



G. J. Fisher

Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft

Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag

herausgegeben von

Peter Oberndorfer und Herbert Schambeck



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

(1980)



x U 80/55 10

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1980 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 04612 9

Inhaltsverzeichnis

I. Zur verfassungsrechtlichen und -politischen Problematik heutiger Verwaltung

Erich Eyermann	
Demokratie — und „Partizipation“ des Staatsbürgers?	13
Joachim Kormann	
Rechtsstaat und Gesetzesstaat — Konsequenz oder Alternative?	23
Herbert Schambeck	
Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung in Österreich	41
Reinhold Zippelius	
Dekonzentration der staatlichen und gesellschaftlichen Funktionen. Ein altes und neues Thema	59
Peter Pernthaler	
Bundesstaatsreform als Voraussetzung einer wirksamen Verwaltungs- reform	69
Wolf-Rüdiger Schenke	
Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Verweisungen	87
Hans-Ernst Folz	
Zur Anwendbarkeit grundrechtlicher Gewährleistungen der Men- schenrechtskonvention im Europäischen Gemeinschaftsrecht	127
Hans R. Klecatsky	
Plädoyer für eine verfassungsrechtliche Harmonisierung der Regio- nalstrukturen im Alpenraum	145
Erwin Melichar	
Die Entwicklung des Naturschutzrechtes in Österreich	155

II. Die Verwaltung als handelnder Staat und ihre Kontrolle

Peter Oberndorfer	
Bürgernahe Verwaltung	183
Felix Ermacora	
Zum System der Kollegialverwaltung in Österreich	197
Horst Sandler	
Rechtswidrige Antragsablehnung und verschlechternde Rechtsänderung	209
Ferdinand Kopp	
Die Beteiligung des Bürgers an „Massenverfahren“ im Wirtschaftsrecht	231
Johannes Hengstschläger	
Die „übergangene Partei“ im Verwaltungsverfahren und im Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts	249
Manfred Zuleeg	
Die Zweistufenlehre. Ausgestaltung, Abwandlungen, Alternativen ..	275

III. Verwaltung und Wirtschaft

Bernd-Christian Funk	
Das Wirtschaftsverwaltungsrecht als Teil des Wirtschaftsrechts. Versuch einer systematischen Bestimmung	299
Peter Badura	
Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik	321
Carl Hermann Ule	
Gewerberecht oder Umweltschutzrecht?	349
Karl Wenger	
Die Wirtschaftsaufsicht als Rechtsinstitut des Wirtschaftsverwaltungsrechts	373

Martin Lendi

Die Zusammenarbeit von Staat und Wirtschaft — das atypische Beispiel der schweizerischen Landesversorgung 391

Hugo J. Hahn

Bardepot und Währungsrecht 413

Franz Zehetner

Die devisenrechtlichen Auskunftsbefugnisse der Oesterreichischen Nationalbank 445

IV. Selbstverwaltung und Verbandsverwaltung

Klaus Stern

Zur Lage der kommunalen Selbstverwaltung 473

Franz-Ludwig Knemeyer

Wirtschaftsförderung als kommunale Aufgabe 493

Hans F. Zacher

Richterrecht für Verbände? Die richterrechtliche Ausprägung der Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland 509

Rudolf Strasser

Zur fachlich bedingten (= qualifizierten) Mehrfach-Kollektivvertrags-Unterworfenheit eines Arbeitgebers 537

Veröffentlichungen 543

Verzeichnis der Herausgeber und Mitarbeiter 547

Richterrecht für Verbände?

Die richterrechtliche Ausprägung der Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland

Von Hans F. Zacher*

I. Einleitung

Ludwig Fröhler¹ hat sich im reichen Feld seines Schaffens immer wieder dem Recht der Verbände zugewandt: in seiner „Staatsaufsicht über die Handwerkskammern“ (1957), seinem „Recht der Handwerksinnung“ (1959), dem „Organisationsrecht der Handwerksordnung“ (1973) und der meisterlichen, mit Oberndorfer zusammen verfaßten Schrift über „Körperschaften des öffentlichen Rechts und Interessenvertretung“ (1974). Wie die zitierten Werke zeigen, gehört Fröhlers Interesse vor allem der öffentlichrechtlichen Organisation von Verbänden. In diesem Bereich, der Ludwig Fröhler vor allem interessiert, haben das „organisierte Interesse“ und die notwendige Verbandsmacht die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers und dessen verantwortliche Gestaltung hervorgerufen. Gleichsam das Komplement hierzu sind die Verbände, deren Organisation und Funktion der Gesetzgeber nicht spezifisch regelt. Je nach ihrem Mitglieder- und Aufgabenkreis können sie zwar „öffentlich“ sein. „Öffentlichrechtlich“ werden sie aber nicht, weil ihnen das „Sonderrecht“ fehlt, das den öffentlichrechtlichen Charakter konstituiert².

* Bei der Herstellung des Manuskripts hat mir wiss. Ass. *Alexander Peltner* wertvolle technische Hilfe geleistet. Die Korrektur lag in den Händen der Rechtsreferendare *Heinz Michael Meier* und *Thomas Ziegler*.

¹ Ich freue mich ganz besonders, an dieser Festschrift mitarbeiten zu können. Ludwig Fröhler war der erste aus der Schar bayerischer Verwaltungspraktiker, die sich auf dem Fachgebiet des öffentlichen Rechts habilitierten und in den Beruf des Hochschullehrers überwechselten. Klaus Obermayer, der leider schon verstorbene Franz Mayer, Reinhold Zippelius, Franz Knöpfle und ich sollten seinem Beispiel folgen. Doch ist das nicht der einzige Grund der Verbundenheit mit Ludwig Fröhler. Zunächst ist der Name Fröhler einmal so etwas wie eine öffentlichrechtliche Urerinnerung für mich. Der von ihm zusammen mit Eyermann verfaßte Kommentar zum Verwaltungsgesetz (1. Aufl. 1950) enthielt die erste praktikable Dogmatik des Verwaltungsakts nach dem Zusammenbruch. Persönlich sollte ich Ludwig Fröhler dann zum ersten Mal im Bayerischen Verwaltungsgerichtshof begegnen. Ich war dort 1955/1956 als wissenschaftlicher Hilfsarbeiter. Ludwig Fröhler kam 1955 dort hin als damals jüngster Oberverwaltungsgerichtsrat.

² s. *Wolff / Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, § 22, S. 97 ff.

Nun entsteht daraus kein rechtsfreier Raum. Die innere Ordnung solcher Verbände wird durch Statuten geklärt, die — in welchem Umfange auch immer — im Einzelfall durch den Richter kontrolliert werden können. Das Recht der Außenbeziehungen ist vielfältiger. Gegenüber anderen Partnern des privaten Rechts kommen Verträge in Betracht. Aber der Konflikt liegt näher — zumal Konfliktsmacht weitgehend der Sinn von Verbänden ist. Und so wird der Richter schneller angerufen, um die Lücken zu füllen und die Ordnung zu ergänzen. Die Beziehung zur Staatsgewalt und zu anderen öffentlichrechtlichen Organisationen versagen sich einer solchen Entwicklung. Die Staatsorganisation — und damit das öffentliche Recht — kann sich nur von sich aus den Verbänden öffnen. Daß Verbandsmacht von sich aus den Staat usurpiert, ist ein revolutionäres Phänomen, nicht eines des demokratischen Rechtsstaates. Somit entsteht eine zwiespältige Ordnung „öffentlicher“ Verbände: ihre primäre Entfaltung liegt im Privatrecht, dessen Ergänzung dem Fallrecht des Richters weithin zugänglich ist. Der Umschlag vom „öffentlichen“ ins „öffentlichrechtliche“ dagegen fordert die eigenständige Entscheidung des öffentlichen Rechts, in der der Gesetzgeber nur schwer vom Richter ersetzt werden kann.

Das wichtigste Beispiel für die damit verbundenen Schwierigkeiten in der Bundesrepublik Deutschland sind die Tarifpartner, insbesondere die Gewerkschaften³. Die Lage wird dabei um so komplizierter, als das öffentliche Recht sich in Gestalt der Verfassung über beide Bereiche schiebt. Die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) ist der Verfassungshorizont der primären, privatrechtlichen, gesellschaftlichen, wenn auch „öffentlichen“ Entfaltung. Aber ein Grundrecht ist kein Titel auf einen Anteil am Staat. Der Einbezug in das verfaßte Gemeinwesen wird daher von anderen Prinzipien regiert: in erster Linie vom demokratischen, sodann auch vom rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen (Art. 20, 28 Abs. 1 GG). Gleichwohl wiederholt sich hier das Ungleichgewicht, das schon für die Entwicklung „einfachen“ Verbandsrechts konstatiert wurde. Das verfassungsrechtliche „Agens“ ist das Grundrecht (Art. 9 Abs. 3 GG). Es ist die Grundlage der Privatautonomie der Koalitionen. Und es ist der Verfassungssatz, auf den sich die Verbände selbst im Wege der Verfassungsbeschwerde berufen können, wenn sie mit der Entwicklung des Richterrechts etwa der Arbeitsgerichte nicht einverstanden sind⁴. So blickt auch der „einfache“ Richter — im Gegensatz zum Verfassungsrichter — schon auf das Grundrecht, wenn er das Recht fallrechtlich fortbildet.

³ s. dazu *Hans F. Zacher*, Staat und Gewerkschaften, 1977 und seine Nachweise.

⁴ Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG; §§ 90 ff. des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes.

Es ist die Absicht dieser Abhandlung, die Rinnsale nachzuzeichnen, in denen sich Rechtsprechung unter diesen Bedingungen vollzieht. Und auch insofern soll nur zusammengetragen werden, was das Bundesverfassungsgericht und die obersten Bundesgerichte der Bundesrepublik Deutschland zur Tarifautonomie und zur Stellung der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände gesagt haben⁵. Nur die wesentlichen Linien also sollen aufgezeigt werden. Auch die Einseitigkeiten und Unvollkommenheiten dieses Bildes wahrzunehmen, muß dem Leser vorbehalten bleiben. Ja die Kargheit und Dürre des Bildes soll ihn gerade darauf aufmerksam machen. Ein Mehr würde die — ohnedies schon überbeanspruchten — räumlichen Möglichkeiten eines Festschriftbeitrages vollends überschreiten.

II. Die richterrechtliche Entwicklung des Rechts der Gewerkschaften, der Arbeitgeber- verbände und der Tarifautonomie

1. Der doppelte subjektive Ansatz

Wesentliche dogmatische Grundlage aller Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 3 GG ist, daß „das Grundrecht der Koalitionsfreiheit nicht nur den einzelnen Mitgliedern der Vereinigung, sondern auch der Koalition als solcher zusteht“⁶. Bemerkenswert ist das apriorische Bild, das dieser Rechtsprechung zugrundeliegt: „Zwar fehlt (im Grundgesetz) eine dem Art. 165 Abs. 1 WV entsprechende ausdrückliche Vorschrift über die Anerkennung der beiderseitigen Organisationen; sie war aber entbehrlich, weil das Grundgesetz unter Berücksichtigung des bestehenden verfassungs- und arbeitsrechtlichen Zustandes in den Ländern von der rechtlichen Anerkennung der Sozialpartner als selbstverständlich ausgehen konnte.“

Für die Koalitionen — mit anderen Worten: für das Gruppengrundrecht — wird sodann ein weiterer Doppelsinn des Grundrechts angenommen. Es ist sowohl korporativer Bestandsschutz als auch Garantie korporativer Betätigung⁸.

