wirbt unter ihrer Netzadresse mit „30 % Rabatt auf Ratgeberbücher zu Schule und Unterricht“<sup>428</sup>.

Den Arbeitnehmer-Mitgliedern kommen – ebenso wie den anderen Mitgliedern – die Ansprüche zu, deren Erbringung nicht die Koalitions- oder Gewerkschaftseigenschaft seitens des Leistenden voraussetzt. Soweit also die Gewerkschaften als Dienstleistungskonsumentenverein auftreten und ihren Mitgliedern verbilligten oder kostenlosen Zugang zu Bildungsveranstaltungen einräumen, profitieren davon auch die Gewerkschaftsarbeitnehmer. Allerdings sind auch die Arbeitnehmer-Mitglieder an das Verbot rechtsmißbräuchlichen Verhaltens gebunden. So wird ein gewerkschaftlicher Agitator sich nicht darauf berufen dürfen, eine Bildungsveranstaltung zu seinem Fachgebiet besuchen zu wollen, wenn ihm die dort zu vermittelnden Kenntnisse bereits bekannt sind. Dabei handelt es sich allerdings um Ausnahmefälle, die kaum je praktisch vorkommen dürften. 310

Den Arbeitnehmer-Mitgliedern stehen auch die Sonderkonditionen zu, die mit der Gewerkschaftsmitgliedschaft verbunden sind. Sie dürfen daher verbilligt bei der „Büchergilde Gutenberg“ Bücher beziehen oder zu Sonderkonditionen bei der ehemals konzerneigenen Volksfürsorge-Versicherungs-AG Versicherungen abschließen. Allerdings haben diese Leistungen für die Gewerkschaftsbeschäftigten häufig einen geringeren Wert, da das Leistungsspektrum auf die Bedürfnisse der Vollmitglieder zugeschnitten ist. Beispielsweise bietet die gewerkschaftseigene Versicherung GUV/Fakulta Berufskraftfahrern, die Mitglied einer DGB-Gewerkschaft sind, besonders günstige Berufshaftpflichtversicherungen an<sup>429</sup>. Nur die wenigsten Arbeitnehmer des DGB-Verbunds sind beruflich mit Fahrdiensten befaßt. Auch die erwähnten Lockangebote haben für die hauptamtlichen Mitarbeiter der GEW nicht den Wert, den sie für die organisierten Lehrer haben. 311

## 5. Gesellschaftliche und politische Artikulation

Ein wesentlicher Teil des gewerkschaftlichen Haushalts wird dafür aufgewendet, Politik<sup>430</sup> und Gesellschaft im gewerkschaftlichen Sinn zu beeinflussen und dabei die Interessen der Arbeitnehmer zu vertreten. Auch 312

<sup>427</sup> Grundlegend zu diesen Selbsthilfe-Dienstleistungen: *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1163.

<sup>428</sup> [http://www.gew.de/wir/frame\\_index.html](http://www.gew.de/wir/frame_index.html) [zuletzt abgerufen am 3.11.2002]. Im nachfolgenden wird dort einschränkend klargestellt, daß „Mitglieder der GEW ab sofort auf vier Bücher der PraxisReihe Bildung und Information 30 % Rabatt auf den Verkaufspreis erhalten.“

<sup>429</sup> Vgl. <http://www.guv-fakulta.de/> [zuletzt abgerufen am 15.7.2006].

<sup>430</sup> Empirisch: *Sillow*, Korporative Repräsentation der Gewerkschaften, 1982.

*Wendeling-Schröder* rechnet dies zu den Leistungen einer Gewerkschaft an ihre Mitglieder<sup>431</sup>. Die Lobbyarbeit dient jedoch schon dem gewerkschaftlichen Selbstverständnis nach nicht nur den Mitgliedern, sondern allen Arbeitnehmern und ist somit eine mitgliedschaftsindifferente Leistung. Gleichwohl ist die Einflußnahme auf diese Lobbyarbeit durch das mitgliedschaftliche Stimmrecht direkt mitgliedschaftsbezogen.

- 313 Da die Lobbyarbeit im Gesamtinteresse aller Arbeitnehmer erbracht wird, kommt sie auch den Gewerkschaftsarbeitnehmern zugute. Die lobbyistische Macht der DGB-Gewerkschaften kann sich aber auch gegen die Gewerkschaftsarbeitnehmer kehren – etwa wenn die Gewerkschaften zwar ein arbeitnehmerschützendes Gesetz erwirken, dabei aber für sich Tendenzschutzklauseln durchsetzen. Zuletzt hat der DGB seinen Einfluß auf die rot-grüne Bundesregierung dazu genutzt, die bei den Rechtssekretären äußerst unpopuläre Ausgliederung des Rechtsschutzes in die DGB-Rechtsschutz GmbH durch § 11 Abs. 1 Satz 5 ArbGG zu flankieren.
- 314 Die Vereinfunktion kann die arbeitgebende Gewerkschaft gegenüber ihren Arbeitnehmern wahrnehmen: Durch ihre Mitgliedschaft können die Gewerkschaftsarbeitnehmer über ihren Beitrag als Arbeitnehmer hinaus am kollektiven Kampf für die Arbeitnehmerinteressen teilhaben. In dieser Vereinfunktion kann ihr Gegner auch ein Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband der Metallindustrie sein. Das allerdings ist rechtlich bedeutungslos, da die bloße Arbeitnehmervereinigung keine Gegnerunabhängigkeit voraussetzt.

### **C. Erwerb der Mitgliedschaft und Wirksamkeitshindernisse**

#### **I. Satzungsvorbehalt**

- 315 Die Gewerkschaftsarbeitnehmer als bloße Vereinsmitglieder unterscheiden sich von den Gewerkschaftsmitgliedern so erheblich, daß die Möglichkeit solcher Mitgliedschaften eine satzungsmäßige Grundlage erfordern könnte, d.h. unter dem Vorbehalt einer ausdrücklichen Regelung in der Satzung steht:

##### **1. Satzungsbestimmungen zur Mitgliedschaft eigener Arbeitnehmer**

- 316 Die DGB-Gewerkschaften verlangen einerseits von ihren Arbeitnehmern, daß sie Mitglieder der arbeitgebenden Gewerkschaft werden, andererseits

---

<sup>431</sup> *Wendeling-Schröder*, ZGR 1990, 107, 118 f.; ihr folgend: *Bischoff*, Gewerkschaft, S. 133.

sehen nur wenige Satzungen die Mitgliedschaft der eigenen Arbeitnehmer vor:

Vorbildlich ist die DBV-Satzung: § 5 Abs. 3 DBV-Satzung ermöglicht nicht undifferenziert die Mitgliedschaft eigener Arbeitnehmer, sondern trennt diese Mitgliedschaft als außerordentliche von der ordentlichen.

Anders und uneinheitlich verhält es sich bei den DGB-Gewerkschaften: **317** transnet (§ 2c transnet-Satzung), ver.di (§ 4 Nr. 1 ver.di-Satzung) und die GdP (§ 4 Abs. 1 GdP-Satzung) erwähnen in ihren Organisationskatalogen ausdrücklich die eigenen Arbeitnehmer; die beiden letzteren schließen sogar die Beschäftigten der gewerkschaftseigenen Wirtschaftsunternehmen mit ein.

Eine Sonderstellung nimmt ver.di ein, weil § 4 Nr. 2 ver.di-Satzung auf **318** den Organisationskatalog verweist, welcher unter der Nr. 1.1.4.6. auch die Arbeitnehmer der Gewerkschaftsverwaltungen zu dem Organisationsbereich ver.dis rechnet. Dem Wortlaut nach sind davon sowohl die Arbeitnehmer ver.dis als auch die der anderen DGB-Gewerkschaften erfaßt. Die Arbeitnehmer des DGB fallen hingegen scheinbar aus dem Organisationsbereich heraus, da der DGB weder eine Gewerkschaft noch ein gewerkschaftlicher Nebenbetrieb ist, sondern eine gewerkschaftliche Spitzenorganisation. Demgegenüber werden die Arbeitnehmer ver.dis und ihrer Einrichtungen gleich doppelt dem Organisationsbereich ver.dis zugeordnet, nämlich sowohl durch die Nr. 1.1.4.6 als auch durch § 4 Nr. 1 Satz 3 ver.di-Satzung.

Die IGM, GEW, NGG, IG BCE und die IG BAU beschreiben ihren **319** jeweiligen Organisationsbereich, ohne ihre Arbeitnehmer ausdrücklich zu nennen, vgl. § 1 Nr. 3 IG BCE-Satzung, § 3 IGM-Satzung, § 4 Nr. 1 i.V.m. § 2 NGG-Satzung. Andererseits zählt z.B. § 1 Nr. 3 IG BCE-Satzung zu dem Organisationsbereich nicht nur die Arbeitnehmer der Betriebe, Unternehmen und Konzerne in den Fachbereichen des Bergbaus, der Chemie und der Energie, sondern auch die Arbeitnehmer der Aufsichtsbehörden dieser Fachbereiche. Wären die Gewerkschaften Aufsichtsbehörden im Sinne ihrer Satzungen, unterfielen die Gewerkschaftsarbeitnehmer ihrem Organisationsbereich, ohne daß es einer besonderen Bestimmung bedürfte. Immerhin gelten auch die Berufsgenossenschaften als Aufsichtsbehörden im Satzungssinn. Obwohl die Gewerkschaften es zu ihren satzungsmäßigen Aufgaben zählen, über die Einhaltung des Arbeitsrechts – insbesondere ihrer Tarifverträge – zu wachen, ist die IG BCE weder eine Aufsichtsbehörde noch ist sie ein Konzern der Bergbau-, Chemie- oder Energiebranche. Dies verträglich schon nicht mit dem Selbstverständnis der DGB-Gewerkschaften als Organisationen assoziativer Selbsthilfe.

Die Satzungen der IG BCE, IG BAU und NGG regeln den Beitritt eigener **320** Arbeitnehmer nicht. Sie schließen aber den Beitritt eigener „Beschäftigter“

zu bestimmten Wahlämtern aus, dazu u. § 3D.II, Rn. 373 ff. Einen Anwendungsbereich haben diese Bestimmungen nur, wenn ihre Arbeitnehmer Mitglieder werden können.

## 2. Notwendigkeit einer satzungsmäßigen Grundlage und Satzungsvorbehalt

- 321 Gewerkschaften ohne ausreichende satzungsmäßige Grundlage können ihre Arbeitnehmer nicht als Mitglieder aufnehmen, wenn die Aufnahme von Mitgliedern unter Satzungsvorbehalt steht, d.h. wenn die Mitgliedschaftsfähigkeit eine die Identität des Vereins bestimmende Grundentscheidung ist.

### a. Satzungsvorbehalt bei Grundentscheidungen

- 322 Die Grundentscheidungen gehören zur Vereinsverfassung und müssen als solche gemäß § 25 BGB zwingend satzungsförmig geregelt werden<sup>432</sup>: Die Norm konkretisiert für das Vereinsrecht den auch in anderen Teilen des Gesellschaftsrechts<sup>433</sup>, und in der Staatsverfassung<sup>434</sup> geltenden allgemeinen Rechtsgrundsatz, demzufolge der Exekutivmacht Grenzen durch einen Regelungsvorbehalt zugunsten eines breiter und direkter legitimierten Organs gesetzt sind. Dementsprechend muß der Satzungsgeber die wesentlichen Fragen hinreichend bestimmt und genau genug selbst regeln. Dieses Erfordernis ist eine hinzunehmende gesetzgeberische Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit.

Auch die gewerkschaftliche Organisationsautonomie ist nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet. Wenn die Gewerkschaften als Rechtsform den nicht eingetragenen Verein wählen<sup>435</sup>, ist § 25 BGB auf die Gewerkschaften zumindest analog anwendbar<sup>436</sup>. Die auf den Schutz von Mit-

<sup>432</sup> BGH vom 6.3.1967 – 2 ZR 231/64, BGHZ 47, 172, 177; BGH vom 24.10.1988 – 2 ZR 311/87, BGHZ 105, 306, 314; *Lohbeck*, MDR 1972, 382; *Lukes*, NJW 1972, 121 f.; *Staudinger/Weick*, § 25 Rn. 3; *Wiedemann*, JZ 1968, 219.

<sup>433</sup> *H. Westermann*, FG E. Boettcher, S. 203 ff.

<sup>434</sup> Zum Wesentlichkeitsvorbehalt des Art 80 GG: BVerfG (Kammer) vom 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75, BVerfGE 47, 46, 82; BVerfG (Senat) vom 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208, 214 ff.; *Püttner*, BB 1987, 1122, 1125. Im Arbeitsrecht: BVerfG (Senat) vom 25.2.1988 – 2 BvL 26/84, BVerfGE 78, 32; BAG vom 27.11.1991 – 5 AZR 167/91, BergmVersSchG NRW § 9 Nr. 29; *Biberacher*, Betriebliche Rechtssetzungsmacht, S. 78; *Papier*, RdA 1989, 137, 142; *Waltermann*, Betriebsvereinbarung, S. 153, 163 ff.

<sup>435</sup> Zur GbR als Rechtsform: *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 6; a.A.: *Blank*, Tarifzuständigkeit, S. 108

<sup>436</sup> OLG Frankfurt vom 19.12.1984 – 9 U 107/83, ZIP 1985, 213, 215; *Reuter*, ZHR 148 (1984), 523, 524; *K. Schmidt*, Verbandszweck, S. 50; *Soergel/Schulze-v. Lasaulx*,

gliederminderheiten bedachte Rechtsprechung legt den Begriff der Grundentscheidung dementsprechend weit aus und unterstellt auch Detailfragen wie etwa das Zuchtprogramm eines Pferdezuchtvereins einschließlich der Voraussetzungen für die Eintragung ins Zuchtbuch dem Satzungsvorbehalt<sup>437</sup>. Die Satzung müsse hinsichtlich der Grundfragen eine ausreichende Regelungsdichte aufweisen, d.h. alle wesentlichen Gesichtspunkte selbst regeln<sup>438</sup>.

Diese Rechtsprechung zum Vereinsrecht findet ihre Entsprechung im Kapital- und Personengesellschaftsrecht: Dort sind Grundentscheidungen der Hauptversammlung vorbehalten, § 119 Abs. 2 AktG. Der BGH grenzt spätestens seit der Holzmüller-Entscheidung<sup>439</sup> die „Grundsatzzuständigkeit“<sup>440</sup> der Hauptversammlung von den vorlagefreien Vorstandsentscheidungen ab, indem er darauf abstellt, ob eine „faktische Satzungsänderung“ vorliegt<sup>441</sup>. Dies sei der Fall, wenn der in der Satzung beschriebene Unternehmensgegenstand erweitert oder geändert werde. Erst recht gilt dieser Grundsatz bei anderen Gesellschaftsformen, deren Leitungsorgane weniger unabhängig sind<sup>442</sup> und daher auch bei Gewerkschaften, deren „Unternehmensgegenstand“ durch ihren Organisationsbereich bestimmt wird. 323

Zwar wird in der Literatur teilweise kritisch darauf hingewiesen, daß die Vereinsverfassung nur eine Grund- und keine Gesamtordnung sein müsse<sup>443</sup>. Zu Unrecht stelle die Rechtsprechung auf den Mitgliederschutz ab; Funktion der Vereinsverfassung sei vielmehr die Integrationsfähigkeit<sup>444</sup>. Die Satzung müsse kein dichtes Regelwerk enthalten, sondern für evolutionäre Tendenzen offen sein<sup>445</sup>. Das Vereinssatzungsrecht kenne ohnehin keinen Bestimmtheitsgrundsatz, der ein Vereinsmitglied vor 324

---

BGB, § 54 Rn. 9; *Säcker*, Repräsentation, S. 30; unter Vorbehalt: *Vorderwülbecke*, Kontrollbefugnisse, S. 103 ff., 154; a.A.: *Staudinger/Coing*, § 25 Rn. 25.

<sup>437</sup> BGH vom 25.10.1983 – KZR 27/82, BGHZ 88, 314, 316 = NJW 1984, 1355; vgl.: Besetzung des Schiedsgerichts: BGH vom 25.10.1983 – KZR 27/82, BGHZ 88, 314, 316; Nebenfolgen von Vereinsstrafen.

<sup>438</sup> St. Rspr. seit BGH vom 6.3.1967 – 2 ZR 231/64, BGHZ 47, 172, 177; zusammenfassend und zustimmend: *Steinbeck*, S. 113 f.; *Soergel/Hadding*, § 25 Rn. 1; gegen diesen Ansatz: *Reuter*, ZHR 148 (1984), 523, 527.

<sup>439</sup> BGH vom 25.2.1982 – 2 ZR 174/80, BGHZ 83, 122 ff.

<sup>440</sup> So der treffende Ausdruck von *H. Westermann*, FG E. *Boettcher*, S. 203 ff.

<sup>441</sup> BGH vom 25.2.1982 – 2 ZR 174/80, zu I.2.b), BGHZ 83, 122, 130.

<sup>442</sup> Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 13.I.4.b, S. 374 f.

<sup>443</sup> *Lukes*, NJW 1972, 121, 126; zustimmend: *MünchKomm/Reuter*, BGB, § 25 Rn. 9.

<sup>444</sup> *Reuter*, ZHR 148 (1984), 523, 527 f.; *Grunewald*, ZHR 152 (1988), 242, 247 ff.

<sup>445</sup> *MünchKomm/Reuter*, BGB, § 25 Rn. 9.

grundlegenden Änderungen schützt<sup>446</sup>. Dieser vereinsrechtliche Streit kann hier aber unentschieden bleiben, wenn nach beiden Ansichten eine Grundentscheidung vorliegt.

## **b. Voraussetzungen der Mitgliedschaft als Grundentscheidungen**

### **aa. Ansicht der vereinsrechtlichen Rechtsprechung**

- 325** Auch gewerkschaftliche Satzungen haben bereits mehrfach die Rechtsprechung beschäftigt: Zwingend satzungsförmig geregelt werden müssen die Voraussetzungen des Vereinsausschlusses<sup>447</sup>, die Veröffentlichung im Mitteilungsblatt der Gewerkschaft<sup>448</sup> und die Kostentragungspflicht des ausgeschlossenen Mitglieds<sup>449</sup>.
- 326** Mit dem Wahlverfahrensrecht der ehemaligen IG BSE war das OLG Frankfurt befaßt: Entgegen einem von der IG BSE in Auftrag gegebenen Gutachten entschied es, daß es zu den Grundentscheidungen der Gewerkschaftsorganisation gehört, aus welchen Personen sich die Delegierten zusammensetzen, wie sie bestellt werden, wie lange ihre Amtsdauer ist, auf wie viele Mitglieder ein Delegierter entfällt und welche Mehrheit für Beschlußfassungen erforderlich ist<sup>450</sup>. Nichts anderes kann für die Voraussetzungen der Mitgliedschaft gelten.
- 327** Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß es sich um eine bloße Gastmitgliedschaft handele. Zwar mag die Gast-Mitgliedschaft hinsichtlich Umfang und Inhalt der vereinsrechtlichen Pflichten in einem Stufenverhältnis zur Voll-Mitgliedschaft stehen. Gerade deshalb müssen die Voll-Mitglieder aber erkennen können, wer nur Gast-Mitglied ist und

<sup>446</sup> So zu den Publikumsgesellschaften: BGH vom 24.11.1975 – 2 ZR 89/74, BGHZ 66, 82, 85; BGH vom 13.3.1978 – II ZR 63/77, BGHZ 71, 53, 58 f.; BGH vom 15.11.1982 – 2 ZR 62/82, BGHZ 85, 350, 356; A. Kraft, FS Fischer, S. 326 f.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 464 ff.

<sup>447</sup> St. Rspr.: RG vom 1.7.1929 – 4 662/28, RGZ 125, 338 ff.; RG vom 11.5.1936 – IV 282/35, RGZ 151, 229, 232; st. Rspr. des BGH seit BGH vom 27.2.1954 – 2 ZR 17/53, BGHZ 13, 5, 10 (Kündigung eines Generalsekretärs infolge eines Gewerkschaftsausschlusses); BGH vom 19.1.1978 – II ZR 192/76, BGH NJW 1978, 990 ff. (Mercatorstreikbrecher); BGH vom 25.10.1983 – KZR 27/82, BGHZ 88, 314, 316; Reichert, HdBdVuVR, Rn. 317.

<sup>448</sup> Schmiegel, Koalitionssatzungen, S. 188.

<sup>449</sup> BGH vom 6.3.1967 – 2 ZR 231/64, BGHZ 47, 172, 178; Vorderwülbecke, Kontrollbefugnisse, S. 157; vgl. Schmiegel, Koalitionssatzungen, S. 18.

<sup>450</sup> OLG Frankfurt vom 19.12.1984 – 9 U 107/83, ZIP 1985, 213, 215; vgl. Gutachten von Reuter, ZHR 184 (1984), 523 und Säcker, Probleme der Repräsentation von Großvereinen, 1986.

welche Rechte die Gast-Mitglieder haben. Dieses Abgrenzungsbedürfnis spricht eher für als gegen das Erfordernis einer satzungsmäßigen Grundlage.

### **bb. Ansicht der Literatur**

Selbst wenn § 25 BGB nicht dem Schutz, sondern der Integration diene, 328 bliebe es eine Grundentscheidung der Gewerkschaft, ob sie Sondermitgliedschaften wie die der eigenen Arbeitnehmer zuläßt. Wenn die Gewerkschaften die Mitgliedschaftspflicht ihrer eigenen Arbeitnehmer mit der in einem „Kampfverband“<sup>451</sup> notwendigen inneren Geschlossenheit begründen<sup>452</sup> und sich darauf berufen, es handele sich um eines ihrer Organisationsprinzipien, so belegt dies, daß auch das Pflichtmitgliedschaftsprinzip der Gewerkschaft ihr Gepräge und ihre Identität gibt.

Zumindest muß das „Ob“ der Mitgliedschaft eigener Arbeitnehmer 329 zwingend in der Satzung geregelt werden. Dies stimmt mit dem Ansatz *Säckers* überein, der den Satzungsvorbehalt für Grundentscheidungen aus den immanenten Grenzen der Privatautonomie herleitet: Die Privatautonomie könne nicht bis zur Entrechtung des Verbandsmitglieds gehen, weshalb eine Grundentscheidung getroffen werde, wenn die Rechtsstellung der Mitglieder betroffen ist<sup>453</sup>.

Zutreffend sieht auch *Blank*, Justitiar der IGM, die konkrete Ausgestaltung 330 des Organisationsbereiches, die Festlegung der zugehörigen Wirtschaftszweige und die maßgeblichen Abgrenzungskriterien als Satzungsrecht an<sup>454</sup>. Gerade die IGM gehört allerdings zu den Gewerkschaften, die in ihrem Organisationskatalog die eigenen Arbeitnehmer nicht nennen, o. § 3C.I.1, Rn. 319.

### **cc. Scheinbarer Widerspruch zur Organisationsbereichs-abgrenzung**

Der nach der hier vertretenen Ansicht erforderlichen satzungsmäßigen 331 Regelung für die Gast-Mitgliedschaft von eigenen Arbeitnehmern scheint entgegenzustehen, daß DGB-Organen über die Organisationsbereichs-

<sup>451</sup> Zu den Gewerkschaften als Kampfverbänden: *Kahn-Freund*, Festgabe für Fraenkel, S. 335, 337; *Säcker/Rancke*, ArbuR 1981, 1, 13; *Wendeling/Schröder*, ZGR 1990, 107, 120, 125 f.

<sup>452</sup> Zur Rechtfertigung von Vorkehrungen gegen innerverbandliche Opposition wegen der Kampfverbandseigenschaft: *Kahn-Freund*, a.a.O.; BVerfG (Kammer) vom 24.2.1999 – 1 BvR 123/93, NZA 1999, 713; krit. MünchKomm/*Reuter*, BGB, Vor § 21 Rn. 117.

<sup>453</sup> *Säcker*, Repräsentation, S. 22 ff.

<sup>454</sup> *Blank*, Tarifzuständigkeit, S. 114.

abgrenzung zwischen den DGB-Gewerkschaften entscheiden<sup>455</sup>, ohne daß eine satzungsmäßige Grundlage dafür in den Satzungen der DGB-Gewerkschaften enthalten ist. Dabei ist allerdings ebenfalls umstritten, ob sich die Mitglieder gegen eine solche Abgrenzung nicht zur Wehr setzen können, indem sie sich darauf berufen, die Reichweite des Organisationsbereichs müsse hinreichend bestimmt sein und sich genau genug aus der Satzung selbst ergeben<sup>456</sup>. Nach zutreffender Ansicht liegt in der Organisationsbereichsabgrenzung durch Organe des DGB eine legitimationslose Fremdbestimmung der Gewerkschaftsmitglieder durch Organe des DGB<sup>457</sup>. Zuletzt hat *Ricken*<sup>458</sup> ausführlich an diesem Beispiel untersucht, ob ein solcher Fremdeinfluß bei Gewerkschaften zulässig ist und dabei die vom BVerfG<sup>459</sup> für Art. 4 Abs. 1 GG geforderte Abwägung zwischen der in freier Selbstbestimmung der Mitglieder vorgenommene Einführung in eine hierarchisch organisierte Gemeinschaft einerseits und dem Schutz vor einer Entäußerung der eigenen Willensbestimmung der Mitglieder andererseits auf die Organisationsbereichsabgrenzung bei den Gewerkschaften durch den DGB übertragen. *Ricken* meint dabei zu erkennen, *Rieble*<sup>460</sup> verkenne die Bedeutung der Koalitionsfreiheit, wenn er die Übertragbarkeit der Bahá'í-Entscheidung des BVerfG mit dem Argument ablehne, die DGB-Gewerkschaften seien im Verhältnis zum DGB nicht hierarchisch gegliedert.

- 332 Dabei verkennt *Ricken* allerdings, daß die religiösen Vorstellungen und Bindungen wegen des umfassend sinnstiftenden, transzendentalen Bezugs eine weitergehende Selbstbestimmung erfordern können als die materiell orientierte Bildung koalitionspolitischer Kollektive. Nicht nur das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, o. § 2A.I.2, Rn. 60 f., sondern eben auch das verfassungsrechtlich geschützte Bedürfnis einer Religionsgemeinschaft nach Unterwerfung unter einen Oberverband unterscheiden sich daher von der Koalitionsorganisationsfreiheit der Gewerkschaften.
- 333 Im übrigen folgt aus der Bahá'í-Entscheidung gerade, daß auch den DGB-Gewerkschaften eine Unterwerfung unter die Fremdbestimmung seitens des DGB möglich wäre, wenn diese ihre Eigenständigkeit aufgäben und als fachliche Unterorganisationen des DGB gegliedert würden. Solange dies

<sup>455</sup> Protokollnotiz des DGB-Vorstands; vgl. *Rieble*, Anm. zu BAG vom 14.12.1999 – 1 ABR 74/98, AP Nr. 14 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit, I.1.

<sup>456</sup> Zu recht kritisch: *Rieble*, a.a.O., III.1.; vgl. auch *Konzen*, FS Kraft, S. 310 ff.

<sup>457</sup> *Rieble*, Anm. zu BAG vom 14.12.1999 – 1 ABR 74/98, AP Nr. 14 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit, III.1.

<sup>458</sup> *Ricken*, RdA 2007, 35, 39.

<sup>459</sup> BVerfG (Kammer) vom 5.12.1991 – 2 BvR263/86, BVerfGE 83, 341, 359.

<sup>460</sup> *Rieble*, a.a.O., III.1.; ähnlich: *Jacobs*, Tarifeinheit, S. 214 f.; *Konzen*, FS Kraft, S. 297, 312; *Seeger*, Organisationskonflikte, S. 98.

aber nicht der Fall ist, könnte auch nach der wie von *Ricken*<sup>461</sup> geforderten Abwägung die Koalitionsbetätigungsfreiheit nicht die Einschränkung der verbandsrechtlichen Grenzen der Entäußerung der eigenen Willensbestimmung der Mitglieder rechtfertigen. Zudem verkennt *Ricken*, daß nicht bloß das Verbandsrecht, sondern auch die individuelle Koalitionsfreiheit der Fremdbestimmung Grenzen setzt und damit die von der h.M.<sup>462</sup> anerkannte kollektive Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft einschränkt. Allerdings verneint auch *Ricken*<sup>463</sup> im Ergebnis zu Recht die Fremdbestimmung durch Blankettverweisungen in den Satzungen der DGB-Gewerkschaften, weil die DGB-Gewerkschaften auch bilateral die Organisationsbereichsabgrenzung verhandeln und unilateral umsetzen könnten. Das BAG hat nunmehr in seiner jüngsten Entscheidung zur Organisationsbereichsabgrenzung, dem ver.di./IBM-Beschluß<sup>464</sup>, die Grenzen der Fremdbestimmung deutlicher betont als in den früheren Entscheidungen. Es hält zu Recht eine Satzungsbestimmung trotz eines Zustimmungsvorbehalts zugunsten des DGB-Schiedsgerichts für wirksam, auch wenn die Satzungsänderung gegen die Entscheidung des DGB-Schiedsgerichts verstößt. Dann aber kann auch im umgekehrten Fall der Spruch des DGB-Schiedsgerichts keine direkte satzungsumgestaltende Wirkung haben und bedarf der Umsetzung durch die DGB-Gewerkschaft.

Der Streit um die Fremdbestimmung verdeckt aber teilweise, daß nicht nur das DGB-Schiedsgericht, sondern eben auch die Exekutivorgane der Einzelgewerkschaften selbst nicht zur Änderung des Organisationsbereichs befugt wären: Weil die Voraussetzungen der Mitgliedschaft bei den Gewerkschaften Grundentscheidungen sind, stehen sie unter Satzungs vorbehalt. *Rieble*<sup>465</sup> hat zudem zu Recht darauf hingewiesen, daß die Entscheidung von Gewerkschaftsvorsitzenden als „moderne Variante des Führerprinzipes“ die Legitimation der Tarifautonomie von unten beschädigt. Deswegen setzt eine Organisationsbereichsabgrenzung koalitionsrechtlich, aber eben auch vereinsrechtlich – wie nunmehr auch in der ver.di-Satzung geregelt – voraus, daß der Gewerkschaftsrat als Repräsentativorgan der Mitglieder zwischen den Bundeskongressen nach

---

<sup>461</sup> *Ricken*, a.a.O., S. 39 f.

<sup>462</sup> Für Art. 9 Abs. 3 GG als Doppelgrundrecht: BVerfG (Senat) vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 373 f.; zuletzt BVerfG vom 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, zu B.1., NZA 2001, 777, 778; BAG vom 1.12.2002 – 1 AZR 96/02, RdA 2003, 357, 360 m. Anm. *Buchner*, 363 ff.; *Dieterich*, RdA 2002, 1, 8 m.w.N.

<sup>463</sup> *Ricken*, a.a.O., S. 40.

<sup>464</sup> BAG vom 27.9.2005 – 1 ABR 41/04, zu II.1.a)aa) und b), NZA 2006, 273.

<sup>465</sup> *Rieble*, Anm. zu BAG vom 14.12.1999 – 1 ABR 74/98, zu III.1., AP Nr. 14 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

§ 41 Nr. 4, 5 ver.di-Satzung den Organisationsbereich, welcher in § 4 i.V.m. dem Organisationskatalog geregelt ist, satzungsförmig ändert.

- 335 Umso unverständlicher ist es, daß gerade bei ver.di eine Satzungsbestimmung fehlt, welche die Gastmitgliedschaft der eigenen Arbeitnehmer ermöglicht. So wenig wie die Mitgliedschaftsvoraussetzungen durch Exekutivorgane geregelt werden können, so wenig darf eine kalte Satzungsänderung durch Aufnahmebeschlüsse erfolgen, die von der Satzung nicht gedeckt sind. Zwar gehört § 33 BGB – entgegen der Ansicht *Flumes*<sup>466</sup> – zu den gemäß § 40 BGB grundsätzlich abdingbaren Normen. Daraus erwachse den Mitgliedern kein Nachteil, da sie sich mißliebiger Vereinsmaßnahmen durch Austritt erwehren könnten. Sinn der kurzen Frist des § 39 BGB sei es, eine solche Abstimmung mit Füßen zu ermöglichen<sup>467</sup>.
- 336 Anders verhält es sich aber bei den Gewerkschaften als oligopoloiden und teilweise sogar monopoloiden Großvereinen. Weil bei ihnen das kurzfristige Austrittsrecht faktisch leerläuft, ist die Selbstentmachtungsfreiheit der Mitglieder schon wegen des Gebots der demokratischen Binnenorganisation<sup>468</sup> eingeschränkt<sup>469</sup>. Außer zur Notstandsgesetzgebung können die Exekutivorgane nicht ermächtigt werden, die Vereinsverfassung umzugestalten<sup>470</sup>.

### 3. Folgen des satzungsvorbehaltswidrigen Beitritts

- 337 Fehlt es wie bei der IGM, GEW, NGG, IG BCE und der IG BAU an einer satzungsmäßigen Grundlage, stellt sich die Frage der Folge für das Mitgliedschaftsverhältnis. *Rieble* geht davon aus, daß die Mitgliedschaft vereinsrechtlich nicht wirksam begründet worden ist<sup>471</sup>. Daß die Aufnahme gegen den Satzungsvorbehalt verstößt, berührt die Wirksamkeit des Beitritts jedenfalls ebenso wie die satzungswidrige Aufnahme, wenn § 25 BGB Außenwirkung hat:

---

<sup>466</sup> *Flume*, AT BGB I/2, S. 194 ff.

<sup>467</sup> *Teubner*, Organisationsdemokratie, S. 26 ff.

<sup>468</sup> *Rieble*, Anm. zu BAG vom 14.12.1999 – 1 ABR 74/98, zu III.1., AP Nr. 14 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; vgl. auch *Rieble*, SAE 1998, 243, 244.

<sup>469</sup> Luzide: *Reuter*, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; *Säcker*, Repräsentation, S. 12 ff. m.w.N. Zum allgemeinen Vereinsrecht: BGH vom 28.11.1994 – 2 ZR 11/94, BGHZ 128, 93, 100; *Soergel/Hadding*, § 25 Rn. 24; *Steinbeck*, Vereinsautonomie, S. 172 ff.

<sup>470</sup> So aber BAG vom 19.11.1985 – 1 ABR 37/83, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit m. abl. Anm. *Reuter*.

<sup>471</sup> *Rieble*, SAE 1998, 243, 244.

### a. Nichtigkeit des Beitritts, § 134 BGB i.V.m. § 25 BGB

Eine Außenwirkung ergibt sich jedoch aus § 134 BGB, wenn diese Norm auch für Satzungsrecht einen Transmissionsriemen bildet. Zumindest nach der Normentheorie ist die Satzung auf Vereinsautonomie gegründetes, objektives Gesetzesrecht, das durch schöpferischen Gesamakt entsteht und sich den Mitgliedern vom Erwerb der Mitgliedschaft an verpflichtend auferlegt<sup>472</sup>; Geltungsgrund ist die staatliche Delegation von Regelungsmacht. Die Rechtsprechung wendet auf den Beitritt und die Gründung die Vertragstheorie an, behandelt aber die Satzung entsprechend der Normentheorie<sup>473</sup>. 338

Die Argumentationslinien weisen eine beachtliche Konvergenz zu dem tarifvertragsrechtlichen Streit auf, wie die Normwirkung von Tarifverträgen<sup>474</sup> zu erklären ist – eine Folge davon<sup>475</sup>, daß *Sinzheimer* den vereinsrechtlichen Korporationsgedanken von *Gierkes*<sup>476</sup> aufgriff und rechtspolitisch auf den Tarifvertrag übertrug<sup>477</sup>. Während das Tarifrecht in § 1 TVG die Normwirkung anordnet<sup>478</sup>, fehlt im Vereinsrecht eine solche Anordnung. Die Vereinssatzungen sind aber ebenfalls Rechtsnormen, und zwar auch dann, wenn sie nicht auf staatliche Legitimation zurück- 339

<sup>472</sup> O. von Gierke, *Privatrecht*, Bd. 1, 1895, S. 486, 142 ff.; O. von Gierke, *Das Wesen*, S. 31; MünchKomm/Reuter, *BGB*, § 25 Rn. 17; Meyer-Cording, *Vereinsstrafe*, 1957, S. 43, 46 ff.; Meyer-Cording, *Rechtsnormen*, S. 70 ff., 74; Larenz, *GD Dietz*, S. 45, 49; Baecker, *Vereinsautonomie*, S. 29 ff.; Reemann, *Verein*, S. 138; Kirchhof, *Rechtsetzung*, S. 268.

<sup>473</sup> RG vom 29.10.1940 – 7 44/40, RGZ 165, 140, 144; BGH vom 4.10.1956 – 2 ZR 121/55, BGHZ 21, 370, 373; BGH vom 6.3.1967 – 2 ZR 231/64, BGHZ 47, 172, 179; zustimmend: RGRK/Steffen, *BGB*, § 25 Rn. 5.

<sup>474</sup> Dort zur Delegationstheorie: Hueck/Nipperdey, *Lehrbuch* Bd. II/1, S. 346, 349 f.; Überblick bei: Wiedemann/Thüsing, *TVG*, § 1 Rn. 45. m.w.N. Zum vertragsrechtlichen Ansatz: Böttcher, *Unterwerfung*, S. 18 ff.; Rieble, *ZfA* 2000, 5, 10.

<sup>475</sup> Rieble, *ZfA* 2000, 5, 10.

<sup>476</sup> Zur Theorie von der elaan Verbandspersönlichkeit: von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, S. 472, 518; ders., *Das Wesen der menschlichen Verbände*, S. 28 f.; ders., *Genossenschaftsrecht*, Bd. 1, S. 1; speziell zur Rechtssetzung durch private Verbände: von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, S. 142 ff.

<sup>477</sup> *Sinzheimer*, *FG RG*, Bd. 4, S. 1 ff.; ders., *Arbeitsnormenvertrag*, Bd. 1, S. 102 ff. Zum Verhältnis *Sinzheimers* zu *Otto von Gierke*: W. Kilian, *Selbstbestimmung und Tarifvertrag*, 1965, S. 36 ff; ferner K. Schmidt, *Wirkungsgeschichte von Otto v. Gierkes Genossenschaftstheorie*, 1987.

<sup>478</sup> Schon unter der TVVO für Tarifnormen als objektives Recht: *Sinzheimer*, a.a.O.; *Nipperdey*, *Tarifrecht*, S. 138 ff. Zur vor Geltung der TVVO ausschließlich schuldrechtlichen Wirkung: *Lotmar*, *Der Arbeitsvertrag*, Bd. 1, S. 789 ff.; *Jacobi*, *Grundlehren*, S. 246 ff.; auch unter Geltung des TVG: *Ramm*, *Parteien*, S. 36 ff., 69 ff., 84 ff.; *Ramm*, *JZ* 1962, 78 ff.

zuführen sind, sondern auf eine rechtsgeschäftlich-privatautonome Normsetzung<sup>479</sup>.

- 340 Anders als der normative Teil von Tarifverträgen sollen Vereinssatzungen dennoch nicht dem Gesetzesbegriff des Art. 2 EGBGB unterfallen, weil ihnen keine Außenwirkung zukomme<sup>480</sup>. Dementsprechend handelt es sich nach h.M. bei Vereinssatzungen auch nicht um Gesetze i.S.d § 134 BGB<sup>481</sup>. Der Verstoß gegen den Satzungsvorbehalt kann danach nicht zur Nichtigkeit gemäß § 134 BGB führen<sup>482</sup>, weshalb *Bischoff* von einem satzungswidrigen, aber wirksamen Beitritt ausgeht<sup>483</sup>.

### b. Aufnahme als *ultra vires*-Handlung

- 341 Des Rückgriffs auf § 134 BGB als „Transmissionsriemen von Satzungsrecht in das Privatrecht“<sup>484</sup> bedürfte es nicht, wenn sich die Aufnahme unter Verstoß gegen den Satzungsvorbehalt als Handlung *ultra vires* darstellt und dies bereits für sich die materielle Unwirksamkeit bedingt. Gemäß der *ultra vires*-Doktrin ist die Rechts- und Handlungsfähigkeit eines Verbands durch den satzungsmäßigen Handlungszweck beschränkt<sup>485</sup>. Entsprechend sieht *von Gierke* den Umfang der Willens- und Handlungsfähigkeit „durch den Umfang der körperschaftlichen Rechtsfähigkeit bestimmt“. Jede „Verbandsperson“ habe „ein Aktionsgebiet, außerhalb dessen sie nicht bloß nicht handeln soll, sondern nicht handeln kann“<sup>486</sup>. Im Verbandsrecht des deutschen Privatrechts hat sich diese Lehre jedoch nicht durchgesetzt<sup>487</sup>; begrenzt wird nicht die Rechtsfähig-

<sup>479</sup> So auch die zu §§ 25, 33 BGB herrschende „modifizierte Normentheorie“, statt aller: BGH vom 4.10.1956 – 2 ZR 121/55, BGHZ 21, 370 und BGH vom 14.3.1968 – 2 ZR 52/66, BGHZ 49, 396; a.A. zur vertragsrechtlichen Theorie statt aller: *Hadding*, FS R. Fischer, S. 165,

<sup>480</sup> *Taupitz*, JZ 1994, 221, 223; OLG Köln vom 27.4.1971 – 15 U 125/70, NJW 1971, 1637, 1638; *Taupitz*, Standesordnungen, S. 1076; a.A.: RG vom 18.2.1932 – 8 537/31, RGZ 135, 242, 245; RG vom 30.10.1901 – Rep. 4 218/01, RGZ 49, 150, 155.

<sup>481</sup> OLG Karlsruhe vom 9.11.1977 – 6 U 110/77, NJW 1978, 324; *Soergel/Hefermehl*, BGB, § 134 Rn. 6; *Taupitz*, JZ 1994, 221, 223; *Staudinger/Sack*, BGB, § 134 Rn. 16; offengelassen: OLG Karlsruhe vom 9.11.1971 – 6 U 110/77, NJW 1978, 324; zweifelnd: BAG vom 16.1.1971 – 5 AZR 339/70, MDR 1971, 519; *Beater*, AcP 197 (1997), 505.

<sup>482</sup> *Bischoff*, Gewerkschaft, S. 136 f.

<sup>483</sup> *Bischoff*, Gewerkschaft, S. 137.

<sup>484</sup> Vgl. *Taupitz*, JZ 1994, 221, 225.

<sup>485</sup> *Ennecerus/Nipperdey*, § 105 Fn. 3 m.w.N.

<sup>486</sup> *O. von Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 630 ff.

<sup>487</sup> *Flume*, Juristische Person, § 10.II; *Jüngst*, Vertretungsmacht, S. 32 ff.; *K. Schmidt*, Verbandszweck, S. 40 ff.; *Soergel/Hadding*, BGB, Vor § 21 Rn. 26 ff. m.w.N.; tlw. a.A.: *J. von Gierke*, Schiffsrecht, § 43 II.3.b.

keit, sondern die Vertretungsmacht. Inwieweit die Vertretungsmacht der organschaftlichen Vertreter privatrechtlicher Verbände durch die Satzung beschränkt werden kann, ist für jeden Verband gesondert zu entscheiden, vgl. § 26 Abs. 2 Satz 2 BGB; §§ 126 Abs. 2 HGB; § 82 Abs. 1 AktG; § 37 Abs. 2 GmbHG; § 27 Abs. 2 GenG.

### c. Grenze der Vertretungsmacht

Ob der Vorstand wirksam Gewerkschaftsarbeitnehmer als Vereinsmitglieder aufnehmen kann, hängt aber von seiner Vertretungsmacht ab, § 26 BGB<sup>488</sup>. 342

#### aa. Fehlende organschaftliche Vertretungsmacht

##### [1] Aufnahmeentscheidung bei Gewerkschaften

Über die Aufnahme entscheidet grundsätzlich der Vorstand als Organ des Vereins. Die Satzungen der DGB-Gewerkschaften sehen überwiegend vor, daß ein Aufnahmegesuch zunächst an die Bezirksverwaltung resp. den Bezirksvorstand<sup>489</sup>, den Ortsvorstand<sup>490</sup> oder an den Verwaltungsstellenvorstand<sup>491</sup> zu richten ist. Falls diese dem Aufnahmegesuch widersprechen, entscheidet auf Einspruch die nächsthöhere Vereinsinstanz. Die Delegation auf untere Verwaltungsebenen begründet keine Kompetenz zur Aufnahme von Arbeitnehmern außerhalb des Organisationsbereichs. 343

##### [2] Bloße Begrenzung durch die Vertretungsmacht des Vereinsvorstands

Die Vertretungsmacht des Vorstands ist grundsätzlich umfassend und sachlich unbeschränkt, § 26 Abs. 2 Satz 1 BGB und wird auch nicht durch den satzungsmäßigen Vereinszweck<sup>492</sup> oder Zustimmungsvorbehalte der Mitgliederversammlung eingeschränkt. Solche Vorbehalte sollen sich auf die Vertretungsmacht ebenso wenig auswirken wie auf die Rechtsfähigkeit, sondern allein das Innenverhältnis betreffen. Demgemäß hat der BGH einen vom Vorstand erklärten Austritt des Vereins aus einem Verband für wirksam gehalten, obwohl eine satzungsmäßig erforderliche vor- 344

<sup>488</sup> Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 26 Rn. 5 m.w.N.

<sup>489</sup> § 7 Nr. 1 und 2 ver.di-Satzung; § 4 Abs. 2 GdP-Satzung.

<sup>490</sup> § 4 Nr. 2 IG BCE-Satzung; § 3 Nr. 4 Abs. 1 i.V.m. Nr. 5 Abs. 3 IGM-Satzung.

<sup>491</sup> § 4 Nr. 1 NGG-Satzung.

<sup>492</sup> RG vom 2.7.1907 – 20/07, Recht 1907 Nr. 2497; RG vom 5.11.1934 – 6 180/34, RGZ 145, 311, 314; BGH vom 25.3.1953 – VI 13/52, BB 1953, 368; *Reichert*, HdBVuVR Rn. 1395 ff.

herige Beschlußfassung der Mitgliederversammlung unterblieben war<sup>493</sup>. Bei den Arbeitgeberverbänden ist es daher nach verbreiteter Rechtsansicht auch wirksam, wenn der Vorstand ein Mitglied fristlos ausscheiden läßt, obwohl nach der Satzung entweder eine Frist einzuhalten ist oder ein besonderes Gremium entscheiden muß.

- 345 Entsprechend wären auch die Satzungsbestimmungen der DGB-Gewerkschaften über ihren jeweiligen Organisationsbereich zu behandeln: Daß z.B. gemäß § 4 NGG-Satzung nur „ArbeitnehmerInnen, die in einem zum Organisationsbereich (§ 2 NGG-Satzung) gehörenden Unternehmen oder Betrieb beschäftigt sind [...] Mitglied werden können“, beschränkt nicht die Vertretungsmacht des Vorstands, andere Arbeitnehmer resp. der NGG-Arbeitnehmer aufzunehmen. Eine einschränkende Bestimmung i.S.d. § 26 Abs. 2 Satz 2 BGB wäre § 4 NGG-Satzung nur, wenn der Norm eindeutig zu entnehmen ist, daß sie gerade den Umfang der Vertretungsmacht und nicht nur das rechtliche Dürfen einschränken soll. Zum Schutz des Rechtsverkehrs vermutet der BGH, daß Satzungenormen nur verbandsintern wirken und den Handlungsspielraum des Vorstands gegenüber Dritten nicht einschränken<sup>494</sup>.

#### **bb. Ausnahme bei Eingriffen in die Rechte Einzelner**

- 346 Diese Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Handlungen im Rahmen der Vertretungsmacht bezieht sich allerdings ausschließlich auf Organhandlungen, die nicht die Rechtsstellung des einzelnen Mitglieds betreffen, sondern den Verein als Ganzes und in diesem Rahmen Mitverwaltungsrechte und -pflichten der Mitglieder<sup>495</sup>. Daß satzungswidrige Handlungen insofern wirksam sind, wird damit begründet, daß die einzelnen Mitgliedschaftsverhältnisse – bis auf eines – wegfallen können, ohne daß dadurch der Verein als Rechtssubjekt in seinem Bestand betroffen ist<sup>496</sup>.
- 347 Bei Rechtsakten gegenüber einzelnen Mitgliedern muß die Wirksamkeit aber stärker eingeschränkt werden. Dementsprechend hat der BGH Vereinsstrafen für unzulässig gehalten, wenn keine dem § 25 BGB genügende satzungsförmige Regelung besteht<sup>497</sup> – insoweit gelte auch im Vereinsrecht der Grundsatz *nulla poena sine lege scripta*<sup>498</sup>. Nichts anderes kann

<sup>493</sup> BGH vom 28.4.1980 – 2 ZR 193/79, BGH NJW 1980, 2799, 2800; *Soergel/Hadding*, BGB, § 26 Rn. 20.

<sup>494</sup> BGH vom 28.4.1980 – 2 ZR 193/79, BGH NJW 1980, 2799, 2800.

<sup>495</sup> Vgl. *Reuter*, ZHR 148 (1984), 523, 544 ff.

<sup>496</sup> *Sauter/Schweyer*, Der eingetragene Verein, Rn. 360.

<sup>497</sup> BGH vom 6.3.1967 – 2 ZR 231/64, BGHZ 47, 172.

<sup>498</sup> *MünchKomm/Reuter*, BGB, § 25 Rn. 14, 43; *Reuter*, ZHR 148 (1984), 523, 547.

hinsichtlich der Begründung des Mitgliedschaftsverhältnisses gelten, wenn eine satzungsförmige Regelung fehlt.

#### **d. Beschränkte Unwirksamkeit ex nunc**

In ihrem Bestand sind die DGB-Gewerkschaften ohne satzungsförmige Beitrittsregelung gleichwohl nicht gefährdet: Die Fehlerhaftigkeit wirkt nach der Lehre vom fehlerhaften Verband<sup>499</sup> nur *ex nunc* und kann geheilt werden. Dies gilt auch für die unwirksamen Mitgliedschaftsverhältnisse<sup>500</sup>. Die Unwirksamkeit tritt zudem nur ein, wenn das Mitgliedschaftsverhältnis in Vollzug gesetzt worden ist und sich die Gewerkschaftsarbeitnehmer innerhalb der zeitlichen Grenzen der Verwirkung auf die Fehlerhaftigkeit berufen. 348

#### **e. Observanz und Heilung**

Die Unwirksamkeit entfällt zudem, wenn im Wege der Observanz die satzungsrechtliche Fehlerhaftigkeit behoben ist oder wenn die DGB-Gewerkschaften im Nachhinein durch entsprechende Satzungsbestimmungen die fehlerhafte Aufnahme heilen<sup>501</sup>. Nicht einmal einer heilenden Satzungsänderung bedarf es, wenn bereits durch Observanz Heilung eingetreten ist. 349

#### **aa. Voraussetzungen**

##### **[1] Allgemeine Voraussetzungen bei nichtrechtsfähigen Vereinen**

Der Vertragstheorie zufolge ist die Observanz ein satzungsändernder, konkludenter Vertragsschluß<sup>502</sup>. Gemäß dem zutreffenden korporationsrechtlichen Ansatz ist Observanz eine eigenständige vereinsrechtliche Rechtsquelle, die dem Gewohnheitsrecht im staatlichen Recht (Art. 2 EGBGB; Art. 12 EGZPO) entspricht<sup>503</sup>. Ihre Geltung beruht nicht auf der Autorität eines Normsetzungsorgans, sondern darauf, daß die Betroffenen den Rechtssatz in gesicherter Weise als für sich verbindlich akzeptieren<sup>504</sup>. 350

---

<sup>499</sup> Dazu umfassend: *Schäfer*, Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002.

<sup>500</sup> *Reuter*, ZHR 148 (1984), 523, 545; für das Personengesellschaftsrecht: BGH vom 29.6.1970 – 2 ZR 158/69, BGHZ 55, 5, 8; grundlegend: *Flume*, AT BGB I/1, S. 13 ff.

<sup>501</sup> MünchKomm/*Reuter*, BGB, § 54 Rn. 75.

<sup>502</sup> *Soergel/Hadding*, BGB, § 25 Rn. 5; *Säcker*, Repräsentation, S. 115 f.; mißverständlich: BGH vom 13.1.1955 – 2 ZR 249/53, BGHZ 16, 143, 150.

<sup>503</sup> OLG Frankfurt vom 19.12.1984 – 9 U 107/83, ZIP 1985, 213, 216; RG vom 23.11.1922 – 4 167/22, RGZ 106, 120, 123; *Reichert*, HdBVuVR Rn. 355.

<sup>504</sup> *Reuter*, ZHR 148 (1984), 523, 549.

- 351 Daraus leiten sich auch die Voraussetzungen der Observanz ab: Eine längerdauernde „eingewurzelte“ Übung (*consuetudo*) und eine Rechtsüberzeugung der Beteiligten (*opinio iuris*), daß gerade diese Übung rechtens ist (*consensus ad idem*)<sup>505</sup>. Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille der Mitglieder sind hingegen nicht erforderlich<sup>506</sup>. Tarifvertragsrechtlich kann auch eine nach der Satzung bestehende Tarifzuständigkeit im Wege der Observanz derogiert werden, indem langwährend keine Tarifverträge mehr abgeschlossen werden bzw. versucht wird, Tarifverträge zu erkämpfen<sup>507</sup>.
- 352 Im rechtsfähigen Verein kann allerdings nur die Satzung das dispositive Gesetzesrecht abbedingen<sup>508</sup> – die Observanz wollte der Gesetzgeber gerade ausschließen<sup>509</sup>. Das Eintragungserfordernis gem. §§ 71, 59 Abs. 2 BGB gilt aber gerade für die Gewerkschaften als nichtrechtsfähige Vereine nicht<sup>510</sup>.

## [2] Restriktionen hinsichtlich der Vereinsverfassung

- 353 Die Observanz könnte gegenständlich eingeschränkt sein. Sie kann jedenfalls nicht weiter reichen als die gem. § 40 BGB zulässige ausdrückliche Abbedingung von dispositivem Gesetzesrecht. § 25 BGB ist zwar nicht dispositiv, bei dem Satzungsvorbehalt geht es aber nicht um die Abbedingung der Norm, sondern um ihre Erfüllung. Die Grundentscheidungen können nach h.M. auch durch Observanz erfolgen<sup>511</sup>.

## [3] Einschränkungen bei Gewerkschaften

- 354 Gewerkschaften müssen demokratisch organisiert sein. Daraus könnte sich eine Einschränkung für den Anwendungsbereich der Observanz ergeben. Allerdings bedeutet das Erfordernis der demokratischen Organisation kein Schriftformgebot für die Vereinsverfassung. Jedoch ist die Observanz auch bei den politischen Parteien anwendbar<sup>512</sup>. Ebenso bei der innerverbandlichen gewerkschaftlichen Willensbildung hält die h.M. die Observanz für möglich. So hat das OLG Köln eine Klage gegen einen

<sup>505</sup> BVerwG vom 19.8.1967 – VII C 122/66, NJW 1969, 1044, 1047; BGH vom 30.1.1958 – III ZR 174/56, NJW 1958, 709; BGH vom 19.6.1962 – I ZB 10/61, NJW 1962, 2054, 2055 f.; BAG vom 6.12.1978 – 5 AZR 436/77, EzA § 15 GewO Nr. 5; RG vom 23.11.1922 – IV 167/22, RGZ 106, 123 ff.

<sup>506</sup> BGH vom 13.1.1955 – II ZR 249/53, BGHZ 16, 143, 150 f; RG, a.a.O.

<sup>507</sup> Löwisch/Rieble, TVG, § 2 Rn. 57.

<sup>508</sup> MünchKomm/Reuter, BGB, § 40 Rn. 2.

<sup>509</sup> Prot. I S. 531; 2. KommProt BGB, Bd. I, 1897, S. 531 ff.

<sup>510</sup> Soergel/Schulze-v. Lasaulx, BGB, § 25 Rn. 8.

<sup>511</sup> MünchKomm/Reuter, BGB § 25 Rn. 2 m.w.N.

<sup>512</sup> BGH vom 28.11.1988 – II ZR 96/88, NJW 1989, 1212.

Gewerkschaftsausschluß durch die Mitgliederversammlung wegen fehlender vorheriger Mitteilung von Dringlichkeitsanträgen zurückgewiesen, da die nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BGB vorgesehene vorherige Mitteilung durch Observanz abbedungen worden sei<sup>513</sup>. Insbesondere zu den Grundentscheidungen bei § 25 BGB hat das OLG Frankfurt dafürgehalten, daß die Gewerkschaftssatzung durch Oberservanz ergänzt werden kann<sup>514</sup>.

Auch inhaltlich ist die demokratische Organisation durch die Aufnahme von Gastmitgliedern nicht gefährdet – die Gastmitgliedschaft verhindert gerade eine Mitwirkung an der Tendenzbestimmung, die nur den Vollmitgliedern zusteht, u. § 3D.III, Rn. 381 ff. 355

### **bb. Consuetudo**

Die Mitgliedschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer in der arbeitgebenden Gewerkschaft ist nicht nur irgendeine langdauernde Übung, sondern Tradition und Organisationsprinzip, seit die Zigarettdreher die Arbeit eines ihrer Kollegen miterledigten, damit dieser ihnen bei der Arbeit aus politischer und gewerkschaftlicher Literatur vorlesen konnte<sup>515</sup>. 356

### **cc. Opinio iuris und consensus ad idem**

Seitdem die Rechtsordnung die Gewerkschaften anerkennt und im Gegenzug die Gewerkschaften weitgehend die vom Staat vorgegebene Rechtsordnung akzeptieren, beruht die Koppelung von Mitgliedschaft und Arbeitsverhältnis auch auf dem Rechtsverständnis der Beteiligten: Die meisten Gewerkschaftsarbeitnehmer waren ohnehin schon Gewerkschaftsmitglieder bevor sie Gewerkschaftsarbeitnehmer wurden. 357

Für die Rechtsüberzeugung ist die langdauernde Übung nicht ohne Bedeutung. Vielmehr spricht letztere auch für eine entsprechende Rechtsüberzeugung, wenn dem keine Anhaltspunkte entgegenstehen. Die Gewerkschaftsmitglieder haben nicht nur keine Kritik an der Mitgliedschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer geübt, sondern dies sogar gefordert. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß die Gewerkschaftsorgane bisher nicht in der Überzeugung gehandelt hätten, gewerkschaftliches Organisationsrecht zu vollziehen, wenn sie auf der Mitgliedschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer bestanden. 358

---

<sup>513</sup> OLG Köln vom 28.3.1990 – 2 U 165/89, WM IV 1990, 1068 m. zust. Bespr. *van Look*; WuB II L § 32 BGB 1.90.

<sup>514</sup> OLG Frankfurt vom 19.12.1984 – 9 U 107/83, WM 1985, 1466.

<sup>515</sup> <http://www.gewerkschaft-ngg.de/ueberuns/index.html> [zuletzt abgerufen am 3.12.2002]; *Brügmann*, FR vom 18.5.1998, Beilage 1848, S. 41 mit weiteren Ausführungen zur „Association der Cigarrenarbeiter in Deutschland“.

- 359 Diese Rechtsüberzeugung wurde auch von außen zu Zeiten ihrer Entstehung nicht angegriffen. Als *Rieble* 1998 die Ansicht äußerte, ohne eine satzungsmäßige Regelung sei die Mitgliedschaft schon vereinsrechtlich nicht wirksam begründet worden<sup>516</sup>, konnte er die Rechtsüberzeugung der Beteiligten nicht mehr rechtzeitig zerstören, um die Observanz an der Entstehung hindern. Die Gewerkschaftsarbeitnehmer konnten und können daher auch den Gewerkschaften beitreten, die eine Mitgliedschaft der eigenen Arbeitnehmer nicht ausdrücklich vorsehen. Ob sie dazu arbeitsvertraglich verpflichtet werden können, ist eine individualarbeitsrechtliche Frage, u. § 4C.I.2.d, Rn. 558 ff.

## II. Beitritt als Haustürgeschäft

- 360 Zum Schutz von Verbrauchern vor Überrumpelung folgt aus § 312 BGB ein Widerrufsrecht. Wer Arbeitnehmer als Verbraucher ansieht<sup>517</sup>, könnte den erzwungenen Beitritt zur arbeitgebenden Gewerkschaft als widerruflich ansehen, und zwar unabhängig von dem parallel begründeten Arbeitsverhältnis.
- 361 Dafür spricht zunächst, daß § 312 BGB bezweckt, den Verbraucher vor „besonderen Vertriebsformen“ zu schützen<sup>518</sup>. Anders als der Arbeitsvertrag, durch den keine Arbeitsverhältnisse vertrieben werden, ist das Auffordern des Bewerbers zum Beitritt eine besondere Vertriebsform der Mitgliedschaft. Zweifelhaft ist schon eher, ob die Begründung eines Mitgliedschaftsverhältnisses als Abschluß eines Vertrags über eine entgeltliche Leistung i.S.d. § 312 Abs. 1 BGB anzusehen ist<sup>519</sup>. Diese Hürde dürfte aber spätestens der EuGH überspringen, welcher über die gleichförmige Anwendung der RL 85/577/EWG wacht: Aus der funktionalen Sicht des EuGH ist der Verbraucher vor Zahlungsverpflichtungen begründeten Beitritten nicht minder zu schützen als vor Austauschverträgen. Daher ist zu befürchten, daß der dogmatische Unterschied zwischen dem Kaufvertrag über ein Buch und dem Beitritt zu einem Buchclub mit Abnahmeverpflichtung keine entscheidende Rolle spielen wird.
- 362 Zu berücksichtigen ist aber, daß § 312 BGB den Verbraucher nicht schlechthin vor unvernünftigen oder für ihn ungünstigen Rechtsgeschäften schützen, sondern die mit dem Direktvertrieb verbundenen

<sup>516</sup> *Rieble*, Anm. zu BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, SAE 1998, 237, 243, 244.

<sup>517</sup> Statt aller *Singer*, RdA 2003, 194, 195; a.A. statt aller: *Rieble/Klumpp*, ZIP 2002, 2153, 2155.

<sup>518</sup> BAG vom 27.11.2003 – 2 AZR 135/03, zu II.2.b)aa), NZA 2004, 597, 601 m.w.N.

<sup>519</sup> Dagegen: OLG Karlsruhe vom 27.6.1990 – 6 U 2/90, NJW 1991, 433; Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 312 Rn. 8.

Gefahren eines situationstypischen Überraschungseffekts ausgleichen soll<sup>520</sup>. In Betrieben mit hohem Organisationsgrad kam es früher teilweise vor, daß Betriebsratsmitglieder Neueingestellte zum Gewerkschaftsbeitritt aufforderten und sogar drohten, ansonsten die Zustimmung nach § 99 BetrVG zu verweigern. Das ist eine Überrumpelung, so daß § 312 BGB unabhängig davon bejaht werden könnte, ob zugleich eine Anfechtbarkeit nach § 123 BGB oder eine Nichtigkeit nach § 134 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG vorliegt.

Wer sich aber auf eine Stelle bei Tendenzunternehmen wie den Gewerkschaften bewirbt, kann und wird damit rechnen, daß von ihm die Mitgliedschaft gefordert werden wird. Allerdings ist die Überrumpelungsgefahr ein Beweggrund des Gesetzgebers gewesen und kein Tatbestandsmerkmal. Es kommt daher nicht darauf an, ob im Einzelfall eine Überrumpelung stattgefunden hat. Nur wenn eine Überrumpelung für eine bestimmte Vertragsart generell untypisch ist, wie es das BAG für Aufhebungsverträge im Personalbüro bejaht hat<sup>521</sup>, taugt dies zur teleologischen Reduktion des § 312 BGB. 363

Dies aber steht einer Differenzierung zwischen dem illegalen Vertrieb der Gewerkschaftsmitgliedschaft durch einen Betriebsrat einerseits und der Forderung nach einem Beitritt zu der arbeitgebenden Gewerkschaft durch diese Gewerkschaft als Arbeitgeber andererseits nicht entgegen. Eine solche Untertypenbildung ist wegen der hinreichenden Abgrenzbarkeit der Fallgestaltungen möglich. Demnach ist ein Widerrufsrecht nach § 312 BGB abzulehnen, sofern die Gewerkschaft als Arbeitgeber nach der hier vertretenen Ansicht eine Mitgliedschaft fordern darf, u. § 4C.I.2.d.dd, Rn. 574 f. 364

### III. Aufnahmeanspruch

Geht man davon aus, daß die Gewerkschaftsarbeitnehmer beitreten wollen oder zum Beitritt verpflichtet werden können, stellt sich die komplementäre Frage, ob sie einen entsprechenden Anspruch auf Mitgliedschaft haben. 365

#### 1. Aufnahmeunwilligkeit

Dies wirft wenige Probleme auf, wenn der Gewerkschaftsarbeitnehmer bei der Gewerkschaft Mitglied werden möchte, bei der er arbeitet: Lehnt z.B. ein Ortsvorstand den Mitgliedschaftsantrag eines vom Hauptvorstand eingestellten Arbeitnehmers ab, weil er die Personalpolitik des Haupt- 366

---

<sup>520</sup> BT-Dr. 10/2876, S. 6 f.

<sup>521</sup> BAG vom 27.11.2003 – 2 AZR 135/03, zu II.2.b)cc), NZA 2004, 598.

vorstands mißbilligt, so kann der Arbeitnehmer seiner arbeitgebenden Gewerkschaft entgegenhalten, daß sie sich wegen ihres widersprüchlichen Verhaltens nicht auf die Verpflichtung zur Mitgliedschaft berufen dürfe, § 242 BGB.

## 2. Voraussetzungen des Aufnahmeanspruchs

- 367 Aus der verfassungsrechtlich verbürgten Vereins- und Koalitionsautonomie folgt, daß die Gewerkschaften – anders als Arbeitgeberverbände, § 20 Abs. 6 GWB – grundsätzlich autonom über die Mitgliedschaftsgesuche entscheiden können<sup>522</sup>. Dennoch kann der Einzelne gegen Vereine<sup>523</sup> und gerade auch gegenüber Gewerkschaften einen Aufnahmeanspruch haben<sup>524</sup>. *Reuter* unterscheidet allgemein für das Vereinsrecht zwischen Kommunikationsverbänden und Repräsentativverbänden<sup>525</sup>: Ein Aufnahmeanspruch bestehe umso eher, je stärker die Repräsentativfunktion in den Vordergrund tritt. Die Gewerkschaften sind geradezu ein Idealtyp eines Repräsentativverbands – nehmen sie doch für sich selbst in Anspruch, nicht nur ihre Mitglieder gegenüber Staat und Gesellschaft, sondern auch die Arbeiterklasse als Ganzes zu vertreten<sup>526</sup>.
- 368 Die Rechtsprechung kommt von einem eher kartellrechtlichen, marktmachtorientierten Ansatz<sup>527</sup> her zum gleichen Ergebnis: Die DGB-Gewerkschaften sind nahezu sektorale Monopolverbände oder haben zumindest eine „überragende Machtstellung im wirtschaftlichen und sozialen Bereich“<sup>528</sup>. Ähnlich der Sozialbindung des Eigentums wird auch diese Machtstellung sozialnützig ausgestaltet: Wenn die Arbeitnehmer des

<sup>522</sup> RG vom 30.10.1901 – IV 218/01, RGZ 49, 150, 155; RG vom 4.10.1905 – VI 614/05, RGZ 64, 155, 158; RG vom 23.9.1918 – VI 139/18, RGZ 93, 302, 304; einschränkend zur Beschränkung des Verbleiberechts: RG vom 20.12.1923 – 4 836/22, RGZ 107, 386, 389.

<sup>523</sup> BGH vom 14.11.1968 – KZR 3/67, NJW 1969, 316; BGH vom 28.11.1969 – 1 ZR 139/67, NJW 1970, 378; BGH vom 5.7.1973 – KZR 16/72, NJW 1973, 1973; BGH vom 2.12.1974 – 2 ZR 78/72, BGHZ 63, 282.

<sup>524</sup> BGH vom 10.12.1984 – 2 ZR 91/84, NJW 1985, 1216; *Keller*, Aufnahmepflicht, S. 87 ff.; *Küttner*, NJW 1980, 968 ff. m.w.N.; *Rieble*, Anm. zu BGH vom 15.10.1990 – 2 ZR 255/89, AR-Blattei Entscheidung Nr. 32 zu Berufsverbände.

<sup>525</sup> *Reuter*, ZGR 1980, 101, 111 ff.; *MünchKomm/Reuter*, BGB, Vor § 21 Rn. 106; *Reuter*, JZ 1985, 536 ff.; ähnlich: *Leßmann*, NJW 1978, 1545, 1549; *Föhr*, Willensbildung, S. 166 ff.; *Henrici*, Aufnahmepflicht, S. 136 ff.; ablehnend: *Bartodziej*, ZGR 1991, 517, 521 ff.; *Traub*, WRP 1985, 591, 599.

<sup>526</sup> BGH vom 10.12.1984 – 2 ZR 91/84, BGHZ 93, 151, 153; zum Repräsentationsanspruch auch: *Sachse*, AuR 1985, 267.

<sup>527</sup> BGH vom 24.10.1988 – 2 ZR 311/87, NJW 1989, 1724; BGH vom 26.6.1979 – KZR 25/78, NJW 1980, 186 m. Anm. *Redeker*; krit.: *Bartodziej*, ZGR 1991, 517, 524.

<sup>528</sup> BGH vom 10.12.1984 – 2 ZR 91/84, a.a.O.; BGH vom 19.10.1987 – 2 ZR 43/87, BGHZ 102, 265; a.A.: *Traub*, WRP 1985, 591, 599.

jeweiligen Organisationsbereichs auf die Mitgliedschaft zur Wahrung wesentlicher Interessen angewiesen sind<sup>529</sup> und eine Zurückweisung unbillig wäre, muß die Gewerkschaft ihnen die Partizipation ermöglichen, sofern nicht ein sachlicher Grund der Aufnahme entgegensteht<sup>530</sup>.

Aus dem Erfordernis einer Machtstellung in dem jeweiligen Organisationsbereich folgt, daß der Aufnahmeanspruch nur demjenigen zusteht, für den die Koalition tarifzuständig und -fähig ist<sup>531</sup>. Dies trifft auf die arbeitgebenden Gewerkschaften für ihre Arbeitnehmer gerade nicht zu, u. § 5A.I.1, Rn. 748 ff, 783, 859. Sofern sie arbeitsvertraglich zur Gast-Mitgliedschaft verpflichtet sind, folgt daraus umgekehrt, daß die arbeitgebende Gewerkschaft ihnen die Aufnahme nicht verweigern darf. Besteht keine Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis, haben die Gewerkschaftsarbeitnehmer jedenfalls keinen generellen Anspruch darauf, daß überhaupt erst die Möglichkeit der Gast-Mitgliedschaft geschaffen wird. Besteht aber eine solche gerade für die Arbeitnehmer der Gewerkschaft, darf bestimmten Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund die Aufnahme nicht verweigert werden. 369

#### **D. Mitgliedschaftliche Wahl- und Stimmrechte der Gewerkschaftsarbeitnehmer**

Für viele Vereinsmitglieder stehen die Leistungen, die ihnen kraft Mitgliedschaft zustehen, im Vordergrund, so daß sie sich kaum für Vereinspolitik interessieren<sup>532</sup>. 370

##### **I. Zweck eines Stimmrechts der Arbeitnehmer-Mitglieder**

*Von Thur* bezeichnet das Stimmrecht als „Machtbefugnis“<sup>533</sup>. Darin klingt an, daß es sich um ein wesentliches Mitgliedsrecht neben den Leistungsansprüchen handelt. Gleichwohl setzen die einfachen Mitglieder ihr Stimmrecht – gerade auch bei den DGB-Gewerkschaften – wenig gezielt ein. Die DGB-Gewerkschaften sind zum Schulbeispiel für das „eherne Gesetz der Oligarchie“ geworden, demzufolge kleine, aber mächtige Funktionärskader aufgrund der Apathie der Massen und aufgrund bestimmter Organisationsformen der Willensbildung in Großverbänden 371

<sup>529</sup> BGH vom 10.12.1984 – 2 ZR 91/84, BGHZ 93, 151, 152 (IGM); im einzelnen: *Sachse*, AuR 1985, 267, 270 f.

<sup>530</sup> H.M.; statt aller: *Oetker*, RdA 1999, 96, 100 ff.; *Nicklisch*, JZ 1976, 105 ff; vgl. *Sachse*, a.a.O.

<sup>531</sup> *Henrici*, Aufnahmepflicht, S. 147 ff.; *Schmiegel*, Koalitionssatzung, S. 53.

<sup>532</sup> *Schüren*, Legitimation, S. 180 ff.

<sup>533</sup> *von Thur*, AT I, S. 551.

diese beherrschen können<sup>534</sup>. Die Arbeitnehmer-Mitglieder passen nicht in dieses Bild: Für sie können die Gewerkschaften gerade keine Dienstleister sein, und sie sind als Arbeitnehmer unmittelbarer vom Kurs und der Ausrichtung der Gewerkschaften betroffen.

- 372 *Plander* hingegen hat in den Stimmrechten der Gewerkschaftsarbeitnehmer eine Form der Unternehmensmitbestimmung gesehen, welche die antagonistische Interessenausübung durch die Mitgliedschaft in einer unabhängigen Gewerkschaft verdränge<sup>535</sup>.

## II. Ausschluß von Stimmrechten und passivem Wahlrecht in den Satzungen

- 373 Die mitgliedschaftlichen Stimmrechte der Gewerkschaftsarbeitnehmer bleiben hinter denen der anderen Mitglieder zurück. Sofern die Satzungen der DGB-Gewerkschaften überhaupt die Rechte der Gewerkschaftsarbeitnehmer-Mitglieder regeln, schließen sie diese zumeist vom passiven Wahlrecht aus<sup>536</sup>: Beispielsweise dürfen Arbeitnehmer der transnet nicht ehrenamtliche Hauptvorstandsmitglieder (§ 27 Nr. 3 Abs. 4), Mitglieder des Beschwerdeausschusses (§ 28 Nr. 2c) oder der Revisionskommission (§ 29 Nr. 2 Satz 2) sein. Ob die Arbeitnehmer Delegierte bei der Delegiertenversammlung des Ortsvorstands sein können, ist unklar: § 23 Nr. 3 Satz 2 transnet-Satzung verweist hinsichtlich der Gewerkschaftssekretäre auf den Satz 1, wobei offen bleibt, ob sich die Verweisung nur darauf bezieht, daß sie – wie die Mitglieder des Ortsvorstands – nur mit beratender Stimme teilnehmen, oder darauf, daß die Ortsvorstandsmitglieder stimmberechtigt sind, wenn sie als gewählte Delegierte teilnehmen.
- 374 Die Satzung der IG BAU erweitert dies in personeller Hinsicht. Nicht nur die Arbeitnehmer der IG BAU, sondern auch die Arbeitnehmer des DGB oder anderer Mitgliedsgewerkschaften einschließlich der ehemaligen Arbeitnehmer dürfen nicht Mitglieder des Gewerkschaftsrats (§ 25 Nr. 1 Satz 3 IG BAU) oder der Revisionskommission (§ 33 Nr. 1 Abs. 2 Satz 1) sein.
- 375 Besonders restriktiv ist die ver.di-Satzung: Dort dürfen hauptamtliche Mitarbeiter weder Delegiertenmandate noch Vorstandsmandate ausüben,

---

<sup>534</sup> *Michels*, Oligarchische Tendenzen, S. 8 ff.; vgl. *Bergmann*, in: *Soziologie der Gewerkschaften*, S. 210, 218 f.; *Niedermayer*, APUZ 1989, 15 ff.; *Teubner*, Organisationsdemokratie, S. 84 ff.; *Weischer*, in: *Soziologie*, 203, 220 ff.

<sup>535</sup> *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 27.

<sup>536</sup> § 20 Nr. 5 ver.di-Satzung: Hauptamtliche Mitarbeiter sind zwar wählbar, dürfen das Delegiertenmandat aber nicht ausüben.

§ 20 Nr. 5 ver.di-Satzung. Das ersatzlose Streichen der Nr. 5 hat die „Landesbezirksfachbereichskonferenz 11 Bayern“ in dem Antrag „S 10“ zum Bundeskongreß 2007 gefordert, damit „hauptamtliche Gewerkschaftsmitglieder im Fachbereich 13 ihre Mitgliederrechte wahrnehmen können“. Der Begründung zufolge „[...] werden sie [ver.di-Beschäftigte] daran gehindert, im Fachbereich 13, dem sie als Mitglieder angehören, fundamentale Mitgliedsrechte wahrzunehmen und ihre Interessen als abhängig Beschäftigte gewerkschaftlich zu vertreten.“ Ist mit den Mitgliedsrechten offenbar die Tarifpolitik des Fachbereichs 13 für die Gewerkschaftsarbeitnehmer gemeint. Insoweit geht der Antrag jedoch ins Leere, da ver.di gerade nicht mit sich selbst für ver.di-Mitarbeiter Tarifverträge schließen kann, u. § 5A.I.1.c.cc.[1], Rn. 783 f. Die Ausübung von Stimmrechten, um die Personalpolitik von ver.di gegenüber sich selbst zu beeinflussen, ist unabhängig von der Satzung eine Frage der rechtlichen Zulässigkeit, u. § 3D.IV.1, Rn. 400 f. Die Bundesfrauenkonferenz fordert im Antrag „S 11“ eine „Erweiterung der Rechte von Verwaltungskräften“, da § 20 Nr. 5 ver.di-Satzung ihrer Ansicht nach gegen eine ganze Reihe von Gesetzesbestimmungen verstoße, nämlich 1. gegen das Recht auf gewerkschaftliche Betätigung, 2. gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und 3. gegen das Benachteiligungsverbot. Die Antragskommission hat zu Recht (zu 1.: § 3B.II.3, Rn. 307, zu 2. und 3.: § 3D.III.1, Rn. 382 ff.) die Ablehnung des Antrags empfohlen; die Anträge „S 10“ und „S 11“ sind auch abgelehnt worden.

Die NGG läßt es immerhin grundsätzlich zu, daß ihren Angestellten durch Wahl ehrenamtliche Funktionen übertragen werden, § 22 Nr. 4 NGG-Satzung. Letztlich bedeutet dies im Umkehrschluß, daß ein Aufstieg vom Gewerkschaftsarbeitnehmer zum Wahlangestellten verhindert wird. Ähnliches findet sich hingegen in § 12 Abs. 4 Nr. 7 GdP-Satzung für die Gewerkschaftssekretäre: Sie nehmen an dem Bundeskongreß mit beratender Stimme teil, sofern sie nicht ordentliche Delegierte sind. Daraus ergibt sich im Umkehrschluß, daß sie auch als Delegierte wählbar sind. 376

Die GEW-Satzung hingegen enthält nicht nur keine Beschränkung des passiven Wahlrechts ihrer Arbeitnehmer, sondern schreibt sogar vor, daß ein Vertreter der Bundesstelle für Rechtsschutz Mitglied des Hauptvorstands ist, § 23 Nr. 1d. Auch die IG BCE legt ihren Arbeitnehmer-Mitgliedern kaum Beschränkungen auf: Nur im Finanzausschuß (§ 21 Nr. 2) und im Personal- sowie Beschwerdeausschuß (§ 24 Nr. 3) dürfen sie nicht Mitglied sein. Bei der IGM ist den „Funktionsträgern“ der IGM nur die Mitgliedschaft im Kontrollausschuß versagt, § 21 Nr. 2 IGM-Satzung. 377

Der DBV hat in § 5 Abs. 3 DBV-Satzung zwar festgelegt, daß die eigenen Arbeitnehmer nur außerordentliche Mitglieder werden können, aber gemäß § 7 Abs. 6 Satz 2 DBV-Satzung werden die außerordentlichen Mitglieder hinsichtlich ihrer Rechte und Pflichten gleichgestellt. 378

- 379 Bei Urabstimmungen sind die Gewerkschaftsarbeitnehmer kraft Natur der Sache nicht stimmberechtigt: Während eines Streiks ihrer arbeitgebenden Gewerkschaft sollen sie gerade nicht die Arbeit niederlegen und sind somit auch nicht direkt von dem Streik betroffen. Ansonsten ist das aktive Wahlrecht der Gewerkschaftsarbeitnehmer nicht beschränkt.
- 380 Neben die genannten Satzungsbestimmungen kann bei langdauernder, von einer entsprechenden Rechtsüberzeugung getragenen Übung Vereinsgewohnheitsrecht treten. Dies steht wie die ausdrücklichen satzungsmäßigen geregelten Stimmrechtsmodelle unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit staatlichem Recht<sup>537</sup>. Die Vereinsautonomie bei der Begründung von Observanz reicht nicht weiter als die des Satzungsgebers und unterliegt damit im selben Umfang der gerichtlichen Inhaltskontrolle<sup>538</sup>.

### III. Grenzen des Stimmrechts in tariflichen Angelegenheiten

- 381 Nicht alle Gewerkschaftsarbeitnehmer sind direkt damit beschäftigt, Tarifverträge auszuhandeln oder Arbeitskämpfe zu organisieren. Dennoch ist es naheliegend, daß Gewerkschaften, die sich als Kampfverbände begreifen<sup>539</sup>, in Zeiten eines drohenden oder geführten Arbeitskamps einen möglichst hohen Grad an innerer Geschlossenheit anstreben. Dementsprechend könnten die arbeitgebenden Gewerkschaften daran interessiert sein, daß auch alle ihre Arbeitnehmer hinter ihren Forderungen stehen. Insofern wäre eine Beteiligung der Arbeitnehmer-Mitglieder konsequent.

#### 1. Vereinsrechtlich gebotene Ungleichbehandlung

##### a. Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem

- 382 Bei staatlichen Wahlen verbietet das Prinzip der formalen Wahlgleichheit, Ausländern ein Wahlrecht einzuräumen und dadurch den Erfolgswert der Stimmen des deutschen Volks zu schmälern, weil die Ausländer nicht zu der Schicksalsgemeinschaft des deutschen Volkes gehören<sup>540</sup>. Dieses

<sup>537</sup> OLG Frankfurt vom 19.12.1984 – 9 U 107/83, LS 2 Satz 2, zu II., ZIP 1985, 213, 220.

<sup>538</sup> Zur Inhaltskontrolle von Koalitionssatzungen: *Bär*, Vereinsautonomie, 1996; *Bunte*, ZGR 1991, 316 ff.; *Niklisch*, Inhaltskontrolle von Verbandsnormen, 1982; *Jötten*, Vereinsautonomie, 1976, S. 52 ff.; *Säcker/Rancke*, AuR 1981, 1 ff.; *Schmiegel*, Koalitionssatzungen, 1994.

<sup>539</sup> *Kahn-Freund*, Festgabe für Fraenkel, S. 335, 337; *Säcker/Rancke*, ArbuR 1981, 1, 13; *Wendeling-Schröder*, ZGR 1990, 107, 120, 125 f.

<sup>540</sup> Luzide: *Rupp*, ZRP 1989, 363 ff.; BVerfG (Kammer) vom 31.10.1990 – 2 BvF 2, 6/89, BVerfGE 83, 37 ff.; BVerfG (Kammer) vom 31.1.1990 – 2 BvF 3/89, BVerfGE

Homogenitätsgebot als Bestandteil des Gleichheitssatzes bindet privatrechtliche Vereinigungen nicht unmittelbar. Es strahlt aber als Bestandteil objektiven Verfassungsrechts vermittelt durch § 242 BGB in das Koalitionsmitgliedschaftsverhältnis ein und begrenzt die Koalitionsautonomie bei der Ausgestaltung des innerverbandlichen Wahlrechts<sup>541</sup>.

Die von den Gewerkschaften vorgegebene innere Geschlossenheit ist nur ein verbandspolitisches Dogma. Ob die Gewerkschaftsmitglieder und die Arbeitnehmer-Mitglieder eine homogene Gruppe bilden, ist eine rechtliche Frage, die nach rechtlichen Maßstäben zu beantworten ist<sup>542</sup>. Ungleich sind die Arbeitnehmer-Mitglieder und die übrigen Mitglieder, da sie von dem Verbandshandeln anders betroffen sind: Ihre Arbeitsbedingungen werden zwar auch von der Gewerkschaft bestimmt, aber für sie handelt die Gewerkschaft nicht als Kollektivvertretung in ihrem Interesse, sondern als Arbeitgeber, der ihre Verhandlungsunterlegenheit ausnutzt, um ihnen Bedingungen zu diktieren. Ihr Heilmittel ist nicht Mitbestimmung, sondern Gegenmacht. 383

Das Gruppenhomogenitätsgebot verlangt allerdings nicht, daß der Verbandsgesetzgeber jede Differenzierungsmöglichkeit wahrnimmt<sup>543</sup>. Es verbietet nur, die exklusiven Gruppenrechte auf Personen auszudehnen, welche die kennzeichnenden Merkmale der Gruppe nicht aufweisen. Die Gewerkschaftsmitglieder können sich gegen die Verwässerung ihres Stimmrechts nicht schon dann wehren, wenn nur irgendwelche Unterschiede bestehen – sie müssen sich durch Umstände von den Arbeitnehmer-Mitgliedern unterscheiden, die für das Stimmrecht relevant sind<sup>544</sup>. Die Interessenlage beider Gruppen ist aber nicht nur unterschiedlich, sondern kann sogar gegensätzlich sein: So mögen die Mitglieder auch einen langen und harten Arbeitskampf in der Hoffnung auf höhere Löhne für sinnvoll halten. Hingegen bringt den Gewerkschaftsarbeitnehmern – wie auch studentischen und arbeitslosen Mitgliedern – ein Streik keine Vorteile, da ihre Entgelte nicht an die erstreikten Tarife gekoppelt sind. 384

---

83, 60 ff.; *Birkenheier*, Ausländer, S. 20 ff., 85 ff., 116 ff.; *Breer*, Mitwirkung, S. 119; *Isenhardt*, VVDStRL Bd. 32 (1974), 49, 92 f.; a.A.: *von Löhneysen*, DÖV 1981, 330, 332.

<sup>541</sup> So für die OT-Mitgliedschaft: *Röckl*, DB 1993, 2382, 2383; *Buchner*, NZA 1995, 760, 766 f.

<sup>542</sup> Zum Gruppenhomogenitätsgebot im Rahmen des Art. 3 GG: BVerfG (Kammer) vom 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 und 325/2, NJW 1973, 1176, 1180; BAG vom 29.1.1992 – 7 ABR 27/91, NZA 1992, 894.

<sup>543</sup> BVerfG (Kammer) vom 11.8.1954 – 2 BvK 2/54, BVerfGE 4 31, 42; BVerfG (Senat) vom 12.5.1992 – 1 BvR 1467, 1501/91, BVerfGE 86, 81, 87.

<sup>544</sup> Allg. zum Gruppenvergleich: *Hesse*, AöR 77 (1951/52), 174, 198; *Podlech*, Zusammenarbeit, 1989, S. 29 ff.

Die Gewerkschaftsarbeitnehmer haben vielmehr ein Interesse daran, den Gewerkschaftshaushalt nicht durch Streiks zu belasten, damit die arbeitgebende Gewerkschaft mehr Spielraum für die Personalkosten hat.

- 385 Gerade bei Wahlen gilt, daß eine Gruppe nur homogen zusammengesetzt ist, wenn ihre Mitglieder in gleicher Weise von den Handlungen des gewählten Organs betroffen sein können<sup>545</sup>. Somit unterscheiden sich die beiden Mitgliedergruppen nicht nur durch soziologische Merkmale, sondern durch die unterschiedlichen Folgen des Abstimmungsergebnisses. Die Stimmrechtsgleichheit verletzt daher den Gleichheitssatz. Während bei gleichheitswidrigen Ungleichbehandlungen dem Verstoß entweder abgeholfen werden kann, indem der einen Gruppe ihr Recht genommen oder der anderen, bisher nicht begünstigten Gruppe das Recht gleichfalls zugestanden wird, kann das Differenzierungsgebot nur verwirklicht werden, indem den Gewerkschaftsarbeitnehmern kein Stimmrecht gewährt wird<sup>546</sup>.

#### **b. Rechtfertigender Zweck**

- 386 Allerdings ist eine Gleichbehandlung von Ungleichen erst gleichheitswidrig, wenn die Verletzung des Gleichheitssatzes außer Verhältnis zu dem dadurch verfolgten sachlichen Zweck steht. Ebenso wie der staatliche Gesetzgeber bei dieser Abwägung einen weiten Gestaltungsspielraum hat<sup>547</sup>, kommt ein solcher den Gewerkschaften als Normgebern kraft Vereins- und Koalitionsautonomie zu. Insbesondere ist nur beschränkt nachprüfbar, wie gravierend eine Ungleichbehandlung ist<sup>548</sup>. Schon das Organisationsprinzip der Einheit von Gewerkschaftsmitgliedern und -arbeitnehmern als Voraussetzung einer schlagkräftigen Kampforganisation kann daher die Gleichheit im Stimmrecht rechtfertigen. Es unterliegt der Einschätzungsprärogative der Gewerkschaften, ob die Solidarität unter den von der Tarifpolitik nicht betroffenen Arbeitnehmer-Mitgliedern und den übrigen Mitgliedern so groß ist, daß diese tarifpolitischen Entscheidungen auch in ihre Hände gelegt werden können.
- 387 Anders als bei staatlichen Wahlen und Wahlen zu öffentlichen oder privaten Zwangsverbänden gilt das Prinzip der Wahlgleichheit nur ab-

<sup>545</sup> *Bryde*, JZ 1989, 257; *Zuleeg*, in: Sieveking/Barwing/Lörcher/Schuhmacher, Kommunalwahlrecht, 1989, S. 113, 116.

<sup>546</sup> Für Stimmrechtsdifferenzierungen bei OT-Mitgliedern: *Buchner*, NZA 1995, 760, 766; a.A.: *Schaub*, BB 1994, 2005, 2007.

<sup>547</sup> BVerfG (Senat) vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91, SAE 2000, 45, 53.

<sup>548</sup> *Röckl*, DB 1993, 2382, 2383. *Föhr*, Willensbildung, S. 171 und *Müller*, Willensbildung, S. 112 verlangen nur eine „grundsätzliche Gleichwertigkeit“ aller Mitglieder; ferner *Luthmann*, DVBl 1962, 168.

geschwächt – und zwar umso schwächer, je stärker die legitimierende Kraft des Beitritts ist. Mit dem Beitritt stimmen die Mitglieder dem Wahlsystem der Gewerkschaft zu. Überdies haben die Mitglieder die Möglichkeit, die Satzung zu ändern und die Arbeitnehmer-Mitglieder vom aktiven Wahlrecht auszuschließen. Dabei handelt es sich auch nicht um eine nur theoretische Möglichkeit. Die Gewerkschaftsarbeitnehmer haben keine überragende innerverbandliche Macht, die dem faktisch entgegensteht.

## 2. Billigkeitskontrolle

Das Stimmrecht der Gewerkschaftsarbeitnehmer steht zudem auf dem Prüfstand der Billigkeitskontrolle des § 242 BGB. Ebensowenig, wie ein sozialmächtiger Verband Mitgliedschaftsbewerber willkürlich abweisen darf, ist es ihm freigestellt, die Mitglieder willkürlichen oder unbilligen Satzungsgestaltungen zu unterwerfen<sup>549</sup>. Für die Billigkeitskontrolle gilt aber das zum Gleichheitssatz Ausgeführte entsprechend. Zwar müssen die Mitglieder eine Verwässerung ihres Stimmrechts durch die Arbeitnehmer-Mitglieder hinnehmen, das wäre aber noch durch den verfolgten Zweck gerechtfertigt. 388

## 3. Tarifrechtliches Fremdbestimmungsverbot

### a. Koalitionsrechtliches Gebot demokratischer Organisation

Eine Stimmrechtsdifferenzierung wird auch von Arbeitgeberverbänden gefordert, die eine voll stimmberechtigte OT-Mitgliedschaft anbieten<sup>550</sup>, obwohl die Mitglieder dort immerhin Koalitionsmitglieder sind. Der 4. und der 1. Senat des BAG haben nunmehr zwar die grundsätzliche Möglichkeit einer OT-Mitgliedschaft anerkannt<sup>551</sup>. 389

Insbesondere *Buchner* hat zu Recht darauf hingewiesen, daß das BAG 390 allerdings mit der Anerkennung auch grundsätzliche Erwartungen an den Schutz des Selbstbestimmungsrechts der T-Mitglieder und den Erforder-

<sup>549</sup> BGH vom 24.10.1988 – 2 ZR 311/87, BGHZ 105, 306; MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 245 Rn. 36; *Schmiegel*, Koalitionssatzung, S. 79 ff.; *Bauernfeind*, Mitgliedschaft, S. 64 ff.; allg. für Verbände: BGH 28.11.1994 – II ZR 11/94, BGHZ 128, 110; BGH vom 8.10.1997 – IV ZR 220/96, BGHZ 136, 394.

<sup>550</sup> *Melot de Beauregard*, Tarifbindung, S. 158; *Buchner*, NZA 1995, 761, 766; *Röckl*, DB 1993, 2382, 2384; *S.-J. Otto*, DS Wiese, S. 118, 135; *Schlochauer*, FS Schaub, 699, 712; a.A.: *Schaub*, BB 1994, 2005, 2007; *ders.*, BB 1995, 2003, 2005; differenzierend: *Reuter*, RdA 1996, 201, 207; gleiche Beiträge, gleiches Stimmrecht.

<sup>551</sup> BAG vom 18.7.2006 – 1 ABR 36/05, Rn. 52, NZA 2006, 1225; BAG vom 23.2.2005 – 4 AZR 186/04, NZA 2005, 1320.

nissen einer funktionsfähigen Tarifautonomie verbindet<sup>552</sup>: Tarifpolitische Entscheidungen müssen von kraft Mitgliedschaft tarifgebundenen Mitgliedern getroffen werden, und zwar nur von ihnen. *Buchner* empfiehlt daher, verbandsorganisatorisch solche Entscheidungen gesonderten Organen vorzubehalten, die ausschließlich mit Vollmitgliedern besetzt sind. Ferner solle auch die Vertretung im Außenverhältnis in tarifpolitischen Angelegenheiten solchen Organen zugewiesen werden. Gemessen an dem Maßstab gefährdet die Symbol-Mitgliedschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer die Tariffähigkeit der arbeitgebenden Gewerkschaft. Sie sind trojanische Pferde, welche sich die arbeitgebenden Gewerkschaften durch den ausgeübten Beitrittsdruck selbst herangezogen haben:

- 391** Das Stimmrecht der Gewerkschaftsarbeitnehmer stellt die Legitimation der Gewerkschaften insbesondere in tarifpolitischen Angelegenheiten, in Frage<sup>553</sup>. Kehrseite der tariflichen Normsetzungsbefugnis ist das Erfordernis einer binnendemokratischen Organisation<sup>554</sup>. Das gleiche ergibt sich für diejenigen, welche die Normwirkung von Tarifvertragsnormen nicht rein privatrechtlich erklären, sondern auch aus der Schutzpflicht des Staates<sup>555</sup> und dem staatsrechtlichen Demokratiegebot. Danach darf „der Staat eine zivilrechtliche Normsetzungsbefugnis durch Gruppen nur billigen oder entsprechende Zuständigkeiten auf sie übertragen, wenn die Gruppe durch die Normunterworfenen ausreichend legitimiert ist“<sup>556</sup>. Ebenso wie Außenseiter allenfalls unter Mitwirkung des Staates tariflichen Normen unterworfen werden dürfen<sup>557</sup>, können die Außenseiter nicht über Normen mitbestimmen, die für sie nicht gelten. Jede Mitbestimmung durch nicht Normunterworfenen durchbricht die „authentische Interessenrepräsentation“<sup>558</sup> und ist legitimationsbedürftige Fremdbestimmung.
- 392** Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß die Gewerkschaftsvorsitzenden als Vereinsvorsitzende wegen des Prinzips der Fremd-

<sup>552</sup> *Buchner*, NZA 2006, 1377, 1381 f.

<sup>553</sup> Dies verkennt *Röckl*, DB 1993, 1382, 2383.

<sup>554</sup> *Schüren*, Legitimation, S. 227.

<sup>555</sup> *Rieble*, ZfA 2000, 5, 25 m.w.N.; für einen abgeschwächten Schutz: BAG vom 5.10.1999 – 4 AZR 668/98, NZA 2000, 1302; BAG vom 30.8.2000 – 4 AZR 563/99, ZIP 2001, 529; *Dieterich*, FS Schaub, S. 117 ff.; *Schliemann*, ZTR 2000, 198.

<sup>556</sup> *Biedenkopf*, Tarifautonomie, S. 48 ff., 52; *Schüren*, Legitimation, S. 238; *Popp*, Willensbildung, S. 55.

<sup>557</sup> Vgl. *Franzen*, ZfA 2000, 285, 306; *Picker*, RdA 2001, 259 ff.; *Richardi*, NZA 2001, 346, 347 ff.; *Biedenkopf*, Tarifautonomie, S. 298 f.; tlw. a.A.: *Wißmann*, Organisation, S. 1 ff..

<sup>558</sup> Allg.: *MünchKomm/Reuter*, BGB, Vor § 21 Rn. 110 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 712 ff.

organschaft nicht Mitglieder sein müssen. Sie sind im Gegensatz zu den Gewerkschaftsarbeitnehmern – sofern es sich nicht um Wahlangestellte handelt – durch die Wahl legitimiert<sup>559</sup>. Immerhin sehen die meisten Satzungen vor, daß auch diese gewählten Organmitglieder außerhalb ihres Organs nur eine beratende Stimme haben, z.B. § 9 Nr. 2 Abs. 2 GEW-Satzung<sup>560</sup>.

Folge der legitimationslosen Fremdbestimmung ist der Verlust der Normsetzungsbefugnis. Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz hat im Tarifrecht seine spezielle Ausformung gefunden: Fehlt es an einer „demokratischen“<sup>561</sup> Organisation, verliert der Verband die den Gewerkschaften eigene Normsetzungsbefugnis, d.h. die Tariffähigkeit<sup>562</sup> und kann nur noch Koalition sein<sup>563</sup>. 393

## b. Stimmrechtsbeschränkung

Die DGB-Gewerkschaften müssen aber nicht auf ihre Tariffähigkeit oder die Mitgliedschaft ihrer Arbeitnehmer verzichten. Als Ausweg kommt eine Mitgliedschaft in Betracht, die kein Stimmrecht in Angelegenheiten eröffnet, die sich auf die Normsetzung auswirken<sup>564</sup>. Einer Differenzierung bei den Stimmrechten steht auch nicht entgegen, daß gemäß § 3 Abs. 1 TVG alle Mitglieder der Tarifvertragsparteien tarifgebunden sind<sup>565</sup>. Der Mitgliedsbegriff dieser Norm bezieht sich von vornherein nur auf die regulären Gewerkschafts- und Arbeitgeberverbandsmitglieder<sup>566</sup>, nicht hingegen auf bloße OT- oder Gastmitglieder<sup>567</sup>. Dies wird durch die Ent- 394

<sup>559</sup> Zur Fremdbestimmung durch Delegation auf den Vorstand: *Grunewald*, Ausschluß, S. 186.

<sup>560</sup> Zur DPG: *Stindt*, Verfassungsgebot, S. 112 ff.

<sup>561</sup> Zum inflationären Gebrauch dieses Begriffs: *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1148 ff.

<sup>562</sup> BAG 15.11.1963 – 1 ABR 5/63, AP Nr. 14 zu § 2 TVG; BAG 9.7.1968 – 1 ABR 2/67 – AP Nr. 25 zu § 2 TVG; BAG vom 25.11.1986 – 1 ABR 22/85, AP Nr. 36 zu § 2 TVG; BVerfG (Senat) vom 6.5.1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18; MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 255 Rn. 3.

<sup>563</sup> Die Koalitionseigenschaft sprechen ab: *Kempfen/Zachert*, Grundl. Rn. 64 ff., 76 f.; *Kaiser*, Repräsentation, S. 187; *Föhr*, Willensbildung, S. 114; *Leßmann*, S. 240. Dagegen: *Rieble*, AuW, Rn. 1128 ff., 1148 ff.

<sup>564</sup> *Rieble*, SAE 1998, 243, 244 m.w.N. für OT-Mitgliedschaften bei Arbeitgeberverbänden.

<sup>565</sup> So aber für die OT-Mitgliedschaft: *Däubler*, NZA 1996, 230 f.; *Franzke*, OT, S. 208; *Kempfen/Zachert*, § 2 Rn. 90.

<sup>566</sup> BAG vom 16.2.1962 – 1 AZR 167/61, AP Nr. 12 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; *Löwisch/Rieble*, § 3 Rn. 17; *Besgen*, Mitgliedschaft, S. 94 ff.; *Melot de Beauregard*, Tarifbindung, S. 139 m.w.N.

<sup>567</sup> S.-J. *Otto*, DS Wiese 1996, S. 118, 130.

scheidung des BAG zum Deutschen Parketthandwerksverband<sup>568</sup> nicht widerlegt: Das BAG hat die nicht stimmberechtigten Mitglieder des Verbands nur als Nicht-Mitglieder i.S.d. § 3 bs. 1 TVG angesehen. Zur Möglichkeit einer Gast-Mitgliedschaft im selben Verband hat es sich nicht geäußert.

- 395 Die Erkenntnis, daß ein Verband für die einen Mitglieder Tarifverträge schließen, für andere aber nur Koalition sein kann, hat sich am Beispiel der Arbeitgeberverbände schon seit langem durchgesetzt: Mitnichten ist erforderlich, daß ein Arbeitgeberverband sich in die gewollte Tarifunfähigkeit begibt und für bestimmte Mitglieder eine Tarifgemeinschaft gründet<sup>569</sup>. Stattdessen kann ein Arbeitgeberverband den Arbeitgebern, für die der Verband keine Tarifverträge schließen kann, OT-Mitgliedschaften anbieten<sup>570</sup>. Für diese Arbeitgeber ist er aber immerhin noch Koalition.
- 396 Die Lage der Gewerkschaftsarbeitnehmer entspricht eher dem Status von Gast- resp. Fördermitgliedern. Gerade auf eine solche Mitgliedschaft<sup>571</sup> kommt es den Gewerkschaften an, denn auch für diese Mitglieder gilt, daß sie den Interessen des Verbands nicht zuwiderhandeln dürfen und Förderpflichten haben<sup>572</sup>. Der Ausschluß jeglichen Stimmrechts ist aber auch in ihrem Fall nicht geboten und verstößt gegen die zwingenden Beteiligungsrechte der Fördermitglieder<sup>573</sup>. Das Stimmrecht ist nur zu versagen, wenn sich die Stimmabgabe auf die Normsetzung auswirkt oder auswirken kann, weil dann eine Fremdbestimmung der nichtnormunterworfenen Mitglieder droht<sup>574</sup>. Daraus folgt die Notwendigkeit, die tarifpolitisch bedeutsamen Angelegenheiten von sonstigen abzugrenzen.

<sup>568</sup> BAG vom 16.2.1962 – 1 AZR 167/61, AP Nr. 12 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; dazu *S.-J. Otto*, DS Wiese 1996, S. 118.

<sup>569</sup> Zum Zweiverbandsmodell z.B. die Satzung Verband Deutscher Reeder (VDR): <http://www.reederverband.de> [zuletzt abgerufen am 23.12.2004].

<sup>570</sup> Grundlegend: *Löwisch*, ZfA 1974, 29 ff.; ebenso: *Röckl*, DB 1993, 2382, 2383.

<sup>571</sup> Für die Arbeitgeberseite z.B.: § 6 der Satzung des Arbeitgeberverbands des Privaten Baugewerbes e.V. Köln: „3. Die Gastmitglieder (...) werden von dem Verband über (...) beraten. Sonstige Rechte gegenüber dem Verband haben sie nicht, insbesondere besitzen sie kein aktives und passives Wahlrecht zu den Verbandsorganen. 4. (...) An die von ihm (dem Verband) abgeschlossenen Tarifverträge sind sie nicht gebunden.“

<sup>572</sup> So z.B. § 6 Nr. 4 Satz 1 der Satzung des oben genannten Arbeitgeberverbands.

<sup>573</sup> Ähnlich für OT-Mitglieder: *Löwisch*, ZfA 1974, 29 ff.

<sup>574</sup> *Löwisch*, ZfA 1974, 29, 40; für einen Totalausschluß: *Rieble*, SAE 1998, 243, 244; ähnlich weitgehend: *Buchner*, NZA 1994, 2, 6; *Röckl*, DB 1993, 2382, 2383.

### c. **Stimmrechtsausschluß bei tarifpolitisch bedeutsamen Angelegenheiten**

An Urabstimmungen nehmen die Arbeitnehmermitglieder ohnehin nicht teil. Über die konkrete Tarifpolitik bestimmt bei den DGB-Gewerkschaften nicht die Mitgliederversammlung, sondern die Tarifkommission. Erheblichen Einfluß auf die Ausgestaltung des Tarifvertrags hat auch der Vorstand, da Arbeitskämpfe unter dem Vorbehalt seiner Zustimmung stehen<sup>575</sup>, die Gesamtverantwortung der Tarifpolitik ihm obliegt<sup>576</sup> und er die Zusammensetzung der Tarifkommissionen beeinflussen kann<sup>577</sup>. 397

Die Wahl des Vorstands resp. die Wahl der Delegierten, die den Vorstand wählen, ist zwar von der Entscheidung über Sachfragen zu unterscheiden, diese Personalentscheidung wirkt sich aber mittelbar so stark auf die Sachentscheidungen in tariflichen Angelegenheiten aus, daß auch hier das Stimmrecht ausgeschlossen sein muß. Das gilt auch für die weiteren Organe mit bedeutenden Entscheidungsbefugnissen, wie z.B. den Gewerkschaftsrat. 398

### IV. **Stimmrechtsausschluß bei Entscheidungen über eigene Arbeitsbedingungen**

Im Arbeitsrecht ist zum Zweck des Tendenzschutzes die Tendenz gegenüber einer Einflußnahme durch die Arbeitnehmer abzuschirmen. Ein Anlaß für Tendenzschutzbestimmungen im Vereinsrecht fehlte bisher, weil die Mitglieder gerade die Tendenz bestimmen sollen. Daß die Gewerkschaften ihren Arbeitnehmern entgegen der hier vertretenen Ansicht Voll-Mitgliedschaften aufzwingen, statt ihnen stimmrechtsbeschränkte Gast-Mitgliedschaften zu ermöglichen, ist eine selbst verschuldete Gefährdung ihrer Tendenz. Ihre Arbeitnehmer könnten so versuchen, z.B. einen Tendenzschutzverzicht wie in § 74 Nr. 2 ver.di-Satzung durchzusetzen. Dem könnte ein Ausschluß des Stimmrechts in eigenen Angelegenheiten entgegenstehen. 399

---

<sup>575</sup> Vgl. § 20 Nr. 1 NGG-Satzung; § 18 Nr. 3c IGM-Satzung.

<sup>576</sup> Vgl. § 25 4d NGG-Satzung; § 10 IG BCE-Satzung; § 27 Nr. 4g transnet-Satzung; § 10 Nr. 1 IG BAU-Satzung.

<sup>577</sup> § 10 Nr. 2 IG BAU-Satzung; 3.2 i.V.m. 1.3 der GEW-Richtlinie für die Durchführung von Tarifverhandlungen und die Führung von Arbeitskämpfen, beschl. v. Hauptausschuß der GEW im Februar 1984 in der im Jahr 2002 geltenden Fassung.

## 1. Einfluß der Arbeitnehmer als Mitglieder auf die Arbeitsbedingungen

### a. Einfluß der Arbeitnehmer-Mitglieder wie andere Mitglieder

- 400 Bisher wurden die Löhne der Gewerkschaftsarbeitnehmer von den Exekutivorganen der Gewerkschaften bestimmt, d.h. die Mitglieder – und damit auch die Arbeitnehmer-Mitglieder – hatten keinen direkten Einfluß auf solche Entscheidungen. Die Mitglieder könnten nur gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Satzungsänderung bewirken und sich das Entscheidungsrecht über die Arbeitsbedingungen der Gewerkschaftsarbeitnehmer zurückholen oder zumindest den Rahmen festlegen, innerhalb dessen der Vorstand mit den Arbeitnehmern deren Arbeitsbedingungen aushandeln darf. Für diesen allerdings faktisch sehr unwahrscheinlichen Fall wird vertreten, daß Mitglieder, die zugleich Arbeitnehmer sind, nicht über die eigenen Arbeitsbedingungen mit abstimmen können<sup>578</sup>. Hingegen haben sich *Zöllner* und *K.Schmidt* generell gegen starre Stimmrechtsschranken ausgesprochen und plädieren dafür, die Reichweite des Stimmrechtsverbots im Wege der Abwägung zu ermitteln<sup>579</sup>.

### b. IG BAU und IG BCE: Sonderstimmrechte der Arbeitnehmer

- 401 Immerhin haben die IG BAU und die IG BCE mittlerweile ihre Arbeitgeberfunktion als solche anerkannt und die innerverbandliche Willensbildung aus der allgemeinen Zuständigkeit des geschäftsführenden Hauptvorstands für laufende Geschäfte herausgelöst und satzungsmäßig gesonderten Organen übertragen: Die Satzung der IG BAU sieht vor, daß eine vom Bundesvorstand und Gewerkschaftsbeirat gebildete Personalkommission auf Arbeitgeberseite die allgemeinen Arbeitsbedingungen entwirft und mit der Beschäftigtenvertretung, also dem Gesamtbetriebsrat, vereinbart. IG BAU-Arbeitnehmer dürfen nicht Mitglieder der Personalkommission sein (§ 30 Nr. 1 Abs. 2 IG BAU-Satzung) und können als Mitglieder nicht direkt über die eigenen Arbeitsbedingungen mitentscheiden. Sie dürfen aber als Mitglieder Delegierte wählen, welche durch ihre personellen Wahlentscheidungen auf dem Bezirksverbandstag die Zusammensetzung des Gewerkschaftstags beeinflussen, welcher seinerseits direkt und mittelbar über die Mitglieder des Gewerkschaftsbeirats entscheidet.

---

<sup>578</sup> *Staudinger/Weick*, BGB, § 34 Rn. 14; *Soergel/Hadding*, BGB, § 34 Rn. 5 Fn. 24; *Erman/H.P. Westermann*, § 34 Rn. 3; *van Look*, NJW 1991, 152; *Wilhelm*, NJW 1983, 912, 914.

<sup>579</sup> *Zöllner*, Stimmrechtsmacht, S. 225 ff., 231 ff.; dagegen: *van Look*, NJW 1991, 152.

Bei der IG BCE werden die Arbeitsbedingungen für die IG BCE-Arbeitnehmer im Einvernehmen mit dem Bundesausschuß von einem Personalausschuß festgelegt, in welchem gemäß § 22 Nr. 1 Abs. 2 IG BCE-Satzung acht stimmberechtigte Arbeitnehmer sitzen, die kraft Satzung durch zehn ehrenamtliche betriebstätige Mitglieder majorisiert werden. Die IG BCE-Arbeitnehmer können allerdings vierfach mittelbar über die personelle Zusammensetzung der Mitglieder im Personalausschuß mitentscheiden. 402

## 2. Stimmrechtsausschluß gemäß §§ 34, 181 BGB

In den drei genannten Fallgruppen stellt sich die Frage, ob die den Arbeitnehmer-Mitgliedern zustehenden Stimmrechte nicht gemäß §§ 34, 181 BGB ausgeschlossen sind. 403

### a. Arbeitsverhältnis zur Gewerkschaft als Sozialakt

Die Gewerkschaftsarbeitnehmer könnten bei Entscheidungen der Gewerkschaft als Arbeitgeber über ihre Arbeitsbedingungen wegen § 34 BGB resp. § 181 BGB<sup>580</sup> nicht stimmberechtigt sein. Der systematischen Stellung nach gilt § 34 BGB zwar unmittelbar nur für den rechtsfähigen Verein; als Ausprägung eines allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsatzes ist die Norm aber auch auf den nichtrechtsfähigen Verein analog anwendbar<sup>581</sup>. Folgt man streng dem Wortlaut des § 34 BGB, sind die Arbeitnehmer-Mitglieder bei direkten Abstimmungen über ihre Arbeitsbedingungen nicht stimmberechtigt: Die Beschlußfassung betrifft ihr Arbeitsverhältnis und damit die Vornahme eines Rechtsverhältnisses zwischen ihnen und dem Verein<sup>582</sup>. 404

Allerdings ist § 34 BGB teleologisch zu reduzieren<sup>583</sup> und nur bei sog. Drittgläubigergeschäften anzuwenden. Dies sind Geschäfte, bei denen das Vereinsmitglied dem Verein wie ein vereinsfremder Dritter gegenübertritt. Stimmberechtigt sollen die selbst betroffenen Mitglieder hingegen sein, wenn – in Anlehnung an die Begrifflichkeit *von Gierkes* – über sog. „Sozialakte“<sup>584</sup> des Vereins abgestimmt wird, also schuldrechtliche und organisationsrechtliche Rechtsgeschäfte innerhalb des Vereins<sup>585</sup>, wie z.B. 405

<sup>580</sup> Zum Verhältnis von § 34 BGB zu § 181: *Mugdan*, I, S. 411; *Wilhelm*, NJW 1983, 912, 913; *Flume*, Die Personengesellschaft, S. 246 ff.; *Schröder*, ZGR 1978, 589; *Staudinger/Weick*, BGB, § 34 Rn. 6.

<sup>581</sup> *Soergel/Hadding*, BGB, § 34 Rn. 2; vgl. *Habscheid*, AcP 155 (1956), 391.

<sup>582</sup> So für das Anstellungsverhältnis des Vorstands: *Soergel/Hadding*, BGB, § 34 Rn. 5.

<sup>583</sup> Allg. M.: BGH vom 9.12.1968 – 2 ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 215 f.; *Staudinger/Weick*, BGB, § 34 m.w.N.; *Renkl*, Gesellschafterbeschuß, S. 54 ff.

<sup>584</sup> Vgl. *van Look*, NJW 1991, 152, 153; *Hüffer*, FS Heinsius, S. 339 ff.

<sup>585</sup> Abweichend *Flume*, Die juristische Person, § 7.V.6, S. 229 ff.

Wahlen und satzungsmäßige Gruppenrechte. Das ist insofern naheliegend, als es auch im öffentlichen Recht zulässig ist, sich selbst zu wählen. Die Rechtsprechung grenzt allerdings wegen des untrennbaren Zusammenhangs mit dem Bestellungsakt auch das Anstellungsverhältnis der Organmitglieder aus dem Anwendungsbereich des § 34 BGB aus<sup>586</sup>.

- 406 Bei den Gewerkschaftsarbeitnehmern hängt die Einstellung – außer bei den Wahlangestellten – aber nicht von einer Wahlentscheidung der Mitglieder ab. Die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis entsprechen denen von Drittgläubigern, weil das parallele Mitgliedschaftsverhältnis rechtlich betrachtet zufällig mit dem Arbeitsverhältnis zusammentrifft<sup>587</sup>. Daß die Gewerkschaften als Arbeitgeber ein Junktim durchsetzen, ändert daran nichts, weil dieses Doppelverhältnis rechtlich nicht notwendig ist. Es liegt also kein Sozialakt vor. Bei einer direkten Abstimmung über die sie betreffende Personalpolitik der arbeitgebenden Gewerkschaft sind die Gewerkschaftsarbeitnehmer nicht stimmberechtigt.

#### **b. Arbeitnehmermitglieder im Personalausschuß der IG BCE**

- 407 Auch bei den Grundsatzabstimmungen darüber, welches Organ die Arbeitsbedingungen festlegen darf und bei solchen über die personelle Zusammensetzung der entscheidenden Organe, stehen die Arbeitnehmer-Mitglieder vor einer Interessenkollision<sup>588</sup>. Für § 34 BGB ist aber nicht entscheidend, ob materiell ein Interessenkonflikt von hinreichender Schwere besteht<sup>589</sup>. Die Norm ist wie § 181 BGB<sup>590</sup> eine formale Ordnungs-

<sup>586</sup> BGH vom 29.9.1955 – 2 ZR 225/54, BGHZ 18, 205, 210; BGH vom 9.12.1968 – 2 ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 215 f.; für das Stimmrecht eines Gesellschafters bei Abstimmungen über seine Bestellung und Organrechte: RG vom 22.2.1905 – I 476/04, RGZ 60, 172; RG vom 18.10.1910 – II 660/09, RGZ 74, 276, 278 f.; RG 14.3.1922 – II 472/21, RGZ 104, 182, 186; zustimmend: *Zöllner*, Stimmrechtsmacht, S. 233. *Baums*, Geschäftsleitervertrag, S. 143 ff.; *MünchKomm/Reuter*, BGB, § 34 Rn. 11, kommen zum gleichen Ergebnis, wollen aber unangemessenen Vereinbarungen durch ein Anfechtungsrecht gemäß § 243 Abs. 2 analog abhelfen.

<sup>587</sup> Vgl. *van Look*, NJW 1991, 152; *Wilhelm*, NJW 1983, 912, 914.

<sup>588</sup> Vgl. *Herzfelder*, Stimmrecht, 1927, 1 ff.; *Engfer*, Interessenkollisionen, S. 1 ff.; *Wilhelm*, JZ 1976, 674 ff.

<sup>589</sup> So aber *Hachenburg*, LZ 1907, 460 f.; *Herzfelder*, Stimmrecht, S. 50 ff.

<sup>590</sup> Zu § 181 BGB als formale Ordnungsvorschrift: BGH vom 23.2.1968 – V ZR 188/64, BGHZ 50, 8, 11; BGH vom 9.7.1956 – 5 ZR V BLw 11/56, BGHZ 21, 229, 231; RG vom 27.1.1938 – V B 13/37, RGZ 157, 24, 31; RG vom 20.3.1908 – II 586/07, RGZ 68, 172; *Flume*, Bd. 2, § 48, S. 1 und 5.; a.A. und für eine „wertungsjuristische Auflockerung“: *Boehmer*, Grundlagen II, S. 66; *Brox*, AT, Rn. 544; *Erman/Palm*, § 181 Rn. 2.

norm<sup>591</sup>. Da die Wahl der Personalaussschußmitglieder ein Sozialakt ist, greift § 34 BGB nicht.

### c. Delegierten- und Organwahl

§ 34 BGB ist ausnahmsweise entsprechend anzuwenden, wenn der nicht 408  
Stimmberechtigte einen Vertreter oder dieser einen Untervertreter einschaltet und dieser typischerweise und offensichtlich einer Interessenkollision ausgesetzt ist<sup>592</sup>. Die von den Arbeitnehmer-Mitgliedern gewählten Delegierten oder Amtsträger sind jedoch keine Vertreter ihrer Wähler. Sie können schon deshalb keine Rechte für ihre Wähler ausüben, weil deren Rechte aus dem Mitgliedschaftsstatus folgen und daher höchstpersönliche Rechte sind.

Entscheidend ist, ob die Delegierten resp. die von den Delegierten ge- 409  
wählten Organe einer Interessenkollision ausgesetzt sind, weil sie von den Gewerkschaftsarbeitnehmern mitgewählt werden. Die Gewerkschaftsarbeitnehmer haben als Mitglieder aufgrund der Anzahl ihrer Stimmen letztlich keinen entscheidenden innerverbandlichen Einfluß auf personelle Zusammensetzung der Entscheidungsorgane. Anders als bei tariflichen Angelegenheiten führt ein Wahlrecht der Gewerkschaftsarbeitnehmer auch nicht zu einer Fremdbestimmung der übrigen Mitglieder. Sie wären daher bei der Delegiertenwahl stimmberechtigt. Das Stimmrecht entfällt aber, da dieselben Delegierten auch über die tarifpolitischen Fragen entscheiden, dazu o. § 3D.III.3.c, Rn. 397. Möchte eine Gewerkschaft, daß ihre Arbeitnehmer als Mitglieder die Organmitglieder mitwählen, welche über die Personalpolitik der Gewerkschaft als Arbeitgeberin entscheiden, so kann sie dies erreichen, indem sie die Mitglieder dieses Organs direkt von den Arbeitnehmermitgliedern wählen läßt.

## E. Beitragspflicht

Die Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft hat für die Arbeit- 410  
nehmer-Mitglieder nur eine bloße Vereinsfunktion und ihre mitgliederschaftlichen Mitwirkungsrechte bleiben hinter denen der anderen Mitglieder zurück<sup>593</sup>. Dennoch sieht bei den DGB-Gewerkschaften keine Satzung einen verringerten Beitrag vor.

<sup>591</sup> MünchKomm/Reuter, BGB, § 34 Rn. 11; gegen eine Generalklausel: 1. Komm bei Mugdan, I zu § 48 Abs. 4 E I S. 411, 623; Staudinger/Weick, BGB, § 34 Rn. 2.

<sup>592</sup> Für Aktionäre: Zöllner, Stimmrechtsmacht, S. 273; MünchKomm/Reuter, BGB, § 34 BGB Rn. 9 unter Hinweis auf § 136 Abs. 1 Satz 2 AktG; a.A. RG vom 2.2.1923 – 2 147/22, RGZ 106, 258, 263.

<sup>593</sup> Zum „Wert“ von Stimmrechten: BayObLG vom 31.7.2002 – 3 ZBR 362/01, ZIP 2002, 1765; Löwe/Thoß, ZIP 2002, 2075 ff.

## I. Beitragsstaffelung

- 411 Darin unterscheidet sich die Vereinsmitgliedschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer erheblich von den OT-Mitgliedern auf Arbeitgeberverbandsseite. Obwohl die Arbeitgeberverbände für die OT-Mitglieder immerhin Koalition sind und für sie wichtige Funktionen wahrnehmen, ist der Mitgliedschaftsbeitrag der OT-Mitglieder bei den meisten Arbeitgeberverbänden deutlich niedriger als derjenige der anderen Mitglieder. An der gebotenen Differenzierung sind die Gewerkschaften auch nicht durch das Vereinsrecht gehindert: Dieses setzt keineswegs eine Einheitsmitgliedschaft voraus, sondern erlaubt, daß die Satzung abgestufte Mitgliedschaften vorsieht, die mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten verbunden sind<sup>594</sup>. Bei den meisten DGB-Gewerkschaften gibt es bereits solche gestuften Mitgliedschaften mit verringerter Beitragspflicht, nämlich für Arbeitslose<sup>595</sup>, Studenten<sup>596</sup> und Hinterbliebene.

## II. Unangemessene Benachteiligung

### 1. Befugnis der Gerichte zur Inhaltskontrolle

- 412 Gewerkschaften als „Paradefall eines sozialmächtigen Verbandes“<sup>597</sup> unterliegen nicht nur einem Kontrahierungszwang mit Arbeitnehmern ihres Organisationsbereichs. Weil das Austrittsrecht gemäß § 39 BGB faktisch leerläuft und somit zu einer erheblichen Paritätsstörung zwischen Verein und Mitglied führt, können ihre Satzungen einer gerichtlichen Inhaltskontrolle ausgesetzt sein, § 242 BGB. Unwirksam sind Satzungenormen, welche die Mitglieder unangemessen benachteiligen.
- 413 Dem könnte entgegengehalten werden, die arbeitgebende Gewerkschaft sei ihren Arbeitnehmern gegenüber kein sozialmächtiger Verband. Während die Gewerkschaften gegenüber den Arbeitnehmern, die sie gegenüber deren Arbeitgebern vertreten, als Kollektivinteressenvertretung sozialmächtig sind, trifft dies zwar in Relation zu den eigenen Arbeitnehmern nicht zu: Die Gewerkschaftsarbeitnehmer werden nicht Mitglied,

---

<sup>594</sup> BAG vom 22.3.1995 – 5 AZB 21/94, II.3.b)bb), AP Nr. 21 zu § 5 ArbGG 1979; *Sauter/Schweyer*, Rn. 333; *Reichert*, HdBVV, Rn. 497 ff.

<sup>595</sup> Gegen die Aufnahme von Arbeitslosen 1994 noch: § 5 Abs. 1 Satz 1 IG BSE-Satzung, § 2 Satz 2 IG BE-Satzung, § 1 Satz 5 IG CPK-Satzung, § 2 GdED-Satzung; § 5 Abs. 1 Satz 1 GGLF-Satzung, § 4 Abs. 1 GdP-Satzung, § 1 Abs. 2 DPG-Satzung; § 5 KOMBA-Satzung.

<sup>596</sup> Zur Zulässigkeit der Aufnahme von Studenten: *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, § 243 Rn. 26.

<sup>597</sup> *Bartodziej*, ZGR 1991, 517, 533.

weil sie auf die Verbandsleistungen angewiesen sind. Sie treten ein, weil sie arbeitsvertraglich dazu verpflichtet sind.

Die Inhaltskontrolle greift aber im Fall der Gewerkschaftsarbeitnehmer erst recht. Schon die negative Koalitionsfreiheit schützt die Arbeitnehmer vor einem übermäßigen Beitrittsdruck. Dort, wo den Arbeitnehmern nicht mehrere konkurrierende Gewerkschaften zur Auswahl stehen, bleibt ihnen immer noch der Nichtbeitritt als Alternative. Diese Alternative haben Gewerkschaftsarbeitnehmer nicht, wenn die arbeitgebende Gewerkschaft die Vereinsmitgliedschaft voraussetzt. Für privatrechtliche Zwangsvereinigungen, z.B. bei kreditgenossenschaftlichen Prüfverbänden, gilt die gerichtliche Befugnis zur Inhaltskontrolle, weil sich die Pflichtmitglieder diesen Verbänden nicht entziehen können<sup>598</sup>. Dies läßt sich auch auf die Pflichtmitgliedschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer übertragen: Die eingetragenen Genossenschaften sind zwar gemäß § 54 GenG gesetzlich verpflichtet, einem unabhängigen Prüfverband anzugehören, während die Pflichtmitgliedschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer aus dem privat-autonom begründeten Arbeitsverhältnis folgt. Wie eine solche Pflicht begründet bzw. erzwungen wird, rechtfertigt hinsichtlich der Kontrolldichte im Rahmen des § 242 BGB keinen Unterschied. Zweck der Inhaltskontrolle ist der Schutz der Partei, die auf die Mitgliedschaft angewiesen ist. Dies trifft auf die Gewerkschaftsarbeitnehmer nicht weniger zu, wenn die Gewerkschaft Begründung und Bestand des Arbeitsverhältnisses von der Mitgliedschaft abhängig macht.

Die Beitragspflicht könnte aber der Inhaltskontrolle entzogen sein, wenn sie den Preisvereinbarungen im Schuldverhältnis entspricht. Dort erfaßt die Angemessenheitskontrolle der §§ 307 ff. BGB nur die Nebenpflichten und Leistungsbedingungen, während die Äquivalenz der Hauptleistungen kontrollfrei ist<sup>599</sup>. Auch bei Vereinssatzungen kann eine Inhaltskontrolle nicht stattfinden, wenn die Satzungsnorm „Hauptleistungscharakter“ hat<sup>600</sup>. Die Preisvereinbarungen – und entsprechend auch die Beitragspflicht – sind der Inhaltskontrolle nach Art der §§ 307 ff. BGB entzogen, weil es kein gesetzliches Leitbild gibt, mit dem die zu überprüfende Regelung verglichen werden könnte. Den Preis einer Leistung resp. der Vereinsmitgliedschaft sollen die Gerichte außerhalb der §§ 315 Abs. 3 Satz 2, 319 Abs. 1 Satz 2 BGB gerade nicht festsetzen dürfen. Daraus folgt

---

<sup>598</sup> BGH vom 24.10.1988 – 2 ZR 311/87, NJW 1989, 1724; BGH vom 10.7.1995 – 2 ZR 102/94, ZIP 1995, 1508; BGH vom 10.7.1995 – 2 ZR 102/94, insb. zu I.2.b. der Gründe, ZIP 1995, 1508 1510; *Bunte*, ZGR 1991, 316.

<sup>599</sup> *Fastrich*, Privatrecht, S. 257 f.

<sup>600</sup> So aber *Schmiegel*, Inhaltskontrolle, S. 30; ähnlich: *Fastrich*, Privatrecht, S. 257; a.A.: *Martens*, JZ 1976, 511, 513.

allerdings nicht, daß die Beitragshöhe völlig der Vereinsautonomie überlassen wäre. Anderenfalls liefe der Kontrahierungszwang leer<sup>601</sup>, da dieser impliziert, daß jeder Bewerber zu angemessenen Bedingungen aufgenommen werden muß.

## 2. Vereinsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

- 416 Im Vereinsrecht wird aus § 35 BGB das Recht auf gleichmäßige Behandlung hergeleitet<sup>602</sup>. Danach ist die volle Beitragshöhe für die Arbeitnehmer-Mitglieder unangemessen, wenn sie wesentlich Unterschiedliches ohne sachlichen Grund nicht dem Unterschied entsprechend gleich behandelt<sup>603</sup>. Das Gruppenhomogenitätsgebot hat der BGH in den Urteilen zu den kreditgenossenschaftlichen Prüfverbänden präzisiert<sup>604</sup>:

### a. Differenzierungsgebot

- 417 Schon im ersten Prüfverbandsurteil hat der BGH sich auch im allgemeinen Verbandsrecht nicht mehr von dem Dogma der unteilbaren Mitgliedschaft den Blick auf die abgestuften Mitgliedschaften verstellen lassen: Zwar müssen die eingetragenen Genossenschaften nach wie vor Mitglied in einem Prüfverband sein<sup>605</sup>. Auch darf der Verband jenseits der Prüfung und Beratung immer noch den Mitgliedern weitere Leistungen wie z.B. Schulungen und Werbung anbieten, aber hinsichtlich dieser „Wahlleistungen“ muß es den Genossenschaften freistehen, ob sie dieses über den Pflichtteil hinausgehende Angebot wahrnehmen und finanzieren wollen<sup>606</sup>, „Cafeteria-Mitgliedschaft“. In der IHK-Entscheidung aus 2001 hat selbst das BVerfG, welches davon ausgeht, die Pflichtmitgliedschaft

<sup>601</sup> *Nipperdey*, S. 31; *Schmiegel*, Inhaltskontrolle, S. 30, 37; ähnlich BGH 2.12.1974 – 2 ZR 78/72, NJW 1975, 771, 773 f.

<sup>602</sup> Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 35 Rn. 3 m.w.N.

<sup>603</sup> Allgemein: *Schmiegel*, Inhaltskontrolle S. 91 f.; zur Unzulässigkeit eines Einheitsbeitrags bei Arbeitgeberverbänden mit OT-Mitgliedschaft: *Röckl*, DB 1993, 2382, 2384; *Däubler*, ZTR1994, 448, 453; *S.-J. Otto*, DS Wiese, S. 118, 136.

<sup>604</sup> BGH vom 24.10.1988 – 2 ZR 311/87, NJW 1989, 1724; BGH vom 10.7.1995 – 2 ZR 102/94, ZIP 1995, 1508; BGH vom 10.7.1995 – 2 ZR 102/94, insb. zu I.2.b), ZIP 1995, 1508, 1510; *Bunte*, ZGR 1991, 316.

<sup>605</sup> Für verfassungsgemäß halten § 54 GenG: BGH vom 10.7.1995 – 2 ZR 102/94, zu I.2.a), ZIP 1995, 1508 1509 f. (verfassungskonforme Auslegung); *Beuthien*, WM 1995, 1788 ff.; a.A.: *Glenk/Dietermann*, NJW 1997, 110, 111; *Gehrlein*, WM 1995, 1781, 1787.

<sup>606</sup> BGH vom 24.10.1988 – 2 ZR 311/87, zu I.1., NJW 1989, 1724, 1725; BGH vom 10.7.1995 – 2 ZR 102/94, NJW 1995, 2981; BGH vom 19.1.1995 – 1 ZR 41/93, NJW 1995, 2352. Speziell für Koalitionen: *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1185 ff.

habe „eine freiheitssichernde Funktion“<sup>607</sup>, eingeräumt, daß sich die Handelskammern nur insofern durch die Beiträge der Zwangsmitglieder refinanzieren dürfen, als sie legitime öffentliche Aufgaben wahrnehmen, deren Erfüllung durch Zwangskörperschaften geboten ist.

Grundsätzlich darf sich jeder Verband darauf beschränken, für alle eine Einheitsmitgliedschaft anzubieten. Es mag auch durchaus der gewerkschaftlichen Vorstellung von Solidarität entsprechen, daß dann Mitglieder, die nur wenige Gewerkschaftsfunktionen in Anspruch nehmen, die Leistungen an andere Mitglieder quersubventionieren. Die Gewerkschaften haben sich aber durch die vertragliche Verpflichtung ihrer Arbeitnehmer zur Mitgliedschaft einem Aufnahmeanspruch ausgesetzt. 418

Die Lage der Arbeitnehmer-Mitglieder bei den Gewerkschaften unterscheidet sich von denen der Zwangsmitglieder in den Prüfverbänden und den Handelskammern sogar noch dadurch, daß sie für Leistungen mitbezahlen, die sie – selbst wenn sie es wollten – nicht hinzuwählen können. Dies betrifft sämtliche gewerkschafts- und koalitionspezifischen Leistungen und somit Leistungen, die einen beträchtlichen Teil des Vereinsbudgets ausmachen. Die Arbeitnehmer-Mitglieder unterscheiden sich mithin von den übrigen in einem für die Beitragsbemessung maßgeblichen Umstand so wesentlich, daß die Gleichbehandlung eines Rechtfertigungsgrunds bedarf.

### **b. Rechtfertigungsgründe**

Wegen der Vereinsautonomie ist den Gewerkschaften dabei allerdings ein weiterer Gestaltungsspielraum einzuräumen. Schon die Vereinsentscheidung, von Unterschieden zu abstrahieren, um den Verwaltungsaufwand zu reduzieren, kann die Gleichbehandlung rechtfertigen<sup>608</sup>. Nach umstrittener Ansicht sind daher auch die Arbeitgeberverbände nicht verpflichtet, eine eigene Beitragsstufe für OT-Mitglieder einzurichten<sup>609</sup>. 419

Auf diesen Rechtfertigungsgrund können sich die Gewerkschaften nicht berufen: Für Studenten, Rentner, Arbeitslose und andere Gruppen, die sie nicht als Gewerkschaft oder Koalition vertreten können, existiert bereits eine gestufte Mitgliedschaft. Der Verwaltungsaufwand erhöht sich allenfalls unwesentlich, wenn sie diese Mitgliedschaftsstufe auch für Gewerkschaftsarbeitnehmer öffnen. Daher hält *Rieble* der Beitragspflicht in voller 420

---

<sup>607</sup> BVerfG (Kammer) vom 7.12.2001– 1 BvR 1806/98, unter B.II.2.b)cc), DB 2002, 527, 528; *Jahn*, GewArch 2002, 98 ff.; *ders.*, JuS 2002, 434; *Hatje*, NJW 2002, 1849; vgl. ferner *Kluth*, NVwZ 2002, 298 ff.

<sup>608</sup> *Schmiegel*, Inhaltskontrolle, S. 93.

<sup>609</sup> *S.-J. Otto*, DS Wiese, S. 118, 136 m.w.N.

Höhe zu Recht den vereinsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz entgegen<sup>610</sup>. Dennoch dürfen die Gerichte mit Rücksicht auf die Vereinsautonomie nicht den Beitragssatz festsetzen. Die Arbeitnehmer-Mitglieder haben aber einen Anspruch darauf, daß die Gewerkschaften ihr Regelungsermessen erneut ausüben und dabei die Vorgaben des Gleichbehandlungsgrundsatzes beachten. Der Beitrag kann danach aber kaum oberhalb der Verwaltungskosten liegen. Damit wäre allerdings nur dem vereinsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz genügt. Eine weitergehende Reduzierung des Beitrags könnte zudem geboten sein, damit die arbeitsvertragliche Beitrittspflicht gerechtfertigt werden kann, u. § 4C.I.2.d.dd, Rn. 574 ff.

### III. Beitragswucher

- 421 Schon hinsichtlich der Vollmitglieder soll den Beitragsaufwendungen des Einzelnen kein äquivalenter Leistungsverbund gegenüberstehen<sup>611</sup>. Erst recht müßte dies für die Arbeitnehmer-Mitglieder gelten, deren Mitgliedschaft nahezu funktionslos ist. Sowohl das von den Gewerkschaften gesetzte Außenrecht, d.h. Tarifverträge<sup>612</sup>, als auch ihre Satzungen<sup>613</sup> als Innenrecht unterliegen – anders als Gesetze – keinem eigenständigen Normenkontrollverfahren, sondern sind Rechtsgeschäfte i.S.d. § 138 BGB. Zumindest der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB soll aber nur im Fall von Austauschgeschäften greifen<sup>614</sup>, so daß die Norm auf das Mitgliedschaftsverhältnis nicht anwendbar wäre<sup>615</sup>. Immerhin können die Vereinsleistungen wegen der Beitragspflicht Dienstleistungen i.S.d. Art. 49 EGV sein<sup>616</sup>. Auch § 312 BGB, der eine Willenserklärung voraussetzt, die auf Abschluß eines entgeltlichen Vertrages gerichtet ist, kann auf

<sup>610</sup> Rieble, SAE 1998, 237, 243.

<sup>611</sup> Sachse, AuR 1985, 267, 270.

<sup>612</sup> Singer, ZfA 1995, 611; Schwarze, ZTR 1996, 1; Dieterich, FS Schaub, S. 117 ff.; Hartmann, Gleichbehandlung, S. 27 ff., 76 Fn. 114; Rieble, ZTR 2000, 1, 7; Rieble, ZfA 2000, 5 ff.; Löwisch, SAE 2001, 295 ff., insb. 297; einschränkend früher: BAG vom 11.11.1987 – 4 AZR 339/87, AP Nr. 5 zu § 3 BAT; BAG vom 24.4.1985 – 4 AZR 457/83, AP Nr. 4 zu § 3 BAT.

<sup>613</sup> BAG vom 26.9.2002 – 5 AZB 19/01, NZA 2002, 1412; BGH vom 27.9.1999 – II ZR 377/98, NJW 2000, 1028; OLG Celle vom 18.10.1994 – 20 W 20/94, NJW-RR 1995, 1273.

<sup>614</sup> MünchKomm/Mayer-Maly/Armbrüster, BGB, § 138 Rn. 143; zur AGB-Kontrolle: BGH 1.12.1981 – KZR 37/80, NJW 1982, 644, 645 f.

<sup>615</sup> Schmiegel, Inhaltskontrolle, S. 30.

<sup>616</sup> EuGH vom 4.10.1991 – C-159/90, Slg. 1991, I-4685 Rn. 17 (Grogan); EuGH vom 26.4.1988 – C-352/85, Slg. 1988, 2085 Rn. 16 (Bond van Adverteerders); EuGH vom 11.4.2000 – C-51/96, 191/97, AP Nr. 1 zu Art. 49 EG Rn. 57 (Deliège); EuGH vom 23.4.1994 – C-275/92, Slg. 1994, I-1039 Rn. 35 (Schindler); EuGH vom 23.4.1991 – C-41/90, Slg. 1991, I-1979 Rn. 21 (Höfner/Elser).

den Vereinsbeitritt anwendbar sein<sup>617</sup>. Bedingung ist aber stets, daß bei solchen Mitgliedschaftsverhältnissen der Leistungsaustausch im Vordergrund steht. Dies trifft auf die Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht zu. Schon der ökonomische Wert der Mitgliedschaft läßt sich kaum berechnen. Hinzu kommt – wie bei politischen Parteien – der ideelle Wert. Die Mitglieder sind überdies durch die Angemessenheitskontrolle hinreichend geschützt.

---

<sup>617</sup> Noch zu § 1 Abs. 1 HaustürWG: OLG München vom 18.5.1995 – 29 U 6014/94, ZIP 1995, 1362 und LG Mannheim vom 5.6.1998 – 7 O 2/98, VuR 1998, 428 zu einem Flugrettungsverein.



## **§ 4 Individualarbeitsrecht und der gewerkschaftliche Tendenzschutz**

Das Individualarbeitsrecht weicht vielfach zugunsten der Arbeitnehmer vom allgemeinen Zivilrecht ab, indem es den Arbeitnehmern Rechte einräumt, die der Gesetzgeber für derart elementar hält, daß er sie nicht dem freien Spiel der Individual- oder Kollektivvertragsverhandlungen überlassen will. Der Geltungsanspruch der staatlichen Normen kann im Individualarbeitsrecht mit dem Anspruch der Gewerkschaften kollidieren, gerade auch ihr Verhältnis zu den eigenen Arbeitnehmern autonom zu bestimmen resp. nach den Vorgaben der gewerkschaftlichen Tendenz auszugestalten. Fehlt eine Bereichsausnahme, sind die Gewerkschaften als Arbeitgeber grundsätzlich dem Individualarbeitsrecht in derselben Weise unterworfen wie andere Arbeitgeber auch. 422

### **A. Begründung des Arbeitsverhältnisses**

Im 19. Jahrhundert und in der ersten Hälfte des 20. rekrutierten die Gewerkschaften ihr Personal nahezu ausschließlich aus den eigenen Reihen. Zunächst arbeiteten Mitglieder ehrenamtlich; waren sie den wachsenden Aufgaben nicht mehr gewachsen, wurden sie von der Gewerkschaft angestellt. Zum anderen begründeten die Gewerkschaften Arbeitsverhältnisse mit verdienten Arbeitnehmern, d.h. solchen, die sich für Gewerkschaftsbelange besonders stark eingesetzt und infolgedessen ihren Arbeitsplatz verloren hatten. 423

Spätestens seit Bestehen der Bundesrepublik hat sich diese Personalpolitik umgekehrt. Mit der Professionalisierung der Gewerkschaftsarbeit sind die Anforderungen an das Personal gestiegen. Quereinsteige werden daher seltener und die Gewerkschaften bedienen sich des allgemeinen Arbeitsmarkts. Dabei unterliegen sie hinsichtlich der Diskriminierungsverbote und Fragerechte grundsätzlich den gleichen Anforderungen wie andere Arbeitgeber.

### **I. Diskriminierungsverbote bei der Personaleinstellung**

#### **1. Personalauswahlfreiheit**

Während für die Kirchen als Bestandteil ihrer Selbstbestimmung die Personalauswahlfreiheit verfassungsrechtlich garantiert ist, schränkt 424

Art. 33 Abs. 2 GG die Beamtenauswahlfreiheit des Staates ein. Für das Arbeitsrecht wurden ebenfalls weitgehende Einschränkungen gefordert: *Otto* leitete dies aus § 75 Abs. 1 BetrVG<sup>618</sup> her, *Leipold* aus dem Recht auf Arbeit als speziellem Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 1 ESC<sup>619</sup> und *Herrmann* im Wege des Schlusses *a minore ad maius* aus § 611a BGB<sup>620</sup>. *Gamillscheg* forderte einen Einstellungsanspruch des aus unzulässigem Grund abgewiesenen Bewerbers<sup>621</sup> aus Art. 3 Abs. 3 GG, wollte dies aber auf Großunternehmen beschränken, weil sie als Arbeitgeber „soziale Gewalt“ ausübten<sup>622</sup>. Die Beschränkung der Personalauswahlfreiheit erfolgt nunmehr einfachgesetzlich durch das AGG. Der DGB hatte schon den noch weitergehenden Entwurf eines ADG begrüßt und Anti-Diskriminierungsregeln gefordert.

## 2. Gewerkschaftliche Frauenförderung

- 425 Der DGB und seine Mitgliedgewerkschaften versuchen nicht nur, die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder zu verbessern, sondern haben sich politischer und gesellschaftlicher Aufgaben angenommen, § 2 Nr. 3 DGB-Satzung, § 2 Abs. 1 Sätze 3 u. 4 IGM-Satzung<sup>623</sup>. Zur Gewerkschaftstendenz im DGB-Verbund gehört, von den Arbeitgebern die Gleichstellung der Frau im Arbeitsleben zu fordern<sup>624</sup>.

### a. Frauenförderung beim DGB

- 426 Sofern die Gewerkschaften selbst als Nachfrager auf dem Arbeitsmarkt auftreten, bietet sich ihnen die Gelegenheit und teilweise auch die Verpflichtung, den eigenen Forderungen zu entsprechen. Allerdings attestierte *Naumann* (damalige zweite stellv. Vors. GEW) noch 1992 dem DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften, daß sie „seit jeher eine patriarchale Struktur aufweisen“<sup>625</sup>.
- 427 Als Arbeitgeber befaßte sich der DGB mit der Frauenfrage schon auf dem 12. Bundeskongreß im Mai 1982. Beschlossen wurde, daß „der DGB und die Mitgliedsgewerkschaften aufgefordert sind, sich stärker dafür einzu-

<sup>618</sup> *H.-J. Otto*, Kontrolle, S. 28; dagegen: *G. Hueck*, Gleichmäßige Behandlung, S. 234; *Hueck/Nipperdey*, Bd. I, S. 431; *Hunold*, DB 1984, Beil. 5, 7; *Buchner*, RdA 1970, 227.

<sup>619</sup> *Leipold*, AuR 1971, 165 ff.

<sup>620</sup> *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 29.

<sup>621</sup> *Gamillscheg*, FS Weber, S. 804.

<sup>622</sup> *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 407.

<sup>623</sup> Krit.: *Wiedemann*, TVG, 6. Aufl. 1999, Einleitung Rn. 444.

<sup>624</sup> 13. ord. DGB-Bundeskongreß, Beschluß Nr. 345. Frauenräte bei ver.di: § 59 ver.di-Satzung.

<sup>625</sup> *Naumann*, WSI-Mitteilungen 1992, 241.

setzen, daß „2. die Ausbildung und Anstellung von weiblichen Nachwuchsekretärinnen in größerem Umfang erfolgen wird“<sup>626</sup>. Durch Beschluß Nr. 344 des 13. Bundeskongresses wurden „die Unternehmen der Gemeinschaft aufgefordert, Frauenförderpläne zu entwickeln und in die Praxis umzusetzen“<sup>627</sup>. Als die Delegierten auf dem 14. Bundeskongreß feststellen mußten, daß es für den DGB noch keinen verbindlichen Frauenförderungsplan gab, forderten sie im Beschluß Nr. 273 den DGB und die Mitgliedsgewerkschaften auf, das Versäumte mit Nachdruck nachzuholen.

Die Frauenförderung diente jedoch weniger dazu, den anderen Arbeitgebern als Beispiel zu dienen, sondern war von gewerkschaftlichem Proporz- und Repräsentationsdenken<sup>628</sup> getragen: Dies zeigt sich noch in der vom DGB-Bundesvorstand am 12.2.1990 beschlossenen „verbindlichen Richtlinie zur Frauenförderung für die Beschäftigten des DGB auf allen Ebenen“. Die Richtlinie verlangte, daß „bei Einstellungen und Stellenbesetzungen Frauen bei Vorliegen der erforderlichen Qualifikation bevorzugt zu berücksichtigen sind, bis der Frauenanteil zumindest demjenigen an der Mitgliedschaft der DGB-Gewerkschaften entspricht.“<sup>629</sup> 428

### b. Frauenquote bei ver.di

In § 20 Nr. 3 ver.di-Satzung verpflichtet sich ver.di auf eine Frauenquote und § 83 ver.di-Satzung regelt, wie dies bei den Wahlangestellten verfahrensrechtlich erreicht und gesichert werden soll. Daß ein Zusammenhang zwischen dem Frauenanteil unter den Mitgliedern und dem unter den Gewerkschaftsarbeitnehmern bestehen soll, bestätigt § 20 Nr. 2 ver.di-Satzung nachdrücklich: In Organen, Beschlußgremien und bei Delegiertenwahlen müssen Frauen je nach ihrem Anteil unter den repräsentierten Mitgliedern vertreten sein. 429

Wie § 83 ver.di-Satzung diese Frauenquote unter den Wahlangestellten sichern soll, bleibt offen. In diesem Bereich liegt die Personalentscheidung gerade nicht in den Händen der ver.di-Funktionäre. Ähnlich der verfassungsrechtlich strittigen Regelung zu § 15 Abs. 2 BetrVG müßten Männer mit mehr Stimmen durch Frauen mit weniger Stimmen ersetzt

<sup>626</sup> 12. ord. Bundeskongreß, Beschluß Nr. 374, tlw. abgedruckt bei *Naumann*, WSI-Mitteilungen 1992, 241, 245.

<sup>627</sup> 13. ord. Bundeskongreß, Beschluß Nr. 344 „Frauenförderpläne in der Gemeinschaft“, tlw. abgedruckt bei *Naumann*, WSI-Mitteilungen 1992, 241, 245.

<sup>628</sup> Zur Verankerung in der DPG-Satzung wider: *Stindt*, Verfassungsgebot, S. 118 ff.; ähnlich § 22 Nr. 4c Abs. 2 transnet-Satzung.

<sup>629</sup> Trotz aller Beschlüsse skeptisch zur Lage der Frauen beim DGB: *Naumann*, WSI-Mitteilungen 1992, 241, 249.

werden. Dementsprechend ist im Antrag „S 5“ des Bundeskongreß 2007 eine Satzungsänderung beantragt worden. Der Antrag wurde zur Weiterleitung an den Gewerkschaftsrat als Arbeitsmaterial angenommen.

### c. Gleichbehandlung und Gleichstellung

- 430 Die Zulässigkeit von Klauseln, die zur Einstellung von Frauen verpflichten, bis eine bestimmte Quote erreicht ist, sog. „starre Gleichstellungsklauseln“, war vor Inkrafttreten des AGG zweifelhaft<sup>630</sup> und ist es noch, weil solche Klauseln bei Neueinstellungen Männer benachteiligen. Die §§ 611a und 611b BGB<sup>631</sup> sowie § 7 AGG schützen nicht nur Bewerberinnen, sondern auch Männer davor, bei der Vergabe eines Arbeitsplatzes wegen ihres Geschlechts benachteiligt zu werden.
- 431 § 5 AGG erlaubt zwar „unterschiedliche Behandlungen“ als sog. „positive Maßnahmen“, aber nur um bestehende Nachteile auszugleichen. Auch wenn § 5 AGG entgegen bestehender Zweifel<sup>632</sup> bei nicht-staatlichen Arbeitgebern anwendbar ist: § 5 AGG erlaubt nur geeignete und angemessene Maßnahmen. Je höher die Frauenquote ist, desto schwerer ist es, die Angemessenheit zu bejahen. Liegt die Frauenquote über dem Anteil der Frauen unter den Erwerbstätigen, ist dies ebensowenig zu rechtfertigen wie eine starre Frauenquote, d.h. eine solche, die ohne Ermessensentscheidung allein dem Proporz folgt. Das wirft die Frage auf, ob eine Gewerkschaft unter Berufung auf den Tendenzschutz über die von § 5 AGG zugelassenen reversen Diskriminierungen hinausgehen kann:

### d. Beschränkung des § 7 AGG durch den Tendenzschutz

- 432 Das ArbG Bonn vertrat zu § 611a BGB die Ansicht, daß bei einer Kollision von § 611a BGB mit dem allgemeinen Rechtsprinzip des Tendenzschutzes, letzterer Vorrang genießt. Deshalb sei die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen berechtigt gewesen, ihr politisches Ziel – eine tatsächliche und nicht nur formale Gleichstellung der Geschlechter – im eigenen Bereich unmittelbar zu verwirklichen, indem die Stelle von vornherein nur für Frauen ausgeschrieben wurde<sup>633</sup>. Richtig ist, daß ein für alle Arbeitgeber geltendes Verbot – wie das Diskriminierungsverbot – Tendenzarbeitgeber nicht

<sup>630</sup> Zur Unzulässigkeit starrer gesetzlicher Frauenquoten: *Gutzeit*, DS Wiese, S. 42 ff. m.w.N.; a.A.: *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung, S. 91.

<sup>631</sup> BAG vom 22.11.1996 – 10 Sa 1069/96, AP Nr. 15 zu § 611a BGB; BAG vom 5.3.1996 – 1 AZR 590/92, NZA 1996, 751; EuGH vom 17.10.1995 – C-450/93, AP Nr. 6 zu EWG-Richtlinie Nr. 76/207 = NZA 1995, 1095; vgl. zu Art. 3 Abs. 2 GG: *Hartmann*, Gleichbehandlung, S. 94 ff.

<sup>632</sup> *ErfK/Schlachter*, § 5 AGG Rn 2; a.A. *Gaier/Wendtland*, AGG, Rn. 129.

<sup>633</sup> ArbG Bonn vom 16.9.1987 – 4 Ca 1398/87, NJW 1998, 510 f.

härter treffen darf als andere, indem es ihnen gerade die Tendenzverwirklichung erschwert. Einer Beschränkung des Geltungsbereichs von § 611a BGB oder nunmehr des § 7 AGG bedarf es trotzdem nicht. Dem Tendenzschutz konnte gemäß § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB und kann gemäß § 8 AGG Rechnung getragen werden:

**e. Tendenz und wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung**

Gemäß § 8 AGG sind Ungleichbehandlungen zulässig, wenn das Geschlecht eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Das entspricht dem früheren Tatbestandsmerkmal der „unverzichtbaren Voraussetzung“ in § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB. 433

**aa. Quote als Gewerkschaftstendenz**

Daß der Arbeitgeber nur Arbeitnehmer eines bestimmten Geschlechts einstellen möchte, ist für sich nicht ausreichend. Insofern verhält es sich ähnlich wie bei der betriebsbedingten Kündigung. Allein der Entschluß des Unternehmers, einen Arbeitnehmer zu kündigen, ist keine hinzunehmende Unternehmerentscheidung i.S.v. § 1 KSchG<sup>634</sup>. Aus § 9 AGG ergibt sich, daß der Gesetzgeber das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften (und Weltanschauungsgemeinschaften) anders behandelt als den bloßen Tendenzschutz: Die Religionsgemeinschaften und ihren Einrichtungen können unter „Beachtung ihres Selbstverständnisses“ entscheiden, ob eine bestimmte Religion „im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach Art der beruflichen Tätigkeit“ eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Dafür gibt es in § 8 AGG keine Entsprechung. Ob dort ein bestimmtes Geschlecht eine koalitionspolitische Voraussetzung und als solche eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt“, ist nach objektiven Maßstab durch die Gerichte zu entscheiden. 434

Danach ist auch ein sachlicher Grund für die Diskriminierung nicht ausreichend. Daß ein vom Arbeitgeber erstelltes Konzept nur männliche Arbeitnehmer vorsieht, genügt nach Ansicht des BAG nicht<sup>635</sup>. Ob ein an sich verbotenes Unterscheidungskriterium „unverzichtbare“ (§ 611a Abs. 1 Satz 2 BGB) oder „wesentliche und entscheidende“ (§ 8 AGG und § 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 SGB IX) Voraussetzung für die Tätigkeit ist, muß 435

---

<sup>634</sup> BAG vom 20.2.1986 – 2 AZR 212/85, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Hueck/von Hoyningen-Huene, Rn. 412; ErfKomm/Oetker, § 1 KSchG Rn. 214.

<sup>635</sup> BAG vom 14.3.1989 – 8 AZR 351/86, AP Nr. 6 zu § 611a BGB; KR/Pfeiffer, Rn. 53.

grundsätzlich nach objektiven Kriterien beurteilt werden und hängt nicht von den subjektiven Vorstellungen des Arbeitgebers ab<sup>636</sup>.

- 436 Andererseits ist nicht erforderlich, daß die Arbeitsleistung im physischen Sinn nur von einem Geschlecht erbracht werden kann<sup>637</sup>. Zum Prüfungsumfang der Arbeitsgerichte gehört die Entscheidung, ob und welche Tendenz ein bestimmtes Geschlecht erfordert. Vorstellbar ist die Argumentation der arbeitgebenden Gewerkschaften, sie müßten Frauen bevorzugen dürfen, um gegenüber dem Arbeitgeberlager glaubwürdig zu bleiben oder ein bestimmtes Geschlecht bevorzugen, um ihre Mitgliedsstruktur in ihrer Arbeitnehmerstruktur abzubilden (Repräsentationsprinzip).
- 437 In dem vom ArbG Bonn entschiedenen Fall einer männerdiskriminierenden Frauenquote der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen hat das ArbG Bonn die Tendenz aus dem Programm der Partei Bündnis 90/Die Grünen hergeleitet. Das BAG steht dem Repräsentationsprinzip restriktiv gegenüber. So hat es einer Schule, deren Schüler zu 90 % Jungen sind, bei der Auswahl der Lehrkräfte, die einen „beamtenähnlichen“ Vertrag bekommen, entgegengehalten, auch der hohe Jungenanteil rechtfertige es nicht, bei der Auswahlentscheidung ausschließlich auf das männliche Geschlecht abzustellen<sup>638</sup>.
- 438 Fraglich ist, ob ebenso eine starre Frauenquote bei den DGB-Gewerkschaften gerechtfertigt werden kann. Auch sie haben sich das Ziel gesetzt, die faktische Benachteiligung des weiblichen Geschlechts durch aktive Förderung resp. Benachteiligung des männlichen Geschlechts auszugleichen. Ver.di hat es sich sogar zur satzungsmäßig geregelten Aufgabe gemacht, durch ein Personalentwicklungskonzept die Chancengleichheit zwischen den Geschlechtern zu verwirklichen, § 73 Nr. 4 ver.di-Satzung.

Bei den Gewerkschaften ist zweifelhaft, ob es sich dabei um ihre Tendenz handeln kann. Gemäß Art. 9 Abs. 3 GG sind Koalitionen kein Selbstzweck, sondern bestehen und handeln nur, um die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern. Anders als die politischen Parteien haben sie weder ein allgemeines noch ein spezielles politisches Mandat. Sofern sie außerhalb der ihnen eingeräumten Kompetenz handeln, können sie sich nicht auf die Koalitions-

---

<sup>636</sup> *Belling*, NZA 2004, 885, 888/889; MünchKomm/Müller-Glöge, BGB, § 611a Rn. 28.

<sup>637</sup> *Eich*, NJW 1980, 2329, 2331; MünchKomm/Müller-Glöge, BGB, § 611a BGB Rn. 28; vgl. zur alten Rechtslage: Staudinger/Richardi/Annufß, BGB, § 611a Rn. 55 f.; *Schlachter*, Gleichberechtigung, S. 169 f.

<sup>638</sup> BAG vom 14.8.2007 – 9 AZR 943/06, derzeit n.v.

betätigungsfreiheit stützen und sich nicht auf eine entsprechende Tendenz berufen<sup>639</sup>.

Nach gegenteiliger Ansicht sind die Koalitionen nicht darauf beschränkt, 439  
bloße Schutzinteressen wahrzunehmen; vielmehr umfaßten ihre Zuständigkeiten Schutz-, Verteilungs- und Ordnungsaufgaben gleichermaßen<sup>640</sup>. Da in Tarifverträgen nach § 1 TVG – anders noch als unter § 1 Satz 1 TVVO – nicht nur geregelt werden könne, was sonst in Individualarbeitsverträgen stünde, könne auch ein Kontrahierungszwang per Tarifvertrag begründet werden<sup>641</sup>. Die Konsequenz wären tarifvertragliche starre Frauenquoten. Solche Tarifverträge wären europarechtswidrig<sup>642</sup> – auch tarifautonom geschaffenes Recht muß sich an europarechtlichen Vorgaben messen lassen. Ohnehin sind solche Tarifverträge mit dem nicht tarifdispositiven<sup>643</sup> § 611a BGB und der mittelbaren Grundrechtswirkung<sup>644</sup> des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG<sup>645</sup> unvereinbar. Zulässig sind nur Quotenregelungen, die bei gleicher Eignung einem Geschlecht den Vorzug einräumen und Härteklauseln zugunsten des anderen Geschlechts enthalten<sup>646</sup>. Zu Recht wird daher auch die Frauenförderung durch die Repräsentationsquote des § 15 Abs. 2 BetrVG für verfassungswidrig gehalten<sup>647</sup>. Ebenfalls diskriminierend und unwirksam wäre ein Tarifvertrag,

<sup>639</sup> Rieble, ZTR 2000, 1, 2, 5; Wiedemann, TVG, 6. Aufl. 1999, Einl. Rn. 444.

<sup>640</sup> Wiedemann, RdA 1997, 297, 300.

<sup>641</sup> MünchArbR/Buchner, § 40 Rn. 246; Wiedemann, TVG, 6. Aufl. 1999, § 1 Rn. 480, 483; einengend nunmehr Wiedemann/Thüsing, TVG, § 1 Rn. 604 ff.; a.A.: MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 259 Rn. 62 ff.; Löwisch/Rieble, TVG, Grundlagen Rn. 25.

<sup>642</sup> EuGH vom 17.10.1995 – C-450/93, NZA 1995, 1095 (Kalanke); BAG vom 5.3.1996 – 1 AZR 590/92, AP Nr. 226 zu Art. 3 GG; zum Verhältnis der Tarifautonomie zum Europarecht: von Wallwitz, Tarifverträge 1996, S. 73 ff.

<sup>643</sup> MünchArbR/Buchner, § 40 Rn. 184, 185; Staudinger/Richardi/Annuß, § 611a Rn. 23, 50; vgl.; Hanau, FS Herschel, S. 212; Sachs, NJW 1989, 553; a.A.: Pfarr, NZA 1995, 809; Raasch, Frauenquoten, S. 250. Unzutreffend: Staudinger/Richardi/Annuß, BGB, § 611a Rn. 23 m.w.N. zur a.A.

<sup>644</sup> Zur Bindung der Tarifparteien an den Gleichheitssatz: BAG vom 11.3.1998 – 7 AZR 700/98, NZA 1998, 716; Singer, ZfA 1995, 611; Schwarze, ZTR 1996, 1; Dieterich, FS Schaub, S. 117 ff.; Rieble, ZTR 2000, 1, 7; einschränkend früher: BAG vom 24.4.1985 – 4 AZR 457/83, NZA 1985, 602; BAG vom 11.11.1987 – 4 AZR 339/87, AP Nr. 4 und 5 zu § 3 BAT; zur Schutzpflichtkonstruktion: Rieble, ZfA 2000, 5 ff.

<sup>645</sup> Gutzeit, DS Wiese, S. 42, 50; Staudinger/Richardi/Annuß, BGB, § 611a BGB Rn. 48; MünchArbR/Buchner, § 40 Rn. 184, 185; a.A.: Pfarr/Fuchsloch, NJW 1988, 2206; Pfarr/Bertelsmann, Diskriminierung, S. 96 ff.; Pfarr, Frauenförderung, 1988.

<sup>646</sup> EuGH vom 11.11.1997 – C-409/95, NZA 1997, 1337 (Marschall); a.A.: Gutzeit, DS Wiese, S. 42, ff., der auch solche Quoten für unverhältnismäßig hält.

<sup>647</sup> Ubbel/Weller, NZA 2004, 893 ff.; a.A. Boemke, BB 2002, 2018; zur Verfassungswidrigkeit von §§ 5 Abs. 2 Satz 3, 15 Abs. 5 WO 2001: ArbG Ludwigs-

der einen Anspruch auf Qualifizierungsmaßnahmen nur für Frauen vorsieht, um ihre Karrierechancen zu erhöhen<sup>648</sup>.

- 440 Wenn die Gewerkschaften also ohnehin nur in sehr beschränktem Ausmaß Frauenförderung fordern können, geht auch das Argument fehl, sie müßten eine hohe Frauenquote bei sich selbst als Arbeitgeber aufweisen können, um glaubwürdig zu bleiben. Die gewerkschaftliche Forderung nach Frauenförderung ist außerhalb der tarifvertraglich regelbaren Arbeitsbedingungen keine nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tendenz. Darin besteht der Unterschied zu einer Partei, bei der die Tendenz auch solche gesellschaftlichen Forderungen betreffen kann. Ohnehin überzeugt das Glaubwürdigkeitsargument nicht: Empirisch haben die Gewerkschaften dieses Argument selbst widerlegt, indem sie sich als Arbeitgeber bei entscheidenden Arbeitsbedingungen anders verhalten, als sie es von anderen Arbeitgebern fordern, o. § 1A.I., Rn. 2 ff. Dem steht nicht entgegen, daß § 15 BetrVG für AGG- und gemeinschaftsrechtsgemäß gehalten wird<sup>649</sup>. Wie die Parteien so hat auch der Gesetzgeber ein umfassendes Mandat und kann daher im Rahmen der Verfassung Geschlechterproporz und reverse Diskriminierungen vorschreiben.

#### **bb. Geschlechterproporz als Tendenzverwirklichungsvoraussetzung**

- 441 Im Unterschied zu den außerhalb des Art. 9 Abs. 3 GG stehenden politischen oder gesellschaftlichen Forderungen der Gewerkschaften, könnte sich die Rechtfertigung einer bestimmten Quote daraus ergeben, daß die Mitgliederstruktur eine bestimmte Arbeitnehmerstruktur erfordere. In Betracht kommt dies bei Gewerkschaften mit monogeschlechtlicher Mitgliederstruktur. Dabei kann zum einen schon die Satzung die Monogeschlechtlichkeit bedingen, „Verband der katholischen Haushaltsgehilfinnen“. Zum anderen kann die betreute Branche wegen eines Übergewichts des einen Geschlechts auf die Mitgliederstruktur durchschlagen. Das wirft die Frage auf, ob eine Gewerkschaft mit deutlich überwiegender Männeranteil unter den Mitgliedern Frauen einstellen und für ihre Mitglieder tätig werden lassen muß. So könnte die IG BAU vermuten, daß die bei ihr organisierten Maurer einen Mann gegenüber einer Frau als Prozeßvertreter oder Tarifsekretär bevorzugen.

---

hafen vom 19.6.2002 – 8 BV 820/02, NZA-RR 2002, 527; *Boemke*, BB 2002, 2018.

<sup>648</sup> *Weiler*, Gleichstellung, WSI Studie 1998.

<sup>649</sup> BeckOK/*Besgen*, § 15 BetrVG Rn. 1a.

Daß ein Arbeitgeber, der Gewinne erzielen möchte, Arbeitnehmer eines bestimmten Geschlechts bevorzugt, weil er vermutet, daß seine Kunden den Kontakt mit Arbeitnehmern eines bestimmten Geschlechts wünschen, rechtfertigt keine Ausnahme vom Benachteiligungsverbot<sup>650</sup>. Nur wenn nachweisbar schwere wirtschaftliche Nachteile drohen, können sich solche Arbeitgeber auf ein zwingendes Erfordernis berufen<sup>651</sup>. 442

Bei Tendenzunternehmen, die ihren Mitgliedern gegenüber Leistungen erbringen, folgt aus dem Tendenzschutz ein weniger restriktiver Maßstab. Damit der Tendenzunternehmer die verfassungsrechtlich geschützte Leistung erbringen kann, genießt er einen erweiterten Beurteilungsspielraum<sup>652</sup>. Es genügt, daß eine Gewerkschaft vernünftig darlegen kann, warum sie ihren Tendenzzweck mit Arbeitnehmern eines bestimmten Geschlechts effektiver erreichen kann. Dazu ist der Verweis auf das gewerkschaftliche Repräsentationsprinzip geeignet und ausreichend.

In vergleichbarer Weise hat das BVerfG § 2 Abs. 3 GemO Schleswig-Holstein für verfassungsrechtlich zulässig erklärt, obwohl der Landesgesetzgeber in die durch Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verbürgte Personalhoheit der Gemeinden<sup>653</sup> eingreift, indem er ihnen vorschreibt, daß nur Frauen kommunale Gleichstellungsbeauftragte sein können<sup>654</sup>. Das BAG hat entschieden, daß es im Rahmen der Personalhoheit der Gemeinden liegen kann, ein Konzept zu erstellen, welches nur Frauen als Gleichstellungsbeauftragte vorsieht. Zwar gebe § 5 Abs. 1 Satz 2 GemO NRW für die kommunalen Gleichstellungsbeauftragten kein Geschlecht vor, ein solches Konzept hielte sich aber im Rahmen der Personalhoheit der Gemeinden, weil es Betreuungssituationen geben könne, die nur eine Frau wahrnehmen könne, weil sich Bürgerinnen einem Mann nicht oder nicht vollständig offenbaren würden. Konkretisieren die Gewerkschaften ihre aus Art. 9 Abs. 3 GG folgenden Personalautonomie durch ein entsprechendes Konzept, kann für sie nichts anderes gelten. 443

Bei ihnen ist der gewerkschaftliche Repräsentationsgedanke zu berücksichtigen, nach dem die Vertretenen ein rechtlich anerkanntes Interesse haben können, durch Vertreter gleichen Geschlechts vertreten zu werden. 444

<sup>650</sup> Großzügiger: MünchKomm/Müller-Glöge, BGB, § 611a Rn. 29.

<sup>651</sup> LAG Berlin vp, 27.7.1990 – 6 Sa 45/90, BB 1990, 1979 m. krit. Anm. *Struck*; *Schlachter*, Gleichberechtigung, S. 169; *Eich*, NJW 1980, 2329, 2333.

<sup>652</sup> *Staudinger/Richardi/Annuß*, BGB, § 611a Rn. 55 f.; *Schlachter*, Gleichberechtigung, S. 170; vgl. *Richardi*, Kirche, § 6 II 3, S. 71.

<sup>653</sup> BVerfG (Senat) vom 20.3.1952 – 1 BvR 276/51, BVerfGE 1, 167, 175; BVerfG (Senat) vom 26.11.1963 – 2 BvL 12/62, BVerfGE 17, 172, 181.

<sup>654</sup> BVerfG (Kammer) vom 26.10.1994 – 2 BvR 445/91, BVerfGE 91, 228, 245.

Dieses Repräsentationsprinzip substituiert die ursprüngliche Wahl der Gewerkschaftsarbeitnehmer durch die Gewerkschaftsmitglieder. Bei Wahlangestellten begründet die Wahlentscheidung das zwingende Erfordernis, gerade den Gewählten einzustellen. Eine gleich oder sogar besser geeignete Frau kann sich daher nicht gegen die Wahl eines Mannes wehren. Auch der Gesetzgeber anerkennt die Bedeutung des Repräsentationsprinzips, indem er verlangt, daß im Betriebsrat das Minderheitengeschlecht mindestens seinem Belegschaftsanteil entsprechend vertreten ist – selbst wenn die Belegschaft Vertreter anderen Geschlechts vorzöge, § 15 Abs. 2 BetrVG<sup>655</sup>. Gewerkschaften ist es daher nicht völlig verwehrt, sich bei der Auswahl ihrer Arbeitnehmer nach der Struktur ihrer Mitglieder zu richten.

Dies muß gleichermaßen für Gewerkschaften gelten, die von vornherein nur Mitgliedern eines bestimmten Geschlechts offenstehen und solchen, die faktisch deutlich überwiegend ein bestimmtes Geschlecht organisieren. Auch bei diesen kann sich aus der Mitgliederstruktur ein unabweisbares Bedürfnis ergeben, die Arbeitnehmerstruktur entsprechend aufzubauen. Dafür spricht nunmehr auch § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG, u. § 4E.II.2.c.bb.[4], Rn. 740.

### 3. Integration von Schwerbehinderten

- 445 In Deutschland leben rund sieben Millionen Menschen mit Behinderungen oder gesundheitlichen Handicaps. Während sich im Rahmen der Initiative „Jobs ohne Barrieren“ des Bundesministeriums für Gesundheit und Soziale Sicherung z.B. die METRO Group in Zusammenarbeit mit der Bundesarbeitsgemeinschaft der Berufsbildungswerke die sogenannte „verzahnte Ausbildung“ nach § 35 Abs. 2 SGB IX erprobt, die OBI Bau- und Heimwerkermärkte in Zusammenarbeit mit der Arbeitsgemeinschaft Deutscher Berufsförderungswerke ein Konzept zur Qualifizierung behinderter Erwachsener zu Baumarktfachberatern entwickeln und die Ford Werke AG schon seit einiger Zeit ein erfolgreiches Eingliederungsmanagement durchführen<sup>656</sup> ist ein entsprechendes Engagement des DGB oder der DGB-Gewerkschaften als Arbeitgeber derzeit nicht bekannt.
- 446 Jenseits dieser freiwilligen Maßnahmen ist gemäß § 71 SGB IX gesetzlich eine Quote vorgegeben. Danach müssen Arbeitgeber mit mindestens 20 Arbeitsplätzen auf wenigstens 5 % der Arbeitsplätze Schwerbehinderte beschäftigen. Gerade von „Unternehmen der Sozialwirtschaft“ erwarten die

---

<sup>655</sup> Richardi/Annuß, DB 2001, 41, 42.

<sup>656</sup> <http://www.bmgs.bund.de/deu/gra/themen/jobs/5739.cfm> [zuletzt abgerufen am 15.7.2006]. „Wir beteiligen uns schon“, Stand Okt. 2004.

Institutionen der Europäischen Gemeinschaften besonders vorbildhaftes Handeln<sup>657</sup>.

Bei den Kirchen und ihren Einrichtungen ist für die Quote regelmäßig § 73 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX (Ex-§ 7 Abs. 2 Nr. 2 SchwbG) von Bedeutung: Für die Quotenberechnung gelten Stellen nicht als Arbeitsplätze, auf denen Personen beschäftigt werden, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient<sup>658</sup>, sondern durch karitative oder religiöse Beweggründe bestimmt ist. Entscheidend ist hier, daß es nicht allein auf dem Erwerbzweck ankommt: Ein Kirchenkinderkater, in dem ehrenamtlich Menschen gegen Aufwandsentschädigung arbeiten, kann diese von der Zahl der Arbeitsplätze abziehen. Die Stelle eines Gewerkschaftsbeschäftigten, der nicht in erster Linie aus Erwerbzwecken, sondern aus klassenkämpferischen Gründen ehrenamtlich arbeitet, zählt entsprechend nicht als Arbeitsplatz.

