

GUTACHTEN

von Prof. Dr. Rolf Wank

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der
Ruhr-Universität Bochum

unter Mitarbeit von Benedikt Schmidt

zu den folgenden Fragen:

Ist die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28. 12. 2007 rechtmäßig und damit rechtswirksam?

Falls die Verordnung rechtswidrig sein sollte: Verletzt die Verordnung den Bundesverband der Kurier-Express-Postdienste e. V. (BdKEP), die TNT Post Regioservice GmbH, die Ridas Sicherheits- und Handelsgesellschaft mbH und die PIN Mail AG in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten?

im Auftrage des Arbeitgeberverbandes Postdienste e. V.
Adenauerallee 87, 53113 Bonn

Gliederung

Sachverhalt	12
Rechtsausführungen.....	15
1. Teil: Rechtslage	15
A. Rechtslage vor der Regelung der Briefbeförderung	15
I. Verfahren zur Festsetzung staatlicher Mindestlöhne	15
II. Das AEntG im Besonderen	15
III. Das Rechtsverordnungsverfahren nach § 1 Abs. 3a AEntG	16
B. Rechtslage nach der Neuregelung für Briefdienstleister	18
2. Teil: Form und Verfahren	18
A. Kein Verstoß gegen das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG	18
I. Sinn und Zweck des Zitiergebotes	19
1. Funktionen.....	19
2. Anwendung auf den Fall	21
II. Anforderungen des Zitiergebotes nach Rechtsprechung und Literatur.....	22
B. Verfahrensmäßige Voraussetzungen der Tarifnormerstreckung nach § 1 Abs. 3a AEntG	23
I. Antrag einer Tarifvertragspartei	23
II. Ordnungsgemäße Beteiligung nach § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG.....	23
1. Der Weg zum Erlass der Rechtsverordnung	23
a) Tarifvertrag vom 11.9.2007	23
b) Tarifvertrag vom 19.11.2007	24
c) Änderung des AEntG	24
2. Zweifel an der ordnungsgemäßen Durchführung des Beteiligungsverfahrens	24
a) Rechtsfolge eines etwaigen Verfahrensverstößes	25
aa) Fehlen einer eigenen gesetzlichen Regelung	25
bb) Die Behandlung von Verfahrensfehlern in der Rechtsordnung	25
(1) Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern im Verfassungsrecht: Kausalitätserfordernis	26
(2) Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern im Verwaltungs- verfahrensrecht: Kausalitätserfordernis	26

(3) Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern im Betriebsverfassungsrecht, § 19 Abs. 1 BetrVG: Kausalitätserfordernis	27
(4) Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern im Gesellschaftsrecht – Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen: Kausalitäts- oder Relevanzerfordernis	27
(a) (Verfahrens-)Fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse	27
(b) Die Anfechtung verfahrensfehlerhafter Gesellschafterbeschlüsse	28
(aa) Kausalitätserfordernis.....	28
(bb) Zweck der jeweiligen Verfahrensbestimmung (Relevanzerfordernis)	28
b) Folgerungen für die Beachtlichkeit eines etwaigen Verstoßes gegen § 1 Abs. 3a Satz 2 AentG	30
aa) Kausalitätsbetrachtung.....	30
bb) Zweck des Verfahrenserfordernisses des § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG....	31
(1) Wahrung von Informations- und Partizipationsinteressen als „Wert an sich“	31
(2) Verletzung eines konkreten Informations- oder Partizipationsinteresses	32
(3) Entsprechende gesetzliche Wertung im Verwaltungsverfahrenrecht	33
Ergebnis zum 2. Teil.....	34
3. Teil: § 1 Abs. 3a AEntG als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Rechtsverordnung.....	35
A. Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Verordnungsermächtigung...35	
I. BVerfG vor Aufnahme der Briefdienstleistungsbranche: Verfassungs- mäßigkeit des § 1 Abs. 3a AEntG.....	36
II. Verfassungsrechtliche Bedenken aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gegen die Neufassung des § 1 Abs. 3a AEntG	36
B. Das Verhältnis von § 1 Abs. 3a AEntG zu § 5 TVG	36
I. Exklusivitätsverhältnis?.....	36
1. Inlands- und Auslandssachverhalte.....	36