⁵ Zitiert sind grundsätzlich nur die in den jeweiligen Amtlichen Sammlungen abgedruckten Entscheidungen. Zu allem weiteren Material s. etwa *Wolfgang Zöllner*, *Arbeitsrecht*, 2. Aufl. 1979, S. 76 ff., 239 ff., 283 ff.

⁶ BVerfG 4, 96 (101 f., 106); 17, 319 (333); 38, 281 (303); BAG 6, 321 (358); 19, 217 (222); BGHZ 71, 126 (129) und besonders eingehend im Sinne einer Summe höchstrichterlicher Rechtsprechung: BAG 20, 175 (210 f.). Offenbar vom Primat des individuellen Freiheitsrechts ausgehend jetzt BVerfG 50, 290/366 ff.).

⁷ BVerfG 4, 96 (101 f.); widersprüchlich insofern BVerfG U. v. 1. 3. 79 IV 1.

⁸ BVerfG 38, 281 (302), 386 (393); BAG 20, 175 (210 ff.); je m. w. N.

2. Die Zielvorgaben der weiteren Interpretation

Auf dieser Grundlage wird das Grundrecht — vor allem als Gruppengrundrecht — von drei Grundannahmen her interpretiert, die teils ausgesprochen werden, teils unausgesprochen vorausgesetzt sind und untereinander im Verhältnis vielfacher Überschneidung stehen: die Koalitionsfreiheit ist ihres besonderen Zwecks wegen geschützt; sie steht im Rahmen eines bestimmten Ordnungsbildes; Zweck und Ordnungsbild beruhen auf vorgefundenen Regeln und Zuständen⁹.

„Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit betrifft nicht nur den Zusammenschluß als solchen, sondern den Zusammenschluß zu einem bestimmten Gesamtzweck, nämlich zu einer aktiven Wahrnehmung der Arbeitgeber-(Arbeitnehmer-)Interessen¹⁰.“ Die Koalitionsfreiheit dient einer „sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens“¹¹. Zentraler Gegenstand der Interessenwahrnehmung ist „die Gestaltung der Löhne und Arbeitsbedingungen“¹²; zentrales Instrument, den Zweck der Koalitionsfreiheit in bezug auf diesen Gegenstand zu verwirklichen, sind „Gesamtvereinbarungen“¹³. „Die historische Entwicklung hat dazu geführt, daß solche Vereinbarungen in Gestalt geschützter Tarifverträge mit Normativcharakter und Unabdingbarkeit geschlossen werden“¹⁴. „Damit wird „ein verfassungsrechtlich geschützter Kernbereich“ des Art. 9 Abs. 3 GG „auch in der Richtung“ sichtbar, „daß ein Tarifvertragssystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts staatlicherseits überhaupt bereitzustellen ist und daß Partner dieser Tarifverträge notwendig freigebildete Koalitionen sind“¹⁵. „Die Koalitionsfreiheit“ ist „nur dann sinnvoll, wenn die Rechtsordnung den Koalitionen auch die Erreichung ihres in Art. 9 Abs. 3 GG bezeichneten Zweckes . . . gewährleistet; das tut sie nur, wenn sie der Koalition das Recht gibt, diesen Zweck durch spezifisch koalitionsgemäße Betätigung zu verwirklichen. In der modernen Marktwirtschaft und für den ihr zugehörigen freien Arbeitsvertrag hat sich im In- und Ausland der Tarifvertrag als das rechtliche Mittel herausgebildet, durch das die Koalitionen im Verein mit dem sozialen Gegenspieler die Arbeitsbedingungen, . . . insbesondere die Löhne und Gehälter für die verschiedenen Wirtschaftszweige und Berufe . . . festlegen“¹⁶.

⁹ BVerfG 19, 303 (314); 38, 386 (394) m. w. N.

¹⁰ BVerfG 4, 96 (106); 38, 386 (393); BAG 19, 14 (25).

¹¹ BVerfG 50, 290 (367) m. w. N.

¹² BVerfG 4, 96 (106); s. a. 38, 281 (305 f.).

¹³ Ebd.

¹⁴ Ebd.

¹⁵ Ebd.

¹⁶ BVerfG 18, 18 (26); s. dazu ferner z. B. BVerfG 19, 303 (313); 20, 312 (317, 320); 38, 281 (306); 44, 322 (340 ff.); BAG 20, 175 (189, 212); 21, 98 (101).

Den Koalitionen obliegt danach die „Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens“¹⁷ in eigener Verantwortung und im „wesentlichen ohne staatliche Einflußnahme“¹⁸, wenn auch nicht unter Ausschluß des Staates¹⁹. Sie ist „von großer Bedeutung für die Sozial- und Wirtschaftsordnung des Gemeinwesens“²⁰, liegt im öffentlichen Interesse²¹ und ist vom Gemeinwohl her begrenzt und zu begrenzen²². Das setzt Fähigkeit und Bereitschaft der Koalitionen zu entsprechender Verantwortung voraus²³.

Neuerdings²⁴ betont das Bundesverfassungsgericht sehr stark den „Freiheits“-Charakter von Art. 9 Abs. 3 GG. Es will zwar die zitierten Konsequenzen gleichwohl daraus ableiten. Aber diese haben im einzelnen doch stark institutionellen, objektivrechtlichen Charakter angenommen. Somit ist nicht sicher, welche Änderungen der Rechtsprechung die Betonung des „Freiheits“-Charakters nach sich ziehen wird.

3. Das Existenzrecht der Koalitionen

„Das kollektive Existenzrecht der Koalitionen“²⁵ sei „wie das individuelle Grundrecht der Koalitionsfreiheit“ — „wenn man von einer . . . entsprechenden Anwendung des Art. 9 Abs. 2 GG absieht“ — „gesetzlich nicht beschränkbar“²⁶.

Mittelbaren Schutz genieße die Existenz der Koalitionen über den Schutz ihrer Betätigungsfreiheit. „Bei echter Konkurrenz“ der Aufgaben „öffentlichrechtlicher Körperschaften mit Zwangsmitgliedschaft“ mit solchen Aufgaben, „die von frei gegründeten Vereinigungen ebensogut erfüllt werden können, kann der in der Pflichtmitgliedschaft liegende Eingriff in die Freiheit des einzelnen sich als übermäßig, weil nicht unbedingt erforderlich, und deshalb als verfassungswidrig erweisen. Dieses Bedenken ist noch nicht dadurch ausgeräumt, daß durch die Errichtung einer öffentlichrechtlichen Körperschaft die Gründung eines privatrechtlichen Verbands mit paralleler Zielsetzung *rechtlich* nicht behindert wird. Es müßte bereits als verfassungswidrig angesehen werden, wenn eine durch staatlichen Hoheitsakt gegründete Körper-

¹⁷ BVerfG 20, 309 (319); BAG 20, 175 (214).

¹⁸ BVerfG 28, 295 (304), s. a. 38, 281 (306); 44, 322 (340 ff.).

¹⁹ BAG 19, 14 (25); s. a. BVerfG 38, 281 (307 ff.).

²⁰ BVerfG 28, 295 (306); s. a. BAG 20, 175 (215).

²¹ z. B. BVerfG 18, 18 (28); BAG 20, 175 (215).

²² BVerfG 38, 281 (307); BAG 23, 272 (306).

²³ So für die Gewerkschaften: BAG 15, 174 (194).

²⁴ BVerfG 50, 290 (367).

²⁵ s. im übrigen zu den subjektiven Voraussetzungen und Beschränkungen der Koalitionen unten S. 528 ff.

²⁶ BAG 20, 175 (211).

schaft dem freien Verband die Betätigung, die er im Rahmen seiner Zielsetzung legitimierweise ausübt, faktisch unmöglich machte. Dies gilt besonders im Verhältnis zu den Koalitionen; denn von der Verfassung her haben sie eine institutionelle und funktionelle Garantie erhalten²⁷.

4. Die Garantie der Betätigung — Allgemeines

Die Betätigungsgarantie gehe darauf, „durch spezifisch koalitionsmäßige Betätigung die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Ziele zu verfolgen“²⁸. Das Grundrecht sichere den Koalitionen den „Kernbereich koalitionsgemäßer Betätigung“²⁹, „d. h. diejenigen Tätigkeiten, für die sie gegründet sind und die für die Erhaltung und Sicherung ihrer Existenz als unerlässlich betrachtet werden müssen“³⁰. Die Koalitionsfreiheit umfasse „die Betätigung und die Entwicklung der Koalitionen in ihrer Mannigfaltigkeit“ und „überlasse ihnen grundsätzlich die Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung ihres Zwecks für geeignet halten“³¹; der Erfolg bleibe „dem freien Spiel der Kräfte“ überlassen³². Immer wieder aber wird betont, die in Art. 9 Abs. 3 genannten Zwecke seien nicht nur Grundlage, sondern auch Grenze der Koalitionsbetätigung³³.

Innerhalb des „Kernbereichs“ sei die Koalitionsfreiheit gegen Schranken, die nicht von der Sache selbst³⁴ oder von anderen Rechtsgütern³⁵ geboten seien, geschützt. Er dürfe auch nicht dadurch ausgehöhlt werden, daß den Koalitionen zugesprochene Aufgaben auf andere Organisationen übertragen werden³⁶. Im übrigen sei es Sache des Gesetzgeber, die Schranken der Betätigung der Koalitionen zu definieren³⁷. Er könne die „freie Betätigung für die Koalition beschränken, soweit es zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten ist“³⁸. Auch das Sittengesetz, die Strafgesetze und der Gesamtzusammenhang der Verfassung werden als Legitimation von Schranken genannt³⁹. Art. 9 Abs. 3 GG garantiere „nur einen Kernbereich koalitions-

²⁷ BVerfG 38, 281 (303 f.).

²⁸ BVerfG 17, 319 (333); 18, 18 (26); BAG 20, 175 (211 f.) m. w. N.

²⁹ BVerfG 38, 281 (305), 386 (393); 42, 133 (138 f.); BAG 19, 24 (25); je m. w. N.

³⁰ BVerfG 38, 281 (305) m. w. N.

³¹ BVerfG 18, 18 (32); 50, 290 (368).

³² BVerfG 18, 18 (32).

³³ BVerfG 19, 303 (312); BAG 19, 217 (226).

³⁴ BVerfG 19, 303 (322).

³⁵ BVerfG 28, 295 (306).

³⁶ BVerfG 20, 312 (320); 38, 281 (303 ff.).