Das BAG bezieht die Ordensmitglieder bei der Berechnung der betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte nicht mit ein, weil die Ordensmitglieder „in einem so engen Verhältnis zur Kirche stehen, daß sie mit der von ihnen ausgewählten Lebensform einen Stand der Kirche bilden“<sup>659</sup>. *Richardi* überträgt die Begründung zu § 5 Abs. 2 Satz 3 BetrVG auch auf die Quotenberechnung im SGB IX: Wer vorwiegend aus karitativen oder religiösen Motivationen arbeite, nehme eine „betriebssoziologische Sonderstellung“ ein<sup>660</sup>. Aufgrund dieser Sonderstellung stünde ein derartiger Arbeitsplatz dem Arbeitsmarkt ohnehin nicht für Schwerbehinderte zur Verfügung<sup>661</sup>. Für die betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte trifft das schon deshalb zu, weil Ordensmitglieder nicht einmal Arbeitnehmer sind. Sofern die Gewerkschaften ehrenamtlich Tätigen Aufgaben übertragen, sind diese Voraussetzungen in gleicher Weise erfüllt. Außerdem kommt für die Gewerkschaften § 73 Abs. 2 Nr. 5 SGB IX in Betracht. Nach dieser Norm zählen die Wahlangestellten bei der Errechnung der Schwerbehindertenquote nicht mit. Auch wenn die Quote der Wahlangestellten unter den Gewerkschaftsarbeitnehmern im Vergleich zu früher gering ist,

<sup>657</sup> Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Grünbuch: Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen“ vom 20.3.2002, KOM(2001) 366, 1.14, S. 5.

<sup>658</sup> Zum Funktionszusammenhang von Erwerbzweck und Arbeit: *Mayer-Maly*, Arbeitnehmerbegriff, S. 21 ff.; *Richardi*, BetrVG § 5 Rn. 177; *Richardi*, Kirche, S. 118 f.

<sup>659</sup> BAG vom 14.2.1978 – 1 AZR 280/77, NJW 1979, 1844; BAG vom 25.4.1978 – 1 AZR 70/76, AP Nr. 2 zu Art. 140 GG.

<sup>660</sup> *Richardi*, BetrVG, § 5 Rn. 177; *Richardi*, Kirche, § 8 V Rn. 29, S. 118 f.; vgl. *Neumann/Pahlen*, SchwbG, § 7 Rn. 51; *von Camphausen*, FS Scupin, S. 705, 716.

<sup>661</sup> *Richardi*, Kirche, § 8 V Rn. 29, S. 118 f.

sind sie gleichwohl nicht bedeutungslos; ver.di beschäftigt immerhin 81 Wahlangestellte. Zudem können die Gewerkschaften die Anzahl der Wahl-angestelltenarbeitsplätze jederzeit erhöhen.

#### 4. Parteizugehörigkeit

- 449 Grundsätzlich darf ein Arbeitgeber keinen Bewerber wegen seiner Parteizugehörigkeit ablehnen. Dies ergibt sich aus der mittelbaren Drittwirkung des Art. 3 Abs. 3 GG, welcher als wertausfüllender Maßstab bei der Auslegung der §§ 138, 826 BGB zu berücksichtigen ist<sup>662</sup>. Die speziellen Diskriminierungsverbote gewinnen über diese Transformationsnormen verbindliche Wirkung im Zivilrecht<sup>663</sup>.
- 450 Diese Diskriminierungsverbote sind allerdings Ausnahmen zugunsten von Tendenzunternehmen zugänglich. Insbesondere gilt dies für Richtungsgewerkschaften. Ihre politische Tendenz dürfen sie ebenso schützen, wie politische Parteien die ihrige<sup>664</sup> und zumindest von Tendenzträgern auch die entsprechende Parteizugehörigkeit verlangen: Da das deutsche Koalitionsrecht nicht die Einheitsgewerkschaft fordert, sondern auch Richtungsgewerkschaften zuläßt, kann dies konsequenterweise nicht dadurch ausgehöhlt werden, daß es ihnen unmöglich gemacht wird, einen Bewerber, der einer bekämpften politischen Richtung angehört, abzulehnen. Die Richtungsgewerkschaft kann hier nicht schlechter gestellt werden als die politische Partei ihrer Richtung.
- 451 Dabei geht es nicht darum, daß die Richtungsgewerkschaft einen *closed shop* für Mitglieder der Partei sein soll. Vielmehr muß es der Gewerkschaft möglich sein, ihre besondere politische Tendenz und die entsprechende Erwartungshaltung der Mitglieder auch in der Personalpolitik umzusetzen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Tendenz der Richtungsgewerkschaft sei bereits hinreichend durch den Tendenzschutz vor ungewolltem Einfluß der Arbeitnehmer geschützt. Die Parteizugehörigkeit bei den Arbeitnehmern einer Richtungsgewerkschaft fußt maßgeblich darauf, daß die gewerkschaftliche Betreuung und Werbung von Parteimitgliedern regelmäßig eine gemeinsame politische Überzeugung voraussetzt.

<sup>662</sup> Zöllner, Gutachten 52. DJT 1978, S. D 105 f.; MDH/Dürig, Art 3 Abs. 1 Rn. 505 ff.; MünchArbR/Buchner, § 39 Rn. 82; zu Kündigungen: BAG vom 28.9.1972 – 2 AZR 469/71, AP Nr. 2 zu § 134 BGB; Palandt/Putzo, § 123 Rn. 10; Stege/Weinspach, BetrVG § 94 Rn. 21; Falkenberg, BB 1970, 1013, 1016; Bleistein, BlStSozArbR 1969, 172, 175; LAG Mainz vom 6.7.1984 – 6 Sa 179/84, NJW 1985, 510.

<sup>663</sup> Hanau, FS Kahn-Freund, S. 470 f.

<sup>664</sup> Zum Tendenzschutz bei Parteien: Tens, Tendenzbetriebe, S. 23.

Der DGB und die DGB-Gewerkschaften bekennen sich hingegen zum Prinzip der Einheitsgewerkschaft, § 3 Abs. 4 IGBCE-Satzung; § 5 Nr. 1 Abs. 3 ver.di-Satzung. So wenig sie hinsichtlich der Aufnahme als Mitglied nach Parteizugehörigkeit differenzieren dürfen, ausdrücklich satzungsmäßig normiert vormals in § 4 Nr. 1 ehemalige GdED-Satzung und § 5 Nr. 1 ehemalige IG BSE-Satzung, so wenig dürfen sie dies, wenn sie Arbeitnehmer einstellen. Ein Bewerber, der als Wahlkämpfer und Ehrenamtler für die CSU tätig gewesen ist, darf daher grundsätzlich nicht gegenüber einem SPD-Mitglied benachteiligt werden. Soziales und politisches Engagement ist ein wichtiges Einstellungskriterium bei den DGB-Gewerkschaften<sup>665</sup>. Dies verhält sich auch nicht anders, wenn Gewerkschaft und Partei in einer das Arbeitsrecht betreffenden Frage gegensätzliche Positionen vertreten. Fordert die Gewerkschaft die 100 %-Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall auf gesetzlicher Grundlage, gerät ihre Glaubwürdigkeit nur scheinbar in Gefahr, wenn sie für das Referat „sozialpolitische Grundsatzfragen“ ein Mitglied einer Partei einstellt, welche die Entgeltfortzahlung begrenzen will. Der scheinbare Widerspruch löst sich auf, weil der Tendenzträger die Tendenz der Gewerkschaft nach außen mittragen muß – seine persönliche Einstellung in dieser Frage, ist für die Gewerkschaften aber unerheblich. Außerdem genießt die Gewerkschaft den Tendenzschutz nur auf arbeitsrechtlichem und sozialpolitischem Gebiet. Hat sich die Gewerkschaft dem Pazifismus verschrieben und lehnt sie daher den Einsatz der Bundeswehr außerhalb des Bündnisgebiets ab, genießt dies ebensowenig Schutz, wie die Präferenzen anderer Arbeitgeber.

## 5. Weltanschauung

Das AGG soll gemäß §§ 1, 7 AGG auch vor Benachteiligungen wegen der Weltanschauung schützen. Das betrifft den Fall, daß eine Gewerkschaft in der Weltanschauung eines Bewerbers einen Hinderungsgrund für die Einstellung sieht. Das AGG kennt zwar als Ausnahme zum Benachteiligungsverbot den § 9 AGG, der zulässige unterschiedliche Behandlungen wegen der Religion oder Weltanschauung regelt. Diese Norm gilt aber nur für Religionsgemeinschaften, ihre Einrichtungen und Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen. Gewerkschaften als Arbeitgeber sowie andere Tendenzunternehmen gehören somit nicht zu nach § 9 AGG privilegierten Arbeitgebern<sup>666</sup>. Eine Weltanschauung vermittelt eine mit der Person des Menschen verbundene Gewißheit über bestimmte Aus-

<sup>665</sup> Trainee-Broschüre der IGM.

<sup>666</sup> So auch *Wisskirchen/Bissels*, NZA 2007, 169, 173, welche aber ihrerseits Gewerkschaften für Weltanschauungsgemeinschaften halten.

sagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens, indem sie sich – im Gegensatz zur Religion – auf innerweltliche Bezüge beschränkt<sup>667</sup>. Eine Weltanschauungsgemeinschaft ist eine Vereinigung, wenn ihre Mitglieder auf der Grundlage gemeinsamer weltanschaulicher Überzeugungen eine unter ihnen bestehende Übereinstimmung über den Sinn und Bewältigung des menschlichen Lebens bezeugen<sup>668</sup>. Gewerkschaften hingegen wirken lediglich daran mit, die Arbeitsbedingungen zu wahren und zu fördern. Die unter den Mitglieder bestehende Übereinstimmung bezieht sich dementsprechend auf Tarifforderungen.

- 454 Der Tendenzschutz setzt sich aber auch hier durch. Denn es gehört zu den wesentlichen und beruflichen Anforderungen im Sinne des § 8 AGG, daß ein Arbeitnehmer eines Tendenzunternehmens nicht einer Weltanschauung angehört, deren Tendenz in einem wesentlichen Widerspruch zu der koalitionspolitischen Tendenz steht. Es gehört zu den gesetzgeberischen Fehlleistungen, dies nicht ausdrücklich im § 9 AGG geregelt zu haben. Immerhin ist aber der generalklauselartige Zulässigkeitstatbestand des § 8 AGG so offen formuliert, daß hier eine Wertausfüllung anhand der Verfassung durch die Gerichte möglich ist. Während ein bestimmtes Geschlecht in der Regel nicht zu den wesentlichen und beruflichen Anforderungen der Tätigkeit bei einer Gewerkschaft gehört, kann dies für die Abwesenheit einer gewerkschaftsfeindlichen Tendenz der Fall sein. So wie der KBW-Beitritt als außerdienstliches Verhalten bei Tendenzträgern eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen kann, u. § 4E.II.2.a.bb., Rn. 712 f., so kann erst recht die KBW-Zugehörigkeit einer Einstellung entgegenstehen.

## 6. Gewerkschaftszugehörigkeit

### a. Fehlende Zugehörigkeit zur arbeitgebenden Gewerkschaft

- 455 Die Verfassung verbietet in dem unmittelbar drittwirkenden Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG, nach der Koalitionszugehörigkeit zu diskriminieren. Bei den Gewerkschaften als Arbeitgebern besteht aus dieser Richtung scheinbar Gefahr für die Koalitionsfreiheit: Die DGB-Gewerkschaften und der DGB verlangen sogar, daß ihre Arbeitnehmer Mitglied der arbeitgebenden Gewerkschaft sind oder werden, z.B. § 3 AAB-DGB. Der Bundesvorstand, welcher als Organ die jeweilige Gewerkschaft hinsichtlich ihrer Arbeit-

<sup>667</sup> BAG vom 22.3.1995 – 5 AZB 21/94, zu I.1.b), NJW 1996, 143, 146; st. Rspr. des BVerfG seit BVerfG (Senat) vom 19.10.1971 – 1 BvR 387/65, – BVerfGE 32, 98, 107; zuletzt BVerfG (Senat) vom 27.3.1992 – 7 C 21/90, BVerfGE 90, 112, 115.

<sup>668</sup> BAG, a.a.O. im Anschluß an *Rainer Scholz*, NVwZ 1992, 1152.

geberfunktionen vertritt, hat dabei wenig Spielraum: Im Innenverhältnis ist er kraft Satzungsrechts auf das Junktim von Arbeits- und Mitgliedschaftsverhältnis verpflichtet, z.B. § 30 Nr. 3 IG BAU-Satzung. Die DGB-Gewerkschaften haben sich so dem Vorwurf ausgesetzt, die negative Koalitionsfreiheit ihrer Arbeitnehmer zu verletzen, denn sie zwingen damit ihren Arbeitnehmern die Gewerkschaftszugehörigkeit auf.

Dieser Vorwurf ist unberechtigt, weil er nicht zwischen den Gewerkschaften im sprachlichen Sinn und dem Rechtsbegriff „Gewerkschaft“ i.S.d. § 2 Abs. 1 TVG unterscheidet: Gewerkschaftsarbeitnehmer können schon deshalb nicht gezwungen werden, Mitglieder in der arbeitgebenden Gewerkschaft i.S.d. § 2 Abs. 1 TVG zu werden, weil damit von ihnen rechtlich Unmögliches verlangt würde, § 275 BGB. Die arbeitgebende Gewerkschaft kann für ihre Arbeitnehmer nur Arbeitgeber und gleichzeitig Verein sein, nie aber Gewerkschaft, o. § 3B.II.1, Rn. 278 ff. 456

Deshalb handelt es sich auch nicht um eine *closed-shop*-Klausel, wenn die arbeitgebenden Gewerkschaften nur Mitglieder einstellen<sup>669</sup>. Der Sinn einer *closed-shop*-Klausel liegt gerade darin, einer Gewerkschaft in dem jeweiligen Betrieb ein Monopol zu sichern, indem die Arbeitnehmer verpflichtet werden, der Monopolverwerkschaft beizutreten<sup>670</sup>. Außerdem dient das Schaffen von *closed-shops* auch dazu, den Mitgliedern bevorzugt Arbeit zu verschaffen, indem ihnen so ein Einstellungsvorrang vor nicht und anders Organisierten zukommt. Darum geht es hier nicht. Hier werden die Arbeitnehmer zu Mitgliedern gemacht und nicht die Mitglieder zu Arbeitnehmern. 457

Betroffen ist nicht die negative Koalitionsfreiheit, sondern nur die negative Vereinigungsfreiheit. Für bloße Vereine scheint es naheliegend, daß sie von ihren Arbeitnehmern die Vereinsmitgliedschaft verlangen dürfen. Der Arbeitgeber muß nach § 7 AGG zwar weltanschauungs-, geschlechts-, gewerkschafts- und rassenblind sein, vereinsblind hingegen nicht. Der insofern geringere Stellenwert der Vereinigungsfreiheit folgt auch daraus, daß die Vereinszugehörigkeit nicht Gegenstand eines speziellen Diskriminierungsverbotes in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG ist. Ohnehin stellen die DGB-Gewerkschaften durchaus auch Arbeitnehmer ein, die nicht bereits bei ihnen Mitglied sind – sie verlangen dann allerdings den Beitritt und behalten sich die Kündigung vor, falls der Arbeitnehmer nicht beitritt oder später das Mitgliedschaftsverhältnis beendet, u. § 4E.II.2.b.bb.[1], Rn. 723 f. Die entscheidende Frage ist daher, ob eine wirksame arbeitsvertragliche Pflicht zur Mitgliedschaft begründet 458

<sup>669</sup> Kein Beitritt zu einer unabhängigen Gewerkschaft möglich: *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 48; dagegen zu Recht: *Rieble*, SAE 1998, 243, 244.

<sup>670</sup> Zur Unzulässigkeit von *closed-shop*-Klauseln: *Rieble*, SAE 1998, 243.

werden kann, u. § 4C.I.2., Rn. 551 ff. Die Diskriminierung wegen fehlender Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft unterfällt aber nicht dem Tatbestand des § 7 AGG.

### **b. VGB-Mitgliedschaft**

- 459 Davon zu unterscheiden ist die Diskriminierung wegen einer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, die Gewerkschaftsarbeitnehmer gegen die DGB-Gewerkschaften als Arbeitgeber organisiert, z.B. dem VGB oder einer CGB-Gewerkschaft.
- 460 Sofern den Gewerkschaften als Arbeitgebern hier ein besonderes Diskriminierungsrecht aufgrund des ihnen zukommenden Tendenzschutzes zugesprochen wird<sup>671</sup>, beruht dies auf dem Mißverständnis, der VGB sei eine konkurrierende Organisation. Die Glaubwürdigkeit einer Gewerkschaft gerät nicht in Gefahr, wenn ihre Arbeitnehmer vorleben, was die Gewerkschaften sich von anderen Arbeitnehmern wünschen: nämlich sich gewerkschaftlich zu organisieren. Hält man daher die Koalitionen für Gewerkschaftsarbeitnehmer für zulässig, so folgt daraus auch, daß ihre Mitglieder gegenüber den Gewerkschaften als Arbeitgebern denselben Diskriminierungsschutz genießen, wie die Mitglieder anderer Gewerkschaften.

## **II. Fragerechte**

- 461 Grundsätzlich darf bei der Einstellung nach allem gefragt werden, es sei denn die Eigenschaft darf für die Auswahlentscheidung nicht von Belang sein (z.B. die Schwangerschaft) oder die Frage selbst verletzt das Persönlichkeitsrecht des Bewerbers. Zudem muß der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Antwort haben<sup>672</sup>. Zulässige Fragen muß der Bewerber wahrheitsgemäß beantworten. Anderenfalls kann die Gewerkschaft den Arbeitsvertrag gemäß § 123 BGB anfechten. Ist ein bestimmter Umstand für den Bewerber erkennbar von hoher Bedeutung für die Gewerkschaftstendenz, muß er diesen von sich aus offenbaren.
- 462 Für die Gewerkschaften als Arbeitgeber erweitert sich das Fragerecht insofern, als sie nach allen Eigenschaften fragen dürfen, die für die Tendenzverwirklichung von Bedeutung sind<sup>673</sup>. Ansonsten besteht das Fragerecht in denselben Grenzen wie bei anderen Arbeitgebern. Aus Art. 9

---

<sup>671</sup> Ehrlich, DB 2000, 421, 426; Roos, AiB 2000, 1, 211, 213.

<sup>672</sup> BAG vom 7.6.1984 – 2 AZR 270/83, AP Nr. 26 zu § 123 BGB; BAG vom 5.10.1995 – 2 AZR 923/94, AP Nr. 40 zu § 123 BGB; strenger noch: *Däubler*, CR 1994, 101, 104; dagegen: *Thüsing/Lambrich*, BB 2002, 1146.

<sup>673</sup> Zum Fragerecht der Kirchen vgl. Art 4 GrOkathK.

Abs. 3 GG läßt sich kein Grund herleiten, weshalb es den Gewerkschaften erlaubt sein sollte, z.B. nach der Schwangerschaft zu fragen<sup>674</sup>.

### 1. Parteizugehörigkeit und politische Tendenz

Wenn die Parteizugehörigkeit oder die politische Tendenz Grundlage für die Einstellung sein dürfen, o. § 4A.I.4., Rn. 449 f., darf danach auch gefragt werden. Richtungsgewerkschaften, die einer politischen Partei nahe stehen, dürfen daher nach der hier vertretenen Auffassung also einen Bewerber nicht nur wegen seiner Parteizugehörigkeit ablehnen, sie dürfen auch nach der politischen Tendenz fragen<sup>675</sup>. 463

Fragen dürfen die Gewerkschaften auch, ob der Bewerber verfassungsfeindliche Ansichten hegt – aus § 80 Abs. 1 Nr. 7 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 BetrVG kann sich sogar die Pflicht dazu ergeben. Zulässig ist auch die Frage nach einer früheren Stasi-Tätigkeit<sup>676</sup>. Wie das Beispiel des FDGB in der DDR zeigt, ist die freiheitlich-demokratische Grundordnung eine Voraussetzung für das funktionsgerechte Wirken der Gewerkschaften. Sie dürfen sich nicht nur durch Unvereinbarkeitsbeschlüsse vor der Unterwanderung durch Mitglieder, sondern auch vor Unterwanderung durch Arbeitnehmer schützen. 464

Da die (Gegner-) Unabhängigkeit Koalitionsvoraussetzung ist<sup>677</sup>, müssen die Gewerkschaften jedenfalls bei Tendenzträgern nach allem fragen dürfen, was die (Gegner-) Unabhängigkeit gefährdet. Umfassend vorgesorgt hat ver.di: Gemäß § 6 Nr. 3 ver.di-Satzung kann nicht Mitglied werden, wer ver.di's Gegnerfreiheit gefährdet. Wer sich z.B. bei der IGM um die Stelle eines betriebs-, tarif- oder sozialpolitischen Sekretärs bewirbt, muß sich fragen lassen, ob er ein bedeutender Anteilseigner eines Metallunternehmens ist (Gefahr der Unterwanderung). Dieses Fragerecht leitet sich aus dem Tendenzschutz ab, weil die Gewerkschaft sonst nicht in der Lage wäre, die eigene Funktionsfähigkeit als Koalition zu erhalten. 465

<sup>674</sup> Zum Fragerecht des Arbeitgebers: BAG vom 1.7.1993 – 2 AZR 25/93, AP Nr. 36 zu § 123 BGB m. Anm. *Wank*; MünchKomm/Müller-Glöge, BGB, § 611a Rn. 30; MünchArbR/Richardi, § 11 Rn. 9 ff.

<sup>675</sup> *Ehrich*, DB 2000, 421, 426; *Roos*, AiB 2000, 211, 213; *Tens*, Tendenzbetriebe, S. 57 ff.

<sup>676</sup> BAG vom 4.12.1997 – 2 AZR 750/96, NZA 1998, 474; ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 285. Zur Zulässigkeit von Fragen nach früheren Stasi-Kontakten im Falle eines bereits begründeten Arbeitsverhältnisses: BAG vom 13.6.2002 – 2 AZR 234/01, NZA 2003, 265.

<sup>677</sup> Statt aller: *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 15 f.

## 2. Gewerkschaftszugehörigkeit

- 466 Will eine Gewerkschaft durchsetzen, daß ihre Arbeitnehmer zugleich auch ihre Mitglieder sind, müßte sie zunächst einmal wissen, ob ein Bewerber bei ihr Mitglied ist oder nicht, bevor sie ihn auffordern kann, ihr beizutreten. Dazu bedürfte es an sich nicht einmal der Frage. Über die Mitgliedschaftslisten könnte die arbeitgebende Gewerkschaft einfach und verlässlich die Gewerkschaftszugehörigkeit überprüfen. Jedenfalls seit § 28 BDSG 2001 novelliert wurde<sup>678</sup>, darf ein solcher Abgleich von Mitglieder- und Arbeitnehmerdaten aber nicht mehr erfolgen<sup>679</sup>. Ein Verstoß kann als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld bis zu 250.000 € geahndet werden, § 43 BDSG.
- 467 Als Tendenzunternehmen darf die arbeitgebende Gewerkschaft aber fragen, ob der Bewerber bei ihr Mitglied ist. Da sie als Verein von den Tendenzträgern verlangen kann, daß ihre Arbeitnehmer bei ihr Mitglied werden, u. § 4C.I.2.d.dd., Rn. 574 ff., muß sie erst recht fragen dürfen, ob nicht schon eine solche Mitgliedschaft besteht. Zweifelhaft erscheint hingegen, ob die einstellende Gewerkschaft den Bewerber fragen darf, ob er Mitglied im VGB oder einer anderen Koalition ist, die als Kollektivvertretung gegenüber der einstellenden Gewerkschaft auftritt. Grundsätzlich darf eine DGB-Gewerkschaft dies vor der Einstellung ebensowenig, wie andere Arbeitgeber nach der Mitgliedschaft in einer DGB-Gewerkschaft fragen dürfen<sup>680</sup>.
- 468 Ohne den Tendenzschutz hätte es bei diesem unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG folgendem Frageverbot sein Bewenden. Wegen des ebenfalls aus Art. 9 Abs. 3 GG zugunsten der einstellenden Gewerkschaft bestehenden Tendenzschutzes wird z.T. ohne nähere Begründung vertreten, Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften hätten als Tendenzunternehmen ein solches Fragerecht<sup>681</sup>. Wie bereits o. § 4A.I.6, Rn. 459 f. ausgeführt, dürften die Gewerkschaften einen Bewerber nicht wegen der VGB-Mitgliedschaft ablehnen. Deswegen besteht auch kein rechtlich geschütztes Interesse an der Beantwortung dieser Frage.

---

<sup>678</sup> BGBl. 2001 I, S. 904.

<sup>679</sup> *Thüsing/Lambrich*, BB 2002, 1146, 1149 ff.

<sup>680</sup> Allg.: *MünchArbR/Buchner*, § 41 Rn. 119 ff.; *ErfKomm/Preis*, § 611 BGB Rn. 278; *Richardi*, BetrVG, § 94 Rn. 21; *Moritz*, NZA 1987, 329, 332; *GK-Kraft/Raab*, BetrVG, § 94 Rn. 38.

<sup>681</sup> *Adam*, ZTR 1993, 158, 162.

## B. Hauptpflichten

Aus den Arbeitsverhältnissen bei den Gewerkschaften folgt für die Arbeitnehmer die Hauptpflicht, ihre Arbeitskraft der arbeitgebenden Gewerkschaft im Rahmen des Vereinbarten zur Verfügung zu stellen; die arbeitgebende Gewerkschaft hat die Hauptpflicht, das vereinbarte Entgelt zu zahlen, § 611 Abs. 1 BGB. Darüber hinaus können weitere Hauptpflichten vereinbart, resp. Nebenpflichten in den Rang von Hauptpflichten erhoben werden. 469

### I. Arbeitgebende Gewerkschaft: Entgelt zahlen

Wie andere Arbeitgeber müssen die Gewerkschaften ihren Arbeitnehmern als Gegenleistung für die erbrachte Tätigkeit das ihnen zustehende Entgelt zahlen. Während die Regelung des Grundentgelts vorwiegend kollektivrechtlich vollzogen wird, u. § 6B.III.6., Rn. 1225 ff., sind individualrechtlich insbesondere Gratifikationen, Zusagen und Zuschüsse zur betrieblichen Altersvorsorge und Jubiläumzahlungen auf anspruchsbegründender Seite und, damit zusammenhängend, der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz interessant. Die arbeitsvertragliche Verpflichtung zur beitragspflichtigen Gast-Mitgliedschaft wirft das Problem der Vereinbarkeit mit der Entgeltverwendungsfreiheit auf. 470

#### 1. Gratifikationen bei verbandsinternem Arbeitgeberwechsel

Zwischen den DGB-Gewerkschaften untereinander und dem DGB findet auf Sekretärebene nicht selten ein Wechsel des Arbeitgebers statt. Dies entspricht auch den Gepflogenheiten bei den Kirchen und im öffentlichen Dienst. Problematisch könnte in diesen Fällen die Zahlung von Gratifikationen werden, wenn diese an die Betriebstreue anknüpfen. Wie bei diesen wäre dementsprechend bei den Gewerkschaften zu regeln, daß die Gratifikation nicht entfällt, wenn der Arbeitnehmer in unmittelbarem Anschluß von demselben Rechtsträger oder einem anderen, der mit dem früheren eine Einheit bildet, übernommen wird. Bei einer solchen Regelung – wie sie den Regelungen in öffentlichen und kirchlichen Dienst entspricht – liegt dem Rückforderungsausschluß der Gedanke der Einheit des Dienstes bei allen Gliedern des Verbundes zugrunde<sup>682</sup>. Unschädlich ist beispielsweise der Arbeitgeberwechsel innerhalb des Deutschen Roten Kreuzes<sup>683</sup> oder im Bereich des katholischen Ersatzschulwesens<sup>684</sup>. Anders als die katholischen Ersatzschulen unterliegen die DGB-Gewerkschaften keiner Aufsicht durch den DGB und der DGB kann nicht einmal den Aus- 471

<sup>682</sup> LAG Köln vom 29.8.2002 – 6 Sa 402/02, zu II.1., n. v.

<sup>683</sup> BAG vom 6.12.1990 – 6 AZR 268/89, EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 5.

<sup>684</sup> LAG Köln, a.a.O.

tritt einer Mitgliedsgewerkschaft verhindern. Auch eine konzernrechtlich erforderliche einheitliche Leitungsmacht hat der DGB nicht inne. Andererseits enthalten die Arbeitsverträge bei den Einzelgewerkschaften eine Verpflichtung auf die konvergierenden Ideale ihrer arbeitgebenden Gewerkschaften. Diese Konvergenz ist nicht bloßer Zufall, sondern folgt aus der Verpflichtung der Einzelgewerkschaften zur innerverbandlichen Programmtreue. Die Einzelgewerkschaften sind daher gleichen Zielen verpflichtete Rechtsträger im DGB. Sie erkennen das Prinzip der Einheitsgewerkschaft an und damit auch den DGB als verbindende Institution, die für die Einheit des gewerkschaftlichen Dienstes steht. Daher ist nicht nur der konzerninterne Wechsel innerhalb einer DGB-Gewerkschaft, also von einem abhängigen Bildungswerk zur Muttergewerkschaft, unschädlich, sondern auch der Wechsel innerhalb des DGB-Verbunds.

- 472 Problematischer ist hingegen der Wechsel von einem Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft zu einer DGB-Gewerkschaft. Hier kann nicht von einer Einheit des Dienstes gesprochen werden, da die Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft eben gerade keine Tendenzunternehmen sind, o. § 2C.II.3.g., Rn. 224. Sofern der Tarifvertrag dafür keine ausdrücklichen Anhaltspunkte enthält, ist der Wechsel mithin gratifikationsschädlich. Der Arbeitnehmer muß sich arbeitsvertraglich eine Kompensation zusagen lassen.

## **2. Betriebliche Altersversorgung – DGB-Ruhewerk**

### **a. Bedeutung der betrieblichen Altersvorsorge für die Gewerkschaften**

- 473 Der Schutz älterer Arbeitnehmer und von Betriebsrentnern genießt bei dem DGB und den DGB-Einzelgewerkschaften nach eigenem Bekunden einen hohen Stellenwert. Zunächst waren die Gewerkschaften allerdings Vorreiter der betrieblichen Altersversorgung: Der Deutsche Bauarbeiterverband gründete 1913 eine Unterstützungskasse für Gewerkschaftsangeestellte, die eine Altersrente zwischen 20 % (nach dreijähriger Beitragsleistung) und 65 % (nach 20jähriger Beitragsleistung) des Gehalts zahlen sollte<sup>685</sup>. Auch der DGB und die Mitgliedsgewerkschaften haben ein Versorgungswerk gegründet, die DGB-Unterstützungskasse e.V.

---

<sup>685</sup> Protokoll des Deutschen Bauarbeiterverbands Januar 1913, S. 183: 3 Jahre = 20 %, 5 Jahre = 40 %, 10 Jahre = 60 %, 20 Jahre = 65 %. 1920 wurden die Altersrenten dynamisiert, d.h. Gehaltsteigerungen und -senkungen (!) angepaßt. Die gesetzliche Altersrente wurde auf die gewerkschaftliche Rente voll angerechnet, Niederschrift über die Verhandlungen des 3. ord. Verbandstags in Karlsruhe vom 8.5. bis 14.5.1920; Niederschrift über die Verhandlungen der Hamburger Konferenz, Hamburg 1920, S. 380.

Mittlerweile hat sich die Lage geändert. Allein bis 1996 mußten die DGB-Beschäftigten zwölf Pensionskürzungen hinnehmen<sup>686</sup>. So nimmt es nicht Wunder, daß sich neben der ehemaligen HBV insbesondere der DGB wiederholt vor Gericht wiederfindet<sup>687</sup>: Beispielsweise wehrte sich ein DGB-Referatsleiter gegen eine Widerrufserklärung des DGB, mittels derer zwar der erdiente Besitzstand erhalten bleiben, die erreichbare Rente aber um ca. 25 % verringert werden sollte<sup>688</sup>; ein HBV-Gewerkschaftssekretär klagte gegen einen ähnlichen Teilwiderruf der Versorgungszusage durch die HBV<sup>689</sup>, und ein ehemaliger ÖTV-Gewerkschaftssekretär wehrte sich dagegen, daß die ÖTV unter pauschalem Verweis auf ihre wirtschaftliche Lage eine Anpassung der Betriebsrente gem. § 16 BetrAVG verweigerte<sup>690</sup>. 474

Diese und andere hindern ver.di nicht, andere Arbeitgeber anzuprangern. Als die Commerzbank am 6.1.2004 bekanntgab, die Betriebsrentenvereinbarung zur betrieblichen Altersversorgung zu kündigen und mit Stichtag zum 31.12.2004 keine Beiträge mehr in das Betriebsrentensystem einzuzahlen, schimpfte *Uwe Foullong*, ver.di, es würden „auf kaltem und brutalen Wege Personalkosten minimiert und gespart“<sup>691</sup>. 475

## **b. Besonderheiten für Gewerkschaften beim Eingriff in die erdiente Dynamik**

### **aa. Erforderlichkeit eines triftigen Grundes**

Das BAG hat zunächst das Drei-Stufen-Schema<sup>692</sup> zur Berücksichtigung von Vertrauensschutz und des Verhältnismäßigkeitsprinzip bei Ver- 476

<sup>686</sup> Spiegel, 1996 Heft 3, S. 83.

<sup>687</sup> BAG vom 9.5.1989 – 3 AZR 439/88, AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung m. Anm. von *Hoyningen-Huene*; BAG vom 11.12.2001 – 3 AZR 512, 513/00, RdA 2004, 48, ff.; BAG vom 25.5.2004 – 3 AZR 649/01, BeckRS 2004, 30342283; BAG vom 13.12.2005 – 3 AZR 217/05, NZA 2007, 39 ff.; LAG Hamburg vom 30.6.2000 – 3 Sa 1277/99, LAGE Nr. 5 zu § 1 Ablösung mit kritischer Anm. *Blomeyer*.

<sup>688</sup> Zu Einzelheiten des Sachverhalts: BAG vom 11.12.2001 – 3 AZR 512/00, NZA 2003, 1414.

<sup>689</sup> Zu Einzelheiten des Sachverhalts: BAG vom 25.5.2004 – 3 AZR 649/01, BeckRS 2004, 30342283.

<sup>690</sup> BAG vom 13.12.2005 – 3 AZR 217/05, NZA 2007, 39 ff.; krit. Anm. *Steinmeyer*, RdA 2007, 182.

<sup>691</sup> „heute“-Nachrichten ZDF, 6.1.2004, 19.00 Uhr, 19.07 Uhr, Studioredakteurin *Petra Gerster*.

<sup>692</sup> St. Rspr. seit BAG vom 17.4.1985 – 3 AZR 72/83, NZA 1986, 57, für die DGB Unterstützungskasse: BAG vom 11.12.2001 – 3 AZR 512/00, AP Nr. 36 zu § 1 BetrVG Ablösung; zuletzt: BAG vom 24.1.2006 – 3 AZR 583/04, AP Nr. 1 zu § 313 BGB.

schlechterungen der Versorgungszusage angewendet. Danach setzt ein Eingriff in die erdiente Dynamik zwar keine zwingenden, aber auch nicht bloß sachlich-proportionale, sondern triftige Gründe voraus. Das hat das BAG dahingehend konkretisiert, daß ein triftiger Grund vorliegt, wenn ein unveränderter Fortbestand des Versorgungswerks langfristig zu einer Substanzgefährdung des Versorgungsschuldners führen würde. Dies ist der Fall, wenn die Kosten des bisherigen Versorgungswerks nicht mehr aus den Unternehmenserträgen und etwaigen Wertzuwächsen des Unternehmensvermögens erwirtschaftet werden können, so daß eine die Entwicklung des Unternehmens beeinträchtigende Substanzaufzehrung droht<sup>693</sup>.

#### **bb. Besonderheiten bei Gewerkschaften nach Ansicht des BAG**

- 477 Als tatbestandliche Besonderheit des DGB hat das BAG herausgestellt<sup>694</sup>, es handele sich um einen „steuerbefreiten Berufsverband in der Rechtsform eines nicht eingetragenen Vereins, der nicht am Markt zur Gewinnerzielung tätig ist“. Zu berücksichtigen sei daher zum einen, daß dem DGB „im wesentlichen nur Beiträge der Mitgliedsgewerkschaften als Einkünfte zur Verfügung stehen“ und zum anderen, daß der DGB den verfassungsrechtlichen Schutz der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG genieße, „der es den Gerichten für Arbeitssachen grundsätzlich untersagt, die Verwendung seiner Einkünfte im einzelnen zu überprüfen oder gar zu bewerten.“ Als triftigen Grund akzeptierte das BAG aufgrund dieses modifizierten Maßstabs, daß der Anteil der jeweiligen Versorgungsaufwendungen des DGB von 4,1 % in der Vergangenheit auf 7,2 % gestiegen war und bei Weitergeltung der Unterstützungsrichtlinie 88 auf prognostizierte 15 % im Jahre 2016 angestiegen wäre. Es folgte der Behauptung des DGB, daß dieser bei Weitergeltung der Unterstützungsrichtlinie seine bisherigen koalitionspolitischen Ziele nur mit geringerer Intensität oder in geringerem Umfang hätte weiterverfolgen können.
- 478 Das BAG räumt den Gewerkschaften damit einen erheblichen Einschätzungs- und Maßnahmespielraum hinsichtlich der „wirtschaftlichen Lage“ und des „triftigen Grundes“ ein<sup>695</sup>. Überdies hat es abgelehnt, andere Vermögenswerte wie etwa die Anteile an der BGAG mit einzu beziehen und stellt nur auf die Beiträge der DGB-Mitgliedsgewerkschaften

<sup>693</sup> BAG vom 18.4.1989 – 3 AZR 299/87, BAGE 61, 273, 280; BAG vom 17.11.1992 – 3 AZR 76/92 – BAGE 71, 372, 381; BAG vom 26.8.1997 – 3 AZR 235/96, BAGE 86, 216, 222.

<sup>694</sup> BAG vom 11.12.2001 – 3 AZR 512, 513/00, zu II.3.b)aa), AP Nr. 36 zu § 1 BetrAVG Ablösung.

<sup>695</sup> BAG vom 11.12.2001 – 3 AZR 512, 513/00, NZA 2003, 1414 sowie die Vorinstanz: LAG Düsseldorf vom 5.7.2000 – 1 Sa 1785/98, LAGE § 1 BetrAVG Ablösung Nr. 6.

als Einnahmequelle ab. Dem BAG ist zuzugestehen, daß die Begrifflichkeiten des BetrAVG auf bilanzierende Unternehmen zugeschnitten sind und sich nicht ohne weiteres auf sozial oder karitativ tätige Einrichtungen übertragen lassen.

**cc. Mittelverwendungsfreiheit als Besonderheit des Tendenzschutzes?**

Richtig ist in ihrer Allgemeinheit auch die These, daß die Gewerkschaften Mittel zur Tendenzverwirklichung einsetzen müssen und es den Gerichten verwehrt ist, die Zweckmäßigkeit der Mittelverwendung zu kontrollieren – das aber gilt für alle Unternehmen. Eine Bewertung der unternehmerischen Entscheidungen durch die Arbeitsgerichte wäre grotesk. Einzig die Zivilgerichtsbarkeit darf im Rahmen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, sog. *business judgement rule*, in sehr engem Maß die unternehmerischen Entscheidungen bewerten. Den Arbeitsgerichten ist es schon bei der Prüfung einer betriebsbedingten Kündigung verwehrt, die unternehmerische Entscheidung auf ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen. Erst recht können sie nicht im Nachhinein einem Unternehmen vorhalten, bei einer anderen Geschäftsführung wäre die wirtschaftliche Lage besser. Der Verweis des BAG auf die Mittelverwendungsfreiheit geht daher ins Leere und rechtfertigt keine Besonderheiten gegenüber anderen Unternehmen. 479

Ob der DGB seine Tendenzverwirklichung mangels zur Verfügung stehender Mittel einschränken muß, ist zudem für den Tendenzschutz irrelevant und hätte auch hier außer Betracht bleiben müssen. Der Tendenzschutz betrifft von vornherein nur den Schutz der Tendenz vor der Einflußnahme durch die Arbeitnehmer und ihre Kollektivvertretungen, o. § 2D.I.3., Rn. 251. Die Mittel für die Umsetzung der Tendenz muß ein Tendenzunternehmen aber ebenso aufbringen, wie andere Unternehmen die Mittel für ihre Geschäftstätigkeit. 480

**dd. Unmodifizierte Anwendung der geltenden Maßstäbe**

Das BAG hätte vielmehr die bisher entwickelten Maßstäbe unmodifiziert anwenden können und müssen. So hätte es nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast wie von anderen Unternehmen auch dem DGB abverlangen müssen, eine hinreichend konkrete Prognose darzulegen, inwiefern die Ausgaben nicht durch die Einnahmen gedeckt werden können, d.h. Substanz aufgezehrt werden muß. Allein der Vortrag, daß die Zahl der Mitglieder zurückgegangen sei, ist reicht dafür nicht. So kommt es zum einen nicht auf die Zahl der Mitglieder, sondern auf die Summe der Beiträge an, zum anderen müssen die Ausgaben und Verluste gegengerechnet werden. Diese Prüfung kann auch bei einem Verein erfolgen. Daß dieser steuerbefreit ist und nicht nach dem HGB bilanzieren 481

muß, heißt nicht, daß die prozessualen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast dem anzupassen ist. Damit wird keine Offenlegungspflicht eingeführt, sondern nur die prozessuale Obliegenheit eingefordert, den eigenen Vortrag zu substantiieren.

- 482 Richtigerweise sind auch alle Vermögenserträge zu berücksichtigen und damit auch die Dividenden aus den BGAG-Anteilen<sup>696</sup>. Dies gilt auch für die Zinserträge aus den im Streikfonds angelegten Mitteln unter Abzug der angemessenen Eigenkapitalverzinsung. Diese Eigenkapitalverzinsung berechnet das BAG einheitlich für alle Unternehmen aus dem Basiszins der Umlaufrendite öffentlicher Anleihen zuzüglich eines Risikoaufschlags von zwei Prozentpunkten<sup>697</sup>. Diese Berechnung ist tendenzschutzneutral, so daß eine Besonderheit für Gewerkschaften nicht geboten ist.

### c. Besonderheiten für Gewerkschaften bei der Anpassungsentscheidung

- 483 In dem Fall der unterbliebenen Anpassung bei der ÖTV begründete das BAG die Rechtmäßigkeit damit, daß erst recht die wirtschaftliche Lage das Unterbleiben rechtfertige, wenn darin auch ein triftiger Grund für einen noch stärker belastenden Eingriff in die erdiente Dynamik liege<sup>698</sup>. Das BAG folgte ver.di darin, daß die vorgetragene Mitglieder- und Beitragsentwicklung eine ausreichend schlechte wirtschaftliche Lage darstellen, um eine Anpassung zu dem relevanten Stichtag zu unterlassen. Wie in den Widerrufsfällen blieb zu Unrecht die Ausgaben- und die sonstige Vermögensentwicklung außer Betracht. Der erst-recht-Schluß des BAG hat dem BAG den Blick auf andere Argumentationswege verstellt, die bei § 16 BetrAVG in Frage gekommen wären:

#### aa. Gefährdung der gewerkschaftlichen Wettbewerbsfähigkeit

- 484 So schlägt *Steinmeyer* vor, das Kriterium der Wettbewerbsfähigkeit in dem Sinne auf Gewerkschaften zu übertragen, daß sie „die Interessen der Arbeitnehmer auch in Zukunft mit dem nötigen Nachdruck insbesondere gegenüber der Arbeitgeberseite vertreten können“<sup>699</sup>. Dem kann nicht gefolgt werden: Wettbewerber der DGB-Gewerkschaften sind nicht die Arbeitgeber oder ihre Verbände, sondern andere Gewerkschaften, z.B. die CGB-Gewerkschaften. Anhaltspunkte dafür, daß einer CGB-Gewerkschaft in einem relevanten Ausmaß mehr Kapital und Einkünfte zur Verfügung

---

<sup>696</sup> So wohl auch *Steinmeyer*, RdA 2007, 182, 185.

<sup>697</sup> BAG vom 23.5.2000 – 3 AZR 146/99, NZA 2001, 1251.

<sup>698</sup> BAG vom 13.12.2005 – 3 AZR 217/05, NZA 2007, 39 ff.; krit. Anm. *Steinmeyer*, RdA 2007, 182.

<sup>699</sup> *Steinmeyer*, a.a.O.

stehen, als der konkurrierenden DGB-Gewerkschaft sind nicht ersichtlich. Behauptet eine Gewerkschaft, schon die Anpassung der Betriebsrente sei ihr wegen ihrer wirtschaftlichen Lage nicht möglich oder führe dazu, daß sie die Interessen ihrer Mitglieder nicht mehr mit dem nötigen Nachdruck vertreten könne, so stellt sie damit in Frage, ob dann nicht ihre Tariffähigkeit infolge nicht mehr ausreichender Leistungsfähigkeit entfällt.

### **bb. Kennzahlenvergleich**

Geht man davon aus, daß die betriebliche Altersversorgung Teil der Gesamtvergütung des Arbeitnehmers ist und Entgeltcharakter hat, so entspricht es dem Sinn und Zweck des § 16 BetrAVG, ein Verfahren zu regeln, mittels dessen die Betriebsrentner den wirtschaftlichen Wert ihrer Versorgungszusage auch nach Eintritt des Versorgungsfalls erhalten können. Während die Arbeitnehmer die Anpassung des laufenden Entgelts durch Streiks erkämpfen können, fehlt es den Betriebsrentnern an einem vergleichbaren Druckmittel<sup>700</sup>. Teilt man diese Auffassung, so liegt es nahe, die Anpassung der Betriebsrenten an die Lohn- und Gehaltsentwicklung zu knüpfen, da sich in dieser die wirtschaftliche Lage des Unternehmens widerspiegelt<sup>701</sup>. Eine Steigerung der Betriebsrenten bei stagnierenden Löhnen und Gehältern würde ebenso einen Wertungswiderspruch darstellen, wie der umgekehrte Fall.

### **3. Jubiläumzahlungen und Lohnsteuerfreiheit bei Gewerkschaften**

Auch eine Gewerkschaft könnte aus Anlaß eines Jubiläums eine Sonderzahlung ausschütten wollen, um die Identifikation mit der Gewerkschaft und ihrer Geschichte zu steigern. Die Gewerkschaft wird dann bestrebt sein, die Sonderzahlung ohne Abzug von Lohn- und Kirchensteuer auszuführen<sup>702</sup>. Das entspricht auf den ersten Blick dem Steuerbefreiungstatbestand des auf § 3 Nr. 5 EStG gestützten § 3 Abs. 2 LStDV. Das Finanzamt wandte aber ein, der Befreiungstatbestand greife nicht, da Gewerkschaften mangels Geschäftsbetrieb keine „Geschäftsjubiläen“ i.S.d. § 3 Abs. 2 LStDV feiern könnten.

---

<sup>700</sup> BAG vom 15.9.1977 – 3 AZR 654/76, AP Nr. 5 zu § 16 BetrAVG; *Andresen/Förster/Rößler/Rühmann*, Altersversorgung, Teil 11 B Rn. 240; a.A. *Blomeyer/Otto*, BetrAVG, 3. Aufl. 2004, § 16 Rn. 11.

<sup>701</sup> *Rößler*, NZA-RR 2007, 1, 3.

<sup>702</sup> Vgl. FG Münster vom 20.4.1989 – VII 8182/86 L, EFG 1989, 539 und FG Hamburg vom 6.2.1997 – II 183/94, n. v.

### a. Der allgemeine lohnsteuerliche Geschäftsbegriff

- 487 Das entspricht begrifflich der BFH-Rechtsprechung. Danach ist unter einem „Geschäftsjubiläum“ das Jubiläum einer Einrichtung zu verstehen, die sich in irgendeiner Weise unternehmerisch betätigt, sich also am wirtschaftlichen Leben gewerblich oder beruflich zur Gewinnerzielung beteiligt<sup>703</sup> oder das Jubiläum eines als Arbeitgeber auftretenden Eigenbetriebs einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, der in der Art eines Gewerbebetriebs tätig werde<sup>704</sup>. Das FG Münster hatte daher den Lohnsteuerbefreiungstatbestand nicht auf Gewerkschaften angewandt<sup>705</sup>. Allerdings gibt es keinen einheitlichen rechtlichen Unternehmensbegriff. Vielmehr ist der Unternehmensbegriff nach dem Zweck der jeweiligen Norm oder des Rechtsgebiets zu bestimmen<sup>706</sup>.

### b. Gewerkschaften als Unternehmen

- 488 Die Voraussetzungen des lohnsteuerrechtlichen Unternehmensbegriffs erfüllen die Gewerkschaften: Sie sind eine Zusammenfassung von Sachen und Rechten zu einer wirtschaftlichen Einheit, die am Geschäftsverkehr teilnimmt<sup>707</sup>. Sie erbringen gegenüber dem Mitglied eine Leistung, z.B. den Abschluß eines Tarifvertrages, und verlangen einen finanziellen Beitrag; auch stehen sie dabei im Wettbewerb mit anderen Gewerkschaften, z.B. der branchengleichen Christlichen Gewerkschaft.
- 489 Andererseits handelt es sich bei ihrer Betätigung nicht um eine „selbständige und nachhaltige Tätigkeit, durch die Einnahmen oder andere wirtschaftliche Vorteile erzielt werden und die über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgeht, § 14 Satz 1 AO. Die koalitionspolitische Tätigkeit ist nach der BFH-Rechtsprechung keine Gegenleistung für den Mitgliedsbeitrag, weil die Gewerkschaften keine besonderen wirtschaftlichen Interessen gerade des einzelnen Mitglieds wahrnehmen, sondern das Kollektivinteresse aller bei ihnen Organisierten. Die Mitgliedsbeiträge stellen damit keine Einnahmen für eine bestimmte Tätigkeit dar<sup>708</sup>. Aus der Körperschaftsbefreiung von Berufsverbänden nach § 5 Abs. 1 Nr. 5 KStG ergibt sich auch nicht als Umkehrschluß, daß die Tätigkeit einer Ge-

<sup>703</sup> BFH vom 20.9.1977 – VI R 124/75, BStBl II 1978, 60, 61.

<sup>704</sup> BFH vom 26.6.1969 – VI R 190/67, BStBl II 1969, 747.

<sup>705</sup> FG Münster vom 20.4.1989 – VII 8182/86 L, EFG 1989, 539.

<sup>706</sup> Heymann/Horn/Emmerich/Henssler, Handelsgesetzbuch, Bd. 3, § 290 Rn. 9 ff.

<sup>707</sup> Rieble, Arbeitsmarkt, Rn. 438. Vgl. zu Gewerkschaften als Adressaten des Boykottverbots gemäß § 26 GWB: *Kartte*, WuW 1961, 170, 177.

<sup>708</sup> BFH vom 11.3.1970 – I R 155/67, BStBl II 1970, 528, 529; BFH vom 29.8.1973 – I R 234/71, BStBl II 1974, 60, 62; BFH vom 9.5.1974 – V R 128/71, BStBl II 1974, 530, 531; Rieble, Arbeitsmarkt, Rn. 438.

werkschaft grundsätzlich einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb i.S.d. KStG darstelle. Das wäre nur zutreffend, wenn Gewerkschaften gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG grundsätzlich unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig wären. Aus § 8 Abs. 2 KStG ergibt sich aber gerade das Gegenteil: Steuerpflichtige, die kraft ihrer Rechtsform Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielen, sind nach § 8 Abs. 2 KStG nur diejenigen, die nach dem HGB zur Führung von Büchern verpflichtet sind. Eine solche Pflicht besteht für die als nicht rechtsfähiger Verein organisierten Gewerkschaften gerade nicht.

Letztlich schlagen diese Bedenken aber nicht durch. Der Zweck der Lohn- und Kirchensteuerbefreiung von Jubiläumsszahlungen greift auch bei den Gewerkschaften als Arbeitgebern, da ihre Tätigkeit der eines Dienstleistungsunternehmens entspricht. Es werden Leistungen gegenüber den Mitgliedern erbracht<sup>709</sup>, und die Gewerkschaften sind ebenso wie andere Unternehmen auf die Einsatzbereitschaft ihrer Mitarbeiter angewiesen. Zwar hat der BFH für eine öffentlich-rechtliche Zwangskörperschaft die Privilegierung abgelehnt<sup>710</sup>, von einer solchen unterscheidet sich die Gewerkschaft aber, weil sie im Gegensatz zu jener keine Zwangsmitglieder hat und keine Zwangsbeiträge erhebt<sup>711</sup>.

#### 4. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz und Gleichstellungsgebote

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>712</sup> gilt auch für die Gewerkschaften als Arbeitgeber und der Tendenzschutz erlaubt keine willkürliche Ungleichbehandlung. Wenn die arbeitgebende Gewerkschaft also Regeln aufstellt, nach denen sie freiwillige Leistungen verteilt, so muß sie sich ebenso wie andere Arbeitgeber an ihr eigenes Regelwerk halten<sup>713</sup>.

Anders als andere Arbeitgeber dürfen die Gewerkschaften ihr Regelwerk jedoch ihrer Tendenz entsprechend ausgestalten. Aus dem Tendenzschutz können sich dabei Differenzierungsgründe ergeben, die ansonsten gegen Gleichstellungsgebote verstoßen. *Hromadka/Maschmann* meinen, daß

<sup>709</sup> Klägervorbringen lt. FG Hamburg vom 6.2.1997 – II 183/94, n. v.

<sup>710</sup> BFH vom 20.9.1977 – VI R 124/75, BStBl II 1978, 60, 61.

<sup>711</sup> Klägervorbringen lt. FG Hamburg vom 6.2.1997 – II 183/94, n. v.

<sup>712</sup> Zur Herleitung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus der Fürsorgepflicht: RAG vom 19.1.1938 – 153/37, ARS 33, 172, 176; *Hueck/Nipperdey/Dietz*, AOG, § 2 Rn. 17a; *G. Hueck*, Gleichmäßige Behandlung, S. 137, 233 f.; a.A.: *L. Raiser*, ZHR 111 (1948), 75 ff., insb. 90 f., 94. Gewohnheitsrecht: *MünchKomm/Müller-Glöge*, BGB, § 611 Rn. 49; *ErfKomm/Preis*, § 611 BGB Rn. 574.

<sup>713</sup> Vgl. *Böttcher*, RdA 1953, 161, 165; *Hromadka/Maschmann*, Individualarbeitsrecht, Rn. 116, S. 258.

„keine Gleichstellungspflicht besteht, wenn die Differenzierung nach dem an sich verpönten Merkmal ausnahmsweise sachgerecht ist“, was hinsichtlich der Gewerkschaftseigenschaft bei Tätigkeit in einer Gewerkschaft der Fall sein könne<sup>714</sup>. Gemeint ist damit wohl, daß die arbeitgebende Gewerkschaft die Arbeitnehmer begünstigen dürfen soll, die bei ihr selbst Mitglied sind. Eine Differenzierung nach Mitgliedschaft in einer Gewerkschaftsarbeitnergewerkschaft kann auch den Gewerkschaften nicht erlaubt sein, weil dies in keinem Zusammenhang mit ihrer Tendenz steht. Ebenso wie die Parteien dürfen die Gewerkschaften nur die Mitgliedschaft ihrer Tendenzträger bei sich selbst fördern. Allerdings steht auch dies wieder unter dem Vorbehalt der Funktionalität. Eine Zulage, die bei den Arbeitnehmern Linientreue prämiieren soll, darf nach der Gewerkschaftszugehörigkeit differenzieren, weil sie sonst möglicherweise ihren Zweck nicht erreichen kann. Verlegt eine Gewerkschaft ihren Sitz und gewährt daraufhin ihren Arbeitnehmern eine Zulage, um sie für den Umzug zu entschädigen, so ist die Zulage tendenzneutral.

## 5. Entgeltverwendung und -sicherung

### a. Entgeltverwendungsfreiheit

- 493 Wenn die Gewerkschaften von ihren Arbeitnehmern verlangen, daß sie zugleich Mitglieder sind, o. § 4C.I.2., Rn. 551, so stellt sich das Arbeitsverhältnis als Verpflichtungsgeschäft zur Mitgliedschaft dar. Die Gewerkschaftsarbeitnehmer werden damit mittelbar verpflichtet, einen Teil ihres Entgelts, der Beitrag bei DGB-Gewerkschaften beträgt 0,8 bis 1,2 % vom Bruttolohn<sup>715</sup>, für die Mitgliedschaft aufzuwenden. Dem könnten neben den o. § 3E.II.2.a., Rn. 417 ff. genannten Gründen die Entgeltverwendungsschutznormen der GewO entgegenstehen:

#### aa. Anwendbarkeit der Entgeltverwendungsschutznormen

- 494 Durch Art. 1 des 3. GewOÄndG<sup>716</sup> hat der Gesetzgeber § 6 GewO einen Abs. 2 angefügt, demzufolge die Bestimmungen des VII. Titels auf alle Arbeitnehmer – und damit auch auf die Arbeitsverhältnisse bei Gewerkschaften – Anwendung finden. Während zuvor nach der Verfassungsmäßigkeit der Geltungsbereichsbeschränkung auf Arbeitgeber, die ein Gewerbe betreiben, diskutiert wurde, stellt sich nunmehr die Frage, ob

<sup>714</sup> Hromadka/Maschmann, Individualarbeitsrecht, Rn. 126c, S. 261.

<sup>715</sup> BAG vom 11.12.2001 – 3 AZR 512/00, NZA 2003, 1414.

<sup>716</sup> Drittes Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger gewerberechlicher Vorschriften vom 24.8.2002, BGBl. I Nr. 62 vom 30.8.2002. Dazu: Perreng, AiB 2002, 521 ff.; Bauer/Opolony, BB 2002, 1590 ff.; Neumann, AuR 2002, 216.

nicht zugunsten der Gewerkschaften als Tendenzarbeitgeber eine Bereichsausnahme geboten ist. Noch zu § 117 GewO meinte *Minnameier*, die Ungleichbehandlung sei gerechtfertigt, weil nicht-gewerbliche Arbeitgeber wie Gewerkschaften keine Gewinne erzielen wollten und daher „ein deutlich geringeres Interesse an der Ausbeutung ihrer Arbeitnehmer hätten“<sup>717</sup>. Träfe dies zu, wäre das Mißtrauen des Staates gegenüber diesem Arbeitgeber nicht gerechtfertigt. Es müßte dann Ungleiches auch ungleich behandelt werden. Der Differenzierungsgrund ist jedoch nicht tragfähig. Die Personalkosten zu senken ist auch in Unternehmen, die nicht zur Gewinnerzielung betrieben werden, ein relevantes Ziel<sup>718</sup>, weil an die Stelle der Gewinnerzielung andere Zwecke, z.B. karitative, treten. Allein der Umstand, daß die Gewerkschaften Kosten senken und infolgedessen eventuell effizienter ihre Tendenz verfolgen könnten, reicht nicht aus, um einen Tendenzbezug zu begründen<sup>719</sup>.

### **bb. Verwendung des Entgelts für Mitgliedschaftsbeiträge**

Arbeitsvertraglich erzwungene Mitgliedschaftsbeiträge fielen dem Wortlaut des § 117 Abs. 2 GewO a.F. zufolge unter das Verbot von Lohnverwendungsabreden. Davon statuierte § 117 Abs. 2 GewO a.F. zwar eine Ausnahme für Lohnverwendungsabreden „zum Zweck der Beteiligung an Einrichtungen zur Verbesserung der Lage der Arbeitnehmer oder ihrer Familien“. Gemeint waren damit aber nicht die Gewerkschaften, sondern Sozialeinrichtungen des Arbeitgebers oder freier Träger wie etwa der Arbeiterwohlfahrt<sup>720</sup>. Selbst wenn man die Gewerkschaften zu den Einrichtungen i.S.d. § 117 Abs. 2 GewO zählen wollte, fielen sie nicht aus dem Verbotsbereich, weil sie für ihre eigenen Arbeitnehmer nur Verein und gerade nicht Gewerkschaft sind. 495

Teilweise wurde § 117 GewO a.F. einschränkend dahingehend ausgelegt, daß er nur dazu diene, eine Umgehung des § 115 GewO a.F. zu verhindern. Er betreffe daher nur die Verwendung des Entgelts für Waren<sup>721</sup>. Demgegenüber führt der Mitgliedszwang bei den Gewerkschaftsarbeitnehmern unmittelbar nur dazu, daß aus dem Entgelt die Mitgliedschaft finanziert wird, welche zum Bezug von gewerkschaftlichen Dienstleistungen berechtigt. Ob aber eine Verwendungsabrede Dienstleistungen 496

<sup>717</sup> *Minnameier*, Gewerberechtliche Entgeltvorschriften, 2001, S. 106 f.

<sup>718</sup> *Knorr/Scheppach*, Leistungsbezogene Entgeltsysteme für freie Wohlfahrtsverbände – Alternativen zum BAT, 1998.

<sup>719</sup> In anderem Zusammenhang a.A.: BAG vom 22.12.1960 – 2 AZR 140/58, AP Nr. 25 zu § 11 ArbGG 1953 m. Anm. *Nikisch*.

<sup>720</sup> *Metz/Paschek*, DB 1987, 1930; *Stahlhacke*, in: Leinemann, Kommentar zur GewO, §§ 115a-119 II.3.

<sup>721</sup> *Stahlhacke*, in: Leinemann, Kommentar zur GewO, §§ 115a-119 II.4.a Bl. 6

oder Waren betrifft, ergibt für die Interessenlage keinen Unterschied. Zwangsmitgliedschaftsbeiträge zu erheben, führte somit schon nach §§ 115, 117 GewO a.F. analog zur Nichtigkeit. Zum gleichen Ergebnis kommt § 138 BGB: Für Verwendungsabreden stellten die §§ 115, 117 GewO kein spezielleres Gesetz dar. Vielmehr drückten sie die gesetzgeberische Mißbilligung von Einschränkungen der Lohnverwendungsfreiheit aus und sprachen somit gerade für eine Bewertung als sittenwidrig.

Der Gesetzgeber hat jedoch das Lohnverwendungsabredenverbot nicht in den § 107 GewO n.F. übernommen. Gleichwohl wollte der Gesetzgeber am Schutzzumfang nichts ändern<sup>722</sup>. Daraus ergibt sich kein Widerspruch, da Lohnverwendungsabreden unter das Umgehungsverbot fallen – der § 117 GewO a.F. war eine rein deklaratorische Regelung. An der grundsätzlichen Sittenwidrigkeit solcher Abreden hat sich durch die Novellierung der GewO nichts geändert. Wenn schon die Vereinbarung von Sachbezügen grundsätzlich unzulässig ist, muß dies für Lohnverwendungsabreden erst recht gelten.

- 497 Die maßgebliche Frage ist daher die des Rechtfertigungsmaßstabs. Zugunsten des Tendenzschutzes der arbeitgebenden Gewerkschaft könnte hier § 107 Abs. 2 Satz 1 GewO eingreifen: Dann müßte die der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entsprechen. Soweit die Gewerkschaften verlangen dürfen, daß ihre Arbeitnehmer Mitglieder werden, u. § 4C.I.2.d.dd., Rn. 574 ff., gehört dies auch zur Eigenart dieser Arbeitsverhältnisse. Dieses Doppelverhältnis ist nicht nur zulässig, historisch gewachsen und den Arbeitnehmern zumutbar, sondern zugleich auch um der Glaubwürdigkeit der Gewerkschaften willen aus dem Tendenzschutz heraus begründbar. Hinsichtlich der Höhe des abzuführenden Beitrags findet § 107 Abs. 2 Satz 3 GewO entsprechende Anwendung. Danach ist eine Verpflichtung zur Mitgliedschaft nur vereinbar, wenn die Leistungen, welche die Gewerkschaftsarbeitnehmer für ihren Beitrag erhalten, wertmäßig zumindest den durchschnittlichen Selbstkosten der arbeitgebenden Gewerkschaften entsprechen. Das kann jedoch nicht der Fall der sein, da die Gewerkschaftsarbeitnehmer als OT-, OR- und OK-Mitglied keine der wesentlichen Vereinsleistungen in Anspruch nehmen können.
- 498 Allerdings zielt § 107 GewO auf Austauschverträge, so daß die Anwendung auf das Vereinsmitgliedschaftsverhältnis fraglich sein könnte. Von dem Regelungszweck her, den Arbeitnehmer vor einer Übervorteilung durch den Arbeitgeber zu schützen, greift § 107 GewO aber auch hier. Die erzwungene Vereinsmitgliedschaft führt auf der kollektiven Ebene Verband-Mitglieder auch zu einem Austausch von Leistungen gegen Entgelt. Die

---

<sup>722</sup> Bauer/Opolony, BB 2002, 1590.

Verwendung eines Teils des Entgelts für eine solche Mitgliedschaft kann daher nicht anders behandelt werden, als ein arbeitsvertraglich erzwungener Kaufvertrag.

### **cc. Zwangsdarlehen resp. -stundungen**

Benötigt ein Arbeitgeber kurzfristig Liquidität, liegt es wirtschaftlich betrachtet nahe, den Auszahlungszeitpunkt von Entgeltbestandteilen zeitlich aufzuschieben. Muß ein Unternehmen wie eine Gewerkschaft nicht bilanzieren, entfällt auch der negative bilanzielle Effekt, daß die Fremdkapitalquote steigt. Rechtskonstruktiv kann z.B. eine Stundung vereinbart werden oder ein Darlehensvertrag mit den Arbeitnehmern geschlossen werden<sup>723</sup>, so daß die Gewerkschaft mit ihrem Anspruch aus § 488 Abs. 1 BGB gegen den Anspruch der Arbeitnehmer aus § 611 BGB aufrechnen kann. Sämtliche Rechtskonstruktionen setzen aber eine zustimmende Willenserklärung der Arbeitnehmer voraus. Außerdem kommt ein Verstoß gegen das Barauszahlungsgebot gemäß § 107 GewO in Betracht. Ob dies stattdessen durch eine Kollektivvereinbarung erzwungen werden kann, ist zweifelhaft, dazu u. § 6B.III.6.e.bb.[1], Rn. 1247. 499

### **b. Lohneinbehalt und Verjährung**

Auch der Entgeltauszahlungsschutz durch das Lohneinbehaltungsverbot in § 119a GewO richtete sich nur gegen gewerbetreibende Arbeitgeber und somit nicht gegen Gewerkschaften. Das arbeitgeberseitige Bedürfnis der Gewerkschaften, sich durch Lohneinbehalt eine Haftungsgrundlage zu verschaffen, ist ein allgemeines Arbeitgeberinteresse, welches keinen Tendenzbezug aufweist. Der Gesetzgeber hat durch das 3. GewOÄndG jedoch die Schutznorm insgesamt aufgehoben und dadurch eine gesetzliche Gleichstellung herbeigeführt. Die Gewerkschaften können daher als Arbeitgeber mit dem Mitgliedschaftsbeitrag, den ihre Arbeitnehmer als Mitglieder der Gewerkschaft als Verein schulden, gegen die Entgeltforderung aufrechnen. 500

Bis zum 1.1.2002 war hingegen § 196 Nr. 9 BGB a.F. eine Ungleichbehandlung zu Lasten der Gewerkschaften: Diese Norm sah nur für die Ansprüche gewerblicher Arbeitnehmer die kurze Verjährung von zwei Jahren vor. Da der Gesetzgeber die Sonderverjährung nach Berufsgruppen aufgegeben hat, gilt nunmehr die allgemeine dreijährige Verjährungsfrist. 501

Der VGB kann – wie andere Koalitionen auch – mit den arbeitgebenden Gewerkschaften vereinbaren, daß die arbeitgebenden Gewerkschaften den Mitgliedschaftsbeitrag für die Gewerkschaftsarbeitnehmerkoalition einbe-

---

<sup>723</sup> BAG vom 23.9.1992 – 5 AZR 569/91, NZA 1993, 936.

halten und an die Koalition abführen. Dem stehen auch in diesem speziellen Fall weder § 107 GewO noch das Gebot der Gegnerunabhängigkeit entgegen<sup>724</sup>.

### c. Insolvenzgeld bei Gewerkschaftsinsolvenz

- 502 Trotz guter Zahlungsmoral wirft die Entgeltzahlungspflicht Probleme auf, wenn die Gewerkschaftsarbeitnehmer ihren arbeitgebenden Gewerkschaften das Entgelt stunden: Zwar betrifft die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers in erster Linie das Risiko des Arbeitsplatzwegfalls; hinzu tritt aber auch das Insolvenzrisiko. Die Rechtsform des nichtrechtsfähigen Vereins steht der Insolvenzfähigkeit einer Koalition nicht entgegen, § 11 Abs. 1 Satz 2 InsO. Zwar scheinen zumindest die Arbeitnehmer der großen DGB-Gewerkschaften nicht gefährdet zu sein, allerdings befanden sich einige Quellgewerkschaften vor der Fusion in erheblichen finanziellen Schwierigkeiten. Da diese Gewerkschaften ihr Vermögen häufig zu einem großen Teil auf Treuhänder übertragen haben, um es vor dem Zugriff schadensersatzberechtigter Arbeitgeber zu schützen<sup>725</sup>, sind ihre Arbeitnehmer ebenfalls vor der Insolvenz der arbeitgebenden Gewerkschaft nicht sicher.
- 503 Auch kleine Gewerkschaften weisen ein gewisses Insolvenzrisiko auf, da sie durch die BAG-Rechtsprechung zur Tariffähigkeit gezwungen sind, möglichst hohe Ausgaben aufzuweisen, um so den Nachweis der Leistungsfähigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit erbringen zu können. Ein Insolvenzrisiko trifft zudem die Arbeitnehmer ausgliederter Gewerkschaftseinrichtungen wie z.B. der DGB-Rechtsschutz GmbH. Zwar haftet der DGB bzw. die „DGB Treuhandgesellschaft“ für Forderungen gegen die Rechtsschutz GmbH – was schon wegen § 11 Abs. 1 Satz 4 ArbGG erforderlich ist. Diese Haftung betrifft aber nur Forderungen wegen mangelhafter Rechtsbesorgung und damit nur solche der vertretenen Mitglieder gegen die Rechtsschutz GmbH<sup>726</sup>.
- 504 Entschärft wird dies nur durch das auf staatlichen Zwang hin eingerichtete, umlagefinanzierte, allgemeine Insolvenzgeldsicherungssystem gemäß § 183 SGB III i.V.m. §§ 358 ff. SGB III. Dieses Sicherungssystem benutzt das Umlageverfahren der Unfallversicherung, indem es der Bundesanstalt für Arbeit einen Erstattungsanspruch gegen die ver-

<sup>724</sup> Zu § 107 GewO: *Linck*, AR-Blattei, SD 1160.1 Lohnzahlung I Rn. 52; *Fahrtmann*, AuR 1963, 353, 356; *Landmann/Rohmer/Neumann*, GewO, § 117 Rn. 18.

<sup>725</sup> *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, § 249 Rn. 5 mit Verweis auf die Satzungen einiger DGB-Gewerkschaften.

<sup>726</sup> LAG Baden-Württemberg vom 8.10.1998 – 11 Sa 21/98, zu I.A.3.c), LAGE Nr. 15 zu § 11 ArbGG 1979; vgl. *Stückemann*, FA 1998, 237, 238.

sichernden Berufsgenossenschaften gibt. Da diese das Insolvenzrisiko bei der Umlageerhebung nicht berücksichtigen<sup>727</sup>, haben die Gewerkschaften bisher von den anderen Beitragszahlern der Verwaltungs-Berufsgenossenschaft (VBG)<sup>728</sup> profitiert. Die Umlage wird grundsätzlich ermittelt, indem die Summe der von einem Mitgliedsunternehmen zu zahlenden Entgelte ins Verhältnis zur Entgeltsumme aller Mitgliedsunternehmen gesetzt wird, § 360 SGB III.

Davon abgesehen ist es zweifelhaft, ob die Gewerkschaften mit anderen Arbeitgebern – u.U. ihren Gegnern – zur Teilnahme an einem gemeinsamen Umlagesystem gezwungen werden können. Das Umlagesystem ist u.a. vom Solidaritätsprinzip geprägt, so daß Gewerkschaften zur Solidarität mit Arbeitgeberverbänden, welche ebenfalls in die Zuständigkeit der VBG fallen, zwangsverpflichtet sind. Für den Unfallschutz als Hauptbetätigungsfeld der VBG ist dies bisher aber ebensowenig angegriffen worden, wie die Zwangsmitgliedschaft im PSV aG, welcher die Insolvenzversicherung der betrieblichen Altersvorsorge bei Direktzusagen übernimmt. Auch in dieser ursprünglich als Selbsthilfverein der deutschen Wirtschaft gegründeten Institution sind die Gewerkschaften als Arbeitgeber gezwungenermaßen Mitglieder.

## **II. Gewerkschaftsarbeitnehmer: tendenz- und weisungsgemäßes Arbeiten**

Tendenzunternehmen verlangen einerseits eine hohe Identifikation der Tendenzträger mit der nicht von ihnen festgelegten Tendenz und andererseits auch die Bereitschaft, einen Tendenzwechsel mitzuvollziehen. Der Tendenzschutz unterstützt dies, indem er Bestandteil des Weisungsrechts des Arbeitgebers ist, d.h. die Umsetzung der jeweiligen Tendenz ist Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung.

### **1. Geschuldete Arbeitsleistung und Direktionsrecht**

#### **a. Tendenztreue im dienstlichen Aufgabenbereich**

Für welche Tätigkeit der Gewerkschaftsarbeitnehmer eingestellt ist, ergibt sich aus den jeweiligen Arbeitsverträgen. Im dienstlichen Aufgabenbereich wirkt sich die Tendenz aus, indem die gewerkschaftlichen

---

<sup>727</sup> Niesel/Roeder, SGB, § 359 Rn. 3; insofern besteht ein gesetzlicher Zwang zur Solidarität unter den Gewerkschaften als Arbeitgeber mit anderen Arbeitgebern.

<sup>728</sup> Näheres zur VBG: [www.vbg.de](http://www.vbg.de) [zuletzt abgerufen am 11.9.2007]. Mitglied im VBG können u.a. Banken, Versicherungen, Verwaltungen, Vereine und Kirchen werden. Gewerkschaften haben sogar beim VBG eine eigene Gefahrentarifstelle (29), vgl. [www.vbg.de](http://www.vbg.de). [zuletzt abgerufen am 11.9.2007]

Tendenzträger ihre Tätigkeit auf die vorgegebene Tendenz ausrichten müssen<sup>729</sup>. Ihre Tätigkeit muß sich als authentische Tendenzverwirklichung der arbeitgebenden Gewerkschaft darstellen. Wie *Rüthers* für Redakteure herausgearbeitet hat, kann ein Verstoß gegen die Tendenzpflicht eine qualitative Schlechtleistung darstellen<sup>730</sup> und als Arbeitsvertragsverletzung sanktioniert werden<sup>731</sup>. Bestandteil der Hauptleistungspflicht der Tendenzträger ist es, unmittelbar die Tendenz zu verwirklichen und sie zu fördern<sup>732</sup>. Das gilt für den Rechtsschutzsekretär ebenso wie für den Tarifsekretär.

## **b. Festlegung der Tätigkeit im Arbeitsvertrag**

### **aa. Tendenzfestlegung und -änderung**

- 508 Während die Tätigkeit im Arbeitsvertrag zumindest rahmenmäßig umschrieben ist, fehlt bei den Gewerkschaften meist eine schriftlich fixierte Beschreibung der Tendenz, die zum Arbeitsvertragsinhalt gemacht werden soll. Soweit sie dort nicht ausdrücklich geregelt ist, wird die aktuelle Tendenz der Gewerkschaft, so wie sie sich erkennbar nach außen manifestiert, konkludent miteinbezogen. Deswegen haben Tarifsekretäre bei der IG BCE eine andere Aufgabe als Tarifsekretäre der IG Metall – auch wenn die Art der Tätigkeit und die Mittel, die sie einsetzen, gleich sind.
- 509 In kirchlichen Einrichtungen können die Arbeitnehmer aus den Kirchengesetzen und schriftlich niedergelegten Glaubensgrundsätzen über die Tendenz im einzelnen informieren. Im Pressebereich ist es üblich, daß der Verleger die sog. Grundsatz- oder Richtlinienkompetenz durch Grundsätze oder Richtlinien ausformuliert und den Redakteuren eine Detailkompetenz einräumt<sup>733</sup>. Dadurch können die Redakteure zumindest die gegenwärtige Tendenz mit ihren Anschauungen vergleichen. Dort ist sogar in den Manteltarifverträgen ein Gesinnungsschutz für Redakteure geregelt, der bei Tendenzänderungen finanzielle Kompensation vorsieht, falls ein Redakteur wegen der geänderten Tendenz kündigt<sup>734</sup>.
- 510 Bei den Gewerkschaften fehlt sowohl eine Differenzierung zwischen Grundlagen- und Detailkompetenz, als auch eine genaue Beschreibung

<sup>729</sup> So auch für Redakteure: MünchArbR/*Rüthers*, § 201 Rn. 59.

<sup>730</sup> BAG vom 7.11.1975 – 1 AZR 282/74, AP Nr. 4 zu § 118 BetrVG1972 in einem obiter dictum.

<sup>731</sup> MünchArbR/*Rüthers*, § 201 Rn. 59.

<sup>732</sup> LAG Berlin vom 6.12.1982 – 13 Sa 110/97, NZA-RR 1998, 442; *Nikisch*, Bd. I, S. 384; *Rüthers*, NJW 1978, 2070; *Rath-Glawatz*, AfP 1982, 130.

<sup>733</sup> MünchArbR/*Rüthers*, § 201 Rn. 87.

<sup>734</sup> *Rüthers*, a.a.O.

ihrer Tendenz. Diese ist nur in der Satzung und den Beschlüssen der Gewerkschaftsorgane manifestiert. Damit ist die zu beachtende Tendenz ein dynamischer Bestandteil des Arbeitsvertrags. Die Regeln der AGB-Kontrolle gem. § 305 ff. BGB können hier von vornherein nicht greifen, weil der Tendenzschutz als Besonderheit im Arbeitsrecht resp. als Besonderheit des Arbeitsrechts gem. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB einen stark verringerten Kontrollmaßstab erfordern, o. § 2E.II.4., Rn. 267. Die Gewerkschaften können nicht gezwungen sein, ihre Tendenz schriftlich so auszuformulieren, daß sie den Anforderungen des Transparenzgebots genügen. Unklarheiten können auch nicht zu Lasten der arbeitgebenden Gewerkschaft gehen. Ansonsten wäre die Tendenzverwirklichung der arbeitgebenden Gewerkschaft ernsthaft beeinträchtigt und ihre Tendenz der richterlichen Vertragsinhaltskontrolle ausgeliefert.

Außerdem sind die Gewerkschaften darauf angewiesen, ihre Tendenz 511 ändern zu können. Die Tendenzbestimmung durch die arbeitgebende Gewerkschaft muß wegen Art. 9 Abs. 3 GG und der Koalitionsvoraussetzung der demokratischen Organisation unbeeinflußt von Dritten und damit auch den eigenen Arbeitnehmern erfolgen können. Die bei Arbeitsvertragsschluß geltende Tendenz ist zwar für die Tätigkeit der Arbeitnehmer maßgeblicher und wichtiger Bestandteil ihrer Leistungsverpflichtung. Auf eine Änderungskündigung dürfen sie aber nicht verwiesen werden, da sie sonst die Existenz der Arbeitsverhältnisse riskieren müßten, um die Tendenzänderung durchzusetzen. Zudem müßten sie für die Dauer der Kündigungsfrist die nicht mehr gewollte Tendenz fortsetzen. Auch wäre es wenig überzeugend, wenn die Tendenz einen gegen die tendenzbestimmende Gewerkschaft gerichteten Bestandsschutz auslösen würde. Vielmehr steht die Tendenz unter einem konkludenten Änderungsvorbehalt, für den ebenfalls die Restriktionen der AGB-Kontrolle nicht gelten. Ändert die arbeitgebende Gewerkschaft ihre Tendenz, z.B. wechselt die Gewerkschaft ihr Selbstverständnis von dem einer Gegenmacht zu dem einer Gestaltungskraft, so müssen die Tendenzträger die neue Tendenz hinnehmen oder kündigen.

### **bb. Versetzungsklausel**

Die Gewerkschaften haben als Arbeitgeber ein Interesse an der möglichst 512 vielseitigen Einsetzbarkeit ihrer Arbeitnehmer. Sie können dazu auch im Arbeitsvertrag Versetzungsklauseln vereinbaren. Diese Versetzungsklauseln unterlägen an sich als vorformulierte Arbeitsbedingungen der AGB-Kontrolle. Die AGB-Kontrolle ist aber gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB eingeschränkt, da es sich bei dem Tendenzschutz um eine Besonderheit des Arbeitsrechts handelt, o. § 2E.II.4., Rn. 267. Die Versetzung von Tendenzträgern ist auch eine tendenzbezogene Maßnahme. Die Gewerkschaft ist bei der Tendenzverwirklichung darauf angewiesen, eine Vakanz

optimal neu zu besetzen. Daher überwiegen ihre Interessen grundsätzlich die des Tendenzträgers, sein bisheriges Tätigkeitsfeld zu behalten. Das BAG hat eine sehr weitgehende Versetzungsklausel bei einer Redakteurin („Der Verlag behält sich unter Wahrung der Interessen des Redakteurs die Zuweisung eines anderen Arbeitsgebiets vor“) nicht als Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB gewertet, ohne dies ausdrücklich mit dem Tendenzschutz zu begründen<sup>735</sup>.

### c. Tendenzorientiertes Direktionsrecht, § 106 GewO

- 513 Gerade bei Arbeitsverträgen mit qualifizierten Arbeitnehmern wie etwa den Rechtssekretären läßt sich nicht im vorhinein die Arbeitspflicht im Detail regeln. Gemäß § 106 GewO, welche insofern auch für Gewerkschaften als Arbeitgeber gilt, kann die arbeitgebende Gewerkschaft eine rahmenmäßig bestimmte Arbeitspflicht konkretisieren: Auf dieses gesetzliche Bestimmungsrecht ist die Zweifelsregelung des § 315 Abs. 1 BGB analog anzuwenden. Die Gewerkschaften müssen sich daher bei der Ausübung des Direktionsrechts im Rahmen des „billigen Ermessens“ halten. Diese „dogmatisch unklar gefaßte Wendung“<sup>736</sup> weist als Gegenbegriff zum freien Ermessen auf eine Begrenzung des Ermessenspielraums hin. Die Ermessensgrenzen folgen bei tendenzgeprägten Weisungen aus der objektiven Wertordnung der Verfassung und gebieten es, die Rechtspositionen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber<sup>737</sup> abzuwägen, und dabei dem besonderen Gewicht der Koalitionsfreiheit Rechnung zu tragen.

## 2. Disziplinierung von Gewerkschaftssekretären durch Aufgabenentzug

- 514 Der Aufgabenkreis eines Gewerkschaftssekretärs ist in den wenigsten Fällen präzise festgelegt. Es ist vielmehr ein kennzeichnendes Merkmal dieser Arbeitnehmergruppe, daß sie flexibel eingesetzt werden kann. Dies läßt der arbeitgebenden Gewerkschaft einen Spielraum, den sie auch zur Disziplinierung nutzen kann. Ein Beispiel dafür liefert der Fall des politischen Sekretärs *Kreimer-de Fries* beim DGB<sup>738</sup>: Der Referatsleiter für europäische Tarifpolitik beim DGB-Bundesvorstand, *Kreimer-de*

<sup>735</sup> BAG vom 11.9.2006 – 9 AZR 557/05, NZA 2006, 1149.

<sup>736</sup> Staudinger/*Rieble*, BGB, § 315 Rn. 109.

<sup>737</sup> BAG vom 12.10.1961 – 5 AZR 423/60, zu 5.a), NJW 1962, 268; von *Hoyningen-Huene*, Billigkeit, S. 118 ff.; Staudinger/*Rieble*, BGB, § 315 Rn. 113 ff.

<sup>738</sup> Zu Einzelheiten des Sachverhalts: Auszüge aus den Abmahnungen sowie der Klageschrift der Anwältin *Windirsch* vom 20.7.1999 – 1 Ca 2723/99, <http://www.labournet.de/solidaritaet/kreimer3.html> [zuletzt abgerufen am 11.9.2007]; *Klas*, Sozialistische Zeitung vom 19.8.1999, S. 5.

*Fries*, verfaßte 1999 im Rahmen seiner Aufgaben eine Kurzanalyse zu einem Entwurf einer Vereinbarung der europäischen Sozialpartner und versandte diese zur Meinungsbildung an Tarifpolitiker der DGB-Mitgliedsgewerkschaften und Mitglieder des EGB-Arbeitsbeziehungsausschusses. Der DGB-Bundesvorstand hielt die Analyse für unzutreffend und einseitig und mahnte *Kreimer-de Fries* ab. Einen Tag später entzog *Heinz Putzhammer*, damaliges für Wirtschafts- und Tarifpolitik zuständiges Mitglied des geschäftsführenden DGB-Bundesvorstands, *Kreimer-de Fries* das Mandat im EGB-Arbeitsbeziehungsausschuß und die Aufgabe „die europäischen Sozialpartnerverhandlungen durch Einbeziehung des tarifpolitischen Ausschusses des DGB zu begleiten“ sowie die Bearbeitung von Fragen der Koordinierung europäischer Tarifpolitik. Dagegen und gegen die Abmahnung erhob *Kreimer-de Fries* Klage, nahm diese aber zurück, nachdem ihm die Aufgaben teilweise wieder zugewiesen worden waren. Kurz danach wurde der Arbeitsbeziehungsausschuß aufgelöst. In dem dafür vom EGB-Exekutivausschuß eingerichteten „Koordinierungsausschuß für Tarifpolitik“ vertrat fortan nicht *Kreimer-de Fries* den DGB, sondern *Putzhammer* selbst.

Die Klage von *Kreimer-de Fries* wäre abzuweisen gewesen: Das 515 Direktionsrecht erlaubt es dem DGB als Arbeitgeber, seinen politischen Sekretären Aufgaben zu entziehen. Auch wenn sich die Sekretäre besonders mit ihren Aufgaben identifizieren und geradezu ein persönliches Verhältnis<sup>739</sup> zu einem bestimmten Verfahren oder einer Verhandlung entwickeln, haben sie ebensowenig wie andere Arbeitnehmer ein Recht auf gerade diese Tätigkeit. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 i.V.m. § 95 Abs. 3 BetrVG besteht nicht. Zwar kann die „Zuweisung eines anderen Aufgabenbereiches“ auch darin liegen, daß dem Arbeitnehmer ein wesentlicher Teil seiner Aufgaben entzogen wird<sup>740</sup>, bei Tendenzträgern steht dem Mitbestimmungsrecht aber § 118 Abs. 1 BetrVG entgegen, u. § 6B.III.4.c.cc., Rn. 1211.

Andererseits folgen aus dem personalen Gehalt des Arbeitsverhältnisses 516 rechtlich anerkannte ideelle Interessen des Arbeitnehmers an dem Arbeitsverhältnis. Obwohl die §§ 611 ff. BGB keine Entsprechung zu der Abnahmepflicht aus § 433 Abs. 2 BGB kennen, steht dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung zu<sup>741</sup>. Anders verhält es

<sup>739</sup> Zum personalen Gehalt des Arbeitsverhältnisses: *Wiese*, ZfA 1996, 439, 461 ff.

<sup>740</sup> BAG vom 2.4.1996 – 1 AZR 743/95, NZA 1997, 112.

<sup>741</sup> St. Rspr. seit BAG vom 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, SAE 1956, 145; BAG GS vom 27.2.1985 – GS 1/84, NJW 1985, 2968; zuletzt: BAG vom 18.3.1999 – 8 AZR 344/98, ZTR 1999, 516; MünchArbR/*Blomeyer*, § 95 Rn. 6 ff. m.w.N.; ErfKomm/*Preis*, § 611 BGB Rn. 574: Hauptpflicht des Arbeitgebers.

sich, wenn durch die Beschäftigung des Arbeitnehmers erhebliche Pflichtverletzungen drohen<sup>742</sup>. Dies gilt auch für den Gewerkschaftssekretär als Tendenzträger. Der Aufgabenentzug muß auch nicht begründet oder gerechtfertigt werden. Sofern der Arbeitgeber allerdings den Aufgabenentzug als Disziplinarmaßnahme darstellt, kann er gegen das Maßregelungsverbot verstoßen, § 612a BGB. Verboten sind aber nur benachteiligende Maßnahmen, die den Arbeitnehmer treffen, weil er in zulässiger – aber dem Arbeitgeber nicht genehmer Weise seine Rechte ausgeübt hat. § 612a BGB schützt den Arbeitnehmer nicht vor Benachteiligungen infolge der Verletzung von Haupt- oder Nebenpflichten<sup>743</sup>. Wenn der Gewerkschaftssekretär in einer dienstlichen Angelegenheit eine Stellungnahme verbreitet, die sich nicht mit dem erkennbaren Standpunkt des Arbeitgebers deckt, erfüllt er seine Arbeitspflicht schlecht. Im *Kreimer-de Fries*-Fall beschwerte sich sogar der EGB-Generalsekretär gegenüber dem DGB-Vorsitzenden über die Stellungnahme. In solchen Fällen ist das Maßregelungsverbot nicht einschlägig. Anders verhält es sich, wenn dem Gewerkschaftssekretär Aufgaben entzogen werden, um ihn zur Abkehr von einer persönlichen Meinung zu bewegen, obwohl diese sich nicht auf den dienstlichen Bereich auswirkt.

### 3. Weisung mit rechtswidrigem Inhalt

- 517 Kein Arbeitgeber darf von seinen Arbeitnehmern verlangen, vorsätzlich rechtswidrig zu handeln. Entsprechende Verträge und Weisungen sind gemäß § 138 BGB sittenwidrig und daher nichtig. Selbst wenn man davon ausgeht, daß die arbeitgebende Gewerkschaft ihren Arbeitnehmern als Mitgliedern Rechtsschutz gegen sich selbst leisten darf, kann die arbeitgebende Gewerkschaft nicht aus Effizienzgründen den Rechtssekretär, der das Arbeitnehmer-Mitglied gegen sie vertritt, auch für sich tätig werden lassen, § 356 StGB. Dies ist ebenso unwirksam wie eine Weisung, rechtswidrige Arbeitskämpfmaßnahmen vorzunehmen. Häufiger und zugleich problematischer sind Arbeitskämpfe und gewerkschaftliche Aktionen, deren Rechtswidrigkeit zunächst streitig ist und erst vom BAG festgestellt wird. Weigert sich ein Gewerkschaftssekretär, einen solchen Streik zu organisieren oder auf sonstige Weise daran mitzuwirken, drohen ihm Abmahnung und Kündigung durch die arbeitgebende Gewerkschaft, wenn sich der Streik doch als rechtmäßig herausstellt. Umgekehrt erweist er sich zwar als besonders loyal, setzt sich aber der Gefahr aus, von der

---

<sup>742</sup> BAG vom 20.7.1978 – 9 Sa 55/78, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; *Birk*, Anm. zu BAG 19.8.1976 – 3 AZR 173/75, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; *Staudinger/Richardi*, BGB, § 611 Rn. 805.

<sup>743</sup> MünchKomm/*Schaub*, BGB, § 612a Rn. 6.

Arbeitgeberseite für die Streikschäden in Anspruch genommen zu werden, u. § 4D.IV., Rn. 681 ff.

Dieser Zwiespalt beruht auf der mangelnden Herrschaft der Gewerkschaftssekretäre über den Geschehensablauf und auf ihrer Weisungsunterworfenheit. Ob ein Streik rechtswidrig ist, fällt in die Risikosphäre der arbeitgebenden Gewerkschaft. Diese kann entsprechend vorsorgen, z.B. indem sie Gutachten unabhängiger Rechtsexperten einholt. Sofern solche Gutachten die Arbeitskampfmaßnahme für rechtmäßig halten, können die Gewerkschaftssekretäre nicht mehr ihre Rechtsauffassung dagegen setzen. 518

#### 4. Gewissensbelastende Arbeit

##### a. Gewissenskonflikte

Die Gewerkschaften erwarten von ihren Gewerkschaftssekretären, daß sie sich mit gewerkschaftlichen Idealen und Gerechtigkeitsvorstellungen identifizieren. Soweit diese sogar Eingang in das Gewissen der Gewerkschaftsarbeitnehmer finden, droht ein Gewissenskonflikt, wenn diese Ideale aus tarifpolitischen oder praktischen Gründen flexibel gehandhabt werden sollen. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Gewerkschaftssekretär, der sich zuvor stark für eine Anhebung der untersten Entgeltgruppen eingesetzt hat und diese aus Gerechtigkeitsgründen für unabdingbar hält, einen Haustarifvertrag unterschreiben soll, der eher den Interessen der Arbeitnehmer entspricht, die den Schwerpunkt der Organisierten in dem Unternehmen bilden. Bei den Rechtssekretären könnte ein Gewissenskonflikt auftreten, wenn die Gewerkschaft wie bei der DGB-Angestellten *Trieschmann* noch in der Probezeit wegen einer Krebserkrankung kündigt<sup>744</sup> und der Rechtssekretär die Gewerkschaft im Kündigungschutzprozeß vertreten soll. 519

##### b. Gewissensfreiheit contra Weisungsrecht

Der verfassungsrechtliche Schutz der Gewissensfreiheit wirkt sich mittelbar auf das Arbeitsverhältnis aus<sup>745</sup>, indem er die Generalklauseln, insbesondere §§ 138, 242, 315 BGB konkretisiert. Demnach muß sich eine 520

---

<sup>744</sup> Spiegel-online – 30.11.2001, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,170422,00.html> [zuletzt abgerufen am 15.7.2006].

<sup>745</sup> Zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht: BVerfG (Senat) vom 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, 220 f. (Lüth); BVerfG (2. Senat) vom 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261, 266 f.; BAG GS vom 27.2.1985 – GS 1/84, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; *Dürig*, FS Nawiasky, S. 157, 176 ff.; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, § 7.I.1.

Weisung des Arbeitgebers im Rahmen dessen halten, was die praktische Konkordanz, o. § 2B.III., Rn. 112 ff., zwischen dem Recht des Arbeitnehmers, nicht gegen sein Gewissen handeln zu müssen, und den Grundrechten des Arbeitgebers vorgibt. Die Gewissensfreiheit ist aber einem optimierenden Ausgleich nur bedingt zugänglich. Auch von Tendenzträgern können keine Tätigkeiten verlangt werden, die sie nicht mit ihrem Gewissen vereinbaren können<sup>746</sup>.

- 521 Umgekehrt sind die Besonderheiten des vom Tendenzschutz geprägten Arbeitsverhältnisses bei den Gewerkschaften zu beachten. In einem Wissenskonflikt müssen die Gewerkschaftsarbeitnehmer auf die Tendenzverwirklichung besondere Rücksicht nehmen. Sie haben über das Verweigern ihrer Leistung hinausgehende Folgen zu minimieren. Mit Rücksicht auf die Tendenzverwirklichung haben sie daher dafür Sorge zu tragen, daß Gewerkschaftsmitglieder einerseits und die Arbeitgeber resp. ihre Verbände andererseits nicht in diesen Konflikt einbezogen werden.

#### aa. Anforderungen an eine Gewissensentscheidung

- 522 Während einerseits nicht jede Weisung des gewerkschaftlichen Arbeitgebers Tendenzbezug hat, ist andererseits nicht jedes Unbehagen, einen Prozeß gegen einen Kollegen führen zu müssen, gewissensbelastende Arbeit. Die Kündigung einer krebserkrankten, 50jährigen Frau innerhalb der Probezeit trotz Zufriedenheit mit der Arbeitsleistung ist zwar rechtmäßig, widerspricht jedoch der von den DGB-Gewerkschaften selbst aufgestellten Sozialmoral und – wie das Beispiel belegt – dem sozialen Empfinden vieler Gewerkschaftsmitglieder. Erst recht können Wissenskonflikte auftreten, wenn die arbeitgebende Gewerkschaft im Unrecht ist.
- 523 Anders als die Sittenwidrigkeit i.S.d. §§ 138, 826 BGB beurteilt sich die Wissenswidrigkeit nicht nach einem objektiven Maßstab. Es kommt also nicht auf das Empfinden aller billig und gerecht Denkenden an, sondern nur auf das Empfinden des Wissensträgers (subjektiver Wissensbegriff)<sup>747</sup>. Dementsprechend schwierig ist die Abgrenzung des Wissens

<sup>746</sup> So auch die h.M. für Redakteure: MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 86 m.w.N.

<sup>747</sup> St. Rspr., s. nur BAG vom 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, NZA 1986, 21; BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144, 146; BVerfG (Kammer) vom 20.12.1960 – 1 BvL 21/60, BVerfGE 12, 45, 54; Hansen, Wissen, S. 87 ff.; a.A.: Brox, Anm. zu BAG vom 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht, 2b; Kraft, AcP 163 (1963), 472, 484; Kempff, AiB 1988, 256, 258; Kissel, NZA 1988, 145, 151; Reuter, BB 1986, 385, 389.

zur Weltanschauung, Art. 4 Abs. 1 Var. 3 GG und zur bloßen Meinung, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 GG<sup>748</sup>.

Ausgangspunkt ist die Gewissensdefinition der Rechtsprechung. Das Gewissen ist danach ein real erfahrbares seelisches Phänomen, dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für den Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind. Eine Gewissensentscheidung ist jede ernste, an den Kategorien „Gut“ und „Böse“ orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln kann<sup>749</sup>. 524

Weil jeder über den Gewissensinhalt selbst entscheiden kann, ist durchaus eine Gewissensentscheidung eines Rechtsschutzsekretärs denkbar, sich nicht an der Durchsetzung einer Rechtsposition zu beteiligen, die seinen Vorstellungen eines gerechten Arbeitgeberverhaltens zuwiderläuft. Diese Entscheidung beruht auch darauf, daß z.B. die Kündigung als „böse“ empfunden wird, wobei diese Empfindung aus moralischen Grundlagenentscheidungen, nämlich den generellen Vorstellungen und Forderungen der Gewerkschaften von einer gerechten Ordnung der Arbeitswelt, abgeleitet wird. Entscheidend ist daher, ob der Rechtssekretär es innerlich als unbedingtes Gebot erfährt, an der ungerechten Kündigung oder einer anderen Arbeitgebermaßnahme mitzuwirken. Hält der Rechtssekretär den Inhalt der Weisung lediglich für falsch, setzt sich das arbeitgeberseitige Weisungsrecht gegenüber dieser bloßen Meinung durch. 525

Das BVerwG ging erst von einer Gewissensnot aus, wenn das Individuum beim Handeln gegen sein Gewissen zerbräche oder schweren seelischen Schaden nähme<sup>750</sup>. Ein solches inneres Nicht-anders-handeln-Können entspricht dem Krankheitsbild einer Zwangsneurose. Der Schutzbereich des Art. 4 GG bezieht sich jedoch auch auf den psychisch gesunden Menschen<sup>751</sup>. Maßgeblich ist also, ob das Individuum aufgrund einer verinnerlichten Wertvorstellung (kognitive Komponente) eine derart starke Bindung an diese Wertvorstellung erfährt, daß ein gegenläufiges Ver- 526

<sup>748</sup> BVerfG (Kammer) vom 19.10.1971 – 1 BvR 387/65, BVerfGE 32, 98, 107; LAG Schleswig-Holstein vom 6.1.1983 – 2 (3) Sa 353/82, NJW 1983, 1222; 1223; *Leuze*, RdA 1993, 16, 21; *Reuter*, BB 1986, 385, 390.

<sup>749</sup> BVerfG (Kammer) vom 20.12.1960 – 1 BvL 21/60, BVerfGE 12, 45, 54 f.; BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144, 145.

<sup>750</sup> BVerwG vom 3.10.1958 – 7 C 235.57, BVerwGE 7, 242, 247; vgl. auch *Luhmanns* Ansatz: „Wer ein Gewissen hat, muß sich auch töten können“ – AöR 90 (1965), 257, 269.

<sup>751</sup> *Tiedemann*, DÖV 1984, 61, 64 f.

halten ein intensiv unangenehmes Gefühl resp. ein „schlechtes Gewissen“ auslöst (affektive Komponente)<sup>752</sup>. Die Abgrenzung zur Meinung erfolgt also nicht über den Inhalt – die Wertvorstellungen können durchaus in weltanschaulichen oder politischen Überzeugungen wurzeln<sup>753</sup> –, sondern nur über die Intensität der inneren Bindung<sup>754</sup>: Erst wenn die Position nicht mehr zur argumentativen Disposition steht, sondern sich zu einer individuellen Moral verdichtet hat, ist das Gewissen betroffen.

### bb. Prozessuale Anforderungen

- 527 Überdies ist den Gerichten eine inhaltliche Bewertung von Gewissensentscheidungen verwehrt<sup>755</sup>. Dies folgt aus dem Gebot staatlicher Neutralität, welches nicht nur hinsichtlich der Meinungs- und Glaubensfreiheit, sondern auch für die Gewissensfreiheit gilt. Dazu steht nicht im Widerspruch, daß der Arbeitnehmer einen Gewissenskonflikt plausibel machen muß<sup>756</sup>. Beruft sich ein Rechtsschutzsekretär auf die Gewissensnot, so muß die Gewissensentscheidung zumindest nachvollziehbar und in sich schlüssig sein<sup>757</sup>. Dies wird beispielsweise einem Rechtssekretär umso leichter fallen, je eher sich die Entscheidung, die arbeitgebende Gewerkschaft nicht zu vertreten, in sein sonstiges Verhalten einfügt. Je engagierter der Rechtssekretär ansonsten die von der Gewerkschaft propagierten Werte hochhält, desto plausibler ist seine Weigerung, aktiv daran mitzuwirken, eine Rechtsposition für die Arbeitgeberseite durchzusetzen.
- 528 Die Schwere des Gewissenskonflikts kann der Arbeitnehmer zudem untermauern, indem er nicht die Freistellung von der Arbeit, sondern Zuweisung einer anderen Arbeit verlangt. Nur hinsichtlich dieser äußeren Indizien eines Gewissenskonflikts ist der Arbeitnehmer beweispflichtig – hinsichtlich der Gewissensentscheidung als innerem Vorgang reicht die Glaubhaftmachung gemäß § 294 ZPO<sup>758</sup>.

<sup>752</sup> BVerfG (Kammer) vom 20.12.1960 – 1 BvL 21/69, BVerfGE 12, 45, 54 f.; *Herdegen*, Gewissensfreiheit, S. 144 f.

<sup>753</sup> BAG vom 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, NJW 1986, 85 f.; *AK/Preuß*, Art. 4 Abs. 1 Satz 2 Rn. 39.

<sup>754</sup> *Hansen*, Gewissen, S. 51; *Wendeling-Schröder*, Autonomie, S. 125.

<sup>755</sup> BVerfG (Kammer) vom 19.10.1971 – 1 BvR 387/65, BVerfGE 32, 98, 107.

<sup>756</sup> BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144, 145; *Konzen/Rupp*, Gewissenskonflikte 1990, S. 76 ff., 103, 171.

<sup>757</sup> BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, zu I.2.b), NZA 1990, 144, 145; BVerwG vom 3.2.1988 – 6 C 3/86, NVwZ 1989, 60, 60; *Konzen/Rupp*, a.a.O., S. 66 ff.; *Rüfner*, RdA 1992, 1, 3; anders wohl: *Berger-Delhey*, Anm. zu BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gewissensfreiheit.

<sup>758</sup> *Jarass/Pieroth*, Art. 4 GG Rn. 42; *BK/Zippelius*, Art 4 Rn. 52; *Grabau*, BB 1991, 1257, 1261; *Leuze*, RdA 1993, 16, 20; *Ramm*, JZ 1991, 1, 13.

### cc. Gewissensentscheidungen

Für den gewerkschaftlichen Rechtsschutzsekretär folgt daraus, daß auch die gewerkschaftlich ansonsten propagierten Werte Gegenstand seines Gewissens sein können. Geht es darum, diese Werte praktisch umzusetzen, hat die arbeitgebende Gewerkschaft die Entscheidungshoheit. Sie allein darf bestimmen, wie der Tendenz nachgekommen wird. Umgekehrt liegt es allein in der Sphäre des Rechtsschutzsekretärs, für sich zu entscheiden, ob es mit den gewerkschaftlichen Werten vereinbar ist, gegebene oder vermeintliche Rechtspositionen der arbeitgebenden Gewerkschaft gerichtlich gegen ihre Arbeitnehmer durchzusetzen. Nur weil die arbeitgebende Gewerkschaft dies mit den eigenen Grundsätzen für vereinbar und sogar für geboten hält, ist der Rechtssekretär an diese Wertung nicht gebunden. 529

Ebenso verhält es sich bei dem Tarifsekretär, der einen bestimmten tarifpolitischen Kompromiß, welcher weniger gut organisierte Gruppen benachteiligt, für einen Verrat an gewerkschaftlichen Grundsätzen und damit für unvereinbar mit seinem Gewissen hält. Die von der arbeitgebenden Gewerkschaft empfundenen Sachzwänge oder verbandspolitischen Notwendigkeiten müssen für ihn keine Gültigkeit haben; er darf das Dogmatische über das Pragmatische stellen und wird diesen Konflikt auch im Rahmen der ihn treffenden Darlegungslast darstellen können. 530

### c. Folgen des Gewissenskonflikts

Im Falle eines Gewissenskonflikts steht dem Arbeitnehmer als Leistungsschuldner gemäß § 275 Abs. 3 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn ihm unter Abwägung seiner Gewissensnöte mit dem Leistungsinteresse der Gewerkschaft nicht zugemutet werden kann, die Arbeit auszuführen. 531

#### aa. Abwägung

Bringt die Weisung den Arbeitnehmer in ernsthafte Gewissensnöte, ist sie nach Ansicht des BAG der Billigkeitskontrolle des § 315 BGB zu unterziehen<sup>759</sup>. Unberechtigt ist der Einwand, für § 315 BGB sei kein Platz, 532

<sup>759</sup> Zur Kritik und anderen dogmatischen Konstruktionen: *Preuß*, Anm. zu BAG vom 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, AuR 1986, 379, 384; *Gast*, Vertragsrecht, S. 72. Modifizierend: MünchArbR/*Blomeyer*, § 46 Rn. 38; *Hromadka*, RdA 1992, 234, 237; *Leßmann*, DB 234, 237. Einredelösung: *Konzen/Rupp*, Gewissenskonflikte, S. 154 ff.; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, § 10 III.2.f; *H.-J. Otto*, Kontrolle, S. 122; *Isenhardt*, Gewissen, S. 70 ff.; *Molitor*, SAE 1958, 164, 167; *Blomeyer*, JZ 1954, 309, 311. Anfängliche Unmöglichkeit: *Kohte*, NZA 1989, 161, 164; *Wendeling-*

wenn die Zuteilung eines bestimmten Falls auf einem Geschäftsverteilungsplan beruht, so daß die Tätigkeit im Hinblick auf Ort, Zeit und Art der Arbeitsleistung bereits bestimmt gewesen ist<sup>760</sup>. Nur was bereits im Arbeitsvertrag so bestimmt festgelegt ist, daß es nicht weiter konkretisiert werden kann, unterliegt nicht der Billigkeitskontrolle des § 315 BGB, sondern allenfalls der Vertragskontrolle des § 242 BGB. Im Rahmen der Billigkeitskontrolle sind im Beispiel also die arbeitsvertraglichen Rechte der DGB-Rechtsschutz GmbH gegen die Gewissensfreiheit des Rechtssekretärs abzuwägen<sup>761</sup>.

**bb. Unwirksame Weisung wegen unbillig ausgeübten Direktionsrechts**

- 533 Unbillig ist die Weisung, wenn die arbeitgebende Gewerkschaft den Wissenskonflikt vermeiden kann, d.h. keinen dringenden betrieblichen Grund vorweisen kann, gerade den Angewiesenen für die Tätigkeit auszuwählen, die er subjektiv als gewissensbelastend empfindet. So muß sie im Rahmen des für sie Zumutbaren und Möglichen dem Arbeitnehmer eine andere und anderen seine Tätigkeit zuweisen. Als Alternativtätigkeit zur Vertretung einer arbeitgebenden Gewerkschaft kommt jede andere Prozeßvertretung oder rechtspolitische Arbeit in Betracht. Da die Vertretung von Gewerkschaften in ihrer Arbeitgeberfunktion nur einen äußerst geringen Teil der von den Rechtssekretären zu bearbeitenden Fälle ausmacht und da sich auch nicht feststellen läßt, daß ein betroffener Rechtssekretär für andere Prozeßvertretungen weniger geeignet wäre, stehen der Rechtsschutz GmbH als Arbeitgeberin genügend Möglichkeiten zur Verfügung, den Rechtssekretären eine Alternativtätigkeit zuzuweisen.
- 534 Wenn sich allerdings viele Rechtssekretäre auf ihr Gewissen berufen, kann die Rechtsschutz GmbH in Personalengpässe geraten, wenn sie eine arbeitgebende Gewerkschaft vertreten muß. Ihre Verpflichtung zur Prozeßvertretung gegenüber dem DGB ist nicht auf Prozesse gegen den sozialen Gegenspieler beschränkt. Dadurch ergibt sich paradoxerweise, daß der Maßstab des billigen Ermessens sich umso stärker zugunsten des Arbeitgebers in Richtung „betrieblicher Grund“ verschiebt, je mehr Rechtssekretäre die Vertretung eines Arbeitgebers ebenfalls als gewissensbelastend empfinden. Es handelt sich jedoch nur um ein Scheinparadoxon: Wegen des subjektiven Gewissensbegriffs ist es für die Ge-

---

*Schröder*, Autonomie, S. 144; *dies.*, BB 1988, 1742, 1746; *Reuter*, BB 1986, 385, 389; *Misera*, SAE 1983, 271, 171.

<sup>760</sup> Vgl. *Brox*, Anm. BAG vom 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

<sup>761</sup> BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, zu I.1.a), NZA 1990, 144, 145.

wissensbelastung des Einzelnen unerheblich, wie viele andere Arbeitnehmer eine ähnliche Gewissensentscheidung treffen. Die Schwelle eines dringenden betrieblichen Grundes kann ohnehin selten erreicht werden: Die Rechtsschutz GmbH resp. die arbeitgebenden Gewerkschaften können oft auch auf Anwälte zurückgreifen.

Andererseits findet die Obliegenheit des Arbeitsgebers zur Umorganisation ihre Grenze in der Zumutbarkeit: Während es wenig problematisch ist, dem sich auf sein Gewissen berufenden Arbeitnehmer andere Fälle zur Bearbeitung zuzuweisen, mag es durchaus unzumutbar sein, den Rechtssekretär einer weit entfernten Rechtsstelle anreisen zu lassen. Dies verursacht nicht nur Kosten, sondern kann sich auch auf die Qualität der Prozeßvertretung ausüben. 535

Im oben genannten Beispiel des Tarifsekretärs, der einen mit seinem Gewissen nicht zu vereinbarenden Tarifvertrag abschließen soll, spricht hingegen vieles für einen betrieblichen Grund: Die arbeitgebende Gewerkschaft hat ein tendenzgeschütztes Interesse daran, daß ihr Repräsentant auch den Abschluß zu Ende bringt. Muß sie ihn durch einen anderen ersetzen, riskiert sie gerade bei einem umstrittenen Abschluß, daß die Vertretung als Indiz für innere Widersprüche gewertet wird.

Erfordern betriebliche Gründe, daß gerade der Rechtssekretär eingesetzt wird, der diese Arbeit als gewissensbelastend empfindet, ergeht die Weisung im Rahmen des billigen Ermessens und ist daher wirksam<sup>762</sup>. Weist der gewerkschaftliche Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Falle einer unbilligen Weisung keine andere, d.h. nicht gewissensbelastende Arbeit zu, gerät er in Annahmeverzug, § 615 BGB<sup>763</sup>. 536

### cc. Billige Weisungen, §§ 616, 275 BGB

Die Gewissensfreiheit stellt jedoch einen absoluten Wert dar, so daß keine verhältnismäßigen Eingriffe denkbar sind. Im Fall einer billigen Weisung greift daher das Leistungsstörungsrecht. Die Arbeitspflicht ist gemäß § 275 Abs. 3 BGB einredebehaftet<sup>764</sup>. Damit entfällt auch der Entgeltanspruch, sofern nicht die Voraussetzungen des § 616 Satz 1 BGB erfüllt 537

<sup>762</sup> St. Rspr.: BAG vom 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, NJW 1986, 85, 86; BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144, 146; LAG Düsseldorf vom 7.8.1992 – 9 Sa 794/92, NZA 1993, 411, 413; h.Lit.: *Denninger/Hohm*, AG 1989, 145, 157; *Grabau*, BB 1991, 1111, 1112; *Konzen/Rupp*, S. 158; *Henssler*, AcP 190 (1990), 538, 563.

<sup>763</sup> Vgl. BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144, 145 f.

<sup>764</sup> Für Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB a.F.: *Boemke/Gründel*, ZfA 2001, 245, 263; vgl. BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144, 146; eine Einrede gemäß § 273 BGB a.F. nahm bereits bisher an *Hansen*, *Gewissen*, S. 140 ff.

sind: Der Rechtsschutzsekretär ist durch sein Gewissen und mithin durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Vertretung der arbeitgebenden Gewerkschaft verhindert<sup>765</sup>. Die Verhinderung ist auch nicht vom Arbeitnehmer verschuldet, da ihm sein Gewissen nicht vorgeworfen werden kann – zumal § 616 BGB grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz erfordert<sup>766</sup>. Allerdings soll dem Arbeitgeber die Arglistrede aus § 242 BGB zustehen, wenn der Arbeitnehmer den Gewissenskonflikt beim Abschluß des Arbeitsvertrags als wahrscheinlich vorhersehen konnte<sup>767</sup>, nicht aber, wenn der Konflikt nur nicht von vornherein auszuschließen gewesen ist<sup>768</sup>. Ein verständiger Dritter muß bei Anspannung aller Geisteskräfte erkennen können, daß es auf kurz oder lang zu einem Gewissenskonflikt kommen kann<sup>769</sup>. So kann die arbeitgebende Gewerkschaft in dem genannten Beispiel des Tarifsekretärs, der einen Tarifabschluß für nicht mit seinem Gewissen vereinbar hält, den Tarifsekretär darauf verweisen können, daß ihm die Notwendigkeit von Kompromissen in der Tarifpolitik bekannt gewesen sein mußte.

- 538 Für den Rechtsschutzsekretär ist der Gewissenskonflikt hingegen nicht vorhersehbar gewesen. Eine Gewerkschaft in einem Prozeß gegen ihre Arbeitnehmer zu vertreten, entspricht nicht den erwartbaren Aufgaben.

### C. Nebenpflichten

- 539 Auch zwischen den arbeitgebenden Gewerkschaften und den Gewerkschaftsarbeitnehmern bestehen neben den Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis vielfältige Nebenpflichten. Sie dienen dazu, die Interessen der jeweils anderen Vertragspartei zu schützen<sup>770</sup>. Für die DGB-Beschäftigten finden sich besondere Regelungen hinsichtlich solcher Nebenpflichten in den Allgemeinen Arbeitsbedingungen des DGB (AAB DGB); ansonsten folgen die Nebenpflichten nach h.M.<sup>771</sup> aus §§ 157, 242 BGB.

<sup>765</sup> BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, zu I., NZA 1990, 144, 145.

<sup>766</sup> BAG vom 19.10.1983 – 5 AZR 195/81, AP Nr. 62 zu § 616 BGB; ErfKomm/Dörner, § 616 BGB Rn 11.

<sup>767</sup> BAG vom 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, NJW 1986, 85, 86; BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144, 146; Hessisches LAG vom 20.12.1994 – 7 Sa 560/94, zu I.3.b.bb.aaa der Gründe, DB 1995, 1619; Krüger, RdA 1954, 365, 373.

<sup>768</sup> BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, zu I.3.d), NZA 1990, 144, 146.

<sup>769</sup> Konzen/Rupp, Gewissenskonflikte, S. 163 f.; Medicus, BGB AT, Rn. 868; Krüger, AuR 1954, 365, 373; a.A. Hansen, S. 126, 129 f.

<sup>770</sup> Allgemein zum Verhältnis von Haupt- und Nebenleistungspflichten im Arbeitsverhältnis: MünchArbR/Blomeyer, § 51; Krause, AR-Blattei SD 220.2.1.

<sup>771</sup> Wiese, ZfA 1996, 439, 459 ff.; Palandt/Heinrichs, BGB, § 242 Rn. 23, demzufolge § 241 Abs. 2 nur die leistungsbeschreibende Norm ist, während § 242 leistungs begründend bleibt; zur Theorie der Treupflicht als selbständiger, neben der

## I. Tendenzbezogene Nebenpflichten der Gewerkschaftsarbeitnehmer

### 1. Allgemeine Tendenztreuepflichten

Besonderheiten gelten bei den Nebenpflichten der Gewerkschaftsarbeitnehmer vor allem wegen der für sie geltenden Tendenztreuepflicht. Aus der Tendenztreuepflicht folgt außerdem eine Vertiefung der übrigen Nebenpflichten, z.B. eine besondere Verschwiegenheitspflicht, u. § 4C.I.4., Rn. 585 ff., sie kann der Aufnahme von Nebentätigkeiten entgegenstehen, u. § 4C.I.6 Rn. 622 f. 540

#### a. Nebenpflicht im Gewerkschaftsarbeitsverhältnis

Zwar ist der Tendenzschutz nur in § 118 BetrVG normiert, es handelt sich jedoch um ein übergreifendes arbeitsrechtliches Prinzip, o. § 2C.IV.2.a., Rn. 241 f: Der Tendenzarbeitgeber darf seine Tendenzziele im Individualarbeitsrecht ebenso schützen wie im Kollektivarbeitsrecht<sup>772</sup>. Die Tendenzwahrung und -förderung ist *per se* ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, welches im Rahmen der Interessenabwägung nach § 242 BGB besonders zu berücksichtigen ist und besonderes Gewicht hat<sup>773</sup>. Die Tendenztreuepflicht tritt als Nebenpflicht neben die Hauptpflicht, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Der Nebenpflichtcharakter bedeutet nicht, daß sie zu den Hauptpflichten in einem bestimmten Wertigkeitsverhältnis stünde. Die arbeitgebende Gewerkschaft kann auch hinsichtlich bestimmter Nebenpflichten auf Erfüllung klagen<sup>774</sup>, im Falle eines Schadens dessen Ersatz verlangen, § 4E.II.2.a.cc Rn. 671 ff., oder ggf. kündigen, u. § 4D., Rn. 716 ff. Wollte man das Gewerkschaftsarbeitsverhältnis als Schuldverhältnis *sui generis* ansehen, welches sich von anderen Arbeitsverhältnissen nicht nur graduell unterscheidet, so wäre die TendenzTreuepflicht prägend für die Eigenart des jeweiligen Schuldverhältnisses und entscheidend für die Einordnung des Schuldverhältnisses. Sie wäre dann eine Hauptpflicht. Bei dem Kirchenarbeitsverhältnis mag eine solche Betrachtung angehen. Für das Tendenzarbeits-

---

Arbeitspflicht stehender und von dieser unabhängiger Verhaltenspflicht: MünchArbR/Blomeyer, § 51 Rn. 2 ff.

<sup>772</sup> Amrei Wisskirchen, Außerdienstliches Verhalten, 1999, S.69 f.; Rath-Glawatz, AfP 1982, 125, 130 für Arbeitgeber im Bereich des Pressewesens.

<sup>773</sup> Rath-Glawatz, AfP 1982, 125, 130 (für den Pressebereich); Gamillscheg, Grundrechte, S. 39

<sup>774</sup> Ausführlich: Amrei Wisskirchen, Außerdienstliches Verhalten, 1999, S. 75 ff.: a.A.: MünchArbR/Blomeyer, § 51 Rn. 17 und § 56 Rn. 1; Erman/Werner, BGB, § 242 Rn. 54 f. Allg. zur Einklagbarkeit von Nebenpflichten: Stürner, JZ 1976, 384; Canaris, JZ 1965, 475 ff.

verhältnis und damit das Gewerkschaftsarbeitsverhältnis folgen aus dem Tendenzschutz aber nur Modifikationen. Das Gewerkschaftsarbeitsverhältnis unterscheidet sich damit nicht hinreichend von anderen Tendenzarbeitsverhältnissen und tendenzfreien Arbeitsverhältnissen.

### **b. Inhalt der Tendenztreuepflicht**

- 542 Diese Tendenztreuepflicht erweitert die allgemeine Leistungstreuepflicht aus § 242 BGB, derzufolge der Arbeitnehmer die ihm zugewiesene Arbeit so zu leisten hat, daß der Arbeitgeber sein Betriebsziel erreichen kann resp. sie ergänzt und erweitert<sup>775</sup>.

#### **aa. Leistungsbezogene Nebenpflichten**

- 543 Die besonderen Loyalitätsbindungen von Tendenzträgern können leistungsbezogene Nebenpflichten sein, wenn sie die Verwirklichung der Hauptleistungspflichten sichern<sup>776</sup>. Ein Tarifsekretär, der öffentlich die Verzopftheit der gewerkschaftlichen Tarifpolitik beklagt, kann diese Tarifpolitik gegenüber Arbeitgebern und Mitgliedern nicht glaubwürdig vertreten. Ein Streikleiter muß beispielsweise auch dann die Streiktaktik der „neuen Beweglichkeit“ mittragen, wenn er Nadelstiche für feige hält und er einen unbefristeten Vollstreik für besser hält. Seine innere Distanz zur Tendenz muß er nicht nur strikt intern halten, sondern er muß auch rückhaltlos für die offizielle Linie eintreten.

#### **bb. Außerdienstliche Lebensführung**

- 544 Die Tendenztreuepflicht ist für das Arbeitsverhältnis von erheblicher Bedeutung, weil sie in Lebensbereiche hineinwirkt, die ansonsten nicht vom Arbeitsverhältnis berührt sind. Sie verbietet tendenzaggressives Verhalten, d.h. Angriffe auf die Tendenz der arbeitgebenden Gewerkschaft zu unterlassen, und gebietet Tendenzkonformität<sup>777</sup>. Wer sich arbeitsvertraglich zur Tendenzverwirklichung verpflichtet, disponiert damit zugleich auch über einen Teil seiner Meinungsäußerungsfreiheit, indem er verzichtet, durch außerdienstliches Verhalten die Tendenz anzugreifen und

---

<sup>775</sup> Buchner, ZfA 1979, 346 ff.; Amrei Wisskirchen, Außerdienstliches Verhalten, 1999, S. 65 ff.

<sup>776</sup> Ähnlich: MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 64.

<sup>777</sup> LAG Berlin vom 6.12.1982 – 13 Sa 110/97, NZA-RR 1998, 442; ähnlich BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG1969 Verhaltensbedingte Kündigung; BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gewissensfreiheit.

damit die Glaubwürdigkeit der Gewerkschaft zu beschädigen<sup>778</sup>. Das BVerfG hat daher zu Recht einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 GG verneint, wenn arbeitsrechtliche Sanktionen gegen einen befristet beschäftigten Assistenzarzt in einem konfessionellen Krankenhaus verhängt werden, der öffentlich die weitgehende Freigabe des Schwangerschaftsabbruchs fordert<sup>779</sup>.

Das gilt nicht für das kirchliche Selbstbestimmungsrecht, sondern *a maiore ad minus* entsprechend für den Tendenzschutz<sup>780</sup>. So kann von den gewerkschaftlichen Tendenzträgern erwartet, daß sie bei Gewerkschaftsdemonstrationen am 1. Mai mitmarschieren und sich nicht durch bloßes Fernbleiben in Widerspruch zu den damit proklamierten Zielen begeben. 545

Darüber hinaus besteht auch eine Tendenzförderungspflicht im Sinne eines aktiven Eintretens für die gewerkschaftliche Tendenz im außerdienstlichen Bereich, die allerdings durch ihre Voraussetzungen und ihren Umfang stark eingeengt ist<sup>781</sup>. Es kann aber beispielsweise von einem tarifpolitischen Sekretär der GEW erwartet werden, daß er auch bei einer Elternversammlung in der Schule seiner Kinder neben seinen Elterninteressen die Interessen der Schulangestellten hervorhebt. 546

Die Nebenpflichten wirken auch in die Lebensführung hinein. Wie sehr diese die Tendenz gefährden kann, zeigt der Spielfilm „Als der Fremde kam“<sup>782</sup>, in dem ein Organisationssekretär in ein Dorf entsandt wurde, in dem ein Zementwerk geschlossen werden sollte. Dem Sekretär gelang es zunächst, die resignierte und mißtrauische Belegschaft zu mobilisieren und in einen Hungerstreik um den Erhalt der Arbeitsplätze zu führen. Während der Kampagne war der Sekretär im Haus des gewerkschaftlichen Vertrauensmanns einquartiert. Als der Sekretär dessen Gattin verführte und dies den Hungerstreikenden bekannt wurde, drohte der Streik wegen des Glaubwürdigkeitsverlusts zusammenzubrechen. Wiewohl seine Liebesangelegenheiten zur Privatsphäre des Gewerkschaftssekretärs gehörten, wirkten sich diese auf die Tendenzverwirklichung erheblich aus. 547

---

<sup>778</sup> Buchner, Die Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht, 1981, S. 19; Rath-Glawatz, AfP 1982, 125, 130.

<sup>779</sup> BVerfG (2. Senat) vom 4. 6. 1985 – 2 BvR 1703/83, AP Nr. 24 zu Art. 140 GG; Ditz und Richardi, NZA, Beil. 1/1986, 11 ff. und 3 ff.; Rüthers, NJW 1986, 356 ff.; H. Weber, NJW 1986, 370 f.; Mummenhoff, NZA 1990, 585 ff.

<sup>780</sup> MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 71.

<sup>781</sup> Für Redakteure: MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 70.

<sup>782</sup> Andreas Kleinert, ARD 10.5.2006, 20.15 Uhr – dazu: [www.mlpd.de/rfo620/rfart16.htm](http://www.mlpd.de/rfo620/rfart16.htm) [zuletzt abgerufen am 15.7.2006] und [www.sachsen-anhalt.dgb.de/themen/medienpolitik/als\\_der\\_fremde\\_kam/](http://www.sachsen-anhalt.dgb.de/themen/medienpolitik/als_der_fremde_kam/) [zuletzt abgerufen am 11.9.2006].

Hier wäre der Sekretär verpflichtet, seine privaten Ambitionen zumindest bis zum Abschluß der Kampagne hintan zu stellen.

### c. Abstufungen bei der Tendenztreue

#### aa. Grundsatz der abgestuften Treuepflicht

- 548 Während bei den Kirchen das Selbstbestimmungsrecht einer staatlichen resp. gerichtlichen Abstufung der Treuepflicht, je nach Art der Tätigkeit und Einbindung des Arbeitnehmers in den Verkündigungsauftrag, entgegensteht<sup>783</sup>, folgt für den Tendenzschutz bei den Gewerkschaften gerade die Relativität der Tendenztreuepflicht: Je schwächer der Tendenzbezug der konkreten Tätigkeit ist, desto schwächer ausgeprägt sind die tätigkeitsbezogenen Nebenpflichten<sup>784</sup>. Aufgrund der Akzessorietät zu den Hauptpflichten hängt es vom Arbeitsvertrag und insbesondere von der geschuldeten Tätigkeit ab, welche Nebenpflichten in welchem Umfang bestehen<sup>785</sup>.

#### bb. Abstufung nach der ausgeübten Tätigkeit

- 549 Aus der Hauptleistungspflicht folgt auch der Maßstab für die Nebenpflichten<sup>786</sup>: So hat ein Tarifsekretär nicht nur Angriffe auf die Tarifpolitik seiner Gewerkschaft zu unterlassen, sondern er muß die Gewerkschaft auch aktiv verteidigen. Hingegen haben die sozialpolitischen Vorstellungen seiner Gewerkschaft für den Tarifsekretär eine geringere Bedeutung. Er ist dabei zu geringerer Zurückhaltung verpflichtet, weil diese ohne Bezug zu seiner Tätigkeit ist und die Erfüllung seiner Hauptpflicht nicht stört. Der Unterschied ist allerdings nur ein gradueller und auch ein Tarifsekretär muß tendenzaggressives Verhalten unterlassen, sofern es die Glaubwürdigkeit der Gewerkschaft beeinträchtigen könnte<sup>787</sup>.

<sup>783</sup> BVerfG (Senat) vom 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Kirchendienst.

<sup>784</sup> MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 67; ähnlich: Frey, Anm. zu BAG vom 31.1.1956 – 3 AZR 67/54, AP Nr. 15 zu § 1 KSchG; ErfKomm/Müller-Glöge, § 626 BGB Rn. 125.

<sup>785</sup> BVerfG (Senat) vom 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, AP Nr. 24 zu Art. 140 GG; BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, zu III.2., EzA § 1 KSchG Tendenzbetrieb Nr. 5 mit Anm. Rüthers (KBW-Mitglied als DGB-Rechtssekretär); Buchner, ZfA 1979, 335, 349 f.; MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 62 m.w.N.

<sup>786</sup> LAG Berlin vom 6.12.1982 – 13 Sa 110/97, NZA-RR 1998, 442; Nikisch, Bd. I, S. 384; Rüthers, NJW 1978, 2070; Rath-Glawatz, AfP 1982, 130.

<sup>787</sup> Vergleichbar zur Verletzung kirchlicher Loyalitätspflichten: BVerfG (Senat) vom 4.6.1985 – 2 BvR 170/83, zu B.II.1.d), AP Nr. 24 zu Art. 140 GG; Mayer-Maly, BB 1973, 761, 769.

### cc. Abstufung nach der Tendenznähe

Bei den Gewerkschaftsarbeitnehmern, die nicht Tendenzträger sind, ist 550 nur eine deutlich schwächere Tendenztreuepflicht gerechtfertigt. Die Glaubwürdigkeit der Gewerkschaften gerät nicht dadurch in Gefahr, daß eine Putzfrau zunächst den Glaspalast von ver.di reinigt und anschließend bei der BDA die Fenster putzt. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß aus dem Arbeitsverhältnis mit einer Gewerkschaft nur für Tendenzträger besondere Treuepflichten folgen<sup>788</sup>. Aber auch die übrigen Gewerkschaftsarbeitnehmer müssen auf die Glaubwürdigkeit ihres Arbeitgebers als Gewerkschaft ein Mindestmaß an Rücksicht nehmen. So darf die erwähnte Putzfrau nicht die Arbeit der Gewerkschaft verunglimpfen oder die anderen Gewerkschaftsarbeitnehmer zum Austritt aus der arbeitgebenden Gewerkschaft auffordern, während sie die Fenster putzt<sup>789</sup>.

## 2. Pflicht zur Mitgliedschaft als Tendenztreuepflicht

### a. Bedeutung

Fraglich ist, ob das Tendenzkonformitätsgebot zur Mitgliedschaft in der 551 arbeitgebenden Gewerkschaft verpflichtet. Zwar hat die arbeitgebende Gewerkschaft bei der Einstellung ein Fragerecht bezüglich einer schon zu ihr bestehenden Mitgliedschaft, o. § 4A.II.2., Rn. 467. Um das Arbeitsverhältnis und die Gewerkschaftsmitgliedschaft zu synchronisieren, reicht es aber nicht aus, nur Arbeitnehmer einzustellen, die Mitglied in der arbeitgebenden Gewerkschaft sind: Wenn die fehlende Mitgliedschaft bei der Einstellung übersehen wird, oder der Arbeitnehmer später austritt, fallen Mitgliedschaft und Arbeitsverhältnis auseinander. Der DGB und einige Mitgliedsgewerkschaften versuchten daher, dies nicht nur bei der Einstellung durchzusetzen, sondern eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur Mitgliedschaft zu begründen, vgl. § 3 DGB-AAB. Im Innenverhältnis sind die Gewerkschaftsorgane dazu verpflichtet, § 30 Nr. 3 IG BAU-Satzung.

Für die Bildungsreinrichtungen begründete schon *Legien* die Tendenzver- 552 pflichtung der Lehrkräfte damit, daß die Kursteilnehmer ansonsten den Vortragenden nicht voll vertrauten, und daß sonst durch den Vertrauensmangel der Wert des Kurses herabgemindert werde<sup>790</sup>.

---

<sup>788</sup> Neumann-Duesberg, NJW 1973, 268; Röper, NJW 1975, 1873.

<sup>789</sup> Röper, NJW 1975, 1973, 1874.

<sup>790</sup> *Legien* im Namen der Generalkommission auf dem Dresdener Gewerkschaftskongreß des Jahres 1911, Protokoll der Verhandlungen des 8. Kongresses der Gewerkschaften Deutschlands vom 26.6.-1.7.1911 in Dresden, Berlin 1911, S. 158.

**b. Möglichkeit eines Beitritts**

- 553 Gewerkschaftsmitglieder können die Gewerkschaftsarbeitnehmer in der arbeitgebenden Gewerkschaft ohnehin nicht werden. Eine entsprechende Verpflichtung wäre auf rechtlich Unmögliches gerichtet, weil die arbeitgebende Gewerkschaft für ihre eigenen Arbeitnehmer nicht Gewerkschaft, sondern nur Verein sein kann, o. § 3B.II.3., Rn. 307. Der Abrede müßte daher nicht Folge geleistet werden, § 275 BGB.
- 554 Die Arbeitnehmer der Gewerkschaft könnten allerdings als Vereinsmitglieder ihrer arbeitgebenden Gewerkschaft beitreten. Entsprechendes gilt für die Arbeitnehmer gewerkschaftlicher Einrichtungen. So könnten die von einer Koalition betriebenen Unternehmen mit koalitionspolitischer Bestimmung von ihren Arbeitnehmern fordern, daß sie Gastmitglied in der entsprechenden Koalition werden.
- 555 Diese Möglichkeit dazu besteht allerdings nur für Arbeitnehmer der DGB-Einzelgewerkschaften und ihrer Einrichtungen. Die Arbeitnehmer des DGB und seiner Einrichtungen können nicht Mitglieder des DGB werden, weil der DGB nur ein Spitzenverband von Gewerkschaften ist und den Beitritt von natürlichen Personen nicht vorsieht. Der DGB könnte seine Satzung ändern und die Möglichkeit einer Gastmitgliedschaft für natürliche Personen vorsehen, d.h., für Arbeitnehmer des DGB und seiner Einrichtungen. Geschieht dies nicht, könnten der DGB und seine Einrichtungen nur verlangen, daß ihre Arbeitnehmer bei einer der DGB-Mitgliedsgewerkschaften Vereinsmitglied werden.
- 556 Jedenfalls kann die DGB Rechtsschutz GmbH nicht selbst die Möglichkeit einer Mitgliedschaft schaffen. Wollte sie neben dem Arbeitsrechtsverhältnis zu ihren Arbeitnehmern auch ein gesellschaftsrechtliches Rechtsverhältnis begründen, müßte sie den Rechtsschutzsekretären eine Gesellschafterstellung anbieten. Dies wäre allerdings mit § 11 Abs. 1 Satz 4 ArbGG nicht zu vereinbaren und führte zum Verlust der Postulationsfähigkeit, § 11 Abs. 1 Satz 1 ArbGG.

**c. Notwendigkeit einer Pflichtmitgliedschaft**

- 557 Die Gewerkschaften wären berechtigt, die Mitgliedschaft zu fordern, wenn die Rechtsordnung dies von ihnen fordert. Will eine Koalition nicht ihren Koalitionsstatus verlieren, so darf sie auf tendenztragenden Stellen niemanden beschäftigen, der dem Gegner, d.h. der Arbeitgeberseite, zuzuordnen ist. Auch dürfen die Gewerkschaften nicht von politischen Parteien oder Kirchen abhängig sein. Schon deshalb gilt die Obliegenheit, sich vor Unterwanderung zu schützen, auch insofern.

Andererseits setzt der Koalitionsstatus nur die Gegnerunabhängigkeit voraus und verlangt gerade nicht, daß die Gewerkschaftsarbeitnehmer

spezifisch gewerkschaftlich geprägt sind. Es wäre auch mit der Koalitionsautonomie unvereinbar, wenn der Staat die Personalauswahl der Koalitionen insoweit einschränken wollte<sup>791</sup>.

#### d. Rechtliche Wirksamkeit

##### aa. Privatautonomie und negative Vereinigungsfreiheit

Die gewerkschaftliche Personalauswahlfreiheit und die Privatautonomie könnten dafür streiten, daß die Gewerkschaften von ihren Arbeitnehmern die Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft verlangen dürfen<sup>792</sup>. Dem steht Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nicht entgegen, weil durch eine solche Verpflichtung nicht die unmittelbar drittwirkende negative Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer betroffen ist, sondern nur die lediglich mittelbar drittwirkende Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG<sup>793</sup>.

##### bb. Mitgliedschaft aufgrund der Tendenztreue

Die freiwillige Wahl einer bestimmten Gewerkschaft als Arbeitgeber ist der wesentliche Anknüpfungspunkt für eine Rechtfertigung des Beitrittszwangs. Aus dem Arbeitsverhältnis und der Übernahme der damit verbundenen Pflichten folgt die Tendenztreuepflicht und damit das Gebot der Tendenzkonformität, o. § 4C.I.1., Rn. 540.

#### [1] Gesetzliche Zwangseingliederungen

Zwar haben *Reuter* und *von Stebut* den Arbeitsvertrag als Eingliederungsvertrag aufgefaßt und aus dem Arbeitsverhältnis auch die Pflicht zur Eingliederung abgeleitet<sup>794</sup>. Hingegen hat schon *Dietz* zutreffend festgestellt, daß die quasi-Zwangsmitgliedschaft der Arbeitnehmer in der durch den Betriebsrat vertretenen Belegschaft privatautonom nicht dadurch legitimiert werden kann, daß Arbeitnehmer und Arbeitgeber Willenserklärungen ausgetauscht haben<sup>795</sup>. Auch *Reichold*, der die Betriebsverfassung als vertragsakzessorisches Sozialprivatrecht an-

<sup>791</sup> So auch zu der entsprechenden kirchlichen Personalhoheit: BAG vom 4.3.1980 – 1 AZR 1151/78, AP Nr. 4 zu Art. 140 GG; BAG vom 31.10.1984 – 7 AZR 232/83, NZA 1985, 215; einschränkend *Rüfner*, FS Köln, S. 797, 806.

<sup>792</sup> *Thüsing/Richardi*, BetrVG, Rn. 138

<sup>793</sup> *Rieble*, SAE 1998, 243 ff.; s.o.

<sup>794</sup> *Reuter*, RdA 1991, 193, 198; *von Stebut*, FS Kissel, S. 1135, 1155 ff., 1163; ähnlich: *Nebel*, Betriebsvereinbarung, S. 130

<sup>795</sup> *Dietz*, BetrVG, § 1 Rn. 18, S. 75; ähnlich: *Richardi*, Privatautonomie, S. 8 f., 13; *Veit*, Zuständigkeit, S. 174 ff.

sieht, kommt nicht umhin, die Legitimation auf den Arbeitnehmerschutz zu gründen. Die Fremdbestimmung durch den Betriebsrat als Zwangsrepräsentation rechtfertigt *Reichold* dementsprechend aus der Notwendigkeit, die betriebsbezogenen Grundrechtspositionen der Arbeitnehmer untereinander und mit denen des Arbeitgebers zum Ausgleich zu bringen und auszugestalten<sup>796</sup>.

- 561 Darin zeigt sich, daß es bei der Zwangszugehörigkeit zur Belegschaft oder auch bei der Zwangsmitgliedschaft der Freiberufler in Kammern<sup>797</sup> zwar um den Ausgleich entgegenstehender aber andersgearteter Grundrechtspositionen geht. Die rein privatautonom begründete und nicht gesetzliche angeordnete Zwangsmitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft dient nicht dem Ausgleich und der Ordnung, sondern soll allein den Zwecken der arbeitgebenden Gewerkschaft.

## [2] Rechtfertigung des Beitrittsdrucks

- 562 Die Arbeitnehmer können auch versuchen, ein Arbeitsverhältnis ohne daran gekoppelte Mitgliedschaft auszuhandeln bzw. ihre Dienste einem anderen Arbeitgeber anbieten. Allerdings ist das Verlangen nach der Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in der Organisation des Arbeitgebers nicht ungewöhnlich: Auch bei Lizenzspielern der Fußballbundesliga liegt es für den Verein nahe, neben dem Arbeitsvertrag die Vereinsmitgliedschaft zu fordern. Die katholische Kirche schließt zwar auch Arbeitsverträge mit Angehörigen anderer Konfessionen und sogar anderer Religionen, gemäß Art. 3 Abs. 2 GrOkathK ist sie aber sogar kirchengesetzlich verpflichtet, leitende Aufgaben und tendenztragende Stellen nur Mitgliedern zu übertragen, um die Eigenart des kirchlichen Dienstes zu sichern. Ein entsprechendes gewerkschaftliches Innenrecht fehlt und wäre auch mit Blick auf das staatliche Recht unbeachtlich. Während die Kirchen gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 ff. WmRV das Recht haben, Loyalitätspflichten, z.B. die Pflicht zur Mitgliedschaft, selbst festzulegen und auch den Kreis derer zu bestimmen, bei denen dies aufgrund der Nähe zum Verkündigungsauftrag gilt<sup>798</sup>, haben die Gewerkschaften gerade keine derartige Autonomiebefugnis.

<sup>796</sup> *Reichold*, Sozialprivatrecht, 486 f., 495 f., 502 ff.

<sup>797</sup> *Mronz*, Zwangsmitgliedschaft, 1973, S. 53 ff., 205 ff., 250f.; *Kirdorf*, DöV 1953, 50; *Mangoldt*, BB 1951, 621; *Sinzheimer*, NZfAR 10 (1930), 593; *Thieme*, Zwangsmitgliedschaft, 1959, S. 1 ff.; *Reifner*, IIM-dp/79-104, S 15; *Richardi*, Privatautonomie, S. 68 ff.

<sup>798</sup> BVerfG (Kammer) vom 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, NJW 1986, 367, dazu: *Dütz*, NZA 2006, 65, 66.

Mithin ist der Tendenzschutz nach den allgemeinen Regeln der praktischen Konkordanz, o. § 2B.III., Rn. 112 ff., gegen die negative Vereinigungsfreiheit abzuwägen. Die von den DGB-Gewerkschaften verlangte Mitgliedschaft trifft sie nicht härter als etwa Wettbewerbsverbote. Sie ist daher gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Mitgliedschaft des Arbeitnehmers hat und wenn die Mitgliedschaft dem Arbeitnehmer nicht unzumutbar ist. 563

### **cc. Berechtigtes Interesse der arbeitgebenden Gewerkschaft**

Ein berechtigtes Interesse der arbeitgebenden Gewerkschaft könnte bestehen, wenn sich dadurch ihre Rechtsstellung als Arbeitgeber verbessert. Das ist aber nicht der Fall; die mitgliedschaftlichen Loyalitätspflichten gehen nicht weiter als die Treuepflichten aus dem Arbeitsverhältnis: 564

#### **[1] Verstärkung der Arbeitgeberstellung als berechtigtes Interesse**

Zwar meint *Plander*, es verstieße gegen die vereinsrechtliche Treuepflicht der Gewerkschaftsarbeitnehmer, einer gegnerischen Koalition beizutreten<sup>799</sup>. Daran ist zutreffend, daß aus der Vereinszugehörigkeit Loyalitätspflichten und sogar Dienstpflichten folgen können. Gläubiger dieser Mitgliedschaftspflichten ist jedoch die Gewerkschaft als Verein und nicht als Arbeitgeber. Die Arbeitgeberstellung wird daher nicht verstärkt<sup>800</sup>. 565

#### **[2] Schutz vor Fremdbestimmung**

Ein berechtigtes Interesse der arbeitgebenden Gewerkschaft käme in Betracht, wenn die vereinsrechtliche Verpflichtung auf die Vereinstendenz *qua* Mitgliedschaft die arbeitgebende Gewerkschaft vor einer Fremdbestimmung durch ihre Arbeitnehmer schützen sollte. Dieser Schutz ist aber der Rechtsordnung immanent. Durch den Tendenzschutz wird gerade verhindert, daß die Arbeitnehmer über den Betriebsrat oder über den VGB resp. Tarifverträge des VGB Einfluß auf die Tendenz nehmen. 566

#### **[3] Innere Geschlossenheit als berechtigtes Interesse**

Das berechnete Interesse der arbeitgebenden Gewerkschaften ergibt sich aber aus dem Konzept der DGB-Gewerkschaften, nach dem die Mitglieder nur durch Mitglieder vertreten werden sollen, um eine möglichst starke innere Geschlossenheit der Gewerkschaft als Kampforganisation zu er- 567

---

<sup>799</sup> *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 48 ff.; ihm im Ansatz folgend: *Bischoff*, Gewerkschaft, 2000, S. 137 f.

<sup>800</sup> So auch *Oetker*, Anm. AP Nr. 87 zu Art. 9 GG .

halten. Die Zigarettendreher, in deren legitimer Nachfolge die NGG sich sieht, hätten auch einen Lehrer einstellen können, damit er ihnen bei der Arbeit vorliest, aber sie wählten bewußt einen der ihren<sup>801</sup>. Dieses Konzept ist vom Tendenzschutz der Gewerkschaften erfaßt. Sinn und Zweck dieses Konzepts fallen in die ausschließliche Beurteilungskompetenz der Gewerkschaften. Die Tendenzkonformität gebietet daher grundsätzlich die Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft.

- 568 Es gehört zu der Organisationsautonomie der Gewerkschaften, ob sie auf den Symbolcharakter einer solchen Mitgliedschaft aufbauen oder ihren Arbeitnehmern die Mitgliedschaft freistellen. Zwar ist bei den Gewerkschaften anders als bei den Kirchen, die Frage des Symbolgehalts nicht Bestandteil des Selbstbestimmungsrechts, sondern unterliegt materiell der Abwägung und prozessual der Beurteilung durch die Gerichte. Diese haben aber das Interesse der Gewerkschaften an solchen Symbolmitgliedschaften als solches anzuerkennen und in ihrer Abwägung gegen die Interessen der Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Allerdings wiegt das Interesse der arbeitgebenden Gewerkschaften an innerer Geschlossenheit nicht gegenüber jedem Arbeitnehmer gleich viel. Die Glaubwürdigkeit der Gewerkschaften und die ihres Konzeptes geraten nicht in Gefahr, wenn tendenzneutrale Arbeiten ohne Mitgliederkontakt von nicht-Mitgliedern erledigt werden. Teilweise bringen die Gewerkschaften dies auch selbst zum Ausdruck, z.B. wenn sie die Reinigungsarbeiten in den Gewerkschaftshäusern einer Liegenschaftsverwaltungs-GmbH übertragen.
- 569 Anders bei den Kirchen: Dort ist wegen ihres Selbstbestimmungsrechts eine Abstufung nach der Nähe zum Verkündigungsauftrag allenfalls ihnen selbst, nicht aber dem staatlichen Recht möglich. Die Kirchen können also, unabhängig von der Funktion und hierarchischen Stellung, von jedem ihrer Arbeitnehmer die Mitgliedschaft verlangen<sup>802</sup>.

#### [4] Sonderproblem DGB

- 570 Beim DGB kann ein Interesse an der Mitgliedschaft zur Förderung der inneren Geschlossenheit nicht in gleicher Weise bestehen, wie bei den DGB-Gewerkschaften, weil die Arbeitnehmer ohnehin nicht Mitglieder des DGB sein können, sondern nur Mitglieder der einzelnen DGB-Gewerkschaften.
- 571 Fordert der DGB ersatzweise die Mitgliedschaft bei einer DGB-Gewerkschaft, kann dies sogar zu Loyalitätskonflikten führen, weil die

---

<sup>801</sup> <http://www.gewerkschaft-ngg.de/ueberuns/index.html> [zuletzt abgerufen am 15.7.2006].

<sup>802</sup> *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, § 6 Rn. 3.

Tendenz der Mitgliedsgewerkschaften nicht zwangsläufig mit der des DGB übereinstimmt. Läßt sich beispielsweise der DGB-Vorsitzende am runden Tisch von dem Bundeskanzler zu einer moderaten Lohnrunde im Wahljahr verpflichten<sup>803</sup>, so kann der DGB von seinen Pressesprechern erwarten, daß sie dieses Ergebnis auch nach außen hin vertreten. Wenn zeitgleich z.B. die IGM ein „Ende der Zurückhaltung“ fordert, um den Wünschen ihrer Mitglieder nachzukommen, kann sie von ihren Mitgliedern fordern, sich zu diesem Ziel zu bekennen. Sofern ein IGM-Mitglied als Tendenzträger bei dem DGB arbeitet, muß entweder die IGM als Verein auf die Mitgliedsloyalität oder DGB als Arbeitgeber auf die Tendenztreue verzichten.

Die objektive Zweckmäßigkeit ist aber unerheblich, wenn der DGB ein aus seiner Sicht plausibles, tendenzgeschütztes Interesse vorbringen kann. Ein solches könnte in der Repräsentation der Mitgliedsgewerkschaften in der Belegschaft als Organisationsprinzip bestehen. Allerdings legt die DGB-Satzung fest, auf welche Weise die Mitgliedsgewerkschaften Einfluß auf den DGB haben und wie sie in den Organen repräsentiert sind. Entsprechende Quoten für die Zusammensetzung der Belegschaft existieren nicht. Im übrigen bewirkt gerade der Tendenzschutz, daß die Rechte der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen der Tendenzverwirklichung nicht entgegenstehen dürfen. Es fehlt damit ein plausibles Interesse des DGB an der Mitgliedschaft seiner Tendenzträger in einer Mitgliedsgewerkschaft. 572

#### **[5] Sonderproblem gewerkschaftliche Einrichtungen**

Auch bei den gewerkschaftlichen Einrichtungen, die mitgliedsferne Leistungen erbringen, ist fraglich, ob hier der Symbolgehalt der Mitgliedschaft noch ein ausreichend starkes berechtigtes Interesse der Einrichtung an der Mitgliedschaft der Arbeitnehmer in der Trägergewerkschaft begründet. Wie für den DGB so gilt erst Recht für seine Einrichtungen, daß eine Mitgliedschaft nicht gefordert werden darf. So nehmen die Mitglieder der DGB-Gewerkschaften nicht wahr, ob die Wirtschaftswissenschaftler des WSI Mitglied in einer DGB-Gewerkschaft sind. Hier genügt die tendenzbezogene Treuepflicht, nicht die fehlende Mitgliedschaft zu offenbaren. 573

Bei den Einrichtungen der Gewerkschaften hängt das berechtigte Interesse ebenfalls weitgehend von dem Mitgliederkontakt ab: In den Bildungseinrichtungen wird die Mitgliedschaft traditionell gefordert. Hier stehen die Lehrkräfte in unmittelbarem Kontakt mit den Mitgliedern und

---

<sup>803</sup> <http://www.spiegel.de/spiegel/0,1518,167128,00.html> [zuletzt abgerufen am 11.9.2007].

könnten als unglaubwürdig gelten, wenn sie nicht auch Mitglieder wären. Bei einer ausgegliederten Kantine besteht Kontakt zu den Gewerkschaftsarbeitnehmern. Deren Mitgliedschaft ist aber ihrerseits nur eine symbolische, so daß hier kein berechtigtes Interesse der Einrichtung an der Mitgliedschaft in ihrer Trägergewerkschaft besteht.

**dd. Zumutbarkeit der Pflichtmitgliedschaft und Beitragspflicht**

- 574 Weil die gewerkschaftlichen Funktionen den Gewerkschaftsarbeitnehmern als bloßen Vereinsmitgliedern nicht zugute kommen, ist zweifelhaft, ob ihnen eine vertragliche Pflicht zur Mitgliedschaft zumutbar ist. Bei den Tendenzträgern steht das erhebliche Interesse der Gewerkschaft an innerer Geschlossenheit und der symbolischen Mitgliedschaft als Manifestation der Tendenztreue den Belastungen durch den Mitgliedsbeitrag gegenüber. Die vereinsrechtliche Loyalitätspflicht stellt zumindest für die Tendenzträger nur einen geringen Nachteil dar, da sie ohnehin schon aus dem Arbeitsverhältnis inhaltsgleiche Tendenztreuepflichten treffen. Schwerer wiegt hingegen die Beitragspflicht. Auch wenn schon aus vereinsrechtlichen Gründen nur der reduzierte Beitragssatz für Gastmitglieder erhoben werden darf, o. § 3E.II.2.a., Rn. 417 f., ist hinsichtlich der arbeitsvertraglichen Verpflichtung zum Beitritt entscheidend, daß die Mitgliedschaft im Interesse der arbeitgebenden Gewerkschaft steht. Dabei darf aber nur ihr Tendenzinteresse und nicht das finanzielle Interesse an den Beiträgen in die Abwägung eingestellt werden. Den damit relevanten Interessen ist auch durch eine beitragsfreie Symbol-Mitgliedschaft genügt. Eine solche darf von Tendenzträgern gefordert werden – mehr aber auch nicht.
- 575 Bei den nicht-Tendenzträgern begründet die Mitgliedschaft eine Verpflichtung auf die gewerkschaftliche Tendenz, die über die bei ihnen schwächere Tendenztreuepflicht aus dem Arbeitsverhältnis hinausgeht. Ihnen werden zusätzliche Belastungen auferlegt. Das wird besonders bei Teilzeitkräften deutlich, die in mehreren Arbeitsverhältnisse stehen: Würden auch die CG-Gewerkschaften die Gastmitgliedschaft verlangen, müßte z.B. eine Kantinenkraft Mitglied in zwei konkurrierenden Verbänden werden. Dem stehen aber schon die Satzungen der DGB-Gewerkschaften entgegen, so daß die Mitgliedschaft bei ihnen zu einem beschränkten Nebentätigkeitsverbot führt. Insgesamt verschiebt sich bei den nicht-Tendenzträgern die Abwägung derart, daß bei ihnen die arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Mitgliedschaft unwirksam ist. Ihnen gegenüber kann die Mitgliedschaft nur angeboten werden.

**e. Streit im DGB-Verbund um Gewerkschaftsarbeitnehmer**

Erkennt man hingegen eine arbeitsvertragliche Pflicht zur Mitgliedschaft an, stellt sich die Frage, welcher Gewerkschaft der Arbeitnehmer beitreten soll. 576

**aa. Zuordnungsprobleme und Überschneidungen der Organisationsbereiche**

Einfach zu beantworten ist die Frage immerhin für die Angestellten ver.di: Für sie kommt nur eine ver.di-Mitgliedschaft in Frage. Der Organisationsbereich ver.di erfaßt die Arbeitnehmer aller Gewerkschaften und damit auch die IGM-Arbeitnehmer, § 4 ver.di-Satzung i.V.m. Nr. 1.1.4.6 des ver.di-Organisationskatalogs. Für die Arbeitnehmer z.B. des NGG „Bildungszentrums Oberjosbach“ könnten sich gleich drei DGB-Gewerkschaften für zuständig erklären: Die NGG, weil das NGG-eigene „Bildungszentrum Oberjosbach“ aus Mitgliedsbeiträgen der NGG-Mitglieder finanziert wird und weil es der koalitionspolitischen Bestimmung der NGG dient. 577

Ver.di könnte sich wiederum darauf berufen, daß es sich um Arbeitnehmer des DGB-Verbunds handelt und damit ihre Zuständigkeit für Verbände einschlägig ist bzw. eine besondere Dienstleistung vorliegt. Die GEW könnte anführen, es handele sich um Arbeitnehmer des Erziehungswesens, weshalb ihre Zuständigkeit gegeben sei<sup>804</sup>. Im Gegenzug könnte die NGG versuchen, die Arbeitnehmer von mittlerweile rechtlich verselbstständigten Kantinenbetrieben der übrigen Gewerkschaften zu organisieren. Der NGG-Bildungswerk-Lehrer steht dann vor der Frage, ob er sich eine Gewerkschaft aussuchen darf und, falls nicht, welche Folgen die Wahl der falschen Gewerkschaft hat. 578

Die Arbeitnehmer des DGB haben es nur scheinbar einfacher: Zwar scheidet ihr Arbeitgeber, der DGB, aus, weil der DGB keine Gewerkschaft ist, sondern ein gewerkschaftlicher Spitzenverband. Andererseits könnte der DGB jederzeit seine Satzung um eine Klausel ergänzen, die natürlichen Personen eine Gastmitgliedschaft eröffnet. Damit träte der DGB dann in Konkurrenz zu ver.di, deren Organisationsbereich auch die gewerkschaftlichen Spitzenorganisationen erfaßt. Den ersten Zugriff auf die DGB-Arbeitnehmer hat allerdings auch ver.di nicht. Da die meisten DGB-Arbeitnehmer vor ihrer DGB-Anstellung bei einer der Mitglieds-gewerkschaften Arbeitnehmer waren, sind sie regelmäßig noch Mitglieder ihrer Stammgewerkschaften. Die Betriebe des DGB als Spitzen-

---

<sup>804</sup> Beschluß des GEW-Hauptvorstands „Regelung für die Mitgliedschaft“, Nr. 1.7.0.

organisation scheinen daher Spitzenreiter der Gewerkschaftspluralität zu sein – es sind aber nur Gastmitgliedschaften, o. § 3B.II.3., Rn. 307.

- 579 Eher homogen zusammengesetzt sind die Belegschaften der DGB-eigenen Unternehmen. So konnte die ehemalige IG Medien einen beachtlichen Organisationsgrad aufweisen, als sie versuchte, den Bund-Verlag zu bestreiken<sup>805</sup>.

#### **bb. Mitgliedschaft in ver.di als Konkurrenzgewerkschaft**

- 580 Sieht eine Gewerkschaftssatzung die Mitgliedschaft der eigenen Arbeitnehmer vor, überschneidet sich der Organisationsbereich dieser Gewerkschaft hinsichtlich der Gewerkschaftsarbeitnehmer automatisch mit dem Organisationsbereich ver.di. Selbst im Falle des dreifach erfaßten Lehrers eines NGG-Bildungswerks können die Gewerkschaften an diesem „overkill“ nicht einmal etwas ändern, da die Organisationsbereiche nur nach Zustimmung des Bundesausschusses geändert werden dürfen, § 15 Nr. 2 DGB-Satzung<sup>806</sup>.
- 581 Einen „Zwist unter Brudergewerkschaften“ will der DGB jedoch gerade vermeiden<sup>807</sup>, weshalb der DGB gemäß §§ 2 Nr. 4h, 16 DGB-Satzung die DGB-Schiedsstelle errichtet hat. Diese entscheidet nicht nur über die abstrakte Auslegung der Satzungen, sondern ordnet auch einzelne Betriebe und damit konkrete Arbeitsverhältnisse der organisationspolitischen Zuständigkeit der einen oder anderen Gewerkschaft zu<sup>808</sup>. Eine Wahl sollen die Arbeitnehmer der DGB-Gewerkschaften ebensowenig haben, wie die anderen Mitglieder.

Derzeit ist aber noch keine Entscheidung der DGB-Schiedsstelle dazu ergangen. Zwar läßt das BAG auch einen Vergleich vor dem Schiedsgericht ausreichen<sup>809</sup>, aber selbst daran fehlt es. Treten die Arbeitnehmer ver.di bei, setzen sie sich der Gefahr aus, daß die arbeitgebende Gewerkschaft dies nicht als Erfüllung akzeptiert. Anders verhielte es sich nur, wenn die arbeitsvertragliche Pflicht zur Mitgliedschaft als Wahlschuld auszulegen wäre. Sinn der Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft ist aber

<sup>805</sup> LAG Köln vom 14.6.1996 – 4 Sa 177/96, NZA 1997, 327.

<sup>806</sup> Zutreffend gegen diese „legitimationslose Fremdbestimmung“: Rieble, III.1., Anm. zu BAG vom 14.12.1999 – 1 ABR 74/98, AP Nr. 14 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

<sup>807</sup> Gemeinsame Erklärung ver.di und der IG Metall vom 24.9.2002 zur Umsetzung der Tarifgemeinschaft bei IBM: „Die Aufhebung der Konkurrenz ist die Idee von Gewerkschaften.“ [http://www.i-connection.info/news/2002/20020930\\_verdi-igmetall.html](http://www.i-connection.info/news/2002/20020930_verdi-igmetall.html) [zuletzt abgerufen am 11.9.2007].

<sup>808</sup> BAG vom 14.12.1999 – 1 ABR 74/98, AP Nr. 14 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit m. abl. Anm. Rieble, II.1.

<sup>809</sup> BAG vom 14.12.1999 – 1 ABR 74/98, AP Nr. 14 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

gerade, eine Einheit der Mitglieder zwischen den Vertretenen und den Vertretern zu schaffen und das Vertrauen der Mitglieder in ihre Organisation zu stärken. Dazu wäre eine Mitgliedschaft in ver.di erfüllungsuntauglich.

Hinsichtlich der Tendenzträger kann es sogar zu Loyalitätskonflikten kommen, weil sie arbeitsvertraglich der Tendenz ihrer arbeitgebenden Gewerkschaft verpflichtet sind und vereinsrechtlich an die Tendenz ver.di gebunden wären. Die Verpflichtung zur Mitgliedschaft ist daher nicht als Wahlschuld auszulegen, §§ 157, 133 BGB. Daraus folgt auch, daß jeweils der arbeitgebenden Gewerkschaft bzw. bei verselbständigten Unternehmen der jeweiligen als Konzernmutter herrschenden Gewerkschaft beizutreten ist. Dies gilt z.B. auch für den NGG-Bildungswerk-Lehrer, weil es für die Vertragsauslegung auf den Willen der Vertragsparteien ankommt und nicht darauf, welche Gewerkschaft besser geeignet wäre. Dem Willen des NGG-Bildungswerks als Arbeitgeber entspricht nur eine NGG-Mitgliedschaft. Sofern der Arbeitnehmer zuvor GEW-Mitglied war, ist er durch die Anrechnungsklauseln davor geschützt, Rechtspositionen zu verlieren, die er durch seine Mitgliedschaft bei einer anderen DGB-Gewerkschaft erworben hat. Daß die NGG von ihrem Arbeitnehmer den Austritt aus der GEW verlangen kann, verstößt auch nicht gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG, weil auch die GEW mangels Gegnerunabhängigkeit, u. § 5A.I.1.c.dd., Rn. 838 ff., für den NGG-Arbeitnehmer keine Koalitions- oder Gewerkschaftsaufgaben wahrnehmen kann und daher lediglich die Vereinigungsfreiheit betroffen ist. Wollen ver.di und die GEW sich mit solchen Übergriffen in ihr Organisationsgebiet nicht zufriedengeben, können sie das DGB-Schiedsgericht anrufen. 582

### **3. VGB-Mitgliedschaft als Verstoß gegen die Tendenztreuepflicht**

Die GEW und der DGB sind mit arbeitsrechtlichen Sanktionen gegen ihre Arbeitnehmer vorgegangen, die den VGB gründeten oder diesem beitraten. Nach ihrer damaligen Rechtsansicht hatten die Gewerkschaftsarbeitnehmer gegen die Tendenztreuepflicht verstoßen. Träten Tendenzträger des HDE ver.di bei oder organisieren sich ver.di-Tendenzträger in der AUB ist ein Verstoß gegen die Tendenztreuepflicht nicht abwegig. Der VGB ist aber gegenüber den DGB-Gewerkschaften keine konkurrierende Organisation. Im Unterschied zum Verhältnis HDE-ver.di besteht beim VGB auch keine Gegenspielerenschaft, die über die gewerkschaftliche Vertretung der Gewerkschaftsarbeitnehmer hinausgeht. Der VGB ist schließlich weder den Gewerkschaften im allgemeinen noch den DGB-Gewerkschaften im besonderen feindlich gesonnen. 583

- 584 Da auch die Gewerkschaftsarbeitnehmer gem. Art. 9 Abs. 3 GG das Recht haben, sich gewerkschaftlich zu organisieren<sup>810</sup>, o. § 2B.II.2., Rn. 77 ff., ist der Gewerkschaftsbeitritt kein tendenzaggressiver Akt, sondern eine legitime Rechtsausübung. Der VGB und seine Mitglieder müssen lediglich bei der gegen die arbeitgebende Gewerkschaft gerichteten Betätigung tendenzschutzbedingte Einschränkungen hinnehmen, u. § 5C.II.1.b.bb., Rn. 1063 f. und § 5C.II.1.d.cc., Rn. 1090 f., das Recht zum Beitritt bleibt aber unberührt<sup>811</sup>. Daraus folgt im Umkehrschluß, daß die Gewerkschaftsarbeitnehmer sich grundsätzlich auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen können. Für die Gewerkschaftsarbeitnehmer gilt insofern Ähnliches wie für die Arbeitnehmer anderer tendenzgeschützter Arbeitgeber wie z.B. Rundfunk- und Zeitungsangestellte<sup>812</sup>.

#### 4. Verschwiegenheitspflicht

- 585 Eine explizit gesetzlich geregelte Nebenpflicht ist der Geschäftsgeheimnisschutz als Bestandteil der Verschwiegenheitspflicht.

##### a. Geheimnisschutz

##### aa. Gewerkschaftliche Geheimnisse

- 586 Wie bei anderen Unternehmen gibt es auch bei Gewerkschaften Geheimnisse, welche insbesondere ihre Geschäftspolitik betreffen, z.B. die Mitgliederentwicklung, die Identität der Mitglieder, die Kompromißlinie bei einer Tarifforderung, der Inhalt der Streikkasse sowie, wegen des Überraschungsmoments, Streikpläne. Weitere Geheimnisse betreffen die Arbeitsweise, z.B. erfolgreiche Methoden der Mitgliedergewinnung, Quellcodes und Funktionen von EDV-Programmen der Gewerkschaftsarbeit, externe Netzwerke und Quellen usw. sollen geschützt werden.
- 587 Andererseits gibt es auch unangenehme Tatsachen, deren Geheimhaltung in erster Linie Ruf und Ansehen der Gewerkschaften schützen soll, z.B. Informationen über groteske Fehlinvestitionen in der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft, skandalöser Umgang mit den eigenen Arbeitnehmern –

<sup>810</sup> *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 177, 191 nimmt aber einen vollständigen Verzicht auf die Tarifautonomie an.

<sup>811</sup> *Rieble*, Anm. zu BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, zu II.1.c), SAE 1998, 243, 245 ff.; weitgehend gegen Eingriffe in den Tendenzbereich durch Tarifverträge: *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 199; für einen dem § 118 BetrVG entsprechenden Tendenzschutz im Tarifvertragsrecht: *Hanau*, Ausbildungsordnung, S. 12 ff. Grundsätzlich der Tarifautonomie gegenüber dem Tendenzschutz den Vorzug gebend: *Dütz*, AfP 1989, 605; *ders.*, AfP 1988, 202; *Weiss/Weyand*, BB 1990, 2114.

<sup>812</sup> Zu dem Pressetendenzschutz: *Dütz*, a.a.O.; *Hanau*, a.a.O.; *Löwisch/Rieble*, a.a.O.

z.B. Kündigung wegen Krebserkrankung –, Widersprüche zwischen den Arbeitsbedingungen der Gewerkschaftsarbeitnehmer und den Forderungen der Gewerkschaften. Noch brisanter sind Geheimnisse, deren Aufdeckung auch rechtliche Sanktionen nach sich ziehen können. Dazu gehören Informationen über rechtswidrige Streikaktionen und Hinweise darauf, daß die Gewerkschaft von Mitgliedern aus dem Aufsichtsrat oder dem Wirtschaftsausschuß vertrauliche Informationen entgegennimmt oder gar anfordert, sowie eine im Falle der AUB die Finanzierung durch den Gegner.

#### **bb. Eigenes Geheimhaltungsinteresse und Position zum whistleblowing**

Den eigenen Arbeitnehmern gegenüber lassen sich geheime Tatsachen nur unvollkommen verbergen – insbesondere, wenn die Arbeitnehmer deren Kenntnis für ihre Arbeit benötigen oder die Geheimnisse selbst schaffen. Gewerkschaften müssen daher wie erwerbswirtschaftliche Unternehmen rechtlich in der Lage sein, ihre legitime Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu schützen. Der Tendenzschutz wirkt dabei durchaus verstärkend: Die Geheimhaltung der Kompromißlinie der Streiktaktik, der vermuteten Kampfbereitschaft usw. sind Voraussetzungen, ohne die der Verhandlungsmechanismus der kollektiven Privatautonomie nicht funktioniert. Der Schutz dieser Geheimnisse muß durch Art. 9 Abs. 3 GG besonders gewährleistet sein. 588

Umgekehrt haben die Gewerkschaftsarbeitnehmer Mitteilungsbedürfnisse. Ihre Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG strahlt auch hier in das Zivilrecht ein und muß bei wertausfüllungsbedürftigen Tatbeständen angemessen berücksichtigt werden<sup>813</sup>. Gewerkschaftsnahe Autoren wie *Wendeling-Schröder*<sup>814</sup> und *Deiseroth*<sup>815</sup> lehnen einen Anspruch des Arbeitgebers auf Rücksichtnahme zumindest dann ab, wenn er sich rechts- oder sittenwidrig verhalten hat. Den Arbeitnehmern dürfe kein rechtlicher „Maulkorb“ verpaßt werden, der ihre Rechte, insbesondere Art. 5 Abs. 1 GG, verletzt. Das Bekanntmachen von Verstößen sei kein Anprangern, sondern ein Akt der Zivilcourage<sup>816</sup>. Von Gewerkschaftsseite wird ein stärkerer rechtlicher Schutz für sog. *whistleblower* gefordert. Als *whistleblower* bezeichnet man in den USA solche Arbeitnehmer, die illegale Praktiken in privaten Unternehmen bzw. in staatlichen Behörden 589

---

<sup>813</sup> Umfassend *Kissel*, NZA 1988, 145 ff.; s.u. II.4.

<sup>814</sup> *Wendeling-Schröder*, „Prinzip Verantwortung“, S. 9 ff.

<sup>815</sup> *Deiseroth*, AuR 2002, 161, 163; ähnlich: *Peter/Rhode-Liebenau*, AiB 2004, 615, 619.

<sup>816</sup> *Deiseroth*, Zivilcourage, S. 124 ff.

innerbetrieblich oder außerbetrieblich anzeigen und unter Umständen infolgedessen durch Vorgesetzte oder den Arbeitgeber sanktioniert, d.h. in der Regel gekündigt werden<sup>817</sup>. Einen Verzicht auf die Sanktionen gegen die *whistleblower* aus den eigenen Reihen per Gesamtzusage haben die Gewerkschaften jedoch ebensowenig ausgesprochen wie eine Belohnung.

### b. Strafrechtlicher Geschäftsgeheimnisschutz

- 590 Gemäß § 17 UWG sind die Arbeitnehmer unter Androhung strafrechtlicher Sanktionen zum Schweigen verpflichtet. Geschützte Geheimnisse i.S.d. Norm sind zum einen Informationen, die das nach außen gerichtete Handeln des Arbeitgebers betreffen – übertragen auf die Gewerkschaften also die Gewerkschaftspolitik gegenüber Mitgliedern, dem Gesetzgeber und dem sozialen Gegenspieler. Zum anderen sind auch die Daten über rein interne Vorgänge und Verhältnisse, etwa über die Personalpolitik, erfaßt<sup>818</sup>.
- 591 Ein Verstoß hat strafrechtliche Folgen, nämlich eine Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, § 17 UWG<sup>819</sup>. Anwendbar ist diese Norm ausweislich ihres Wortlauts nur auf Arbeitnehmer von Geschäftsbetrieben. Es kommt also darauf an, ob sich Gewerkschaften mit ihrer ideellen Zwecksetzung als Geschäftsbetriebe einordnen lassen. Auf das Selbstverständnis der Gewerkschaften kommt es dabei nicht an. Unschädlich ist es daher, wenn sie sich selbst nicht als Teilnehmer des kapitalistischen Wirtschaftslebens verstehen, sondern als ein von außen darauf einwirkender Ordnungsfaktor. Die Mitgliederwerbung sowie die Auseinandersetzung zwischen den Verbänden des sozialpolitischen Bereichs, d.h. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, sind kein geschäftlicher Verkehr i.S.d. § 1 UWG<sup>820</sup>. Anders verhält es sich nur, wenn zu dem gemeinnützigen resp. sozialpolitischen Zweck ein Erwerbszweck hinzutritt oder verdrängt wird<sup>821</sup>, so etwa bei den Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft.
- 592 Bei funktionaler Auslegung kommt es aber darauf an, ob für die Gewerkschaften dieselbe Gefährdungslage besteht wie für andere Unternehmen.

<sup>817</sup> Müller, NZA 2002, 424.

<sup>818</sup> MünchArbR/Blomeyer, § 53 Rn. 57; Staudinger/Richardi, BGB, § 611 Rn. 400; RGRK/Schliemann, § 611 BGB Rn. 1491 f.; Monjau, DB 1956, 232; Preis/Reinfeld, AuR 1989, 361, 363.

<sup>819</sup> BGH vom 13.10.1965 – Ib ZR 93/63, GRUR 1966, 152, 153.

<sup>820</sup> BGH vom 6.10.1964 – VI ZR 176/63, BGHZ 42, 210, 218; BAG vom 11.11.1968 – 1 AZR 16/68, BAGE 21, 201, 206; RG vom 12.10.1932 – 152/32 9, JW 1933, 1254.

<sup>821</sup> RG vom 29.1.1934 – 2 D 1293/33, RGSt 68, 70, 74 f.; BGH vom 28.11.1969 – I ZR 139/67, NJW 1970, 378, 380; Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG Rn. 208.

Aus der Einordnung der Norm in das UWG ergibt sich, daß nur die Geheimnisse derjenigen geschützt werden sollen, die dem Wettbewerbsdruck von Mitbewerbern ausgesetzt sind<sup>822</sup>. Nur dann besteht die Gefahr, daß ein unlauterer Mitbewerber den Wettbewerb verfälscht, indem er den Arbeitnehmern Anreiz zum Verrat bietet, z.B. um eigene Forschungskosten zu vermeiden oder die Preisstrategie des Gegners zu durchkreuzen. Ausgenommen ist daher nur der Wettbewerb unter Privatpersonen und derjenige außerhalb des Wirtschaftsverkehrs<sup>823</sup>. Damit spricht viel dafür, daß die Gewerkschaften nicht durch § 17 UWG geschützt sind, sofern sie nicht zumindest zu einer anderen Gewerkschaft im Wettbewerb stehen. Allerdings müssen sich die DGB-Gewerkschaften mittlerweile einer Vielzahl von Spartengewerkschaften und tlw. auch der CG-Gewerkschaften erwehren. Überdies konkurrieren sie auch mit bloßen Koalitionen.