2. Vorliegen eines Auslandssachverhaltes	37
a) Auslandssachverhalt.....	38
b) Konkrete Gefahr für ausländische Wettbewerber.....	38
Zwischenergebnis.....	39
II. Rangverhältnis?.....	39
C. Fehlende Tarifbindung als Voraussetzung?.....	40
I. Wortlaut von Gesetz und Verordnung.....	40
1. Wortlaut des Gesetzes	40
2. Wortlaut der Verordnung	41
II. Entscheidung des VG Berlin.....	41
1. Materielle Rechtswidrigkeit der Verordnung wegen Überschreitung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.....	41
2. Verletzung der Kläger in subjektiv-öffentlichen Rechten durch die Verordnung	42
a) Verletzung in Rechten aus Art. 9 Abs. 3 GG unabhängig von Tariffähigkeit der GNBZ und Wirksamkeit der von ihr abgeschlossenen Tarifverträge.....	42
b) Verletzung in Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG.....	42
III. Auseinandersetzung mit der Entscheidung des VG Berlin – überschreitet die Verordnung die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage?.....	43
1. Der Vergleich mit der Regelung des § 5 Abs. 4 TVG	43
a) Herrschendes Verständnis des § 5 Abs. 4 TVG	44
aa) Herrschende Lehre.....	44
bb) Rechtsprechung des BAG	44
cc) Rechtsprechung des BVerfG	45
b) Keine Entkräftung dieser denkbaren Argumentation durch das VG Berlin	45
c) Übertragung des zu § 5 TVG Geltenden auf § 1 Abs. 3a AEntG gleichwohl nicht zweifelsfrei	46
2. Zweck- und Verfassungsmäßigkeit der Auslegungsvariante „Fehlende Bindung an den geltungserstreckten Tarifvertrag“.....	51
a) Allgemeinverbindlicher Tarifvertrag als Sockel.....	51
b) Verfassungsrechtlich legitimes Ziel.....	52
Ergebnis zu C.	54

Ergebnis zum 3. Teil.....	55
4. Teil: Materielle Voraussetzungen für die Tarifnormerstreckung.....	55
A. Quorum für Tarifbindung	55
I. Der Geltungsbereich.....	56
II. Tarifgebundene Arbeitgeber und beschäftigte Arbeitnehmer.....	57
1. Zusätzliche Bindung der DP AG an eigenen Haustarifvertrag – Entstehung von Tarifkonkurrenz/Tarifpluralität.....	57
2. Auflösung der Tarifkollision nach dem Spezialitätsprinzip?.....	58
a) Ausgangspunkt.....	58
b) Konsequenz für die Erfüllung des 50 %-Quorums	58
aa) Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG – Unterscheidung von Tarifgebundenheit und Tarifierwendbarkeit	58
bb) Tarifgebundenheit ohne Tarifierwendbarkeit als hinreichende Voraussetzung?.....	59
c) Ausnahme vom Grundsatz der Spezialität im Rahmen des Entsenderechts.....	59
aa) Rechtsprechung des EuGH	60
bb) Rechtsprechung des BAG	60
d) Rückausnahme bei Günstigkeit des spezielleren Tarifvertrages.....	61
3. Eigene Position: Berücksichtigung auch der bei der DP AG beschäftigten Arbeitnehmer – Sinn und Zweck des Entsenderechts	63
Ergebnis zu A.	63
B. Öffentliches Interesse	64
I. Sache des Interpreten.....	64
II. Kontrolldichte – weiter Beurteilungsspielraum des Verordnungsgebers.....	64
III. Öffentliches Interesse und besondere Situation in der Briefdienstleistungsbranche	65
1. Der Vorwurf eines „Monopolsicherungstarifvertrages“	65
2. Öffentliches Interesse an der Verhinderung eines Lohnunterbietungswettbewerbes.....	65
a) Lohnbedingungen in der Briefdienstleistungsbranche.....	66
aa) Wettbewerber der DP AG.....	66
bb) DP AG	66