³⁷ BVerfG 28, 295 (306); 50, 290 (368 f.); BAG 20, 175 (212 f.); BGHZ 70, 277 (280).

³⁸ BVerfG 28, 295 (306); 44, 322 (341); 50, 290 (369).

³⁹ BAG 19, 217 (226).

tionsmäßiger Betätigung“; „er räumt den geschützten Personen und Vereinigungen nicht mit Verfassungsrang einen inhaltlich unbegrenzten und gesetzlich unbegrenzten Handlungsspielraum ein“⁴⁰.

5. Tarifautonomie

Herzstück der Koalitionsfreiheit im umschriebenen Sinne ist die Tarifautonomie „und damit“ der „Kernbereich eines Tarifvertragsystems, weil sonst die Koalitionen ihre Funktion, in dem von der staatlichen Rechtssetzung freigelassenen Raum das Arbeitsleben im einzelnen durch Tarifverträge zu ordnen, nicht sinnvoll erfüllen könnten“⁴¹. Das Bundesverfassungsgericht spricht von einer „Normsetzungsprärogative der Koalitionen“⁴².

Dem Gesetzgeber wird für die Ausgestaltung der Tarifautonomie gemeinhin ein weiter Spielraum eingeräumt⁴³. Er sei an einer sachgerechten Fortbildung der Tarifautonomie nicht gehindert⁴⁴. Art. 9 Abs. 3 GG lasse „sich auch nicht dahin auslegen, daß er ein Tarifsystem als ausschließliche Form der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewährleiste“⁴⁵. Klassische Ergänzungen seien Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung⁴⁶.

Soweit aber die Tarifautonomie reicht, wird apriorisch vom Rechtsnormcharakter der Tarifverträge ausgegangen⁴⁷. „Die Normativbestimmungen eines Tarifvertrages . . . gewinnen . . . ihre Qualität als Rechtsregeln aus der staatlichen Anerkennung, die im Art. 9 Abs. 3 GG wurzelt“⁴⁸.

Als Rechtsnormen sind Tarifverträge an die verfassungsmäßige Ordnung, insbesondere an die Grundrechte⁴⁹, aber auch an die Gesetze gebunden⁵⁰. Im übrigen aber hätten die Tarifpartner einen „weiten Ermessensspielraum“⁵¹. Ein „Tarifvertrag ist nur daraufhin zu überprüfen, ob er gegen die Verfassung, zwingendes Gesetzesrecht, die guten

⁴⁰ BVerfG 38, 386 (393); BGHZ 70, 277 (280) m. w. N.

⁴¹ BAG 20, 175 (212); BVerfG 38, 281 (306); 44, 322 (340 ff.); je m. w. N.

⁴² BVerfG 44, 322 (341).

⁴³ BVerfG 20, 312 (317); 50, 290 (369); BAG 20, 175 (218, 225); BSG 40, 190 (205). Offenbar enger: BVerfG 44, 322 (341 f.).

⁴⁴ BVerfG 50, 290 (369).

⁴⁵ BVerfG 50, 290 (371).

⁴⁶ Ebd.

⁴⁷ BVerfG 4, 96 (108); 18, 18 (26); 34, 307 (317, 320); 44, 322 (340 ff.) BAG 1, 258 (262); 10, 195 (199) m. w. N.

⁴⁸ BVerfG 34, 307 (320).

⁴⁹ BAG 1, 258 (258 f., 262 ff.); 10, 195 (199); 20, 175 (224).

⁵⁰ BAG 1, 63 (65), 258 (268 f.); 20, 175 (218, 224).

⁵¹ BAG 22, 144 (152).

Sitten und tragende Grundsätze des Arbeitsrechts verstößt ... Das rechtfertigt sich aus der Institutsgarantie in Art. 9 Abs. 3 GG und aus der Stärke und Unabhängigkeit der Tarifvertragsparteien, die auf den Arbeitskampf als ultima ratio zurückgreifen können⁵². Jedoch sind die Grenzen zur sozialpolitischen Überprüfung nicht immer klar gezogen — so etwa in folgender Formulierung: „Das Gericht kann daher einer Tarifnorm erst dann die Anerkennung versagen, wenn diese zu einer grundlegenden Schlechterstellung der Arbeitnehmer im Vergleich zu einer sachlich vertretbaren Lösung führt, wenn also die Tarifvertragsparteien gegen tragende Grundsätze des jeweiligen Rechtsgebiets klar verstoßen⁵³.“

Mit diesem Hinweis auf die Günstigkeitskontrolle ist eine Zone der Unsicherheit in der Grenzziehung der Tarifautonomie erreicht. Grundsätzlich wird der Schutzcharakter von Tarifvereinbarungen betont. Das günstigere Gesetz gehe ihnen vor⁵⁴. Tarifnormen seien nicht zugunsten der Arbeitnehmer abdingbar⁵⁵. Und schließlich: Tariflöhne dürften nicht Höchstlöhne sein⁵⁶. Gerade insofern aber wird bezweifelt, daß dies nicht nur die gegenwärtige gesetzliche, sondern auch die verfassungsrechtlich notwendige Ordnung sei⁵⁷.

Von dieser Funktionskontrolle der Tarifautonomie zu unterscheiden ist der Selbsteintritt des Staates als Gesetzgeber: die „subsidiäre Regelungszuständigkeit des Staates, die immer dann eintritt, wenn die Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben durch Tarifverträge selbst voll zu ordnen, im Einzelfall nicht allein erfüllen können und die soziale Schutzbedürftigkeit der einzelnen Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen oder ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich macht“⁵⁸.

Damit wird auch schon eine andere Zone kennzeichnender Unsicherheit, die der Außenseiterfrage, betreten. Normativbestimmungen in Tarifverträgen können Nichtorganisierte nicht ohne besondere staatliche Ermächtigung erfassen⁵⁹. Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen sei ein Weg, um die Prinzipien des Primats der Koalitionen bei der Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens, der Beschränkung ihrer Rechtsetzungsmacht auf ihre Mitglieder und der

⁵² BAG 22, 252 (267).

⁵³ BAG 22, 144 (152).

⁵⁴ BAG 1, 63 (65).

⁵⁵ BVerfG 18, 18 (26).

⁵⁶ BAG 10, 247; 20, 175 (194).

⁵⁷ BVerfG 18, 135 (139 ff.).

⁵⁸ BVerfG 44, 322 (342).

⁵⁹ BVerfG 44, 322 (344, 348); BAG 20, 175 (187, 189 ff., 197).

notwendigen allgemeindemokratischen *oder* mitgliedschaftlichen Legitimation aller Rechtsetzung untereinander in Einklang zu bringen⁶⁰. Ob die geltende Regelung die allein zulässige sei, könne offen bleiben⁶¹. Aber sie entspreche „in besonderem Maße der in Art. 9 Abs. 3 GG enthaltenen verfassungsrechtlichen Grundentscheidung⁶². In der Realität aber findet sich die allgemeine Wirkung einmal vereinbarter tarifvertraglicher Standards ganz unabhängig vom Anwendungsbereich der Allgemeinverbindlicherklärung⁶³. Wegen dieser ihrer großen Bedeutung wurde deshalb auch für die obligatorischen Tarifvertragsbestimmungen untersagt, was für die normativen Tarifvertragsbestimmungen grundsätzlich ohnedies nicht möglich ist: die Differenzierung zwischen Organisierten und Nichtorganisierten⁶⁴.

Wichtig für Interpretation und Ausgestaltung der Tarifautonomie ist, was zu ihrer Rechtfertigung — vor allem im Vergleich zur staatlichen Rechtsordnung — angeführt wird: die größere Interessennähe der Beteiligten⁶⁵ und die Stärke, Unabhängigkeit, Verhandlungsmacht, Kampffreiheit und Kampfgleichheit der Tarifpartner, die ihnen eine jeweils maximale Annäherung an die von ihnen repräsentierten Interessen erlaube⁶⁶. Tariffähigkeit und Tarifmacht werden wohl deshalb auch immer wieder im Zusammenhang mit den weiteren Befugnissen der Sozialpartner gesehen, die ihnen wegen der Tariffähigkeit eingeräumt seien⁶⁷ und ihretwegen nicht beliebig entzogen werden könnten⁶⁸.

Zum notwendigen Inhalt — freilich im Sinne programmatischer, nicht bedingender Notwendigkeit — von Tarifverträgen gehören Schlichtungsvereinbarungen⁶⁹.

Abgesehen von vereinbarten Verfahrensweisen aber besteht kein wechselseitiger Anspruch auf Verhandlungen⁷⁰ — auch wenn der Gegner Monopolist ist wie z. B. ein Arbeitgeber im öffentlichen Dienst⁷¹. Grundsatz ist die Freiheit der Partnerwahl⁷². Ob damit wirklich dem

⁶⁰ BVerfG 44, 322 (340 ff.).

⁶¹ Ebd., S. 346.

⁶² Ebd., S. 350.

⁶³ BAG 20, 175 (199).

⁶⁴ BAG 20, 175.

⁶⁵ Also eine gewisse Analogie zur Rechtfertigung der privaten Vertragsautonomie; BVerfG 34, 307 (317, 320).

⁶⁶ BAG 22, 252 (267); 23, 292 (308).

⁶⁷ BAG 4, 351 (353).

⁶⁸ BVerfG 20, 312 (320).

⁶⁹ BAG 23, 292 (306 ff.).

⁷⁰ BAG 14, 282 (287 ff.).

⁷¹ Ebd.

⁷² Ebd., S. 288 ff.

„Koalitionspluralismus“⁷³ gedient wird, oder ob nicht vielmehr gerade der übermächtige Partner die Möglichkeit hat, den Koalitionspluralismus zu ersticken, ist eine Frage. Jedenfalls aber ist ein Streik, der darum geführt wird, einen Partner an den Verhandlungstisch zu bringen, zulässig⁷⁴.

Die sachliche Zuständigkeit einer Koalition zum Tarifabschluß bestimmt diese selbst und zwar grundsätzlich durch ihre Satzung⁷⁵.

6. Der Arbeitskampf

a) Allgemeines

Daß die Koalitionsfreiheit ganz auf die „Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens“⁷⁶ hingeordnet ist, findet in der Tarifautonomie selbstverständlichen Ausdruck, und die Tarifautonomie ist homogener Ausdruck dieses Prinzips. Darum besteht bei der Gestaltung und Interpretation der Tarifautonomie auch kein Anlaß, diese Einordnung zu betonen. Anders beim Arbeitskampf: Die Interpretation des Art. 9 Abs. 3 GG schließt zwar Kampfmaßnahmen ein⁷⁷, aber entsprechend der arbeitsrechtlichen Einordnung der Koalitionsfreiheit kann es sich dabei nur um Arbeitskämpfe handeln — ein Grundsatz, der so selbstverständlich erscheint, daß er kaum auch nur erwähnt wird. Der Kampf ist gegen den sozialen Gegenspieler gerichtet⁷⁸. Der politische Arbeitskampf — etwa ein Streik gegen den Gesetzgeber⁷⁹ — ist kein Arbeitskampf⁸⁰. Mittlerweile hat auch das Grundgesetz selbst in Art. 9 Abs. 3 Satz 3 die Vokabel „Arbeitskampf“ aufgegriffen⁸¹.