Überhaupt wäre es zweifelhaft, die strafrechtlichen Konsequenzen von dem Bestehen eines Wettbewerbs abhängig zu machen. Der Wortlaut des § 17 UWG zwingt dazu nicht und spricht eher für einen umfassenden Geheimnisschutz. Dort sind neben den Wettbewerbszwecken insbesondere auch der Eigennutz und die Schädigungsabsicht genannt. Damit ist auch der Geheimnisverrat an den sozialen Gegenspieler erfaßt. Eine Information an die Presse, z.B. über einen Plan zur Personalkostenreduzierung, ist aber nicht mehr vom Schutzzweck des UWG erfaßt, da die Geschäftspartner der Gewerkschaften daraus keinen unmittelbaren Nutzen ziehen können. 593

### c. Schweigen als allgemeine Treue- und Rücksichtnahmepflicht

Unabhängig von § 17 UWG und inhaltlich weitergehend gilt für die Preisgabe von Informationen und für Meinungsäußerungen des Arbeitnehmers das dem Arbeitsvertrag immanente<sup>824</sup> resp. aus § 242 BGB folgende<sup>825</sup> Treue- und Rücksichtnahmegebot<sup>826</sup>. Daraus folgt u.a. die Nebenpflicht<sup>827</sup>, den Arbeitgeber nicht durch Preisgabe von Informationen zu 594

<sup>822</sup> Vgl. BGH vom 13.5.1952 – 1 StR 670/51, BGHSt 2, 397.

<sup>823</sup> BGH vom 13.5.1952 – 1 StR 670/51, BGHSt 2, 397; RG vom 23.5.1913 – V 32/13, RGSt 47, 183; RG vom 14.10.1907 – Rep. VI. 508/06, RGZ 66, 380, 384.

<sup>824</sup> BAG vom 25.8.1966 – 5 AZR 525/65, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Schweigepflicht; *Stege*, DB-Beil. 8/1977, 1 ff.

<sup>825</sup> MünchArbR/*Blomeyer*, § 53 Rn. 55. Aus der unterschiedlichen dogmatischen Konstruktion ergeben sich keine abweichenden Rechtsfolgen: *Reinfeld*, Verschwiegenheitspflicht, S. 3; *Kissel*, NZA 1988, 145 ff.

<sup>826</sup> *Buchner*, ZfA 1979, 335, 354.

<sup>827</sup> *Krause*, AR-Blattei SD 220.2.1 Rn. 124 ff.

schädigen<sup>828</sup>. Dieses Verbot ist weder auf erwerbswirtschaftliche Unternehmen, noch inhaltlich auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse beschränkt<sup>829</sup>. Es greift auch gegenüber den Gewerkschaftsarbeitnehmern und umfaßt über den Geheimnisschutz hinaus jede Form der Kritik am Arbeitgeber. Der Arbeitgeber muß zunächst nur ein berechtigtes Interesse an der Verschwiegenheit des Arbeitnehmers haben. Gerade die Gewerkschaften als Tendenzunternehmen können von ihren Arbeitnehmern besondere Rücksichtnahme fordern. Ob eine Verschwiegenheitspflicht im Einzelfall besteht, richtet sich nach der Intensität des jeweiligen Geheimhaltungsinteresses<sup>830</sup> und dem entgegenstehenden Recht des Arbeitnehmers auf Meinungsäußerung.

#### **aa. Anzeigen gegenüber staatlichen Stellen**

- 595 Schon wegen der drohenden Sanktionen hat die arbeitgebende Gewerkschaft ein Geheimhaltungsinteresse, wenn einem Gewerkschaftsarbeitnehmer rechtswidrige Zustände oder Handlungen anderer bekannt sind. Dabei kann es sich um den Rechtsbruch von Normen ohne Tendenzbezug (z.B. Verstoß gegen baurechtliche Vorschriften bei der Errichtung eines Gewerkschaftshauses; Steuerhinterziehung) oder mit Tendenzbezug (z.B. Überschreitung der Lärmschutznormen des BImSchG anlässlich eines Streiks) handeln.

#### **[1] Verstoß gegen drittschützende Normen**

- 596 Zu Zeiten, als die gewerkschaftliche Vereinigung und Streiks als solche kriminell waren, bestand geradezu zwangsläufig die Gefahr, aus den eigenen Reihen „verpiffen“ zu werden. Die mittlerweile erfolgte staatliche Anerkennung und Legalisierung der Gewerkschaften entbindet die Gewerkschaften nicht davon, sich im Rahmen der allgemeinen Gesetze zu halten: Die Körperverletzung und Nötigung von Streikbrechern oder die Anstiftung dazu sind nicht straflos. Anzeigen durch Gewerkschaftsarbeitnehmer kommen jedoch eher bei Tatbeständen in Betracht, die zunächst nicht nach außen dringen, sondern Geheimhaltung voraussetzen. Dazu zählten früher staatsumstürzlerische Pläne für eine sozialistische Revolution. Von aktueller Bedeutung sind Delikte wie § 120 BetrVG. Eine

<sup>828</sup> Hueck/Nipperdey, S. 242 f.; MünchArbR/Blomeyer, § 53 Rn. 1; MünchKomm/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 434; Kissel, NZA 1988, 145, 150; Schaub, § 54 1.b; Söllner, FS Herschel, S. 392, 393; vgl. Preis/Reinhard, AuR 1989, 361, 362 ff.

<sup>829</sup> MünchArbR/Blomeyer, § 53 Rn. 62.

<sup>830</sup> Vgl. Krause, AR-Blattei SD 220.2.1 Rn. 127.

Anzeige darf nicht zivilrechtlich unzulässig sein, wenn sogar eine Anzeigepflicht gemäß § 138 StGB besteht.

In den übrigen Fällen kann die Treuepflicht gegenüber der arbeitgebenden Gewerkschaft überwiegen, insbesondere, wenn keine eigenen Rechtsgüter des Arbeitnehmers betroffen sind. Ansonsten ist nach der Schwere des Rechtsverstößes und dem Grad des Tendenzbezugs zu unterscheiden. Ein Gewerkschaftsarbeitnehmer darf z.B. den Immissionsschutzbehörden nicht die Überschreitung des Lärmpegels bei einem Streik melden. Die beeinträchtigten Rechtsgüter wiegen gering, während ein starker Bezug zur gewerkschaftlichen Betätigung besteht. Anders bei Verstößen gegen § 120 BetrVG, z.B. falls ein Gewerkschaftsfunktionär Betriebsräte zum Geheimnisbruch auffordert. Zwar kann dies dazu führen, daß das Vertrauensverhältnis zwischen der Gewerkschaft und dem Betriebsrat bricht, zu verantworten hat dies jedoch derjenige, der sich an dem Straftatbestand beteiligt und nicht derjenige, welcher ihn zu Anzeige bringt. Während im Fall des zu lauten Streiks die ansonsten rechtmäßige Aktion im Vordergrund steht, ist bei der Aufforderung zum Geheimnisbruch nichts Vergleichbares der Fall. 597

Zwar hatte zunächst das BAG eine Kündigung für wirksam gehalten, die gegenüber einem Arbeitnehmer ausgesprochen wurde, weil er seinen Arbeitgeber wegen Verstößen gegen güterfernverkehrsrechtliche Normen angezeigt hatte<sup>831</sup>. Die Landesarbeitsgerichte weichen jedoch zunehmend von dieser BAG-Rechtsprechung ab<sup>832</sup> und haben dabei Rückendeckung vom BVerfG erfahren<sup>833</sup>: Ein Arbeitnehmer, der während eines laufenden Verfahrens der Staatsanwaltschaft belastendes Beweismaterial übergebe, nehme staatsbürgerliche Rechte war. Aus rechtsstaatlichen Gründen dürfe dies nicht zu einer außerordentlichen Kündigung führen. Durch Kündigungen – oder andere Maßregelungen, vgl. § 612a BGB – darf keine „arbeitsrechtliche Ganoventreue“ erzwungen werden<sup>834</sup>. 598

Bei einer besonderen Vertrauensstellung kommt aber eine Sanktion in Betracht, wenn die Anzeige das Vertrauen der arbeitgebenden Gewerkschaft darin beeinträchtigt, daß der betreffende Arbeitnehmer generell seiner Geheimhaltungspflicht nachkommt. Das aber setzt voraus, daß die arbeitgebende Gewerkschaft darlegen und beweisen kann, daß der Arbeit- 599

---

<sup>831</sup> BAG vom 5.2.1959 – 2 AZR 60/56, NJW 1961, 44.

<sup>832</sup> LAG Baden-Württemberg vom 3.2.1987 – 7 (13) Sa 95/86, AiB 1987, 260; LAG Köln vom 23.2.1996 – 11 (13) Sa 976/95, BB 1996, 2411.

<sup>833</sup> BVerfG (Kammer) vom 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NZA 2001, 888, besprochen von Müller, NZA 2002, 424, 433 ff.

<sup>834</sup> LAG Hamm vom 12.11.1990 – 19 (16) Sa 6/90, LAGE § 626 Nr. 54; Amrei *Wisskirchen*, Außerdienstliches Verhalten, S.62.

nehmer nicht zwischen erlaubten Anzeigen und Geheimnisverrat unterscheidet. Außerdem kann dem Arbeitnehmer im Einzelfall zumutbar sein, zunächst eine innerbetriebliche Lösung zu suchen<sup>835</sup> und – falls dies nicht zur Abhilfe führt – erst dann staatliche Stellen zu informieren<sup>836</sup>.

## [2] Verstoß gegen Normen, die den Anzeigenden betreffen

- 600 Anzeigen von Gewerkschaftsarbeitnehmern wegen eines Verstoßes der arbeitgebenden Gewerkschaft gegen straf- oder ordnungswidrigkeitsrechtliche Normen sind vergleichsweise selten, da das Arbeitsschutzrecht in erster Linie das produzierende Gewerbe betrifft. In Betrieben der Gewerkschaften selbst könnten zu lange Arbeitszeiten an Bildschirmen u.ä. arbeitsschutzrechtlich relevant werden. Die betroffenen Arbeitnehmer müssen dann zunächst sämtliche internen Möglichkeiten nutzen, um den Arbeitgeber zur Abhilfe zu bewegen, § 21 Abs. 6 Satz 1 GefahrstoffVO; § 17 Abs. 2 ArbSchG; Art. 11 Abs. 6 RL 89/391/EWG<sup>837</sup>.

### bb. Zeugenaussagen der Gewerkschaftsarbeitnehmer

- 601 Die Verschwiegenheitspflicht ist darüber hinaus auch betroffen, wenn die Gewerkschaftsarbeitnehmer nicht auf eigene Initiative hin Informationen preisgeben, sondern als Zeugen dazu aufgefordert werden.

## [1] Zivilprozeß

- 602 Ob überhaupt ein Verweigerungsrecht besteht, ergibt sich aus § 383 Abs. 1 ZPO. Allein in Betracht kommt dort die Nr. 6, welche sich auf Geheimnisträger kraft Amtes, Standes oder Gewerbes bezieht. Diese Trias steht als *pars pro toto* für alle Arbeitnehmer<sup>838</sup>. Es muß eine Tatsache betroffen sein, deren Geheimhaltung gem. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO „durch ihre Natur“ geboten ist. Der als Zeuge vernommene Gewerkschaftsbeschäftigte kann nach dieser Norm das Zeugnis zu der Frage eines prozeßbeteiligten Arbeitgebers verweigern, welche Arbeitnehmer in seinem Betrieb dem Gewerkschaftssekretär als Gewerkschaftsmitglieder bekannt geworden

<sup>835</sup> MünchArbR/Blomeyer, § 53 Rn. 70 m.w.N.; Hinweise bei Preis/Grabau/Reinfeld, AuR 1989, 361, 372 Fn. 146; mit Einschränkung auch Müller, NZA 2002, 424; 437; a.A.: Colneric, AiB 1987, 260, 265.

<sup>836</sup> So auch Amrei Wisskirchen, Außerdienstliches Verhalten, S. 57 ff.

<sup>837</sup> BAG vom 5.2.1959 – 2 AZR 60/56, AP Nr. 2 zu § 70 HGB m. Anm. G. Hueck; MünchArbR/Blomeyer, § 53 Rn. 70; Krause, AR-Blattei SD 220.2.1 Rn. 129 ff.; Wlotzke, RdA 1992, 85, 95.

<sup>838</sup> So auch ohne Begründung LAG Hamm vom 10.8.1994 – 3 TaBV 92/94, LAGE § 383 Nr. 1.

sind, wenn es an einem Einverständnis der Arbeitnehmer hinsichtlich der Nennung ihrer Namen fehlt<sup>839</sup>.

Keinesfalls darf eine Gewerkschaft ihrem Arbeitnehmer vorschreiben, was er auszusagen habe. Als die International Brotherhood of Teamsters dem Gewerkschaftssekretär *Petermann* kündigte, weil er weisungswidrig als Zeuge vor einem Untersuchungsausschuss die Wahrheit gesagt hatte, führte dies in den USA sogar zu dem ersten, die „*employment at will doctrine*“ einschränkenden *precedent case*<sup>840</sup> – ein unrühmlicher Anteil der Gewerkschaft an diesem Fortschritt des Kündigungsschutzes. 603

## [2] Strafprozeß

Die Gewerkschaftsarbeitnehmer kommen auch als Zeugen für Prozesse in Betracht, die sich gegen ihre Mitglieder oder deren Arbeitgeber richten, z.B. wenn ein Betriebsratsmitglied wegen eines Verstoßes gegen § 120 BetrVG angeklagt wird. Im Rahmen von Strafverfahren besteht nicht einmal ein Zeugnisverweigerungsrecht für Geheimnisträger. Anders als § 383 ZPO berücksichtigt der Gesetzgeber in § 53 StPO nur das Geheimhaltungsinteresse bestimmter Berufe: Geistliche, Abgeordnete, Redakteure, Ärzte und Rechtsanwälte dürfen die Aussage verweigern, sofern Tatsachen betroffen sind, die ihnen aufgrund dieser Stellung anvertraut worden sind. 604

Was Gewerkschaftssekretären von Mitgliedern anvertraut wird, genießt strafprozessual ebensowenig Schutz wie Geschäftsgeheimnisse erwerbswirtschaftlicher Unternehmen. Dies mag für die Gewerkschaften durchaus mißlich sein, da es sich abträglich auf die Bereitschaft der Mitglieder auswirken kann, ihren Gewerkschaftssekretären strafrechtlich relevante Vorfälle mit eigener Beteiligung zu berichten. Nicht einmal die Rechtsschutzsekretäre können sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen. § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO steht nur Anwälten zu, obwohl die Rechtsschutzsekretäre im Arbeitsrecht anwaltliche Funktionen wahrnehmen. Dabei ist es auch nicht unwahrscheinlich, daß die von ihnen betreuten Arbeitnehmer von eigenen Straftaten im Zusammenhang mit ihrem Arbeitsverhältnis berichten, z.B. Chemiarbeiter über die Teilnahme an einer Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB) oder ein Buchhalter über die von ihm begangene Unterschlagung. Daß der Rechtsschutzsekretär in solchen Fällen kein Zeugnisverweigerungsrecht hat, ist verfassungsrechtlich bedenklich<sup>841</sup>. 605

<sup>839</sup> LAG Hamm vom 10.8.1994 – 3 TaBV 92/94, LAGE § 383 Nr. 1.

<sup>840</sup> *Petermann v. International Brotherhood of Teamsters*, 174 Cal.App.2d 184 (1959).

<sup>841</sup> Zum Ausschluß bei Betriebsräten: BVerfG (Kammer) vom 19.1.1979 – 2 BvR 995/78, NJW 1979, 1286.

- 606 Auch die arbeitsvertragliche Verschwiegenheitspflicht der Gewerkschaftsarbeitnehmer kann das Fehlen eines Zeugnisverweigerungsrechts nicht kompensieren: Wegen der strafprozessualen Aussagepflicht ist es den als Zeugen geladenen Gewerkschaftsarbeitnehmern unzumutbar, die Aussage zu verweigern. In Verfahren gemäß § 202a StGB oder § 120 BetrVG gegen Gewerkschaftsmitglieder können daher Funktionäre der Gewerkschaft als Zeugen vernommen werden, und zwar auch dann, wenn die Gewerkschaft sie anweist zu schweigen. Stiften Gewerkschaftssekretäre die wegen § 120 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 BetrVG angeklagten Arbeitnehmer an, Geheimnisse an sie weiterzugeben oder Daten auszuspähen, greift jedoch das Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO, weil dann eine eigene Strafbarkeit des Gewerkschaftsarbeitnehmers im Raum steht. Will er dennoch aussagen, kann die arbeitgebende Gewerkschaft ihm dies nicht unter Berufung auf die Verschwiegenheitspflicht untersagen – das Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO besteht ausschließlich im Interesse des Zeugen.

### cc. Öffentliche Kritik an der arbeitgebenden Gewerkschaft

- 607 Insbesondere die öffentliche Kritik am Arbeitgeber muß sich an dem Rücksichtnahme- und Loyalitätsgebot messen lassen.

#### [1] Loyalitätspflicht und Meinungsfreiheit

- 608 Das BAG hält eine Meinungskundgabe des Arbeitnehmers grundsätzlich für unzulässig, wenn sie geeignet ist, den Arbeitgeber in seinem geschäftlichen, gesellschaftlichen oder politischen Ansehen zu beeinträchtigen<sup>842</sup>. Es genüge bereits eine hinreichende Gefahr der Ansehensbeeinträchtigung, so daß die auch die Gewerkschaften als Arbeitgeber einen konkreten Ansehensverlust nicht nachweisen müssen, um solche Äußerungen zu untersagen oder zu sanktionieren.
- 609 Das BVerfG hat dies bestätigt: Die Kritik am Arbeitgeber darf grundsätzlich weder den Arbeitsablauf konkret stören, noch darf sie den Betriebsfrieden, das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber oder die Außenbeziehungen des Unternehmens gefährden<sup>843</sup>. Dies gilt auch für wahre Behauptungen<sup>844</sup>. Erst recht dürfen Arbeitnehmer keine Unwahrheiten

<sup>842</sup> BAG vom 11.3.1999 – 2 AZR 507/98, NZA 1997, 487; BAG vom 28.9.1972 – 2 AZR 469/71, AP Nr. 2 zu § 134 BGB; BAG vom 13.10.1977 – 2 AZR 387/76, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

<sup>843</sup> BVerfG (Senat) vom 16.10.1998 – 1 BvR 1685/92, AuR 1999, 36.

<sup>844</sup> *Hromadka/Maschmann*, Individualarbeitsrecht, Rn. 115; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, § 13.I.2.

über ihren Arbeitgeber verbreiten<sup>845</sup>, und speziell Gewerkschaftsarbeitnehmer dürfen nicht die Abschaffung des Gewerkschaftswesens fordern<sup>846</sup>, o. § 4C.I.1., Rn. 541 ff. Soweit die Arbeitnehmer durch die Kundgabe bestimmter Tatsachen eine Meinung äußern, ist aber bei der Konkretisierung der Treuepflicht aus § 242 BGB der grundrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG zu berücksichtigen (mittelbare Drittwirkung)<sup>847</sup>.

Nach a.A. soll die Meinungsfreiheit höher gewichtet werden. Insbesondere das „*whistleblowing*“ soll grundsätzlich nicht durch Kündigung sanktioniert werden können<sup>848</sup>. Jedenfalls wer nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben macht, dürfe nicht außerordentlich gekündigt werden, wenn er von sich aus Informationen über den Arbeitgeber an die Staatsanwaltschaft weitergibt<sup>849</sup>. 610

Bei den Gewerkschaften als Arbeitgebern ist jedenfalls der Tendenzschutz zu beachten. Gefährdet eine Meinungsäußerung die Tendenzverwirklichung, sind Tendenzträger weitergehend zur Zurückhaltung verpflichtet. Das Gewicht der Meinungsfreiheit hängt zudem von dem Thema der Meinung ab. Informationen über Gesetzesverstöße sind anders als Kritik an der Gewerkschaftspolitik oder als Äußerungen über die für gewerkschaftsunwürdig gehaltenen Arbeitsbedingungen zu beurteilen. 611

## [2] Gewerkschaftspolitik

Insbesondere, wenn Gewerkschaftsarbeitnehmer sich mit ihren Vorstellungen von der Gewerkschaftspolitik nicht durchsetzen können, liegt es nahe, das Handeln der Gewerkschaften öffentlich anzuprangern. Dieses öffentliche Anprangern ist grundsätzlich von Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt, der aber seinerseits in Wechselwirkung mit dem Tendenzschutz der arbeitgebenden Gewerkschaften aus Art. 9 Abs. 3 GG steht. Gerade wenn die Meinungsäußerung Außenwirkung hat, d.h. das Verhältnis der Gewerkschaft zu ihren Mitgliedern oder dem sozialen Gegenspieler betrifft, wird 612

<sup>845</sup> Unwahre Tatsachenbehauptungen und unsachliche Kritik sind unzulässig: BAG vom 11.8.1982 – 5 AZR 1089/79, AP Nr. 9 zu Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsfreiheit; BAG vom 26.5.1977 – 2 AZR 632/76, NJW 1978, 239; Kissel, NZA 1988, 145, 150.

<sup>846</sup> BAG vom 28.9.1972 – 2 AZR 469/71, AP Nr. 2 zu § 134 BGB: Aufruf eines Bankkaufmanns zur Abschaffung des Privatbankwesens.

<sup>847</sup> Das Arbeitsverhältnis regelnde Normen als allgemeine Gesetze i.S.d. Art 5 Abs. 2 GG: Schwenk, NJW 1968, 822, 825; Oeter, AöR 119 (1994), 529 ff.; früher: BAG vom 28.9.1972 – 2 AZR 469/71, BAGE 24, 438, 444; dagegen: Amrei Wisskirchen, Außerdienstliches Verhalten, S. 49 f.

<sup>848</sup> LAG Köln vom 23.2.1996 – 11 (13) Sa 976/96, BB 1996, 2411; Wendeling-Schröder, AuR 1994, S. 26.

<sup>849</sup> BVerfG (Kammer) vom 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NZA 2001, 888, 889 f.

das Gewicht der Meinungsfreiheit im Rahmen des § 242 BGB gegenüber dem Tendenzschutz zurückgedrängt<sup>850</sup>. Dies gilt für die Tendenzträger und in abgeschwächtem Maß auch für die anderen Gewerkschaftsarbeitnehmer.

- 613 Bezieht sich die Kritik auf ein bevorstehendes rechtswidriges Verhalten der Gewerkschaft, so ist bei der Abwägung zu berücksichtigen, dass mit der Möglichkeit einer Anzeige gegenüber staatlichen Stellen eine Alternative zur öffentlichen Anklage besteht. Plant eine Gewerkschaft rechtswidrige Betriebsblockaden, so kann der Gewerkschaftsarbeitnehmer gehalten sein, diesen Sachverhalt zunächst nur der Polizei mitzuteilen, bevor er die Medien informiert. Das von der h.M. aufgestellte Subsidiaritätsverhältnis von interner Abhilfe vor externer und der Rufschonung wird durch den Tendenzschutz verstärkt. Die Überprüfung durch staatliche Stellen ist im Rahmen ihrer Zuständigkeit mindestens ebenso wirksam wie der öffentlich ausgeübte Druck und vermeidet eher Ansehensverluste der arbeitgebenden Gewerkschaft. Die Gewerkschaften könnten wie bei *Compliance*-Systemen in Wirtschaftsunternehmen den eigenen Arbeitnehmern die Möglichkeit geben, sich anonym an Ombudsleute zu wenden bzw. einem externen Rechtsanwalt Verstöße mitzuteilen. Je effektiver solche internen Systeme den Mitarbeiter zur Verfügung stehen, desto eher können sich die Gewerkschaften mit der h.M. darauf berufen, die Meinungsfreiheit müsse hinter dem Tendenzschutz zurückstehen.
- 614 Geht es um ein rechtswidriges oder anstößiges Verhalten der arbeitgebenden Gewerkschaft in der Vergangenheit, können die Gewerkschaften im Ergebnis keinen durch den Tendenzschutz verstärkten Geheimnisschutz verlangen. Ihre Funktion für die Tarifautonomie und die organisierte Teilhabe der Arbeitnehmer ist auf rechtmäßiges Verhalten beschränkt.
- 615 Eine Sonderkonstellation ergibt sich, wenn die Kritik zwar nicht gegenüber der Öffentlichkeit erfolgt, sondern eine innerverbandliche Diskussion angestoßen wird. So verhielt es sich im Fall des Referatsleiters für europäische Tarifpolitik beim DGB-Bundesvorstand, *Kreimer-de Fries*, o. § 4B.II.2., Rn. 514 f. Dieser hatte – seinen arbeitsvertraglichen Aufgaben entsprechend – eine Kurzanalyse zu dem Entwurf einer neuen Vereinbarung der europäischen Sozialpartner über befristete Arbeitsverhältnisse angefertigt. Er stufte die Verhandlungsergebnisse als zu befristungsfreundlich ein und versandte seine kritische Würdigung zur Meinungsbildung an die tarifpolitischen Abteilungen der DGB-Mitgliedsgewerk-

---

<sup>850</sup> Allg. für Tendenzbetriebe: *Kissel*, NZA 1988, 145, 152; *Söllner*, FS Herschel, S. 392, 398; *Buchner*, ZfA 1979, 335.

schaften und Mitglieder des EGB-Arbeitsbeziehungsausschusses. Der DGB-Bundesvorstand nahm einen anderen Standpunkt ein und warf *Kreimer-de Fries* vor, „intensive Initiativen“ zur Verbreitung seiner persönlichen Darstellung unternommen zu haben. Er habe „externe Personen zu einem Zeitpunkt informiert, als der Abstimmungsprozeß innerhalb des DGB noch gar nicht abgeschlossen war“<sup>851</sup>. Der DGB-Bundesvorstand sanktionierte die Verbreitung der Stellungnahme durch zwei Abmahnungen und indem er dem Referatsleiter wesentliche Aufgaben entzog<sup>852</sup>.

Streitig war auch, ob der DGB überhaupt schon einen eigenen Standpunkt hatte, als *Kreimer-de Fries* seine Kurzanalyse verfaßte. Sofern es allerdings eine erkennbare Tendenz gibt, sind die Gewerkschaftssekretäre gehalten, ihre abweichende Meinung nur gegenüber ihren Vorgesetzten vorzutragen. Dies gilt selbst dann, wenn im *Kreimer-de Fries*-Fall die Auffassung des DGB nicht den sonstigen DGB-Standpunkten zur Zulässigkeit von Befristungen entsprochen haben sollte<sup>853</sup>, sondern auf taktischer Rücksichtnahme gegenüber dem EGB beruhte. Ebenso wie Redakteure haben die tarifpolitischen Sekretäre einer ihnen vorgegebenen Linie bis an die Grenze zum Wissenskonflikt zu folgen. Gerade in den Verhandlungen mit der CEEP und UNICE um europäische Sozialpartnervereinbarungen sind weitgehende Zugeständnisse gegenüber den Bedürfnissen der anderen europäischen Gewerkschaftsbünde und der Arbeitgeberseite unvermeidlich. Der DGB darf trotzdem von seinen Tendenzträgern erwarten, daß sie auch gegenüber den Mitgliedsverbänden den DGB-Standpunkt vertreten, um eine „Kakophonie“ zu vermeiden. Auch wenn der DGB letztlich den Mitgliedsgewerkschaften verpflichtet ist, arbeiten die DGB-Sekretäre nur für den DGB und sind nur diesem verpflichtet und verantwortlich.

Der Tendenzschutz endet in gewerkschaftspolitischen Fragen allerdings, wenn die Gewerkschaftspolitik der Satzung oder festgelegten Prinzipien und Programmen widerspricht.

---

<sup>851</sup> Auszug aus der 2. Abmahnung durch *Günter Dickhausen* vom 22.3.1999, <http://www.labournet.de/solidaritaet/kreimer3.html> [zuletzt abgerufen am 11.9.2007].

<sup>852</sup> Zu Einzelheiten des Sachverhalts: Auszüge aus den Abmahnungen sowie der Klageschrift der Anwältin *Windirsch* vom 20.7.1999 – 1 Ca 2723/99, <http://www.labournet.de/solidaritaet/kreimer3.html> [zuletzt abgerufen am 11.9.2007]. *Gerhard Klas*, *Sozialistische Zeitung* vom 19.8.1999, S. 5.

<sup>853</sup> Der Vorgesetzte von *Kreimer-de Fries* meinte lt. Klageschrift der Anwältin *Windirsch*, a.a.O., „daß die Gewerkschaften heutzutage nicht mehr der Auffassung seien, daß ein sachlicher Grund für Befristungen erforderlich ist“.

### [3] „Anprangern“ der eigenen Arbeitsbedingungen

- 618 Nicht gegen die Existenz oder gegen den Erfolg einer arbeitgebenden Gewerkschaft gerichtet ist die Kritik an den als zu schlecht empfundenen Arbeitsbedingungen. Auch wenn diese mit Forderungen z.B. nach höherem Entgelt verbunden ist und damit im Falle ihrer Erfüllung zu höheren Kosten führt, muß die Diskussion um Arbeitsbedingungen unter Vertragspartnern möglich sein. Dies gilt auch, wenn die Forderungen an Dritte gerichtet sind, z.B. wenn vom Staat eine Einschränkung der Tendenzschutzklausel in § 118 BetrVG oder der Erlass von Mindestarbeitsbedingungen gefordert würde<sup>854</sup>.
- 619 Allerdings können auch wahre Darstellungen der Arbeitsbedingungen bei Gewerkschaften geeignet sein, das Ansehen der Gewerkschaften herabzusetzen. Gerade wenn es der Wahrheit entspricht, daß die Arbeitsbedingungen der Gewerkschaftsarbeitnehmer weder denen vergleichbarer Arbeitnehmer entsprechen noch den Forderungen der Gewerkschaften an andere Arbeitgeber genügen, so erzeugt die Schilderung dieser Arbeitsbedingungen Druck auf die arbeitgebenden Gewerkschaften. Das Anprangern der eigenen Arbeitsbedingungen kann zudem Rückwirkungen auf die Gewerkschaftspolitik haben, weil sich daran die Widersprüchlichkeit von gewerkschaftlichen Forderungen einerseits und ihrem eigenen Verhalten als Arbeitgeber zeigt, o. § 1A.I., Rn. 2 ff.: Die Kritik der eigenen Arbeitnehmer am ver.di-Entschluß, die Bildungsstätte Springen zu schließen<sup>855</sup>, minderte die Schlagkraft gewerkschaftlicher Kritik an Einsparungen der öffentlichen Hand im Bildungswesen. Die von ver.di-Arbeitnehmern angestoßene öffentliche Diskussion um die 70 %-ige Erhöhung der Wahlangestelltenbezüge nimmt der Kritik ver.dis an hohen Managementgehältern die Glaubwürdigkeit.
- 620 Unabhängig davon, daß es sich nur um Reflexwirkungen handelt, gelten auch hier Rücksichtnahmepflichten. Es würde aber den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Berücksichtigung der mittelbaren Drittwirkung der Meinungsfreiheit nicht gerecht, wenn der Vorrang der Rücksichtnahmepflicht darauf gestützt wird, existenzgefährdende Äußerungen lägen nicht im wohlverstandenen Interesse des Arbeit-

---

<sup>854</sup> Ähnlich: *Amrei Wisskirchen*, Außerdienstliches Verhalten, S. 53 f; *Söllner*, FS Herschel, S. 389, 398; *Zöllner/Loritz*, § 13.I.6; *Kissel*, NZA 1988, 145, 150; *Buchner*, ZfA 1979, 335, 355.

<sup>855</sup> *Walter Lukas*, verdi-Bildungsstätten – ein informativer Briefwechsel, <http://www.labournet.de/diskussion/arbeitsalltag/bildung/lukas.html> [zuletzt abgerufen am 11.9.2007].

nehmers, dessen Arbeitsplatz gefährdet ist, wenn er sein Ziel erreicht<sup>856</sup>. Davon abgesehen, daß nicht jede Schädigung zugleich die Existenz des Arbeitgebers gefährdet, darf der Arbeitnehmer nicht bevormundet werden, indem die Ausübung seiner Meinungsfreiheit als vernünftig oder unvernünftig eingeordnet wird.

Der individuellen Druckausübung resp. Instrumentalisierung der öffentlichen Meinung steht die h.M.<sup>857</sup> wenig wohlwollend gegenüber, weil die Kritik in erster Linie nicht Fragen von öffentlichem Interesse betreffe, sondern das Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zueinander. Grundsätzlich sei dem Arbeitnehmer daher zuzumuten, eine Konfliktlösung im Rahmen dieses Verhältnisses zu suchen. Die Kollision zwischen der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers und seinem Interesse an besseren Arbeitsbedingungen einerseits und den Interessen des Arbeitgebers andererseits kann, anders als bei der Einhaltung von Arbeitsschutzrecht und verwaltungsrechtlichen Vorschriften, dazu o. § 4C.I.4.c.aa.[1], Rn. 596, nicht prozedural gelöst werden. So betrifft z.B. die Kritik an dem Entgeltsystem bei der arbeitgebenden Gewerkschaft verhandelbare Arbeitsbedingungen – die Gewerkschaftsarbeitnehmer und ihre Gewerkschaft sind, anders als die (Gesamt-) Betriebsräte, nicht auf eine interne Auseinandersetzung beschränkt. Für eine Beeinträchtigung des gewerkschaftlichen Rufs infolge des Widerspruchs zwischen Forderung und Verhalten gegenüber den eigenen Arbeitnehmern ist zudem die arbeitgebende Gewerkschaft verantwortlich. Läßt sie einen solchen Widerspruch entstehen, muß sie die öffentliche Diskussion darüber aushalten. 621

## 5. Nebentätigkeits- und Wettbewerbsverbot

### a. Grundsätzliche Zulässigkeit von Nebentätigkeiten

Gerade wegen der ungünstigen – und von den Gewerkschaftsarbeitnehmern auch als unangemessen empfundenen – Arbeitsentgelte liegt aus Sicht der Arbeitnehmer der Gedanke nahe, eine Nebentätigkeit aufzunehmen und so ihre Einkommenssituation zu verbessern. Da sich der Arbeitnehmer – anders als ein Beamter – arbeitsvertraglich nur dazu verpflichtet, bestimmte Dienste innerhalb einer vereinbarten Arbeitszeit zu leisten, sind Arbeitnehmer nicht dazu verpflichtet, dem Arbeitgeber 622

---

<sup>856</sup> MünchArbR/Blomeyer, § 53 Rn. 92; ähnlich: LAG Baden-Württemberg vom 3.2.1987 – 7 (13) Sa 95/86, AiB 1987, 260.

<sup>857</sup> BAG vom 28.9.1972 – 2 AZR 469/71, AP Nr. 2 zu § 134 BGB; Buchner, ZfA 1979, 335, 354 f.; Söllner, FS Herschel, S. 389, 397; Kissel, NZA 1988, 145, 150.

ihre gesamte Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen<sup>858</sup>. Vielmehr schützt Art. 12 GG auch das Recht, Nebentätigkeiten auszuüben. Zwar steht es dem Arbeitnehmer außerhalb der Arbeitszeit grundsätzlich frei, wie er seine Arbeitskraft verwendet<sup>859</sup>; andererseits kann die Berufsfreiheit durch Vertrag eingeschränkt werden<sup>860</sup>. Ohnehin ist dem Arbeitsverhältnis ein Nebentätigkeitsverbot immanent: Aus der allgemeinen Treuepflicht folgt, daß eine Nebentätigkeit des Arbeitnehmers ihn nicht daran hindern darf, seine Haupt- und Nebenpflichten gegenüber seinem Hauptarbeitgeber zu erfüllen<sup>861</sup>.

#### **b. Erlaubnisvorbehalt für Nebentätigkeiten, § 15 AAB DGB**

- 623** Soweit eine arbeitsvertragliche Klausel, so z.B. § 15 AAB DGB, zur Anzeige von Nebentätigkeiten verpflichtet und diese unter einen Erlaubnisvorbehalt stellt, ist diese Beschränkung nur mit Art. 12 GG vereinbar und keine unangemessene Benachteiligung nach § 307 BGB, wenn dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Erlaubnis der Nebentätigkeit eingeräumt wird, welcher nur unter hinreichend klaren und angemessenen Bedingungen entfällt. Geht man demgegenüber davon aus, daß dem Arbeitgeber ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale zusteht, die zu einer Versagung führen können, wirft dies die Frage auf, ob eine tendenzbezogene Ermessensentscheidung oder Normkonkretisierung durch die arbeitgebende Gewerkschaft der gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Anders als den Kirchen steht den Gewerkschaften keine autonome Letztentscheidungsbefugnis darüber zu, was mit den Pflichten aus dem Arbeitsvertrag vereinbar ist und was nicht. Die Zustimmungentscheidung der arbeitgebenden Gewerkschaft ist daher vollständig gerichtlich nachprüfbar. Dabei haben die Arbeitsgerichte aber bei der Auslegung der Versagungsgründe den Tendenzschutz zu berücksichtigen.
- 624** Gegenüber den Gewerkschaften als Tendenzarbeitgebern kann das Recht der Arbeitnehmer, eine Nebentätigkeit auszuüben, umso stärker be-

<sup>858</sup> MünchArbR/*Blomeyer*, § 55 Rn. 3; a.A. *Nikisch*, Arbeitsrecht I, S. 272.

<sup>859</sup> BVerfG (Kammer) vom 15.2.1967 – 1 BvR 569/62 und 589/62, AP Nr. 37 zu Art. 12 GG; BVerfG (Kammer) vom 4.11.1992 – 1 BvR 79/85, NJW 1993, 317; BAG 19.6.1959 – 1 AZR 565/57, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Doppel-arbeitsverhältnis; BAG vom 14.8.1969 – 2 AZR 184/68, AP Nr. 45 zu § 1 ArbKrankhG; BAG vom 18.1.1996 – 6 AZR 314/95, AP Nr. 25 zu § 242 BGB Auskunftspflicht; *Hueck/Nipperdey*, I, S. 204; *Wertheimer/Krug*, BB 2000, 1462, 1462.

<sup>860</sup> BAG vom 13.6.1958 – 1 AZR 491/57, AP Nr. 6 zu Art. 12 GG; BAG vom 26.8.1976 – 2 AZR 377/5, AP Nr. 68 zu § 626 BGB; *Wertheimer/Krug*, BB 2000, 1462, 1464.

<sup>861</sup> *Wertheimer/Krug*, BB 2000, 1462, 1463 f.

schränkt werden, je intensiver ihre Tätigkeit tendenzbezogen ist<sup>862</sup>. Zwar darf eine Gewerkschaftsputzfrau sowohl das Gewerkschaftshaus reinigen als auch in Nebentätigkeit die Räume des Arbeitgeberverbands pflegen<sup>863</sup>, ein Rechtsschutzsekretär kann hingegen nicht gleichzeitig auch für einen Arbeitgeberverband arbeiten.

Anders als ein Anwalt ist der Rechtsschutzsekretär Interessenvertreter und nimmt das besondere Vertrauen der Gewerkschaftsmitglieder in Anspruch, auf ihrer Seite zu stehen. Dieses Vertrauen zu schützen, ist arbeitsvertragliche Nebenpflicht. Eine Nebentätigkeit, welche dieses Vertrauen gefährdet, ist daher zu unterlassen. Zudem stellt eine solche Nebentätigkeit ein außerdienstliches Verhalten dar, welches zu einer personenbedingten Kündigung führen kann<sup>864</sup>, u. § 4E.II.2.b., Rn. 722 ff. Weniger bedenklich ist eine Nebentätigkeit als Anwalt. Ein Rechtssekretär muß dabei allerdings jedes Mandat ablehnen, welches ihn dazu verpflichtet, einen Arbeitgeber gegen ein Mitglied seiner Gewerkschaft oder die Gewerkschaft selbst zu vertreten<sup>865</sup>. Einer anwaltlichen Nebentätigkeit auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts wird jedoch weitgehend das Konkurrenzverbot entgegenstehen (dazu sogleich u.).

Auch wenn der Rechtssekretär z.B. als Strafverteidiger eine Nebentätigkeit aufnehmen möchte, ist dies regelmäßig abzulehnen: Nach der Rechtsprechung des BAG ist es nicht auszuschließen, daß die von einem Rechtssekretär geschuldete Arbeitsleistung sich zeitlich mit der anwaltlichen Nebentätigkeit überschneide, weil der Kläger auch außerhalb der regulären Arbeitszeit Gerichtstermine wahrzunehmen hatte. Deshalb sei zu befürchten, daß der Rechtsschutzsekretär den Interessenwiderstreit vorrangig durch Erledigung der anwaltlichen Tätigkeit löse. Weil die Kollegen seinen Ausfall überbrücken müßten, könnte es zu unzumutbaren Betriebsablaufstörungen kommen<sup>866</sup>.

Das BAG stellt sich dabei auf einen äußerst hypothetischen und äußerst arbeitgeberfreundlichen Standpunkt und legt damit die Klausel zugunsten des DGB erweiternd aus. Im Gegensatz zu anderen Verbotsklauseln ließ § 15 AAB DGB gerade nicht die bloße Besorgnis ausreichen, daß Interessen

<sup>862</sup> Vgl. allgemein für Tendenzarbeitgeber: *Glöckner*, Nebenständigkeitsverbote, S. 108, 123 ff., 127 f.

<sup>863</sup> vgl. *MünchArbR/Blomeyer*, § 52 Rn. 27; *Bock*, Doppelarbeitsverhältnis, S. 36; *Buchner*, AR-Blattei, SD 1830.2 Rn. 51; *MünchKomm/HGB/v. Hoyningen-Huene*, 1996, S. 46; *Schaub*, § 57 Rn. 7; *Wank*, Anm. zu BAG vom 24.6.1999 – 6 AZR 605/97, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Nebenständigkeit unter II.2. (NDR).

<sup>864</sup> Für die Nebenständigkeit eines bei der Caritas angestellten Krankenpflegers als Totengräber: BAG vom 28.2.2002 – 6 AZR 357/01, DB 2002, 1560 f.

<sup>865</sup> *Buchner*, ZfA 1979, 335, 348; *Glöckner*, Nebenständigkeitsverbote, S.127.

<sup>866</sup> BAG vom 21.9.1999 – 9 AZR 759/98, zu I.3., NZA 2000, 723, 724.

des Arbeitgebers beeinträchtigt werden<sup>867</sup>. Dennoch meint das BAG, die Zustimmung dürfe nur dann nicht abgelehnt werden, wenn sich die Kollision als „eine bloße nicht auszuschließende Möglichkeit einer fernliegenden Gefahr der Beeinträchtigung“ darstellt<sup>868</sup>. Ausgerechnet der Umstand, daß Rechtssekretäre auch außerhalb ihrer regulären Arbeitszeit Gerichtstermine für die arbeitgebende Gewerkschaft wahrzunehmen haben, soll hinsichtlich der Vereinbarkeit ihrer Tätigkeit mit einer anwaltlichen Nebentätigkeit zu ihren Lasten gehen. Nur Nebentätigkeiten ohne feste Arbeitszeit, etwa Heimarbeit o.ä., wären potentiell genehmigungsfähig. Gerade weil der DGB seinen Rechtsschutzsekretären Flexibilität abverlangt, sollten umgekehrt die Arbeitsabläufe auch so flexibel organisiert werden können, daß sie einer Nebentätigkeit außerhalb der regulären Arbeitszeit nicht entgegenstehen.

### c. Wettbewerbsverbot

- 628 Ein Spezialfall zum Nebentätigkeitsverbot ist das Wettbewerbs- resp. Konkurrenzverbot<sup>869</sup>, dessen Inhalt sich analog aus §§ 60, 61 HGB ergibt<sup>870</sup>.

#### aa. Wettbewerbsbeschränkung während des Arbeitsverhältnisses

- 629 Während des bestehenden Arbeitsverhältnisses verstärkt resp. konkretisiert das Konkurrenzverbot das Nebentätigkeitsverbot. Unabhängig von der Beeinträchtigung der Arbeitskraft darf ein Gewerkschaftsarbeitnehmer in der gleichen Branche im gleichen Gebiet keine Nebentätigkeit aufnehmen. Ein Gewerkschaftssekretär darf seine spezifischen Kenntnisse der Metallbranche nicht doppelt verwerten, indem er neben seiner Beschäftigung bei der IGM seine Dienste auch der CGM zur Verfügung stellt.
- 630 Anderes könnte für die erwähnte Gewerkschaftsputzfrau gelten. Dies hängt davon ab, ob das Konkurrenzverbot auch bloße Hilfstätigkeiten

<sup>867</sup> AG vom 24.6.1999 – 6 AZR 605/97, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Nebentätigkeit m. Anm. Wank (NDR).

<sup>868</sup> BAG vom 21.9.1999 – 9 AZR 759/98, zu I.3., NZA 2000, 723, 724 mit Verweis auf BAG vom 24.6.1999 – 6 AZR/97, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Nebentätigkeit (NDR).

<sup>869</sup> Ähnlich: BAG vom 16.8.1990 – 2 AZR 113/90, AP Nr. 10 zu § 611 BGB Treuepflicht.

<sup>870</sup> BAG vom 17.10.1969 – 3 AZR 442/68, zu 3a, AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treuepflicht m. zust. Anm. *Canaris*; BAG vom 16.1.1975 – 3 AZR 72/74, zu I.2, AP Nr. 8 zu § 60 HGB; BAG vom 26.3.1965 – 3 AZR 248/63, zu I.5., AP Nr. 1 zu § 306 BGB; BAG vom 25.4.1991 – 2 AZR 624/90, zu B.II.1.b, AP Nr. 104 zu § 626 BGB m.w.N.

erfaßt. Bejaht man dies<sup>871</sup>, dürfte die Gewerkschaftsputzfrau zwar nebenher Räumlichkeiten von Arbeitgeberverbänden pflegen, nicht aber solche einer konkurrierenden Gewerkschaft.

Andererseits ist den Gewerkschaften so wenig wie anderen Arbeitgebern zuzumuten, einen konkreten Wettbewerbsverstoß oder die konkrete Gefahr eines solchen nachzuweisen<sup>872</sup>. Es reicht daher jedes wettbewerbliche Handeln. Schon nach § 60 HGB fehlt es daran, wenn der Arbeitnehmer den Konkurrenten allein durch seine Arbeitsleistung als solche fördert, ohne dazu aus dem Hauptarbeitsverhältnis gewonnenes Sonderwissen einzusetzen<sup>873</sup>. Ansonsten würde das Wettbewerbsverbot funktionswidrig das für sich nicht schützenswerte Interesse des Arbeitgebers an der alleinigen Verwertung der Arbeitskraft des Arbeitnehmers bewirken. 631

Gewerkschaften, z.B. IGM und CGM, konkurrieren programmatisch und auch durch ihre Tarifabschlüsse. Faktisch bedeutsam für die Mitgliederbindung sind aber auch die Gewerkschaftssekretäre. Würden die in der Mitgliederbetreuung eingesetzten Gewerkschaftssekretäre zu einer konkurrierenden Gewerkschaft wechseln und den Mitglieder raten, ebenfalls zu wechseln, kann dies zu erheblichen Mehrheitsverschiebungen in den Betrieben führen. Will eine arbeitgebende Gewerkschaft daher ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot durchsetzen, kann sie ihren Arbeitnehmern eine Karenzenschädigung anbieten. Der Tendenzschutz rechtfertigt keine Abschläge gegenüber der Höhe der Karenzenschädigung nach allgemeinen Regeln, da der Tendenzschutz nicht die fiskalischen Interessen der Gewerkschaften schützt.

### bb. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Auch nachvertragliche Wettbewerbsverbote stehen unter der Bedingung, daß sie dem Schutz eines berechtigten Interesses des Arbeitgebers dienen – § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB gilt insofern für alle Arbeitnehmer<sup>874</sup>. An Inhalt 632

<sup>871</sup> So wohl MünchArbR/*Blomeyer*, § 52 Rn. 2, 4, 49; *Wank*, Anm. zu BAG vom 24.6.1999 – 6 AZR/97, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Nebentätigkeit (NDR); *ders.*, Nebentätigkeit, S. 234 ff.; unklar: BAG vom 16.8.1990 – 2 AZR 113/90, zu III.2.c)–d), AP Nr. 10 zu § 611 BGB Treuepflicht; a.A.: *Krause*, AR-Blattei SD 220.2.1 Rn. 117; *Glöckner*, Nebentätigkeitsverbot, S. 47 m.w.N.

<sup>872</sup> BAG vom 21.9.1999 – 9 AZR 759/98, NZA 2000, 723, 724.

<sup>873</sup> *Buchner*, AR-Blattei SD 1830.2 Rn. 51 ff.; vgl. BAG vom 15.2.1962 – 5 AZR 79/61, AP Nr. 1 zu § 61 HGB. Nach Ansicht des LAG Köln vom 18.12.1995 – 13 Sa 1153/95, AP Nr. 11 zu § 60 HGB, bietet das Wettbewerbsverbot Schutz vor jeglicher Konkurrenz auch bei nur geringer Überschneidung.

<sup>874</sup> BAG vom 2.12.1968 – 3 AZR 402/67, AP Nr. 3 zu § 74a HGB; BAG vom 28.1.1966 – 3 AZR 374/65, AP Nr. 18 zu § 74 HGB; BAG vom 9.9.1968 – 3 AZR 188/67, AP Nr. 22 zu § 611 BGB Konkurrenzklausele.

und Grenzen des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots hat sich auch durch das 3. GewOÄndG vom 24.8.2002 nichts geändert<sup>875</sup>. Über die Verweisungsnormen § 6 Abs. 2 GewO und § 110 GewO gelten die §§ 74-74f HGB nunmehr auch für Arbeitnehmer, die weder Handelsgehilfen noch in einem Gewerbebetrieb beschäftigt sind.

- 633 Kein berechtigtes Interesse stellt das Prinzip der Einheitsgewerkschaft dar. Die Gewerkschaften können daher gewerkschaftliche Konkurrenz, insbesondere die von einer Gruppe von Funktionären betriebene Abspaltung, nicht durch nachvertragliche Wettbewerbsverbote behindern. Daran ändert sich auch nicht etwa dadurch etwas, daß die Gewerkschaften das Prinzip der Einheitsgewerkschaft zu einem ihrer Organisationsprinzipien erhoben und es damit in ihre Tendenz aufgenommen haben. Das verfassungsrechtliche Gebot eines potentiellen Koalitionspluralismus und das Recht der Arbeitnehmer, sich in einer konkurrierenden Gewerkschaft zu organisieren, stehen insofern einem aner kennenswerten Interesse der arbeitgebenden Gewerkschaft entgegen. Zudem sind nachvertragliche Wettbewerbsverbote an eine Karenzentschädigung gekoppelt. Nachvertragliche Wettbewerbsverbotsklauseln in Arbeitsverträgen mit den DGB-Gewerkschaften sind bisher nicht bekannt.

## II. Nebenpflichten der arbeitgebenden Gewerkschaft

- 634 Die arbeitgebenden Gewerkschaften treffen die üblichen arbeitsvertraglichen Nebenpflichten, die sog. Fürsorgepflichten. Diese Fürsorgepflicht kann durch den Tendenzschutz eingeschränkt werden oder sich durch die Besonderheiten der gewerkschaftlichen Kampfgemeinschaft verstärken. Zwar müssen auch die arbeitgebenden Gewerkschaften Urlaub gewähren – aus Tendenzgründen können jedoch die Wünsche der Arbeitnehmer hinsichtlich Lage der Urlaubszeit Einschränkungen erfahren.
- 635 Der Tendenzschutz begründet und verstärkt nicht nur die Nebenpflichten der Gewerkschaftsarbeitnehmer, sondern kann auch die arbeitgeberseitigen Nebenpflichten der Gewerkschaften im Vergleich zu anderen Arbeitgebern beschränken oder modifizieren.

### 1. Erholungsurlaub und Tendenz

- 636 Die arbeitgebenden Gewerkschaften haben – wie andere Arbeitgeber auch – die Nebenpflicht<sup>876</sup>, ihre Arbeitnehmer für einen bestimmten Zeitraum

<sup>875</sup> Perreng, AiB 2002, 521, 522.

<sup>876</sup> MünchArbR/Leinemann, § 89 Rn. 7 f.; vgl. BAG vom 24.11.1987 – 8 AZR 140/87, AP Nr. 41 zu § 7 BUrlG Abgeltung; anders wohl Buchner, DB 1982, 1825.

von der Arbeitspflicht zu Erholungszwecken freizustellen<sup>877</sup>. Hinsichtlich der Lage der Urlaubszeit muß auch die Gewerkschaft als Arbeitgeberin die Wünsche ihrer Arbeitnehmer berücksichtigen und darf von diesen nur abweichen, wenn dringende betriebliche Belange dem Wunsch entgegenstehen, § 7 Abs. 1 BUrlG. In erwerbswirtschaftlichen Unternehmen wird dies insbesondere für Saison- oder Kampagneunternehmen angenommen<sup>878</sup> oder wenn aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen (z.B. Ausfall einer Maschine) ansonsten Kurzarbeit angeordnet werden müßte<sup>879</sup>. Im Gewerkschaftsarbeitsverhältnis gilt zwar auch das Dringlichkeitserfordernis; andererseits können sich dringliche betriebliche Erfordernisse hier schon aus der Tendenzverwirklichung herleiten lassen: So kann ein Gewerkschaftsarbeitnehmer auch dann keinen Urlaub während der Schulferien verlangen, wenn die arbeitgebende Gewerkschaft in diesem Zeitraum einen Arbeitskampf führt und die Tätigkeit des Arbeitnehmers damit zusammenhängt. Gleiches gilt für einen Rechtsschutzsekretär, wenn es etwa wegen einer Kündigungswelle zu einem hohen Rechtsbesorgungsbedarf der Gewerkschaftsmitglieder kommt. Anders als bei angestellten Anwälten schlägt hier die Tendenz des Gewerkschaftsarbeitsverhältnisses durch.

Zumindest dem Gesetzeswortlaut zufolge findet keine Abwägung statt: 637  
Sofern die Schwelle eines dringenden betrieblichen Belanges erreicht ist, kommt es nicht mehr darauf an, wie gut der Wunsch des Arbeitnehmers begründet ist<sup>880</sup>. Umgekehrt verhält es sich bei Widerruf und Rückruf aus dem Urlaub. Beides ist nach h.M. unzulässig und kann auch nicht durch dringende betriebliche Belange gerechtfertigt werden, so daß es zu einer Abwägung gar nicht erst kommt<sup>881</sup>. Gleiches gelte wegen § 13 BUrlG für

<sup>877</sup> St. Rspr. seit BAG vom 28.1.1982 – 6 AZR 571/79, AP Nr. 11 zu § 3 BUrlG Rechtsmissbrauch; BAG vom 8.3.1984 – 6 AZR 600/82, AP Nr. 14 zu § 3 BUrlG Rechtsmissbrauch; BAG vom 7.7.1988 – 8 AZR 198/88, AP Nr. 23 zu § 11 BUrlG; demgegenüber wird der Urlaubsanspruch in der Literatur teilweise als Hauptpflicht angesehen: GK-BUrlG/*Bleistein*, § 1 Rn. 9; *Neumann/Dersch*, BUrlG, § 1 Rn. 68; wie die Rspr. dagegen: MünchArbR/*Leinemann*, § 89 Rn. 3, 5.

<sup>878</sup> *Hromadka/Maschmann*, Individualarbeitsrecht, § 8 Rn. 150.

<sup>879</sup> *Neumann/Dersch*, BUrlG, § 7 Rn. 15; vgl. LAG Berlin vom 20.5.1985 – 9 Sa 38/85, AuR 1986, 217

<sup>880</sup> So wohl auch: *Gaul/Boewer*, S. 38; *Schelp/Herbst*, § 7 Rn. 21; a.A.: *Neumann/Dersch*, BUrlG, § 7 Rn. 12; ArbG Hamm vom 10.4.1983 – 1 Ga 7/83, DB 1983, 1553; GK-BUrlG/*Bachmann*, § 7 Rn. 15; *Kammann/Ziepke/Weinspach/Meisel*, BUrlG, § 7 Rn. 2, 5; *Leinemann/Linck*, BUrlG, § 7 Rn. 28.

<sup>881</sup> BAG vom 20.6.2000 – 9 AZR 405/99, EzA § 1 BUrlG Nr. 23; *Leinemann/Linck*, BUrlG, § 7 Rn. 55; *ErfKomm/Dörner*, § 7 BUrlG Rn. 43; GK-BUrlG/*Bachmann*, § 7 Rn. 50; *ErfKomm/Dörner*, § 7 BUrlG Rn. 43; MünchArbR/*Leinemann*, § 89 Rn. 87; unentschieden: *Natzel*, BUrlG, § 7 Rn. 39 ff.; a.A.: BAG vom 19.12.1991 –

eine Vereinbarung, den Urlaub zu verlegen, und zwar selbst dann, wenn sich der Arbeitgeber bei der Festlegung des Urlaubs den Widerruf vorbehalten hat. Allein für den Fall, daß „unvorhersehbare und zwingende Notwendigkeiten keinen anderen Ausweg zulassen“, lehnt zumindest das BAG derzeit eine Ausnahme nicht ausdrücklich ab<sup>882</sup>.

- 638 Sofern es das Normalarbeitsverhältnis betrifft, läßt sich über diese urlaubsrechtliche Frage streiten; für das Gewerkschaftsarbeitsverhältnis als Tendenzarbeitsverhältnis ist aber eine Modifikation erforderlich. Dies ergibt sich schon aus dem Vergleich mit dem Kirchenarbeitsverhältnis: Einem Missionsträger kann nicht versagt werden, im Einvernehmen mit der arbeitgebenden Kirche seinen Urlaub abzubuchen und den Resturlaub zu verschieben. Dafür bräuchten die Kirchen und ihre Arbeitnehmer nicht einmal einen dringenden betrieblichen Grund, weil die sozialpolitischen Zwecke des BUrlG keine Rechtfertigung für einen Eingriff in die Religionsbetätigungsfreiheit des Kirchenarbeitnehmers hergeben. Aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WmRV ergibt sich insofern nichts anderes.
- 639 Auch wenn die Koalitionen keine vergleichbare Regelungsautonomie innehaben wie die Kirchen, ergibt sich auch für sie aus ihrer verfassungsrechtlichen Stellung eine urlaubsrechtliche Sonderstellung: Kommt es zu einer Massenkündigung und damit zu einem erhöhten Arbeitsbedarf einer Rechtsschutzstelle, so müssen Rechtsschutz-GmbH und der Rechtsschutzsekretär den Urlaub einvernehmlich verschieben bzw. unterbrechen dürfen. Dann liegt allerdings auch ein dringendes betriebliches Erfordernis vor. Wenn dieses Erfordernis zudem einer Abwägung gegen die Arbeitnehmerinteressen standhält, hat die arbeitgebende Gewerkschaft auch einen Anspruch darauf, daß der Tendenzträger der Urlaubsverlegung/Rückkehr zustimmt<sup>883</sup>. Daß die Urlaubserteilung als Gestaltungs-erklärung bedingungs- und widerrufsfeindlich ist<sup>884</sup>, steht dem nicht entgegen; Widerruf resp. Rückruf sind dann als Antrag gerichtet auf Abschluß eines Urlaubsänderungsvertrags anzusehen.

## 2. Schutz der Persönlichkeit

- 640 Das verfassungsrechtlich verbürgte allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer findet wegen der mittelbaren Drittwirkung besondere Be-

2 AZR 367/91, AuR 1992, 221; *Neumann/Dersch*, BUrlG, § 7 Rn. 37 ff.; *Leinemann*, FS Stahlhacke, S. 317; *Leinemann*, BB 1995, 1954.

<sup>882</sup> BAG vom 20.6.2000 – 9 AZR 405/99, zu II.2.b.aa), EzA § 1 BUrlG Nr. 23; a.A.: *Leinemann/Linck*, BUrlG, § 7 Rn. 55.

<sup>883</sup> Vgl. *Hromadka/Maschmann*, Individualarbeitsrecht, § 8 Rn. 147, S. 308.

<sup>884</sup> *Hromadka/Maschmann*, Individualarbeitsrecht, § 8 Rn. 147, S. 308.

rücksichtigung bei der auf § 242 BGB gestützten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Auch die arbeitgebenden Gewerkschaften müssen daher grundsätzlich die freie Entfaltung der Persönlichkeit ihrer Arbeitnehmer schützen und fördern, vgl. § 75 BetrVG sowie Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre unterlassen.

## **D. Haftung**

Durch das Arbeitsverhältnis kommen die Rechtsgüter der Gewerkschaften und die ihrer Arbeitnehmer in engen Kontakt. Dadurch entsteht ein erhebliches Risiko, daß durch Fehlverhalten der Gewerkschaftsarbeitnehmer die Rechtsgüter der arbeitgebenden Gewerkschaft, ihrer Mitglieder oder der sozialen Gegenspieler verletzt werden. Das wirft die Frage auf, ob und wie die Gewerkschaftsarbeitnehmer der arbeitgebenden Gewerkschaft haften bzw. ihnen bei Inanspruchnahme durch geschädigte Dritte Freistellungsansprüche gegen die Gewerkschaft zustehen. Hinsichtlich der Haftung der Gewerkschaften gegenüber ihren Arbeitnehmern und auch umgekehrt stellt sich die Frage, wie es sich auswirkt, daß von Gewerkschaften als Kampfverbänden auch intern eine besondere Solidarität erwartet wird. 641

### **I. Arbeitsunfallhaftung der Gewerkschaft gegenüber ihren Arbeitnehmern**

Die Gewerkschaften sind, ebenso wie andere Arbeitgeber, Zwangsschuldner der gesetzlichen Unfallversicherung. Für fahrlässige Personenschäden infolge eines Arbeitsunfalls werden daher auch die Gewerkschaften als Arbeitgeber gemäß § 104 Abs. 1 SGB VII enthaftet. Die Gewerkschaften haben dadurch aber nicht etwa ein geringeres Interesse an Unfallprävention. Da sie bei der Verwaltungs-Berufsgenossenschaft (VBG) eine eigene Gefahrentarifstelle haben, Nr. 29<sup>885</sup>, werden sie anders als hinsichtlich des Insolvenzgeldrisikos, o. § 4B.I.5.c., Rn. 502, nicht durch eine erzwungene Solidargemeinschaft mit anderen Arbeitgeber entlastet. 642

### **II. Schadensverursachung durch Gewerkschaftsarbeitnehmer**

Für die Gewerkschaftsarbeitnehmer gibt es keine Zwangsberufshaftpflichtversicherung. Auch gewissenhaft und sorgfältig arbeitende Gewerkschaftssekretäre sind nicht unfehlbar. Gerade bei den gewerkschaftlichen Entscheidungsträgern und den Rechtssekretären ist aber das Risiko von schadensträchtigen Fehlentscheidungen und Fehlern besonders hoch: 643

---

<sup>885</sup> Näheres zur VBG: [www.vbg.de](http://www.vbg.de) [zuletzt abgerufen am 11.9.2007] vom 4.8.2002. Mitglied im VBG können u.a. Banken, Versicherungen, Verwaltungen, Vereine und Kirchen werden.

### 1. Rechtssekretäre

- 644 Im Rechtsschutzbereich kommt es immer wieder vor, daß Mitglieder ihre Ansprüche nicht oder nur teilweise durchsetzen können, weil die Verbandsbevollmächtigten Fristen verstreichen ließen<sup>886</sup>, Ansprüche nicht erkannt haben<sup>887</sup> usw.<sup>888</sup>. Die Arbeitnehmer müssen sich das Verschulden ihrer gewerkschaftlichen Prozeßvertreter gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zu-rechnen lassen<sup>889</sup>. Damit einhergehend sind an die Sorgfalt der Gewerkschaften bei der Rechtsberatung und -besorgung grundsätzlich keine geringeren Anforderungen zu stellen als bei einem Rechtsanwalt<sup>890</sup>. Erledigt die Gewerkschaft die Rechtsbesorgung durch eigene Rechtsschutzsekretäre, haftet sie daher direkt nach §§ 280, 278, 276 BGB.
- 645 Beauftragt die Gewerkschaft den DGB bzw. die DGB Rechtsschutz GmbH, entspricht ihre rechtliche Stellung der eines den Verkehr der Partei mit dem Prozeßbevollmächtigten führenden Korrespondenzanwalts. Aus Sicht des geschädigten Mitglieds heißt das: Verliert es seinen Prozeß durch eine schuldhaftige Sorgfaltspflichtverletzung der Rechtssekretäre des DGB bzw. der DGB Rechtsschutz GmbH, kann es von diesen Schadensersatz verlangen, wenn seine Gewerkschaft – was der bisherigen Praxis entspricht – mit dem DGB bzw. der DGB Rechtsschutz GmbH einen Vertrag zugunsten des Mitglieds geschlossen hat, § 328 BGB<sup>891</sup>. Das Mitglied kann sich aber auch weiter an seine Gewerkschaft halten: Sie bleibt trotz Beauftragung des DGB Rechtsschutzschuldner und haftet nach §§ 278, 276 BGB für das Verschulden der von ihr eingesetzten Erfüllungsgehilfen<sup>892</sup>. Die Einzelgewerkschaft kann den ihr daraus entstehenden Schaden vom DGB ersetzt verlangen, §§ 670, 280 BGB. Der DGB kann sich dann seinerseits an die DGB-Rechtsschutz GmbH wenden. Am Ende der Regreßkette steht der Rechtsschutzsekretär, welcher der DGB-Rechtsschutz GmbH gem. §§ 611, 280 BGB zum Schadensersatz verpflichtet ist.

<sup>886</sup> OLG Düsseldorf vom 5.7.1979 – 18 U 76/79, AP Nr. 1 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter; LG München vom 22. 3. 2001 – 31 S 10537/00, NZA-RR 2002, 589.

<sup>887</sup> BGH vom 26.2.1981 – 7 ZR 50/80, AP Nr. 1 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter.

<sup>888</sup> Vgl. nur BGH vom 8.5.2000 – 2 ZR 182/98, NJW-RR 2000, 1372; BGH vom 10.1.2002 – 3 ZR 62/01, AP Nr. 17 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter.

<sup>889</sup> § 85 Abs. 2 ZPO ist nach allgemeiner Meinung anwendbar: *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG, § 11 Rn. 93; *Grunsky*, ArbGG, § 11 Rn. 13; *Francken*, Prozeßbevollmächtigten, S. 68; *GK-ArbGG/Bader*, § 11 Rn. 89.

<sup>890</sup> BGH vom 26.2.1981 – 7 ZR 50/80, NJW 1981, 1553.

<sup>891</sup> BGH vom 10.1.2002 – 3 ZR 62/01, AP Nr. 17 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter.

<sup>892</sup> So schon OLG Düsseldorf vom 5.7.1979 – 18 U 76/79, AP Nr. 1 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter.

Unmittelbar haftet die Gewerkschaft trotz Beauftragung des DGB bzw. der DGB Rechtsschutz GmbH, wenn dem Mitglied der Schaden daraus erwächst, daß die Gewerkschaft im Verkehr mit dem DGB bzw. der DGB Rechtsschutz GmbH ihre Sorgfaltspflichten verletzt, z.B. wenn sie nach einem klageabweisenden erstinstanzlichen Urteils nach Belehrung und Übersendung der Handakte nicht fristgerecht entscheidet, ob Berufung eingelegt werden soll. Auch sie kann dann gegen die dafür verantwortlichen Gewerkschaftsarbeitnehmer vorgehen und nach §§ 611, 280 BGB Schadensersatz verlangen. 646

Die Rechtsschutzsekretäre der DGB Rechtsschutz GmbH und ihre Kollegen bei den Einzelgewerkschaften sowie die mit Rechtsschutz befaßten Sachbearbeiter bei den Gewerkschaften tragen also nicht nur eine hohe Verantwortung, sondern auch ein persönliches Haftungsrisiko. Gerade bei Kündigungsschutzstreitigkeiten kommt es dabei auch zu hohen Schadenssummen, vgl. § 628 BGB. 647

## 2. Sprecher und Sekretäre mit externer Kommunikation

### a. Gefahrneigung der Tätigkeit

Gerade in der Außenkommunikation einer Gewerkschaft ist von den Verfassern eine emotionalisierende Sprache gefordert, um die Mitglieder, potentielle Mitglieder und die öffentliche Meinung auf die Seite der arbeitgebenden Gewerkschaft zu ziehen. Das führt aber auch zu Haftungsrisiken: 648

Im März 2005 veröffentlichte *Harald Reutter* als Verantwortlicher im Sinne des PresseG für ver.di eine Pressemitteilung, in der er einem Unternehmen tlw. wahrheitswidrig vorwarf: „Erstmals hat die [...] -Tochter [...] in Thüringen die Angst der Beschäftigten um ihren Arbeitsplatz ausgenutzt, um Tarifnormen und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu unterlaufen. ver.di-Bundesvorstandsmitglied Franziska Wiethold wertet diesen Verstoß gegen bisher von [...] akzeptierte Rechtsnormen als grundsätzlichen Konflikt, den die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) nicht auf sich beruhen lassen wird. [...] die Arbeitgeber erklärten daraufhin einseitig das Scheitern der Verhandlungen und setzten kurz danach die Beschäftigten unter Vorspiegelung falscher Tatsachen unter Druck.“<sup>893</sup> 649

In einem weiteren Beispiel<sup>894</sup> musste der BGH entscheiden. Die IG Medien gab die „kulturpolitische Zeitschrift“ *Kunst+Kultur* heraus. Im Heft 1/99 650

---

<sup>893</sup> Vgl. ver.di-Pressemitteilung vom 8.3.2005 – <http://presse.verdi.de/pressemitteilungen/showNews?id=5baa562c-8fe2-11d9-433d-003048429d94>.

<sup>894</sup> BGH vom 29.1.2002 – 6 ZR 20/01, NJW 2002, 1192.

erschien der Artikel „Dem Autor in die Tasche gefaßt“, in dem ein Autor, der in verlagsvertragliche Beziehungen zu dem Zuschußverlag F. getreten war, scharfe und abwertende Kritik am F.-Verlag äußerte und diesen mit einem betrügerischen Käsehändler verglich. Der F.-Verlag verklagte die IG Medien, den verantwortlichen Redakteur und den Autor auf Schadensersatz.

- 651 Demgegenüber zeigt ein weiterer, vom BGH<sup>895</sup> entschiedener Fall die Gefahrneigung, wenn spontan vor einer großen Anzahl von Menschen eine Ansprache gehalten werden muß: Auf einer Demonstration von etwa 200 Rettungsassistenten und Rettungssanitätern aus Baden-Württemberg am 1.12.1998 vor dem Gebäude des Sozialministeriums Baden-Württemberg gegen die – zwischenzeitlich am 1.1.1999 in Kraft getretene – Neufassung des Rettungsdienstgesetzes Baden-Württemberg vom 16.7.1998 äußerte sich die stellvertretende ÖTV-Landesvorsitzende u.a. wie folgt: „Da sitzt qualifiziertes Personal in der Rettungswache fest, während die Privaten sich die Rosinen im Krankentransport aus dem Kuchen picken.“ Das betroffene Unternehmen hätte gegen ver.di und gegen auch *Harald Reutter* auf Widerruf und Unterlassung klagen können<sup>896</sup>, wodurch Letzterem nicht unerhebliche Prozeßkosten entstanden wären. Der Zuschußverlag ist diesen Weg gegangen. Der Bundesverband privater Rettungs- und Krankentransporte nahm nur die ÖTV auf Unterlassung dieser Äußerung in Anspruch.
- 652 Schadensersatzfähig sind gemäß § 824 BGB sämtliche Aufwendungen, die der Geschädigte für objektiv zweckmäßig halten darf, um drohende Nachteile zu vermeiden. Kommt es zu Umsatzeinbußen kann auch daraus ein Schadensersatzanspruch aus §§ 824, 252 BGB i.V.m. § 287 ZPO resultieren. Greifen die Aussagen einzelne Personen heraus, wie dies bei Angriffen ver.dis gegen Unternehmerpersönlichkeiten, z.B. *Anton Schlecker*, *Dieter Schwarz*, der Fall ist, droht eine Schmerzensgeldklage.

#### **b. Gratwanderung zur Schmähhkritik**

- 653 Die arbeitgebenden Gewerkschaften und wohl auch deren Mitglieder erwarten aber von den Gewerkschaftsarbeitnehmern in Auseinandersetzungen mit dem sozialen Gegenspieler eine deutliche, emotionsgeladene und aggressive Sprache. Gefragt sind weniger ein sorgsames Abwägen, sondern auch und gerade polemische Angriffe.

<sup>895</sup> BGH vom 28.3.2000 – 6 ZB 31/99, NJW 2000, 2358.

<sup>896</sup> Zum Rechtsweg in solchen Fällen: BAG vom 29.10.2001 – 5 AZB 44/00, NZA 2002, 166; BGH vom 28.3.2000 – 6 ZB 31/99, a.a.O.

Das Risiko, auf Unterlassung, Widerruf oder Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, ist auch nur scheinbar dadurch verringert, daß der BGH dem Äußernden wegen Art. 5 Abs. 1 GG einen weiten Spielraum einräumt: Zum einen ist nach st. Rspr. wertende Kritik, auch wenn sie scharf und überzogen formuliert ist, von dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit gedeckt und kann nur unter engen Voraussetzungen als unzulässige Schmähkritik angesehen werden<sup>897</sup>. Auch eine „überzogene, ungerechte oder gar ausfällige Kritik“ soll für sich noch keine Schmähung sein<sup>898</sup>. Die Meinungsäußerung finde ihre Grenze somit erst dort, wo es sich um reine Schmähkritik oder Formalbeleidigung handelt oder die Kritik die Menschenwürde antastet. Zu diesem großzügigen Maßstab kommt hinzu, daß der BGH bei jeder Äußerung auch den Gesamtzusammenhang berücksichtigt und diese somit auch dann noch dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG unterfällt, wenn Tatsachen und Meinungen zwar vermengt werden, die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens und Meinens aber prägend bleiben<sup>899</sup>. Da dem BGH zufolge „auch nicht außer acht gelassen werden darf, daß sich ein Gewerbetreibender kritische Einschätzungen seiner Leistungen in aller Regel gefallen lassen muß“<sup>900</sup>, wird sich ein Arbeitgeber entsprechend kritische Einschätzungen seiner Tarif- und Personalpolitik gefallen lassen müssen.

Dennoch bleiben die Gewerkschaftsarbeitnehmer bei der Äußerung solcher Kritik nicht unerheblichen Risiken ausgesetzt: Aufgrund der Gewöhnung an die Polemik in der Auseinandersetzung mit den Arbeitgebern verschiebt sich auch die Erwartungshaltung entsprechend der Grenze zur Schmähkritik. Von den Gewerkschaftsarbeitnehmern wird daher häufig erwartet, daß sie die Grenze des Zulässigen voll ausschöpfen.

### 3. Tarifsekretäre

Tarifsekretäre, die Tarifforderungen aufstellen, einer Tarifkommission vorsitzen, Verhandlungen führen und im Falle des Scheiterns der Verhandlungen Arbeitskämpfmaßnahmen einleiten, tragen besonders viel Verantwortung. Die fehlerhafte Einschätzung der Rechtslage kann leicht zu erheblichen Schadensersatzansprüchen eines bestreikten Arbeitgebers

<sup>897</sup> BGH vom 29.2.2002 – 6 ZR 20/01, NJW 2002, 1192.

<sup>898</sup> BGH vom 12.10.1993 – 6 ZR 23/93, VersR 1994, 57, 59; BGH vom 7.12.1999 – 6 ZR 51/99 – VersR 2000, 327, 330; BGH vom 30.5.2000 – 6 ZR 276/99, VersR 2000, 1162, 1163 m.w.N.

<sup>899</sup> St. Rspr. zuletzt BGH vom 30.9.2003 – VI ZR 89/02, NJW 2004, 596, 597 f., grundlegend: BGH vom 30.1.1996 – 6 ZR 386/94, BGHZ 132, 13, 20; BGH vom 16.06.1998 – 6 ZR 205/97, BGHZ 139, 95, 101.

<sup>900</sup> BGH vom 21.4.1998 – 6 ZR 196/97, BGHZ 138, 311, 320.

führen, z.B. wenn der Streik wegen unzulässiger Forderungen oder wegen Verletzung der Friedenspflicht rechtswidrig ist.

- 657 Zwar ist bei fast allen Gewerkschaften ein Streik nur mit Zustimmung des Bundesvorstands zulässig, so daß dieser auch die Letztverantwortung dafür trägt. Das wird aber nicht in allen Fällen zu einer Enthaltung der Tarifsekretäre führen, die den Streik konkret planen. Schätzt ein Tarifsekretär die Rechtslage falsch ein bzw. unterläßt er es, die Rechtsabteilung der Gewerkschaft zu befragen, wird der Bundesvorstand in der Beschlußvorlage nur unzureichend informiert. Entscheidet der Bundesvorstand aufgrund dessen für die Durchführung von Urabstimmung und ggf. Streik und stellt sich dieser dann als rechtswidrig heraus, kann der bestreikte Arbeitgeber die Gewerkschaft nach §§ 823, 31 BGB auf Schadensersatz verklagen, und die Gewerkschaft könnte dann vom Tarifsekretär dem Grunde nach Schadensersatz gemäß § 280 BGB verlangen.
- 658 Ähnlich verhält es sich, wenn ein Tarifsekretär ungeschickt verhandelt und durch seine Fehler eine kostenträchtige weitere Streikrunde und einen schlechteren Tarifabschluß verursacht. Zwar wird zumeist die Kausalität nur schwer nachweisbar sein. Schätzt der mit der Durchführung und Leitung des Streiks beauftragte Gewerkschaftsarbeitnehmer die Kampfbereitschaft der Arbeitnehmer zu hoch oder die der Arbeitgeber zu niedrig ein oder verhandelt er ungeschickt, so wird die arbeitgebende Gewerkschaft oft nicht nachweisen können, ob und wie sie sich anders verhalten hätte, wenn der Tarifsekretär sie aufgrund sorgfältigerer Arbeit besser informiert hätte und welche Schäden dann nicht entstanden wären.
- 659 Aber auch bei der Durchführung eines Streiks fällt der Streikleiter Risikoentscheidungen: Ist die Gasse zwischen den Streikenden zu schmal oder zu niedrig, werden Arbeitswillige genötigt oder Arbeitgebereigentum mißachtet, kann eine falsche Entscheidung Schadensersatzansprüche nach sich ziehen.
- 660 Bisher haben die Arbeitgeber und ihre Verbände – soweit ersichtlich – noch nie einzelne Gewerkschaftsarbeitnehmer auf Schadensersatz in Anspruch genommen<sup>901</sup>. Ein Grund mag in der geringen finanziellen Leistungsfähigkeit der einzelnen Gewerkschaftsarbeitnehmer liegen. Zur Schadensdeckung mögen solche Klagen daher unproduktiv sein. Die Arbeitgeberseite könnte ihre Schadensersatzansprüche aber auch aus general- und spezialpräventiven Gründen gegen die Gewerkschaftsarbeitnehmer richten. Wenn gegen einen Streikleiter bis zu seiner nach § 850f Abs. 2 ZPO herabgesetzten Pfändungsfreigrenze vollstreckt wird

---

<sup>901</sup> Erfolgreich hingegen die Schadensersatzklage gegen die ÖTV, BAG vom 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734.

oder dieser erst nach einer Klage gegen die arbeitgebende Gewerkschaft teilweise freigestellt wird, mag das zu einer deutlichen Disziplinierung der Gewerkschaftsarbeitnehmer führen.

### III. Verschulden bei Schadensersatzansprüchen der arbeitgebenden Gewerkschaft

Macht eine Gewerkschaft Schadensersatzansprüche gegen einen Gewerkschaftssekretär geltend, könnte diesem hinsichtlich des Verschuldens § 619a BGB helfen. 661

#### 1. § 619a BGB und Tendenzschutz

Fraglich ist, inwieweit sich die Gewerkschaftsarbeitnehmer z.B. darauf berufen können, es fehle am erforderlichen Verschulden. Die in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB normierte widerlegliche Vermutung des Verschuldens, gilt im Arbeitsverhältnis wegen § 619a BGB nicht. Eine Ausnahme von dieser Regelung zugunsten von Tendenzunternehmen ist nicht ausdrücklich vorgesehen. In Betracht käme aber, die Geltung des § 619a BGB für die arbeitgebenden Gewerkschaften aus Tendenzschutzgründen anzuzweifeln: 662

Nach den allgemeinen Regeln der Beweislast müßte der Schadensersatzgläubiger die seinen Anspruch begründenden Umstände beweisen, aus denen sich das Verschulden des Schuldners ergibt. Dabei geriete er regelmäßig in Beweisnot, weil er Umstände aus der Sphäre des Schuldners darlegen und beweisen müßte, die dessen Verschulden begründen. Daher soll § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB demjenigen, der beweisnäher ist und deshalb über ein Verschulden eher Auskunft geben kann, die Beweislast auferlegen<sup>902</sup>. Wenn BAG und nunmehr der Gesetzgeber mit der Rückausnahme in § 619a BGB die Verschuldensvermutung bei der Arbeitnehmerhaftung ablehnen, folgt dies aus der typisierten Betrachtung, daß es in Arbeitsverhältnissen nicht zu dieser Beweisnot des Schadensersatzgläubigers komme: Durch die Organisation der Arbeitsumgebung und die Bestimmung der Art und Weise der Leistungserbringung *qua* Direktionsrecht habe der Arbeitgeber regelmäßig Einblick in und Einfluß auf den schadensbegründenden Geschehensablauf. Außerdem sei § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB Ausdruck des vom Schuldner übernommenen Leistungsrisikos – im Arbeitsverhältnis sei aber dem Arbeitgeber wegen seiner Organisationsmöglichkeiten ein erhöhtes Risiko zugewiesen, was nicht nur die materiell-rechtliche Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung 663

---

<sup>902</sup> BAG vom 30.6.1960 – 2 AZR 403/58, unter II.2), AP Nr. 20 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.; BAG vom 22.5.1997 – 8 AZR 562/95, zu III.2, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Mankohaftung; BGH vom 13.12.1951 – 4 ZR 123/51, BGHZ 4, 192, 195.

rechtfertige, sondern sich auch nicht damit vertragen, dem Arbeitnehmer bei der Beweislast aufzubürden, ein vermutetes Verschulden zu widerlegen<sup>903</sup>.

- 664 Zur Koalitionsfreiheit gehört aber gerade auch, eine Organisation der assoziativen Selbsthilfe zu schaffen und die Möglichkeiten eines arbeitsteiligen Betriebs für die Vertretung der Mitgliederinteressen nutzbar zu machen. Wenn nun gerade an diesen Umstand die Rückverschiebung der Beweislast zu Lasten der arbeitgebenden Gewerkschaft ansetzt, liegt scheinbar ein Eingriff in die geschützte Tendenz vor. Für das kirchliche Arbeitsverhältnis mag durchaus zweifelhaft sein, ob § 619a BGB einer verfassungskonformen Einschränkung bedarf. Dies wäre wohl zu bejahen, wenn bestimmte Dogmen oder Glaubenssätze eine Haftung bzw. Rechenschaftspflicht der Mitglieder gegenüber der Kirche vorsehen<sup>904</sup>.
- 665 Die Koalitionen sind jedoch nicht in ihrer Koalitionsfreiheit betroffen. Daß eine arbeitgebende Gewerkschaft in einem Schadensersatzprozeß das Verschulden ihres Arbeitnehmers darlegen und beweisen muß, bleibt ohne Auswirkung auf ihre koalitionspolitische Bestimmung. Es handelt sich um ein bloßes Erschweren der Schadensliquidation, welches allein das wirtschaftliche Austauschverhältnis der Arbeitsvertragsparteien betrifft. Den arbeitgebenden Gewerkschaften ist § 619a BGB nicht weniger zuzumuten als anderen Arbeitgebern, da die Regelung es ihnen nicht erschwert, ihre Tendenz zu bestimmen und zu verfolgen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß möglicherweise erboste Mitglieder, die einen bestimmten Gewerkschaftsarbeitnehmer für schuldig halten, materielle Konsequenzen für den Schuldigen fordern. Bei der sog. Druckkündigung mag dies durchschlagen – diese ist dann aber auch die abschließende Sanktion. Auch bei Gewerkschaften als Tendenzarbeitgeber gilt somit § 619a BGB uneingeschränkt.
- 666 Allerdings gelten im Einklang mit den vom BAG entwickelten Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast, daß keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, wenn das schädigende Ereignis näher am Arbeitnehmer als am Arbeitgeber gelegen hat<sup>905</sup>. Das wird bei den Gewerkschaftssekretären oft der Fall sein. Je eigenständiger sie planen und verhandeln, desto weniger Einblick hat die arbeitgebende Gewerkschaft in diese Vorgänge. Vom Arbeitgeber vorgetragene Indizien, die auf ein haftungsbegründendes Verschulden des Arbeitnehmers hinweisen, sind sorgfältig zu würdigen. Unterläßt es der Arbeitnehmer, sich zu den

---

<sup>903</sup> BAG vom 17.9.1988 – AZR175/97, zu II.2.c)aa), NZA 1999, 141.

<sup>904</sup> So auslegbar z.B. das Gleichnis in Lukas 19, 11.

<sup>905</sup> BAG vom 17.9.1998 – 8 AZR175/97, zu B.II.2.c)aa), NZA 1999, 141.

konkreten Umständen des Schadensfalls zu erklären, läßt es das BAG zu, daß „daraus entsprechende Schlüsse gezogen werden“<sup>906</sup>.

## 2. Unverschuldeter Rechtsirrtum

Bei den Gewerkschaftsarbeitnehmern, die sich dienstlich öffentlich äußern, und bei den Tarifsekretären kommt ein unverschuldeter Irrtum über die rechtlichen Grenzen in Betracht. Allerdings kann auch von ihnen erwartet werden, daß sie sich mit der für ihren Tätigkeitskreis relevanten Rechtslage vertraut gemacht haben. Dementsprechend schwierig wird es sein, einen unverschuldeten Rechtsirrtum hinreichend substantiiert darzulegen und zu beweisen. Insbesondere wenn der Arbeitgeber einem Tarifsekretär unter Angabe von Gründen mitteilt, er halte den Streik für rechtswidrig, wird sich der Tarifsekretär allenfalls dann noch auf fehlendes Verschulden berufen können, wenn er vor weiteren Maßnahmen Rechtsrat aus sachkundiger Quelle einholt. 667

## 3. Handeln auf Weisung

Fraglich ist auch, ob das Verschulden des einzelnen Gewerkschaftsarbeitnehmers entfällt, wenn er auf Weisung handelt. Insbesondere die Tarifsekretäre und die Pressesprecher werden häufig aufgrund enger Vorgaben handeln, die ihnen nur geringen Ermessensspielraum lassen: Wird der Streikleiter angewiesen, einen Streik durchzuführen, mit dem eine unzulässige Forderung durchgesetzt werden soll, bleibt dem Streikleiter nur die Befehlsverweigerung. 668

Die Gewerkschaftsarbeitnehmer befinden sich somit in einem Zwiespalt: Handeln sie einer rechtmäßigen Anordnung zuwider, verletzen sie ihre Arbeitspflicht, o. § 4B.II, Rn. 506 ff. Gerade Tendenzträgern könnte das zudem als mangelnde Identifikation mit der Tendenz und fehlendes Engagement ausgelegt werden. Folgt der Gewerkschaftsarbeitnehmer einer rechtswidrigen Weisung, riskiert er Schadensersatzansprüche und strafrechtliche Sanktionen, u. § 4D.VI.1., Rn. 683 f. Allein daß der Gewerkschaftsfunktionär von einem Vorgesetzten eine solche Weisung bekommt, führt aber für sich noch nicht zum Wegfall des Verschuldens. Eine Pflichtenkollision entsteht schon deshalb nicht, weil deliktisches Verhalten nicht Gegenstand einer rechtmäßigen Weisung sein kann<sup>907</sup>. Daß die Gewerkschaftsführung rechtswidrige Streikmaßnahmen beschließt und die Gewerkschaftsfunktionäre anweist, die Maßnahmen durchzuführen, mag die Annahme eines unverschuldeten Rechtsirrtums er- 669

<sup>906</sup> BAG a.a.O.

<sup>907</sup> BAG vom 29.1.1960 – 1 AZR 200/58, AP Nr. 12 zu § 123 GewO; MünchArbR/Wank, § 120 Rn. 63.

leichtern<sup>908</sup>. Grundsätzlich kann aber auch von Tendenzträgern und anderen Gewerkschaftsarbeitnehmern erwartet werden, daß sie die Rechtsordnung einhalten und einer Aufforderung zu rechtswidrigem Verhalten widerstehen.

- 670 Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, Gewerkschaften seien Kampfverbände, in denen eine Diskussion über Beschlüsse zu unterbleiben habe, weil dies die innere Geschlossenheit gefährde. Zwar haben die Gewerkschaften sich ursprünglich außerhalb der damaligen Rechtsordnung gebildet und haben auch damaligem Recht zuwider für die Interessen der Arbeitnehmer gekämpft, o. § 1B.III.1., Rn. 40 ff. Im demokratischen Rechtsstaat kann es aber weder eine rechtmäßige Weisung noch eine rechtlich geschützte Tendenz geben, die auf den Bruch von Gesetzen hinausläuft.

#### IV. Haftung gegenüber der arbeitgebenden Gewerkschaft

- 671 Dem Grunde nach hat die arbeitgebende Gewerkschaft in den Beispielsfällen gegen ihren Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch. In den meisten Fällen wird es sich um eine Schlechterfüllung der Haupt- oder Nebenleistungspflicht handeln, so daß der Arbeitnehmer nach § 280 Abs. 1 BGB haftet. Verletzt der Gewerkschaftsarbeitnehmer eine Nebenleistungs- oder Rücksichtnahmepflicht, ergibt sich der Anspruch aus § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB. Daneben tritt bei Verletzung absoluter Rechtsgüter § 823 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage.

##### 1. Innerbetrieblicher Schadensausgleich

- 672 Allerdings hat schon das RAG die Haftung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit eingeschränkt<sup>909</sup>. Das BAG wendet das System der abgestuften Arbeitnehmerhaftung nunmehr auf alle Arbeiten an, „die durch den Betrieb veranlaßt sind und aufgrund eines Arbeitsverhältnisses geleistet werden“<sup>910</sup>. Bei leichtester Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer überhaupt nicht, bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz hingegen grundsätzlich<sup>911</sup> in voller Höhe. Bei dazwischen liegendem Verschuldensgrad ist

<sup>908</sup> So für Streikende, die sich auf die Rechtsauskunft der Gewerkschaft verlassen: MünchArbR/Wank, § 120 Rn. 63.

<sup>909</sup> St. Rspr. seit BAG GS vom 12.6.1992 – GS1/89, NZA 1993, 1732; BAG vom 12.11.1998 – 8 AZR 221/97, NZA 1999, 263.

<sup>910</sup> BAG vom 12.6.1992 – GS1/89, NZA 1993, 1732; BGH vom 21.9.1993 – GmS-OGB 1/93, AP AP Nr. 102 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

<sup>911</sup> Zur Einschränkung bei „nur“ grober Fahrlässigkeit gegenüber gröbster Fahrlässigkeit: BAG vom 12.10.1989 – 8 AZR 276/88, zu II 2, AP Nr. 97 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

die Haftungsminde rung im Wege einer umfassenden Abwägung der Gesamtumstände zu bestimmen<sup>912</sup>.

Innerhalb dieses Rahmens kommt es somit bei den Beispielsfällen auf den Grad des Verschuldens an. Das Verschulden bezieht sich dabei abweichend von §§ 276, 823 BGB auch auf den Schaden, weil der Zweck der Haftungsprivilegierung verfehlt würde, wenn den Arbeitnehmer im Wege objektiver Risikozurechnung das volle Schadensrisiko träfe<sup>913</sup>. Abweichend von dem ansonsten im Zivilrecht geltenden objektiv-typisierten Sorgfaltsmaßstab, ist bei der Frage des Verschuldens auf die Kräfte und Fähigkeiten des konkreten Arbeitnehmers abzustellen, so daß auch bei subjektiver Unvermeidbarkeit der Schädigung eine vollständige Erfüllung der vertraglichen Pflichten vorliegt<sup>914</sup>. 673

Diese Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs sind ebenso wie § 619a BGB tendenzneutral, o. § 4D.III.1., Rn. 662 ff. Da auch sie es den Gewerkschaften nicht erschweren, gegenüber den eigenen Arbeitnehmern und Dritten eine bestimmte Tendenz herauszubilden und diese zu vertreten, gelten diese Grundsätze auch bei den arbeitgebenden Gewerkschaften. Betrifft die Schadensverursachung ausnahmsweise zugleich die Tendenz, so ist die tendenzschutzbefindete erleichterte Kündigung eine ausreichende Sanktion, die nicht einer Verschärfung durch eine erweiterte Haftung bedarf. 674

## 2. Rechtsschutzsekretäre

Bei den Rechtsschutzsekretären wird somit für das Verschulden regelmäßig zu berücksichtigen sein, daß sie oft keine examinierten Juristen sind, o. § 4D.III.2, Rn. 53, und von ihnen somit nicht die gleiche Kunstfertigkeit erwartet werden kann, wie von einem Rechtsanwalt bzw. Fachanwalt für Arbeitsrecht. Zwar gelten die Anforderungen, die an einen Anwalt gestellt werden dürfen, im Außenverhältnis zwischen dem Mitglied und der haftenden Gewerkschaft – das führt aber gerade nicht zu einer Verschärfung des Verschuldensmaßstabs im Innenverhältnis. Der DGB Rechtsschutz GmbH als Arbeitgeber wäre hier entgegenzuhalten, daß es in ihrer Hand liegt, durch Qualifizierungen und Schulungen die Kräfte und 675

---

<sup>912</sup> BAG vom 19.3.1959 – 2 AZR 402/55, AP Nr. 8 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

<sup>913</sup> *Richardi*, JZ 1986, 796, 805 f.; allg. zu den zivilrechtlichen Haftungsbeschränkungen: insbes. *Deutsch*, NJW 1966, 705 ff.; *ders.*, Haftungsrecht, Rn. 344 und 371.

<sup>914</sup> BAG vom 17.9.1998 – AZR175/97, zu II.2.a), EZA BGB § 611 Arbeitnehmerhaftung Nr. 64 m. insoweit zust. Anm. *Bickel*; *Staudinger/Richardi*, BGB, § 611 Rn. 524 f.; ähnlich *MünchArbR/Blomeyer*, § 57 Rn. 10.

Fähigkeiten ihrer Arbeitnehmer auszubauen – in erster Linie, um Haftungsfälle überhaupt zu vermeiden, aber eben auch, um in den Genuß einer höheren Haftungsquote zu kommen.

- 676 Schädlich in diesem Sinne sind hingegen sämtliche Umstände, welche Fehler begünstigen. Die enorme Arbeitsverdichtung bei der DGB Rechtsschutz GmbH ist mithin ein solcher Umstand, der geradezu Fehler provoziert. Schlechte Arbeitsausrüstung und Organisation der Arbeitsabläufe, fehlende Weiterbildungsmöglichkeiten usw. führen letztlich dazu, daß aus der Arbeit der Rechtsschutzsekretäre eine „gefahrgelegte Arbeit“ werden kann, nämlich eine Tätigkeit, „deren Eigenart es mit sich bringt, daß auch einem gewissenhaften Arbeitnehmer Fehlgriffe unterlaufen, die zwar für sich vermeidbar sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als einem typischen Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäß zu rechnen ist.“ Für die Rechtsberatung und -besorgung gilt generell, daß auch das Verstreichenlassen von Fristen oder rechtliche Fehlbewertungen auf Dauer praktisch unvermeidbar sind<sup>915</sup>. Zu berücksichtigen ist auch, daß sich die Reaktionsfristen für die Rechtssekretäre regelmäßig dadurch verkürzen, daß die Gewerkschaftsmitglieder sich zunächst an einen Beauftragten ihrer Gewerkschaft wenden, welcher den Fall dann an die Rechtsschutz GmbH weiterleitet.
- 677 Auch die im Vergleich zu Fachanwälten für Arbeitsrecht geringere Höhe des Arbeitsentgelts der Rechtssekretäre (ein „Gewerkschaftssekretär, der überwiegend vor Gerichten der 1. Instanz vertritt“, mit 28 Jahren Betriebszugehörigkeit verdiente im Jahr 2000 ein Bruttomonatsgehalt von 3.267,15 €) trägt zur Minderung der Haftungsquote bei, da sie nicht vermuten läßt, daß in ihr eine Risikoprämie enthalten ist. Derzeit kann es jedoch zumindest bei den Rechtsschutzsekretären der DGB Rechtsschutz GmbH ohnehin nicht zu solchen Schadensersatzforderungen der Rechtsschutz GmbH kommen, da der DGB 1996 für seine Rechtssekretäre einen Gruppenhaftpflichtversicherungsvertrag mit der Versicherungsgesellschaft „Volksfürsorge“ abgeschlossen hat. Dieser wurde nach Bildung der DGB Rechtsschutz GmbH auf die bei ihr beschäftigten Rechtsschutzsekretäre umgestellt<sup>916</sup>.

### 3. Andere Arbeitnehmergruppen

- 678 Die genannten Grundsätze gelten entsprechend auch für andere Arbeitnehmergruppen bei den Gewerkschaften. Bei den Tarifsekretären ist

---

<sup>915</sup> Vgl. zur Erstellung differenzierter Analysen, Erteilung komplizierter Auskünfte usw. *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, § 19.II.1.b.

<sup>916</sup> Vgl. LAG Baden-Württemberg vom 8.10.1998 – 11 Sa 21/98, zu I.A.3.c), LAGE Nr. 15 zu § 11 ArbGG 1979.

hervorzuheben, daß bei ihrer Tätigkeit der mögliche Schaden besonders hoch sein kann. Der rechtswidrige Streik gegen ein Bonner Müllheizkraftwerk verursachte Schadensersatzansprüche des Betreibers gegen die ÖTV bzw. nunmehr ver.di i.H.v. 5.000.000 €. Dagegen steht ein Bruttomonatsgehalt von 4.096,39 € inklusive Funktionszulage bei einem ver.di-Landesfachbereichsleiter im Jahr 2005 bzw. 3.323,39 € bei einem Referatsleiter mit 10jähriger Betriebszugehörigkeit bei der ÖTV im Jahr 1999. Diese Schadens-Verdienst-Relation ist bei der Haftungsquote zu berücksichtigen und kann sogar dazu führen, daß es bei grober, aber nicht grösster Fahrlässigkeit nicht zu einer Haftung in voller Höhe kommt.

Mindernd wirkt es sich auch auf die Haftungsquote aus, wenn sich im Schaden ein vom Arbeitgeber einkalkuliertes oder durch Versicherung deckbares Risiko realisiert. Bei dem Risiko rechtswidriger Streiks oder Streikmaßnahmen bzw. Widerrufs-, Unterlassungs-, Schadensersatz- oder Schmerzensgeldklagen wird es sich aber nicht um ein Standardprodukt handeln. Rechtsanwaltskanzleien und Unternehmensberatungen gelingt es, sich bei den Versicherern gegen die spezifischen Risiken von Beratungsfehlern abzusichern. Insofern spricht vieles für die Versicherbarkeit. Eine solche Haftpflichtversicherung empfiehlt sich damit auch für die Gewerkschaftssekretäre, die nicht im Rechtsschutzbereich tätig sind. Dies entspräche nicht nur dem Postulat innergewerkschaftlicher Solidarität, sondern würde auch die Entscheidungsfreude der Sekretäre fördern. Der Staat hat dieser Haftungsüberleitung bei Beamten durch Art. 34 GG sogar Verfassungsrang zugebilligt. 679

Der DGB geht einen riskanten Weg: Gemäß § 21 Satz 1 AAB-DGB „gewährt der DGB seinen Beschäftigten Rechtsschutz, wenn gegen sie wegen Ausübung gewerkschaftlicher Tätigkeiten Ansprüche geltend gemacht werden.“ Falls dadurch Arbeitszeit ausfällt, gewährt § 21 Satz 2 AAB-DGB Entgeltfortzahlung. Gemäß Sätzen 3 und 4 behält sich der DGB einen weiteren Nachteilsausgleich, z.B. Notfallunterstützung, vor. 680

## V. Haftung bei der Schädigung Dritter

Hat der Gewerkschaftsarbeitnehmer nicht die arbeitgebende Gewerkschaft geschädigt resp. wird er von Dritten, z.B. den Mitgliedern oder Arbeitgebern, verklagt, so kann er diesen nicht die Haftungsbeschränkung gemäß dem innerbetrieblichen Schadensausgleich entgegenhalten. Hat er die Schäden allerdings bei einer betrieblich veranlaßten Tätigkeit verursacht, kann er gegen die arbeitgebende Gewerkschaft einen Freistellungsanspruch geltend machen. Die Freistellungsquote entspricht dann der umgekehrten Haftungsquote. 681

Dem Wortlaut des § 21 Sätze 3 und 4 AAB-DGB zufolge handelt es sich aber nur um einen ermessensabhängigen Anspruch. Das kann aber den

gesetzlichen bzw. richterrechtlichen Freistellungsanspruch nicht abbedingen oder modifizieren – es handelt sich dabei um einseitig zwingendes Recht zugunsten der Arbeitnehmer.

- 682 Auch der gesetzliche Freistellungsanspruch kann sich aber aus Sicht der Gewerkschaftsarbeitnehmer als unzulänglich erweisen und damit zu einer überhöhten Vorsicht führen. Abgesehen von dem u.U. beträchtlichen Haftungsteil müßte der Gewerkschaftsarbeitnehmer diesen Anspruch gegen die arbeitgebende Gewerkschaft geltend machen. Er trüge nicht nur das Insolvenzrisiko der arbeitgebenden Gewerkschaft, die ihre Vermögenswerte den Treuhandgesellschaften übertragen haben, sondern müßte dadurch die Zerrütung des Arbeitsverhältnisses riskieren.

## VI. Übernahme von Strafen, Buß- oder Ordnungsgeldern

### 1. Strafen und Bußgelder

- 683 Sofern Gewerkschaftsarbeitnehmer in Ausübung ihrer gewerkschaftlichen Tätigkeit Straftaten oder Bußgeldtatbestände begehen (z.B. §§ 120 BetrVG, 26 StGB durch Anstiftung eines Betriebsrats), ist fraglich, ob es mit dem Strafcharakter der Sanktionsnormen vereinbar ist, wenn der DGB gemäß § 21 Sätze 3 und 4 AAB-DGB die Strafe übernimmt.

#### a. Strafbarkeit der Freistellungszusage

- 684 Wer eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat, muß grundsätzlich die gegen ihn verhängte Sanktion nach deren Sinn und Zweck in eigener Person tragen und damit auch eine ihm auferlegte Geldstrafe oder Geldbuße aus seinem eigenen Vermögen aufbringen. Die Erstattung einer vom Täter schon bezahlten Geldstrafe oder Geldbuße ist indessen nicht verboten<sup>917</sup>. Das BAG hat zwar in einem *obiter dictum* eine andere Ansicht vertreten<sup>918</sup>. Da diese Rechtsfrage jedoch für das BAG nicht entscheidungserheblich werden kann, erübrigt sich eine Vorlage nach § 1 RsprEinhG an den Gemeinsamen Senat. Vertragliche Freistellungszusagen können aber unter besonderen Umständen als Teilnahme an der Tat des

<sup>917</sup> BAG vom 25.1.2001 – 8 AZR 465/00, NZA 2001, 653. Straftatbestand der Begünstigung, § 257 StGB i.d.F.v. 15.5.1871 (§ 258 StGB): RG vom 21.9.1897 – Rep. 1946/97, RGSt 30, 232, 234; so auch: von Spiegel, Geldstrafe, S. 106 f.; Hillenkamp, FS Lackner, S. 457. Anders zu §§ 257, 258 StGB: BGH vom 7.11.1990 – 2 StR 439/90, NJW 1991, 990.

<sup>918</sup> BAG vom 28.5.1960 – 2 AZR 548/59, BAGE 9, 243, 249; Holly/Friedhofen, NZA 1992, 145, 148 ff., 153; LAG Hamm vom 30.7.1990 – 19 (14) Sa 1824/89, NJW 1991, 861.

Arbeitnehmers strafbar sein<sup>919</sup> und sind dann zugleich wegen § 134 BGB nichtig. Voraussetzung wäre aber, daß sich die Freistellungszusage auf eine konkret geplante Tat bezieht. Für § 21 AAB-DGB trifft dies nicht zu.

### b. Wirksamkeit der Zusage

Freistellungszusagen werden allerdings regelmäßig sittenwidrig und damit gemäß § 138 BGB nichtig sein, weil sie den general- und spezialpräventiven Zweck der Sanktionsnormen unterlaufen<sup>920</sup>. Für § 21 Sätze 3 und 4 AAB-DGB gilt dies jedoch nicht. Der insofern wirksame Ermessensvorbehalt gibt den DGB-Beschäftigten keine Gewißheit, ihre Strafe werde übernommen, so daß die Strafnormen ihre abschreckende Wirkung behalten. 685

### c. Schadensersatzansprüche der Gewerkschaftsarbeitnehmer

Ein Schadensersatzanspruch gegen die arbeitgebende Gewerkschaft kann unter engen Voraussetzungen dem Grunde nach aus § 826 BGB folgen. Dann müßte der Gewerkschaftsarbeitnehmer aber eine konkrete Anordnung des normwidrigen Verhaltens vortragen, weil ansonsten der Vorsatz des Arbeitgebers auch hinsichtlich des Schadens kaum in Betracht kommt<sup>921</sup>. Auch ein solcher Schadensersatzanspruch scheidet aber regelmäßig an den genannten Strafzweckerwägungen. Rechnerisch liegt zwar ein Schaden i.S.d. § 249 BGB vor, bei normativer Betrachtung ist dieser Schaden jedoch nicht ersatzfähig, weil der Schaden von der Rechtsordnung gewollt bei demjenigen liegen soll, der den Straftat- oder Bußgeldtatbestand erfüllt hat. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn ausnahmsweise ein besonderer Rechtsgrund vorläge<sup>922</sup>. Auch wenn die Strafrechtsordnung darauf verzichtet, die Übernahme Dritten auferlegter Geldstrafen oder Geldbußen unter Strafe zu stellen, bedeutet dies nicht, daß die Zivilrechtsordnung bereit ist, dieses Verhalten zu billigen, indem sie derartige Absprachen für rechtswirksam erklärt. 686

Die Zurückhaltung ist darin begründet, daß von dem Arbeitnehmer und insbesondere dem Gewerkschaftsarbeitnehmer erwartet werden kann, 687

<sup>919</sup> *Holly/Friedhofen*, NZA 1992, 145, 148.

<sup>920</sup> BAG vom 25.1.2001 – 8 AZR 465/00, NZA 2001, 653 Rn. 16; *Fellner*, RdA 1958, 222, 223; *Holly/Friedhofen*, NZA 1992, 145, 149; a.A. wohl BGH vom 6. 4. 1964 – 2 ZR 11/62, BGHZ 41, 223, 231; LAG Hamm vom 30.7.1990 – 19 (14) Sa 1824/89, NJW 1991, 861; Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 138 Rn. 6, 43.

<sup>921</sup> BAG, a.a.O.

<sup>922</sup> BGH vom 6.4.1964 – 2 ZR 11/62, BGHZ 41, 223; BGH vom 31.1.1957 – 2 ZR 41/56, BGHZ 23, 222; LAG Hamm vom 30.7.1990 – 19 (14) Sa 1824/89, NJW 1991, 861; *Brüggemann*, GA 1968, 166; kritisch: *Holly/Friedhofen*, NZA 1992, 151.

Weisungen nicht Folge zu leisten, wenn das geforderte Handeln gegen Gesetze verstößt. Angesichts des umfassenden Kündigungsschutzes ist ihm ein solcher Konflikt mit dem Arbeitgeber zuzumuten.

## 2. Ordnungsgelder

- 688 Insbesondere bei deliktischem Verhalten von Gewerkschaftsarbeitnehmern gegen die Arbeitgeber, z.B. rechtswidrigen Streiks, rufschädigenden Äußerungen, können die Gewerkschaftsarbeitnehmer nicht nur Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sein, sondern auch Verfügungsbeklagte einer einstweiligen Unterlassungsverfügung werden: Als (Mit-) Täter sind auch der federführende Tarifsekretär und der Streikleiter neben den Organen der Gewerkschaft mögliche Anspruchsgegner des negatorischen Unterlassungsanspruchs aus § 1004 BGB und damit im einstweiligen Verfügungsverfahren passivlegitimiert<sup>923</sup>. Verstoßen sie gegen die einstweilige Verfügung, drohen hohe Ordnungsgelder und sogar Ordnungshaft.
- 689 Der Zweck der Androhung und Verhängung von Ordnungsgeldern gemäß §§ 935, 938, 928, 890 ZPO besteht dann darin, sicherzustellen, daß die Gewerkschaftsfunktionäre die Beeinträchtigung der Rechtsgüter des Arbeitgebers unterlassen. Die Ordnungsmittel sind dabei nicht nur Maßnahmen zur Beugung des Willens des Schuldners, sondern enthalten auch repressive Elemente<sup>924</sup>. Dementsprechend gilt für die gegen Gewerkschaftsfunktionäre verhängten Ordnungsgelder das gleiche wie für Geldstrafen und Bußgelder: Die Freistellungszusagen der arbeitgebenden Gewerkschaft sind gemäß § 138 BGB nichtig.

## E. Bestandschutz vs. Tendenzschutz: Befristung, Änderung und Beendigung

- 690 Der gesetzliche Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses<sup>925</sup> begrenzt die Privatautonomie im Arbeitsverhältnis und damit auch die Personalautonomie der gewerkschaftlichen Arbeitgeber. Das gilt zum einen für die Möglichkeit, Arbeitsverhältnisse zu befristen. Ist das Arbeitsverhältnis auf

<sup>923</sup> BAG vom 21.6.1988 – 1 AZR 653/86, NZA 1988, 846 m. Anm. *Henssler*, SAE 1989, 130 ff. und *Löwisch*, AR-Blattei [D] Arbeitskampf I – Allgemeines, Entscheidungen 29 vom 15.9.1989; BAG vom 8.11.1988 – 1 AZR 417/86, NZA 1989, 475.

<sup>924</sup> St. Rspr. des BVerfG seit BVerfG (Senat) vom 25.10.1966 – 2 BvR 506/63, BVerfGE 20, 323, 332; zuletzt: BVerfG (Kammer) vom 23.4.1991 – 1 BvR 1443/87, BVerfGE 84, 82, 87; *Zöller*, ZPO, § 890 Rn. 5.

<sup>925</sup> Zum arbeitsrechtlichen Bestandsschutz als „Nervenzentrum des Arbeitsrechts“: *Schwerdtner*, in: Coen, Bestandsschutz, S. 7.

unbestimmte Zeit eingegangen, begrenzt der Kündigungsschutz die Freiheit der Koalitionen zu entscheiden, mit wem sie ihre Tendenz verfolgen und ihrer Aufgabe nachkommen.

Wie zuvor gezeigt, o. § 2B.III.1., Rn. 113 ff., gilt die zu der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Rundfunkfreiheit entwickelte Wechselwirkungslehre nicht minder, wenn anstelle der Rundfunkfreiheit die Koalitionsfreiheit der arbeitgebenden Gewerkschaft mit dem Sozialstaatsprinzip und der Berufsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer kollidiert: Die Bestandsschutzvorschriften des allgemeinen Arbeitsrechts sind „im Lichte“ des Art. 9 Abs. 3 GG zu sehen und anzuwenden<sup>926</sup>.

## I. Befristungsmöglichkeiten der Gewerkschaften

### 1. Befristungen und Kettenarbeitsverträge

Die Gewerkschaften klagen häufig über betriebswirtschaftlich motivierte, mehrfach hintereinandergeschaltete Befristungen (Kettenarbeitsverträge) bei anderen Arbeitgebern. Dies halte die Arbeitnehmer in Unsicherheit über den dauerhaften Bestand ihres Arbeitsplatzverhältnisses und umgehe den Kündigungsschutz. Als Arbeitgeber setzen die Gewerkschaften durchaus auch selbst sachgrundlose Befristungen ein.

### 2. Bedingung und Befristung aufgrund der Eigenart des Arbeitsverhältnisses

Die Gewerkschaften sind an das TzBfG gebunden: Eine Bereichsausnahme für die Gewerkschaften, andere Tendenzarbeitgeber oder Kirchen sieht das TzBfG auch für den Befristungsteil nicht vor. Zumindest zugunsten der Kirchen fordert *von Hoyningen-Huene* unter Berufung auf die Verfassung eine Öffnungsklausel<sup>927</sup>. Andererseits hat der Gesetzgeber als Sachgrund i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG die „Eigenart des Arbeitsverhältnisses“ anerkannt.

Der Wortlaut ist wenig präzise und läßt daher einen breiten Anwendungsbereich zu; „Eigenart des Arbeitsverhältnisses“ kann auch der Tendenzbezug des Arbeitsverhältnisses sein, so daß sich die Nr. 4 zur Generalklausel für Tendenzarbeitgeber entwickeln könnte. Die Gesetzgebungs-

<sup>926</sup> MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 81. Allg. zum Tendenzschutz im Arbeitsrecht außerhalb des Geltungsbereichs von § 118 BetrVG: *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 68 ff.; *Frey*, Tendenzbetrieb, S. 144; *Mayer-Maly*, BB 1973, 768; *ders.*, Anm. zu BAG vom 25.1.1963 – 1 AZR 122/62, AP Nr. 77 zu Art. 3 GG; *Dütz*, AuR 1995, 338.

<sup>927</sup> *von Hoyningen-Huene*, RdA 2002, 65 ff.

materialien stützen dies nur bedingt: Der Gesetzgeber wollte den Rundfunkanstalten ermöglichen, mit den programmgestaltenden Arbeitnehmern befristete Arbeitsverträge zu schließen<sup>928</sup>. Diese subjektiv-historische Auslegung entspräche auch dem generellen Willen des Gesetzgebers, Arbeitnehmer vor befristeten Arbeitsverhältnissen zu schützen, was eine restriktive Auslegung der Sachgrundtatbestände nahelegt.

- 695 Die Beschränkung auf programmgestaltende Arbeitnehmer der Rundfunkanstalten hat aber im Gesetz keinen konkreten Niederschlag gefunden. Maßgeblich dürfte vielmehr sein, daß es der verfassungsrechtlich gebotene Tendenzschutz nicht rechtfertigt, den Tatbestand auf eine Sondergruppe von Tendenzarbeitgebern zu beschränken. Vielmehr sind die Rundfunkanstalten als *pars pro toto* zu begreifen. So ist auch anerkannt, daß der Diskontinuitätsgrundsatz die parlamentarischen Fraktionen dazu befugt, Mitarbeiter nur befristet für die Dauer einer Legislaturperiode einzustellen, sofern deren Aufgabe darin besteht, die Fraktion durch fachliche Beratung und politische Bewertung zu unterstützen<sup>929</sup>. Gleiches gilt für Bundestagsabgeordnete bei der Einstellung von Referenten, wenn das KSchG in diesen Fällen Anwendung findet<sup>930</sup>. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG erfaßt daher alle tendenzgeprägten Arbeitsverhältnisse<sup>931</sup>. Selbst wenn der Gesetzgeber nur eine speziell rundfunkarbeitsrechtliche Ausnahme schaffen wollte, rechtfertigt dies keine Ungleichbehandlung der anderen Tendenzarbeitgeber.
- 696 Die Befristungsmöglichkeit gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG besteht jedoch nur gegenüber Tendenzträgern, z.B. programm-/politikgestaltenden Arbeitnehmern. Für das technische Personal, Verwaltungsangestellte usw. bleibt es bei dem allgemeinen Befristungsrecht<sup>932</sup>. Überdies muß die Befristung in einem spezifischen Zusammenhang zu der Tendenz stehen. Eine personalwirtschaftliche Motivation, z.B. die flexibilisierende Wirkung einer Befristung auf den Arbeitnehmer, reicht bei Tendenzträgern ebensowenig wie sonst. Hinsichtlich der Rundfunkarbeitnehmer

<sup>928</sup> BT-Drucks. 14/4374, S. 19; zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben: BVerfG (Senat) vom 13.1.1982 – 1 BvR 848/77, BVerfGE 59, 231, 268.

<sup>929</sup> Dach, NZA 1999, 627; Koch, NZA 1998, 1160; ErfKomm/Müller-Glöge, § 14 TzBfG Rn. 48; Maschmann, in: Annuß/Thüsing, TzBfG, § 14 Rn. 45.

<sup>930</sup> Zum Kündigungsschutz bei BT-Referenten: A. Neubacher, Spiegel-online, Mein Boss, der Parlamentarier – Heuern und Feuern 20.12.2003, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,279235,00.html> [zuletzt abgerufen am 15.7.2006].

<sup>931</sup> Meinel/Heyn/Herms, TzBfG Kommentar, § 14 Rn. 41; zu weiteren Tendenzarbeitgebern: Maschmann, in: Annuß/Thüsing, TzBfG, § 14 Rn. 45.

<sup>932</sup> BAG vom 31.8.1994 – 7 AZR 983/93, AP Nr. 163 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, § 14 TzBfG Rn. 76; BAG vom 26.8.1998 – 7 AZR 257/97 und 450/07, NZA 1999, 149, 150.

hat das BVerfG dies nachdrücklich bestätigt<sup>933</sup>: Rundfunkanstalten<sup>934</sup>, Theatern<sup>935</sup>, Sportvereinen<sup>936</sup> usw. soll die Möglichkeit gegeben werden, dem Abwechslungsbedarf des Publikums durch Auswechslung des Personals nachkommen zu können – eine darüber hinausgehende Privilegierung, etwa um ihnen niedrigere Personalkosten zu ermöglichen, ist nicht gerechtfertigt.

Damit greift § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TzBfG von vornherein nur für die Tendenzträger unter den Gewerkschaftsarbeitnehmern. Bei ihnen ist aber zweifelhaft, ob hier die erleichterte Befristung gerechtfertigt ist: Es besteht gerade kein Interesse an Abwechslung, sondern eher ein solches an Kontinuität, weil diese Sekretäre Vertrauen bei den Mitgliedern erwerben müssen. Dies gilt umso mehr für Vertreter der Ansicht, die Postulationsfähigkeit der Rechtssekretäre hänge mit deren besonderer Verbandserfahrung und der daraus folgenden Sachkunde zusammen. 697

Lediglich wenn die Gewerkschaften Arbeitnehmer für ein zeitlich begrenztes tendenzbezogenes Projekt einstellen, besteht ein Sachgrund gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TzBfG. Denkbar wäre dies z.B. im Falle eines besonderen Bildungsprogramms bei den Bildungswerken der Gewerkschaften oder bei der Entwicklung eines neuen gewerkschaftspolitischen Konzepts. Möchte beispielsweise ver.di die Zusammenarbeit mit „attac“ erproben und dazu als „ver.di-Botschafterin“ bei attac eine Szenenerfahrene Globalisierungskritikerin einstellen, so könnte ver.di durchaus ein erhebliches Interesse daran haben, das Arbeitsverhältnis dieser Person mit dem Ende des Erprobungszeitraums enden zu lassen. Es handelt sich dann auch um ein tendenzbezogenes Interesse, weil es ver.di, wenn die Zusammenarbeit nicht oder nur gelockert fortgeführt werden soll, darum geht, die koalitionspolitische Tendenz nicht zu sehr mit dem fremden Einfluß der Globalisierungskritik zu verbinden. Entscheidet sich also die Gewerkschaft dafür, ein befristetes Arbeitsverhältnis einzugehen, kommt ihr der Tendenzschutz nur im Rahmen des § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TzBfG zugute und auch dort nur, wenn ein „Verschleiß“<sup>937</sup> des Tendenzträgers dies rechtfertigt, der über den allgemeinen, mit der längeren Ausübung desselben Berufs verbundenen Verschleiß hinausgeht oder gerade die Befristung einen anderen Tendenzbezug aufweist. 698

<sup>933</sup> BAG vom 20.7.1994 – 5 AZR 627/93, NZA 1995, 161, 162; BVerfG (Kammer) vom 18.2.2000 – 1 BvR 491/562/93 und 1 BvR 624/98, NZA 2000, 653.

<sup>934</sup> BVerfG (Senat) vom 13.1.1982 – 1 BvR 848/77, AP Nr. 1 zu Art. 5 Abs. 1 GG Rundfunkfreiheit.

<sup>935</sup> BAG vom 21.5.1981 – 7 AZR 436/97, AP Nr. 15 zu § 611 BGB Bühnengagementsvertrag; BAG vom 26.8.1998 – 7 AZR 263/97, NZA 1999, 442, 443.

<sup>936</sup> Vgl. BAG vom 29.10.1998 – 7 AZR 436/97, NZA 1999, 646.

<sup>937</sup> Zu dieser Terminologie: ErfKomm/Müller-Glöge, § 14 TzBfG Rn. 44 ff.

- 699 Bei Wahlangestellten trägt die Befristung ihren Grund allerdings offenkundig in sich. Der Abwechslungsbedarf des Publikums beruht hier nicht auf einer mehr oder minder schlüssigen Fiktion, sondern auf der Wahlentscheidung der Gewerkschaftsmitglieder. Eine entsprechende Befristung ist mithin aufgrund von § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TzBfG möglich.

Dies trifft entsprechend auch auf die auflösende Bedingung im Vertrag des früheren Chefredakteurs des DGB-Organs „Welt der Arbeit“ zu. Dieser enthielt eine Klausel, nach der das Arbeitsverhältnis auflösend bedingt war durch das Ende der Amtszeit des damaligen DGB-Vorsitzenden *H.O. Vetter*<sup>938</sup>. § 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG gilt gemäß § 21 TzBfG auch für auflösende Bedingungen. Die „Welt der Arbeit“ wurde nicht nur vom DGB herausgegeben, sondern sollte auch inhaltlich die Tendenz des DGB wiedergeben. Da der DGB-Vorsitzende die Tendenz des DGB und damit auch die der „Welt der Arbeit“ wesentlich bestimmt, ist es gerechtfertigt, das Arbeitsverhältnis des Chefredakteurs, der selbst kein Wahlangestellter ist, an die Amtsdauer des DGB-Vorsitzenden zu koppeln.

### 3. Sachgrundlose Befristung gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG

- 700 Die Gewerkschaften haben rechtlich auch die Möglichkeit, gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos zu befristen. Auch für sie gilt dabei, daß die Gesamtdauer der befristeten Verträge nur zwei Jahre betragen darf. Trotz der gewerkschaftlichen Kritik an sachgrundlosen Befristung hat ver.di selbst Arbeitsverträge befristet, z.B. mit einer Arbeitnehmerin, die zuvor schon bei einer Quellgewerkschaft befristet beschäftigt war (s. so gleich b.).

#### a. Keine Zurechnung von Befristungen bei anderen DGB-Gewerkschaften

- 701 Unwirksam ist die Befristung allerdings, wenn der Arbeitnehmer zuvor schon einmal bei demselben Arbeitgeber in einem befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis gestanden hat. Derselbe i.S.d. § 14 Abs. 2 TzBfG ist formal zu verstehen, d.h. es muß sich um dieselbe juristische oder natürliche Person handeln. Die Gewerkschaften des DGB-Verbands könnten daher ein und denselben Arbeitnehmer von einer Gewerkschaft zur nächsten durchreichen. Da bei § 14 Abs. 2 TzBfG keine Konzernzusammenrechnung erfolgt<sup>939</sup>, gilt erst recht für den DGB-Verband – der noch nicht einmal den Konzernatbestand erfüllt –, daß z.B. die IG BAU nicht derselbe Arbeitgeber wie die IG Metall ist. Bei sieben DGB-

---

<sup>938</sup> *Niederhoff*, Unbekannte Macht, S. 282.

<sup>939</sup> *ErfKomm/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 44.

Gewerkschaften kämen sie auf eine Gesamtbefristungsdauer von 14 Jahren, ohne daß der DGB und verselbständigte gewerkschaftliche Einrichtungen bereits mitgerechnet wären. Diese erfüllen zwar jeweils hinsichtlich der über sie herrschenden Gewerkschaft den Konzerntatbestand, sind aber dennoch nicht derselbe Arbeitgeber wie die herrschende Gewerkschaft.

Vor allem aber prägt jede DGB-Gewerkschaft ihre eigene Tendenz aus. Der Zentralisierungsgrad im DGB-Verbund ist insofern niedrig. Wollte der Gesetzgeber eine Konzernzurechnung einführen, wäre hier aus Gründen der Verfassungsfestigkeit des Tendenzschutzes eine Ausnahme für Koalitionen vorzusehen. 702

#### **b. Untergliederungen einer Gewerkschaft als derselbe Arbeitgeber**

Innerhalb einer Gewerkschaft sind die sachgrundlosen Befristungen aber stärker begrenzt als zwischen verschiedenen Gewerkschaften: Wenn die Untergliederungen nicht die Anforderungen an eine rechtliche Verselbständigung erfüllen (eigener Name, eigene Mitglieder, eigene Zuordnung von Vermögen, Selbstauflösungsrecht, u. § 6B.I.3.b.bb., Rn. 1125) sind sie nicht rechtsfähig und auch nicht teilrechtsfähig. Dann handelt es sich bei diesen Vereinsebenen um ein und denselben Arbeitgeber. Sind die Untergliederungen hingegen selbst teilrechtsfähig, so können sie auch selbst Arbeitsverträge abschließen. Dies ist dann für die übergeordnete Gewerkschaftsebene, die wiederum selbst ein Verein ist, befristungsunschädlich. 703

#### **c. Arbeitgeberidentität bei Austragung und Gewerkschaftsfusion**

##### **aa. Austragung**

Bei ver.di stellt sich die Frage, ob ver.di nach der Austragung aus dem Vereinsregister immer noch derselbe Rechtsträger ist wie die zuvor aus der Verschmelzung der Quellgewerkschaften hervorgegangene ver.di e.V. Allerdings ist ver.di auch als nicht eingetragener Verein nach zutreffender Rechtsauffassung nach wie vor als Arbeitgeber teilrechtsfähig<sup>940</sup>. Die Austragung aus dem Vereinsregister hat zwar Folgen für den rechtlichen Status von ver.di, stellt aber keinen Formwechsel und auch keine sonstige Umwandlung dar. Sie berührt die Arbeitgeberidentität nicht, so daß ein mit ver.di e.V. abgeschlossenes befristetes Arbeitsverhältnis mithin 704

---

<sup>940</sup> Lessner/Klebeck, ZIP 2002, 1385.

weitere Befristungen durch die nunmehr nicht mehr eingetragene ver.di hindert.

### **bb. Gewerkschaftsfusion**

- 705 Anders könnte es sich bei Befristungen durch die ver.di-Quellgewerkschaften verhalten: Ihre Fusion zu ver.di stellt eine Umwandlung nach dem UmwG dar, nämlich eine Verschmelzung durch Neugründung gemäß §§ 2 Nr. 2, 73 UmwG. Das BAG hat bereits zweimal über Entfristungsklagen entschieden, mit denen eine vormals bei der ÖTV befristet beschäftigte Verwaltungsangestellte und eine bei der DPG in einer Bildungseinrichtung beschäftigte Dozentin sich gegen die erneute Befristung ihrer Arbeitsverhältnisse mit ver.di wehrten. Beide Frauen klagten vergeblich und zwar zu Recht: Ver.di und die ÖTV resp. DPG sind zwei verschiedene juristische Personen und damit war ver.di im Verhältnis zu den Klägerinnen nicht mehr derselbe Arbeitgeber<sup>941</sup>. Vielmehr sind die ÖTV und die DPG als übertragende Rechtsträger gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG mit der Eintragung der Verschmelzung erloschen. Ver.di e.V. war eine neue, von den übertragenden Rechtsträgern verschiedene juristische Person.
- 706 Zwar gingen mit der Verschmelzung auch Vermögen und Verbindlichkeiten der ÖTV und DPG auf ver.di über, der Befristungsverbrauch ist aber keine übergangsfähige Rechtsposition. Dies ergibt sich wiederum aus dem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal der Identität der befristenden Arbeitgeber: Indem § 14 Abs. 2 TzBfG diese voraussetzt, schließt die Norm die Übergangsfähigkeit des Befristungsverbrauchs selbst aus.
- 707 Unabhängig von der rechtlichen Wirksamkeit der Befristung in dem mit ver.di abgeschlossenen Arbeitsvertrag, verhält sich ver.di allerdings widersprüchlich, wenn sie einerseits als Gewerkschaft die sachgrundlosen Befristungen als menschenunwürdig brandmarkt, andererseits als Arbeitgeber sogar die Verträge mit Arbeitnehmerinnen sachgrundlos befristet, die sich zuvor schon in den Diensten einer Quellgewerkschaft bewährt haben.

## **II. Kündigung von Gewerkschaftsarbeitnehmern**

- 708 Das KSchG und das BGB sowie der gesetzliche Sonderkündigungsschutz für bestimmte Gruppen (Mütter, Betriebsräte, Schwerbehinderte) schränken das Recht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch unmittelbar rechtsgestaltende Erklärung erheblich ein. Diese Restriktionen

---

<sup>941</sup> BAG vom 10.11.2004 – 7 AZR 101/04, zu II.2, NZA 2005, 514; BAG vom 22.6.2005 – 7 AZR 363/04, BeckRS2005, 30358404 Rn. 30.

könnten aufgrund des Tendenzschutzes einzuschränken sein. So stellte sich beispielsweise die Frage, ob der DGB sich auf den Tendenzschutz stützen konnte, als er einer Rechtssekretärin kündigte, die dem Kommunistischen Bund Westdeutschland beigetreten war und dies auch öffentlich bekannte<sup>942</sup>.

## 1. Tendenzschutz im Kündigungsschutz

### a. Zum Vergleich: das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen

Für die Kirchen sind das BGB und das KSchG zwar als „für alle geltende Gesetze“ Schranken im Sinne des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WmRV. Gleichwohl darf wegen des verfassungsrechtlich garantierten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts keine staatliche Fremdbestimmung bei der Anwendung dieser Gesetze stattfinden<sup>943</sup>. Gerade für die Subsumtion unter Tatbestandsmerkmale wie etwa des wichtigen Grundes bei § 626 Abs. 1 BGB oder „den Gründen, die in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen“ bei § 1 Abs. 1 KSchG folgt daraus für die Kirchen als Arbeitgeber, daß es ihnen überlassen bleibt, verbindlich zu bestimmen, was „die Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung erfordert“, was „spezifisch kirchliche Aufgaben“ sind, wie nah das jeweilige Arbeitsverhältnis damit im Zusammenhang steht, und wie schwer ein Verstoß gegen die Glaubenslehre und das Kirchenrecht wiegt<sup>944</sup>. Die Kirchen können die Arbeitsverhältnisse auf die Grundlage der christlichen Dienstgemeinschaft stellen und besondere Loyalitätspflichten begründen<sup>945</sup>. Hinsichtlich der Gründe für eine Beendigung eines solchen Arbeitsverhältnisses können die Kirchen selbst bestimmen, welches Verhalten mit den kirchlichen Dogmen unvereinbar ist und bei welchen Arbeitnehmern eine hinreichende Nähe zum Verkündigungsauftrag der Kirchen besteht. Deswegen kann schon der bei der Einstellung verschwiegene Kirchenaustritt ebenso zur Kündigung einer Fachlehrerin an einer

---

<sup>942</sup> Zum genauen Sachverhalt: BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969.

<sup>943</sup> *Richardi*, Kirche, § 7 Rn. 65.

<sup>944</sup> BVerfG (Senat) vom 4.6.1985 – 2 BvR 1703, BVerfGE 70, 138, 167 f.; Ausführlich und insbesondere zu den Fallgruppen Kirchenaustritt und verbotenen Ehen: *Richardi*, a.a.O.

<sup>945</sup> BVerfG (Kammer) vom 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, NJW 1986, 367 m. Anm. *H. Weber*.

katholischen Schule führen<sup>946</sup> wie die Heirat eines Geschiedenen durch eine katholische Kindergärtnerin<sup>947</sup>.

## **b. Gewerkschaften**

- 710** Auch in Tendenzbetrieben gelten das KSchG und die § 611 ff. BGB<sup>948</sup> – eine Bereichsausnahme oder Tendenzschutzklausel wie in § 118 BetrVG findet sich ebensowenig wie im TzBfG. Anders als bei den Kirchen, die wegen Art. 140 GG, 137 WmRV weitgehende Autonomie besitzen, folgt aus dem Tendenzschutz nur, daß die Gewerkschaften als Arbeitgeber „über den maßgebenden Tendenzinhalt entscheiden“<sup>949</sup>. Die gewerkschaftliche Tendenz könnte bei der ordentlichen Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG, bei der außerordentlichen Kündigung im Rahmen der Interessenabwägung gemäß § 626 Abs. 1 BGB und bei § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG berücksichtigt werden. Die Gewerkschaften haben zwar rechtspolitisch die Abschaffung des betriebsverfassungsrechtlichen Tendenzschutzes gefordert, rechtlich folgt daraus aber nicht, daß sie sich nicht selbst auf den kündigungsschutzrechtlichen Tendenzschutz berufen dürfen, o. § 2E.II.5., Rn. 268, sie haben diesen bisher auch tatsächlich in Anspruch genommen<sup>950</sup>.

## **2. Ordentliche Kündigung, Anforderungen an die soziale Rechtfertigung**

### **a. Verhaltensbedingte Kündigung**

#### **aa. Maßstab**

- 711** Will die arbeitgebende Gewerkschaft verhaltensbedingt kündigen, so muß ein Vertragsverstoß durch vorwerfbares und steuerbares Handeln vorliegen<sup>951</sup>. Nach anderer Ansicht können auch z.B. Störungen im personellen Vertrauensbereich, die für sich nicht vertragswidrig sind, einen

<sup>946</sup> BAG vom 25.4.1978 – 1 AZR 70/76, EzA § 1 KSchG Tendenzbetrieb Nr. 4 m. Anm. *Dütz*.

<sup>947</sup> BAG vom 4.3.1980 – 1 AZR 1151/78, AP Nr. 4 zu Art. 140 GG.

<sup>948</sup> ErfKomm/*Ascheid*, 8. Aufl., § 1 KSchG Rn. 368.

<sup>949</sup> ErfKomm/*Ascheid*, 8. Aufl., § 1 KSchG Rn. 266.

<sup>950</sup> BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; LAG Hannover vom 13.3.1951 – 14 Sa 56/50, BB 1951, 476.

<sup>951</sup> *Nimmerjahn*, Außerdienstliches Verhalten, S. 46 ff., 119; *Preis*, DB 1990, 630, 632; *KR/Etzel*, Rn. 395; *APS/Dörner*, KSchG, § 1 Rn. 265; *KPK-Schiefer/Heise*, § 1 Rn. 555.

verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellen<sup>952</sup>, wenn sie das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigen. Nach der hier zugrunde zu legenden ersten Ansicht ist diese Beeinträchtigung aber nur bei der ungeschriebenen Voraussetzung einer Interessenabwägung zu berücksichtigen. Die Interessenabwägung muß ergeben, daß sich ein ruhig und verständig denkender Arbeitgeber durch den Vertragsverstoß zur Kündigung veranlaßt sehen würde<sup>953</sup>. Dabei soll der Maßstab weniger streng sein als bei § 626 Abs. 1 BGB<sup>954</sup>. Gegeneinander abzuwägen sind die sozialen Interessen des Arbeitnehmers am Erhalt des Arbeitsplatzes gegen die Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen. Dafür kommt es auf die Intensität und Vorwerfbarkeit des Vertragspflichtverstoßes an<sup>955</sup>.

### **bb. Außerdienstliches tendenzwidriges Verhalten als Vertragsverstoß**

Zwar sind die Anforderungen regelmäßig höher, grundsätzlich kann aber auch außerdienstliches Verhalten eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. Ein Vertragsverstoß kann insbesondere in tendenzwidrigem Verhalten bestehen. Tendenzaggressives Verhalten, also gegen die Tendenz gerichtetes Tun, führt nicht nur bei Tendenzträgern, sondern auch bei den übrigen Arbeitnehmern zu einem Verstoß gegen ihre arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur Tendenztreue, o. § 4C.I.1., Rn. 540 ff. Ein solcher Verstoß bedeutet regelmäßig eine konkrete Störung des Arbeitsverhältnisses, weil die arbeitgebende Gewerkschaft damit rechnen muß, daß ihr Vertrauen auf tendenzgerechtes Verhalten auch in Zukunft enttäuscht wird. Im Einzelfall abzuwägen ist, ob die Störung hinreichend gewichtig ist<sup>956</sup>. Tendenzträger können über das Unterlassen tendenzaggressiven Verhaltens hinaus auch verpflichtet sein, außerdienstlich die Tendenz zu vertreten und zu fördern, o. § 4C.I.1.a, Rn. 544 ff. 712

Wie vom BAG<sup>957</sup> richtig entschieden war die Mitgliedschaft einer DGB-Rechtssekretärin im KBW vertragswidrig, weil sie als Tendenzsekretärin verpflichtet war, für die Tendenz des DGB einzutreten und diese nicht 713

---

<sup>952</sup> BAG vom 20.7.1989 – 2 AZR 114/87, zu II.2.a), NZA 1990, 614; KR/Etzel, Rn. 399 ff.; KR/Hillebrecht, BGB, § 626 Rn. 83 ff.; dagegen: Nimmerjahn, Außerdienstliches Verhalten, S. 46 ff.; MünchArbR/Berkowsky, § 133 Rn. 9.

<sup>953</sup> St. Rspr. seit BAG vom 28.8.1958 – 3 AZR 601/57, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1959; ErfKomm/Ascheid, 8. Aufl., § 1 KSchG Rn. 319 m.w.N.

<sup>954</sup> BAG vom 22.7.1982 – 2 AZR 30/81, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

<sup>955</sup> Ausführlich: ErfKomm/Ascheid, 8. Aufl., KSchG § 1 Rn. 201 ff.

<sup>956</sup> MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 76.

<sup>957</sup> BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

auch noch zu bekämpfen. Ob sie im übrigen ihre Aufgaben ordnungsgemäß erledigte, ist als Frage der Beeinträchtigung betrieblicher Interessen nur für die Interessenabwägung relevant. Wie auch die Kommentatoren der Entscheidung, *Rüthers* und *Kunze*, überein- und zustimmend ausführten, kam es darauf an, daß der KBW-Beitritt dem im Kündigungsschutzrecht vorherrschenden Prognoseprinzip entsprechend die Gewähr für ein auch künftig tendenzförderliches Verhalten entfallen lässt. *Kunze* betonte dabei die „potentielle Gefahr für die den Satzungsbestimmungen entsprechende Arbeit und sogar für den Bestand des Verbandes“<sup>958</sup>, *Rüthers* wies darauf hin, daß ein überzeugtes Mitglied des KBW früher oder später in grundsätzliche Konflikte zu den gewerkschaftspolitischen Vorstellungen des DGB über Staat, Rechtsordnung und Gesellschaft gerate<sup>959</sup>. Bei dem außerdienstlichen Verhalten von Tendenzträgern geht es also richtigerweise darum, Gefahren für die Tendenzverwirklichung abzuwehren. Daraus folgt auch das Recht der Tendenzunternehmen, nicht erst eine tendenzwidrige Arbeitsausführung abwarten zu müssen. Die Prozeßstrategie der Klägerin war gerade darauf ausgerichtet, den KBW-Beitritt als Anknüpfungspunkt für die verhaltensbedingte Kündigung zu neutralisieren, indem der Begriff des Verhaltens mit der konkreten Arbeitsausführung gleichgesetzt werden sollte. Das BAG und auch schon die Instanzgerichte haben sich davon nicht in die Irre führen lassen. Hinzu kommt auch noch, daß die Rechtsekretärin durch ihr außerdienstliches Verhalten die Glaubwürdigkeit des DGB beschädigte. Gerade in einer Zeit, als der DGB sein Bekenntnis zur verfassungsmäßigen Ordnung auch dadurch dokumentieren wollte, daß er wirksame Maßnahmen gegen eine kommunistische Unterwanderung ergriff, mußte das überzeugte Eintreten einer Rechtssekretärin für den KBW die Glaubwürdigkeit des DGB schwer beschädigen. Zur Tendenzverwirklichung gehört aber gerade auch der Schutz dieser Glaubwürdigkeit<sup>960</sup>.

- 714 Hingegen fehlt es an einem vertragswidrigen Verhalten, wenn ein DGB-Sekretär dem VGB beitrifft, sich dazu bekennt und im Betrieb für den VGB wirbt. Dies gehört zur Ausübung legitimer Rechten der Gewerkschaftsarbeitnehmer aus Art. 9 Abs. 3 GG<sup>961</sup>. Lediglich im Einzelfall kann die Koalitionsbetätigung vertragswidriges Verhalten sein, z.B. wenn Gewerkschaftswerbung während der Arbeitszeit erfolgt<sup>962</sup>.

<sup>958</sup> *Kunze*, Anm. zu BAG vom 6.12.1979, a.a.O.

<sup>959</sup> *Rüthers*, Anm. zu BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, EZA KSchG § 1 Tendenzbetrieb Nr. 5.

<sup>960</sup> MünchArbR/*Berkowski*, § 146 Rn. 18.

<sup>961</sup> So auch *Jung*, Unabhängigkeit, S. 206.

<sup>962</sup> Ausführlich: *Berkowsky*, NZA-RR 2001, 57 f. m.w.N.

Problematisch ist ein an sich neutrales Verhalten, daß aber die gewerk- 715  
schaftliche Arbeit gefährdet, z.B. eine Liebesaffäre eines Organisations-  
sekretärs mit der Ehefrau eines streikenden Mitglieds. Dies ist zwar  
tendenzneutrales, außerdienstliches Verhalten, welches zudem den  
menschlichen Intimbereich betrifft. Allerdings hat das Verhalten objektiv  
vorhersehbare negative Folgen für die dienstliche Aufgabe. Organisiert ein  
Gewerkschaftsfunktionär einen Streik, baut er besondere Bindungen zu  
den Arbeitnehmern auf und nimmt deren Vertrauen in Anspruch – das  
gehört zu seinen dienstlichen Aufgaben. Gefährdet er dieses Vertrauen,  
handelt es sich um einen Verstoß gegen die Leistungstreuepflicht und ist  
damit vertragswidrig.

### cc. Schlechtleistung

Vertragswidrig verhält sich ein Arbeitnehmer auch, wenn er nicht so 716  
leistet, wie er leisten müßte und diese Schlechtleistung nicht auf  
mangelnder Fähigkeit oder Eignung beruht. Dies kommt beispielweise in  
Betracht bei einem Tarifsekretär, der Signale der Arbeitgeberseite und  
Kompromißangebote übersieht, die Durchsetzungskraft der Gewerkschaft  
signifikant falsch einschätzt, das Vertrauen der Tarifkommission verliert  
und unterdurchschnittliche Abschlüsse erzielt. Gleiches gilt für einen  
Rechtssekretär der Schriftsätze nicht fristgerecht einhält oder infolge un-  
zureichenden Tatsachenvortrags Prozesse verliert.

### dd. Ultima ratio

Der Tendenzschutz steht aber grundsätzlich nicht dem im Kündigungs- 717  
schutzrecht geltenden *ultima ratio*-Prinzip entgegen<sup>963</sup>. Auch bei tendenz-  
und damit vertragswidrigem Verhalten ist grundsätzlich eine vorherige  
Abmahnung erforderlich<sup>964</sup>. Sie ist nur entbehrlich, wenn sie ihren Warn-  
zweck nicht erfüllen kann, weil der Arbeitnehmer zu erkennen gibt, daß er  
sein Verhalten nicht ändern wird oder unter keinen Umständen davon  
ausgehen konnte, der Arbeitgeber werde den Vertragsverstoß hin-  
nehmen<sup>965</sup>. Für die Gewerkschaften als Arbeitgeber bedeutet dies, daß  
eine Abmahnung umso eher entbehrlich ist, je klarer sie herausstellen,  
worin ihre Tendenz besteht und was sie als Verstoß dagegen ansehen.

---

<sup>963</sup> MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 80.

<sup>964</sup> BAG vom 20.9.1984 – 2 AZR 233/83, AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltens-  
bedingte Kündigung m. Anm. Dütz; BAG vom 16.8.1992 – 2 AZR 604/90, BB  
1992, 1360; MünchArb/Rüthers, § 201 Rn. 80 m.w.N.

<sup>965</sup> ErfKomm/Müller-Glöge, § 626 BGB Rn. 29 m.w.N.

**ee. Beeinträchtigung betrieblicher Interessen bei Tendenzverstoß**

- 718 Auch außerdienstliches Verhalten insbesondere von Tendenzträgern kann das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigen<sup>966</sup>. Es kann entweder das Leistungs- oder das Integritätsinteresse der arbeitgebenden Gewerkschaft beeinträchtigen<sup>967</sup>. Außerdem ist nach dem Tendenzbezug der ausgeübten Tätigkeit zu differenzieren: Der gleiche Tendenzverstoß, z.B. Gewerkschaftsaustritt, wiegt schwerer, wenn er von einem Rechtssekretär ausgeht als wenn er von einer Kantinenhilfe begangen wird, weil es um die Glaubwürdigkeit der Gewerkschaft geht.
- 719 Für die Interessenabwägung ist maßgeblich, wie schwerwiegend die Beeinträchtigung ist. Dabei sind die Besonderheiten bei der Gewerkschaft als Tendenzunternehmen zu berücksichtigen. Zwar kann die Gewerkschaft das Gewicht der Beeinträchtigung nicht selbst festlegen, o. § 4E.II.1., Rn. 709 f., das Arbeitsgericht hat bei der Würdigung aber zu beachten, daß Verstöße gegen die Tendenztreue von Tendenzträgern mit erhöhtem Gewicht in die Abwägung einzustellen sind.
- 720 Im Fall der dem KBW beigetretenen DGB-Rechtssekretärin fehlt es an einer Beeinträchtigung des Leistungsinteresses, wenn die Rechtssekretärin ihre Aufgabe der Rechtsberatung und Prozeßvertretung ordnungsgemäß erfüllt. Allerdings sind die betrieblichen Interessen durch eine Störung im personellen Vertrauensbereich beeinträchtigt<sup>968</sup>. Die Rechtssekretärin trägt einen Konflikt zwischen zwei feindlichen Organisationen nach innen. Dem DGB steht aber als Tendenzunternehmen zu, ein Mindestmaß an Grundüberzeugungen zu fordern. Zudem ist das berechnete Vertrauen auf Tendenzloyalität beschädigt.
- 721 Im genannten Fall ist das betriebliche Interesse der arbeitgebenden Gewerkschaft dadurch beeinträchtigt, daß ihre Glaubwürdigkeit und ihre Überzeugungskraft gegenüber den Mitgliedern leiden<sup>969</sup>. Das tendenzaggressive Verhalten des Tarifsekretärs betrifft damit sowohl den

---

<sup>966</sup> KR/*Fischermeier*, § 626 BGB Rn. 414; zur politischen Betätigung: *Wank*, Politik und Arbeitsrecht, S. 43.

<sup>967</sup> BAG vom 9.12.1982 – 2 AZR 620/80, AP Nr. 73 zu § 626 BGB; *Söllner*, FS Herschel, S. 389, 397 ff.

<sup>968</sup> BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG1969 Verhaltensbedingte Kündigung; *Buchner*, ZfA 1982, 52; *Söllner*, FS Herschel, S. 390; a.A. *Otto*, AuR 1980, 289, 296. Anders für einen DKP-Beitritt eines Fernmeldewerkers der damaligen Bundespost: BAG vom 28.9.1989 – 2 AZR 317/86, AP Nr. 24 zu § 1 KSchG1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

<sup>969</sup> Ähnlich zu außerdienstlichen, tendenzwidrigen Äußerungen eines Zeitungsredakteurs: LAG Berlin vom 6.12.1982 – 13 Sa 110/97, NZA-RR 1998, 442.

Leistungsbereich als auch das Integritätsinteresse. Es wiegt besonders schwer, weil er sich gegen einen Tendenzinhalt richtet, der zu seinem dienstlichen Aufgabenbereich gehört.

## **b. Personenbedingte Kündigung**

### **aa. Maßstab**

Ein personenbedingter Kündigungsgrund liegt vor, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung und voraussichtlich auch alsbald danach nicht die Fähigkeit und Eignung besitzt, die geschuldete Arbeitsleistung ganz oder teilweise zu erbringen<sup>970</sup>. Für die Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung ist entscheidend, ob die fehlende Fähigkeit oder Eignung von einem steuerbaren Verhalten abhängt<sup>971</sup>. Bei der personenbedingte Kündigung müssen vertragliche oder betriebliche Interessen erheblich beeinträchtigt werden<sup>972</sup>. Zudem hat eine Interessenabwägung stattzufinden. Auch für die personenbedingte Kündigung gilt das *ultima ratio*-Prinzip.

### **bb) Tendenzbezogene Gründe**

#### **[1] Mitgliedschaft in einer gegnerischen Organisation**

Die Fähigkeit und Eignung, die geschuldete Arbeitsleistung ganz oder teilweise zu erbringen, steht auch in Frage, wenn ein gewerkschaftlicher Tendenzträger einer Organisation beitrifft, welche die arbeitgebende Gewerkschaft bekämpft, allgemein die Existenz von Gewerkschaften bedroht oder von der eine Unterwanderungsgefahr ausgeht. Auch und gerade wenn der Arbeitnehmer in diesen Fällen die ihm übertragenen Aufgaben korrekt erfüllt, scheint eine personenbedingte Kündigung näherzuliegen als die verhaltensbedingte. So hatte im Fall der gekündigten DGB-Rechtsschutzsekretärin, welche dem KBW beigetreten war, das LAG dafür gehalten, die Kündigung sei „durch Gründe in der Person der Klägerin“ bedingt. Das LAG stellte fest, „die eigentliche Arbeitsleistung sei ohne Tadel gewesen“ und die „bisherige streng juristisch ausgerichtete Arbeit biete von daher gesehen keinen Anhalt für ihr künftiges Verhalten“<sup>973</sup>. Das BAG hielt zwar zunächst dafür, das LAG habe „den Sachverhalt rechtlich

---

<sup>970</sup> APS/Dörner, KSchG, § 1 Rn. 118 m.w.N.

<sup>971</sup> von Hoyningen-Huene/Linck, § 1 Rn. 185a.

<sup>972</sup> von Hoyningen-Huene/Linck, § 1 Rn. 185a.

<sup>973</sup> BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

zutreffend beurteilt“, prüfte aber anschließend zu Recht eine verhaltensbedingte Kündigung<sup>974</sup>.

- 724 Der Beitritt zu einer gegnerischen Organisation ist ein steuerbares Verhalten und die Mitgliedschaft, sofern sie bereits vor dem Arbeitsverhältnis bestand, ist ein steuerbares Unterlassen des Austritts. Eine personenbedingte Kündigung kommt nur in Betracht, wenn die Mitgliedschaft in der gegnerischen Organisation auf Gewissensgründen beruht und daher für den Arbeitnehmer alternativlos ist. Gleiches gilt, wenn ein Tendenzträger, von dem arbeitsvertraglich die Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft geefordert ist, durch aufgrund eines rechtmäßigen Unvereinbarkeitsbeschlusses aus der Gewerkschaft ausgeschlossen worden ist. In diesem Fall hat zwar steuerbares Verhalten zu dem Ausschluß geführt, personenbedingter Kündigungsgrund ist dann aber die fehlende symbolische Mitgliedschaft. Diese ist aber gerade nicht durch Verhalten des Gewerkschaftsarbeitnehmers, sondern durch solches der arbeitgebenden Gewerkschaft verloren gegangen. Insofern verhält es sich ähnlich zu dem Berufskraftfahrer, der zwar aufgrund willensgesteuerten Fehlverhaltens seinen Führerschein verliert und dann wegen Fehlens einer Fahrerlaubnis personenbedingt gekündigt werden kann.

## [2] Gewerkschaftsausschluß

- 725 Verlangt eine Gewerkschaft von ihren Tendenzträgern die (Gast-) Mitgliedschaft, könnte in der Mitgliedschaft eine Eignung liegen, deren Fehlen eine personenbedingte Kündigung rechtfertigt. Der Austritt oder der Nichteintritt sind jedoch steuerbares Verhalten resp. Unterlassen, so daß nur eine verhaltensbedingte Kündigung in Frage kommt<sup>975</sup>. Ein Anlaß zur Differenzierung könnte vorliegen, wenn die arbeitgebende Gewerkschaft den Arbeitnehmer ausschließt. Dann beruht der Verlust der Mitgliedschaft zumindest nicht unmittelbar auf eigenem Verhalten. Andererseits ist die Ursache des Ausschlusses wiederum der willensgesteuerte Beitritt zu einer gegnerischen Vereinigung. Es verhält sich somit anders als bei Arbeitnehmern, denen von staatlichen Stellen ein Führerschein entzogen wird<sup>976</sup>.

---

<sup>974</sup> A.A. MünchArbR/*Berkowski*, § 146 Rn. 16.

<sup>975</sup> BAG vom 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG1969 Verhaltensbedingte Kündigung; *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 167; *Neumann-Duesberg*, BB 1973, 951; *Herschel/Löwisch*, § 1 Rn. 129; Mareck, S. 79; a.A.: *Hueck/von Hoyningen-Huene*, KSchG, § 1 Rn. 259.

<sup>976</sup> Zur personenbedingten Kündigung nach dem Entzug einer Betriebsfahrerlaubnis: BAG vom 25.4.1996 – 2 AZR 74/95, NZA 1996, 1201, 1202.

Dennoch kommt nur eine personenbedingte Kündigung in Frage, weil nicht darauf abgestellt werden kann, ob das Verhalten, das zum Ausschluß geführt hat, eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigt. Bei der verhaltensbedingten Kündigung muß das Verhalten unmittelbar vertragswidrig sein – es gibt aber auch Ausschlußgründe, die nicht gegen die arbeitsvertraglichen Verpflichtungen und insbesondere die Tendenztreue verstoßen. Zahlt ein Rechtssekretär die Mitgliedschaftsbeiträge nicht, so verstößt dies nur gegen die Vereinspflichten, nicht aber gegen den Arbeitsvertrag, welcher ihn nur zur Mitgliedschaft verpflichtet. Das Vorhalten der Beiträge ist auch nicht tendenzwidrig, da die Finanzierung gerade nicht zur Tendenzverwirklichung gehört. 726

Ist der Prüfungsmaßstab derjenige der personenbedingten Kündigung, so müßte der Ausschluß zum Verlust der Eignung führen, die geschuldete Leistung zu erbringen. Ist die Mitgliedschaft Inhalt des Arbeitsverhältnisses, so ist dies der Fall. Weil jedoch kein steuerbares, vertragswidriges Verhalten erforderlich ist und mithin ohne Zutun und sogar gegen den Willen des Arbeitnehmers ein Eignungs- oder Fähigkeitsverlust eintreten kann, ist die konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses nicht bloß als Bestandteil der Abwägung relevant, sondern als eigenständige Voraussetzung erforderlich. 727

Eine konkrete Beeinträchtigung ist nicht ersichtlich, wenn die vereinsrechtliche Nichtmitgliedschaft nicht im Verantwortungsbereich des Gewerkschaftsarbeitnehmers liegt. Im übrigen müßte bei der Interessenabwägung geprüft werden, ob die arbeitgebende Gewerkschaft nicht die Störungen des Arbeitsverhältnisses hinzunehmen hat. Dafür spricht aber viel, wenn der Arbeitgeber – wie hier durch den Ausschluß – den Eignungsmangel selbst herbeiführt. 728

### [3] Gewissenskonflikt

Ist der Rechtssekretär aus Gewissensgründen berechtigt, der Weisung, die Gewerkschaft als Arbeitgeber gerichtlich zu vertreten, nicht zu folgen, o. § 4B.II.4., Rn 519 ff., kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht. Das Gewissen ist ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund<sup>977</sup>. Die Kündigung darf aber keine Sanktion für die Berufung auf das Gewissen sein. Stattdessen muß der Arbeitnehmer derart an der Erfüllung seiner arbeitsrechtlichen Pflichten gehindert sein, daß dadurch betriebliche oder wirtschaftliche Interessen des Arbeitgebers gestört 729

---

<sup>977</sup> BAG vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144 ff.; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Bd. 1 Individualarbeitsrecht, Rn. 168, 176 ff.

werden<sup>978</sup>. Die DGB Rechtsschutz GmbH muß nachweisen, daß der Rechtssekretär auch in Zukunft die geschuldete Arbeitsleistung nicht vertragsgerecht erbringen kann, d.h. daß auch zukünftig der Arbeitnehmer wegen seines Gewissens nicht eingesetzt werden kann, und daß es deshalb zu Störungen der Betriebsabläufe kommt (negative Prognose)<sup>979</sup>. Vergleicht man dies mit den erforderlichen Fehlzeiten bei einer personenbedingten Kündigung wegen Krankheit, so kann im Fall des Rechtsschutzsekretärs, der die arbeitgebende Gewerkschaft vertreten soll, dies aber nicht kann, die geforderte konkrete Beeinträchtigung kaum erreicht werden. Außerdem ist die Kündigung wegen des *ultima ratio*-Prinzips<sup>980</sup> sozial ungerechtfertigt, wenn die DGB Rechtsschutz GmbH dem Rechtssekretär eine Alternativtätigkeit zuweisen kann. Abzustellen ist dann darauf, ob die Umorganisation dem Arbeitgeber unzumutbar ist<sup>981</sup>. Das aber ist bei der Vielzahl der zu betreuenden Fälle und der Vielzahl der Rechtssekretäre regelmäßig der Fall.

#### [4] Überzeugungsverlust

- 730 Verliert ein Gewerkschaftssekretär die innere Überzeugung und die Identifikation mit dem Handeln und den Zielen der Gewerkschaft, so kann dies auch dazu führen, daß er die Fähigkeit verliert, seine geschuldete Leistung zu erbringen. In diesem Fall werden die Kausalität des inneren Überzeugungsverlusts und die Folgen kaum konkret feststellbar sein, so daß eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses regelmäßig ausscheidet.

#### [5] Druckkündigung

- 731 Auf einen personenbedingten Kündigungsgrund kann sich die arbeitgebende Gewerkschaft berufen, wenn eine echte Druckkündigung vorliegt, d.h. wenn an sich kein Kündigungsgrund vorliegt, sondern der Druck durch Dritte selbst der Grund ist<sup>982</sup>. Nach der h.M. gelten für eine solche

<sup>978</sup> BAG vom 20.5.1988 – 2 AZR 682/87, AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung m. Anm. *Henssler/Rüthers*.

<sup>979</sup> BAG vom 20.5.1988 – 2 AZR 682/87, zu III.3.a), AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung m. Anm. *Henssler/Rüthers*, V.

<sup>980</sup> Vgl. BAG vom 10.3.1977 – 2 AZR 79/76, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG vom 29.3.1990 – 2 AZR 369/89, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>981</sup> Hessisches LAG vom 20.12.1994 – 7 Sa 560/94, DB 1995, 1619: Der Post AG sei es nicht zumutbar, studentische Hilfskräfte anzuwerben oder den Zustellungsdienst anderweitig umzuorganisieren, damit der Postbote keine fremdenfeindlichen Broschüren austragen muß.

<sup>982</sup> APS/Dörner, KSchG, § 1 Rn. 278 m.w.N.

Druckkündigung aber sehr hohe Anforderungen, so daß sie auf wenige Ausnahmefälle beschränkt bleibt. Einem arbeitgebenden Unternehmen der Erwerbswirtschaft wird regelmäßig abverlangt, dem Druck standzuhalten<sup>983</sup>. Ob das auch gerechtfertigt ist, wenn die Gewerkschaftsmitglieder wegen Fehlern, die für sich keine Kündigung rechtfertigen, die Kündigung eines Tendenzträgers verlangen, ist fraglich: Die Reklamation von Kunden betrifft nur das durch Art. 12 GG geschützte Interesse an wirtschaftlicher Betätigung. Demgegenüber kann einer Gewerkschaft nicht zugemutet werden, in gleicher Weise dem Druck ihrer Mitglieder zu begegnen. Diese sind zwar aus Sicht des Arbeitsverhältnis wie die Kunden nur Dritte, in dem durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Mitgliedschaftsverhältnis liegt im Vergleich zu bloßen Kundenbeziehungen ein Differenzierungsgrund.

### cc. **Ultima ratio**

Nach der Rechtsprechung des BAG folgt aus dem im Kündigungsrecht geltenden *ultima ratio*-Prinzip der Vorrang der Änderungs- vor der Beendigungskündigung<sup>984</sup>. Wiewohl diese Rechtsprechung zu betriebsbedingten Kündigungen entwickelt worden ist, wendet das BAG diesen Vorrang nunmehr auch bei der personenbedingten Kündigung an<sup>985</sup>. Dies wirft die Frage auf, ob dann auch eine tendenzbedingte Beendigungskündigung aus Gründen, die in der Person des Tendenzträgers liegen, unwirksam ist, wenn eine Weiterbeschäftigung im Wege der Änderungskündigung auf einem tendenzneutralen Arbeitsplatz möglich gewesen wäre.

Insbesondere in den Fällen des Überzeugungsverlusts oder des Gewissenskonflikts könnte beispielsweise der Tarifsekretär in der Lohnbuchhaltung oder in der Poststelle weiterbeschäftigt werden. Anders als die verhaltensbedingte Kündigung ist die personenbedingte keine Sanktion. Ein anerkanntes Tendenzinteresse der Gewerkschaft, welches hier eine Durchbrechung des vom BAG angewandten *ultima ratio*-Prinzips fordert, ist nicht ersichtlich.

Bei der Druckkündigung gebietet das *ultima ratio*-Prinzip, daß der Arbeitgeber zunächst versuchen muß, den Arbeitnehmer gegenüber den Dritten zu verteidigen<sup>986</sup> und im Scheiternsfall wegen des *ultima ratio*-

<sup>983</sup> Im einzelnen: APS/Dörner, KSchG, § 1 Rn. 279 ff.; Löwisch DB 1987, 936, 942.

<sup>984</sup> St. Rspr. seit BAG vom 27.9.1984 – 2 AZR 62/83, NZA 1985, 455; zuletzt: BAG vom 21.9.2006 – 2 AZR 62/83, NZA 2007, 431; krit.: Annuß, NZA 2005, 443.

<sup>985</sup> BAG vom 18.1.2007 – 2 AZR 731/05, NZA 2007, 680; Stückmann/Kohlepp, RdA 2000, 331, 340.

<sup>986</sup> BAG vom 18.9.1975 – 2 AZR 311/74, AP Nr. 10 zu § 626 BGB Druckkündigung.

Prinzips regelmäßig nur eine Versetzung oder Änderungskündigung gerechtfertigt ist. Es handelt sich dabei um weitgehend tendenzneutrale Voraussetzungen.

### c. Betriebsbedingte Kündigung

#### aa. Unternehmerentscheidung von gewerkschaftlichen Tendenzunternehmen

- 735 Führt eine unternehmerische Entscheidung zum Wegfall von Arbeitsplätzen, kann eine betriebsbedingte Kündigung erfolgen. Schon bei nicht-Tendenzunternehmen ist diese Unternehmerentscheidung als „Bestimmung der der Geschäftsführung zugrunde liegenden Unternehmenspolitik“<sup>987</sup> inhaltlich an sich nicht gerichtlich zu bewerten. Allerdings findet eine Willkürkontrolle statt, welche zur Unwirksamkeit der Kündigung führen kann<sup>988</sup>. Dabei hat das BAG die Ausgliederung der Rechtschutzabteilung in die DGB-Rechtsschutz GmbH anlässlich einer Kündigungsschutzklage eines widersprochen habenden Rechtssekretärs nicht als willkürlich angesehen<sup>989</sup>, wohl aber die Ausgliederung von Servicebereichen eines Klinikums. In beiden Fällen handelte es sich bei der GmbH, in die ausgegliedert wurde, um finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das ausgliedernde Unternehmen voll eingegliederte Organgesellschaften i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG – eine für die GmbH steuerrechtlich vorteilhafte Konstruktion. Hingegen hat das BAG in der Rheumklinikentscheidung gerade die Unselbständigkeit der Organgesellschaft zum Anlaß genommen, darin kündigungsschutzrechtlich einen Mißbrauch zu sehen. Mißbräuchlich handele der Arbeitgeber, der durch die Bildung separater betrieblicher Organisationsstrukturen seinen Betrieb in mehrere Teile aufspaltet, um Arbeitnehmern den allgemeinen Kündigungsschutz zu entziehen und ihnen „frei“ kündigen zu können<sup>990</sup>. In der DGB Rechtsschutz GmbH-Entscheidung hat es einen Mißbrauch dieser Gestaltungsform oder eine Umgehung nicht einmal in Betracht gezogen.
- 736 Zumindest das Ergebnis stimmt, wenn der Tendenzschutz den entscheidenden Unterschied darstellt. Das ist aber nicht der Fall. Die Unternehmerentscheidung ist frei und kann schon begrifflich bei Tendenz-

<sup>987</sup> BAG vom 20.2.1986 – 2 AZR 212/85, zu B.II.2.b), NZA 1986, 822, 823 f.

<sup>988</sup> St. Rspr. seit BAG vom 30.4.1987 – 2 AZR 184/86, NZA 1987, 3216; zuletzt: BAG vom 26.9.2002 – 2 AZR 636/01, SAE m. Anm. *Lessner*.

<sup>989</sup> BAG vom 7.12.2000 – 2 AZR 391/99, NZA 2001, 495.

<sup>990</sup> BAG vom 26.9.2002 – 2 AZR 636/01, zu II.1.e), a.a.O. unter Verweis auf BAG vom 12.11.1998 – 2 AZR 459/97, AP Nr. 20 zu § 23 KSchG 1969.

unternehmen nicht freier sein. Eine Mißbrauchskontrolle muß aber auch bei den Gewerkschaften als Arbeitgeber stattfinden, da Art. 9 Abs. 3 GG nicht mißbräuchliches Verhalten schützt. Das Outsourcing bei Gewerkschaften unterliegt hinsichtlich der Unternehmerentscheidung somit keinen anderen Anforderungen als bei anderen Unternehmen.

## **bb. Besonderheiten bei der Sozialauswahl**

### **[1] Relevanz des Tendenzschutzes**

Gemäß § 1 Abs. 3 KSchG hat unter den vergleichbaren Arbeitnehmern eine Sozialauswahl zu erfolgen. Das greift erheblich in die Personalautonomie des Arbeitgebers ein, weil er dadurch gezwungen wird, nicht die Arbeitsverhältnisse mit den Besten fortzusetzen, sondern mit den sozial am Schutzwürdigsten. Die Personalautonomie der Gewerkschaften ist aber hinsichtlich der Tendenzträger durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt und genießt Tendenzschutz<sup>991</sup>. Zwar fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Einschränkung des § 1 Abs. 3 KSchG für Tendenzunternehmen, der Besonderheit des Tendenzschutzes kann bei der Vergleichbarkeit bzw. der Leistungsträgerklausel, § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG Rechnung getragen werden. 737

### **[2] Vergleichbarkeit**

Vergleichbarkeit liegt nur zwischen Arbeitnehmern der gleichen Hierarchiestufe vor. Sie setzt zudem voraus, daß der Gekündigte ohne Änderungskündigung gegen den anderen hätte ausgetauscht werden können, d.h. dessen Arbeitsplatz mit angemessener Einarbeitungszeit ausfüllen könnte<sup>992</sup>. Der Tendenzschutz könnte die Vergleichbarkeit weiter einengen. Zwar mag den Gewerkschaftsmitgliedern letztlich gleich sein, von welchem Rechtssekretär sie vertreten werden, und sogar eine Tarifkommission ist nicht in einer Weise an ihren Verhandlungsführer gebunden, daß es unmöglich wäre, diesen nicht gegen einen anderen auszutauschen. Andererseits besteht ein nachvollziehbares Interesse der Gewerkschaft daran zu entscheiden, mit wem die Tendenz auf welchem Posten am besten verwirklicht werden kann<sup>993</sup>. Allerdings ist die Berufung auf die fehlende Vergleichbarkeit aus Tendenzgründen der gerichtlichen 738

---

<sup>991</sup> So auch für die verlegerische Tendenz: LAG Düsseldorf vom 28.9.1989 – 13 Sa 610/89, n. v.

<sup>992</sup> BAG vom 29.3.1990 – 2 AZR 369/89, NZA 1991, 181, 184; BAG vom 17.2.2000 – 2 AZR 142/99, NZA 2000, 822.

<sup>993</sup> Ähnlich MünchArbR/*Berkowski*, § 146 Rn. 21 (Vergleichbarkeit eines Sportredakteurs mit einem politischen Redakteur).

Überprüfung zugänglich. Anders als den Kirchen kommt hier den Gewerkschaften kein Selbstbestimmungsrecht zu. Die Gewerkschaft muß also darlegen, daß z.B. ihr Vertrauen in einen bestimmten Tendenzträger an seinem gegenwärtigen Arbeitsplatz signifikant größer ist als gegenüber den anderen. Alternativ könnte sie vortragen, daß das Vertrauen der Mitglieder resp. einer Tarifkommission in einen bestimmten Tarifsekretär besonders groß sei und sich dieses Vertrauensverhältnis nicht bei einem anderen Tarifsekretär aufbauen ließe, ohne daß die Tendenzverwirklichung litte.

### [3] Leistungsträger

- 739 Der Tendenzschutz kann aber bei der Leistungsträgerklausel gem. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG angemessen berücksichtigt werden. Dem steht nicht entgegen, daß das KSchG vor 1996 und von 1998 bis 2003 keine Leistungsträgerklausel kannte und der Tendenzschutz somit nicht auf diese Weise zum Ansatz gebracht werden konnte. Jedenfalls *de lege lata* besteht diese Möglichkeit. Leistungsträger ist, wessen Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen seiner Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. In der von 1996 bis 1998 geltenden Version mußten die Leistungsunterschiede so erheblich sein, daß auf den leistungsstärkeren Arbeitnehmer im Interesse eines geordneten Betriebsablaufs nicht verzichtet werden konnte<sup>994</sup>. Wenn das Gesetz nun „nur noch“ verlangt, daß die Herausnahme im berechtigten betrieblichen Interesse liegt, reichen nach umstrittener Ansicht reine Nützlichkeitsabwägungen aus, wobei der Arbeitgeber frei darin ist, wie er die Kriterien „Kenntnisse“, „Fähigkeiten“, „Leistungen“ bewertet<sup>995</sup>.
- 740 Eine besondere Tendenztreue oder besonderer Erfolg bei der Tendenzverwirklichung sind geeignet, eine Leistung oder Fähigkeit in diesem Sinn zu sein. Eine Gewerkschaft als Tendenzunternehmen jedenfalls muß frei entscheiden können, woran und wie sie die Leistung mißt, z.B. indem sie auf die Sympathie bei Mitgliedern, Erfolge vor Gericht oder in Tarifvertragsverhandlungen oder besonders tiefe Überzeugung abstellt. Wenn das BAG mittlerweile<sup>996</sup> fordert, bei § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG müsse der Arbeitgeber das Interesse des sozial schwächeren Arbeitnehmers gegen das betriebliche Interesse an der Herausnahme des Leistungsträgers abwägen,

<sup>994</sup> BAG vom 24.3.1983 – 2 AZR 21/82, AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>995</sup> *Thüsing/Stelljes*, BB 2003, 1673, 1675; *Lingemann/Rolf*, NZA 2005, 265; *Bauer/Krieger*, Anm. AP Nr. 56 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

<sup>996</sup> BAG vom 12.4.2002 – 2 AZR 706/00, NZA 2003, 42; krit. *Thüsing/Wege*, RdA 2005, 12, 15 ff.

schränkt dies zwar grundsätzlich die Bedeutung der Norm erheblich ein, gerade bei Tendenzunternehmen darf aber das Interesse des Arbeitnehmers nicht dem Tendenzschutz entgegenstehen, so daß allenfalls bei extrem hohen sozialen Interessen des Arbeitnehmers und nur schwach ausgeprägtem Tendenzschutzinteresse letzteres in der Abwägung unterliegt.

#### [4] Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur

Eine Herausnahme eines vergleichbaren Arbeitnehmers aus der Sozialauswahl ist nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG auch möglich, um die Personalstruktur zu erhalten<sup>997</sup> oder eine Unausgewogenheit nicht zu verschärfen<sup>998</sup>, nicht hingegen, um eine ausgewogene Personalstruktur erst zu schaffen<sup>999</sup>. Nach h.M. ist die Personalstruktur – wie auch in § 125 Abs. 1 InsO – nicht allein mit der Alterstruktur gleichzusetzen<sup>1000</sup>. Gerade wenn eine Gewerkschaft aus tendenzbezogenen Gründen z.B. eine Frauenquote oder eine Ausländerquote einführt, um auf die Mitgliederstruktur zu reagieren, so kann sie sich in ähnlichem Maß wie bei der Einstellung, o. § 4A.I.2.e.bb, Rn. 441 f., auch bei Entlassungen darauf berufen. *Thüsing/Wege* haben eingewandt, die Norm müsse teleologisch reduziert werden, so daß nur Personalstrukturen gesichert werden dürfen, welche für die Leistungsfähigkeit des Betriebs relevant sind – für Geschlechterquoten sei das nicht der Fall<sup>1001</sup>. Ob Arbeitsgerichte in der Lage sind zu entscheiden, ob und in welchen Unternehmen ein Kriterium leistungsrelevant ist, mag dahinstehen. Wegen des Tendenzschutzes muß es den Gewerkschaften erlaubt sein, die Leistungsrelevanz tendenzbezogener Kriterien festzulegen, so daß nur die allgemeine Willkürkontrolle erfolgt.

741

#### [5] Tendenzschutz bei der Abwägung der sozialen Interessen

Auch nicht-Tendenzunternehmen haben bei der Sozialauswahl ein Ermessen, wie sie die Auswahlkriterien des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG bewerten. Diese Bewertung kann gemäß § 1 Abs. 4 KSchG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit kontrolliert werden, wenn sie aufgrund einer Auswahlrichtlinie gemäß § 95 BetrVG erfolgt. Da in gewerkschaftlichen Tendenzbetrieben eine solche Auswahlrichtlinie zumindest für Tendenzträger mit-

742

<sup>997</sup> BT-Drucks. 15/1204, S. 11.