cc) Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen	67
b) Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbes über die Lohnkosten als verfassungsrechtlich legitimes Ziel.....	68
aa) Greifbare Gefahr eines Lohnunterbietungswettbewerbes.....	68
bb) Aktuelle Rechtsprechung des BVerfG	69
(1) Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Tariftreueverlangens	69
(2) Entscheidung zur Generalunternehmerhaftung nach § 1a AEntG	69
cc) Grundentscheidungen des nationalen und des europäischen Gemeinschaftsrechts für den Briefdienstleistungssektor.....	70
(1) § 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG – Berücksichtigung sozialer Belange als Regulierungsziel	70
(2) Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft	70
(a) Richtlinie 2002/39/EG	70
(b) Richtlinie 2008/6/EG.....	71
(3) Die Sozialklausel des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG.....	72
(a) Grundentscheidung des Gesetzgebers für die sozialverträgliche Gestaltung des Wandels auf dem Postmarkt und gegen einen „Wettbewerb im Sozialdumping“	72
(b) Sozialklausel macht Mindestlohnverordnung nicht überflüssig...	72
(c) Besonderheiten der Briefdienstleistungsbranche gegenüber anderen privatisierten Bereichen.....	75
c) Öffentliches Interesse und Auswahl eines (von mehreren) Tariflohniveaus durch den Verordnungsgeber	77
aa) Weite Auslegung der Verordnungsermächtigung	77
bb) Wünschenswerter sozialer Standard	77
cc) Mindestlohniveau	77
Ergebnis zu III.	82
Ergebnis zu B.	82

5. Teil: Verletzung der Kläger in subjektiv-öffentlichen Rechten bei unterstellter

Rechtswidrigkeit der Verordnung?

A. Tariffähigkeit der GNBZ	84
----------------------------------	----

I. Soziale Mächtigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung nach Rechtsprechung und Literatur.....	85
1. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts	85
a) Ausgangspunkt: Forderung des BAG nach Arbeitskampfbereitschaft	85
aa) Frühere Rechtsprechung des BAG: Arbeitskampfbereitschaft als Voraussetzung der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung.....	85
bb) (Teilweise) Zurückweisung dieser Auffassung durch das BVerfG.....	86
cc) Reaktion des BAG: Ersetzung der Arbeitskampfbereitschaft durch das Erfordernis der sozialen Mächtigkeit	86
b) Die Entwicklung der Rechtsprechung des BAG zur sozialen Mächtigkeit.....	87
aa) Die Beschlüsse vom 9. 7. 1968 („Berliner Akademiker-Bund“) und vom 23. 4. 1971 („Christlicher Metallarbeiterverband“)	88
bb) Der Beschluss vom 15. 3. 1977 („Verband der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie e. V. [VOE] I“)	90
cc) Der Beschluss vom 14. 3. 1978 („Deutscher Arbeitnehmerverband e. V.“)	91
dd) Der Beschluss vom 16. 11. 1982 („VOE II“).....	92
ee) Die Beschlüsse vom 10. 9. 1985 („Arbeitnehmerverband land- und ernährungswirtschaftlicher Berufe [ALEB]“), vom 25. 11. 1986 („Christliche Gewerkschaft Bergbau-Chemie-Energie[CGBCE] II“) und vom 16. 1. 1990 („CGBCE III“ und „Christliche Gewerkschaft Holz und Bau Deutschlands [CGHB]“).	93
ff) Die Beschlüsse vom 6. 6. 2000 (Interessenverband „Bedienstete der Technischen Überwachung“ [BTÜ]) und vom 14. 12. 2004 („Unabhängige Flugbegleiter Organisation e. V. [UFO]“)	97
gg) Der Beschluss vom 28. 3. 2006 („Christliche Gewerkschaft Metall [CGM]“)	99
c) Zwischenzeitliche Billigung durch das BVerfG	102
2. Das Erfordernis der sozialen Mächtigkeit in der Literatur.....	103
a) Freies Spiel der Kräfte – Entscheidung des Marktes über die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung	104
b) Erweiterte Inhaltskontrolle.....	104