Arbeitskämpfe werden nach Grund und Ziel in das Ordnungsbild des gesetzlich *und* tarifvertraglich geregelten Arbeitsrechts eingespannt. Sie werden daraus gerechtfertigt. Sie müssen „nach unserem freiheitlichen Tarifsysteem möglich sein“⁸² und ein rechtmäßiges Kampf-

⁷³ BAG 19, 218 (226); 20, 175 (214 f.).

⁷⁴ BAG 23, 284 (502).

⁷⁵ BAG 16, 329; 22, 295 (300 ff.).

⁷⁶ s. oben S. 513.

⁷⁷ Auch daß sich das Bundesverfassungsgericht — BVerfG 38, 386 (313 ff.) — ein „Eingehen auf die Frage, wie der Arbeitskampf im allgemeinen . . . verfassungsrechtlich zu beurteilen“ ist, ersparen zu können glaubt, ändert diese prinzipielle Zuordnung nicht.

⁷⁸ BVerfG 38, 281 (307).

⁷⁹ BGHZ 14, 347.

⁸⁰ BAG 1, 291 (300).

⁸¹ Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG wurde eingefügt durch das 17. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968 (BGBl. I S. 709).

⁸² BAG 23, 292 (306); BSG 19, 230 (234).

ziel haben⁸³, in der Regel einen Tarifvertrag⁸⁴ oder sonst eine rechtlich mögliche und zulässige Vereinbarung⁸⁵. Weil das Kampfziel nicht nur zulässig, sondern auch erreichbar sein muß, sind Arbeitskämpfe ihrer Natur nach vorübergehend⁸⁶. Deshalb müssen sie und ihre rechtliche Ordnung auch den Bestand der Arbeitsverhältnisse schonen⁸⁷. Die Arbeitsverhältnisse sollen ja nach dem Arbeitskampf wieder fort dauern.

Aber ganz allgemein sind Arbeitskämpfe gefährlich, wenn nicht schädlich⁸⁸. Sie berühren Interessen Unbeteiligter — insbesondere der Streik die Interessen der Nichtstreikenden — und das Gemeinwohl⁸⁹. Sie bedürfen daher der verantwortlichen Kontrolle⁹⁰, insbesondere durch tariffähige Koalitionen⁹¹. Sie stehen von der Vorbereitung über die Durchführung bis zur Liquidation der Folgen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit⁹². Schiedsvereinbarungen müssen versuchen, ihnen vorzubeugen⁹³. Auch sonst sind sie nur als ultima ratio zulässig⁹⁴.

Andererseits verlangt gerade diese Auffassung Kampffreiheit⁹⁵, die Fähigkeit einen „wirkungsvollen“, „effektiven“ Arbeitskampf zu führen⁹⁶, insbesondere die freie Wahl der Kampfmittel⁹⁷. Ebenso verlangt sie Kampfparität⁹⁸, deren Verfassungsgarantie freilich offen geblieben ist⁹⁹. Daß Art. 9 Abs. 3 GG eine Ausprägung des Gleichheitssatzes sein soll — vom Bundesverfassungsgericht relativ früh¹⁰⁰ einmal „so dahingesagt“ —, erweist sich schon in der Auffassung von der Tarifautonomie als der Regelungskompetenz zweier gleich interessierter, kompetenter und mächtiger Verhandlungspartner als sinnvoll, noch mehr aber im Zeichen der Kampfparität. Was Kampfparität im einzelnen heißt¹⁰¹, ist freilich immer wieder umstritten. Daß es um die „sachgerechte Vertei-

⁸³ BAG 23, 292 (306).

⁸⁴ Ebd., S. 304.

⁸⁵ BAG 23, 484 (501 f.).

⁸⁶ BAG 23, 292 (304).

⁸⁷ Ebd., S. 305 und passim.

⁸⁸ BAG 1, 291 (300); 15, 174 (194); 23, 292 (306).

⁸⁹ Ebd.; insbesondere BAG 23, 292 (306); implizit BVerfG 38, 281 (307).

⁹⁰ Ebd.

⁹¹ s. unten S. 533 und Anm. 222.

⁹² BAG 23, 292 (306 ff.).

⁹³ Ebd.

⁹⁴ BAG 20, 175 (195) m. w. N.; 23, 292 (306 ff.).

⁹⁵ BAG 1, 291 (308 f.).

⁹⁶ BVerfG 38, 386 (394 f.).

⁹⁷ z. B. sukzessive Steigerung von Arbeitskämpfen: BAG 10, 88 (93).

⁹⁸ BAG 1, 291 (308); s. a. 25, 482 (489 f.); BSG 40, 190 (197).

⁹⁹ BVerfG 38, 386 (396); 47, 191 (197).

¹⁰⁰ BVerfG 3, 225 (240).

¹⁰¹ s. a. BVerfGE 38, 386 (394 ff.).

lung des Risikos“ geht¹⁰², ist treffend, aber ebenfalls der Konkretisierung bedürftig. Nicht weniger schwierig als die Konkretisierung der „Parität“ ist die Konkretisierung des Gebots der „Neutralität“ des Staates gegenüber den Parteien des Arbeitskampfes¹⁰³. Das Bundessozialgericht spricht von einer „fördernden Neutralität“ des Staates = von dem „Recht, Regelungen zu treffen, durch die ausgeglichene Verhältnisse der Tarifpartner untereinander (Kampfparität) garantiert sind“¹⁰⁴.

Bei dieser betont domestizierenden Einstellung der Rechtsprechung gegenüber dem Arbeitskampf kann eine gewisse Zwiespältigkeit hinsichtlich der Kampfbereitschaft oder „Friedlichkeit“ von Koalitionen nicht verwundern. Darauf wird zurückzukommen sein. Jedenfalls: „Das Recht zum Arbeitskampf schließt nicht die Pflicht zur Kampfbereitschaft ein“¹⁰⁵.

Doch zurück zum Arbeitskampf selbst. Daß Art. 9 Abs. 3 GG „nicht mit Verfassungsrang einen inhaltlichen unbegrenzten und gesetzlich unbegrenzten Handlungsspielraum“ einräumt, gilt gerade auch für den Arbeitskampf¹⁰⁶. Das Gesetz hat also Spielraum, auch wenn es dabei „die Fähigkeit . . ., einen wirkungsvollen Arbeitskampf zu führen“, berührt¹⁰⁷. Wann diese Fähigkeit „ernsthaft in Frage gestellt“ und „in einem für die verfassungsrechtliche Beurteilung entscheidenden Ausmaß“ beeinträchtigt ist¹⁰⁸, ist bisher nur konkret entschieden.

b) *Der Streik*

„Streik ist die gemeinsam und planmäßig durchgeführte Arbeitseinstellung einer größeren Zahl von Arbeitnehmern innerhalb eines Berufs oder Betriebs zu einem Kampfzweck mit dem Willen zur Fortsetzung der Arbeit nach Erreichung des Kampfziels oder Beendigung des Arbeitskampfes; der Streik bedeutet in der Regel nicht die Kündigung der Arbeitsverträge durch die Arbeitnehmer“¹⁰⁹.

Ob es ein verfassungsmäßiges Streikrecht gibt, war vor Einfügung des Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG umstritten¹¹⁰ und ist es bis heute. Die Rechtsprechung hat sich damit aber nicht aufgehalten. Auch ohne

¹⁰² BAG 1, 291 (311).

¹⁰³ BAG 1, 291 (308).

¹⁰⁴ BSG 40, 190 (197).

¹⁰⁵ BVerfG 18, 18 (32).

¹⁰⁶ BVerfG 38, 386 (313 f.).

¹⁰⁷ Ebd., S. 394.

¹⁰⁸ Ebd., S. 394 f.

¹⁰⁹ BSG 19, 230 (234) m. w. N.

¹¹⁰ s. BAG 1, 291 (298 f.); BSG 2, 191 (196).

verfassungsmäßiges Streikrecht könne der Streik als rechtmäßig gedacht werden¹¹¹. Und er wurde als rechtmäßig gedacht¹¹². „Der gegen die Arbeitgeber gerichtete Streik um die tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen ... (Gegensatz: z. B. der sog. politische Streik; ...), der weder tarifwidrig (Bruch der tariflichen Friedenspflicht) noch nach seinen Mitteln oder seinen Zielen oder der Unverhältnismäßigkeit von Mitteln und Ziel sozial inadäquat (Eingriff in die Gewerbebetriebe der Arbeitgeber nach § 823 Abs. 1 BGB), noch sittenwidrig (§ 826 BGB) ist“, ist „sozialadäquat“, „in bestimmten Grenzen erlaubt“ und „in der freiheitlichen, sozialen Grundordnung der Deutschen Bundesrepublik zugelassen“¹¹³. Weiter „Der von einer Gewerkschaft wegen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geführte Streik“ ist „als ein Rechtsinstitut, ein legales Instrument unseres Arbeitsrechts anzusehen, das die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich hat“¹¹⁴. Wird ein Streik von einer Gewerkschaft geführt, hat er auch schon die Vermutung für sich, legale Ziele zu verfolgen¹¹⁵.

Entsprechend der finalen Bindung an die Tarifautonomie wurde der kollektive Charakter ebenso hervorgekehrt¹¹⁶ wie die Notwendigkeit gewerkschaftlicher Ordnung und Verantwortung¹¹⁷. Diese gewerkschaftliche Verantwortung darf nicht durch Haftungs Vorschriften so belastet werden, daß daraus eine Einschränkung des Art. 9 Abs. 3 GG erwächst¹¹⁸. Vielmehr muß eine gewerkschaftliche Haftung auf Ausnahmefälle rechtswidrigen Streiks begrenzt sein¹¹⁹.

Der einzelne wird durch diese notwendigen Gewerkschaftsbezüge des Streiks um ein Recht, in unständiger Verbindung zu streiken, gebracht. „Wilde Streiks“ sind unzulässig¹²⁰ und können nur durch gewerkschaftliche Übernahme rechtmäßig werden¹²¹. Er wird aber auch weitgehend entlastet. Die Suspensivwirkung schont sein Arbeitsverhältnis¹²². Für ihn hat aber der Streik um Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen, ins-

¹¹¹ BAG 1, 291 (299).

¹¹² BAG 1, 291; 6, 321 (358); BSG 19, 230 (234).

¹¹³ BAG 1, 291 (300 f., 306); s. auch BAG 2, 75 (77); 15, 174 (194); BSG 19, 230 (234).

¹¹⁴ BAG 25, 226 (233).

¹¹⁵ Ebd.

¹¹⁶ BAG 1, 291 (301 ff.); 6, 321 (insbesondere 321, 375 f.); BSG 19, 230 (234 f.).