<sup>998</sup> *Thüsing/Stelljes*, BB 2003, 1673, 1675; zur früheren Rechtslage ebenso *Fischermeier*, NZA 1997, 1093, 1098; a.A. *Bader*, NZA 1996, 1125, 1129.

<sup>999</sup> BAG vom 23.11.2000 – 2 AZR 533/99, NZA 2001, 601, 604; *Thüsing/Stelljes*, BB 2003, 1673, 1675 f. m.w.N.

<sup>1000</sup> *Thüsing/Wege*, RdA 2005, 12, 22 ff. m.w.N. zum Streitstand.

<sup>1001</sup> *Thüsing/Wege*, a.a.O.; ähnlich auch *Däubler*, NZA 2004, 177, 182; *Küttner*, FS 50 Jahre BAG, S. 409, 418.

bestimmungsfrei aufgestellt werden kann, scheint ein Wertungswiderspruch zu bestehen. So verweist § 1 Abs. 4 KSchG nicht auf eine Auswahlrichtlinie im Sinne des § 95 BetrVG, sondern auf eine „Betriebsvereinbarung nach § 95 BetrVG“. Der Wortlaut deutet darauf hin, daß eine Betriebsvereinbarung notwendig ist. Diese Absicht läßt sich aus den Gesetzgebungsmaterialien nicht entnehmen. Gerade wegen der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Tendenzschutzes kann aber nicht davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber durch die kündigungsschutzrechtlichen Folgewirkungen den Tendenzschutz des BetrVG konterkarieren wollte. Der Wertungswiderspruch entfällt aber, weil die Ermessenskontrolle immanent den Tendenzschutz zu berücksichtigen hat. Soweit eine Auswahlrichtlinie auf Tendenzgesichtspunkten beruht, gilt § 1 Abs. 4 KSchG auch wenn es sich nicht um eine Betriebsvereinbarung handelt.

### 3. Außerordentliche Kündigung

- 743 Die außerordentliche Kündigung ist gemäß § 626 BGB nur wirksam, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls unzumutbar ist. Nach h.M. stehen die ordentliche Kündigung und die außerordentliche in einem Stufenverhältnis, d.h. der Unterschied zwischen der sozialen Rechtfertigung nach § 1 KSchG und § 626 BGB ist nur ein gradueller<sup>1002</sup>. Je schwerwiegender mithin die Gründe sind, desto eher kann die arbeitgebende Gewerkschaft anstelle der ordentlichen, eine außerordentliche Kündigung aussprechen. Die Wichtigkeit des Grunds steht dabei grundsätzlich in einer Relation zu der Dauer der Kündigungsfrist: Wenn der Gewerkschaft zugemutet werden kann, diese abzuwarten, ist eine ordentliche Kündigung auszusprechen. Hat die arbeitgebende Gewerkschaft auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet, sinken die Anforderungen an den wichtigen Grund, sog. Orlando-Kündigung; ggf. ist aber eine soziale Auslaufrfrist zu beachten<sup>1003</sup>. Bei tendenzaggressivem Verhalten und insbesondere solchem, welches die Glaubwürdigkeit der Gewerkschaften beschädigt, ist das Interesse der Gewerkschaften an einer schnellen Beendigung des Arbeitsverhältnisses besonders hoch zu gewichten.

### 4. Sonderkündigungsschutz

- 744 Bei Normen, die einen Sonderkündigungsschutz durch den Ausschluß der ordentlichen Kündigung bewirken, § 15 KSchG, § 15 Abs. 2 BBiG, kann dem Tendenzschutz im Rahmen der außerordentlichen Kündigung

---

<sup>1002</sup> Dütz, NJW 1990, 2031.

<sup>1003</sup> Dazu: BAG vom 5.2.1998 – 2 AZR 227/97, AP Nr. 143 zu § 626 BGB.

Rechnung getragen werden. Ist hingegen die Kündigung nur mit Genehmigung der Arbeitsbehörden möglich, § 85 ff SGB IX, § 9 Abs. 1 MuSchG, § 18 Abs. 1 BerzGG, so droht eine Zensur gewerkschaftlicher Personalentscheidungen durch den Staat. Daher muß bei einer Kündigung wegen tendenzaggressiven Verhaltens das Ermessen der Behörde auf Null reduziert sein.

### III. Teilzeitverlangen gemäß § 8 TzBfG

#### 1. Keine Bereichsausnahme für Gewerkschaften als Tendenzunternehmen

Von geringfügigen Abweichungen zugunsten der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes abgesehen, stellt die Kleinarbeitgeberklausel gemäß § 8 Abs. 7 TzBfG<sup>1004</sup> die einzige Ausnahme vom Geltungsbereich des § 8 TzBfG dar – sogar von der Kirchenklausel des § 6 Abs. 3 BeschFG hat der Gesetzgeber abgesehen. Ansonsten ist § 8 TzBfG sogar als zwingendes Gesetzesrecht ausgestaltet, so daß der Teilzeitanspruch nicht einmal tarifvertraglich ausgeschlossen werden kann<sup>1005</sup>. § 8 Abs. 4 Satz 3 TzBfG erlaubt lediglich, Ablehnungsgründe tarifvertraglich festzulegen. 745

Für den Bereich der Kirchen ist fraglich, ob der Teilzeitanspruch in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht eingreift und damit mangels verfassungsrechtlicher Rechtfertigung durch den Arbeitnehmerschutz die Kirchen als Arbeitgeber bindet<sup>1006</sup>. Zum Verkündigungsauftrag der Kirchen gehört das Evangelium, welches von den Christen gerade fordere, „nur einem Herren zu dienen“. Eine ähnliche Erwägung könnte auch für Tendenzunternehmen gelten. 746

#### 2. Entgegenstehender Tendenzschutz

Dem Tendenzschutz ist aber schon dadurch Rechnung getragen, daß nicht die vom BAG entwickelte Dreistufenprüfung zum Entgegenstehen betrieblicher Gründe zum Tragen kommt, sondern unmittelbar zu prüfen ist, ob der Tendenzschutz dem Verringerungsverlangen entgegensteht<sup>1007</sup>. Wenn dies zu verneinen ist, können die Gewerkschaften zusätzlich betriebliche Gründe vortragen. 747

---

<sup>1004</sup> Zum Gesetzgebungsverfahren: *Bauer*, NZA 2000, 1039, 1040; *Schiefer*, DB 2000, 2118, 2119.

<sup>1005</sup> BT-Dr. 14/4374, S. 10; *Bauer*, NZA 2000, 1039 ff.; *Kliemt*, NZA 2001, 63, 70.

<sup>1006</sup> *Müller-Volbehr*, NZA 2002, 301 305; *Thüsing*, in: *Annuß/Thüsing*, TzBfG, § 22 Rn. 5. [nicht in Lit. Verz.]

<sup>1007</sup> So für den Tendenzschutz einer Oper: BAG vom 27.4.2004 – 9 AZR 522/03, zu II.4.c), NZA 2004, 1225.

- 748 An die Darlegung, inwiefern das Tendenzgrundrecht durch das Teilzeitverlangen „beeinträchtigt“ ist, sollen auch keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Auch subjektive Vorstellungen von der Tendenzverwirklichung läßt das BAG zu, nachvollziehbar müssen die Gründe aber sein<sup>1008</sup>. Warum allerdings die Verwirklichung der gewerkschaftlichen Tendenz nicht mit Teilzeitkräften möglich sein soll, ist nur schwer vorstellbar. Vorzutragen wäre, daß die dem Antragsteller gestellte Aufgabe nur von ihm erledigt werden kann und von ihrem Umfang her eine Vollzeitkraft verlangt. Ein Ablehnungsgrund kann aber wegen der mitbeantragten Lage der Arbeitszeit bestehen: Ein Rechtssekretär hat überwiegend vormittags Gerichtstermine, so daß er nicht verlangen kann, nur noch nachmittags eingesetzt zu werden. Mit den bis in die Nachtstunden dauernden Tarifvertragsverhandlungen wären entgegenstehende Arbeitszeitverlangen der Tarifsekretäre regelmäßig nicht zu vereinbaren.

---

<sup>1008</sup> BAG, a.a.O.

## § 5 Koalitionsrecht

### A. Interessenvertretung für Gewerkschaftsarbeitnehmer

#### I. Koalition für Arbeitnehmer des DGB-Verbunds

##### 1. DGB-Gewerkschaften als Gewerkschaft für Arbeitnehmer des DGB-Verbunds

Wie schon vormals die HBV begreift sich nun ver.di als Vertretung der Gewerkschaftsarbeitnehmer. Um für die nach § 4 ver.di-Satzung organisierten Arbeitnehmer Tarifverträge abschließen zu können, müßte ver.di die Koalitionsvoraussetzungen erfüllen sowie tarifzuständig und tariffähig sein. Während Koalitionen über ihren Organisationsbereich satzungsautonom entscheiden können, werden die Voraussetzungen der Tariffähigkeit aus § 4 TVG hergeleitet; sie sind also einer Festsetzung durch den Satzungsgeber entzogen. Von den Koalitionsvoraussetzungen ist bei ver.di im Hinblick auf die Vertretung der Arbeitnehmer im DGB-Verbund die Gegnerunabhängigkeit, u. § 5A.I.1.c, Rn. 760 ff., problematisch, von den weiteren Tariffähigkeitsvoraussetzungen ist es die Mächtigkeit u. § 5A.I.1.d.cc, Rn. 855 ff. 749

##### a. Organisationsbereich

###### aa. Ver.di: § 4 ver.di-Satzung i.V.m Nr. 1.2.4.6 des Anhangs

Damit ver.di die Arbeitnehmer des DGB-Verbunds organisieren kann, müßte zunächst der Organisationsbereich ver.di dementsprechend weit gefaßt sein: Gemäß § 4 Nr. 1 Satz 3 ver.di-Satzung erfaßt der Organisationsbereich auch ver.di selbst und ihre Einrichtungen. In § 4 Nr. 1 Satz 1 verweist die ver.di-Satzung für den Organisationsbereich auf den Organisationskatalog im Anhang I zur ver.di-Satzung, welcher Bestandteil der Satzung ist. Dort werden im Organisationsbereich „Handel, Banken Versicherungen“, also dem ehemaligen Organisationsbereich der HBV, unter der Rubrik 1.2.4 „Sonstiger privater Dienstleistungsbereich“ in der Nr. 1.2.4.6 „Parteien, Wirtschafts- und Fachverbände“ nach den Parteiverwaltungen auch die Gewerkschaftsverwaltungen aufgezählt. 750

Weiter führt der Organisationskatalog unter eigenen Titeln auch Bereiche der Gemeinwirtschaft auf: Nr. 1.2.3.2 „Gemeinwirtschaftliche Versicherungsunternehmen“ und Nr. 1.2.2.2 „Gemeinwirtschaftliche Kreditinstitute“. Die Nr. 1.2.1.6 erfaßt „gemeinwirtschaftliche/genossenschaftliche“ Handelsunternehmen und nennt explizit die Unternehmens- 751

gruppe co op. Damit ist zweifelhaft, ob die Satzung alle Arbeitnehmer der Gewerkschaften und gewerkschaftlichen Einrichtungen erfaßt: Der Wortlaut scheint Arbeitnehmer auszuschließen, die nicht in „Verwaltungen“ arbeiten, sowie alle Arbeitnehmer anderer gewerkschaftlicher Einrichtungen. Umgekehrt stellt sich die Frage, ob ver.dis eigene Arbeitnehmer wirksam in den Organisationsbereich einbezogen werden. Dazu ist Nr. 1.2.4.6 des Anhangs 1 auszulegen, und zwar nicht nach den Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB), sondern als Norm<sup>1009</sup>. Der Begriff Gewerkschaftsverwaltung scheint den Begriff Gewerkschaft einzuengen, d.h. auf die Verwaltungen im Sinne von Buchhaltungen, Beschaffungsstellen und Personalabteilungen der Gewerkschaften zu beschränken. Damit wären die Rechtsschutz- und tarifpolitischen Abteilungen ausgeschlossen.

- 752 Nach Sinn und Zweck der Bestimmung ist der Verwaltungsbegriff aber nicht an den arbeitstechnischen Zweck geknüpft, sondern nimmt die Unterscheidung des § 23 KSchG auf: In Anlehnung an den Sprachgebrauch bei öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften unterhalten die Gewerkschaften nach ihrer eigenen Terminologie nicht Betriebe, in denen arbeitstechnische Zwecke verfolgt werden, sondern Verwaltungen, in denen „gedient“ wird<sup>1010</sup>. Die Unterscheidung nach der betriebswirtschaftlichen Funktion, z.B. Produktions- und Verwaltungsstellen, spielt daher keine Rolle. Dafür spricht auch, daß der Organisationsbereich ver.dis denjenigen der HBV fortführen soll, welcher eine derartige Einschränkung nicht enthielt.
- 753 Damit steht aber nur fest, daß die DGB-Gewerkschaften resp. ihre Betriebe erfaßt sind. Hinsichtlich der Arbeitnehmer des DGB stellt sich die Frage, ob sie Arbeitnehmer einer Gewerkschaft sind. Die Frage ist nicht identisch mit der o. § 2C.II.2., Rn. 152 f., bejahten Frage, ob der DGB ein Tendenzunternehmen ist. Das Ergebnis ist aber das gleiche. Jenseits begrifflicher Schwierigkeiten, den DGB als Gewerkschaft einzuordnen, entspräche es nicht dem Sinn der Nr. 1.2.4.6, gerade den DGB auszuklammern. Das ergibt sich schon daraus, daß die meisten Aufgaben des DGB auch von den Einzelgewerkschaften erbracht werden könnten. So

<sup>1009</sup> MünchKomm/Reuter, BGB § 25 Rn. 22 m.w.N.; a.A. Grunewald, ZGR 1995, 68, 80 ff. mwN.

<sup>1010</sup> BAG vom 16.9.1999 – 2 AZR 712/98, zu II.3.e), EZA BGB § 611 Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 45 m.Anm. Dütz = AP Nr. 1 zu § 4 GrO kath. Kirche m. Anm. Thüsing; zu Kulturinstituten: BAG vom 23.4.1998 – 2 AZR 489/97, zu II.3.b), NZA 1998, 995; zu einem Kirchenmusiker als Angestellten der „Verwaltung“ einer evangelischen Kirchengemeinde: BAG vom 12.11.1998 – 2 AZR 459/97, zu II.2., EZA KSchG § 23 Nr. 20 m. Anm. Jacobs = AP Nr. 20 zu § 23 KSchG 1969 m. Anm. Gragert/Kreutzfeld.

nehmen einige Mitgliedsgewerkschaften nicht die Dienste des DGB in Anspruch, sondern unterhalten eigene Rechtsschutzstellen. Der Organisationsbereich ver.di sollte aber dem objektiven Sinn der Bestimmung nach nicht von der zufälligen Zentralisierung oder Dezentralisierung der Aufgaben im DGB-Verbund abhängen. Überdies ist wiederum auf die Systematik des Organisationskatalogs zu verweisen. Die Rubrik 1.2.4 erfaßt mit „privaten Dienstleistungen“ gerade auch die Dienste, die der DGB gegenüber seinen Mitgliedern leistet.

Es bleibt die Frage, ob auch die DGB Rechtsschutz GmbH, die gewerkschaftlichen Bildungswerke, die Verlage und wissenschaftlichen Einrichtungen und die Mitgliederservice GmbHen miteinbezogen sind. Dafür sorgt § 4 Satz 2 ver.di-Satzung, in dem „Nebenbetriebe sowie rechtlich ausgegliederte und rechtlich selbständige – jedoch wirtschaftlich zugeordnete Dienstleistungsbetriebe“ den im Organisationskatalog genannten Unternehmen und Betrieben zugeschlagen werden. Darunter läßt sich z.B. die DGB Rechtsschutz GmbH subsumieren: Sie ist ein rechtlich verselbständigt, aus dem DGB ausgegliedertes Unternehmen, das bei wirtschaftlicher Zuordnung zum DGB über die VTG für den DGB Dienstleistungen erbringt. 754

Problematisch wird das Tatbestandsmerkmal der wirtschaftlichen Zuordnung aber bei Einrichtungen wie dem früheren WWI resp. WSI. Auch dieses wurde aus dem DGB ausgegliedert und erbringt nunmehr durch Forschung Dienstleistungen. Im Unterschied zur DGB Rechtsschutz GmbH wurde das WSI aber nicht rechtlich verselbständigt, sondern in die Hans-Böckler-Stiftung eingegliedert. Diese erhält zwar Zuschüsse vom DGB, finanziert sich aber auch aus anderen Quellen. Die Bindung der Stiftung an den DGB über personelle Verflechtung läßt sich nicht als „wirtschaftliche Zuordnung“ verstehen. Die Hans-Böckler-Stiftung ist auch kein eigenständiger Verband i.S.d. Nr. 1.2.4.6. Da die Hans-Böckler-Stiftung jedenfalls nicht schwerpunktmäßig als Anbieter von Beratungsdienstleistungen auftritt, ist auch die Nr. 1.2.4.7 „Rechts-, Wirtschafts-, Steuerberatungen“ nicht einschlägig. Ver.di ist also weder für die Arbeitnehmer der Hans-Böckler-Stiftung nicht zuständig, noch für die Arbeitnehmer des WSI. 755

Einen zusammenfassenden Tarifzuständigkeitstitel „Gemeinwirtschaft“ gab es nicht. Der Tarifzuständigkeit berühmte sich die Einzelgewerkschaft, in deren Branche das jeweilige gemeinwirtschaftliche Unternehmen tätig war. Innerhalb des Organisationskatalogs von ver.di rechnen diese Arbeitnehmer nicht zu den Arbeitnehmern der „Gewerkschaftsverwaltungen“ nach Nr. 1.1.4.6., sondern werden im Zusammenhang mit ihren Branchen genannt: die gemeinwirtschaftlichen Handelsunternehmen in 1.2.1.6; die gemeinwirtschaftliche Kreditinstitute in Nr. 1.2.2.2 und die gemeinwirtschaftliche Versicherungsunternehmen gemäß 756

1.2.3.2. Dementsprechend unterfallen die Arbeitnehmer der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft auch innerhalb ver.di unterschiedlichen Fachbereichen.

**bb. Organisationsbereiche der GEW, ehemaligen IG Druck, usw.**

- 757 Die Organisationsbereiche der anderen DGB-Gewerkschaft erfassen die eigenen Arbeitnehmer nur teilweise: § 2c Transnet-Satzung, § 4 Abs. 1 GdP-Satzung sehen dies ausdrücklich vor – die Satzungen der IG Metall, der GEW, der NGG, der IG BCE und der IG BAU kennen eine Mitgliedschaft ihrer eigenen Arbeitnehmer nicht. Infolge von Observanz können deren Arbeitnehmer Mitglieder dieser Gewerkschaften werden, o. § 3C.I.3.e, Rn. 349 ff. Sowohl bei ausdrücklicher Nennung als auch in den Observanzfällen führt ein solcher Beitritt nur zur bloßen Vereinsmitgliedschaft – Gewerkschaften können die DGB-Gewerkschaften für ihre Arbeitnehmer nicht sein, o. § 3B.II.1, Rn. 278, 282.
- 758 Sonderfall sind wieder die DGB-Gewerkschaften, deren Organisationsbereich Nebenbetriebe oder Betriebe von Gewerkschaftsunternehmen anderer DGB-Gewerkschaften oder gewerkschaftsnahe Unternehmen erfaßt: Der Lehrer in einem ver.di-Bildungswerk unterfällt gemäß § 6 Nr. 3c GEW-Satzung dem Organisationsbereich der GEW, die Angestellten der Hans-Böckler-Stiftung sind Arbeitnehmer eines wissenschaftlichen Instituts bzw. einer Forschungseinrichtung i.S.d. § 6 Nr. 3b GEW-Satzung.

**b. Gegnerfreiheit**

- 759 Eine Koalition muß gegnerfrei sein<sup>1011</sup>. Die Gegnerfreiheit ver.di ist aber nicht gefährdet: Die Funktionäre und Entscheidungsträger bei ver.di sind bei ver.di selbst Mitglied und nicht bei den Gewerkschaften, deren Arbeitnehmer ver.di gegen diese arbeitgebenden Gewerkschaften vertreten will. Ebensovienig wie das Aufsichtsratsmandat des ver.di-Vorsitzenden *Bsirski* bei der Fraport AG die Unabhängigkeit ver.di gegenüber Fraport gefährdet, schadet die Entsendung von ver.di-Funktionären in die Organe des DGB ver.di's Gegnerunabhängigkeit. Zwar sind Aufsichtsrats- und Organmitglieder auf das Wohl der Unternehmen verpflichtet, sie sind aber gerade in ihrer Funktion als Interessenvertreter von ver.di dorthin entsandt. Wird der Interessenkonflikt zu groß, müssen sie dementsprechend ihr Mandat niederlegen, nicht aber ihre Funktion bei ver.di.

---

<sup>1011</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu III.2.c), AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit; *Löwisch*, ZfA 1970, 295.

Im übrigen schadet nicht jede personelle Verflechtung. Die Arbeitgeberseite erlangt erst dann einen relevanten Einfluß auf die Koalition, wenn ihre Vertreter in den Entscheidungsgremien der Arbeitnehmerorganisation mitwirken oder sich an den Entscheidungen maßgeblich beteiligen können<sup>1012</sup>. So gefährdet beispielsweise die ver.di-Mitgliedschaft eines Innenministers als Arbeitgeber im öffentlichen Dienst nicht die Gegnerunabhängigkeit ver.dis<sup>1013</sup>, sondern allenfalls die des Landes<sup>1014</sup>.

### c. Gegnerunabhängigkeit der DGB-Gewerkschaften

#### aa. Bedeutung der Gegnerunabhängigkeit als zentraler Streitpunkt

Die ver.di schließt seit einigen Jahren mit der DGB Rechtsschutz GmbH Tarifverträge und bis Mitte der 90er Jahre wurden Tarifverträge der IG Medien auf die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer des Bund-Verlags angewendet. Eine andere ver.di-Quellgewerkschaft, die ÖTV, hatte 1994 einen Haustarifvertrag mit einer gemeinnützigen Beschäftigungsgesellschaft geschlossen, an der Bildungswerke des DGB und der DAG zu je 10 % beteiligt waren, o. § 2C.II.3.c.bb., Rn. 211.

Für ver.di wie für andere DGB-Gewerkschaften, die sich berühen, Tarifverträge für Arbeitnehmer des DGB-Verbunds abschließen zu können, gilt aber das Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit. Diese rechtliche Frage hat verbandspolitische Bedeutung: Von ihr hängt ab, ob ver.di und der VGB um die Arbeitnehmer des DGB-Verbunds konkurrieren oder ob es nur die Alternativen VGB und Gesamtbetriebsrat gibt. Die Tariffähigkeit und damit die Gegnerunabhängigkeit ver.dis scheint derzeit überhaupt die Prämisse dafür zu sein, daß die Unternehmen im DGB-Verbund die Arbeitsbedingungen ihrer eigenen Arbeitnehmer nicht im gewerkschaftlichen „dritten Weg“ regeln, sondern immerhin Tarifverträge akzeptieren. Die Alternative zu den Gesamtbetriebsräten als Verhandlungspartnern ist aus Sicht der Arbeitgeber im DGB-Verbund offenbar nur die Bruder-gewerkschaft ver.di – für den VGB als *tertium* soll gelten: *non datur!*

In einem vom VGB angestregten Beschlußverfahren über die Tariffähigkeit der HBV für den Abschluß von Tarifverträgen mit der DGB Rechts-

<sup>1012</sup> Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 91; BAG vom 16.11.1982 – 1 ABR 22/78, DB 1983, 1151, 1151 zum Verband der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie, von dessen Mitgliedern zwei auch ehrenamtlich in Arbeitgeberverbänden Mitglied waren; die Gegnerunabhängigkeit sehr restriktiv auslegend: Park, Arbeitgeberverbände, S. 65.

<sup>1013</sup> Jung, Unabhängigkeit, S. 140.

<sup>1014</sup> Jung, Unabhängigkeit, S. 140.

schutz GmbH entschieden das ArbG Düsseldorf und das LAG Düsseldorf die Frage der Gegnerunabhängigkeit nur deshalb nicht, weil sie die Antragsbefugnis des VGB in dem Verfahren nach § 97 ArbGG verneinten<sup>1015</sup>.

## bb. Inhalt des Unabhängigkeitserfordernisses

### [1] Auslegung

- 764 Daß eine Koalition gegnerunabhängig sein muß, ist allgemeine Meinung<sup>1016</sup>. Der Wortlaut des richterrechtlich entwickelten Erfordernisses bietet wenig Anhaltspunkte für eine subsumtionfähige Auslegung: Die Abhängigkeit im Sinne der §§ 17, 311 AktG als Voraussetzung des Konzerntatbestands und auch der betriebsverfassungsrechtliche Konzernbegriff können nicht herangezogen werden. Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht und der Arbeitnehmerschutz im Sinne einer Effektivität der Betriebsverfassung sind auf das Koalitionsrecht nicht übertragbar. Liegt ein Konzern im Sinne des Gesellschaftsrechts vor, d.h. ist die Koalition ein vom sozialen Gegenspieler abhängiges Unternehmen, so kann die koalitionsrechtliche Gegnerunabhängigkeit nicht gegeben sein. Umgekehrt schließt das Fehlen einer konzernrechtlichen Beherrschung nicht die Gegnerabhängigkeit aus. Auch die körperschaftssteuerrechtlich relevante Abhängigkeit eines Unternehmens ist im Vergleich zur koalitionsrechtlichen ein prinzipiell engerer Tatbestand – sonst wäre ver.di zwar dem DGB gegenüber abhängig, nicht aber gegenüber der körperschaftssteuerlich unabhängigen DGB Rechtsschutz GmbH, an welcher der DGB über seine Treuhandgesellschaft 100 % der Anteile hält.
- 765 Sinn und Zweck der Gegnerunabhängigkeit ist einerseits der Schutz des kollektiven Verhandlungsmechanismus, der eine Antagonie voraussetzt<sup>1017</sup>, damit die Interessen innerhalb der Koalition möglichst unbeeinflusst von dem jeweiligen Gegenüber formuliert werden, bevor sie im Wege des Verhandlungskompromisses zu einem Ausgleich gebracht

<sup>1015</sup> LAG Düsseldorf vom 29.4.1999 – 5 (4) TaBV 2/99, LAGE BetrVG 1972 § 3 Nr. 3.

<sup>1016</sup> BVerfG (Kammer) vom 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, zu C.2.b)bb), BVerfGE 4, 96, 106; BVerfG (Senat) vom 6.5.1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 28; BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit; *Jung*, Unabhängigkeit, S. 140 m.w.N.; BVerfG (Senat) vom 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, zu B.I.1., BVerfG 58, 233, 247; st. Rspr. BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, zu II.1.b)bb), AP Nr. 87 zu Art. 9 GG.

<sup>1017</sup> In diesem Sinne *Scholz*, ZfA 1990, 377, 382; *Rieble*, GS Eucken, S. 199 ff.; *Söllner*, JahrBArbR 35 (1998), 21 ff.; allg. zum Gegenmächtsprinzip: *Bartholomeyczik*, AcP 166 (1966), 30; *Galbraith*, Capitalism, 1952.

werden<sup>1018</sup>. Andererseits würde dieses zum Schutz der Mitglieder dienende Kriterium sie auf den Status bloßer Vereinsmitglieder zurück, weshalb zu Recht der Koalitionsstatus nur entzogen werden darf, wenn eine ausschließlich den Interessen ihrer Mitglieder dienende Willensbildung grundsätzlich nicht mehr zu erwarten ist<sup>1019</sup>.

## [2] Materielle Betrachtung anhand der Umstände des Einzelfalls als Maßstab

Das BAG hat daraus die Formel entwickelt, die Koalition müsse „unabhängig genug sein, um die Interessen ihrer Mitglieder wirksam und nachhaltig vertreten zu können. Sie muß über ihre eigene Organisation und ihre Willensbildung selbst entscheiden können.“ Darunter läßt sich zwar nur schwerlich subsumieren, aber für die auch hier maßgeblichen „Umstände des Einzelfalls“<sup>1020</sup> folgt daraus zum einen, daß die Gegnerunabhängigkeit nicht in einem formalen, sondern in einem materiellen Sinn zu verstehen ist<sup>1021</sup>, und zum anderen, daß nicht jegliche Beeinträchtigung der Unabhängigkeit schadet, sondern der Grad der Abhängigkeit entscheidend ist<sup>1022</sup> – gerade weil es sich um eine konstitutive Voraussetzung handelt, die in der Rechtsfolge keine Differenzierung erlaubt. 766

Weil die Koalitionsfreiheit ansonsten ausgehöhlt werden könnte, dürfen „keine überspannten Anforderungen“ gestellt werden<sup>1023</sup>. Die Gegnerunabhängigkeit fehlt erst, wenn die Abhängigkeit vom sozialen Gegenspieler „in der Struktur der Arbeitnehmervereinigung angelegt und verstetigt ist“<sup>1024</sup>. Beispielhaft gelten personelle Verflechtungen, organisatorische 767

<sup>1018</sup> Grundlegend: *Zöllner/Seiter*, Mitbestimmung, S. 34 ff.; *Badura*, a.a.O., S. 199; so auch *Scholz*, ZfA 1990, 377, 382; *ders.*, FS Rittner, S. 629, 636.

<sup>1019</sup> *Oetker*, Anm. AP Nr. 87 zu Art. 9 GG, II 3a; ähnlich bereits *Scheuner*, in: *Weber/Scheuner/Dietz*, Koalitionsfreiheit, S. 27, 52 f.; zum Schutz vor tarifvertraglicher Fremdbestimmung der Mitglieder: *Rieble*, Anm. zu BAG vom 14.12.1999 – 1 ABR 74/98, zu III.1, AP Nr. 14 zu § 2 TVG Tarifizständigkeit.

<sup>1020</sup> So schon RAG vom 29.9.1928 – 24/1928, ARS 4, 294, 303 zu den „Lanbünden“; RAG vom 10.4.1924 – 648/1928, ARS 5, 543, 546 ff.; RAG vom 21.5.1930 – 52/30, ARS 9, 487, 491 ff.; *Wiedemann/Oetker*, TVG, § 2 Rn. 305; BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu III.2., AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

<sup>1021</sup> BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, II.1.b)bb), AP Nr. 87 zu Art 9 GG m. zust. Anm. *Oetker*; *Schleusener*, JuS 2001, 471, 473; *AK/Kittner*, Art. 9 III Rn. 50; *MDH/Scholz*, Art. 9 Rn. 208.

<sup>1022</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu III.2.), AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

<sup>1023</sup> BVerfG (Senat) vom 1.3.1979 – 1 BvL 532, 533/77, 419/79 und 21/78, BVerfGE 50, 290.

<sup>1024</sup> BVerfG (Senat) vom 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, AP Nr. 31 zu § 2 TVG; BVerfG vom 1.3.1978 – 1 Bv R 532/77, 533/77, 419/77, 1 BvL 21/78, zu C.IV.2.c)cc), BVerfG 50, 290, 376; BAG vom 20.4.1999 – 3 AZR 352/97, zu II.2., AP Nr. 28

Verbindungen oder freiwillige finanzielle Zuwendungen als ernsthaft unabhängigkeitsgefährdend<sup>1025</sup>.

### [3] Feststellung der Abhängigkeit

- 768 Das BAG hat erkannt, bei der Feststellung der Gegnerunabhängigkeit verbiete sich „eine schematische Betrachtung“. Es kommt mithin auf eine Gesamtschau der für und gegen die Unabhängigkeit sprechenden Indizien an. Wegen Art. 9 Abs. 3 GG ist im Grundsatz und im Zweifel von einer Gegnerunabhängigkeit auszugehen. Um ver.di für den DGB, andere DGB-Gewerkschaften und deren Unternehmen die Gegnerunabhängigkeit abzuspüren, genügt es nicht, wie *Bischoff* auf „weitgehende Einigkeit darüber“<sup>1026</sup> zu verweisen, „daß die HBV aufgrund der organisatorischen und finanziellen Verwobenheit mit dem DGB und den übrigen Beschäftigtengewerkschaften keine gegnerfreie Koalition für die Gewerkschaftsbeschäftigten darstellen kann.“<sup>1027</sup> Von Gegnerunabhängigkeit könne man auch nicht sprechen, wenn die HBV mit der DGB Rechtsschutz GmbH Tarifverträge schließe, weil „beide Verhandlungspartner unter dem Einfluß des DGB und der übrigen Mitgliedsgewerkschaften stehen“.<sup>1028</sup> Zu abstrakt und pauschalierend stellt auch *Jung* fest: „Stehen die Gewerkschaften in ihrer Funktion als Arbeitgeber den Arbeitnehmern gegenüber, so können sie nicht die Interessen der eigenen gewerkschaftlichen Arbeitnehmer gegen sich selbst wahrnehmen. Das Postulat der Unabhängigkeit ist in einem solchen Fall offenkundig verletzt.“<sup>1029</sup> Daß aber ver.di derart unter dem Einfluß des DGB, der DGB-Gewerkschaften, der DGB-Rechtsschutz GmbH oder der DAA steht und daher deren Arbeitnehmer nicht vertreten kann, wird und wurde von ver.di in Prozessen gemäß § 97 ArbGG heftig bestritten. Den Instanzgerichten hat diese pauschale Begründung bisher zu Recht nicht gereicht<sup>1030</sup>. Die betroffenen Arbeitsgerichte können sich dann nicht auf das bloße Gefühl stützen, ver.di ge-

---

zu § 1 TVG Tarifverträge: Rundfunk; ErfK/*Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 25; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 15; *Wiedemann/Oetker*, TVG, § 2 Rn. 306; *Däubler/Peter*, TVG, § 2 Rn. 30, 32.

<sup>1025</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu III.2., AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

<sup>1026</sup> Als Beleg dafür fordert *Bischoff*, Gewerkschaften, Fn. 135, zu vergleichen bei: *Gamillscheg*, KollArbR I, S. 332; *Dütz*, AuR 1995, 337, 338.

<sup>1027</sup> *Bischoff*, Gewerkschaften, S. 26 mit Verweis auf *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 332; *Dütz*, AuR 1995, 337, 338.

<sup>1028</sup> *Bischoff*, Gewerkschaften, S. 26.

<sup>1029</sup> *Jung*, Unabhängigkeit, S. 205.

<sup>1030</sup> LAG Düsseldorf vom 29.4.1999 – 5 (4) TaBV 2/99, LAGE BetrVG 1972 § 3 Nr. 3.

rate in Tarifverhandlungen mit dem DGB „zu einem Werkzeug in der Hand der Arbeitgeber“<sup>1031</sup>.

Eine Vereinigung wie ver.di, welche die übrigen Merkmale, insbesondere das der demokratischen Organisation, erfüllt, und sich als Koalition betätigt, ist dem ersten Anschein nach gegnerunabhängig. Dieser Anschein wird nur zerstört, wenn hinreichend gewichtige Indizien für eine Abhängigkeit sprechen, z.B. die erwähnten freiwilligen Zuwendungen der Gegenseite oder fehlende Überbetrieblichkeit. 769

Umgekehrt können diese Abhängigkeitsindizien ihrerseits widerlegt werden: Führt die Koalition unnachgiebig und ohne Rücksicht auf fremde und eigene Verluste einen Arbeitskampf, um vergleichsweise hohe Tarifforderungen durchzusetzen, spricht dies sehr für ihre Unabhängigkeit gegenüber dem sozialen Gegenspieler. Dabei gilt aber: Je stärker die Verbundenheit der Gegner ist, desto aussagekräftiger müssen die Gegenindizien sein, um doch noch den Interessenwiderstreit und damit die Gegnerabhängigkeit zu widerlegen. 770

#### **[4] Abhängigkeitsindizien**

##### **i. Zuwendungen des sozialen Gegenspielers**

Ein oft genanntes Indiz für die Gegenerabhängigkeit sind finanzielle Mittel, welche der soziale Gegenspieler einer Koalition zuwendet, ohne dazu verpflichtet zu sein, weil dann die Androhung der Zahlungseinstellung die Willensbildung beeinflussen kann. Diesem Verdacht ist die NGG wegen Zahlungen eines gegnerischen Arbeitgeberverbands an eines ihrer Bildungswerke ausgesetzt. Aufgrund der vielfältigen finanziellen Verflechtungen zwischen den DGB-Gewerkschaften und dem DGB kommt dieses Indiz auch hinsichtlich der Abhängigkeit ver.dis von den anderen arbeitgebenden Gewerkschaften in Betracht. 771

##### **ii. Informeller und insbesondere personeller Einfluß**

Auch wenn ein Arbeitgeber allein durch informellen Einfluß in der Lage ist, Einfluß auf die tarifpolitische Willensbildung auszuüben, indiziert dies die Gegenerabhängigkeit. Der informelle Einfluß beruht oft darauf, daß von der Gegenseite beeinflusste Personen, maßgeblichen Einfluß in der Koalition haben. Daß dann die Gegnerunabhängigkeit fehlt, folgt aus dem Schutzzweck. Die Arbeitnehmer müssen besonders davor geschützt 772

---

<sup>1031</sup> So aber das ArbG Stuttgart vom 12.9.2003 – 15 BV 250/96, NZA-RR 2004, 1025 ohne Beleg hinsichtlich der CG Metall gegenüber der Jenoptik AG; zu Recht kritisch zu solchen Begründungsmängeln: *Rieble*, BB 2004, 885, 887.

werden, die Vertretung ihrer Interessen einer Organisation anzuvertrauen, die nicht erkennbar, sondern verdeckt unter dem Einfluß der Arbeitgeberseite steht<sup>1032</sup>. Soweit dadurch nicht schon die Gegnerfreiheit entfällt, können auch personelle Verflechtungen die Gegnerabhängigkeit indizieren.

### iii. Abhängigkeit infolge Interessenwiderstreits – Antagoniegebot

- 773 Beherrschung oder Einfluß der Arbeitgeberseite sind zwar hinreichende, aber nicht notwendige Bedingungen für die Gegnerabhängigkeit. Sie fehlt auch, wenn der Gedeih des Arbeitgebers für die Gewerkschaft von einem eigenen materiellen Interesse ist, das über den Erhalt der Arbeitsplätze der Mitglieder hinausgeht. Anders als in der vom Kooperationsgebot des § 2 Abs. 1 BetrVG geprägten Betriebsverfassung gefährdet solches die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte und geforderte antagonistische Ausgleichsordnung und damit eine Funktionsvoraussetzung des Tarifvertragssystems: Es fehlt dann die Gegner-unabhängigkeit als Fähigkeit, effektiv und nachhaltig allein im Interesse der Mitglieder tarifpolitische Entscheidungen zu treffen. In Wirklichkeit fließen sonst die Interessen der Gegenseite schon in die interne Willensbildung ein und nicht erst bei den kontradiktorischen Verhandlungen.
- 774 Diese Komponente der Gegnerabhängigkeit ist bisher vernachlässigt worden: Daß ein Arbeitgeber oder ein Arbeitgeberverband ein signifikantes Interesse am Gedeih einer Gewerkschaft haben könnte und deshalb den Forderungen der Gewerkschaft kaum eigene Interessen entgegenstehen, ist selten. Daß umgekehrt eine Gewerkschaft sich nicht ausschließlich von den Interessen der eigenen Mitglieder leiten läßt, kann durchaus praktisch werden, und zwar nicht nur im Falle der Vertretung der Gewerkschaftsarbeitnehmer: Erwirbt eine Gewerkschaft zu Kapitalanlagezwecken in relevanter Größenordnung Vorzugsaktien eines Unternehmens, so ist damit kaum ein signifikanter Einfluß auf die Gegenseite verbunden – die Gegnerunabhängigkeit entfällt gleichwohl, wenn die Gewerkschaft befürchten muß, daß ein teurer Tarifabschluß oder gar ein Streik den Börsenkurs negativ beeinflusst. Letztlich ist die Gegnerunabhängigkeit funktional eine Art spezifisch tarifvertragliches Befangenheitsverbot: Wessen unmittelbare eigene Interessen zumindest partiell mit denen der Gegenseite im Einklang stehen, kann die Interessen der Mitglieder nicht effektiv vertreten. Dieser allgemeine Rechtsgedanke liegt nicht nur § 181 BGB und den Befangenheitsvorschriften zugrunde, sondern kommt gerade auch in dem Erfordernis der Gegnerunabhängig-

---

<sup>1032</sup> Bruhn, Tariffähigkeit, S. 172; Schachtschneider, Staatsunternehmen, S. 141.

keit auf kollektivvertraglicher Ebene zum Tragen. Zwar muß ein Arbeitgeber im Arbeitsgerichtsprozeß gegen eine Gewerkschaft erst einen Befangenheitsantrag stellen, damit ein Richter, der sich mit dieser Gewerkschaft identifiziert, wegen Befangenheit ausgeschlossen wird<sup>1033</sup>. Der Mechanismus der kollektiven Interessenvertretung verträgt aber eine solche Abhängigkeit von individuellen Ausübungsrechten nicht. Deswegen führt die Interessenvermischung schon an sich zum Ausschluß der Koalitionseigenschaft.

Diese Gegnerabhängigkeit der Arbeitnehmervereinigung aufgrund widerstreitender Interessen wird häufig damit einhergehen, daß die Arbeitgeberseite unter dem Einfluß der Arbeitnehmervereinigung steht – zwingend ist dies aber nicht: Wenn im öffentlichen Dienst die Arbeitgeberseite nicht mehr unabhängig genug von ver.di ist<sup>1034</sup>, heißt das nicht, daß ver.di deshalb ein besonderes Verantwortungsgefühl entwickelt und Tarifzurückhaltung übt. Umgekehrt führt es nicht zur Gegnerabhängigkeit, wenn eine Gewerkschaft ihre Forderungen den Angeboten der Arbeitgeberseite anpaßt, weil sonst die Arbeitsplätze der Mitglieder in Gefahr geraten. Die Gewerkschaft darf im Rahmen der Tarifautonomie Äpfel mit Birnen vergleichen und Beschäftigungsgarantien gegen Entgelt einbußen und Arbeitszeitverlängerungen anbieten. 775

Daß ein Interessengleichklang der Gegnerunabhängigkeit schadet, ist der tiefere Sinn der schon länger als Abhängigkeitsindiz anerkannten Überbetrieblichkeit – die Existenzabhängigkeit ist aber nur ein Beispiel für eine Abhängigkeit infolge der Interessenvermischung. Ebenso wie diese Existenzabhängigkeit die Gegnerunabhängigkeit beseitigt, so führt auch die Identifikation mit dem Personalkostensenkungsinteresse des Gegners zu einem internen Interessenwiderstreit und damit zum Fortfall der Gegnerunabhängigkeit. Das zwingt nicht zu einem subjektiven Tatbestand, wie ihn allerdings noch das RAG mit der Formel „innere Selbständigkeit und Unabhängigkeit“ gefordert hatte<sup>1035</sup>. Vielmehr läßt nach allgemeiner Lebenserfahrung die objektiv festzustellende Interessenkollision darauf schließen, daß sich die Fremdinteressen auch tatsächlich auswirken. Dies begründet den Anschein der fehlenden Gegnerunabhängigkeit, der aber erschüttert werden kann. 776

Bei der Frage nach der Gegnerunabhängigkeit ver.dis oder einer anderen DGB-Gewerkschaft gegenüber Arbeitgebern des DGB-Verbands ist diese 777

<sup>1033</sup> Klaas, Berufsrichter, S. 150 ff.

<sup>1034</sup> So Pusch, Arbeitskampf, 127 ff.

<sup>1035</sup> RAG vom 10.10.1928 – 89/28, ARS 4, 239, 243 m. Anm. Gerstel; RAG vom 2.2.1929 – 91/29, ARS 5, 217, 218 m. Anm. Nipperdey; dagegen: Wiedemann/Oetker, TVG, § 2 Rn. 318.

Verquickung von Gewerkschaftsinteressen mit denen der arbeitgebenden Gewerkschaften das Hauptproblem, im einzelnen u. § 5A.I.1.c.cc.[4]-[7], Rn. 793 ff., insb. Rn. 805 ff. Solche gegnerunabhängigkeitsgefährdenden Interessenverquickungen sind aber nicht auf das Verhältnis ver.di zu Unternehmen im DGB-Verbund beschränkt:

- 778 Ein weiteres Beispiel ist die Verbundenheit der DGB-Gewerkschaften mit den Genossenschaften und der SPD. Die signifikante Anzahl der Gewerkschaftsmitglieder, die der SPD zumindest nahestehen und die Bedeutung der SPD als politischer Arm der DGB-Bewegung<sup>1036</sup> begründen den Anschein, daß sich ver.di wegen des Interessengleichklangs weder unvoreingenommen für bessere Arbeitsbedingungen der SPD-Arbeitnehmer einsetzt und damit die Personalkosten der SPD in die Höhe treibt, noch daß ver.di, um dies zu erzwingen, durch einen Streik die Arbeit der SPD lahmlegt.

### [5] Gegenindizien

- 779 Wie erwähnt, muß es auch in der Hand der Koalition liegen, eine indizierte Gegnerabhängigkeit zu widerlegen. Ver.di war auf dem Weg, ein Beispiel dafür zu liefern: Als der SPD-Landesverband Schleswig-Holstein die Gehälter der SPD-Mitarbeiter drastisch kürzen wollte (Gehalt um bis zu 48 % kürzen, Weihnachts- und Urlaubsgeld streichen, Wochenarbeitszeit von 37 St/W auf 39,5 St/W anheben), suchten diese Schutz bei ihrer Gewerkschaft, der ver.di. Als die Tarifverhandlungen mit der SPD scheiterten, stellte der ver.di-Funktionär *Dieter Altmann* beim ver.di-Bundesvorstand den Antrag auf Arbeitskampfmaßnahmen gegen die SPD. Er bedauere „mit harten Bandagen gegen unseren historischen Verbündeten vorzugehen“, aber die Mitgliederinteressen stünden im Vordergrund. Es kam jedoch nicht zu einem Streik, sondern – nach Einschaltung – des Bundesvorstands doch noch zu einem Kompromiß.
- 780 Das reichte nicht, um die Gegnerabhängigkeit zu widerlegen, die durch die historische, politische und personelle Verbundenheit begründet ist. Daß der Bundesvorstand einem Landesverband und den streikbereiten Mitgliedern den gewünschten Streik versagt, ist sogar ein weiteres Indiz für die Abhängigkeit vom Gegner SPD. Ähnliches gilt, wenn ver.di sich so gegenüber einer anderen DGB-Gewerkschaft verhalten hätte.

---

<sup>1036</sup> Zum Bündnis der DGB-Gewerkschaften mit der SPD und der Drohung der IG Metall, dieses aufzukündigen: Spiegel online-16.10.2003, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,270020,00.html> [zuletzt abgerufen am 12.9.2007].

**[6] Kasuistik**

Bejaht wurde die Gegnerabhängigkeit bei den sog. „gelben Gewerkschaften“<sup>1037</sup> in der Weimarer Republik, auf deren Existenz hin das Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit überhaupt erst entwickelt wurde. 781

In der Mitbestimmungsentscheidung hat das BVerfG zutreffend die Interessenkollision als weiteren unabhängigkeitsgefährdenden Umstand erkannt. Es könne nämlich den Funktionen des Tarifsystems abträglich sein, wenn ein Vorstandsmitglied bei Tarifvertragsverhandlungen Tarifkommissionsmitglieder zum Gegenüber hat, die – wenn sie zugleich als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sitzen – über seine Wiederwahl mitzubestimmen haben<sup>1038</sup>. Es darf bezweifelt werden, ob das BVerfG umgekehrt die Unabhängigkeit einer Gewerkschaft bejahen würde, wenn ihr sozialer Gegenspieler fast paritätischen Einfluß auf die Bestellung des Gewerkschaftsvorstands hätte. Insofern ist die Entscheidung des BVerfG vor dem Hintergrund zu sehen, daß die gesetzgeberische Ausgestaltungsfreiheit bei der Selbstbestimmung von Kapitalgesellschaften nicht damit zu vergleichen ist, inwieweit Gewerkschaften sich gewillkürt dem Einfluß der Arbeitgeberseite öffnen dürfen. 782

Das BAG hat noch nie einer Koalition die Gegnerunabhängigkeit abgesprochen<sup>1039</sup>; gegen die von der Zeitschrift „Capital“ geäußerten Zweifel an der Gegnerunabhängigkeit der NGG, ist diese erfolgreich mit einer Unterlassungsklage vorgegangen<sup>1040</sup>. Auch das ArbG Gera hat hohe Anforderungen an den informellen Einfluß gestellt, den ein Arbeitgeber auf die Koalition haben müßte: Nach den Feststellungen hatte ein Arbeitgeberverband die Mitgliedsunternehmen aufgefordert, daß der Tarifvertrag gelebt werden müsse und darauf hingewiesen, es sei wichtig, daß genügend Mitarbeiter Mitglied der umstrittenen Koalition würden. Die Koalition habe „sich zumindest in einigen Fällen mit ihren tariflichen Forderungen den Forderungen und Angeboten des sozialen Gegenspielers angepasst“. Diese Indizien reichten dem ArbG Gera nicht, weil die Werbung des Arbeitgebers für den Gewerkschaftsbeitritt zwar als Zuzwendung aufzufassen sei, aber keine tatsächlichen Einflußmöglichkeiten eröffne. Die Anpassung an die Angebote der Arbeitgeberseite könne auch 783

---

<sup>1037</sup> Zu ihnen: ausführlich *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1, S. 415 ff ; *Zachert*, AuR 1986, 321.

<sup>1038</sup> BVerfG (Senat) vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 532/77, zu IV.2.d)aa), BVerfGE 50, 290; *Jung*, Unabhängigkeit, S. 143 ff.

<sup>1039</sup> *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, II/1, S. 174.

<sup>1040</sup> BVerfG (Kammer) vom 16.7.2003 – 1 BvR 1172/99, NJW 2004, 277.

allein auf der eigenen Entscheidung der vermeintlichen Gewerkschaft beruhen<sup>1041</sup>.

Soweit ersichtlich gibt es auch aus der Literatur nur ein Beispiel für fehlende Gegnerunabhängigkeit und das betrifft gerade die Rolle der HBV bzw. ver.dis im Hinblick auf die Arbeitnehmer des DGB-Verbunds, o. § 5A.I.1.c.bb.[3], Rn. 768.

### cc. Unabhängigkeit ver.dis

#### [1] Unabhängigkeit eines ver.di-Fachbereichs gegenüber ver.di

- 784 Zwar erfaßt der ver.di-Organisationsbereich die Arbeitnehmer von Verbänden und damit auch die von ver.di selbst. Dennoch kann ver.di nicht mit sich selbst für die eigenen Arbeitnehmer Tarifverträge schließen<sup>1042</sup>. Selbst wenn eine Tarifkommission aus Arbeitnehmern ver.dis gebildet würde und der Fachbereich 13 „Die Besonderen“, welcher für die im Organisationskatalog genannten Gewerkschaftsverwaltungen zuständig ist, versuchen sollte, einen gegenüber dem Vorstand und dem Rest der Organisation autonomen Willen zu bilden: Nicht nur wegen der im Fachbereich 13 selbst beschäftigten ver.di-Arbeitnehmer kann es keine Unabhängigkeit des Fachbereichs von ver.di geben – schon *per definitionem* setzt die Gegnerunabhängigkeit einen Gegner voraus und damit eine andere Rechtsperson als den Arbeitgeber.

#### [2] Gegenüber eigenen Konzerntöchtern

- 785 Diese Mindestvoraussetzung ist hinsichtlich der von ver.di als Konzernmutter beherrschten, aber rechtlich selbständigen Unternehmen gegeben. Gegnerunabhängig ist ver.di dennoch nicht: Zwar haben die ver.di-Unternehmen keinen bestimmenden Einfluß auf ver.di, sondern umgekehrt herrscht ver.di vermittels ihrer Beteiligungen oder durch Unternehmensverträge über diese Unternehmen. Da aber der wirtschaftliche Erfolg dieser Unternehmen im Interesse ver.dis liegt und somit ver.di auch ein eigenes Interesse an niedrigen Personalkosten in diesen Unternehmen hat, steht dieses finanzielle Eigeninteresse ver.dis einer unabhängigen, resp. effektiven und nachhaltigen Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer in den ver.di-Unternehmen entgegen.
- 786 Auch das BAG schlägt solche Unternehmen der Gewerkschaftsseite zu, wenn es die Gegnerunabhängigkeit im Rahmen des koalitionspolitischen

<sup>1041</sup> ArbG Gera vom 17.10.2002 – 2 BV 3/00, n.v.

<sup>1042</sup> So auch *Jung*, Unabhängigkeit, S. 205.

Gewinnverbotes prüft<sup>1043</sup>: Auf der Grundlage der Ansicht, aus der koalitionsrechtlichen Gegnerunabhängigkeit folge ein Gewinnverbot für gewerkschaftliche Schulungsveranstalter, entschied das BAG, das Gewinnverbot gelte auch, wenn eine Gewerkschaft eine von ihr beherrschte juristische Person dazwischen schaltet. Das gilt nicht nur, wenn die Gewerkschaft einer von ihr beherrschten Kapitalgesellschaft die Durchführung ihres gesamten Schulungsprogramms übertragen hat, sondern auch, wenn sie sich im Wege vertraglicher Vereinbarungen oder auf andere Weise einen bestimmenden Einfluß auf die inhaltliche und organisatorische Ausgestaltung der Schulung sichert: Auch bei einem gemeinnützigen Verein, bei dem die Mitgliedschaft kraft Satzung auf Gewerkschaften, deren Mitglieder und gewerkschaftsnahe Personen begrenzt ist und bei denen die Gewerkschaften über den von ihnen gestellten Vorstand und/oder die von ihnen beherrschte Mitgliederversammlung Inhalt, Organisation und Finanzierung von Schulungsmaßnahmen bestimmen, hält das BAG dafür, daß ein solcher Veranstalter dem koalitionsrechtlichen Gewinnverbot unterworfen ist<sup>1044</sup>. Das BAG stellt hier zu Recht darauf ab, daß dies „in der Regel die Annahme eines entscheidenden Einflusses der Gewerkschaften auf Inhalt, Organisation und Finanzierung der Schulungsveranstaltungen rechtfertigt“, o. § 2C.I.3., Rn. 145 f. Einen maßgebenden Einfluß der Gewerkschaft auf den Verein erkennt das BAG schon dann, wenn eine Personenidentität zwischen dem geschäftsführenden Vorstand des Vereins und dem Vorstand des DGB-Landesbezirks besteht und es an entgegenstehenden Anhaltspunkten fehlt, welche dieses Indiz widerlegen<sup>1045</sup>. Gegenüber der Arbeitgeberseite ist ein solcher Verein nicht anders als unmittelbar die Gewerkschaften „Gegner“ im Sinne der Gewinnverbotsrechtsprechung zu § 40 BetrVG.

Daß es ver.di gegenüber den eigenen Konzerntöchtern und -enkelinnen an der Gegner-unabhängigkeit fehlt, bleibt von der Frage unberührt, ob nicht auf Arbeitgeberseite die Gegnerunabhängigkeit fehlt resp. ob diese Unternehmen als Arbeitgeber tariffähig sind, dazu u. § 5B.I., Rn. 943 ff. 787

### [3] Gegenüber der Deutschen Angestellten Akademie-Stiftung (DAA)

Die meisten Gewerkschaften sind in der Branche der berufsbezogenen Erwachsenenbildung durch Eigenbetriebe, Vereine oder von ihnen beherrschte Gesellschaften vertreten – für diese Konzerntöchter der Ge- 788

<sup>1043</sup> BAG vom 30.3.1994 – 7 ABR 45/93, zu B.II.3.a)bb), NZA 1995, 382.

<sup>1044</sup> BAG vom 28.6.1995 – 7 ABR 55/94, zu B.II.2.b), NZA 1995, 1216; BAG vom 17.6.1998 – 7ABR20/97, zu B.3., NZA 1999, 220.

<sup>1045</sup> BAG vom 28.6.1995 – 7 ABR 47/94, AP Nr. 47 zu § 40 BetrVG 1972.

werkschaften kann nichts anderes gelten als für die herrschenden Gewerkschaften: Ver.di ist ihnen gegenüber nicht gegnerunabhängig.

- 789 Die DAA hingegen ist eine Stiftung, d.h. eine juristische Person, die von der ver.di-Quellgewerkschaft DAG zur Weiterbildung der Angestellten geschaffen wurde – zu ihrer koalitionspolitischen Tendenz: o. § 2C.II.3.c.aa.[3], Rn. 191 ff. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob wegen der stiftungsrechtlichen Besonderheiten die DAA nicht nur rechtlich selbständig, sondern auch ver.di ihr gegenüber gegnerunabhängig ist.
- 790 Für die Gegnerunabhängigkeit scheint zunächst zu streiten, daß Stiftungen, anders als Körperschaften, gerade nicht auf den wandelbaren Willen von Mitgliedern oder „Stiftungsinteressierten“<sup>1046</sup> ausgerichtet sind, sondern auf den in der Stiftungssatzung verobjektivierten ursprünglichen Willen des Stifters<sup>1047</sup>. Stiftungen können zudem keine abhängigen Unternehmen im Sinne des Konzernrechts sein<sup>1048</sup>, da sie wegen ihrer Eigentümer- und Mitgliederlosigkeit sowie wegen der Unabänderlichkeit ihrer Zweckbestimmung weder aufgrund von Beteiligungsverhältnissen noch kraft Unternehmensvertrags dem Willen eines herrschenden Unternehmens untergeordnet sein können<sup>1049</sup>. Prägend für die Stiftung sind gerade die Beständigkeit der Zwecksetzung gegenüber dem Wandel der Verhältnisse<sup>1050</sup> und das Fehlen eines autonomen Organs<sup>1051</sup>. Der Stiftungszweck kann nicht zur Disposition eines Organs oder Trägers gestellt werden, weil sonst aus der Stiftung eine (privatrechtlich unzulässige) Anstalt würde<sup>1052</sup>. Auch die staatliche Rechtsaufsicht wäre mit einem konzernrechtlichen Herrschaftsverhältnis über die Stiftung nicht zu vereinbaren.
- 791 Die DAA ist aber mit ver.di personell eng dadurch verflochten, daß ver.di darüber entscheidet, mit welchen Personen die Mehrheit der Vorstands- und Kuratoriumsämter in der DAA besetzt wird. Daß der Stifter materiell derartigen Einfluß auf die Stiftung behält, d.h. sie faktisch beherrscht, ist stiftungsrechtlich nicht unzulässig. Bei kirchlichen Stiftungen stellt dies sogar ein typusprägendes Merkmal dar: Dort wird die organisatorische Verbindung mit der Kirche dadurch hergestellt, daß die Stiftung nach dem

<sup>1046</sup> *Kronke*, Stiftungstypus, S. 136.

<sup>1047</sup> BVerwG vom 29.11.1990 – 7 B 155/90, NJW 1991, 713; *Staudinger/Rawert*, BGB, § 85 Rn. 8.

<sup>1048</sup> Statt aller: *Staudinger/Rawert*, BGB, § 85 Rn. 119.

<sup>1049</sup> *Staudinger/Rawert*, BGB, Vor § 80 Rn. 119 m.w.N.

<sup>1050</sup> *Ebersbach*, Stiftungsrecht, S. 16; ebenso *Soergel/Neuhoff*, BGB, § 85 Rn. 13; *Erman/Westermann*, BGB, § 85 Rn. 2.

<sup>1051</sup> *Flume*, Die juristische Person, S. 31.

<sup>1052</sup> *Schulte*, S. 9 f.

Willen des kirchlichen Stifters von kirchlichen oder doch von solchen Organen verwaltet oder beaufsichtigt wird, deren Mitglieder unter maßgeblichem kirchlichen Einfluß bestellt werden<sup>1053</sup>. Auch bei Mitbestimmungstatbeständen im BetrVG haben die stiftungsrechtlichen Besonderheiten nicht zu einer Differenzierung gegenüber abhängigen Personengesellschaften geführt: Für die Mitbestimmung gemäß der § 98 Abs. 1 BetrVG und § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG ist entscheidend, ob der Arbeitgeber gegenüber der Bildungs- resp. Sozialeinrichtung einen inhaltlichen Gestaltungsspielraum hat. Der Betriebsrat kann nur mitbestimmen, wenn der Arbeitgeber etwas bestimmen kann. Bei § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG gehören zum dort genannten Wirkungskreis der Sozialeinrichtungen nach der von der h.M. verwendeten Formel auch Stiftungen, wenn Arbeitgeber und Stifter bei wirtschaftlicher Betrachtung identisch sind<sup>1054</sup>.

Präziser formuliert das BAG zu § 98 Abs. 1 BetrVG, daß der Arbeitgeber auch dann Träger der Bildungsmaßnahme ist, wenn der Arbeitgeber einen beherrschenden Einfluß auf die durchführende Stiftung hat<sup>1055</sup>, o. § 2C.II.3.c.aa.[2]iv. , Rn. 185 ff., 190. Kann der Arbeitgeber über diesen beherrschenden Einfluß Inhalt und Ausgestaltung der von einer Stiftung durchgeführten Maßnahme beeinflussen, sieht ihn das BAG als „Träger der Maßnahme“ an und geht statt von einer außerbetrieblichen von einer Maßnahme der betrieblichen Berufsbildung aus. Es kommt dann nicht einmal darauf an, ob der Arbeitgeber von seinem Einfluß Gebrauch macht, sondern nur darauf, ob der Arbeitgeber seine Vorstellungen zu Ausgestaltung und Inhalt gegenüber dem durchführenden Unternehmen durchsetzen kann. 792

Für die Gegnerunabhängigkeit gelten diese Wertungen entsprechend: Es kommt auf eine materielle Betrachtung an, d.h. den tatsächlichen Einfluß und Interessengleichklang. Bei der gebotenen materiellen Betrachtung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ändert der Umstand, daß die DAA nach konzernrechtlichen Maßstäben nicht zum ver.di-Konzern gehören kann, nichts daran, daß die DAA in den Tendenzschutz der koalitionspolitischen Tendenz ver.dis einbezogen und ver.di am wirtschaftlichen Erfolg der DAA erheblich interessiert ist – das zeigt schon der durch die personelle Verflechtung vermittelte Einfluß ver.dis auf die DAA.

<sup>1053</sup> Staudinger/*Rawert*, BGB, Vor § 80 Rn. 138.; MünchKomm/*Reuter*, BGB, Vor § 80 Rn. 22.

<sup>1054</sup> *Wiese*, NZA 2003, 1113, 1116; krit.: MünchArbR/*Matthes*, § 339 Rn. 16; *Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 16.

<sup>1055</sup> BAG vom 12.11.1991 – 1 ABR 21/91, NZA 1992, 657; BAG vom 4.12.1990 – 1 ABR 10/90, EzA § 98 BetrVG 1972 Nr. 6.

- 793 Daß die Erträge der DAA nicht wie bei Unternehmen mit Gewinnabführungsverpflichtung in die Kassen ver.dis fließen, steht dem nicht entgegen. Wollte man dies anders beurteilen, zwänge das zu kuriosen Ergebnissen: Um die DAA-Arbeitnehmer gewerkschaftlich zu vertreten, müßte ver.di bereit sein, durch Streiks die Arbeit am Stiftungszweck zu behindern und das auch noch mit dem Ziel, die Personalkosten für die Stiftung zu erhöhen und damit die dauerhafte Stiftungszweckverfolgung zu gefährden. Im übrigen erfüllt die DAA für einen großen Teil des ver.di-Organisationsbereichs einen Bildungsauftrag, den ansonsten ver.di übernehmen müßte. Wären die Personalkosten bei der DAA signifikant höher als bei ver.di oder dem von ver.di beherrschten Unternehmen „ver.di BuB“, so wäre ein *insourcing* der Bildungsarbeit zu erwarten. Das kann ver.dis Interessen erheblich zuwiderlaufen. Vielmehr ist zu vermuten, daß ver.di ein vitales Interesse am Gedeih der DAA hat und damit an niedrigen Personalkosten für die DAA interessiert ist. Hinzu kommt der Glaubwürdigkeitsverlust, wenn ver.di die DAA bestreikt. Bei materieller Betrachtung ist eine allein an den Interessen der DAA-Arbeitnehmer orientierte Entscheidung ver.dis von vornherein nicht zu erwarten.

#### [4] Gegenüber dem DGB

##### i. Innerer Einfluß

- 794 Ein innerer Einfluß, der zu einer Gegnerabhängigkeit führt, besteht u.a., wenn die Arbeitgeberseite durch Repräsentation in den Organen der Gewerkschaft maßgeblichen Einfluß auf die Zielsetzung und die Durchsetzung der Koalitionziele ausüben kann. Eine solche Repräsentation des DGB in den Organen ver.dis könnte in der Doppelrolle des ver.di-Vorsitzenden bestehen. Der ver.di-Vorsitzende ist – wie die Vorsitzenden der anderen DGB-Mitgliedsgewerkschaften auch – Mitglied im Bundesvorstand des DGB. Er ist also zum einen Vorsitzender der Gewerkschaft, welche die Arbeitnehmer des DGB vertreten will, und fungiert zum anderen als Mitglied im Bundesvorstand des DGB, also dem Arbeitgeber, mit dem ver.di Tarifverträge schließen will.
- 795 Die Gegnerunabhängigkeit entfällt – wie o. § 5A.I.1.c.bb.[4]ii., Rn. 772 ff., gezeigt hat –, aber erst, wenn kumulativ zwei Bedingungen erfüllt sind: Zum einen muß der ver.di-Vorsitzende entscheidenden Einfluß auf die ver.di-Willensbildung haben, zum anderen muß er als Repräsentant des DGB in ver.di anzusehen sein: Der ver.di-Vorsitzende hat entscheidenden Einfluß auf die Tarifpolitik ver.dis: Als Arbeitgeber der jeweiligen ver.di-Verhandlungsführer kann er diesen konkrete Weisungen erteilen. Der Verhandlungsführer hat seinerseits bei Tarifverhandlungen eine auch

gegenüber der Tarifkommission herausgehobene Stellung<sup>1056</sup>. Er ist derjenige, der gemäß Ziff. 7.4.1 die Verhandlungen leitet und hat gem. Nr. 7.4.1 TRL – legitimatorisch bedenklich – ein Stimmrecht in der Tarifkommission. So kann der ver.di-Bundesvorstand das arbeitgeberseitige Weisungsrecht gegenüber dem Verhandlungsführer ausüben und die Stimmabgabe beeinflussen. Verantwortlich ist der Verhandlungsführer allein seinem Arbeitgeber, d.h. der ver.di und damit letztlich den Weisungen des Bundesvorstandsvorsitzenden unterworfen. Hinzu kommt, daß gemäß § 70 Ziff. 1 ver.di-Satzung der Bundesvorstand über Urabstimmungen und Arbeitskämpfe entscheidet. Kann eine Tarifkommission „DGB-Arbeitnehmer“ mit dem DGB keine Einigung erzielen, hinge sie letztlich in ihrer Durchsetzungsfähigkeit vom Willen des ver.di-Vorstands ab.

Es kommt somit darauf an, ob die Doppelstellung des ver.di-Vorstandsvorsitzenden zu einem signifikanten Einfluß des DGB auf ver.di führt. Gewählt wird der ver.di-Vorsitzende von den ver.di-Mitgliedern. Von deren Personalentscheidung hängt automatisch auch der Sitz im DGB-Bundesvorstand ab. Sitz und Stimme des ver.di-Vorsitzenden im DGB-Bundesvorstand stärken damit den Einfluß der ver.di auf den DGB, und das ist auch die Funktion dieses Amtes: Es soll sicherstellen, daß der DGB die Interessen der Mitgliedsgewerkschaften wahrnimmt. Ebenso wie im Staatsorganisationsrecht die Stimme der Länder im Bundesrat nicht die Zentralgewalt des Bundes über die Länder stärkt, sondern im Gegenteil den Ländern den Einfluß auf ein Bundesorgan sichert, so stärkt der Sitz im Bundesvorstand verbandsorganisationsrechtlich die Stellung der Mitgliedsgewerkschaften. 796

Die Doppelstellung des ver.di-Vorsitzenden bedingt mithin keinen inneren Einfluß des DGB auf ver.di. Ob die Doppelrolle des ver.di-Vorsitzenden zu einem entscheidenden Einfluß ver.dis auf den DGB führt und dies die Gegnerunabhängigkeit des DGB als Arbeitgeber gefährden, resp. die Tariffähigkeit des DGB aufheben würde, ist eine andere Frage, dazu u. § 5B.I., Rn. 943 f. 797

## ii. Äußerer Einfluß

Die Gegnerunabhängigkeit entfällt nicht erst, wenn die Arbeitnehmervereinigung ihre Verbandssouveränität verloren hat oder entsprechend der §§ 17, 18 AktG ein abhängiges Unternehmen wäre. Es genügt ein mitbestimmender Einfluß, der sich zumindest potentiell auf die Tarifforderung oder das Verhandlungsverhalten auswirken kann. Erforderlich 798

---

<sup>1056</sup> Lessner, RdA 2005, 285.

ist nicht etwa, daß der Einfluß aufgrund rechtlicher Handhabe besteht, wenn der Arbeitgeber zumindest tatsächlich zu steuern und zu kontrollieren in der Lage ist.

Ein äußerer Einfluß des DGB aufgrund der Zuwendung finanzieller Mittel besteht nicht. Nicht ver.di erhält Mittel vom DGB, sondern umgekehrt der DGB Geld in Form von Mitgliedsbeiträgen von ver.di. Zwar erbringt der DGB auch gegenüber ver.di Dienstleistungen, z.B. die Organisation des Rechtsschutzes für die ver.di-Mitglieder – diese Leistungen stehen jedoch in Beziehung zu dem Mitgliedsbeitrag ver.di an den DGB. Überdies hat ver.di kraft der DGB-Satzung einen Anspruch auf diese Leistungen, so daß der DGB ver.di nicht unter Druck setzen könnte, indem er seine Dienstleistungen nicht mehr erbringt oder dieses androht.

- 799 Unter äußerem Einfluß des DGB steht ver.di aber, wenn der DGB durch seine Organe den für die tarifpolitische Willensbildung entscheidenden ver.di-Organen Weisungen erteilen, verbindliche Vorgaben erlassen oder zumindest faktisch durchsetzen kann. Inwieweit der DGB die Tarifpolitik der Mitgliedsgewerkschaften gegenüber der Arbeitgeberseite beeinflusst, ist empirisch wenig geklärt. Immerhin kann der DGB über die Zentralisierung der gewerkschaftlichen Wissensgewinnung im WSI durchaus auch auf die Grundlagen der Tarifpolitik Einfluß nehmen. Zudem zählt „die Erarbeitung von Grundsätzen der Tarifpolitik“ zu den satzungsmäßigen Aufgaben des DGB, § 2 Nr. 4 f DGB-Satzung.
- 800 Für die Frage der Gegnerunabhängigkeit ver.di gegenüber dem DGB ist aber weniger der Einfluß auf die Tarifpolitik der Mitgliedsgewerkschaften gegenüber der Arbeitgeberseite ausschlaggebend. Entscheidend ist, ob der DGB in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber im Falle einer Tarifaus-einandersetzung mit ver.di satzungsrechtlich Einfluß auf ver.di nehmen könnte oder zumindest faktisch die gegen ihn als Arbeitgeber gerichtete Tarifpolitik beeinflussen könnte.
- 801 Zutreffend ist, daß ver.di Mitglied im DGB ist und daß aus dieser Mitgliedschaft vereinsrechtlich Mitgliedschaftspflichten folgen. Der DGB-Bundesausschuß faßt gemäß § 8 Nr. 3. a) DGB-Satzung Beschlüsse zu gewerkschaftspolitischen und organisatorischen Fragen und gemäß § 3 Nr. 3 Var. 2 DGB-Satzung haben die Gewerkschaften des Bundes die Beschlüsse der Organe des Bundes durchzuführen. Gemäß § 2 Nr. 4 m) DGB-Satzung gehört es zu den Aufgaben des DGB, die Gehalts- und Anstellungsbedingungen für die Angestellten des Bundes und der Gewerkschaften zu koordinieren. Diese Bestimmung gilt nicht nur kraft der Mitgliedschaft ver.di im DGB, sondern ist zugleich eigenes Satzungsrecht von ver.di, da ver.di diese Bestimmungen der DGB-Satzung gemäß § 2 Ziff. 1 Satz 2 ver.di-Satzung „unter Wahrung ihrer organisatorischen Selbständigkeit die Satzung des DGB“ „anerkannt“ hat.

Fraglich ist damit, wie ver.di sich verhalten muß, wenn der DGB-Bundesausschuß diese Satzungsaufgabe wahrnimmt, indem er beschließt, daß die Gehalts- und Anstellungsbedingungen im Verfahren des gewerkschaftlichen Dritten Wegs zu regeln sind. Strebt ver.di tarifvertragliche Regelungen an, müßte sie diese Bemühungen einstellen, um nicht gegen den Beschluß des DGB-Bundesausschusses zu verstoßen. **802**

Damit steht ver.di unter dem äußeren Einfluß des Gegners, nämlich des DGB, was indiziert, daß sie nicht gegnerunabhängig ist. Hinzukommt, daß ver.di bei Arbeitskampfmaßnahmen gegen den DGB mit Sanktionen rechnen müßte: Während ansonsten die Arbeitgeberseite lediglich auf das arbeitskampfrechtliche Instrumentarium beschränkt ist, könnte der DGB ver.di auch als Dachverband unter Druck setzen. Immerhin hat ver.di, entgegen dem ursprünglichen Anspruch, als Gewerkschaft für industrienahe Dienstleistungen die Tarifzuständigkeiten der DAG wahrzunehmen, dem Druck des DGB und insbesondere der IG Metall nachgegeben und zugunsten des klassischen Industrieverbandsprinzips die Querschnittszuständigkeit für industrienahe Dienstleistungen aufgegeben. Wie der ehemalige Justitiar der IG Metall *Blank* ausführte<sup>1057</sup>, wurde in einem Beschluß des DGB-Bundesvorstands<sup>1058</sup>, den *Blank* Grundsatzvereinbarung nennt<sup>1059</sup>, das Industrie-verbandsprinzip bestätigt, II b) 5, und festgelegt, daß die Zuständigkeiten der bisherigen DGB-Gewerkschaften von ver.di nicht in Frage gestellt werden, III, sowie geregelt, daß ver.di auf bisher nicht ausgeübte Zuständigkeiten der DGB-Quell-gewerkschaften verzichtet. Hinsichtlich der ehemaligen DAG-Mitglieder in Zuständigkeitsbereichen anderer DGB-Gewerkschaften mußte ver.di zusichern, keine neuen Mitglieder zu werben und keine eigenen Tarifverträge zu schließen. Stattdessen sollten die DGB-Gewerkschaften, insbesondere die IG Metall und IG BCE, kraft „Geschäftsbesorgungsvertrags“ Tarifverträge im Namen ver.di für die ehemaligen DAG-Mitglieder abschließen und auch für Änderungen und Kündigungen zuständig sein<sup>1060</sup>. Daß dieselbe ver.di effektiv und nachhaltig die Interessen der DGB-Arbeitnehmer vertreten soll und bereit sein soll, Arbeitskämpfe gegen den DGB zu führen, erscheint äußerst unwahrscheinlich. **803**

Überdies ist ver.di den §§ 16, 17 DGB-Satzung unterworfen, denen zufolge das DGB-Schiedsgericht im Hinblick auf die Tarifzuständigkeit die ver.di- **804**

---

<sup>1057</sup> *Blank*, FS 50 Jahre BAG, S. 597 ff.

<sup>1058</sup> Beschluß des DGB-Bundesvorstands vom 7.11.2000 „Grundsätze über die Organisationsbeziehungen und -kooperationen der DGB-Gewerkschaften aus Anlaß der Gründung von ver.di und der Integration des DAG in den DGB vom 31.12.2000“.

<sup>1059</sup> *Blank*, FS 50 Jahre BAG, S. 597, 600.

<sup>1060</sup> Zum ganzen: *Blank*, a.a.O., S. 602 f.

Satzung authentisch interpretieren können soll. Dies bedeutet schon gegenüber den in ver.di organisierten Mitgliedern eine Fremdbestimmung durch den DGB. Solange und soweit ver.di derart unter dem Einfluß des DGB steht, fehlt ihr damit die Gegenerunabhängigkeit gegenüber dem DGB.

- 805 ver.di könnte allerdings aus dem DGB austreten, um so jeden Fremdeinfluß abzustreifen und dann die Tradition der DAG als Gewerkschaft außerhalb des DGB weiterführen. Ob diese rechtliche Option nicht aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten leerläuft, darf bezweifelt werden. Ver.di zieht erheblichen Nutzen aus der Zusammenarbeit mit den anderen Gewerkschaften und der Erledigung gemeinschaftlicher Aufgaben durch den DGB. Bei einem Austritt müßte ver.di die entsprechenden Strukturen schaffen und diese Tätigkeiten selbst erbringen. Außerdem sieht § 3 Nr. 6 der DGB-Satzung eine sechsmonatige Kündigungsfrist zum Jahresende vor. Unter diesen Voraussetzungen ist die Möglichkeit eines Austritts nicht geeignet, den aktuellen Fremdeinfluß aufzuheben.

### iii. Interessenwiderstreit

- 806 Zu dem äußeren Einfluß kommt hinzu, daß ver.di ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran hat, daß die Arbeitsbedingungen für den DGB günstig ausgestaltet sind: Höhere Personalkosten des DGB schlagen auch auf die Leistungen des DGB an ver.di als Mitglied resp. auf die ver.di-Beiträge durch. Da die Beiträge der Mitgliedsgewerkschaften nach eigenem Bekunden die einzige wesentliche Finanzquelle des DGB sind, muß dieser entweder die Beiträge erhöhen oder seine Personalkosten und damit seine Leistungen reduzieren. Ver.di müßte zudem damit rechnen, daß die eigenen Arbeitnehmer zumindest die Arbeitsbedingungen fordern, die ver.di für die DGB-Arbeitnehmer dem DGB abringt. Auch dieses Szenario ist geeignet, eine besondere tarifpolitische Zurückhaltung des ver.di-Vorstands herbeizuführen.
- 807 Der Interessenwiderstreit wird zusätzlich zu den materiellen Interessen ver.dis noch dadurch verstärkt, daß ver.di auch ideell in den DGB eingebunden und mit diesem verbunden ist: Ver.di bekennt sich zum Prinzip der Einheitsgewerkschaft und zu der Solidarität mit den Arbeitnehmern der anderen Branchen. Die Gemeinsamkeit und Interesseneinheit innerhalb des DGB-Verbunds geriete nachhaltig unter Druck, wenn ver.di zu Kampfmaßnahmen gegen den DGB aufriefe.
- 808 Desweiteren würde jede Tarifforderung auf ver.di zurückwirken. Ver.di könnte kaum den eigenen Angestellten die Arbeitsbedingungen verweigern, die sie gegenüber den anderen Arbeitgebern im DGB-Verbund fordert. Schon um sich nicht dieser Begründungslast auszusetzen, ist eine deutliche, nicht allein an den Interessen der DGB-Arbeitnehmer

orientierte tarifpolitische Zurückhaltung zu erwarten. Aus diesem Interessenkonflikt folgt ein weiteres, schwerwiegendes Indiz dafür, daß ver.di die Interessen der DGB-Arbeitnehmer nicht nachhaltig und effektiv gegenüber dem DGB vertreten kann.

#### iv. Tatsächliches Verhalten

Auch ver.di.s tatsächliches Verhalten bestätigt die bisherigen Indizien: **809**  
 Hierbei fällt besonders ins Gewicht, daß eine Rechtsvorgängerin der ver.di, die HBV, erst versuchte, für die Arbeitnehmer der DGB Rechtsschutz GmbH Tarifverträge abzuschließen, nachdem das BAG 1998 die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer und den Koalitionsstatus des VGB bestätigt hatte. Hinzukommt, daß die HBV und nunmehr ver.di auch nur mit der DGB Rechtsschutz GmbH Tarifverträge schließen, für die übrigen DGB-Arbeitnehmer und diejenigen der anderen Gewerkschaften hingegen nicht. Diese Tatsache ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil auch der VGB unter den Rechtsschutzsekretären den höchsten Organisationsgrad aufweist und somit dort als erstes VGB-Tarifverträge zu erwarten waren. Die Aktivierung der HBV und nunmehr ver.di.s ausgerechnet in diesem Bereich indiziert ein abgestimmtes Verhalten. Daß die HBV im übrigen den dritten Weg, d.h. die Regelung der Arbeitsbedingungen in Gesamtbetriebsvereinbarungen, akzeptiert und nicht einmal mit dem VGB verhandelt, kommt einer vollkommenen Anpassung an die Forderungen der arbeitgebenden Gewerkschaften gleich: Genau so verhält sich eine Gewerkschaft, die sich die arbeitgebenden DGB-Gewerkschaften und der DGB wünschen.

Während ver.di sogar bereit war, gegen die SPD zum Streik aufzurufen, **810**  
 hat es gegenüber dem DGB bisher keine derartige Druckausübung gegeben. Wenn ver.di einerseits sogar von den Kirchen und kirchlichen Einrichtungen den Abschluß von Tarifverträgen fordert und Gutachten zur Zulässigkeit von Arbeitskämpfen gegen Kirchen in Auftrag gibt<sup>1061</sup>, ist es erklärungsbedürftig, warum gegenüber dem eigenen Dachverband und den „Bruder“-Gewerkschaften solches Engagement völlig ausfällt.

#### v. Gegenindizien

In einem Verfahren nach § 97 ArbGG darf das Arbeitsgericht nicht ohne **811**  
 Beleg dem Vortrag eines Beteiligten folgen, die inkriminierte Gewerkschaft gerade zu einem Werkzeug in der Hand der Arbeitgeber<sup>1062</sup>. Wohl aber kann und muß es unter Beachtung der richterlichen Aufklärungs-

<sup>1061</sup> Kühling, AuR 2001, 243; hiergegen Richardi/Thüsing, AuR 2002, 94, 98.

<sup>1062</sup> So aber: ArbG Gera vom 17.10.2002 – 2 BV 3/00, n. v.

und Hinweispflicht versuchen, Zweifeln an der Gegner-unabhängigkeit nachzugehen. Dazu mag es der ver.di aufgeben, unter Angabe nachvollziehbarer Tatsachen schlüssig zu erklären, warum der Interessenwiderspruch ohne Auswirkungen auf die Tarifpolitik gegenüber dem DGB sein soll und wie die dem Anschein nach den DGB begünstigende Tarifpolitik zustandegekommen ist resp. warum diese Tarifpolitik dennoch allein den Interessen der beim DGB arbeitenden Mitglieder dient.

- 812 Gelingen könnte dies etwa, wenn ver.di nachweist, daß die von ihr beim DGB organisierten Mitglieder im internen, nach demokratischen Grundsätzen verlaufenen Willensbildungsverfahren äußerste Zurückhaltung gewünscht haben. Organisatorisch müßte ver.di im Fachbereich 13, Fachgruppe Parteien & Verbände, einen weisungsfreien Unterbereich aufbauen, dessen Unabhängigkeit durch sog. „chinese walls“ gesichert ist<sup>1063</sup>. Die beim DGB beschäftigten Mitglieder müßten nach demokratischen Grundsätzen eine Tarifkommission wählen. Diese Tarifkommission müßte dann ohne einen hauptamtlichen ver.di-Funktionär als Verhandlungsführer und unbeeinflußt von den Interessen der Gesamtorganisation mit dem DGB verhandeln können. Im Falle des Scheiterns der Verhandlungen müßte die Tarifkommission selbständig zu Urabstimmung und Streik aufrufen können. Der ver.di-Vorstand darf dies nicht durch ein Vetorecht verhindern können. Bei einem Streik müßte ver.di die Forderungen der Tarifkommission ebenso engagiert unterstützen wie bei Streiks gegen andere Arbeitgeber resp. Arbeitgeberverbände. Schließlich müßte die Clearingstelle den Abschluß darauf überprüfen, ob er mit den tarifpolitischen Grundsätzen ver.dis vereinbar ist und dabei die gleichen Maßstäbe anlegen wie bei anderen Abschlüssen auch.

### [5] Gegenüber anderen DGB-Gewerkschaften

- 813 Ver.di ist nicht nur gegenüber dem DGB gegnerabhängig, sondern auch und gerade gegenüber den anderen DGB-Gewerkschaften. Allerdings entfällt in diesem Verhältnis die personelle Verflechtung infolge der Doppelrolle des ver.di-Vorsitzenden. Auch die finanzielle Rückwirkung ist geringer: Zwar kann die Schieflage einer Brudergewerkschaft über Solidarmaßnahmen im DGB-Verbund Kosten auslösen, die mittelbar und abgeschwächt auf ver.di zurückwirken, das reicht aber nicht, um ein maß-

<sup>1063</sup> Zu „chinese walls“ bei Finanzunternehmen *Eisele*, WM 1993, 1021, 1023; *Koller*, in: Assmann/Schneider, WpHG, § 33 Rdnr. 17 ff.; BaFin, Richtlinie zur Konkretisierung der Organisationspflichten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen gemäß § 33 I WpHG vom 25.10.1999 unter 3.3.1. „Vertraulichkeitsbereiche“; zu „chinese walls“ in Rechtsanwaltskanzleien: *Kilian*, WM 2000, 1366, 1373; *Henssler/Streck*, Sozietätsrecht, Kap. H Rn. 211 f.; *Steuber*, EWR 2002, 590, 594.

gebliches finanzielles Eigeninteresse ver.di an der Kassenlage z.B. der IG Metall zu begründen.

Daß ver.di dennoch gegenüber der IG Metall nicht gegnerunabhängig ist, liegt ähnlich wie gegenüber dem DGB daran, daß ver.di gegenüber der IG Metall ein zur Solidarität im DGB-Verbund verpflichtetes Mitglied ist. Auch gegenüber den anderen DGB-Gewerkschaften gilt, daß ver.di infolge der Zusammengehörigkeit im DGB-Verbund und wegen der notwendigen Kooperation mit den anderen DGB-Gewerkschaften *prima facie* zu Rücksichtnahmen veranlaßt ist, die nicht in den Interessen der betroffenen Arbeitnehmer wurzeln. Außerdem könnten sich die NGG und die GEW veranlaßt sehen, eine Tarifgemeinschaft zu bilden und einen Konterstreik gegen ver.di führen. Auch hier fehlen jegliche Gegenindizien zugunsten der Gegnerunabhängigkeit. Weder die HBV noch ver.di haben bisher auch nur den Versuch unternommen, entsprechende Tarifkommissionen zu bilden. 814

## **[6] Gegenüber gewerkschaftlichen Tendenzunternehmen und Stiftungen**

### **i. DGB Rechtsschutz GmbH**

Die DGB Rechtsschutz GmbH ist gesellschaftsrechtlich eine selbständige juristische Person. Sie gehört aber zum DGB-Konzern, o. § 2C.II.3.b.aa.[1], Rn. 159. Wie *Prütting*<sup>1064</sup> in einem Gutachten für den DGB ausführt, besteht eine echte Leitungsmacht des DGB, von dem die GmbH ihre Mittel und Aufgaben zugewiesen erhält. Weil die Aufgaben der Rechtsschutz GmbH inhaltlich denjenigen „einer gemeinsamen Stabsabteilung der Mitgliedergewerkschaften“ entsprechen, sei die Rechtsschutz GmbH als „Teil der auf berufsständiger Grundlage gebildeten Vereinigung DGB“ anzusehen. Mithin kann die Gegnerunabhängigkeit gegenüber der DGB Rechtsschutz GmbH nicht anders beurteilt werden als gegenüber dem DGB selbst. 815

Der Rechtsschutz zeigt dies sogar in besonderem Maße, weil auch der DGB vor der Gründung der Rechtsschutz GmbH durch die Leistungen der Rechtsschutzabteilung Ansprüche der ver.di-Mitglieder für ver.di erfüllt hat. Zwar hat der DGB diese Rechtsschutzleistungen nicht einzeln abgerechnet, die Rechtsschutzkosten sind aber wesentlicher Bestandteil dessen, was durch die Beiträge der Einzelgewerkschaften finanziert wird. Da die Rechtsschutz GmbH nicht anders als vorher die Rechtsschutzabteilung über den DGB finanziert wird, hat sich nichts daran geändert, 816

---

<sup>1064</sup> *Prütting*, AuR 1998, 133.

daß höhere Personalkosten bei der Rechtsschutz GmbH im Ergebnis auch aus dem ver.di-Beitrag gegenfinanziert werden müssen.

### ii. „Rechtsanwalts mbH“

- 817 Anders könnte es sich verhalten, wenn die DGB-Gewerkschaften den Rechtsschutz nicht mehr als Leistung gegenüber ihren Mitgliedern anbieten und die Mitglieder darauf verweisen, ihre allgemeinen Rechtsschutzversicherungen in Anspruch zu nehmen. Diese sollen dann die Kosten übernehmen, die den Arbeitnehmern aus der Inanspruchnahme der „Rechtsanwalts mbH“ entstehen. Für die „Rechtsanwalts mbH“ kann aber nichts anderes gelten als für ihre Konzernmutter, die DGB Rechtsschutz GmbH. Die höheren Personalkosten schlagen auf die Mitgliedsgewerkschaften und damit auch auf ver.di durch, und ver.di müßte dann, um ihren Mitgliedern Rechtsschutz zu bieten, Streikbrecher einsetzen, welche die Prozeßvertretungen übernehmen, die von der DGB Rechtsanwalts mbH nicht übernommen werden können, weil sie von ver.di bestreikt wird.

### iii. Bund-Verlag

- 818 Von den gewerkschaftseigenen Tendenzunternehmen war der Bund-Verlag das einzige, welches sich bereits mit einer DGB-Gewerkschaft in einer Tarifaueinandersetzung befand. Eine Rechtsvorgängerin ver.dis, die IG Medien, versuchte, einen Haustarifvertrag mit dem Bund-Verlag zu erstreiken. Das vom Bund-Verlag angestrebte Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen den Streik konnten das ArbG Köln und LAG Köln jedoch entscheiden, ohne sich mit der Gegnerunabhängigkeit der IG Medien auseinanderzusetzen, weil nach der vom LAG Köln vertretenen Auffassung zur Friedenspflicht der Globalantrag des Bund-Verlags unbegründet war<sup>1065</sup>.
- 819 Im Ausgangspunkt wäre wiederum von dem Anschein der Gegnerabhängigkeit auszugehen gewesen: Die Personalkosten beeinflussen das Geschäftsergebnis des Bund-Verlags wesentlich und schlagen wiederum auf das Geschäftsergebnis der BGAG und damit auf die Vermögenslage des DGB und der anderen DGB-Gewerkschaften durch. Nicht anders als gegenüber den DGB-Gewerkschaften und dem DGB selbst, mußte auch nach allgemeiner Lebenserfahrung damit gerechnet werden, daß die IG Medien wegen ihrer Zugehörigkeit zum DGB zu einer besonderen Rücksichtnahme bereit war.

---

<sup>1065</sup> LAG Köln vom 14.6.1996 – 4 Sa 177/96, AuR 1996, 410.

Der Fall war aber insofern besonders gelagert, weil es der IG Medien hätte **820** gelingen können, den ersten Anschein zu widerlegen. Die IG Medien war tatsächlich willens und bereit, einen Arbeitskampf gegen den Bund-Verlag zu führen und hatte die im Bund-Verlag tätigen Mitglieder entsprechend mobilisiert. Auch die Höhe ihrer Tarifforderung ließ keine negative Abweichung zu dem erkennen, was die IG Medien auch gegenüber anderen Unternehmen forderte. Der Streik war allem Anschein nach kein bloßer Schaukampf und führte sogar dazu, daß der Bund-Verlag versuchte, diesen durch eine einstweilige Verfügung untersagen zu lassen. Den Rechtsstreit führte der Bund-Verlag seinerseits ernsthaft – dafür bürgte schon die im Gewerkschaftslager äußerst umstrittene Mandatierung von *Jobst Hubertus Bauer*, der schon als „Kreuzritter im Kampf gegen Gewerkschaftsrechte“<sup>1066</sup> tituliert wurde, als Prozeßbevollmächtigten des Bund-Verlags.

#### **iv. Gemeinnützige Beschäftigungsgesellschaft Kiel**

Im Fall der unter § 2 C.I.5 erwähnten gemeinnützigen Beschäftigungs- **821** gesellschaft Kiel stellt sich ebenfalls die Frage nach der Gegnerunabhängigkeit ver.dis. Diese ist jedenfalls zu verneinen, so lange ver.di allein oder zusammen mit anderen DGB-Gewerkschaften resp. dem DGB bedeutende Gesellschafter dieses Unternehmens sind. Dies gilt zum einen wegen der finanziellen Rückwirkung höherer Personalkosten und zum anderen, weil sich in der Beteiligung eine Verbundenheit und Nähe zum ideellen Zweck des Unternehmens manifestiert.

#### **[7] Gegenüber Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft**

Insbesondere in den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts be- **822** teiligten sich die DGB-Gewerkschaften mit hohen Millionenbeträgen, die zugleich einen bedeutenden Anteil ihres Anlagevermögens ausmachten, am Aufbau der „freien“ Gemeinwirtschaft. Die Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft errangen damit eine bedeutende und bisweilen dominierende Marktstellung in den jeweiligen Branchen<sup>1067</sup>. Die DGB-Gewerkschaften und der DGB begnügten sich dabei nicht mit einer stillen Teilhaberschaft, sondern entwarfen Richtlinien für die Geschäftspolitik und besetzten in den entsprechenden Unternehmen Führungspositionen resp. den Vorstand und die Arbeitgeberbank im Aufsichtsrat

<sup>1066</sup> *Balou*, IG Medien Forum 4/96 „Kreuzzug gegen Streik“.

<sup>1067</sup> Zum Anteil der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft in den Branchen Wohnungswirtschaft, Einzelhandel und Versicherung: *Niederhoff*, *Unbekannte Macht*, S. 10 ff.

mit Funktionären aus ihren Reihen<sup>1068</sup>. Unstrittig waren diese Unternehmen von ihren Anteilseignern im DGB-Verbund abhängig, was die Tariffähigkeit der einzelnen Unternehmen aber nicht beseitigt u. § 5B.I., Rn. 944. Aufgrund dieser Nähe zur insofern gewerkschaftlichen resp. gewerkschaftsnahen Gemeinwirtschaft ist aber auch die Gegnerunabhängigkeit der entsprechenden DGB-Gewerkschaft als gewerkschaftliche Vertretung der Arbeitnehmer dieser Unternehmen fraglich:

### i. Tarifpraxis

- 823** Die Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft zählten einst zu den größten Arbeitgebern in ihrer jeweiligen Branche – den entsprechenden Arbeitgeberverbänden gehörten sie im Wesentlichen nicht an. Ob sich die Anteilseigner, d.h. der DGB und die DGB-Gewerkschaften, einem Beitritt zu einem Arbeitgeberverband widersetzt hätten oder ob die Unternehmen von sich aus solche Mitgliedschaften nicht in Erwägung gezogen haben, ist spekulativ. Kleinere Banken, an denen die BfG nur eine Minoritätsbeteiligung hielt, waren allerdings Gast- oder Vollmitglieder von Arbeitgeberverbänden des privaten Bankgewerbes<sup>1069</sup>.
- 824** Allerdings bildeten einige Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft eigene Arbeitgeberverbände: Die BfG und die von ihr geführte „Bank für Sparanlagen und Vermögensbildung“ waren alleinige Mitglieder des VGG, des Verbandes Gemeinwirtschaftlicher Geschäftsbanken. Nach § 3 Abs. 1 des Statuts dieses Tarifträgerverbandes i.d.F. vom 19.7.1957 konnten nur die Bankinstitute Mitglied werden, „deren geschäftspolitische Richtlinien den Vorstellungen der bisherigen Verbandsmitglieder entsprechen.“ Der VGG schloß mit der HBV einen Tarifvertrag für das gemeinsame Personal beider Banken ab, in dem u.a. das Entgelt geregelt war<sup>1070</sup>.
- 825** Die meisten gemeinwirtschaftlichen Unternehmen schlossen allerdings Haustarifverträge ab, und zwar mit den jeweils zuständigen DGB-Gewerkschaften: So vereinbarten die Bank für Gemeinwirtschaft und die Volksfürsorge Versicherung AG zwischen 1960 und 1980, also zu Zeiten einer starken Beteiligung des DGB-Verbunds an diesen Unternehmen, mit der HBV, daß Löhne und Gehälter um 6 % über denen im privaten Bank-

---

<sup>1068</sup> *Hesselbach*, Gemeinwirtschaftliche Unternehmen, 1971, S. 45 f.; *ders.*, FG von Eynern, S. 475; *Scharnagel*, Groschenimperium, 1970, S. 107; *Niederhoff*, Wirtschaftsmacht der Gewerkschaften, S. 63; *Rath*, Gewerkschaften, S. 56 f., insb Fn. 21.

<sup>1069</sup> *Rath*, Gewerkschaften, S. 66.

<sup>1070</sup> Manteltarifvertrag VVG ./ HBV vom 11.12.1963 i.d.F. vom 9.9.1971.

und Versicherungsgewerbe liegen sollten<sup>1071</sup>. Aktuell existiert ein Tarifvertrag zwischen der Tarifgemeinschaft von ver.di und der KOMBA einerseits und der BGAG andererseits, der den ebenfalls von ver.di ausgehandelten Flächentarifvertrag des privaten Bankgewerbes in Bezug nimmt.

## ii. Tarifvertragsinhalte als Indiz für die Gegnerunabhängigkeit?

Die Inhalte der früheren und auch der gegenwärtigen Tarifverträge bieten wenig Anhaltspunkte für eine Gegnerabhängigkeit ver.di von der Arbeitgeberseite. Hier die Gegnerunabhängigkeit zu verneinen, bedeutet für die bisher Tarifunterworfenen die Unwirksamkeit der Tarifverträge und den Wegfall der Tarifbindung der Arbeitgeber. 826

Andererseits ist die Gegnerunabhängigkeit notwendig ein abstraktes Merkmal, für das die Tarifvertragsinhalte allenfalls ein Indiz sein können. Ansonsten geriete die Gegnerunabhängigkeit als Tariffähigkeitsvoraussetzung zur Einbruchstelle für eine gerichtliche Tarifizensur. Der Umstand, daß eine andere Gewerkschaft ähnliche oder sogar schlechtere Ergebnisse erreicht hätte, schließt mithin die Gegnerabhängigkeit nicht aus. Das wird gerade an dem Merkmal der Überbetrieblichkeit als Indiz der Gegnerunabhängigkeit deutlich: Auch hier ist es unmaßgeblich, ob die nicht überbetriebliche Vereinigung zunächst gute Ergebnisse erzielt. Damit stellt sich auch im Verhältnis zwischen ver.di und den Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft die Frage, ob nicht ver.di aufgrund eines Interessenkonflikts die Gegnerunabhängigkeit fehlt. Ansatz sind die ideelle Verbundenheit mit diesen Unternehmen und die Beteiligungsverhältnisse: 827

## iii. Verbundenheit der Gewerkschafts- mit der Genossenschaftsbewegung

Die Gewerkschaftsbewegung und die genossenschaftliche Gemeinwirtschaft betrachten sich und die SPD gegenseitig als traditionell Verbündete<sup>1072</sup>. Nach dem in der Kaiserzeit entstandenen Drei-Säulen-Modell sollte erstens die SPD als politischer Arm der Arbeiterbewegung deren Interessen in den staatlichen Institutionen, insbesondere dem Parlament, vertreten. Zweitens sollten die Gewerkschaften die Arbeitsbedingungen verbessern, indem sie als Anbieterkartell die Marktmacht der Arbeiter in Verhandlungen mit den Arbeitgebern gebündelt besser zur Geltung bringen. Drittens schlossen sich die Arbeiter zu Genossenschaften, ins- 828

<sup>1071</sup> *Niederhoff*, *Unbekannte Macht*, 1984, S. 294.

<sup>1072</sup> *Langhau/Matthöfer/Schneider*, *SPD und Gewerkschaften*, Bd. 1, S. 52 ff.

besondere Konsumgenossenschaften, zusammen, um ihre Marktmacht auch auf der Nachfrageseite zu bündeln. Durch die dann zu erzielenden besseren Versorgungsbedingungen sollte ihre Kaufkraft verbessert werden<sup>1073</sup>. Unabhängig von den späteren finanziellen Beteiligungsverhältnissen bestanden zwischen Partei, Gewerkschaften und Genossenschaften schon in der Frühzeit personelle und ideologische Verbindungen. In der Nachkriegszeit arbeiteten Gewerkschaften und Genossenschaften eng zusammen; beispielsweise gründeten die GEG, die DGB-Gewerkschaften und die norddeutschen Bundesländer 1949 die „Gemeinwirtschaftliche Hochseefischerei-Gesellschaft mbH“, deren erster Fischdampfer auf den Namen des ersten DGB-Vorsitzenden „Hans Böckler“ getauft wurde. Schon die Gewerkschaften der sozialistischen Richtung in der Weimarer Republik sahen in der gemeinwirtschaftlichen Betätigung ein Mittel, die kapitalistische Wirtschaft in eine sozialistische quasi von innen umzuformen<sup>1074</sup>.

Unter diesen Voraussetzungen war ein Streik einer Gewerkschaft gegen eine Genossenschaft ideologisch und praktisch undenkbar – unter der Prämisse der ideologischen Einheit der Arbeiterbewegung wäre ein Arbeitskampf als innerer Streit empfunden worden und hätte die Glaubwürdigkeit sowohl der beteiligten Gewerkschaft als auch der Genossenschaft nachhaltig beschädigt. Unter diesen Voraussetzungen führte schon die Verbundenheit der Gewerkschafts- mit der Genossenschaftsbewegung zum Wegfall der Gegnerunabhängigkeit.

#### iv. Interessenkonflikt infolge der Finanzbeteiligung

- 829 Sowohl in der Blütezeit der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft als auch im Falle der noch verbliebenen Unternehmen verhält es sich regelmäßig nicht so, daß die Unternehmen jeweils einer Gewerkschaft gehörten – etwa derjenigen, in deren Branche sie tätig sind. Die Anteile der Co op-Holding hielt nicht allein die HBV und die Neue Heimat gehörte nicht der IG BAU. Stärker als die einzelnen DGB-Gewerkschaften war es der DGB selbst, der Gesellschaftsanteile und Aktien an den Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft hielt<sup>1075</sup>.
- 830 Dies bleibt nicht ohne Auswirkung auf die Interessenlage der HBV resp. mittlerweile ver.di: Die Ausgaben des DGB müssen die Mitgliedsgewerkschaften über ihre Beiträge finanzieren. Der Wertverlust der Beteiligungen

<sup>1073</sup> Zum ganzen: *Triesch*, Funktionäre, S. 282; *Hesselbach*, Gemeinwirtschaftliche Unternehmen, S. 52 ff.; *Chevallerie*, Gewerkschaften, S. 11; *Rath*, Gewerkschaften, S. 29 ff.

<sup>1074</sup> *Streithofen*, Wertmaßstäbe der Gewerkschaftspolitik, S. 198.

<sup>1075</sup> *Niederhoff*, Unbekannte Macht, S. 23 ff.

des DGB wirkt sich somit auch auf die Finanzen der Mitgliedsgewerkschaften aus. Folglich könnte die ver.di versucht sein, die Position der Unternehmen, an denen sie selbst oder der DGB beteiligt ist, gegenüber anderen Unternehmen der Branche zu verbessern, indem sie ihnen bei den Arbeitsbedingungen Wettbewerbsvorteile durch niedrige Arbeitskosten oder Streikzurückhaltung verschaffen. Die Gewerkschaften haben als Gesellschafter ein erhebliches finanzielles Interesse am Gedeih ihrer gemeinwirtschaftlichen Unternehmen und sind daher nicht in der Lage, zugleich auch die Interessen der Arbeitnehmer in den gemeinwirtschaftlichen Unternehmen zu vertreten. Das gilt auch dann, wenn eine DGB-Gewerkschaft nicht selbst Inhaber von Anteilen ist, sondern die finanziellen Folgen nur vermittelt über den DGB eintreten.

#### v. Beispiel: BHW Holding AG

Besonders deutlich wird die fehlende Gegnerunabhängigkeit im Falle der BHW-Holding. Dieser Arbeitgeber, an dem die BGAG-Gruppe 2003 39,8 %<sup>1076</sup> der Anteile hielt, beschäftigte im Jahr 2003 4.713 Arbeitnehmer. An der BGAG Holding AG sind wiederum über ihre VTGen u.a. der DGB mit 20,48 % und ver.di mit 8,06 % beteiligt. Aus der Beteiligung der BGAG-Gruppe an der BHW Holding ergab sich für das Geschäftsjahr 2003 ein Dividendenertrag von 12,3 Mio. €. Eine Personalkostenerhöhung von 1.000 € pro Mitarbeiter und Jahr hätte sich *ceteris paribus* allein in 2003 mit 1,34 Mio € verschlechternd für ver.di und den DGB ausgewirkt. Dieser Interessenkonflikt besteht nicht nur zwischen ver.di und der BHW-Holding als juristischen Personen, sondern wird personifiziert durch *Gerd Herzberg*, der zugleich stellvertretender Vorsitzender der ver.di und Mitglied des Aufsichtsrats der BHW-Holding als Arbeitgebervertreter (!) ist<sup>1077</sup>. Es mag dahinstehen, ob das Aufsichtsratsmandat von *Hubertus Schmoldt* bei der Bayer AG oder das von *Frank Bsirske* bei der Fraport AG und der Lufthansa AG<sup>1078</sup> mit dem MitBestG und der tarifrechtlichen Gegnerunabhängigkeit vereinbar ist – in der besonderen ver.di-BHW-Konstellation widersprechen sich die Interessen von Herrn *Herzberg* nicht, sondern decken sich: Das Wohl des Unternehmens ist auch für ver.di in finanzieller Hinsicht vorteilhaft. Diese Interessen widersprechen aber denen der Arbeitnehmer an besseren Arbeitsbedingungen. Die Stellung *Herzbergs* als stellvertretendem Vorsitzenden bei ver.di eröffnet

<sup>1076</sup> Geschäftsbericht der BGAG für das Jahr 2003, S. 7.

<sup>1077</sup> Geschäftsbericht der BGAG für das Jahr 2003, S. 7.

<sup>1078</sup> Vgl. *Rüthers*, RdA 2003, 318; *Bender/Vater*, DStR 2003, 1808; FAZ vom 26.10.2003; für die Unbedenklichkeit dieser Interessenskonflikte: *Höpner*, Mitbestimmung, S. 52 ff.

ihm auch Möglichkeiten, auf die Tarifpolitik ver.di gegenüber der BHW-Holding Einfluß zu nehmen.

- 832** Auch die konkreten Umstände im Unternehmen sprechen gegen die Gegnerunabhängigkeit: Der Arbeitsdirektor war 2001 ein ehemaliger HBV-Sekretär, ebenso der Gesamtbetriebsratsvorsitzende, der als sog. „Führungsbetriebsrat“ in ein Managementbeteiligungsprogramm einbezogen wurde (Vorstand: 44.165 Aktien mit der Option von Organkrediten zur Finanzierung und zu 95 % kursgesichert, 5.385 Aktien für leitende Führungskräfte und „Führungsbetriebsräte“ und 104 Aktien für die übrigen Arbeitnehmer). Nach Aussagen eines DHV-Mitglieds, welches bei der BHW-Holding arbeitet, werden unbequeme Arbeitnehmer von Management und Betriebsrat „gemobbt“. Die Mehrzahl der Mitglieder der dortigen DHV-Betriebsgruppe habe „eine (oder mehrere) Abmahnung, eine Abgruppierung oder Änderungskündigung erhalten, in den dagegen gerichteten Prozessen jedoch stets obsiegt“<sup>1079</sup>. Werden die Mitglieder einer Gewerkschaft vom Arbeitgeber bevorteilt und die Mitglieder einer anderen gemaßregelt, so führt dies zu einer Abhängigkeit der privilegierten Gewerkschaft, da diese bei objektiver Betrachtung danach streben wird, sich ihren Vorteil zu erhalten.
- 833** Allerdings fehlt nicht nur ver.di die Gegnerunabhängigkeit gegenüber der BHW-Holding, sondern auch der „dbb tarifunion“. Diese tarifpolitische Spitzenorganisation der dbb-Gewerkschaften führt die Tarifverhandlungen für die 42 Fachgewerkschaften des dbb<sup>1080</sup>. Dazu gehört die KOMBA (Gewerkschaft für den Kommunal- und Landesdienst). Diese ist nicht nur gemäß § 1 Nr. 2 ihrer Satzung Mitglied im dbb und der dbb tarifunion, sondern ihr Bundesvorsitzender ist gleichzeitig stellvertretender Bundesvorsitzender des „dbb beamtenbund und tarifunion“. Zudem stellt die KOMBA auch den Ersten Vorsitzenden der dbb tarifunion, *Frank Stöhr*. Überdies sind nach eigenen Angaben der KOMBA ihre Mitglieder in den Tarifverhandlungskommissionen in die tarifpolitische Arbeit unmittelbar eingebunden<sup>1081</sup>.
- 834** Die KOMBA schließt aber in Tarifgemeinschaft mit ver.di Tarifverträge für ihre Mitglieder mit der BHW-Holding. An dieser hielt der dbb im Jahr 2002 über seine Treuhandgesellschaft 37,5 % der Anteile. Der dbb hat

---

<sup>1079</sup> Röders, DAZ, April 2001: „Gewerkschaftliches Junkertum“ = [http://www.promitarbeiter.de/News/body\\_news.html](http://www.promitarbeiter.de/News/body_news.html) [zuletzt abgerufen am 3.5.2005].

<sup>1080</sup> [http://www.tarifunion.dbb.de/navi/index\\_tarifunion.htm](http://www.tarifunion.dbb.de/navi/index_tarifunion.htm), „Porträt dbb tarifunion“ [zuletzt abgerufen am 3.5.2005]; unklar § 2 Nr. 3 Satzung KOMBA.

<sup>1081</sup> <http://www.komba.de/organisation/dbb/dbb.cfm> zuletzt abgerufen am 3.5.2005.

damit ein noch stärkeres finanzielles Interesse an der Geschäftsentwicklung der BHW-Holding als ver.di und der DGB zusammen. Zudem sind dbb und die BHW-Holding auch Geschäftspartner: Das 2002 gegründete dbb-Vorsorgewerk arbeitet u.a. mit Gesellschaften der BHW-Holding zusammen<sup>1082</sup>, d.h. die BHW-Holding ist Konsortialpartner und übernimmt die Vertriebskoordination<sup>1083</sup>. Zwar steht es der Gegnerunabhängigkeit nicht entgegen, daß zwei Tarifvertragsparteien eine gemeinsame Einrichtung betreiben – das dbb-Vorsorgewerk wurde jedoch allein vom dbb gegründet und die BHW-Holding erbringt Dienstleistungen gegenüber dem dbb-Vorsorgewerk. Diese Geschäftsbeziehung verstärkt die Interessenkollision, wenn die dbb tarifunion notfalls streikweise Forderungen gegen die BHW-Holding durchsetzen wollte.

## **[8] Unabhängigkeit ver.dis von Arbeitgeberverbänden**

### **i. Allgemeine Arbeitgeberverbände**

Ver.di ist unbestritten gegenüber den Arbeitgeberverbänden gegnerunabhängig, die bisher die außerhalb des DGB-Verbunds stehenden Unternehmen organisieren. Träte ein Unternehmen des DGB-Verbunds, dem gegenüber ver.di nicht gegnerunabhängig ist, einem solchen Arbeitgeberverband bei, scheint sich die Frage zu stellen, ob ver.di dann noch gegnerunabhängig bleibt. Daß es sich dabei nicht um eine rein hypothetische Frage handelt, zeigt das Beispiel des Bund-Verlags. Er war bis Mitte der 1990er Jahre Mitglied im Arbeitgeberverband „Verband der Verlage und Buchhandlungen NRW e.V.“, der mit der IG Medien, einer Vorgängerin ver.dis, Tarifverträge abschloß. 835

Zweifelhaft ist, ob diesen Unternehmen der Weg in diese Arbeitgeberverbände offensteht. Am deutlichsten wird dies am Beispiel des DGB und der DGB-Gewerkschaften selbst. Sie können nicht als Arbeitgeber den Arbeitgeberverbänden beitreten, denen sie ansonsten als Gewerkschaft gegenüberstehen. Wollte etwa die IG Metall als Arbeitgeber dem USB (Unternehmerverband Soziale Dienstleistungen + Bildung e.V.) beitreten, welcher seinerseits Mitglied der BDA ist, hätte der USB das Recht, die Aufnahme zu verweigern, da die Gegnerschaft der jeweiligen Dachver- 836

---

<sup>1082</sup> <http://www.blbs-bw.de/statut/dbb/dbb-vorsorgewerk.htm> [zuletzt abgerufen am 3.5.2005].

<sup>1083</sup> Presseinformation „Beamtenbund gründet eigenes Versorgungswerk“ der DBV Winterthur vom 29.5.2002, [http://entry.dbv-winterthur.de/b2c/Inhalte/Presse/Presse\\_Center/Presseinformationen/Archiv\\_2002/dbb-vorsorgewerk-arial.pdf](http://entry.dbv-winterthur.de/b2c/Inhalte/Presse/Presse_Center/Presseinformationen/Archiv_2002/dbb-vorsorgewerk-arial.pdf) [zuletzt abgerufen am 11.9.2006].

bände – BDA und DGB – auf ihre Mitgliedsverbände durchschlägt. Erst recht gilt dies gegenüber ver.di, die unmittelbarer Gegner des USB ist.

- 837 Erfolgt ein solcher Beitritt wirksam, scheint die Gegnerunabhängigkeit ver.dis zunächst gegeben zu sein: Verhandelt ver.di, Fachbereich 13, Fachgruppe Parteien und Verbände, einen Flächentarifvertrag mit ar.di oder dem USB, so verliert der für die Gegnerabhängigkeit entscheidende Interessenwiderstreit bei ver.di entscheidend an Gewicht. *Prima facie* wäre davon auszugehen, daß ver.di nicht wegen der anderen DGB-Gewerkschaften eine ganze Branche (mit-) begünstigt. Setzt ver.di eine hohe Tarifforderung durch, induziert sie damit zwar höhere Personalkosten bei den anderen DGB-Gewerkschaften; dieser Nachteil wäre aber dem Anschein nach ungeeignet, eine flächentarifpolitische Zurückhaltung herbeizuführen. Anders verhält es sich, wenn ar.di oder der USB einen firmenbezogenen Verbandstarifvertrag für die IG Metall mit ver.di schließen soll. Dann bleibt es bei dem oben dargestellten Interessenwiderstreit und damit bei der Gegnerabhängigkeit ver.dis.

#### **ii. Arbeitgeberverband arbeitgebender Gewerkschaften**

- 838 Die Gegnerabhängigkeit ver.dis gegenüber Gewerkschaften des DGB-Verbands und ihren Unternehmen, können diese nicht beheben, indem sie sich mit Ausnahme ver.dis in einem Arbeitgeberverband zusammenschließen, der mit ver.di Tarifverträge abschließen soll, dazu: u. § 5B.IV., Rn. 964 ff. Der geschilderte Interessenkonflikt, in dem sich ver.di befindet, bleibt zu stark, als daß ver.di eine unabhängige Tarifpolitik betreiben könnte.

#### **dd. NGG und GEW gegenüber anderen DGB-Gewerkschaften**

- 839 Von ihren Organisationbereichen her könnte sich auch die NGG für die Kantinenbetriebe des DGB-Verbands und die GEW für die Bildungs- und Forschungseinrichtungen der Tarifizzuständigkeit berühen. Für sie gilt aber wie für ver.di, daß es ihnen aufgrund der Verbundenheit mit den Brudergewerkschaften an der Gegnerunabhängigkeit innerhalb des DGB-Verbands mangelt.
- 840 Einen der DAA vergleichbaren Sonderfall stellt die Hans-Böckler-Stiftung dar: Als Stiftung ist sie formal unabhängig, wird aber durch die mehrheitliche Besetzung des Kuratoriums und des Vorstands durch Spitzenfunktionäre der DGB-Gewerkschaften und des DGB beherrscht. Ihre wissenschaftliche Tendenz entspricht der koalitionspolitischen Tendenz des DGB und der DGB-Gewerkschaften, o. § 2C.II.3.f., Rn. 218 ff.
- 841 Ein Streik der GEW müßte die Glaubwürdigkeit der Hans-Böckler-Stiftung erheblich beschädigen und könnte durch höhere Personalkosten zu einer Beschränkung der gewerkschaftsnützigen Tätigkeit der Hans-

Böckler-Stiftung führen. Daran können die DGB-Gewerkschaften und damit die GEW kein Interesse haben – indirekt finanzieren sie die Hans-Böckler-Stiftung, indem sie von ihren Mitgliedern verlangen, Aufsichtsratsantienemen an die Hans-Böckler-Stiftung abzuführen. Eine allein an den Interessen der Arbeitnehmer orientierte Tarifpolitik der GEW ist daher nicht zu erwarten, so daß auch hier die Gegnerabhängigkeit indiziert ist.

### ee. Tendenzschutzbedingte Modifikation des Unabhängigkeitsmaßstabs

Die Gegnerabhängigkeit ver.dis ergibt sich, wenn der allgemeine Prüfungsmaßstab angewendet wird. Das wirft die Frage auf, ob nicht wegen der Besonderheiten der Gewerkschaften als Arbeitgeber resp. wegen des Tendenzschutzes aus Art. 9 Abs. 3 GG, die Anforderungen an die Gegnerunabhängigkeit modifizierend auszulegen sind. So könnte eingewandt werden, daß an eine Gewerkschaft, die als Kollektivvertretung der Arbeitnehmer von Gewerkschaften auftritt, nicht nur geringere Anforderungen an die Gegnerunabhängigkeit gestellt werden dürften, sondern daß der Tendenzschutz es gebiete, Tarifverträge mit Gewerkschaften zuzulassen, die mit der arbeitgebenden Gewerkschaft durch gemeinsame Interessen oder Abhängigkeiten verbunden sind. 842

Wollte man dem folgen, müßte für die politischen Parteien, karitativen Einrichtungen und anderen Tendenzunternehmen Gleiches gelten. Schwerer noch wiegt aber der Einwand, daß die Gegnerunabhängigkeit eine Koalitionsvoraussetzung ist. Mag der Tendenzschutz Einschränkungen des Streikrechts, des Zutrittsrechts und anderer Koalitionsbetätigungen erfordern – der vorgelagerte Bereich der Koalitionsvoraussetzungen ist im wesentlichen tendenzneutral. 843

### d. Tariffähigkeit

Selbst wenn ver.di gegenüber den anderen Arbeitgebern im DGB-Verbund gegnerunabhängig wäre, beträfe dies nur die Fähigkeit ver.di, als Koalition aufzutreten. Die Tariffähigkeit setzt demgegenüber zusätzlich Leistungsfähigkeit und Mächtigkeit voraus<sup>1084</sup>. Auch diese Tatbestandsmerkmale sind bei ver.di zweifelhaft: 844

---

<sup>1084</sup> St. Rspr., insb. BAG vom 14.3.1978 – 1 ABR 2/76, AP Nr. 30 zu § 2 TVG (DAV); BAG vom 6.6.2000 – 1 ABR 10/99, zu B.II.1, AP Nr. 55 zu § 2 TVG (BTÜ); zuletzt BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit; zur Verfassungsmäßigkeit: BVerfG (Senat) vom 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, zu B.I.2., AP Nr. 31 zu § 2 TVG; BVerfG (Senat) vom 20.10.1981 – 1BvR 404/78, BverfGE 58, 233, 248 ff. Kritisch wegen der damit verbundenen Nachteile für

### aa. Das geltende Tarifrecht anerkennen

- 845 Gewerkschaften, die ihre Arbeitnehmer nicht nur besonders schlecht behandeln, sondern sogar geltendes Arbeitsrecht verletzen, droht, anders als Gastwirten oder anderen besonderen Gewerbetreibenden, nicht schon wegen einer dadurch indizierten Unzuverlässigkeit der Konzessionsentzug – Gewerkschaften und Koalitionen unterliegen nicht einmal einem Eintragungserfordernis, wenn sie auf die Rechtsform des rechtsfähigen Vereins verzichten. Ein Konzessionssystem wäre ein verfassungswidriger Eingriff in die Koalitionsfreiheit, da es die Unabhängigkeit vom Staat aufhebe, welche ihrerseits Koalitionsvoraussetzung ist<sup>1085</sup>.
- 846 Andererseits müssen Koalitionen das geltende Tarifrecht anerkennen<sup>1086</sup>, womit nicht ein formaler Akt der Anerkennung, sondern die tatsächliche Einhaltung gemeint ist. Dies entfaltet eine ähnliche präventive Wirkung wie z.B. § 35 GewO<sup>1087</sup>: Erkennt eine Gewerkschaft das geltende Tarifrecht nicht an, droht ihr ein Beschlußverfahren auf Aberkennung der Tariffähigkeit. Das wirft die Frage auf, ob dauerhafte oder schwerwiegende Verstöße gegen das Koalitionsrecht ihrer Arbeitnehmer für eine Gewerkschaft zum Verlust der Tariffähigkeit führen können<sup>1088</sup>.

#### [1] Verlust nur der Tariffähigkeit

- 847 Nach herrschender<sup>1089</sup>, aber falscher Meinung, soll sogar die Koalitionseigenschaft auf dem Spiel stehen. Warum sollte eine Arbeitnehmervereinigung das geltende Tarifrecht anerkennen müssen, wenn sie als bloße Koalition nicht einmal Tarifverträge schließen will? Soweit hinzugefügt wird, die Arbeitnehmervereinigung müsse die freiheitlich-demokratische

---

kleine Koalitionen: *Eitel*, Repräsentative Gewerkschaften, S. 135 ff.; *Bruhn*, S. 162 ff.; *Zöllner*, AÖR 98, 71, 91; *Mayer-Maly*, RdA 1966, 201, 204; *Hueck-Nipperdey*, Bd. II/2, Nachtrag S. 1658; *Nipperdey/Säcker*, AR-Blattei, Tarifvertrag II A, I 2a

<sup>1085</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 246 Rn. 6.

<sup>1086</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

<sup>1087</sup> Zur Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden bei Steuerrückständen: BVerwG vom 23.9.1991 – I B 96/91, NVwZ-RR 1992, 414; OVG Münster vom 30.7.1991 – 4 A 699/90, NZA-RR 1992, 415; Versagung der Gaststättenerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit.

<sup>1088</sup> So: *Rieble*, Anm. zu BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, SAE 1998, 243, 248; MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 255 Rn. 23.

<sup>1089</sup> BVerfG (Kammer) vom 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96, 106 f.; BVerfG (Senat) vom 6.5.1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 28; BAG vom 9.7.1968 – 1 ABR 2/67, BAGE 21, 98, 101; BAG vom 16.1.1990 – 1 ABR 10/89, BAGE 64, 16, 19; BAG vom 15.3.1977 – 1 ABR 16/75, JZ 1977, 470, 471; MDH/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 216.

Grundordnung<sup>1090</sup> oder zumindest die „soziale Marktwirtschaft als maßgebliche Wirtschaftsordnung“<sup>1091</sup> anerkennen, mag darin eine eigenständige Koalitionsvoraussetzung liegen. Ist aber die Anerkennung des geltenden Tarif- und Arbeitskämpfrechts der Maßstab, spricht mehr für eine Rückbesinnung auf die vom BVerfG zitierte Rechtsprechung des RAG. Danach konnte Arbeitnehmervereinigungen nicht die Koalitions-eigenschaft, sondern nur die Tariffähigkeit abgesprochen werden<sup>1092</sup>.

Dies entspricht dem berechtigten Präventionsbedürfnis der Gegenseite und der Allgemeinheit, einer Arbeitnehmerkoalition die Tarifautonomie zu versagen, die ernsthaft befürchten läßt oder nachhaltig unter Beweis gestellt hat, daß sie ihre arbeitskampfrechtlichen Grenzen überschreitet oder permanent gegen Pflichten aus dem schuldrechtlichen Teil von Tarifverträgen verstößt. Streiks mögen in unserer Rechtsordnung zwar unerwünscht sein<sup>1093</sup>, sind aber grundsätzlich zulässig. Wenn aber die Gewerkschaft von vornherein nicht gewillt ist, die von ihr abgeschlossenen Verträge einzuhalten, so ist es nicht gerechtfertigt, der Gegenseite und der Allgemeinheit Streiks zuzumuten, mit dem solche Verträge erkämpft werden sollen. 848

## [2] Rechte der Gewerkschaftsarbeitnehmer als Bestandteil „geltenden Tarifrechts“

Wie insbesondere *Löwisch* herausgearbeitet hat, besteht der Zweck des Anerkennungsgebots im Schutz der Arbeitgeberseite und der Allgemeinheit<sup>1094</sup>. Erkennt eine arbeitgebende Gewerkschaft die Koalitionsfreiheit ihrer Arbeitnehmer und die Tarifautonomie ihrer Vereinigung nicht an, gefährdet dies die genannten Schutzgüter nicht. Es geht gerade nicht um die Tariffähigkeit der arbeitgebenden Gewerkschaft als Arbeitgeber, sondern um die Tariffähigkeit der arbeitgebenden Gewerkschaft als Gewerkschaft ihrer Mitglieder gegenüber deren Arbeitgebern. In diesem Verhältnis liegt kein Verstoß gegen das geltende Tarifrecht vor: Das Präventionsbedürfnis besteht nur dort, wo die Gewerkschaft als Gewerkschaft 849

<sup>1090</sup> *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd I, S. 409.

<sup>1091</sup> *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht II 1, S. 104 f.

<sup>1092</sup> So schon RAG vom 10.11.1928 – RAG 395/28, RAGE 4, 231 (das BVerfG konnte sich daher in BVerfGE 4, 96, 106 insoweit gerade nicht auf die Rechtsprechung des RAG berufen). Dem RAG folgend: *Nikisch*, Arbeitsrecht, Bd. 2, S. 14; *Löwisch*, ZfA 1970, 295, 310; *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, § 255 Rn. 23.

<sup>1093</sup> „Streiks sind ein Übel“, *G. Müller*, Neutralität, S. 64, 87, und 347 ff.; *ders.*, Arbeitskampf, S. 91ff., 106, 112, 115 und 134.

<sup>1094</sup> *Löwisch*, ZfA 1970, 295, 310 f.; ebenso: BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu II.2.e)bb)(1), NZA 2005, 697 (UFO); *Däubler/Peter*, TVG, § 2 Rn. 49; *Hümmerich/Holthausen*, NZA 2006, 1070, 1071 m.w.N.

und nicht als Arbeitgeber handelt. Alles andere führte zu einem Sonder-schutz der Gewerkschaftsarbeitnehmer, der nicht aus einer besonderen Gefährdung folgt, sondern nur reflexartig daraus, daß ihr Arbeitgeber etwas zu verlieren hat, was andere Arbeitgeber nicht verlieren können, nämlich die Tariffähigkeit als Arbeitnehmerkoalition. Der Standpunkt der GdED (nunmehr: transnet), ihre Arbeitnehmer hätten kein Recht, dem VGB beizutreten, das unrechtmäßige Einfordern von Mitgliedschaftsbeiträgen und andere Maßnahmen, die rechtlich oder faktisch gegen das Koalitionsrecht der Gewerkschaftsarbeitnehmer gerichtet sind, gefährdeten mithin die Tariffähigkeit der GdED nicht<sup>1095</sup>.

- 850 Fraglich ist, ob sich an diesem Ergebnis etwas ändert, falls das Anerkennungsgebot entgegen der h.M.<sup>1096</sup> auch dem Schutz der Gewerkschaftsmitglieder dient, d.h. ähnlich wie die Leistungs- und Durchsetzungsfähigkeit bewirken soll, daß ihre Entscheidung, sich koalitions-mäßig zu binden, zu einer hinreichenden Interessenvertretung führt. Die Gewerkschaftsmitglieder, die nicht zugleich Gewerkschaftsarbeitnehmer sind, haben zwar ein Interesse daran, daß ihre Gewerkschaft z.B. nicht zu Streikexzessen auffordert, weil sie sonst infolge ihrer Teilnahme zur Verantwortung gezogen werden könnten. Dieses Interesse ist aber hinreichend durch die Leistungsfähigkeit abgedeckt: Zur Leistungsfähigkeit gehört, daß eine Gewerkschaft in der Lage ist, die Rechtmäßigkeit ihres Vorgehens einzuschätzen. Daß eine Gewerkschaft das Koalitionsrecht ihrer Arbeitnehmer bricht, gefährdet aber für sich nicht das Interesse der übrigen Mitglieder an einer hinreichenden Interessenvertretung gegenüber deren Arbeitgebern. Die übrigen Gewerkschaftsmitglieder haben vielmehr wegen ihrer Beitragspflicht ein Interesse an niedrigen Personal-kosten der Gewerkschaft.
- 851 Die zur Mitgliedschaft gezwungenen Gewerkschaftsarbeitnehmer sind ohnehin nur außerordentliche Mitglieder und der Zweck ihrer Mitgliedschaft liegt nicht darin, daß ihre Arbeitnehmerinteressen durch die arbeitgebende Gewerkschaft vertreten werden sollen. Anerkennt ihre arbeitgebende Gewerkschaft ihre Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht, können und müssen sie oder ihre Vertretungen ihre Rechte durchsetzen. Ein automatischer Verlust der Tariffähigkeit ihrer arbeitgebenden Gewerkschaft wegen mangelnder Anerkennung des Tarifrechts wäre ein Privileg gegenüber Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber. Behindert z.B. ver.di die Organisation ihrer Arbeitnehmer im VGB, so muß sich der VGB gegenüber

<sup>1095</sup> Anders: *Rieble*, SAE 1998, 243, 245.

<sup>1096</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu II.2.e)bb)(1), NZA 2005, 697 (UFO); *Däubler/Peter*, TVG, § 2 Rn. 49; *Hümmerich/Holthausen*, NZA 2006, 1070, 1071 m.w.N.

ver.di ebenso durchsetzen, wie ver.di dies gegenüber den Arbeitgebern ihrer Mitglieder muß.

### [3] Nichtanerkennung

Nimmt man mit der Gegenauffassung an, es komme auch auf den Schutz der eigenen Mitglieder an, steht in Frage, welche Voraussetzung an die Nichtanerkennung des Tarifrechts zu stellen sind. Die GdED (nunmehr: transnet) hat ihre gegen das Koalitionsrecht ihrer Arbeitbeitnehmer gerichteten Angriffe immerhin nach dem BAG-Urteil zugunsten des VGB eingestellt und hatte vorher ihren Rechtsstandpunkt durch Gutachten von *Plander* und *Dütz* prüfen lassen. Ein unverschuldeter Rechtsirrtum kann keine Nichtanerkennung des Tarifrechts bedeuten. Nunmehr erkennen die DGB-Gewerkschaften den VGB als Koalition an, verweigern aber Verhandlungen. Als Anknüpfungspunkt für die Nichtanerkennung des Tarifrechts bleibt nur das Auftreten von ver.di als Gewerkschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer und das Anerkennen von ver.di als Tarifpartner in dieser Funktion. Insofern handelt es sich spätestens mit Erscheinen dieser Dissertation nicht mehr um einen unverschuldeten Rechtsirrtum, da nunmehr zumindest ernsthafte Zweifel am gegenteiligen Rechtsstandpunkt bestehen.

#### bb. Leistungsfähigkeit

Scheinbar weniger problematisch ist die finanzielle und organisatorische Leistungsfähigkeit ver.di. Erforderlich ist, daß die Koalition von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage ist, die ihr gestellten Aufgaben zu erfüllen, d.h. daß sie die organisatorischen Vorbereitungen für eine Teilnahme der Koalition am Tarifgeschehen erledigen kann. Auch müssen Tarifverträge der Mitgliedschaft vermittelt und tatsächlich durchgeführt werden<sup>1097</sup>.

Anders als die Durchsetzungsfähigkeit und die Gegnerunabhängigkeit sind bei der Leistungsfähigkeit in einer Großgewerkschaft Synergieeffekte nicht ausgeschlossen<sup>1098</sup>: Zweifeln ließe sich an der Leistungsfähigkeit nur, wenn der zuständige Fachbereich innerhalb von ver.di durch die interne Ressourcensteuerung nicht zur Betreuung der Arbeitnehmer aus dem DGB-Verbund in der Lage wäre oder die Beiträge der Mitglieder aus den einzelnen Fachbereichen größtenteils fachbereichsgebunden einzusetzen wären. Das trifft für den von ver.di aufgebauten Funktionärsapparat und das zur Verfügung stehende Vermögen aber nur bedingt zu: Ver.di unter-

<sup>1097</sup> BAG vom 6.6.2000 – 1 ABR 10/99, unter II.1.; zuletzt: BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit m. Anm. *Buchner*.

<sup>1098</sup> Gegen eine Differenzierung: *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 43.

hält dem Organisationsbereich entsprechend den Fachbereich 13 „Die Besonderen“, in dem die Fachgruppe 4 „FG FoKus“ für Call Center, die TÜVe, Forschungseinrichtungen, Messe- und Ausstellungsorganisierer, Zeitarbeitsunternehmen sowie Parteien und Verbände zuständig ist<sup>1099</sup>. Die auf Sekretärsbene dreiköpfige Fachgruppe FoKus, in der derzeit ein Sekretär die Parteien und Verbände betreut, weist damit auf Bundesebene personelle Ressourcen auf.

- 854 Hinzukommt, daß auch bei den Landesbezirken der Fachbereich 13 durchgängig Landesbezirksfachbereichsleiter aufweist, die auch für die jeweilige Fachgruppe 4 „Parteien und Verbände“ verantwortlich sind<sup>1100</sup>. Wie das LAG Stuttgart hinsichtlich der CGM festgestellt hat, gibt es keinen Rechtsgrundsatz, der eine Branchenzugehörigkeit des bevollmächtigten Funktionärs als Voraussetzung für die Anerkennung eines Vertrags als Tarifvertrag verlangen würde<sup>1101</sup>. Es kommt also nicht darauf an, ob andere Arbeitgeber – und gegebenenfalls welche – in der FG FoKuS noch betreut werden. Außerdem wäre ver.di bei Bedarf nicht gehindert, Tarifsekretäre und anderes Personal aus anderen Fachbereichen heranzuziehen, um eine etwaige Überforderung der Fachgruppe FoKus zu beseitigen.
- 855 Diese FG FoKuS unterhält auch unter dem Dach von ver.di eine website (<http://besondere-dienste.verdi.de/>) mit Informationen über ihre Zusammensetzung und Tätigkeit sowie abgeschlossene Tarifverträge, so daß sie in der Lage ist, ihre Mitglieder zu informieren. Darüber hinaus existieren websites des Fachbereichs auf Landesbezirksebene, über die eine Mitgliederzeitschrift als pdf-Dokument einsehbar ist.

### cc. Gegnerbezogene Durchsetzungsfähigkeit

- 856 Anders als die Leistungsfähigkeit ist die Voraussetzung der Durchsetzungsfähigkeit konkret auf den Organisationsbereich resp. die Geltungsbereiche der angestrebten Tarifverträge bezogen<sup>1102</sup>. Große Bedeutung bei der Bestimmung der Durchsetzungsfähigkeit kommt dem Organisationsgrad zu<sup>1103</sup>.

<sup>1099</sup> [http://besondere-dienste.verdi.de/fg\\_fokus\\_verdi/parteien\\_und\\_verbaende](http://besondere-dienste.verdi.de/fg_fokus_verdi/parteien_und_verbaende) [zuletzt abgerufen am 15.7.2006].

<sup>1100</sup> [http://aufbau.verdi.de/landesbezirke\\_und\\_fachbereiche](http://aufbau.verdi.de/landesbezirke_und_fachbereiche) [zuletzt abgerufen am 11.9.2007].

<sup>1101</sup> LAG Baden-Württemberg vom 1.10.2004 – 4 TaBV 1/04, zu B.II.2.b)bb)(4), NZA-RR 2005, 85.

<sup>1102</sup> Rieble, FS Wiedemann, S. 519 ff.; a.A. LAG Baden-Württemberg, a.a.O.

<sup>1103</sup> BAG vom 6.6.2000 – 1 ABR 10/99, zu B.II.2.b)aa), AP Nr. 55 zu § 2 TVG.

### [1] Organisationsgrad bei den DGB-Gewerkschaften

Abgesehen davon, daß die Arbeitnehmer der DGB-Gewerkschaften bei ver.di nur „oK“-Mitglieder werden können und der Organisationsgrad somit bei ver.di von vornherein bei Null liegt, ist der Organisationsgrad ohnehin auch faktisch nahezu Null: Die Arbeitnehmer der Mitgliedsgewerkschaft sind nämlich bisher jeweils Mitglied in der arbeitgebenden Gewerkschaft geworden, o. § 4C.I.2.e., Rn. 580 f. Die HBV und ver.di hätten zwar dagegen vorgehen können, indem sie unter Verweis auf ihren Organisationsbereich das DGB-Schiedsgericht anrufen – dies ist jedoch nicht geschehen. Hingegen war die Rechts-schutzabteilung des DGB geradezu ein Eldorado des Pluralismus: Solange die Rechtsschutzsekretäre aus den Reihen der Funktionäre und Vertrauensleute rekrutiert wurden, behielten sie ihre entsprechenden Mitgliedschaften. Ver.di wird hier zwar mehr Mitglieder haben, zweifelhaft ist aber, ob sie den Organisationsgrad des VGB erreicht.

### [2] Organisationsgrad bei den Unternehmen der Gemeinwirtschaft

Soweit die Arbeitnehmer der Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft Mitglied einer DGB-Gewerkschaft waren, handelte es sich jeweils um die auch nach der allgemeinen Branchenzuordnung zuständige Gewerkschaft. Da die Unternehmen überwiegend in Bereichen der Versorgung mit Lebensmitteln (Co op-Gruppe) und Finanzdienstleistungen (BHW, Volksfürsorge) und Touristik (g-u-t) agierten, wäre heute zum größten Teil der Organisationsbereich der ver.di einschlägig.

Über den Organisationsgrad bei den mittlerweile größtenteils abgewickelten Unternehmen der Gemeinwirtschaft ist wenig bekannt; es scheint sich jedoch um selbst für die damaligen Verhältnisse weit überdurchschnittliche Organisationsgrade gehandelt zu haben. So gebrach es der IG Medien auch nicht an der Durchsetzungsfähigkeit gegenüber dem Bund-Verlag. Für die Co op-Beschäftigten schloss die HBV Tarifverträge über dem Branchenniveau ab, was für einen hohen Organisationsgrad spricht.

### [3] Folgen für die Durchsetzungsfähigkeit

Schon aus den niedrigen Organisationsgraden folgt, daß die einzelnen Gewerkschaften und der DGB für ver.di nahezu unbestreikbar wären. Hinzukommt, daß ver.di bei einem Streik z.B. gegen den DGB infolge der Verbundenheit mit dem eigenen Dachverband gegenüber diesem und in der Öffentlichkeit unter starken Druck geriete. Eine harte Haltung wäre nur schwer vermittelbar, so daß ver.di nicht nur nicht gegnerunabhängig ist, sondern auch unter einem strukturellen Einigungsdruck steht, der den

arbeitgebenden Gewerkschaften ein Tarifiktrat ermöglichen könnte. Bei einem Streik gegen die IG Metall wäre also ver.di vollständig davon abhängig, daß die IG Metall-Arbeitnehmer als Anders- resp. Nichtorganisierte den ver.di-Streik gegen die IG Metall mittrügen, obwohl der erstreikte ver.di-Tarifvertrag für sie jedenfalls nicht nach § 3 TVG gälte. Abgesehen von der fehlenden Gegnerunabhängigkeit fehlt es ver.di also auch an der Durchsetzungsfähigkeit.

- 861 Würde die IG Metall als Anbieter der Dienstleistung „Organisation kollektiver Interessenvertretung für Arbeitnehmer der M+E-Industrie“ Mitglied in ar.di – o. § 5A.I.1.c.cc.[8]i., Rn. 835 f., u. Rn. 954 f., müßte die Durchsetzungsfähigkeit ver.dis gegenüber ar.di neu bewertet werden. In Arbeitskämpfen um Flächentarifverträge kommt es nur auf die diesbezügliche Durchsetzungsfähigkeit an. Dann profitiert ver.di von ihrem Organisationsgrad bei anderen ar.di-Mitgliedern, weil die Streiks bei diesen Arbeitgebern gegenüber ar.di insgesamt Druck ausüben.

#### **dd. Tarifwilligkeit**

- 862 Die durch Satzung i.V.m. dem Organisationsbereich indizierte Tarifwilligkeit kann durch langdauernde nicht-Betätigung widerlegt werden. Die HBV hat jahrzehntelang weder für die eigenen Arbeitnehmer noch für die anderen Gewerkschaften Tarifvertragsverhandlungen geführt oder auch nur Tarifkommissionen gebildet. Wenn man darin nicht schon eine Degeneration der Tarifzuständigkeit sieht<sup>1104</sup>, ist jedenfalls die Tarifwilligkeit verlorengegangen.
- 863 Durch die Verschmelzung mit ver.di ist die Frage aufgeworfen, ob das auch für ver.di gilt. Auch wenn ver.di den Organisationsbereich der HBV nahezu wörtlich übernommen hat, ist der ver.di-Organisationsbereich als Bestandteil der Satzung mit dieser neu statuiert worden. Bezüglich aller Bestandteile hat ver.di damit erneut die Tarifwilligkeit behauptet. Die Degeneration der HBV-Zuständigkeit ist damit für ver.di bedeutungslos. Die Untätigkeit der HBV ist als tatsächlicher Umstand nicht übergangsfähig.

#### **e. Auswirkung auf die Satzungsbestimmungen über den Organisationsbereich**

- 864 Wäre es alleiniger Zweck des Organisationsbereichs, den Umfang der Tarifzuständigkeit festzulegen, so wären die rechtlichen Grenzen der Tarifzuständigkeit zugleich die Grenzen des Organisationsbereichs. Da ver.di aber nicht für die eigenen Arbeitnehmer tarifzuständig sein kann

---

<sup>1104</sup> Löwisch/Rieble, TVG, § 2 Rn. 58.

und dies so evident ist, daß nicht einmal ver.di selbst das Gegenteil behauptet, wäre § 4 Nr. 3 ver.di-Satzung teleologisch zu reduzieren.

Organisationsbereich und Tarifzuständigkeit decken sich aber nicht. Gerade wenn eine Gewerkschaft von ihren eigenen Arbeitnehmern die Mitgliedschaft in ihr selbst als arbeitgebender Gewerkschaft (zur oK-Mitgliedschaft o. § 3B.II.3., Rn. 307) verlangt, muß sie über einen entsprechend definierten Organisationsbereich die satzungsmäßigen Grundlagen schaffen. Nicht anders verhält es sich, soweit ver.di sich zu Unrecht für tarifzuständig und -fähig hält: Ver.di darf ihren Organisationsbereich auf den DGB-Verbund erstrecken, weil zumindest „oK“-Mitgliedschaften zulässig sind. Die fehlende Koalitions- und Tariffähigkeit schlägt nicht auf die Organisationsbereichsbestimmung durch. **865**

Etwas anderes ergibt sich nicht aus den Rechten der Gewerkschaften, die gerade die Arbeitnehmer organisieren und in Tarifverhandlungen vertreten wollen, denen ver.di nur Verein und nicht Gewerkschaft sein kann: Grundsätzlich steht dem Satzungsgeber aufgrund der Vereins- und Verbändefreiheit ein weiter Spielraum bei der Normsetzung zu (Satzungshoheit). Eine Satzungsbestimmung ist nur unwirksam, wenn sie die materiellen Grenzen der Satzungshoheit verletzt, z.B. gegen ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB verstößt. Als Verbotsgesetz kommt nur Art. 9 Abs. 3 GG mit der Begründung in Frage, ver.di greife allein schon durch die Behauptung der satzungsmäßigen Zuständigkeit in die Koalitionsfreiheit des VGB ein, weil ver.di durch solche placebo-Mitgliedschaften die Attraktivität des VGB mindere. **866**

Zwar ist Art. 9 Abs. 3 GG ein Verbotsgesetz i.S.d. § 138 BGB, welches den VGB vor Eingriffen in seine Tarifautonomie schützt, und zwar auch, wenn der Eingriff nicht durch den Staat, sondern ein anderes Privatrechtssubjekt erfolgt. Es liegt aber kein Eingriff vor: Der Grundrechtsschutz dient gerade nicht der Verhinderung des Wettbewerbs unter Koalitionen. Daher muß jede Koalition es hinnehmen, daß andere Koalitionen versuchen, ihren Anteil auf Kosten der Konkurrenz auszudehnen. Die satzungsmäßige Erweiterung der Tarifzuständigkeit trotz fehlender Gegnerfreiheit greift damit nicht in die Tarifautonomie des VGB ein. **867**

#### **f. Verfahren zur Tariffähigkeit ver.dis gemäß § 97 ArbGG**

Da es ver.di an der Gegnerunabhängigkeit und der sozialen Mächtigkeit fehlt, um die Arbeitnehmer des DGB und der DGB-Gewerkschaften sowie deren abhängigen Unternehmen zu vertreten, ist die Frage aufgeworfen, ob der VGB gerichtlich dagegen vorgehen kann, daß sich ver.di insoweit der Tariffähigkeit rühmt. Aus dem Verfahren nach § 97 ArbGG könnte sich allerdings ein Eigentümer ergeben, wenn es die Tariffähigkeit des Antragstellers voraussetzt und diese dem VGB fehlt. § 97 Abs. 1 ArbGG nennt als **868**

Antragsteller die „räumlich und sachlich zuständigen Vereinigungen von Arbeitnehmern“. Das BAG hat dies dahingehend eingeschränkt, daß antragsbefugt nur konkurrierende Koalitionen seien<sup>1105</sup>. Daraus wird abgeleitet, eine Konkurrenz in diesem Sinne bestehe nicht, wenn der Antragsteller selbst nicht tariffähig ist<sup>1106</sup>. Das wettbewerbliche Element der Antragsbefugnis und überhaupt des Verfahrens nach § 97 ArbGG hat *Rieble* bestritten: Das materielle Recht als solches gebe der einen Koalition kein Recht auf Beseitigung der anderen. Eine Wettbewerbsstörung resp. unlauterer Wettbewerb durch die Anmaßung tatsächlich nicht bestehender Tariffähigkeit, sei ein dem Arbeitsrecht fremdes Element<sup>1107</sup>.

- 869 Auch das hilft dem VGB aber nicht: Zwar engt *Rieble* den Wortlaut nicht durch die Beschränkung auf Konkurrenten ein, statt dessen fordert er aber, weil es um die Rechtssicherheit der Tarifierung geht, eine unmittelbare Betroffenheit in eigenen Rechten. Das beschränkt den Kreis – jedenfalls wenn man nicht der Lehre von der Tarifeinheit folgt – auf die Koalition selbst und ihre sozialen Gegenspieler.
- 870 Bestreitet umgekehrt ver.di dem VGB die Tariffähigkeit, muß ver.di selbst gegenüber den anderen Arbeitgebern im DGB-Verbund tariffähig sein. Das gegen den VGB angestrebte Verfahren müßte dann ausgesetzt werden, bis über die Tariffähigkeit ver.di entschieden ist. Dem entgeht ver.di nur, wenn sie nicht als Konkurrent die Tariffähigkeit des VGB gegenüber der DGB Rechtsschutz GmbH bestreitet, sondern sich als arbeitgebende Gewerkschaft darauf beruft, als sozialer Gegenspieler des VGB dessen fehlende Tariffähigkeit feststellen zu lassen, um nicht vom VGB bestreikt zu werden.

## 2. Vertretung durch Koalitionen außerhalb des DGB, ehemalige DAG, BIGD

- 871 Ihrem Organisationsbereich nach kämen auch andere Koalitionen für die Gewerkschaftsarbeitnehmer in Frage: die christliche Koalition BIGD und vormals die DAG. Bis die DAG mit den DGB-Gewerkschaften ÖTV, DPG, HBV und IG Medien zu ver.di verschmolz, stand die DAG außerhalb des DGB-Verbunds. Anders als die DGB-Gewerkschaften war sie keinerlei satzungsmäßigen Pflichten aus der DGB-Satzung unterworfen. Dennoch waren keinerlei Überlegungen seitens der DAG oder BIGD bekannt, DGB-

<sup>1105</sup> St. Rspr. seit BAG vom 10.9.1985 – 1 ABR 32/83, zu III.1., NZA 1986, 332; BAG vom 6.6.2000 – 1 ABR 10/99, zu B. I. 2., AP Nr. 2 zu § 2 TVG; zuletzt: BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

<sup>1106</sup> GMP/*Matthes*, ArbGG, § 97 Rn. 16; ErfKomm/*Eisemann/Koch*, § 97 ArbGG Rn. 4.

<sup>1107</sup> *Rieble*, BB 2004, 885, 886.

Angestellte zu organisieren und für sie Tarifverträge abzuschließen. Verbandspolitisch mag viel dafür gesprochen haben, dies auch nicht zu versuchen, um den DGB-Verbund nicht unnötig herauszufordern.

#### a. Konkurrenten als Tarifpartner?

Auch unter rechtlichen Gesichtspunkten ist fraglich, ob diese Koalitionen die Arbeitnehmer der DGB-Gewerkschaften und des DGB als Gewerkschaft hätten organisieren können<sup>1108</sup>. Am Beispiel der DAG: Die DAG war im Verhältnis zu den DGB-Gewerkschaften eine konkurrierende Organisation, und da sie nach dem Berufsverbandsprinzip organisiert war, bestand diese Konkurrenz nicht nur gegenüber der HBV, sondern gegenüber allen Mitgliedsgewerkschaften des DGB. Gerade diese Konkurrenz kann die Gegnerunabhängigkeit aufheben: 872

Wie oben erläutert, führt die Verbundenheit ver.dis mit den anderen DGB-Gewerkschaften und dem DGB zu einem signifikanten Interesse, diese als Tarifgegner zu schonen. Spiegelbildlich zu diesem, die Mitgliederinteressen verwässernden Interessenkonflikt trat im Verhältnis der DAG zu den DGB-Gewerkschaften und dem DGB ein verstärkender Effekt auf: Die DAG hätte die Organisation der Arbeitnehmer des DGB-Verbunds nutzen können, um sich verbandspolitisch im Konkurrenzkampf Vorteile zu verschaffen. Die Schärfe des Konkurrenzkampfs wird in den Streitigkeiten deutlich, die darum geführt wurden, wessen Tarifvertrag wegen der Lehre von der Tarifeinheit den Tarifvertrag der anderen Gewerkschaft verdrängt. Dem ersten Anschein nach bestand ein signifikantes Interesse der DAG, eine Tarifauseinandersetzung um die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer des DGB-Verbunds zu instrumentalisieren. So hätte in einem Koppelungsgeschäft die Zurückhaltung gegenüber der jeweiligen DGB-Gewerkschaft angeboten werden können, wenn die DGB-Gewerkschaft dafür im Gegenzug in Unternehmen mit mehrheitlich in der DAG organisierten Arbeitnehmern eigene Werbeanstrengungen unterläßt. 873

#### b. Unvereinbarkeit von Konkurrenz und gewerkschaftlicher Vertretung

Zwar ist in Schrifttum und Rechtsprechung noch nicht gefragt worden, ob die Gegnerschaft und die Konkurrenz von Koalitionen mit der gewerkschaftlichen Vertretung der Arbeitnehmer des Gegners oder der Konkurrentin in einem unauflösbaren Widerspruch stehen. Die Gegnerunabhängigkeit im weiteren Sinne fehlt aber auch, wenn nicht der Gleichklang von Interessen dazu führt, daß sich die Positionen und Forderungen 874

---

<sup>1108</sup> Bejahend: *Bischoff*, Gewerkschaften, S. 27.

der Gewerkschaft nicht „ausschließlich“ an den Interessen der Mitglieder orientieren. So ist bereits vom Grundsatz her anerkannt, daß nach dem Prinzip der Tarifverantwortung nicht nur die tarifliche Willensbildung vom Gegenspieler beeinflusst werden darf, sondern auch, daß sie positiv von den tarifgebundenen Mitgliedern verantwortet sein muß<sup>1109</sup>.

- 875 Dieses Prinzip der Tarifverantwortung ist auch bei der Bestimmung der Gegnerunabhängigkeit zu berücksichtigen. Die Gegnerunabhängigkeit fehlt ebenso, wenn bei objektiver Betrachtung bei der Gewerkschaft ein Schädigungsinteresse gegenüber dem Gegner vermutet werden kann, welches aus rein verbandspolitischen Gründen besteht. Dafür streitet insbesondere der Schutzzweck der Gegnerunabhängigkeit: Die Koalitionsfreiheit schützt nicht die Gewerkschaften um ihrer selbst willen, sondern nur und ausschließlich im Interesse ihrer Mitglieder. Ein darüber hinausgehende Existenz- oder Betätigungsberechtigung als Verband kommt ihnen nicht zu. Dementsprechend schützt die Gegnerunabhängigkeit umfassend vor allen Formen und Arten der Fremdinteressen. Einen deutlichen Anhaltspunkt dafür bietet auch die Diskussion um das betriebsverfassungsrechtliche Zutrittsrecht der Gewerkschaften gemäß § 2 Abs. 2 BetrVG. So vertritt *G. Müller*, daß der Tendenzschutz zwar nicht das Zutrittsrecht einer Gewerkschaft zu einem Betrieb mit karitativer, künstlerischer oder wissenschaftlicher oder politischer Bestimmung hindert – wohl aber verwehrt er der Gewerkschaft, sich gegenüber einem Arbeitgeberverband oder einer konkurrierenden Gewerkschaft auf § 2 Abs. 2 BetrVG zu berufen<sup>1110</sup>. Tragender Gedanke der insoweit herrschenden Auffassung<sup>1111</sup> ist, daß für das betriebsverfassungsrechtliche Zutrittsrecht das Kooperationsgebot der Betriebsverfassung Anwendung findet. Gegner und Konkurrenten wären aber – so *G. Müller*<sup>1112</sup> – „hinsichtlich der Kooperationsmaxime erheblich psychologisch überfordert, und eine mehr oder weniger starke Tangierung der Maxime selbst müßte die Folge sein.“ Ob es sich um eine psychologische Barriere handelt, mag dahingestellt bleiben. In dieser Argumentation kommt aber zum Ausdruck, daß eine Gewerkschaft gegenüber ihren Gegnern und Konkurrentinnen in dieser Rolle gefangen ist und dementsprechende Interessen verbandspolitisch dominieren. Konsequenterweise muß erst recht die koalitive Vertretung von Arbeitnehmern des Gegners oder einer Konkurrentin ausgeschlossen sein: Wenn ver.di die Arbeitnehmer gegnerischer Arbeitgeberverbände oder konkurrierender Gewerkschaften gegen deren Arbeitgeber vertreten

---

<sup>1109</sup> *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 23 und § 1 Rn. 169.

<sup>1110</sup> *G. Müller*, FS Hilger/Stumpf, S. 477, 491.

<sup>1111</sup> *G. Müller* a.a.O.; *Galperin/Löwisch*, BetrVG, § 118 Rn. 58; *Klosterkemper*, o. Fn. 355.

<sup>1112</sup> *G. Müller*, a.a.O.

wollte, müßte die Anscheinsvermutung der fehlenden Gegnerunabhängigkeit durch Gegenindizien widerlegt werden.

Der Anschein könnte vermieden werden, wenn ver.di nicht Haustarifverträge abschließt, sondern Flächentarifverträge mit einem Arbeitgeberverband, dessen Mitgliederportfolio die Bedeutung der Parteien und Verbände zurücktreten läßt oder gegeneinander aufhebt, u. § 5B.III.2., Rn. 953 ff. 876

### c. Beschränkung der Betätigungsfreiheit gerechtfertigt

Damit wird aber der konkurrierenden Gewerkschaft die Möglichkeit genommen, für die Arbeitnehmer ihrer Konkurrentin Haustarifverträge zu erkämpfen. Die zum Schutz der Arbeitnehmer dienende Voraussetzung der Gegnerunabhängigkeit führt so in gewisser Hinsicht dazu, daß den Arbeitnehmern des DGB-Verbunds Alternativen zum VGB abgeschnitten werden. Diese Bedenken greifen aber nicht durch. Daß die konkurrierenden Gewerkschaften in ihrem Betätigungsfeld beschränkt werden, ist bloßer Reflex der Gegnerunabhängigkeit. Der Schutz der Gewerkschaftsarbeitnehmer davor, Verhandlungsmasse im Konkurrenzkampf zweier rivalisierender Gewerkschaften zu werden, wiegt schwerer. 877

Zudem müßte sonst auf andere Weise sichergestellt werden, daß nicht die verbandspolitischen Interessen, resp. die Interessen der anderen Mitglieder, Überhand gegenüber den Interessen der Mitglieder gewinnen, die bei der konkurrierenden Gewerkschaft arbeiten. Diese Aufgabe kann der Tendenzschutz nicht leisten: Er schützt nur die arbeitgebende Gewerkschaft und gerade nicht deren Arbeitnehmer, die in der konkurrierenden Koalition organisiert sind. 878

### d. Tendenzschutz

Neben die fragliche Gegnerunabhängigkeit tritt, daß die DGB-Arbeitnehmer aufgrund ihrer Loyalitätsverpflichtung gegenüber ihrem Arbeitgeber und ihrem Verein, an einem DAG-Beitritt gehindert sein könnten. *Plander* hat gemeint, diese Loyalitätspflichten stünden einem VGB-Beitritt entgegen und damit verkannt, daß der VGB gerade kein Konkurrent der DGB-Gewerkschaften ist. Dies war im Verhältnis zur DAG anders. Daß dieselben Angestellten einer Ortsverwaltung, die in den Betrieben die Vorteile einer Mitgliedschaft in der HBV gegenüber einer solchen in der DAG anpriesen, selbst DAG-Mitglieder hätten sein können, ist widersprüchlich und zutreffenderweise mit dem Tendenzschutz der arbeitgebenden DGB-Gewerkschaft nicht zu vereinbaren. Auch deshalb schränkt das zur Gegnerunabhängigkeit gegenüber einer konkurrierenden Gewerkschaft (o. § 5A.I.1.c.bb.[4]iii., Rn. 773 ff., 872) gefundene Ergebnis die Koalitionsfreiheit nicht wesentlich ein. Wegen der tendenzschutzbedingten Be- 879

schränkungen könnten sie diesen Bereich ohnehin kaum sinnvoll abdecken.

### **3. Der Weg zu einer reinen Gewerkschaftsarbeitnehmergewerkschaft**

#### **a. Gründungserschwernisse**

- 880** Die Gründung einer Gewerkschaft oder auch nur einer Arbeitnehmerkoalition setzt bei den Gründungsmitgliedern ein erhebliches Engagement voraus. Während beim Eintritt in eine bestehende Gewerkschaft den durch die Mitgliedschaft entstehenden Pflichten die ebenfalls sofort begründeten Rechte gegenüberstehen, tritt das Koalitionsgründungsmitglied gewissermaßen in Vorleistung. So genießt etwa ein Arbeitnehmer, der einer Koalition beiträgt, welche noch nicht Tariffähigkeit erlangt hat, nicht die Vorteile eines Tarifvertrags, sondern muß sich als Außenseiter behandeln lassen. Zwar schützt Art. 9 Abs. 3 GG auch die Bildung von Koalitionen; deren Betätigung durch Abschluß von Tarifverträgen wird jedoch dadurch erheblich erschwert, daß die Anforderungen zur Erlangung der Tariffähigkeit hoch sind.
- 881** So erstaunt es nicht, daß für den Gewerkschaftssektor zunächst keine Gewerkschaft bestand – vielfach wird das Fehlen eines tariflichen Gegenspielers zu den Gewerkschaften als Arbeitgebern konstatiert. Zur Füllung dieser Lücke gründeten 1994 hauptsächlich Rechtsschutzsekretäre des DGB den VGB. Der Weg von einem bloßen Verein zur Gewerkschaft führt über die Zulässigkeit einer Gewerkschaftsbeschäftigtenkoalition zu den Voraussetzungen des Koalitionsstatus und von dort über die Tariffähigkeit zur Gewerkschaftseigenschaft.

#### **b. Zulässigkeit der Koalitionsbildung**

- 882** Die Gründung des VGB widerspricht dem Prinzip der Einheitsgewerkschaft. Danach haben die DGB-Gewerkschaften einen Alleinvertretungsanspruch für die Arbeitnehmer der Bundesrepublik. Wenn der VGB Mitgliedsgewerkschaft des DGB wäre, wäre er jedoch ebensowenig gegnerunabhängig wie ver.di.
- 883** Daß Existenz und Wirken des VGB sich nicht mit dem Prinzip der Einheitsgewerkschaft vereinbaren lassen, steht aber der individuellen Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer und der kollektiven des VGB nicht entgegen. Wiewohl die Besatzungsmächte unmittelbar nach der Kapitulation offenbar nach dem Prinzip der Einheitsgewerkschaft die Gründung der christlichen Gewerkschaften als Richtungsgewerkschaften untersagten, ergibt sich schon aus dem Grundgesetz, daß es sich bei dem Prinzip der Einheitsgewerkschaft nicht um ein rechtliches Gebot, sondern

allenfalls um ein Organisationsprinzip handelt. So wie die Gewerkschaften sich für oder gegen das Industrieverbandsprinzip entscheiden können, können sie auch das Einheitsgewerkschaftsprinzip befürworten oder ablehnen. Dieser Koalitionspluralismus ist Ausdruck der verfassungsrechtlichen Offenheit und Neutralität. Für die DGB-Gewerkschaften gilt im Hinblick auf den VGB *Däublers* Ermahnung: „Wer sich zur bestehenden Gesellschaftsordnung bekennt, muß auch jene Teile in Kauf nehmen, die ihm, wie die Koalitionsfreiheit, vielleicht lästig erscheinen mögen.“<sup>1113</sup>

### c. Voraussetzungen einer Koalition der Gewerkschaftsbeschäftigten

Nicht jeder irgendwie geartete Zusammenschluß von Gewerkschaftsbeschäftigten stellt eine Koalition dar. Um eine solche handelt es sich, wenn die Vereinigung zum Zwecke der Erhaltung und Förderung der Arbeitsbedingungen auf privatrechtlichem Boden freiwillig gegründet wurde, dauerhaft angelegt ist und eine körperschaftliche Organisation besitzt. Ferner muß die Vereinigung gegnerfrei und gegnerunabhängig sowie unabhängig von Staat, Parteien und Kirche sein<sup>1114</sup>. Anlaß zum Streit bot allein die Gegnerunabhängigkeit:

#### aa. Gegnerunabhängigkeit des VGB

Obwohl weder der Bund-Verlag die Gegnerunabhängigkeit der IG Medien noch die DGB Rechtsschutz GmbH die Gegnerunabhängigkeit ver.d.is bestritt, warf die GdED (nunmehr: transnet) dem VGB vor, nicht gegnerunabhängig zu sein<sup>1115</sup>. Gegen die Gegnerunabhängigkeit des VGB wird zum einen vorgetragen, der VGB identifiziere sich mit den Zielen und dem Programm des DGB. Zum anderen entfalle die Gegnerunabhängigkeit, da alle VGB-Mitglieder zugleich Mitglieder der arbeitgebenden Gewerkschaften sind und daher die aus dem Arbeits- und Mitgliedschaftsverhältnis folgenden Loyalitätspflichten gegenüber den arbeitgebenden Gewerkschaften den VGB dem Einfluß seines tarifpolitischen Gegenspielers unterwürfen<sup>1116</sup>.

#### [1] Personelle Gegnerunabhängigkeit

Das Argument, der VGB könne nicht gegnerunabhängig sein, da seine Mitglieder zugleich Mitglieder der jeweiligen arbeitgebenden Gewerk-

<sup>1113</sup> *Däubler*, Gewerkschaftsrechte, Rn. 786.

<sup>1114</sup> *Däubler*, a.a.O.

<sup>1115</sup> So *Dütz*, AuR 1995, 337, 344 und *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 31 f., deren gutachterliche Stellungnahmen sich die GdED zu eigen machte.

<sup>1116</sup> *Dütz*, a.a.O.; *Plander*, a.a.O.

schaft sind, betrifft zunächst die personelle Komponente der Gegnerunabhängigkeit. Die GdED meinte nämlich, die VGB-Mitglieder stünden aufgrund ihrer gleichzeitigen Mitgliedschaft bei der jeweiligen arbeitgebenden Gewerkschaft in einem unlösbaren Loyalitätskonflikt. Die GdED-Arbeitnehmer seien wegen ihrer mitgliedschaftlichen und arbeitsvertraglichen Bindung an die arbeitgebende Gewerkschaft als Repräsentanten der arbeitgebenden Gewerkschaft einzuordnen – sie seien quasi ihre eigenen Arbeitgeber.

- 887** Das aber überdehnt und verkennt den koalitionsrechtlichen Gegnerbegriff: Arbeitgeber ist, wer Gäubiger der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht ist. Bei juristischen Personen rechnen auch die Mitglieder der Exekutivorgane (Vorstand, Geschäftsführer) im Verhältnis zu der arbeitgebenden juristischen Person koalitionsrechtlich zur Arbeitgeberseite, weil sie den Willen der juristischen Person bilden und für diese handeln<sup>1117</sup>. Selbst wenn sie, was bei Kapitalgesellschaften möglich und verbreitet ist, nicht zugleich Gesellschafter sind, besteht eine derart enge Verbindung zu der arbeitgebenden juristischen Person, daß sie im Regelfall deren Interessen wahrnehmen. Lediglich hinsichtlich ihrer eigenen Anstellungsbedingungen vertreten sie gegenüber den Gesellschaftern resp. dem Aufsichtsrat ihre eigenen Interessen. Folglich sind auch die Vorstandsmitglieder, die nicht für den Personalbereich zuständig sind, im Verhältnis zu den Arbeitnehmern der jeweiligen juristischen Person koalitionsrechtlich Arbeitgeber.
- 888** Diese Einschränkung verkannte die GdED (nunmehr: transnet). Weil ihre Arbeitnehmer zugleich auch GdED-Mitglieder waren, meinte die GdED aus dieser gesellschaftsrechtlichen Position auf den koalitionsrechtlichen Status schließen zu können. Wäre das richtig, müßte die IG Metall alle Mitglieder ausschließen, die auch nur eine Aktie ihres arbeitgebenden Unternehmens halten. Nach h.M. schadet aber die Mitgliedschaft von Gesellschaftern nur, wenn die Bedeutung ihrer Gesellschafterinteressen dominiert<sup>1118</sup>, was regelmäßig der Fall ist, wenn die Einkünfte und Wertveränderung des Geschäftsanteils das Arbeitsentgelt überwiegen. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für Personen- und Kapitalgesellschaften, sondern auch für Vereinsmitgliedschaften. Das sieht zumindest auch ver.di so, denn sonst dürfte sie die Kirchenarbeitnehmer, die zugleich Kirchenmitglied sind, nicht organisieren. Wenn schon die Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft einem Beitritt des VGB entgegenstehen soll, dann müßte dies erst recht für die Kirchenmitgliedschaft im Verhältnis zu ver.di gelten.

---

<sup>1117</sup> Jung, Unabhängigkeit, S. 226.

<sup>1118</sup> Ähnlich: Wiedemann/Oetker, TVG, § 2 Rn. 310.

Hier wie dort muß nur eine materielle Betrachtung stattfinden: Die Gewerkschaftsarbeitnehmer beziehen, anders als die Arbeitnehmer, die zugleich Aktionäre sind, aus der Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft kein Einkommen. Obwohl die Gewerkschaftsarbeitnehmer sich den Idealen der Gewerkschaftsbewegung eng verpflichtet fühlen – sie erbringen ihre Arbeitsleistung um des Entgelts Willens. Anderenfalls läge eine ehrenamtliche Betätigung vor, wofür aber schon angesichts des Abschlusses der Arbeitsverträge keine hinreichenden Anhaltspunkte bestehen. **889**

Im übrigen sind ihre innerverbandlichen Durchsetzungsmöglichkeiten bei der arbeitgebenden Gewerkschaft gering: Bei einem Verhältnis von ca. einem Gewerkschaftsarbeitnehmer pro 500 Vollmitgliedern<sup>1119</sup> wäre der Einfluß auf die Willensbildung in der arbeitgebenden Gewerkschaft selbst ohne Stimmrechtseinschränkungen marginal. **890**

Koalitionsrechtlich betrachtet sind die Arbeitnehmer, die zugleich Mitglieder sind, im Verhältnis zu der arbeitgebenden Gewerkschaft folglich nur Arbeitnehmer. Sie sind im Verhältnis der arbeitgebenden Gewerkschaft zum VGB nicht der Arbeitgeberseite zuzuordnen. Ihre Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft steht der Gegnerfreiheit des VGB also nicht entgegen.

Anders verhielte es sich nur, wenn die Organmitglieder der Entscheidungsorgane in den arbeitgebenden Gewerkschaften bzw. ihren Unternehmen Mitglieder im VGB wären und dort maßgeblichen Einfluß auf die Willensbildung hätten. Bisher hat aber nicht ein einziges Vorstandsmitglied einer DGB-Gewerkschaft eine VGB-Mitgliedschaft beantragt, und zwar weder eine Voll- noch eine Gastmitgliedschaft. Für die leitenden Angestellten der DGB-Gewerkschaften und ihrer Unternehmen ist gleiches zu vermuten. Mitglieder der DGB-Gewerkschaften, die nicht zugleich Arbeitnehmer der DGB-Gewerkschaften sind, können nur Gastmitglieder im VGB werden und auch davon hat – soweit ersichtlich – noch niemand Gebrauch gemacht. **891**

In seinem der GdED (nunmehr: transnet) erstatteten Gutachten kommt *Plander* ebenfalls zu dem Ergebnis, daß die Gegnerunabhängigkeit des VGB nicht infolge personeller Überschneidungen entfällt – allerdings mit einer erstaunlichen Begründung: Zwar könnten die arbeitgebenden Gewerkschaften die angeblichen Loyalitätspflichten ihrer Arbeitnehmer dazu nutzen, die Willensbildung im VGB zu beeinflussen, die GdED (nunmehr: **892**

---

<sup>1119</sup> Zur Zahl der Gewerkschaftsarbeitnehmer und zur Zahl der in DGB-Gewerkschaften organisierten Arbeitnehmer: *Hirn/Scholtys/Sucher*, Manager Magazin 2004, Heft 2, S. 24, 28.

transnet) wolle dies aber nicht – stattdessen sei es die Intention der arbeitgebenden Gewerkschaften, ihre Arbeitnehmer überhaupt an einer Betätigung im und für den VGB zu hindern<sup>1120</sup>. Abgesehen davon, daß es nicht auf den Willen, sondern nur auf das Können der arbeitgebenden Gewerkschaft ankommt, verkennt *Plander*, daß es den arbeitgebenden Gewerkschaften eben daran fehlt: So wenig wie die Parteien, kirchliche Einrichtungen und andere Tendenzunternehmen die Möglichkeit haben, die Teilnahme ihrer Arbeitnehmer an der Willensbildung bei ver.di zu behindern, so wenig kann eine Gewerkschaft ihre Arbeitnehmer an der Mitwirkung beim VGB hindern. Insbesondere können Gewerkschaften ihre Arbeitnehmer nicht wegen VGB-Beitritts abmahnen oder kündigen, o. § 4E.II.2.a.bb., Rn. 714 f.

- 893 Das Arbeitsverhältnis resp. das Aushandeln der Arbeitsbedingungen zwischen der arbeitgebenden Gewerkschaft und ihrem Gewerkschaftsarbeitnehmer bleibt von dem Mitgliedschaftsverhältnis also auf tarifvertraglicher ebenso unbeschadet wie auf individualvertraglicher Ebene<sup>1121</sup>.

## [2] Programmatische Gegnerunabhängigkeit

- 894 Der Unabhängigkeit des VGB steht nicht entgegen, daß er sich gemäß § 4 Abs. 2 seiner Satzung zu allgemeinen Zielen und grundsätzlichen Überzeugungen des DGB und der DGB-Gewerkschaften, z.B. dem Prinzip der Einheitsgewerkschaft, bekennt. Darin liegt keine Harmoniekonzeption, denn sie bezieht sich nicht auf die gegen den VGB und die Gewerkschaftsarbeitnehmer gerichtete Gewerkschaftspolitik. Die Übereinstimmung beschränkt sich auf allgemeinpolitische Ziele, durch die der VGB in seiner Rolle als Tarifpartner der gewerkschaftlichen Arbeitgeber nicht eingeschränkt wird. Ansonsten geriete die Gegnerunabhängigkeit jeder Gewerkschaft in Gefahr, die es grundsätzlich für richtig hält, daß ein Unternehmen ein renditeorientiertes Wachstum anstrebt.

### bb. Überbetrieblichkeit

- 895 Nach neuerer Auffassung ist die fehlende Überbetrieblichkeit keine eigenständige Koalitionsvoraussetzung, sondern ein Indiz für die Gegnerabhängigkeit<sup>1122</sup>. Wenn eine Gewerkschaft faktisch auf ein Unternehmen oder einen Konzern zugeschnitten ist, kann dies die Gegnerabhängigkeit

<sup>1120</sup> *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 31.

<sup>1121</sup> *Oetker*, AP Nr. 87 zu Art 9 GG, zu 3.b.

<sup>1122</sup> *Franzen*, RdA 2001, 1, 6; ErfK/*Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 25.

indizieren<sup>1123</sup>, weil infolge der fehlenden „Überbetrieblichkeit“ Kündigungen und Umstrukturierungen des Arbeitgebers auf die Existenz der Betriebsgewerkschaft durchschlagen und so dem Arbeitgeber einen nicht unmaßgeblichen Einfluß verschaffen<sup>1124</sup>. Anders als in der schon von ihrer Konstruktion her auf Kooperation und Abhängigkeit angelegten Betriebsverfassung ist in einer antagonistischen Ausgleichsordnung eine solche Existenzabhängigkeit nicht geduldet.