c) Nachträgliche Missbrauchskontrolle.....	105
d) Relative Tariffähigkeit	107
II. Eigene Position.....	108
1. Fehlen eines überzeugenden Alternativkonzepts zur Mächtighkeitsrechtsprechung	109
a) „Freies Spiel der Kräfte“ und übermäßiges Vertrauen in die Selbstregulierung der kollektiven Verbandsstrukturen	109
b) Erweiterte Inhaltskontrolle und Verbot der Tarifizensur	110
c) Missbrauchskontrolle und Rechtssicherheit.....	111
2. Keine stichhaltigen einfachrechtlichen Einwände gegen das Mächtigkeitserfordernis	112
a) § 12 TVG.....	112
b) § 2 Abs. 1 TVG (Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers).....	113
c) Justitiabilität der sozialen Mächtigkeit.....	113
3. Verfassungsmäßigkeit des Erfordernisses der sozialen Mächtigkeit.....	114
a) Verbreitete Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Mächtighkeitsrechtsprechung.....	114
b) Relativierung der verfassungsrechtlichen Bedenken durch Aufgabe des einheitlichen Gewerkschaftsbegriffs	115
c) Soziale Mächtigkeit als Fall der Grundrechtsausgestaltung	116
aa) Soziale Mächtigkeit und „Kernbereichsrechtsprechung“ des BVerfG..	116
bb) Die Unterscheidung zwischen Grundrechtseingriff und Grundrechtsausgestaltung.....	117
cc) Bestätigung des Mächtigkeitserfordernisses auch durch die neuere Verfassungsrechtsprechung	119
d) Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems als entscheidender Gesichtspunkt	120
aa) Allgemeine Leitlinie	120
bb) Konkrete Folgerungen für die Handhabung des Mächtigkeitserfordernisses	122
(1) Der zutreffende Ausgangspunkt des BAG im CGM-Beschluss: Bisherige Teilnahme am Tarifgeschehen.....	122
(2) Grenzen dieser Betrachtungsweise vor dem Hintergrund der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems	123

(a) „Gefälligkeitstarifverträge“	123
(b) Weitere Grenzen	124
(aa) Keine mächtigkeitsindizierende Wirkung bei Fehlen eines Interessengegensatzes	125
(bb) Zweifelhafte Würdigung von Anschlussstarifverträgen durch das BAG	126
(aaa) Keine Gleichsetzung mit Gefälligkeitstarifverträgen – Anschlussstarifverträge und der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb	127
(bbb) Aber: Auch keine Gleichsetzung mit originär aus- gehandelten Tarifverträgen – Anschlussstarifverträge als „kollektive Gleichstellungsabreden“	128
(ccc) Abweichende Beurteilung bei Abschluss in wirtschaftlichen Krisenzeiten?.....	129
Ergebnis zu II.	130
III. Soziale Mächtigkeit der GNBZ?.....	131
1. Weichenstellung	131
2. Bisherige Tarifpraxis der GNBZ.....	131
a) Quantitätsbezogene Überlegungen.....	132
b) Der zeitliche Aspekt.....	133
c) Qualitätsbezogene Überlegungen – Tarifverträge der GNBZ als „Gefälligkeitstarifverträge“?	134
aa) Keine sachwidrige Ausnutzung gesetzlicher Tariföffnungsklauseln.....	134
bb) Besonders krasses Missverhältnis zwischen den vereinbarten Leistungen?.....	135
cc) Allgemeine Kennzeichen eines Gefälligkeitstarifvertrages – Kollusion	136
(1) Nachteilige Wirkung der Tarifverträge der GNBZ für die Mitglieder der GNBZ.....	136
(2) Kompensation des niedrigeren Entgelts durch Erhalt der Arbeitsplätze?	136
(a) Die Parallele zur Diskussion um die (Neu-)Interpretation des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG	137