¹¹⁷ BAG 1, 291 (301); 6, 321 (358, 375).

¹¹⁸ BGHZ 70, 277 (287 ff.).

¹¹⁹ Ebd.

¹²⁰ BAG 15, 174 (192 ff.), 202 (210); 22, 162; s. zu dem Sonderfall des Fluglotsenstreiks BGHZ 70, 277 (281 ff.).

¹²¹ BAG 15, 174 (193), 202 (210); 20, 175 (195); 22, 162 (164).

¹²² BAG 15, 174 (194); 16, 117 (120, 122). s. zur Relativität der Wiedereinstellungspflicht freilich BAG 23, 512 (516 f.).

besondere der gewerkschaftlich geführte Streik — an dem teilzunehmen er ein Recht hat¹²³ — die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich¹²⁴. Kollektive Rechtswidrigkeit — z. B. einen Verstoß gegen die Friedenspflicht — hat er nicht zu verantworten¹²⁵.

Diese Entlastung des einzelnen durch die kollektive Natur des Streikrechts hat besonders in der Sozialversicherung eine bedeutsame Rolle gespielt. Glaubte man zunächst, den Suspensivcharakter des Streiks nicht vom Arbeitsverhältnis auf das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis übertragen zu sollen¹²⁶, so schränkte man die Unterbrechung des Sozialversicherungsschutzes durch den Streik dann doch mehr und mehr ein¹²⁷.

Der Zuordnung zum Ziel des Tarifvertrags entspricht es schließlich, daß der Streik nur für kollektive Ziele geführt werden darf, also nicht für individuelle oder übertarifliche Arbeitsbedingungen¹²⁸.

Unter den Schranken des Streikrechts¹²⁹ wurde — abgesehen von der Disqualifizierung des Streiks durch ein rechtswidriges Ziel¹³⁰ — vor allem der Schutz der Rechte anderer¹³¹ und die vertragliche Begrenzung des Streikrechts, und zwar durch kollektive Abmachungen und Pflichten¹³², hervorgehoben.

c) Die Aussperrung

Als Entsprechung zum Streik erscheint auch die Aussperrung legitim¹³³, ohne daß ihre Verfassungsgarantie geklärt wäre¹³⁴. Ihre Beurteilung habe ihrer Bedeutung für die „Fähigkeit des Arbeitgebers, einen wirkungsvollen Arbeitskampf zu führen“, zu entsprechen¹³⁵. Sie sei besonders bedeutsam als Abwehrmaßnahme¹³⁶, z. B. gegenüber Schwerpunktstreiks¹³⁷ und gegen rechtswidrige Streiks¹³⁸.

¹²³ BSG 33, 254 (259).

¹²⁴ BAG 25, 226 (233 f.); BSG 37, 10 (19).

¹²⁵ BSG 19, 230 (234 f.); BSG 37, 10 (19).

¹²⁶ BSG 1, 115; 2, 164 (171 ff.); 11, 79; s. auch BSG 18, 122.

¹²⁷ BSG 11, 86; 33, 254; 37, 10 (16).

¹²⁸ BAG 2, 75 (77 ff.); 3, 280.

¹²⁹ Zu den allgemeinen Schranken des Arbeitskampfrechts s. noch einmal oben S. 518 ff.

¹³⁰ BAG 2, 75.

¹³¹ BAG 1, 291 (299).

¹³² BAG 1, 291 (299); 6, 321 (358 f.).

¹³³ BAG 1, 291 (309).

¹³⁴ BVerfG 38, 386 (393 ff.).

¹³⁵ Ebd., S. 394 f.

¹³⁶ BAG 1, 291 (310 ff.); 10, 88 (91 ff.).

¹³⁷ BAG 23, 292 (310 f.).

Auch die Aussperrung ist in das Tarifvertragssystem eingebettet. Sie ist weder zulässig, um nicht tarifliche (übertarifliche) Arbeitsbedingungen zu verändern, noch zur Abwehr eines Streiks, der zur Verwirklichung tariflicher Arbeitsbedingungen durchgeführt wird¹³⁹. Entsprechend der Alternative zwischen Verbandstarif und Firmentarif ist die Waffe der Aussperrung nicht nur den Arbeitgeberverbänden sondern auch einzelnen Arbeitgebern oder mehreren Arbeitgebern gemeinsam verfügbar¹⁴⁰.

Wesentlichen Korrekturen unterzog die Rechtsprechung den lösenden Charakter der Aussperrung¹⁴¹. Zwar war schon früh der kollektivrechtliche Charakter auch der Aussperrung anerkannt worden¹⁴². Indem man in der Aussperrung aber eine notwendige Abwehrwaffe gegen den Streik sah, hielt man es für notwendig, daß dem suspensiven Streik die lösende Aussperrung entgegengehalten werden kann¹⁴³. Diese Haltung schloß ein, daß auch eine Wiedereinstellungspflicht nach Schluß der Aussperrung grundsätzlich verneint wurde¹⁴⁴. Hier nun setzten die Korrekturen zuerst ein. Mehr und mehr wurde das Erfordernis betont, daß schon mit der Aussperrung die Wiedereinstellung angekündigt werden müsse und der Arbeitgeber hinsichtlich der Wiedereinstellung mehr oder weniger gebunden sei¹⁴⁵. Auch in der Aussperrung sei — analog zum Streik — keine vollständige Vernichtung des arbeitsrechtlichen Bandes zu sehen¹⁴⁶. Die Entwicklung endet mit der Feststellung, daß auch die Aussperrung in der Regel suspensiven Charakter habe, wenn auch die lösende Aussperrung ausnahmsweise zulässig bleibe¹⁴⁷, und daß am Ende der Aussperrung grundsätzliche Wiedereinstellungspflicht bestehe¹⁴⁸.

Somit sind nunmehr Streik *und* Aussperrung als vorübergehende Maßnahmen kollektiver Natur charakterisiert, die das individuelle Arbeitsverhältnis sowenig als möglich treffen sollen.

¹³⁸ BAG 14, 52 (56); 23, 292 (314 f.); BSG 33, 254 (262).

¹³⁹ BAG 1, 291 (313).

¹⁴⁰ BAG 1, 291 (309); 23, 292 (309).

¹⁴¹ Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Wandels; BVerfG 38, 386.

¹⁴² BAG 1, 291 (309 ff.).

¹⁴³ BAG 1, 291 (310 ff.); 10, 88 (91 f.); 14, 52.

¹⁴⁴ BAG 1, 291 (313 ff.).

¹⁴⁵ BAG 1, 291 (316 f.); 10, 88 (92, 94 f.); 14, 52; 15, 145 (150); 16, 123 (125 f.).

¹⁴⁶ BAG 16, 123.

¹⁴⁷ BAG 23, 292 (310 ff.); 25, 226 (234).

¹⁴⁸ BAG 23, 292 (311 f., 315 ff.), 25, 226 (234).

7. Die Betätigung der Koalitionen außerhalb von Tarifautonomie und Arbeitskampf

a) Allgemeines

So selbstverständlich Stellung und Betätigung der Koalitionen auf die Tarifautonomie und einen ihr ein- und untergeordneten Arbeitskampf hinorientiert wurden, so unbekümmert bejahte man weitere Aufgaben der Koalitionen. Die Funktionsgarantie der Koalitionen umfasse „nicht nur den Bereich der Tarifautonomie, sondern auch solche Betätigungen der Koalitionen die auf andere Weise als durch Abschluß von Tarifverträgen die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder wahren und fördern“¹⁴⁹.

So diene „auch die Tätigkeit der Gewerkschaften im Personalvertretungswesen der Wahrung und Förderung der Dienstbedingungen. Dem steht nicht entgegen, daß die Gewerkschaften hier nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar — über die Personalräte und ihre Wahl — auf die Dienstbedingungen Einfluß zu nehmen suchen. Art. 9 Abs. 3 GG unterscheidet nicht danach, ob die Koalitionen es unternehmen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen unmittelbar oder mittelbar zu wahren und zu fördern“¹⁵⁰. Auch die Mitgliederwerbung diene „nur mittelbar dem Zweck der Koalitionen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern“. Dieser Umstand steht „der Einbeziehung der Mitgliederwerbung in den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG jedoch nicht entgegen“¹⁵¹. Betreffe also die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung „eine wichtige Seite der Vereinigung“, so hätten „die anderen Möglichkeiten einer tariffähigen Arbeitnehmervereinigung . . . letztlich aber dasselbe Gewicht“¹⁵².

So bestimmt diese Aussagen sich lesen, so unsicher ist die Konkretisierung im einzelnen. Weitgehend ist die Rechtsprechung der Aufgabe, zwischen dem verfassungsrechtlich Notwendigen und dem verfassungsrechtlich Möglichen zu unterscheiden, auch dadurch enthoben, daß der Gesetzgeber die Befugnisse der Koalitionen ohne Rücksicht auf eben diese Unterscheidung ausgebaut hat¹⁵³.

Daß „die Gewerkschaften . . . über ihre ursprüngliche Zielsetzung . . . weit hinausgewachsen“ sind, „die Repräsentation der Arbeitnehmerinteressen in Staat und Gesellschaft in umfassender Weise“ beanspru-

¹⁴⁹ BAG 20, 175 (212); BVerfG 42, 133 (138); BSG 41, 193 (196).

¹⁵⁰ BVerfG 19, 303 (313).

¹⁵¹ BVerfG 28, 295 (305).

¹⁵² BAG 23, 320 (325).

¹⁵³ Klar gegenübergestellt in BVerfG 38, 281 (304).

chen und „einen bestimmenden Faktor im Wirtschafts- und Sozialleben“ bilden, wird zwar anerkannt und zugelassen; aber der „Ausschließlichkeitsanspruch“ den sie in der Tarifautonomie haben, „läßt sich auf die allgemeine Vertretung der Arbeitnehmerinteressen gegenüber dem Staat und in der Öffentlichkeit nicht übertragen¹⁵⁴.

b) *Betriebsverfassung, Personalvertretung, Mitbestimmung*

Betriebsverfassung und Mitbestimmung werden als wichtige und zulässige Ergänzungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Rahmen der Tarifautonomie beurteilt¹⁵⁵.

Die Befugnisse der Gewerkschaften im Betriebsverfassungsrecht gelten als Ausfluß des Art. 9 Abs. 3 GG¹⁵⁶. Eine unmittelbare Anwendung des Art. 9 Abs. 3 GG wurde hinsichtlich der Werbungs- und Informationstätigkeit der Gewerkschaften¹⁵⁷ sowie für das Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb¹⁵⁸ in Betracht gezogen. Die Rüge, Mitwirkungsrechte des Betriebsrats verletzen die Tarifautonomie, wurde u. a. mit dem Hinweis zurückgewiesen, die betroffenen Gegenstände seien „zumeist wegen ihrer Betriebsbezogenheit durch Tarifvertrag nicht geregelt“, könnten aber durch Tarifvertrag „doch ohne weiteres geregelt werden ... Dann würde eine Mitbestimmung des Betriebsrats wegfallen“¹⁵⁹.