In einem Aufsatz mit dem Titel „Verbands-, Tarif- und Gerichtspluralismus“ lobte *Hanau*<sup>1125</sup> 2003 die restriktive Interpretation der Tariffähigkeitsvoraussetzungen durch das BAG und verteidigte dessen Bemühen, „Ordnung durch Beschränkung der Vielfalt“ zu schaffen, gegen den Vorwurf, das BAG passe sich den Interessen des DGB an. Zum Beleg verwies er auf das VGB-Urteil vom 17.2.1998: Obwohl es sich um einen „von der Führung des DGB ganz unerwünschten“ Verband handele, habe das BAG in diesem Fall die Koalitionseigenschaft des VGB bejaht und das auch noch, ohne näher die Überbetrieblichkeit des VGB geprüft zu haben. Erstaunlich war dies tatsächlich, da die damals wohl noch h.M.<sup>1126</sup> die Überbetrieblichkeit verlangte und sich das BAG nie ausdrücklich davon distanziert hatte.

Den Anlaß zur näheren Prüfung sah *Hanau* offenbar darin, daß der VGB in den §§ 5, 4 Abs. 3 seiner Satzung<sup>1127</sup> die Verbandsaufgaben auf die Beschäftigten des DGB und der DGB-Mitgliedgewerkschaften einschränkt. Auch wenn man die Überbetrieblichkeit entgegen ihrem Wortsinn als monokonzernbezogene Betätigung auffaßt<sup>1128</sup>, hindert dies die Koalitionseigenschaft resp. Tariffähigkeit des VGB nicht: Die DGB-Gewerkschaften sind kein Konzern, sondern mehrere eigenständige Konzerne. Zudem könnte der VGB seine Organisationszuständigkeit auch auf konkur-

<sup>1123</sup> *Franzen*, RdA 2001, 1, 6; für die vollständige Aufgabe dieses Kriteriums *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rdnr. 27 ff.; *Wiedemann/Oetker*, TVG, § 2 Rn. 347 f.; *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1870.

<sup>1124</sup> *Rieble*, FS *Wiedemann*, S. 519, 533; ebenso: LAG Rheinland-Pfalz vom 22.6.2004 – 11 Sa 2096/03, n.v., S. 19; *Höfling*, RdA 1999, 182, 184; a.A. *Stelling*, NZA 1998 920, 924.

<sup>1125</sup> *Hanau*, NZA 2003, 128, 129.

<sup>1126</sup> BVerfG (Kammer) vom 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, zu C.2.b)bb), AP Nr. 1 zu Art. 9 GG; st. Rspr. seit BAG vom 15.11.1963 – 1 ABR 5/63, AP Nr. 14 zu § 2 TVG, zuletzt: BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit m. zust. Anm. *Buchner*; *Hueck/Nipperdey*, II/I, S. 98 ff.; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, § 8 III.7; aktuell: *Kempfen*, FS 50 Jahre BAG, S. 733, 734 f.; a.A.: *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 52 m.w.N.; *Stelling*, NZA 1998, 920.

<sup>1127</sup> Satzung des VGB vom 9.4.1994.

<sup>1128</sup> *Stelling*, NZA 1998, 920, 921; *F. Müller*, Gewerkschaftsbegriff, S. 48; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, § 8 III 7.

rierende Koalitionen, z.B. die christlichen Gewerkschaften, ausweiten. Der tatsächliche Schwerpunkt der organisierten Mitglieder bleibt dadurch aber zunächst unberührt, so daß ein Defizit an Überbetrieblichkeit als Indiztatsache und Teilaspekt der Gegnerunabhängigkeit zu berücksichtigen sein kann<sup>1129</sup>.

#### d. Voraussetzungen der Tariffähigkeit

- 898 Um normativ wirkende Tarifverträge schließen und um streiken zu können, müßte der VGB allerdings tarifwillig und tariffähig sein. Tariffähig ist der VGB nur, wenn er eine sozial mächtige Koalition ist, d.h. über Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler verfügt und ihm eine gewisse aufgabenbezogene Leistungsfähigkeit der Organisation eignet. Gerechtfertigt sind diese Anforderungen, weil die Tarifautonomie eine Gegenmachtbildung auf Arbeitnehmerseite voraussetzt, um die Schwäche der Arbeitnehmer bei der Verhandlung ihrer Arbeitsverträge zu kompensieren. Ansonsten wäre spezifische Richtigkeitsgewähr nicht vorhanden und eine umfassende Inhaltskontrolle müßte an ihre Stelle treten<sup>1130</sup>. Zutreffend faßt *Buchner* die Rechtsprechung dahingehend zusammen, daß einzelnen Verbänden ein Funktionsverlust zugemutet wird, um die Funktionsfähigkeit der tariflichen Ordnung und damit der Tarifautonomie zu sichern<sup>1131</sup>.

#### aa. Tarifwillig

- 899 Die Koalition muß tarifwillig sein, d.h. es muß zu ihren satzungsmäßigen Aufgaben gehören, Tarifverträge zu schließen, ohne daß bestimmte Sachbereiche der Tarifmacht ausgeklammert werden dürften<sup>1132</sup>. Der VGB strebt ausdrücklich den Abschluß von Tarifverträgen an, ohne sich auf bestimmte Sachmaterien zu beschränken. Er wäre aber nicht gehindert, sich deklaratorisch auf Arbeitsbedingungen zu beschränken, welche § 1 TVG, begrenzt durch den Tendenzschutz, u. § 5C.II.1.b, Rn. 1062 ff., in seine Tarifmacht stellt.

<sup>1129</sup> *Höfling*, RdA 1999, 182, 184; *Franzen*, RdA 2001, 1, 6; ihnen folgend: LAG Rheinland-Pfalz vom 22.6.2004 – 11 Sa 2096/03, AP Nr. 169 zu GG Art. 9 Arbeitskampf; einschränkend: ErfKomm/*Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 25. So bereits: *A. Hueck*, Tarifvertrag, S. 30; *Sinzheimer*, Grundzüge 71; *Goerrig*, AR 1927, 945.

<sup>1130</sup> *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 35 m.w.N.

<sup>1131</sup> *Buchner*, 2003, 2121, 2128.

<sup>1132</sup> BAG vom 10.9.1985 – 1 ABR 32/83, NZA 1986, 332; zuletzt: BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit; ErfKomm/*Franzen*, § 2 TVG Rn. 9.

Entgegen der früheren BAG-Rechtsprechung ist die Arbeitskampfbereitschaft keine notwendige Bedingung für die Tariffähigkeit einer Koalition<sup>1133</sup>. Wirtschaftsfriedliche Berufsverbände könnten auch mit anderen Mitteln als dem Streik ihre Ziele durchsetzen. Der VGB wäre also nicht gehindert, auf Streiks gegen die arbeitgebenden Gewerkschaften vorläufig zu verzichten – insbesondere, um möglichen tendenzbedingten Restriktionen im Arbeitskampfrecht zu entgehen. Anhaltspunkte für eine fehlende Arbeitskampfwilligkeit des VGB sind nicht ersichtlich.

## bb. Mächtigkeit

### [1] Maßstab

Der VGB müßte über genügend Durchsetzungskraft verfügen, um sicherzustellen, daß der soziale Gegenspieler seine Verhandlungsangebote nicht übergehen kann. Ein angemessener, sozial befriedender Interessenausgleich kann nach h.M. nur zustande kommen, wenn die Arbeitnehmervereinigung zumindest so viel Druck auszuüben vermag, daß sich die Arbeitgeberseite veranlaßt sieht, sich auf Verhandlungen über eine tarifliche Regelung von Arbeitsbedingungen einzulassen. Die Arbeitnehmervereinigung müsse nämlich von ihrem sozialen Gegenspieler ernst genommen werden, so daß die Arbeitsbedingungen nicht einseitig von der Arbeitgeberseite festgelegt, sondern tatsächlich ausgehandelt würden<sup>1134</sup>.

Ein metallverarbeitendes Unternehmen bzw. ein entsprechender Arbeitgeberverband könnte trotz der erwiesenen Kampfkraft eine Aufforderung der IG Metall ignorieren – beispielsweise, weil er beschlossen hat, nur noch mit der CGM zu verhandeln. Nähme man diese Formulierung ernst, so könnte die Arbeitgeberseite sich durch ihre Verweigerungshaltung schützen, denn damit bewiese sie, daß die Koalition nicht tariffähig ist und deswegen auch nicht streiken darf. Daher kann dem VGB die Tariffähigkeit nicht allein deshalb abgesprochen werden, weil die DGB-Gewerkschaften bisher nicht mit dem VGB verhandeln. Auch das BAG betont, daß die Durchsetzungsfähigkeit aufgrund aller Einzelfallumstände festgestellt werden muß<sup>1135</sup>.

<sup>1133</sup> BVerfG (Senat) vom 6.5.1964 – BvR 79/62, AP Nr. 15 zu § 2 TVG; BAG vom 9.7.1968 – 1 ABR 2/67, AP Nr. 25 zu § 2 TVG; BAG vom 21.11.1975 – 1 ABR 12/75, AP Nr. 6 zu § 118 BetrVG 1972.

<sup>1134</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu 2.e)aa), AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit m.w.N. (UFO); BAG vom 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 (CGM).

<sup>1135</sup> BAG, a.a.O. (CGM).

## [2] Abschluß von Tarifverträgen als Indiz

- 903 Die Durchsetzungskraft kann durch den bisherigen Abschluß von Tarifverträgen indiziert sein, insbesondere wenn es sich nicht bloß um Anerkennungstarifverträge handelt<sup>1136</sup>. Der Abschluß einer Vielzahl von Tarifverträgen, darunter auch originäre, war ein maßgebliches Indiz für die Tariffähigkeit der CGM, weil es sich dabei um eine spezifisch koalitionsmäßige Betätigung handelt, die für die Attraktivität der Koalition wesentlich ist<sup>1137</sup>. Der VGB hat noch keine Tarifverträge abgeschlossen. Es wäre ein unzulässiger Umkehrschluß, daraus ein Gegenindiz abzuleiten: Der Abschluß von Tarifverträgen ist die Folge der Tariffähigkeit und nicht ihre Voraussetzung<sup>1138</sup>. Dem hat sich das BAG im CGM-Beschluß angeschlossen, indem es für solche Fälle fordert, die Durchsetzungskraft und Mächtigkeit prognostisch zu beurteilen.

## [3] Fähigkeit, empfindlichen Druck auszuüben

- 904 Für die gemäß dem BAG anzustellende Prognose sieht das insbesondere die Organisationsstärke sowie ggf. die Fähigkeit an, durch Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen Druck auszuüben<sup>1139</sup>. Daß auch trotz kleiner Mitgliederzahl empfindlicher Druck auf den sozialen Gegenspieler ausgeübt werden kann, ist bereits seit längerem für sog. Funktionseliten in Sparten-gewerkschaften anerkannt<sup>1140</sup>.

<sup>1136</sup> BAG vom 25.11.1986 – 1 ABR 22/85, zu B.II.3.d), AP Nr. 36 zu § 2 TVG; BAG vom 16.1.1990 – 1 ABR 10/89, zu B.II.2., AP Nr. 39 zu § 2 TVG; BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu 2.e)aa), AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit m.w.N.

<sup>1137</sup> So zu den ca. 3.000 Anschlußtarifverträgen und 550 eigenständigen Tarifverträgen der CGM: BAG vom 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, zu III.3.b)bb)(1), NZA 2006, 1112 (CGM) sowie die Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg vom 1.10.2004 – 4 TaBV 1/04, zu B.II.2.a)bb)(3) und B.II.2.b)aa)(1), NZA-RR 2005, 85.

<sup>1138</sup> Rieble, FS Wiedemann, S. 519, 534; ders., BB 2004, 885, 888; ErfKomm/Franzen, § 2 TVG Rn. 12.

<sup>1139</sup> So schon BAG vom 6.6.2000 – 1 ABR 10/99, zu B.II.2b aa, AP Nr. 55 zu § 2 TVG und numehr: BAG vom 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, zu III.3.b) aa), NZA 2006, 1112 (CGM).

<sup>1140</sup> St. Rspr. seit: BAG vom 9.7.1968 – 1 ABR 2/67, zu 2., AP Nr. 25 zu § 2 TVG; insbes. BAG vom 14.3.1978 – 1 ABR 2/76, zu IV.2, AP Nr. 30 zu § 2 TVG; zuletzt: BAG vom 6.6.2000 – 1 ABR 10/99, zu B II 2b aa (1), AP Nr. 55 zu § 2 TVG und besonders hervorhebend: BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu 2.e)bb)(1), NZA 2005, 697 (UFO); ähnlich: BVerfG (Senat) vom 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, zu B.I.3.b), a.a.O.

### i. Relativität des Organisationsgrades

Zutreffend kommt es weder auf absolute Zahlen oder eine abstrakte Stärke an. Maßgeblich ist vielmehr die relative Stärke in dem Bereich, für den die Koalition die Tarifzuständigkeit beansprucht und Tarifverträge anstrebt<sup>1141</sup>. Primär kommt es also auf den Geltungsbereich des angestrebten Tarifvertrags an und hilfweise auf Tarifzuständigkeit. Wollte man auf den Organisationbereich abstellen, zwänge dies die Koalitionen zu einer Beschränkung auf bestimmte Regionen, Berufe und Arbeitgeber – das aber würde ihr dort den Markteintritt stark erschweren, denn sie könnte dort, wenn überhaupt, nur für eine OT-Mitgliedschaft werben. Das BAG stellt zwar dennoch auf den Organisations- resp. Zuständigkeitsbereich ab, läßt aber die Stärke in einem nicht unbedeutenden Teil dieses Bereichs genügen, um die Tariffähigkeit insgesamt zu begründen<sup>1142</sup>. Danach können schon 2 % Organisationsgrad im Durchschnitt ausreichen, wenn der Organisationsgrad in einzelnen Bereichen höher ist. Das LAG Baden-Württemberg wiederum meint, der erforderliche Organisationsgrad hänge auch davon ab, wie geschickt die Koalition diesen zu nutzen weiß, um sich gegenüber dem sozialen Gegenspieler zu behaupten, tarifpolitische Vorstellungen zu entwickeln und diese in Tarifverhandlungen der Arbeitgeberseite zu vermitteln<sup>1143</sup>.

Für den VGB bedeutet dies zunächst, daß die geringe absolute Mitgliederzahl allenfalls mittelbar für die Leistungsfähigkeit relevant ist, nicht aber für die Durchsetzungsfähigkeit. Auch schadet es nicht, daß der Organisationsbereich „Gewerkschaften, ihre Dachorganisationen, ihre gewerkschaftseigenen Einrichtungen und Gesellschaften einschließlich der Einrichtungen des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes“ umfaßt und damit Bereiche, in denen der VGB bisher schwach vertreten ist.

Bei ca. 11.000 Arbeitnehmern in dem genannten Organisationsbereich organisiert der VGB derzeit vermutlich ca. 600 Mitglieder, so daß der durchschnittliche Organisationsgrad mehr als 5 % beträgt. Wenn sich die Mitglieder aber, was in einem Prozeß der näheren Darlegung bedürfte, auf bestimmte Unternehmen konzentrieren, erreicht der VGB dort eine hohe

<sup>1141</sup> Löwisch/Rieble, TVG, § 2 Rn. 45; ähnlich, aber auf den „räumlichen und fachlichen Organisationsbereich“ aufbauend: BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu 2.e)aa), AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit (UFO); BAG vom 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, zu III.3.a) NZA 2006, 1112 (CGM); a.A. die Vorinstanz LAG Baden-Württemberg vom 1.10.2004 – 4 TaBV 1/04, zu B.II.2.b)bb)(4), NZA-RR 2005, 85 m.w.N. zur früheren h.M.

<sup>1142</sup> BAG vom 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, a.a.O. (CGM); ähnlich bereits: BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu 2.e)aa), AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

<sup>1143</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu b)bb)(3), AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit (UFO).

Durchsetzungsfähigkeit. Nimmt man beispielsweise an, daß 80 % der Mitglieder Arbeitnehmer der DGB Rechtsschutz GmbH sind, so erreicht sie mit den dort beschäftigten ca. 800 Arbeitnehmern einen Organisationsgrad von 50 %. Die DGB-Rechtsschutz GmbH ist in diesem Beispiel weder von ihrer Funktion noch von der Anzahl der dort beschäftigten Arbeitnehmer (7,27 %) her ein nur unbedeutender Teil des Organisationsbereichs. Nicht anders verhielte es sich, wenn der VGB seinen Schwerpunkt bei der IG Metall hätte und dort 50 % der Arbeitnehmer organisierte. In dem UFO-Beschluß ließ das BAG sogar bereits ein Organisationsgrad von 32 % im Zuständigkeitsbereich ausreichen<sup>1144</sup>. Bei der CGM hat das BAG aus dem durchschnittlichen Organisationsgrad im Zuständigkeitsbereich von 1,6 % zwar bezweifelt, ob dies für sich eine hinreichende Mächtigkeit indizieren könnte. Es hat aber dies aber nicht ausgeschlossen, sondern nur dahinstehen lassen<sup>1145</sup>.

## ii. Funktionseliten

- 908 Es bleibt dann die Frage, ob den Umständen dieses Einzelfalls ein derartiger Organisationsbereich genügt. Der VGB ist keine Spartengewerkschaft. Das wäre er, wenn er nur die Rechtsschutzsekretäre oder nur die Tarifsekretäre oder nur die Sekretärsebene überhaupt organisieren würde. Gleichwohl ist seiner Historie nach zu vermuten, daß der Organisationschwerpunkt funktionsbezogen bei den Rechtsschutzsekretären liegt. Darauf deuten auch die Funktionen der VGB-Vertrauensleute hin. Je höher der Anteil der Rechtssekretäre ist, desto höher wird die Durchsetzungsfähigkeit anzusehen sein, wenn es sich bei ihnen um die erwähnten Spezialisten resp. Arbeitnehmer in Schlüsselstellungen handelt.
- 909 Das BAG hat dies für Flugbegleiter entschieden<sup>1146</sup>; *Löwisch/Rieble*<sup>1147</sup> zählen beispielhaft Piloten, Fluglotsen, Lokführer, Ärzte, leitende Angestellte und Fußballspieler sowie, mit Einschränkung, Akademiker, Croupiers und EDV-Spezialisten/IT-Kräfte auf. Hingegen fehlt es an einer Definition, die über die Umschreibung des BAG hinausgeht, es handele sich bei den Mitgliedern um Spezialisten in Schlüsselstellungen, die von der Arbeitgeberseite im Falle eines Arbeitskampfes kurzfristig überhaupt nicht oder nur schwer ersetzt werden können. Je mehr Angehörige solcher Berufe bei Zeitarbeitsfirmen beschäftigt sind oder aus dem europäischen

<sup>1144</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu 2.e)bb)(1), AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit (UFO).

<sup>1145</sup> BAG vom 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, zu III.4.b)aa), NZA 2006, 1112 (CGM).

<sup>1146</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu 2.e) aa), AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit (UFO).

<sup>1147</sup> *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 34.

Ausland geholt werden können, desto leichter ersetzbar werden Funktionseleiten. Für Gewerkschaftssekretäre dürften solche Quellen allerdings wenig ergiebig sein. Rechts- und Tarifsekretäre sind von der Qualifikation her allenfalls durch Anwälte resp. Fachanwälte für Arbeitsrecht ersetzbar, und das auch nur bedingt. Sie sind Tendenzträger, was sie grundsätzlich von Anwälten als Organen der Rechtspflege unterscheidet.

Im übrigen setzt ihre Tätigkeit Erfahrung und Einfühlung in die gewerkschaftliche Arbeit voraus. Noch gewichtiger ist, daß teilweise persönliches Vertrauen oder gewachsene Beziehungen erforderlich sind. Es würde großes Erstaunen bei einer Tarifkommission auslösen, wenn ihre Gewerkschaft ihnen anstelle ihres gewohnten Verhandlungsführers einen Anwalt vorsetzte, der die Tätigkeiten und Verhältnisse in ihren Betrieben nur aus den Akten kennt. Auch bei den Rechtsschutzsekretären ist fraglich, ob und wie schnell sie durch Anwälte ersetzbar wären. Der Druck kann, je nach Streiktaktik, variieren, und der VGB hat auch die Möglichkeit, seine Streiktaktik an der Anzahl und Funktion der Mitglieder und Streikwilligen auszurichten, u. § 5C.II.1.d.dd., Rn. 1099. 910

### iii. Druckpotential einer Gewerkschaftsbeschäftigtengewerkschaft

Dieses Szenario zeigt, daß der VGB erheblichen Druck ausüben könnte. Schon nach der eigenen Ansicht von *Plander*, welche die GdED (nunmehr: transnet) sich zu eigen machte, könnten die Gewerkschaftsbeschäftigten ihre Arbeitgeber wie an Nasenringen durch die Tarifarena ziehen<sup>1148</sup>. *Plander* und die GdED belegen damit, daß sie den VGB für mächtig und sogar übermächtig halten. Anders wäre dies nur, wenn aus dem Tendenzschutz so starke Einschränkungen des Streikrechts folgten, dazu u. § 5C.II.1.d., Rn. 1099 ff., daß sie dem VGB die an sich gegebene Druckfähigkeit nähmen. Dies ist aber nicht der Fall. Wollte man dies anders sehen und dem VGB aus Tendenzschutzgründen die Druckausübung versagen, so dürfte nicht umgekehrt Druckfähigkeit verlangt werden. 911

Bei der Bewertung des streikbezogenen Druckpotentials spielt auch die Arbeitskampfbereitschaft der Mitglieder und der Außenseiter eine Rolle<sup>1149</sup>. Es sind keine Anzeichen dafür ersichtlich, daß die Gewerkschaftsarbeitnehmer die Rechtsauffassung z.B. der GdED (nunmehr: transnet) verinnerlicht hätten, nicht gegen die arbeitgebende Gewerkschaft streiken zu dürfen. Die Gewerkschaftsarbeitnehmer sind, anders als die katholischen Hausgehilfinnen, nicht strukturell arbeitskampfbereit. 912

<sup>1148</sup> *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 37.

<sup>1149</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu 2.e) aa), AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

unwilliger als andere Arbeitnehmer. Im Gegenteil wird man davon ausgehen können, daß die Gewerkschaftsarbeitnehmer – gerade weil sie auf die Tendenz der Gewerkschaften verpflichtet sind – die Funktionstüchtigkeit der Tarifautonomie und des Kollektivverhandlungsmechanismus auch in ihrem Bereich zur Geltung bringen wollen. Ein Tarifsekretär, zu dessen täglicher Arbeit es gehört, Parolen wie „Die Arbeitnehmer brauchen mehr Geld, die Arbeitgeber brauchen mehr Druck!“ zu verbreiten, wird kaum hintan stehen, wenn es um sein eigenes Geld und den Druck auf seinen Arbeitgeber geht. Solange die Arbeitsbedingungen der Gewerkschaftsarbeitnehmer nur durch AAB oder Betriebsvereinbarungen geregelt sind und der Tarifvertrag noch ein Novum ist, liegt es nahe, daß gerade bei den ersten Streiks eine besonders hohe Motivation vorhanden ist.

- 913 Hinzukommt noch ein struktureller Vorteil des VGB: Während Sparten-  
gewerkschaften und andere Gewerkschaften mit den DGB-Gewerkschaften konkurrieren und sich damit das Druckpotential teilt, ist der VGB einer solchen Konkurrenz nicht resp. nur der scheinbaren Konkurrenz durch ver.di ausgesetzt. Diese Monopolstellung fördert auch die Druckfähigkeit des VGB. Dem steht auch nicht entgegen, daß die VGB-Satzung derzeit nicht ausdrücklich die Streikbereitschaft statuiert. Diese ist als Normalfall nicht regelungsbedürftig. Nur wenn der VGB nicht streikbereit wäre, müßte dies in der Satzung zum Ausdruck gebracht werden. Die Streikbereitschaft könnte allerdings leiden, wenn der VGB keine Streikunterstützung zahlt. Zwar ist auch diese Frage in der Satzung nicht geregelt, das BAG hat jedoch betont, daß die Zahlung einer Streikunterstützung keine notwendige Voraussetzung für die Durchsetzungskraft einer Arbeitnehmervereinigung ist<sup>1150</sup>. Die Nichtregelung kann damit auch als Indiz zu werten sein, daß es wegen der besonders hohen Streikbereitschaft keiner Streikunterstützung bedarf. Der VGB hat auch schon durch die Organisation von Demonstrationen gezeigt, daß er die Gewerkschaftsbeschäftigten zu einem organisierten Einsatz führen kann. Im übrigen zahlen auch die DGB-Gewerkschaften den Nichtorganisierten, die mitstreiken und auf deren Streikdruck sie bei einem Organisationsgrad von durchschnittlich knapp über 20 % angewiesen sind, keine Streikunterstützung.
- 914 Für das Druckpotential dürfen andere Druckmittel als der Streik nicht außer Betracht bleiben. Nach zutreffender Ansicht kann es auch zur Durchsetzungsfähigkeit beitragen, wenn es eine Koalition versteht, die

---

<sup>1150</sup> BAG vom 16.11.1982 – 1 ABR 22/78, zu B.III.2.b), AP Nr. 32 zu § 2 TVG; obiter: BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu 2.e) aa), AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

öffentliche Meinung auf ihre Seite zu ziehen<sup>1151</sup>, – und dies umso mehr, je stärker der Arbeitgeber von der öffentlichen Meinung abhängt. Die Öffentlichkeit und auch die Mitglieder der Gewerkschaften sind äußerst sensibel für widersprüchliches Verhalten der Gewerkschaften. Ihre Glaubwürdigkeit ist eine ihrer wichtigsten Ressourcen. Dabei sind die bisherigen Meldungen in Presse und Fernsehen über den Widerspruch von Forderungen gegenüber anderen und eigenem Verhalten wirkungsarm im Vergleich zu einem Streik der Gewerkschaftsbeschäftigten. *Dütz* und *Plander* haben in dem von der GdED (nunmehr: transnet) in Auftrag gegebenen Gutachten selbst behauptet – und die GdED hat sich diese Gutachten zu eigen gemacht –, es sei den Gewerkschaften nicht zuzumuten, durch den VGB in eine öffentliche Auseinandersetzung um die Arbeitsbedingungen ihrer Arbeitnehmer hineingezogen zu werden. Der Ansehensverlust sei zu groß, wenn die Gewerkschaften dastünden wie gewöhnliche Arbeitgeber, die ihre Personalkosten begrenzen wollen.

Dies umso mehr, da die Medien überwiegend gewerkschaftskritisch seien und solche Nachrichten besonders gerne aufgriffen. Wenn die damit beschriebene faktische Wirkungsweise zutrifft, reicht ein geringer direkter Streikdruck: Die Forderungen des VGB werden schon durch den strukturbedingten Öffentlichkeitsdruck für die Gewerkschaften „unübergebar“ resp. bewirken, daß sich die angegangene Gewerkschaft „veranlaßt sieht, sich auf Verhandlungen über eine tarifliche Regelung von Arbeitsbedingungen einzulassen“. Tatsächlich ist es dem VGB bisher schon, also außerhalb von Tarifvertragsverhandlungen, gelungen, regelmäßig in seriösen, auflagenstarken Magazinen (Fokus, Manager Magazin), in anerkannten Tageszeitungen (FAZ) und im Fernsehen (ARD Mittagsmagazin) sowie im Internet seine Standpunkte zu plazieren. Das spricht für die tatsächliche Fähigkeit, das hohe strukturelle Druckpotential auch auszuschöpfen. 915

Unabhängig vom VGB gilt aber für eine Gewerkschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer, daß sie als Monopolgewerkschaft in einer kleinen, sehr streikanfälligen Branche mit tendenziell eher arbeitskampfbereiten Arbeitnehmern eine strukturell gute Chance hat, empfindlichen Druck auszuüben. 916

#### iv. Tarifpolitisches Gewicht

Das LAG Stuttgart hatte im CGM-Verfahren die Wichtigkeit der Fähigkeit, Druck auszuüben, deutlich relativiert, indem es stattdessen die 917

<sup>1151</sup> *Reuß*, RdA 1972, 4, 7; einschränkend: *Bischoff*, S. 186, 191 f. m.w.N.; ähnlich zur Kampfparität: *Spary*, Gegengewichtsprinzip, S. 88 ff.; a.A. *Dütz*, AuR 1976, 65, 81.

Fähigkeit als entscheidend angesehen hat, tarifpolitische Vorstellungen zu entwickeln und diese in Tarifverhandlungen der Arbeitgeberseite zu vermitteln. Die Justitiabilität dieser Fähigkeit und das Verhältnis zur Leistungsfähigkeit sind zweifelhaft. Das LAG hat bei der Subsumtion darauf abgestellt, daß der Abschluß von Tarifverträgen auch im Interesse der Arbeitgeberseite liege, weshalb sich die Durchsetzungsfähigkeit aus dem Geschick ergebe, die sich daraus ergebenden Handlungsspielräume zu nutzen<sup>1152</sup>. Soll dies nicht nur eine Umschreibung für die Zahl bereits abgeschlossener Tarifverträge sein, muß dieses „Geschick“ objektivierbar sein.

- 918 Für den VGB ist relevant, daß die Arbeitgeberseite wegen der Monopolstellung dieses Verbands auf ihn als Verhandlungspartner angewiesen ist. Abgesehen von der Möglichkeit, die Tarifdispositivität gesetzlicher Normen zu nutzen, fällt für die Gewerkschaften als Arbeitgeber dabei besonders die Befriedungsfunktion ins Gewicht. Die AAB und Gesamtbetriebsvereinbarungen sind als Regelungsmodelle für die wesentlichen Arbeitsbedingungen nachhaltig diskreditiert, so daß nur Tarifverträge mit dem VGB die DGB-Gewerkschaften von ihrem Image als „knochenharte Arbeitgeber“ befreien könnten. Gerade diese Gütesiegelfunktion der Tarifverträge war ein wesentlicher Rechtfertigungsgrund für den Gesetzgeber, die bis dahin ebenfalls weitgehend tarifvertragslose Branche der Zeitarbeit durch das umstrittene *equal pay*-Gebot zum Abschluß von Tarifverträgen zu bringen. Schließlich ist noch zu berücksichtigen, daß der VGB es in der Hand hat, in seinen Tarifvertragsangeboten die spezifischen Tendenzschutzbelange der Gewerkschaften zu berücksichtigen und so als Tarifpartner den Gewerkschaften statt zweifelhafter Bezugnahme auf branchenfremde Tarifverträge maßgeschneiderte Regelungen bieten kann.
- 919 Allerdings gehört es seit der Niederlage der GdED (nunmehr: transnet) vor dem BAG zur Strategie des DGB und der DGB-Gewerkschaften, den VGB zu ignorieren. Kann daraus geschlossen werden, die Gewerkschaften könnten sehr wohl die Verhandlungsangebote des VGB übergehen? *Oetker* hat zur Gegnerunabhängigkeit zutreffend herausgestellt, daß es nicht in der Hand des Arbeitgebers liegen kann, durch Ignoranz über den Koalitionsstatus der Arbeitnehmerkoalition zu disponieren<sup>1153</sup>. Gleiches gilt für die Tariffähigkeit: Es kommt nur darauf an, ob ein verständiger Arbeitgeber (-verband) die Verhandlungsangebote mangels Relevanz oder Ernsthaftigkeit übergehen kann.

---

<sup>1152</sup> LAG Baden-Württemberg vom 1.10.2004 – 4 TaBV 1/04, zu B.II.2.b)bb), NZA-RR 2005, 85.

<sup>1153</sup> *Oetker*, AP Nr. 87 zu Art 9 GG, zu II.5.

Wesentlich ist aber auch, ob der VGB eine konkrete Forderung im Sinne eines ausformulierten Tarifwerks vorweisen kann und Tarifkommissionen gebildet hat. 920

#### [4] Besondere Berücksichtigung des Gewerkschaftssektors

*Bischoff*<sup>1154</sup> hat, gestützt auf *Reuß*<sup>1155</sup>, vertreten, in Bereichen, in denen keine Gewerkschaftskonkurrenz herrsche, weil sie von den DGB-Gewerkschaften nicht abgedeckt werden, gelte hinsichtlich der Mächtigkeit nur eine Evidenzkontrolle. Demzufolge sei die Durchsetzungsfähigkeit nur zu verneinen, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände von einer Druckfähigkeit überhaupt nicht die Rede sein kann. Wenn die Durchsetzungsfähigkeit das Prinzip der Einheitsgewerkschaft fördern oder die DGB-Gewerkschaften vor Konkurrenz schützen oder die Übersichtlichkeit des Koalitionswesens gewährleisten resp. Tarifwirrwarr durch eine Vielzahl von Gewerkschaften vermeiden sollte, spräche viel für diese Ansicht. 921

Einzig legitimer Zweck ist aber, die Funktionsfähigkeit des kollektiven Verhandlungsmechanismus zu gewährleisten. Ausnahmen sind nur gerechtfertigt, wenn diese Funktionsfähigkeit anderweitig gesichert ist. Insoweit bestehen aber in tariflosen Branchen keine Unterschiede zu anderen Branchen. Im übrigen läßt die anzustellende Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls ausreichend Möglichkeiten, die Besonderheiten einer Monopolverwerkschaft zu berücksichtigen. So kann systemkonform die Anforderung an den Organisationsgrad sinken, wenn – wie im Falle des VGB oder der Gewerkschaft UFO – andere Faktoren die Mächtigkeit begründen. 922

#### [5] Erklärung fehlender Mächtigkeit

In einem Verfahren, welches die Wahrnehmung der Rechte einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft betraf, hat das BAG es 2006 als zwischen den Beteiligten unstreitig festgestellt, daß der VGB „mangels ausreichender Mächtigkeit nicht tariffähig und damit keine Gewerkschaft im tarifrechtlichen Sinn“ sei<sup>1156</sup>. Eine entsprechende Erklärung des VGB mag aus (prozeß-) taktischen Gründen erfolgt sein. Im Jahr 2007 hat der VGB jedoch Tarifkommissionen gebildet, ver.di zu Tarifverhandlungen aufgefordert und ggf. Warnstreiks angekündigt. Er nimmt also die Tariffähigkeit für sich in Anspruch. Die Rechtskraft des BAG-Urteils steht dem nicht entgegen. Das BAG hat ausdrücklich darauf hingewiesen, nur deshalb nicht das Verfahren ausgesetzt und kein Beschlußverfahren gem. § 97 923

<sup>1154</sup> *Bischoff*, Gewerkschaft, S. 193 f.

<sup>1155</sup> *Reuß*, RdA 1972, 4, 7.

<sup>1156</sup> BAG vom 19.9.2006 – 1 ABR 53/05, zu A., NZA 2007, 518.

Abs. 5 ArbGG eingeleitet zu haben, weil zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung die Mächtigkeit vom VGB nicht behauptet wurde<sup>1157</sup>. Damit kann der VGB jederzeit selbst ein Verfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG zur Feststellung der eigenen Tariffähigkeit einleiten.

### cc. Leistungsfähigkeit

- 924 Darüber fordert das BAG die Leistungsfähigkeit, d.h. die Koalition müsse von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die Mitglieder zu betreuen, Tarifforderungen zu entwickeln, Verhandlungen zu führen, das Verhandlungsergebnis verbandsintern zu vermitteln und die Durchführung von Tarifverträgen zu überwachen und abzusichern. Wie im UFO-Beschluß ausgeführt, gibt es dafür keine starren Mindestanforderungen; vielmehr kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an<sup>1158</sup>. Das BAG hat bei diesem Tatbestandsmerkmal seit langem die Relativität anerkannt: Je breiter der räumliche und fachliche Zuständigkeitsbereich, desto höher sind die Anforderungen an die organisatorische Ausstattung<sup>1159</sup>. Wie *Rieble* zu Recht aufgezeigt hat, dürfen aber nur die „absoluten Mindestanforderungen“ gestellt werden, da ansonsten in die Organisationsautonomie eingegriffen wird<sup>1160</sup>. Zutreffend hat sich das BAG daher im UFO-Beschluß bei einer Konzentration auf eine Berufsgruppe mit wenigen räumlichen Schwerpunkten darauf zurückgezogen, es könne auch ein relativ kleiner, zentralisierter Apparat ausreichen<sup>1161</sup>. Es sei auch nicht von vornherein ausgeschlossen, eine leistungsfähige Organisation auf der Grundlage ehrenamtlicher Mitarbeit aufzubauen.
- 925 Der VGB hat nur eine vergleichsweise kleine Zahl an Mitgliedern zu betreuen; bei 500 bis 1.000 Mitgliedern und dem Einsatz entsprechender Software kann die administrative Seite von einem Ehrenamtler geleistet werden. Sowohl die Rechtsstellen der DGB Rechtsschutz GmbH als auch die Orts- und Bezirksverwaltungen der Gewerkschaften erstrecken sich über eine Vielzahl von Groß-, aber auch Mittelstädten im Bundesgebiet. Insofern kann zwar nicht von wenigen räumlichen Schwerpunkten die Rede sein, aber auch hier gilt, daß die modernen Kommunikationsmittel räumliche Präsenz ersetzen können. Die Mitglieder des VGB sind zudem schon durch ihre Tätigkeit gewerkschaftserfahren und können ihrerseits

<sup>1157</sup> BAG vom 19.9.2006 – 1 ABR 53/05, zu B.III, NZA 2007, 518, 520.

<sup>1158</sup> BAG vom 6.6.2000 – 1 ABR 10/99, zu B.II.2.b)bb), AP Nr. 55 zu § 2 TVG m.w.N.; BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu 2.e), AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

<sup>1159</sup> BAG vom 16.1.1990 – 1 ABR 10/89, zu B.IV.3., AP Nr. 39 zu § 2 TVG.

<sup>1160</sup> *Rieble*, BB 2004, 885, 890.

<sup>1161</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, zu 2.e), AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

als Vertrauensleute im Betrieb den anderen Arbeitnehmern als Ansprechpartner zur Verfügung stehen.

Der VGB unterhält außerdem eine Homepage mit umfassenden Informationsmaterial (<http://www.dervgb.de>), so daß er in der Lage ist, seine Mitglieder zu erreichen. Über einen solchen Internetauftritt können Umfragen unter den Mitgliedern durchgeführt, Diskussionsforen für interessierte Gewerkschaftsarbeitnehmer angeboten und sog. „chats“ veranstaltet werden, d.h. Mitglieder des VGB-Vorstands oder von ihnen eingeladene Experten können *online* Fragen beantworten. Das erfüllt die Mindestanforderungen an die inhaltliche Betreuung der Mitglieder, an die Stoffsammlung zur Vorbereitung von Tarifforderungen und die Information der Mitglieder über relevante Ereignisse und die Erläuterung und Bekanntgabe von Tarifvertragsabschlüssen. Eine lediglich virtuelle Präsenz reicht aber nicht bei Streiks. Hierfür muß der VGB örtliche Streikleiter aufbieten können. Zudem muß Material, z.B. mit dem Verbandslogo bedruckte Überwürfe, Fahnen, Trillerpfeifen usw., vorgehalten werden. 926

Soweit das BAG gefordert hat, die „wirtschaftlichen Entwicklungen und sonstigen Rahmenbedingungen“ seien „zu beobachten und zu prognostizieren, um daraus die Tarifforderungen zu entwickeln“, können gleichfalls keine hohen Anforderungen gestellt werden. Die für Tarifverträge im Gewerkschaftssektor erforderlichen Grunddaten können aus Tageszeitungen oder dem Internet gewonnen werden; außerdem werden sie vielen Gewerkschaftsarbeitnehmern von Berufs wegen bekannt sein. 927

Vorausgesetzt wird ferner eine finanzielle Mindestausstattung, ohne daß erkennbar wäre, für welchen Zweck die Koalition Mittel vorhalten muß. Zu Recht hat das BAG<sup>1162</sup> die Forderung von *Kempen*<sup>1163</sup> zurückgewiesen, die Koalition müsse für den Fall der Rechtswidrigkeit des von ihr geführten Streiks in der Lage sein, dem Arbeitgeber Schadensersatz zu leisten. Der VGB erhebt bei Vollmitgliedern einen monatlichen Beitrag und konnte seine Ausgaben aus den Einnahmen vollständig finanzieren. Die Höhe seiner Überschüsse und Rücklagen ist unbekannt. 928

#### **e. Organisationsautonomie einer Gewerkschaftsarbeitnehmerkoalition**

Eine Gewerkschaftsarbeitnehmerkoalition genießt ebenso wie andere Koalitionen die verfassungsrechtlich geschützte Organisationsautonomie. Soweit sie demokratisch organisiert ist, darf sie demnach ihre Organi- 929

---

<sup>1162</sup> BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, a.a.O.

<sup>1163</sup> *Kempen*, FS 50 Jahre BAG, S. 733, 748 f.

sation den praktischen Bedürfnissen und Sachzwängen anpassen, um im Koalitionenwettbewerb erfolgreich zu bestehen.

### aa. Organisationsbereich

#### [1] Tarifpartner weiterer Koalitionen

- 930 Der VGB kann seine Zuständigkeit auch auf Gewerkschaften und Koalitionen ausweiten, die nicht zum DGB-Verbund gehören und zu diesem in Konkurrenz stehen. Daß eine Gewerkschaft gegenüber den Wettbewerbern innerhalb einer Branche als Tarifpartner auftritt und für sie einen einheitlichen Tarifvertrag anstrebt, entspricht dem überkommenen Industrieverbandsprinzip. Dafür spricht auch, daß aus Sicht der Arbeitnehmer christlicher Gewerkschaften, der KOMBA, des Marburger Bundes, der Vereinigung Cockpit, der UFO, der GDL, der ULA und anderer Koalitionen, die Beschränkung des VGB auf den DGB-Verbund wie ein Vorenthalten von Organisationsmacht wirkt. Darin könnte sich *Löwischs* Befürchtung realisieren, daß durch eine Zweiteilung der Arbeitnehmerschaft einer bestimmten Branche das Funktionieren des Tarifvertragssystems aus den Angeln gehoben würde<sup>1164</sup>.
- 931 Als Sanktion für das Vorenthalten der Organisationsmacht die Tariffähigkeit infolge fehlender Verwirklichung des Überbetrieblichkeitsgebots zu entziehen<sup>1165</sup>, erscheint funktionswidrig. Die Überbetrieblichkeit als Indiz für fehlende Gegnerunabhängigkeit schützt die Mitglieder und gerade nicht die nicht-Mitglieder. Ob stattdessen ein Aufnahmeanspruch besteht, kann dahingestellt bleiben. Dieser bestünde nicht, da ein Sachgrund für die Beschränkung des Organisationsbereichs besteht, welcher von der Organisationsautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG geschützt ist: Zum einen führt ein zu weit gefaßter Organisationsbereich zu Nachteilen bei der Bewertung der Mächtigkeit und Leistungsfähigkeit, so daß zunächst eine Konzentration auf den DGB-Verbund zulässig sein muß.
- 932 Zum anderen ist das Industrieverbandsprinzip kein Rechtsprinzip. Gerade bei Tendenzunternehmen kann es für eine Gewerkschaft naheliegen, nicht Arbeitnehmer entgegengesetzter Tendenzen zu organisieren. So kann auch der VGB den Arbeitnehmern der christlichen und anderen Gewerkschaften sein Organisationpotential vorenthalten, um gegenüber den Arbeitnehmern des DGB-Verbunds glaubwürdig das Bekenntnis zur Einheitsgewerkschaft abzugeben. Andererseits wäre der VGB gezwungen, Mitglieder aufzunehmen, die sich gegenseitig Spalterei vorwerfen und

---

<sup>1164</sup> *Löwisch*, ZfA 1970, 295, 315.

<sup>1165</sup> *Löwisch*, a.a.O.

deren Organisation nicht bloß in einer wettbewerblichen Auseinandersetzung stehen, sondern gegenläufige koalitionspolitische Bestimmungen vertreten.

## **[2] Gewerkschaft für Arbeitgeberverbandsangestellte**

Der VGB könnte seinen Organisationsbereich auf die Arbeitnehmer der Arbeitgeberverbände ausweiten. Da diese Verbände gegenüber dem DGB gegnerische Koalitionen sind, ist ver.di ihnen gegenüber nach der hier vertretenen Auffassung nicht gegnerunabhängig und kann somit deren Arbeitnehmer nicht als Koalition organisieren. Für den VGB entfällt dieses Problem. Vielfach werden bei den Arbeitgeberverbänden ähnliche Tätigkeiten ausgeübt wie auf Gewerkschaftsseite. Z.B. wäre ein vom VGB entwickeltes analytisches Arbeitsbewertungsverfahren ebenso wie tendenzschützende Sonderbestimmungen auf beide anwendbar. 933

Würden die Arbeitgeberverbandsangestellten in den Organisationsbereich mit einbezogen, könnte der VGB einen Tarifvertrag anstreben, der für beide Seiten gilt. Sollten die arbeitgebenden Gewerkschaften oder die Arbeitgeberverbände ihren Arbeitnehmern aus personalpolitischen Gründen ein höheres Entgelt zahlen wollen, bliebe die Möglichkeit unberührt, dies im Wege übertariflicher Zulagen zu erreichen. 934

Letztlich steht aber die programmatische Nähe des VGB zum DGB einer solchen Ausweitung entgegen. Es kann auch nicht sichergestellt werden, daß nicht die Arbeitgeberverbandsangestellten die Gewerkschaftsarbeitnehmer majorisieren und der VGB dann gegenüber dem DGB-Verband tendenzfeindlich wird.

### **bb. Organisationsprinzip**

Will eine Koalition alle Gewerkschafts- und Koalitionsbeschäftigten organisieren, ist damit zugleich die Entscheidung für das auch dem DGB zugrunde liegende Industrieverbandsprinzip gefallen. Richtungs- und Berufsgruppenverbände könnten zwar auch Gewerkschaftsarbeitnehmer aufnehmen, wären aber auch den Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber geöffnet. Diese Organisationsprinzipien eignen sich damit nicht für eine Gewerkschaftsarbeitnehmergewerkschaft. 935

Der Begriff „Industrieverbandsprinzip“ scheint zwar unpassend zu sein, weil der Gewerkschaftssektor keine Industrie im klassischen Sinne wie etwa die Metallverarbeitung ist. Derartige Bedenken sind aber unberechtigt. Auch wenn die DGB-Gewerkschaften transnet, ver.di, GdP und GEW in ihrem Namen nicht die Bezeichnung „IG“ führen, sind sie nach dem Industrieverbandsprinzip organisiert. Sie müssen es sein, weil die DGB-Satzung dieses Prinzip für verbindlich erklärt – deshalb konnte die DAG auch nicht dem DGB beitreten. Sie sind es, weil der Begriff 936

Industrieverbandsprinzip nur bedeutet, daß der Organisationsbereich der Branchenzugehörigkeit der Arbeitgeber folgt. In diesem Sinne sind auch die Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände und Koalitionen eine „Industrie“. Das sieht ver.di nicht anders: Diese Arbeitgeber sind bei ver.di zu dem Fachbereich „Die Besonderen“ zusammengefaßt.

### **cc. Organisationsgliederung**

- 937 Es steht einer Gewerkschaftsarbeitnehmerkoalition frei, ungegliedert zu bestehen oder sich vertikal und/oder horizontal zu untergliedern. Sie kann durch regionale Abgrenzung Bezirke schaffen und damit vertikale Ebenen ausbilden. Sinnvoll ist der damit verbundene organisatorische Aufwand aber nur, wenn ansonsten kein hinreichend enger Kontakt zwischen den Organen der Bundesorganisation und den Mitgliedern sich halten läßt oder wenn ein besonderes regionales Zusammengehörigkeitsgefühl und Abgrenzungsbedürfnis der Mitglieder besteht. Bei einem Organisationspotential von 10.000 bis 20.000 Arbeitnehmern und den modernen Kommunikations- und Reisemöglichkeiten scheint ein solches Untergliederungsbedürfnis nicht zu bestehen. Auch der VGB hat bisher keine Bezirke gebildet.
- 938 Eine horizontale Gliederung ist hingegen naheliegend, weil die DGB-Gewerkschaften unterschiedliche Eigenarten herausgebildet haben, die wiederum ihren Organisationsbereichen geschuldet sind. Die Organisation und Betreuung der ver.di-Arbeitnehmer kann z.B. von derjenigen der IG Metall-Arbeitnehmer differenzieren. Während die IG Metall und die IG BCE traditionell aufgrund der Mitgliederstärke und der hohen Entgelte ihrer Mitglieder zu den finanziell gut ausgestatteten Gewerkschaften zählen und damit auch in der Lage sind, ihre Angestellten vergleichsweise gut zu bezahlen, schlägt das wirtschaftlich schwächere Potential anderer Gewerkschaften auch auf die Arbeitsbedingungen ihrer Arbeitnehmer durch. Ferner machen die Gewerkschaften in unterschiedlichem Ausmaß von ihrem Tendenzschutz Gebrauch. Während sich z.B. die IG Metall noch stark an zentralistisch-autoritären Gewerkschaftsstrukturen orientiert, hat ver.di im betriebsverfassungsrechtlichen Bereich teilweise auf den Tendenzschutz verzichtet und sogar die Rechte der betriebsverfassungsrechtlichen Organe gegenüber dem Normalstandard erweitert. Wegen der stark ausgeprägten Identifikation der Gewerkschaftsarbeitnehmer mit ihren arbeitgebenden Gewerkschaften und der teilweise bestehenden Konkurrenz unter den DGB-Gewerkschaften als „feindlichen Brüdern“ mag daher eine horizontale Gliederung nach Fachbereichen für eine Gewerkschaftsarbeitnehmergewerkschaft sinnvoll sein – rechtlich zwingend ist dies nicht.

## II. Koalition für Arbeitnehmer anderer Koalitionen außerhalb des DGB

### 1. Gewerkschaft für die VGB-Arbeitnehmer

#### a. Eigene Gewerkschaft der VGB-Arbeitnehmer

Dem VGB wird entgegengehalten, wenn er Tarifautonomie für Gewerkschaftsarbeitnehmer fordere, müsse er diese auch den eigenen Arbeitnehmern gewähren. Diese müßten eine „Gewerkschaft der VGB-Arbeitnehmer“ gründen können, deren Arbeitnehmer dann ihrerseits eine Gewerkschaft bräuchten. 939

Daß dieser Einwand vom DGB kommt, ist bezeichnend. Es geht den arbeitgebenden Gewerkschaften ersichtlich nicht um die Arbeitnehmer des VGB, sondern darum, die Existenz des VGB *ad absurdum* zu führen. Bei der geringen Anzahl an Arbeitnehmern des VGB scheidet eine eigenständige Gewerkschaftsorganisation schon mangels Masse aus. Das aber steht der Glaubwürdigkeit des VGB selbst dann nicht entgegen, wenn seine Arbeitnehmer keine für sie zuständige Gewerkschaft finden. 940

#### b. Ver.di

Daß der VGB die Arbeitnehmer ver.di organisiert, bedeutet nicht, daß umgekehrt ver.di die VGB-Arbeitnehmer vertreten könnte. Es fehlt ver.di gerade aufgrund der Gegenspielererschaft zum VGB in diesem Verhältnis an der Gegnerunabhängigkeit. 941

#### c. Christliche Gewerkschaft

Beschränkt der VGB seinen Organisationsbereich und seine Zuständigkeit auf den DGB-Verbund, fehlt es an einer Auseinandersetzung zwischen ihm und den christlichen Gewerkschaften als Arbeitgebern. Die CGB-Gewerkschaft DHV könnte daher die Arbeitnehmer des VGB organisieren und gegenüber dem VGB als Arbeitgeber vertreten. 942

### 2. Arbeitnehmer anderer Koalitionen außerhalb des DGB

Beschränkt der VGB seinen Organisationsbereich auf Arbeitnehmer des DGB-Verbundes, o. § 5A.I.3.e.aa., Rn. 930, wirft dies die Frage auf, wer die Arbeitnehmer z.B. der christlichen Gewerkschaften vertreten könnte. So wie sie als Konkurrentin ver.dis nicht deren Arbeitnehmer vertreten kann, kommt auch ver.di für ihre Arbeitnehmer nicht in Frage. Das kann zu weißen Flecken auf der Landkarte der Tariflandschaft führen, ist aber systemkonform. Auch wer sich bis 1996 entschied, für eine DGB-Gewerkschaft zu arbeiten, hatte zwar nicht konkludent auf sein Koalitionsrecht 943

verzichtet, mußte aber damit rechnen, dauerhaft für einen Arbeitgeber zu arbeiten, der keinen tariflichen Gegenspieler hat.

## **B. Tariffähigkeit der Arbeitgeber und der Beitritt zu Arbeitgeberverbänden**

### **I. Tariffähigkeit der einzelnen Arbeitgeber im DGB-Verbund**

- 944 Die Frage des Beitritts zu einem Arbeitgeberverband stellt sich von vornherein nicht, wenn die Gewerkschaften als Arbeitgeber nicht tariffähig sind. Zum einen entfällt dann der Anlaß zum Beitritt, zum anderen könnten sie sich dann ohnehin nicht auf die arbeitgeberseitige Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG berufen; eine Vollmitgliedschaft wäre unzulässig.
- 945 Grundsätzlich sind allerdings alle Arbeitgeber auch als solche tariffähig. Während für Arbeitgeberverbände strittig ist, ob deren Tariffähigkeit auch eine soziale Mächtigkeit voraussetzt<sup>1166</sup>, ergibt sich die Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers direkt aus § 2 Abs. 1 Var. 2 TVG. Dahinter steht nicht etwa die Ansicht, daß die soziale Mächtigkeit aufgrund des Eigentums an den Produktionsmitteln unwiderleglich vermutet würde<sup>1167</sup>. Vielmehr ordnet § 2 Abs. 1 Var. 2 TVG ihre Tariffähigkeit als besondere Form der Geschäftsfähigkeit<sup>1168</sup> ohne weitere Voraussetzungen an, damit den zuständigen Gewerkschaften für jedes Arbeitsverhältnis ein Tarifpartner zu Verfügung steht, mit dem ein Tarifvertrag abgeschlossen werden kann<sup>1169</sup>. Die GdED (nunmehr: transnet) hatte eingewandt, dem VGB fehle es an einem tariflichen Gegenspieler, da sie ihm gegenüber nicht tariffähig sei<sup>1170</sup>. Das aber trifft nicht zu. Sie kann nur nicht mit sich selbst Tarifverträge schließen, o. § 5A.I.1.c.cc.[1], Rn. 784.

<sup>1166</sup> Dafür: *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 63; *Schrader*, NZA 2001, 1337, 1340; *ders.*, Durchsetzungsfähigkeit mit umfassender Darstellung des Streitstands: 96 ff.; *Wiedemann/Oetker*, TVG, § 2 Rn. 396 ff.; a.A.: BAG vom 20.11.1990 – 1 ABR 62/89, SAE 1991, 314 m. abl. Anm. *Rieble*; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 438 f.; *Kempfen/Zachert*, TVG, § 2 Rn. 26, 60 ff.; *Kissel*, Arbeitskampfrecht 2002, S. 107.

<sup>1167</sup> In diese Richtung aber *Kempfen/Zachert*, TVG, § 2 Rn. 84; einschränkend: *Säcker*, DRdA 1973, 89, 95.

<sup>1168</sup> *Rieble*, FS Wiedemann, S. 519, 523; zur Rechtsfähigkeit abgrenzend: *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 1 ff.

<sup>1169</sup> BVerfG (Senat) vom 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, AP Nr. 24 zu § 2 TVG; *Meik*, Kernbereich, S. 155 f.; *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, § 246 Rn. 83, § 255 Rn. 35 u. 37.

<sup>1170</sup> Dazu: *Oetker*, AP Nr. 87 zu Art 9 GG, zu II.5.

Gegenüber dem VGB kommt es nicht auf die Gegnerunabhängigkeit der arbeitgebenden Gewerkschaft an: Für eine teleologische Reduktion des § 2 Abs. 1 Var. 2 TVG besteht jedenfalls bei den Gewerkschaften als Arbeitgebern kein Anlaß. Ist ein Arbeitgeber nicht in der Lage, unabhängig von der ihm als Tarifpartner gegenüberstehenden Gewerkschaft einen eigenen Willen zu bilden oder einen solchen durchzusetzen, so mag die Tariffähigkeit eines solchen Arbeitgebers in Zweifel gezogen werden<sup>1171</sup>. Nach vorzugswürdiger Ansicht ist der einzelne Arbeitgeber aber voraussetzungslos tariffähig<sup>1172</sup>. Das zwingt aber nicht zu der Annahme, daß Tarifverträge mit der beherrschenden Gewerkschaft möglich sein müssen: Befindet sich ein Unternehmen im Belegschaftsbesitz, so mag dies die Frage aufwerfen, welche Funktion dem Tarifvertragsrecht als antagonistischer Ausgleichsordnung dann noch zukommen soll<sup>1173</sup>, weil es an einem Interessengegensatz zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmerkollektiv fehlt. 946

Die Gegnerunabhängigkeit resp. Tariffähigkeit der arbeitgebenden Gewerkschaft wird damit aber nicht in Frage gestellt. Es besteht nämlich ein entscheidender Unterschied zwischen den Haustarifverträgen bei Unternehmen im Belegschaftsbesitz einerseits und Tarifverträgen von ver.di für ver.di-beherrschte Unternehmen andererseits. Zudem handelt es sich bei den Arbeitgebern des DGB-Verbunds gerade nicht um solche abhängigen oder ohnmächtigen Arbeitgeber<sup>1174</sup>: Die Satzungen der DGB-Gewerkschaften verhindern, daß die eigenen Arbeitnehmer als Mitglieder Einfluß auf ihre Arbeitsbedingungen gewinnen; in den Gewerkschaftsunternehmen, die eine besondere Beteiligung von Arbeitnehmervertretern institutionalisiert haben, ist dennoch ein Übergewicht der Arbeitgeberseite gewahrt. 947

Selbst wenn man davon ausginge, der VGB könnte die DGB-Gewerkschaften „wie an Nasenringen durch die Tarifarena ziehen“<sup>1175</sup>, rechtfertigte dies allenfalls Einschränkungen der Arbeitskampffreiheit des VGB – die Tariffähigkeit der arbeitgebenden Gewerkschaften bliebe unberührt<sup>1176</sup>. Diese Tariffähigkeit kann eine Gewerkschaft auch nicht beseitigen. Wenn die ver.di-Satzung in ihrem § 73 Nr. 2 vorsieht, daß die 948

---

<sup>1171</sup> Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 67; unklar Jung, Unabhängigkeit, S. 250 ff.; ablehnend MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 255 Rn. 37.

<sup>1172</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 255 Rn. 37; unklar Jung, Unabhängigkeit, S. 250 ff.; a.A.: Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 67.

<sup>1173</sup> Näher dazu: Jung, a.a.O.

<sup>1174</sup> A.A.: Jung, Unabhängigkeit, S. 209, welche die Unabhängigkeit der Gewerkschaften als Arbeitgeber gegenüber ihren Arbeitnehmern resp. dem VGB für fraglich hält.

<sup>1175</sup> Plander, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 34, 41.

<sup>1176</sup> So auch Jung, Unabhängigkeit, S. 209.

Arbeitsbedingungen „in kollektiven Verträgen mit dem Gesamtbetriebsrat vereinbart werden“, so hebt dies die Tariffähigkeit als Arbeitgeber ebenso wenig auf wie die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat. Die Satzungsbestimmung führt nur dazu, daß ein Tarifvertrag mit dem VGB satzungswidrig wäre – ebenso wie jede individualarbeitsvertragliche Regelung von Arbeitsbedingungen. Gelangt der ver.di-Bundesvorstand unter dem Eindruck von Streiks des VGB, u. § 5C.II.1.d., Rn. 1072 ff., zu der Absicht, doch Tarifverträge abzuschließen, muß er ein Satzungsänderungsverfahren durchführen. Dies kann durch den Gewerkschaftsrat erfolgen, § 41 Nr. 5 ver.di-Satzung.

## II. Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften als Arbeitgeber

- 949 Um nicht selbst Tarifverträge schließen zu müssen, könnten die Gewerkschaften einem Arbeitgeberverband beitreten oder einen solchen gründen. Voraussetzung ist, daß sich die arbeitgebenden Gewerkschaften als Arbeitgeber auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen können.
- 950 Ein Grundrechtsverzicht kommt in Betracht, wenn die DGB-Gewerkschaften mit Teilen der gewerkschaftsnahen Literatur der Ansicht wären, daß der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG spiegelbildlich für die Arbeitnehmer- und die Arbeitgeberseite gilt, d.h. dort nur die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer geregelt wäre. Selbst wenn sich die Gewerkschaften diesen Standpunkt in Auseinandersetzungen mit der Arbeitgeberseite ausdrücklich zu eigen gemacht hätten, läge darin noch kein wirksamer Grundrechtsverzicht. Ein Verzicht auf das Grundrecht, einer Arbeitgebervereinigung beizutreten, müßte ausdrücklich erklärt werden.

Ob der Zusammenschluß in einem Arbeitgeberverband mit dem gewerkschaftlichen Selbstverständnis vereinbar ist, bleibt für die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Vorgehens irrelevant. Aufgrund der negativen Koalitionsfreiheit können die Gewerkschaften wie bisher jeglichen Arbeitgeberverbänden fernbleiben.

- 951 Umgekehrt läßt sich die Ausübung der arbeitgeberseitigen Koalitionsfreiheit den Gewerkschaften nicht vorenthalten. Daß es sich bei ihnen zugleich um Arbeitnehmervereinigungen handelt, schließt die Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband nicht aus, denn auch ansonsten kennt das Koalitionsrecht die janusköpfige Inanspruchnahme der Koalitionsfreiheit: Ein und dieselbe natürliche Person kann zugleich Arbeitnehmer und gegenüber anderen Arbeitnehmern Arbeitgeber sein und auch juristische

Personen können eine Doppelfunktion haben, nämlich als Arbeitnehmerkoalition und zugleich als Arbeitgeberverband<sup>1177</sup>.

Treten die Gewerkschaften einem Arbeitgeberverband bei oder gründen sie einen solchen, so bleibt dieser zunächst reine Arbeitgeberkoalition und hat als solche auch keine Doppelfunktion. Anders verhält es sich, wenn der DGB seine Satzung um eine entsprechende Kompetenz erweitert und als Arbeitgeberverband für den DGB-Verbund auftritt. Der DGB wäre dann ein Spitzenverband von Gewerkschaften und zugleich Arbeitgeberverband. 952

### III. Beitritt zu einem gegnerischen Arbeitgeberverband

#### 1. Organisationsbereich und Tarifzuständigkeit

Für einen Beitritt kämen überhaupt nur die Arbeitgeberverbände in Frage, die für Arbeitgeber im Bereich „Dienstleistungen“ oder „gemeinnützige Unternehmen“ zuständig sind. Ansonsten würde es schon an einer satzungsmäßigen Grundlage für den Beitritt und an der Tarifzuständigkeit fehlen. Es könnte aber mit der Gegnerunabhängigkeit unvereinbar sein, wenn eine DGB-Gewerkschaft einem Arbeitgeberverband beitreten wollte, der selbst Tarifverträge mit dieser oder einer anderen DGB-Gewerkschaft schließt oder Mitglied der BDA ist. 953

#### 2. Gegnerunabhängigkeit

Auf das Erstarken des VGB zu einer tariffähigen Gewerkschaft könnte bspw. ver.di reagieren, indem sie beschließt, einem Arbeitgeberverband der Dienstleistungsbranche, z.B. ar.di, beizutreten, um nicht selbst mit dem VGB verhandeln zu müssen. Für die Arbeitgeberverbände ist die Gegnerunabhängigkeit nicht minder Koalitionsvoraussetzung wie für die Koalitionen auf Arbeitnehmerseite<sup>1178</sup>. Die Gegnerunabhängigkeit von ar.di stünde in Frage. Sie verlangt, daß der jeweilige soziale Gegenspieler – im Falle ar.di also ver.di und andere DGB-Gewerkschaften – weder von außen noch von innen, etwa durch Repräsentation in den Organen, erheblichen Einfluß auf die Zielsetzung und die Durchsetzung der Koalition haben. Ar.di wäre jedenfalls dann nicht mehr gegnerunabhängig, wenn die Unternehmen des DGB-Verbunds als Mitglieder über die Tarifpolitik des Verbands mitentscheiden könnten oder wenn sie über die gegen sie selbst gerichtete Tarifpolitik des Verbands informiert wird. 954

---

<sup>1177</sup> Zu den Vereinigungen der Hausgewerbetreibenden: BAG vom 15.11.1963 – 1 ABR 5/63, AP Nr. 14 zu § 2 TVG.

<sup>1178</sup> Vgl. Jung, Unabhängigkeit, S. 53 ff.; a.A. Kempen/Zachert, TVG, § 2 Rn. 82 ff.; Säcker, DRdA 1973, 89, 94.

- 955 Diesem Einwand könnte begegnet werden, indem ar.di einen eigenen Fachbereich einrichtet und so die DGB-Gewerkschaften als Mitglieder von den anderen Mitgliedern vollständig isoliert. Das RAG hat an die organisatorische Unabhängigkeit nur geringe Anforderungen gestellt und den Arbeitnehmergruppen in den Landbünden die Tariffähigkeit nicht abgesprochen, obwohl die Landbünde gleichzeitig auch Arbeitgeber organisierte und sowohl personelle als auch organisatorische Überschneidungen bestanden<sup>1179</sup>. Die Besonderheiten bei den Landbünden mögen das ermöglicht haben; vorliegend ist die Gegnerunabhängigkeit aber nur gewahrt, wenn die Unternehmen des DGB-Verbunds so abgeschottet werden, daß sie nur noch von Vorgängen Kenntnis erhalten und nur über Inhalte abstimmen können, welche die Tarifpolitik gegenüber dem VGB betreffen<sup>1180</sup>. Das gilt auch für die Konzerntöchter der Gewerkschaften. Deswegen war auch die Mitgliedschaft des Bund-Verlags im „Verband der Verlage und Buchhandlungen NRW e.V.“ nicht mit dessen Gegnerunabhängigkeit zu vereinbaren. Tatsächlich hatte die IG Druck+Papier dadurch über ihren Dachverband, den DGB und dessen Tochterunternehmen, die Möglichkeit, an der gegen die IG Medien gerichteten Tarifpolitik teilzunehmen.
- 956 Der abgeschottete Fachbereich wäre in der Lage, Haustarifverträge resp. Tarifverträge für den Gewerkschaftssektor mit dem VGB abzuschließen. Ver.di könnte als ar.di-Mitglied die Arbeitnehmer ebensowenig gegenüber ar.di vertreten wie unmittelbar gegen die einzelnen Gewerkschaften selbst. Die Zwischenschaltung eines Arbeitgeberverbands hebt den o. (§ 5A.I.1.c.bb.[4]iii., Rn. 773 ff., 838, beschriebenen Interessengegensatz nicht auf. Unabhängigkeitsgefährdend wären die Mitgliedschaften der Unternehmen des DGB-Verbunds dann nur noch, wenn der Mitgliedsbeitrag so schwer wöge, daß die Austrittsdrohung ihnen einen nicht unerheblichen faktischen Einfluß auf ar.di eröffnete.

### 3. Gegnerfreiheit

- 957 Auch wenn der tatsächliche Einfluß unerheblich wäre, bliebe aber zumindest der böse Schein, daß der Arbeitgeberverband gegenüber ver.di

<sup>1179</sup> RAG vom 21.5.1930 – 52/30, ARS 9, 487; RAG vom 10.10.1928 – 144/28, ARS 4, 239, 243; RAG vom 24.9.1932 – 166/32, ARS 16, 153, 157 f.; zust. *Kaskel*, ArbR 1927, Sp. 905 ff.; *Teschemacher*, Berufsstand, S. 66 ff.; krit. dazu *Nipperdey*, Anm. zu RAG ARS 16 158, 159; *Tartarin-Tarnheyden*, Berufsverbände, S. 519, 538. Näher zum Aufbau des Pommerschen Landbundes: *Teschemacher*, a.a.O., S. 36 ff.; vgl. *Eitel*, Ungleichbehandlung, S. 77.

<sup>1180</sup> Zu den vereinsrechtlichen Möglichkeiten, der Begrenzung des Einflusses bzw. Trennung von Mitgliedergruppen, sog. „chinese walls“: *Jung*, Unabhängigkeit, S. 139.

auch im Verhältnis als gegnerische Koalition nachgiebiger ist als er es wäre, wenn ver.di nicht zugleich auch Mitglied ist. Gerade das soll durch das Erfordernis der Gegnerfreiheit vermieden werden, welches verlangt, daß Koalitionen keine Mitglieder aufnehmen dürfen, gegenüber denen sie ihre Aufgabe verfolgen<sup>1181</sup>. Die Gegnerfreiheit dient dazu, eine gewisse Mindesthomogenität der Mitgliederinteressen sicherzustellen, weil sonst eine sinnvolle Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens von der Vereinigung nicht zu erwarten ist<sup>1182</sup>. Die Homogenität der Mitgliederinteressen könnte zu stark beeinträchtigt sein, wenn eine Gewerkschaft als Arbeitgeber Mitglied ist.

Zwar wird eine absolute Überschneidungsfreiheit im Sinne der Gegnerreinheit nicht gefordert<sup>1183</sup>, dennoch steht das Homogenitätserfordernis nicht nur einer Organisation wie bei den erwähnten Landbünden entgegen, sondern auch der Mitgliedschaft einer DGB-Gewerkschaft in einen Arbeitgeberverband, der zugleich dieser Gewerkschaft oder einer anderen DGB-Gewerkschaft als sozialer Gegenspieler gegenübersteht. Die Aufgabe der Koalitionen besteht darin, die für das Arbeitsleben charakteristischen gegensätzlichen Interessen klar abzubilden. Damit ist eine gewisse Interessenshomogenität der Mitglieder als Voraussetzung gerechtfertigt<sup>1184</sup>. 958

Daran fehlt es auch, wenn die Betreuung der DGB-Gewerkschaft und die Tarifpolitik für sie in eine organisatorisch streng abgeschottete Abteilung übertragen werden. Auch diese Abteilung handelt nach außen im Namen des Arbeitgeberverbands. Schließt sie einen für die Arbeitnehmer besonders günstigen Tarifvertrag ab, erzeugt sie damit einen tarifpolitischen Druck auf die anderen Abteilungen. Der Arbeitgeberverband kann dann für seine anderen Mitglieder nicht mehr glaubwürdig dartun, es müsse Lohnzurückhaltung eingefordert werden. Im übrigen gibt es Entscheidungen, die den Verband als Ganzes betreffen, so daß eine Abschottung nicht greift. Erwägt der Arbeitgeberverband, öffentlich gegen eine Erhöhung der Sozialabgabenpauschale bei Minijobs einzutreten, kann die DGB-Gewerkschaft als Mitglied kaum von der Abstimmung ausgeschlossen werden. Selbst wenn sie überstimmt wird, bleibt ein Widerspruch, wenn die Gewerkschaft öffentlich entgegengesetzte Positionen vertritt. 959

---

<sup>1181</sup> Jung, *Gegnerunabhängigkeit*, S. 134; A. Hueck, *RdA* 1956, 45, 47; Nipperdey, *FS Möhring*, S. 87, 89; Nipperdey/Säcker, *AR-Blattei [D] Berufsverbände I, C I 2 a*; noch weitergehend die absolute und formale Gegnerfreiheit fordernd: Dietz, in: Weber/Scheuner/Dietz, *Koalitionsfreiheit*, S. 417, 428 ff.

<sup>1182</sup> E. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht II*, S. 368.

<sup>1183</sup> Jung, *Unabhängigkeit*, 133 f. m.w.N.

<sup>1184</sup> Jung, *Unabhängigkeit*, S. 63; E. Huber, a.a.O.; Scholz, *ZfA* 1980, 357, 358 f.

- 960 Zwar meint *Jung*, nicht jede Mitgliedschaft des sozialen Gegenspielers schade. Dies sei nur der Fall, wenn das Mitglied gerade hinsichtlich des Verbands auch als sozialer Gegenspieler auftrete und der Einfluß auf die Willensbildung nicht völlig unbedeutend sei<sup>1185</sup>. Daran ist richtig, daß z.B. die Mitgliedschaft von angestellten Anwälten in einem Arbeitgeberverband unschädlich ist, solange dieser Arbeitgeberverband nicht die Arbeitsbedingungen der Anwälte, sondern die der Büroangestellten auf Sekretariatsebene verhandelt<sup>1186</sup>. Unzureichend ist es aber, ansonsten nur auf die Willensbildung abzustellen. Wie gezeigt, kann auch die Glaubwürdigkeit des Arbeitgeberverbands die Mitgliedschaft einer Gewerkschaft als Arbeitgeber ausschließen. Zutreffend ist hingegen der Erheblichkeitsvorbehalt<sup>1187</sup>. Die Gegnerfreiheit ist nur dann verletzt, wenn der Widerspruch wahrnehmbar und signifikant ist. Das folgt schon daraus, daß die Gegnerfreiheit aufgrund der Bedeutung der Koalitionsfreiheit kein Formalismus sein darf.
- 961 Die Erheblichkeitsschwelle ist jedenfalls erreicht, wenn der Arbeitgeberverband Mitglied der BDA ist. Die soziale Gegenspielerschaft der BDA einerseits und des DGB andererseits schließt es aus, daß der DGB und seine Mitgliedsverbände Mitglieder eines Mitgliedsverbands der BDA werden. Ob BDA und DGB nach dem Vorbild der Zentralarbeitsgemeinschaft der Weimarer Republik gemeinsam einen Verband bilden könnten, mag dahinstehen. Feststeht, daß sie gemeinsame Einrichtungen betreiben können oder Mitglieder z.B. in einem Kunstförderverein werden könnten. Davon zu trennen ist aber die Vermischung durch die Mitgliedschaft in einem Verband des anderen Spitzenverbands.
- 962 Zwar war die Erheblichkeitsschwelle bei der Mitgliedschaft des Bund-Verlags im „Verband der Verlage und Buchhandlungen NRW e.V.“ nicht schon deshalb erreicht, weil die Tendenz des Bund-Verlags im Gegensatz zu der des Arbeitgeberverbands stand. Der Bund-Verlag hat aber als Verlagsunternehmen Stellung zu tarif- oder sozialpolitischen Fragen bezogen und entsprechende Publikationen verlegt. Entscheidend ist aber, daß seine Mitgliedschaft nicht mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit des Arbeitgeberverbands von der damaligen IG Medien vereinbar ist.
- 963 Für eine Mitgliedschaft der DAA bei dem BBB wäre wiederum schon die Gegnerfreiheit problematisch. Die DAA ist zwar eine Stiftung, sie ist aber durch die satzungsmäßige Dominanz von ver.di-Funktionären in ihren

---

<sup>1185</sup> *Jung*, Unabhängigkeit, S. 134 ff.

<sup>1186</sup> *Jung*, a.a.O.

<sup>1187</sup> Zur Erheblichkeit im Rahmen des Einflusses auf die Willensbildung bereits RAG vom 10.10.1928 – 144/28, ARS 4, 239, 243; *Wlotzke*, RdA 1976, 80, 81; *Jung*, Unabhängigkeit, S. 136 m.w.N.; a.A. *Bulla*, BB 1975, 889, 890 f.

Leitungsgremien und die festgelegte Tendenz mit ver.di äußerst eng verbunden. Ver.di wiederum ist der unmittelbare soziale Gegenspieler des BBB. Firmenbezogene BBB-Tarifverträge für die DAA hätten somit Signalwirkung auch für die anderen Bildungsträger. Die Gegnerfreiheit wäre damit erheblich beeinträchtigt.

#### **4. Demokratische Organisation**

Auch Arbeitgeberverbände müssen als Koalition dem Grundsatz nach demokratisch organisiert sein, damit die Normwirkung der Tarifverträge für und gegen die Mitglieder legitimiert ist<sup>1188</sup>. Sollen die Flächentarifverträge der Dienstleistungsbranche für die Gewerkschaften als Arbeitgeber gelten und nicht eigens für sie geschlossene Tarifwerke, besteht darin ein Problem: Bildet der Arbeitgeberverband für die DGB-Gewerkschaften einen eigenen Fachbereich, der nach den soeben beschriebenen Grundsätzen von der Tarif- und Sozialpolitik des Verbands abgeschottet ist, wäre den DGB-Gewerkschaften jegliche Beteiligung an der Willensbildung genommen, die sich auf die auch für sie wirkenden Tarifverträge bezieht. Das ermöglicht zwar die Gegnerunabhängigkeit, läßt sich aber nicht mit dem Gebot der demokratischen Legitimation vereinbaren. 964

### **IV. Der DGB als Arbeitgeberverband ausschließlich für den DGB-Verbund**

#### **1. Satzungskompetenz von Dachverbänden und Satzung**

Daß einzelne Verbände ihrem Dachverband die Aufgabe übertragen, Tarifverträge für ihre Arbeitnehmer zu schließen, ist nicht ungewöhnlich: Die Berufsgenossenschaften sind diesen Weg gegangen und haben dem HVBG ausweislich § 2 Abs. 2g HVBG-Satzung eine entsprechende Zuständigkeit als Arbeitgeberverband eingeräumt. 965

In § 2 Nr. 4m der DGB-Satzung ist dem DGB die Aufgabe zugewiesen, die Gehalts- und Anstellungsbedingungen für die Angestellten des Bundes und der Gewerkschaften zu koordinieren. Der Abschluß von Tarifverträgen mit Wirkung für und gegen die Mitgliedsgewerkschaften gem. § 3 Abs. 1 TVG ist von diesem Koordinierungsauftrag aber nicht gedeckt. Derzeit fehlt es also schon an einer satzungsmäßigen Grundlage. 966

---

<sup>1188</sup> Löwisch/Rieble, TVG, § 2 Rn. 142 m.w.N.

## 2. Gegnerunabhängigkeit

- 967 Der VGB ist im DGB nicht Mitglied. Ihm gegenüber wäre der DGB gegnerfrei und -unabhängig. Der Gegnerunabhängigkeit stünde auch nicht entgegen, daß der DGB dann Arbeitgeberverband und zugleich Dachverband von Gewerkschaften ist. Auch als Arbeitgeber der eigenen Beschäftigten befindet der DGB sich schon ihnen gegenüber in der sozialen Rolle als Arbeitgeber. Aus der Relativität der Gegnerunabhängigkeit folgt nur, daß er dem jeweiligen Gegner gegenüber unabhängig sein muß. Nehmen aber schon die Mitglieder eine Zwitterstellung ein, schadet dies auch ihrem Verband nicht. Das hat das BAG für den Verband der Hausgewerbetreibenden bestätigt, der für die Hausgewerbetreibenden gegenüber ihren Arbeitnehmern als Arbeitgeberverband und gegenüber ihren Arbeitgebern als Gewerkschaft auftreten kann<sup>1189</sup>.

## 3. Demokratische Organisation

- 968 Als Arbeitgeberverband müßte der DGB demokratisch organisiert sein, was aber nicht ausschließt, das Stimmrecht der Mitglieder nach der Engeltsumme, der Arbeitnehmeranzahl, dem Mitgliedsbeitrag o.ä. zu staffeln. Als zuständiges Organ kommt der Bundesausschuß in Frage, welcher sich u.a. aus jeweils zwei Vertretern der Mitgliedsgewerkschaften zusammensetzt. Darüber hinaus steht den Mitgliedsgewerkschaften das Recht zu, weitere Vertreter zu entsenden und zwar so viele, wie nach dem d'Hondtschen Höchstzahlenverfahren nach der „Zahl der Mitglieder, für die an den Bund Beiträge abgeführt worden sind“ auf sie entfallen, § 8 Nr. 2 DGB-Satzung. Die mitgliederstarken Gewerkschaften haben ein entsprechend hohes Gewicht im Bundesausschuß. Damit wäre der Umsatz der Mitgliedsgewerkschaften und nicht ihr Personalbestand oder die Entgeltsumme das Bemessungskriterium. Allerdings bemißt sich beim DGB auch die Höhe des Mitgliedschaftsbeitrags nach der Zahl der Mitglieder. Das Stimmgewicht an die Beitragshöhe zu koppeln, ist aber auf Arbeitgeberverbandsseite legitim.
- 969 Zu den Aufgaben des Bundesausschusses zählt aber nur, „die Gehalts- und Anstellungsbedingungen der Angestellten des Bundes zu bestätigen“, § 8 Nr. 3k DGB-Satzung. Im DGB-Bundesvorstand, der aus je einem Vertreter der Mitgliedsgewerkschaften und fünf vom Bundeskongreß gewählten Mitgliedern des geschäftsführenden Bundesvorstands besteht, ist eine Gewichtung nach Beitrag oder Größe der Mitgliedsgewerkschaften nicht angelegt. Das ist unschädlich – auch bei den Arbeitgeberverbänden entscheiden Größe und Gewicht der Mitglieder nicht unmittelbar über die

---

<sup>1189</sup> BAG vom 15.11.1963 – 1 ABR 5/63, SAE 1964, 193, 195 f.

Repräsentation der Leitungsorgane, sondern über das Stimmrecht in der Mitgliederversammlung. Beim DGB ist das nicht anders: Die Zahl der auf jede Gewerkschaft entfallenden Delegierten ermittelt der DGB-Bundesvorstand nach der Zahl der Mitglieder, für die Beiträge an den DGB abgeführt wurden.

Überdies läßt das Erfordernis der demokratischen Organisation nur die Gewichtung der Stimmrechte zu, gebietet sie aber nicht. Deswegen könnte der DGB als Arbeitgeberverband einer Kleingewerkschaft wie der IG BAU das gleiche Stimmrecht einräumen wie der IG Metall. Anderes zu fordern, hieße, die Organisationsautonomie der Arbeitgeberverbände zu verletzen. 970

#### **4. Geltung für den DGB**

Sollen die Tarifverträge für den DGB selbst gelten, könnte dies am Erfordernis der demokratischen Organisation scheitern. Der DGB selbst entsendet keine Delegierten in die Mitgliederversammlung und ist im Bundesausschuß nur durch die Mitglieder des Bundesvorstands vertreten, von denen wiederum 16 Mitglieder direkt von den Mitgliedsgewerkschaften entsandt werden. Die Eigeninteressen des DGB finden somit keinen transparenten Eingang in die innerverbandliche Willensbildung. Der DGB wäre aber als Arbeitgeber im Sinne des § 2 Abs. 1 Var. 2 TVG nicht gehindert, eine Tarifgemeinschaft mit sich als Arbeitgeberverband zu bilden.

#### **5. Tendenzschutz**

Als Arbeitgeberverband genösse der DGB, soweit er Arbeitnehmer in dieser Funktion einsetzt, koalitionspolitischen Tendenzschutz – nicht als gewerkschaftliche Spitzenorganisation, sondern als Arbeitgeberverband. Problematisch sind aber die Befugnisse des DGB als Arbeitgeberverband gegenüber den DGB-Gewerkschaften als Mitgliedern. Deren Tendenz ist auch vor Tarifverträgen des DGB als Arbeitgeberverband mit dem VGB als Gewerkschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer zu schützen, u. § 5C.II.1.b.bb., Rn. 1062 f. 971

#### **V. Arbeitgeberverband für Gewerkschaften**

Als Alternative kommt in Betracht, einen Arbeitgeberverband zu gründen für alle Gewerkschaften, ihre Spitzenorganisationen und abhängigen Unternehmen, die unmittelbar und überwiegend der koalitionspolitischen Tendenz ihrer Konzernmutter dienen. Auch dieser wäre aber nur gegenüber dem VGB, welcher selbst nicht Mitglied werden kann, und nicht gegenüber ver.di gegnerunabhängig. Ebensowenig wie der DGB oder die einzelnen Gewerkschaften könnte ein solcher Arbeitgeberverband Mitglied der BdA oder eines Mitgliedsverbands der BdA werden. 972

- 973 Dem scheint entgegenzustehen, daß dafür die konkurrierenden Tendenzen in einem Arbeitgeberverband organisiert werden können müßten. Es ist aber geradezu prägend für Arbeitgeberverbände, daß konkurrierende Unternehmen in ihnen zusammengeschlossen sind. Daß nach gewerkschaftsnaher Ansicht Tarifverträge gerade dazu dienen, einen Lohnunterbietungswettbewerb auszuschalten<sup>1190</sup>, negiert die Wettbewerbsrelevanz gleicher Arbeitsbedingungen bei unterschiedlichen Arbeitgebern. Zu den praktischen Schwierigkeiten, unter konkurrierenden Unternehmen eine einheitliche Regelung zu finden, käme bei einem verbandsübergreifenden Arbeitgeberverband der Gewerkschaften das Tendenzschutzproblem. Mehr noch als beim DGB als Arbeitgeberverband, müßte die Tendenz der einzelnen Mitglieder vor unzulässiger Fremdbestimmung durch Mehrheitsbeschlüsse abgeschirmt werden. Auch eine Anweisung des Verbands, eine Gewerkschaft auszusperrern, wäre regelmäßig als Eingriff in die Tendenz ausgeschlossen.

#### VI. DGB-Tarifgemeinschaft und mehrgliedriger Tarifvertrag

- 974 Der DGB, die DGB-Gewerkschaften und ihre abhängigen Unternehmen sind als Arbeitgeber tariffähig, o. § 5B.I., Rn. 944 ff., und können daher auch in beliebiger Kombination arbeitgeberseitige Tarifgemeinschaften bilden. Die Tarifgemeinschaft als BGB-Gesellschaft bündelt dann die vorhandene Tariffähigkeit der beteiligten Arbeitgeber<sup>1191</sup>. Die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit einer Außen-Gesellschaft bürgerlichen Rechts führt aber nicht zur Tariffähigkeit<sup>1192</sup>. Eine Tarifgemeinschaft könnte zweckmäßig sein, wenn nicht nur ein mehrgliedriger, gewerkschaftsübergreifend einheitlicher Tarifvertrag für Gewerkschaftsarbeitnehmer angestrebt wird, sondern auch die Vertragsherrschaft nur gemeinsam ausgeübt werden soll<sup>1193</sup>. Der Vorteil einer solchen Tarifgemeinschaft gegenüber der Arbeitgeberverbandslösung ist aber zweifelhaft: Statt einer Vereinsmitgliedschaft besteht dann eine Gesellschafterstellung mit den Geschäftsführungsregeln der §§ 709 ff. BGB.
- 975 Der VGB könnte die Bildung einer Tarifgemeinschaft weder erzwingen noch verhindern. Er könnte aber trotz Bildung einer Tarifgemeinschaft getrennte Haustarifverträge fordern: Wenn schon die Verbandsmitgliedschaft nicht das Erkämpfen eines Haustarifvertrags ausschließen können

<sup>1190</sup> *Däubler*, in: *Däubler*, TVG, Einl. Rn. 122; *Kempen/Zachert*, TVG, Grundlagen Rn. 95; dagegen zu Recht: *Rieble/Klebeck*, RdA 2006, 65 m.w.N.

<sup>1191</sup> *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 165, § 1 Rn. 475.

<sup>1192</sup> *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 165.

<sup>1193</sup> *Löwisch/Rieble*, a.a.O.

soll<sup>1194</sup>, so kann dies erst recht nicht durch die Bildung einer Tarifgemeinschaft erreicht werden. Wird überhaupt ein gemeinsames Verhandeln, Kämpfen und Abschließen angestrebt, bieten sich aus Sicht der DGB-Gewerkschaften eher mehrgliedrige Tarifverträge an.

## C. Betätigungsrechte einer Gewerkschaftsarbeitnehmerkoalition

### I. Allgemeine Koalitionsbetätigung

#### 1. Bedeutung der Koalitionsbetätigung

Das bloße Recht, eine Koalition bilden zu dürfen, haben die Gewerkschaftsarbeitnehmer ebenso wie andere Arbeitnehmer – ihre Koalition, der VGB, mußte die Existenzgarantie aber erst gegen die GdED (nunmehr: transnet) verteidigen und die Bestätigung dieses Rechts durch das BAG erstreiten<sup>1195</sup>. Wie für andere Koalitionen ist allein mit dem Koalitionsgründungs- und Beitrittsrecht wenig gewonnen. Die Koalitionsfreiheit schützt daher insbesondere die „Betätigung“ der Koalition, soweit diese in der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen besteht. Dies betrifft insbesondere die Mitgliedergewinnung und -werbung. Sie ist integraler Bestandteil der Koalitionsfreiheit. Die Koalitionen genießen den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG bereits in einem Stadium, in dem sie die Tariffähigkeit erst anstreben<sup>1196</sup>. 976

*Rieble* hat bereits zum BAG-Beschluß über das Existenzrecht des VGB angemerkt, daß die Frage nach Tarifautonomie und Streikrecht sich verhältnismäßig klar beantworten lassen, der Streit zwischen dem VGB und der jeweiligen arbeitgebenden Gewerkschaft bei Meinungskampf und Mitgliederwerbung aber vorprogrammiert ist<sup>1197</sup>. 977

<sup>1194</sup> So aber BAG vom 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, zu B.I.1.b)aa), RdA 2003, 257; zu Recht a.A.: *Buchner*, RdA 2003, 363, 365; *Reuter*, NZA 2001, 1097, 1011 ff.

<sup>1195</sup> BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, SAE 1998, 237 m. Anm. *Rieble*.

<sup>1196</sup> BVerfG (Senat) vom 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, zu B.I.2, AP Nr. 31 zu § 2 TVG; BAG 9.7.1968 – 1 ABR 2/67, zu 2., AP Nr. 25 zu § 2 TVG.

<sup>1197</sup> *Rieble*, SAE 1998, 243, 247.

## 2. Gewerkschaftswerbung – Gewährleistung der koalitionären Agitation

### a. Schutzbereich

- 978 Die Mitgliederwerbung und -betreuung sowie die Sach- und Zielwerbung sind Teil der verfassungsrechtlich geschützten Betätigungsfreiheit<sup>1198</sup>. Unter den Koalitionen herrscht zumindest ein potentieller Wettbewerb<sup>1199</sup> und selbst dort, wo eine Gewerkschaft als Monopolist auftritt, gibt es wegen der negativen Koalitionsfreiheit eine Alternative, nämlich die nicht-Mitgliedschaft. Die Werbung schafft daher das Fundament für die Erfüllung der Koalitionsaufgaben und sichert ihren Fortbestand<sup>1200</sup>. Auch die Werbefreiheit mußte sich der VGB gegenüber der GdED (nunmehr: transnet) erst durch drei Instanzen erstreiten<sup>1201</sup>.
- 979 Geltend machen können die Werbefreiheit die Mitglieder, aber auch der VGB selbst. Zwar schützt Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionen nur um ihrer Mitglieder willen, in der von einer Koalition organisierten Werbekampagne „blickt“ aber die Koalitionsbetätigungsfreiheit der Mitglieder „durch“<sup>1202</sup>. Zumindest ist die Koalition befugt, die Betätigungsfreiheit der Mitglieder gebündelt wahrzunehmen, weshalb insbesondere *Richardi* dafürhält, eine Koalition könne keine weitergehenden Rechte haben als es der Summe der aus der individuellen Koalitionsfreiheit folgenden Betätigungsrechte entspricht<sup>1203</sup>. Nach der umstrittenen<sup>1204</sup> Doppelgrundrechtstheorie<sup>1205</sup> hingegen sind die Koalitionen selbst Träger eines eigen-

<sup>1198</sup> BVerfG (Senat) vom 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, zu B.I.2, EzA Art. 9 GG Nr. 60 mit Anm. *Thüsing*.

<sup>1199</sup> Zum Koalitionspluralismus als Ordnungsprinzip: *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1778 ff.; *Löwisch*, RdA 1975, 53, 56.

<sup>1200</sup> BVerfG (Senat) vom 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, a.a.O.; BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, SAE 1998, 237 m. Anm. *Rieble*.

<sup>1201</sup> BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, NZA 1998, 754.

<sup>1202</sup> Allg. zur Anwendung zu Art. 19 Abs. 3 GG: BVerfG (Kammer) vom 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82, 101; eingehend *Bethge*, Grundrechtsberechtigung, entwickelten „Durchblicktheorie“ bei Art. 9 Abs. 3 GG: MDH/*Scholz*, GG, Art. 9 Rn. 23, 25; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, § 8 IV 4 e, S. 108 f.; *Zöllner*, AöR 98, 77 ff.; *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1151 ff., insb. 1155.

<sup>1203</sup> *Richardi*, FS Beitzke, S. 873, 891; *ders.*, DB 1978, 1736, 1739; *Klosterkemper*, Zugangsrecht, 1980, S. 112; *Rüthers*, JuS 1970, 607, 610; dagegen: *Ruland*, Gutachten, S. 35 f.

<sup>1204</sup> Dagegen: *von Hayek*, Freiheit, S. 348; *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 115; *Lambrich*, Tarifautonomie 1999, S. 162 ff. m.w.N. in Fn. 51; pointiert gegen Kollektivpersönlichkeiten und autonomen Kollektivismus: *Picker*, NZA 2002, 761, 763 f. m.w.N.

<sup>1205</sup> Für Art. 9 Abs. 3 GG als Doppelgrundrecht: BVerfG (Senat) vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 373 f.; zuletzt BVerfG vom 3.4.2001 – 1 BvL

ständigen materiellen Grundrechts, nämlich der kollektiven Koalitionsfreiheit.

So wenig der Schutz koalitionszweckverfolgender Betätigung auf einen Kernbereich beschränkt ist<sup>1206</sup>, so wenig kann die Koalitionswerbungsfreiheit auf das Maß des „Unerläßlichen“ reduziert werden. Solange der Gesetzgeber die Werbefreiheit nicht ausgestaltet, ist grundsätzlich von einem umfassenden Schutzbereich auszugehen<sup>1207</sup>.

## b. Stellenwert der Agitation für den VGB

### aa. Mitgliederwerbung

Die Werbefreiheit ist für eine Koalition mit kleinem oder stark spezialisiertem Organisationsbereich noch wichtiger als für die Großgewerkschaften des DGB, welche wie Anbieter eines eingeführten und bekannten Markenprodukts auftreten. Weil die negative Koalitionsfreiheit nach h.M.<sup>1208</sup> nur vor Beitrittszwang schützt, nicht aber vor der Behelligung durch jegliche „Lebensäußerungen der Koalitionen“<sup>1209</sup>, können Großgewerkschaften geringere Werbeanstrengungen kompensieren, indem sie jenseits von unzulässigen<sup>1210</sup> Differenzierungsklauseln materielle Anreize für die Mitgliedschaft schaffen<sup>1211</sup>. Während die Großgewerkschaften und ihre Dienstleistungen weithin bekannt sind, muß eine Koalition in ihrem Gründungs- und Wachstumsstadium diesen Bekanntheitsgrad erst erwerben. Das fällt umso schwerer, wenn die Koalition

32/97, zu B.I.1., NZA 2001, 777, 778; BAG vom 1.12.2002 – 1 AZR 96/02, RdA 2003, 357, 360; *Dieterich*, RdA 2002, 1, 8 m.w.N.

<sup>1206</sup> Explizit BVerfG (Senat) vom 24.2.1999 – 1 BvR 123/93, zu B.II.1., AP Nr. 18 zu § 20 BetrVG 1972; BVerfG (Senat) vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268 = EZA Art. 9 GG Nr. 61 mit Anm. *Thüsing/Müller*; *Brock*, Betätigung, S. 118 f.

<sup>1207</sup> *Brock*, Betätigung, S. 111 ff., 118.

<sup>1208</sup> BVerfG (Senat) vom 20.7.1971 – 1 BvR 13/69, BVerfGE 31, 297, 302; BVerfG (Senat) vom 3.7.2000 – 1 BvR 945/00, BVerfGE 64, 208, 213 ff.; BAG vom 29.11.1967 – GS 1/67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG; *Däubler*, in: *Däubler/Mayer-Maly*, Negative Koalitionsfreiheit, S. 26, 45; MDH/*Scholz*, GG, Art. 9 Rn. 226.

<sup>1209</sup> *Picker*, ZfA 2002, 469, 503 m. Blick auf § 10 Abs. 5 AÜG; *Biedenkopf*, Tarifautonomie, S. 99; *Buchner*, Koalitionsfreiheit, 1964, S. 60 ff; *Zöllner*, RdA 1962, 453, 458; *Schubert*, RdA 2001, 199, 200.

<sup>1210</sup> BAG vom 29.11.1967 – GS 1/67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG; BAG vom 21.1.1987 – 4 AZR 486 und 547/86, AP Nr. 46 und 47 zu Art. 9 GG mit zust. Anm. *Scholz*; *Biedenkopf*, Gutachten zum 46. DJT, S. 97, 133; *Franzen*, RdA 2001, 1, 10; *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1688ff. a.A.: *Dorndorf*, AuR 1988, 1 ff.

<sup>1211</sup> *Däubler*, BB 2003, 1643 ff. zufolge darf der Sondervorteil 200 % des Mitgliedsbeitrags erreichen.

noch nicht tariffähig ist und deshalb auf medienwirksame Arbeitskämpfe verzichten muß.

- 982 Nochmals gesteigerten Schutzes bedürfen Koalitionen wie der VGB: Zu den hohen Hürden auf dem Weg zur Gewerkschaftseigenschaft kommt hinzu, daß er überhaupt erst von der Legalität und Legitimität seiner Existenz und Betätigung überzeugen muß. Selbst nach dem Urteil des BAG zur Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer gilt dies fort: Zum einen muß auch dieses Urteil erst unter den Gewerkschaftsarbeitnehmern bekannt werden. Zum anderen müssen außerrechtliche Zweifel an der Vereinbarkeit einer VGB-Mitgliedschaft mit den besonderen Verhältnissen des Gewerkschaftsarbeitsverhältnisses überwunden werden. Auch wenn die arbeitgebenden Gewerkschaften die Legalität des VGB nicht mehr angreifen können – die materielle Legitimität eines solchen Verbands, die Vereinbarkeit von VGB-Mitgliedschaft und Loyalitätspflichten u.ä. sind Zweifelsfelder, auf denen der VGB mehr als andere Gewerkschaften auf Werbung angewiesen ist.

### **bb. Information über Betätigung und Ziele**

- 983 Anders als die Mitgliederwerbung dient die Information über Betätigung und Ziele dazu, Mitgliedern, potentiellen Mitgliedern und der Öffentlichkeit die Koalition vorzustellen. Auch dies unterfällt dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG.

### **c. Grundsätzliche Grenzen der Werbefreiheit des VGB**

#### **aa. Kollision von Grundrechten konkurrierender Koalitionen**

- 984 Das Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG gilt zwar vorbehaltlos und ist nicht auf einen Kernbereich beschränkt, aber es räumt dem VGB keinen inhaltlich unbegrenzten und unbegrenzten Handlungsspielraum ein<sup>1212</sup>. Eine Einschränkung der Koalitionsfreiheit kann durch Grundrechte Dritter gerechtfertigt sein<sup>1213</sup>. In diesen Fällen werden die Grenzen zulässiger Werbung überschritten, wenn sie mit unlauteren Mitteln erfolgt<sup>1214</sup>. Unlauter sind insbesondere Werbemaßnahmen, die auf Unwahrheiten beruhen, beleidigend oder hetzerisch sind<sup>1215</sup>.

<sup>1212</sup> BAG vom 13.5.1998 – 7ABR5/97, zu III.2., NZA 1999, 158.

<sup>1213</sup> BVerfG (Senat) vom 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, zu B.I.3.b), BVerfGE 93, 352, 359; BAG vom 29.11.2001 – 4 AZR 762/00 zu C.I.3.a), EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 mit Anm. *Rieble*; BAG vom 31.1.1995 – 1 ABR 35/94, zu B.II.2.b), AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>1214</sup> BAG vom 31.5.2005 – 1 AZR 141/04, zu I.2.b)aa), NZA, 2005, 1182.

<sup>1215</sup> BAG, a.a.O.

Kollidierende Grundrechte können die der umworbenen Arbeitnehmer, **985** die des Arbeitgebers, aber auch diejenigen einer konkurrierenden Koalition sein. Der Wettbewerb unter konkurrierenden Koalitionen ist kein rechtsfreier Raum. Daß auch die „Brudergewerkschaften“ des DGB untereinander über Zuständigkeitsbereiche streiten und dabei zu „handfesteren Formen der Auseinandersetzung“ greifen, hat bereits den BGH beschäftigt<sup>1216</sup>. Das BAG hat 2005 im Konkurrenzkampf zwischen der DPG und der DBB entschieden, daß zulässige Werbung nicht auf die Existenzvernichtung der konkurrierenden Gewerkschaft gerichtet sein darf und daß unsachliche, in keinerlei Zusammenhang mit der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen stehende Angriffe gegenüber Konkurrenzorganisationen unterbleiben müssen<sup>1217</sup>. Letzteres wird für den VGB in der Auseinandersetzung mit ver.di nicht unmittelbar relevant: Ver.di ist keine mit dem VGB konkurrierende Gewerkschaft, ver.di hat in den Betrieben des DGB-Verbunds keine berechtigten Organisationsinteressen, da sie nur eine bloße Vereinsmitgliedschaft anbieten könnte. Dennoch muß das Verbot der unlauteren Mittel und der auf Existenzvernichtung abzielenden Agitation für ver.di erst recht gelten. Wenn ver.di noch nicht einmal ein eigenes berechtigtes Werbeinteresse hat, darf dies nicht dazu führen, daß ver.di weitergehende Agitationsrechte zugestanden werden. Umgekehrt darf der VGB darauf hinweisen, daß ver.di keine Gewerkschaft für Gewerkschaftsbeschäftigte sein kann und daß dies an der mangelnden Gegnerunabhängigkeit liegt.

In jedem Fall muß die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung und **986** das Gewicht der entgegenstehenden Rechtsgüter abgewogen werden<sup>1218</sup>. Sofern die kollidierenden Grundrechte einen Gesetzesvorbehalt aufweisen, bedarf die Koalitionsbetätigung grundsätzlich einer Rechtsgrundlage, d.h. erforderlich ist die Ausgestaltung der Koalitionsbefugnisse durch den Gesetzgeber.

Eine Rückausnahme bildet der insoweit fortgeltende Kernbereichsschutz: **987** Die Nichterfüllung des Ausgestaltungsauftrags durch den Gesetzgeber geht hier nicht zu Lasten der Koalitionen, weil sonst bei einem Verlust unerläßlicher Befugnisse Art. 9 Abs. 3 GG vollständig zurückträte. Insofern haben die Gerichte eine praktische Konkordanz der kollidierenden Frei-

---

<sup>1216</sup> BGH vom 6.10.1964 – 6 ZR 176/63, BGHZ 42, 210 = AP Nr. 6 zu § 54 BGB; *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1784 ff.

<sup>1217</sup> BAG vom 31.5.2005 – 1 AZR 141/04, zu I.2.b)aa), NZA, 2005, 1182 im Anschluß an: BAG vom 14.2.1967 – 1 AZR 494/65, zu 2.a), AP Nr. 10 zu Art. 9 GG.

<sup>1218</sup> BVerfG (Senat) vom 24.2.1999 – 1 BvR 123/93, zu B.II.2.b)aa), AP Nr. 18 zu § 20 BetrVG 1972.

heiten herzustellen, d.h. beiden zu möglichst hoher Wirksamkeit zu verhelfen<sup>1219</sup>.

- 988 Dabei gilt dies auch in umgekehrter Richtung: Eine DGB-Gewerkschaft muß sich als Arbeitgeber reiner Schmähkritik am VGB enthalten. Will etwa eine DGB-Gewerkschaft verhindern, daß der VGB unter ihren Arbeitnehmern Mitgliedern gewinnt, so darf sie weder behaupten, ver.di wäre die zuständige Gewerkschaft für Gewerkschaftsarbeitnehmer noch dürfte sie dem VGB vorwerfen, er wolle die DGB-Gewerkschaften vernichten. Beide Behauptungen sind nicht nur unwahr, sondern auch eine gezielte Behinderung der Organisationsarbeit des VGB mit unlauteren Mitteln. Dem VGB stünden Unterlassungsansprüche aus § 1004 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG zu<sup>1220</sup>.

### bb. Negative Koalitionsfreiheit und Persönlichkeitsrechte der Gewerkschaftsarbeitnehmer

- 989 Gewerkschaftliche Werbung am Arbeitsplatz kann gegen die aus Art. 9 Abs. 3 GG folgende<sup>1221</sup> negative Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer verstoßen. Diese schützt aber nicht vor jeglichen Lebensäußerungen der Koalitionen. Das BAG löst die Grundrechtskollision mit der Formel vom „Verbot des Bedrängens der Arbeitskameraden, soweit es über gütliches Zureden hinausgeht“<sup>1222</sup>. Eine Koalition der Gewerkschaftsarbeitnehmer wird auf andere Probleme stoßen als die DGB-Gewerkschaften. Jene geraten an die Grenze zum Bedrängen, wenn sie moralischen Druck auf die Nichtorganisierten ausüben, weil diese durch staatliche Erstreckung der Tarifverträge oder durch Bezugnahme Klauseln die Früchte des gewerkschaftlichen Kämpfens und Verhandeln genießen, ohne durch Gewerkschaftsbeiträge und Arbeitskampfteilnahme dazu beigetragen zu haben<sup>1223</sup>. Solange z.B. der VGB noch keine Tarifverträge ab-

<sup>1219</sup> BAG vom 25.1.2005 – 1 AZR 657/03, zu II.1a, AP Nr. 123 zu Art. 9 GG; BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, SAE 1998, 237 m. Anm. Rieble; Dörrwächter, Tendenzschutz, S. 184 f.

<sup>1220</sup> Zur Anwendbarkeit von § 1004 BGB auf Art. 9 Abs. 3 GG: BAG vom 31.5.2005 – 1 AZR 141/04, zu I.2.b)aa), NZA, 2005, 1182; BAG vom 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887.

<sup>1221</sup> H.M.: BVerfG (Senat) vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 367; BVerfG vom 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, BVerfGE 55, 7, 21 ff.; BVerfG (Senat) vom 1.10.1987 – 2 BvR 1178, BVerfGE 77, 1, 62; BAG GS vom 29.11.1967 – GS 1/67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG; Brock, Betätigung, S. 126; MDH/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 253; a.A.: LAG Brandenburg vom 10.3.1992 – LVG 1/96, DB 1992, 1145; Säcker, Grundprobleme, S. 36.

<sup>1222</sup> BAG vom 14.2.1967 – 1 AZR 494/65, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG; Zöllner, SAE 1967, 112; Däubler, Gewerkschaftsrechte, Rn. 324 ff.

<sup>1223</sup> Zur Beschimpfung als Schmarotzer: Däubler, a.a.O.

geschlossen hat, stellt sich für ihn dieses Trittbrettfahrerproblem von vornherein nicht.

Die häufigsten Gründe gegen einen Beitritt sind in diesem Fall eher die Annahme, der VGB könne nichts bewegen resp. sei nicht stark genug, oder umgekehrt, der VGB könnte die arbeitgebenden Gewerkschaften wie „an Nasenringen durch die Tarifarena“<sup>1224</sup> ziehen, was mit der Loyalität eines Gewerkschaftsarbeitnehmers nicht zu vereinbaren sei. Diese Meinungen hat der VGB zu respektieren, darf ihnen aber argumentativ entgegentreten und dabei auch moralischen Druck ausüben. 990

So handelt es sich noch nicht um ein unzulässiges Bedrängen, wenn dem Beitrittsunwilligen vor Augen geführt wird, daß er dadurch dem VGB den auf ihn entfallenden Teil des Organisationspotentials entziehe und damit die Durchsetzungsfähigkeit mindere. Die Bundesregierung gesteht z.B. der IG Metall zu, es handele sich um einen erlaubten Werbegag, in einem Flugblatt die Arbeitnehmer vor die Wahl zu stellen, entweder auf die materielle Teilhabe an Erfolgen der IG Metall zu verzichten oder ihr beizutreten<sup>1225</sup>. Wenn es nicht unsachlich ist, die Möglichkeit zu unterschlagen, als Nichtorganisierter über Bezugnahmeklauseln tarifliche Leistungen zu erhalten, kann es auch nicht unsachlich sein, wenn der VGB den Beitritt als einzige Möglichkeit ausweist, um faire Arbeitsbedingungen durchzusetzen oder Verschlechterungen entgegenzuwirken. Der VGB darf aber ebensowenig wie andere Gewerkschaften mit „mobbing“ oder gar rechtswidrigen Repressalien drohen. 991

Demgegenüber vertritt *Däubler* eine Eskalationstheorie. Danach dürfen Organisationsunwillige durchaus „geschnitten“ oder „scheel angesehen“ werden, weil organisierte Arbeitnehmer sich gleiches gefallen lassen müßten<sup>1226</sup>. Werden also VGB-Mitglieder als Nestbeschmutzer beschimpft, dürften sie nach *Däublers* Keil-Klotz-Theorie<sup>1227</sup> auf gleicher Ebene antworten – etwa mit der Titulierung als „Arbeitgeberknecht“<sup>1228</sup>. Dem ist entgegenzuhalten, daß es in einer Auseinandersetzungssituation regelmäßig schwierig ist, wer mit dem unzulässigen Bedrängen angefangen hat. Daran ein Gegenschlagsrecht anstelle des justizförmigen Verfahrens zu 992

<sup>1224</sup> *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 34, 41.

<sup>1225</sup> BT-Drucks. VI/2271, S. 1 ff.

<sup>1226</sup> *Däubler*, a.a.O.

<sup>1227</sup> *Däubler*, a.a.O. Rn. 324 wendet dieses Prinzip auch auf die Auseinandersetzung mit den Arbeitnehmern an, ausdrücklich zum „grober Klotz auf groben Keil“ für die Auseinandersetzung mit der Arbeitgeberseite: Rn. 333.

<sup>1228</sup> Dazu, daß die DAG sich zwar im Koalitionswettbewerb „angebliche“ Gewerkschaft nennen lassen muß, nicht aber „Arbeitgeberknecht“: LAG München vom 7.7.1987 – 6 Sa 611/85, LAGE Nr. 8 zu Art. 9 GG.

setzen, gefährdet in unnötiger Weise den Betriebsfrieden. Gerade der Sachverhalt der Entscheidung des LAG Hamm vom 17.11.2000, welches einschränkend der Eskalationstheorie zuneigt, zeigt, zu welcher Aufschaukelung die Eskalationstheorie führt<sup>1229</sup>.

- 993 Neben der negativen Koalitionsfreiheit kann auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht zum Tragen kommen. Dies sogar ausschließlich, wenn nicht zum Beitritt aufgefordert wird, sondern das Verhalten einzelner Arbeitnehmergruppen angegriffen wird. So verhält es sich etwa, wenn eine Gruppe von Arbeitnehmern einen Unterbietungswettbewerb in Gang setzt: Auch bei Gewerkschaften wird um Standorte gestritten, z.B. diejenigen der Bildungsstätten. Erklären sich die Arbeitnehmer zu Arbeitszeitverlängerung und Lohnverzicht bereit, um den Standort zu erhalten und vielleicht noch die Aufgaben einer zu schließenden Bildungsstätte zu übernehmen, so darf der VGB dies kritisieren. Die vorrangige Aufgabe der Koalitionen besteht gerade darin, durch assoziative Selbsthilfe ihre Arbeitskraft zu bündeln und vermittels dieser Kartellwirkung auf die Arbeitgeberseite einzuwirken. Wer in egoistischer Weise den Erhalt des eigenen Arbeitsplatzes über die Koalitionsdisziplin stellt, muß sich gefallen lassen, scharf kritisiert zu werden.
- 994 Stellt die DGB Rechtsschutz GmbH bei Referendaren während deren Wahlstation die Arbeitsleistung über die Ausbildungszwecke, darf der VGB die Referendare dazu auffordern, sich dem zu widersetzen oder eine angemessene Vergütung zu verlangen. Dringt der VGB damit nicht durch – etwa weil der Rechtsreferendar wegen einer in Aussicht gestellten Übernahme sich nicht gegen die DGB Rechtsschutz GmbH zu stellen wagt, darf der VGB den Betreffenden deswegen in den Grenzen sachlicher Kritik auch vor der Belegschaft angreifen.
- 995 Weil bei den DGB-Gewerkschaften die Arbeitsbedingungen überwiegend durch Betriebsvereinbarungen mit Gesamtbetriebsräten geregelt werden, hat die Kritik an der Arbeit der Gesamtbetriebsratsmitglieder bei den DGB-Gewerkschaften besonderes Gewicht. Hier sind die Gesamtbetriebsräte funktional direkte Konkurrenten des VGB, weil sie den DGB-Gewerkschaften ermöglichen, die Arbeitsbedingungen umfassend durch „Kollektivvertrag“ zu regeln – nur eben ohne Streik und ohne unabhängigen Vertragspartner. Es kann dem VGB nicht verwehrt sein, die Gesamtbetriebsvereinbarung vehement anzugreifen. Sowohl ihr Inhalt als auch ihr Zustandekommen dürfen mit Mitteln der Polemik auf den Prüfstand gestellt werden. Dementsprechend zulässig sind z.B. der offene Brief des VGB an die ver.di-GBR-Mitglieder *Franke, Block* und *Rösch* sowie die dort in

---

<sup>1229</sup> LAG Hamm vom 17.11.2000 – 10 TaBV 55/00, BeckRS 2000 30459682.

Bezug genommenen Interview-Aussagen des VGB-Vorsitzenden über die möglichen Beweggründe für das Verhalten eines Teils nicht näher genannter GBR-Mitglieder im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung um das neue ver.di-Vergütungssystem<sup>1230</sup>.

Soweit ein Sachzusammenhang besteht und solange es sich nicht um bloße Spekulationen handelt, können dabei auch Karriere, Persönlichkeit, Vergütung und Verhalten der Gesamtbetriebsratsmitglieder sowie ihre möglichen Motivationen hervorgehoben werden. Wer sich als Betriebsratsmitglied darauf einläßt, sich an der umfassenden Regelung der Arbeitsbedingungen zu beteiligen, muß sich Ähnliches gefallen lassen wie die Verantwortlichen einer konkurrierenden Organisation. Wenn hinsichtlich des Tarifvertrags mit Jenoptik über die CGM behauptet werden darf, sie sei „ein Werkzeug in der Hand der Arbeitgeber“<sup>1231</sup>, so kann ein solcher Vorwurf gegenüber Betriebsräten nicht verboten werden, und zwar ohne daß es bei diesen wertenden Behauptungen auf die Beweisbarkeit ankommt. Nicht mehr von der Koalitionsbetätigungsfreiheit gedeckt sind nur „grob unwahre“ oder „in hetzerischer Weise“ getätigte Äußerungen oder solche, die auf die Vernichtung des Gegners angelegt sind<sup>1232</sup>.

### cc. Gegenrechte der arbeitgebenden Gewerkschaft

VGB und arbeitgebende Gewerkschaft sind im Verhältnis zueinander keine konkurrierenden Organisationen, o. § 2B.II.2.d.aa.[1], Rn. 87. Die Werbefreiheit des VGB findet aber ihre Grenzen im Tendenzschutz als Ausformung der Koalitionsfreiheit der arbeitgebenden Gewerkschaft, Art. 9 Abs. 3 GG. Desweiteren kann sich die arbeitgebende Gewerkschaft wie andere Arbeitgeber auf ihr Eigentumsrecht und hinsichtlich des Zugangs zum und Aufenthalts im Betrieb auf Art. 13 GG<sup>1233</sup> berufen. Diese Grundrechte sind gegen die Koalitionsbetätigungsfreiheit abzuwägen<sup>1234</sup>.

Daß die DGB-Gewerkschaften Existenz und Betätigung des VGB für überflüssig halten, mag ihren Arbeitgeberinteressen entsprechen – rechtlich geschützt ist dieses Fernhalte-Interesse der Gewerkschaften nicht: Verfassungsrechtlich kommt den Gewerkschaften keine Autonomie wie

<sup>1230</sup> VGB, offener Brief vom 8.7.2007 [beim Autor].

<sup>1231</sup> ArbG Stuttgart vom 12.9.2003 – 15 BV 250/96, NZA-RR 2004, 1025; krit. *Rieble*, BB 2004, 885, 887.

<sup>1232</sup> BAG vom 14.2.1967 – 1 AZR 494/65, BAGE 19, 217, 226 ff.

<sup>1233</sup> Zum Betrieb als Wohnung i.S.d. Art. 13 GG bejahend die h.M.: BVerfG (Senat) vom 13.10.1971 – 1 BvR 280/66, BVerfGE 32, 54, 71; BAG vom 14.2.1967 – 1 AZR 494/65, BAGE 19, 217, 225; *Kraft*, AuR 1961, 230, 231; *Klosterkemper*, Zugangsrecht, 1980, S. 71 ff., 113 ff.; krit. S. 60 f.

<sup>1234</sup> BAG vom 14.2.1967 – 1 AZR 494/65, BAGE 19, 217, 226 ff.; *Klosterkemper*, Zugangsrecht, 1980, S. 104.

den Kirchen gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WmRV zu. Die DGB-Gewerkschaften dürfen nicht selbst darüber bestimmen, in welchem Umfang sie die Werbetätigkeit einer Koalition mit ihrer Eigenart und ihrem Wirken für vereinbar halten.

Begrenzt wird die Koalitionsbetätigung einer Gewerkschaftsarbeitnehmerkoalition durch den Tendenzschutz der arbeitgebenden Gewerkschaft aus Art. 9 Abs. 3 GG<sup>1235</sup>. Im Unterschied zu Art. 137 Abs. 3 WmRV fehlt es dort zwar an einem Gesetzesvorbehalt, schrankenlose Grundrechte können aber nicht schwächer schützen als Verfassungsbestimmungen, die ausdrücklich einschränkende Gesetze zulassen. Anders als bei kirchlichen Arbeitgebern, die sich auf ein Selbstbestimmungsrecht berufen können, kollidieren bei dem Konflikt von Tendenzschutz und Koalitionsfreiheit zwei gleichrangige Grundrechte, o. § 2B.II., Rn. 75 ff., und nicht die arbeitgebende Gewerkschaft, sondern das Gericht entscheidet, ob die Koalitionsbetätigung mit der Tendenz zu vereinbaren ist. Wenn selbst die Kirchen in gewissem Umfang dulden müssen, daß ihre Arbeitnehmer in ihren Einrichtungen für Gewerkschaften werben, so gilt dies erst recht für die Gewerkschaften, wenn sie selbst Arbeitgeber sind.

- 999 Daß die Koalitionen nur in ihrer Tendenz geschützt sind und daß dieser Schutz begrenzt ist, nutzt ver.di, wenn sie selbst die Arbeitnehmer von anderen arbeitgebenden Koalitionen organisieren will, z.B. Arbeitgeberverbänden und konkurrierenden Koalitionen<sup>1236</sup>. Will man dies nicht von vornherein für unzulässig halten<sup>1237</sup>, tritt in solchen Fällen zu der Gegnerschaft im Verhältnis der anderen Koalition zu ver.di noch hinzu, daß ver.di ohnehin schon Gegner bzw. Konkurrent ist. Aus diesem doppelten Spannungsverhältnis folgen erhebliche Tendenzkonflikte: Will ver.di bei Arbeitnehmern eines Arbeitgeberverbands, der längere Arbeitszeiten fordert, allgemein für die 35-Stunden-Woche werben, so berührt das die Tendenz des Arbeitgeberverbands, wenn dieser für die 42-Stunden-Woche kämpft.

Die Werbung einer reinen Gewerkschaftsarbeitnehmerkoalition bei arbeitgebenden Gewerkschaften wird hingegen oftmals tendenzindifferent sein. Fordert der VGB für die Arbeitnehmer der DGB-Gewerkschaften nur, was diese auch gegenüber anderen Arbeitgebern durchsetzen wollen, so

<sup>1235</sup> *Klosterkemper*, Zugangsrecht, 1980, S. 153, S. 80 zu § 118 BetrVG.

<sup>1236</sup> Insoweit ein Betätigungs- und sogar Koalitionsrecht überhaupt verneinend: *Dietz/Richardi*, BetrVG, § 118 Rn. 66; *Nikisch*, Arbeitsrecht I, S. 445 ff.; *Neumann-Duesberg*, BB 1973, 949 ff.; *Rüthers*, NJW 1978, 2066 ff.; *Klosterkemper*, Zugangsrecht, 1980, S. 152; a.A. zu Recht: *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, § 246 Rn. 67.

<sup>1237</sup> *Joswig*, Betätigung, S. 66; *Klosterkemper*, Zugangsrecht, 1980, S. 152.

bestärkt dies sogar die Tendenz der arbeitgebenden DGB-Gewerkschaften. Solche tendenzindifferente Werbung ist ohne Rückgriff auf den Tendenzschutz zu betrachten: Will der VGB über das Postverteilungssystem oder Intranet einer Gewerkschaft die Gewerkschaftsarbeitnehmer über ihre Rechte informieren oder führt ein VGB-Mitglied während der Arbeitszeit mit Nichtorganisierten Informationsgespräche, so betrifft dies vorwiegend die Nutzung von Arbeitgebereigentum, den ungestörten Arbeitsablauf<sup>1238</sup> oder den Betriebsfrieden<sup>1239</sup>. Insofern wiegen Interessen der arbeitgebenden Gewerkschaft nicht leichter, aber auch nicht schwerer als diejenigen anderer Arbeitgeber.

Unerlässlich und damit auch von den Gewerkschaften als Arbeitgeber hinzunehmen, ist die Koalitionswerbung durch die Mitglieder der werbenden Koalition außerhalb der Arbeitszeit aber im Betrieb. Für darüber Hinausgehendes gilt nach Aufgabe der Kernbereichslehre: Je wichtiger die jeweilige Werbung für die Koalition ist, desto stärker darf sie die Grundrechte des Arbeitgebers beeinträchtigen. Beispielhaft seien aus der Vielfalt an Kollisionsmöglichkeiten einige herausgegriffen: **1000**

#### **d. Beispielsfälle**

##### **aa. Inhalt der Agitation: Angriffe auf die Tendenz**

Von hohem Wert sind Berichte und Kommentare zu Vorgängen im Betrieb und zum Verhalten des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern, weil solche Informationen die umworbenen Arbeitnehmer direkt betreffen. Der Arbeitgeber ist hinsichtlich der Arbeitsbedingungen der direkte Gegenspieler der Arbeitnehmer und der Koalition. Dementsprechend effektiv ist gewerkschaftliche Werbung, wenn der VGB die Arbeitnehmer darüber informieren kann, daß sich die arbeitgebende Gewerkschaft ihnen gegenüber rechtswidrig, ungerecht oder zumindest unbillig verhält, z.B. durch Einbehalt von Entgeltbestandteilen als Zwangsdarlehen. **1001**

Auch für eine Koalition der Gewerkschaftsarbeitnehmer gilt das Verbot unsachlicher Angriffe<sup>1240</sup>, Beleidigungen und übler Nachrede. Die Auseinandersetzung mit der Gegenseite darf aber mit Schärfe geführt werden – ob Polemik zweckdienlich ist, mag die Koalition selbst beurteilen, recht- **1002**

<sup>1238</sup> *Klosterkemper*, Zugangsrecht, 1980, S. 125.

<sup>1239</sup> *Klosterkemper*, Zugangsrecht, 1980, S. 124.

<sup>1240</sup> Allgemein: BAG vom 14.2.1967 – 1 AZR 494/65, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG; LAG München vom 15.11.1977 – 5 TaBV 34/77, DB 1978, 894, *Däubler*, Gewerkschaftsrechte, Rn. 329 ff.

lich verboten ist sie nicht<sup>1241</sup>. „Äußerungen mit beleidigendem Charakter, Ungezogenheiten und Derbheiten“ eines Gewerkschaftssekretärs sowie Flugblätter „in scharfem Ton und mit in aggressiver Weise vorgetragener Kritik am Verhalten des Arbeitgebers“ rechtfertigen nach Ansicht des LAG Hamm kein Hausverbot für diesen Gewerkschaftssekretär<sup>1242</sup>.

- 1003** Grundsätzlich gewerkschaftsfeindlich oder gegen den DGB-Verbund darf die Agitation des VGB nicht ausgerichtet sein. Schon bei nicht-Tendenzunternehmen darf die Gewerkschaft keine Arbeitskämpfe zur Vernichtung des Arbeitgebers führen. Eine entsprechende Agitation ist unzulässig. Das gilt erst recht, wenn der Arbeitgeber eine Gewerkschaft ist, mithin ein Unternehmen, das unter dem besonderen Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG steht.
- 1004** Eine gewerkschaftsfeindliche Einstellung ist von VGB-Beauftragten nicht zu erwarten, da der VGB selbst eine Koalition ist, die sich sogar zur Tendenz des DGB bekennt. Der Gegensatz zwischen dem VGB und dem DGB-Standpunkt besteht darin, daß der VGB für den „zweiten Weg“ bei den Gewerkschaften eintritt. Darin liegt aber keine gewerkschafts- oder DGB-feindliche Agitation, sondern ein legitimes Ziel des VGB. Nur wenn den Gewerkschaften wie den Kirchen ein Selbstbestimmungsrecht zukäme, könnten sie verlangen, daß die VGB-Beauftragten sowohl die Agitation dagegen als auch diejenige für den zweiten Weg aufgeben<sup>1243</sup>.
- 1005** Problematisch wäre die Agitation gegen die tarif- und sozialpolitische Tendenz der arbeitgebenden Gewerkschaft: Schon für Verträge zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeber über die Unternehmenspolitik in nicht-Tendenzbetrieben – sofern sie überhaupt für zulässig gehalten werden<sup>1244</sup>

<sup>1241</sup> So auch *Däubler*, a.a.O., Rn. 332.

<sup>1242</sup> LAG Hamm vom 17.11.2000 – 10 TaBV 55/00, rechtskräftig, BeckRS 2000 30459682.

<sup>1243</sup> LAG Düsseldorf vom 8.9.1975 – 4 Sa 1024/75, EzA Art. 9 GG Nr. 31; *Dütz*, *Betätigung*, S. 44, 46 f., 66; *Jurina*, FS Broermann, S. 797, 825; *Mayer-Maly*, BB 1979, 632, 633; *Richardi*, *Kirche*, § 11 Rn. 49; a.A. zur Reichweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts: *Ruland*, *Gutachten*, S. 68, 91; *Herschel*, *Kirche*, S. 32 ff.

<sup>1244</sup> Dafür: *Däubler*, *Arbeitsrecht* 1, S. 169 ff., 589 ff.; *Däubler*, *Mitbestimmung*, S. 185 ff., 325 ff.; *Hensche*, *AuR* 1971, 38; *Jahnke*, *Tarifautonomie*, S. 82 ff.; *Koller*, *ZfA* 1978, 48 ff.; *Nagel*, *Unternehmensmitbestimmung*, S. 138; *Rieth*, *Tarifvertrag*, S. 26 ff.; *Runggaldier*, *Kollektivvertragliche Mitbestimmung*, S. 122 ff., 345 ff.; *Säcker*, *JahrbArbR* 12 (1975), 55 ff.; *Weiss*, FS Vetter, S. 295 ff.; a.A.: *Beuthien*, *ZfA* 1984, 1 ff.; *Biedenkopf*, *Vereinbarungsbefugnis*, S. 114, 156 ff.; *Hölters*, *Schuldrechtliche Abreden*, S. 43, 152; *Rüthers*, *Tarifmacht*, S. 32; *Scholz*, *ZfA* 1981, 293 ff.; *Söllner*, *JahrbArbR* 16 (1979), 28; *Vollmer*, *DB* 1979, 355.

– gilt nicht das TVG<sup>1245</sup> und sie sind nicht erstreikbar<sup>1246</sup>. Dennoch soll es den Gewerkschaften regelmäßig möglich sein, auch Kausalfaktoren wie Investitionen, Preispolitik etc. zu beeinflussen und vorgebliche Sachzwänge in Frage zu stellen, weil sie sonst ihren Schutzauftrag nicht erfüllen könnten<sup>1247</sup>. Demgegenüber stehen auch die unternehmerischen Entscheidungen der arbeitgebenden Gewerkschaft unter Tendenzschutz. Dieser soll die Koalitionen gerade vor tendenzwidriger Einflußnahme durch ihre Arbeitnehmer schützen, o. § 2B.III.2.b., Rn. 8. Dennoch darf der Koalitionswerbung dadurch keine zu enge Grenze gezogen werden. Der Tendenzschutz richtet sich gegen die Inanspruchnahme gesetzlicher Rechte der Arbeitnehmer und ihrer Kollektivvertretungen, die direkt auf die Umsetzung der Tendenz einwirken. Die bloße Meinungsbildung resp. die zu Werbezwecken geäußerte Kritik verhindert, anders als die erzwingbare Mitbestimmung, die Umsetzung der Tendenz nicht. Allenfalls wenn die Gewerkschaftsarbeitnehmerkoalition zu konkreten Tendenzblockademaßnahmen auffordert, kann ihr Agitationsrecht eingeschränkt sein.

Erst recht geht die Werbefreiheit dem Tendenzschutz vor, wenn die Arbeitsbedingungen bei der arbeitgebenden Gewerkschaft untrennbar mit der Tendenz verknüpft sind. Beschließt z.B. der DGB den klassischen gewerkschaftlichen Rechtsschutz aufzugeben und stattdessen eine DGB-eigene Anwalts GmbH zu betreiben, so handelt es sich um einen tiefgreifenden Einschnitt in das Leistungsportfolio. Die Organisationsentscheidung für eine „Rechtsanwalts-gesellschafts mbH“ hat erhebliche Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen der Rechtsschutzsekretäre<sup>1248</sup>. Dem VGB kann nicht verboten werden, solche Entscheidungen massiv zu kritisieren und eine Beibehaltung der bisherigen Rechtsschutz-

<sup>1245</sup> *Stockmann*, Partizipation, S. 255; allgemein für bloß schuldrechtliche Tarifverträge: BAG vom 29.11.1967 – GS 1/67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG; *Biedenkopf*, Tarifautonomie, S. 17 ff.; *Gamillscheg*, Differenzierung, S. 95; *Hölters*, a.a.O., S. 151; *Rieth*, a.a.O., S. 32 ff.

<sup>1246</sup> *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, § 243 Rn. 15; *Beuthien*, ZfA 1984, 23; *Vollmer*, Unternehmensverfassungen, S. 111, 144; *Richardi*, *JahrbArbR* 13 (1976), 33 ff.; a.A.: ArbG Gelsenkirchen vom 13.3.1998 – 3 Ca 3173/97, EzA Art. 9 GG Nr. 130; *Wiedemann*, Einleitung Rn. 443 ff.; in die gleiche Richtung: *Däubler*, ZfA 1973, 201, 213 ff.; *Weyand*, AuR 1991, 65 ff.; *Säcker*, Grundprobleme, S. 58 ff., 75 ff.; *Hueck/Nipperdey*, II/2, S. 1010; *Kempen/Zachert*, Grundlagen, Rn. 99 ff.

<sup>1247</sup> *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, § 243 Rn. 15, § 260 Rn. 18. *Weiss*, FS Vetter, S. 298 und *Säcker*, *JahrbArbR* 12 (1975), 57 rechnen dies sogar zum Kernbereich der gewerkschaftlichen Betätigung. Hingegen für einen tarifautonomiefreien Kernbereich unternehmerischer Entscheidungsfreiheit: *Wiedemann*, RdA 1986, 235 ff.; *Beuthien*, ZfA 1984, 12 f.; *Meik*, Tarifautonomie, S. 95 ff.

<sup>1248</sup> VGB-Information für Mitglieder IV./Juli 2004, S. 1.

organisation zu fordern; der VGB würde als Koalition der Gewerkschaftsarbeitnehmer ungläubwürdig, wenn er dazu schwiege.

### bb. Allgemeines Zutrittsrecht der Koalitionen

- 1007** Der VGB ist eine wachsende Koalition, die noch nicht in allen Betrieben des DGB-Verbands vertreten ist. Wo sie bereits Mitglieder hat, treffen diese überwiegend auf Widerstand der arbeitgebenden Gewerkschaft. Bisher haben die DGB-Gewerkschaften jede Zusammenarbeit mit dem VGB verweigert. Von besonderer Bedeutung ist für den VGB daher die Frage, ob VGB-Beauftragte Zugang zu den Gewerkschaftsbetrieben verlangen können, um dort unter der Belegschaft um Mitglieder zu werben.
- 1008** Für die Koalition geht es darum, professionell geschulte, erfahrene und vom Arbeitgeber in keiner Weise abhängige Werber einsetzen zu können, statt auf ihre Mitglieder im Betrieb und deren freiwilliges, überobligatorisches Engagement<sup>1249</sup> sowie ihr amateurhaftes Potential als Werber<sup>1250</sup> verwiesen zu sein. *Säcker*<sup>1251</sup> meint sogar, die Verweigerung des Zutrittsrechts sei eine „exogene Spaltung der Gewerkschaftsführung von ihrer Basis“. Dem stehen zwar Art. 13 und 14 GG des Arbeitgebers gegenüber, deren Gewicht allerdings nur abgeschwächt in die Abwägung eingehen soll: Weil der Arbeitgeber seinen Betrieb den Arbeitnehmern öffne, sei bei Art. 13 GG nicht die häusliche, intime Rückzugssphäre betroffen. Daraus folge ein geringeres Schutzbedürfnis<sup>1252</sup>. Weil der Betriebsinhaber nach Ansicht des BVerfG „das Betreten der Räume durch Behördenbeauftragte nicht als einen Eingriff in sein Hausrecht empfindet“<sup>1253</sup>, meint *Säcker*, gleiches gelte auch bei Gewerkschaftsbeauftragten<sup>1254</sup>.
- 1009** Rechtsgrundlage des allgemeinen, nicht aus § 2 BetrVG folgenden, Zutrittsrechts ist Art. 9 Abs. 3 GG<sup>1255</sup>. Insbesondere die ehemalige DGB-

<sup>1249</sup> Dazu, daß Gewerkschaften keinen Anspruch gegen ihre Mitglieder auf Werbung im Betrieb haben: *Säcker*, AuR 1979, 39, 40; *Dütz*, FS Hilger/Stumpf, S. 99, 110; *Brock*, Betätigung, 2002, 224; *Schwerdtner*, SAE 1980, 113, 114.

<sup>1250</sup> Unzureichende Eignung der Mitglieder als Werber: *Herschel*, Kirche, S. 26 f.; *Ruland*, Gutachten, S. 54 f.

<sup>1251</sup> *Säcker*, Zutrittsrecht, S. 5; zustimmend *Ruland*, Gutachten, S. 56.

<sup>1252</sup> BVerfG (Senat) vom 17.2.1981 – 2 BvR 384/78, BVerfGE 32, 54, 75 f.; *Brock*, Betätigung, S. 214; *Ruland*, Gutachten, S. 48 f., 60; *Reuter*, ZfA 1976, 107, 154 f.; *Säcker*, Zutrittsrecht, 1975, S. 37 ff.; a.A.: *Klosterkemper*, Zugangsrecht, S. 71 ff.

<sup>1253</sup> BVerfG (1. Senat) vom 13.10.1971 – 1 BvR 280/66, BVerfGE 32, 54, 75.

<sup>1254</sup> *Säcker*, Zutrittsrecht, S. 39.

<sup>1255</sup> BVerfG (Senat) vom 30.11.1965 – 2 BvR 54/62, BVerfGE 19, 303, 313 f., 321 ff.; BAG vom 11.11.1968 – 1 AZR 16/68, zu 4.a), AP Nr. 14 zu Art. 9 GG; *Bulla*, BB 1975, 197, 890; *Hueck/Nipperdey*, II/2, S. 1325; *Rüthers*, RdA 1968, 161 ff.;

Gewerkschaft ÖTV hat die Rechtsansicht vertreten, es bestehe ein Anspruch, Angestellten oder Beauftragten zu Werbe- und Agitationszwecken in die Betriebe schicken zu dürfen<sup>1256</sup>. Allerdings verneinte das BVerfG im Volmarsteinbeschluß ein Zutrittsrecht jedenfalls für kirchliche Betriebe, in denen die Gewerkschaft vertreten ist und demzufolge durch ihre Mitglieder werben kann. Ohne Rechtsgrundlage, die den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts in Art. 140 i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WmRV genüge, müsse sich die Gewerkschaft damit begnügen, durch ihre Mitglieder im Betrieb zu werben<sup>1257</sup>.

Das BAG hat 2006 die Aufgabe der Kernbereichstheorie durch das BVerfG – nach richtiger Ansicht unberechtigterweise<sup>1258</sup> – zum Anlaß genommen, ein Zutrittsrecht von betriebsexternen Gewerkschaftswerbern grundsätzlich zu bejahen<sup>1259</sup>. Nachdem nunmehr der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit nicht mehr auf den Kernbereich beschränkt ist, gelte für das Zutrittsrecht, daß die Betätigungsfreiheit mit den Rechten des Arbeitgebers in einen angemessenen Ausgleich zu bringen ist. Danach hängt es nunmehr von den Umständen des Einzelfalls ab, ob Externe ein Zutrittsrecht haben, welche Voraussetzungen gelten<sup>1260</sup> und inwieweit der Arbeitgeber Störungen des Betriebsfriedens oder der Arbeitsabläufe hinnehmen muß<sup>1261</sup>.

Für die Kirchen als Arbeitgeber ändert die Aufgabe der Kernbereichstheorie nichts daran, daß die Gewerkschaften in kirchlichen Einrichtungen und Betrieben nur durch ihre Mitglieder werben dürfen<sup>1262</sup>. Wie *Richardi* zutreffend ausführt, können weder Gesetzgeber noch die Gerichte die kirchenspezifischen Voraussetzungen festlegen, von denen die

---

*Säcker*, Zutrittsrecht, S. 23; a.A. *Mayer-Maly*, Anm. AP Nr. 10, 11 zu Art. 9 GG; *Zöllner*, SAE 1967, 110; für § 2 BetrVG als Rechtsgrundlage auch des allgemeinen Zutrittsrechts: *Brox*, BB 1965, 1323 ff.; dagegen *Däubler*, Gewerkschaftsrechte, Rn. 258 m.w.N.

<sup>1256</sup> Vgl. das Gutachten von *Ruland*, Gutachten, S. 69 ff., 94, welches sich die ÖTV im Verfahren 2 BvR 384/78 zu eigen gemacht hat, BVerfG (Senat) vom 17.2.1981 – 2 BvR 384/78, SAE 1981, 257 ff. m. Anm. *Scholz*.

<sup>1257</sup> BVerfG, a.a.O.; gegen eine Bindungswirkung gem. § 31 BVerfGG im außerkirchlichen Bereich: *Brock*, Betätigung, S. 211 ff.

<sup>1258</sup> *Richardi*, Anm. zu BAG vom 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, AP Nr. 127 zu Art. 9 GG.

<sup>1259</sup> BAG vom 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, AP Nr. 127 zu Art. 9 GG.

<sup>1260</sup> Vgl. BVerfG (Senat) vom 13.10.1971 – 1 BvR 280/66, BVerfGE 32, 54, 75 f.; *Klosterkemper*, Zugangsrecht, 1980, S. 117 f.; zu Auswahl und Anzahl der Beauftragten und zur Unterrichtung des Arbeitgebers: *Däubler*, Gewerkschaftsrechte, Rn. 437 ff.

<sup>1261</sup> *Ruland*, Gutachten, S. 61.

<sup>1262</sup> *Thüsing*, Anm. II zu BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, EzA Art. 9 GG Nr. 60.

Kirche die Betätigung eines betriebsfremden Gewerkschaftsbeauftragten abhängig machen kann<sup>1263</sup>. Die Gewerkschaften dürfen nach wie vor nur durch ihre Mitglieder in den kirchlichen Einrichtungen werben, weil diese gegenüber der Kirche zu besonderer Loyalität verpflichtet sind und somit ein kirchenfeindlicher Einfluß wirksam unterbunden werden kann<sup>1264</sup>.

- 1012** Die Gewerkschaften als Arbeitgeber können sich, anders als Wirtschaftsunternehmen, auf ihren durch Art. 9 Abs. 3 GG vermittelten Tendenzschutz berufen, hingegen nicht wie die Kirchen auf ein Selbstbestimmungsrecht. Für das Zutrittsrecht von VGB-Beauftragten kommt es somit darauf an, ob gerade der Tendenzschutz einem solchen Zutrittsrecht entgegensteht. Dieser schützt nicht einen Herr-im-Haus-Standpunkt, sondern das spezifisch gewerkschaftliche Wahren und Fördern der Arbeitsbedingungen. Das aber wird nicht beeinträchtigt, wenn VGB-Beauftragte gewerkschaftliche Betriebe betreten und dort für den VGB werben: Die Glaubwürdigkeit der DGB-Gewerkschaften wird durch eine Tätigkeit von VGB-Beauftragten eher gestärkt, weil damit der Gegensatz zwischen dem, was die DGB-Gewerkschaften fordern und ihrem Verhalten gegenüber den eigenen Mitarbeitern verringert wird. Eine auf Vernichtung des DGB gerichtete Einstellung der VGB-Beauftragten ist nicht ersichtlich.
- 1013** Der VGB muß sich nicht darauf verweisen lassen, durch betriebsangehörige VGB-Mitglieder zu werben, die infolge ihrer Vereinsmitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft besonders auf deren Ziele verpflichtet sind. Die Betriebsbesuche durch VGB-Beauftragte sind auch nicht nur wegen der Mitgliederwerbung unerlässlich: Indem VGB-Beauftragte regelmäßig die Betriebe des DGB-Verbunds besuchen, können sie zeigen, daß der VGB hinreichend leistungsfähig ist, um Inhalte der von ihm angestrebten Tarifverträge an den betrieblichen Erfordernissen zu orientieren und um die Einhaltung der Tarifverträge zu überwachen.

### **cc. Verbot der Indienstnahme des sozialen Gegenspielers**

- 1014** Schon für nicht-Tendenzbetriebe gilt, daß der Arbeitgeber der werbenden Koalition nicht sein Eigentum zur Verfügung stellen muß<sup>1265</sup>. Ein Anspruch der werbenden Koalition verstieße, anders als die betriebsverfassungsrechtliche Kostentragungspflicht, gegen Art. 14 GG und das Prinzip der Gegnerunabhängigkeit. Für den VGB gilt das Verbot der Indienstnahme des sozialen Gegenspielers für die eigenen Werbemaßnahmen ebenso wie für die arbeitgebende Gewerkschaft, wenn diese in Be-

<sup>1263</sup> *Richardi*, Kirche, § 11 Rn. 33, S. 161; ähnlich *Klosterkemper*, Zugangsrecht, 1980, S. 162 ff.

<sup>1264</sup> *Richardi*, Kirche, § 11 Rn. 33, S. 161.

<sup>1265</sup> *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, § 239 Rn. 155.

trieben ihrer sozialen Gegenspieler wirbt. Hinsichtlich des Ge- und Verbrauchs von Arbeitgeberigentum und Arbeitszeit zu Koalitionswerbungszwecken ist vieles streitig, insbesondere nach Aufgabe der Kernbereichslehre. Das Anbringen von Anstecknadeln oder Aufklebern auf dem Eigentum des Arbeitgebers, insbesondere auf der Dienstkleidung, war nach der Rechtsprechung des BAG verboten<sup>1266</sup>. Soweit ersichtlich, haben die gewerkschaftlichen Arbeitgeber aber bisher keine Dienstkleidung ausgegeben. Jedenfalls auf ihrem Propagandamaterial, z.B. IG Metall-Fahnen, darf der VGB keine – auch keine kleinen – VGB-Embleme anbringen. Das verstieße nicht nur gegen Art. 14 GG, sondern auch gegen Art. 9 Abs. 3 GG, weil es zur Tendenzfreiheit der arbeitgebenden Gewerkschaft gehört, abschließend das Aussehen ihres eigenen Propagandamaterials zu bestimmen.

Ansonsten genießen die Gewerkschaften keinen weitergehenden Schutz **1015** als andere Unternehmen. Daß ihr Eigentum aus Mitgliedschaftsbeträgen bezahlt wurde und gemeinnützigen Zielen dient, rechtfertigt keine Privilegierung gegenüber Eigentum, das dem Profitstreben dient. Ähnliches gilt für die Frage, ob die Arbeitnehmer Arbeitszeit aufwenden dürfen, um zu werben oder sich bewerben zu lassen<sup>1267</sup>.

Bisher schon waren die Koalitionen befugt, betriebliche Anschlagbretter **1016** zu benutzen<sup>1268</sup>. Wollte der Arbeitgeber ihnen dies untersagen, mußte er an anderer, zentraler Stelle im Betrieb Gelegenheit zur Plakatwerbung bieten<sup>1269</sup>. Selbst die Kirchen haben kein Recht auf Vorzensur der Werbeplakate<sup>1270</sup>. Für die Gewerkschaften als Arbeitgeber folgt aus dem Tendenzschutz nichts anderes.

<sup>1266</sup> BAG vom 23.2.1979 – 1 AZR 172/78, AP Nr. 30 zu Art. 9 GG m. zust. Anm. *Mayer-Maly; Richardi*, FS G. Müller, S. 415, 430 ff.; heftige Kritik: *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 254 (lächerlich); *Däubler*, Gewerkschaftsrechte, Rn. 370 (kleinlich); *Hanau*, ArbRdGgw 17 (1980), 37, 54 (Schikane).

<sup>1267</sup> Werbung nur außerhalb der Arbeitszeit: BAG vom 14.2.1967 – 1 Bv Ta 1/57, EzA Nr. 2 zu Art. 9 GG; BAG vom 13.11.1991 – 5 AZR 74/91, AP Nr. 7 zu § 611 BGB Abmahnung; *Hahn*, Betätigung, S. 273; *Dütz*, Betätigung, S. 48; *Rüthers*, RdA 1968, 161; offener: BVerfG (Senat) vom 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, EzA Nr. 60 zu Art. 9 GG; *Schulte-Westenberg*, NJW 1997, 375, 376; *Brock*, Betätigung, S. 182 ff.

<sup>1268</sup> BAG vom 14.2.1978 – 1 ABR 46/77, EzA Nr. 25 zu Art. 9 GG; *Caspar*, Gewerkschaften im Betrieb, S. 109; *Hahn*, Betätigung, S. 270; a.A. GK- BetrVG/Kraft, § 2 Rn. 89.

<sup>1269</sup> *Dütz*, Betätigung, S. 38; *Richardi*, Kirche, § 11 Rn. 53.

<sup>1270</sup> *Richardi*, a.a.O.

- 1017** Der VGB darf gewerkschaftliche Meinungsumfragen im Betrieb durchführen<sup>1271</sup>; die VGB-Mitglieder dürfen außerhalb ihrer Arbeitszeit zu Werbezwecken Gewerkschaftszeitungen und Informationsmaterial im Betrieb verteilen<sup>1272</sup>. Hingegen hatten sie nach überkommener Rechtsprechung keinen Anspruch darauf, das vom Arbeitgeber zu dienstlichen Zwecken eingerichtete Postverteilungssystem zu nutzen<sup>1273</sup>. Ebenso verhält es sich nunmehr hinsichtlich der betrieblichen Telefonanlage, dem Intranet und der Internetanschlüsse<sup>1274</sup>.
- 1018** Eine Sonderkonstellation bietet die Nutzung des dienstlichen Internetanschlusses zu Zwecken der Koalitionswerbung. Häufig gestattet der Arbeitgeber, den betrieblichen Internetanschluß auch außerhalb der Arbeitszeit privat zu nutzen, weil dadurch regelmäßig – wenn überhaupt – nur geringe Mehrkosten entstehen. Daraus wird gefolgert, der Arbeitgeber könne die Koalitionswerbung nicht untersagen<sup>1275</sup>. Jedenfalls aber dann, wenn der Arbeitgeber den Empfang von privaten E-Mails zugelassen hat, kann auch die werbende Gewerkschaft diesen Kommunikationsweg nutzen.
- 1019** Propagiert eine arbeitgebende Gewerkschaft allgemein die Zulässigkeit von Koalitionswerbung über betriebliche Kommunikationsnetzwerke, liegt darin nicht zugleich die Gestattung im eigenen Betrieb. Die Internetnutzung gestattet der Arbeitgeber durch eine an seine Arbeitnehmer gerichtete Willenserklärung. Was die Gewerkschaft in Informationsschriften oder Gewerkschaftssekretäre in Schriftsätzen vertreten, richtet sich aber erkennbar nicht an ihre eigenen Arbeitnehmer.

#### **dd. Werbung durch VGB-Mitglieder**

- 1020** Auch und gerade die VGB-Mitglieder dürfen im Betrieb für den VGB werben – dies gehört zu ihrer individuellen Koalitionsfreiheit. Der Umfang und die Grenzen ihrer individuellen Betätigungsgarantie reichen nicht weiter als bei der kollektiven Betätigungsgarantie. Der Arbeitgeber muß wildes Werben ebensowenig dulden wie wilde Streiks. Es müssen aber die allgemeinen Grenzen eingehalten werden, d.h. Störungen des Betriebsfriedens und des Arbeitsablaufs sind zu vermeiden und die arbeits-

<sup>1271</sup> Allgemein: *Brock*, *Betätigung*, S. 181.

<sup>1272</sup> BAG vom 14.2.1967 – 1 AZR 494/65, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG; BAG vom 23.2.1979 – 1 AZR 540/77, AP Nr. 29 zu Art. 9 GG; *Hahn*, *Betätigung*, S. 267; *Brock*, *Betätigung*, S. 165.

<sup>1273</sup> BAG vom 23.9.1986 – 1 AZR 597/85, NZA 1987, 164; a.A.: *Däubler*, DB 1998, 2014, 2016.

<sup>1274</sup> *Brock*, *Betätigung*, S. 178 ff.; a.A.: *Däubler*, DB 1998, 2014, 2016.

<sup>1275</sup> *Brock*, *Betätigung*, S. 180.

vertraglichen Pflichten müssen erfüllt werden. Hinsichtlich der Frage, ob die VGB-Mitglieder während der eigenen Arbeitszeit für den VGB werben dürfen, gelten keine Besonderheiten. Außerhalb der Arbeitszeit dürfen aber Gewerkschaftszeitungen an Mitglieder verteilt<sup>1276</sup>, Mitglieder befragt und Vertrauensleute gewählt werden<sup>1277</sup>.

Sind die Gewerkschaftsarbeitnehmer zugleich Mitglied in der arbeitgebenden Gewerkschaft und im VGB, so ergibt sich daraus nicht Abweichendes: Die Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft ist bloß eine Gastmitgliedschaft, o. § 3B.II.3., Rn. 277 ff. Zwar gibt es kein Betätigungsrecht gegen die eigene Koalition, die arbeitgebende Gewerkschaft ist hier aber nur in ihrer Rolle als Arbeitgeber und nicht als Koalition betroffen<sup>1278</sup>. 1021

Es verstößt auch nicht gegen die Loyalitätspflichten aus dem Arbeitsverhältnis, sich durch das Tragen eines VGB-Abzeichens an der eigenen Kleidung zum VGB zu bekennen und dies äußerlich zu demonstrieren. Dies gilt auch für die Tendenzträger: Auch wenn die arbeitgebende Gewerkschaft den dritten Weg propagiert, den VGB für überflüssig hält und danach strebt, den VGB aus ihren Betrieben fernzuhalten, ist dies nur Bestandteil ihrer Personalpolitik, gehört aber nicht zu der Tendenz. Anderes gilt nur für Tendenzträger, die gerade Personalverantwortung tragen oder die Personalpolitik gegenüber der Öffentlichkeit vertreten müssen. So kann eine Gewerkschaft von ihrem Pressesprecher erwarten, daß er, während er Journalisten die gegen den VGB gerichtete Personalpolitik der Gewerkschaft erklärt, keine VGB-Abzeichen trägt. Insofern folgt aus dem Tendenzschutz der arbeitgebenden Gewerkschaft ein Rücksichtnahmegebot. 1022

Auch für VGB-Mitglieder gilt, daß die arbeitgebende Gewerkschaft ihr Direktionsrecht nicht koalitionsfeindlich ausüben darf. Wollen die Rechtsschutzsekretäre wie am 3.3.2004 in Berlin die Tagung des Aufsichtsrats der DGB Rechtsschutz GmbH durch eine Demonstration beeinflussen, so muß die Rechtschutz GmbH als Arbeitgeberin bei Urlaubs- 1023

<sup>1276</sup> Dafür jedenfalls nach Aufgabe der Kernbereichstheorie: *Brock*, *Betätigung*, S. 196 f.; *MünchArbR/von Hoyningen-Huene*, § 302 Rn. 26; zuvor schon: *Richardi*, FS G. Müller, S. 413, 434 ff.; *Kunze*, FS 25 Jahre BAG, S. 315, 323; *Caspar*, *Gewerkschaften im Betrieb*, S. 113; *Hanau*, *ArbRdGggw* 17 (1980), 37, 52; a.A.: BAG vom 23.2.1979 – 1 AZR 540/77, AP Nr. 29 zu Art. 9 GG m. krit. Anm. *Konzen*; *Galperin/Löwisch*, *BetrVG*, § 2 Rn. 66.

<sup>1277</sup> *Brock*, *Betätigung*, S. 205 ff.; *Dieter*, *Vertrauensleute*, S. 68 ff.; *Pfarr*, AuR 1978, 290, 294; *Zachert*, AuR 1979, 358; a.A.: BAG vom 8.12.1978 – 1 AZR 303/77, EzA Nr. 28 zu Art. 9 GG; *von Hoyningen-Huene*, *AR-Blattei SD Koalitionsfreiheit I* Rn. 146.

<sup>1278</sup> BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, AP Nr. 87 zu Art. 9 GG.

anträgen die Teilnahme durch Verlagerung der Arbeit ermöglichen, soweit keine betrieblichen Gründe entgegenstehen, § 4C.II.1., Rn. 636.

### **ee. Demonstrationen und öffentliche Kampagnen**

- 1024** Der VGB kann wie jede Gewerkschaft und Koalition von allen Argumentationsmitteln Gebrauch machen, die der demokratische Rechtsstaat einräumt. So hat der VGB bereits mehrfach öffentliche Demonstrationen veranstaltet. Desweiteren kann der VGB Unterschriftensammlungen durchführen und die Öffentlichkeit auf dem Weg der Presse, des Rundfunks und des Fernsehens von seiner Meinung informieren<sup>1279</sup>.

### **ff. An Mitglieder der arbeitgebenden Gewerkschaften gerichtete Agitation**

#### **[1] Unterschriften gegen Personalabbau**

- 1025** Der VGB könnte versuchen, Druck auf die DGB-Gewerkschaften auszuüben, indem er die Gewerkschaftsmitglieder und insbesondere die Betriebsräte auf die Situation der Gewerkschaftsarbeitnehmer hinweist und an deren Solidarität appelliert. Dazu könnte er z.B. bei Gewerkschaftstagen, von DGB-Gewerkschaften veranstalteten Streiks und Demonstrationen oder in direkter Ansprache die Gewerkschaftsmitglieder zu einer Unterschrift gegen den Personalabbau bei den DGB-Gewerkschaften auffordern. Die Mitglieder könnten dabei auf ihr eigenes Interesse an einer hinreichenden Personaldecke bei den Gewerkschaften erinnert werden und hätten aufgrund ihrer Marktmacht gegenüber den Gewerkschaften ein erhebliches Druckpotential.
- 1026** Eine ähnliche Kampagne hatte die GdP gestartet, indem sie in Polizeibehörden die Bürger aufforderte, gegen Stellenstreichungen zu unterschreiben. Das BAG hat diese Art der Agitation allerdings untersagt<sup>1280</sup>. Das BAG hat zunächst bestätigt, daß unter die Koalitionsbetätigungsfreiheit auch Aktionen der Gewerkschaften fallen, die nicht auf Mitgliederwerbung oder auf den Abschluß von Tarifverträgen gerichtet sind, sondern mit denen personalpolitische Forderungen gegenüber dem Arbeitgeber

<sup>1279</sup> BAG vom 7.6.1988 – 1 AZR 372/86, zu A.I.3., AP Nr. 106 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; LAG Rheinland-Pfalz vom 5.3.1986 – 1 Ta 50/80, LAGE Nr. 26 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; für den Streik mit rundfunkpolitischer Zielsetzung: LAG München vom 19.12.1979 – 9 Sa 1015/79, NJW 1980, 957; *Löwisch*, RdA 1982, 73 ff.; a.A. *Mückenberger*, KJ 1980, 258 ff.; *Perels*, FS Richard Schmid, S. 141 ff.

<sup>1280</sup> BAG vom 25.1.2005 – 1 AZR 657/03, AP Nr. 123 zu Art. 9 GG.

vertreten werden sollen<sup>1281</sup>. Jedenfalls die Forderung nach der Vermeidung von Stellenabbau betrifft auch in hinreichender Weise den von Art. 9 Abs. 3 GG umfaßten sachlichen Schutzbereich<sup>1282</sup> und fällt damit in die Kompetenz einer Gewerkschaft: Der Erhalt der Arbeitsplätze und der Schutz vor Arbeitsverdichtung infolge Personalabbau betrifft die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten unmittelbar. In der anschließenden Abwägung hat das BAG allerdings nicht dem behördlichen Hausrecht<sup>1283</sup> das größere Gewicht gegenüber der Koalitionsbetätigungsfreiheit eingeräumt, sondern dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung<sup>1284</sup>.

Ob nicht auch das Hausrecht und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb resp. die dahinterstehenden Grundrechte bei einem Wirtschaftsunternehmen einer solchen Koalitionsbetätigung entgegenstünden, mag dahinstehen. Es ist aber davon auszugehen, daß jedenfalls auch der für die arbeitgebende Gewerkschaft streitende Tendenzschutz aus Art. 9 Abs. 3 GG vom BAG über das Koalitionsbetätigungsrecht des VGB gestellt würde, wenn dieser die Unterschriftenliste in Gewerkschaftshäusern auslegen oder von Rechtsschutzsekretären bei der Mandatsbetreuung an Mitglieder aushändigen ließe. 1027

Andererseits hat das BAG wesentlich auf die Widmung der Polizeigebäude zum bestimmungsgemäßen Gebrauch abgestellt und damit indirekt zum Ausdruck gebracht, daß bei einer Verteilung der Flugblätter außerhalb der Dienstgebäude die Koalitionsbetätigungsfreiheit überwiegt. Dementsprechend könnte der VGB sämtliche Verteilungswege wählen, bei denen nicht die Gewerkschaftshäuser oder die Gewerkschaftsarbeitnehmer während ihrer dienstlichen Verrichtungen zur Verteilung eingesetzt werden. 1028

## [2] Werbung in Zeitschriften des Bund-Verlags

Ein weiteres Mittel, um unter den Mitgliedern und Funktionären der DGB-Gewerkschaften für den VGB zu werben, wäre dabei eine Anzeigenkampagne in Zeitschriften des Bund-Verlags. Allerdings ist wegen der Haltung des DGB zum VGB zweifelhaft, ob der Bund-Verlag ein solches Angebot annähme. 1029

Ein Kontrahierungszwang besteht zivilrechtlich grundsätzlich nicht und kann auch aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht ohne weiteres hergeleitet werden. 1030

<sup>1281</sup> BAG, a.a.O., zu II.1.a).

<sup>1282</sup> A.A. Höfling/Burkiczak, Anm. AP Nr. 123 zu Art. 9 GG.

<sup>1283</sup> Dazu Höfling/Burkiczak, Anm. AP Nr. 123 zu Art. 9 GG, zu 5. m.w.N.

<sup>1284</sup> BAG vom 25.1.2005 – 1 AZR 657/03, zu II.1.a)-b), AP Nr. 123 zu Art. 9 GG.

Immerhin halten *Löwisch/Rieble* in Monopolsituationen einen koalitionsrechtlichen Kontrahierungszwang für möglich: Die einzige örtliche Tageszeitung oder die Post dürfe Aufträge von Koalitionen, die sich auf die Sach- und Zielwerbung beziehen, nicht ohne sachlichen Grund zurückweisen. Allerdings gebe es auch unter Berücksichtigung des Abwägungspostulats in der Mitgliederwerbeentscheidung<sup>1285</sup> keinen absoluten Vorrang der Koalitionsfreiheit gegenüber der Freiheit des allgemeinen Wirtschaftsverkehrs, weshalb ein gewerkschaftskritischer Verleger eine Anzeige der HBV zu Fragen des Ladenschlusses ablehnen dürfe. Ähnliches muß für den Bund-Verlag hinsichtlich der VGB-Anzeige gelten:

- 1031** Der Bund-Verlag genießt selbst Tendenzschutz und kann sich auf die Gewährleistungen aus Art. 5 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 3 GG berufen. Ein Kontrahierungszwang griffe in diese Grundrechte ein. Zwar hat das BVerfG in der Antizigarettenwerbeentscheidung wesentlich berücksichtigt, daß der Eingriff weniger schwer wiegt, weil ersichtlich nicht der Hersteller vor den eigenen Produkten warnt. Übertragen auf den Koalitionswerbefall legt dies den Schluß nahe, der Eingriff durch den Kontrahierungszwang sei dadurch abgemildert, daß aus der Anzeige der VGB als Autor hervorgeht und somit eine Unterstützung des VGB durch den Bund-Verlag nicht impliziert sei. Die Übertragbarkeit der Tabakwarnentscheidung auf diesen Fall ist aber zweifelhaft: Anders als der Zigarettenkunde geht der Leser einer Zeitschrift eher davon aus, daß sämtliche Inhalte auf einer positiven Entscheidung des Verlags beruhen, den jeweiligen Artikel oder die Anzeige zu drucken. Ein Kontrahierungszwang wäre also mit den Grundrechten ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Eingriff in die Rechte des Bund-Verlags.

### **gg. Verteidigung der Agitationsfreiheit gegen Angriffe der arbeitgebenden Gewerkschaften**

- 1032** Die Phase von der Koalitionsbildung bis zum anerkannten Tarifpartner ist traditionell diejenige, in der die Koalitionen am stärksten Gegenpropaganda ausgesetzt sind, auf die eigene Werbung angewiesen sind und sich der Angriffe auf ihre Werbefreiheit erwehren müssen. Aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt, daß ihnen die Rechtsordnung dazu effektive Mittel zur Verfügung stellen muß<sup>1286</sup>. Selbst solange der VGB nur eine bloße

<sup>1285</sup> BAG vom 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, NZA 1996, 381.

<sup>1286</sup> BGH vom 6.10.1989 – 5 ZR 152/88, NJW 1990, 186; BAG vom 26.4.1988 – 1 AZR 399/86, AP Nr. 101 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter Aufgabe früherer Rechtsprechung; *Scholz*, SAE 1985, 33, 34 ff. Für Art. 11 EMRK hat sich die EKMR entsprechend geäußert. Der EuGHMR hat die Frage offengelassen: EuGHMR vom 6.2.1976 – 5589/72 – Schmidt & Dahlström, EuGRZ 1976, 62, 64 unter Nr. 38.

Koalition ist, heißt das nicht, daß ihm z.B. zur Abwehr diffamierender Anwürfe der DGB-Gewerkschaften nicht der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten offen stünde. Sofern § 2 Nr. 1 und 2 ArbGG tariffähigen Verbänden vorbehalten werden soll, ist dies nur bei Streitigkeiten um Tarifverträge oder unerlaubte Handlungen im Zusammenhang mit Arbeitskämpfen gerechtfertigt. In Fragen der Koalitionsagitiation hingegen ist durch verfassungskonforme Auslegung des § 2 Nr. 2 Alt. 2 ArbGG die Diskriminierung der bloßen Koalitionen zu vermeiden<sup>1287</sup>.

So konnte der VGB sich schützend vor seine Mitglieder stellen und gegen den Unvereinbarkeitsbeschluß der GdED (nunmehr: transnet) sowie Ausschluß- und Kündigungsandrohungen vorgehen<sup>1288</sup>. Soweit es um den Schutz seines Rufs vor diffamierenden Äußerungen oder unwahren Behauptungen geht, kann sich der VGB wehren und vor den ordentlichen Gerichten einen deliktischen Unterlassungsanspruch geltend machen<sup>1289</sup>. 1033

Wegen der Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG kann der VGB sich auch gegen Abreden der arbeitgebenden Gewerkschaften zur Behinderung gewerkschaftlicher Betätigung mit Dritten zur Wehr setzen. Solche Abreden sind nichtig. Das gilt auch für etwaige Beschlüsse des DGB, daß die DGB-Mitgliedsgewerkschaften VGB-Werbung unterbinden, Einstellung von VGB-Mitgliedern unterlassen und die Unvereinbarkeit von der VGB-Mitgliedschaft mit der Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft beschließen sollen. Der Verstoß einer DGB-Gewerkschaft gegen einen solchen DGB-Beschluß dürfe nicht mit Verbandssanktionen geahndet werden. 1034

Das gilt aber nicht für rechtmäßiges Verhalten der DGB-Gewerkschaften. Dieses wird nicht dadurch rechtswidrig, daß es auf einem kollektiven Beschluß beruht: Darf eine Gewerkschaft die Zusammenarbeit mit dem VGB verweigern, so darf sie sich auch mit den übrigen DGB-Gewerkschaften verabreden, den zweiten Weg ablehnen und keine Präzedenzfälle schaffen. Ebenso wie ein Arbeitgeberverband das Verhalten seiner Mitglieder gegenüber den Gewerkschaften strategisch steuern darf, so können auch die DGB-Gewerkschaften sich auf ein gemeinsames Vorgehen einigen. 1035

---

<sup>1287</sup> Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, § 2 Rn. 25, 38, 48. Gänzlich a.A.: Rohfing/Rewolle/Bader, ArbGG, § 2 Anm. 7 c.

<sup>1288</sup> BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, SAE 1998, 243 m. Anm. Rieble. BVerwG vom 30.7.1990 – 7 B 71/90, NVwZ 1991, 470 für das Verhältnis des Kirchenmitglieds zu seiner Religionsgemeinschaft.

<sup>1289</sup> Zur Abwehr von Kritik an der NGG hinsichtlich des Vorwurfs der Kollaboration mit der Arbeitgeberseite: BVerfG (Kammer) vom 16.7.2003 – 1 BvR 1172/99, NJW 2004, 277.

### 3. Koalitionszweckverfolgung aufgrund spezieller Rechtsgrundlagen

- 1036** Die Koalitionszweckverfolgung besteht ausweislich Art. 9 Abs. 3 GG darin, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum Wohle der Koalitionsmitglieder zu wahren und zu fördern. Agitation und Kommunikation schaffen für diesen Gestaltungsauftrag die Voraussetzungen. Gerade für die gestaltende koalitionsmäßige Betätigung gilt wiederum, daß sie nicht auf einen Kernbereich beschränkt ist, sondern alle „koalitionspezifischen Verhaltensweisen“<sup>1290</sup> umfaßt:

#### a. Rechte aus dem BetrVG

##### aa. Bedeutung für die Koalitionen

- 1037** Der Betriebsrat ist rechtlich<sup>1291</sup> kein „verlängerter Arm der Gewerkschaften“, sondern als gewerkschaftsunabhängiger Repräsentant der Belegschaft verfaßt<sup>1292</sup>. Dem BetrVG liegt das Prinzip der grundsätzlichen Aufgabentrennung und Unabhängigkeit der Betriebspartner von den Koalitionen zugrunde, §§ 2 Abs. 3, 74 Abs. 3, 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG<sup>1293</sup>. Einerseits haben die Koalitionen aus dem BetrVG keine allgemeinen Kontroll- und Überwachungsrechte<sup>1294</sup> und gegenüber dem Betriebsrat auch nur eine Hilfs- und Unterstützungsfunktion<sup>1295</sup>. Verfassungsrechtlich ist der Gesetzgeber zwar nicht gezwungen, den Gewerkschaften Rechte in der Betriebsverfassung zuzuweisen<sup>1296</sup>, soweit dies aber erfolgt, unterfällt

<sup>1290</sup> Explizit: BVerfG (Senat) vom 24.4.1999 – 1 BvR 123/93, zu B.II.1., BVerfGE 93, 352, 358 ff.; BVerfG (Senat) vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, EZA Art. 9 GG Nr. 61 mit Anm. *Thüsing/Müller*.

<sup>1291a</sup> Tatsächlich sind absolute die Mehrheit der Betriebsratsmitglieder und insbesondere der Vorsitzenden Gewerkschaftsmitglieder, Informationsdienst des IW Nr. 39/1990 S. 4 f.

<sup>1291b</sup> Explizit: BVerfG (Senat) vom 24.4.1999 – 1 BvR 123/93, NJW 1999, 2657, zu B.II.1., BVerfGE 93, 352, 358 ff.; BVerfG vom 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 und 1 BvR 897/95, EZA Art. 9 GG Nr. 66; vgl. schon BVerfG vom 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, EZA Art. 9 GG Nr. 60 mit Anm. *Thüsing*; BVerfG (Senat) vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, EZA Art. 9 GG Nr. 61 mit Anm. *Thüsing/Müller*; Gewerkschaftsreport, Heft 3/98, S. 3.

<sup>1292</sup> MünchArbR/*Richardi*, § 241 Rn. 42.

<sup>1293</sup> Begr. zum RegE, BT-Drucks. VI/1786, S. 33 f.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 30, 238, 244; krit.: *Breinlinger/Kittner*, BB 1982, 1933 f.; *Muhr*, AuR 1982, 1, 2 f.

<sup>1294</sup> BAG vom 23.2.1988 – 1 ABR 75/86, AP Nr. 9 zu § 81 ArbGG 1979.

<sup>1295</sup> BAG vom 21.4.1983 – 6 ABR 70/82, zu III.3.b.cc, AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG 1972.

<sup>1296</sup> MünchArbR/*Richardi*, § 241 Rn. 42.

die betriebsverfassungsrechtliche Betätigung zumindest teilweise dem Schutz der Koalitionsbetätigungsfreiheit<sup>1297</sup>.

Jedenfalls in tatsächlicher Hinsicht haben die Wahrnehmung betriebsverfassungsgesetzlicher Rechte und insbesondere der Einfluß der Koalitionen auf die Betriebsratsmitglieder über die Aufstellung von Gewerkschaftslisten bei den Betriebsratswahlen für die im Betrieb vertretenen Koalitionen eine enorme Bedeutung. Ob die diesbezüglichen Rechte einen Ausgleich für die durch die Betriebsverfassung geschaffene Konkurrenz durch Betriebsräte darstellen<sup>1298</sup>, Gesetzeszweck sind oder nur die Gesetzesgenese beschreiben, mag dahinstehen. Dies kann jedoch nicht als Begründung dafür herangezogen werden, nicht tariffähigen, aber im Betrieb vertretenen Koalitionen diese Rechte zu versagen<sup>1299</sup>. Dies zeigt das Beispiel des VGB: Gerade weil die Gewerkschaften mit ihren Gesamtbetriebsräten tarifersetzennde Betriebsvereinbarungen, dazu u. § 6B.III.6., Rn. 1225 ff., geschlossen haben, bevor der VGB gegründet wurde, sind die Gesamtbetriebsräte die Konkurrenten des VGB – weil ver.di nicht gegnerunabhängig ist, sind sie sogar seine einzigen Konkurrenten. 1038

Für nicht tariffähige Koalitionen sind die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte sogar von besonderem Gewicht, da sie zum einen über ihre Präsenz im Betrieb ein Indiz für ihre soziale Mächtigkeit liefern können und in Ermangelung der Rechte aus dem TVG die betriebliche Betätigung eines ihrer wesentlichen Tätigkeitsfelder ist. Insbesondere gilt dies für folgende Beteiligungsmöglichkeiten<sup>1300</sup>: Für den Zutritt zum Betrieb gelten die §§ 2 Abs. 2, 31 und 46 BetrVG. § 2 Abs. 1 BetrVG stellt die Zusammenarbeit mit der Koalition ins pflichtgemäße Ermessen des Betriebsrats. Die §§ 19 Abs. 2 Satz 1, 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG räumen bestimmte Überwachungs- und Kontrollfunktionen ein und die §§ 16, 17 BetrVG gestatten den Koalitionen die Mitgestaltung der Betriebsratswahl. 1039

### bb. Voraussetzungen an die Koalition

Den genannten Rechten steht allerdings der vom BAG vertretene einheitliche Gewerkschaftsbegriff entgegen, demzufolge die betriebsverfassungs- 1040

<sup>1297</sup> Ablehnend für § 46 BetrVG: BVerfG (Senat) vom 27.3.1979 – 2 BvR 1011/78, AP Nr. 31 zu Art. 9 GG; andererseits: BVerfG (Senat) vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG; zum MitBestG: BGH vom 8.7.1982 – III ZR 103/80, AP Nr. 37 zu Art. 9 GG.

<sup>1298</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 246 Rn. 210.

<sup>1299</sup> BAG vom 19.9.2006 – 1 ABR 53/05, zu IV.2.a)bb), NZA 2007, 518; Richardi, BetrVG, 7. Aufl. 1998, § 2 Rn. 49 ff., 55. Keine Repräsentativität bei der Wahl in die Arbeitnehmervertretungskammern: BVerfG (Senat) vom 22.10.1985 – 1 BvL 44/83, BVerfGE 71, 81, 107 ff.

<sup>1300</sup> Umfassend: Ritter, Betätigungsrechte, 1974.

gesetzlichen Rechte nur tariffähigen Koalitionen zustehen sollten<sup>1301</sup>. Darin liegt aber eine verfassungswidrige Diskriminierung: Die Tariffähigkeit stellt nur einen Sachgrund für die unterschiedliche Zuweisung von Koalitionsbefugnissen dar, wenn ein hinreichend enger Bezug zum Tarifvertragssystem besteht<sup>1302</sup>. Zugleich folgt aus der Koalitionsfreiheit, daß werdenden Gewerkschaften nicht die Handlungsrechte vorenthalten werden dürfen, für deren Ausführung sie die notwendigen Voraussetzungen erfüllen<sup>1303</sup>.

- 1041** Das BAG hat seine entgegenstehende Rechtsprechung aktuell erneut bestätigt. In dem Beschluß erläutert es in der Tradition der Begriffsjurisprudenz das Herkommen und die fachsprachliche Bedeutung des Begriffs „Gewerkschaft“, ohne dabei allerdings den bergrechtlichen Gewerkschaftsbegriff zu beachten<sup>1304</sup>. Das vom BAG gegen die sachwidrige Ungleichbehandlung von nicht tariffähigen Koalitionen angeführte Argument, im Rahmen einer typisierenden Betrachtungsweise seien nur im tarifrechtlichen Sinn leistungsfähige und mitgliederstarke Gewerkschaften zur Wahrnehmung der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und der Unterstützungsfunktion in der Lage<sup>1305</sup>, überzeugt ebenfalls nicht. Mitgliederstärke setzt das BetrVG gerade nicht voraus, sondern lässt das Vertretensein im Betrieb durch ein einziges Mitglied ausreichen. Die Teilhabe ist im BetrVG gerade als Recht der Koalition und nicht als Anspruch des Betriebsrats gegen die Koalition ausgestaltet. Wenn es im Belieben der Koalition steht, ob sie diese Rechte wahrnimmt, kann es nicht darauf ankommen, ob sie dazu in der Lage ist.
- 1042** Es ist daher daran festzuhalten, daß bei verfassungskonformer Auslegung differenziert werden muß, welche betriebsverfassungsgesetzlichen Rechte auch eine nicht-tariffähige Koalition wahrnehmen kann. Jedenfalls muß eine Koalition sich in den betrieblichen Gremien artikulieren können.