(b) Hier: Erhalt der Arbeitsplätze als bloß erhoffte ökonomische Vertragswirkung.....	139
(3) Das subjektive Element des Kollusionstatbestandes.....	140
d) „Tarifdiktat“?	140
e) Keine indizielle Wirkung der GNBZ-Tarifverträge für die soziale Mächtigkeit der GNBZ wegen Fehlens eines echten Interessengegensatzes der Tarifvertragsparteien	141
3. Organisationsstärke der GNBZ.....	144
a) Mitgliederzahl im Verhältnis zum selbst gewählten räumlichen und fachlichen Organisationsbereich	144
aa) Mitgliederzahl der GNBZ.....	144
bb) Von der GNBZ gewählter räumlicher und fachlicher Organisationsbereich	146
(1) Räumlicher Organisationsbereich	147
(2) Fachlicher (branchenmäßiger) Organisationsbereich.....	147
(a) Geltungsbereich des Tarifvertrages zwischen GNBZ und Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste	147
(b) Geltungsbereich des Tarifvertrages zwischen GNBZ und BdKEP	147
cc) Anzahl der Beschäftigten im von der GNBZ beanspruchten Organisationsbereich	148
dd) Organisationsgrad der GNBZ.....	148
ee) Würdigung des Organisationsgrades unter dem Gesichtspunkt der sozialen Mächtigkeit in der Rechtsprechung des BAG und in der Literatur	149
b) Arbeitnehmer in Schlüsselstellungen.....	150
4. Ergebnis zur sozialen Mächtigkeit	150
IV. Organisatorische Leistungsfähigkeit	151
1. Organisatorische Leistungsfähigkeit als selbständige Tariffähigkeitsvoraussetzung	151
2. Die Anforderungen im Einzelnen	152
a) Die ältere Rechtsprechung des BAG.....	152
b) Heutiger Stand der Rechtsprechung zur organisatorischen Leistungsfähigkeit	153

aa) Allgemeine Bestimmung des Inhalts des Erfordernisses der organisatorischen Leistungsfähigkeit	153
bb) Konkrete Handhabung.....	154
(1) Selbst gewählter Zuständigkeitsbereich als Bezugsrahmen.....	154
(2) Bewertung ehrenamtlicher Mitarbeit	154
(3) Differenzierung zwischen Fähigkeit zu Vorbereitung und Abschluss sowie Fähigkeit zur Durchführung von Tarifverträgen.....	155
3. Organisatorische Leistungsfähigkeit der GNBZ?	156
a) Fähigkeit zu Vorbereitung und Abschluss von Tarifverträgen	156
aa) Insoweit Berücksichtigung auch auf gleichläufigen Interessen beruhender Tarifverträge möglich	156
bb) Aber: Quantitatives Mindestmaß nach Ansicht des BAG.....	157
b) Fähigkeit zur Überwachung und Sicherstellung der tatsächlichen Tarifführung	157
aa) Personelle Ausstattung der GNBZ.....	158
bb) Sachlich-organisatorische Ausstattung	158
4. Ergebnis zur organisatorischen Leistungsfähigkeit	158
V. Gegnerunabhängigkeit	159
1. Organisatorische Unabhängigkeit	160
2. Finanzielle Unabhängigkeit	160
3. Ergebnis zur Gegnerunabhängigkeit.....	163
Ergebnis zu A. – Tariffähigkeit der GNBZ	163
B. Konsequenzen der fehlenden Tariffähigkeit für die Rechtsverletzung.....	163
I. Art. 9 Abs. 3 GG.....	163
1. Umdeutung der wegen fehlender Tariffähigkeit unwirksamen Tarifverträge in von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen?	164
a) Umdeutung wegen fehlender Tariffähigkeit unwirksamer Tarifverträge in schuldvertragliche Abreden regelmäßig nicht möglich	164
b) Annahme eines entsprechenden hypothetischen Willens der Vertragsparteien im vorliegenden Fall unrealistisch.....	165
aa) Keine Koalitionsvereinbarung zu Lasten Dritter.....	165
bb) Regelungsziel konkurrierender Tarifvertrag.....	167
2. Eingriff in eine etwaige durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Position	

durch die Verordnung?.....	167
a) Eingriff „denkunmöglich“	168
b) Zulässigkeit günstigerer Löhne	169
II. Art. 12 Abs. 1 GG	170
Ergebnis zum 5. Teil.....	172
6. Teil: Ergebnisse	173
A. Zusammenfassung der wesentlichen Teilergebnisse	173
B. Gesamtergebnis.....	178