Mehr Streitstoff bot die Personalvertretung, weil hier der Staat bemüht war, die Mitwirkung der Gewerkschaften den Verwaltungsbedürfnissen anzupassen. Das Bundesverfassungsgericht ließ zunächst sogar offen, ob die Tätigkeit der Gewerkschaften im Bereich der Personalvertretung unter den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG falle¹⁶⁰. Als bald aber bejahte es diese Frage um so nachdrücklicher: „In den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Bereich muß die Tätigkeit der Koalitionen im Personalvertretungswesen aber vor allem deshalb einbezogen werden, weil sich das Grundgesetz ausdrücklich zum sozialen Rechtsstaat bekennt (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG). Diese Entscheidung des Verfassungsgebers schließt es aus, die Koalitionsbetätigung in diesem Bereich, die bis 1933 und nach 1945 dienstrechtlich und verfassungsrechtlich anerkannt war, von der Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG auszunehmen. Das Sozialstaatsprinzip war in den entsprechenden Vor-

¹⁵⁴ BVerfG 38, 281 (305 f.).

¹⁵⁵ BVerfG U. v. 1. 3. 79 IV 2 b.

¹⁵⁶ BAG 23, 320 (324 f.).

¹⁵⁷ BAG 17, 218 (221, 223); 19 (217).

¹⁵⁸ BAG 25, 242 (247).

¹⁵⁹ BAG Urteil vom 13. März 1973, NJW 26. Jhg. (1973), S. 1900 (1901).

¹⁶⁰ BVerfG 17, 319 (333 ff.).

schriften bereits konkret ausgeformt. Die Koalitionsfreiheit würde ihres historisch gewordenen Sinns beraubt, wenn nicht die Betätigung der Koalitionen bei der Personalvertretung durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt wäre¹⁶¹.“ Im einzelnen ist die Judikatur aber ebenso von der Reduktion der verfassungsrechtlichen Garantie auf das „Unerläßliche“¹⁶² wie von der Gestaltungsaufgabe des Gesetzgebers¹⁶³ geprägt.

Eine wichtige Grenze, die weit über den Zusammenhang von Betriebsverfassung und Personalvertretung hinaus von Bedeutung ist, zog der Bundesgerichtshof¹⁶⁴: Gewerkschaften dürfen grundsätzlich nicht vereinsrechtliche Mittel (hier: Ausschluß) einsetzen, um ein bestimmtes Verhalten der Mitglieder im Rahmen der Betriebsverfassung (hier Gebrauch des passiven Wahlrechts) zu erzwingen.

c) Sonstiges Arbeitsrecht

Die Betätigungsgarantie der Koalitionen kann nicht dahin verstanden werden, daß „die staatliche Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und der Regelung von Arbeitsbedingungen schlechthin ausgeschlossen“ wäre¹⁶⁵. Gleichwohl meint das Bundesverfassungsgericht, der Staat habe „seine Zuständigkeit zur Rechtsetzung, soweit es sich um den Inhalt von Arbeitsverträgen handelt, weit zurückgenommen“¹⁶⁶. Dem entspreche nicht nur, daß bei der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen Koalitionen und Staat zusammenwirkten, um den von den Tarifpartnern autonom gefundenen Regelungen allgemeinere Wirkung auch und gerade gegenüber dem Nichtorganisierten zu verschaffen¹⁶⁷. Dem entspreche vielmehr sogar, wenn nach dem Heimarbeitsgesetz die nichtorganisierten Betroffenen durch die überhaupt bestehenden Koalitionen repräsentiert würden. „So unbestreitbar ist, daß hier der Inhalt von Beschäftigungsverträgen nicht von Tarifparteien festgelegt wird, so einleuchtend ist es, daß sich im Heimarbeitsausschuß die noch nicht organisierten Kräfte der Auftragsgeberseite und der Beschäftigungsseite — also gleichsam ‚unorganisierte Tarifparteien‘ — gegenüberstehen, die Festsetzungen das Ergebnis des Ringens und der Auseinandersetzungen dieser beiden Gruppen sind und der Beschluß des Heimarbeitsausschusses seiner Funktion nach der Vereinbarung eines Tarifvertrages zwischen Tarifpartnern ent-

¹⁶¹ BVerfG 19, 303 (319); s. auch BVerfG 28, 295 (304 f.); BAG 20, 175 (212).

¹⁶² BVerfG 17, 319 (333 f.).

¹⁶³ BVerfG 19, 303 (321); 28, 295 (305 ff.).

¹⁶⁴ BGHZ 71, 126.

¹⁶⁵ BAG 19, 14 (25).

¹⁶⁶ BVerfG 34, 307 (316); 38, 281 (306); 44, 322 (340 f.).

¹⁶⁷ BVerfG 44, 322 (340 ff.).

spricht¹⁶⁸.“ Das Bundesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang Art. 9 Abs. 3 GG nicht zitiert. Es ist auch nicht zu einer Rechtfertigung des Heimarbeitsgesetzes gelangt¹⁶⁹.

Eine unklare Rolle hat die Funktion der Rechtsberatung und der Prozeßvertretung, die zwar den Koalitionen wesentlich¹⁷⁰, ihnen aber nicht vorbehalten ist¹⁷¹.

d) Koalitionen und Selbstverwaltung

Noch mehr als im Arbeitsrecht (außerhalb der Tarifautonomie und des Arbeitskampfes) verflüchtigt sich die Legitimation aus Art. 9 Abs. 3 GG im Bereich der (sonstigen) Selbstverwaltung, an der die Koalitionen ja so überaus reich beteiligt sind. So hat z. B. das Bundesverfassungsgericht die Frage, ob bei Sozialversicherungswahlen zwischen Gewerkschaften und sonstigen Arbeitnehmervereinigungen differenziert werden darf, nur unter Bezugnahme auf Art. 9 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG, jedoch ohne Rückgriff auf Art. 9 Abs. 3 GG beantwortet¹⁷². Ganz im Gegensatz dazu legitimiert das Bundessozialgericht die Selbstverwaltung der Bundesanstalt für Arbeit in sehr direkter Weise aus Art. 9 Abs. 3 GG¹⁷³.

e) Koalitionen, Staat und Öffentlichkeit

Schließlich wird den Koalitionen durch Art. 9 Abs. 3 GG ganz allgemein die „freie Darstellung der in ihnen organisierten Gruppeninteressen gegenüber dem Staat und den politischen Parteien“ zugesprochen¹⁷⁴. Jedoch haben sie insofern keinen Ausschließlichkeitsanspruch¹⁷⁵. Bei der „freien Darstellung der Gruppeninteressen der Arbeitnehmer“ konkurrieren die Gewerkschaften „mit anderen privaten Verbänden, mit den Parteien und auch mit einzelnen öffentlichrechtlichen Körperschaften“¹⁷⁶. Sie könnten sich „gegen die Errichtung und Betätigung anderer Körperschaften wehren, wenn solche Körperschaften die Wirkungsmöglichkeiten und sogar den Bestand der Gewerkschaften beeinträchtigen“¹⁷⁷. Die „Mitwirkungsrechte“ der Koalitionen „im öffent-

¹⁶⁸ BVerfG 34, 307 (320).

¹⁶⁹ BAG 24, 158.

¹⁷⁰ BVerfG 38, 281 (306 f.).

¹⁷¹ BVerfG 18, 18 (33 f.).

¹⁷² BVerfG 30, 227.

¹⁷³ BSG 41, 193 (196 f.).

¹⁷⁴ BVerfG 28, 295 (305).

¹⁷⁵ BVerfG 38, 281 (306).

¹⁷⁶ Ebd.

¹⁷⁷ Ebd.

lichen Leben“ sind auf die Gesetze gegründet¹⁷⁸. „Soziale Macht“ der Gewerkschaften als „Repräsentation der Arbeitnehmerinteressen“ und als „bestimmender Faktor im Wirtschafts- und Sozialleben“, ist Tatsache¹⁷⁹. Beides erscheint verfassungsrechtlich zulässig. Über eine Verfassungsgarantie ist damit ebensowenig ausgesagt wie über eine verfassungsrechtliche Grenze.

Zulässig erscheint es jedenfalls, wenn der Staat sich außerhalb dessen, was sich auf dem Boden des Art. 9 Abs. 3 GG entwickelt, „ein Organ“ schafft, „das ihm helfen sollte, die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Lage der sozialen Gruppe der in abhängiger Arbeit Tätigen von einem neutralen, objektiven — d. h. nicht von vorneherein interessenbestimmten Standpunkt aus zu sehen und auf der so gewonnenen Grundlage die zur Wahrung und Förderung der Interessen dieser Gruppe erforderlichen Maßnahmen in Abstimmung mit den Interessen der übrigen Bevölkerungsgruppen zu treffen“¹⁸⁰. Während die Gewerkschaften durch den „Bezug auf den sozialen Gegenspieler“ und den „Gedanken des Kampfes“ geprägt seien¹⁸¹, rechtfertige sich eine solche öffentlichrechtliche Körperschaft durch den Bezug „auf das Ganze von Staat und Gesellschaft“¹⁸² und durch die Konzeption einer „neutralen, unpolitisch-objektiven Vertretung“ „der Arbeitnehmerschaft als einer sozialen Gruppe“ und ihrer „allgemeinen Interessen“¹⁸³.

„Die Wahlwerbung einer Koalition vor allgemeinen politischen Wahlen“ wird „durch Art. 9 Abs. 3 GG nicht geschützt“ — also „verfassungsrechtlich weder stärker noch schwächer geschützt als die Wahlwerbung aller anderen Gruppen“¹⁸⁴.

8. Die Subjekte der Koalitionsfreiheit

a) Koalitionen

Ganz unter dem Primat des Zweckes der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“, seiner zentralen Realisierung durch die Tarifautonomie und des „vorrechtlichen Gesamtbildes“¹⁸⁵ verwirklichter Koalitionsfreiheit¹⁸⁶ steht auch die Antwort auf

¹⁷⁸ Ebd., S. 304.

¹⁷⁹ Ebd., S. 305.

¹⁸⁰ Ebd., S. 307 f.

¹⁸¹ Ebd., S. 307.

¹⁸² Ebd., S. 308.

¹⁸³ Ebd., S. 310.

¹⁸⁴ BVerfG 42, 133 (138 f.).

¹⁸⁵ s. zum Begriff des „vorrechtlichen Gesamtbildes“ Hans Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., 1948, S. 137 ff.

¹⁸⁶ Zu diesen Prämissen s. noch einmal oben S. 512 f.

die Frage, welche Gruppen und Organisationen nun Subjekte der kollektiven Koalitionsfreiheit¹⁸⁷ sein können.