<sup>1301</sup> St. Rspr. seit BAG vom 6.7.1956 – 1 AZR 18/55, AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1953; insbesondere BAG vom 15.3.1977 – 1 ABR 16/75, zu III.1., AP Nr. 24 zu Art. 9 GG; BAG vom 23.4.1971 – 1 ABR 26/70, zu 1., AP Nr. 2 zu § 97 ArbGG1953; zuletzt BAG vom 19.9.2006 – 1 ABR 53/05, NZA 2007, 518.

<sup>1302</sup> *Buchner*, FS BAG 25, S. 55 ff.; *Dütz*, DB 1996, 2385, 2390; *Eitel*, Ungleichbehandlung, S. 158 ff., 163 ff.; *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1874 ff.; *Schleusener*, NZA 1999, 408, 409; *Wiedemann/Oetker*, TVG, § 2 Rn. 122; *Franzen*, RdA 2001, 1, 7; *Wank/Ramrath*, NZA 1993, 345, 349 ff.

<sup>1303</sup> *Rieble*, BB 2004, 885.

<sup>1304</sup> BAG vom 19.9.2006 – 1 ABR 53/05, zu IV.1. (Rn. 27-35), NZA 2007, 518.

<sup>1305</sup> BAG, a.a.O., zu IV.2.a)bb).

**cc. Tendenzschutz**

Der relative Tendenzschutz des § 118 Abs. 1 BetrVG steht grundsätzlich 1043 den genannten Rechten des VGB nicht entgegen. Anders wäre dies nur, wenn gerade im Hinblick auf das jeweilige Zugangs-, Mitwirkungs- oder Kontrollrecht sich die Beteiligung des VGB auf die Tendenz der arbeitgebenden Gewerkschaft auswirken könnte. Solches ist nicht ersichtlich.

**dd. Antrags- und Teilnahmerecht bei Betriebsversammlungen, §§ 43, 46 BetrVG****[1] Antrags- und Teilnahmerecht des VGB**

Sowohl Antrags- und Teilnahmerecht gemäß § 43 Abs. 4 BetrVG bzw. § 46 1044 BetrVG stehen auch bloßen Koalitionen zu<sup>1306</sup>; ein derart enger Zusammenhang, der die Tariffähigkeit und ihre funktionalen Voraussetzungen erfordert, besteht nicht. Zwar können auf Betriebsversammlungen Fragen der Durchführung tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen behandelt werden und seit Inkrafttreten des BetrVG 1972 alle Angelegenheiten tarifpolitischer Art – sofern sie den Betrieb unmittelbar betreffen<sup>1307</sup>. Dabei handelt es sich aber nur um einen Themenbereich von vielen. In allen übrigen Fragen können auch nicht-tariffähige Koalitionen den Beratungsauftrag erfüllen<sup>1308</sup>.

Die Gefahr eines Wirrwarrs von Koalitionen<sup>1309</sup>, welcher die Funktionsfähigkeit der Betriebsversammlungen gefährden könnte, ist hinzunehmen. 1045 Sollten mehrere Koalitionen die Teilnahme begehren, mag § 46 BetrVG auf eine angemessene Anzahl der am stärksten vertretenen Koalitionen zu beschränken sein. Im Falle des VGB stellt sich dieses Problem nicht: In seinem Organisationsbereich ist der VGB überhaupt die einzige Koalition – abgesehen von der nicht gegnerunabhängigen Scheinkoalition ver.di.

Bei dem Teilnahmerecht aus § 46 BetrVG handelt es sich, anders als bei 1046 § 31 BetrVG, um ein selbständiges, vom Willen des Betriebsrats unabhängiges Recht. Der VGB kann sich darauf berufen, wenn er im Betrieb vertreten ist, also ein Arbeitnehmer der Belegschaft VGB-Mitglied ist.

---

<sup>1306</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 246 Rn. 249.

<sup>1307</sup> Dazu: Galperin/Löwisch, BetrVG, § 45 Rn. 5; Rütters, ZfA 1974, 207, 226.

<sup>1308</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 246 Rn. 249.

<sup>1309</sup> BVerfG (Kammer) vom 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, zu C.2.b.bb), AP Nr. 1 zu Art. 9 GG.

## [2] Einspruch der arbeitgebenden Gewerkschaft gegen den Beauftragten

- 1047 § 46 BetrVG ist gegenüber § 2 Abs. 2 BetrVG eine abschließende Sonderregelung, so daß der Arbeitgeber dem Beauftragten die Teilnahme und den Zugang nicht gemäß § 2 Abs. 2 BetrVG untersagen kann<sup>1310</sup>. Wen er entsendet, kann der VGB frei entscheiden; die Anzahl der Beauftragten steht im Rahmen des Beratungszwecks in seinem Ermessen<sup>1311</sup>, wobei dieses dem Beratungszweck entsprechend auszuüben ist. Ermessensfehlerhaft wäre eine Vielzahl von Beauftragten, um die Stärke des VGB zu demonstrieren. Da sich aber gerade aus der Sondersituation der Gewerkschaften als Arbeitgeber eine Vielzahl von schwierigen Rechtsfragen ergeben, kann im Vergleich zu nicht-Tendenzbetrieben häufiger auch die Entsendung eines zusätzlichen Rechtsexperten ermessengerecht sein<sup>1312</sup>. Den VGB-Beauftragten muß der Zutritt zu den Räumen gestattet werden, in denen die Betriebsversammlung stattfindet<sup>1313</sup>. Dazu hat der VGB der arbeitgebenden Gewerkschaft mitzuteilen, wann und wem der Zugang ermöglicht werden soll<sup>1314</sup>.
- 1048 Der arbeitgebenden Gewerkschaft stehen keine weitergehenden Rechte zu als anderen Arbeitgebern. Sie kann sich wie diese darauf berufen, daß der VGB und seine Beauftragten ihre Rechte nicht „rechtsmißbräuchlich“ ausüben<sup>1315</sup> und die Beauftragten ihr nicht „unzumutbar“ sein dürfen<sup>1316</sup>. Das bedeutet aber nicht, daß ein führender Vertreter des VGB, demgegenüber die arbeitgebende Gewerkschaft Tarifvertragsverhandlungen ablehnt, auch als Gewerkschaftsbeauftragter bei Betriebsversammlungen abgelehnt werden könnte. Nicht zu dulden ist die Teilnahme eines Beauftragten nur, wenn objektiv *ex ante* gerade wegen der Person des Entsandten Störungen im Bereich des Betriebsgeschehens ernstlich zu befürchten sind<sup>1317</sup>, wobei

<sup>1310</sup> ErfKomm/Eisemann/Koch, § 46 BetrVG Rn. 2; FESTL, BetrVG, § 46 Rn. 8; GK-BetrVG/Weber, § 46 Rn. 8 m.w.N.

<sup>1311</sup> FESTL, BetrVG, § 46 Rn. 7; HSWGNR/Worzalla, BetrVG, § 46 Rn. 10; Nikisch, Bd. III, S. 212.

<sup>1312</sup> Allgemein: GK-BetrVG/Weber, § 46 Rn. 6 m.w.N.; freie Wahl der Zahl: DKK/Berg, BetrVG, § 46 Rn. 5.

<sup>1313</sup> Zu § 46 BetrVG als *lex specialis* zu § 2 Abs. 2 BetrVG: DKK/Berg, BetrVG, § 46 Rn. 4; GK-BetrVG/Weber, § 46 Rn. 8 m.w.N.

<sup>1314</sup> GK-BetrVG/Weber, § 46 Rn. 8; Richardi/Annuf, BetrVG, § 46 Rn. 14; a.A. DKK/Berg, BetrVG, § 46 Rn. 4; FESTL, BetrVG, § 46 Rn. 8.

<sup>1315</sup> BAG vom 18.3.1964 – 1 ABR 12/63, AP Nr. 1 zu § 45 BetrVG m. Anm. Dietz; BAG vom 14.2.1967 – 1 ABR 7/66, AP Nr. 2 zu § 45 BetrVG m. Anm. Mayer-Maly = SAE 1967, 242 m. krit. Anm. Bohn.

<sup>1316</sup> Neumann-Duesberg, BB 1965, 1399; Bohn, a.a.O.; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 46 Rn. 12 f.

<sup>1317</sup> BAG vom 14.2.1967 – 1 ABR 7/66, a.a.O.

auch Vorgänge aus der Vergangenheit und außerhalb des Betriebs eine Rolle spielen können<sup>1318</sup>. Daß ein Angestellter gegen eine im Betrieb eingeführte Anwesenheitsprämie einen Artikel im Gewerkschaftsblatt initiiert und fahrlässig, aber nicht leichtsinnig falsche Zahlen dazu geliefert hatte, hinderte seine Teilnahme an einer Betriebsversammlung im nämlichen Betrieb nach Ansicht des BAG nicht<sup>1319</sup>. Zwar war die Anwesenheitsprämie rechtlich zulässig, da man aber von der sozialpolitischen Seite her über die Prämie durchaus verschiedener Meinung sein könne, billigte das BAG der Gewerkschaft weitgehende Kritik zu.

Die Gewerkschaften müssen sich als Arbeitgeber das gleiche Maß an Kritik gefallen lassen wie andere Arbeitgeber; der Tendenzschutz steht dem nicht entgegen, weil die Kritik nicht ihre nach außen gerichtete Tendenzverwirklichung betrifft, sondern ihre Arbeitgeberfunktion. Daß die Kritik ihre Glaubwürdigkeit gegenüber den auf der Betriebsversammlung anwesenden Arbeitnehmern gefährden könnte, fällt in den Verantwortungsbereich der arbeitgebenden Gewerkschaft. Überdies muß für den Ausschluß aus Gründen, die in der Person des Beauftragten liegen, ein strenger Maßstab gelten: Ohnehin gilt während der Betriebsversammlung das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit, so daß von einem gemäßigten Auftreten der Beauftragten auszugehen ist. Überdies kann ihnen während der Betriebsversammlung das Wort entzogen werden. Demgegenüber wäre der Ausschluß unverhältnismäßig. 1049

Anders mag es sich verhalten, wenn der Beauftragte nach objektiven Maßstäben eine Reizfigur für die arbeitgebende Gewerkschaft ist. Sie muß dann darlegen und beweisen, daß die Auswahl dieses Beauftragten ermessensfehlerhaft resp. rechtsmißbräuchlich war. So mag es sich verhalten, wenn nicht die Kompetenz des Beauftragten im Vordergrund steht, sondern die Provokation der arbeitgebenden Gewerkschaften. 1050

### [3] Rederechte des VGB-Beauftragten

Das insoweit auch für die VGB-Beauftragten geltende Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit hindert die VGB-Beauftragten nicht, sachliche Kritik oder für die arbeitgebende Gewerkschaft unangenehme Fakten innerhalb der thematischen Begrenzung des § 45 BetrVG vorzutragen. Der VGB-Beauftragte kann zu einzelnen Tagesordnungspunkten eigenständige Referate halten, die sich aber nach allgemeinen Grundsätzen in einem 1051

---

<sup>1318</sup> BAG vom 14.2.1967 – 1 ABR 7/66, a.a.O.; *Bohn*, a.a.O.; a.A. noch BAG vom 18.3.1964 – 1 ABR 12/63, a.a.O.

<sup>1319</sup> BAG vom 14.2.1967 – 1 ABR 7/66, a.a.O.

zeitlichen Rahmen von 15 Minuten pro Beitrag halten müssen<sup>1320</sup>. Ferner dürfen sie keine Konflikte im Betrieb oder eine Lagerbildung fördern und müssen sich gewerkschaftlicher Mitgliederwerbung enthalten<sup>1321</sup>. Sie dürfen aber über Vorteile berichten, die mit der Gewerkschaftsmitgliedschaft verbunden sind, sowie Arbeit und Ziele der gewerkschaftlichen Vertrauensleute im Betrieb darstellen<sup>1322</sup>. Daß die DGB-Gewerkschaften ihre Version eines „dritten Wegs“ der Zusammenarbeit mit dem VGB vorziehen, steht dem solange nicht entgegen, als die Betriebsversammlung nicht dazu genutzt wird, diese Frage als koalitionspolitischen Gegensatz auszutragen – unzulässig wäre aber die Agitation gegen den dritten Weg.

- 1052** Ähnliches gilt auch hinsichtlich der materiellen Arbeitsbedingungen: Nicht auf die Betriebsversammlung gehört die Darstellung nicht betriebsbezogener Ziele und Strategien der gewerkschaftlichen Tarifpolitik<sup>1323</sup>. Das schließt aber noch nicht aus, daß ein VGB-Beauftragter darauf hinweist, mit dem VGB stehe mittlerweile oder demnächst eine tariffähige Gewerkschaft bereit, um die im Betrieb geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen oder AAB als Regelungsebene der materiellen Arbeitsbedingungen abzulösen. Hier besteht ein konkreter Betriebsbezug und die Information ist für die versammelten Arbeitnehmer von hoher Bedeutung. *Weber*<sup>1324</sup> vertritt allerdings, es sei verboten, „betriebliche Regelungen zugunsten gewerkschaftstaktischer Erwägungen zu vereiteln.“ Hält aber der VGB-Beauftragte die ver.di-Gesamtbetriebsvereinbarung für rechtswidrig, derzufolge die ver.di-Arbeitnehmer einen Teil ihres Entgelts unverzinst und zeitlich unbegrenzt ihrem Arbeitgeber ver.di als Darlehen zur Verfügung stellen müssen, und die Vollzeit Arbeitnehmer gegenüber Teilzeitern diskriminiert, so darf er dies darlegen und auch darauf verweisen. Ob er damit zugleich das Ziel verfolgt, eine Lücke zu schaffen, damit ver.di auf den VGB als Tarifpartner zugeht, ist eine gewerkschaftstaktische Erwägung. Das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit steht dem Beitrag dennoch nicht entgegen, weil die Betriebsverfassung jedenfalls die rechtswidrigen Produkte einer zu vertrauensvollen Zusammenarbeit nicht schützt.

<sup>1320</sup> *Brötzmann*, BB 1990, 1055, 1056; *Mußler/Mead*, NZA 1985, 445 unter Hinweis auf die parlamentarischen Gepflogenheiten, vgl. § 32 GeschO-BT.

<sup>1321</sup> *Brötzmann*, BB 1990, 1055, 1059; *Löwisch/Kaiser*, BetrVG, § 45 Rn. 3; *Richardi/Annuß*, BetrVG, § 46 Rn. 19.

<sup>1322</sup> LAG Düsseldorf vom 10.3.1981 – 11 Sa 1453/80, DB 1981, 1729; *MünchArbR/Joost*, § 312 Rn. 69; *Richardi/Annuß*, BetrVG, § 45 Rn. 19; a.A. noch *Richardi*, BetrVG, § 46 Rn. 17.

<sup>1323</sup> *FESTL*, BetrVG, § 45 Rn. 20; *Löwisch/Kaiser*, BetrVG, § 45 Rn. 3.

<sup>1324</sup> *GK-BetrVG/Weber*, § 46 Rn. 11 a.E.

Anders wiederum im Falle einer rechtmäßigen Betriebsvereinbarung, mit der bei einem Personalüberhang die Personalkosten durch freiwillige Arbeitszeitverringerung mit bloß teilweise Entgeltausgleich reduziert werden sollen: Werben ver.di und der Betriebsrat für die Teilzeioption, weil der gewünschte Erfolg, gesenkte Personalkosten, maßgeblich von einer breiten Akzeptanz der ver.di-Arbeitnehmer abhängt, so wäre ein Boykott-Aufruf dagegen unzulässig. Der VGB-Beauftragte dürfte aber auf einen Interessenausgleich hinweisen, demzufolge betriebsbedingte Kündigungen ausgeschlossen sind und die Arbeitnehmer deshalb abwarten können, ob bei geringer Akzeptanz nicht ein besseres Angebot folgt. Auch das Risiko der Arbeitsverdichtung und unbezahlter Überstunden darf dargestellt werden. 1053

Wenn schwierige Rechtsfragen berührt sind, kann der VGB auch Rechtsexperten zu der Betriebsversammlung mitbringen. Dies hängt nicht davon ab, wie schwierig die arbeitgebende Gewerkschaft die Fragen einschätzt. Jedenfalls aber im Fall der ver.di-Gesamtbetriebsvereinbarung IASP 2003, u. § 6B.III.6.e.bb.[2], Rn. 1250 ff., zu der sich ver.di Rechtsgutachten von *Heither* und von *Hoyningen-Huene* erstatten ließ, liegt das Bedürfnis des VGB auf der Hand, externen Sachverstand hinzuzuziehen. 1054

### ee. Rechte im Zusammenhang mit Betriebsratswahlen

Über das Initiieren von Betriebsratswahlen durch Antrag auf Bestellung eines Wahlvorstands, § 16 Abs. 2 Satz 1 BetrVG, oder in betriebsratslosen Betrieben durch Einladung zu einer den Wahlvorstand wählenden Betriebsversammlung, § 17 Abs. 3 BetrVG, die Entsendung von betriebsangehörigen Gewerkschaftsaufsehern in den Wahlvorstand<sup>1325</sup>, § 16 Abs. 1 Satz 6 BetrVG<sup>1326</sup>, der Bestellung von nichtbetriebsangehörigen Gewerkschaftsbeauftragten in den Wahlvorstand durch das Arbeitsgericht, § 16 Abs. 2 Satz 3 BetrVG<sup>1327</sup>, und die quotenfreien Wahlvorschläge, § 14 Abs. 2 Alt. 2, Abs. 5 BetrVG<sup>1328</sup>, haben die Koalitionen erheblichen Einfluß auf die Betriebsratswahlen, der sich auch in den Wahlergebnissen niederschlägt: Der Organisationsgrad der Betriebsratsmitglieder ist etwa doppelt 1055

---

<sup>1325</sup> Zur Schlüsselstellung des Wahlvorstands vgl.: BAG vom 6.12.2000 – 7 ABR 34/99, AP Nr. 48 zu § 19 BetrVG 1972.

<sup>1326</sup> Zur Funktion als „Beobachter für mehr Transparenz bei der Tätigkeit des Wahlvorstands“: BT-Dr. 11/2503, S. 23, 31; krit.: FESTL, BetrVG, § 16 Rn 42 ff.

<sup>1327</sup> FESTL, BetrVG, § 16 Rn. 65 ff.; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 16 Rn. 66 ff.; *Ritter*, Betätigungsrechte, 1974, S. 114 spricht von einer „Weiterführung des den Gewerkschaften zuerkannten Rechts, die Betriebsratswahl zu erzwingen.“

<sup>1328</sup> BVerfG (Senat) vom 16.10.1984 – 2 BvL 20/82, AP Nr. 3 zu § 19 BPersVG; näher: *Löwisch*, FS Zöllner, S. 847.

so hoch wie der allgemeine<sup>1329</sup>. Neben dem Einfluß auf die personelle Zusammensetzung des Betriebsrats<sup>1330</sup> und damit den Schlüssel zu dessen Kooperation bietet die Wahlwerbung auch die Gelegenheit, unter den Arbeitnehmern den Bekanntheitsgrad der Koalition zu erhöhen. Aus alledem ergibt sich wiederum, was oben allgemein für die Rechte der Koalitionen aus dem BetrVG festgestellt wurde: Gerade bloße Koalitionen sind auf die betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse im allgemeinen und auf die Beteiligung an den Wahlen besonders angewiesen, um ihre Stellung auszubauen und sozial mächtig zu werden<sup>1331</sup>.

- 1056 Ein sachlicher Grund, warum die Beteiligung gerade an den Betriebsratswahlen den tariffähigen Gewerkschaften vorbehalten sein sollte, läge allenfalls vor, wenn sich aus Verfassung oder einfachem Gesetzesrecht eine Entscheidung gegen Koalitionspluralismus entnehmen ließe. So verhält es sich aber gerade nicht, und insbesondere für den VGB greift dieses Argument nicht: Mangels Konkurrenz ist der VGB mit oder ohne Mächtigkeit ein Monopolist. Hier den einheitlichen Gewerkschaftsbegriff zu vertreten, hieße, den Arbeitnehmern der Gewerkschaften ihre einzige überbetriebliche Vertretung zu versagen und sie damit sachwidrig gegenüber Arbeitnehmern anderer Branchen zu diskriminieren. In anderen Branchen gibt es zumindest eine DGB-Gewerkschaft, welche von den §§ 16, 17 BetrVG Gebrauch machen kann.
- 1057 Der Schutzzweck eines großen Teils der Wahlvorschriften<sup>1332</sup> und insbesondere derjenigen, welche die Beteiligung der Koalitionen betreffen, besteht darin, die „Initiativlast der Belegschaft“<sup>1333</sup> zur Errichtung eines sie schützenden Betriebsrats abzuschwächen. Dem liefe es zuwider, wenn nur tariffähige Koalitionen Hilfestellung bieten dürften und, in Ermangelung einer solchen, die Gewerkschaftsarbeitnehmer auf sich allein gestellt blieben bzw. auf ihre Gesamtbetriebsräte hoffen müßten.

<sup>1329</sup> Für 1990: IW, Nr. 39/1990, S. 4 f.

<sup>1330</sup> Zur Stärkung des Einflusses der Gewerkschaften durch das BetrVG-ReformG: *Schiefer/Korte*, NZA 2001, 351.

<sup>1331</sup> MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 246 Rn. 250; mit „harten Bandagen“ im Betriebsratswahlkampf: *Kamphausen*, NZA 1991, 880 ff.

<sup>1332</sup> *Konzen*, RdA 2001, 76, 88.

<sup>1333</sup> Dazu: *Rieble*, ZIP 2001, 133, 135. Zur negativen Mitbestimmungsfreiheit: BAG vom 6.12.2000 – 7 ABR 43/99, Pressemitteilung Nr. 83/00; zu Zwangsbeglückungstendenzen der BetrVG-Reform: *Rieble*, a.a.O.; *Picker*, RdA 2001, 259, 290 („Rekorporierung des Arbeitslebens“); *Schiefer/Korte*, NZA 2001, 351 ff.

## b. Rechte aus dem MitBG und DrittelbG

Das Wahlvorschlagsrecht gemäß § 16 MitBG steht zwar nicht bloß den im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften zu, sondern auch den bloßen Koalitionen<sup>1334</sup>. Da die Gewerkschaften Tendenzunternehmen sind, kommt eine Vertretung durch den VGB nur bei den nicht tendenzgeschützten Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft oder bei freiwilliger Unternehmensmitbestimmung in Frage. 1058

## c. Organisation kollektiven Rechtsschutzes

Die Prozeßvertretung ist eine klassische und zentrale Leistung der Gewerkschaften an ihre Mitglieder<sup>1335</sup>. Diese kollektiv geprägte Rechtsdurchsetzung gehört zum Wahren der Arbeitsbedingungen. Als Aushängeschild der Koalition und als Anreiz für den Beitritt kommt ihr besondere Bedeutung zu. Voraussetzung ist aber, daß die Bevollmächtigten der Koalition im Arbeitsgerichtsprozeß postulationsfähig sind, was nicht der Fall ist, wenn die Sonderpostulationsfähigkeit von der Tariffähigkeit der Koalition abhinge, u. § 7B.I., Rn. 1270. 1059

## II. Tarifvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen

### 1. Abschluß von Tarifverträgen mit normativer Wirkung

#### a. Kein Ausschluß der Tarifautonomie

*Dörrwächter* hat die Frage aufgeworfen (und verneint), ob die Tarifautonomie als Regelungskonzept überhaupt bei den Gewerkschaften als Arbeitgebern gelte<sup>1336</sup>. Das ist konsequent, da er Tendenzträgern schon das Recht abspricht, überhaupt einer anderen Arbeitnehmervereinigung als der arbeitgebenden Gewerkschaft beizutreten. Diese Einschränkung ihrer Koalitionsfreiheit ist aber nicht mit dem Tendenzschutz der arbeitgebenden Gewerkschaften begründbar, o. § 2B.II.2.d.bb., Rn. 92 f. Es überzeugt aber ohnehin nicht, die Gewerkschaftsarbeitnehmer darauf zu verweisen, ihre Arbeitnehmerinteressen nur intern und in verbandsrechtlichen Bahnen auszutragen<sup>1337</sup> – das scheitert schon daran, daß sie bei der arbeitgebenden Gewerkschaft nur Gastmitglieder sind, o. § 3B.II.3., Rn. 307. 1060

<sup>1334</sup> A.A.: LAG München vom 28.3.1983 – 3 Ta 58/83, AMBl. Bay 1984, C1-C12.

<sup>1335</sup> *Eitel*, Ungleichbehandlung, S. 181.

<sup>1336</sup> *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 180 ff.

<sup>1337</sup> So aber *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 189; *Dütz*, AuR 1995, 346; *AK/Kittner*, Art. 9 Abs. 3 Rn. 72.

- 1061 Zu Recht hat *Rieble* in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß auch bei DO-Angestellten der vom Gesetzgeber verordnete Vorrang der heteronomen Satzung vor dem tarifautonomen Tarifvertrag verfassungswidrig war<sup>1338</sup>. Auch ein „Betriebsvereinbarungsvorrang“, der tarifvertragliche Regelungen ausschliesse, greift nicht Platz. Zwar kommt den Gewerkschaften zugute, daß derzeit in ihrer Branche noch keine Tarifverträge üblich sind und deshalb Betriebsvereinbarungen zu Entgelt und Arbeitszeitfragen nicht gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßen. Damit hat es aber sein Bewenden. Der VGB ist dadurch nicht gehindert, sondern herausgefordert, Tarifverträge zu fordern und abzuschließen. Daß bei den Kirchen zum Teil der „Dritte Weg“ die tarifvertragliche Lösung faktisch verdrängt hat, taugt nicht als Gegenargument. Die kirchliche Selbstbestimmung und der Ausschluß gegen sie gerichteter Streiks sind mit dem bloßen Tendenzschutz nicht zu vergleichen.
- 1062 Wie der bloße Beitritt zum VGB so ist auch die Betätigung im und durch den VGB nicht gegen die arbeitgebende Gewerkschaft als Gewerkschaft gerichtet, sondern betrifft sie nur als Arbeitgeberin. Spiegelbildlich kann aus *Dörrwächters* Prämisse, das einzelne Gewerkschaftsmitglied könne seine Koalitionsfreiheit nur im Kollektiv ausüben, keine Erkenntnis für die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer gewonnen werden. Gegenüber ihrer arbeitgebenden Gewerkschaft sind sie als Arbeitnehmer nicht daran gebunden, welche Arbeitsbedingungen sich die Mehrheit der Mitglieder der arbeitgebenden Gewerkschaft für sie wünscht<sup>1339</sup>.

#### **b. Besonderheiten nach Regelungsgegenstand**

##### **aa. Unmittelbar die Tendenz oder Tendenzbestimmung betreffende Regelungen**

- 1063 Schon bei Unternehmen ohne Tendenzschutz gehört die Unternehmenspolitik nicht zu den tarifvertraglich regelbaren Gegenständen<sup>1340</sup>. Sie kann nicht in Tarifverträgen nach dem TVG geregelt werden, weil es sich bei der Unternehmenspolitik nicht um Arbeitsbedingungen i.S.d. § 1 TVG handelt. Die Unternehmenspolitik muß im Fall der koalitionspolitischen Tendenz aber auch vor bloß schuldrechtlich wirkenden Tarifverträgen geschützt werden, § 5C.III.1.b., Rn. 1105 ff.

---

<sup>1338</sup> *Rieble*, SAE 1998, 243, 246.

<sup>1339</sup> So aber *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 188.

<sup>1340</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 246 Rn. 53.

**bb. Tendenzrelevante Arbeitsbedingungen**

Tarifverträge regeln die Arbeitsbedingungen und beeinflussen damit die Voraussetzungen, unter denen Tendenzarbeitgeber Arbeitnehmer zur Tendenzverwirklichung einsetzen können. Bei solchen tendenzrelevanten Inhalten besteht ein Konflikt zwischen der Tarifautonomie und der Tendenz. Tarifvertragsnormen können somit wie die gesetzlichen Bestimmungen des BetrVG zu einer Beeinträchtigung der Tendenz der arbeitgebenden Gewerkschaft führen. Dem könnte der Tendenzschutz entgegenstehen; dieser ist nicht auf die Betriebsverfassung beschränkt, in der er gemäß § 118 BetrVG ausdrücklich normiert ist. Er gilt vielmehr auch und gerade im Tarifrecht<sup>1341</sup>. 1064

Tendenzrelevante Arbeitsbedingungen sind solche, die auf die Tendenz der arbeitgebenden Gewerkschaft zurückwirken. Dies betrifft etwa die Verlängerung von Kündigungsfristen<sup>1342</sup>, Beschränkungen des § 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG<sup>1343</sup>, Regelungen zur Leistungsbestimmung, Mehrarbeitsvermeidungsgebote und Arbeitszeitgrenzen<sup>1344</sup> oder Rationalisierungsschutz. 1065

In Unternehmen ohne Tendenzschutz sind diese Rückwirkungen auf die Unternehmerfreiheit hinzunehmen<sup>1345</sup>. Bei Tendenzunternehmen sind derartige Gegenstände zwar tarifvertraglich regelbar, aber wegen der Tendenzrelevanz nicht erstreikbar: Sie unterliegen den Voraussetzungen des Tendenzschutzverzichts, da sie, anders als gesetzliche Beschränkungsnormen, durch die Mitwirkung des Tendenzunternehmens zustande kommen. Sind tendenzrelevante Tarifnormen in einem Tarifvertrag mit tendenzneutralen Regelungen enthalten, für den eine Geltungsdauer festgelegt resp. die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, muß ein Teilkündigungsrecht vereinbart werden. Geschieht dies nicht, besteht das Recht zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 314 Abs. 1 BGB. 1066

Der Tendenzschutz der arbeitgebenden Gewerkschaft ist dabei ein wichtiger Grund i.S.d. § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB, da die Tendenzfreiheit unter Abwägung gegen das Bestandsschutzinteresse der Gewerkschaftsarbeitnehnergewerkschaft die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses regelmäßig nicht zugemutet werden kann. 1067

<sup>1341</sup> *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 67 m.w.N.

<sup>1342</sup> *Däubler*, TVR, Rn. 486; *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 271; *Weiß/Weyand*, BB 1990, 2115.

<sup>1343</sup> Ebenso zum Tendenzbezug: *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 271 m.w.N.; offener: *Dieterich/Preis*, Wissenschaft, S. 87 ff.

<sup>1344</sup> *Dütz*, AfP 1989, 607; *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 271; *Weiss/Weyand*, AuR 1990, 37

<sup>1345</sup> BAG vom 3.4.1990 – 1 AZR 123/89, NZA 1990, 886; *Wiedemann*, RdA 1986, 238 ff.; *Beuthien*, ZfA 1984, 12 ff.

- 1068 Wenn demgegenüber vertreten wird, unter Rückgriff auf Prinzipien und Maßstäbe des § 118 Abs. 1 BetrVG seien die davon ausgeschlossenen Regelungsgegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung zugleich die Grenzen der Tarifautonomie<sup>1346</sup>, so entspricht dem im Tarifrrecht ein Kampf-, nicht aber ein Regelungsverbot. Es handelt sich um einen Tendenzschutzverzicht. Als freiwillig zustande gekommener Tarifvertrag stellt dies des Einverständnisses der arbeitgebenden Gewerkschaft gerade nicht, wie *Dörrwächter* meint, einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit der arbeitgebenden Gewerkschaft dar<sup>1347</sup> oder ist zumindest durch die Einwilligung gerechtfertigt.
- 1069 Auch § 118 Abs. 1 BetrVG hindert die Betriebspartner nicht, ein Bonusentgeltssystem, welches nach § 87 Nr. 10 BetrVG nicht erzwingbar ist, im Wege der freiwilligen Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG abzuschließen. Sofern dagegen eingewendet werden mag, der VGB könne eine rein tendenzneutrale Tarifforderung aufstellen und dann den erzeugten Streikdruck nutzen, um tendenzneutrale Bestandteile der Forderung am Verhandlungstisch gegen tendenzrelevante auszutauschen, steht das dem hier gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Die Handlungsoptionen der arbeitgebenden Gewerkschaft werden dadurch grundsätzlich nur erweitert. Ein mißbräuchliches Verschieben tendenzneutraler Forderungen wäre unter den Voraussetzungen der Umgehung nicht von der Rechtsordnung gedeckt. Im übrigen schützt die begrenzte Disponibilität des Tendenzschutzes, o. § 2E.I., Rn. 255 ff., die arbeitgebenden Gewerkschaften vor zu weitgehendem Verzicht.

### cc. Tendenzneutrale Arbeitsbedingungen

- 1070 Tendenzneutrale Regelungen sind beispielsweise das Grundentgelt, die Arbeitszeitdauer, Anzahl der Urlaubstage oder Regelungen zur Vorlage von Attesten im Krankheitsfall. Solche Regelungen können, wie in anderen Branchen, tariflich geregelt und grundsätzlich auch erstreikt werden.

---

<sup>1346</sup> *Dütz*, AfP 1988, 202 f.; *ders.*, AfP 1989, 610; *Hanau*, Ausbildungsordnung, S. 13 f., 17; *Weiss/Weyand*, AuR 1990, 37; *dies.*, BB 1990, 2115 f.; mit unzutreffender Begründung wie hier: *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 253 ff., 261.

<sup>1347</sup> *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 270 ff.

### c. Verhandlungsanspruch

Nach geltender Rechtslage haben die Gewerkschaften keinen Verhandlungsanspruch gegenüber der Gegenseite<sup>1348</sup>, sondern nur selbst wegen des *ultima ratio*-Prinzips im Arbeitskampf eine Obliegenheit, Verhandlungen anzubieten. Das System der kollektiven Privatautonomie ist darauf angelegt, daß die Koalitionen aus eigener Kraft zum Erfolg kommen. Das schließt nicht nur Zwangsschlichtung, sondern auch Schlichtungszwang aus. Erwogen wurde allerdings ein Verhandlungsanspruch in Sonderbereichen des Tarifrechts, nämlich gegenüber kirchlichen Organisationen<sup>1349</sup>. Daß ihnen gegenüber der Streik ausgeschlossen ist, spricht nicht für einen Verhandlungsanspruch, sondern gegen ihn. Wenn die Gewerkschaft keinen Tarifvertrag erzwingen kann, warum soll sie dann Verhandlungen einklagen dürfen? 1071

Abgesehen von den Problemen, einen solchen Anspruch vollstreckbar zu tenorieren, wäre dies ein bloßer Formalismus. Der Arbeitgeber würde zu Scheinverhandlungen gezwungen. Ein Einlassungszwang der Arbeitgeber zu den Verhandlungsangeboten der Gewerkschaften ist mit den Rechten der Arbeitgeber im Tarifsysteem nicht vereinbar. Erst recht gilt dies für tendenzgeschützte Arbeitgeber. Somit gilt auch gegenüber den Gewerkschaften als Arbeitgebern, daß die Sprachlosigkeit zwischen Tarifvertragsparteien entweder nicht oder nur durch Streik überwunden werden kann. 1072

### d. Streik: „An Nasenringen durch die Tarifarena?“

*Planders* Nasenringargument ist wenig originell. Viele Arbeitgeber suchen den Schutz eines branchenspezifischen Sonderarbeitskampfrechts und begründen dies mit dem Argument, gerade sie seien durch Streiks besonders schwer getroffen. Die Daseinsvorsorgeunternehmen haben schon in der Weimarer Republik gegen Streiks eingewandt, diese gefährdeten die öffentliche Ordnung<sup>1350</sup>, in den 1970er Jahren wurde zugunsten der Krankenhäuser auf deren Bedeutung und Verantwortung für die öffentliche Gesundheit verwiesen<sup>1351</sup>, für die Presseunternehmen wird eine 1073

<sup>1348</sup> BAG vom 2.8.1963 – 1 AZR 9/63, AP Nr. 5 zu Art. 9 GG; BAG vom 19.6.1984 – 1 AZR 361/82, AP Nr. 3 zu § 1 TVG Verhandlungspflicht; BAG vom 14.2.1989 – 1 AZR 142/88, AP Nr. 52 zu Art. 9 GG; a.A. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 275 ff.; *Wiedemann/Thüsing*, RdA 1995, 280; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, § 33 III 4.

<sup>1349</sup> *Birk*, AuR 1979, Sonderheft, S. 20; *G. Müller*, RdA 1979, 78; tlw. zustimmend: *Konzen*, Anm. zu BAG 14.7.1981 – 1 AZR 159/78, EzA GG Art. 9 Nr. 33.

<sup>1350</sup> *Scherer*, Daseinsvorsorge, S. 17.

<sup>1351</sup> *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 28 Rn. 19; dagegen: *Däubler*, Arbeitskampfrecht, Rn. 458.

Modifikation der Arbeitskampfordnung intensiv diskutiert<sup>1352</sup> und in den 1990er Jahren wurden Einschränkungen des Streikrechts zugunsten der privaten Rundfunkanstalten gefordert, weil sonst Sanktionen durch die Landesmedienanstalten drohten<sup>1353</sup>. Umgekehrt haben die Angriffe der Gewerkschaften auf das Beamtenstreikverbot zwar nachgelassen, aber ver.di versucht, durch Gutachten das Streikrecht der Kirchenbediensteten zu belegen<sup>1354</sup>.

#### aa. Grundsätzliches Recht zum Streik

- 1074 Gewerkschaften vertreten die Interessen der bei ihnen organisierten Arbeitnehmer ursprünglich und hauptsächlich durch den Abschluß von Tarifverträgen. Kommt keine Einigung mit dem Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband zustande, müssen die Gewerkschaften ihre Ziele entweder kampfwise durchsetzen oder diese aufgeben. Traditionelles und hauptsächliches Kampfmittel ist der Streik. Während der Streik früher nicht nur rechtswidrig, sondern sogar strafbar war<sup>1355</sup>, ist er heute nach allgemeiner Ansicht ein verfassungsrechtlich verbürgtes Recht der Gewerkschaften. Während früher strittig war, ob dies aus Art. 2 Abs. 1<sup>1356</sup> oder Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. den Grundsätzen des freiheitlich sozialen Rechtsstaats (Art. 18, 20, 21, 28 GG) und der vom Grundgesetz vorgefundenen historischen Entwicklung<sup>1357</sup> oder Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG herzuleiten ist, besteht heute Einigkeit darüber, daß das Streikrecht als Bestandteil der Koalitionsbetätigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt. Grundsätzlich kommt also jeder Gewerkschaft das Streikrecht zur Erkämpfung von Tarifverträgen zu. Der Arbeitskampf ist auch in Tendenzunternehmen als notwendige Hilfseinrichtung der Tarifautonomie grundsätzlich unverzichtbar<sup>1358</sup>.
- 1075 Zum Streikrecht gehört auch der Grundsatz der freien Wahl der Kampfmittel<sup>1359</sup>. Nach der vom DGB selbst ausweislich seiner Arbeitskämpfrichtlinien vom 5.5.1974<sup>1360</sup> vertretenen Auffassung ist das Streikrecht der Gewerkschaften schrankenlos und unbeschränkbar; Notstands- und Erhaltungsarbeiten sollen freiwillige Selbstbeschränkungen sein. Dieser

<sup>1352</sup> *Rüthers*, NJW 1984, 201 ff. m.w.N.; *Plöger*, Sonderarbeitsrechte, S. 76 ff.

<sup>1353</sup> *Ory*, NZA 1996, 406 ff.

<sup>1354</sup> *Kühling*, AuR 2001, 243; hiergegen *Richardi/Thüsing*, AuR 2002, 94, 98.

<sup>1355</sup> *Kissel*, Arbeitskämpfrecht, § 2 Rn. 9 m.w.N.; zur Legalisierung ebd., Rn. 14 f.

<sup>1356</sup> *Boos*, S. 87 ff.; *Dietz*, JuS 1968, 1, 3 ff.; *Dietz*, ZAS 1970, 41, 42 f.; *Löffler*, NJW 1962, 1601.

<sup>1357</sup> *Hueck/Nipperdey*, II, S. 615; *Promberger*, Arbeitskampf, S. 14 f.; *Tillmann*, Politischer Streik, S. 47; *Schürmann*, Parität, S. 60 ff.

<sup>1358</sup> *MünchArbR/Rüthers*, § 201 Rn. 114.

<sup>1359</sup> *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, § 40 VI.5.a), S. 463.

<sup>1360</sup> Abgedruckt in: RdA 1974, 306.

Standpunkt bezieht sich auf die Inanspruchnahme des Streikrechts durch die DGB-Gewerkschaften und führt daher nicht zu einer Selbstbindung gegenüber dem VGB. Rechtlich ist der DGB nicht gehindert, den Ausschluß oder zumindest die Einschränkung des Streikrechts des VGB zu fordern.

### bb. Allgemeine Beschränkungen

Da jeder Gewerkschaft grundsätzlich das Recht zum Streik zukommt, könnte einer Gewerkschaftsbeschäftigtengewerkschaft dieses Recht nur abgesprochen werden, wenn der Tendenzschutz der arbeitgebenden Gewerkschaft dies gebietet. Allerdings hat der VGB auch die allgemeinen Grenzen des Arbeitskampfrechts zu beachten, woraus sich bereits Einschränkungen des Tendenzschutzes ergeben können. 1076

#### [1] Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Nach h.M.<sup>1361</sup> stehen Arbeitskampfmaßnahmen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Danach dürfen sie nur eingeleitet werden, wenn sie zeitlich und sachlich geeignet, erforderlich und angemessen sind, die rechtmäßigen Kampfforderungen durchzusetzen. Bei der Durchführung des Streiks muß die Gewerkschaft das Verhältnismäßigkeitsprinzip ebenso wahren wie bei der Wahl der Arbeitskämpfungsmittel<sup>1362</sup>. Das heißt aber nicht, daß den Gerichten eine Befugnis zur Bewertung und Zensur der Kampfforderungen zukäme. Es geht also nicht um die Relation der Arbeitskämpfungsmäßigkeit zu der rechtmäßigen Tarifforderung<sup>1363</sup>. 1077

Stattdessen folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nur, daß der Streik nicht zur Vernichtung des Gegners geführt werden darf, der Streik nur als *ultima ratio* einzusetzen ist und daß die Kampfmaßnahme nicht außer Verhältnis zum objektiv erwartbaren Widerstand stehen darf<sup>1364</sup>. Grundsätzlich muß damit das Kampfmittel umso milder sein, je weniger Widerstand zu erwarten ist. Andererseits gibt es kein „Primat des schonendsten Mittels“<sup>1365</sup>. Daher kommt der Gewerkschaft ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu; sie muß sich nicht über mildere Mittel an das schließlich erfolgreiche herantasten. 1078

---

<sup>1361</sup> BAG vom 21.4.1971 – GS 1/68, AP Nr. 43 zu GG Art. 9 Arbeitskampf.

<sup>1362</sup> BAG, a.a.O.

<sup>1363</sup> BVerfG (Senat) vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809 – zu C.I.3.b)cc); *Czerweny von Arland*, S. 60 f.; *Kalb*, RdA 1994, 389.

<sup>1364</sup> *Löwisch*, ZfA 1971, 319, 326 ff.

<sup>1365</sup> *Scholz/Konzen*, Aussperrung, S. 140; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, S. 325 ff.

- 1079 Auch der VGB muß diese Beschränkungen beachten. Angesichts der starren Widerstandshaltung bei den Arbeitgebern im DGB-Verbund wird es aber kaum zu beanstanden sein, wenn der VGB das schärfste Mittel, den günstigsten Zeitpunkt und die höchste Intensität wählt.

## [2] Beschränkungen aufgrund der Rechte Dritter

- 1080 Die Mitglieder der Gewerkschaften sind auf deren Dienstleistung in gewisser Weise angewiesen<sup>1366</sup>. Ein Streik gegen ihre Gewerkschaft kann sie unmittelbar betreffen, weil dann diese in der kollektiven Betätigung der Koalitionsfreiheit eingeschränkt ist. Dies könnte – wie für den Bereich der Daseinsvorsorge diskutiert<sup>1367</sup> – zu Beschränkungen des Streikrechts führen. Zweifelhaft ist bereits, ob es im Bereich der Daseinsvorsorge wegen typischerweise andersartiger Streikbetroffenheit besondere Grenzen des Streikrechts gibt<sup>1368</sup>. Selbst wenn man dies annehmen wollte<sup>1369</sup>: Der Gewerkschaftssektor gehört nicht zum Bereich der Daseinsvorsorge.
- 1081 Allerdings sind die gewerkschaftlichen Dienstleistungen in dem gegenwärtigen Wirtschaftssystem und wegen Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich notwendig, um den sozialen Frieden und den Betriebsfrieden zu sichern. Damit liegt die Erwägung nahe, daß die Versorgung mit gewerkschaftlicher Betreuung im Interesse der Mitglieder als Dritten nicht dauerhaft verhindert werden darf. Die dauerhafte Verhinderung gewerkschaftlicher Dienstleistungen ist aber von der vorübergehenden Suspendierung zu unterscheiden. Aufgrund der Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG ist nicht zu besorgen, daß sich mit Ablauf der Geltungsdauer eines Tarifvertrags die Arbeitsbedingungen ohne Mitwirkung der Arbeitnehmer verschlechtern. Ablösenden Betriebsvereinbarungen steht zwar zunächst nicht § 77 Abs. 3 BetrVG entgegen; sie treten aber außer Kraft, wenn ein neuer Tarifvertrag abgeschlossen wird. Insofern erfordern die Interessen Dritter keine Beschränkung des Streikrechts der Gewerkschaftsarbeitnehmer.
- 1082 Eine Ausnahme gilt aber für den Fall der Angriffsaussperrung gegen die arbeitgebende Gewerkschaft. Führt ein Arbeitgeber eine solche durch, wiegt das Recht der betroffenen Gewerkschaftsmitglieder auf gewerkschaftliche Betreuung so schwer, daß das Streikrecht der Gewerkschaftsarbeitnehmer während der Dauer der Aussperrung ruht.

---

<sup>1366</sup> *Bischoff*, Gewerkschaft, S. 115.

<sup>1367</sup> Darstellung des Streitstands bei: *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 28 Rn. 19.

<sup>1368</sup> *Scherer*, Daseinsvorsorge, S. 27.

<sup>1369</sup> *Zöllner/Loritz*, § 40 VI 7 b), S. 465.

### [3] Erhaltungsarbeiten und Notdienst

Aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips und des transitorischen Charakters von Arbeitskämpfen ist im Prinzip allgemein anerkannt, daß notwendige Erhaltungsarbeiten verrichtet werden müssen<sup>1370</sup>. Dabei handelt es sich um Arbeiten, die zur Substanzerhaltung notwendig sind oder geleistet werden müssen, um nach Beendigung des Streiks weiterarbeiten zu können<sup>1371</sup>. Notdienste sind demgegenüber Arbeiten, die in den bestreikten Betrieben verrichtet werden müssen, um die Bevölkerung mit lebensnotwendigen Gütern oder Dienstleistungen zu versorgen<sup>1372</sup>. 1083

Erhaltungsarbeiten fallen nur in geringem Umfang an. Maschinen oder durchlaufende, wartungs- bzw. bedienungsabhängige Prozesse finden bei den Gewerkschaften als betriebsmittelarmen Dienstleistern in nur geringem Umfang statt. Dies mag etwa für den Wachdienst oder für die IT-Abteilung gelten, die für den Schutz des Netzwerks sorgen muß. Notdienste kommen regelmäßig nicht in Betracht. Die gewerkschaftlichen Dienstleistungen sind nicht nur keine Daseinsvorsorge, sondern ihr streikbedingt kurzfristiger Ausfall führt auch nicht zu Lebensbedrohungen. 1084

Die Erhaltungsarbeiten und die Auswahl der dafür einzusetzenden Arbeitnehmer sind üblicherweise in Tarifverträgen oder Abkommen geregelt<sup>1373</sup>. Solche existieren allerdings zwischen dem VGB und den Arbeitgebern des DGB-Verbands nicht. Nach h.M. besteht insofern ein beidseitiger Kontrahierungszwang. Der VGB kann also die Arbeitgeber des DGB-Verbands auf Abschluß eines solchen Tarifvertrags resp. Zustimmung zu einer entsprechenden Forderung verklagen. 1085

### [4] Materielle Kampfparität

Gewinnt eine Seite in Tarifaueinandersetzungen ein strukturelles Übergewicht, so daß es zu Fehlfunktionen des antagonistischen Ausgleichsverfahrens kommen kann, schränkt der Grundsatz der Kampfparität die übergewichtige Seite in ihrer Kampffreiheit ein, um wieder ein annäherndes Gleichgewicht herzustellen<sup>1374</sup>. Eine Kampfimparität zu Lasten der arbeitgebenden Gewerkschaften behauptet *Plander*, wenn er meint, die 1086

<sup>1370</sup> *Löwisch/Rieble*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 170.2 Rn. 218 m.w.N.

<sup>1371</sup> BAG vom 30.3.1982 – 1 AZR 265/80, AP Nr. 74 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; im einzelnen: *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 43 Rn. 4 ff.

<sup>1372</sup> BAG vom 31.1.1995 – 1 AZR 142/94, AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 43 Rn. 120 ff.

<sup>1373</sup> *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 43 Rn. 35 m.w.N.

<sup>1374</sup> Zu den Einzelheiten eingehend: *Kissel*, Arbeitskampfrecht, S. 361 m.w.N.

arbeitgebende Gewerkschaft müsse sich „wie an Nasenringen durch die Tarifarena ziehen lassen“<sup>1375</sup>.

- 1087** Er legt aber selbst nicht dar, inwiefern die von der h.M.<sup>1376</sup> gestellten Anforderungen an eine Imparität erfüllt sein sollten. Danach ist eine typisierende Betrachtung unter Berücksichtigung der realen Kräfteverhältnisse über einen längeren Zeitraum anzustellen und diese müßte ergeben, daß der VGB den arbeitgebenden Gewerkschaften seinen Willen aufzwingen kann. Ein situatives Übergewicht reicht nicht. Ob es dem VGB gelingt, besonders effektive Zeitpunkte zu wählen oder durch effektive Mobilisierungstechnik einen hohen Beteiligungsgrad zu bewirken, o.ä. entzieht sich einer typisierenden Langzeitbetrachtung. In Betracht käme die Erwägung, der VGB könne aufgrund besonderer Aufmerksamkeit und wegen der Abhängigkeit der Gewerkschaften von ihrem öffentlichen Ansehen besonderen Druck ausüben. Ob dieser Wirkungszusammenhang besteht und ob er tatsächlich zu einem Übergewicht führt, welches dem VGB ein Tarifdiktat ermöglicht, ist jedenfalls nicht offensichtlich. Daher bleibt die Langzeitbetrachtung abzuwarten.
- 1088** Von Relevanz ist nur der Einwand, die Gewerkschaften könnten nicht aussperren, so daß allein der VGB das Kampfgeschehen bestimme und die arbeitgebende Gewerkschaft auf das Dulden und Durchstehen des Arbeitskamps beschränkt wäre<sup>1377</sup>. Ob das bloße Dulden zur Imparität führt, ist für sich zweifelhaft. In bedeutenden Branchen wird seit vielen Jahren nicht mehr ausgesperrt, ohne daß deshalb ein Verhandlungsübergewicht der Gewerkschaften offensichtlich wäre.
- 1089** Darauf kommt es aber nicht an. Es ist den arbeitgebenden Gewerkschaften nicht verwehrt, auszusperrern. Einen rechtswirksamen Aussperrungsverzicht haben sie nicht erklärt. Außerdem könnte dies auch nicht zu Lasten des VGB gehen, da es ansonsten die Arbeitgeber in der Hand hätten, durch einseitige Verzichte über die Kampfmittel der Gegenseite zu disponieren. Die Aussperrung ist den Gewerkschaften auch nicht unzumutbar<sup>1378</sup>. Dafür wird vorgetragen, ihre Glaubwürdigkeit und infolgedessen ihre Tendenzverwirklichung leide, falls sie zu einem Mittel griffe, das sie

---

<sup>1375</sup> *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 37, 41.

<sup>1376</sup> BVerfG (Senat) vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, zu C.I.3.b), NZA 1991, 809; st. Rspr. seit BAG vom 21.4.1971 – GS 1/68, zu Teil III B.1., AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; zuletzt BAG vom 30.8.1994 – 1 ABR 10/94, zu B.II.1.a), AP Nr. 132 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, S. 368 m.w.N.

<sup>1377</sup> So bei faktisch ausgeschlossener Aussperrung: BAG GS, a.a.O.

<sup>1378</sup> So auch *Bischoff*, Gewerkschaft, S. 103 ff.

bei anderen Arbeitgebern kritisiert und teilweise für verfassungswidrig hält<sup>1379</sup>. Es gehöre also zu ihrer Tendenz, nicht auszusperrern.

Zutreffend und für das Streikverbot gegenüber den Kirchen bedeutsam ist, daß die Kirchen ihren Verkündigungsauftrag aus ihrem Selbstverständnis heraus nicht suspendieren können und daß ein formal bestehendes Aussperrungsrecht ihnen somit aus inneren Gründen nicht zur Verfügung steht<sup>1380</sup>. Die Gewerkschaften sind aber nicht gehindert, ihre Dienstleistungen vorübergehend einzuschränken oder auszusetzen. Sie scheuen sich auch nicht, von anderen Arbeitgeberrechten Gebrauch zu machen, die sie bei anderen Arbeitgebern kritisieren. Warum ihnen das ausgerechnet bei der Aussperrung unzumutbar sein sollte, ist nicht ersichtlich. Im übrigen ist wenig überzeugend, warum einerseits die Aussperrung die Glaubwürdigkeit beschädigen soll und andererseits die Glaubwürdigkeit nicht leide, wenn ihre Arbeitnehmer nicht streiken dürfen. Fehl geht auch das Argument, es gehöre zur Tendenz, nicht auszusperrern. Der Tendenzschutz erstreckt sich inhaltlich nur auf die Koalitionsbetätigung. Wenn eine arbeitgebende Gewerkschaft aussperrt, betätigt sie aber nicht die Koalitionsfreiheit ihrer Mitglieder gegenüber deren Arbeitgebern. Vielmehr wird sie in ihrer Funktion als Arbeitgeberin aktiv.

### cc. Beschränkungen aufgrund des Tendenzschutzes

Der Tendenzschutz der arbeitgebenden Gewerkschaft könnte dem Streikrecht als solchem oder einzelnen Kampfmaßnahmen entgegenstehen. Dem ist so, wenn der VGB versuchen sollte, unmittelbar auf die Tendenz einzuwirken, indem er einen Streik gegen eine mißliebige Tendenz richtet. Es kann hier dahinstehen, ob nicht einzelne DGB-Gewerkschaften selbst dagegen verstoßen, z.B. indem sie in einer gegen einen Zeitungsverlegerverband gerichteten Tarifaueinandersetzung Zeitungen wegen ihnen genehmer politischer Tendenzen schonen und andere mit mißliebiger Tendenz überproportional bestreiken. In einer solchen Vorgehensweise kann ein Mißbrauch des Streikrechts liegen, da eine an sich zulässige Tarifforderung nur vorgeschoben wird, um gegen die Tendenz eines Arbeitgebers vorzugehen.

Unabhängig davon, ob ein solcher Mißbrauch nicht zu einer Verwirkung führt, darf der Streik nicht subjektiv gegen eine bestimmte Tendenz gerichtet sein<sup>1381</sup> oder objektiv zu einer absolut tendenzfeindlichen Unzeit erfolgen. Dies ist beim Zusammentreffen einer gegen die arbeitgebenden

<sup>1379</sup> *Plander*, Gewerkschaftsbeschäftigte, S. 40; *Dörrwächter*, Tendenzschutz, S. 182.

<sup>1380</sup> *Belling*, FS BAG 50, S. 479, 489 m.w.N.

<sup>1381</sup> So für den Pressebereich: *Plöger*, Sonderarbeitsrecht, S. 100.

Gewerkschaft gerichteten Angriffsaussperrung und einem VGB-Streik gegen die arbeitgebende Gewerkschaft nach der hier vertretenen Auffassung der Fall. Hingegen suspendiert es nicht das Streikrecht des VGB, daß sein Streik mit einem Streik der bestreikten Gewerkschaft zusammentrifft<sup>1382</sup>.

- 1093** Es überzeugt insbesondere nicht, daß der VGB einen Streik abbrechen müßte, wenn die arbeitgebende Gewerkschaft nach Beginn des VGB-Streiks selbst einen Streik führt. Da sie den Streikzeitpunkt bestimmt, könnte sie nach Belieben über die Dauer des gegen sie gerichteten Streiks disponieren. Darin liegt ein grundlegender Unterschied zu dem Fall der Angriffsaussperrung, bei der die arbeitgebende Gewerkschaft gerade keinen unmittelbaren Einfluß auf ihre zeitliche Betroffenheit hat. Bei einer Multibranchengewerkschaft wie ver.di reihen sich außerdem die Streiks aneinander oder überlappen sich, so daß kaum Streikpausen entstehen. Soll etwa ein ver.di-Streik gegen einen Flughafencaterer, der personell bei ver.di kaum Ressourcen bindet, aber mehrere Monate dauert, für diesen Zeitraum eine Friedenspflicht des VGB gegenüber ver.di oder gar allen DGB-Gewerkschaften auslösen?
- 1094** Grundsätzlich ist vom VGB nicht zu erwarten, daß er den Erfolg einer DGB-Gewerkschaft gegenüber ihren Gegnern verhindern will. Es ist nicht ersichtlich, warum der VGB sich so stark mit den Interessen des VSME identifizieren sollte, daß er zur Unterstützung des VSME gegen die IG Metall einen Streik führt. Der VGB kämpft für die Interessen seiner Mitglieder, im Beispiel: die Arbeitnehmer der IG Metall. Führt ein solcher Streik zu einer Beeinträchtigung eines IG Metall-Streiks, so liegt darin zunächst nur ein Kollateralschaden. Es verhält sich hier nicht anders als bei Auftrags- oder Kundenverlusten bei anderen Arbeitgebern. Im Einzelhandel scheut sich ver.di auch nicht, im besonders wichtigen Weihnachtsgeschäft zu streiken.
- 1095** Daß ein VGB-Streik die Glaubwürdigkeit der bestreikten Gewerkschaft beschädige und die Position im ihrem Arbeitskampf schwäche, ist kein durchschlagendes Argument – selbst wenn ein solcher Zusammenhang bestünde. Dann nämlich käme jeder Streik gegen die arbeitgebende Gewerkschaft eine tendenzfeindliche Unzeit. Außerdem ist weder empirisch belegt noch aus sich heraus schlüssig, warum die Arbeitnehmer der Metallbranche ein geringeres Interesse an der Durchsetzung ihrer Tarifforderung haben sollten, nur weil die IG Metall vom VGB bestreikt wird. Auch die Metallarbeitgeber werden moralisch dadurch nicht meßbar ge-

---

<sup>1382</sup> Gegen die Zulässigkeit: BAG vom 17.2.1998 – 1 AZR 364/97, zu 3.c)bb), SAE 1998, 237 m. zust. Anm. *Rieble*.

stärkt. Im übrigen ist kaum zu erklären, warum der Glaubwürdigkeitsverlust bei einem zeitlichen Zusammentreffen eintreten soll, nicht jedoch, wenn er der VGB-Streik zeitlich kurz vor der Tarifaueinandersetzung in der Metallbranche stattfindet.

Eine der Angriffsaussperrung vergleichbare tendenzfeindliche Unzeit könnte vorliegen, wenn die arbeitgebende Gewerkschaft bereits streikt und der VGB-Streik den laufenden Streik gefährdet. Das brächte die Gewerkschaftsarbeitnehmer möglicherweise um schon greifbar nahe Früchte eines möglicherweise aufopferungsvoll geführten Streiks. Die praktische Konkordanz erfordert dementsprechend eine differenzierte Lösung: Bei einem laufenden Streik der arbeitgebenden Gewerkschaft und konkreten Anhaltspunkten dafür, daß dieser aufgrund des VGB-Streiks abgebrochen werden müßte, obwohl nach objektiver Prognose ansonsten gute Erfolgsaussichten bestünden, überwiegt die Tendenzrücksichtnahmepflicht des VGB. Dann hätte der VGB hat eine Streikbeendigung abzuwarten oder könnte vorerst nur die Organisationsteile der arbeitgebenden Gewerkschaft bestreiken, die nicht mit der tatsächlichen Durchführung des Streiks der arbeitgebenden Gewerkschaft befaßt sind. Weitergehende Streikverbote gehen über das erforderliche und angemessene Maß des Tendenzschutzes hinaus. Im übrigen hat es die arbeitgebende Gewerkschaft in der Hand, sich durch den Abschluß von Tarifverträgen eine relative Friedenspflicht zu verschaffen oder sogar befristet eine absolute Friedenspflicht zu vereinbaren.

#### **dd. Streikformen und -strategien sowie deren Einschränkungen**

##### **[1] Wahl des Zeitpunkts**

Der VGB kann grundsätzlich den aus kampfaktischen Gründen optimalen Zeitpunkt aussuchen. Besonders günstig sind Zeiträume, in denen die Gegner auf besonders viel Personal angewiesen sind. Das kann in der Vorbereitungsphase des Bundeskongresses sein, weil dessen Ausrichtung gesteigerten Aufwand bedeutet. Ob auch Streiks der arbeitgebenden Gewerkschaft dazu zählen, hängt davon ab, ob die Durchführung eines Streiks tatsächlich eine gravierende Bedarfsspitze auslöst. Selbst wenn dies der Fall ist, müßte der VGB einkalkulieren, daß die Streikbereitschaft seiner Mitglieder und der Nichtorganisierten während des Streiks der arbeitgebenden Gewerkschaft sehr gering sein wird und aus dem Tendenzschutz z.B. bei einer Angriffsaussperrung gegen die arbeitgebende Gewerkschaft eine Beschränkung des Streikrechts des VGB erfolgen kann, o. cc. Rn. 1091.

## [2] Wahl der Gegner

- 1098 Der VGB kann sich entscheiden, ob er zunächst gegen einen bestimmten Arbeitgeber im DGB-Verbund, mehrere oder alle zugleich vorgeht. Wählt er eine Pilotgewerkschaft aus, können die anderen DGB-Gewerkschaften nicht aus Arbeitgebersolidarität von der Möglichkeit des § 1 Abs. 3 AÜG zur echten Arbeitnehmerüberlassung Gebrauch machen, um die Durchhaltekraft der bestreikten Gewerkschaft zu stärken – der DGB ist gegenüber den DGB-Gewerkschaften kein Konzern i.S.d. § 17 AktG.
- 1099 Zweckmäßig kann es auch sein, den Streik zunächst gegen den Arbeitgeber zu richten, bei dem der Organisationsgrad des VGB am höchsten ist, derzeit ist dies wohl die DGB Rechtsschutz GmbH. Diese ist auch besonders streikanfällig, da die Gewerkschaften sich kaum die Blöße geben können, ihre Mitglieder ohne Rechtsschutz in den bereits angefangenen Prozessen alleine zu lassen. Sie oder die DGB Rechtsschutz GmbH müssten auf dem allgemeinen Rechtsberatungsmarkt rechtsanwaltliche Hilfe einkaufen. Neben dem finanziellen Aspekt geht damit auch die Gefahr eines hohen Ansehensverlustes einher. Für die DGB Rechtsschutz GmbH als Streikgegner spricht auch, daß die Entgeltentwicklung dort noch hinter der von einzelnen Gewerkschaften zurückgeblieben ist, die Verunsicherung durch das *outsourcing* und die Pläne zur DGB Anwalts mbH groß und die Arbeitsbelastung durch die angeordnete Produktivitätssteigerung hoch ist. Die Streikbereitschaft der Arbeitnehmer könnte daher dort signifikant höher liegen als bei den Gewerkschaften oder dem DGB selbst. Gerade die häufig fristgebundene Arbeit der Rechtsschutzsekretäre ist sehr anfällig für Streiks, da es äußerst zweifelhaft ist, ob die Gerichte wegen der Neutralitätspflicht einen Streik als Wiedereinsetzungsgrund akzeptieren würden resp. dürften.

## [3] Streiktaktik

- 1100 Dem VGB steht das Arsenal der von den DGB-Gewerkschaften entwickelten Streiktaktiken offen. So könnten bei der DGB Rechtsschutz GmbH die Rechtsschutzsekretäre durch Wellenstreiks die arbeitgebenden Gewerkschaften finanziell besonders treffen. Hat die DGB Rechtsschutz GmbH nach der ersten Welle bereits Anwälte mandatiert, drohen ihr vielfacher Annahmeverzug bzw. Doppelzahlungen. Die sog. Minimax-Taktik erlaubt es dabei dem VGB, seine Kampfkasse zu schonen und dennoch hohen Druck auszulösen. Andererseits erfordert sie eine hohe Streikdisziplin und viel Koordinierungsaufwand.

## [4] Unterstützungsstreik

- 1101 Von besonderer Bedeutung für den VGB wäre auch das vom BAG nunmehr grundsätzlich bejahte Recht zum Unterstützungsstreik als

Koalitionsbetätigung. Das BAG hält diesen für zulässig, wenn damit der Druck auf den Arbeitgeber, von dem ein Tarifvertrag gefordert wird, erhöht werden kann. Wenn der VGB einen deutlichen Organisationsschwerpunkt bei den Rechtsschutzsekretären in der DGB Rechtsschutz GmbH hat, kann er dies nach der neuen Rechtsprechung des BAG nicht nur nutzen, um diese für die eigenen Arbeitsbedingungen streiken zu lassen, sondern auch um aus Solidarität mit den Kollegen bei der Konzernmutter, dem DGB, oder dessen Mitgliedsgewerkschaften für deren Tarifforderungen unterstützend zu streiken. Da die Rechtsschutzsekretäre die Mitglieder der DGB-Gewerkschaften gegen deren Arbeitgeber vertreten, ist davon auszugehen, daß sie auch erheblichen Druck auf die einzelnen DGB-Gewerkschaften ausüben können.

Ob diese Rechtsprechung des BAG verfassungsmäßig ist und Bestand haben wird, ist m.E. mehr als zweifelhaft. Ein Sonderfall der Zulässigkeit könnte aber gerade für den Unterstützungstreik bei der DGB Rechtsschutz GmbH zur Unterstützung eines Streiks gegen eine DGB-Gewerkschaft bestehen: Die Rechtsschutz GmbH erfüllt das Rechtsschutzversprechen der DGB-Gewerkschaften. Wäre diese Aufgabe nicht zentralisiert, könnten zumindest die für die jeweils bestreikte Gewerkschaft tätigen Rechtsschutzsekretäre streiken. 1102

### ee. Alternativen zum Streik

Der VGB kann dem Tendenzschutzbedürfnis der Arbeitgeber im DGB-Verbund Rechnung tragen, indem er mit ihnen alternative Konfliktlösungsverfahren oder Modifikationen des Streiks vertraglich vereinbart<sup>1383</sup>. In Betracht kommt dafür ein Schlichtungszwang<sup>1384</sup>. Eine Zwangsschlichtung ist nur möglich, wenn damit nicht dem Schlichter ein Eingriff in die Tendenz ermöglicht wird oder gerade insoweit ein ausdrücklicher Tendenzschutzverzicht erklärt ist. 1103

---

<sup>1383</sup> Für diakonische Einrichtungen: *Belling*, FS BAG 50, S. 479, 487 m.w.N.

<sup>1384</sup> Zusammenfassend: *Loritz*, Schlichtungszwang, S. 557, 563 ff. m.w.N.

### III. Schuldrechtlich wirkende Verträge mit der Arbeitgeberseite

#### 1. Verträge als Koalitionsbetätigung auch nicht tariffähiger Koalitionen

##### a. Kollektivvertragliche Regelungsmöglichkeit auch bei fehlender Tariffähigkeit des VGB

1104 Die Glaubwürdigkeit der DGB-Gewerkschaften leidet stark darunter, daß sie die Arbeitsbedingungen ihrer Arbeitnehmer nicht so regeln, wie sie es von anderen Arbeitgebern fordern: nämlich durch Tarifverträge. Solange dem VGB die Tariffähigkeit fehlen sollte, wäre dies unberechtigt, da es den DGB-Gewerkschaften damit an einer gegenerischen Tarifpartei fehlen würde.

1105 Jedenfalls aber könnten sie mit dem VGB schuldrechtlich wirkende Koalitionenverträge abschließen. Der VGB könnte so mit der arbeitgebenden Gewerkschaft Absprachen über die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen treffen, die schuldrechtlich wirksam und durchsetzbar sind. Die Vertragspartner sind nicht bloß auf unverbindliche Absprachen nach Art von *gentlemen agreements* verwiesen. Für den VGB wäre auch das Verhandeln, Erkämpfen, Abschließen und Durchsetzen von Koalitionenverträgen eine von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Betätigung der Koalitionsfreiheit dar. Gerade der 1. Senat des BAG betont zunehmend, daß seit der vermeintlichen Rechtsprechungsänderung des BVerfG zur Kernbereichslehre bis zu einer gesetzlichen Regelung jede Koalitionsbetätigung die Ausübung eines schrankenlos gewährleisteten Grundrechts sei, welches nur in anderen Grundrechten nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz beschränkbar sei. Daraus folgt zwar kein Verhandlungsanspruch. Wer aber dem VGB nicht nur die Tariffähigkeit abstreitet, sondern behauptet, mit ihm könnte keine kollektivvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen erfolgen, der kann auf Unterlassung solcher Äußerungen verklagt werden, § 1004 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG.

##### b. Vertragsinhalte

1106 Für die Inhalte von schuldrechtlichen Koalitionenverträgen gelten zunächst nicht die Beschränkungen des § 1 TVG. Vielmehr reicht zunächst die vertragliche Regelbarkeit. Soweit schon für Unternehmen ohne Tendenzschutz zu Recht ein Freiwilligkeitsvorbehalt gefordert wird – zuletzt von *Rieble* auf tragfähiger dogmatischer Grundlage<sup>1385</sup> –, betrifft dies

---

<sup>1385</sup> *Rieble*, RdA 2005, 200, 211 f.; *ders.*, NZA 2005, 1, 6.

die Erkämpfbarkeit. Bei den Gewerkschaften fehlt es aber schon an der Regelbarkeit, wenn eine solche Regelung die Grenzen des zulässigen Verzichts überschreitet.

So kann die Frage, ob gewerkschaftlicher Rechtsschutz klassischer Ausprägung geleistet wird oder die Mitglieder an eine vom DGB betriebene Anwaltssozietät weitergeleitet werden, nur von den Gewerkschaftsmitgliedern und den von ihnen legitimierten Organen entschieden werden. Eine vertragliche Bindung ist demnach nur möglich, wenn sie mit kurzer Frist gekündigt werden kann. 1107

Dies gilt auch die Standorte von Bildungsstätten, die Beteiligung des DGB an Bundestagswahlkämpfen, der Aufbau einer gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft oder die Leitlinien der Tarifpolitik sowie eine Regelung, die den Tarifsekretären eine Unabhängigkeit in Detailfragen der Tarifpolitik überließe, sog. „innere Tarifautonomie“<sup>1386</sup>. Diese Fragen haben zwar Auswirkungen auf die Existenz und Ausgestaltung der Arbeitsplätze, sind aber dennoch als Kernbereich des Tendenzschutzes unverzichtbar. Hingegen kann im Sinne des Dulden und Liquidierens für den Fall einer Tendenzänderung in diesen Fragen eine nicht prohibitive Kompensation vertraglich geregelt werden. 1108

### c. Wirkungsmechanismus

Es gelten zwar nicht die besonderen Voraussetzungen und Wirkungen des TVG<sup>1387</sup>, aber der Vertrag zwischen einer Koalition und einem Arbeitgeber ist ein typenfreies Verpflichtungsgeschäft nach allgemeinem Schuldrecht. Aus ihm folgen Rechte und Pflichten der Vertragspartner, § 242 BGB und, solange kein Rücktritt oder Wegfall der Geschäftsgrundlage stattgefunden hat, ist der Vertrag einzuhalten. 1109

Von der Wirkungsweise her böte es sich für den VGB an, mit den einzelnen Gewerkschaften resp. ihren Einrichtungen Koalitionenverträge abzuschließen: Gemäß § 328 BGB bestünde damit eine unmittelbare Wirkung zugunsten der Arbeitnehmer. Zudem hätte der VGB als Versprechensempfänger im Zweifel einen eigenen Anspruch auf die Leistung der arbeitgebenden Gewerkschaft an ihre Arbeitnehmer, § 335 BGB und könnte diesen klageweise durchsetzen, um dem Arbeitnehmer die Belastung seines Arbeitsverhältnisses durch eine eigene Klage zu ersparen. Dem kommt insbesondere bei den Tendenzträgern eine besondere Bedeutung zu. 1110

---

<sup>1386</sup> Rüthers, Tarifmacht, S. 35 ff.; MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 109.

<sup>1387</sup> Rieble, Arbeitsmarkt, Rn. 1197 f. zum Verständnis von Tarifverträgen als privatrechtliche Verträge unter der TVVO.

- 1111 Hingegen lässt sich eine zwingende Wirkung so nicht erreichen, weil § 333 BGB bei nachträglich abweichenden individualvertraglichen Regelungen als Zurückweisung zu werten ist. Solche Koalitionenverträge könnten zwar auch keine Sperrwirkung gegenüber Betriebsvereinbarungen auslösen. Der VGB könnte aber durch die Vereinbarung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen gegen konkurrierende Regelungen vorgehen. Außerdem ginge eine koalitionsvertraglich schuldvertragliche Regelung *qua* Günstigkeitsprinzip der Betriebsvereinbarung vor, wenn die Betriebsvereinbarung für den Arbeitnehmer ungünstiger ist<sup>1388</sup>.
- 1112 Die Glaubwürdigkeit der DGB-Gewerkschaften als Arbeitgeber würde erheblich steigen. Intern gilt dies insbesondere auch für die Gesamtbetriebsräte. Sie könnten sich der Organisation des Zusammenlebens und -wirkens sowie dem innerbetrieblichen Ausgleich widmen, statt umfassend materielle Arbeitsbedingungen im Wege des kollektiven Bettelns zu erwirken.

## 2. Durchsetzungsmöglichkeiten des VGB

- 1113 Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, es würde ein kollektives Bettelorgan gegen das nächste ausgetauscht, weil der VGB Koalitionenverträge nicht durch Streiks erkämpfen dürfte. Während die Betriebsräte einer absoluten Friedenspflicht unterliegen, betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsrechte nicht funktionswidrig einsetzen dürfen und sie auf vertrauensvolle Zusammenarbeit verpflichtet sind, könnte der VGB seinen Forderungen auch Nachdruck verleihen. Zwar stünde ihm im Falle der fehlenden Tariffähigkeit kein Streikrecht zu, er könnte aber die Gewerkschaftsarbeitnehmer zur kollektiven Geltendmachung von Individualrechten aufrufen und dies organisieren<sup>1389</sup>. Die koordinierte Kündigung der Arbeitsverhältnisse gehörte vor dem Beschluß des Großen Senats vom 28.1.1955<sup>1390</sup> sogar zu den klassischen Kampfmitteln der Gewerkschaften. Die nicht tariffähigen Koalitionen stehen in einer ähnlichen Situation wie die Gewerkschaften, bevor das Streikrecht seine umfassende rechtliche Anerkennung erfahren hat und zum Privileg der tariffähigen Koalitionen geworden ist. Wie zuletzt *Rieble* klar herausgestellt hat, ist das Streikprivileg der tariffähigen Koalitionen kein Kampfmonopol, welches den kollektiven Einsatz von Individualrechten als Kampfmittel ausschliesse<sup>1391</sup>.

<sup>1388</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 Rn. 234 f. m.w.N.

<sup>1389</sup> MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 246 Rn. 134.

<sup>1390</sup> BAG GS vom 28.1.1955 – GS 1/54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>1391</sup> *Rieble*, RdA 2005, 200, 207.

Die Individualrechte sind – wie *Rieble*<sup>1392</sup> zu Recht betont – zwar regelmäßig nicht an einen Sachgrund gebunden und vermitteln kein Einsamkeitsgebot, die kollektive Druckausübung findet aber nicht im rechtsfreien Raum statt: Zur kollektiven Druckerzeugung brauchen die Gewerkschaftsarbeitnehmer aber den VGB: Stünde der Gewerkschaft als Arbeitgeber kein Verhandlungspartner gegenüber, der ein vertraglich regelbares Angebot aufstellt, demgegenüber sie nachgeben kann und der im Gegenzug für eine Beseitigung des Drucks sorgt, so wäre die Druckausübung rechtswidrig. Die Druckausübung darf aber wiederum nur darauf gerichtet sein, vertragliche Regelungen zu erzielen, die nicht allgemein oder aus Tendenzschutzgründen einem Freiwilligkeitsvorbehalt unterliegen. 1114

Zur Druckausübung könnten die Gewerkschaftsarbeitnehmer klassische Individualrechte, insbesondere Zurückbehaltungsrechte, §§ 273, 320 BGB, und Änderungskündigungen, § 2 KSchG, einsetzen. Sie können aber auch, um den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses nicht zu gefährden, kollektiv Arbeitszeitverringungsanträge nach § 8 Abs. 1 TzBfG stellen. Auch für die Gewerkschaftsarbeitnehmer gilt aber, daß Rechtsmißbrauch nicht zur Druckausübung eingesetzt werden darf. Für den „Dienst nach Vorschrift“, Bummelstreik, „*go sick, go slow*“<sup>1393</sup> oder massenhafte Beschwerden nach § 84 BetrVG als Kampfmittel gelten bei Gewerkschaftsarbeitnehmern keine rechtlichen Besonderheiten. Lediglich faktisch kann der Einsatz solcher Mittel durch die arbeitgebende Gewerkschaft in ihren Auseinandersetzungen mit ihren Tarifgegnern sich hier gegen sie selbst wenden. 1115

---

<sup>1392</sup> *Rieble*, RdA 2005, 200, 205; *ders.*, NZA 2005, 1, 2 ff.

<sup>1393</sup> Rechtmäßigkeit verneinend: BGH vom 31.1.1978 – VI ZR 32/77, zu I.2.a), AP Nr. 61 zu Art. 9 GG; *Zöllner*, FS Bötticher, S. 427, 438; *MünchArbR/Otto*, § 286 Rn. 53; *ErfKomm/Dieterich*, Art. 9 GG [Vereinigungsfreiheit] Rn. 269 m.w.N.; a.A.: *Däubler*, Arbeitskampfrecht, Rn. 1445, 1456.



## § 6 Mitbestimmung

### A. Unternehmensmitbestimmung

#### I. Beim DGB und den DGB-Gewerkschaften

Bei den Koalitionen und den von ihnen betriebenen Unternehmen, die einer koalitionspolitischen Bestimmung dienen, findet eine zwingende Unternehmensmitbestimmung wegen der Bereichsausnahmen für Tendenzbetriebe nicht statt, § 1 Abs. 4 MitBG, § 1 Abs. 2 Nr. 2a DrittelbG. Möglich ist aber eine freiwillige Unternehmensbestimmung durch teilweisen Tendenzschutzverzicht, o. § 2E, Rn. 255 ff. Soweit sie eine freiwillige Form der Unternehmensmitbestimmung einführen, bleibt es den Gewerkschaften unbenommen, die Koalitionen ihrer Arbeitnehmer davon auszuschließen. Der VGB könnte dann nur durch seine Mitglieder daran teilnehmen. 1116

#### II. Unternehmen der gewerkschaftsnahen Gemeinwirtschaft

Die Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft sind keine Tendenzunternehmen, o. § 2C.II.3.g Rn. 224. Die Tendenzschutzbestimmungen gelten daher nicht, so daß dort Arbeitnehmer und Gewerkschaften Vertreter in den Aufsichtsrat entsenden können. Die Arbeitnehmer können ihre Vertreter aus Kandidaten wählen, die selbst in den Unternehmen beschäftigt sind, § 1 Abs. 2 MitBG. Die Gewerkschaftsvertreter von Gewerkschaften, die in den Unternehmen vertreten sind, werden vorgeschlagen und von den Delegierten gewählt, § 16 MitBG. Bei den Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft saßen regelmäßig Vertreter der zuständigen DGB-Gewerkschaften im Aufsichtsrat. Beispielsweise war die HBV als Anteilseigner und als Gewerkschaft im Aufsichtsrat der BfG-AG vertreten<sup>1394</sup>. 1117

Rechtmäßig war das nicht. Da die DGB-Gewerkschaften wegen ihrer unmittelbaren oder über den DGB mittelbaren wirtschaftlichen Beteiligung an den Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft nicht gegnerunabhängig waren, o. § 5A.I.1.c.cc.[7], Rn. 822, mochten sie zwar Mitglieder in diesen Unternehmen haben, konnten aber dennoch keine in den Unternehmen vertretene Gewerkschaft sein. Die Gewerkschafts- 1118

---

<sup>1394</sup> Niedenhoff, Unbekannte Macht, S. 296 f.

vertreter im Aufsichtsrat der BGAG könnten hingegen vom VGB vorgeschlagen werden.

## **B. Betriebliche Mitbestimmung**

### **I. Betriebsverfassungsorganisationstruktur und Gremien**

#### **1. Grundsätzliche Anwendbarkeit des BetrVG**

- 1119** Vorherrschende Ansicht im Schrifttum ist<sup>1395</sup>, daß die organisationsrechtlichen Vorschriften des BetrVG in den Tendenzbetrieben zur Anwendung kommen, was insbesondere auf die Vorschriften über die betriebsverfassungsrechtliche Organisationsstruktur bezogen wird<sup>1396</sup>. Ob aber die Bedürfnisse der gewerkschaftlichen Kampfgemeinschaft eine betriebsverfassungsrechtliche Organisationsstruktur erfordern können, die über die gesetzlichen Grenzen der Dispositionsbefugnis hinausgeht und insofern der unmodifizierten Gesetzesanwendung entgegensteht, hat *Plander* bezweifelt<sup>1397</sup>.

#### **2. Errichtung von Konzern-, Gesamt- und Betriebsräten**

- 1120** Die HBV und die GdED (nunmehr: transnet) jedenfalls hatten die gesetzlichen Vorgaben für eine betriebsverfassungsrechtliche Organisationsstruktur offenbar mißachtet. Die HBV mußte sich entsprechend gerichtlich über die Nichtigkeit der bei ihr durchgeführten Betriebsratswahl belehren lassen<sup>1398</sup>; auch der GdED bescheinigte *Plander* in einem von ihr in Auftrag gegebenen Gutachten, bei ihr sei „über Jahre hinweg einvernehmlich eine sich nur lose an den Vorgaben des BetrVG orientierende Betriebsverfassung praktiziert“ worden. Bei der Bemessung der Zahl der Mitglieder dieses Gremiums sowie hinsichtlich der Betriebsratswahlen habe man vom BetrVG in vieler Hinsicht abweichende eigene Vorstellungen verwirklicht<sup>1399</sup>. Dennoch half die GdED (nunmehr: transnet) erst aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs den rechtswidrigen Zuständen ab<sup>1400</sup>.

---

<sup>1395</sup> FESTL, BetrVG, § 118 Rn. 31; mit Ausnahmen: *Richter*, DB 1991, 2661; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 131 ff.; a.A.: *DKK/Wedde*, BetrVG, § 118 Rn. 69 f.

<sup>1396</sup> *G. Müller*, FS Hilger/Stumpff, S. 477, 490.

<sup>1397</sup> So auch *Plander*, *Gewerkschaftsbeschäftigte*, S. 75 ff.

<sup>1398</sup> LAG Düsseldorf vom 29.4.1999 – 5 (4) TaBV 2/99, n.v.

<sup>1399</sup> *Plander*, *Gewerkschaftsbeschäftigte*, S. 16.

<sup>1400</sup> *Plander*, *Gewerkschaftsbeschäftigte*, S. 17.

Diese Beispiele zeigen, daß bei den Gewerkschaften jedenfalls der Wunsch zu einer abweichenden Struktur vorhanden war. Insbesondere die GdED favorisierte einen Betriebsrat, der für alle Ortskartelle, Landesbezirkseinrichtungen, die Hauptverwaltung und die Bundeseinrichtungen zuständig ist. Dies ermöglichte bundesweit geltende Regelungen, bessere Wahlchancen für Arbeitnehmer der Hauptverwaltung aufgrund der dortigen Personalkonzentration und eine hohe Wiederwahlwahrscheinlichkeit der Betriebsratsmitglieder. Die damit verbundene personelle Stabilität des Gremiums sowie eine engere Anbindung an den Bundesvorstand bilden auf Betriebsratsseite das Leitbild einer klassischen zentralistisch-autoritär geführten Gewerkschaft ab. 1121

Gerechtfertigt sind Abweichungen vom Gesetz aber nur, wenn es aus Tendenzschutzgründen berechtigt ist, d.h. nicht bloß überwiegend praktischen resp. wirtschaftlichen Gründen geschuldet ist. Mittlerweile läßt § 3 Abs. 1 Nr. 1a BetrVG allerdings die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats zu, fordert aber einen Tarifvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder die Zustimmung der Arbeitnehmer. Erfordert der Tendenzschutz einen bundeseinheitlichen Betriebsrat, muß die Gewerkschaft dies einseitig durchsetzen können. Eine Homogenität von gewerkschaftlicher Führungsstruktur und betriebsverfassungsrechtlicher Organisationsstruktur ist aber ebensowenig vom Tendenzschutz gedeckt wie die Präferenz aus Gründen der leichteren und schnelleren Einigung mit den Betriebsräten. Die Durchsetzung von tendenzrelevanten Entscheidungen ist ohnehin durch den Ausschluß der Mitbestimmungsrechte sichergestellt. 1122

Wenn die Ortskartelle rechtlich selbständige Zweigvereine sind, handelt es sich jedenfalls um Arbeitgeber i.S.d. BetrVG. Ihre Organisation ist damit grundsätzlich auch ein eigenständiger Betrieb, so daß bei ihnen ein Betriebsrat zu bilden ist. Anders verhält es sich, wenn mehrere Ortskartelle einen gemeinsamen Betrieb i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG unterhalten. Die Voraussetzungen dafür resp. der Vermutungstatbestände des § 1 Abs. 2 BetrVG werden bei den Führungsstrukturen in den Ortskartellen aber regelmäßig nicht erfüllt sein. Eine einheitliche Leitungsmacht fehlt schon dann, wenn jedes Ortskartell eigenständige Personalentscheidungen trifft. 1123

### **3. Errichtung von Gesamt- und Konzernbetriebsräten**

#### **a. Gesamtbetriebsräte als Verhandlungspartner**

Bei den DGB-Gewerkschaften und auch dem DGB sind bereits Gesamtbetriebsräte errichtet worden. Dies liegt sogar in deren Interessen als Arbeitgeber: Weil ver.di mangels Gegnerunabhängigkeit als Gewerkschaft ausfällt und der DGB-Verbund dem VGB die Anerkennung als Gewerk- 1124

schaft verweigert, fehlt auf tarifvertraglicher Ebene ein Verhandlungspartner. Dies kann für den Arbeitgeber durchaus mißlich sein, etwa wenn er von tarifvertrags- resp. betriebsvereinbarungsdispositivem Gesetzesrecht abweichen möchte oder eine Kollektivvertretung als Verhandlungspartner braucht, um einheitliche Regelungen zu schaffen oder ein Bündnis für Arbeit zu vereinbaren. Allgemeine Arbeitsbedingungen auf individualvertraglicher Grundlage eignen sich dafür wenig. Diese Lücke versuchen die Gesamtbetriebsräte zu füllen.

## **b. Gesamt- und Konzernbetriebsräte bei Zweigvereinstruktur**

### **aa. Entsendung in den Gesamtbetriebsrat**

- 1125** Dabei haben sie aber – soweit keine gemeinsamen Betriebe vorliegen – die Unternehmensgrenzen als Zuständigkeitsgrenze zu beachten. Problematisch ist dabei, ob die Landesbezirke rechtlich selbständige Zweigvereine sind und demzufolge nicht in den Gesamtbetriebsrat der Bundesorganisation entsenden dürfen. Weil dagegen verstoßen wurde hat das BAG z.B. einer bei der SPD errichteten Arbeitnehmervertretung die Eigenschaft als Gesamtbetriebsrat abgesprochen<sup>1401</sup>. Das BAG ist auch zu Recht der Ansicht entgegengetreten, mehrere Rechtspersonen könnten zusammen ein einheitliches Unternehmen in einem speziell betriebsverfassungsrechtlichen Sinn bilden<sup>1402</sup>, wenn nicht die Voraussetzungen eines gemeinsamen Betriebs vorliegen.

### **bb. Rechtsnatur der Landesbezirke**

- 1126** Bei den Gewerkschaften kommt es zunächst darauf an, ob die Landesbezirke ebenfalls rechtlich selbständige Unternehmen oder nur organisatorische Untergliederungen des Bundesvereins sind. Die Landesbezirke sind rechtlich selbständige Unternehmen, wenn sie auf Dauer nach außen Aufgaben im eigenen Namen durch eine eigene körperschaftliche Organisation wahrnehmen, in ihrem Bestand vom Wechsel der Mitglieder unabhängig sind sowie über finanzielle Mittel verfügen, die sie in die Lage versetzen, ein eigenständiges Vereinsleben zu führen<sup>1403</sup>.
- 1127** Bei dem DGB haben die DGB-Bezirke eigenständige Geschäftstellen und werden von Bezirksvorständen geleitet, so daß Organe vorhanden sind, die für die Bezirke als Zweigvereine handeln könnten. In § 11 DGB-Satzung sind den Bezirken auch bestimmte Aufgaben zugewiesen, die sie nach

<sup>1401</sup> BAG vom 9.8.2000 – 7 ABR 56/98, NZA 2001, 116.

<sup>1402</sup> BAG vom 11.12.1987 – 7 ABR 49/87, AP Nr. 7 zu § 47 BetrVG 1972; BAG vom 9.8.2000 – 7 ABR 56/98, a.a.O.

<sup>1403</sup> BAG vom 9.8.2000 – 7 ABR 56/98, NZA 2001, 116 Rn. 20.

außen hin eigenständig erfüllen. Dem entspricht es, daß die Bezirke im Internet mit eigener Homepage auftreten. Wie bei den Gebietsverbänden, z.B. der SPD, die kraft des § 4 Abs. 2 ParteienG dazu verpflichtet sind, fügen auch die Bezirke des DGB in ihrem Namen im Anschluß an die Bezeichnung „DGB“ ihre konkrete Bezirksbezeichnung an. Sie sind damit im Rechtsverkehr individualisierbar.

Ob die Bezirke selbst Mitglieder haben, ist zweifelhaft. Die DGB-Mitgliedsgewerkschaften wählen ihre Vertreter in den Bezirkskonferenzen, welche eine gewisse Entsprechung zu einer Mitgliederversammlung darstellen. Somit können weder Bezirksvorstand noch Bezirkskonferenz einen Vertreter ausschließen. Zwingende Voraussetzung der rechtlichen Selbständigkeit ist aber das nicht durch die Satzung des Gesamtvereins beschränkbare Recht zur Selbstauflösung<sup>1404</sup>. Anders als die Gebietsverbände der politischen Parteien gemäß § 9 Abs. 3 ParteienG ist den Bezirken des DGB dieses Recht nicht gesetzlich garantiert. Auch aus der DGB-Satzung, insbesondere § 11, ist ein solches Recht nicht ersichtlich. Stattdessen legt der Bundesvorstand gemäß § 11 Nr. 1 DGB-Satzung die Zahl und Abgrenzung im Einvernehmen mit dem Bundesausschuß fest. Daraus folgt, daß ein Bezirk sich nicht selbst auflösen kann. Außerdem haben die Bezirke gemäß § 11 Nr. 13 DGB-Satzung kein eigenes Vermögen, sondern verwalten nur ein ihnen zugewiesenes Budget. Die Bezirke sind damit rechtlich unselbständige Untergliederungen des DGB, so daß die Betriebsräte der Bezirke in den DGB-Gesamtbetriebsrat entsenden können und dieser für sie zuständig ist. 1128

Gleiches trifft auch für die DGB-Gewerkschaften zu. So ist z.B. in § 36 ver.di-Satzung ebenfalls geregelt, daß nur der Bundeskongreß über die Auflösung eines Landesbezirks entscheiden kann. Selbst die Gebietsabgrenzung liegt nicht in der Hoheit der Landesbezirke. Demzufolge besteht hier ein Recht der Betriebe in den regionalen Untergliederungen, Vertreter in den Gesamtbetriebsrat der Bundesorganisation zu entsenden. Für dessen Größe sind die in den regionalen Untergliederungen beschäftigten Arbeitnehmer mitzuzählen. 1129

### **c. Reguläre Konzernbetriebsräte**

Konzernbetriebsräte sind wegen der Unterschiedlichkeit der Arbeitsabläufe und Personalzusammensetzung als Regelungspartner bei den Gewerkschaften grundsätzlich weniger bedeutsam als die Gesamtbetriebsräte. Zudem sind Konzernbetriebsräte, anders als die Gesamtbetriebsräte, 1130

---

<sup>1404</sup> BAG vom 9.8.2000 – 7 ABR 56/98, a.a.O.; Soergel/Hadding, BGB, Vor § 21 Rn. 53.

nur fakultativ zu bilden, § 54 Abs. 1 BetrVG, was bei den DGB-Gewerkschaften, dem DGB und ihren Unterkonzernen auch tatsächlich zur Konzernbetriebsratslosigkeit führt, obwohl alle DGB-Gewerkschaften und der DGB über abhängige Unternehmen herrschen, z.B. über die diversen gewerkschaftlichen Seminarveranstalter.

#### **d. Der DGB als Konzern**

- 1131** Ob beim DGB ein Konzernbetriebsrat nach § 54 BetrVG errichtet werden kann, scheint auch nach der Ausgliederung z.B. der DGB Rechtsschutz GmbH fraglich. Der Konzernatbestand gemäß § 54 BetrVG i.V.m. § 18 AktG scheint nicht einschlägig zu sein: 100 % der Anteile an der DGB Rechtsschutz GmbH hält nicht der DGB, sondern dessen Vermögens- und Treuhandgesellschaft. Anteilseigner der VTG ist wiederum nicht der DGB selbst, sondern die Vorstandsmitglieder des DGB.
- 1132** Andererseits ändert die Zwischenschaltung der VTG nichts an der tatsächlichen Herrschaft des DGB über die DGB Rechtsschutz GmbH. Der Sinn und Zweck der Betriebsverfassungsorganisationvorschriften besteht darin, den Arbeitnehmern eine Beteiligung an den Entscheidungen zu eröffnen, die nachhaltig ihre Arbeitsorganisation und -bedingungen beeinflussen. Tatsächlich liegen wesentliche, den gesamten DGB-Bereich und damit auch die Rechtsschutz GmbH betreffende Entscheidungen beim DGB-Bundesvorstand.
- 1133** Die Treuhandkonstruktion ändert daran nichts, sondern setzt dies sogar voraus. *Prütting*<sup>1405</sup> hat in einem vom DGB in Auftrag gegebenen Gutachten ausgeführt, es bestehe eine echte Leitungsmacht des DGB, die Aufgaben der Rechtsschutz GmbH entsprächen inhaltlich denjenigen „einer gemeinsamen Stabsabteilung der Mitgliedergewerkschaften“ und die Rechtsschutz GmbH sei „Teil der auf berufständigen Grundlage gebildeten Vereinigung DGB“. Demzufolge können der Betriebsrat der DGB Rechtsschutz GmbH nach § 54 Abs. 2 BetrVG und der Gesamtbetriebsrat des DGB die Bildung eines Konzernbetriebsrats verlangen. Gleiches gilt für weitere Gesamtbetriebsräte oder, im Fall des § 54 Abs. 2 BetrVG, auch die Betriebsräte in Unternehmen, die i.S.v. § 18 AktG abhängige Unternehmen des DGB sind.

#### **4. Kompetenzverteilung, § 50 BetrVG**

- 1134** Die im BetrVG vorgesehene Abgrenzung der Betriebsratszuständigkeit zu der des Gesamtbetriebsrats ist tendenzneutral. Wenn eine Gewerkschaft zur Tendenzverwirklichung mehrere Betriebe bildet, folgt daraus, daß sie

---

<sup>1405</sup> *Prütting*, AuR 1998, 133, 140.

die Möglichkeit von Betrieb zu Betrieb unterschiedlicher Betriebsvereinbarungen hinnimmt, sofern nicht die Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 BetrVG oder eine Mandatierung durch die Betriebsräte gem. § 50 Abs. 2 BetrVG vorliegen.

Daß ver.di in § 73 Nr. 2 ver.di-Satzung nur Gesamtbetriebsvereinbarungen und Regelungsabreden mit dem Gesamtbetriebsrat zuläßt, kann die gesetzliche Zuständigkeitsregelung nicht berühren. Die Satzung bindet die Betriebsräte und Gesamtbetriebsräte nicht: Diese mögen zwar persönlich zugleich ver.di-Mitglieder sein, in ihrer Amtsführung haben sie sich aber an die gesetzlichen Vorschriften zu halten. Sie können lediglich im Rahmen ihres Auswahlermessens über eine Mandatierung nach § 50 Abs. 2 BetrVG entscheiden. Für diese Ermessensentscheidung dürfen sie aber § 73 Nr. 2 ver.di-Satzung unberücksichtigt lassen. Es handelt sich lediglich um einen dokumentierten Willen der Mitglieder, der für die Amtsführung der Betriebsräte ebensowenig verbindlich ist wie die subjektiven Vorstellungen der Anteilseigner in anderen Unternehmen.

§ 73 Nr. 2 ver.di-Satzung könnte allerdings bei der Subsumtion unter die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale von Bedeutung sein. Für § 50 Abs. 1 BetrVG kommt es darauf an, ob etwas auf einzelbetrieblicher Ebene nicht geregelt werden kann. Wie das Nichtregelkönnen auszulegen ist, ist strittig<sup>1406</sup>. Gute Gründe sprechen dafür, daß bei freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers bereits die autonome Vorgabe des Arbeitgebers, nur eine unternehmenseinheitliche Regelung abzuschließen, zum Nichtregelkönnen auf Einzelbetriebsratsebene führt<sup>1407</sup>. 1135

Davon zu unterscheiden sind freiwillige Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG. So sind Entgeltrahmen und Entgeltsätze zwar in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung regelbar, aber keine freiwilligen Leistungen. Ist ver.di nicht zu einer Regelung mit den jeweiligen Betriebsräten bereit, führt dies nicht dazu, daß kein Entgelt zu zahlen wäre, sondern nur dazu, daß dies nicht in Betriebsvereinbarungen geregelt wird. Fehlt es auch an einer individualvertraglichen Regelung, greift § 612 BGB. Das BAG ist gegenüber den Gewerkschaften großzügig – zuletzt meinte es zur Gesamtbetriebsratszuständigkeit für eine Sanierungsgesamtbetriebsvereinbarung, die Zuständigkeit nach § 50 Abs. 1 BetrVG „folgt schon daraus, daß die Belange der Beklagten [der Gewerkschaft IG Medien] eine unternehmenseinheitliche Regelung gebieten“<sup>1408</sup>. Weiter vom Wortlaut (Nichtregelkönnen) und der eigenen Formel von der „zwingenden Notwendig- 1136

---

<sup>1406</sup> Schwald, Konzernbetriebsrat, S. 77 ff.

<sup>1407</sup> So zu § 58 BetrVG: Schwald, a.a.O., S. 95 f., 105 f.

<sup>1408</sup> BAG vom 20.2.2001 – 1 AZR 322/00, zu B.2.c), AP Nr. 107 zu BetrVG 1972 Lohngestaltung.

keit“ konnte sich das BAG mit den nicht näher ausgeführten, bloßen „Belangen“ nicht entfernen.

- 1137** Für sich allein reicht daher § 73 Nr. 2 ver.di-Satzung nicht aus, um über das Tatbestandsmerkmal des Nichtregelkönnens eine Gesamtbetriebsratszuständigkeit zu begründen. Die Festlegung der Zuständigkeit ist nach h.M. eine Abwägungsentscheidung<sup>1409</sup>, die je nach Materie und den Umständen des Einzelfalls anders ausfallen kann. Auf dieser Grundlage hat das BAG sogar schon die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für einen unternehmensweit geltenden Sozialplan nur sehr restriktiv zugelassen.
- 1138** Zugunsten der ÖTV-Vergütungsordnung hat das BAG die Zuständigkeit nach § 50 Abs. 1 BetrVG mit „Besonderheit“ begründet, „daß der Arbeitgeber zugleich Gewerkschaft ist und damit dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG untersteht.“ Damit leitet das BAG aus dem Freiheitsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG eine Anspruchsgrundlage auf kompetenzwidrige Gesamtbetriebsvereinbarungen ab. Das war selbst dem BAG zu kühn, weswegen es versucht hat, die Gesamtbetriebsratszuständigkeit auch noch damit zu begründen, daß die ÖTV für ihre Arbeitnehmer keine Tarifverträge abschließen könne, weswegen sie nicht nur das gleiche Interesse wie andere Arbeitgeber an der einheitlichen Gestaltung der Arbeitsbedingungen habe, sondern ersatzweise eine Möglichkeit zur Schaffung einheitlicher Arbeitsbedingungen haben müsse.
- 1139** Daran war im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, am 28.4.1992, immerhin noch richtig, daß der ÖTV damals noch nicht der VGB als Tarifpartner zur Verfügung stand. Daran lag es, daß sie keine Tarifverträge schließen konnte und nicht etwa daran, daß die ÖTV eine Gewerkschaft war. Diese Differenzierung mag dem BAG zu diffizil gewesen sein – in ihrer Mißverständlichkeit grob fahrlässig ist aber der darauf aufbauende Schluß, in Ermangelung von Tarifverträgen müßten einheitliche Arbeitsbedingungen durch Gesamtbetriebsvereinbarungen geschlossen werden können. Eine irgendwie geartete Anleihe an die Dogmatik zu § 137 Abs. 3 GG, nach der Gesetze für Kirchen keine Schranken bilden, wenn sie die Kirchen nicht wie jedermann, sondern in ihrer Besonderheit als Kirche härter, ihr Selbstverständnis beschränkend,

---

<sup>1409</sup> BAG vom 23.9.1975 – 1 ABR 122/73, AuR 1976, 188, 189; BAG vom 17.2.1981 – 1 AZR 290/78, NJW 1982, 69; BAG vom 6.12.1988 – 1 ABR 44/87, NZA 1989, 479, 480; LAG Düsseldorf vom 4.3.1992 – 5 TaBV 116/91, NZA 1992, 613; *Grothkamp*, Gesamtbetriebsrat, S. 97, 102; *Halberstadt*, BB 1975, 843; *Kassmann*, Gesamtbetriebsrat, S. 70 ff.; *Störmann*, Gesamtbetriebsrat, S. 54 ff.; dagegen: *Schwald*, Konzernbetriebsrat, S. 80 ff.

treffen<sup>1410</sup>, ist eine Besonderheit der Kirchen. Wiederum ist eine Befreiung des Tendenzarbeitsrechts vom staatskirchenrechtlichen Denken anzumahnen.

Im übrigen sind Entgeltrahmen und -sätze schon auf tariflicher Ebene auch oft nicht in Bundesentgelttarifverträgen geregelt. Ob es einem Arbeitgeber gelingt, einen bundesweit geltenden Tarifvertrag zu erkämpfen oder zu erkaufen, hängt vom Willen des anderen Vertragspartners ab. Umso abwegiger ist es, daß eine Gewerkschaft die eigenen Vergütungsordnungen nur durch Gesamtbetriebsvereinbarungen regeln könne. So etwas erfordert jedenfalls eine Begründung, für die weder die Existenz von § 73 Nr. 2 ver.di-Satzung noch bloß praktische Belange der Gewerkschaft ausreichen. 1140

## II. Gremien sui generis

### 1. Beispiele bei den Kirchen und Presseunternehmen

Die Gewerkschaften könnten eigenständige Formen der Mitarbeitervertretung schaffen. Die Kirchen haben solche Mitarbeitervertretungen (MAV) eingerichtet<sup>1411</sup> und viele Presseunternehmen haben auf freiwilliger Grundlage unter teilweisem Verzicht auf den Tendenzschutz Redaktionsräte gebildet<sup>1412</sup>. 1141

### 2. Gewerkschaftssekretärskonferenz auf vertraglicher Basis

#### a. Monopol der Mitarbeitervertretung durch den Betriebsrat

Den Redaktionsräten entsprechend wären auch Gewerkschaftssekretärskonferenzen bei den Gewerkschaften möglich. Dem steht § 3 BetrVG nicht entgegen. Dieser verbietet allenfalls Vertretungen auf individualrechtlicher Grundlage, deren Befugnisse sich mit Kompetenzen des Betriebsrats überschneiden<sup>1413</sup>. Eine Sekretärskonferenz, welche den Gewerkschaftssekretären Beratungs- und Empfehlungsrechte in Fragen der von ihnen zu verwirklichenden Tendenz einräumt, konkurriert nicht mit dem Betriebsrat, da dieser schon wegen § 118 Abs. 1 BetrVG für solche Fragen keine Kompetenz hat<sup>1414</sup>. 1142

---

<sup>1410</sup> BVerfG (Senat) vom 21.9.1976 – 2 BvR 350/75, BVerfGE 42, 312, 334; zur Kritik an der Jedermann-Formel: *Hollerbach*, AöR 106 (1981), 218, 239 f.

<sup>1411</sup> *Hammer*, Kirchliches Arbeitsrecht, S. 437 ff.; *Richardi*, Kirche, S. 256 ff.

<sup>1412</sup> *Rüthers*, RdA 2002, 360; *MünchArbR/Rüthers*, § 201 Rn. 111.

<sup>1413</sup> BAG vom 19.6.2001 – 1 AZR 463/0, NZA 2002, 397 m.w.N.

<sup>1414</sup> *Rüthers*, RdA 2002, 360, 361.

**b. Ausgestaltung und Rechte**

- 1143 Möglich und zweckmäßig ist die rechtliche Verselbständigung eines solchen Gremiums. So könnten die Gewerkschaften einem von den Sekretären gegründeten Verein oder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrags Informations-, Beratungs- und Mitwirkungsrechte einräumen.
- 1144 Entsprechend den Redaktionsstatuten könnte eine Gewerkschaftssekretärskonferenz aber auch in den Arbeitsverträgen geregelt werden. Bei der Vertragsgestaltung findet keine AGB-Kontrolle statt. Die zusätzliche und freiwillige Einrichtung eines solchen Gremiums kann keine unangemessene Benachteiligung sein und zudem handelt es sich dabei aufgrund des Tendenzbezugs um eine AGB-kontrollfreie Besonderheit des Arbeitsrechts, § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB, o. § 2E.II.4., Rn. 267.
- 1145 In Betracht kommt auch eine Gesamtzusage, soweit es sich um eine ausschließlich begünstigende Regelung handelt. Dies ist grundsätzlich der Fall, da durch eine solche Regelung das tendenzbezogene Direktionsrecht freiwillig eingeschränkt und eine erweiterte Mitwirkungsbefugnis geschaffen wird<sup>1415</sup>.

**c. Auflösung eines Sekretärsstatuts auf arbeitsvertraglicher Grundlage**

- 1146 Für die Ablösung oder Änderung einer Regelung hat das BAG in der Entscheidung zum Redaktionsstatut des „Mannheimer Morgens“ dafür gehalten, in Ermangelung eines Widerrufsvorbehalts sei die Ablösung nur durch Massenänderungskündigung möglich<sup>1416</sup>. *Rüthers* hat dem zu Recht entgegengehalten, ein solches Redaktionsstatut habe ungeachtet der individualvertraglichen Vereinbarung kollektiven Charakter, der es für den Fall einer Regelungslücke zur Ablösung erfordere, diese im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen<sup>1417</sup>.
- 1147 Für eine entsprechende Regelung bei den Gewerkschaften könnte es zu dieser Streitfrage nicht kommen: Wie o. § 2E.I., Rn. 255 ff. ausgeführt ist ein Tendenzschutzverzicht jedenfalls bei den Gewerkschaften nur wirksam, wenn die volle Tendenzherrschaft innerhalb kurzer Frist rückholbar ist. Angreifbar ist schon, daß das BAG für die durch Art. 5 Abs. 1 GG zwischen einem „vollständigen“ und einem teilweisen Verzicht auf die

---

<sup>1415</sup> *Rüthers*, RdA 2002, 360, 361.

<sup>1416</sup> BAG vom 19.6.2001 – 1 AZR 463/00, zu 2.c), RdA 2002, 363.

<sup>1417</sup> *Rüthers*, a.a.O.

Grundsatz- und Richtlinienkompetenz differenzieren will, wenn es den teilweisen Verzicht ohne Widerrufsvorbehalt für wirksam hält<sup>1418</sup>.

Abgesehen davon, daß das Redaktionsstatut eher einen teilweisen Verzicht auf die Detailkompetenz und nicht auf die Grundlagen- oder Richtlinienkompetenz betraf, kann es bei der koalitionspolitischen Tendenz wegen Art. 9 Abs. 3 GG und dem daraus folgenden Verbot der Fremdbestimmung auch keinen teilweisen Verzicht auf die Detailkompetenz ohne Kündigungs- oder Widerrufsmöglichkeit geben. Nachdem das BAG nunmehr die Teilkündigung zuläßt, wenn nach dem Erscheinungsbild ein selbständig lösbarer Teilvertrag vorliegt und die Teilkündigung nicht zur Umgehung des Kündigungsschutzes führt, kann entgegen der früheren Entscheidung zum Redaktionsstatut des „Mannheimer Morgens“ eine entsprechende Lösung erfolgen<sup>1419</sup>. 1148

### III. Betriebsverfassungsrechtliche Rechte

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats sind ebenso wie die Betätigungsrechte der Koalitionen und Gewerkschaften tendenzschutzbedingt eingeschränkt. Für die Betriebsverfassung ist dies in § 118 Abs. 1 BetrVG normiert. 1149

#### 1. Betriebsversammlungen

Anhörungs- und Informationsrechte des Betriebsrats sind der Anhörungs- und Informationsrechte des BAG zufolge in Tendenzbetrieben uneingeschränkt anwendbar<sup>1420</sup>. Davon zu unterscheiden sind die Betriebsversammlungen. Dort findet eine institutionalisierte betriebsöffentliche Diskussion statt. Der Arbeitgeber kann dieses Forum nutzen, um Tendenzentscheidungen bekannt zu geben und für sie zu werben, er muß es aber nicht. Er kann nicht gezwungen werden, seine Tendenzentscheidungen dem Rechtfertigungsdruck einer solchen Diskussion auszusetzen. Deshalb ist seine Pflicht, gem. § 43 Abs. 2 Satz 3 BetrVG einen Lagebericht zu erstatten, insoweit eingeschränkt<sup>1421</sup>. Dies gilt auch für die wirtschaftliche Lage und Entwicklung des Betriebs, weil ansonsten ein Wertungswiderspruch entstünde: Wenn schon § 110 BetrVG, welcher eine entsprechende Informationspflicht vorsieht, für Tendenzbetriebe ausgeschlossen ist, 1150

---

<sup>1418</sup> BAG, a.a.O., zu 2.b)bb).

<sup>1419</sup> BAG vom 13.3.2007 – 9 AZR 612/05, zu Rn. 29 f., NZA 2007, 563, 565; a.A. noch zum Statut des „Mannheimer Morgen“: BAG vom 19.6.2001 – 1 AZR 463/00, zu II.1.c), NZA 2002, 397.

<sup>1420</sup> BAG vom 31.5.1983 – 1 ABR 57/80, AP Nr. 27 zu § 118 BetrVG 1972.

<sup>1421</sup> BAG vom 8.3.1977 – 1 ABR 18/75, AP Nr. 1 zu § 43 BetrVG 1972 Künstlerische Entscheidungen.

kann dies nach bestrittener Ansicht nicht durch § 43 BetrVG konterkariert werden<sup>1422</sup>.

- 1151** Kritik an der Tendenz und Abstimmungen oder Resolutionen der Belegschaft zur Tendenz gehören auch dann nicht zu den zulässigen Tagesordnungspunkten einer Betriebsversammlung, wenn der Betriebsrat diese Themen aufwerfen möchte. Er hat sich wegen des Tendenzschutzes auch einer solchen kommunikativen Beeinflussung der Tendenz zu enthalten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Belegschaft gegen eine Tendenzentscheidung aufgehetzt wird oder eine sachliche Diskussion erfolgt.
- 1152** Auch wenn ein Betriebsrat in einem DGB-Betrieb nicht damit einverstanden wäre, daß mehrere Millionen Euro für Wahlkampfhilfe zugunsten der SPD ausgegeben werden und die Ansicht vertritt, der DGB verstoße gegen das Gebot parteipolitischer Neutralität, und diese Ansicht mit der Mahnung von *Hans Böckler* begründet, demzufolge keiner das Heiligste der DGB-Gewerkschaften anrühren solle, nämlich die Einheit und Geschlossenheit<sup>1423</sup> – diese tendenzbezogene Frage liegt außerhalb der Kompetenz des Betriebsrats. Insofern ist es Sache der Gewerkschaftsmitglieder, auf Einhaltung der Tendenzgrundsätze zu dringen. Die Arbeitnehmer können individuell von ihrer Meinungsäußerungsfreiheit Gebrauch machen, o. § 4C.I.4.c.cc.[1], Rn. 608 ff., und auch der VGB kann fordern, daß die Mittel eher zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Gewerkschaftsarbeitnehmer aufzuwenden sind.

## **2. Anspruch auf Kostenerstattung gegen die arbeitgebende Gewerkschaft**

### **a. Anschaffen von Literatur durch die arbeitgebende Gewerkschaft**

- 1153** Der Arbeitgeber hat die Kosten der Betriebsratstätigkeit zu tragen, § 40 Abs. 1 BetrVG, und auf seine Kosten gemäß § 40 Abs. 2 BetrVG dem Betriebsrat die erforderlichen sachlichen Mittel zur Verfügung zu stellen. Das gilt auch für die Gewerkschaften als Arbeitgeber. Maßstab ist jeweils dasjenige, was zur ordnungsgemäßen und sachgerechten Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich ist.

---

<sup>1422</sup> Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 136 m.w.N.; a.A. MünchArbR/*Matthes*, § 365 Rn. 4 m.w.N.

<sup>1423</sup> Vgl. Hans Böckler auf dem Bielefelder DGB-Kongress vom 22.-25.4.1947, zitiert nach *Langhau/Matthöfer/Schneider*, SPD und Gewerkschaften, S. 114, Dokument Nr. 17 „Hans Böckler zur Frage der parteipolitischen Neutralität“.

**aa. Maßstab des Erforderlichen**

Die Erforderlichkeit ist *ex ante* aus Sicht eines vernünftigen Dritten zu beurteilen, der die Interessen des Betriebs einerseits und diejenigen des Betriebsrats und der Arbeitnehmerschaft andererseits gegeneinander abzuwägen hat. Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob ein vernünftiger Dritter unter den zum Zeitpunkt der Beschlußfassung geltenden Umständen ebenfalls eine derartige Entscheidung getroffen hätte<sup>1424</sup>. Der Betriebsrat braucht sich zwar bei der Auswahl seiner Arbeitsmittel nicht ausschließlich vom Interesse des Arbeitgebers an einer möglichst geringen Kostenbelastung leiten zu lassen<sup>1425</sup>; er muß diese aber – schon wegen § 2 BetrVG – stets im Auge behalten<sup>1426</sup>.

**bb. Sonderrücksichtnahme der Betriebsräte in Gewerkschaftsunternehmen**

Auch in Gewerkschaftsunternehmen ist § 40 BetrVG anwendbar – aus § 118 Abs. 1 Satz 1 BetrVG folgt nichts anderes: Die Betriebsräte in Tendenzunternehmen sind ebenfalls auf die Kostenerstattung angewiesen. Fraglich ist lediglich, ob der Tendenzschutz die Betriebsräte zu einer besonderen Kostenschonung verpflichtet.

Nach der hier vertretenen Auffassung schirmt der Tendenzschutz das Tendenzunternehmen nur vor Eingriffen in die Tendenz durch die betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte ab, ohne eine davon unabhängige resp. darüber hinausgehende wirtschaftliche Privilegierung der Tendenzunternehmen zu fordern. Grundsätzlich muß diese Tendenzneutralität der Mitbestimmungskosten auch bei der Bestimmung dessen gelten, was erforderlich ist.

Weder das von der Rechtsprechung aufgestellte Verbot der unverhältnismäßigen Kostenbelastung noch das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit haben einen besonderen Tendenzbezug. Die Schonung der gewerkschaftlichen Kassen würde zwar dazu führen, daß die freiwerdenden Mittel Koalitionsbetätigungen, etwa der Mitgliederwerbung, zugeführt werden könnten – dennoch tragen die Betriebsräte in den Gewerkschaftsunternehmen nicht die Verantwortung für die Finanzierbarkeit der Gewerkschaftsbetätigung. Ihre Kostenverantwortung beschränkt

---

<sup>1424</sup> Etwa BAG vom 16.3.1988 – 7 AZR 557/87, AP Nr. 63 zu § 37 BetrVG 1972; BAG vom 14.2.1995 – 1 ABR 41/94, NZA 1995, 796, 798; BAG vom 15.2.1995 – 7 AZR 670/94, NZA 1995, 1036, 1037.

<sup>1425</sup> BAG vom 24.1.1996 – 7 ABR 22/95, NZA 1997, 60.

<sup>1426</sup> BAG vom 14.2.1996 – 7 ABR 25/95, NZA 1996, 892; BAG vom 31.10.1972 – 1 ABR 7/72, AP Nr.2 zu § 40 BetrVG 1972 m. Anm. *Richardi*.

sich, nicht anders als in anderen Unternehmen, nur darauf, unter Berücksichtigung der betrieblichen Verhältnisse die Interessen der Belegschaft an einer sachgerechten Interessenvertretung und das Kostenbegrenzungsinteresse des Arbeitgebers gegeneinander abzuwägen<sup>1427</sup>.

- 1157** Einbruchsstelle für das Kostenvermeidungsinteresse der Gewerkschaften könnte aber schon die allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung sein: Wenn nämlich die finanzielle Verträglichkeit Bestandteil einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ist, so könnten die Gewerkschaften womöglich eine besondere Kostenschonung einfordern, weil ihr Unternehmenszweck nicht in der Gewinnerzielung liege und die Personalkosten – wie bei ver.di – ein bestimmtes Budget nicht übersteigen dürften.
- 1158** Wegen des Wortlauts, „erforderlich“, ist allerdings schon fraglich, ob überhaupt bei § 40 Abs. 1 BetrVG eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne stattfindet. Zumindest hinsichtlich der Schulungskosten meint das BAG, der Aufwand müsse in einem angemessenen und vertretbaren Verhältnis zu den betrieblichen Gegebenheiten stehen und der Betriebsrat habe das weniger aufwendige Mittel zu verwenden, wenn auch dieses zur Aufgabenerfüllung geeignet ist. Außerdem müsse der Betriebsrat prüfen, ob die Schulungskosten unter Berücksichtigung des vermittelten Fachwissens mit der Größe und Leistungsfähigkeit des Betriebs zu vereinbaren sind<sup>1428</sup>. Zu § 40 BetrVG hatte das BAG dafürgehalten, grundsätzlich müsse dem Betriebsrat auch in kleineren Betrieben eine Fachzeitschrift zur Verfügung gestellt werden, da das Informationsbedürfnis des Betriebsrats nicht von der Betriebsgröße abhängen<sup>1429</sup>. Im Einzelfall sei aber korrigierend unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob dadurch Kosten anfallen, die im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Betriebs nicht zu vertreten sind<sup>1430</sup>.
- 1159** Damit tritt zur Erforderlichkeit als negatives Tatbestandsmerkmal eine Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>1431</sup>, auf die sich aber der Tendenzschutz nicht auswirkt.

<sup>1427</sup> Zuletzt BAG vom 3.9.2003 – 7 ABR 12/03, NZA 2004, 278; BAG vom 12.5.1999 – 7 ABR 36/97, zu B.III.2.a), EzA BetrVG 1972 § 40 Nr. 87; ErfKomm/Eisemann/Koch, § 40 BetrVG Rn. 1.

<sup>1428</sup> BAG vom 27.9.1974 – 1 ABR 67/73, AP Nr. 8 zu § 40 BetrVG 1972 m. Anm. Weimar; BAG vom 28.6.1995 – 7 ABR 55/94, NZA 1995, 1216.

<sup>1429</sup> BAG vom 21.4.1983 – 6 ABR 70/82, zu II.3.a)cc), AP Nr. 37 zu § 40 BetrVG 1972; unklar: FESTL, BetrVG, § 40 Rn. 120 ff.; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 40 Rn. 44; Stege/Weinspach, BetrVG, § 40 Rn. 13.

<sup>1430</sup> BAG vom 21.4.1983 – 6 ABR 70/82, zu III.3.a)cc), AP Nr. 53 zu § 40 BetrVG 1972.

<sup>1431</sup> BAG vom 31.10.1972 – 1 ABR 7/72, AP Nr. 2 zu § 40 BetrVG 1972; BAG vom 8.10.1974 – 1 ABR 72/73, AP Nr. 7 zu § 40 BetrVG 1972. So auch Ehrlich/Hoß,

**cc. § 40 Abs. 2 BetrVG: Kosten für Fachliteratur****[1] Stets erforderliche Fachliteratur**

Zu den erforderlichen sachlichen Mitteln gehört Fachliteratur, die geeignet ist, dem Betriebsrat die für seine Tätigkeit notwendigen Informationen zu vermitteln<sup>1432</sup>. Die zur Verfügung zu stellende Fachliteratur umfaßt die wichtigsten arbeits- und sozialrechtlichen Gesetzestexte und – unabhängig von der Größe des Betriebsrats – einen Kommentar zum BetrVG als Grundausrüstung, ohne daß es der konkreten Darlegung zur Erforderlichkeit bedürfte. Dem BAG zufolge beruht auf der gesetzlichen Aufgabenstellung außerdem ein Informationsbedürfnis des Betriebsrats, welches verlangt, daß die Kommentare bei einem Wechsel der Auflage neu beschafft werden<sup>1433</sup>. Neben Gesetzestexten und Kommentaren soll dem Betriebsrat auch eine arbeits- und sozialrechtliche Fachzeitschrift und – jedenfalls in größeren Betrieben – eine arbeitsrechtliche Entscheidungssammlung gestellt werden. Darüber hinaus kann ein Anspruch auf branchenspezifische oder detaillierte Spezialliteratur bestehen. Betriebsräte in Gewerkschaftsunternehmen stehen vor der Frage, ob es erforderlich ist, daß Monographien oder Handbücher angeschafft werden, welche die arbeitsrechtlichen Besonderheiten gerade in Gewerkschaftsunternehmen aufgreifen.

**[2] Erforderlichkeit zu vorhandenen Kommentaren**

Dem wäre nicht so, wenn sie ihren Informationsbedarf bereits aus der ohnehin vorhandenen Literatur, insbesondere den betriebsverfassungsrechtlichen Kommentaren, stillen könnten. Die Großkommentare zum BetrVG weisen in der Kommentierung des § 118 BetrVG durchaus detaillierte Erläuterungen zum Tendenzschutz auf. Allerdings betrifft dies vorwiegend die Besonderheiten in Presseunternehmen und die karitative Tendenz. Vergleichsweise selten sind Beispiele aus dem Bereich der politischen Parteien und der Koalitionen. Aussagen zu den presseunternehmensstypischen Regelungen sind aber nicht ohne weiteres verallgemeinerungsfähig resp. auf Gewerkschaftsunternehmen übertragbar. Zudem behandeln die Kommentierungen zu § 118 BetrVG nur den betriebsverfassungsrechtlichen Tendenzschutz.

---

NZA 1075, 1076 unter Berufung auf BAG vom 31.10.1972 – 1 ABR 7/72, AP Nr. 2 zu § 40 BetrVG 1972; BAG vom 8.10.1974 – 1 ABR 72/73, AP Nr. 7 zu § 40 BetrVG 1972.

<sup>1432</sup> BAG vom 21.4.1983 – 6 ABR 70/82, AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG 1972; BAG vom 26.10.1994 – 7 ABR 15/94, NZA 1995, 386.

<sup>1433</sup> BAG vom 26.10.1994 – 7 ABR 15/94, EzA § 40 BetrVG 1972 Nr. 72.

- 1162** Für ihre praktische Arbeit sind die Betriebsräte in den Gewerkschaftsunternehmen aber gerade auch darauf angewiesen, sich Kenntnisse über die Auswirkungen des allgemeinen arbeitsrechtlichen Tendenzschutzes verschaffen zu können. Beispielsweise müssen die Betriebsräte gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Einhaltung der allgemeinen, zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze prüfen, was wiederum nur möglich ist, wenn sie wissen, ob nicht der außerbetriebsverfassungsrechtliche Tendenzschutz diese Gesetze einschränkt. Um die in § 80 Abs. 1 BetrVG enummerierten Kompetenzen wahrzunehmen, reichen daher die BetrVG-Kommentare nicht aus. Bei Einstellungen muß der Betriebsrat gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG, welcher auch in Tendenzunternehmen Anwendung findet, prüfen, ob die Einstellung gegen ein Gesetz verstößt, z.B. auf einer Diskriminierung wegen des Geschlechts oder der Gewerkschaftszugehörigkeit beruht.
- 1163** Wie o. § 4A.II.1 Rn. 463 ff. dargestellt, bestehen dazu aufgrund der gewerkschaftlichen Tendenz Besonderheiten. Gleiches gilt für die Frage, ob eine Vereinigung wie der VGB den Status einer „im Betrieb vertretenen Gewerkschaft“ hat und ihm damit die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte zustehen. Gerade für die Betriebsräte in den Gewerkschaftsbetrieben kommt es aber auf diese Frage an: Während die DGB-Gewerkschaften weitgehend<sup>1434</sup> unstrittig als Gewerkschaften anerkannt sind, müssen die Betriebsräte in Betrieben des DGB-Verbunds diese Vorfrage klären. Bejahendenfalls müssen sie ihre Rechtsauffassung sogar gegenüber dem Arbeitgeber durchsetzen, wenn die DGB-Gewerkschaften an ihrer ablehnenden Haltung gegenüber dem VGB festhalten.
- 1164** Kommt es zu einem Arbeitskampf des VGB, so müssen die Betriebsräte beurteilen können, ob es sich bei dem VGB um eine Gewerkschaft handelt, weil davon die Frage abhängt, ob der Streik rechtmäßig sein kann. Gemäß § 78 Abs. 2 Satz 2 BetrVG dürfen sie einen wilden Streik nicht unterstützen und in Verbindung mit § 2 Abs. 1 BetrVG haben sie nach richtiger Auffassung auch aktiv den Betriebsfrieden zu schützen und gegen einen wilden Streik vorzugehen.
- 1165** Die umstrittene Frage, welche Konsequenzen aus dem bisherigen Fehlen eines Tarifpartners für die Regelungskompetenz der Betriebspartner folgen, ist ebenfalls manchen BetrVG-Kommentaren nicht zu entnehmen. Jedenfalls wenn man eine Zuständigkeit nach § 50 Abs. 1 BetrVG der Gesamtbetriebsräte zum Abschluß von Gesamtbetriebsvereinbarungen mit tarifersetzenden Funktion bejaht, so bieten die BetrVG-Kommentare keine

---

<sup>1434</sup> Zur Frage, ob nicht auch den DGB-Gewerkschaften in bestimmten, organisationsschwachen Gebieten die relative Mächtigkeit fehlt: *Rieble*, FS Wiedemann, S. 519 ff.

ausreichende Informationsgrundlage: Zwar mag den Gesamtbetriebsräten eine Ausstattung versagt werden, die an das heranreicht, was nach der Rechtsprechung des BAG erforderlich ist, damit eine Koalition tarifrechtlich als leistungsfähig anerkannt werden kann – jedenfalls aber wäre eine Gesamtdarstellung über die arbeitsrechtlichen Besonderheiten bei Gewerkschaften gerechtfertigt, damit die Gesamtbetriebsräte eine solche Regelungsverantwortung ausfüllen können.

Handelt es sich bei dem verfügbaren Kommentar um einen vom Bund-Verlag verlegten, so spricht auch für die Erforderlichkeit einer Monographie über Gewerkschaften als Arbeitgeber, daß der Kommentar von einem Unternehmen herausgegeben wird, dessen Tendenz die DGB-Gewerkschaften selbst beeinflussen. 1166

### [3] Tendenz der anzuschaffenden Literatur

Der Betriebsrat darf seine Entscheidung nicht allein an seinen subjektiven Bedürfnissen ausrichten, muß sich andererseits aber nicht in seiner Auswahlfreiheit durch die gewerkschaftliche Tendenz beschränken lassen. Die Gewerkschaft kann nicht einwenden, im Werk seien Ansichten vertreten, die denen der arbeitgebenden Gewerkschaften oder der h.M. nicht entsprechen. Maßgeblich ist allein, daß für den Betriebsrat praktisch verwertbare und für diesen verständliche Informationen enthalten sind, die er in Handlungen umsetzen kann. Selbst wenn das vom Betriebsrat begehrte Buch zu einer extensiven Wahrnehmung der betriebsverfassungsrechtlichen Rechtspositionen führt, ist die Auswahl gerade dieses Buchs nicht ermessensfehlerhaft: Das Ausschöpfen der gesetzlichen Beteiligungsrechte ist gerade kein Überschreiten der Grenzen seiner Befugnisse<sup>1435</sup>. Selbst eine in wissenschaftlichen Werken ohnehin nicht anzutreffende, einseitig interessenbezogene Abhandlung würde nach Ansicht des BAG nichts an der Verpflichtung ändern, das vom Betriebsrat ausgewählte Werk anzuschaffen. 1167

Die arbeitgebende Gewerkschaft könnte die Ablehnung auch nicht mit der Begründung verweigern, der Betriebsrat dürfe wegen des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit keine Literatur fordern, die nach Auffassung der arbeitgebenden Gewerkschaft eine Provokation darstellt. Zwar wird die Aufgabe des Betriebsrats, die Interessen der Belegschaft wahrzunehmen, dadurch modifiziert, daß die §§ 2 Abs. 1, 74 Abs. 1 Satz 1, 76 BetrVG anstelle möglicher Konfrontation die Pflicht zur beiderseitigen Kooperation stellen. Dennoch verpflichtet der Gesetzgeber den Betriebsrat, als Vertreter der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber zu einer 1168

---

<sup>1435</sup> Frohner, BStSozArbR 1979, 65, 67.

„arbeitnehmerorientierten Tendenz“ bei der Interessenvertretung<sup>1436</sup>. Gerade auch in Ansehung dieser ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Kosten zu tragen.

#### [4] Konkrete Darlegung der Erforderlichkeit

- 1169 Damit stellt sich die Frage, ob der Betriebsrat das Informationsbedürfnis gegenüber dem Gewerkschaftsunternehmen konkret darlegen muß. Generell besteht in Gewerkschaftsunternehmen ein Bedürfnis der Betriebsräte nach Spezialliteratur, die gerade auf die Verhältnisse bei Gewerkschaften zugeschnitten ist. Die Gewerkschaftsbetriebsräte haben die Erforderlichkeitsfrage je nach der Anzahl und Schwierigkeit der sich ihnen stellenden Aufgaben und nach der bereits vorhandenen Literatur und ihren Kenntnissen zu beantworten<sup>1437</sup>. Ob dann die einmalig anfallenden Kosten für ein solches Buch im jeweiligen Betrieb gerechtfertigt sind, ist eine Frage des Ermessens im Einzelfall. Sogar das Verlangen nach hochspeziellerer Fachliteratur kann erfolgreich sein: Das ArbG Darmstadt hat die im Bund-Verlag erschienene Monografie von *Growe*, „Das Ordnungswidrigkeitenverfahren nach dem BetrVG“ für erforderlich gehalten<sup>1438</sup>.
- 1170 Das arbeitgebende Gewerkschaftsunternehmen kann dagegen nicht einwenden, selbst verfüge sie nicht über solche Literatur und aus Gründen der Waffengleichheit dürfe dem Betriebsrat deshalb das Werk ebenfalls nicht zur Verfügung gestellt werden<sup>1439</sup>.

#### [5] Vergleich mit dem Mitarbeitervertretungsrecht bei den Kirchen

- 1171 Auch in den Unternehmen der katholischen Kirche trägt der Dienstgeber die für die Wahrnehmung der Aufgaben der Mitarbeitervertretung notwendigen Kosten, § 17 MAVO<sup>1440</sup>. Ob über einen Kommentar zur MAVO hinaus auch die Gesamtdarstellungen von *Richardi*, „Arbeitsrecht in der Kirche“ oder *Hammer*, „Handbuch kirchliches Arbeitsrecht“ der Mitarbeitervertretung zur Verfügung zu stellen sind, ist bisher noch nicht diskutiert worden. Daß die Monographie von *Richardi* mittlerweile in 4. Auflage erschienen ist, mag ein Indiz für die Verbreitung auch und

<sup>1436</sup> BAG vom 21.4.1983 – 6 ABR 70/82, zu II.3.b.bb), AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG 1972 m. Anm. *Naendrup*.

<sup>1437</sup> BAG vom 26.10.1994 – 7ABR15/94, zu B.2., EzA § 40 BetrVG 1972 Nr. 72.

<sup>1438</sup> ArbG Darmstadt vom 23.5.1994 – 1 BV 3/95, AiB 1996, 482.

<sup>1439</sup> LAG Bremen vom 3.5.1996 – 4 TaBV 46/95, BB 1996, 2303.

<sup>1440</sup> *Richardi*, Kirche, § 18 Rn. 58 f.; *Hammer*, HKA, S. 456, 457.

gerade unter Mitarbeitervertretungen und Betriebsräten in kirchlichen Einrichtungen sein.

### **b. Auswahl von Sachverständigen, Experten und Rechtsanwälten**

Die Frage der Kostenerstattung entsteht ferner, wenn der Betriebsrat einen Sachverständigen in Anspruch nehmen (§ 80 Abs. 3 BetrVG) oder einen Rechtsanwalt mit der gerichtlichen Wahrnehmung seiner Interessen beauftragen will (§ 40 Abs. 1 BetrVG)<sup>1441</sup>. Die Besonderheit für Gewerkschaftsbetriebsräte wurzelt dabei weniger in dem Tendenzschutz, sondern in der Auswahl des Sachverständigen resp. Rechtsanwalts. Ähnlich wie bei der Auswahl der Fachliteratur mag sich die arbeitgebende Gewerkschaft hier gegen die Auswahl des Beauftragten wenden – zum einem mit dem Argument, der Beauftragte koste zu viel, zum anderen weil die arbeitgebende Gewerkschaft der Ansicht ist, die Auswahl verstoße wegen der Tendenz des Beauftragten gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit. 1172

Die arbeitgebende Gewerkschaft hat die Kosten des Beraters gerade auch zu tragen, wenn dieser seine Sachkunde dem Betriebsrat nicht neutral, sondern an den Interessen des Betriebsrats ausgerichtet zur Verfügung stellen soll. Wiederum gilt, daß selbst eine deutliche, auf den ersten Blick erkennbare Tendenzorientierung unschädlich ist. Daß ein Anwalt bekanntermaßen dem VGB nahesteht oder sogar Fördermitglied des VGB ist, spricht aus Sicht des Betriebsrats eher für diesen Anwalt, als daß es einen Ermessensfehler vermuten ließe. 1173

Anders könnte es sich verhalten, wenn der Betriebsrat einen Anwalt auswählt, der überwiegend Arbeitgeber vertritt und für seine arbeitgeberfreundlichen Publikationen bekannt ist. Gegen eine Kostenerstattung könnte angeführt werden, hier stehe die Provokation der arbeitgebenden Gewerkschaft im Vordergrund und es beschädige ihre Glaubwürdigkeit, wenn die Beiträge ihrer Mitglieder dazu verwendet werden müßten, einen Anwalt zu bezahlen, der ansonsten die Gegenseite erfolgreich vertritt. 1174

Andererseits scheinen auch die Gewerkschaften bzw. ihre Unternehmen darin kein Glaubwürdigkeitsproblem zu sehen. Wenn der Bund-Verlag in der Auseinandersetzung mit der IG Medien als Arbeitgeber den damals als „Kreuzritter im Kampf gegen Gewerkschaftsrechte“ geltenden *Jobst Hubertus Bauer* engagiert, so kann es den Betriebsräten nicht verwehrt werden, ähnlich zu verfahren. 1175

---

<sup>1441</sup> Beispielsweise: BAG vom 16.10.1986 – 6 ABR 2/85, zu III.1., AP Nr. 31 zu § 40 BetrVG 1972 m.w.N.; GK-BetrVG/Wiese, § 40 Rn. 93 ff.

- 1176 Rechtsmißbrauch ist davon aber nicht gedeckt: Steht nachweislich die Provokation im Vordergrund, kann keine Kostenerstattung verlangt werden. Zwar müssen auch erwerbsorientierte Unternehmen hinnehmen, daß ihre Betriebsräte auf ihre Kosten Anwälte mandatieren, die allgemein und in der Vergangenheit konkret den Interessen des Unternehmens widerstreitende Positionen vertreten haben. Für die tendenzgeschützten Gewerkschaften mag aber in Extremfällen ein Mißbrauch möglich sein.

### c. Besuch von Schulungen

- 1177 Zu den gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG vom Arbeitgeber zu tragenden Kosten der Betriebsratstätigkeit gehören auch die Kosten, die durch eine vom Betriebsrat wirksam beschlossene Teilnahme von Betriebsratsmitgliedern an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen entstehen. Nach § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG i.V.m. § 37 Abs. 2 BetrVG ist der Betriebsrat berechtigt, Betriebsratsmitglieder zu Schulungs- und Bildungsveranstaltungen zu entsenden, soweit diese Kenntnisse vermitteln, die für die Arbeit des Betriebsrats erforderlich sind, d.h. Kenntnisse, die der Betriebsrat unter Berücksichtigung der konkreten Situation des einzelnen Betriebs und Wissensstands des Betriebsrats sofort oder doch aufgrund einer typischen Fallgestaltung demnächst benötigt, um seine derzeitigen oder demnächst anfallenden Aufgaben sachgerecht wahrnehmen zu können<sup>1442</sup>. Der Anspruch auf Entsendung von Betriebsratsmitgliedern zu Schulungs- und Bildungsveranstaltungen dient der Herstellung und Erhaltung der Arbeitsfähigkeit des Betriebsratsgremiums<sup>1443</sup>.
- 1178 Dementsprechend kann der Betriebsrat einer DGB-Gewerkschaft seine Mitglieder zu Schulungsveranstaltungen eines VGB-eigenen Bildungswerks schicken und Kostenerstattung verlangen. Dabei dürfen gerade auch Themen wie z.B. „Möglichkeiten einer Kooperation des Betriebsrat und mit der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft VGB“ behandelt werden.
- 1179 Auch das koalitionsrechtliche Gewinnverbot steht dem bei einer bloß kostendeckenden Preisgestaltung nicht entgegen. Das Argument, die Beiträge der Gewerkschaftsmitglieder dürften nicht Veranstaltungen des VGB finanzieren, verfängt nicht. Im Gegensatz zu den Beschränkungen durch die Erforderlichkeit, bestehe der Zweck dieses Gewinnverbots nicht darin, die betriebsverfassungsrechtliche Kostentragungspflicht zu verringern<sup>1444</sup>.

<sup>1442</sup> St. Rspr. seit BAG vom 6.11.1973 – 1 ABR 8/73, AP Nr. 5 zu § 37 BetrVG 1972; BAG vom 20.12.1995 – 7 ABR 14/95, NZA 1996, 895; GK-BetrVG/Wiese, § 37 Rn. 159; FESTL, BetrVG, § 37 Rn. 141 m.w.N.

<sup>1443</sup> BAG vom 19.9.2001 – 7 ABR 32/00, AP Nr. 9 zu § 25 BetrVG 1972 m. Anm. Bengelsdorf.

<sup>1444</sup> BAG vom 17.6.1998 – 7 ABR 25/97, AP Nr. 63 zu § 40 BetrVG 1972.

Vielmehr handelt es sich, dem BAG zufolge, um eine spezifische „koalitionsrechtliche“ Beschränkung, die aus dem Interesse des Arbeitgebers folge, durch die Übernahme der Schulungskosten nicht auch noch zur Finanzierung des „sozialpolitischen Gegenspielers“ (gemeint ist die veranstaltende Gewerkschaft) beizutragen<sup>1445</sup>. Daraus folgt, so das BAG, daß der Arbeitgeber nur mit denjenigen Kosten belastet werden darf, die einer Gewerkschaft infolge der Durchführung betriebsverfassungsrechtlicher Schulungen tatsächlich entstanden sind, was durch die berechneten Selbstkosten nachgewiesen werden muß<sup>1446</sup>.

Andererseits verbietet der „koalitionsrechtliche Grundsatz“ des BAG keine Mischkalkulation. Veranstaltet der VGB also Schulungen, so dürfen bei einzelnen Veranstaltungen durchaus Überschüsse erzielt werden, sofern damit eine Kostenunterdeckung bei anderen Seminaren ausgeglichen wird. Zulässig wäre damit, daß Gewinne aus einer Veranstaltung, die hauptsächlich von Betriebsräten aus Betrieben der IG Metall besucht werden, Veranstaltungen für DGB- oder NGG-Betriebsräte quersubventionieren. Gegen einen solchen, vom sozialpolitischen Gegenspieler erzwungenen, intergewerkschaftlichen Solidarausgleich hat auch das BAG nichts einzuwenden<sup>1447</sup>. 1180

Ob aber das vom BAG entwickelte koalitionsrechtliche Gewinnverbot überhaupt für den VGB gilt, ist fraglich: Nimmt man die ebenfalls verfehlte Ansicht als Prämisse, auch die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte der Koalitionen stünden nur den tariffähigen Verbänden zu, und kann der VGB nicht unter den restriktiven Gewerkschaftsbegriff des BAG subsumiert werden, so erscheint es doch nur konsequent, daß dann das koalitionsrechtliche Gewinnverbot nicht für den VGB gilt: Eine „betriebsverfassungsrechtliche Unterstützungsfunktion“ kann der VGB unter den genannten Prämissen nicht wahrnehmen und als bloße Koalition dürfte der VGB erst recht nicht als „sozialpolitischer Gegenspieler“ angesehen werden. 1181

Daß mögliche Gewinne der Veranstaltung von Schulungen dazu beitragen, diesen Status zu erreichen, ist unschädlich, denn gerade nach dem Ansatz des BAG kommt es auf die gegenwärtige Rolle als Gewerkschaft im Sinne des einheitlichen Gewerkschaftsbegriffs an. Damit entfällt das koalitionsrechtliche Gewinnverbot, solange der VGB nicht die nach der BAG-Rechtsprechung vorausgesetzten Merkmale einer tariffähigen Gewerkschaft aufweist. 1182

---

<sup>1445</sup> BAG vom 28.6.1995 – 7 ABR 55/94, zu II.2., SAE 1996, 283 m. Anm. *Thüsing*.

<sup>1446</sup> BAG vom 17.6.1998 – 7ABR25/97, zu B.2.a). „DGB Volkshochschule“, NZA 1999, 220.

<sup>1447</sup> BAG vom 17.6.1998 – 7ABR20/97, a.a.O.

Die DGB-Gewerkschaft könnte vortragen, der Besuch einer VGB-Schulungsveranstaltung sei nicht erforderlich, da die arbeitgebende Gewerkschaft resp. eines ihrer Bildungswerke selbst eine Veranstaltung mit ähnlichem Thema anbiete. Das scheint zunächst eine Frage des Preises zu sein. Unzulässig wäre es allerdings, die Kosten der eigenen Veranstaltung mit Null anzusetzen. Selbst wenn die arbeitgebende Gewerkschaft nicht ein Bildungswerk zwischenschaltet, sondern selbst der Veranstalter ist, fallen Kosten an. Wegen des Gewinnverbots muß sogar davon ausgegangen werden, daß die ausgewiesenen Preise gerade die tatsächlich anfallenden Kosten decken. Dann aber können und müssen die Preise der VGB-Schulung und die der arbeitgebenden Gewerkschaft gegeneinandergesetzt werden. Ist der vom VGB veranschlagte Preis günstiger, spricht gerade der Kostenvergleich dafür, vorrangig die VGB-Veranstaltung zu besuchen.

- 1183** Allerdings griffe allein der Preisvergleich zu kurz: Es würde nämlich vernachlässigt, daß zwischen den Schulungsteilnehmern und den Dozenten ein Vertrauensverhältnis bestehen muß. Dies kann aber erheblich gestört sein, wenn der Betriebsrat damit rechnen muß, daß von ihm gestellte Strategiefragen oder Schilderungen über die Zustände im Betrieb vom Dozenten an den Arbeitgeber weitergetragen werden. Auch wenn viele Wirtschaftsunternehmen ihren Betriebsräten mittlerweile von ihnen selbst veranstaltete Schulungen anbieten, geschieht dies meist in Kooperation mit den jeweiligen Gesamt- oder Konzernbetriebsräten oder sogar Gewerkschaftsvertretern, um eben dieses Vertrauensverhältnis herzustellen. Ob dies gelingt ist eine Frage, welche der entscheidende Betriebsrat konkret für sich zu entscheiden hat. Die innere Arbeit des Betriebsrats kann sich grundsätzlich nicht auf die Tendenz auswirken, so daß hier eine besondere Rücksichtnahme auf die Interessen der arbeitgebenden Gewerkschaft nicht geboten ist.
- 1184** Wenn aber die von der arbeitgebenden Gewerkschaft veranstaltete Schulung sich im wesentlichen an Betriebsräte in nicht-Tendenzbetrieben richtet, wird es schon an der Vergleichbarkeit mit der vom VGB veranstalteten Schulung fehlen. Da es auf den praktischen Nutzen der Schulung für die Arbeit der Betriebsräte ankommt, kann regelmäßig die Veranstaltung Vorrang beanspruchen, deren Inhalt spezifisch auf die Aufgaben eines Betriebsrats in einem Gewerkschaftsbetrieb zugeschnitten ist.
- 1185** Möchte hingegen der Betriebsrat eines Gewerkschaftsbetriebs eines seiner Mitglieder gerade zu einem Seminar entsenden, welches die arbeitgebende Gewerkschaft resp. ein von ihr getragenes Bildungswerk veranstaltet, so stellt sich ebenfalls die Frage, ob dort Kenntnisse vermittelt werden, die der Betriebsrat unter Berücksichtigung der konkreten Situation des einzelnen Betriebs und Wissensstands des Betriebsrats sofort oder demnächst benötigt. Ist dies der Fall, kann die arbeitgebende Gewerk-

schaft nicht einwenden, sie wolle nicht auch noch selbst dazu beitragen, daß ihre eigenen Betriebsräte aufgrund der dort vermittelten Kenntnisse besonders effektiv die Interessen der Gewerkschaftsbelegschaft gegen die arbeitgebende Gewerkschaft vertreten.

### 3. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

Vielfach kann der Tendenzschutz gerade der Mitbestimmung in sozialen 1186  
Angelegenheiten entgegenstehen. Sofern dies der Fall ist und ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zurücksteht, tritt an die Stelle des Mitbestimmungsrechts ein Informations- und Beratungsrecht. Zwar wird dagegen vorgebracht, schon die Befassung des Betriebsrats führe zu faktischen Zwängen. Die erzwungene Offenlegung der Abwägung und der Rechtfertigungsdruck könnten den Arbeitgeber veranlassen, von der Tendenzmaßnahme abzusehen<sup>1448</sup>. Diesem Druck braucht der Arbeitgeber sich aber nicht beugen. Es handelt sich auch nicht um einen Verhandlungsanspruch des Betriebsrats.

#### a. Einführung eines Tendenzstatuts

Während die katholische Kirche ihre Eigenart in Kirchengesetzen und 1187  
anderen kirchlichen Rechtsquellen umfassend und differenziert geregelt hat, fehlt bei den Gewerkschaften weitgehend ein Tendenzstatut, welches beschreibt, was die Gewerkschaften als Arbeitgeber von ihren Beschäftigten erwarten. Hingegen gibt es auch bei gewinnorientierten Unternehmen sog. Ethikrichtlinien.

Bei der Einführung von kodifizierten Tendenzerwartungen und Ethik- 1188  
richtlinien wären insbesondere die §§ 75 und 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG relevant. Insbesondere Gewerkschaftsvertreter in Aufsichtsräten und Tarifsekretäre könnten in Versuchung geraten, ihr Insiderwissen für Aktienkäufe zu nutzen oder Geschenke der Arbeitgeberseite anzunehmen. Rotkäppchensektgelage in Gewerkschaftshäusern könnten die Glaubwürdigkeit einer Gewerkschaft erschüttern. Um dem entgegenzuwirken, könnte eine Gewerkschaft eine Ethikrichtlinie beschließen, welche die Tendenzträger dazu verpflichtet, unter Verwendung eines Formblatts ihre Parteizugehörigkeit zu melden, Gesellschaftsanteile von Unternehmen aus dem Organisationsbereich nur nach Genehmigung des Vorstands vorzunehmen und bestimmte sittliche Maßstäbe innerhalb und z.T. auch außerhalb des Betriebs einzuhalten. Die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG findet gem. § 118 Abs. 1 BetrVG keine Anwendung, da ihr der Tendenzschutz entgegensteht. Das Tendenzstatut kann als freiwillige Be-

---

<sup>1448</sup> MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 106.

triebsvereinbarung abgeschlossen oder individualrechtlich geregelt werden:

- 1189 Diese Inhalte scheinen zwar nur die private Lebensführung und Vermögensbildung zu betreffen, sind aber zumindest im Tendenzbetrieb wegen ihrer Rückwirkung auf das Zusammenleben im Betrieb Bestandteil der Ordnung des Betriebs<sup>1449</sup>. Ein an sich bestehendes Mitbestimmungsrecht ist hier aber wegen der Eigenart als Tendenzunternehmen ausgeschlossen. Es ist allein Sache der Gewerkschaft, in welchem Maß und auf welche Weise sie ihre Unabhängigkeit davor schützen möchte, daß sich ihre Arbeitnehmer durch den Erwerb von Anteilen an den Unternehmen der Gegenseite oder durch Beratungsverträge oder Einigungsstellenämter in Abhängigkeiten begeben. Gerade weil Tarifsekretäre und Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat über kursrelevante Informationen verfügen, die sie dienstlich erlangen, muß die arbeitgebende Gewerkschaft im Interesse der Glaubwürdigkeit gegenüber eigenen Mitgliedern und der Öffentlichkeit einem Mißbrauch effektiv entgegenwirken und schon einen bösen Schein vermeiden können.
- 1190 Der Schutz ihres Ansehens rechtfertigt auch angemessene Beschränkungen der Lebensführung in sittlichen Fragen. Alkoholexzesse oder ein aufwendiger Lebensstil könnten bei einer Gewerkschaft mit vielen Geringverdienern Mißfallen erregen. Eine Ethikrichtlinie kann zum Schutz der Tendenz auch gegenüber Arbeitnehmern gerechtfertigt sein, die nicht Tendenzträger sind. Das gilt etwa für die Verbindlichkeit der Anrede „Genosse“ statt „Herr“ oder das Duzen im Betrieb. Dieser Tendenzschutz beschränkt auch die Aufgabe des Betriebsrats gem. § 75 BetrVG, die Entfaltung der Persönlichkeit zu schützen und zu fördern.

## **b. Festlegung der Arbeitszeit und Anordnung von Überstunden**

### **aa. Tendenzbezug einer Arbeitszeitregelung für Gewerkschaftssekretäre**

- 1191 Gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie der Verteilung auf die einzelnen Wochentage. Wenn der Betriebsrat dadurch Einfluß auf die Tendenzbestimmung oder -verwirklichung gewinnt, steht der Tendenzschutz der Mitbestimmung entgegen. Strittig ist, ob daraus nur eine Beschränkung des

---

<sup>1449</sup> BAG vom 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, NZA 2003, 166; zu Differenzierungen der Rspr.: *Borgmann*, NZA 2003, 352, 355.

Mitbestimmungsrechts<sup>1450</sup> oder sein Ausschluß folgt<sup>1451</sup>. Das BAG legt die eingeschränkte Maßnahmetheorie zugrunde, o. § 2D.I.1., Rn. 248, und folgert daraus, daß ein Mitbestimmungsrecht besteht, soweit die Regelung einen „wertneutralen Arbeitsablauf“ betrifft<sup>1452</sup>. Die Existenz eines „wertneutralen Arbeitsablaufs“ und vor allem seine Abgrenzbarkeit zu tendenzrelevanten Arbeitsabläufen sind zweifelhaft. Das BAG hält aber auch wertneutrale Arbeitszeitregelungen für möglich<sup>1453</sup>. Wie insbesondere *Berger-Delhey* nachgewiesen hat, wird dies den tendenzbezogenen Arbeitsläufen in Redaktionen nicht gerecht<sup>1454</sup>.

Für Koalitionen gilt dies ebenso. Die Sekretäre bei Gewerkschaften und insbesondere die Tarifsekretäre arbeiten hochgradig arbeitsteilig und sind auf gegenseitige Zuarbeit und kurzfristigen Austausch von Informationen angewiesen. Finden Tarifvertragsverhandlungen statt, kann es nicht sein, daß der Verhandlungsführer seine Tarifkommission verlassen muß, weil der Betriebsrat eine Arbeitszeitregelung erwirkt hat, welche ein Ende der täglichen Arbeitszeit für 22.00 Uhr vorsieht. Aber nicht nur solche Arbeitszeitgrenzen, sondern auch eine bestimmte Verteilung auf die einzelnen Wochentage kann die Tendenzverwirklichung beeinflussen. Vielmehr beeinflußt jede Festlegung der Arbeitszeit die Erreichbarkeit der Sekretäre für die Mitglieder, die Öffentlichkeit und die Gegner. Sie betrifft damit die Tendenzverwirklichung. 1192

Die arbeitgebende Gewerkschaft trägt die Verantwortung dafür, ihre Tendenzträger optimal einzusetzen und muß daher auch allein entscheiden können, ob der Tendenzverwirklichung besser mit einer Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit nach der Stückelung 8-8-8-8-4 oder 6-6-6-6-6-6 gedient ist. Eine Mitbestimmung greift immer in die konkrete Tendenzverwirklichung ein. Letztlich kommen die eingeschränkte und die uneingeschränkte Maßnahmetheorie zum gleichen Ergebnis, weil eine „wertneutrale Arbeitszeitregelung“ nicht möglich ist. Es kommt daher nicht auf die strittige These der Rspr. an, eine Arbeitszeitregelung werde 1193

<sup>1450</sup> BAG vom 30.1.1990 – 1 ABR 101/88, AP Nr. 44 zu § 118 BetrVG 1972; bestätigt durch BVerfG (Kammer) vom 15.12.1999 – 1 BvR 694/90, zu II.2.c), DB 2000, 430; BAG vom 14.1.1992 – 1 ABR 35/91, AP Nr. 49 zu § 118 BetrVG 1972; BAG vom 11.2.1992 – 1 ABR 49/91, AP Nr. 50 zu § 118 BetrVG 1972; Münch ArbR/*Matthes*, § 365 Rn. 13 und 37 m.w.N.; *Plander*, AuR 1991, 353.

<sup>1451</sup> *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 144 f.; *Endlich*, NZA 1990, 17 ff.; ähnlich *Dütz*, AfP 1992, 329, 330 ff.

<sup>1452</sup> BVerfG (Kammer) vom 15.12.1999 – 1 BvR 694/90, zu II.2.c), DB 2000, 430.

<sup>1453</sup> BAG vom 30.1.1990 – 1 ABR 101/88, AP Nr. 44 zu § 118 BetrVG 1972; *Plander*, AuR 1991, 353, 356.

<sup>1454</sup> *Berger-Delhey*, NZA 1992, 441 ff.

dadurch tendenzneutral, daß dem Arbeitgeber durch eine Tendenzgeneralklausel Abweichungen aus Tendenzgründen gestattet werden<sup>1455</sup>.

### **bb. Mitbestimmungsrecht bei Festlegungen gegenüber nicht-Tendenzträgern**

- 1194** Eine Arbeitszeitregelung, die nicht die Tendenzträger betrifft, kann ebenfalls die Tendenzverwirklichung gefährden und daher mitbestimmungsfrei sein<sup>1456</sup>. Die Maßnahmetheorien sind insofern zu eng. Ein Verhandlungsführer ist bei der Tendenzverwirklichung erheblich behindert, wenn ihm nicht zum nächstlichen Verhandlungsende eine Schreibkraft zur Verfügung steht, die das Ergebnis festhält und ein Pförtner, der die Tarifkommissionsmitglieder aus dem Gewerkschaftshaus geleitet. Ohne sie muß er erfolgversprechende Verhandlungen abbrechen. Auch die Rechtssekretäre können wegen Schriftsatzfristen darauf angewiesen sein, daß ihnen ihre Sachbearbeiter notfalls bis 24.00 Uhr zur Verfügung stehen. Bei diesen Mitarbeitern sind, je nach Tätigkeit, aber auch tendenzneutrale Regelungen möglich, welche dann mitbestimmungspflichtig sind, z.B. eine Arbeitszeitregelung für die Lohnbuchhaltung.

### **cc. Anordnung von Mehrarbeit**

- 1195** Auch die grundsätzlich mitbestimmungspflichtige Anordnung von Mehrarbeit ist mitbestimmungsfrei, wenn sie gegenüber Tendenzträgern erfolgt. Darin liegt eine tendenzbezogene Maßnahme, so daß auch nicht zwischen tendenzbezogenen und rein arbeitsorganisatorischen Anordnungen unterschieden werden kann. Bei den anderen Arbeitnehmern ist hingegen eine konkrete Auswirkung auf die Tendenzverwirklichung erforderlich.

### **c. Aufstellung von Urlaubsgrundsätzen und einer Urlaubssperre**

- 1196** Die Mitbestimmungspflichtigkeit von Urlaubsgrundsätzen<sup>1457</sup> entfällt, soweit die Urlaubsgrundsätze einen Tendenzbezug aufweisen. Da die Urlaubsgewährung als solche keine tendenzbezogene Maßnahme ist, muß unterschieden werden: Die Abwägung der betrieblichen Interessen gegen die Interessen der Arbeitnehmer ist mitbestimmungsfrei, da sie Aus-

---

<sup>1455</sup> BAG vom 30.1.1990 – 1 ABR 101/88, AP Nr. 44 zu § 118 BetrVG 1972; dagegen LAG Niedersachsen vom 8.1.1991 – 11 Ta BV 46/90, BB 1991, 974, 975 m. zust. Anm. Reske/Delhey.

<sup>1456</sup> Dörrwächter, Tendenzschutz, S. 114, 267; Dütz, AfP 1989, 607; MünchArbR/Rüthers, § 201 Rn. 106b m.w.N.

<sup>1457</sup> Im einzelnen: MünchArbR/Matthes, § 337 Rn. 2 ff.

wirkungen auf die Tendenzverwirklichung hat. Daher kann die arbeitgebende Gewerkschaft ohne Zustimmung des Betriebsrats eine Urlaubssperre verhängen.

Demgegenüber ist die Abwägung der sozialen Interessen der Arbeitnehmer gegeneinander tendenzneutral. Ob bei konkurrierenden Wünschen dem Antrag des Arbeitnehmers stattgegeben wird, der mehr Kinder hat, ob es auf die Schulpflichtigkeit der Kinder ankommt, ob die Betriebsangehörigkeit zu berücksichtigen ist, oder ob ein Rotationssystem angewendet wird, sind daher mitbestimmungspflichtige Urlaubsgrundsätze. 1197

#### **d. Betriebliche Entgeltgestaltung**

Leistungsentgeltregelungen können gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 und Nr. 11 BetrVG mitbestimmungspflichtig sein. Der Mitbestimmung steht bei Tendenzträgern der Tendenzschutz entgegen, wenn die Regelung gerade die Tendenz fördern soll<sup>1458</sup>. Verteilungsschlüssel und Bewertungsverfahren bei einer Leistungszulage, die sich nach einem Punktwert richtet, welcher den Erfolg des Tarifsekretärs in Tarifvertragsverhandlungen widerspiegelt, sind ebenso mitbestimmungsfrei wie eine Regelung, die an die Anzahl der gewonnenen Fälle bei Rechtsschutzsekretären oder eine Evaluation bei den Mitgliedern anknüpft. Dies gilt auch für die Lehrkräfte in Bildungswerken. 1198

Will eine Koalition z.B. den Mitgliederzuwachs prämiieren, kommt zusätzlich oder anstelle einer Leistungszulage ein Erfolgsentgeltbestandteil in Betracht. Bei Erfolgsentgeltregelungen, die für alle Arbeitnehmer gelten, kann es ebenfalls nicht der Mitbestimmung unterliegen, wie der Erfolg der Koalition definiert ist und wie er in Beträge umgerechnet wird. Der Erfolg der Koalition ist unmittelbares Ergebnis der Tendenzverwirklichung, so daß es zum Tendenzschutz der Koalition gehört, die darauf bezogene Anreizfunktion einer Erfolgsszulage allein nach eigenen, nicht mitbestimmten Prinzipien auszugestalten. Dabei kann die Koalition selbst festsetzen, ob sie bestimmten Arbeitnehmergruppen einen höheren Anteil am Erfolg zumißt, und ob sie dementsprechend eine höhere Zulage bekommen. Sie kann aber auch nach dem Solidaritätsprinzip jedem die gleiche Zulage auszahlen. 1199

---

<sup>1458</sup> MünchArb/Rüthers, § 201 Rn. 106b m.w.N.

#### 4. Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen

##### a. Bedeutung der personellen Angelegenheiten für die Tendenzverwirklichung

- 1200** Gewinnerorientierte Unternehmen stellen immer wieder heraus, daß ihre Mitarbeiter eine wesentliche und notwendige Ressource für ihren Erfolg sind. Erst recht gilt für die Gewerkschaften, daß ihre Überzeugungskraft und ihr Erfolg wesentlich von ihren Belegschaften abhängen. Daher bedeutet die Freiheit der Tendenzverwirklichung insbesondere, daß die Eigenart der Gewerkschaft den Mitbestimmungsrechten, die sich auf die Zusammensetzung der Belegschaft auswirken, entgegenstehen kann. Betroffen sind insbesondere die Einstellung von Tendenzträgern, der Anspruch auf innerbetriebliche Ausschreibung, die Zustimmung des Betriebsrats zu Personalfragebögen und Auswahlrichtlinien, die Mitbestimmung bei Eingruppierungen und Versetzungen, und die Zustimmung nach § 103 BetrVG.

##### b. Allgemeine Personalangelegenheiten

- 1201** Das Unterrichts- und Beratungsrecht gem. § 92 BetrVG kann nach umstrittener Ansicht für die Personalbedarfsplanung nicht gelten, weil sonst der vom Gesetzgeber gewollte Ausschluß der §§ 106 ff. BetrVG unterlaufen würde<sup>1459</sup>. Dies greift aber nicht gegenüber der Personaldeckungsplanung, so daß auch die Betriebsräte in Gewerkschaftsbetrieben gemäß § 92 BetrVG zu unterrichten sind. Nach h.M. steht § 118 Abs. 1 BetrVG auch der Anwendung des § 93 BetrVG bei der innerbetrieblichen Ausschreibung von freien Tendenzträgerarbeitsplätzen nicht entgegen, weil dadurch keine Tendenzentscheidung verhindert werden könne<sup>1460</sup>. Zutreffend weist *Hess* darauf hin, daß der Tendenzschutz auch auf für diesen vorgelagerten Teil der Personalentscheidung greift<sup>1461</sup>. Die gesetzgeberische Wertung fußt darauf, dass die innerbetriebliche Ausschreibung faktisch zu mehr innerbetrieblichen Bewerbungen und einer erhöhten Erfolgserwartung führt sowie innerbetriebliche Diskussionen auslösen kann, welche die Entscheidungsfreiheit faktisch einengen.
- 1202** Gerade Tendenzunternehmen und insbesondere Gewerkschaften sind darauf angewiesen, ihre Tendenz schnell und flexibel zu ändern. Eine Ge-

<sup>1459</sup> Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 153 m.w.N. und Darstellung der Gegenansicht m.N.

<sup>1460</sup> BAG vom 30.1.1979 – 1 ABR 78/76, AP Nr. 11 zu § 118 BetrVG 1972 m. abl. Anm. *Kraft*; *Galperin/Löwisch*, BetrVG, § 118 Rn. 68; *DKK/Wedde*, BetrVG, § 118 Rn. 85; *Menzel*, Tendenzbetrieb, S. 89 f.

<sup>1461</sup> HSWGNR/*Hess*, BetrVG, § 118 Rn. 38.

werkschaft die sich heute mehr als klassenkämpferische Gegenmacht definiert, kann morgen darauf setzen, als ideologiefreier Dienstleister aufzutreten. Solche Richtungswechsel schlagen sich nicht erst in Personalentscheidungen, sondern schon in Ausschreibungen nieder.

Bei Personalfragebögen i.S.d. § 94 Abs. 1 BetrVG sind alle Bestandteile mitbestimmungsfrei, die für die Auswahl eines Tendenzträgers von Belang sein können<sup>1462</sup>. Die Gewerkschaften dürfen bei Tendenzträgern insbesondere nach der Mitgliedschaft bei sich fragen, o. § 4A.II.2, Rn. 466 f. 1203

Das Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze gem. § 94 Abs. 2 BetrVG ist jedenfalls ausgeschlossen, wenn sie sich auf Tendenzträger beziehen<sup>1463</sup>. Allgemeine Beurteilungsgrundsätze sind Regelungen, welche die Bewertung des Verhaltens oder der Leistung verobjektivieren und nach einheitlichen, für die Beurteilung jeweils erheblichen Kriterien ausrichten soll<sup>1464</sup>. Welche Kriterien bei tendenzverwirklichender Tätigkeit für die arbeitgebende Gewerkschaft erheblich sind, kann aber nur sie selbst entscheiden. Sie darf Charme und Überzeugungskraft bei der Mitgliedergewinnung höher bewerten als theoretisches Wissen zur Funktion der Gewerkschaften. Die Beurteilung der Tendenzträger ist eine tendenzbezogene Maßnahme, so daß nach der Maßnahmethorie nicht zwischen tendenzrelevanten und tendenzneutralen Kriterien unterschieden werden kann<sup>1465</sup>. Auch der Stellenwert von allgemeinem Arbeitsverhalten, z.B. Pünktlichkeit, ist daher mitbestimmungsfrei. Das findet seine Rechtfertigung darin, daß bei Tendenzträgern solche Kriterien untrennbar mit der Tendenzverwirklichung zusammenhängen. So kann die DGB Rechtsschutz GmbH entscheiden, ob es ihr wegen ihres Erscheinungsbilds wichtig ist, daß ihre Repräsentanten vor Gericht pünktlich sind oder nicht. 1204

Bei Personalauswahlrichtlinien gem. § 95 BetrVG gilt dies erst recht<sup>1466</sup>. Die Auswahl ist eine tendenzbezogene Maßnahme, so daß die arbeitgebende Gewerkschaft frei entscheiden können muß, ob sie ein gutes Abiturzeugnis für wichtiger hält als ein freiwilliges soziales Jahr. Wie *Thüsing* zu Recht herausstellt, gilt das nicht nur für die tendenzbezogenen 1205

<sup>1462</sup> BAG vom 21.9.1993 – 1 ABR 28/93, AP Nr. 4 zu § 94 BetrVG 1972; *Dütz*, BB 1975, 1279; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 155 m.w.N.; GK-BetrVG/*Weber*, § 118 Rn. 196; a.A. *DKK/Wedde*, § 118 Rn. 86; GK-BetrVG/*Fabricius*, 6. Aufl., § 118 Rn. 626.

<sup>1463</sup> *MünchArbR/Matthes*, § 365 Rn. 19; *Dütz*, BB 1975, 1261, 1270; einschränkend: a.A. *DKK/Wedde*, BetrVG, § 118 Rn. 86 m.w.N.

<sup>1464</sup> BAG vom 23.10.1984 – 1 ABR 2/83, zu II.5.b), NZA 1985, 225.

<sup>1465</sup> *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 156 m.w.N.

<sup>1466</sup> *MünchArbR/Matthes*, § 365 Rn. 19; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 156; a.A. *DKK/Wedde*, BetrVG, § 118 Rn. 86.

Auswahlgesichtspunkte, sondern auch für die sonstigen fachlichen und persönlichen Voraussetzungen und die sozialen Gesichtspunkte<sup>1467</sup>.

- 1206** Auch scheinbar tendenzneutrale Kriterien wie Betriebszugehörigkeit und Lebensalter lassen sich nicht von dem Tendenzschutz bei der Personalhoheit trennen. Die arbeitgebende Gewerkschaft muß im Rahmen des gesetzlichen Spielraums entscheiden können, wie sie die sozialen Belange gewichtet. Das führt auch nicht zu Friktionen im Kündigungsschutzrecht. Zwar ist gem. § 1 Abs. 4 KSchG eine Bewertung aufgrund einer Personalauswahlrichtlinie nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen, was sich aus der beschränkten Richtigkeitsgewähr einer Betriebsvereinbarung ergibt. Da nach der hier vertretenen Auffassung für die Sozialauswahl bei Tendenzträgern Modifikationen gelten, o. § 4E.II.2.c.bb., Rn. 737 ff., steht es dem Arbeitgeber auch frei, die Tendenzaspekte schon bei der Personalauswahlrichtlinie zu berücksichtigen. Bei den übrigen Arbeitnehmern steht der Tendenzschutz der Mitbestimmung grundsätzlich nicht entgegen.

**c. Mitbestimmung bei der Einstellung, Versetzung und Umgruppierung**

- 1207** Ob überhaupt eine grundsätzlich nach § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtige Einstellung vorliegt, wird häufig bei den gewerkschaftlichen Bildungswerken problematisch:

**aa. Einstellung von Honorarlehrkräften bei gewerkschaftlichen Bildungsstätten**

- 1208** Die gewerkschaftlichen Bildungswerke beschäftigen Dozenten in großem Umfang nicht als Arbeitnehmer, sondern als freie Mitarbeiter, sog. Honorarlehrkräfte. Eine Einstellung i.S.d. § 99 BetrVG kommt aber in Betracht, wenn die von ihnen zu verrichtende Tätigkeit ihrer Art nach eine weisungsgebundene Tätigkeit ist, die der Verwirklichung des arbeits-technischen Zwecks des Betriebs zu dienen bestimmt ist und daher vom Arbeitgeber organisiert werden muß<sup>1468</sup>. Darauf, ob und gegebenenfalls von wem den Honorarlehrkräften tatsächlich Weisungen hinsichtlich dieser Tätigkeit gegeben werden, komme es nicht an.
- 1209** Die für § 99 BetrVG maßgebliche Eingliederung in den Betrieb liegt vor, wenn die Honorarlehrkraft zusammen mit den in der Bildungsstätte schon

<sup>1467</sup> Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 156 m.w.N; MünchArbR/*Matthes*, § 365 Rn. 17; a.A. *Galperin/Löwisch*, BetrVG, § 118 Rn. 69; Hanau, BB 1973, 901, 905.

<sup>1468</sup> BAG vom 3.7.1990 – 1 ABR 36/89, AP Nr. 81 zu § 99 BetrVG 1972.

beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit verwirklichen soll. Unerheblich ist daher das Rechtsverhältnis, in dem die Honorarlehrkraft zum Arbeitgeber als Betriebsinhaber steht<sup>1469</sup>. Weil die gewerkschaftliche Bildungseinrichtung die im Lehrbetrieb zu erbringenden Arbeiten organisiert und die Honorarlehrkräfte mit den festangestellten Arbeitnehmern des Bildungswerks, insbesondere den Lehrern, zusammenarbeiten müssen, sind die Voraussetzungen des § 99 BetrVG regelmäßig erfüllt.

### bb. Einschränkungen durch den Tendenzschutz

Könnte der Betriebsrat bei der Einstellung von Gewerkschaftssekretären nach § 99 Abs. 1 BetrVG mitbestimmen, so könnte er eine Einstellung erheblich verzögern und damit die Tendenzentscheidung vorübergehend leerlaufen lassen. Weil die Einstellung eine tendenzbezogene Maßnahme ist, entfällt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, ohne daß es darauf ankäme, ob der Betriebsrat tendenzbezogene oder tendenzneutrale Zustimmungsverweigerungsgründe geltend macht<sup>1470</sup>. Die arbeitgebende Gewerkschaft muß aber über die Maßnahme unterrichten und nach h.M. sich auch mit Bedenken des Betriebsrats auseinandersetzen<sup>1471</sup>. Die Dimension und Bedeutung eines Anhörungsrechts und des Diskurses hat das BAG verkannt, indem es meinte, der Tendenzschutz rechtfertige nicht, Kündigungen von Tendenzträger anhörungsfrei zu stellen<sup>1472</sup>. 1210

Bei der Einstellung eines Tendenzträgers mag der Betriebsrat Zustimmungsverweigerungsgründe geltend machen – die Tendenzverwirklichung wäre aber gefährdet, wenn der Arbeitgeber seine Entscheidung rechtfertigen müsste. Die Tendenzverwirklichungsfreiheit muß auch davor geschützt werden, daß eine Tendenzträger betreffende Personalentscheidung in der Diskussion zerrieben wird. Dies zeigt die Kochelsee-Affäre der ÖTV, o. §1A.I.4., Rn. 15. Der Betriebsrat könnte eine solche Auseinandersetzung mit dem Für und Wider betriebsöffentlich machen und instrumentalisieren, um faktischen Druck entfalten. Zwar ist nicht zu bestreiten, daß auch ein Tendenzarbeitgeber zu seinen personellen Entscheidungen stehen können muß. Andererseits ist der Tendenzschutz aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Gebotenheit nicht 1211

<sup>1469</sup> St. Rspr. zum Eingliederungsbegriff seit BAG vom 15.4.1986 – 1 ABR 44/84, AP Nr. 35 zu § 99 BetrVG 1972; BAG vom 1.8.1989 – 1 ABR 54/88, AP Nr. 68 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>1470</sup> BVerfG (Senat) vom 6.11.1979 – 1 BvR 81/76, AP Nr. 14 zu § 118 BetrVG 1972; BAG vom 27.7.1993 – 1 ABR 8/93, AP Nr. 51 zu § 118 BetrVG 1972.