Sachverhalt

Der Arbeitgeberverband Postdienste e. V., Adenauerallee 87, 53113 Bonn, hat mich gebeten, in einem Rechtsgutachten die Fragen zu klären, ob die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28. 12. 2007¹ rechtmäßig und damit rechtswirksam ist und, falls sie rechtswidrig sein sollte, ob die Kläger des Verfahrens vor dem VG Berlin² durch die Verordnung in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sind.

Dem liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde:

Nach der Aufhebung des Postmonopols auch für Briefdienstleistungen aufgrund EG-Rechts³ betätigten sich in dieser Branche neben der Deutschen Post mehrere andere Unternehmen. Die von ihnen gezahlten Löhne lagen erheblich unter den von der Deutschen Post gezahlten.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) erließ deshalb eine Verordnung auf der Grundlage des § 1 Abs. 3a des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG). Zuvor waren durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 21. 12. 2007⁴ auch Briefdienstleistungen in das AEntG aufgenommen worden; § 1 Abs. 1 Satz 4 AEntG wurde am Ende (nach den Wörtern „des Gebäudereinigerhandwerks“) ergänzt um die Worte „und für Tarifverträge für Briefdienstleistungen, wenn der Betrieb oder die selbständige Betriebsabteilung überwiegend gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördert“.

¹ Bundesanzeiger vom 29. 12. 2007, Ausgabe 242, S. 8410.

² VG Berlin, Urteil vom 7. 3. 2008 – VG 4 A 439.07 –.

³ Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 12. 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 15 vom 21. 1. 1998, S. 14; im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft geändert durch Richtlinie 2002/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. 6. 2002 (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 176 vom 5. 7. 2002, S. 21) sowie jüngst im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft nochmals geändert durch Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 2. 2008, Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 52 vom 27. 2. 2008, S. 3.

⁴ BGBl. I S. 3140.

Nach der daraufhin erlassenen Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28. 12. 2007 finden die Rechtsnormen des zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste e. V. und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di abgeschlossenen Tarifvertrages vom 29. 11. 2007 über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen auf alle nicht an den Tarifvertrag gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen, § 1 der Verordnung.

Dem Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen war ein Tarifvertrag vom 11. 9. 2007 vorangegangen. Am gleichen Tag hatten die Tarifvertragsparteien, der Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di, einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung gestellt.

Der Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 stellt eine geänderte, hinsichtlich des tariflichen Geltungsbereiches eingeschränkte Fassung des Tarifvertrages vom 11. 9. 2007 dar. Nach seinem § 1 Abs. 2 sollte der Tarifvertrag vom 11. 9. 2007 für alle Betriebe gelten, „die gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern, unabhängig vom Anteil dieser Tätigkeit an der Gesamttätigkeit des Betriebs“. Ausgenommen waren Betriebe, die ausschließlich als Kurierdienst tätig sind. In persönlicher Hinsicht erfasste der Tarifvertrag nach seinem § 1 Abs. 3 solche Arbeitnehmer nicht, die als Zeitungszusteller ausschließlich Zeitungen oder Zeitschriften befördern.

Demgegenüber wurde der Geltungsbereich in dem Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 auf die Branche Briefdienstleistungen beschränkt; erfasst sind nunmehr alle Betriebe und selbständigen Betriebsabteilungen, die überwiegend gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern. Der ursprüngliche Tarifvertrag vom 11. 9. 2007 wurde am 29. 11. 2007 mit sofortiger Wirkung und unter Ausschluss der Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 des Tarifvertragsgesetzes) aufgehoben.

Noch vor dem Inkrafttreten der Rechtsverordnung am 1. 1. 2008 (s. § 2 der Verordnung) hatten am 11. 12. 2007 der Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste und am 12. 12. 2007 der Bundesverband der Kurier-Express-Postdienste e.V. (BdKEP) mit der Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste Tarifverträge abgeschlossen.