Im Vordergrund steht die *Fähigkeit, Tarifautonomie mit dem sozialen Gegenüber sinnvoll verwirklichen zu können*. Wer kann — ist also zu fragen — Partner des Zusammenspiels kollektiver Repräsentanten gegenteiliger Interessen sein, deren normsetzendes Zusammenwirken den Vorzug sowohl gegenüber staatlicher Rechtsetzung als auch gegenüber dem individuell vereinbarten Vertrag (jedenfalls, wenn dieser „ungünstiger“ ist) verdient? Das Bundesverfassungsgericht¹⁸⁸ vollzieht folgende Gedankenschritte: Koalitionsfreiheit verlangt ein Tarifvertragssystem; Tariffähigkeit verlangt bestimmte, herkömmlich bekannte Voraussetzungen; „in Wahrheit sind diese Merkmale jedoch nichts anderes als notwendige Voraussetzungen für das Vorhandensein echter arbeitsrechtlicher Vereinigungen überhaupt. Art. 9 Abs. 3 GG will ebenso wie Art. 159 WV nach Sinn und Zweck nur solche freigebildete Vereinigungen schützen, die nach ihrer Gesamtstruktur unabhängig genug sind, um die Interessen ihrer Mitglieder auf arbeits- und sozialrechtlichem Gebiet wirksam und nachhaltig zu vertreten“¹⁸⁹. „Um tariffähig zu sein, muß die Koalition als satzungsgemäße Aufgabe die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder gerade in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer übernehmen; sie muß frei gebildet, gegnerfrei, unabhängig und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sein; schließlich muß sie das Tarifrecht als für sich verbindlich anerkennen“¹⁹⁰. Die Mitbestimmung könne die Unabhängigkeit und Gegnerfreiheit der Arbeitgeberkoalitionen gefährden. Aber diese Gefährdung habe gegenwärtig keinen solchen Grad, daß schon die gesetzliche Regelung der Mitbestimmung gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoße¹⁹¹.

Die genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts verlangten schon „das Vorhandensein einer echten arbeitsrechtlichen Vereinigung überhaupt . . . ; andernfalls nimmt sie an der Funktionsgarantie der Tarifautonomie nicht teil“¹⁹². Genau gesehen bleibt freilich offen, in welchem Umfang Koalitionen denkbar sind, die nicht tariffähig, im übrigen aber dennoch Vereinigungen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG sind. Daß sich eine Vereinigung „zum Zweck setzt, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern“, und dennoch nicht tariffähig ist, erscheint möglich¹⁹³. „Eine Sonder-

¹⁸⁷ s. dazu oben S. 513 f.

¹⁸⁸ BVerfG 4, 96 (106 f.).

¹⁸⁹ Ebd., S. 107.

¹⁹⁰ BVerfG 18, 18 (28); 50, 290 (368).

¹⁹¹ BVerfG 50, 290 (369 ff.).

¹⁹² BAG 20, 175 (213).

stellung können solche Vereinigungen einnehmen, deren Mitglieder von der tariflichen Lohngestaltung durch andere verfassungsrechtliche Bestimmungen ausgeschlossen sind, wie dies sich etwa für Beamte aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) ergibt¹⁹⁴.“ Gelegentlich werden auch „selbständige Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischen Zwecksetzungen“ von den Gewerkschaften unterschieden, „weil sie ihre Tätigkeit auf die Rechtsberatung ihrer Mitglieder und ihre Vertretung vor Gerichten beschränken, den Abschluß von Tarifverträgen aber gar nicht erstreben“¹⁹⁵. Diese Differenz wird freilich nicht exakt auf Art. 9 Abs. 3 GG bezogen.

Die Aufgabe, den Begriff der Vereinigung im Sinne des Tarifrechts und im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG abzugrenzen, kommt der Rechtsordnung unterhalb der Verfassung zu¹⁹⁶. Zwar könne „nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß der einfache Gesetzgeber die Tariffähigkeit nach seinem Ermessen auch von weiteren — insbesondere berufsorganisatorischen — Voraussetzungen abhängig machen könnte. Gleichwohl kann es nicht der Sinn der in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionsfreiheit sein, daß der Gesetzgeber schlechthin jede Koalition zum Abschluß von Tarifverträgen zulassen, also als tariffähig behandeln muß. . . . Diese Grenzen der Tariffähigkeit zu ziehen, ist an sich eine Aufgabe des gesetzgeberischen Ermessens“¹⁹⁷. Dabei „ist der Gesetzgeber nur dadurch beschränkt, daß mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit zugleich die Institution eines gesetzlich geregelten und geschützten Tarifvertragssystem verfassungsrechtlich gewährleistet ist“¹⁹⁸. Das „verbietet es dem Gesetzgeber, die von Vereinigungen frei gewählten Organisationsformen schlechthin oder in entscheidendem Umfang bei der Regelung der Tariffähigkeit unberücksichtigt zu lassen und auf diese Weise das Grundrecht der Koalitionsfreiheit mittelbar auszuhöhlen. Der Gesetzgeber darf also einerseits die Tariffähigkeit nicht ausschließlich oder in entscheidendem Maße an solche Organisationsformen und -prinzipien binden, die von den frei gebildeten Vereinigungen allgemein oder vorwiegend abgelehnt werden; andererseits ist er nicht genötigt, außergewöhnliche Organisationsformen oder solche, die durch die tatsächliche Entwicklung des sozialen Lebens nahezu völlig oder doch im wesentlichen als überholt gelten dürfen, auch dann bei der Regelung der Tariffähigkeit zu berücksichtigen, wenn sich dar-

¹⁹³ BVerfG 18, 18 (28); BAG 21, 98 (102).

¹⁹⁴ BVerfG 4, 96 (107).

¹⁹⁵ BVerfG 18, 18 (33 f.).

¹⁹⁶ BVerfG 4, 96 (107).

¹⁹⁷ Ebd., S. 107 f.

¹⁹⁸ Ebd., S. 108.

aus erhebliche Störungen einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens ... ergeben würden“¹⁹⁹. Eine zwiespältige historische und teleologische Betrachtungsweise verändert jedoch die Akzente. Der Gesetzgeber habe „bei einer Normierung der Tariffähigkeit sowohl die historische Entwicklung des Tarifwesens als auch eine für die Ordnung des Soziallebens gedeihliche Fortbildung“ zu berücksichtigen²⁰⁰. Einschränkend könne der Gesetzgeber (und an seiner Stelle der Richter) etwa „gemischt-fachlichen Unternehmerverbänden“ die Tariffähigkeit vorenthalten²⁰¹. Über den Koalitionsbegriff hinaus dürfte der Gesetzgeber z. B. die Tariffähigkeit den Spitzenorganisationen von Koalitionen²⁰² oder auch öffentlichrechtlichen Körperschaften — wie den Handwerksinnungen²⁰³ — zuerkennen. Er dürfe dabei aber die Tariffähigkeit der Koalitionen nicht aushöhlen²⁰⁴. Besonders umstritten war das Erfordernis der Kampfbereitschaft. „Die Gewerkschaften sind nach ihrem Ursprung Kampfverbände“, „ihre ganze Arbeit“ erhält auch jetzt noch „ihren besonderen Akzent von dem Gedanken des Kampfes“²⁰⁵. Aber gilt das auch im normativen Sinne einer Voraussetzung der Tariffähigkeit? Das Bundesarbeitsgericht bejahte das zunächst nachdrücklich²⁰⁶. Das Bundesverfassungsgericht trat dem — unter dem Vorbehalt, daß möglicherweise nach beruflichen Bereichen zu differenzieren ist — entgegen²⁰⁷. Das Bundesarbeitsgericht hat sich danach auf das Postulat zurückgezogen, Koalitionen müßten jedenfalls imstande sein, wirksamen Druck auf den Sozialpartner auszuüben²⁰⁸.

Anzumerken ist schließlich, daß der Tariffähigkeit keine Pflicht zum Abschluß von Tarifverträgen entspricht²⁰⁹.

b) Insbesondere Gewerkschaften

Der Prototyp der Koalition der Arbeitnehmerseite ist die Gewerkschaft²¹⁰. Sie ist tariffähig²¹¹. Aber „nicht jede Organisation von Arbeit-

¹⁹⁹ Ebd.

²⁰⁰ Ebd., S. 108 f.; s. zum Ermessen des Gesetzgebers auch BAG 12, 184 (189 f.).

²⁰¹ BVerfG 4, 96 (109 f.).

²⁰² BAG 3, 358 (363 ff.).

²⁰³ BVerfG 20, 312 (318 ff.).

²⁰⁴ Ebd., S. 320.

²⁰⁵ BVerfG 38, 281 (307).

²⁰⁶ BAG 4, 351 (352); 12, 184.

²⁰⁷ BVerfG 18, 18 (26 ff.).

²⁰⁸ BAG 21, 98 (102 ff.); 23, 320 (323).

²⁰⁹ BVerfG 20, 312 (320); s. auch BAG 14, 282.

²¹⁰ BAG 12, 184 (191); 15, 174 (193 f.).

²¹¹ BAG 4, 351.

nehmern“ kann „als tariffähige Gewerkschaft angesehen werden“²¹². Die allgemeinen Grundsätze des Koalitionsbegriffs (insbesondere der Reinheit und der Unabhängigkeit) gelten auch für Gewerkschaften²¹³.

Das Bundesarbeitsgericht war bemüht, den Typ der Gewerkschaft als die Arbeitnehmervvertretung schlechthin zu integrieren. Das Arbeitsrecht knüpfte daran einheitlich an²¹⁴. Zu diesem einheitlichen Begriff der Gewerkschaft gehöre die Kampfbereitschaft²¹⁵, Arbeitskampfbereitschaft sei nur dann nicht vorausgesetzt, „wenn das Fehlen der Kampfbereitschaft nicht auf dem freien Willensentschluß des Verbandes, sondern auf gesetzlicher Vorschrift oder auf dem Wesen des betreffenden Berufs beruht“, wie bei Beamtenverbänden oder auch Verbänden abhängiger Ärzte, die „aus dem ethischen Wesen des Arztberufes heraus den Streik“ ablehnen²¹⁶. Nachdem das Bundesverfassungsgericht Tariffähigkeit und Kampfbereitschaft voneinander gelöst hatte, wurde auf die Fähigkeit wenigstens zu hinreichendem Druck Wert gelegt²¹⁷.

Damit wird primär das Moment der Mitgliederzahl relevant²¹⁸. Es sei aber „durchaus denkbar, daß eine Arbeitnehmerkoalition zwar nur verhältnismäßig wenig Mitglieder hat, daß sich ihr Mitgliederbestand aber aus Arbeitnehmern zusammensetzt, die kraft ihrer Stellung im Arbeitsleben einen besonderen Einfluß gegenüber der Arbeitgeberseite ausüben können“²¹⁹. Jedenfalls benötige die Gewerkschaft diese Fähigkeit, Druck auszuüben, auch für ihre betriebsverfassungsrechtlichen Funktionen²²⁰.