<sup>1471</sup> Näher dazu: Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 160 f. m.w.N.

<sup>1472</sup> BAG vom 7.11.1975 – 1 AZR 282/74, AP Nr. 4 zu § 118 BetrVG; zustimmend: GK-BetrVG/*Weber*, § 118 Rn. 206.

auf formale Rechtspositionen zu beschränken. Diskursrechte, welche die Tendenzverwirklichungsfreiheit maßgeblich erschweren, sind damit abzulehnen – zumal solche Anhörungs- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats keinen sozialen Schutzzweck erfüllen können.

### cc. Versetzung

- 1212** Die Versetzung als tendenzbezogene Maßnahme ist bei Tendenzträgern mitbestimmungsfrei<sup>1473</sup>, ohne daß es darauf ankommt, ob die arbeitgebende Gewerkschaft aus tendenzbedingten oder -neutralen Gründen versetzen will. Bei den übrigen Arbeitnehmern gilt dies hingegen nur für tendenzbezogenen Versetzungen.

### dd. Ein- und Umgruppierung

- 1213** Die Zuordnung der richtigen Tarifgruppe ist deklaratorischer Normenvollzug. Die Tendenzverwirklichung wird dadurch nicht berührt, so daß die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich bleibt<sup>1474</sup>. Bei den Gewerkschaften besteht die Besonderheit, daß es dort derzeit keine Tarifverträge gibt, sondern nur Gesamtbetriebsvereinbarungen, welche die Tätigkeiten Entgeltgruppen zuordnen. Auch diese haben aber normative Wirkung, § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG.

## d. Kündigung

### aa. Ordentliche Kündigung

- 1214** Bei der ordentlichen Kündigung besteht das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 102 BetrVG nach noch h.M. uneingeschränkt<sup>1475</sup>. Das Anhörungsrecht wird damit begründet, dass der Arbeitgeber sich über den Widerspruch des Betriebsrats hinwegsetzen könne und so die Tendenzverwirklichung nicht gefährdet sei. Ergebnis und Begründung werden jedenfalls im Fall einer Kündigung von Tendenzträgern aus tendenzbedingten Gründen dem Tendenzschutz nicht gerecht, o. 1210. Schon der Begründungszwang führt zu der Gefahr einer tendenzbezogenen Aus-

<sup>1473</sup> St. Rspr. seit BAG vom 1.9.1987 – 1 ABR 22/86, AP Nr. 10 zu § 101 BetrVG 1972; zuletzt: BAG vom 27.7.1993 – 1 ABR 8/93, AP Nr. 51 zu § 118 BetrVG 1972; MünchArbR/Matthes, § 365 Rn. 22 ff.

<sup>1474</sup> St. Rspr. seit BAG vom 14.3.1967 – 1 ABR 5/66, AP Nr. 3 zu § 61 BetrVG 1952; zuletzt: BAG vom 3.12.1985 – 4 ABR 80/83, AP Nr. 31 zu § 99 BetrVG 1972; MünchArbR/Matthes, § 365 Rn. 26; Frey, Tendenzschutz, S. 80; Menzel, Tendenzbetrieb, S. 103.

<sup>1475</sup> BAG vom 7.11.1975 – 1 AZR 282/74, EzA § 118 BetrVG 1972 Nr. 9 m. Anm. Dütz; HSWGNR/Hess, BetrVG, § 118 Rn. 48; GK-BetrVG/Weber, § 118 Rn. 210 m.w.N.

einandersetzung. Wie *Dütz* dargelegt hat, ist dies eine reale Gefahr<sup>1476</sup>. Zwar hat das BVerfG diesen Begründungszwang als noch verfassungsmäßige Auslegung des § 118 Abs. 1 BetrVG angesehen, während es eine Stellungnahme zu tendenzbezogenen Gründen ablehnt<sup>1477</sup>.

Innerhalb des verfassungsmäßigen Rahmens spricht aber mehr dafür, 1215 bereits den Begründungszwang abzulehnen. Das liefe nicht darauf hinaus, jegliche Auseinandersetzung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat für tendenzwidrig zu erklären. Vielmehr stellt sich die Frage, welchen Sinn ein kupiertes Anhörungsrecht haben kann. Da der Betriebsrat auch nach Ansicht des BAG seine Einwendungen auf soziale Gesichtspunkte beschränken muß<sup>1478</sup>, und der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozeß die Kündigung substantiieren muss, ist die betriebsverfassungsrechtliche Anhörung für tendenzbezogene Gründe ein überflüssiger Formalismus. Einem arbeitgeberseitigen Mißbrauch kann durch § 23 Abs. 3 BetrVG begegnet werden.

Soweit von einem vollumfassenden Anhörungsrecht ausgegangen wird, 1216 entfällt aus Tendenzschutzgründen jedenfalls der Weiterbeschäftigungsanspruch infolge eines Widerspruchs gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG<sup>1479</sup>. Handelt es sich z.B. um eine verhaltensbedingte Kündigung wegen tendenzaggressiven Verhaltens, o. § 4E.II.2.a., Rn. 712 ff., kann kein Weiterbeschäftigungsanspruch bestehen. Die Entscheidung darüber, mit welchen Personen der Arbeitgeber die Tendenz verwirklichen will, zählt zum Kern des Tendenzschutzes gem. § 118 Abs. 1 BetrVG<sup>1480</sup>. An den Widerspruch des Betriebsrats einen Weiterbeschäftigungsanspruch zu knüpfen hieße, diesem unmittelbaren Einfluß auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses einzuräumen. Eine solchermaßen fremdbestimmte Einflußnahme auf die Tendenzverwirklichung ist daher nicht hinnehmbar<sup>1481</sup>. Aus diesem Grund ist auch eine Differenzierung nach tendenz-

<sup>1476</sup> *Dütz*, BB 1975, 1261, 1263; in diesem Punkt zustimmend: *Mayer-Maly*, Anm. zu BAG vom 7.11.1975 – 1 AZR 282/74, AP Nr. 4 zu § 118 BetrVG.

<sup>1477</sup> BVerfG (Senat) vom 6.11.1979 – 1 BvR 81/76, AP Nr. 14 zu § 118 BetrVG 1972; GK-BetrVG/*Weber*, § 118 Rn. 211.

<sup>1478</sup> BAG vom 7.11.1975 – 1 AZR 282/74, AP Nr. 4 zu § 118 BetrVG; zustimmend: *Bauer*, FS Wissmann, S. 215, 226; HSWGNER/*Hess*, BetrVG, § 118 Rn. 48a; a.A. GK-BetrVG/*Weber*, § 118 Rn. 211; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 166.

<sup>1479</sup> GK-BetrVG/*Weber*, § 118 Rn. 211 m.w.N.; *Poeche*, Mitbestimmung, S. 166 f.; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 166 m.w.N.; für ein bloßes Bedenkenäußerungs- statt des Widerspruchsrecht: *Rüthers*, AfP 1980, 2, 4; einschränkend: *DKK/Wedde*, BetrVG, § 118 Rn. 95 f.; *Plander*, AuR 1976, 289, 296.

<sup>1480</sup> GK-BetrVG/*Raab*, § 118 Rn. 16.

<sup>1481</sup> So aber BAG vom 3.11.1982 – 7 AZR 5/81, AP Nr. 12 zu § 15 KSchG; *DKK/Wedde*, a.a.O.

bedingten und nicht tendenzbedingten Gründen oder gar tendenzbezogenen oder nicht tendenzbezogenen Leistungsmängeln abzulehnen<sup>1482</sup>.

### **bb. Außerordentliche Kündigung von Betriebsräten**

- 1217** Da bei Betriebsräten die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist und die außerordentliche gem. § 103 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats bedarf, könnte der Betriebsrat durch Zustimmungsverweigerung verhindern, daß eine arbeitgebende Gewerkschaft einen Tendenzträger kündigt, der zugleich Betriebsratsmitglied ist. Mittlerweile hat das BAG klargestellt, das es hier bei einer Kündigung aus tendenzbezogenen Gründen keiner Zustimmung des Betriebsrats bedarf<sup>1483</sup>.

### **e. Initiativrecht zur Kündigung**

- 1218** Ein Recht des Betriebsrats, gem. § 104 BetrVG die Entlassung betriebstörender Tendenzträger zu verlangen, berührt die tendenzgeschützte Freiheit der arbeitgebenden Gewerkschaft, allein zu entscheiden, mit wem sie ihre Tendenz verwirklicht. Dennoch bejaht die h.M. insoweit die Anwendbarkeit des § 104 BetrVG, jedenfalls soweit das beanstandete Verhalten nicht tendenzbezogen sei<sup>1484</sup>. Dem ist entgegenzuhalten, dass eben auch die Abwägung der Hinnahme der Tatbestände des § 104 BetrVG und der Betriebsstörung gegen das Interesse am Verbleib des Tendenzträgers allein dem Tendenzunternehmen gebührt. Es kann dabei auch nicht darauf ankommen, ob der Betriebsrat tendenzneutrale oder tendenzbedingte Gründe anführt. So wie bspw. ver.di es hinnehmen kann, daß ihr Landesleiter A. *Luzifero* wegen Verstoßes gegen das WaffengG verurteilt wird, so kann sie auch von der Belegschaft und dem Betriebsrat verlangen, diese Personalentscheidungen zu respektieren.

### **f. Auswahlentscheidungen bei Qualifizierungsmaßnahmen**

- 1219** Zu den tendenzbezogenen Maßnahmen zählt die Entscheidung, welche Arbeitnehmer für außerbetriebliche Bildungsmaßnahmen ausgewählt werden. Dabei kommt es nicht auf den Bildungsinhalt resp. dessen Tendenzbezug an. Will die arbeitgebende Gewerkschaft z.B. einen Sekretär befördern und ihn auf Managementaufgaben vorbereiten, so be-

<sup>1482</sup> Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 166 m.w.N.

<sup>1483</sup> BAG vom 28.8.2003 – 2 ABR 48/02, NZA 2004, 501, 504 f.; GK-BetrVG/*Weber*, § 118 Rn. 212 m.w.N.; a.A. DKK/*Wedde*, BetrVG, § 103 Rn. 100.

<sup>1484</sup> *Dütz*, BB 1975, 1261, 1270; *Frey*, Tendenzschutz, S. 73; *Galperin/Löwisch*, § 118 Rn. 82; GK-BetrVG/*Weber*, § 118 Rn. 213; DKK/*Wedde*, BetrVG, § 118 Rn. 96; Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 118 Rn. 167; *Oldenburg*, NZA 1989, 412.

darf sie nicht der Zustimmung des Betriebsrats, wen sie dafür auswählt<sup>1485</sup>.

## 5. Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten

### a. Wirtschaftsausschuß

Die den Wirtschaftsausschuß betreffenden §§ 106-110 BetrVG sind gem. § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG insgesamt nicht anzuwenden. Ein Wirtschaftsausschuß muß daher nicht gebildet werden. Damit haben die Gewerkschaften nicht über ihre wirtschaftliche Lage zu berichten. Dies ist für die arbeitgebenden Gewerkschaften auch von besonderer Bedeutung, da die wirtschaftliche Lage Rückschlüsse auf ihre Kampffähigkeit oder Kampfbereitschaft zuließe. Soweit die EG-Richtlinie 2002/14/EG<sup>1486</sup> eine Unterrichtung der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen fordert, ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, den bisherigen Tendenzschutz zurückzunehmen. Der Bestandsschutz in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie nennt ausdrücklich auch den koalitionspolitischen Tendenzschutz<sup>1487</sup>. 1220

### b. Tendenzschutz bei Betriebsänderungen

Die Gewerkschaften haben die erforderlichen Mittel für ihre Koalitionsbetätigung aufzubringen und über ihren Einsatz zu entscheiden. Daher ist es gerechtfertigt, daß bei Betriebsänderungen die Beteiligungsrechte weitgehend zurückstehen, um den Gewerkschaften eine möglichst unbeeinflusste Umsetzung ihrer wirtschaftlichen Unternehmensentscheidung zu gewährleisten. Die Ausgliederung der DGB Rechtsschutz GmbH, die Schließung von Bildungsstätten und die Gewerkschaftsfusionen zeigen, daß die Gewerkschaften vielfach Umstrukturierungen für erforderlich halten und diese auch vornehmen. Auch die Änderung von Arbeitsabläufen, z.B. die Einführung einer Software zur Arbeitskampfplanung oder zur Verwaltung von Mitgliederdaten, sind Bestandteil der Tendenzverwirklichung und zu Recht vor Mitbestimmungsrechten abzuschirmen. Umgekehrt hat der Gesetzgeber wegen der sozialen Belange der Mitarbeiter die §§ 111-113 BetrVG nur teilweise ausgeschlossen: Anzuwenden sind die §§ 111-113 BetrVG daher, soweit sie den Ausgleich oder die Milderung wirtschaftlicher Nachteile für die Arbeitnehmer regeln, § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. 1221

---

<sup>1485</sup> LAG Nürnberg vom 22.12.2004 – 8 TaBV 14/04, BeckRS 2005 40846.

<sup>1486</sup> Richtlinie vom 11.3.2002, ABl. Nr. L 080 vom 23.2.2002, S. 29.

<sup>1487</sup> Näher dazu: Richardi/Thüsing, BetrVG, § 118 Rn. 169a ff.; Reichold, NZA 2003, 289.

- 1222** Die Unterrichts- und Beratungspflicht gem. § 111 BetrVG gilt daher auch für die arbeitgebenden Gewerkschaften<sup>1488</sup>. Der Betriebsrat muß in die Lage versetzt werden, schon vor der Betriebsänderung sachgemessene Überlegungen zum Inhalt eines künftigen Sozialplans anzustellen<sup>1489</sup>. Das Mitbestimmungsrecht aus §§ 112, 112a BetrVG über die Aufstellung eines Sozialplans schließt auch die Erzwingbarkeit ein. Anders als bei der Sozialauswahl wirkt sich die Gewichtung der abfindungsrelevanten Sozialplanparameter nicht auf die Tendenzverwirklichung der arbeitgebenden Gewerkschaft aus. Zwar können die Sozialplankosten die arbeitgebende Gewerkschaft auch davon abhalten, die Betriebsänderung vorzunehmen, das aber betrifft nur ihren wirtschaftlichen Bewegungsspielraum und damit den tendenzfreien Bereich. Gegen erdrosselnde Sozialpläne sind die Gewerkschaften genauso geschützt wie andere Arbeitgeber auch.
- 1223** Zum Ermessen der Einigungsstelle gehört auch, die Besonderheiten bei den Gewerkschaften angemessen zu berücksichtigen. Das kann auch zu einer Verteuerung der Sozialpläne führen: Die Gewerkschaften betonen immer wieder, daß sie nur deshalb wenig Ausbildungsplätze zur Verfügung stellen, weil die Ausbildung bei einer Gewerkschaft auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt einen Makel darstelle und die Einstellungschancen verringere. Das bedeutet dann aber auch, daß die Chancen entlassener Gewerkschaftsarbeitnehmer, einen neuen Arbeitsplatz zu finden, bei pauschalierter Betrachtung unterdurchschnittlich sind und ihr wirtschaftlicher Nachteil damit größer ist als bei Arbeitnehmern mit vergleichbarer Tätigkeit bei anderen Arbeitgebern.
- 1224** Nicht anwendbar sind hingegen die Regelungen des § 112 BetrVG zum erforderlichen Versuch eines Interessenausgleichs<sup>1490</sup> und dementsprechend unanwendbar ist auch § 113 Abs. 3 BetrVG<sup>1491</sup>. Das wird gerade am Beispiel einer Gewerkschaft deutlich: Diese kann nicht gezwungen sein, einen Tendenzbetrieb – z.B. eine Bildungsstätte – für den u.U. bis zu neun

<sup>1488</sup> BAG vom 30.3.2004 – 1 AZR 7/03, AP Nr. 47 zu § 113 BetrVG 1972; *Galperin/Löwisch*, BetrVG, § 118 Rn. 51.

<sup>1489</sup> BAG vom 18.11.2003 – 1 AZR 637/02, AP Nr. 76 zu § 118 BetrVG 1972; *MünchArbR/Matthes*, § 365 Rn. 6 m.w.N.

<sup>1490</sup> BAG vom 18.11.2003 – 1 AZR 637/02, AP Nr. 76 zu § 118 BetrVG 1972; *MünchArbR/Matthes*, § 365 Rn. 5 m.w.N.; *GK-BetrVG/Weber*, § 118 Rn. 144 f.; a.A. *Grunsky*, FS Mallmann, S. 79, 84 f.; *DKK/Wedde*, BetrVG, § 118 Rn. 61; *GK-BetrVG/Fabricius*, 6. Aufl., Rn. 527 ff.

<sup>1491</sup> Darstellung des Streitstands m.w.N. jeweils bei: *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 113 Rn. 172; *Bauer/Lingemann*, NZA 1995, 813 ff.; BAG vom 27.10.1998 – 1 AZR 766/97, BB 1999, 687 m. Anm. *Kukat*.

Monate dauernden Versuch eines Interessenausgleichs aufrechtzuerhalten, wenn sie Bildungsstätten aus ihrer Koalitionsbetätigung streicht.

Insgesamt ist den Gewerkschaften damit eine signifikant günstigere, schnellere und rechtsicherere Betriebsänderung möglich als anderen Unternehmen<sup>1492</sup>. Sie dürfen davon auch Gebrauch machen und zwar auch dann, wenn sie das strengere Regime für nicht-Tendenzunternehmen als unzureichend oder lückenhaft bezeichnen. Andererseits sind sie nicht gehindert, einen freiwilligen Interessenausgleich abzuschließen. 1225

## 6. Tarifersetzende Betriebsvereinbarungen

### a. Bedeutung für die Gewerkschaften als Arbeitgeber

In den Grenzen des Tendenzschutzverzichts können die Gewerkschaften mit ihren Betriebsräten Betriebsvereinbarungen nach § 87 Abs. 1 BetrVG und § 88 BetrVG schließen. Auf diesem Weg können umfassende tarifvertragsersetzende Betriebsvereinbarungen geschlossen und die Arbeitsbedingungen kollektiv geregelt werden. Die DGB-Gewerkschaften haben davon auch umfassend Gebrauch gemacht; ver.di hat sogar satzungsmäßig die Regelung von Arbeitsbedingungen in Individualverträgen und Tarifverträgen ausgeschlossen, § 73 Nr. 2 ver.di-Satzung. Dies bringt zum Ausdruck, wie sehr ver.di der zentralisierten Kollektivgewalt den Vorzug vor dem Individualwillen gibt. 1226

Während in anderen Branchen insbesondere Kernbedingungen wie das Entgelt und die Arbeitszeitdauer üblicherweise tarifvertraglich geregelt sind und den Arbeitgebern damit gleichgewichtige, unabhängige Verhandlungspartner gegenüberstehen, können die Betriebsräte im Streitfall nicht einmal die Einigungsstelle anrufen. Die Regelung in freiwilligen Betriebsvereinbarungen verweist die betriebsverfassungsrechtlichen Repräsentanten der Gewerkschaftsarbeitnehmer auf kollektives Betteln<sup>1493</sup>. Deswegen fordert der „Bezirksfachbereichsvorstand 13 Leipzig/Nord-sachsen“ im Antrag „S 32“ zum ver.di-Bundeskongreß die ersatzlose Streichung des § 73 Nr. 2 ver.di-Satzung mit der Begründung: „Die nicht zu Arbeitsk Kampfmaßnahmen befugten Betriebsräte, auch nicht die Betriebsräte der ver.di-Betriebe, können die grundlegenden Konflikte zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern nicht angemessen zum Wohle der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer austragen.“

---

<sup>1492</sup> Gillen/Hörle, NZA 2003, 1225.

<sup>1493</sup> Hüsson, Die Quelle 1990, 20.

## b. Wirksamkeitsvoraussetzungen

- 1227** Das BAG<sup>1494</sup> hat einer gewerkschaftsspezifischen Ausnahme von der grundsätzlichen Wirksamkeit einer tarifersetzenden Betriebsvereinbarung eine Absage erteilt – das ist so richtig, wie die dafür gegebene Begründung falsch ist, Gesamtbetriebsvereinbarungen bei Gewerkschaften seien „im Hinblick auf die besondere Stellung als Gewerkschaft und Arbeitgeber zulässig“. In den Grenzen der allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen sind (Gesamt-) Betriebsvereinbarungen bei jedem Arbeitgeber wirksam und kein Privileg der Gewerkschaften. Das BAG hat in der IG Medien-Entscheidung vom 20. 2. 2001 ohne Begründung und ohne zu dokumentieren, ob ihm dies überhaupt aufgefallen ist, die Begründung aus der 1992er ÖTV-Entscheidung für die Gesamtbetriebsratszuständigkeit nach § 50 Abs. 1 BetrVG, o. § 6B.I.4 Rn. 1134 f., als Generalermächtigung für die Zulässigkeit tarifersetzender Betriebsvereinbarungen überhaupt erhalten lassen. Für ein Versehen spricht, daß das BAG dann doch noch ansatzweise die einzelnen Wirksamkeitsvoraussetzungen prüfte. Das ist richtig. Diese gelten auch und aufgrund der Besonderheiten bei den Gewerkschaften.

### aa. Tarifüblichkeitssperre

- 1228** Für die Tarifüblichkeit hat das BAG zunächst zu § 59 BetrVG 1952 auf den Wirtschafts- oder Gewerbebezug abgestellt<sup>1495</sup>. Schwierigkeiten bereitet aber schon die Zuordnung des Wirtschaftens der DGB-Gewerkschaften zu einem Wirtschaftszweig – die gewerkschaftliche Organisation und Betätigung ist für die Mitglieder eine Dienstleistung eigener Art. Wollte man im Anschluß daran von einem eigenständigen Wirtschaftszweig ausgehen, so wären in diesem Wirtschaftszweig Tarifverträge nicht üblich. Stellt man auf den Organisationskatalog ver.dis ab, so wäre entsprechend der Nr. 1.2.4 der „sonstige private Dienstleistungsbereich“ der maßgebliche Wirtschaftszweig oder, noch spezieller, gemäß der Nr. 1.2.4.6 „Parteien, Wirtschafts- und Fachverbände“.
- 1229** In diesen Bereichen hat ver.di zwar mit einzelnen Unternehmen Haustarifverträge abgeschlossen, ein unternehmensübergreifenden Flächentarifvertrag fehlt aber. Zwar können auch Haustarifverträge die Tarif-

<sup>1494</sup> BAG vom 20.2.2001 – 1 AZR 322/00, AP Nr. 107 zu 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG vom 28.4.1992 – 1 ABR 68/91, zu B.II.1.a)aa), AP Nr. 11 zu § 5 BetrVG 1972; FESTL, BetrVG, § 77 Rn. 77.

<sup>1495</sup> BAG vom 16.9.1960 – 1 ABR 5/59, AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 Betriebsvereinbarung; BAG vom 20.12.1961 – 4 AZR 213/690, AP Nr. 7 zu § 59 BetrVG.

üblichkeit begründen<sup>1496</sup>, dies aber auch nur für Betriebe, für die sie geschlossen worden sind und gerade nicht für andere Betriebe – selbst wenn in einem bestimmten Gebiet mit einer Vielzahl von Arbeitgebern Haustarifverträge abgeschlossen werden<sup>1497</sup>.

Verlangt § 77 Abs. 3 BetrVG mithin einen Tarifvertrag, dessen Geltungsbereich in räumlicher, betrieblicher, fachlicher und persönlicher Hinsicht einschlägig war oder ist, so entfällt der Konkurrenzschutz gegenüber den Gesamtbetriebsräten zwar für den DGB und die DGB-Gewerkschaften. Bei der DAA oder dem Bund-Verlag findet eine eigenständige Tarifüblichkeitskontrolle statt: In diesem Wirtschaftszweig bestehen zwar Flächentarifverträge mit ver.di, die genannten Unternehmen könnten aber nicht den entsprechenden Arbeitgeberverbänden beitreten. Somit ist keine ausgeübte Tarifautonomie vorhanden, die vor Konkurrenz geschützt werden könnte. Die Haustarifverträge, welche ver.di mit der DGB-Rechtsschutz GmbH abgeschlossen hat, begründen keine Tarifüblichkeit, da sie unwirksam sind, o. Rn. 761, 815 f. 1230

Demnach läuft § 77 Abs. 3 BetrVG für den VGB weitgehend leer – er wird sich der Konkurrenz durch die Gesamtbetriebsvereinbarungen stellen müssen.

### **bb. Kein Sonderkonkurrenzschutz**

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man nur, wenn gerade wegen der Sondersituation einer neugegründeten Gewerkschaft § 77 Abs. 3 BetrVG extensiv auszulegen wäre. So könnte von der Voraussetzung der ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie eine Ausnahme zu fordern sein: Anders als eine etablierte Gewerkschaft, welche keinen Tarifvertrag für eine Berufsgruppe oder Branche abschließt, hat die erstmals auftretende Gewerkschaft noch nie die Chance zu einer tarifvertraglichen Regelung verstreichen lassen. Angesichts der strengen Anforderungen an die Tariffähigkeit, die faktisch den Marktzutritt verhindern, könnte kompensatorisch zu fordern sein, daß sie nicht von vornherein auch noch der Konkurrenz durch die Gesamtbetriebsräte ausgesetzt sind. 1231

---

<sup>1496</sup> BAG vom 16.9.1960 – 1 ABR 5/59, AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 Betriebsvereinbarung; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 Rn. 114; *Moll*, Tarifvorrang, S. 40; *Zöllner*, FS Nipperdey, S. 699, 712; a.A. *Richardi*, BetrVG, § 77 Rn. 256.

<sup>1497</sup> BAG vom 27.1.1987 – 1 ABR 66/85, AP Nr. 42 zu § 99 BetrVG 1972; anders noch BAG vom 6.12.1963 – 1 ABR 7/63, AP Nr. 23 zu § 59 BetrVG: Tarifüblichkeit für die Fußball-Toto-Gesellschaft des Landes Niedersachsen bejaht, obwohl Niedersachsen zu diesem Zeitpunkt noch nie einen Tarifvertrag abgeschlossen hatte.

- 1232** Lehnt man zwar einen Verhandlungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber ab, bliebe so der erstmals auftretenden Gewerkschaft zumindest die Möglichkeit, sich der konkurrierenden Gesamtbetriebsvereinbarungen zu entledigen, indem sie erklärt, einen Tarifvertrag schließen zu wollen. Das aber hieße, den Arbeitnehmern, für die keine Tarifverträge bestehen, auch noch den Schutz durch die Gesamtbetriebsvereinbarungen zu nehmen und damit einen regelungsfreien Zustand herbeizuführen.
- 1233** Im übrigen hülfe ein derart erweiterter Konkurrenzschutz auch nur der bereits zur Gewerkschaft erstarkten Koalition: Solange die Koalition noch nicht tariffähig ist, besteht noch keine Konkurrenz. Ist sie es, bedarf es einer erweiternden Auslegung des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht, weil dann unterstellt werden kann, daß die Gewerkschaft auch mächtig genug ist, ihr Regelungsbegehren notfalls streikweise durchzusetzen. Spätestens dann aber geht ihr Tarifvertrag der betriebsverfassungsrechtlichen Vereinbarungen vor.

### cc. Funktionelle Zuständigkeit

- 1234** Nach der h.M. zu § 56 BetrVG 1952 fehlte es den Betriebspartnern an der Zuständigkeit zur Regelung materieller Arbeitsbedingungen<sup>1498</sup>. Daran wären die entsprechenden tarifersetzenden Gesamtbetriebsvereinbarungen bei den Gewerkschaften gescheitert, weshalb die Arbeitsbedingungen lange Zeit durch „allgemeine Arbeitsbedingungen“ auf individualvertraglicher Grundlage erfolgte. Nach nunmehr h.M. erstreckt sich die Regelungsmacht der Betriebspartner auch auf alle Regelungsgegenstände, die individualvertraglich geregelt werden könnten<sup>1499</sup>. Da sich auch eine Begrenzung der Zuständigkeit durch ein Verbot von Individualnormen nicht durchsetzte<sup>1500</sup>, wird gefordert, die Betriebsautonomie durch eine Beschränkung auf ihren Schutzzweck einzuengen: Demzufolge könnten materielle Arbeitsbedingungen nicht ausschließlich arbeitnehmerbelastend geregelt werden, da die Betriebsvereinbarung jedenfalls im Bereich der materiellen Arbeitsbedingungen dem Schutz der Arbeitnehmer<sup>1501</sup> bzw. der Kompensation ihrer Schutzbedürftigkeit bei einseitiger oder individualvertraglicher Regelung diene<sup>1502</sup>.

---

<sup>1498</sup> BAG vom 15.1.1960 – 1 ABR 7/59, AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG Wohlfahrtseinrichtungen; *Nikisch*, Arbeitsrecht III, S. 375; Nipperdey, RdA 1968, 450 ff.

<sup>1499</sup> BAG vom 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, zu Rn. 14, NZA 2007, 452 m.w.N.

<sup>1500</sup> Zur Rechtsentwicklung: *Annuß*, NZA 2001, 756, 757 f.

<sup>1501</sup> *Canaris*, AuR 1966, 129 ff.

<sup>1502</sup> BAG vom 1.12.1992 – 1 AZR 260/92, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs; *Kreutz*, Betriebsautonomie, S. 246 ff; im Erg. ebenso mangels Ermächtigungsgrundlage: *Waltermann*, Rechtssetzung, S. 163 ff.

Ob der Rückgriff auf den allgemeinen Schutzzweck der Betriebsautonomie zu einer Begrenzung der Zuständigkeit taugt, wird zu Recht bezweifelt<sup>1503</sup>. Zu einer Ausnahme zwingt aber ohnehin das Ablöseprinzip, demzufolge eine zeitlich spätere Betriebsvereinbarung die vorangegangene ablösen kann und insofern auch verschlechternd wirkt. 1235

### c. Erzwingbarkeit und Tendenzschutz

Sofern bei Regelungsgegenständen der erzwingbaren Mitbestimmung der Tendenzschutz der Erzwingbarkeit entgegensteht, entfällt die Erzwingbarkeit, nicht aber Regelbarkeit nach § 88 BetrVG. Auf den Tendenzschutz kann eine Gewerkschaft in dem o. § 2E., Rn. 255 ff. beschriebenen Rahmen verzichten. Bei ver.di ist ein vollständiger Verzicht auf § 118 BetrVG in § 74 Nr. 2 der Satzung geregelt. Während diese Bestimmung im Ergebnis wirksam ist, o. § 2E.II.1., Rn. 259 f., bestehen durchgreifende Bedenken gegen § 74 Nr. 3 ver.di-Satzung. Danach ist „für die Auflösung von Konflikten ein innerbetriebliches Konfliktlösungsverfahren vorzusehen“, welches in einer Gesamtbetriebsvereinbarung zu regeln sein soll. Abgesehen von der fehlenden Kompetenz des Gesamtbetriebsrats, o. § 6B.I.4., Rn. 1134 ff., zielt dies darauf ab, die tarifersetzende Gesamtbetriebsvereinbarung durch einen gesamtbetriebsvereinbarungsersetzenden Spruch zu ersetzen. 1236

Zwar besteht nach § 76 Abs. 8 BetrVG die Möglichkeit, an die Stelle der gesetzlichen Einigungsstelle eine tarifliche Schlichtungsstelle zu setzen. Diese Möglichkeit ist aber Tarifverträgen vorbehalten. Der Vorteil eines Arbeitgebers, bei fehlender Tarifüblichkeit tarifersetzende Betriebsvereinbarungen zu schließen, ist groß genug. Er potenziert sich, soweit die Erzwingbarkeit infolge des Tendenzschutzes entfällt oder zur Disposition des Arbeitgebers steht. Dann aber kann sich die Gewerkschaft als Arbeitgeber nicht auch noch darauf berufen, ihr stehe mangels eines Tarifpartners nicht die Möglichkeit zur Verfügung, eine tarifliche Schlichtungsstelle zu vereinbaren, weshalb ihr diese Möglichkeit durch Betriebsvereinbarung gewährt werden müsse<sup>1504</sup>. 1237

Ebensowenig kann eine Gesamtbetriebsvereinbarung gemäß § 74 Nr. 3 ver.di-Satzung damit gerechtfertigt werden, es handele sich um eine Regelung zugunsten der Arbeitnehmer, es sei denn, das Verfahren und die Ausgestaltung der gesetzlichen Einigungsstelle werden übernommen und ausschließlich zugunsten des Betriebsrats wirkende Regelungen hinzu- 1238

---

<sup>1503</sup> Löwisch/Kaiser, BetrVG, § 77 Rn. 29; Säcker, Gruppenautonomie, S. 454 f.; MünchArbR/Matthes, § 327 Rn. 54 m.w.N.

<sup>1504</sup> Ebenfalls gegen eine Analogie: Hueck/Nipperdey, II/2, S. 1264; Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 77 Rn. 91.

gefügt. Daran fehlt es jedenfalls, wenn die Besetzung der Einigungsstelle mit gewerkschaftsnahen Vorsitzenden oder Beisitzern vorgeschrieben wird oder dem Gewerkschaftsrat ein Letztentscheidungsrecht bei der Bestellung des Vorsitzenden eingeräumt wird.

- 1239** Ist eine Gewerkschaft nicht einmal in der Lage, ihre Vorstellungen mit dem tendenzschutzgeschwächten Gesamtbetriebsrat zu vereinbaren, kann sie die fehlende Einigung nicht durch ein abgeschwächtes Einigungsverfahren ersetzen lassen. Solches kann nicht mit dem Tendenzschutz gerechtfertigt werden. Der Tendenzschutz schließt entgegenstehende Mitbestimmungsrechte aus – das führt dazu, daß der Betriebsrat keine kollektiv wirkende Regelung erzwingen kann, nicht aber dazu, daß dies dem Arbeitgeber ermöglicht wird und erst recht nicht dazu, daß die gesetzlichen Vorschriften über das Einigungsverfahren modifiziert werden können.
- 1240** Auch der Einwand, das einigungsstelleneretzende Konfliktlösungsverfahren entspreche besser als das gesetzliche Verfahren den koalitionsorganisationsautonomen Vorgaben, greift nicht. Die Koalitionsorganisationsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet zwar die innere Organisation nach den Vorgaben der eigenen Tendenz<sup>1505</sup> – das betrifft aber nur den Schutz der innerverbandlichen Willensbildung und Strukturen. Diese ist durch den Tendenzschutz vor der Einflußnahme durch die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen abgeschirmt. Darin erschöpft sich der Tendenzschutz. Die Verfahren zur Regelung der Arbeitsbedingungen mit den eigenen Arbeitnehmern fallen damit nicht unter die Organisationsautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG. Darin zeigt sich gerade auch der Unterschied zu den Kirchen, die aufgrund ihres Selbstbestimmungsrecht auch die Verfahren der kirchlichen Mitarbeitervertretungen umfassend entsprechend ihrem Selbstverständnis regeln können<sup>1506</sup>. Schließlich kann ver.di auch nicht darauf verweisen, ein für sie günstigeres Konfliktlösungsverfahren sei das Äquivalent für den Verzicht auf § 118 BetrVG. Eine solche Tauschmöglichkeit sieht das Gesetz nicht vor.

#### **d. Günstigkeitsprinzip**

- 1241** Die Gewerkschaften hatten die materiellen Arbeitsbedingungen vormals überwiegend in individualvertraglichen Einheitsregelungen, sog. allgemeinen Arbeitsbedingungen, geregelt. Dies mag darauf beruht haben, daß damals die Regelbarkeit materieller Arbeitsbedingungen in Betriebsvereinbarungen streitig war oder Gesamtbetriebsräte fehlten – im BetrVG

---

<sup>1505</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 246 Rn. 22 ff.

<sup>1506</sup> Jurina, Dienst- und Arbeitsrecht, S. 151; Richardi, Kirche, § 17 Rn. 11 ff.

1952 war deren Errichtung fakultativ. Mittlerweile sind die DGB-Gewerkschaften und der DGB dazu übergegangen, die Arbeitsbedingungen umfangreich in Betriebsvereinbarungen zu regeln, so daß sich bei ihnen im besonderen Maß die Frage der Verschlechterung oder Umstrukturierung der individualvertraglichen Einheitsregelungen stellt.

Dem scheint das Günstigkeitsprinzip nicht entgegenzustehen, weil nach der von *Nipperdey*<sup>1507</sup> zum AOG entwickelten, damaligen h.M.. allgemeine Arbeitsbedingungen nicht so ausgelegt werden konnten, daß sie als besondere Leistungsbedingungen i.S.d. § 29 AOG nur durch günstigere kollektive Regelungen abgelöst werden könnten. Auch nach dem daraus von *Siebert*<sup>1508</sup> weiterentwickelten Ansatz sollte der Individualarbeitsvertrag nur individuelle Besonderheiten regeln und der funktionswidrige Einsatz des Einzelvertrags soll im Verhältnis zu den kollektivrechtlichen Gestaltungsmitteln nicht den Bestandsschutz eines Einzelvertrags genießen. Unter diesen Voraussetzungen lag zunächst die Annahme nicht fern, die allgemeinen Arbeitsbedingungen könnten durch Kollektivvertrag verschlechternd, zumindest aber umstrukturierend abgelöst werden<sup>1509</sup>. 1242

Nach nunmehr h.M.<sup>1510</sup> gilt unabhängig von der Art der individualvertraglichen Regelung, d.h. auch bei einheitlichen Arbeitsbedingungen oder Gesamtzusagen, gegenüber Betriebsvereinbarungen der individualistische Günstigkeitsvergleich – soweit nicht bloß Sozialleistungen mit erkennbar kollektivem Bezug geregelt sind. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die arbeitsvertraglichen Zusagen betriebsvereinbarungsoffen ausgestaltet sind<sup>1511</sup>. 1243

Soweit das individualistische Günstigkeitsprinzip nicht gelten soll, weil bei einer Kollision eine die Ausgleichsfunktion verwirklichende Betriebsvereinbarung vorgeht<sup>1512</sup>, bedarf dies seinerseits einer für den Spezialfall 1244

<sup>1507</sup> *Nipperdey*, in Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG, § 30 Rn. 18e.

<sup>1508</sup> *Siebert*, FS Nipperdey, S. 119, 126; ähnlich: *Hilger*, Ruhegeld, S. 51 ff., S. 66 f.

<sup>1509</sup> So auch: *Reuter*, SAE 1983, 201, 202 ff.; *Säcker*, Gruppenautonomie, S. 91 f. und 313 f.

<sup>1510</sup> St. Rspr. seit BAG vom 21.9.1989 – 1 AZR 454/88, zu III 2 a, AP Nr. 43 zu § 77 BetrVG 1972; BAG GS vom 7.11.1989 – GS 3/85, NZA 1990, 816; zuletzt: BAG vom 28.3.2000 – 1 AZR 366/99, NZA 2001, 49; für eine noch strengere Anwendung des Günstigkeitsprinzips: *Belling*, S. 145 ff.; *Däubler*, AuR 1987, 349, 352; *Nikisch*, Arbeitsrecht II, S. 429; *Richardi*, NZA 1987, 185, 187 ff.; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, S. 86 f.

<sup>1511</sup> BAG vom 20.11.1987 – 2 AZR 284/86, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze m. Anm. *Joost*; BAG vom 14.8.2001 – 1 AZR 619/00, AP Nr. 85 zu § 77 BetrVG 1972; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 Rn. 261, 266, 289; *Rieble/Schul*, RdA 2006, 339, 340.

<sup>1512</sup> *Annuß*, NZA 2001, 756, 762 f. m.w.N.

des Tendenzschutzes offenbar übersehenen Modifikation: Fehlt die Erzwingbarkeit, weil sie dem Tendenzschutz entgegensteht, muß es bei dem individualistischen Günstigkeitsvergleich sein Bewenden haben. Der Tendenzschutz ist kein Privileg, welches eine generelle Besserstellung der Tendenzunternehmen bezweckt, sondern soll die Tendenz abschirmen. Ist dies für den Tendenzarbeitgeber im Einzelfall materiell nachteilig, weil ihm dadurch ein Instrument zur kollektiven Anpassung der Arbeitsbedingungen fehlt, so haben auch die Gewerkschaften als Arbeitgeber dies hinzunehmen.

#### e. Verschärfter Kontrollmaßstab

- 1245 Schutz könnten Gewerkschaftsarbeitnehmern aber die Innenschranken der Betriebsautonomie bieten. Während die Tarifautonomie auf der Freiwilligkeit des Beitritts fußt und jede Inhaltskontrolle einen Eingriff in Freiheitsrechte darstellt, muß der Staat in dem vom ihm geschaffenen Zwangskollektiv die Letztverantwortung für die daraus hervorgehenden kollektiven Regelungen übernehmen und eine gerichtliche Inhaltskontrolle bereitstellen<sup>1513</sup>.

#### aa. Maßstab der Inhaltskontrolle

- 1246 Das BAG unterzieht daher Betriebsvereinbarungen einer allgemeinen gerichtlichen Billigkeitskontrolle<sup>1514</sup>. Dies ist jedenfalls in Form einer Übermachtkontrolle bei gestörter Vertragsparität erforderlich<sup>1515</sup>. Die dagegen vorgetragene Kritik, die Annahme gestörter Vertragsparität infolge der fehlenden Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder und aufgrund des Kampfverbots stelle die Grundkonzeption der betrieblichen Mitbestimmung in Frage<sup>1516</sup>, mag generell zutreffen, ist aber bei den tarifersetzenden Betriebsvereinbarungen in Tendenzunternehmen unzutreffend. Schon die fehlende Erzwingbarkeit für sich hat zur Folge, daß damit auch die spezifisch betriebsverfassungsrechtliche Richtigkeitsgewähr aufgrund des Erzwingungsmechanismus entfällt und somit eine erweiterte Inhaltskontrolle wie bei § 88 BetrVG gelten muß.
- 1247 Dementsprechend ist bei der Ablösung einer vertraglichen Einheitslösung und auch bei der Ablösung einer Betriebsvereinbarung zu prüfen, ob nicht

<sup>1513</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 Rn. 302.

<sup>1514</sup> St. Rspr. seit BAG vom 30.1.1970 – 3 AZR 44/68, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt m. zust. Anm. *Richardi* und *Säcker*, SAE 1970, 262; dagegen: GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 Rn. 299 m.w.N.

<sup>1515</sup> BAG vom 13.9.1974 – 5 AZR 48/74, AP Nr. 84 zu § 611 BGB Gratifikation.

<sup>1516</sup> Statt vieler: *Kreutz*, ZfA 1975, 65, 78 f; *von Hoyningen-Huene*, Billigkeit, S. 165; *Hromadka*, SAE 1984, 332; *Jahnke*, Tarifautonomie, S. 123.

ein unverhältnismäßiger Eingriff in Besitzstände vorliegt<sup>1517</sup>. Die Kritiker einer Billigkeitskontrolle kommen zumindest bei verschlechternden Eingriffen zum gleichen Ergebnis, sehen darin aber keine Billigkeits-, sondern eine Rechtskontrolle<sup>1518</sup>. Dabei ist dem Kollektivcharakter der Betriebsvereinbarung entsprechend darauf abzustellen, ob der Regelungsinhalt insgesamt als geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel einen legitimen Zweck verfolgt<sup>1519</sup>.

## **bb. Inhaltskontrolle am Beispiel von ver.di-Gesamtbetriebsvereinbarungen**

### **[1] Entgeltstundung gemäß der Rahmenbetriebsvereinbarung Interessenausgleich/Sozialplan vom 24.11.2003 (IASP 2003)**

Gemäß der IASP 2003 genannten Rahmenbetriebsvereinbarung konnte ver.di als Arbeitgeber 5 % des individuellen Entgelts als vierjähriges, mit 1 % über der Inflationsrate verzinster Darlehen einbehalten. Das stellt einen massiven Eingriff in die Entgeltverwendungsfreiheit dar, denn damit wurde in dieser Höhe anstelle der Auszahlung frei verfügbaren Einkommens ein Zwangsdarlehen gesetzt zu Konditionen, welche die ver.di-Arbeitnehmer nicht bestimmen konnten, an einen Schuldner zweifelhafter Bonität, den sie sich nicht aussuchen konnten. 1248

Auch für ausschließlich auf früheren Betriebsvereinbarungen oder betriebsvereinbarungsoffenen arbeitsvertraglichen Regelungen gilt das Ablöseprinzip nicht uneingeschränkt. Nach h.M.<sup>1520</sup> greift zumindest eine Inhaltskontrolle am Maßstab der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes. Der Eingriff muß danach einem legitimen Ziel dienen. Ver.di hätte also eine wirtschaftliche Notlage darlegen müssen, zu deren Abwendung die aus dem Eingriff gewonnene Liquidität geeignet und erforderlich gewesen ist. In dem gegen diese Zwangsstundung geführten Prozeß enthielt der Tatsachenvortrag von ver.di keinen Hinweis darauf, daß eine Liquiditätsbeschaffung über den Kapitalmarkt nicht möglich gewesen wäre. Zur wirtschaftlichen Notlage wurde nur vorgetragen, daß die Personalkosten nicht mehr durch die Beitragseinnahmen gedeckt waren und aus dem Anlagevermögen finanziert werden mußten<sup>1521</sup>. Daraus ergibt sich, daß nicht etwa die Liquiditätsbeschaffung Zweck des Eingriffs war, 1249

---

<sup>1517</sup> BAG vom 17.3.1987 – 3 AZR 64/84, NZA 1987, 855; BAG vom 3.11.1987 – 8 AZR 316/81, NZA 1988, 509.

<sup>1518</sup> GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rn. 306 m.w.N.

<sup>1519</sup> BAG vom 8.12.1981 – 3 ABR 53/80, AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Ablösung.

<sup>1520</sup> BAG GS vom 16.9.1985 – GS 1/82, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972.

<sup>1521</sup> ArbG Düsseldorf vom 19.7.2004 – 14 Ca 3413/04, n.v.

sondern die Differenz zwischen der Guthabenverzinsung und den Kosten für die Verzinsung der einbehaltenen Entgeltbestandteile als Kostenvorteil erzielt werden sollte.

- 1250 Andererseits betraf die Zwangsstundung nur jeweils sechs Monatsgehälter, so daß die Eignung der Maßnahme, dauerhaft eine Substanzaufzehrung zu verhindern, zweifelhaft ist.

Die Abhängigkeit der Gewerkschaften von den laufenden Einnahmen aus Mitgliedschaftsbeiträgen ist keine Frage des Tendenzschutzes. Dieser soll gerade nicht die Finanzierung der Tendenz privilegieren, sondern die Verwirklichung einer finanzierbaren Tendenz vor der Einflußnahme der Arbeitnehmer und ihrer Kollektivvertretungen mit arbeitsrechtlichen Mitteln begrenzen, o. § 2D.I.3., Rn. 251. Ob Beitragseinnahmen eine weniger stabile Einnahmequelle sind als z.B. die kundenabhängigen Verkaufserlöse in anderen Branchen ist mehr als zweifelhaft, da die Gewerkschaften durch die Austrittsfristen vor unkalkulierbaren Rückgängen geschützt sind. Ver.di hat jedenfalls nicht dargelegt, ob ein struktureller Verlust von Beitragseinnahmen oder nur eine Schwankung ausgeglichen werden sollte.

## **[2] Arbeitszeitverringerung gemäß dem IASP 2003**

- 1251 Da bei ver.di nach der Fusion ein Arbeitskräfteüberhang bestand, der wegen des Ausschlusses betriebsbedingter Kündigungen nicht abgebaut werden konnte, hatte ver.di zusätzlich zu der Zwangsstundung versucht, durch Arbeitszeitverringerung die Personalkosten zu reduzieren: für die Zeit vom 1.10.2004 bis zum 31.12.2007 wurde angeboten, eine Arbeitszeithalbierung zu belohnen, indem das Gehalt nur um ein Fünftel reduziert wurde, bei einer Arbeitszeitverringerung auf 80 % erfolgte ein Entgeltausgleich auf 90 %, während für diejenigen, die ihre Arbeitszeit nicht freiwillig verringern wollen, eine Zwangsverringerung ohne Entgeltausgleich vorgesehen ist.
- 1252 Die Zwangsverringerung verstößt gegen das Maßregelungsverbot, § 612a BGB. Wer von seinem Recht Gebrauch macht, das Angebot zur Arbeitszeitverringerung mit Entgeltausgleich abzulehnen, wird durch die Zwangsverringerung bestraft. Auch wenn grundsätzlich eine Zwangsteilzeit ohne Entgeltausgleich im Gegenzug zum Ausschluß betriebsbedingter Kündigung zeitlich begrenzt bis zur Behebung einer schwerwiegenden wirtschaftlichen Krise einer Billigkeitskontrolle standhalten bzw. einen nicht unverhältnismäßigen Eingriff in den Vertrauensschutz darstellen

kann<sup>1522</sup> – das wäre ein von den Gewerkschaften zwar bei anderen Arbeitgebern bekämpftes betriebliches Bündnis für Arbeit, welches seine Rechtfertigung aus der sachgruppenübergreifenden Günstigkeit schöpft<sup>1523</sup>.

Hingegen ist es eine sachgrundlose Ungleichbehandlung, einen Teil der Beschäftigten hinsichtlich des Stundenentgelts stärker zu belasten als andere, die eine Verbesserung des Stundenentgelts durch eine höhere Arbeitszeitverringerung erkaufen. Die Möglichkeit, zwischen den drei Stufen der Zwangsteilzeit zu wählen, rechtfertigt die Ungleichbehandlung nicht, da die anderen Optionen, ein Einkommensverzicht i.H.v. 20 % bzw. 10 % aus den von den Betriebsparteien zu berücksichtigenden persönlichen und wirtschaftlichen Belangen der Arbeitnehmer unzumutbar sein können. 1253

### [3] Umstieg von einer Summarik auf ein analytisches Entgeltssystem

Derzeit plant ver.di die bisherigen Entgeltsysteme der Quellgewerkschaften durch ein neues per Betriebsvereinbarung zu ersetzen<sup>1524</sup>. Wiederum stellt sich die Frage nach dem legitimen Zweck. Zudem setzen Verhältnismäßigkeit und Vertrauensschutz voraus, daß bei einem Eingriff in die laufenden Entgelte ein sachlich-proportionaler Grund besteht. 1254

Die Vereinheitlichung der unterschiedlichen, aus den Quellgewerkschaften stammenden Vergütungsordnungen ist ein legitimer Zweck. Allerdings hat das BAG<sup>1525</sup>, gerade bezogen auf ver.di, entschieden, daß § 613a BGB bei einer Fusion zu unterschiedlichen Arbeitsbedingungen führen kann und auch die Gewerkschaften ebensowenig wie andere Arbeitgeber in diesem Fall verpflichtet sind, in ein und demselben Betrieb nach dem Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ zu vergüten. Wiewohl es keine Anpassungspflicht gibt, besteht darin aber ein legitimer Zweck. Daß es bei einer solchen Angleichung Gewinner und Verlierer – oder in der ERA-Terminologie Unter- und Überschreiter – gibt, bringt eine solche umstrukturierende Gesamtbetriebsvereinbarung mit sich. Bei gegebener Systemkostenneutralität wären die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit daher auch ohne individuellen Bestandschutz gewahrt. Dies gilt umso mehr, wenn ver.di dabei zugleich auch eine 1255

<sup>1522</sup> BAG vom 20.2.2001 – 1 AZR 322/00, zu B.3., AP Nr. 107 zu BetrVG 1972 Lohngestaltung.

<sup>1523</sup> Dafür *Adomeit*, NJW 1984, 26 f. und 595 f.; *Bauer*, NZA 1999, 957, 960; *Buchner*, NZA 1999, 897, 901; *Buchner*, NZA 1996, 1304, 1305; *Gitter*, FS Wlotzke, S. 297, 303 ff.; dagegen *Hanau*, RdA 1998, 65, 70.

<sup>1524</sup> VGB Mitglieder-Info III-2007, S. 4.

<sup>1525</sup> BAG vom 31.8.2005 – 5 AZR 517/04, NZA 2006, 265.

arbeitswissenschaftliche fundierte Bewertung der Tätigkeiten zur Grundlage der neuen Vergütungsordnung macht.

## § 7 Gewerkschaften als Arbeitgeber im Arbeitsgerichtsprozeß

Rechtsstreitigkeiten der Gewerkschaften mit ihren Arbeitnehmern waren **1256** lange Zeit selten, weil die Gewerkschaftsarbeitnehmer – noch mehr als die Arbeitnehmer anderer Unternehmen – aus soziologischen Gründen den Weg zu den Gerichten scheuten<sup>1526</sup>. Die Klagebereitschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer nimmt jedoch zu, so daß die arbeitgebenden Gewerkschaften und ihre Arbeitnehmer sich mit zunehmender Häufigkeit auch vor dem Arbeitsrichter gegenüberstehen. Als bloßes Rückzugsgefecht erscheint es, wenn *Kittner*<sup>1527</sup> Gewerkschaftsarbeitnehmern entgegenhält: „Wer sich mit voller Kraft für die Arbeiterklasse einsetzt, hat keine Zeit, über die eigenen Arbeitsbedingungen zu lamentieren.“

Verletzt eine arbeitgebende Gewerkschaft die Rechte ihrer Arbeitnehmer **1257** oder deren Koalition, muß sie damit rechnen, vor den Arbeitsgerichten wie andere Arbeitgeber verklagt zu werden. Umgekehrt muß sie – wie andere Arbeitgeber – vor den Arbeitsgerichten ihre Rechte gegenüber den Arbeitnehmern durchsetzen. Zweifelhaft ist aber, ob eine Gewerkschaft auch als Arbeitgeber Rechte in Anspruch nehmen kann, die ihr als Arbeitnehmervertretung zustehen: die besondere Parteifähigkeit (A.) und die Sonderpostulationsfähigkeit ihrer Rechtsschutzsekretäre (B.).

### A. Parteifähigkeit

Keine Schwierigkeiten bereiten rechtlich verselbständigte gewerkschaftliche Einrichtungen wie die DGB Rechtsschutz GmbH. Diese sind rechtsfähig, § 13 Abs. 1 GmbHG, und daher ohnehin nach § 50 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG parteifähig. Parteifähigkeit meint dabei auch die entsprechende Stellung im Beschlußverfahren, welches keine Parteien kennt<sup>1528</sup>. **1258**

<sup>1526</sup> Zu letzteren: *Pfarr/Kocher*, NZA 1999, 358 ff.; *Ramm*, in: Rechtssoziologie, S. 169, 181; *Däubler*, AuR 1995, 305, 307.

<sup>1527</sup> Prof. Dr. *Michael Kittner* in einem Briefwechsel mit *Theo Burkhardt*.

<sup>1528</sup> BAG vom 29.11.1989 – 7 ABR 64/87, zu B.I.2.a), NZA 1990, 615.

## I. Gewerkschaften

- 1259 Gewerkschaften wählen aus historischen Gründen die Rechtsform des nichteingetragenen Vereins<sup>1529</sup>. Ihnen könnte daher gemäß §§ 21, 54 BGB die Parteifähigkeit infolge fehlender Rechtsfähigkeit fehlen.

### 1. Passive Parteifähigkeit

- 1260 Sind die Gewerkschaften als Beklagte beteiligt, so ergibt sich aber ihre passive Parteifähigkeit aus § 50 Abs. 2 ZPO. Wären sie es nicht, bereitete das nur ihren Prozeßgegnern Probleme, denn es müßten alle Mitglieder zur gesamten Hand verklagt werden – ein unmögliches Unterfangen bei der Größe von DGB-Gewerkschaften. Gerade um diesen Nachteil des Prozeßgegners aufzuheben, wurde § 50 Abs. 2 ZPO geschaffen.

### 2. Aktive Parteifähigkeit

- 1261 Umgekehrt wollte der Gesetzgeber den Gewerkschaften nicht den Vorteil zubilligen, nicht zur gesamten Hand als Kläger auftreten zu müssen. Nachdem der Staat die Gewerkschaften nicht mehr nur duldet, sondern als Sozialpartner zur Regelung der Arbeitsbedingungen grundsätzlich anerkannte<sup>1530</sup>, hat er schon durch das ArbGG 1926<sup>1531</sup> den Gewerkschaften gemäß § 10 ArbGG<sup>1532</sup> die aktive und passive Parteifähigkeit zuerkannt, um ihnen so zu ermöglichen, ihre kollektivarbeitsrechtlichen Rechte, insbesondere ihre Rechte aus Tarifverträgen, auch gerichtlich durchzusetzen<sup>1533</sup>. Somit bezweckt § 10 ArbGG, wie auch § 3 PartGG, eine umfassende Parteifähigkeit.
- 1262 Gleichwohl bezweifelt das BAG bis heute die aktive Parteifähigkeit in Zivilverfahren und im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren. So subsumiert das BAG in der Entscheidung, mit der es dem VGB die Rechte aus § 46 BetrVG absprach, zunächst unter § 50 Abs. 1 ZPO<sup>1534</sup>. Anschließend weist das BAG nach, die Rechtsprechung der anderen Bundesgerichte und des BVerfG zur Anerkennung der aktiven Parteifähigkeit nichtrechtsfähiger Gesellschaften bürgerlichen Rechts zur Kenntnis genommen zu

<sup>1529</sup> MünchArb/Löwisch/Rieble, § 249 Rn. 5; Sachse, AuR 1985, 267, Fn. 4; Dersch/Volkmar, ArbGG, § 10 Rn. 4a.

<sup>1530</sup> Umfassend BGH vom 11.7.1968 – 7 ZR 63/66, BGHZ 50, 325, 329 ff.

<sup>1531</sup> Arbeitsgerichtsgesetz vom 23.12.1926, RGBl. I, S. 507.

<sup>1532</sup> Allgemein: Mayer, Parteifähigkeit im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1930.

<sup>1533</sup> Wallisch, Einwirkungspflichten, S. 31 ff.; Rieble, FS Wiedemann, S. 519, 524. Zur Entstehungsgeschichte: Bericht des Sozialausschusses über den Entwurf eines ArbGG, RT-Drucks. III., Wahlp. 1924/27, Nr. 3019, S. 1 ff.; Flatow/Joachim, ArbGG, § 10 Rn. 3; vgl. Fraenkel, BRZ 1927, 8, 11.

<sup>1534</sup> BAG vom 19.9.2006 – 1 ABR 53/05, NZA 2007, 518 Rn. 15.

haben. Seitdem, so konstatiert das BAG, werde „zunehmend auch für den nichtrechtsfähigen Verein die aktive Parteifähigkeit befürwortet“ und zitiert dafür eine Entscheidung des KG Berlin und einen Aufsatz von *Kempfler*<sup>1535</sup>. Die derart dokumentierte Distanz zu dieser Rechtsentwicklung wird noch betont, indem das ansonsten *obiter dicta* nicht abgeneigte BAG es unterläßt, sich im Interesse der Rechtssicherheit dieser Rechtsentwicklung ausdrücklich anzuschließen. Stattdessen ließ das BAG die Frage dahinstehen, da dem VGB immerhin nach § 10 ArbGG im Beschlußverfahren als Antragsteller eine Parteifähigkeit zukomme.

Offenbar übersieht das BAG, daß es auf diese Weise die Diskriminierung nicht eingetragener Vereine perpetuiert, mit Hilfe derer auf die Gewerkschaften ein Eintragungsdruck zwecks obrigkeitsstaatlicher Kontrolle ausgeübt werden sollte. Wie das BAG 1960 auch erkannt hatte, wollte der Gesetzgeber mit § 10 ArbGG durch eine umfassende Parteifähigkeit gerade diese Diskriminierung zumindest für Gewerkschaften beseitigen und nicht bloß eine beschränkte Sonderparteifähigkeit für Klagen gegen den sozialen Gegenspieler schaffen<sup>1536</sup>. Gleiches gilt für die Parteifähigkeit gemäß § 61 Nr. 2 VwGO, § 70 SGG, weil die sich aus der ZPO ergebende Parteiunfähigkeit „seit eh und je als unzweckmäßig erkannt worden ist“<sup>1537</sup>.

Die nun vom 1. Senat offenbar übersehene frühere Rechtsprechung war in Teilen durchaus zweifelhaft: So meinte das BAG, die Funktion der Gewerkschaften als Sozialpartner verlange, daß ihnen in Streitigkeiten mit ihrem Personal die prozessualen Erschwernisse, welche die fehlende Parteifähigkeit mit sich brächte, nicht zugemutet werden dürfen<sup>1538</sup>. Schon *Nikisch* hat ähnlich dafür gehalten, wenn eine Gewerkschaft Rechte gegenüber eigenen Arbeitnehmern durchsetze, nehme sie die Gesamtinteressen ihrer Mitglieder wahr und betätige sich somit als Arbeitnehmerverband<sup>1539</sup>. Zu Ende gedacht ergibt sich daraus das Paradoxon, daß eine Gewerkschaft auch dann als Arbeitnehmervertretung handelt, wenn sie als Arbeitgeber klagt. In anderem Zusammenhang, aber von der Argumentationsstruktur her ähnlich, schließt auch *Prütting* vom Bedürfnis auf die rechtliche Zulässigkeit: Gewerkschaften dürften den Rechtsschutz ausgliedern und sich der Rechtsform der GmbH bedienen, weil dafür ein Bedürfnis bestünde<sup>1540</sup>.

<sup>1535</sup> BAG, a.a.O., Rn. 16.

<sup>1536</sup> BAG vom 22.12.1960 – 2 AZR 140/58, zu III.1., AP Nr. 25 zu § 11 ArbGG 1953.

<sup>1537</sup> BAG, a.a.O.; vgl. schon *Stoll*, FG RG 50, Bd. II, S. 49, 76; *Böhmer*, Bd. 2, 2. Abt., 1952, S. 184 ff.

<sup>1538</sup> Vgl. BAG, a.a.O.

<sup>1539</sup> *Nikisch*, Anm. zu BAG, a.a.O.

<sup>1540</sup> *Prütting*, AuR 1998, 133, 136.

- 1265 Die Gewerkschaften sollten damit durchaus gegenüber anderen nicht-rechtsfähigen Vereinen, die ihre Rechte als Arbeitgeber geltend machen wollen, privilegiert werden, denn diese verwies das BAG<sup>1541</sup> darauf, sie könnten sich ja eintragen lassen<sup>1542</sup>. Dem Weg waren sogar die ver.di-Quellgewerkschaften gefolgt und hatten ver.di zunächst als eingetragenen Verein gegründet, obwohl nach richtiger Ansicht die Verschmelzung nach dem UmwG ihnen bei der Verschmelzung zur Aufnahme in einen nicht rechtsfähigen Verein hätte offenstehen müssen<sup>1543</sup>.
- 1266 Während die sachwidrige Privilegierung von Gewerkschaften abzulehnen war, hätte das BAG im VGB-Verfahren die Anerkennung der aktiven Parteifähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins in allen arbeitsgerichtlichen Verfahren und unabhängig von der Tariffähigkeit anerkennen müssen: Wenn Gesellschaften bürgerlichen Rechts funktional teilrechtsfähig und in diesem Rahmen auch parteifähig sind<sup>1544</sup>, so gilt dies wegen des Verweises in § 54 BGB trotz des gegenteiligen Willens des historischen Gesetzgebers auch für nicht rechtsfähige Vereine<sup>1545</sup>.

## II. Bloße Koalitionen und Gewerkschaftsunterorganisationen

- 1267 Die Bereitschaft des BAG, den Gewerkschaften die volle Parteifähigkeit zuzuerkennen, ist auf tariffähige Koalitionen begrenzt. Unterorganisationen der Gewerkschaften, sofern sie ihrerseits rechtlich selbständige, nicht rechtsfähige Vereine wären, oder Koalitionen ohne Tariffähigkeit versagt das BAG die aktive Parteifähigkeit, indem es auch zu § 10 ArbGG die nach der hier vertretenen Ansicht verfehlte, o. § 5C.I.3.a.bb., Rn. 1040 ff., Lehre vom einheitlichen Gewerkschaftsbegriff fortführt<sup>1546</sup>

<sup>1541</sup> BAG vom 29.11.1989 – 7 ABR 64/87, NZA 1990, 615; ähnlich noch: OLG München vom 9.12.1968 – 12 W 1305/68, NJW 1969, 617.

<sup>1542</sup> Zur Zumutbarkeit der Eintragung: *Fenn*, ZZP 86 (1973), 176, 178 und 181; *Fabricius*, SAE 1969, 111; *Kübler*, Verbandsverfassung, S. 16 ff.; *Popp*, Willensbildung, S. 158 f.

<sup>1543</sup> *Rieble*, ZIP 1997, 300, 307.

<sup>1544</sup> BGH vom 29.1.2001 – 2 ZR 331/00, LS. 1, NJW 2001, 1056; BGH vom 18.2.2002 – 2 ZR 331/00, ZIP 2002, 614.

<sup>1545</sup> *Rieble*, FS Wiedemann, bei Fn. 34; *K. Schmidt*, NJW 2001, 992, 1002, trotz früherer (Verbandszweck, S. 55 ff.) schwerer Bedenken. MünchKomm/Reuter, BGB, § 54 Rn. 3 ff. kommt zum gleichen Ergebnis, indem er § 54 Satz 1 BGB für Idealvereine als obsolet ansieht.

<sup>1546</sup> St. Rspr. seit BAG vom 6.7.1956 – 1 AZB 18/55, AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1953; Gerade das RAG forderte von den Unterorganisationen auch die Tariffähigkeit als Voraussetzung der Parteifähigkeit, RAG vom 9.5.1928 – 91/28, RAGE 4, 349, 353; RAG vom 10.11.1928 – 395/28, RAGE 4, 231, 233; *Buchner*, FS BAG 25, S. 55 ff.; *Flatow/Joachim*, ArbGG, § 10 Rn. 3; a.A.: MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 246 Rn. 235 und 237; *Schleusener*, RdA 1999, 186 ff. Ähnlich im Zivilrecht noch: BGH

und damit die Tariffähigkeit zur Voraussetzung der Parteifähigkeit macht. Daher könnten sich bloße Arbeitnehmerkoalitionen als Arbeitgeber in Urteilsverfahren nicht auf § 10 ArbGG berufen.

Zu den o. § 5C.I.3.a.bb, Rn. 1040 ff. genannten Argumenten tritt bei §§ 10, 11 ArbGG eine Besonderheit, auf die *Buchner* bereits in der ersten BAG-Festschrift hingewiesen hat<sup>1547</sup>: Während das BAG hinsichtlich der Rechte der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften noch mehr oder minder überzeugend auf die Tarifvertragssystembezogenheit der Betriebsverfassung verweisen kann, um die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte akzessorisch an die Tariffähigkeit zu knüpfen, versagt diese Argumentation beim ArbGG völlig. Für § 10 ArbGG ist nicht erklärbar, warum es einer nicht tariffähigen Koalition eher als einer tariffähigen Koalition zuzumuten ist, als Gesamthandskläger aufzutreten. Auch die Argumentation des BAG, der Koalitionspluralismus erfordere es nicht, „Disparitäten auszugleichen, die nicht strukturell bedingt sind, sondern auf der inneren Schwäche einer Arbeitnehmerkoalition beruhen“<sup>1548</sup>, so ist dies schon für die betriebsverfassungsrechtlichen Teilhaberechte von zweifelhafter Überzeugungskraft. Die bisher versagte aktive Parteifähigkeit ist aber auch nach dem Ansatz des BAG eine strukturell bedingte Disparität, welche es auszugleichen verpflichtet ist. 1268

Auch das schon für die Verwendung eines Begriffs innerhalb eines Gesetzes zweifelhafte Argument, er sei inhaltsgleich auszulegen, ist gesetzesübergreifend eher ein Wunsch an den Gesetzgeber, der Gleiches gleich aber eben auch Ungleich ungleich benennen möge. Das ArbGG ist zudem älter als die vom BAG herangezogene Definition der Tariffähigkeit. 1269

Diese verfassungsrechtlich bedenkliche Ungleichbehandlung<sup>1549</sup> kollidiert zudem mit der vom BGH mittlerweile anerkannten funktionalen Teilrechts- und Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaften. Diese muß entsprechend auch für die ihnen gleichgestellten „nichtrechtsfähigen“ Vereine gelten<sup>1550</sup>. Im VGB-Beschluß hat das BAG ausdrücklich bekundet, an der Lehre vom einheitlichen Gewerkschaftsbegriff festhalten zu wollen. Nach der oben geschilderten Vorgehensweise des BAG im selben Beschluß zur aktiven Parteifähigkeit ist zweifelhaft, ob das BAG zumindest seine bisherige Rechtsprechung ändert, derzufolge ein Arbeitgeber in der 1270

---

vom 21.3.1972 – 6 ZR 157/70, MDR 72, 859; kritisch dazu: *Fenn*, ZZP 86 (1973), 177, 182 ff.; MünchKommZPO/*Lindacher*, § 50 Rn. 46.

<sup>1547</sup> *Buchner*, FS BAG 25, S. 55, 62 f.

<sup>1548</sup> BAG vom 19.9.2006 – 1 ABR 53/05, zu III.2.a)aa), NZA 2007, 518.

<sup>1549</sup> MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 246 Rn. 237 und § 390 Rn. 21 ff.; *Eitel*, Ungleichbehandlung, S. 1 ff.

<sup>1550</sup> Dies fordert *Rieble*, FS Wiedemann, S. 525; zweifelnd: *Klebeck/Lessner*, ZIP 2002.

Rechtsform eines nicht rechtsfähigen Vereins als Kläger weder rechts- noch parteifähig ist<sup>1551</sup>. Auch der Außen-GbR hat das BAG bisher die Fähigkeit abgesprochen, Partei eines Arbeitsvertrags sein zu können<sup>1552</sup>. Beharrt das BAG auf seiner Ansicht, droht ihm nicht nur die Aufhebung durch das BVerfG, sondern es müßte auch den gemeinsamen Senat anrufen.

## **B. Rechtsschutzsekretäre als Prozeßbevollmächtigte**

### **I. Sonderpostulationsfähigkeit von Rechtssekretären nicht tariffähiger Koalitionen**

- 1271** Wie bereits o. §5C.I.3.a.bb, Rn. 1040 und erst Recht zu § 10 ArbGG dargelegt, ist die Lehre vom einheitlichen Gewerkschaftsbegriff abzulehnen. Das zeigt sich wie auch bei § 10 ArbGG deutlich bei § 11 ArbGG: Die Sonderpostulationsfähigkeit von Rechtsschutzsekretären fußt gerade nicht auf einer fingierten besonderen Sachkenntnis der Tarifverträge. Die Mächtigkeit beispielsweise der IG Metall ist ohne jede Aussagekraft für die Fähigkeit eines Sekretärs der DGB Rechtsschutz GmbH. Entscheidend ist aber, daß die Rechtsberatung und Prozeßvertretung historisch eine zentrale Leistung der Koalition an ihre Mitglieder war und wegen ihrer Bedeutung für die Koalition und ihre Mitglieder nicht ohne zwingenden Grund versagt werden darf. *Buchner* weist schließlich noch darauf hin, daß eine selbständige Vereinigung von Arbeitnehmern mit berufs- oder sozialpolitischer Zielsetzung gemäß § 166 SGG sonderpostulationsfähig ist, wenn sie mindestens 1.000 Mitglieder hat. Dann kann es aber kaum einer Koalition mit mehr als 1.000 Mitgliedern verwehrt werden, ihre Mitglieder vor den Arbeitsgerichten zu vertreten.

### **II. Vertretung der arbeitgebenden Gewerkschaft als Arbeitgeber durch Rechtssekretäre**

- 1272** Im Rahmen des § 11 ArbGG ist die Frage zu beantworten, ob ein Gewerkschaftssekretär die arbeitgebende Gewerkschaft auch dann im Rahmen seiner Sonderpostulationsfähigkeit vertreten kann, wenn die Gewerkschaft als Arbeitgeber in dem Verfahren als Arbeitgeber beteiligt ist, oder ob der Rechtsschutzsekretär dann nur als Vertreter im Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ArbGG auftreten kann.

---

<sup>1551</sup> BAG vom 29.11.1989 – 7 ABR 64/87, NZA 1990, 615.

<sup>1552</sup> BAG vom 6.7.1989 – 6 AZR 771/87, NJW 1989, 3034.

## 1. Vorteile der Sonderpostulationsfähigkeit

Andere Arbeitgeber müssen Mitglied in einem Arbeitgeberverband sein, um sich durch dessen Bevollmächtigte vertreten zu lassen. Gewerkschaften wären demgegenüber privilegiert, wenn sie sich der DGB Rechtsschutz GmbH und ihrer Rechtsschutzsekretäre bedienen und sich dabei deren Sonderpostulationsfähigkeit zunutze machen könnten. 1273

Rechtlich ist die Vertretung durch Verbandsbevollmächtigte wegen ihrer Sonderpostulationsfähigkeit<sup>1553</sup> in dreifacher Weise vorteilhaft: In erster Instanz kann sich ein Arbeitgeber zwar von jedem Angestellten vertreten lassen und somit auch eine Gewerkschaft von einem eigenen Rechtsschutzsekretär, u. § 7B.II.4., Rn. 1334. Ohne die Sonderpostulationsfähigkeit unterliegt der Prozessvertreter aber dem Zurückweisungsrecht gem. § 157 Abs. 2 ZPO<sup>1554</sup> – in einer Zeit, in der die Verbandsvertreter mehr nach Weltanschauung als nach juristischen Fähigkeiten ausgewählt wurden und sich Richtern gegenüberstanden, die häufig ihrer Sozialisation nach den Gewerkschaften eher unfreundlich gegenüberstanden, war dies von hoher praktischer Bedeutung<sup>1555</sup>. Zweitens gilt für die Verbandsbevollmächtigten der Ausschluß wegen geschäftsmäßiger Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten nicht, § 11 Abs. 3 Satz 2 ArbGG. Drittens wird durch die Sonderpostulationsfähigkeit in Prozessen zweiter Instanz der Anwaltszwang, § 78 ZPO, durchbrochen. 1274

Betriebswirtschaftlich kann es für die Gewerkschaften sinnvoll sein, auch als Arbeitgeber Rechtsschutzsekretäre als Prozeßvertreter einzusetzen: Die Erwägung, Kosten zu vermeiden, indem Verbandsbevollmächtigte anstelle von Rechtsanwälten eingesetzt werden, greift auch aus Sicht des Verbands. Ob eine Vertretung durch Rechtsschutzsekretäre effizienter ist als durch Rechtsanwälte, hängt allerdings nicht nur von den Kosten ab, sondern gerade auch von ihrer Erfolgsquote<sup>1556</sup>. Die Praxis bietet ein differenziertes Bild: Die Gewerkschaften beauftragen zu ihrer Vertretung häufig Rechtsanwälte, obwohl sie sich durch eigene Angestellte vertreten lassen könnten<sup>1557</sup>. 1275

---

<sup>1553</sup> Zum Begriff der Postulationsfähigkeit: BAG vom 3.12.1954 – 1 AZR 381/54, AP Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1953; *Urbanczyk*, ZZP 95 (1982), 339; *Brehm*, RdA 1990, 73.

<sup>1554</sup> Vgl. BAG vom 13.10.1982 – 5 AZR 65/81, AP Nr. 3 zu § 76 ArbGG 1979; BAG vom 16.11.1989 – 8 AZR 368/88, AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter; BAG vom 29.1.1992 – 7 ABR 29/91, AP Nr. 14 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1555</sup> *Tenfelde*, AuR 1995, 289 ff.

<sup>1556</sup> Zum rechtshistorischen Streit, ob Verbandsvertreter oder Anwälte bessere Prozeßvertreter sind: *Potthoff*, ArbR 1926, 27 ff.

<sup>1557</sup> Detailliert: *Bauer*, NZA 1999, 11, 14 f.

- 1276 Andererseits kann in Streitigkeiten der Gewerkschaften gegen ihre eigenen Angestellten ebenso wie in Streitigkeiten gegen die Arbeitgeberseite gelten, daß sie ihre Sache lieber einem ihrer Tendenz verpflichteten Arbeitnehmer anvertrauen als einem unabhängigen Rechtsanwalt, welcher ihnen lange als Repräsentant des Bürgertums galt<sup>1558</sup>.

## 2. § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG

### a. Auslegungstreit

- 1277 Aus diesem wirtschaftlichen Interesse darf nicht auf die rechtliche Zulässigkeit geschlossen werden. In der „IG DP“-Entscheidung<sup>1559</sup> hat sich das BAG hauptsächlich mit der Parteifähigkeit arbeitgebender Gewerkschaften befaßt und nur am Rande mit der Postulationsfähigkeit des Rechtsschutzsekretärs. Maßgeblich für die Frage, ob die Sonderpostulationsfähigkeit auch für die Vertretung einer Gewerkschaft als Arbeitgeberin besteht, sind der Wortlaut, die systematische Stellung, die Entstehungsgeschichte und der Normzweck<sup>1560</sup>.
- 1278 Dem Wortlaut nach verhält es sich ähnlich wie bei § 10 ArbGG: Gewerkschaften sind Verbände i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG und rechnen zu den Prozeßparteien, die sich durch Verbandsbevollmächtigte vertreten lassen dürfen (passive Vertretungsbefugnis)<sup>1561</sup>. Weder in § 10 ArbGG noch in § 11 ArbGG wird Parteifähigkeit bzw. die passive Vertretungsbefugnis auf Streitigkeiten begrenzt, die gegen den sozialen Gegenspieler geführt werden<sup>1562</sup>. Die Aussagekraft des Wortlauts ist allerdings begrenzt<sup>1563</sup>; das BAG hat beispielsweise entgegen dem Wortlaut auch Betriebsräte als passiv vertretungsberechtigte Parteien angesehen<sup>1564</sup>.
- 1279 Eine einengende Auslegung des § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG hat das BAG in der „IG DP“-Entscheidung abgelehnt, weil der Sinn und Zweck dies nicht gebiete – nur: Worin Sinn und Zweck liegen, hat das BAG nicht ermittelt. Es hat nicht einmal auf seine Ausführungen in der Betriebsratsent-

<sup>1558</sup> *Blankenburg*, Rechtsberatung, IIM/78-4, S. 1; vgl. RAG vom 29.3.1930 – 479/29, 9, 192, 193.

<sup>1559</sup> BAG vom 22.12.1960 – 2 AZR 140/58, AP Nr. 25 zu § 11 ArbGG 1953 m. Anm. *Nikisch*.

<sup>1560</sup> Allgemein: *Wank/Ramrath*, NZA 1993, 345, 350.

<sup>1561</sup> Die Umgrenzung des Personenkreises entstammt der 2. AVO zur SchlichtungsVO, §§ 3 und 15.

<sup>1562</sup> Für eine solche Begrenzung schon *Gerstel*, Anm. zu RAG vom 28.3.1931 – B 31/31, ARS 11, 580, 581.

<sup>1563</sup> *Gerstel*, a.a.O.

<sup>1564</sup> BAG vom 3.12.1954 – 1 AZR 381/54, AP Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1953 Bl. 2 (Betriebsratsentscheidung).

scheidung<sup>1565</sup> verwiesen. Dort hatte sich das BAG mit dem Sinn der Postulationsfähigkeit von Verbandsbevollmächtigten befaßt, um den Kreis der passiv vertretungsberechtigten Parteien erweiternd „auszulegen“ (methodisch betrachtet handelte es sich um eine Analogie<sup>1566</sup>). Das RAG hatte bereits § 11 Abs. 2 ArbGG 1926 erweiternd ausgelegt, um den damals nicht vom Wortlaut erfaßten Bevollmächtigten von Spitzenverbänden Postulationsfähigkeit einzuräumen<sup>1567</sup>.

Umgekehrt hat das BAG die Postulationsfähigkeit von Verbandsvertretern einschränkend ausgelegt<sup>1568</sup>: Zu Recht wird die Postulationsfähigkeit abgelehnt, wenn ein Arbeitgeber zum Arbeitnehmer und Gewerkschaftsmitglied wird und sich dann von einem Rechtsschutzsekretär gegen seine früheren Arbeitnehmer vertreten lassen will<sup>1569</sup>. Die Gewerkschaft darf ihre Mitglieder nicht vertreten, wenn der organisierte Arbeitnehmer seinerseits Arbeitnehmer beschäftigt und gegen diese einen arbeitsrechtlichen Streit als Arbeitgeber führt<sup>1570</sup>. Dem ist zuzustimmen. Als Arbeitgeber kann sich das Gewerkschaftsmitglied nur durch Verbandsbevollmächtigte eines Arbeitgeberverbands vertreten lassen. 1280

Nichts anderes folgt daraus, daß es Verbände gibt, die gleichzeitig Gewerkschaft und Arbeitgeberverband sind, wie z.B. der Verband der Hausgewerbetreibenden<sup>1571</sup>: Vertritt er Mitglieder gegenüber ihren Arbeitnehmern, handelt er als Arbeitgeberverband, und umgekehrt organisiert er dieselben Mitglieder gegenüber deren Arbeitgebern als Gewerkschaft. Bei den DGB-Gewerkschaften fehlt aber die satzungsmäßige Grundlage für eine solche Doppelrolle. 1281

Widersprüchlich ist nur, warum das BAG zu Recht eine teleologische Reduktion gebietet, wenn Gewerkschaftsmitglieder als Arbeitgeber vertreten werden sollen, nicht aber, wenn die Gewerkschaft selbst als Arbeitgeber Prozeßpartei ist<sup>1572</sup>. Ausgangspunkt für die teleologische Reduktion muß der Normzweck des § 11 ArbGG sein. Zwar hat *Grunsky* bezweifelt, „ob sich dahinter überhaupt ein sinnvoller Gesetzeszweck verbirgt“ und wollte dahingestellt sein lassen, welchen Normzweck die Beschränkung 1282

<sup>1565</sup> BAG, a.a.O.

<sup>1566</sup> BAG vom 29.1.1992 – 7 ABR 29/91, AP Nr. 14 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter; LAG Hamm vom 22.11.1996 – 10 Sa 776/96, LAGE Nr. 12 zu § 11 ArbGG 1979 m.w.N.

<sup>1567</sup> RAG vom 29.3.1930 – 479/29, ARS 9, 192, 193 m. zust. Anm. *Gerstel*.

<sup>1568</sup> BAG vom 22.12.1960 – 2 AZR 140/58, zu II. der Gründe, AP Nr. 25 zu § 11 ArbGG 1953.

<sup>1569</sup> GK-ArbGG/*Bader*, § 11 Rn. 85.

<sup>1570</sup> So schon RAG vom 28.3.1931 – B 31/31, ARS 11, 578.

<sup>1571</sup> MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 243 Rn. 60.

<sup>1572</sup> Für die Vereinbarkeit dieser Ergebnisse: GK-ArbGG/*Bader*, § 11 Rn. 85.

der passiven Vertretungsbefugnis hat, solange nicht auf die besondere Sachkunde der Verbandsbevollmächtigten abgestellt wird<sup>1573</sup>.

- 1283** Dazu hat das BAG zunächst anerkannt, daß eine erweiternde oder einengende Auslegung des § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG so eng mit dem Normzweck verbunden ist, daß zuerst dieser ermittelt werden muß<sup>1574</sup>. Davon ist das BAG<sup>1575</sup> auch durch die Entscheidung vom 18.6.2006 nicht abgerückt. In dieser Entscheidung meinte das BAG zwar zu § 11 Abs. 2 Satz 2 ArbGG, dieser Norm liege ein nicht näher faßbarer Gesetzeszweck zugrunde, vor dessen Hintergrund die Postulationsfähigkeit nicht eingeschränkt werden könne. *Ramrath*<sup>1576</sup> hat dies überzeugend widerlegt und auf die Widersprüchlichkeit dieser Aussage hingewiesen. Jedenfalls aber war dieser Teil der Urteilsbegründung darauf beschränkt, die Auswahlfreiheit des Verbands nicht einzuschränken. Das BAG hat auch keine Abweichung zur früheren Rechtsprechung festgestellt, so daß es für die Vertretung einer Gewerkschaft als Arbeitgeber durch die eigenen Rechtsschutzsekretäre nach wie vor auf den Gesetzeszweck ankommt:

#### **aa. Besondere Sachkunde von Verbandsbevollmächtigten**

- 1284** Das BAG hat die Sonderpostulationsfähigkeit in einigen Entscheidungen wie bei Anwälten mit der unwiderleglich zu vermutenden Sachkunde von Verbandsbevollmächtigten begründet<sup>1577</sup>. Das Postulat einer besonderen Sachkunde wurzelt in der Vorstellung von einer Personenidentität derer, die als Vertreter der Vereinigung Arbeitsbedingungen kollektiv aushandeln mit denen, die diese Regelungen durchsetzen<sup>1578</sup>. Daher soll auch die Zulassung von Verbandsvertretern als Prozeßvertreter in engem Zusammenhang mit der Tariffähigkeit des Verbands stehen<sup>1579</sup>. Formal be-

<sup>1573</sup> *Grunsky*, Anm. zu BAG vom 16.5.1975 – 2 AZR 147/74, AP Nr. 35 zu § 11 ArbGG 1953.

<sup>1574</sup> BAG vom 3.12.1954 – 1 AZR 381/54, AP Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1953, Bl. 2.

<sup>1575</sup> BAG vom 6.9.2006 – 5 AZR 684/05, zu I.1.e)bb), AP Nr. 20 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1576</sup> *Ramrath*, 1.e)bb), AP Nr. 20 zu § 11 ArbGG 1979, Anm. zu BAG 6.9.2006 – 5 AZR 684/05, a.a.O.

<sup>1577</sup> BAG vom 13.10.1982 – 5 AZR 65/81, zu A.I.2.b), BAGE 40, 228, 232; BAG vom 16.11.1989 – 8 AZR 368/88, zu I.1., AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter; dem BAG folgend: *Wolmerath*, in: Düwell/Lipke, ArbGG, § 11 Rn. 6; a.A.: LAG Baden-Württemberg vom 24.7.1962 – 7 Ta 9/62, AR Blattei D Arbeitsgerichtsbarkeit VI C Nr. 7.

<sup>1578</sup> Dazu: *Warncke*, Das Schlichtungswesen, 1926, S. 229.

<sup>1579</sup> BAG vom 6.7.1956 – 1 AZB 18/55, AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1953 m. Anm. *Bührig*; BAG vom 20.2.1986 – 6 AZR 236/84, AP Nr. 8 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter; vgl. auch BAG vom 16.5.1975 – 2 AZR 147/74, AP Nr. 35 zu § 11 ArbGG 1953. Dagegen zutreffend: *Venema*, Anm. zu BAG vom 16.11.1989 – 8 AZR 368/88, SAE

trachtet, erscheint dies zunächst durchaus überzeugend: Wenn der Gesetzgeber die allgemeine Postulationsfähigkeit von Vertretern gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ArbGG eingeschränkt hat, um die Parteien und insbesondere die Gerichte vor unkundigen Vertretern zu schützen<sup>1580</sup> und „eine möglichst gute Ordnung des Verfahrens“<sup>1581</sup> zu gewährleisten, so ist es nur folgerichtig, die sachkundigen Verbandsbevollmächtigten von der Beschränkung auszunehmen<sup>1582</sup>. Wenn in der Sachkunde der Sinn der Sonderpostulationsfähigkeit liegt, müßten die Rechtsschutzsekretäre auch in Streitigkeiten der Gewerkschaften gegen eigene Arbeitnehmer sonderpostulationsfähig sein: Allein daß die Rechtsschutzsekretäre sonst die Arbeitnehmerseite vertreten, spricht nicht gegen eine sachkundige Vertretung des Arbeitgeberlagers.

Zu einem anderen Ergebnis kam schon das RAG: Die „besondere Vertrautheit mit den Belangen und Rechtsverhältnissen, die der Verband schützen soll“ fehle, wenn der Gewerkschaftsvertreter Arbeitgeberbelange vertreten soll<sup>1583</sup>. Es gibt jedoch kein Arbeitgeberarbeitsrecht, welches von einem Arbeitnehmerarbeitsrecht grundverschieden ist. Dennoch wird die Postulationsfähigkeit der Rechtsschutzsekretäre in diesen Fällen verneint. Gleiches gilt, wenn ein Rechtsschutzsekretär sich selbst vertreten will: Anders als bei Anwälten, vgl. §§ 78, 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO, verlieren sie in diesem Fall ihre Sonderrechte und können sich nur nach den allgemeinen Regeln selbst vertreten. 1285

Ob sich die Sonderpostulationsfähigkeit mit dem Sachkundeargument begründen läßt, ist auch aus anderen Gründen zweifelhaft: Wenig tragfähig ist jedenfalls bei dem derzeit erreichten Grad der Arbeitsteilung in Gewerkschaften die Prämisse, die Sachkunde beruhe auf der Personenidentität der Rechtsschutzsekretäre mit den Verhandelnden. Tarifverträge werden von Tarifkommissionen ausgehandelt, deren Mitglieder ansonsten selten als Verbandsbevollmächtigte tätig sind. Hinge die Sonder- 1286

---

1992, 84, 86; *Wank/Rammrath*, NZA 1993, 345, 350. Einschränkend auch: BAG vom 16.11.1989 – 8 AZR 368/88, zu I.3., AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1580</sup> *Beckmann*, JW 1937, 1379 befürchtete eine „Schädigung der Arbeitsleistung und des Ansehens des Gerichts durch das Auftreten ungeeigneter Personen“, vgl. LG Berlin vom 28.2.1957 – 54 T 2/57, JR 1958, 103. Für § 67 VwGO vgl. nur: *Kopp/Schenke*, VwGO, § 67 Rn. 3 m.w.N.

<sup>1581</sup> VGH BW vom 24.10.1989 – 9 S 1235/88, JurBüro 1990, 519.

<sup>1582</sup> LAG Baden-Württemberg vom 24.7.1962 – 7 Ta 9/62, AR Blattei D Arbeitsgerichtsbarkeit VI C Nr. 7. Ablehnend zu einer ähnlichen Erwägung im Rahmen des § 157 ZPO für die als sachkundig geltenden Regulierungsbeamten einer Versicherung: BGH vom 28.6.1962 – 1 ZR 32/61, NJW 1963, 441, 444.

<sup>1583</sup> RAG vom 28.3.1931 – B 31/31, ARS 11, 578, 580; vgl. auch RAG vom 29.3.1930 – 479/29, ARS 9, 192, 193.

postulationsfähigkeit mit einem spezifischen Hintergrundwissen zu den eigenen Tarifwerken zusammen<sup>1584</sup>, müßte sie auf Streitigkeiten beschränkt sein, die mit der Verbandstätigkeit, also Abschluß und Durchsetzung von Tarifverträgen, in einem engen Zusammenhang stehen<sup>1585</sup> – dies ist nicht der Fall.

Koppelte man die Sonderpostulationsfähigkeit an die Tariffähigkeit<sup>1586</sup>, müßten auch Bevollmächtigte von tariffähigen Vereinigungen, die keine Gewerkschaften sind, postulationsfähig sein. Dies hat das BAG z.B. für die Bevollmächtigten einer Kreishandwerkerinnung zutreffend abgelehnt<sup>1587</sup>.

- 1287 Der Gesetzeswortlaut verlangt nicht einmal, daß die Bevollmächtigten Arbeitnehmer oder Mitglied des Verbands sein müssen, sondern nur, daß die Rechtsschutzsekretäre, welche nicht juristisch ausgebildet sein müssen<sup>1588</sup>, durch den Verband oder Spitzenverband<sup>1589</sup> ermächtigt worden sind. Ein DGB-Rechtsschutzsekretär kennt sich nicht zwangsläufig besser mit den Tarifverträgen z.B. der IG-BAU aus als andere Vertreter, die den Beschränkungen des § 11 Abs. 2 und 3 ArbGG unterliegen<sup>1590</sup>. Auch der Gesetzgeber hat sich von der Personenidentitätsprämisse verabschiedet, indem er § 11 Abs. 1 ArbGG durch die „*lex* DGB Rechts-

<sup>1584</sup> So aber BAG vom 20.2.1986 – 6 AZR 236/84, EZA § 11 ArbGG 1979 Nr. 4; BAG vom 6.7.1956 – 1 AZB 18/55, AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1953; BAG vom 22.2.1990 – 2 AZR 122/89, AP Nr. 12 zu § 11 ArbGG 1979; LAG Köln vom 23.7.1987 – 3 Sa 533/87, LAGE Nr. 3 zu § 11 ArbGG 1979 („fehlende Tarifwilligkeit“); zustimmend GK-ArbGG/*Bader*, § 11 Rn. 85; anders wiederum *Wank/Rammrath*, NZA 1993, 345, 350.

<sup>1585</sup> Dagegen zu recht: LAG Baden-Württemberg vom 24.7.1962 – 7 Ta 9/62, AR Blattei D Arbeitsgerichtsbarkeit VI C Nr. 7; *Venema*, Anm. zu BAG vom 16.11.1989 – 8 AZR 368/88, SAE 1992, 84, 86. Für die Arbeitgeberverbände: LAG Köln vom 12.10.1992 – 11 Sa 597/92, LAGE Nr. 9 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1586</sup> Dagegen: *Wank/Rammrath*, NZA 1993, 345, 350 f.

<sup>1587</sup> BAG vom 10.12.1960 – 2 AZR 490/59, AP Nr. 12 zu § 11 ArbGG 1953; BAG vom 27.1.1961 – 1 AZR 311/59, AP Nr. 26 zu § 11 ArbGG 1953; anders allerdings zu § 66 SGG: BSG vom 16.12.1959 – 1 RA 151/57, AP Nr. 3 zu § 66 SGG.

<sup>1588</sup> Der Anteil der Volljuristen liegt nach Angaben von *Prütting*, AuR 1998, 133, 134, zwischen 35 und 50 %; ursprünglich tendierte er gegen Null, *Reifner*, IIM-dp/79-104, S 15.

<sup>1589</sup> Auf dem 4. Ord. BuKo des DGB wurde beschlossen, daß der Rechtsschutz zentralisiert durch den DGB erledigt werden soll. Dazu: BAG vom 22.12.1960 – 2 AZR 140/58, AP Nr. 25 zu § 11 ArbGG 1953; BAG vom 29.1.1992 – 7 ABR 29/91, AP Nr. 8 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter.

<sup>1590</sup> Für § 11 ArbGG war strittig, ob auch Vertreter von Spitzenverbänden die Mitglieder der Mitgliedsverbände vertreten dürfen: RAG vom 29.3.1930 – 479/29, RAGE 5, 288 f.; *Dersch/Volkmar*, ArbGG, § 11 Rn. 5c. Schon für § 11 ArbGG 1953 ergibt sich dies aus dem Wortlaut, vgl. BAG vom 22.12.1960 – 2 AZR 140/58, zu II., AP Nr. 25 zu § 11 ArbGG 1953.

schutz<sup>1591</sup> die Sätze 4 und 5 angefügt hat: Satz 4 stellt die Angestellten der ausgegliederten DGB Rechtsschutz GmbH den Verbandsbevollmächtigten gleich; Satz 5 erlaubt – entgegen der bisherigen Rechtsprechung<sup>1592</sup> – die Über-Kreuz-Vertretung (das Mitglied des Verbands A kann sich nun durch einen Bevollmächtigten des Verbands B vertreten lassen).

Zirkulär wirkt die Vorstellung des BAG, die Verbandsbevollmächtigten seien besonders sach- und rechtskundig, weil die Verbände im eigenen Interesse nur besonders kundige Personen als Vertreter auswählten<sup>1593</sup> – welche Partei tut dies nicht? Ein besonderes Vertrauen des Gesetzgebers in die Sachkunde von Verbandsbevollmächtigten läßt sich nicht erkennen, sondern eher das Gegenteil<sup>1594</sup>. Selbst wenn man die Sachkunde der Verbandsvertreter fingierte, ließe sich damit die Sonderpostulationsfähigkeit der Verbandsbevollmächtigten nicht begründen<sup>1595</sup>. Das Sachkundeargument erklärt nicht, warum nicht in allen Zivilprozessen nichtanwaltliche aber besonders kundige Parteivertreter postulieren können. Es erklärt weiterhin nicht, warum die Verbandsbevollmächtigten nicht auch Nicht-organisierten ihre besondere Sachkunde zur Verfügung stellen dürfen, wenn der Verband und der Arbeitnehmer dies wollen<sup>1596</sup>. 1288

Es bedarf mithin eines anderen Grunds dafür, warum das Interesse an Prozeßökonomie und einer „möglichst guten Ordnung des mündlichen Verfahrens“ hintenangestellt wird, obwohl der Gesetzgeber dies ansonsten hoch gewichtet. Daß die Vertretungsmöglichkeit durch Verbandsbevollmächtigte erleichtert werden soll<sup>1597</sup>, ist nur die beabsichtigte Wirkung und kein Grund, der für sich genommen die Sonderpostulationsfähigkeit rechtfertigt. 1289

---

<sup>1591</sup> § 11 Abs. 1 Satz 4 und 5 ArbGG eingefügt durch das BRAO/PatAnwOuaÄndG vom 31.8.1998, BGBl. 1998 I, S. 2600.

<sup>1592</sup> BAG vom 16.5.1975 – 2 AZR 147/74, AP Nr. 35 zu § 11 ArbGG 1953.

<sup>1593</sup> BAG vom 24.2.1970 – 7 Sa 111/69, zu I.4.a) der Gründe, AR Blattei D Arbeitsgerichtsbarkeit VI C Nr. 18; BAG vom 13.10.1982 – 5 AZR 65/81, zu A. I 2 b), BAGE 40, 228, 232.

<sup>1594</sup> Vgl. *Flatow/Joachim*, ArbGG, § 11 Rn. 1; ähnlich: Stenographische Berichte des Reichstags, S. 8435 D – Rede des Reichsarbeitsministers, S. 8447 C, D.

<sup>1595</sup> So schon LAG Baden-Württemberg vom 24.7.1962 – 7 Ta 9/62, AR Blattei D Arbeitsgerichtsbarkeit VI C Nr. 7.

<sup>1596</sup> In anderem Zusammenhang: *Grunsky*, Anm. zu BAG vom 16.5.1975 – 2 AZR 147/74, AP Nr. 35 zu § 11 ArbGG 1953.

<sup>1597</sup> So BAG vom 3.12.1954 – 1 AZR 381/54, AP Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1953, Bl. 2R; LAG Hamm vom 22.11.1996 – 10 Sa 776/96, LAGE Nr. 12 zu § 11 ArbGG.

- 1290** Nachdem der Gesetzgeber das Verbot anwaltlicher Vertretung im GewerbeGG 1890 und im KaufmannsGG aufgehoben hat<sup>1598</sup>, läßt sich auch nicht mehr behaupten, die Postulationsfähigkeit von Verbandsvertretern sei eine „Gegenleistung“<sup>1599</sup> (gemeint ist offenbar eine Ausgleichsmaßnahme) des Gesetzgebers<sup>1600</sup>. Mit tatsächlich vorhandener oder fingierter Sachkunde der Verbandsbevollmächtigten läßt sich § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG mithin nicht erklären<sup>1601</sup>. Anders verhält es sich bei Anwälten: Diese sind im Anwaltsprozeß postulationsfähig auch wenn sie sich selbst vertreten, §§ 78, 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO, weil wegen ihrer Sachkunde nicht die Gefahr einer unkundigen Vertretung besteht.

### **bb. Koalitionsbetätigungsfreiheit**

- 1291** Stattdessen besteht die Sonderpostulationsfähigkeit der Verbandsvertreter nur um der Verbände und ihrer Mitglieder willen; es geht um deren verfassungsrechtliche Koalitionsbetätigungsfreiheit der Vereinigung<sup>1602</sup>. Zu weit geht demgegenüber die kollektivistische Erwägung *Potthoffs*, der Verbandsbevollmächtigte vertrete „in erster Linie die Organisation, und nur als ihr Glied den Einzelnen“<sup>1603</sup>. Gegen den Begriff „Verbandsvertreter“ wird daher eingewandt, er sei mißverständlich, weil gerade kein Stellvertreter i.S.d. §§ 164 BGB gemeint sei und es nicht um die Vertretung des Verbands gehe, sondern um die des Arbeitnehmers<sup>1604</sup>. Der Begriff weist aber zu Recht auf den Zusammenhang mit der Koalitionsbetätigungsfreiheit hin.
- 1292** Daß die Sonderpostulationsfähigkeit aber nicht nur den Verbänden dienen soll, sondern in erster Linie mitgliedernützig ist, läßt sich auch der amtlichen Begründung des Entwurfes zum ArbGG 1926 entnehmen. Dort bekundete der Gesetzgeber den Willen, die „Rechtsverfolgung in Arbeits-

<sup>1598</sup> Zum Zweck des Verbots: *Ramrath*, Anm. zu BAG 6.9.2006 5 AZR 684/05, a.a.O., zu I.1.c), AP Nr. 20 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1599</sup> Kritisch zu der Vertretung durch Organisationsangestellte: *Replik*, ArbR 1926, 27.

<sup>1600</sup> So aber *Grunsky*, Anm. zu BAG vom 16.5.1975 – 2 AZR 147/74, AP Nr. 35 zu § 11 ArbGG 1953, Bl. 3V.

<sup>1601</sup> *Grunsky*, a.a.O.; ähnlich: LG Berlin vom 28.2.1957 – 54 T 2/57, JR 1958, 103, 104; *Schorn*, Anm. zu BGH vom 28.6.1961 – 1 ZR 32/61, NJW 1963, 1007, 1008.

<sup>1602</sup> BVerfG (Kammer) vom 18.12.1974 – 1 BvR 430/65, 259/66, BVerfGE 38, 281, 307; LAG Baden-Württemberg vom 8.10.1998 – 11 Sa 21/98, zu I.A.2.b.aa), LAGE Nr. 15 zu § 11 ArbGG 1979; unklar: BAG vom 29.1.1992 – 7 ABR 29/91, AP Nr. 14 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter; *Brangsch*, NJW 1953, 732; *K. Vollbrecht*, Arbeitnehmerfunktionäre, S. 2.

<sup>1603</sup> *Potthoff*, ArbR 1926, 27, 29; in diese Richtung auch: *von Seggern*, AiB 1992, 2, 3. Dagegen: *Thiere*, Zivilprozeß, S. 37 ff.

<sup>1604</sup> *Müller/Bauer*, S. 130; *Stein/Jonas/Borg*, § 78 ZPO Rn. 50; *Prütting*, AuR 1998, 133, 140.

gerichtssachen möglichst, auch durch dieses Mittel [Einsatz von Verbandsbevollmächtigten], kostengünstig zu stellen“<sup>1605</sup>.

Das kann aber nur Mitgliedern zugute kommen: Zwischen sie und ihre Prozeßvertretung soll sich kein Dritter drängen; die innere Verbandsautonomie hat Vorrang vor Anwaltszwang und dem Zurückweisungsrecht<sup>1606</sup>. Daher dürfen die Verbände anstelle des Staats eine Sonderpostulationsfähigkeit verleihen. Die gute Ordnung des mündlichen Verfahrens und die Prozeßökonomie müssen weichen, weil das Auswahlermessen des Verbands einen höheren Stellenwert genießt<sup>1607</sup>. Zugleich ergibt sich aus diesem Begründungsansatz, warum nur Verbände und ihre Mitglieder zum Kreis der passiv vertretungsberechtigten Parteien gehören und warum dies schwerer wiegt als der übereinstimmende Wille eines Verbands und eines nicht organisierten Arbeitnehmers: 1293

Nur im Falle einer schon bestehenden Verbandszugehörigkeit gibt es ein von der Koalitionsfreiheit geschütztes Vertrauensverhältnis<sup>1608</sup>. Gewerkschaftlichen Rechtsschutz gibt es nur um den Preis des Beitritts. Daher hat auch der BGH die erlaubnisfreie Rechtsberatung von Postbeamten durch die DPG in Schadensersatzfragen gegen Dritte nicht mit der besonderen Sachkunde der Verbandsbevollmächtigten im Deliktsrecht begründet, sondern damit, daß „die Hilfeleistung in Rechtsangelegenheiten aus Anlaß der beruflichen Tätigkeit des Mitglieds Teil der allgemeinen und umfassenden Aufgabe der Gewerkschaftsorganisation ist“<sup>1609</sup>. 1294

Nur eines erklärt sich aus der Koalitionsfreiheit nicht: Nach bisheriger Rechtsprechung sind nur die Bevollmächtigten einer tariffähigen Koalition sonderpostulationsfähig. Der Fehler liegt jedoch nicht darin, die Sonderpostulationsfähigkeit aus der Koalitionsbetätigungsfreiheit abzuleiten, sondern in dem verfehlten einheitlichen Gewerkschaftsbegriff des BAG. Damit spitzt sich die Frage nach der passiven Vertretungsbefugnis einer arbeitgebenden Gewerkschaft darauf zu, ob das Verbandsinteresse gegenüber dem sozialen Gegenspieler vertreten werden muß oder ob es reicht, daß nur ein irgendwie geartetes Kollektivinteresse des Verbands 1295

<sup>1605</sup> Begründung zum Entwurf eines Arbeitsgerichtsgesetzes, RT-Drucks. III [1924/1926] 2065, S. 36; RAG vom 28.3.1931 – B 31/31, ARS 11, 578, 580; vgl. *Flatow/Joachim*, ArbGG, § 11 ArbGG Rn. 6.

<sup>1606</sup> Vgl. *Brangsch*, NJW 1953, 732.

<sup>1607</sup> Ähnlich *Pohle*, Anm. zu BAG vom 22.6.1956 – 1 AZB 28/55, AP Nr. 10 zu § 11 ArbGG 1953 (die Sonderpostulationsfähigkeit als Vertrauensbeweis des Gesetzgebers in das Verantwortungsbewußtsein der Verbände auffassen).

<sup>1608</sup> Zur Bedeutung für den gewerkschaftlichen Rechtsschutz: LAG Hessen vom 3.9.1996 – 4 TaBV 160/95, NZA 1997, 671.

<sup>1609</sup> BGH vom 18.3.1982 – 1 ZR 98/80, NJW 1982, 1882, 1883.

besteht. Nur letzteres ermöglichte es den Gewerkschaften, im Prozess gegen ihre Arbeitnehmer einen Rechtsschutzsekretär einzusetzen.

- 1296 Zur Parteifähigkeit haben das BAG und der BGH die Ansicht vertreten, es bestünde ein kollektives Interesse der Mitglieder an Effizienz des eigenen Verbands, weswegen es nicht darauf ankomme, ob die Gewerkschaft gegen die Arbeitgeberseite oder selbst als Arbeitgeber beteiligt ist. Entsprechendes nimmt das BAG hinsichtlich der Postulationsfähigkeit an, ohne dies näher zu erläutern.
- 1297 Prozeßrechtlich gilt jedoch wie im materiellen Recht, daß die Gewerkschaft gegenüber ihren Arbeitnehmern nur Arbeitgeber und nicht Verband ist. Daß sie Arbeitgeber und zufällig auch Gewerkschaft ist, rechtfertigt keine Sonderrechte. Der arbeitgebenden Gewerkschaft ist, wie jedem anderen Arbeitgeber auch, zuzumuten, ihr Schicksal in einem Prozeß gegen einen eigenen Arbeitnehmer in die Hände eines Anwalts zu legen. Dem entspricht auch Art. 1 § 7 RBerG<sup>1610</sup>, der für berufsständische Vereinigungen die erlaubnisfreie Rechtsberatung nur im Rahmen ihres Aufgabenbereichs zuläßt.

### **cc. Erfordernis eines gegen den sozialen Gegenspieler gerichteten Prozesses**

- 1298 Tritt die Gewerkschaft im Rechtsverkehr nicht im Gewande der Gewerkschaft auf, sondern als Arbeitgeber, so ist sie dementsprechend zu behandeln. Die Ansicht des BAG stellt sogar einen Rückschritt hinter die Erkenntnisse des RAG dar. Dieses hatte hinsichtlich der Prozeßvertretung festgestellt, „jede Vereinigung solle im Interessenwiderstreit beider Arbeitsseiten die Belange der einen Partei, und nur diese, der anderen Partei gegenüber wahrnehmen“<sup>1611</sup>. Aus der Beschränkung auf bestimmte passiv vertretungsberechtigte Parteien hatte das RAG zutreffend hergeleitet, daß „der Rechtsschutz nur im Rahmen der Verbandsaufgabe, also in der Wahrnehmung der Belange einer Arbeitsseite gegenüber der anderen, bleiben soll“<sup>1612</sup>. Im Zusammenhang mit der passiven Vertretungsbefugnis eines Betriebsrats hat auch das BAG anerkannt, daß nur gegenüber dem sozialen Gegenspieler eine Prozeßvertretung durch Verbandsbevollmächtigte möglich ist: Ausdrücklich verlangt es, daß die

<sup>1610</sup> Gesetz vom 13.12.1935, RGBl I, S. 1478 m. AusführungsVO vom 13.12.1935, RGBl I, S. 1481 und 3.4.1936, RGBl I, S. 359; *Brangsch*, NJW 1953, 732.

<sup>1611</sup> RAG vom 28.3.1931 – B31/31, ARS 11, 579.

<sup>1612</sup> RAG a.a.O., S. 580; *Gerstel*, Anm. zu RAG, a.a.O., ARS 11, 580, 581.

„Arbeitnehmerinteressen organisierter Arbeitnehmer, seien sie individueller oder kollektiver Art“, wahrgenommen werden<sup>1613</sup>.

Diese Auffassung liegt auch der Rechtsprechung des BFH<sup>1614</sup> und des BVerfG zugrunde: Letzteres hat hinsichtlich des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes festgestellt, daß „der ganzen Arbeit der Gewerkschaften von Haus aus der Bezug auf den sozialen Gegenspieler eigen ist, mit dem sie verhandeln, dem sie fordernd gegenüber treten, den sie gelegentlich offen bekämpfen“<sup>1615</sup>. 1299

Erkennt man an, daß die Postulationsfähigkeit einen Prozess gegen den sozialen Gegenspieler voraussetzt<sup>1616</sup>, ließe sich noch einwenden, der Gewerkschaftsarbeitnehmer gehöre eben der Gegenseite an. Zutreffend ist, daß zwischen Gewerkschaft und Gewerkschaftsarbeitnehmer ebenso soziale Gegensätze bestehen wie in sonstigen Arbeitsverhältnissen. Sieht man den Gewerkschaftsarbeitnehmer als Gegenspieler an, so muß die Gewerkschaft konsequenter die Rolle des Arbeitgebers einnehmen. In diesem Gewand kann sie nur als Mitglied eines Arbeitgeberverbands passiv vertretungsberechtigte Partei sein. 1300

Ansonsten kann sie sich ebensowenig auf die Verbandsautonomie berufen und einen Rechtsschutzsekretär in Anspruch nehmen, wie der organisierte Arbeitnehmer, wenn er selbst, z.B. gegenüber einer Hausmagd<sup>1617</sup>, als Arbeitgeber Prozeßpartei ist. Dies ergibt sich zugleich aus einer in die prozessuale Auseinandersetzung verlagerten Kampfparität<sup>1618</sup>: Im Prozeß gegenüber dem sozialen Gegenspieler mögen besondere Rechte angemessen sein – gegenüber den eigenen Arbeitnehmern sind sie rechtlicher „*overkill*“. 1301

Entgegen der h.M. kann sich also die Gewerkschaft als Arbeitgeber im Prozeß gegenüber ihren Arbeitnehmern nicht gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 ArbGG eines Rechtsschutzsekretärs als Verbandsbevollmächtigten bedienen. Die Rechtsschutzsekretäre können ihre arbeitgebende Gewerkschaft auch nicht gegen einen anderen Arbeit- 1302

<sup>1613</sup> BAG vom 3.12.1954 – 1 AZR 381/54, AP Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1953; in diese Richtung auch: BAG vom 20.11.1997 – 2 AZR 52/97, zu II.2.b), AP Nr. 15 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1614</sup> BFH vom 12.11.1981 – IV B 76/81, BB 1982, 420.

<sup>1615</sup> BVerfG (Kammer) vom 18.12.1974 – 1 BvR 430/65, 259/66, BVerfGE 38, 281.

<sup>1616</sup> So auch: *Menne*, in: Rechtsberatung, S. 146; *Brangsch*, NJW 1953, 732.

<sup>1617</sup> Gleiches gilt für Arbeitnehmer, die vorher Arbeitgeber waren und sich in einem „Altfall“ gegen frühere Arbeitnehmer vertreten lassen wollen: GK-ArbGG/*Bader*, § 11 Rn. 85.

<sup>1618</sup> Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren: *Redeker*, NJW 1973, 1153; *Sendler*, FS Redeker, S. 71, 74.

nehmer in zweiter Instanz vertreten, wenn sie zugleich zugelassene Rechtsanwälte sind, § 46 BRAO<sup>1619</sup>. Für Arbeitgeberverbände verhält sich dies nicht anders. Deren Verbandsvertreter sind nur postulatiionsbefugt, um Verbandsmitglieder und den Verband selbst gegenüber ihrem sozialen Gegenspieler zu vertreten. Die Arbeitnehmer des Verbands selbst zählen nicht dazu.

**b. Sonderpostulationsfähigkeit von Sekretären der DGB Rechtsschutz GmbH**

- 1303** Auch die neuere Gesetzgebung scheint das Argument zu bestätigen, daß auf die Koalitionsbetätigungsfreiheit abzustellen ist, weil nur Mitglieder vertreten werden dürfen: Ausgerechnet die „*lex DGB Rechtsschutz*“ stellt die Angestellten einer juristischen Person, die im wirtschaftlichen Eigentum einer Organisation i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG steht, den Verbandsbevollmächtigten nur gleich, wenn sie ein Mitglied dieser Organisation vertreten, § 11 Abs. 1 Satz 4 ArbGG. Folglich dürften sie nicht gleichgestellt sein, wenn sie die Organisation selbst vertreten<sup>1620</sup>.
- 1304** Aus § 11 Abs. 1 Satz 4 ArbGG lassen sich jedoch keine Schlüsse ziehen, weil die Norm keinen Anwendungsbereich hat und in sich widersprüchlich ist: Die Befugnis kraft Satzung oder Vollmacht der Gewerkschaft oder des gewerkschaftlichen Spitzenverbandes ist hinreichende und notwendige Voraussetzung dafür, daß ein Rechtsschutzsekretär Verbandsvertreter i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG ist<sup>1621</sup>. Wenn § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG schon direkt anwendbar ist, kann die Norm nicht auch noch gemäß § 11 Abs. 1 Satz 4 ArbGG entsprechend angewandt werden.
- 1305** Ursprünglich sollte im BRAO/PatAnwOÄndG nur die Anwalts-GmbH geregelt werden. Erst der federführende Rechtsausschuß schlug vor, in einem Art. 13 die Gewerkschafts- und Arbeitgeberverbands-GmbH zu regeln, indem § 11 Abs. 1 ArbGG die Sätze 4 und 5 angefügt werden<sup>1622</sup>. Dieses gesetzgebungstechnische Kuriosum beruht auf dem Irrtum des Gesetzgebers, Verbandsbevollmächtigter könne nur sein, wer Arbeitnehmer oder Mitglied des Verbands ist<sup>1623</sup>. Seit das Arbeitsgerichtsgesetz

<sup>1619</sup> Henssler/Prütting, BRAO, § 46 Rn. 1 ff.

<sup>1620</sup> GK-ArbGG/Bader, § 11 Rn. 92d.

<sup>1621</sup> LAG Hamm vom 25.2.1999 – 17 Sa 2281/98, AuR 1999, 247, Dietz/Nikisch, ArbGG, § 11 Rn. 61; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöße, ArbGG, § 11 Rn. 77; Prütting, AuR 1998, 133, 140.

<sup>1622</sup> Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr. 13/11035; BT-PlenProt 13/241 vom 18.6.1998., insb. S. 22407 ff., 22475; BT-Dr. 13/242 vom 19.6.1998 und BR-PlenProt 728 vom 10.7.1998, insb.S. 351 f.

<sup>1623</sup> Nach allg. A. ist dies nicht der Fall: LAG Hamm vom 2.4.1998 – 16 Sa 1505/97, LAGE Nr. 13 zu § 11 ArbGG; LAG Schleswig-Holstein vom 9.4.1998 – 5 Sa 573/97,

1953 neu verkündet und der Wortlaut des § 11 ArbGG in der Fassung vom 23.12.1926 geändert worden ist, trifft dies nicht mehr für die Sonderpostulationsfähigkeit, sondern nur noch für die Erlaubnisfreiheit gemäß Art. 1 § 7 RBERG zu<sup>1624</sup>. Die Verbände können jede beliebige prozeßfähige Person mit der Sonderpostulationsfähigkeit ausstatten<sup>1625</sup> und daher auch Angestellte einer ausgegliederten Rechtsschutz-GmbH.

Einen Sinn ergäbe § 11 Abs. 1 Satz 4 ArbGG deshalb nur<sup>1626</sup>, wenn man die Norm als Einschränkung des Personenkreises ansieht, aus dem die Gewerkschaften ihre Prozeßvertreter auswählen dürfen. Die Postulationsfähigkeit hinge dann nicht nur von der Bevollmächtigung durch den Verband ab, sondern zusätzlich auch von den besonderen Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Satz 4 ArbGG<sup>1627</sup>. Diese wären allerdings kaum zu erfüllen. Das LAG Baden-Württemberg hat festgestellt, daß die gesellschaftsvertragliche Aufgabe der DGB Rechtsschutz GmbH nicht mit diesem Erfordernis zu vereinbaren ist. Weil es weiterhin unterstellte, dem Gesetzgeber sei der Gesellschaftsvertrag bekannt gewesen, hält es dieses Tatbestandsmerkmal für ein Redaktionsversehen, um dennoch die Postulationsfähigkeit des Rechtsschutzsekretärs aufrechtzuerhalten<sup>1628</sup>.

Wollte man die Norm ernst nehmen, dürfte gemäß § 11 Abs. 1 Satz 4 ArbGG nur ein Mitglied der Organisation „beraten“ werden, in deren wirtschaftlichem Eigentum die Rechtsschutz-GmbH steht – dies ist auf Gewerkschaftsseite der DGB. Mitglieder des DGB sind jedoch nur die Einzelgewerkschaften<sup>1629</sup>. Die Mitglieder der Einzelgewerkschaften, d.h. die Arbeitnehmer, und der DGB selbst können nicht Mitglieder des DGB sein, so daß sie nicht durch die Rechtsschutzsekretäre beraten werden

---

LAGE Nr. 14 zu § 11 ArbGG 1979; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, § 11 Rn. 77; Grunsky, ArbGG, § 11 Rn. 10.

<sup>1624</sup> Ebenso auch für § 67 Abs. 1 Satz 6 VwGO.

<sup>1625</sup> LAG Schleswig-Holstein vom 9.4.1998 – 5 Sa 573/97, LAGE Nr. 14 zu § 11 ArbGG 1979; LAG Berlin vom 17.4.1998 – 6 Sa 169/97, AuR 1998, 297; LAG Baden-Württemberg vom 8.10.1998 – 11 Sa 21/98, zu I.A.2.b.aa, LAGE Nr. 15 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1626</sup> Anders bei den entsprechenden Änderungen in § 166 Abs. 2 SGG und Art 1 § 7 RBERG, weil es dort bisher darauf ankam, daß der Vertreter Mitglied und Angestellter ist: Krasney/Meyer-Ladewig, Rechtsgutachten; ähnlich: Prütting, AuR 133, 142.

<sup>1627</sup> Vgl. LAG Baden-Württemberg vom 8.10.1998 – 11 Sa 21/98, zu I.A.2.b)aa), LAGE Nr. 15 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1628</sup> Vgl. LAG Baden-Württemberg vom 8.10.1998 – 11 Sa 21/98, zu I.A.3.a), LAGE Nr. 15 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1629</sup> Anders offenbar GK-ArbGG/Bader, § 11 Rn. 92d, welcher meint, nur Arbeitnehmer dürften vertreten werden, nicht hingegen die Einzelgewerkschaften und der DGB als ihr Zusammenschluß.

dürften<sup>1630</sup>. Dies verträgt sich nicht mit dem vom Gesetzgeber geäußerten Willen, die Ausgliederung zu erleichtern<sup>1631</sup>. Diesem Willen kann man paradoxerweise nur durch Nichtanwendung des § 11 Abs. 1 Satz 4 ArbGG nachkommen<sup>1632</sup>. Die Postulationsfähigkeit der Rechtsschutzsekretäre wird dadurch weder erweitert<sup>1633</sup> noch beschränkt.

### 3. Postulationsfähigkeit gem. § 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ArbGG

- 1308** Sind Rechtsschutzsekretäre nicht gemäß § 11 Abs. 2 ArbGG sonderpostulationsfähig, bietet es sich an, sie als Vertreter mit Postulationsfähigkeit gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ArbGG (sog. Prozessagenten) einzusetzen. Nach dieser Norm kann in Prozessen erster Instanz grundsätzlich jede prozeßfähige natürliche Person als Prozeßvertreter postulationsfähig sein.

#### a. Rechtssekretäre als Prozeßagenten ohne Sonderrechte

- 1309** Dem steht im Falle der Rechtsschutzsekretäre nicht schon § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG entgegen. *Grunsky* vertrat zwar Gegenteiliges, weil ein Verbandsbevollmächtigter unmöglich nach Satz 1 voraussetzungslos postulationsbefugt sein könne, wenn Satz 2 dafür besondere Voraussetzungen aufstellt<sup>1634</sup>. Dieses Argument stimmte, falls § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG die Postulationsfähigkeit von Verbandsvertretern abschließend regelte. Die Norm betrifft aber nicht die Postulationsfähigkeit als solche, sondern nur die Sonderpostulationsfähigkeit, welche Verbandsbevollmächtigten besondere Rechte verleiht (Ausschluß des Zurückweisungsrechts; Postulationsfähigkeit in Prozessen zweiter Instanz). Nur insoweit ist § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG abschließend<sup>1635</sup>. Dies ergibt sich auch aus dem Normzweck: Die Auswahlfreiheit der Verbände soll erweitert<sup>1636</sup> und nicht beschränkt werden.

<sup>1630</sup> LAG Baden-Württemberg vom 8.10.1998 – 11 Sa 21/98, zu I.A.3.b), LAGE Nr. 15 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1631</sup> BT, Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem BRAO/PatAnwOuaGÄndG, AT B., BT-Dr. 13/11035.

<sup>1632</sup> In diese Richtung auch: LAG Baden-Württemberg vom 8.10.1998 – 11 Sa 21/98, zu I.A.3., LAGE Nr. 15 zu § 11 ArbGG 1979, welches allerdings versucht, durch umfassende Gesetzgebungshilfe die Norm zu retten; anders: LAG Hamm vom 25.2.1999 – 17 Sa 228/98, AuR 1998, 247, 248.

<sup>1633</sup> A.A.: GK-ArbGG/*Bader*, § 11 Rn. 92b.

<sup>1634</sup> *Grunsky*, ArbGG, § 11 Rn. 29, der seit der 6. Aufl. diese Ansicht nicht mehr aufrechterhält.

<sup>1635</sup> BAG vom 6.5.1977 – 2 AZR 148/76, zu 2.a), der Gründe, AP Nr. 36 zu § 11 ArbGG 1953.

<sup>1636</sup> BAG, a.a.O.

Es leuchtet auch nicht ein, warum Verbandsvertreter insofern schlechtergestellt werden sollten als Anwälte. Ein Syndikusanwalt kann zwar nicht als rechtsanwaltlicher Bevollmächtigter für seinen Arbeitgeber auftreten, wohl aber als Arbeitnehmer – nur hat er dann keine anwaltlichen Befugnisse. Dies muß auch für den Verbandsbevollmächtigten gelten, der gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ArbGG als Prozeßvertreter auftreten will. Auch er verliert dann die Sonderrechte eines Verbandsbevollmächtigten<sup>1637</sup>.

Wegen der Organisationsstruktur des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes stehen die Rechtsschutzsekretäre aber vor einem noch schwerer wiegenden Problem: Während früher jede Gewerkschaft eigene Rechtsschutzsekretäre hatte, ist mittlerweile der Rechtsschutz beim DGB zentralisiert. Sind die Rechtsschutzsekretäre damit Arbeitnehmer des DGB bzw. mittlerweile der DGB Rechtsschutz GmbH, stellt sich für Prozesse, in denen sie die Einzelgewerkschaften nicht als Verbandsbevollmächtigte vertreten, die Frage, ob darin nicht eine geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten liegt<sup>1638</sup>. Folglich wäre gemäß § 11 Abs. 3 ArbGG eine Vertretung i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ArbGG ausgeschlossen.

### b. Geschäftsmäßige Prozeßvertretung

Gegen die Geschäftsmäßigkeit läßt sich nicht einwenden, die Tätigkeit von Gewerkschaftsarbeitnehmern sei nicht gewerbsmäßig geprägt, sondern ein missionsgleicher Einsatz für die Belange der Arbeitnehmer. Was nicht primär gewerbsmäßig sei, könne auch nicht als geschäftsmäßig bezeichnet werden. § 11 Abs. 3 ArbGG verlangt jedoch, anders als früher § 35 RGewO, gerade nicht Gewerbsmäßigkeit. Geschäftsmäßigkeit ist auch nicht mit Gewerbsmäßigkeit gleichzusetzen<sup>1639</sup>; seinem Normzweck entsprechend unterscheidet § 11 Abs. 3 ArbGG nicht zwischen idealistischen Vertretern und erwerbsmäßig Handelnden<sup>1640</sup>: Sachkundige Idealisten sind für die Partei und einen ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens sogar besonders gefährlich und stellen gleichermaßen eine Konkurrenz zu den

<sup>1637</sup> ArbG Wiesbaden vom 12.10.2001 – 8 Ca 2524/01, NZA-RR 2002, 105.

<sup>1638</sup> Zu Arbeitnehmern einer Holding, die für ein Konzernunternehmen auftreten: ArbG Wiesbaden vom 12.10.2001 – 8 Ca 2524/01, NZA-RR 2002, 105.

<sup>1639</sup> AG Paderborn vom 12.5.1966 – 1 Ca 149/66, § 11 ArbGG 1953; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, § 11 Rn. 38; Flatow/Joachim, ArbGG, § 11 Rn. 5; Groß, AnwBl 1989, 155.

<sup>1640</sup> Zur Geschäftsmäßigkeit i.S.d. Art. 1 § 1 RBERG: OLG Stuttgart vom 20.1.1989 – 4 Ss 481/88, NStZ 1989, 274; Rennen/Caliebe, RBERG, Art. 1 § 1 Rn. 48; Altenhoff/Busch/Chemnitz, RBERG, Art. 1 § 1 Rn. 111 f.; Erbs/Kohlhaas/Senge, RBERG, Art. 1 § 1 Rn. 22; Henssler/Prütting, BRAO, § 1 RBERG Rn. 28.

anwaltlichen und verbandlichen Vertretern dar. Dementsprechend gilt: Geschäftsmäßig besorgt Rechtsangelegenheiten, wer dabei selbständig und mit Wiederholungsabsicht handelt<sup>1641</sup>.

#### aa. Selbständigkeit

- 1313** Anlaß zum Zweifel gibt auch nicht das Merkmal der Selbständigkeit: Wenn die Rechtsschutzsekretäre als Arbeitnehmer der DGB Rechtsschutz GmbH handeln, geschieht dies zwar nicht in eigener Entscheidungsfreiheit und Verantwortung. Daran ändert sich nichts dadurch, daß die Prozeßvollmacht des Vertretenen nicht auf die „Rechtsschutz GmbH“ lautet, sondern auf die einzelnen Rechtsschutzsekretäre selbst, weil sie als Erfüllungsgehilfen tätig werden<sup>1642</sup>. Ihnen wird aber die Selbständigkeit der DGB Rechtsschutz GmbH zugerechnet: Für die Anwalts-GmbH wurde erörtert, ob die Anwälte in Erfüllung ihrer gesellschaftsrechtlichen Pflichten handeln (und es somit an Selbständigkeit fehlt)<sup>1643</sup> oder ob die GmbH nur den organisatorischen Rahmen zur Verfügung stellt, so daß die Selbständigkeit zu bejahen und die Geschäftsmäßigkeit zu verneinen ist<sup>1644</sup>. Auf die DGB Rechtsschutz GmbH ist dies nicht übertragbar. Die Rechtsschutzsekretäre handeln ausschließlich als Arbeitnehmer der GmbH und könnten auch nicht selbständig handeln.
- 1314** Im Falle eines vertretenden Arbeitnehmers ist daher zu unterscheiden zwischen einem Arbeitnehmer der Prozeßpartei, z.B. einem ver.di-Rechtssekretär, der ein ver.di-Mitglied vertritt, und den Arbeitnehmern der mit der Prozeßführung beauftragten „Rechtsschutz GmbH“.

#### [1] Vertretung der eigenen Mitglieder oder der eigenen Organisation

- 1315** Im Falle eigener Arbeitnehmer<sup>1645</sup> fehlt es wegen des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts an dem Merkmal der Geschäftsmäßigkeit, weil sie nicht

<sup>1641</sup> BGH vom 28.6.1962 – I ZR 32/61, NJW 1963, 441; HansOLG Hamburg vom 25.4.1951 – Ss 30/51, MDR 1951, 693; LAG München vom 10.3.1989 – 9 Ta 118/88, LAGE Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1642</sup> *Altenhoff/Busch/Kampmann/Chemnitz*, RBERG, Art 1 § 6 Rn. 474.

<sup>1643</sup> *Taupitz*, NJW 1995, 369, 370; *ders.*, JZ 1994, 1100, 1106.

<sup>1644</sup> *Henssler/Prütting*, BRAO, RBERG, Einl. Rn. 47; *Ahlers*, AnwBl. 1991, 226, 227; vgl. BayObLG vom 24.11.1994 – 3 ZBR 115/94, NJW 1995, 199, 201.

<sup>1645</sup> LAG Frankfurt vom 31.7.1969 – 4 Ta 15/99, AP Nr. 31 zu § 11 ArbGG 1953 m.w.N. auf Bl. 2V; LAG Berlin vom 23.6.1970 – 4 Ta 10/70, AP Nr. 32 zu § 11 ArbGG 1953; LAG München vom 10.3.1989 – 9 Ta 118/88, LAGE Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1979; LSG Schleswig-Holstein vom 10.12.1999 – L 8 B 91/99 RA, Sgb 2000, 417; *Winterstein*, NZA 1988, 575, 576; a.A. LAG Köln vom 10.7.1987 – 11 Sa 408/87, LAGE Nr. 4 zu § 11 ArbGG 1979.

selbständig handeln können<sup>1646</sup>. Nichts anderes ergibt sich aus Art. 1 § 6 RBERG: Diese Norm statuiert für das Handeln eigener Arbeitnehmer eine Ausnahme von der Erlaubnispflicht des Art. 1 § 1 RBERG, so daß sich indirekt darauf schließen ließe, ihr Handeln wäre von Art. 1 § 1 RBERG erfaßt. Nach einhelliger Ansicht ist Art. 1 § 6 RBERG jedoch rein deklaratorischer Natur<sup>1647</sup>. Die Norm widerlegt nicht, sondern bestätigt, daß Arbeitnehmer nicht geschäftsmäßig handeln, wenn sie ihren Arbeitgeber vertreten. Für § 11 Abs. 3 ArbGG gilt nichts anderes. Der Begriff der Geschäftsmäßigkeit i.S.d. § 11 Abs. 3 ArbGG, § 157 ZPO und Art 1 § 1 RBERG ist ein einheitlicher<sup>1648</sup>. Das gilt auch, wenn ein Rechtsschutzsekretär die Arbeitgeberin DGB Rechtsschutz GmbH gegen einen anderen ihrer Arbeitnehmer vertritt. Es fehlt an der Geschäftsmäßigkeit<sup>1649</sup>, so daß die Vertretung nicht gegen das RBERG verstößt.

## [2] Vertretung anderer Organisationen

Anders verhält es sich, wenn der Rechtsschutzsekretär als Bevollmächtigter der DGB Rechtsschutz GmbH in einem Verfahren postuliert, in dem die DGB Rechtsschutz GmbH nicht Partei, sondern Vertreter einer arbeitgebenden Gewerkschaft ist. Weil die DGB Rechtsschutz GmbH die Prozeßführung steuernd in den Händen hält, kommt es für § 11 Abs. 3 ArbGG nicht auf den Rechtsschutzsekretär selbst an, sondern darauf, ob die DGB Rechtsschutz GmbH selbst geschäftsmäßig handelt<sup>1650</sup>. 1316

Gleiches gilt bei der Vertretung in Prozessen des DGB gegen dessen Arbeitnehmer: Selbst wenn DGB und „Rechtsschutz GmbH“ einen qualifiziert faktischen Konzern bilden, werden die Arbeitnehmer der Konzern- 1317

<sup>1646</sup> BGH vom 14.5.1998 – 1 ZR 116/96, NJW 1999, 497, 498; OVG Münster vom 21.1.1960 – 7 B 972/59, NJW 1960, 595.

<sup>1647</sup> LAG München vom 10.3.1989 – 9 Ta 118/88, LAGE Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1979; *Rennen/Caliebe*, RBERG, Art. 1 § 6 Rn. 1; *Altenhoff/Busch/Kappmann/Chemnitz*, RBERG, Art. 1 § 6 Rn. 470 f.

<sup>1648</sup> LAG München vom 10.3.1989 – 9 Ta 118/88, zu 2.c. und d., LAGE Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1979; LAG München vom 5.4.1989 – 8 Sa 38/89, LAGE Nr. 8 zu § 11 ArbGG 1979; LSG Schleswig-Holstein vom 10.12.1999 – L 8 B 91/99 RA, Sgb 2000, 417; *Grunsky*, Anm. zu BAG vom 21.4.1988 – 8 AZR 394/86, AP Nr. 9 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter; BAG vom 22.2.1990 – 2 AZR 122/89, zu II.3.c), AP Nr. 12 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter; *Schorn*, NJW 1963, 1007.

<sup>1649</sup> Allg. für weisungsgebundene Verbandsfunktionäre: OVG Münster vom 21.1.1960 – 8 B 972/59, NJW 1960, 595; für Regulierungsbeamte eines Haftpflichtversicherers: BGH vom 28.6.1962 – 1 ZR 32/61, NJW 1963, 441; LG Hamburg vom 16.4.1958 – 6 T 2/58, VersR 1958, 554.

<sup>1650</sup> Vgl. BGH vom 28.6.1962 – I ZR 32/61, NJW 1963, 441; LAG München vom 10.3.1989 – 9 Ta 118/88, zu II.2.d)aa), LAGE Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1979; *MünchKommZPO/Roth*, § 157 Rn. 12

tochter dadurch nicht zu Arbeitnehmern der Konzernmutter<sup>1651</sup> oder – wie *Prütting* meint – zu „einem Teil des DGB“<sup>1652</sup>. Ein als Arbeitnehmer handelnder Prozeßbevollmächtigter ist gemäß § 11 Abs. 3 ArbGG ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten vor Gericht betreibt<sup>1653</sup>. So verhält es sich hier: Die DGB Rechtsschutz GmbH als Arbeitgeberin des Rechtsschutzsekretärs besorgt selbständig die Rechtsangelegenheiten von DGB-Gewerkschaften und deren Mitgliedern<sup>1654</sup>.

### bb. Wiederholungsabsicht

- 1318 Sie bzw. der DGB hat dies auch schon wiederholt getan. Es ist sogar satzungsmäßiger Zweck der DGB Rechtsschutz GmbH, Rechtsangelegenheiten von Gewerkschaftsmitgliedern und Gewerkschaften zu besorgen. Obwohl die Rechtsschutzsekretäre in den Verfahren der Gewerkschaften und ihrer Mitglieder gegenüber der Arbeitgeberseite gemäß § 11 Abs. 2 ArbGG postulationalbefugt sind, zählen für die Wiederholungsabsicht auch diese Verfahren mit<sup>1655</sup>. Selbst wenn feststünde, daß ein Rechtsschutzsekretär nur ein einziges Mal für eine Gewerkschaft als Arbeitgeber gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ArbGG postulieren wollte, änderte dies nichts an der Wiederholungsabsicht und damit an der Geschäftsmäßigkeit i.S.d. § 11 Abs. 3 ArbGG<sup>1656</sup>.

### cc. Prozeß der Gewerkschaft als fremde Rechtsangelegenheit

- 1319 Allerdings schließt § 11 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 ArbGG nur Bevollmächtigte aus, die geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten besorgen. Wie im Fall der Geschäftsmäßigkeit kommt es nicht auf den Rechtsschutzsekretär an, den die DGB Rechtsschutz GmbH zur Vertretung der arbeitgebenden

<sup>1651</sup> ArbG Wiesbaden vom 12.10.2001 – 8 Ca 2524/01, NZA-RR 2002, 105; *Windbichler*, Konzern, S. 70 m.w.N. in Fn. 14.

<sup>1652</sup> *Prütting*, AuR 1998, 133, 140.

<sup>1653</sup> BAG vom 22.2.1990 – 2 AZR 122/89, zu II.3.c), AP Nr. 12 zu § 11 ArbGG 1979 Prozessvertreter; LAG München vom 10.3.1989 – 9 Ta 118/88, zu 2.b), LAGE Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1654</sup> Für die Rechtsabteilung der Konzernholding: ArbG Wiesbaden vom 12.10.2001 – 8 Ca 2524/01, NZA-RR 2002, 105.

<sup>1655</sup> Vgl. BAG vom 6.5.1977 – 2 AZR 148/76, zu 2.b), AP Nr. 36 zu § 11 ArbGG 1953: Ausschluß eines Steuerbevollmächtigten im Kündigungsschutzprozeß wegen geschäftsmäßiger Vertretung vor Finanzgerichten. Ebenso: *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, § 11 Rn. 38; *Grunsky*, ArbGG, § 11 Rn. 20.

<sup>1656</sup> Zur Rspr. zu § 31 GGG und dem Ausschluß von Verbandsvertretern vor dem GGGÄndG (14.1.1922) wegen geschäftsmäßiger Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten: *Flatow/Joachim*, ArbGG, § 11 Rn. 6; *Wilhelmi/Bewer*, GGG, § 31 Rn. 2.

Gewerkschaft einsetzt, sondern auf die DGB Rechtsschutz GmbH selbst<sup>1657</sup>.

### [1] Generelle Fremdvertretung

Unmaßgeblich ist zunächst, ob die Rechtsposition der arbeitgebenden Gewerkschaft im Prozeß gegen ihren Arbeitnehmer für die DGB Rechtsschutz GmbH fremd ist: Ausweislich des Wortlauts knüpft § 11 Abs. 3 ArbGG den Ausschluß gerade nicht daran, daß gerade die betreffende Rechtsangelegenheit eine fremde ist, sondern läßt ausreichen, daß generell geschäftsmäßig Prozeßvertretung in fremden Rechtsangelegenheiten betrieben wird<sup>1658</sup>. 1320

Die DGB Rechtsschutz GmbH vertritt gemäß ihrer Satzung Gewerkschaftsmitglieder gegen deren Arbeitgeber und besorgt damit generell fremde Rechtsangelegenheiten. Selbst die Gewerkschaft, in welcher der vertretene Arbeitnehmer Mitglied ist, könnte nicht behaupten, dessen Angelegenheiten seien auch ihre Angelegenheiten. Es besteht grundsätzlich nicht einmal das für eine gewillkürte Prozeßstandschaft erforderliche eigene rechtliche Interesse einer Gewerkschaft in einem Prozeß eines ihrer Mitglieder gegen dessen Arbeitgeber<sup>1659</sup>. Demnach müßte das Arbeitsgericht den Rechtsschutzsekretär ausschließen und zwar auch dann, wenn die Rechtsangelegenheit der arbeitgebenden Gewerkschaft auch eine eigene Rechtsposition der DGB Rechtsschutz GmbH ist, weil die Rechtsschutzsekretäre generell fremde Rechtsangelegenheiten besorgen. 1321

### [2] Keine Einschränkung des Selbstvertretungsrechts

Der Ausschluß wegen genereller Fremdvertretung verstößt nicht gegen das Recht, sich selbst zu vertreten (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ArbGG) – für die Selbstvertretung gilt § 11 Abs. 3 ArbGG ausdrücklich nicht. Darin liegt aber ein Wertungswiderspruch. Es leuchtet nicht ein, warum eine Bestimmung, die dem Schutz der Partei und des Gerichts vor sachkundigen Vertretern dienen soll<sup>1660</sup>, dem Arbeitgeber einerseits erlaubt, einen völlig unerfahrenen Arbeitnehmer mit seiner Vertretung zu betrauen und andererseits verbietet, dafür einen juristisch geschulten Arbeitnehmer einzusetzen, nur weil dieser generell fremde Rechtsangelegen-

<sup>1657</sup> Vgl. BGH vom 28.6.1962 – 1 ZR 32/61, zu IV.1., NJW 1963, 441.

<sup>1658</sup> Grunsky, ArbGG, § 11 Rn. 20.

<sup>1659</sup> BAG vom 15.11.1957 – 1 AZR 610/56, BAGE 5, 107; BAG vom 21.12.1982 – 1 AZR 411/80, zu B.II.2.b), DB 1983, 1098, 1100; ArbG Marburg vom 7.8.1996 – 1 BV 10/96, zu II.3.a), NZA 1996, 1337, 1339; Michaelis, FS Larenz, S. 443, 479 f.; Henckel, Prozeßrecht, S. 124; a.A. wohl Loritz, ZfA 185 (1985), 185, 196 ff.

<sup>1660</sup> LAG München vom 10.3.1989 – 9 Ta 118/88, LAGE Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1979.

heiten wahrnimmt<sup>1661</sup>. Auch aus dem Konkurrenzschutz zugunsten der Anwälte läßt sich diese Differenzierung nicht erklären. Daher ist § 11 Abs. 3 ArbGG einschränkend auszulegen: In eigenen Rechtsangelegenheiten dürfen eigene Arbeitnehmer als Bevollmächtigte nicht ausgeschlossen werden – auch wenn sie oder ihr Arbeitgeber geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten besorgen. Diese Auslegung stützt der in Art. 1 § 6 Nr. 1 RBerG kodifizierte Akzessorietätsgrundsatz. Danach können Angestellte jede Rechtsangelegenheit besorgen, die der Dienstherr selbst besorgen kann. Nur weil der Dienstherr geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten besorgt, nimmt ihm dies nicht das Recht, sich vertreten zu lassen, wenn seine eigene Rechtsposition betroffen ist.

- 1323** Dagegen spricht auch nicht, daß der Gesetzgeber in § 11 Abs. 3 ArbGG nicht wie in § 157 Abs. 1 Satz 2 ZPO den Spezialfall einer Umgehung durch Abtretung ausdrücklich geregelt hat. Zwar entsprach es zumindest früher durchaus gewerkschaftlicher Praxis, Forderungen der Gewerkschaft an Vorstandsmitglieder „formell“ abzutreten, damit diese sich bei der Einziehung durch den Gewerkschaftssyndikus anwaltlich vertreten lassen können<sup>1662</sup>. Ein Umkehrschluß aus diesem gesetzgeberischen Unterlassen kann nicht gezogen werden, weil eine solche Regelung im Arbeitsgerichtsverfahren gegenstandslos wäre. Für abgetretene Forderungen besteht kein Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten. Eine arbeitgebende Gewerkschaft ist mithin nur dann gehindert, einen Rechtsschutzsekretär einzusetzen, wenn dies für die DGB Rechtsschutz GmbH eine fremde Rechtsangelegenheit darstellt.

### **[3] Fremdheit der Angelegenheiten einer DGB-Gewerkschaft als Arbeitgeber**

- 1324** Fremd ist eine Angelegenheit, wenn sie nicht zugleich die eigene Rechtsposition des Besorgenden betrifft<sup>1663</sup> und daher an sich der Sorge eines anderen obliegt. Die Definition ist nur teilweise zirkulär. Immerhin ergibt sich daraus, daß die Fremdheit kein deskriptives Tatbestandsmerkmal ist, sondern ein normatives.

---

<sup>1661</sup> Vgl. *Hannewald*, DB 2001, 1830, III.4.

<sup>1662</sup> BGH vom 3.3.1969 – AnwSt (R) 5/68, NJW 1969, 42 f. (EGH für Rechtsanwälte).

<sup>1663</sup> Für § 157 ZPO: BayObLG vom 21.5.1992 – 3 Z BR 12/92, NJW-RR 1992, 1343, 1344; *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, § 157 Rn. 21; BayObLG vom 13.8.1984 – 3 Ob OWi 110/84, NSTZ 1985, 224, 225; *Erbs/Kohlhaas/Senge*, § 1 RBerG Rn. 8; *Wasmuth*, NSTZ 1989, 275.

### i. Formale Betrachtungsweise

Für die DGB Rechtsschutz GmbH als Besorgenden ist daher die Rechtsposition der Gewerkschaft nicht schon deshalb fremd, weil sie nicht selbst Partei ist. Die „Rechtsposition“ soll zudem teilbar sein<sup>1664</sup>. Selbst wenn die arbeitgebende Gewerkschaft nicht nur Partei, sondern auch hauptsächlich in einer eigenen Rechtsposition betroffen ist, folgt daraus noch nicht, daß es sich für die DGB Rechtsschutz GmbH um eine fremde Angelegenheit handelt. Andererseits reicht ein nur irgendwie geartetes Interesse der DGB Rechtsschutz GmbH nicht aus, um den Rechtsstreit der Gewerkschaft zu einer eigenen Angelegenheit zu machen. Die Definition verlangt vielmehr, daß eine eigene „Rechtsposition“ des Besorgenden betroffen ist. Es gelten ähnliche Voraussetzungen wie bei dem Tatbestandsmerkmal der „Identität des Streitgegenstands“ in § 62 ZPO<sup>1665</sup> und dem „schutzwürdigen eigenen Interesse“ als Voraussetzung der gewillkürten Prozeßstandschaft<sup>1666</sup>. Im Falle der DGB Rechtsschutz GmbH ist eine derart betroffene „Rechtsposition“ nicht ersichtlich. Unterliegt die arbeitgebende Gewerkschaft im Arbeitsgerichtsprozeß ihrem Arbeitnehmer, wirkt sich dies weder direkt noch mittelbar auf Ansprüche für oder gegen die DGB Rechtsschutz GmbH aus. 1325

Insofern ist die DGB Rechtsschutz GmbH mit einem Rechtsschutzversicherer vergleichbar. Hinsichtlich eines Rechtsschutzversicherers hält der BGH jedoch daran fest, daß der Rechtsschutzversicherer eine fremde Rechtsangelegenheit verfolgt, wenn er mit dem Gegner des Versicherungsnehmers verhandelt<sup>1667</sup>. 1326

Bei formaler Betrachtung ist keine eigene Rechtsposition der DGB Rechtsschutz GmbH betroffen; der Rechtsstreit zwischen einer Gewerkschaft und ihren Arbeitnehmern stellt für die DGB Rechtsschutz GmbH eine fremde Rechtsangelegenheit dar. Zwar ist die DGB Rechtsschutz GmbH dem DGB gegenüber und dieser den Einzelgewerkschaften gegenüber zur Übernahme der Prozeßvertretung verpflichtet – das setzt schon § 11 ArbGG voraus<sup>1668</sup>. Mit dieser Verpflichtung im Innenverhältnis läßt sich jedoch eine fremde Angelegenheit nicht zur eigenen machen<sup>1669</sup>. 1327

<sup>1664</sup> BGH vom 28.6.1962 – I ZR 32/61, NJW 1963, 441; *Erbs/Kohlhaas/Senge*, § 1 RBRG Rn. 8; dagegen: *Schorn*, NJW 1963, 1007.

<sup>1665</sup> LG Berlin vom 23.2.1957 – 2 T 12/56, JR 1958, 103; ähnlich: BAG vom 7.11.1961 – 3 AZR 315/60, AP Nr. 27 zu § 11 ArbGG 1953.

<sup>1666</sup> BGH vom 26.10.1984 – 5 ZR 218/83, BGHZ 92, 347, 349; BGH vom 11.3.1999 – 3 ZR 205/97, NJW 1999, 1717; *Michaelis*, FS Larenz, S. 443 ff.

<sup>1667</sup> BGH vom 20.2.1961 – II ZR 139/59, zu II.2., NJW 1961, 1113.

<sup>1668</sup> Germelmann/Matthes/Prütting/*Müller-Glöge*, ArbGG, § 11 Rn. 76b.

<sup>1669</sup> Unklar: BGH vom 28.6.1962 – I ZR 32/61, NJW 1963, 441, 443.

## ii. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

- 1328** Nach Ansicht des BGH<sup>1670</sup> und des LAG Hamm kommt es jedoch auch darauf an, ob sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Rechtsangelegenheit der Partei für den Bevollmächtigten auch als eigene darstellt. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung zu dem erforderlichen „eigenen Interesse“ des Prozeßstandschafters<sup>1671</sup>. Andererseits hat der BGH in dem eigenen wirtschaftlichen Interesse keine hinreichende Bedingung gesehen<sup>1672</sup>. Durch das wirtschaftliche Interesse kann bloß kompensiert werden, daß eine eigene Rechtsposition nur schwach betroffen ist.
- 1329** Ob ein wirtschaftliches Interesse für sich ausreicht, kann dahingestellt bleiben<sup>1673</sup>, weil kein wirtschaftliches Interesse der DGB Rechtsschutz GmbH an dem Prozeß einer arbeitgebenden Gewerkschaft gegen einen ihrer Arbeitnehmer besteht<sup>1674</sup>. Allenfalls umgekehrt hat die Gewerkschaft ein wirtschaftliches Interesse an der möglichst kostengünstigen Vertretung durch einen Rechtsschutzsekretär. Dies gilt auch für den DGB. Dieser hat zwar ein wirtschaftliches Interesse an den Rechtsangelegenheiten der GmbH<sup>1675</sup>; umgekehrt ist ein wirtschaftliches Interesse einer GmbH an den Angelegenheiten des Gesellschafters nicht anerkannt.

## iii. Korrektur bei gesellschaftsrechtlicher Verflechtung

- 1330** Immerhin besteht aber eine enge Verbindung zwischen der DGB Rechtsschutz GmbH und dem DGB. Damit stellt sich die Frage, ob dies die formale Fremdheit überwindet<sup>1676</sup>. Nimmt man die rechtliche Selbständigkeit juristischer Personen ernst, muß ein Durchgriff unterbleiben, sofern nicht gewichtige Gründe etwas anderes erfordern. So ließe sich annehmen, Rechtsstreitigkeiten des DGB seien für die „Rechtsschutz GmbH“ als

<sup>1670</sup> BGH vom 28.6.1962 – I ZR 32/61, NJW 1963, 441; dagegen: *Schorn*, NJW 1963, 1007. Zum wirtschaftlichen Interesse als Voraussetzung der Prozeßstandschaft: BGH vom 13.10.1994 – I ZR 99/92, zu II.3., ZIP 1994, 1804.

<sup>1671</sup> BGH vom 26.10.1984 – V ZR 218/83, NJW 1985, 809 m.w.N.; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, vor § 50 Rn. 44; a.A.: Larenz, Schuldrecht I, AT, § 34 V.c).

<sup>1672</sup> BGH vom 28.6.1962 – I ZR 32/61, zu VI.1., NJW 1963, 441, 442.

<sup>1673</sup> Gegen die Berücksichtigung eines wirtschaftlichen Interesses: LG Berlin vom 28.2.1957 – 54 T 2/57, JR 1958, 103, 104 m. zust. Anm. *Wagner*.

<sup>1674</sup> *Hannewald*, DB 2001, 1830, 1831.

<sup>1675</sup> Ablehnend: ArbG Wiesbaden vom 12.10.2001 – 8 Ca 2524/01, NZA-RR 2002, 105, 106; *Hannewald*, DB 2001, 1830; BGH vom 14.7.1965 – VIII ZR, NJW 1956, 1962; OLG Stuttgart vom 3.11.1995 – 2 U 114/95, WRP 1996, 64; zweifelnd: *Michaelis*, FS Larenz, S. 443, 481 ff.

<sup>1676</sup> So offenbar: ArbG Bielefeld vom 9.1.1992 – 6 Ca 2120/91, n.v.; LAG Hamm vom 2.7.1992 – 9 Ta 46/92, n.v.; dagegen: *Hannewald*, DB 2001, 1830, 1831.

Konzerntochter auch eigene Angelegenheiten. Nach der *Prüttingschen* Eingliederungsthese ist dies der Fall, weil die GmbH vollständig in den DGB eingliedert sei – Eingliederung als Ergebnis der Ausgliederung mutet freilich etwas seltsam an. Diese Anlehnung an die Terminologie des Aktiengesetzes ist irreführend – daß die Voraussetzungen eines Eingliederungsvertrags i.S.d. §§ 319 AktG vorliegen, behauptet allerdings auch *Prütting* nicht<sup>1677</sup>. Gesellschaftsrechtlich handelt es sich allenfalls um einen qualifiziert faktischen Konzern<sup>1678</sup>.

Für die Postulationsfähigkeit entscheidend ist, wer die Prozeßführung in den Händen hält. Zwar ist die „Rechtsschutz GmbH“ vollständig weisungsunterworfen<sup>1679</sup> und der DGB kann auch klageweise durchsetzen, daß seine Weisungen befolgt werden, indem der Geschäftsführer seinerseits den Rechtsschutzsekretär entsprechend anweist<sup>1680</sup>. Andererseits folgt daraus noch kein Selbsteintrittsrecht des DGB als Alleingesellschafter<sup>1681</sup>. Gegenüber dem Prozeßvertreter ist nur der Geschäftsführer der GmbH weisungsbefugt<sup>1682</sup>. Letztlich ist daher auch eine Angelegenheit des DGB für die „Rechtsschutz GmbH“ eine fremde Angelegenheit. 1331

Erst recht gilt dies, wenn die Rechtsschutzsekretäre der DGB Rechtsschutz GmbH für eine DGB-Gewerkschaft als Arbeitgeberin auftreten<sup>1683</sup>. Konzernrechtlich begründen ließe sich eine eigene Angelegenheit nur, wenn die Prozeßführung eng mit der einheitlichen Leitung zusammenhängt (funktionale Teilidentität)<sup>1684</sup>. So hat der BGH ein eigenes Interesse der Holding anerkannt, wenn der zeichenrechtliche Schutz eines Konzernschlagworts betroffen ist<sup>1685</sup>. 1332

<sup>1677</sup> Die Voraussetzungen des § 319 AktiG liegen nicht vor: MünchKomm/Grünwald, AktG, vor § 319 und §§ 319 ff.

<sup>1678</sup> Vgl. allg. Drax, Durchgriffshaftung, S. 157; Driike, Muttergesellschaft, S. 139 ff.; Möhring, GmbH, S. 220; jeweils m.w.N.

<sup>1679</sup> Gemäß § 37 GmbHG sind konkrete Einzelweisungen durch Gesellschafterbeschuß möglich: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 17; Konzen, NJW 1989, 2977.

<sup>1680</sup> Hommelhoff, ZGR 1978, 129 zu § 37 GmbHG und der Möglichkeit, den Geschäftsführer auf die Funktion eines reinen Ausführungsorgans für die Gesellschafterentscheidung zurückzudrängen.

<sup>1681</sup> Zur Arbeitgeberfunktion beim Geschäftsführer einer GmbH: Windbichler, Konzern, S. 69.

<sup>1682</sup> Zum unentziehbaren Kernbereich des Geschäftsführers als Exekutivorgan: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 12.

<sup>1683</sup> Für die Rechtsabteilung der Konzernholding: ArbG Wiesbaden vom 12.10.2001 – 8 Ca 2524/01, NZA-RR 2002, 105. Anders wiederum *Prütting*, AuR 1998, 133, 139, welcher die DGB Rechtsschutz GmbH mit einer gemeinsamen Stabsabteilung der Mitgliedsgewerkschaften vergleicht.

<sup>1684</sup> Einschränkung auch: Hannewald, DB 2001, 1830.

<sup>1685</sup> BGH vom 13.10.1994 – I ZR 99/92, ZIP 1994, 1804.

- 1333** Auf den DGB-Verbund läßt sich das für Prozesse einer arbeitgebenden Gewerkschaft gegen ihre Arbeitnehmer nicht übertragen. Die Gewerkschaften sind zumindest in ihrer Personalpolitik eigenständig und müssen sich keine Prozeßvertretung aufdrängen lassen. Ohnehin ist zweifelhaft, ob die genannten Kriterien zur Abgrenzung taugen. Da die Postulationsfähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung möglichst leicht feststellbar sein muß, verträgt es sich nicht mit § 157 ZPO und § 11 ArbGG, zunächst über die konzerninternen Beziehungen Beweis erheben zu müssen<sup>1686</sup>. Das Näheverhältnis dieser juristischen Personen kann auch nicht den Ausschlag geben. Auch die Erledigung von Rechtsgeschäften unter engen Verwandten ist nicht allein schon wegen der Verwandtschaft eine Erledigung eigener Angelegenheiten<sup>1687</sup>.
- 1334** Es kann dahinstehen, ob eine Rechtsabteilung der Konzernholding fremde oder eigene Angelegenheiten wahrnimmt, wenn ihre Syndikusanwälte die Tochterunternehmen vertreten<sup>1688</sup>. Die DGB Rechtsschutz GmbH als ausgegliederte Abteilung des DGB verfolgt bei der Vertretung zwar ein eigenes Interesse, dies besteht aber darin, ihre vertragliche Verpflichtung gegenüber dem DGB resp. der DGB-Gewerkschaft zu erfüllen. Deren Prozeß bleibt aber eine fremde Angelegenheit.

#### **4. Selbstvertretung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ArbGG**

- 1335** Unberührt bleibt die Möglichkeit, sich gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ArbGG selbst zu vertreten. Wer für die Gewerkschaft als nicht rechtsfähigen Verein vor Gericht Prozeßhandlungen vornehmen kann, ist im ArbGG nicht speziell geregelt. Gemäß §§ 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. 51 Abs. 1 ZPO richtet sich die Prozeßvertretung daher nach dem Vereinsrecht des BGB, und zwar nach § 26 Abs. 2 Alt. 1 BGB, welcher entgegen § 54 BGB auf den nicht rechtsfähigen Verein entsprechend anwendbar ist. Somit kann ein Rechtsschutzsekretär in Prozessen erster Instanz für die Gewerkschaft Prozeßhandlungen vornehmen, wenn er über eine entsprechende Vollmacht verfügt.

<sup>1686</sup> Ähnliche Bedenken: *Schorn*, NJW 1963, 1007, 1008.

<sup>1687</sup> BayObLG vom 20.2.1969 – RReg. 4a St 85/68, NJW 1969, 1452; OLG Karlsruhe vom 8.8.1987 – 6 U 1/79, AnwBl 1979, 487; OLG Köln vom 8.12.1987 – Ss 503/87 (Z), NStE Nr. 2 zu Art. 1 § 1 RBerG; *Henssler/Prütting*, BRAO § 1 RBerG Rn. 10 f.; *Altenhoff/Busch/Chemnitz*, RBERG, Art. 1 § 1 Rn. 50, 85; a.A. *Erbs/Kohlhaas/Senge*, RBERG, Art. 1 § 1 Rn. 11.

<sup>1688</sup> Zum Streitstand: ArbG Wiesbaden vom 12.10.2001 – 8 Ca 2524/01, NZA-RR 2002, 105; *Hannewald*, DB 2001, 1830; *Bürkle*, BB 2002, 153.

## 5. Verstoß gegen das RBERG

Es bleibt jedoch nicht bloß dabei, daß die Rechtsschutzsekretäre der DGB 1336  
Rechtsschutz GmbH DGB-Gewerkschaften nicht gegen deren Arbeit-  
nehmer vertreten können – sie dürfen es auch nicht.

Gemäß Art 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG steht die geschäftsmäßige Besorgung 1337  
fremder Rechtsangelegenheiten unter Erlaubnisvorbehalt<sup>1689</sup>, sofern nicht  
die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestands gemäß Art. 1 § 6 oder 7  
RBERG erfüllt sind. Art. 1 § 6 Abs. 1 Nr. 1 RBERG gestattet Dienstherren,  
d.h. Arbeitgebern, deklaratorisch, Arbeitnehmer zur Erledigung eigener  
Rechtsangelegenheiten einzusetzen<sup>1690</sup>. Für die DGB Rechtsschutz GmbH  
als Arbeitgeber der Rechtsschutzsekretäre handelt es sich jedoch um eine  
fremde Angelegenheit.

Gemäß Art. 1 § 6 Abs. 1 Nr. 2 RBERG dürfen zwar Angestellte auch 1338  
Rechtsangelegenheiten besorgen, die für ihren Dienstherren fremd sind.  
Die Gewerkschaften sind jedoch keine Personen oder Stellen der in den  
§§ 1, 3 und 5 RBERG bezeichneten Art, so daß Art. 1 § 6 RBERG nicht greift.  
Bedeutsam ist eher Art. 1 § 6 Abs. 2 RBERG, welcher ein besonderes Um-  
gehungsverbot normiert. Sieht man im Fall der Arbeitnehmerüberlassung  
nicht den Vertragsarbeitgeber als maßgeblich an, oder nimmt man die  
kurzfristige Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses an, läßt sich  
damit allenfalls die Postulationsunfähigkeit beheben – verboten bleibt es  
weiterhin<sup>1691</sup>.

Der einzig verbleibende Erlaubnistatbestand ist mithin Art. 1 § 7 Satz 1 1339  
RBERG. Die h.M.<sup>1692</sup> wendet Art. 1 § 7 RBERG ohne Bedenken auf Gewerk-  
schaften an, obwohl dort von „berufständischen Vereinigungen“ die Rede  
ist. Für die DAG mochte dies noch angehen. Das Industrieverbandsprinzip  
der DGB-Einzelgewerkschaften steht im gewollten Widerspruch zum  
Berufsverband. Eine ständische Organisation wollen und können die Ge-  
werkschaften überdies nicht sein. Dessen ungeachtet soll ein  
Zusammenschluß berufsständisch sein, wenn er der Förderung und Ver-

<sup>1689</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit: BVerfG (Kammer) vom 15.12.1999 – 1 BvR 2161/93, NJW 2000, 1251.

<sup>1690</sup> Begründung zum RBERG vom 15.12.1935, RStBl 1935, 1528; BGH vom 14.5.1998 – I ZR 116/96, NJW 1999, 497, 498; Henssler/Prütting, BRAO, § 6 RBERG Rn. 1.

<sup>1691</sup> Vgl. Hannewald, DB 2001, 1830, III.3.

<sup>1692</sup> LAG Schleswig-Holstein vom 9.4.1998 – 5 Sa 573/97, zu 2.a), LAGE Nr. 14 zu § 11 ArbGG 1979; BGH vom 26.2.1981 – VII ZR 50/80, NJW 1981, 1553; BGH vom 18.3.1982 – I ZR 98/80, NJW 1982, 1882; OVG Münster vom 22.2.1967 – 8 B 564/66, NJW 1967, 1340; Brangsch, NJW 1953, 732, 733; Sodan/Ziekow/Czybulka, VwGO, § 67 Rn. 106; Prütting, AuR 1998, 133, 138; Henssler/Prütting, BRAO, Art. 1 § 7 RBERG Rn. 40

tretung der gemeinsamen Interessen von Angehörigen eines Berufs, Berufszweigs oder Wirtschaftszweigs auf fachlichem, beruflichem, wirtschaftspolitischem oder geistigem Gebiet dient<sup>1693</sup>.

- 1340** Ohnehin wird der Wortlaut des Art. 1 § 7 RBerG nicht ernst genommen: Anders als § 11 Abs. 1 ArbGG erwähnt Art. 1 § 7 RBerG nur die Vereinigungen selbst und gerade nicht ihre Spitzenverbände. Im Umkehrschluß könnte somit gefolgert werden, diese dürften nicht beraten. Dennoch soll der DGB rechtsberatungsbefugt sein<sup>1694</sup>. Seit der *lex DGB Rechtsschutz GmbH* kann dies immerhin auf den Willen des Gesetzgebers gestützt werden. Es ergäbe keinen Sinn, der Rechtsschutz GmbH die Befugnisse des DGB einzuräumen, wenn dieser selbst keine hat. Dank der „*lex DGB Rechtsschutz GmbH*“<sup>1695</sup> steht einer Rechtsberatung durch Rechtsschutzsekretäre auch nicht entgegen, daß nicht der DGB oder die DGB-Einzelgewerkschaft selbst die Rechtsberatung und Prozeßvertretung durchführt, sondern die ausgegliederte DGB Rechtsschutz GmbH. Anders als im Falle des § 11 Abs. 1 Satz 4 ArbGG hat es für Art. 1 § 7 RBerG konstitutive Bedeutung, daß der Gesetzgeber die entsprechende Anwendung des Erlaubnistatbestands für Vereinigungen (Art. 1 § 7 Satz 1 RBerG) auf die Tochter-GmbH des Verbands angeordnet hat, Art. 1 § 7 Satz 2 RBerG.
- 1341** Die Erlaubnisfreiheit besteht aber nur, sofern die Vereinigung im Rahmen ihres Aufgabenbereichs für ihre Mitglieder tätig wird<sup>1696</sup>. Die Rechtsberatung der DGB-Einzelgewerkschaften in Verfahren gegen deren eigene Arbeitnehmer fällt aus diesem Rahmen heraus. Nur wenn sich der DGB auch als Arbeitgeberverband verstünde und seinen Aufgabenbereich entsprechend erweiterte, griffe Art. 1 § 7 RBerG.
- 1342** Die „Rechtsschutz GmbH“ bedürfte daher einer Erlaubnis, um die Gewerkschaften als Arbeitgeber zu beraten oder ihre Rechtsgeschäfte zu besorgen. Diese wird ihr nicht erteilt werden – die Voraussetzungen eines der Erlaubnistatbestände des Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 2 RBerG liegen nicht vor. Für die Rechtsschutzsekretäre wäre die Prozeßvertretung einer arbeitgebenden Gewerkschaft gegen deren Arbeitnehmer zwar kein Ver-

<sup>1693</sup> *Henssler/Prütting*, BRAO, Art. 1 § 7 RBerG Rn. 8.

<sup>1694</sup> *Rennen/Caliebe*, RBerG, Art. 1 § 7 Rn. 7; *Prütting*, AuR 1998 133, 138 u. 142; *Henssler/Prütting*, BRAO, Art. 1 § 7 RBerG Rn. 40; ebenso zum gleichgelagerten Problem zu § 166 Abs. 2 SGG a.F.: BSG vom 15.10.1957 – 3 RK 80/55, BSGE 6, 47, 49.

<sup>1695</sup> Unkritisch zu dieser Bezeichnung: *Wolmerath*, in Düwell/Lipke, ArbGG, § 11 Rn. 11; LAG Baden-Württemberg vom 8.10.1998 – 11 Sa 21/98, zu I.A.3.a), LAGE Nr. 15 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1696</sup> *Brangsch*, NJW 1953, 732.

stoß gegen Art. 1 § 1 RBerG, weil sie als Arbeitnehmer nicht geschäftsmäßig handeln können. Gemäß § 14 OWiG wäre aber auch ihre Teilnahme an der unerlaubten Rechtsberatung strafbewehrt<sup>1697</sup>.

### III. Vertretung von gewerkschaftlichen oder gewerkschaftsnahen Einrichtungen

Auch gewerkschaftliche und gewerkschaftsnahe Einrichtungen mit eigener Rechtspersönlichkeit, z.B. Bildungswerke<sup>1698</sup>, haben sich bisher gewerkschaftlicher Rechtsschutzsekretäre bedient. Wenn man nicht wie hier schon die Vertretung des DGB und der DGB-Gewerkschaften als Arbeitgeber ablehnt, stellt sich die Frage, ob die Prozeßvertretung auch für deren Konzerntöchter oder gewerkschaftsnahe Einrichtungen gelten kann: 1343

#### 1. Einrichtungen als Zusammenschluß von Mitgliedern

Anders als die Gewerkschaften unterfallen solche Unternehmen oder gar Unternehmen der Gemeinwirtschaft nicht dem Wortlaut des § 11 ArbGG, wonach nur „der Zusammenschluß, der Verband oder deren Mitglieder“ berechtigt sind, sich durch einen Verbandsbevollmächtigten vertreten zu lassen<sup>1699</sup>. Für gewerkschaftliche Einrichtungen als Arbeitgeber dürfte ein gewerkschaftlicher Rechtsschutzsekretär folglich nicht postulionsfähig sein. Kritisieren ließe sich dies mit dem Argument, daß dann das Vertretungsprivileg des § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG allein davon abhinge, ob eine Gewerkschaft bestimmte Funktionen selbst wahrnimmt oder auf rechtlich selbständige Organisationseinheiten übertragen hat<sup>1700</sup>. 1344

Dementsprechend hat sich die Rechtsprechung<sup>1701</sup> einer Anwendung des § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG nicht völlig verschlossen. In der „IG DP“-Entscheidung<sup>1702</sup>, d.h. derselben Entscheidung, in der das BAG § 10 ArbGG 1345

<sup>1697</sup> Vgl. *Erbs/Kohlhaas/Senge*, RBerG, Art. 1 § 6 RBerG Rn. 1 und § 8 RBerG Rn. 16-18.

<sup>1698</sup> Zu der Bedeutung der Bildungswerke als gewerkschaftlicher Arbeitgeber: *G. Vollbrecht*, Koalitionsfreiheit, S. 28 ff.

<sup>1699</sup> BAG vom 3.12.1954 – 1 AZR 381/54, AP Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1953, Bl. 1R; BAG vom 29.1.1992 – 7 ABR 29/91, zu B.I.2.b), AP Nr. 14 zu § 11 ArbGG 1979 Prozessvertreter.

<sup>1700</sup> Unklar: BAG vom 29.1.1992 – 7 ABR 29/91, zu B.I.2.c), AP Nr. 14 zu § 11 ArbGG 1979, wenn es meint, es komme nicht nur auf die Rechtsform des Rechtsgebildes an.

<sup>1701</sup> BAG vom 29.1.1992 – 7 ABR 29/91, EZA Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1979; LAG Bremen vom 17.1.1984 – 4 TaBV 10/83, AP Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1979 Prozessvertreter; der Rspr. folgend: *Wolmerath*, in: *Düwell/Lipke*, ArbGG, § 11 Rn. 7.

<sup>1702</sup> BAG vom 22.12.1960 – 2 AZR 140/58, AP Nr. 25 zu § 11 ArbGG 1953 m. zust. Anm. *Gros*, AR-Blattei D Arbeitsgerichtsbarkeit VI.C.E6.

auch für anwendbar erklärte, wenn die Gewerkschaft als Arbeitgeber Partei ist, streifte das BAG die Frage der Prozeßvertretung – allerdings ohne die vorrangige Frage zu erörtern, ob sich eine Gewerkschaft auch als Arbeitgeber auf § 11 ArbGG berufen kann.

- 1346** Stattdessen prüfte und bejahte das BAG, ob sich ein Ortsverein einer Gewerkschaft als „Rechtsgebilde“ auf § 11 ArbGG berufen könne: Wenn Rechtsschutzsekretäre Mitglieder einer Gewerkschaft vertreten können, müsse dies auch für Ortsvereine als Zusammenschluß der gewerkschaftlich organisierten Mitglieder gelten<sup>1703</sup>. Von dem individuellen Recht auf Vertretung leite sich also ein entsprechendes Recht des Kollektivs ab. Diesen unklaren Vorgaben entsprechend hatte das LAG Bremen berechnete Zweifel am eigenen Ergebnis, als es unter Berufung auf das „IG DP“-Urteil des BAG die Postulationsfähigkeit eines DGB-Rechtsschutzsekretärs für das Bildungswerk der NGG als Klägerin bejahte<sup>1704</sup>.
- 1347** Die Zweifel suchte das LAG zu zerstreuen, indem es das Bildungswerk „untechnisch“ als „Untergliederung“ der NGG bezeichnete, wobei es selbst beide Begriffe in Anführungszeichen setzt. Dabei sprengt das LAG Bremen die vom BAG gesetzten Grenzen. Bei dem Ortsverein der IG DP handelte es sich immerhin um eine Unterorganisation einer Gewerkschaft<sup>1705</sup>. Das LAG Bremen greift die Entscheidung des BAG allerdings insofern auf, als es im Obersatz verlangt, die rechtlich verselbständigte gewerkschaftliche Einrichtung müsse ein „Gebilde sein, das ein Zusammenschluß seiner gewerkschaftlichen Mitglieder ist“.
- 1348** Aus den drei passiv vertretungsberechtigten Parteien des § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG (Zusammenschluß, Verband, Verbandsmitglied) bildet das LAG durch freies Mischen eine vierte Variante: den Zusammenschluß der Mitglieder. Zusammenschlüsse i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG sind aber nur Zusammenschlüsse von Verbänden. Dies unterstützen auch die Gesetzesmaterialien: Es ging dem Gesetzgeber allein darum, den Begriff „Spitzenorganisation“ zu vermeiden<sup>1706</sup>, weshalb auf den Begriff „Zusammenschluß von Verbänden“ zurückgegriffen wurde<sup>1707</sup>. Die Gleichsetzung eines Mitglieds mit dem Zusammenschluß der Mitglieder und damit eine direkte Anwendung des § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG ist mithin verfehlt<sup>1708</sup>.

<sup>1703</sup> BAG vom 22.12.1960 – 2 AZR 140/58, AP Nr. 25 zu § 11 ArbGG 1953.

<sup>1704</sup> LAG Bremen vom 17.1.1984 – 4 TaBV 10/83, AP Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1705</sup> BAG vom 22.12.1960 – 2 AZR 140/58, AP Nr. 25 zu § 11 ArbGG 1953.

<sup>1706</sup> Begründung des Entwurfs eines ArbGG, Besonderer Teil zu § 10 ArbGG, RdA 1951, 463, 464.

<sup>1707</sup> RAG vom 29.3.1930 – 479/29, ARS 9, 192, 193; *Niemandt*, ArbR 1927, 89; ähnlich: *Flatow/Joachim*, ArbGG, § 11 Rn. 7.