Vor Verabschiedung der Verordnung und vor Verabschiedung des Änderungsgesetzes wurden die betroffenen Verbände angehört, vgl. § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG. Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) hat sich in einer Stellungnahme gegen die Tarifnormerstreckung ausgesprochen.

Gegen die Verordnung haben die PIN Mail AG, die PIN Group AG, der BdKEP, die TNT Post Regioservice GmbH sowie die Ridas Sicherheits- und Handelsgesellschaft mbH Klage erhoben. Die PIN Group AG hat ihre Klage in der mündlichen Verhandlung vor dem VG Berlin zurückgenommen. BdKEP, PIN und TNT (die Ridas Sicherheits- und Handelsgesellschaft mbH gehört, wie die TNT Post Regioservice GmbH, zur niederländischen TNT N. V.) haben beantragt, festzustellen, dass die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen sie in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt. Die beklagte Bundesrepublik Deutschland hat, vertreten durch das BMAS, beantragt, die Klage abzuweisen.

Mit Urteil vom 7. 3. 2008⁵ hat das VG Berlin entschieden, dass die Verordnung die Kläger in ihren Rechten aus Art. 9 Abs. 3 GG, TNT und PIN außerdem in ihren Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG, verletze.

⁵ VG Berlin 7. 3. 2008 – VG 4 A 439.07 –.

Rechtsausführungen

1. Teil: Rechtslage

Angesichts der mehr als unübersichtlichen Gesetzeslage erscheint eine kurze Darstellung der zugrunde liegenden Regelungen geboten.

A. Rechtslage vor der Regelung der Briefbeförderung

I. Verfahren zur Festsetzung staatlicher Mindestlöhne

Um einen staatlichen Mindestlohn festzusetzen, gibt es in Deutschland drei Verfahren:

- Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11. 1. 1952 (Mindestarbeitsbedingungsgesetz)
- Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes (TVG)
- Arbeitnehmer-Entsendegesetz.

Das Mindestarbeitsbedingungsgesetz wurde in Deutschland bisher nicht angewandt.⁶ Die Bundesregierung plant einen Vorschlag zur Änderung des Gesetzes sowie seine zukünftige Anwendung.

Das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung kann demgegenüber auf eine lange Geschichte zurückgreifen.⁷ Für eine Reihe von Branchen werden seit Jahren Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt.⁸ Dabei geht es um reine Inlandssachverhalte.

II. Das AEntG im Besonderen

Im Hinblick auf Auslandssachverhalte wurde dieses Instrument durch das AEntG erweitert. Es ist gemeinschaftsrechtlich auf die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie gestützt.⁹

⁶ Vgl. Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, Anhang 1 zu § 5, Einleitung AEntG Rn. 7.

⁷ Zu ihr Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, § 5 Rn. 7 ff.

⁸ S. Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, § 5 Rn. 11.

Sinn des Gesetzes ist es zu verhindern, dass ausländische Arbeitgeber in Konkurrenz zu deutschen Arbeitgebern dadurch einen Wettbewerbsvorteil haben, dass sie ihren Mitarbeitern die im Ausland geltenden niedrigeren Löhne zahlen.¹⁰ Durch den Zwang zur Zahlung des deutschen Mindestlohns wird Chancengleichheit geschaffen.

Das Gesetz war bisher nur auf wenige Branchen anwendbar, die alle den Bereich Bau betreffen, nämlich

- Bauarbeiten
- Dachdeckerarbeiten
- Gebäudereinigerhandwerk¹¹.

Früher gab es noch eine Regelung für die Seeschiffahrtsassistenten.¹²

III. Das Rechtsverordnungsverfahren nach § 1 Abs. 3a AEntG

Das AEntG ist ein Sondergesetz zu § 5 TVG. Die Voraussetzungen für die Anwendung des Gesetzes ergeben sich sowohl aus § 5 TVG als auch aus dem AEntG selbst.