Wohl den Schlußstein in dem Bemühen des Bundesarbeitsgerichts um die Integration der gewerkschaftlichen Position bildet die gewerkschaftliche Verantwortung für den Streik²²¹. Arbeitskämpfe sind unerwünscht und gefährlich und können „nur in einem bestimmten Rahmen verantwortet werden ... Dabei ist es wichtig, beim Ausbruch eines Streiks zu Kontrollzwecken Stellen einzuschalten, die wegen ihrer Stellung im Arbeitsleben, ihrer Bedeutung in wirtschaftlicher Hinsicht

²¹² BAG 12, 184 (189); 23, 320 (323); s. auch noch einmal BVerfG 18, 18 (28, 33 f.); BAG 21, 98 (102).

²¹³ BAG 12, 184 (187 f., 192).

²¹⁴ BAG 12, 184 (191); 15, 175 (193 f.); 23, 320 (323 ff.).

²¹⁵ BAG 4, 351 (352); 12, 184 im unspezifischen Sinne eines Realtyps auch BVerfG 38, 281 (307).

²¹⁶ BAG 12, 184 (193).

²¹⁷ s. nochmals S. 531.

²¹⁸ BAG 21, 98 (102 ff.); 23, 320 (323 f.); s. auch BVerfG 28, 295 (305).

²¹⁹ BAG 21, 98 (103).

²²⁰ BAG 23, 320 (324).

²²¹ s. zur Abgrenzung des gewerkschaftlichen Streiks vom wilden Streik schon oben S. 521 f.

und ihrem Wissen auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts die Gewähr dafür bieten, daß nur in wirklich begründeten Fällen gestreikt wird und daß im Falle eines Streiks die im allgemeinen Interesse erforderlichen Kampfregeln eingehalten werden. Als solche Stellen kommen auf der Arbeitnehmerseite bei ihrer gesellschaftlichen Stellung nur die Gewerkschaften in Frage²²².

In der Abgrenzung ihres Wirkungskreises sind Gewerkschaften grundsätzlich frei²²³. Sie können sich durch die jeweils eigene Zuständigkeitsbestimmung aber nicht wechselseitig aus Überschneidungsräumen ausschließen²²⁴.

In der Auswahl ihrer gewerkschaftlichen Verhandlungspartner sind Arbeitgeber von Rechts wegen relativ frei²²⁵. Es besteht auch kein „Rechtsanspruch einer Gewerkschaft auf Teilnahme an Tarifvertragsverhandlungen anderer Gewerkschaften“²²⁶.

Was den öffentlichen Wirkungskreis der Gewerkschaften anlangt, wurde das Bundesverfassungsgericht schon im Zusammenhang mit dem öffentlichen Wirkungskreis der Koalitionen zitiert²²⁷. Ihre „Mitwirkungsrechte im öffentlichen Leben“ und ihre „soziale Macht“ werden zur Kenntnis genommen und in Rechnung gestellt²²⁸. Aber ihr „eigentliches Betätigungsfeld . . ., in dem sogar der Staat selbst grundsätzlich . . . sich jeder Einflußnahme enthält“, ist das Tarifvertragssystem²²⁹. Für „die allgemeine Wertung der Arbeitnehmerinteressen gegenüber dem Staat und der Öffentlichkeit“ gibt es keinen Ausschließlichkeitsanspruch²³⁰. „Ihrer ganzen Arbeit ist . . . von Haus aus der Bezug auf den sozialen Gegenspieler eigen“²³¹.

c) Der „Koalitionspluralismus“

Der freien Bildung und dem gesellschaftlichen Charakter der Koalitionen entspricht der Gedanke des „Koalitionspluralismus“²³². Er zielt über die systemnotwendige Pluralität zwischen Koalitionen verschiedener „Seite“ hinaus auf die Möglichkeit einer Mehrheit von Koalitionen

²²² BAG 15, 174 (194).

²²³ BAG 16, 329; 22, 295 (300 ff.).

²²⁴ BAG 16, 329 (335).

²²⁵ BAG 14, 282 (290); 17, 193 (196).

²²⁶ Ebd.

²²⁷ s. S. 527 f.

²²⁸ BVerfG 38, 291 (304 f.).

²²⁹ Ebd., S. 306.

²³⁰ Ebd.

²³¹ Ebd., S. 307.

²³² BAG 19, 217 (226); 20, 175 (214 f.).

nen gleicher „Seite“ und gleichen oder sich wenigstens überschneidende Tätigkeitsbereichs. In der Wahl ihrer Funktionsbereiche sind Koalitionen der gleichen „Seite“ autonom, ohne einander ausschließen zu können²³³. Die Rücksicht „auf den mit Art. 9 Abs. 3 GG anerkannten Koalitionspluralismus . . . bedeutet, daß“ Koalitionen „gegen andere Koalitionen jedenfalls nicht in grob unwahrer oder hetzerischer Weise vorgehen oder es auf deren Vernichtung anlegen“ dürfen²³⁴. Sie dürfen sich darüber hinaus nicht mit Mitteln bekämpfen, welche die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter und die positive Koalitionsfreiheit der jeweils anders Organisierten beeinträchtigen würde²³⁵.

Koalitionen verschiedener „Seite“ sind gehalten, voneinander „nichts Unzumutbares“ zu verlangen²³⁶. Daß sie einander nicht zu Verhandlungen und Tarifabschlüssen verpflichtet sind²³⁷, und daß dies auch vom Gleichheitssatz her kaum eingeschränkt wird²³⁸, während das Mittel des Arbeitskampfes eingesetzt werden kann, um Verhandlung und Abschluß zu erreichen²³⁹, ist für den Koalitionspluralismus nicht ungefährlich.

9. Die Koalitionsfreiheit des Einzelnen

a) Die Koalitionsfreiheit des Organisierten

Als Individualgrundrecht²⁴⁰ des Organisierten bedeutet die Koalitionsfreiheit zunächst das Recht, sich in der Koalition zu betätigen²⁴¹. Das gilt auch für die Teilnahme am Arbeitskampf²⁴². Dabei kommt dem einzelnen Arbeitnehmer sowohl die Vermutung der Rechtmäßigkeit des von der Gewerkschaft um Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen geführten Streiks als auch der kollektive, das individuelle Arbeitsverhältnis schonende Charakter des Arbeitskampfes zugute²⁴³.

b) Die Koalitionsfreiheit des Nichtorganisierten

Die negative Koalitionsfreiheit — das Recht also, einer Koalition fernzubleiben — wird vom Bundesarbeitsgericht anerkannt²⁴⁴. Vom

²³³ BAG 16, 329 (335); 22, 295 (300 ff.).

²³⁴ BAG 19, 217 (226).

²³⁵ BAG 20, 175 (214 f.).

²³⁶ BAG 20, 175 (222 ff.). Zu dem wohl weitergehenden Postulat partnerschaftlichen Verhaltens s. BAG, ebd., S. 202.

²³⁷ BAG 14, 282 (287 f.); 17, 193 (193).

²³⁸ Ebd.

²³⁹ BAG 23, 484 (501).

²⁴⁰ s. nochmals S. 511.

²⁴¹ BVerfG 19, 303 (312).

²⁴² BSG 33, 254 (259); s. auch BSG 19, 230.

²⁴³ s. dazu nochmals S. 519, 521.

Bundesverfassungsgericht hingegen wird ihre Existenz zunächst offengelassen²⁴⁵. Im Mitbestimmungsurteil²⁴⁶ spricht das Gericht jedoch ausdrücklich auch von einer Freiheit, aus Koalitionen auszutreten und ihnen fernzubleiben. Übereinstimmend wird angenommen, daß ein Recht auf Fernbleiben von Koalitionen — mag es sich aus Art. 9 Abs. 3 GG oder aus Art. 2 Abs. 1 GG ergeben — nicht vor jeder Unterscheidung zwischen Organisierten und Nichtorganisierten und nicht vor jedem Nachteil schützt²⁴⁷. „Voraussetzung für eine Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit wäre es vielmehr, daß ein Zwang oder Druck auf die Nichtorganisierten ausgeübt wird, einer Organisation beizutreten²⁴⁸.“ Auch insofern ist der Einzelne nur von rechtswidrigem oder sozialadäquatem Druck geschützt²⁴⁹.

c) Der Einzelne zwischen den Koalitionen

Genießt der Außenseiter die negative Koalitionsfreiheit, so kommt den in Gewerkschaften Organisierten im Verhältnis zu der jeweils anderen Koalition die positive Koalitionsfreiheit zugute²⁵⁰. Sie schützt sie vor dem Druck, sich einem „fremden“ Tarifvertrag zu unterwerfen²⁵¹ oder zwischen spürbaren Nachteilen und dem Wechsel der Gewerkschaft zu wählen²⁵².

III. Schlußbemerkung

Der Verfasser muß es sich versagen, die Einseitigkeiten und Insuffizienzen aufzuzeigen, die aus einer rein richterrechtlichen und einer grundrechtlich dominierten Entwicklung des Rechts der Koalitionen und der Tarifautonomie erwachsen²⁵³. Nur soviel sei vermerkt, daß der Einbau der Verbandsmacht in das Gemeinwesen so nicht gelingen kann. Aber auch der Einzelne — der Außenseiter, der Nichtorganisierte, derjenige, der nicht am Arbeitskampf teilnimmt usw. — erscheint vernachlässigt. Die Rechtsprechung ist beherrscht von der Entfaltung der Koa-

²⁴⁴ BAG 19, 217 (227); 20, 175 (210, 213 ff.).

²⁴⁵ BVerfG 1, 264 (274); 31, 297 (302); 44, 322 (352).

²⁴⁶ BVerfG 50, 290 (366 ff.).

²⁴⁷ BVerfG 31, 297 (302).

²⁴⁸ Ebd.

²⁴⁹ BAG 19, 217 (227 f.); 20, 175 (218, 227 f.); s. auch BVerfG 20, 312 (321 f.).

²⁵⁰ BAG 20, 175 (226).

²⁵¹ BAG 4, 22 (25); s. auch BVerfG 44, 322 (352).

²⁵² BAG 20, 175 (226 ff.).

²⁵³ s. zum richterrechtlichen Charakter auch *Rupert Scholz*, Arbeitsverfassung und Richterrecht, *Der Betrieb*, 25. Jhg. (1972), S. 1771 ff., mit eingehenden Nachweisen.

litionen im arbeitsrechtlichen Raum. Ob es freilich einem Gesetzgeber möglich ist und gelingen wird, etwas besseres an die Stelle des Richterrechts zu setzen²⁵⁴, ist eine andere Frage.

²⁵⁴ s. dazu etwa *Walter Schmidt*, Gesellschaftliche Machtbildung durch Verbände, *Der Staat*, 17. Bd. (1978), S. 244 ff.; *Gunther Teubner*, Zu den Regelungsproblemen der Verbände. Neo-Korporativismus und innerverbandliche Opposition, *Juristenzeitung*, 33. Jhg. (1978), S. 545 ff., sowie die Schlußveranstaltung des 52. Deutschen Juristentages zu dem Thema: Die Verbände in der Demokratie und ihre Regelungsprobleme, in: *Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages*, 1978, Bd. II Sitzungsberichte, S. P 1 ff.