<sup>1708</sup> Ähnlich: *GK-ArbGG/Bader*, § 11 Rn. 73.

In ihren Bildungswerkentscheidungen versuchten das BAG<sup>1709</sup> und das LAG Bremen<sup>1710</sup> die direkte Anwendbarkeit des § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG auch auf die Pensionskassenentscheidung des BAG aus dem Jahr 1962 zu stützen. Damals hat das BAG für die Arbeitgeberseite entschieden, daß ein Arbeitgeberverband nicht nur den organisierten Arbeitgeber selbst vertreten darf, sondern unter bestimmten Bedingungen auch dessen verselbständigte Einrichtungen, wie z.B. eine Pensionskasse<sup>1711</sup>. Unter der verfehlten Prämisse, § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG sei auch auf die Prozessvertretung von Gewerkschaften in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber anzuwenden, meint das BAG, solches müsse auch für verselbständigte gewerkschaftliche Einrichtungen gelten. 1349

Das BAG hat im „DGB Bildungswerk“-Beschluß die Reichweite des Pensionskassenurteils überschätzt. In beiden Fällen ging es zwar um eine rechtlich verselbständigte, aber voll beherrschte Einrichtung. Dies hat den Blick des BAG für den maßgeblichen Unterschied verstellt: Der Arbeitgeberverbandsbevollmächtigte war im Pensionskassenfall nur postulationsbefugt, weil die verselbständigte Einrichtung einen Teil der Arbeitgeberfunktion ihres Trägers wahrgenommen hat<sup>1712</sup>. Anders als in den Bildungswerk-Entscheidungen war die Pensionskasse nicht einmal Arbeitgeber des klagenden Arbeitnehmers, sondern hatte nur die Auszahlung von Ruhegeldern für den Arbeitgeber und insofern Arbeitgeberfunktion übernommen. 1350

Dem gegenüber nehmen die Bildungswerke eine gewerkschaftliche Aufgabe wahr. Ihre Funktion bezieht sich auf die Mitglieder der Gewerkschaften und nicht auf deren Angestellte. Dies hatte das BAG damals an sich auch klar zum Ausdruck gebracht: „Entscheidend ist nicht die Rechtsform, sondern die rechtliche Funktion als Arbeitgeber im Bereich der Fürsorge für den Arbeitnehmer“<sup>1713</sup>. Die Bildungswerke mögen gewerkschaftliche Funktionen wahrnehmen. Eine Teilhabe an dem passiven Vertretungsrecht der Gewerkschaften begründet dies nicht, weil dies keine Übernahme der Arbeitgeberfunktion bedeutet. Das passive Prozessvertretungsrecht darf nicht mit Tendenzschutzerwägungen vermischt werden<sup>1714</sup>. 1351

---

<sup>1709</sup> BAG vom 29.1.1992 – 7 ABR 29/91, AR-Blattei ES 420 Berufsverbände Nr. 36.

<sup>1710</sup> LAG Bremen vom 17.1.1984 – 4 TaBV 10/83, AP Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1711</sup> BAG vom 7.11.1961 – 3 AZR 315/60, AR-Blattei D Arbeitsgerichtsbarkeit VI C E 6 m. Anm. Gros.

<sup>1712</sup> BAG vom 7.11.1961 – 3 AZR 315/60, AP Nr. 27 zu § 11 ArbGG 1953.

<sup>1713</sup> BAG vom 7.11.1961 – 3 AZR 315/60, AP Nr. 27 zu § 11 ArbGG 1953.

<sup>1714</sup> A.A.: Gros, Anm. zu BAG vom 7.11.1961 – 3 AZR 315/60, AR-Blattei D Arbeitsgerichtsbarkeit VI C E 6.

- 1352 Letztlich dienen diese Begründungsansätze dazu, die Grenzen zwischen zwei Rechtsträgern zu verwischen, welche erst von den Gewerkschaften durch Ausgliederung selbst errichtet worden sind. Wie schon bei der Frage, ob eine eigene oder eine fremde Angelegenheit vertreten wird, sollen die Gewerkschaften vor den Nachteilen der Ausgliederung bewahrt werden. Gerechtfertigt wird dies wie in BGHZ 50, 242: Weil die Gewerkschaften eine bedeutende Stellung im Staat haben, muß ihnen ihr eigenes Wirtschaften erleichtert werden<sup>1715</sup>. Mit der Gleichstellung von Gewerkschaften und rechtlich verselbständigten gewerkschaftlichen Einrichtungen wird zudem die eigentliche Frage verdeckt, ob eine analoge Anwendung des § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG auf gewerkschaftliche Einrichtungen möglich ist.

## 2. Analogie

- 1353 In diese Richtung geht auch die Begründung des LAG Bremen, wenn es unter die selbst erfundene Voraussetzung subsumiert, das Gebilde müsse „bestimmte Interessen der organisierten Arbeitnehmer“ verfolgen. Der Sache nach geht es dem LAG Bremen dabei um eine Analogie zu den Gewerkschaften als passiv vertretungsberechtigte Partei i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. Ein solcher Analogieschluß ist gerechtfertigt, wenn die Vertretung von Arbeitnehmern eines Bildungswerks als nicht geregelter Fall dem Normzweck nach mit der Vertretung der Gewerkschaftsarbeitnehmer vergleichbar ist<sup>1716</sup>.
- 1354 Das LAG Bremen bejahte dies, weil die Grundsatzerklärung zur Satzung des „Vereins Bildung und Beruf e.V.“ staatsbürgerliche Bildung und berufliche Weiterbildung der Arbeitnehmer als „eine ureigenste gewerkschaftliche Aufgabe“ bezeichnet. Das mag im Zusammenhang mit der NGG erklärlich sein – sieht die NGG doch ihren ersten Gewerkschaftsbeschäftigten in einem Zigarettdreher, welcher 1865 von seinen Kollegen dafür bezahlt wurde, daß er ihnen während der Arbeit aus politischer Lektüre vorlas<sup>1717</sup>. Indes kommt es nicht darauf an, ob Bildung tatsächlich zu den Kernaufgaben einer Gewerkschaft<sup>1718</sup> gehört: Die Tätigkeit der gewerkschaftlichen Bildungswerke ist nach innen gerichtet; sie vertreten grundsätzlich keine Arbeitnehmerinteressen gegenüber der Arbeitgeberseite. Ob

---

<sup>1715</sup> So auch *Prütting*, AuR 1998, 133, 136, demzufolge die Rechtsordnung den Gewerkschaften die Möglichkeit zur Nutzung moderner Organisationsstrukturen zur Verfügung stellen muß, weil ein Bedürfnis dafür besteht.

<sup>1716</sup> Allg.: *Larenz*, Methodenlehre, S. 383.

<sup>1717</sup> <http://www.gewerkschaft-ngg.de/ueberuns/index.html> [zuletzt abgerufen am 24.5.2002].

<sup>1718</sup> K. *Vollbrecht*, Arbeitnehmerfunktionäre, S. 1 f.

sie der Tendenz der Koalitionen zuzurechnen sind, ist für die Frage der Prozeßvertretung unerheblich.

In der jüngsten Entscheidung zu dieser Frage, dem „DGB Bildungswerk“-Beschluß, hat das BAG zutreffend die Postulationsfähigkeit eines Rechtsschutzsekretärs abgelehnt<sup>1719</sup>. Dabei hat es – anders als das BAG in der „IG DP“-Entscheidung und anders als das LAG Bremen – klargestellt, daß § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG nicht direkt Anwendung findet, sondern daß die Voraussetzungen einer Analogie vorliegen müssen<sup>1720</sup>. Zweitens hat das BAG einschränkend gefordert, daß die arbeitgebende Bildungseinrichtung nur aus Mitgliedern des Spitzenverbands und der Verbände bestehen darf<sup>1721</sup>. Diese Voraussetzung führt allerdings von der Sache weg, weil sie wieder an die „IG DP“-Entscheidung anknüpft, die das Vertretungsprivileg auch Zusammenschlüssen von Verbandsmitgliedern zugestand.

Mangels vergleichbarer Lebenssachverhalte ist es nicht gerechtfertigt, § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG auf den unregelmäßigten Fall der verselbständigten gewerkschaftlichen Einrichtung zu übertragen. Ohnehin wäre zweifelhaft, ob § 11 ArbGG als Einschränkung von prozeßökonomischen Grundsätzen analogiefähig ist<sup>1722</sup>. Überdies hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung in diesem Punkt nicht bestätigt, obwohl die „*lex DGB Rechtsschutz*“ gerade der Anpassung der Gesetzeslage an gewerkschaftliche Bedürfnisse diene. Es fehlt mithin an einer planwidrigen Lücke<sup>1723</sup>.

### 3. Ausweg: Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband

Der einzige Verband, der gewerkschaftliche Einrichtungen – und nach der hier vertretenen Auffassung auch die Gewerkschaften – im Prozeß gegen die eigenen Arbeitnehmer vertreten kann, ist ein Arbeitgeberverband der Gewerkschaften und gewerkschaftlichen Einrichtungen, dazu o. § 5B.V., Rn. 972 ff. Dessen Bevollmächtigte träten dann für die gewerkschaftlichen Einrichtungen auf. Soll der DGB diese Arbeitgeberverbandsaufgabe übernehmen, müßte die Satzung in zweifacher Weise geändert werden: Zum einen müßte der DGB sich in seiner Satzung als Arbeitgeberverband begreifen, zum anderen müßte er die Mitgliedschaft auch für gewerkschaft-

<sup>1719</sup> BAG vom 29.1.1992 – 7 ABR 29/91, AP Nr. 14 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1720</sup> BAG vom 29.1.1992 – 7 ABR 29/91, zu B.I.2.c), AP Nr. 14 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1721</sup> BAG vom 29.1.1992 – 7 ABR 29/91, zu B.I.2.c) und d), AP Nr. 14 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1722</sup> BAG vom 22.12.1960 – 2 AZR 140/58, zu B.I.2.d), AP Nr. 25 zu § 11 ArbGG 1953 (IG DP); LAG Hamm vom 22.11.1996 – 10 Sa 776/96, LAGE Nr. 12 zu § 11 ArbGG 1979.

<sup>1723</sup> GK-ArbGG/Bader, § 11 Rn. 73; allg.: *Canaris*, Lücken, 1983.

liche Einrichtungen öffnen. Gegenwärtig können nur Gewerkschaften Mitglied im DGB werden.

- 1358** Solange die Satzung des DGB nicht entsprechend geändert ist, können gewerkschaftliche Einrichtungen sich nicht von den Rechtsschutzsekretären vertreten lassen. Als Alternative bietet sich an, die Bildungswerke wieder einzugliedern, d.h. ihre rechtliche Selbständigkeit aufzuheben. Nach dem Betriebsübergang sind die Arbeitnehmer des Bildungswerks wieder Gewerkschaftsarbeitnehmer. Dies hülfe den Gewerkschaften allerdings nur, wenn man der Ansicht folgte, Gewerkschaften könnten sich in Prozessen gegen ihre Arbeitnehmer gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG vertreten lassen, o. § 7B.II.2 Rn. 1277 ff. Diese Konsequenz haben Gewerkschaften zu bedenken, wenn sie wie erwerbswirtschaftliche Unternehmen weitere Aufgaben „*outsourcen*“.

## § 8 Zusammenfassung

### § 1 Daten, Fakten, Hintergründe:

Die Glaubwürdigkeit des DGB und der DGB-Gewerkschaften leidet unter dem Widerspruch zwischen den von ihnen geforderten und den von ihnen gewährten Arbeitsbedingungen sowie unter dem Widerspruch zwischen rechtspolitischen Forderungen und eigenem Verhalten. Dies betrifft insbesondere Tendenzschutzfragen, jenes insbesondere das Entgelt, aber auch die Praxis tarifersetzender Gesamtbetriebsvereinbarungen als solche. In der betrieblichen Altersvorsorge und bei der Eingruppierung kommt es besonders oft zu Rechtsstreitigkeiten mit den Gewerkschaftsarbeitnehmern. 1359

Die zu untersuchenden arbeitsrechtlichen Besonderheiten des gewerkschaftlichen Tendenzschutzes können den Gewerkschaften personalpolitische Lösungen des Glaubwürdigkeitsproblems ermöglichen. Ansonsten ist von dem moralischen Vorwurf an die Gewerkschaften und ihrem Glaubwürdigkeitsproblem die rechtliche Bewertung des Arbeitgeberverhaltens der Gewerkschaften zu trennen. 1360

Die spezifische Entwicklung der Arbeitsbeziehungen bei den Gewerkschaften kann auf rechtsgeschichtliche Ursachen zurückgeführt werden: Die DGB-Gewerkschaften haben sich als Arbeitgeber noch kaum von dem Selbstbild der Kampfgemeinschaft gelöst, die unter äußerem Druck ein Höchstmaß an innerer Geschlossenheit voraussetzt. Zudem ist die Entwicklung von ursprünglich Arbeitern, die Aufgaben ehrenamtlich und später auch hauptamtlich wahrgenommen haben, zu Akademikern und die Professionalisierung zu verarbeiten. 1361

### § 2 Verfassungsrechtliche Vorfragen und Tendenzschutz:

In dem Drei-Stufen-System des Arbeitsrechts nehmen die Gewerkschaften zwischen den Wirtschaftsunternehmen einerseits und den Kirchen mit ihrem Selbstbestimmungsrecht andererseits die Stellung von Tendenzunternehmen ein. Die verfassungsrechtlichen Rechte der Gewerkschaften als Arbeitgeber folgen nicht aus Art. 12 Abs. 1 GG, sondern aus Art. 9 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG. Dies gilt insbesondere für das Recht zur Aussperrung. 1362

Die Rechte der Arbeitnehmer finden ihre Grenzen dort, wo der einfachgesetzliche und der durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich vermittelte Tendenzschutz es erfordern, die Tendenz der Gewerkschaften vor einer Einflußnahme durch die Arbeitnehmer und ihre Kollektive abzu- 1363

schirmen. Soweit die Gewerkschaften als Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen der eigenen Arbeitnehmer regeln, nehmen sie nicht die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Bildung kollektiver Gegenmacht in Anspruch, sondern die aus Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG folgende Koalitionsorganisationsfreiheit. Daran erweist sich die überschießende Tendenz der Doppelgrundrechtstheorie; sie ist auch aus diesem Grunde abzulehnen.

- 1364 Gegenüber anderen Tendenzunternehmen folgt aus Art. 9 Abs. 3 GG die Besonderheit, daß die Gewerkschaften nicht nur ihre Tendenz schützen dürfen – wegen des Verbots der Fremdbestimmung müssen sie dies auch. Der Tendenzschutz ist aber als Bestandteil der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsfreiheit nur die durchblickende Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsmitglieder und nicht als Recht einer Verbandspersönlichkeit anzusehen.
- 1365 Mit dem Tendenzschutz kollidieren die Berufsfreiheit und die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer. Letztere ist durch die Pflichtmitgliedschaft bei der arbeitgebenden Gewerkschaft weder verdrängt, verbraucht, noch verwirkt, noch haben die Gewerkschaftsarbeitnehmer generell auf sie verzichtet.
- 1366 Die *Plandersche* These von der unzulässigen Doppelmitgliedschaft ist schon deshalb verfehlt, weil der VGB im Verhältnis zu den DGB-Gewerkschaften keine gegnerische oder konkurrierende Organisation ist. *Dörrwächters* Verzichtstheorie beruht auf der abzulehnenden Prämisse, der Beitritt zur arbeitgebenden Gewerkschaft sei ein Willensakt, der in der Abwägung kollidierender Grundrechte den Ausschlag gebe. Da aber auch Beamte und Kirchenbedienstete Koalitionen beitreten dürfen, gilt dies erst recht für Gewerkschaftsarbeitnehmer.
- 1367 Die innere Koalitionsfreiheit war, im Gegensatz zur inneren Pressefreiheit, bisher nicht wissenschaftlich aufgearbeitet worden. Sie ist aber ebenso wie die innere Pressefreiheit weder aus der Grundrechtsstruktur gefordert noch ist sie mit ihr zu vereinbaren, soweit die Gewerkschaft nicht im Rahmen des Zulässigen teilweise auf den Tendenzschutz verzichtet.
- 1368 Die Grundrechtskollision zwischen der Berufs-, Meinungs- und Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer einerseits und der Koalitionsfreiheit auf seiten der arbeitgebenden Gewerkschaften ist nach den hergebrachten Grundsätzen der praktischen Konkordanz aufzulösen. Deren spezifische Ausprägung ist der Tendenzschutz.
- 1369 Der Tendenzschutz gehört zu den sozialordnungsrechtlichen Rahmenbedingungen, welche die individuelle Verwirklichung der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsmitglieder gewährleistet. Er ist ein verfassungsrechtliches Gebot zum Schutz der verfassungsrechtlich hervorgehobenen

Tendenzen vor dem Fremdeinfluß durch die Arbeitnehmer der Tendenzunternehmen.

Der Tendenzschutz gilt im gesamten Arbeitsrecht und ist in § 118 BetrVG für das Betriebsverfassungsrecht verfassungskonform ausgestaltet. Die Tendenz i.S.d. § 118 BetrVG sowie außerhalb dieser Norm ist die koalitionspolitische Bestimmung eines Unternehmens, dessen Unternehmenszweck darin besteht, die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer zu wahren und zu fördern. Dementsprechend genießen alle Koalitionen Tendenzschutz – auch, und nicht minder, die nicht tariffähigen. 1370

Bewertungen der Tendenz nach ihrer Zweckmäßigkeit oder Gemeinwohldienlichkeit sind unzulässig. Umgekehrt ist die Tendenz einer objektiven Feststellung durch die Gerichte zugänglich und unterscheidet sich darin von dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen. Gewerkschaften, die sich als Kampfgemeinschaften empfinden und aus einem gesteigerten Solidaritätsbedürfnis ein Recht auf innere Geschlossenheit fordern, können dadurch den Tendenzschutz nicht erweitern. 1371

Nicht alle Unternehmen, an denen eine Gewerkschaft oder ihre Treuhandgesellschaft Mehrheitsbeteiligungen hält, können sich auf den Tendenzschutz berufen. Bedeutung erlangt dies für die Ausgliederung von Gewerkschaftsfunktionen. Insbesondere Rechtsschutz, Bildung, Forschung und Verlag von Publikationen sind Einrichtungen der unterschiedlichsten Rechtsformen übertragen worden. Eine Gewinnerzielungsabsicht schadet nicht. 1372

Die nähere Betrachtung zeigt auf der Grundlage der zumindest für Art. 9 Abs. 3 GG vorzugswürdigen Geprägetheorie, daß sowohl die DGB Rechtsschutz GmbH, als auch der „Verein zur Förderung von Arbeitnehmerinteressen – Bildungskoooperation e.V.“ sowie die DAA Stiftung „von einer Koalition betriebene Unternehmen“ sind, welche nach wie vor der jeweiligen koalitionspolitischen Bestimmung unmittelbar und überwiegend dienen. 1373

Auch der Bund-Verlag und die Hans-Böckler-Stiftung dienen, unbeschadet des Tendenzschutzes als Presse- und Forschungsunternehmen, auch einer koalitionspolitischen Bestimmung. Sie sind zwar selbst keine Koalitionen, aber von einer Koalition betriebene Unternehmen. Letzteres hängt vom tatsächlichen Einfluß der Koalition ab. Für die Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft, wie z.B. die Neue Heimat, die Co op-Gruppe und die BfG, galt kein Tendenzschutz. 1374

Die Definition des BAG für Tendenzträger ist eine Leerformel, die zu einer einzelfallbezogenen Kasuistik geführt hat. Tendenzträger in den koalitionspolitischen Tendenzbetrieben sind neben dem Führungspersonal die Gewerkschaftsekretäre, ohne daß zwischen Rechts-, Organi- 1375

sations- und Tarifsekretären unterschieden werden könnte. Sie alle haben prägenden Einfluß auf die Tendenzverwirklichung. Hinzukommen die Dozenten in den Bildungswerken und das Forschungspersonal in der Hans-Böckler-Stiftung und die Redakteure in den Gewerkschaftsverlagen.

- 1376 Der Tendenzschutz ist – wie schon insbesondere von *Rüthers* gezeigt – keine Besonderheit der betrieblichen Mitbestimmung, sondern gilt im gesamten Arbeitsrecht. Im betriebsverfassungsrechtlichen Tendenzschutz ist zwischen dem absoluten und dem relativen Tendenzschutz zu unterscheiden. Bei dem relativen Tendenzschutz, d.h. den nicht generell ausgeschlossenen Mitbestimmungsrechten, erfolgt die Abwägung zwischen Tendenzschutz und Mitbestimmung, indem die Mitbestimmungsrechte nur zurückstehen müssen, wenn Tendenzträger von einer tendenzbezogenen Maßnahme betroffen sind. Die weitergehende Ansicht, zwischen tendenzbedingten und nicht tendenzbedingten Gründen zu differenzieren, ist abzulehnen.
- 1377 Die konkrete koalitionspolitische Tendenz bestimmen bei Gewerkschaften die Organe im Rahmen der zulässigen Tendenzbestimmung. Fiskalinteressen können daher nicht in den Tendenzschutz einbezogen werden.
- 1378 Der Verzicht auf den Tendenzschutz findet als Besonderheit der koalitionspolitischen Bestimmung seine Grenze in dem koalitionsrechtlichen Verbot der Fremdbestimmung. Der Verzicht kann durch eine zweiseitige Regelung erfolgen, darf jedoch nicht erzwungen oder erkämpft werden. Wirksam ist ein Verzicht überdies nur, wenn er innerhalb kurzer Frist wieder gekündigt werden kann. Der in der ver.di-Satzung geregelte, weitgehende Verzicht auf den Tendenzschutz in der betrieblichen Mitbestimmung genügt diesen Voraussetzungen, wirkt aber nur satzungsrrechtlich und bedarf daher der Umsetzung. Die rechtspolitischen Äußerungen oder Forderungen der Gewerkschaften gegenüber dem Gesetzgeber oder den Arbeitgebern können nicht als Verzicht gegenüber den eigenen Arbeitnehmern ausgelegt werden. Es bleibt insofern bei dem moralischen Widerspruch.
- 1379 Soweit ein Tendenzschutzverzicht arbeitsvertraglich erfolgt, kann und muß dieser widerruflich erfolgen, ohne daß die Restriktionen der AGB-Kontrolle gälten. Der Tendenzschutz ist eine Besonderheit sowohl „im“ als auch „des“ Arbeitsrechts. Ein tarifvertraglicher Tendenzschutzverzicht darf nicht erstreikt werden.

### **§ 3 Doppelrolle als Arbeitgeber und Verein:**

- 1380 Soweit die Arbeitnehmer der Gewerkschaften verpflichtet werden, der Gewerkschaft als Vollmitglied beizutreten, steht die Wirksamkeit einer solchen Verpflichtung in Frage. Arbeits- und Mitgliedschaftsverhältnis

sind getrennte Rechtsverhältnisse, deren Verknüpfung in der arbeitsvertraglichen Verpflichtung zur Mitgliedschaft besteht.

Die wesentlichen Funktionen einer Gewerkschaftsmitgliedschaft stehen den Gewerkschaftsarbeitnehmern nicht zur Verfügung: Weil die arbeitgebende Gewerkschaft für sie keine Tarifverträge schließen kann, sind sie OT-Mitglieder; weil die arbeitgebende Gewerkschaft ihnen keinen gewerkschaftlichen Rechtsschutz vermitteln kann, sind sie OR-Mitglieder; weil die arbeitgebende Gewerkschaft für sie keine Koalition sein kann, sind sie schließlich auch OK-Mitglieder. Im Mitgliedschaftsverhältnis erfüllt die arbeitgebende Gewerkschaft für sie nur die Funktion der gesellschaftlichen und politischen Artikulation. **1381**

Daß die Gewerkschaftsarbeitnehmer nicht Gewerkschaftsmitglieder, sondern bloße Gastmitglieder sein können, hat Folgen für die Frage, ob ein solcher Beitritt überhaupt wirksam ist. Nur wenige Gewerkschaften sehen in ihren Satzungen eine Gastmitgliedschaft für Gewerkschaftsarbeitnehmer vor. Die Einrichtung einer solchen ist eine Frage des Organisationsbereichs. Dieser ist für Koalitionen – anders als die Mitgliedschaft für Religionsgemeinschaften – eine selbst zu regelnde Frage und gehört zu den Grundfragen der Vereinsverfassung. Die Gastmitgliedschaft steht damit unter Satzungs vorbehalt. **1382**

Die Mitgliedschaft der Gewerkschaftsarbeitnehmer ist damit zwar satzungswidrig, aber nicht unwirksam. Die *ultra vires*-Lehre ist auch insofern abzulehnen. Die Satzungswidrigkeit führt aber über das Fehlen der Vertretungsmacht bei auf seiten der Gewerkschaftsorgane bei der Aufnahme zu einer fehlerhaften Mitgliedschaft. Diese wirkt *ex nunc*. Die Fehlerhaftigkeit ist zudem heilbar. Zudem war das Fehlen einer Satzungsgrundlage 1998, als *Rieble* erstmals darauf hinwies, bereits durch Observanz infolge langdauernder von einer Rechtsüberzeugung getragener Übung behoben. **1383**

Ob ein Widerrufsrecht besteht, hängt zunächst davon ab, ob man Arbeitnehmer als Verbraucher i.S.d. § 312 BGB ansieht und die Vereinsmitgliedschaft insofern mit Austauschgeschäften gleichstellt. Wird beides bejaht, besteht ein Widerrufsrecht, sofern nicht die symbolische Gastmitgliedschaft aus Tendenzschutzgründen verlangt werden darf.

In umgekehrter Richtung besteht ein Aufnahmeanspruch. Zwar versagt die für andere Arbeitnehmer geltende Begründung, derzufolge die Arbeitnehmer auf die Mitgliedschaft in Monopolverbänden angewiesen sind. Wenn die Gewerkschaftsarbeitnehmer aber zur Mitgliedschaft verpflichtet sind, folgt daraus ein Aufnahmeanspruch. **1384**

- 1385 Der Status als bloße Gastmitglieder schlägt auch auf das aktive und passive Wahlrecht der Gewerkschaftsmitglieder durch. Gerade nach der neueren BAG-Rechtsprechung zur OT-Mitgliedschaft sind die tarifunterworfenen Mitglieder vor einer Fremdbestimmung durch nicht Tarifunterworfene zu schützen, indem eine klare innerverbandliche Trennung erfolgt. Das folgt überdies aus dem vereinsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, demzufolge wesentlich Ungleiches entsprechend ungleich zu behandeln ist. Damit ist die These von *Plander* widerlegt, die Gewerkschaftsmitgliedschaft sei für die Gewerkschaftsarbeitnehmer eine Art der Mitbestimmung. Der Stimmrechtsausschluß ist aber nicht auf die tarifpolitischen Angelegenheiten beschränkt. Auch bei Beschlüssen über die Anstellungsbedingungen bei den Gewerkschaften selbst kann das Stimmrecht ausgeschlossen werden, weil aus Sicht des Mitgliedschaftsverhältnisses das Arbeitsverhältnis kein Sozialakt ist. Zulässig und auch mit § 181 BGB vereinbar ist hingegen, daß die Gewerkschaftsarbeitnehmer wie bei der IG BCE und der IG BAU zusammen mit den anderen Mitgliedern Delegierte und Organe wählen, die über ihre Arbeitsbedingungen entscheiden.
- 1386 Während bei Arbeitgeberverbänden für OT-Mitglieder oft gerade wegen der reduzierten Verbandsleistung ein entsprechend reduzierter Tarif angeboten wird, verlangen die Gewerkschaften von ihren Gewerkschaftsmitgliedern den vollen Beitrag. Zwar kann keine Inhaltskontrolle wegen unangemessener Benachteiligung erfolgen, aus dem vereinsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz folgt aber, daß wesentlich Ungleiches nicht ohne sachlichen Grund gleichbehandelt werden darf. Dafür kann auf die Beitragsrechtsprechung des BGH und des BVerfG zurückgegriffen werden. Für die Gewerkschaftsarbeitnehmer als Zwangsglieder bieten insbesondere die Zwangsgliedschaften in Handelskammern und Prüfverbänden eine Vergleichsgrundlage. Da die Mitgliedschaft für die Gewerkschaftsmitglieder eine bloße Vereinsmitgliedschaft ist und nur eingeschränkte Stimmrechte bestehen, liegt darin ein wesentlicher Unterschied zu den anderen Gewerkschaftsmitgliedern.
- 1387 Gleiche Beitragspflichten bedürften daher eines Rechtfertigungsgrunds. Der aus der Vereinsautonomie folgende Gestaltungsspielraum kann die Abstraktion von Unterschieden zur Reduktion des Verwaltungsaufwands rechtfertigen, soweit dies nicht außer Verhältnis zu den Unterschieden steht. Da die meisten Gewerkschaften aber auch für andere Gruppen von bloßen Gastmitgliedern abgesenkte Beiträge vorsehen, scheidet eine solche Rechtfertigung schon deshalb aus. Von den Gewerkschaftsmitgliedern kann vereinsrechtlich daher nur eine Deckungspauschale für die Verwaltungskosten verlangt werden.
- 1388 Dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip entsprechend beschränkt sich diese Aussage auf das Mitgliedschaftsverhältnis. Ob sich darüber hinaus

der Ausschluß der wesentlichen Vereinsleistungen und die Stimmrechtsbeschränkungen auch auf die arbeitsvertragliche Beitrittsverpflichtung auswirken, ist eine individualarbeitsrechtlich zu klärende Frage.

#### **§ 4 Individualarbeitsrecht und der Schutz der gewerkschaftlichen Tendenz:**

Der Schutz der koalitionspolitischen Tendenz gilt als verfassungsrechtliches Gebot in allen Teilbereichen des Arbeitsrechts. Im Individualarbeitsrecht zeigt sich dies schon bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses. Gewerkschaften, insbesondere ver.di und der DGB, stellen Frauenquoten auf – teilweise aus ideologischen Gründen als auch um die politische Forderung nach Gleichstellung zu befördern und um den Anteil der Frauen unter den Beschäftigten dem des Repräsentationsgrads der Frauen unter den Mitgliedern anzunähern. Die mit starren Frauenquoten verbundene Benachteiligung von Männern kann weder durch § 5 AGG noch durch den Tendenzschutz gerechtfertigt werden. Bei § 5 AGG steht die reverse Diskriminierung unter dem Vorbehalt der Angemessenheit. Daran scheitern starre Frauenquoten, arbeitsplatzbezogene Besetzungsregelungen sowie Quoten, die über eine Beseitigung einer bestehenden Unterrepräsentierung hinauschießen. 1389

Diese Maßnahmen können aber teilweise durch den Tendenzschutz gerechtfertigt werden. Dieser ist im AGG zwar nicht ausdrücklich benannt, ist aber bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ zu berücksichtigen. Anders als bei dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen entscheiden die Arbeitsgerichte nach objektivem Maßstab und nicht nach dem subjektiven Bedürfnis der Gewerkschaften, ob diese Voraussetzungen gegeben sind. Gleichwohl ist aufgrund des Tendenzschutzes die Mitgliederbetreuung gemäß Art. 9 Abs. 3 GG stärker geschützt, als die bloß auf Art. 12 und 14 GG gestützten Bedürfnisse, dem Kundenwunsch nachzukommen. 1390

Die gesetzliche Schwerbehindertenquote gilt auch für die Gewerkschaften. Allerdings zählen Arbeitsplätze von ehrenamtlich Tätigen und Wahlangeestellten nicht mit. 1391

Arbeitgeber ohne Tendenzschutz dürfen nicht wegen der Parteizugehörigkeit diskriminieren, § 242 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG. Für die DGB-Gewerkschaften gilt dies nach dem selbstgewählten Prinzip der Einheitsgewerkschaft ebenso. Danach besteht ihre verlautbarte Tendenz gerade in der grundsätzlichen politischen Neutralität. Hingegen gebietet der Tendenzschutz der Richtungsgewerkschaften, daß diese, wie die entsprechende politische Partei, bei der Einstellung nach der Parteimitgliedschaft differenzieren darf. 1392

- 1393 § 9 AGG weist eine Lücke auf: Die Ausnahme vom Diskriminierungsverbot wegen der Weltanschauung gilt nur für Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften. Gewerkschaften sind keine Weltanschauungsgemeinschaften. Der Tendenzschutz ist aber, wie bei der Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts, im Rahmen des § 8 AGG zu berücksichtigen. Es kann zu den wesentlichen und beruflichen Anforderungen bei einer Gewerkschaft gehören, nicht einer bestimmten Weltanschauungsgemeinschaft anzugehören.
- 1394 Hinsichtlich der Gewerkschaftszugehörigkeit als Differenzierungsmerkmal ist zwischen der von den Gewerkschaften selbst geforderten Gast-Mitgliedschaft als positive Einstellungsvoraussetzung und der VGB-Mitgliedschaft als Negativkriterium zu unterscheiden. Die Gast-Mitgliedschaft resp. die Bereitschaft dazu darf erst recht Einstellungskriterium sein, soweit zur Mitgliedschaft arbeitsvertraglich verpflichtet werden kann. Damit wird kein *closed shop* begründet.
- 1395 Die VGB-Mitgliedschaft darf für die Einstellung keine Rolle spielen. Wie an anderen Stellen gezeigt, ist der VGB eine gegnerische oder konkurrierende Vereinigung. Die Grundrechtskollision kann nicht durch eine vollständige Verdrängung der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer aufgelöst werden. Soweit nach den genannten Kriterien entschieden werden kann, darf auch danach gefragt werden.
- 1396 Synallagmatische Hauptpflicht der Gewerkschaften ist es, ihren Arbeitnehmern das überwiegend kollektivvertraglich geregelte Entgelt zu zahlen. Wie bei den Kirchen und im öffentlichen Dienst können Gratifikationen bei einem Arbeitgeberwechsel innerhalb eines Gewerkschaftsverbands individualarbeitsrechtliche Besonderheiten aufwerfen.
- 1397 Wiewohl der DGB-Verbund keine der Kirche oder eine dem öffentlichen Dienst entsprechende Einheit bildet, reicht die Verbundenheit der DGB-Gewerkschaften und des DGB, damit wie dort die Unschädlichkeit des verbundsinternen Wechsels vereinbart werden kann. Bei Gewerkschaftsjubiläen greift ein legislatives Vorenthalten lohnsteuerrechtlicher Privilegierungen in Art. 9 Abs. 3 GG ein.
- 1398 Bei der betrieblichen Altersversorgung über das DGB-Ruhewerk haben die fehlende Anpassung bei den Betriebsrentnern und die Verschlechterungen bei den aktiven Gewerkschaftsarbeitnehmern zu einer Vielzahl von Prozessen geführt. Das BAG hat seine Entscheidungen zu Ungunsten der Kläger in teils unberechtigter Weise auf tatbestandliche und rechtliche Besonderheiten gestützt. Daß bei den Gewerkschaften nur auf die Einkünfte aus Mitgliedschaftsbeiträgen und nicht auch Kapitaleinkünfte aus dem Anlagevermögen und dem Streikfonds abzustellen sei, läßt sich nicht mit Art. 9 Abs. 3 GG begründen.

Nur scheinbar ist der vom BAG hervorgehobene Unterschied zwischen den tendenzgeschützten Gewerkschaften und anderen Unternehmen, daß bei Gewerkschaften die Verwendung der Mittel und die Zweckmäßigkeit ihres Einsatzes nicht zu kontrollieren seien. Eine solche Kontrolle ist auch ohne den Tendenzschutz mit der unternehmerischen Freiheit nicht zu vereinbaren. Daß Gewerkschaften handels- und steuerrechtlich nicht bilanzierungspflichtig sind, mindert ihre Darlegungs- und Beweislast in Streitigkeiten um Ansprüche aus der betrieblichen Altersversorgung entgegen der Ansicht des BAG nicht. **1399**

Die arbeitsvertragliche Verpflichtung bei den Gewerkschaften zu einer beitragspflichtigen Vereinsmitgliedschaft beeinträchtigt die Entgeltverwendungsfreiheit und ist an § 107 GewO zu messen. Eine Privilegierung der Gewerkschaften gegenüber gewerblichen Unternehmen wegen fehlender Gewinnerzielungsabsicht ist ebenso abzulehnen wie eine Beschränkung auf Austauschgeschäfte. **1400**

Hingegen wirkt sich der Tendenzschutz im Rahmen der zu berücksichtigenden „Eigenart des Arbeitsverhältnisses“ aus. Demnach sind Beiträge zulässig, sofern sie die Selbstkosten nicht übersteigen. Dies konvergiert mit dem zum Vereinsrecht gefundenen Ergebnis. **1401**

Gewerkschaften sind, anders als Kirchen und der Staat, insolvenzfähig. Wegen der Übertragung ihres Vermögens auf Treuhandgesellschaften ist das Insolvenzrisiko auch nicht ein bloß hypothetisches Risiko. Die Gewerkschaften sind als Arbeitgeber zur Teilnahme am Insolvenzgeldsicherungssystem gemäß § 183 SGB III gesetzlich verpflichtet. Gleiches gilt wegen der Pensionszusagen auch für die Zwangsmitgliedschaft im PSV aG. Die damit erzwungene Teilnahme an Umlagesystemen verpflichtet die Gewerkschaft somit als Arbeitgeber zur solidarischen Finanzierung von Risiken im Verbund mit ihren Gegnern. **1402**

Hauptleistungspflicht der Gewerkschaftsarbeitnehmer ist die arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit. Bei Tendenzträgern bedeutet dies, unmittelbar die Tendenz zu verwirklichen. Soweit keine vertragliche Konkretisierung erfolgt, ist die Tendenz damit dynamischer Bestandteil der Arbeitspflicht. Eine der GrKathO der katholischen Kirche und den Redaktionsstatuten im Pressebereich vergleichbare generelle Festlegung der Tendenz fehlt bei den Gewerkschaften. Ein Schutz vor Änderungen der Tendenz wäre nicht mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar. **1403**

Bei arbeitsvertraglichen Versetzungsklauseln schränkt der Tendenzschutz als Besonderheit des Arbeitsrechts die AGB-Kontrolle ein. Die Tendenzverwirklichung erfolgt durch und im Rahmen der Weisungen aufgrund des Direktionsrechts, § 106 GewO. Der Aufgabenentzug im Fall des DGB-Sekretärs *Kreimer-de Fries* zeigt, daß die Gewerkschaften als Arbeitgeber **1404**

ihre Tendenzherrschaft nicht nur durch Weisungen wahren können, sondern auch durch Umsetzungen durchsetzen.

- 1405 Eine Anweisung zu rechtswidrigem Verhalten, z.B. einer nicht mehr vom Streikrecht gedeckten Kampfmaßnahme, ist ihrerseits rechtswidrig und muß nicht befolgt werden. Bei den Gewerkschaften besteht bei einzelnen Berufen die Gefahr von Wissenskonflikten. Die Grundrechtskollision zwischen der Koalitionsfreiheit der arbeitgebenden Gewerkschaft mit der Wissensfreiheit des Gewerkschaftsarbeitnehmers ist nach Maßgabe der praktischen Konkordanz aufzulösen.
- 1406 Die arbeitgebende Gewerkschaft muß versuchen, durch Umorganisation andere Gewerkschaftsarbeitnehmer einzusetzen. Bei einer berechtigten Verweigerung der Tätigkeit hat der Tendenzträger größtmögliche Rücksicht auf die Interessen der arbeitgebenden Gewerkschaft zu nehmen und darf insbesondere nicht die Verwirklichung der Tendenz mittels anderer Gewerkschaftsarbeitnehmer durch seine Wissensentscheidungen gefährden. Besteht kein ausreichender betrieblicher Grund und konnte der Tendenzträger den Wissenskonflikt nicht vorhersehen, ist die Leistungspflicht nur gemäß § 275 Abs. 3 BGB einredebehaftet und die Gegenleistungspflicht entfällt, wenn nicht die Voraussetzungen des § 616 BGB vorliegen.

Abgesehen von der Tendenzverwirklichung durch das Befolgen von Weisungen besteht bei den Gewerkschaftsarbeitnehmern und insbesondere bei den Tendenzträgern eine Tendenztreuepflicht als Nebenpflicht. Daraus folgen leistungsbezogene Nebenpflichten, zu denen es u.a. gehört, die Tendenzverwirklichung nicht durch Kundgabe der eigenen inneren Distanz zur festgesetzten Tendenz zu gefährden.

- 1407 Bei der außerdienstlichen Lebensführung haben die Tendenzträger ebenfalls Einschränkungen hinzunehmen. Anders als bei den Kirchen, die aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts selbst festlegen können, ob und wie sich die Dienste nach ihrer Nähe zum kirchlichen Auftrag abstufen lassen, legen bei den Gewerkschaften die Gerichte fest, inwieweit aus der Nähe zur Tendenzverwirklichung welcher Grad an Tendenztreuepflicht folgt. Bei arbeitsvertraglichen Nebentätigkeitsverboten mit Erlaubnisvorbehalt müssen insbesondere Tendenzträger aus Tendenzschutzgründen erhebliche Einschränkungen hinnehmen.
- 1408 Auch die arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Gast-Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft ist eine tendenzbezogene Nebenpflicht. Die Gast-Mitgliedschaft ist zwar nicht zur Sicherung der Gegnerunabhängigkeit notwendig, die Gewerkschaft hat aber ein berechtigtes Interesse an der Gast-Mitgliedschaft als Symbol der inneren Geschlossenheit. Dieses ist gegen die negative Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG der Gewerkschaftsarbeitnehmer abzuwägen. Da, anders als bei den Kirchen, das

berechtigte Interesse der arbeitgebenden Gewerkschaft nach einem objektivem Maßstab bestimmt wird, ist die erforderliche Nähe zur Tendenzverwirklichung nur bei den Tendenzträgern groß genug, um schwerer zu wiegen als die negative Vereinigungsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer.

Ungeachtet der vereinsrechtlichen Zulässigkeit und der Vereinbarkeit mit § 107 GewO, wenn die Selbstkosten der Mitgliedschaft als Beitrag verlangt werden, folgt aus der praktischen Konkordanz, daß für die allein im Interesse des Arbeitgebers liegende, symbolische Mitgliedschaft kein Beitrag verlangt werden kann. Das damit verbundene rein fiskalische Interesse ist aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht geschützt. 1409

Insbesondere bei Arbeitnehmern aus verselbständigten Einrichtungen sind von ihrem Organisationsbereich her mehrere DGB-Gewerkschaften einschlägig. Eine Klärung durch einen Spruch des DGB-Schiedsgerichts oder einen Vergleich zwischen den Gewerkschaften hat es bisher nicht gegeben. Aus §§ 133, 157 BGB folgt, daß die Verpflichtung sich auf die Gast-Mitgliedschaft in der arbeitgebenden Gewerkschaft bzw. der Gewerkschaft bezieht, die Konzernmutter der verselbständigten Einrichtung ist. 1410

Gegenüber der Pflicht zur arbeitgeberrnützigen Gast-Mitgliedschaft, welche die negative Vereinigungsfreiheit der Gewerkschaftsarbeitnehmer berührt, ist das Recht, dem VGB beizutreten, von der positiven Koalitionsfreiheit umfaßt. Der Beitritt stellt keinen Verstoß gegen Tendenztreuepflichten dar. 1411

Die Gewerkschaften haben keine besonderen Regeln aufgestellt, um im eigenen Bereich das „*whistleblowing*“ zu fördern. Die Verschwiegenheitspflicht der Gewerkschaftsarbeitnehmer bezieht sich auf die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Zu letzteren gehören alle Informationen, deren Geheimhaltung Voraussetzung oder zweckdienlich für die Tendenzverwirklichung ist. Betriebsgeheimnisse beziehen sich, wie bei anderen Unternehmen, auf die betrieblichen Abläufe und die Art und Weise, wie die Tendenz umgesetzt wird. Rechtswidriges Handeln der Gewerkschaften ist hingegen so wenig wie in anderen Unternehmen als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis geschützt. Der Ruf der Gewerkschaften erfordert insofern keine darüber hinausgehenden Schutzrechte.

Während im Zivilprozeß Gewerkschaftsarbeitnehmer als Zeugen keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse offenbaren müssen, besteht im Strafprozeß auch für Rechtsschutzsekretäre – und damit im Gegensatz zu Rechtsanwälten – kein Zeugnisverweigerungsrecht. 1412

Gegenüber der Öffentlichkeit haben die Gewerkschaftsarbeitnehmer und insbesondere die Tendenzträger ihre ggf. von der festgelegten Tendenz abweichende Ansicht weitgehend zurückzuhalten. Geben sie rechts- 1413

widriges Verhalten der arbeitgebenden Gewerkschaft bekannt, fordert der Tendenzschutz keinen verstärkten Geheimnisschutz.

- 1414** Bei dem Anprangern der arbeitgebenden Gewerkschaft wegen der eigenen Arbeitsbedingungen droht den Gewerkschaften ein besonderer Ansehensverlust und es erschwert möglicherweise die Tendenzverwirklichung in der Auseinandersetzung mit anderen Arbeitgebern. Gleichwohl sind die Gewerkschaften nicht grundsätzlich davor geschützt, daß ihre Arbeitnehmer wahre Darstellungen ihrer Arbeitsbedingungen öffentlich bekannt machen.
- 1415** Die Grundsätze der eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung finden auch bei den Gewerkschaftsarbeitnehmern Anwendung. Insbesondere von Tarifsekretären, Streikorganisatoren und Pressesprechern wird verlangt, daß sie zur Tendenzverwirklichung auch die Grenzen der rechtmäßigen Auseinandersetzung ausschöpfen. Für die Vertretung durch Rechtsschutzsekretäre gelten die gleichen Sorgfaltsanforderungen wie für Rechtsanwälte. Die Tätigkeit dieser Gewerkschaftsarbeitnehmer ist damit gefahrgeneigt. Relevant wird dies bei der Bemessung der Haftungsquote. Auch daß bei rechtswidrigen Streiks hohe Schäden entstehen können und daß die Entgelte der Gewerkschaftssekretäre keine Risikoprämie enthalten, sprechen regelmäßig für eine weitgehende Enthftung der Gewerkschaftssekretäre im Innenverhältnis.
- 1416** Das TzBfG erwähnt den Tendenzschutz an keiner Stelle. Dennoch ist die ursprünglich für Rundfunkanstalten geschaffene Sachgrundbefristung gem. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG so auszulegen, daß die „Eigenart des Arbeitsverhältnisses“ auch in dem koalitionspolitischen Tendenzschutz liegen kann. Bei der sachgrundlosen Befristung gilt auch im DGB-Verbund und in den einzelnen Konzernen der DGB-Gewerkschaften, daß jedes rechtliche selbständige Unternehmen nicht „derselbe Arbeitgeber“ wie die herrschende Gewerkschaft bzw. eine andere DGB-Gewerkschaft sein kann. Die Verschmelzung zu ver.di hat die befristungsrechtliche Arbeitgeberidentität der Quellgewerkschaften aufgehoben.
- 1417** Auch im KSchG ist der Tendenzschutz nicht erwähnt. Gleichwohl muß der Tendenzschutz bei der Kündigung von Tendenzträgern als tendenzbezogener Maßnahme berücksichtigt werden. Anders als bei den Kirchen können die Arbeitsgerichte aber nach objektivem Maßstab darüber entscheiden, ob und inwiefern der Tendenzschutz im Rahmen der sozialen Rechtfertigung resp. bei dem wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB zum Tragen kommt. Bei der Mitgliedschaft in einer gegnerischen Vereinigung gilt regelmäßig der Maßstab der verhaltensbedingten Kündigung.
- 1418** Hingegen sind die Voraussetzungen einer personenbedingten Kündigung zu prüfen, wenn der Gewerkschaftsarbeitnehmer zur Gastmitgliedschaft verpflichtet ist und ausgeschlossen worden ist. Dies gilt unabhängig

davon, ob der Ausschluß auf Ursachen beruht, die ihrerseits zum willensgesteuerten Verhalten gehören. Bei der personenbedingten Kündigung wegen zuvorigen Vereinsausschlusses kommt der inzidenten Prüfung des Vereinsausschlusses besondere Bedeutung zu.

Weitere Fälle der personenbedingten Kündigung sind die Kündigung auf Druck seitens der Mitglieder und die Kündigung wegen Gewissenskonflikten. Aus der extensiven Auslegung des *ultima ratio*-Prinzips durch das BAG folgt, daß auch bei der personenbedingten Kündigung aus Tendenzgründen der Vorrang der Änderungskündigung gilt. 1419

Bei der betriebsbedingten Kündigung fällt zunächst auf, daß das BAG den Fall der Ausgliederung des DGB Rechtsschutzes und den Rheumaklinik Bad Bramstedt-Fall trotz Vergleichbarkeit unterschiedlich entschieden hat – ohne dabei aber auf eine besondere Stellung der Gewerkschaften oder den Tendenzschutz zu rekurrieren. Bei richtigem Verständnis der freien Unternehmerentscheidung scheidet eine Steigerung dieser Freiheit durch den Tendenzschutz aus. Die vorzunehmende Sozialauswahl greift in die Personalautonomie des Arbeitgebers ein, so daß sie bei den Gewerkschaften als Tendenzunternehmen ihre Grenzen ihrerseits im Tendenzschutz findet. Dementsprechend ist die Vergleichbarkeit bei Tendenzträgern einengend und der Leistungsträgerbegriff aus Tendenzschutzgründen erweiternd auszulegen. 1420

### § 5 Koalitionsrecht:

Ver.di geriert sich als Gewerkschaft für Gewerkschaftsarbeitnehmer. Der ver.di-Organisationsbereich weist dafür den Titel „Gewerkschaftsverwaltungen“ auf. Die Auslegung ergibt, daß mit „Verwaltungen“ bloß eine sprachliche Anlehnung an § 23 KSchG gewollt ist, inhaltlich aber Betriebe gemeint sind, und zwar nicht nur die Betriebe einzelner Gewerkschaften, sondern auch die der Spitzenverbände. Die verselbständigten Einrichtungen wie die DGB Rechtsschutz GmbH sollen vom ver.di-Organisationsbereich bei teleologischer Auslegung der Satzung als wirtschaftliche zugeordnete Dienstleistungsbetriebe der Gewerkschaften ebenfalls erfaßt werden. Damit würde ver.di auf diesem Gebiet mit der NGG um rechtlich verselbständigte Gewerkschaftskantinen und die Hotellerie der Seminaranbieter sowie mit der GEW um das Lehrpersonal der Bildungseinrichtungen konkurrieren. 1421

Allerdings erfüllt keine der DGB-Gewerkschaften die Voraussetzungen einer Koalition für die Arbeitnehmer dieser Betriebe: Gegnerfreiheit, sofern sie verlangt wird, wäre zwar gegeben. Die Mandate von ver.di-Funktionären im DGB führen nicht dazu, daß der DGB damit als Arbeitgeber und damit als Tarifgegner in ver.di repräsentiert wäre. 1422

- 1423** Es fehlt aber an der Gegnerunabhängigkeit. Seit vielen Jahrzehnten ist die Vertretung von Gewerkschaftsarbeitnehmern des DGB-Verbands durch die HBV resp. nunmehr ver.di der einzige, nicht offensichtliche Anwendungsfall dieses Tatbestandsmerkmals. Anders als zur sozialen Mächtigkeit fehlt eine konkretisierende höchstrichterliche Rechtsprechung zur Gegnerunabhängigkeit. Bei teleologischer Auslegung zählt zu ihren Voraussetzungen, daß die Koalition einen autonomen Willen bilden kann und unabhängig genug ist, um diesen nachhaltig und wirksam zu vertreten. Als Indizien der Abhängigkeit gelten personelle Verflechtungen, organisatorische Verbindungen oder freiwillige Zuwendungen des Gegners.
- 1424** Bisher war mangels praktischer Anwendungsfälle die Interessenkollision als ein gewichtiges Gegenindiz vernachlässigt worden – Gegnerunabhängigkeit ist demnach auch ein Antagoniegebot.
- 1425** Methodisch ist die Unabhängigkeit aufgrund der Maßgeblichkeit der Umstände des Einzelfalls durch Abwägen der Indizien und Gegenindizien festzustellen. Für ihre eigenen Arbeitnehmer kann ver.di nicht gegnerunabhängig sein, da die Gegnerunabhängigkeit überhaupt erst zwei rechtlich verschiedene Vereinigungen als Gegner voraussetzt.
- 1426** Gegenüber der DAA Stiftung kann ver.di zwar kein herrschendes Unternehmen im konzernrechtlichen Sinn sein, hat aber einen stiftungsrechtlich nicht unzulässigen, gleichwohl materiell beherrschenden Einfluß über das Recht, die Mehrheit der Vorstands- und Kuratoriumssitze zu bestimmen. Nach dem vergleichend heranzuziehenden Maßstab des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG wäre ebenfalls ein den Mitbestimmungstatbestand auslösender beherrschender Einfluß gegeben.
- 1427** Gegenüber dem DGB sind die Ämter von ver.di-Organmitgliedern im DGB zunächst kein entscheidendes Indiz für eine Abhängigkeit vom DGB. Ver.di steht aber unter äußerem Einfluß des DGB, welcher aus dem System der Leistungen an und der erhobenen Umlagen von den Mitgliedsgewerkschaften folgt. Bereits für sich schon entscheidendes Gewicht kommt aber dem Indiz der Interessenkollision zu, falls ver.di in einer Tarifauseinandersetzung mit dem DGB stünde.
- 1428** Die ideelle und materielle Verbundenheit sowie die Einbindung in das Konstrukt der Einheitsgewerkschaft indiziert, daß ver.di einen Arbeitskampf gegen den DGB in letzter Konsequenz nicht allein an den Interessen der DGB-Arbeitnehmer orientieren würde. Das tatsächliche Auftreten ver.di als Gewerkschaft gegenüber der SPD und der DGB Rechtsschutz GmbH gerade auch im Vergleich zum Verhalten der IG Medien gegenüber dem Bund-Verlag sprechen ebenfalls gegen die Gegnerunabhängigkeit.

Die Interessenkollision und das tatsächliche Verhalten sind auch die entscheidenden Indizien, die gegenüber anderen DGB-Gewerkschaften auf fehlende Gegnerunabhängigkeit schließen lassen. Dies gilt auch gegenüber deren rechtlich verselbständigten Einrichtungen. Die Fiskalinteressen stehen der Gegnerunabhängigkeit ver.di und der KOMBA gegenüber der BHW-Holding aufgrund der bedeutenden Finanzbeteiligung entgegen.

Sofern die anderen DGB-Gewerkschaften als Arbeitgeber einem Arbeitgeberverband für entsprechende Dienstleistungen beitreten können – z.B. ar.di – und dort als Mitglieder keinen maßgeblichen Einfluß haben, könnte der Arbeitgeberverband einen Branchentarifvertrag mit Wirkung für die arbeitgebenden Gewerkschaften schließen. Entsprechendes gilt für Unternehmen der gewerkschaftlichen Gemeinwirtschaft. 1429

Abgesehen von der Koalitionsvoraussetzung der Gegnerunabhängigkeit fehlt es ver.di aber auch an der Tariffähigkeit. Das folgt allerdings noch nicht aus deren Voraussetzung der Anerkennung des geltenden Tarifrechts. Während die Gegnerunabhängigkeit und die Mächtigkeit in erster Linie die Mitglieder schützen, dient das Anerkennungsgebot primär dem Schutz des Tarifpartners und der Allgemeinheit vor einer Tarifpartei, die nicht willens oder in der Lage ist, die rechtlichen Regeln einzuhalten. Das Gebot ist damit Ausdruck des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, demzufolge das Recht nicht den schützt, der sich selbst außerhalb des Rechts stellt. Ein unverschuldeter Rechtsirrtum begründet für sich noch keine Nichtanerkennung des Tarifrechts. 1430

Die Leistungsfähigkeit ver.di ist zwar aufgrund der personellen Ausstattung der zuständigen Fachgruppe FoKus auf diesem Stand nicht völlig zweifelsfrei, zugunsten ver.di ist aber anzunehmen, dass ver.di die Möglichkeit hätte, weitere Ressourcen für diese Arbeit bereitzustellen, um bestehende Zweifel zu beseitigen. 1431

Hinsichtlich der Durchsetzungsfähigkeit, welche relativ, d.h. geltungsbereichsbezogen, zu verstehen ist, hat ver.di außerhalb von ver.di und ihren verselbständigten Einrichtungen kaum Mitglieder, da dort jeweils nur Gastmitgliedschaften in der arbeitgebenden Gewerkschaft bestehen. Der fehlende Organisationsgrad würde sich nur dann nicht auswirken, wenn die anderen DGB-Gewerkschaften einem Arbeitgeberverband, z.B. ar.di, beiträten und ver.di diesem gegenüber insgesamt aufgrund des Organisationsgrads bei anderen ar.di-Mitgliedern durchsetzungsfähig wäre. 1432

Ver.di fehlende Gegenerunabhängigkeit und die fehlende Durchsetzungsfähigkeit führen zur Funktionslosigkeit der entsprechenden Bestimmungen im Organisationskatalog, nicht aber zu deren Unwirksamkeit oder zu einem Beseitigungsanspruch des VGB. 1433

- 1434 Auch die Konkurrenten der DGB-Gewerkschaften, insbesondere die christlichen Gewerkschaften, scheiden als Gewerkschaft für die Arbeitnehmer aus dem DGB-Verbund und umgekehrt aus. In diesen Fällen besteht eine Interessenkollision aus dem Konkurrenzverhältnis mit umgekehrten Vorzeichen, d.h. die Konkurrenzsituation indiziert, daß die Tarifauseinandersetzung nicht unwesentlich auch von einer Schädigungsabsicht geprägt wäre.

Als Koalition für Gewerkschaftsarbeitnehmer (mit Ausnahme solcher des VGB) kommt nur der VGB in Betracht. Die Bildung einer Gewerkschaftsarbeitnehmerkoalition ist zulässig und aus Art. 9 Abs. 3 GG geschützt. Zweifel an der Gegnerunabhängigkeit des VGB bestehen entgegen der Ansicht von *Plander* nicht. Daß die VGB-Mitglieder auch Mitglieder der arbeitgebenden Gewerkschaften sind, ist keine personelle Verflechtung, da der arbeitgebenden Gewerkschaft jeglicher Einfluß auf das Stimmverhalten ihrer Arbeitnehmer als Mitglieder des VGB fehlt.

- 1435 Fehlende Überbetrieblichkeit ist ein Indiz für fehlende Gegnerunabhängigkeit. Dem VGB fehlt es aber nicht an der Überbetrieblichkeit, nur weil der Organisationsschwerpunkt bei der DGB Rechtsschutz GmbH liegt. Seinem Organisationsbereich und seiner Aufgabenwahrnehmung nach wird er für den gesamten DGB-Verbund tätig. Die Tarifwilligkeit ist durch mehrere Verhandlungsangebote und die Bildung von Tarifkommissionen belegbar.
- 1436 An die Leistungsfähigkeit sind den Betreuungsaufgaben entsprechend angemessene Anforderungen zu stellen. Aufgrund des eng gefassten Organisationsbereichs sind diese nicht mit denen einer Großgewerkschaft vergleichbar und erfordern dementsprechend geringe Ressourcen. Ein kleiner zentralisierter Apparat mit überwiegend ehrenamtlichen Mitarbeitern kann ausreichen. Diese Voraussetzungen erfüllt der VGB, der zudem über seine Internet-Präsenz seine aktuellen und potentiellen Mitglieder informiert. Der Forderung von *Kempen* nach einer finanziellen Mindestausstattung zur Finanzierung von Streikgeld und möglichen Schadensersatzleistungen an den Arbeitgeber wird nicht gefolgt.
- 1437 Hinsichtlich der Durchsetzungskraft kann dem Beschluß der DGB-Gewerkschaften und des DGB, den VGB zu ignorieren, nicht die Bedeutung zukommen, der VGB sei nicht in der Lage „so viel Druck auszuüben, daß die Arbeitgeberseite sich veranlaßt sieht, sich auf Verhandlungen einzulassen“. Anderenfalls hätte es die Arbeitgeberseite in der Hand, sich durch konsequente Verweigerung des Tarifpartners zu entledigen. Relevant ist nur, ob nach objektivem Maßstab ausreichender Druck erzeugt werden kann, um ernst genommen zu werden. Da der VGB bisher noch keine Tarifverträge abgeschlossen hat, folgt daraus kein positives, aber auch kein negatives Indiz.

Für die anzustellende Prognose kommt dem Organisationsgrad besondere Bedeutung zu. Dieser liegt, zumindest bezogen auf einzelne Unternehmen, von denen Haustarifverträge gefordert werden (DGB Rechtsschutz GmbH und ver.di), in den vom BAG im UFO- und CGM-Beschluß genannten Größenordnungen. Der VGB organisiert auch großenteils Funktionseliten. Die Gewerkschaftssekretäre sind Tendenzträger und von ihren Arbeitgebern kurzfristig nicht zu ersetzen. Fällt ihre Tätigkeit aus, kann sie auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden. Die von *Plander* attestierte Fähigkeit, die Gewerkschaften sogar „wie an Nasenringen durch die Tarifarena“ führen zu können, spricht ebenfalls für die Druckfähigkeit des VGB. 1438

Zudem ist bei der Druckfähigkeit auch zu berücksichtigen, daß der VGB neben dem klassischen Erzwingsmittel des Streiks massiven medialen Druck entfalten kann. Daß der VGB in einem Verfahren um die Inanspruchnahme von Rechten, die nach Ansicht des BAG nur tariffähigen Koalitionen zustehen, seine Tariffähigkeit nicht behauptet hat und seine Klage dementsprechend abgewiesen wurde, führt nicht dazu, daß die fehlende Tariffähigkeit rechtskräftig festgestellt wäre. Zur Entscheidung über die Tariffähigkeit könnte der VGB ein Verfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG einleiten.

Die Organisationsautonomie stellt es dem VGB auch frei, seinen Organisationsbereich auf den DGB-Verbund zu beschränken. Ein Aufnahmeanspruch der Arbeitnehmer anderer Koalitionen besteht nicht, da die Beschränkung auf Arbeitnehmer, die nicht gegenläufigen oder grundsätzlich konkurrierenden koalitionspolitischen Bestimmungen dienen, ihrerseits vom Tendenzschutz umfaßt ist. Der VGB hat auch die Wahl zwischen verschiedenen Organisationsprinzipien und die Wahl, wie weit er sich untergliedert. 1439

Für die Arbeitnehmer von Arbeitnehmerkoalitionen außerhalb des DGB-Verbunds bietet der VGB derzeit keine Lösung. Dies betrifft zunächst die Arbeitnehmer des VGB selbst. Sie können wegen einer Interessenkollision und der daraus folgenden Gegnerunabhängigkeit ver.di gegenüber dem VGB nicht von ver.di vertreten werden. Ihnen stehen aber die DHV als Gewerkschaft offen. 1440

Die Arbeitnehmer der christlichen Gewerkschaften können nicht von ver.di vertreten werden und der VGB will sie nicht vertreten. Dieser weiße Fleck in der Tariflandschaft ist hinzunehmen, da das Fehlen einer gewerkschaftlichen Vertretung diesen Arbeitnehmern bekannt ist. 1441

Die Gewerkschaften sind als Arbeitgeber gem. § 2 Abs. 1 TVG tariffähig und können diese Tariffähigkeit auch nicht beseitigen. Eine teleologische Reduktion der Norm ist nicht vorzunehmen. Den Gewerkschaften steht als 1442

Arbeitgebern auch das Koalitionsrecht zu. Sie können in ihrer Funktion als Arbeitgeber grundsätzlich Arbeitgeberverbandsmitglied werden.

- 1443 Ein gegnerischer Arbeitgeberverband, z.B. ar.di, könnte aber bspw. ver.di nur aufnehmen, wenn er einen eigenen, abgeschotteten Fachbereich einrichtet – ansonsten entfielen die Gegnerunabhängigkeit ar.dis, welche auch bei Arbeitgeberverbänden Koalitionsvoraussetzung ist. Soweit neben der Gegnerunabhängigkeit die Gegnerfreiheit gefordert wird, entfielen diese erst, wenn der Beitritt von Gewerkschaften als Arbeitgeber die Erheblichkeitsschwelle überschreitet.
- 1444 Der DGB kann nach derzeitiger Satzungslage nicht die Funktion eines Arbeitgeberverbands für seine Mitgliedsgewerkschaften wahrnehmen. Gegnerunabhängigkeit und die Mindestanforderungen an die demokratische Organisation wären erfüllt. Die Tarifverträge des DGB mit dem VGB könnten aber nicht für den DGB als Arbeitgeber selbst gelten.
- Eine Alternative zu bestehenden Arbeitgeberverbänden und dem DGB als Arbeitgeberverband wäre die Gründung eines neuen Arbeitgeberverbands. Die Arbeitgeber des DGB-Verbunds könnten aber auch eine Tarifgemeinschaft bilden oder mehrgliedrige Tarifverträge schließen.
- 1445 Zu den Betätigungsrechten des VGB gehört die Werbung sowohl in Form der Mitglieder-, als auch in Form der Sach- und Zielwerbung. So wie es auch bei der Agitation konkurrierender Gewerkschaften zu einer Grundrechtskollision von Art. 9 Abs. 3 GG mit Art. 9 Abs. 3 GG kommt, sind auch das Werberecht des VGB und der Tendenzschutz der arbeitgebenden Gewerkschaft schonend auszugleichen.
- 1446 Es darf keine Existenzvernichtung angestrebt werden, und die Grenze der reinen Schmähkritik und der erweislichen Wahrheit ist zu achten. Die Gewerkschaftsarbeitnehmer selbst haben kein Recht darauf, von jeder Lebensäußerung des VGB verschont zu werden; umgekehrt darf der VGB die Grenze des unzulässigen Bedrängens nicht überschreiten. Die *Däublersche* Eskalationstheorie ist abzulehnen.
- 1447 Für das Zutrittsrecht von VGB-Beauftragten zu den Gewerkschaftsbetrieben gelten keine besonderen Beschränkungen. Die kirchenspezifischen Beschränkungen greifen für die bloß tendenzgeschützten Gewerkschaften nicht. Der VGB ist auch nicht gehindert, sich an die Öffentlichkeit oder die Mitglieder der arbeitgebenden Gewerkschaften zu wenden und bei Ihnen um Unterstützung zu werben.
- 1448 Die Rechte aus dem BetrVG stehen dem VGB unabhängig von seiner Tariffähigkeit zu. Die entgegenstehende Rechtsprechung des BAG, welches am einheitlichen Gewerkschaftsbegriff festhält, erweist gerade am Spezialfall des VGB ihren Fehler, aufstrebenden Koalitionen Betätigungsfelder ohne sachlichen Grund zu versperren. Der Tendenzschutz der arbeitgebenden

Gewerkschaften ist durch die Rechte des VGB aus dem BetrVG kaum berührt und schränkt diese daher auch nicht ein.

Zu den wesentlichen betriebsverfassungsrechtlichen Rechten des VGB als Koalition gehören insbesondere das Zutrittsrecht zum Betrieb, das Teilnahmerecht an Betriebsversammlungen und die Rechte bei Betriebsratswahlen. Die Präsenz betriebsunabhängiger Arbeitnehmervertreter ist tendenzneutral und kann insbesondere in Gewerkschaftsbetrieben die beabsichtigte Schutzfunktion zugunsten der Gewerkschaftsarbeitnehmer entfalten. 1449

Hingegen gilt der Ausschluß der Unternehmensmitbestimmung von Koalitionen in Tendenzunternehmen auch für den VGB. 1450

Zu den Betätigungsrechten des VGB zählt bei gegebener Tariffähigkeit gerade auch der Abschluß von normativ wirkenden Tarifverträgen. Die Tarifautonomie gilt als Regelungskonzept grundsätzlich auch bei Tendenzunternehmen; für die Gewerkschaften gilt keine Ausnahme. Daß Tarifverträge für Gewerkschaftsarbeitnehmer derzeit nicht tarifüblich sind, ist ein faktischer Befund, dessen rechtliche Auswirkungen sich auf § 77 Abs. 3 BetrVG beschränken. Es gibt aber keinen rechtlich verfestigten Bestandsschutz der Tariffreiheit für die Gewerkschaften. 1451

Dem Tendenzschutz ist zugunsten der Gewerkschaften im Rahmen der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen Rechnung zu tragen. Im Gegensatz zur Unternehmenspolitik im allgemeinen ist die Tendenzbestimmung auch nicht in bloß schuldrechtlich wirkenden Koalitionenverträgen regelbar. Hingegen bedeutet der Tendenzschutz für die grundsätzlich tarifvertraglich regelbaren Arbeitsbedingungen auch bei tendenzrelevanten Regelungsgegenständen kein Regelungs-, sondern nur ein Kampfverbot. 1452

Der freiwillige Abschluß einer solchen tariflichen Regelung unterliegt nur den Grenzen des Tendenzverzichts. Einen Rechtsanspruch auf Verhandlungen gibt es auch und gerade gegenüber den tendenzgeschützten Gewerkschaften nicht. 1453

Das grundsätzliche Recht zum Streik als Voraussetzung der Tarifautonomie entfällt weder gegenüber Tendenzunternehmen allgemein noch gegenüber Gewerkschaften. Umgekehrt hat der VGB die allgemeinen Grenzen des Streiksrechts zu beachten. Aus der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsmitglieder folgt nicht, daß ihre Gewerkschaft nicht bestreikt werden dürfte. Zwar erbringen die Gewerkschaften eine von der Verfassung besonders hervorgehobene Dienstleistung; durch die gesetzliche Nachwirkung und die Tarifüblichkeitssperre sind die Gewerkschaftsmitglieder 1454

aber auch für den Fall abgesichert, daß ihre Gewerkschaft infolge eines gegen sie gerichteten Streiks vorübergehend handlungsunfähig ist.

- 1455 Die Druckfähigkeit des VGB ist nicht mit einem strukturellem Übergewicht gleichzusetzen, welches als Störung der Kampfparität Beschränkungen des Streikrechts zur Folge hätte. Das Streikrecht darf aber weder mißbräuchlich ausgeübt oder subjektiv gegen eine bestimmte Tendenz gerichtet sein. Hingegen suspendiert es das Streikrecht des VGB grundsätzlich nicht, daß die bestreikte oder zu bestreikende Gewerkschaft, gerade selbst einen Streik führt.
- 1456 Eine Ausnahme gilt, falls sie von einer Angriffsaussperrung betroffen sind. Den Gewerkschaften ist es rechtlich nicht verwehrt, als Arbeitgeber von dem allgemeinen Recht zur Aussperrung Gebrauch zu machen. Ein freiwilliger Verzicht darauf, führt nicht zu einer Störung der Kampfparität.
- 1457 Nach dem vom BAG betonten Grundsatz der Kampfmittelfreiheit kann auch der VGB das Kampfmittel mit der maximalen Wirksamkeit zu dem für ihn günstigsten Zeitpunkt auswählen. Nach der abzulehnenden Auffassung, derzufolge Unterstützungstreiks zulässig sind, könnte der VGB seinen Organisationsschwerpunkt bei der DGB Rechtsschutz GmbH nutzen, um Streiks gegen die einzelnen Gewerkschaften zu unterstützen.
- 1458 Sofern der VGB sich als nicht tariffähig erweisen sollte oder Inhalte vereinbaren möchte, die tarifvertraglich nicht regelbar sind, kommt ein Koalitionenvertrag mit der arbeitgebenden Gewerkschaft in Betracht. Auch und gerade der Abschluß solcher Verträge ist eine von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsbetätigung. Allerdings darf der Abschluß nicht durch Streiks erzwungen werden. Hingegen kann der VGB die Ausübung von Individualrechten zur Druckerzeugung koordinieren, um eine Forderung durchzusetzen.

### **§ 6 Mitbestimmung:**

- 1459 Anders als die Unternehmensmitbestimmung ist die betriebliche Mitbestimmung bei den Gewerkschaften nicht absolut ausgeschlossen. Insbesondere die Normen über die Betriebsverfassungsorganisation ist weitgehend tendenzneutral.
- 1460 Die regionalen Untergliederungen der Gewerkschaften haben i.d.R. kein Selbstauflösungsrecht und sind daher, anders als die Untergliederungen der Parteien, keine eigenständigen Rechtssubjekte. Demzufolge müssen die Betriebsräte der Landesbezirke in den Gesamtbetriebsrat der Bundesorganisation entsenden und können nicht auf Bezirksebene (Unter-) Gesamtbetriebsräte bilden. Wiewohl die DGB-Gewerkschaften ihre ausgliederten Unternehmen mit koalitionspolitischer Bestimmung über

Treuhandgesellschaften beherrschen, kann bei ihnen ein Konzernbetriebsrat errichtet werden – davon wird bisher kaum Gebrauch gemacht.

Die DGB-Gewerkschaften präferieren die Gesamtbetriebsräte als Regelungspartner gegenüber den örtlichen Betriebsräten. Auch eine satzungsmäßige Regelung ändert aber nichts an der zwingenden gesetzlichen Kompetenzverteilung. Für deren Tatbestandsmerkmal des „nicht anders regeln-Könnens“ ließ das BAG bei den Gesamtbetriebsvereinbarungen der Gewerkschaften bisher zu unkritisch nicht näher geprüfte „Belange“ der Gewerkschaften ausreichen und stellte auf Besonderheiten bei den Gewerkschaften ab. Der Tendenzschutz rechtfertigt keine Sonderregelungen. Die Anleihen des BAG an die Dogmatik der für die Kirchen geltenden jedermanns-Formel sind ein weiteres Beispiel für die Erforderlichkeit, das Tendenzarbeitsrecht vom staatskirchenrechtlichen Denken zu befreien. 1461

Hingegen berücksichtigt das BAG den Tendenzschutz nicht ausreichend bei der Beseitigung von freiwilligen, zusätzlichen Gremien. Bei Gewerkschaften kann ein Tendenzschutzverzicht durch Übertragung tendenzrelevanter Kompetenzen auf ein solches Gremium wegen des Verbots der Fremdbestimmung nur wirksam erfolgen, wenn ein kurzfristiges Lösungsrecht – sei es durch Widerruf oder Teilkündigung – besteht. 1462

Bei Betriebsversammlungen gelten zusätzlich zu den gesetzlichen auch aus dem Tendenzschutz folgende Themenbeschränkungen. Diese haben auch die VGB-Vertreter zu beachten. 1463

Bei der betriebsverfassungsrechtlichen Kostenerstattung folgt aus dem Tendenzschutz wiederum kein Sonderschutz gewerkschaftlichen Vermögens. Hinsichtlich der Anschaffung von Fachliteratur, dem Besuch von Seminaren und dem Hinzuziehen von Experten und Anwälten gilt kein Vorrang von Angeboten gewerkschaftlicher oder gewerkschaftsnaher Dienstleister. Der Tendenzschutz schränkt das Auswahlermessen der Betriebsräte nicht ein. Der VGB als Anbieter hat das koalitionsrechtliche Gewinnverbot zu beachten. 1464

Die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten gegenüber Tendenzträgern betrifft bei Gewerkschaften regelmäßig tendenzbezogene Maßnahmen, so daß sie gem. § 118 Abs. 1 BetrVG keine Anwendung findet. Die Mitbestimmungsrechte reduzieren sich insoweit auf Konsultationsansprüche: Die Gewerkschaft kann Ethikrichtlinie und Tendenzstatute mitbestimmungsfrei einführen, Dies gilt auch gegenüber nicht-Tendenzträgern. 1465

Entgegen der Rspr. des BAG kann die arbeitgebende Gewerkschaft auch mitbestimmungsfrei die Lage der Arbeitszeit festlegen. Bei tendenzbezogenen Leistungsentgeltsystemen finden auch § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG keine Anwendung. 1466

- 1467 Bei den personellen Einzelmaßnahmen gegenüber Tendenzträgern kommt es für den Tendenzschutz regelmäßig nicht darauf an, ob die Gewerkschaft aus tendenzbezogenen oder tendenzneutralen Gründen handelt. Entgegen der h.M. umfaßt der Anhörungsanspruch jedenfalls nicht die Begründung der Kündigung. Ein Widerspruch des Betriebsrats kann aus Tendenzschutzgründen keinen Weiterbeschäftigungsanspruch auslösen. Entgegen der h.M. steht der Tendenzschutz einer Mitbestimmung nach § 104 BetrVG entgegen.
- 1468 Bei Betriebsänderungen gilt für den Betriebsrat bloßes „Dulden und Liquidieren“. Für den Ausgleich und die Milderung von wirtschaftlichen Nachteilen der Gewerkschaftsarbeitnehmer folgt andererseits aus dem Tendenzschutz kein Schutz rein fiskalischer Interessen. Als Besonderheit bei den Gewerkschaften berücksichtigungsfähig sind die spezifischen Nachteile ehemaliger Gewerkschaftsarbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt gerade aufgrund dieser Art der Vorbeschäftigung.
- 1469 Bei den tarifersetzenden Betriebsvereinbarungen geht ver.di soweit, einen Vorrang dieses Gestaltungsmittels vor allen anderen Regelungsmöglichkeiten satzungsmäßig zu statuieren. Die Prämisse des BAG, Gewerkschaften könnten im Hinblick auf ihre besondere Stellung als Gewerkschaft und Arbeitgeber keine Tarifverträge schließen, ist verfehlt und ohne Bedeutung: Die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Betriebsvereinbarung gelten bei Gewerkschaften uneingeschränkt.
- 1470 Der Tendenzschutz erweitert nicht den Regelungsspielraum der Betriebspartner. Da der VGB bisher keine Tarifverträge abgeschlossen hat, gehen der Tarifvorrang und -vorbehalt ins Leere. Die tarifersetzenden Betriebsvereinbarungen sind zudem gerade deshalb kollektives Betteln, weil wegen des Tendenzschutzes die Erzwingbarkeit weitgehend entfällt. Ver.di's Versuch, auch noch aufgrund einer Satzungsermächtigung ein einigungsstellenersetzendes, besonderes Konfliktlösungsverfahren zu schaffen, ist unwirksam. Der Tendenzschutz wirkt passiv-schützend gegenüber der Mitbestimmung, erleichtert jedoch nicht das Schaffen kollektiver Regelungen gegen den Willen des Betriebsrats. Dennoch gibt es keinen Sonderkonkurrenzschutz für den VGB vor solchen Vereinbarungen.
- 1471 Für das Verhältnis zu individualvertraglichen Regelungen gilt nach h.M. das Günstigkeitsprinzip, soweit die Individualregelung nicht betriebsvereinbarungsoffen ist. Soweit für Betriebsvereinbarungen zu Regelungsgegenständen des § 87 Abs. 1 BetrVG wegen ihrer Ausgleichsfunktion eine Ausnahme gefordert wird, kann dies gerade bei Gewerkschaften wegen der fehlenden Erzwingbarkeit nicht gelten. Aus der staatlichen Verantwortung für die Betriebsverfassung folgt gerade für die tarifersetzenden, nicht erzwingbaren Betriebsvereinbarungen eine gerichtliche Pflicht zur Inhalts-

kontrolle am Maßstab des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit.

Die Zwangsdarlehen und die Zwangsteilzeit aufgrund des ver.di-IASP 2003 genügen dem nicht. Bloß fiskalische Interessen der Gewerkschaft begründen keinen Tendenzschutz, so daß der allgemeine Maßstab für die Rechtfertigung in Eingriffe in Rechtspositionen der Arbeitnehmer gilt. 1472

### **§ 7 Gewerkschaften als Arbeitgeber im Gerichtsprozeß:**

Indem das BAG im VGB-Beschluß zunächst wegen § 50 Abs. 2 ZPO die aktive Parteifähigkeit des VGB bezweifelte, die Frage der Teilrechtsfähigkeit nichtrechtsfähiger Vereine dahinstehen ließ und die aktive Parteifähigkeit nur aus § 10 ArbGG herleitete, hat es Zweifel geweckt, ob es außerhalb des Anwendungsbereichs des § 10 ArbGG der Rechtsprechung des BGH folgt. 1473

Nach der vom BAG zu Unrecht erneut bekräftigten Lehre vom einheitlichen Gewerkschaftsbegriff bedeutet dies eine Diskriminierung nichttariffähiger Koalitionen bei der Verfolgung ihrer Rechte. 1374

Die Sonderpostulationsfähigkeit von Verbandsbevollmächtigten gemäß § 11 ArbGG ist kein Privileg, sondern verbandszwecknützig. Die Vertretung der arbeitgebenden Gewerkschaft in einem Prozeß, in dem sie als Arbeitgeber beteiligt ist, unterfällt diesem Zweck nicht, so daß die Sonderpostulationsfähigkeit insoweit nicht gegeben ist. Rechtssekretäre können ihre Gewerkschaft als Arbeitgeber aber nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ArbGG vertreten. 1375

Die Rechtssekretäre der DGB Rechtsschutz GmbH sind aber keine Angestellten der einzelnen DGB-Gewerkschaften. Wegen § 11 Abs. 3 ArbG dürfen sie die Gewerkschaften nicht vertreten, weil deren Prozeß für sie und die DGB Rechtsschutz GmbH eine fremde Angelegenheit ist. Dementsprechend dürfen die Rechtssekretäre der DGB Rechtsschutz GmbH gem. Art. 1 § 1 RBerG nicht die Rechtsangelegenheiten der DGB-Gewerkschaften als Arbeitgeber besorgen. Ein Ausweg besteht für die DGB-Gewerkschaften und ihre Einrichtungen, wenn der DGB sich auch als Arbeitgeberverband konstituiert und sie ihm als Arbeitgeber beitreten. 1376



## Literaturverzeichnis

- Adomeit*, Klaus: Das Günstigkeitsprinzip – neu verstanden, NJW 1984, 26
- Ders.*: Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, NJW 2002, 1622
- Ahlers*, Dieter: Die Rechtsanwalts-GmbH nach geltendem Recht, AnwBl 1991, 226
- Alexy*, Robert: Theorie der Grundrechte, 5. Aufl. 2006
- Altenhoff*, Rudolf/*Busch*, Hans/*Chemnitz*, Jürgen: Rechtsberatungsgesetz, 11. Aufl. 2001 (zitiert: RBerG/Bearbeiter)
- Alternativkommentar zum Grundgesetz: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Alternativkommentar, Band 1 (Art. 1-20), 1984 (zitiert: AK/Bearbeiter)
- Annuß*, Georg: Der Eingriff in den Arbeitsvertrag durch Betriebsvereinbarung, NZA 2001, 756
- ders.*: Der Vorrang der Änderungs- vor der Beendigungskündigung, NZA 2005, 443
- Arndt*, Klaus Friedrich/*Ebsen*, Ingwer: Mitbestimmung und Pressefreiheit, AuR 1977, 161
- Arntzen*, Arnd: Loyalität und Loyalitätsprobleme in kirchlichen Arbeitsverhältnissen: Eine Analyse des teilkirchlichen deutschen Arbeitsrechts und neuerer Leitungskonzepte im Caritasbereich, 2003.
- Assmann*, Katharina: Verlegermacht und innere Pressefreiheit – ein vergessener Konflikt, 2004
- Badura*, Peter: Staatsrecht – Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland; 3. Aufl. 2003
- Baecker*, Wolfgang: Grenzen der Vereinsautonomie im deutschen Sportverbandwesen, 1985
- Bär*, Fred: Die Schranken der inneren Vereinsautonomie – historisch-dogmatische Überlegungen zu einem Vereinsgesetz, 1996
- Bartholomeyczik*, Horst: Äquivalenz, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip, AcP 166 (1966), 30
- Bartodziej*, Peter: Ansprüche auf Mitgliedschaft in Vereinen und Verbänden, ZGR 1991, 517

- Barton*, Dirk Michael: EU-Richtlinie über die Einrichtung „Europäischer Betriebsräte“ und Tendenzschutz, Quelle: AfP 1994, 261
- Bauer*, Jobst-Hubertus: Vom Umgang mit dem arbeitsrechtlichen Mandat – Erfahrungen eines Kollegen, NZA 1999, 11
- ders.*: Betriebliche Bündnisse für Arbeit vor dem Aus?, NZA 1999, 960
- ders.*: Neue Spielregeln für Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, NZA 2000, 1039
- Bauer*, Jobst-Hubertus/*Lingemann*, Stefan: Stilllegung von Tendenzbetrieben am Beispiel von Pressebetrieben, NZA 1995, 813
- Bauer*, Jobst-Hubertus/*Opolony*, Bernhard: Arbeitsrechtliche Änderungen in der Gewerbeordnung, BB 2002, 1590
- Bauernfeind*, Heinz: Die Mitgliedschaft in Koalitionen, 1957
- Baumbach*, Adolf/*Fastrich*, Lorenz/*Hueck*, Götz: GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2006
- Baums*, Theodor: Der Geschäftsleitervertrag: Begründung, Inhalt und Beendigung der Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer in der Kapitalgesellschaft und Genossenschaften, 1987
- Beater*, Axel: Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB – zur Anwendbarkeit der Vorschrift auf Verfassungs- und Satzungsnormen, allgemeine Rechtsgrundsätze und Gesetzesumgehungen, AcP 197 (1997), 505
- Beckmann*, Heinz: Versicherungsangestellte und § 157 ZPO, JW 1937, 1379
- Beck'scher Kommentar: Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar (zitiert: BeckOK/Bearbeiter)
- Belling*, Detlev W.: Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984
- ders.*: Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 1990
- ders.*: Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2004, 885
- Bender*, Christian/*Vater*, Hendrik: Lückenhaft und unverbindlich – Der Deutsche Corporate Governance Kodex lässt auch nach der Überarbeitung wichtige Kernprobleme der Unternehmensüberwachung ungelöst, DStR 2003, 1807

- Berchtenbreiter, Angelika*: Kündigungsschutzprobleme im kirchlichen Arbeitsverhältnis: Zur Festlegung kirchenspezifischer Loyalitätspflichten und ihrer staatsgerichtlichen Kontrolle, 1984
- Berger-Delhey, Ulf*: Mitbestimmung der Betriebsvertretung bei Arbeitszeitregelungen gegenüber Redakteuren? NZA 1992, 441
- Bergmann, Joachim*: Organisationsstruktur und innergewerkschaftliche Demokratie, in: Bergmann, Joachim (Hrsg.), Beiträge zur Soziologie der Gewerkschaften, 1979
- Besgen, Nicolai*: Mitbestimmung unternehmerischer Sachentscheidungen kraft Tarif- oder Betriebsautonomie, ZfA 1984, 1
- ders.*: Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung, 1998
- Beuthien, Volker*: Die Verfassungsmäßigkeit der Zuordnung jeder eingetragenen Genossenschaft zu einem genossenschaftlichen Prüfungsverband, WM 1995, 1781
- Biberacher, Hansjoerg*: Betriebliche Rechtssetzungsmacht, 1983
- Biedenkopf, Kurt H.*: Grenzen der Tarifautonomie, 1964
- ders.*: Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Verhandlungen des 46. DJT, Bd. 1, Teil 1, 1966, S. 97
- Birk, Rolf*: „Tendenzschutz“ und Wirtschaftsausschuß, JZ 1973, 753
- ders.*: Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie im Bereich der Kirche und ihrer Einrichtungen, AuR 1979, 9
- Birkenheier, Manfred*: Wahlrecht für Ausländer, 1976
- Birnbaum, Christian*: Was sind die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“?, NZA 2003, 944
- Bischoff, Marcus*: Die Gewerkschaft in der Gewerkschaft, 2000
- Blank, Michael*: Die Tarifzuständigkeit der DGB-Gewerkschaften, 1996
- ders.*: Tarifzuständigkeiten nach der Gründung von ver.di, in: Oetker, Hartmut (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, Festschrift zum 50jährigen Bestehen des BAG, 2004, S. 597 (zitiert: FS BAG 50)
- Blankenburg, Erhard*: Rechtshilfebedürfnis und Rechtsberatung, 1978
- Bleckmann, Albert*: Probleme des Grundrechtsverzichts, JZ 1988, 57
- Bleistein, Franzjosef*: Rechtsfragen anlässlich der Vorverhandlungen zum Abschluß eines Arbeitsvertrags, BlStSozArbR 1969, 172
- Blomeyer, Arwed*: Gewissensprivilegien im Vertragsrecht?, JZ 1954, 309

- Blomeyer*, Wolfgang: Die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers – ein zentraler Begriff des Ruhegeldrechts, NZA 1985, 1
- Blüm*, Norbert: Gewerkschaften zwischen Allmacht und Ohnmacht – ihre Rolle in der pluralistischen Gewerkschaft, 1979
- Bock*, Annette: Das Doppelarbeitsverhältnis, 1998
- Böhmer*, Gustav: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Band 2: Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung, 1952
- Bonner Kommentar: Dolzer, Rudolf (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Band 1 (Einleitung - Art. 5), Stand: November 2002
- Boos*, Gerhard: Die verfassungsrechtlichen Grundlagen für das Recht des Streiks im Arbeitskampf, 1953
- Bösche*, Burchard: „1. [Erstens] verlangen wir, in Betten zu schlafen ...“: Materialien u. Dokumente zur Geschichte d. NGG-Verwaltungsstelle Frankfurt; Festschrift zum 100-jährigen Jubiläum d. Fachgruppe Bäcker u. Brauer im Jahre 1984, hrsg. im Auftrag des Vorstands der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten, Verwaltungsstelle Frankfurt, 1984
- Böttcher*, Eduard: Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953, 161
- ders.*: Waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht, 1956
- ders.*: Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, 1964
- ders.*: Tarifliche Zuschläge für Gewerkschaftsangehörige, BB 1965, 1077
- ders.*: Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, ZfA 1970, 3
- ders.*: Gleichbehandlung und Waffengleichheit – Überlegungen zum Gleichheitssatz, 1977
- Brangsch*, H.: Rechtsberatung und Rechtshilfe durch Verbände, NJW 1953, 732
- ders.*: Prozeßvertretung durch Verbände, NJW 1955, 1823
- Braun*, Adolf: Die Gewerkschaften, ihre Entwicklung und Kämpfe, 1914
- Brecher*, Fritz: Grundrechte im Betrieb, in: Dietz, Rolf (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965, 1965, S. 29

- Breer*, Dietmar: Die Mitwirkung von Ausländern an der politischen Willensbildung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gewährung des Wahlrechts, insbesondere des Kommunalwahlrechts, 1982
- Brehm*, Wolfgang: Postulationsfähigkeit im arbeitsgerichtlichen Verfahren, RdA 1990, 73
- Briefs*, Götz A.: Gewerkschaftsprobleme in unserer Zeit, 1968
- Brock*, Martin: Gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb nach Aufgabe der Kernbereichslehre durch das Bundesverfassungsgericht, 2002.
- Brötzmann*, Ulrich K.: Probleme der Betriebsversammlung, BB 1990, 1055
- Brox*, Hans/*Walker*, Wolf-Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB, 30. Aufl. 2006
- Brüggemann*, Dieter: Abwälzung und Rückwälzung von Geldstrafen und Geldbußen mit den Mitteln des bürgerlichen Rechts?, GA 1968, 161
- Bruhn*, Claus-Jürgen: Tarifeinheit im Betrieb als Eingriff in die Koalitionsfreiheit, 1997
- Bryde*, Brun-Otto: Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie, JZ 1989, 257
- Buchner*, Herbert: Tarifvertragsgesetz und Koalitionsfreiheit, 1964
- ders.*: Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen, RdA 1970, 225
- ders.*: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Gewerkschaftsbegriff, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 55
- ders.*: Tendenzförderung als arbeitsvertragliche Pflicht, ZfA 1979, 335
- ders.*: Die Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht, ZfA 1982, 49
- ders.*: Urlaub und Rechtsmißbrauch Fehlentwicklung der Rechtsprechung, DB 1982, 1823
- ders.*: Das Wettbewerbsverbot während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, AR-Blattei; SD 1830.2
- ders.*: Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden ohne Tarifbindung, NZA 1994, 2
- ders.*: Verbandsmitgliedschaft ohne Tarifgebundenheit, NZA 1995, 761
- ders.*: Betriebsräte auf schwierigem Terrain – Die Viessmann-Entscheidungen des Arbeitsgerichts Marburg, NZA 1996, 1304
- ders.*: Der Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft – Stabilisierung oder Ende des Verbandstarifvertrages?, NZA 1999, 897

- ders.*: Der „Funktionseliten“-Streik – Zu den Grenzen der Durchsetzbarkeit von Spartentarifverträgen, BB 2003, 2121
- ders.*: Notwendige Korrekturen im Tarif- und Arbeitskampfrecht: Tariffähigkeit, Streikrecht und Haftung, RdA 2003, 363
- Bulla*, Werner: Die rechtliche Zulässigkeit von Tarifverträgen über die Begünstigung von gewerkschaftlichen Vertrauensleuten, BB 1975, 889
- Bunte*, Hermann-Josef: Richterliche Inhaltskontrolle von Verbandsnormen, ZGR 1991, 316
- Campenhausen*, Axel von: Kirchenfreiheit im Sozialstaat, in: Achterberg, Norbert (Hrsg.), Recht und Staat im sozialen Wandel: Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, 1983, S. 705
- Canaris*, Carl-Wilhelm: Ansprüche wegen positiver Forderungsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475
- ders.*: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971
- ders.*: Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 1983
- Caspar*, Richard: Die gesetzliche und verfassungsrechtliche Stellung der Gewerkschaften im Betrieb, 1980
- Cassau*, Theodor: Die Gewerkschaftsbewegung, ihre Soziologie und ihr Kampf, 1925
- Czerweny von Arland*, Katharina: Die Arbeitskämpfungsmittel der Gewerkschaften und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, 1993
- Chevallerie*, Otto de la: Gewerkschaften als Unternehmer, 1930
- Classen*, Claus D.: Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994
- Coen*, Martin: Das Recht auf Arbeit und Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses, 1979
- Dach*, R. Peter: Befristung von Arbeitsverträgen mit Fraktionsmitarbeitern NZA 1999, 627
- Däubler*, Wolfgang: Das Grundrecht auf Streik – eine Skizze, ZfA 1973, 201
- ders.*: Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 3. Aufl. 1975
- ders.*: Der gebremste Sozialabbau, AuR 1987, 349
- ders.* (Hrsg.): Arbeitskampfrecht, 1987
- ders.*: Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993

- ders.*: Tarifflicht – Eine aussichtsreiche Strategie zur Reduzierung von Lohnkosten?, ZTR 1994, 448
- ders.*: Erhebung von Arbeitnehmerdaten, CR 1994, 101
- ders.*: Kollektive Durchsetzung individueller Rechte? AuR 1995, 305
- ders.*: Tarifausstieg – Erscheinungsformen und Rechtsfolgen, NZA 1996, 225
- ders.*: Gewerkschaftsrecht im Betrieb auf neuer Grundlage, DB 1998, 2014
- ders.*: Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 10. Aufl. 2000
- ders.*: Neues zur betriebsbedingten Kündigung, NZA 2004, 177, 182
- Däubler, Wolfgang/Hege, Hans*: Koalitionsfreiheit, 1976
- Däubler, Wolfgang/Kittner, Michael/Klebe, Thomas (Hrsg.)*: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung – Kommentar für die Praxis, 10. Aufl. 2006
- Däubler, Wolfgang/Mayer-Maly, Theo*: Negative Koalitionsfreiheit 1971
- Deinert, Olaf*: Zur Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition, AuR 2004, 212
- Deiseroth, Dieter*: Zivilcourage am Arbeitsplatz – „Whistleblowing“, in: Meyer, Gerd/Dovermann, Ulrich/Frech, Siegfried /Gugel, Günther (Hrsg.), Zivilcourage lernen, 2004, S. 124
- Denninger, Erhard/Hohm, Karl-Heinz*: Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen. Eine grundrechtliche Untersuchung, AG 1989, 145
- Dersch, Hermann/Volkmar, Erich*: Arbeitsgerichtsgesetz, 1928
- Deutsch, Erwin*: Privilegierte Haftung und Schadensfolge, NJW 1966, 705
- Diederichs, Helmut H.*: Konzentration in den Massenmedien: Systematischer Überblick zur Situation in der BRD, 1973
- Dieter, Jürgen*: Gesetzliche und tarifvertragliche Grundlagen der Tätigkeit gewerkschaftlicher Vertrauensleute, 1982 (zitiert als *Dieter*, Gewerkschaftliche Vertrauensleute)
- Dieterich, Thomas*: Die jüngste Rechtsprechung des BAG zur Anpassung und Kürzung von Betriebsrenten, NZA 1986, 41
- ders.*: Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, in: Schlachter, Monika (Hrsg.), Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert: Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, 1998, S. 117
- ders.*: Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1

- Dieterich, Thomas/Preis, Ulrich*: Befristete Arbeitsverhältnisse in Wissenschaft und Forschung, 2001
- Dietz, Hartmut*: Koalitionsfreiheit, in: *Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl/Scheuner, Ulrich* (Hrsg.), Die Grundrechte, Band 3, Halbband 1: Die Wirtschafts- und Arbeitsverfassung, 1958
- ders.*: Grundfragen des Streikrechts, JuS 1968, 1
- ders.*: Das Arbeitsrechtsregelungsgesetz der evangelischen Kirche und die Tarifautonomie, RdA 1979, 79
- Dietz, Hartmut/Nikisch, Arthur*: Arbeitsgerichtsgesetz: Kommentar, 1954
- Dorndorf, Eberhard*: Tarifvertragliche und tarifvertragsgesetzliche Differenzierung am Beispiel der Vorruhestandsverträge, AuR 1988, 1
- Dörrwächter, Jan Christoph*: Tendenzschutz im Tarifrecht, 1998
- Drax, Manfred*: Durchgriffs- und Konzernhaftung der GmbH-Gesellschafter: Ein Vergleich, 1992
- Drüke, Heiner*: Die Haftung der Muttergesellschaft für Schulden der Tochtergesellschaft. Eine Untersuchung nach deutschem und us-amerikanischem Recht, 1990
- Dürig, Günter*: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz, Theodor (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, S. 157
- Dütz, Wilhelm*: Tendenzschutz und Beteiligungsrechte des Betriebsrates, BB 1975, 1261
- ders.*: Soziale Mächtigkeit als Voraussetzung eines einheitlichen Koalitionsbegriffs?, AuR 1976, 65
- ders.*: Tendenzaufsicht im Vereinsrecht, in: Hanau, Peter (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag, 1982, S. 55
- ders.*: Gewerkschaftliche Betätigung in gewerkschaftlichen Einrichtungen, 1982
- ders.*: Mitbestimmung des Betriebsrats bei Arbeitszeitmaßnahmen in Pressebetrieben, AfP 1988, 193
- ders.*: Rechtsgrenzen für koalitionsautonome Arbeitszeitregelungen im Pressebereich, insbesondere zur tariflichen Einschränkung der Wochenendarbeit, AfP 1989, 605
- ders.*: Kirchliche Festlegung arbeitsvertraglicher Kündigungsgründe? NJW 1990, 2025

- ders.*: Mitbestimmung und Tendenzschutz bei Arbeitszeitregelungen, AfP 1992, 329
- ders.*: Gewerkschaft in der Gewerkschaft?, AuR 1995, 337
- Düwell*, Franz Josef: Freistellung für die politische und berufliche Weiterbildung, BB 1994, 637
- ders.*: Neu geregelt: Die Stellung der Schwerbehinderten im Arbeitsrecht, BB 2001, 1527
- Ebersbach*, Harry: Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, 1972
- Ehrich*, Christian: Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellungen und Folgen der Falschbeantwortung, DB 2000, 421
- Ehrich*, Christian/*Hof*, Axel: Die Kosten des Betriebsrats – Umfang und Grenzen der Kostentragungspflicht, NZA 1996, 1075
- Eitel*, Martin: Die Ungleichbehandlung der repräsentativen und nicht repräsentativen Gewerkschaften durch den Staat, 1989
- Engelen-Kefer*, Ursula: Die Funktion juristischer Fachzeitschriften in sozialen Auseinandersetzungen am Beispiel „Arbeit und Recht“, AuR 1994, 123
- dies.*: Rechtsschutzversicherung oder gewerkschaftliche Interessenvertretung vor Gericht, AuR 1995, 300
- Engfer*, Klaus: Der Ausschluß des organschaftlichen Stimmrechts bei Interessenkollisionen, 1970
- Enneccerus*, Ludwig/*Nipperdey*, Hans Carl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Erster Halbband, 15. Aufl. 1960
- Erbs*, Georg/*Kohlhaas*, Max: Strafrechtliche Nebengesetze, Loseblattsammlung begründet 1971
- Erfurter Kommentar: Dieterich, Thomas u.a. (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2007 (zitiert: ErfKomm/Bearbeiter)
- Erman*, Walter/*Westermann*, Harm Peter: Erman, Walter (Hrsg.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1-853), 11. Aufl. 2004 (zitiert: Erman/Bearbeiter)
- Esser*, Josef/*Schmidt*, Eike: Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Band 1, 8. Aufl. 2000
- Fabricius*, Fritz: Zur aktiven Parteifähigkeit einer Gewerkschaft im Zivilprozeß, SAE 1969, 110
- Fahrtmann*, Friedhelm: Rechtsprobleme zur Einziehung des Gewerkschaftsbeitrages durch den Arbeitgeber, AuR 1963, 353

- Falkenberg*, Rolf-Dieter: Fragen des Arbeitnehmers an den einzustellenden Arbeitnehmer, BB 1970, 1013
- Fastrich*, Lorenz: Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht nach der Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.10.1993, RdA 1997, 65
- Fellner*, Hans: Die vertraglich zugesicherte Übernahme von Geldstrafen als Problem des Arbeitsrechts, RdA 1958, 222
- Fenn*, Herbert: Zur aktiven Parteifähigkeit von gewerkschaftlichen Bezirksverbänden im Zivilprozeß, ZZP 86 (1973), 177
- Fitting*, Karl/*Engels*, Gerd/*Schmidt*, Ingrid/*Trebinger*, Yvonne/*Linsenmaier*, Wolfgang: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 24. Aufl. 2008 (zitiert: FESTL)
- Flatow*, Georg: Betriebsrätegesetz, 12. Aufl. 1928
- Flatow*, Georg/*Joachim*, Richard: Arbeitsgerichtsgesetz vom 23. Dezember 1926, 1928
- Flume*, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, 1: Die Personengesellschaft, 1977
- ders.*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, 2: Die juristische Person, 1983
- ders.*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992
- ders.*: Die Vereinsautonomie und ihre Wahrnehmung durch die Mitglieder hinsichtlich der Selbstverwaltung der Vereinsangelegenheiten und der Satzungsautonomie, in: Horn, Norbert (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Band 2, 1982, S. 97
- ders.*: Vereinsautonomie und kirchliche und religiöse Vereinigungsfreiheit und das Vereinsrecht, JZ 1992, 238
- Föhr*, Horst: Willensbildung in den Gewerkschaften und Grundgesetz, 1974
- Fraenkel*, Ernst: Das neue Arbeitsgerichtsgesetz, BRZ 1927, 8
- Francken*, Johannes Peter: Das Verschulden des Prozessbevollmächtigten an der Versäumung der Klagefristen des § 4 KSchG, des § 1 V BeschFG und des § 113 II InsO, 1998
- Franzen*, Martin: Reformbedarf beim Betriebs- und Arbeitnehmerbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes?, ZfA 2000, 285

- ders.*: Tarifrechtssystem und Gewerkschaftswettbewerb – Überlegungen zur Flexibilisierung des Flächentarifvertrags, RdA 2001, 1
- Franzke, Christian*: OT-Mitgliedschaften, 2000
- Frey, Erich*: Der Tendenzbetrieb im Recht der Betriebsverfassung und des Arbeitsverhältnisses, 1959
- ders.*: Pressefreiheit und Sozialstaatlichkeit im Tendenzrecht, DB 1968, 849
- ders.*: Der Tendenzschutz im Betriebsverfassungsgesetz 1972, 1974
- ders.*: Der Tendenzschutz im Betriebsverfassungsgesetz 1972, AuR 1972, 161
- Fricke, Fritz*: Wesen und Voraussetzungen der gewerkschaftlichen Bildungsarbeit, 1930
- ders.*: Zehn Jahre gewerkschaftliche Bildungsarbeit in Berlin, in: Vierteljahreshefte der Berliner Gewerkschaftsschule, 1931
- ders.*: Methodisch-didaktische Fragen in der gewerkschaftlichen Erwachsenenbildung, in: DGB Abteilung Schulung und Bildung (Hrsg.), Die Lehrgänge der Bundesschulen, 1950
- Funke, Klaus-Detlef*: Innere Pressefreiheit – Zu Problemen der Organisation von Journalisten, 1972
- Galbraith, John Kenneth*: American Capitalism, The Theory of Countervailing Power, 2. Aufl. 1952
- Galperin, Hans/Löwisch, Manfred*: Betriebsverfassungsgesetz – Kommentar, 14. Aufl. 1982 (zitiert: Galperin/Löwisch)
- Gamillscheg, Franz*: Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385
- ders.*: Differenzierung nach Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966
- ders.*: Der Abschluß des Arbeitsvertrags im neuen Arbeitsvertragsgesetz, Festschrift für Werner Weber, 1974, S. 793
- ders.*: Kollektives Arbeitsrecht, Band 1: Grundlagen Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag, Arbeitskampf und Schlichtung, 1997
- Gast, Wolfgang*: Das Arbeitsrecht als Vertragsrecht, 1984
- Gaul, Dieter/Boewer, Dietrich*: Probleme des Urlaubsrechts, 1966
- Gehrlein, Markus*: Die Verfassungswidrigkeit des Anschlußzwangs an genossenschaftliche Prüfungsverbände, WM 1995, 1781

- Germelmann, Claas-Hinrich/Matthes, Hans-Christoph/Prütting, Hanns/Müller-Glöge, Rudi*: Arbeitsgerichtsgesetz, 5. Aufl. 2004
- Gierke, Julius von*: Handels- und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl. 1958
- Gierke, Otto von*: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Nachdr. d. Ausg. 1887
- ders.*: Deutsches Privatrecht, Band 1, 1895
- ders.*: Das Wesen der menschlichen Verbände, 1902
- ders.*: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1943 (urspr. 1889)
- Gillen, Christoph/Hörle, Ulrich*: Betriebsänderungen in Tendenzbetrieben, NZA 2003, 1225
- Gitter, Wolfgang*: Zum Maßstab des Günstigkeitsvergleichs, in: Rudolf Anzinger/Rolf Wank: Entwicklungen im Arbeitsrecht und Arbeitsschutz, Festschrift für Otfried Wlotzke zum 70. Geburtstag, 1996, S. 297
- GK-ArbGG: Ascheid, Reiner u.a. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, Stand: Februar 2002 (zitiert: GK-ArbGG /Bearbeiter)
- GK-BetrVG: Fabricius, Fritz (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band 1: §§ 1-73b mit Wahlordnungen; Band 2: §§ 74-132 mit Kommentierung des BetrVG 1952, 7. Aufl. 2002 (zitiert: GK-BetrVG/Bearbeiter)
- GK-BUrlG: Stahlhacke, Eugen (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Bundesurlaubsgesetz, 5. Aufl. 1992 (zitiert: GK-BUrlG/Bearbeiter; zitierter Bearbeiter: Bleistein)
- Glenk, Hartmut/Dietermann, Jürgen*: Von Macht und Ohnmacht im Genossenschaftswesen – Zwangsmitgliedschaft in Dienstleistungsbetrieben?, NJW 1997, 110
- Glöckner, Martin*: Nebentätigkeitsverbote im Individualarbeitsrecht, 1993
- Goodale, James C.*: The First Amendment and Freedom of the Press, USIA Electronic Journal, Vol. 2, No. 1, February 1997
- Grabau, Fritz-Rene*: Die Wahrnehmung religiöser Pflichten im Arbeitsverhältnis, BB 1991, 1257
- Groth, Otto*: Die Zeitung, IV. Band, 1930
- Grotkamp, Annette*: Die Bedeutung des Gesamtbetriebsrats und die Abgrenzung seiner Zuständigkeit zu den Einzelbetriebsräten im Rahmen

- des Strukturwandels in der deutschen Wirtschaft, 1998 (zitiert: „Gesamtbetriebsrat“)
- Grunewald*, Barbara: Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, 1987
- dies.*: Vereinsordnungen, ZHR 152 (1988), 242
- Grunewald*, Benno: Inhalt und Grenzen des arbeitsvertraglichen Nebentätigkeitsverbotes, NZA 1994, 971
- Grunsky*, Wolfgang: Interessenausgleich und Sozialplan im Tendenzbetrieb, in: Tiffterer, Otto (Hrsg.), Festschrift für Walter Mallmann zum 70. Geburtstag, 1978, S. 79
- ders.*: Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 1995
- Gutzeit*, Martin: Zur Zulässigkeit gesetzlicher Frauenquoten, in: Liber Discipulorum, Dankschrift für Günther Wiese, 1996, S. 42
- Habscheid*, Walther: Der nichtrechtsfähige Verein zwischen juristischer Person und Gesellschaft, AcP 155 (1956), 375
- Hachenburg*, Max: Aus dem Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, LZ 1907, 459
- Hadding*, Walther: Korporationsrechtliche oder rechtsgeschäftliche Grundlagen des Vereinsrechts?, in: Lutter, Marcus/Stimpel, Walter/Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Festschrift für Robert Fischer, 1979, S. 165
- Hahn*, Carl: Die gesamten Materialien zur CPO<sup>2</sup>, Band 2, Abt. 1, 1880
- Hahn*, Frank: Die gewerkschaftliche Betätigung in der Dienststelle, 1991
- Halberstadt*, Gerhard: Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 BetrVG, BB 1975, 843
- Hammer*, Ulrich: Kirchliches Arbeitsrecht, 2002 (zitiert: HKA)
- Hanau*, Peter: Personelle Mitbestimmung des Betriebsrats in Tendenzbetrieben, insbesondere Pressebetrieben, BB 1973, 901
- ders.*: Der gleiche Zugang zur Beschäftigung in der Privatwirtschaft nach deutschem Recht, in: Gamillscheg, Franz (Hrsg.), In memoriam Sir Otto Kahn-Freund, 1980, S. 457
- ders.*: Die neue Rechtsprechung zur gewerkschaftlichen Betätigung im Betrieb, ArbRdGgw 17 (1980), 37
- ders.*: Die umgekehrte Geschlechtsdiskriminierung im Arbeitsleben, in: Hanau, Peter (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag, 1982, S. 191

- ders.*: Die Zulässigkeit gewerkschaftlicher Befragungsaktionen in Betrieben und Dienststellen, Gutachten erstattet der ÖTV, 1984
- ders.*: Tarifvertragliche Ausbildungsordnung für Redaktionsvolontäre an Tageszeitungen? Rechtsgutachten auf Ersuchen des Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger, 1989 (unveröffentlicht)
- ders.*: Der Tarifvertrag in der Krise, RdA 1998, 65
- ders.*: Die Reform der Betriebsverfassung, NJW 2001, 2513
- ders.*: Verbands-, Tarif- und Gerichtspluralismus, NZA 2003, 128
- Hannewald, Martina*: Arbeitsgerichtliche Prozessvertretung im Konzern, DB 2001, 1830
- Hansen, Arfst Hinrichs*: Die rechtliche Behandlung von Glaubens- und Gewissenskonflikten im Arbeitsverhältnis, 2000
- Hartmann, Christian*: Gleichbehandlung und Tarifautonomie, 1994
- Hatje, Armin*: Das Bundesverfassungsgericht und die Pflichtmitgliedschaft, NJW 2002, 1849
- Hayek, Friedrich August von*: Verfassung der Freiheit, 3. Aufl. 1991
- Heizler, Andreas*: „Die Unabhängigkeit der Journalisten in Presse und Rundfunk“, Der Journalist, 1960, 5
- Henckel, Wolfram*: Prozeßrecht und materielles Recht, 1970
- Henrici, Hans*: Aufnahmepflicht für Koalitionen, 1970
- Hensche, Detlef*: Erweiterung der Mitbestimmung durch privatautonome Regelungen, insbesondere in Unternehmen der öffentlichen Hand, AuR 1971, 33
- Henssler, Martin*: Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers bei Pflichten- und Rechtsgüterkollisionen, AcP 190 (1990), 538
- Henssler, Martin/Prütting, Hanns*: Bundesrechtsanwaltsordnung, 1997
- Herdegen, Matthias*: Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989
- Herkner, Heinrich*: Die Arbeiterfrage, 1894
- Herschel, Wilhelm*: Tariffähigkeit und Unabhängigkeit, JZ 1965, 81
- ders.*: Gewährleistung von Freiheit und Anspruch auf Kooperation, AuR 1977, 289
- ders.*: Kirche und Koalitionsrecht, 1978
- ders.*: Kirchliche Einrichtungen und Betriebsverfassung, AuR 1978, 172

- Herzfelder*, Franz: Stimmrecht und Interessenkollision bei Personenverbänden des deutschen Reichsprivatrechts, 1927
- Hess*, Harald/*Schlochauer*, Ursula/*Worzalla*, Michael/*Glock*, Dirk: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl. 2007 (zitiert: HSWG)
- Hesse*, Konrad: Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951), 167
- ders.*: Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Friesenhahn, Ernst, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, S. 521
- ders.*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999
- Hesselbach*, Walter: Die Gemeinwirtschaftlichen Unternehmen, 1971
- Heymann*, Ernst/*Horn*, Norbert/*Emmerich*, Volker: Handelsgesetzbuch: Kommentar, Bd. 3, 1999
- Hiersemann*, Walter: Die Kosten der Betriebsratsschulung, BB 1973, 287
- Hilger*, Marie-Luise: Das betriebliche Ruhegeld, 1959
- Hillenkamp*, Thomas: Zur Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe, in: Küper, Wilfried (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 457
- Höfling*, Wolfram: Der verfassungsrechtliche Koalitionsbegriff, RdA 1999, 182
- Holly*, Hans/*Friedhofen*, Peter: Die Abwälzung von Geldstrafen auf den Arbeitgeber, NZA 1992, 145
- Hölters*, Wolfgang: Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen, 1973
- Hommelhoff*, Peter: Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, ZGR 1978, 119
- Honsell*, Heinrich: Das Insichgeschäft nach § 181 BGB – Grundfragen und Anwendungsbereich, JA 1977, 55
- Hoyningen-Huene*, Gerrick von: Die Billigkeit im Arbeitsrecht, 1978
- ders.*: Öffnungsklauseln für Kirchen in Arbeitsrechts-Gesetzen?, RdA 2002, 65
- Hoyningen-Huene*, Gerrick von/*Linck*, Rüdiger/*Hueck*, Alfred/*Hueck*, Götz: Kündigungsschutzgesetz, 14. Aufl. 2007

- Hromadka*, Wolfgang: Abfindung aus einem Sozialplan wegen Betriebsverlegung – Zumutbares Versetzungsangebot und Wohnsitzwechsel, SAE 1984, 332
- ders.*: Änderung von Arbeitsbedingungen, RdA 1992, 234
- Hromadka*, Wolfgang/*Maschmann*, Frank: Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht, 2. Aufl. 2002
- Huber*, Berthold/*Hofmann*, Jörg: Der Tarifvertrag zur Qualifizierung in der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württembergs, WSI-Mitteilungen 2001, 464
- Huber*, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht: Institutionen d. öffentlichen Arbeits- u. Unternehmensrechts, 1932
- Hüber*, Reinhard: Der Kartellcharakter von Gewerkschaft und Arbeitgeberverband, 1931
- Hübner*, Ulrich: Interessenkonflikt und Vertretungsmacht – Eine Untersuchung zur funktionalen Präzisierung des § 181 BGB, 1977
- Hueck*, Alfred: Das Recht des Tarifvertrages unter besonderer Berücksichtigung der Verordnung vom 23. Dezember 1918, 1920
- ders.*: Gewollte Tarifunfähigkeit, NZfArbR 1926, Sp. 649
- ders.*: Die Tariffähigkeit des deutschen Bühnenvereins, RdA 1956, 45
- Hueck*, Alfred/*Nipperdey*, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 2: Kollektives Arbeitsrecht, 7. Aufl., 1. Halbband: bearb. von Nipperdey, Hans Carl, 1967; 2. Halbband: bearb. von Nipperdey, Hans Carl und Säcker, Franz Jürgen, 1970
- Hueck*, Götz: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958
- Hüffer*, Uwe: Der korporationsrechtliche Charakter von Rechtsgeschäften – eine hilfreiche Kategorie bei der Begrenzung von Stimmverboten im Recht der GmbH?, in: Kübler, Friedrich (Hrsg.), Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, 1991, S. 337
- Hümmerich*, Klaus: Gestaltung von Arbeitsverträgen nach der Schuldrechtsreform, NZA 2003, 753
- Hümmerich*, Klaus/*Holthausen*, Joachim: Der Arbeitnehmer als Verbraucher, NZA 2002, 173,
- Hunold*, Wolf: Gleichbehandlungsgrundsatz, Gleichbehandlungsgesetz und Gleichberechtigungssatz im Betrieb, DB 1984, Beilage 5, 1

- Hüsson*, Norbert: Kollektives Betteln, Die Quelle 1990, 20
- Ihlefeld*, Andreas: Betriebsverfassungsrechtlicher Tendenzschutz und Pressefreiheit, AuR 1976, 61
- ders.*: Der Begriff „unmittelbar und überwiegend“ im betriebsverfassungsrechtlichen Tendenzschutz, AuR 1980, 257
- Ihlefeld*, Andreas/*Blanke*, Hermann: Der Tendenzschutz im neuen Betriebsverfassungsgesetz, Film und Recht 1973, 160
- Isenhardt*, Udo: Die Freiheit des Gewissens im Privatrecht, 1972
- ders.*: Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, in: Doebling, Karl/Isensee, Josef/Kisker, Gunter/Püttner, Günter (Hrsg.), Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), 49
- Jacobi*, Erwin: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, 1926
- ders.*: Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927
- Jacobs*, Matthias: Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999
- Jahn*, Ralf: Das Bundesverfassungsgericht und die IHK-Pflichtmitgliedschaft, GewArch 2002, 98
- ders.*: Wirtschaftskammer statt Staat – Zur Verfassungsmäßigkeit der IHK-Pflichtmitgliedschaft – BVerfG NVwZ 2002, 335, JuS 2002, 434
- Jahnke*, Volker: Tarifautonomie und Mitbestimmung, 1984
- Jänecke*, Walther: „Verleger-Redakteur“, in: Bringmann, Karl (Hrsg.): Festschrift für Anton Betz. Düsseldorf 1963
- Jarass*, Hans D./*Pieroth*, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl. 2007
- Joost*, Detlev: Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988
- Joswig*, Walter: Die gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb, 1972
- Jötten*, Wolfgang J.: Vereinsautonomie und Grundrechtsschutz der Vereinsmitglieder, Köln 1976
- Jung*, Ute: Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht, 1999
- Jüngst*, Ulrich: Der Missbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht, 1981
- Jurina*, Josef: Kirchenfreiheit und Arbeitsrecht, in: Listl, Joseph/Schambeck, Herbert (Hrsg.), Demokratie in Anfechtung und Bewährung, Festschrift für Johannes Broermann, 1982, S. 797

- Kahn-Freund, Otto*: Rechtliche Garantien der innergewerkschaftlichen Demokratie (Betrachtungen zum englischen Recht), in: Ritter, Gerhard A. (Hrsg.), Faktoren der politischen Entscheidung, Festgabe für Ernst Fraenkel zum 65. Geburtstag, 1963, S. 335
- Kaiser, Joseph*: Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956
- Kalb, Heinz-Jürgen*: Die Entwicklung des Arbeitskampfrechts durch das BAG, RdA 1994, 385
- Kammann, Karl-Udo/Ziepke, Jürgen/Weinspach, Karl*: Bundesurlaubsgesetz : Kommentar; Darstellung des gesamten Urlaubsrechts für die betriebliche Praxis, 2. Aufl. 1969
- Kania, Thomas*: Nichtarbeitsrechtliche Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, 1990
- Kant, Immanuel*: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), Kant-Studienausgabe, Band 4, 1983
- Kaskel, Walter*: Zur Tariffähigkeit der Werksvereine, ArbR 1927, 905
- Kassmann, Dietrich*: Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz und seine Tätigkeit in der Praxis, 1968
- Käufer, Katja*: Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, 2002
- Keller, Ekkehard*: Die Aufnahmepflicht der Interessenverbände und das Aktivbürgerrecht der Außenseiter auf Mitbestimmung im Prozeß der Interessenrepräsentation, 1968
- Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich*: Tarifvertragsgesetz: Kommentar für die Praxis, 4. Aufl. 2006
- Kempff, Gilbert*: Gewissensfreiheit im Arbeitsverhältnis, AiB 1988, 256
- Kilian, Matthias*: Die Globalisierung der Rechtsberatung – Interessenkonflikte und Chinese Walls, WM 2000, 1366
- Kilian, Winfried*: Soziale Selbstbestimmung und Tarifvertrag. Eine Untersuchung über das Verhältnis Hugo Sinzheimers zu Otto von Guericke, 1965
- Kirchhof, Ferdinand*: Private Rechtsetzung, 1987
- Kirdorf, Wilhelm*: Das Zwangsprinzip im Recht der Wasser- und Bodenverbände, DöV 1953, 50
- Kissel, Otto Rudolf*: Arbeitsrecht und Meinungsfreiheit, NZA 1988, 145
- ders.*: Arbeitskampfrecht, 2002

- Kittner, Michael/Däubler, Wolfgang/Zwanziger, Bertram*: Kündigungsschutzrecht – Kommentar für die Praxis zum Kündigungsschutzgesetz und zu den anderen Kündigungsvorschriften, 7. Aufl. 2007
- Kliemt, Michael*: Der neue Teilzeitanspruch – Die gesetzliche Neuregelung der Teilzeitarbeit ab dem 1.1.2001, NZA 2001, 63
- Klosterkemper, Heinrich*: Das Zugangsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb, 1980
- Kluge, Rainer Herbert*: Arbeitsrechtliche Probleme im Bereich der freien gemeinnützigen Wohlfahrtspflege, 1974
- Kluth, Winfried*: IHK-Pflichtmitgliedschaft weiterhin mit dem Grundgesetz vereinbar, NVwZ 2002, 298
- Knorr, Friedhelm/Scheppach, Maria*: Leistungsbezogene Entgeltsysteme für freie Wohlfahrtsverbände – Alternativen zum BAT, 1998
- Koch, Sybille*: Arbeitsverträge der Mitarbeiter von Fraktionen und Gruppen nach dem Ende der Wahlperiode aus parlamentsrechtlicher Sicht, NZA 1998, 1160
- Kohte, Wolfhard*: Gewissenskonflikte am Arbeitsplatz, NZA 1989, 161
- Koller, Ingo*: Die Zulässigkeit von Rationalisierungsschutzabkommen in Tarifverträgen, ZfA 1978, 45
- Konzen, Horst*: Die Tarifzuständigkeit im Tarif- und Arbeitskampfrecht, in: Hönn, Günther (Hrsg.), Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag, 1998, S. 291
- ders.*: Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH und Co KG, NJW 1989, 2977
- ders.*: Der Regierungsentwurf des Betriebsverfassungsreformgesetzes, RdA 2001, 76
- Konzen, Horst/Rupp, Hans Heinrich*: Gewissenskonflikte im Arbeitsverhältnis: Leistungsverweigerung und Gewissensfreiheit im Vertragsrecht, 1990
- Kopp, Ferdinand/Schenke, Wolf-Rüdiger*: Verwaltungsgerichtsordnung, 13. Aufl. 2002
- KR*: Etzel, Gerhard (Gesamtredaktion), Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 8. Aufl. 2007 (zitiert: KR/Bearbeiter, zitierter Bearbeiter: Pfeiffer)
- Kraft, Alfons*: Rechtspflicht und Gewissenspflicht, AcP 163 (1964), 472

- ders.*: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Publikums-KG zwischen Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung, in: Lutter, Marcus (Hrsg.), Festschrift für Robert Fischer, 1979, S. 321
- Kraft*, Wilhelm: Das Teilnahmerecht der Beauftragten der Gewerkschaften an den Betriebsversammlungen, AuR 1961, 230
- Krasney*, Otto Ernst: Organisierter Rechtsschutz aus richterlicher Perspektive, AuR 1995, 298
- Kreutz*, Peter: Kritische Gedanken zur gerichtlichen Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen, ZFA 1975, 65
- Kronke*, Herbert: Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung 1988
- Kübler*, Friedrich: Rechtsfähigkeit und Verbandsverfassung : Überlegungen zur Problematik der als nichtrechtsfähige Vereine organisierten Gewerkschaften, 1971
- Kühling*, Jürgen: Arbeitskampf in der Diakonie, AuR 2001, 241
- Kunze*, Otto: Zum Begriff des sogenannten Tendenzbetriebes, in: Flume, Werner (Hrsg.), Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag, 1975, S. 79
- Küttner*, Wolfdieter: Aufnahmewang für Gewerkschaften?, NJW 1980, 968
- Lambrich*, Thomas: Tarif- und Betriebsautonomie, 1999 (zitiert: Tarifautonomie)
- Landmann*, Robert von/*Rohmer*, Gustav: Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Band 1: Gewerbeordnung Kommentar, Stand: Januar 2002 (zitiertes Bearbeiter: Neumann)
- Langkau*, Jochem/*Matthöfer*, Hans/*Schneider*, Michael: SPD und Gewerkschaften, Band 1: Zur Geschichte eines Bündnisses, 1994
- Larenz*, Karl: Zur Rechtmäßigkeit einer „Vereinsstrafe“, in: Hueck, Götz (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, 1973, S. 45
- Larenz*, Karl/*Canaris*, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 2007
- Larenz*, Karl/*Wolf*, Manfred: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 2002
- Legien*, Carl: Protokoll der Verhandlungen des 8. Kongresses der Gewerkschaften Deutschlands vom 26.6.-1.7.1911 in Dresden, 1911, S. 158
- Leinemann*, Wolfgang: Reformversuche und Reformbedarf im Urlaubsrecht, BB 1995, 1954

- ders.*: Reformversuche und Reformbedarf im Urlaubsrecht, in: Farthmann, Friedhelm (Hrsg.), Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtssprechung – Festschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Stahlhacke, 1995, S. 317
- ders.*: Kommentar zur Gewerbeordnung, Band 3 (§§ 105-119b), 2002
- Leinemann, Wolfgang/Taubert, Thomas*: Berufsbildungsgesetz, 2002
- Leinemann, Wolfgang/Linck, Rüdiger*: Urlaubsrecht: Kommentar, 2. Aufl. 2001
- Leipold, Dieter*: Einstellungsfragebögen und das Recht auf Arbeit, AuR 1971, 161
- Lerche, Peter*: Übermaß und Verfassungsrecht, 1999
- ders.*: Verfassungsrechtliche Aspekte der inneren Pressefreiheit, 1974
- Leßmann, Herbert*: Die öffentlichen Aufgaben und Funktionen privatrechtlicher Wirtschaftsverbände, 1976
- ders.*: Die Verbände in der Demokratie und ihre Regelungsprobleme, NJW 1978, 1545
- Lessner, Jan*: Zulässigkeit der Angriffsaussperrung, FA 2003, 233
- Lessner, Jan/Klebeck, Ulf*: Zur Arbeitgeberfähigkeit der GbR, ZIP 2002, 1385
- Leuze, Dieter*: Zur Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen, RdA 1993, 16
- Löffler, Martin*: Dürfen Pressebetriebe bestreikt werden?, NJW 1962, 1601
- Lohfeld, Gerhard*: Die Befristung von Arbeitsverträgen mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen, 1991 (zitiert: Lohfeld, Befristung)
- Löhneysen, Hilbert von*: Kommunalwahlrecht für Ausländer, DÖV 1981, 330
- Look, Frank van*: Stimmverbot und „körperschaftlicher Sozialakt“, NJW 1991, 152
- Loritz, Karl-Georg*: Das Bundesarbeitsgericht und die „Neue Beweglichkeit“, ZfA 1985, 185
- Lotmar, Philipp*: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, 1902
- Löwe, Henning/Thoß, Stefan*: Der Ausgleich für den Entzug von Mehrstimmrechten, ZIP 2002, 2075

- Löwisch, Manfred*: Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit, ZfA 1970, 295
- ders.*: Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht, ZfA 1971, 319
- ders.*: Gewollte Tarifunfähigkeit im modernen Kollektivarbeitsrecht, ZfA 1974, 29
- ders.*: Der Einfluß der Gewerkschaften auf Wirtschaft, Gesellschaft und Staat, RdA 1975, 53
- ders.*: Der rundfunkpolitische Streik, RdA 1982, 73
- ders.*: Forschung als Wissenschaft im Sinne des Tendenzschutzes, in: Diekmann, Albrecht/Frank, Rainer/Hanisch, Hans/ Simitis, Spiros (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, 1986, S. 439
- ders.*: Arbeitsrechtliche Fragen von AIDS-Erkrankung und AIDS-Infektion, DB 1987, 936
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker*: Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 1997
- dies*: Tarifvertragsgesetz, 2004
- Luhmann, Niklas*: Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, AöR 90 (1965), 257
- Lukes, Rudolf*: Der Satzungsinhalt beim eingetragenen Verein und die Abgrenzung zu sonstigen Vereinsregelungen, NJW 1972, 121
- Lunk, Stefan*: Der Tendenzgemeinschaftsbetrieb, NZA 2005, 841
- Luthmann, Walter*: Rechtsstellung der Mitglieder von politischen Vereinen, DVBl 1962, 166
- Lutter, Marcus*: Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), 84
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter/Bayer, Walter*: GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004
- Mangoldt, Hermann von*: Ist eine Zwangsmitgliedschaft bei Berufs- und Wirtschaftsverbänden mit dem Grundgesetz vereinbar?, BB 1951, 621
- Marhold, Franz*: Übersicht über den Tendenzbetrieb, AR-Blattei SD 1570
- Marhold, Franz/Beckers, Markus*: Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, AR-Blattei SD 800.1
- Marschner, Andreas*: Sachbezüge, AR-Blattei SD 1380
- Martens, Klaus-Peter*: Allgemeine Gesellschaftsvertragsbedingungen auf dem Prüfstand der Privatautonomie, JZ 1976, 511

- Mathy*, Klaus: Der Tendenzschutz im Betriebsverfassungsgesetz, AfP 1974, 680
- Maunz*, Theodor/*Dürig*, Günter: Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Art. 1-11), Stand: Januar 2002 (zitiertes Bearbeiter: Dürig, Scholz)
- Maydell*, Bernd Baron von: Praxis und Entwicklung des Tendenzschutzes in Presseunternehmen, AfP 1973, 512
- Mayer*, Friedrich: Die Parteifähigkeit im Zivilverfahren, insbesondere im arbeitsrechtlichen Verfahren, 1930
- Mayer-Maly*, Theo: Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff, 1965
- ders.*: Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften nach dem künftigen Betriebsverfassungsgesetz, DB 1971, 2259
- ders.*: Das neue Betriebsverfassungsrecht der Presse, AfP 1972, 194
- ders.*: Grundsätzliches und Aktuelles zum „Tendenzbetrieb“, BB 1973, 761
- ders.*: Der Tendenzkonzern, in: Hefermehl, Wolfgang/Nirk, Rudolf/Westermann, Harry (Hrsg.): Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag, 1975, S. 251
- ders.*: Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Tendenzschutz in Presseunternehmen, AfP 1976, 7
- ders.*: Die Entwicklung der Echtsprechung zum Tendenzschutz in Presseunternehmen, AfP 1976, 7
- ders.*: Veränderung des „Tendenzschutzes“ durch Tarifverträge?, AfP 1977, 209
- ders.*: Die arbeitsrechtliche Tragweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, BB Beilage 3/1977
- ders.*: Kirchenfreiheit contra Koalitionsrecht?, BB 1979, 632
- ders.*: Die manteltarifliche Arbeitszeitregelung für Redakteure, AfP 1981, 242
- Mayer-Maly*, Theo/*Löwisch*, Manfred: Bemerkungen zur neuen Rechtsprechung zum Tendenzschutz, BB 1983, 915
- Medicus*, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl. 2002
- Meik*, Andreas: Der Kernbereich der Tarifautonomie, 1987
- Meinel*, Gernod/*Heyn*, Judith/*Herms*, Sascha: Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2002
- Melot de Beauregard*, Paul: Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden und Tarifbindung, 2002

- Menne*, Heinz: Rechtsberatung bei Gewerkschaften, in: *Rasehorn*, Theo/*Amtrup*, Willers, Rechtsberatung als Lebenshilfe, 1979, S. 146
- Menzel*, Hans-Jochen: Die Rechte des Betriebsrats im Tendenzbetrieb nach dem Betriebsverfassungsgesetz vom 15. Januar 1972, 1978
- Merten*, Philip W.: Die Regelungsbefugnisse der Betriebspartner erörtert am Beispiel der ablösenden Betriebsvereinbarung, 2000
- Metz*, Horst/*Paschek*, Winfried: Sind durch Gehaltsumwandlungen finanzierte Direktversicherungen auch für „Tarifangestellte“ zulässig?, DB 1987, 1938
- Meyer-Cording*, Ulrich: Die Vereinsstrafe, 1957
- ders.*: Die Rechtsnormen, 1971
- Michaelis*, Karl: Der materielle Gehalt des rechtlichen Interesses bei der Feststellungsklage und bei der gewillkürten Prozeßstandschaft, in: *Canaris*, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, 1983, S. 443
- Michels*, Robert: Zur Soziologie in der modernen Demokratie: Untersuchungen über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens, 4. Aufl. 1989
- Mikat*, Paul: Tendenzbetrieb und Betriebsverfassung, in: *Listl*, Joseph (Hrsg.) Religionsrechtliche Schriften 1974, S. 587
- Minnameier*, Julia: Gewerberechtliche Entgeltvorschriften im modernen Arbeitsrecht, 2001
- Misera*, Karlheinz: Kollision zwischen Arbeitsleistungspflicht und Wehrdienstpflicht türkischer Arbeitnehmer, SAE 1983, 271
- Möhring*, Ludwig: Schutz der Gläubiger einer konzernabhängigen GmbH, 1992
- Monjau*, Herbert: Die Schweigepflicht des Arbeitnehmers, DB 1956, 232
- Moritz*, Heinz Peter: Fragerecht des Arbeitgebers sowie Auskunfts- und/oder Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers bei Anbahnung von Vertragsverhältnissen?, NZA 1987, 329
- Mronz*, Dieter: Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft, 1973
- Mugdan*, Benno: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1: Einführungsgesetz und allgemeiner Theil, 1899
- Müller*, Franz: Der Gewerkschaftsbegriff im Betriebsverfassungsgesetz, 1988

- Müller*, Gerhard: Rechtspolitische Gedanken zum Betriebsverfassungsrecht (Teil I), DB 1970, 1023
- ders.*: Arbeitskampf und Recht, 1987
- Müller*, Gerhard/*Bauer*, Jobst-Hubertus: Der Anwalt vor den Arbeitsgerichten, 3. Aufl. 1991
- Müller*, Ute: Die demokratische Willensbildung in den politischen Parteien, 2. Aufl. 1967
- Müller-Volbehr*, Gerd: Teilzeitarbeit und kirchliche Arbeitsverhältnisse, NZA 2002, 301, 305
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Aufl. 2000 (zitiert: von Münch/Kunig/Bearbeiter, zitierter Bearbeiter: Löwer)
- MünchArbR: Richardi, Reinhard u.a. (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 2. Aufl. 2000; Band 2: Individualarbeitsrecht II, 2. Aufl. 2000; Band 3: Kollektives Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2000 (zitiert: MünchArbR/Bearbeiter)
- MünchKomm/BGB: Rebmann, Kurt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1-240), 5. Aufl. 2006; Band 4 (§§ 611-704), 4. Aufl. 2005
- MünchKomm/AktienG: Kropff, Bruno/Semler, Johannes (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 8 (§§ 278-328), 2000
- MünchKomm/HGB: Schmidt, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, 2005
- MünchKomm/ZPO: Lüke, Gerhard (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 (§§ 1-354), 2. Aufl. 2000
- Mußler*, Harald/*Mead*, Belle: Betriebsversammlung und parlamentarischer Brauch, NZA 1985, 445
- Nagel*, Bernhard: Unternehmensmitbestimmung, 1980
- Naumann*, Britta: Frauen in DGB-Strukturen – Die unzureichende Einbindung von Fraueninteressen, WSI-Mitteilungen 1992, 241
- Nebel*, Andreas: Die Normen des Betriebsverbandes am Beispiel der ablösenden Betriebsvereinbarung, 1989
- Nell-Breuning*, Oswald von: Arbeitnehmer in kirchlichem Dienst, AuR 1979, 1
- Nestriepke*, Siegfried: Die Gewerkschaftsbewegung, Band 1, 1919

- Neumann, Dirk*: 133 Jahre Gewerbeordnung und noch viel mehr, AuR 2002, 216
- Neumann, Dirk/Dersch, Hermann*: Bundesurlaubsgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2003
- Neumann-Duesberg, Hermann*: Zur Reform des § 81 BetrVG (presserechtlicher Tendenzschutz), AfP 1970, 951
- Neumann-Duesberg, Horst*: Das gewerkschaftliche Betriebsversammlungsteilnahmerecht, BB 1965, 1399
- ders.*: Tendenztreuepflicht und Persönlichkeitsrecht, BB 1973, 949
- ders.*: Betriebsübergang und Tendenzschutz, NJW 1973, 268
- ders.*: Die Gewerkschaften im Tendenzbetrieb und Tendenzunternehmen, DB 1973, 619
- NGG Verwaltungsstelle Dortmund (Hrsg.): 1850-200 150 Jahre Gewerkschaft NGG in Dortmund
- Nidenhoff, Horst-Udo*: Die unbekannte Macht: Unternehmer DGB, 4. Aufl. 1984
- Niedermayer, Oskar*: Innerparteiliche Partizipation – Zur Analyse der Beteiligung von Parteimitgliedern am parteiinternen Willensbildungsprozeß, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, 1989, S. 3
- Niesel, Klaus (Hrsg.)*: Sozialgesetzbuch, Arbeitsförderung, SGB III, Kommentar, 4. Aufl. 2007
- Nikisch, Arthur*: Arbeitsrecht, Band I: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl. 1961; Band II: Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, 2. Aufl. 1959; Band III: Betriebsverfassungsrecht, 2. Aufl. 1966
- Niklisch, Fritz*: Inhaltskontrolle von Verbandsnormen, 1982
- Nipperdey, Hans Carl*: Beiträge zum Tarifrecht, 1924
- Noll, Gerhard*: Arbeitsrecht im Tendenzbetrieb, 2001
- Oertel, Reinhold*: Das Verhältnis Verleger-Redakteur im Hinblick auf die Sicherung der „inneren Pressefreiheit“, 1971
- Oeter, Stefan*: „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119 (1994), 529
- Oetker, Hartmut*: Der Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion – Rechtshistorisches Dokument oder aktuelles Interpretament für die Arbeitsrechtsordnung, in: Farthmann,

- Friedhelm (Hrsg.), Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Stahlhacke, 1995, S. 363
- ders.*: Das private Vereinsrecht als Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit, RdA 1999, 96
- Ory*, Stephan: Sonderarbeitskampfrecht beim Privatfunk? NZA 1996, 406
- Oldenburg*, Dietrich: Die Träger der beruflichen Bildung als Tendenzbetriebe, NZA 1989, 412
- Otto*, Hansjörg: Personale Freiheit und soziale Bindung: zur Kontrolle und Gewährleistung personal motivierten Verhaltens im Privatrecht, 1978
- ders.*: Toleranz in den Arbeitsbeziehungen, AuR 1980, 289
- Otto*, Sven-Joachim: Die rechtliche Zulässigkeit einer tarifbindungsfreien Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden, in: Liber Discipulorum, Dank-schrift für Günther Wiese, 1996, S. 118
- ders.*: Die rechtliche Zulässigkeit einer tarifbindungsfreien Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden, NZA 1996, 624
- Palandt, Otto u.a. (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl. 2007
- Papier*, Hans-Jürgen: Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatauto-nomie im Arbeitsrecht, RdA 1989, 137
- Perels*, Christoph: Die Rechtmäßigkeit des politischen Demonstrations-streiks, in: Böttcher, Hans-Ernst (Hrsg.), Recht, Justiz, Kritik: Fest-schrift für Richard Schmid zum 85. Geburtstag, 1985, S. 141
- Perrong*, Martina: Änderungen der Gewerbeordnung – Erste Fassung eines Arbeitsgesetzbuches?, AiB 2002, 521
- Peter*, Gabriele/*Rhode-Liebenau*, Björn: Whistleblowing – ein neues Thema für die Betriebsratsarbeit, AiB 2004, 615
- Pfarr*, Heide: Zur Wahl gewerkschaftlicher Vertrauensleute im Betrieb, AuR 1978, 290
- dies.*: Quoten und Grundgesetz, 1988
- dies.*: Die Frauenquote, NZA 1995, 809
- Pfarr*, Heide/*Kocher*, Eva: Arbeitnehmerschutz und Gleichberechtigung durch Verfahren, NZA 1999, 385
- Pfarr*, Heide/*Bertelsmann*, Klaus: Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989
- Pfarr*, Heide/*Fuchsloch*, Christine: Verfassungsrechtliche Beurteilung von Frauenquoten, NJW 1988, 2201

- Picker, Eduard*: Die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip, ZfA 1986, 199
- ders.*: Betriebsverfassung und Arbeitsverfassung, RdA 2001, 257
- Pietzker, Jost*: Die Rechtsfragen des Grundrechtsverzichts, Der Staat 17 (1978), 526
- Plander, Harro*: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einstellung und Kündigung von Redakteuren und anderen Tendenzträgern, AuR 1976, 299
- ders.*: Die Lage der Arbeitszeit von Zeitungsredakteuren als Mitbestimmungsproblem, AuR 1991, 353
- ders.*: Die beamtenrechtliche Vereinbarungsautonomie: Die Reform der beamtenrechtlichen Beteiligung als Verfassungsproblem, 1991
- ders.*: Arbeitsrecht – Instrument zur Verwirklichung von Grundrechten des Arbeitnehmers in: Däubler, Wolfgang u.a. (Hrsg.), Arbeit und Recht: Festschrift für Albert Gnade zum 65. Geburtstag, 1992, S. 79
- ders.*: Personalvertretungen als Grundrechtshilfe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1995
- ders.*: Gewerkschaftsbeschäftigte – Arbeitnehmer mit kollektivrechtlichem Sonderstatus?, 1995
- Platz, Jan-Sebastian*: Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit als Grenze der Kostentragungspflicht des Arbeitgebers bei Rechtsstreitigkeiten, 1991
- Podlech, Rüdiger*: Zusammenarbeit im Betrieb, 1989
- Poeche, Sabine*: Mitbestimmung in wissenschaftlichen Tendenzbetrieben, 1999
- Popp, Klaus*: Öffentliche Aufgaben der Gewerkschaften und innerverbandliche Willensbildung, 1975
- ders.*: Der Ausschluß von Gewerkschaftsmitgliedern nach Betriebsratswahlen, ZfA 1977, 401
- Potthoff, Heinz*: Organisation und Einzelperson vor den Arbeitsgerichten, ArbR 1926, 27
- Preis, Ulrich*: Die verhaltensbedingte Kündigung (1), DB 1990, 630
- Preis, Ulrich/Grabau, Fritz-Rene/Reinfeld, Roland*: Schweigepflicht und Anzeigerecht im Arbeitsverhältnis, AuR 1989, 361
- Promberger, Günter*: Arbeitskampf und Einzelarbeitsvertrag, 1967

- Prütting*, Hanns: Zulässigkeit und prozessuale Bedeutung einer künftigen DGB-Rechtsschutz GmbH, AuR 1998, 133
- Pusch*, Tobias: Alternativen zum Arbeitskampf im öffentlichen Dienst, 2002
- Püttner*, Günter: Mitbestimmung über Verträge und Verfassungsrecht, BB 1987, 1122
- Raasch*, Sibylle: Frauenquoten und Männerrechte, 1991
- Raiser*, Ludwig: Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR 111 (1948), 75
- Ramm*, Thilo: Die Parteien des Tarifvertrags, 1961
- ders.*: Die Rechtsnatur des Tarifvertrages, JZ 1962, 78
- ders.*: Kollektives Arbeitsrecht und öffentlicher Dienst, JZ 1977, 737
- ders.*: Grundrechte und Arbeitsrecht, JZ 1991, 1
- Rath*, Michael: Gewerkschaften als Unternehmen und Koalition, 1974
- Rath-Glawatz*, Michael: Außerdienstliches Verhalten von Redakteuren in Presseunternehmen, AfP 1982, 125
- Redeker*, Konrad: Bürger und Anwalt im Spannungsfeld von Sozialstaat und Rechtsstaat, NJW 1973, 1153
- Reemann*, Jörg Ludwig: Die Verfassung des Vereins, 1988
- Rehbinder*, Manfred: Zur inneren Pressefreiheit, DÖV 1972, 451
- Reichert*, Bernhard: Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 10. Aufl. 2005
- Reichhold*, Hermann: Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995
- Reifner*, Udo: Gewerkschaftlicher Rechtsschutz : Geschichte des freigewerkschaftlichen Rechtsschutzes und der Rechtsberatung der Deutschen Arbeitsfront von 1894-1945, 1979
- Reinfeld*, Roland: Verschwiegenheitspflicht und Geheimnisschutz im Arbeitsrecht, 1989
- Reinowski*, Hans J.: Innere Pressefreiheit – Ein Grundrecht für Verleger und Redakteure, 1968
- Renkl*, Günter: Der Gesellschafterbeschuß, 1982
- Rennen*, Günther/*Caliebe*, Gabriele: Rechtsberatungsgesetz, 3. Aufl. 2001
- Reuß*, Wilhelm: Die Bedeutung der Mächtigkeit von Verbänden im kollektiven Arbeitsrecht, RdA 1972, 4

- ders.*: Umfang und Schranken des gewerkschaftlichen Zutrittsrechts zum Betrieb unter besonderer Berücksichtigung der Seeschifffahrt, ZfA 1976, 156
- ders.*: Grenzen der Verbandsstrafgewalt, ZGR 1980, 101
- ders.*: Die Verfassung des Vereins gemäß § 25 BGB, ZHR 148 (1984), 523
- ders.*: Zum Anspruch von Bewerbern auf Aufnahme in eine Gewerkschaft, JZ 1985, 536
- ders.*: Das Gewissen des Arbeitnehmers als Grenze des Direktionsrecht des Arbeitgebers, BB 1986, 385
- ders.*: Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie, RdA 1991, 193
- ders.*: Die Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT-Mitgliedschaft) im Arbeitgeberverband, RdA 1996, 201
- Reuter, Dieter*: Können verbandsangehörige Arbeitgeber zum Abschluss von Haustarifverträgen gezwungen werden? NZA 2001, 1097
- ders.*: Die Verfassung des Vereins gemäß § 25 BGB, ZHR 184 (1984), 523
- RGRK*: Mitglieder des BGH (Hrsg.), Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Band 1 (§§ 1-240): 12. Aufl. 1982; Band 2, 3. Teil (§§ 611-630): 12. Aufl. 1982 (zitiert: RGRK/Bearbeiter)
- Rheinischer Merkur, Christ und Welt: Länderausgabe Koblenz vom 20.3.1994 „Betriebsrat contra Gewerkschaft“.
- Richardi, Reinhard*: Betriebsverfassung und Privatautonomie, 1973
- ders.*: Zugangsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb, DB 1978, 1736
- ders.*: Gegnerunabhängigkeit, Verhandlungsgleichgewicht und Verhandlungsfreiheit als Funktionsvoraussetzungen des Tarifvertragssystems im öffentlichen Dienst, DB 1985, 1021
- ders.*: Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, JZ 1986, 796
- ders.*: Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts zur ablösenden Betriebsvereinbarung, NZA 1987, 185
- ders.*: Veränderung in der Organisation der Betriebsverfassung nach dem Regierungsentwurf zur Reform des BetrVG, NZA 2001, 346
- ders.*: Arbeitsrecht in der Kirche, 4. Aufl. 2003

- ders.*: Betriebsverfassungsgesetz Kommentar, 11. Auflage 2008 (zitiert: Richardi/*Bearbeiter*)
- Richardi, Reinhard/Annuß, Georg*: Neues Betriebsverfassungsgesetz: Revolution oder strukturwahrende Reform?, DB 2001, 41
- Richardi, Reinhard/Thüsing, Gregor*: Kein Arbeitskampf in der Diakonie – Erwiderung auf Kühling, AuR 2001, 241, AuR 2002, 94
- Ricken, Oliver*: Neues zur Tarifizständigkeit? RdA 2007, 35
- Rieble, Volker*: Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996
- ders.*: Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5
- ders.*: Der Fall Holzmann und seine Lehren, NZA 2000, 225
- ders.*: Umweltschutz durch kollektives Arbeitsrecht – insbesondere durch Tarifvertrag und Koalitionsvereinbarung, ZTR 2000, 1
- ders.*: Die Betriebsverfassungsgesetz-Novelle 2001 in ordnungspolitischer Sicht, ZIP 2001, 133
- ders.*: Relativität der Tariffähigkeit, in: Wank, Rolf u.a. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2002, S. 519
- ders.*: Der CGM-Beschluss des ArbG Stuttgart, BB 2004, 885
- ders.*: Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, 200
- ders.*: Kollektivwiderspruch nach § 613a VI BGB, NZA 2005, 1
- Rieble, Volker/Klebeck, Ulf*: Tarifvertragliche Meistbegünstigung, RdA 2006, 65
- Rieble, Volker/Klumpp, Steffen*: Widerrufsrecht des Arbeitnehmer-Verbrauchers?, ZIP 2002, 2153
- dies.*: Mobbing und die Folgen, ZIP 2002, 369
- Rieble, Volker/Schul, Asusa*: Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen, RdA 2006, 339
- Riehmer, Klaus*: Körperschaften als Stiftungsorganisationen, 1993
- Rieth, Horst*: Die Steuerung unternehmerischen Handelns durch Tarifvertrag, 1980
- Ritter, Peter Conrad*: Die im Betriebsverfassungsgesetz von 1972 normierten Betätigungsrechte der Gewerkschaften im Betrieb, 1974
- ders.*: Gewerkschaften als Unternehmer, 1987
- Rittmeyer, Ralf*: Der Rechtsschutz gegen fehlerhafte Beschlüsse im privaten Verbandsrecht, 2000

- Rittner, Fritz/Dreher, Meinrad*: Unternehmerfreiheit und Unternehmensrecht zwischen Kapitalismus, Sozialismus und Laborismus, 1998
- Robbers, Gerhard*: Der Grundrechtsverzicht, JuS 1985, 925
- Röckl, Johannes*: Zulässigkeit einer Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden ohne Tarifbindung?, DB 1993, 2382
- Roos, Bernd*: Die Auskunftspflicht des Stellenbewerbers beim Abschluß eines Arbeitsvertrages, AiB 2000, 211
- Röper, Erich*: Außerdienstliches Verhalten von Nichttendenzträgern in Tendenzbetrieben, NJW 1975, 1873
- Ruffert, Matthias*: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001
- Rüfner, Wolfgang*: Arbeitsverhältnisse im kirchlichen Dienst, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, 1988
- ders.*: Gewissensentscheidung im Arbeitsverhältnis, RdA 1992, 1
- Ruland, Franz*: Werbung und Information durch Beauftragte der Gewerkschaften in Betrieben und kirchlichen Einrichtungen: Ein Gutachten zu der von den Orthopädischen Anstalten Volmarstein erhobenen Verfassungsbeschwerde, erstattet der Gewerkschaft ÖTV 1990 (zitiert: Gutachten 1980)
- ders.*: Die Sonderstellung der Religionsgemeinschaften im Kündigungsschutzrecht und in den staatlichen Mitbestimmungsordnungen, NJW 1980, 89
- ders.*: Werbung und Information durch Beauftragte der Gewerkschaften in Betrieben und kirchlichen Einrichtungen, 1980 (zitiert: „Werbung“)
- Rupp, Hans Heinrich*: Wahlrecht für Ausländer?, ZRP 1989, 363
- Rüthers, Bernd*: Tendenzschutz und betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung – Anmerkungen zum Beschluß des BVerfG (1.Senat) – 1 BvR 81/76, AfP 1980, 2
- ders.*: Das Recht der Gewerkschaften auf Information und Mitgliederwerbung im Betrieb, RdA 1968, 161
- ders.*: Das Recht der Gewerkschaften auf Information und Mitgliederwerbung im Betrieb Mitgliederwerbung, 1968
- ders.*: Gewerkschaftliche Mitgliederwerbung im Betrieb und in der Dienststelle – BAG AP, Art. 9 GG Nr. 10 und BVerfG NJW 1970, 1635, JuS 1970, 607

- ders.*: Innere Pressefreiheit und Arbeitsrecht, DB 1972, 2471
- ders.*: Paritätische Mitbestimmung und Tendenzschutz, AfP 1974, 543
- ders.*: Rechtsprobleme der Organisation und der Thematik von Betriebsversammlungen, ZfA 1974, 207
- ders.*: Tarifmacht und Mitbestimmung in der Presse, 1975
- ders.*: Kirchenautonomie und gesetzlicher Kündigungsschutz, NJW 1976, 1918
- ders.*: Tendenzschutz und Kirchenautonomie im Arbeitsrecht, NJW 1978, 2066
- ders.*: Sonderarbeitskampfrecht der Presse?, NJW 1984, 201
- ders.*: Wie kirchentreu müssen kirchliche Arbeitnehmer sein?, NJW 1986, 356
- ders.*: Zulässigkeit und Ablösbarkeit von Redaktionsstatuten, RdA 2002, 360
- ders.*: Alternativen zum Arbeitskampf im öffentlichen Dienst, RdA 2003, 317
- ders.*: Zulässigkeit und Ablösbarkeit von Redaktionsstatuten, RdA 2002, 360
- Sachs, Michael*: Gleichberechtigung und Frauenquoten, NJW 1989, 553
- Sachse, Wolfgang*: Das Aufnahme- und Verbleiberecht in den Gewerkschaften, AuR 1985, 267
- Säcker, Franz Jürgen*: Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969
- ders.*: Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972
- ders.*: Inhalt und Grenzen des gewerkschaftlichen Zutrittsrechts zum Betrieb unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in der Seeschifffahrt, 1972
- ders.*: Die Institutions- und Betätigungsgarantie der Koalitionen im Rahmen der Grundrechtsbindung, JahrbArbR 12 (1975), 17
- ders.*: Gewerkschaftliches Zutrittsrecht zum Betrieb, AuR 1979, 39
- ders.*: Probleme der Repräsentation von Großvereinen, 1986
- Säcker, Franz Jürgen/Rancke, Friedbert*: Verbandsgewalt, Vereinsautonomie und richterliche Inhaltskontrolle, AuR 1981, 1

- Schachtschneider*, Karl Albrecht: Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986  
*ders.*: Res publica res populi, 1992
- Schäfer*, Carsten: Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002
- Scharnagel*, Wilfried: Das Groschenimperium. Gewerkschaften als Unternehmer, 1970
- Schaub*, Günter: Aktuelle Streitfragen zur Kostensenkung bei der Arbeitsvergütung, BB 1994, 2005  
*ders.*: Aktuelle Fragen des Tarifvertragsrechts, BB 1995, 2003
- Schaub*, Günter/*Koch*, Ulrich/*Linck*, Rüdiger: Arbeitsrechtshandbuch, 11. Aufl. 2005
- Schelp*, Günther: Parteifähigkeit der Verbände im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren (§ 10 ArbGG), ArbuR 1954, 70
- Schelp*, Günther/*Herbst*, Fritz: Bundesurlaubsgesetz : Kommentar, 1963
- Scherer*, Inge: Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge. Schutz der Bürger vor gezielter Schädigung durch Streiks, 2000
- Schiefer*, Bernd: Outsourcing, Auftragsvergabe, Betriebsübergang – nach geänderter Rechtsprechung, NZA 1998, 1095  
*ders.*: Entwurf eines Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen, DB 2000, 2118
- Schiefer*, Bernd/*Korte*, Walter: Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, NZA 2001, 351
- Schlachter*, Monika: Wege zur Gleichberechtigung, 1993
- Schlaich*, Klaus: Der „Dritte Weg“ – eine kirchliche Alternative zum Tarifvertragssystem?, JZ 1980, 209
- Schleusener*, Axel Aino: Die soziale Mächtigkeit einer Koalition als Voraussetzung ihrer Parteifähigkeit im arbeitsgerichtlichen Verfahren, RdA 1999, 186  
*ders.*: Der Gewerkschaftsbegriff in § 11 ArbGG, NZA 1999, 408
- Schliemann*, Harald: Arbeitsgerichtliche Kontrolle von Tarifverträgen, ZTR 2000, 198

- Schlochauer*, Ursula: OT-Mitgliedschaft in tariffähigen Arbeitgeberverbänden, in: Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, 1998, S. 699
- Schmidt*, Karsten: Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984
- ders.*: Die BGB-Außengesellschaft – rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993
- ders.*: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002
- ders.*: Einhundertjahre Verbandstheorie im Privatrecht – aktuelle Betrachtungen zur Wirkungsgeschichte von Otto v. Gierkes Genossenschaftstheorie, 1987
- Schmidt*, Rudi/*Trinczek*, Rainer: Duales System: Tarifliche und betriebliche Interessenvertretung, in: Müller-Jentsch, Walther (Hrsg.), Konfliktpartnerschaft. Akteure und Institutionen industrieller Beziehungen, 1991, S. 167
- Schmiegel*, Dorothee: Die Inhaltskontrolle von Koalitionssatzungen, 1995
- Scholz*, Rupert: Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971
- ders.*: Pressefreiheit und Arbeitsverfassung, 1978
- ders.*: Die Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers, ZfA 1980, 357
- ders.*: Die Berufsfreiheit als Grundlage und Grenze arbeitsrechtlicher Regelungssysteme, ZfA 1981, 297
- ders.*: Verfassungsrechtliche Grundlagen des Arbeitskampfrechts, ZfA 1990, 377
- Schrader*, Peter: Arbeitgeberverbände und Mächtigkeit, NZA 2001, 1337
- ders.*: Durchsetzungsfähigkeit als Kriterium für Arbeitgeber im Tarifvertragsrecht, 1993
- Schröder*, Jan: Stimmrechtskonsortien unter Aktionären – Gesellschaftsprobleme und erbrechtliche Probleme, ZGR 1978, 578
- Schroeder*, Wolfgang/*Ruppert*, Burkard: Austritte aus Arbeitgeberverbänden, WSI-Mitteilungen 1996, 316
- Schubert*, Claudia: Ist der Außenseiter vor Normsetzung durch die Tarifparteien geschützt? RdA 2001, 199
- Schuermann*, Dorothee: Über die Parität zwischen Streik und Aussperrung, 1969
- Schüren*, Peter: Die Legitimation der tariflichen Normsetzung, 1990

- Schütz, Friedrich/Hauck, Friedrich*: Gesetzliches und tarifliches Urlaubsrecht, 1996
- Schwald, Sonja*: Die Legitimation der Konzernbetriebsverfassung, 2005
- Schwarze, Roland*: Die Grundrechtsbindung der Tarifnormen aus der Sicht grundrechtlicher Schutzpflichten, ZTR 1996, 1
- Schwenk, Edmund*: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, NJW 1968, 822
- Schwerdt, Reinhold/Schobel, Paul*: Theologische Betrachtungen zu den Rechten der Beschäftigten der Kirche und ihrer Einrichtungen, AuR 1979, Sonderheft, 44
- Schwerdtfeger, Gunther*: Individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit, 1981
- Seeger, Silke*: Organisationskonflikte und Tarifvertrag dargestellt am Beispiel der Tarifzuständigkeit der DGB-Gewerkschaften im industriellen Dienstleistungsbereich, 2005
- Seggern, Burkhard von*: DGB-Rechtsschutz: Die Mühen des Rechtsstaates, AiB 1992, 2
- Siebert, Wolfgang*: Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, in: Dietz, Rolf/Hueck, Alfred/Reinhardt, Rudolf (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, 1955, S. 119.
- Sieveking, Klaus (Hrsg.)*: Das Kommunalwahlrecht für Ausländer, 1989
- Singer, Reinhard*: Tarifvertragliche Normenkontrolle am Maßstab der Grundrechte?, ZfA 1995, 611
- Sinzheimer, Hugo*: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927
- ders.*: Über einige Fragen des Arbeitstarifrechts, in: Schreiber, Otto (Hrsg.), Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Band 4, 1929, S. 1
- ders.*: Rechtsgültigkeit der bremischen Arbeiterkammern, NZfAR 10 (1930), 593
- ders.*: Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Band 1, 1907/1908
- Soergel, Hans*: Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, 1966
- ders.*: Das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG, JahrbArbR 16 (1979), 19
- ders.*: Siebert, Wolfgang u.a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch : mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, begr. von Hans

- Soergel, Band 1 (§§ 1-103): 13. Aufl., Stand: Frühjahr 2000; Band 2 (§ 104-240): 13. Aufl., Stand: März 1999; Band 4/1 (§§ 516-651): 12. Aufl. 1997 (zitiert: Soergel/Bearbeiter, zitierte Bearbeiter: Hadding, Hefermehl, Raab, Schulze/von Lasaulx, Wolf)
- Spary*, Peter: Das Gegengewichtsprinzip dargestellt am Beispiel der Gewerkschaften, 1965
- Spiegel*, Hans-Ulrich von: Drittwirkung der Geldstrafe, 1978
- Stahlhacke*, Eugen/*Preis*, Ulrich/*Vossen*, Reinhard: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005
- Staudinger*, Julius von: BGB, Buch 1: Allgemeiner Teil, §134-163, 13. Aufl. 2003 (zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- Stege*, Dieter: Die Geheimhaltungspflicht für Arbeitnehmer, Betriebsräte und Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten, DB 1977, Beilage Nr. 8,
- Stege*, Dieter/*Weinspach*, Friedrich/*Schiefer*, Bernd: Betriebsverfassungsgesetz, 9. Aufl. 2002
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 (§§ 1-40), 22. Aufl. 2004; Band 2 (§§ 41-127), 22. Aufl. 2005; Band 3 (§§ 128-252), 22. Aufl. 2005
- Steinbeck*, Anja: Vereinsautonomie und Dritteinfluß, 1999
- Stelling*, Rainer: Das Erfordernis der Überbetrieblichkeit – ein Anachronismus des modernen Gewerkschaftsbegriffs, NZA 1998, 920
- Stern*, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl. 1984; *Stindt*, Heinrich Meinhard: Verfassungsgebot und Wirklichkeit demokratischer Organisation der Gewerkschaften, 1976
- Stockmann*, Rainer: Die tarifvertragliche Partizipation an Unternehmensentscheidungen, 1991 *Stoll*, Athur: Gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit, in: Schreiber, Otto (Hrsg.), Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Band 2, 1929, S. 49
- Störmann*, Karin-Margret: Der Gesamtbetriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz, 1961
- Streeck*, Wolfgang: Gewerkschaftliche Organisationsprobleme in der sozialstaatlichen Demokratie, 1981
- Streithofen*, Heinrich Basilius: Wertmaßstäbe der Gewerkschaftspolitik, 1967

- Stückemann, Wolfgang*: Zur Sache: neues von der Postulationsfähigkeit DGB-Rechtsschutz GmbH, FA 1998, 238
- Stückmann, Roland/Kohlepp, Christina*: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und „ultima-ratio-Prinzip“ im Kündigungsrecht – Richterliche Praxis ohne dogmatische Begründung, RdA 2000, 331
- Stürner, Rolf*: Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten, JZ 1976, 384
- Taupitz, Jochen*: Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991
- ders.*: Zur Zulässigkeit von Freiberufler-GmbHs: Heilkunde-GmbH – ja, Rechtsberatungs-GmbH – nein?, JZ 1994, 1100
- ders.*: Berufsständische Satzungen als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB, JZ 1994, 221
- ders.*: Rechtsanwalts-GmbH zugelassen – Durchbruch oder Intermezzo?, NJW 1995, 369
- Teichmann, U. (Hrsg.)*: Gewerkschaften: Analysen, Theorie und Politik, 1981
- Tenfelde, Klaus*: Die Entstehung des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes in Deutschland 1894-1933, AuR 1995, 289
- Tens, Hans-Volker*: Die politischen Parteien als Tendenzbetriebe, 1972
- Teubner, Gunther*: Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978
- Thenen, W. von*: Neues zu dem Entwurf eines Arbeitsgerichtsgesetzes, DHWarte 1925, 701
- Thieme, Werner*: Subsidiarität und Zwangsmitgliedschaft, 1962
- Thiere, Karl*: Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozeß, 1980
- Thur, Andreas von*: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Band 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1957, unveränderter Nachdruck der 1910 erschienenen 1. Auflage
- Thüsing, Gregor*: Die Mitgliedschaft ohne Tarifbindung in Arbeitgeberverbänden, ZTR 1996, 481
- ders.*: Das Arbeitsrecht in der Kirche – Ein Nachtrag der aktuellen Entwicklungen, NZA 2002, 306
- ders.*: Mitbestimmung und Tarifrecht im kirchlichen Konzern ZTR 2002, 56

- Thüsing, Gregor/Lambrich, Thomas*: Das Fragerecht des Arbeitgebers – Aktuelle Probleme zu einem klassischen Thema, BB 2002, 1146
- Thüsing, Gregor/Wege, Donat*: Sozialauswahl nach neuem Recht, RdA 2005, 12
- Thüsing, Gregor/Stelljes, Volker*: Fragen zum Entwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt, BB 2003, 1673
- Tiedemann, Paul*: Der Gewissensbegriff in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, DÖV 1984, 61
- Tillmann, Wolfgang*: Politischer Streik und Verfassung, 1958
- Traub, Fritz*: Verbandsautonomie und Diskriminierung, WRP 1985, 591
- Triesch, Günter*: Macht der Funktionäre, 1956
- Trieschmann, Günther*: Gleichbehandlung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz – Zur Umsetzung von EG-Richtlinien in der Bundesrepublik Deutschland, RdA 1979, 407
- Tschöpe, Ulrich*: Rechtsfolgen eines arbeitnehmerseitigen Widerspruchsrechts beim Betriebsinhaberwechsel, 1984
- Ubber, Thomas/Weller, Bernd*: Ist der Schutz des Minderheitsgeschlechts nach dem Betriebsverfassungsgesetz und der Wahlordnung 2001 verfassungswidrig? NZA 2004, 893
- Ulmer, Eugen/Reimer, Dietrich*: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band 3, 1968
- Urbanczyk, Reinhard*: Probleme der Postulationsfähigkeit und Stellvertretung, ZZP 95 (1982), 339
- Veit, Barbara*: Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats, 1998
- Venema, Charlotte*: Postulationsfähigkeit eines Verbandsvertreters, SAE 1992, 84
- Vollbrecht, Günther*: Die Koalitionsfreiheit der Gewerbetreibenden und gewerblichen Arbeiter, 1909
- Vollbrecht, Karl*: Die Ausbildung der Arbeitnehmerfunktionäre: eine Untersuchung über die Zweckschulung des DGB und die ihm angeschlossenen Verbände, 1958
- Vorderwülbecke, Martin*: Die Rechtsform der Gewerkschaften und Kontrollbefugnisse des Gewerkschaftsmitglieds, 1988
- Wagner, Susanne*: Die Besonderheiten beim Arbeitsverhältnis des Handlungsgehilfen, 1993

- Wahl, Burkhard*: Die Relativität des Gewerkschaftsbegriffs, 1980
- Wallisch, Jochen*: Die tarifvertraglichen Einwirkungspflichten, 1998
- Wallwitz, Sebastian von*: Tarifverträge und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages, 1996
- Waltermann, Raimund*: Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 1996
- Wank, Rolf*: Politik und Arbeitsrecht, 1990
- ders.*: Nebentätigkeit, 1995
- Wank, Rolf/Ramrath, Ulrich*: Prozessvertretung durch Vertreter von Koalitionen nach § 11 ArbGG, NZA 1993, 345
- Wasmuth, Johannes*: Besorgung „fremder“ Rechtsangelegenheiten für Familienangehörige?, NSTZ 1989, 275
- Weber, Ulrich*: Umfang und Grenzen des Tendenzschutzes im Betriebsverfassungsrecht, NZA 1989, Beilage 3, 2
- Weber, Werner*: Innere Pressefreiheit als Verfassungsproblem, 1973
- Wedde, Peter*: Betriebsratsschulung und Kostentragungspflicht gemäß § 40 Abs. 2 BetrVG bei gewerkschaftsnahen Anbietern, DB 1994, 730
- Weiler, Anni*: Gleichstellung in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen. Analyse und Dokumentation, WSI Studie, 1998
- Weischer, Christoph*: Für eine kritische Soziologie gewerkschaftlicher Organisation und Politik, in: Nassehi, Armin/Kneer, Georg/Kraemer, Klaus, Soziologie Zugänge zur Gesellschaft, 1995, S. 203
- Weiss, Manfred*: Kollektivvertragliche Gestaltungsfunktion und Mitbestimmung, in: Gewerkschaftliche Politik: Reform aus Solidarität. Zum 60. Geburtstag von Heinz Oskar Vetter, 1978, S. 293
- Weiss, Manfred/Weyand, Joachim*: Die tarifvertragliche Regelung der Ausbildung der Redaktionsvolontäre an Tageszeitungen, BB 1990, 2109
- dies.*: Zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Arbeitszeit von Redakteuren, AuR 1990, 33
- dies.*: Betriebsverfassungsgesetz 1994
- Wendeling-Schröder, Ulrike*: Wissenschaftsfreiheit und Tendenzschutz, AuR 1984, 328
- dies.*: Gewissen und Eigenverantwortung im Arbeitsleben, BB 1988, 1742
- dies.*: Das „Prinzip der Verantwortung“ im Arbeitsleben, 1989

- dies.*: Aktuelle Probleme zum Gewerkschaftsausschluß. Bemerkungen aus gewerkschaftlicher Sicht, ZGR 1990, 107
- dies.*: Autonomie im Arbeitsrecht, 1994
- Wertheimer, Frank/Krug, Margarete*: Rechtsfragen zur Nebentätigkeit von Arbeitnehmern, BB 2000, 1462
- Westermann, Harry*: Die Bedeutung in der Anerkennung der „Grundsatz-zuständigkeit“ der Mitglieder-versammlung bezüglich der AG durch richterliche Rechtsfortbildung für das Genossenschaftsrecht, in: Freundesgabe zum 65. Geburtstag von Erik Boettcher, Genossenschaften und Genossenschaftswissenschaft, 1984, 203
- Weyand, Joachim*: Die tarifvertragliche Mitbestimmung im Bereich der Arbeitsorganisation, AuR 1991,
- Wiedemann, Herbert*: Richterliche Kontrolle privater Vereinsmacht, JZ 1968, 219
- ders.*: Unternehmensautonomie und Tarifvertrag, RdA 1986, 231
- ders.*: Die Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien, RdA 1997, 297
- ders.* (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2007
- Wiedemann, Herbert/Thüsing, Gregor*: Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes, DB 2002, 463
- dies.*: Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen und Verhandlungsanspruch der Tarifvertragsparteien, RdA 1995, 280
- Wiese, Günther*: Der personale Gehalt des Arbeitsverhältnisses, ZfA 1996, 439
- ders.*: Schutz und Teilhabe als Zwecke notwendiger Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und deren Rangverhältnis, ZfA 2000, 117
- ders.*: Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Drittbeziehungen des Arbeitgebers, NZA 2003, 1113
- Wilhelm, Jan*: Stimmrechtsausschluß und Verbot des Insichgeschäfts, JZ 1976, 674
- ders.*: Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981
- ders.*: Selbstwahl eines Aufsichtsratsmitglieds in den Vorstand, NJW 1983, 912
- Wilhelmi, Leo/Fürst, Max/Bewer, Rudolf*: Das Gewerbeberichtsgesetz, 1903
- Windbichler, Christine*: Arbeitsrecht im Konzern, 1989

- Winterstein, Heinz-Peter*: Vertretungsbefugnis von Nebentätigkeitsreferendaren, NZA 1988, 574
- Wisskirchen, Amrei*: Außerdienstliches Verhalten von Arbeitnehmern, 1999
- Wisskirchen, Gerlind/Bissels, Alexander*: Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, NZA 2007, 169
- Wißmann, Tim*: Tarifvertragliche Gestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation, 2000
- Wlotzke, Otfried*: Technischer Arbeitsschutz im Spannungsverhältnis von Arbeits- und Wirtschaftsrecht, RdA 1992, 85
- Zachert, Ulrich*: Gewerkschaftliche Rechte im Betrieb – Eine Restgröße?, AuR 1979, 358
- ders.*: Verfassungsrechtlicher Schutz für „Gelbe“ Gewerkschaften?, AuR 1986, 321
- Zachert, Ulrich/Zechlin, Lothar*: Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit durch Subventionsauflagen, NJW 1985, 585
- Zöllner, Richard/Geimer, Reinhold*: Zivilprozessordnung, 26. Aufl. 2007 (zitiert: Zöllner/Geimer/Bearbeiter, ZPO)
- Zöllner, Wolfgang*: Tarifmacht und Außenseiter, RdA 1962, 453
- ders.*: Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963
- ders.*: Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht, 1966 (zitiert: Zöllner, Rechtsnatur)
- ders.*: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 9 Abs. 3 GG, AöR 98 (1973), 71
- ders.*: Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln? : Gutachten D für den 52. Deutschen Juristentag, 1978 (zitiert: Zöllner, Gutachten)
- Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2007 (zitiert: Zöllner/Loritz)
- Zöllner, Wolfgang/Seiter, Hugo*: Paritätische Mitbestimmung und Artikel 9 Abs. 3 Grundgesetz, 1970
- Zuleeg, Manfred*: Grundrechte für Ausländer – Bewährungsprobe des Verfassungsrechts, DVBl 1974, 341

---

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und  
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

Band 1

**Zukunft der Unternehmensmitbestimmung**

1. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)

Band 2

**Zukunft des Arbeitskampfes**

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)

Band 3

**Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit**

2. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)

Band 4

Robert Lubitz

**Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung**

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)

Band 5

**Transparenz und Reform im Arbeitsrecht**

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)

Band 6

**Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?**

3. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)

---

Band 7  
Till Brocker  
**Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance**  
ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

Band 8  
**Folgenabschätzung im Arbeitsrecht**  
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)

Band 9  
**Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts**  
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)

Band 10  
**Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung**  
4. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2

Band 11  
**Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?**  
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9

Band 12  
**Vereinbarte Mitbestimmung in der SE**  
5. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6

Band 13  
**Arbeitsstrafrecht im Umbruch**  
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0