Das Rechtsverordnungsverfahren nach dem AEntG ist in § 1 Abs. 3a AEntG geregelt. Voraussetzung ist, dass ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages nach § 1 Abs. 1 oder nach Abs. 3 Satz 1 AEntG gestellt wird. Obwohl nicht ausdrücklich gesagt, ist gemeint, dass hier die Initiative einer Tarifvertragspartei genügt. Demgegenüber kann nach § 5 TVG der Bundesminister für Arbeit und Soziales nur im Einvernehmen mit dem aus je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bestehenden Tarifausschuss handeln.

⁹ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen; dazu Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, Anhang 1 zu § 5, Einleitung AEntG Rn. 21.

¹⁰ Näher Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, Anhang 1 zu § 5, Einleitung AEntG Rn. 2 ff., 14 f.

¹¹ Das Gebäudereinigerhandwerk wurde neu aufgenommen durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 25. 4. 2007, BGBl. I S. 576.

¹² § 1 Abs. 2 AEntG a. F., aufgehoben durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 25. 4. 2007, BGBl. I S. 576; in Abs. 2 der aktuellen Fassung findet sich jetzt die früher in Abs. 2a enthaltene Regelung zur Leiharbeit.

Im Vorfeld einer Allgemeinverbindlicherklärung und im Vorfeld des Erlasses einer Rechtsverordnung nach dem AEntG sind nach § 5 Abs. 2 TVG und nach § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG Beteiligungsrechte zu beachten. Nach dem AEntG sind (nur) beteiligt:

- die in den Geltungsbereich der Rechtsverordnung fallenden Arbeitgeber und Arbeitnehmer
- die Parteien des Tarifvertrages.

Eine Zustimmung des Bundesrates ist nach § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG für den Erlass der Rechtsverordnung nicht erforderlich.

Die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG und für die Tarifnormerstreckung nach dem AEntG sind insofern unterschiedlich, als die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG potentiell für alle Branchen gilt, die Erstreckung nach dem AEntG jedoch nur für die im Gesetz genannten. Ansonsten ergeben sich die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung aus § 5 Abs. 1 Satz 1 (ggf. Satz 2) TVG. Diese sind:

- Die tarifgebundenen Arbeitgeber dürfen nicht weniger als 50 vom Hundert der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigen und
- die Allgemeinverbindlichkeit muss im öffentlichen Interesse geboten erscheinen.

Rechtsfolge der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG oder der Rechtsverordnung nach dem AEntG ist die Erstreckung der Rechtsnormen des Tarifvertrages auf „die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer“, § 5 Abs. 4 TVG, ähnlich § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG. Die Besonderheit des AEntG besteht darin, dass sich die Tarifbindung nach § 1 Abs. 3a Satz 3 AEntG auch auf „Arbeitgeber mit Sitz im Ausland“ erstreckt. Gleichzeitig tritt eine Tarifwirkung für Arbeitgeber im Inland ein, § 1 Abs. 3a Satz 4 AEntG.

B. Rechtslage nach der Neuregelung für Briefdienstleister

Die Neuregelung für Briefdienstleister beruht auf drei Rechtsgrundlagen,

- dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 21. 12. 2007¹³,
- der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28. 12. 2007¹⁴,
- dem Tarifvertrag zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste e. V. und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di vom 29. 11. 2007 über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen.

Nach der genannten Verordnung, die am 1. 1. 2008 in Kraft getreten ist, finden die in der Anlage zu dieser Verordnung aufgeführten Rechtsnormen des genannten Tarifvertrages auf alle nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung, die unter seinen Geltungsbereich fallen.

2. Teil: Form und Verfahren

Die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen könnte nichtig sein, wenn vor oder bei ihrem Erlass zwingende Form- oder Verfahrensvorschriften nicht eingehalten wurden.

A. Kein Verstoß gegen das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG

Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG muss die Rechtsgrundlage einer Rechtsverordnung in der Verordnung angegeben werden. Ein Verstoß gegen dieses Zitiergebot führt zur Nichtigkeit der Verordnung.¹⁵

¹³ BGBl. I S. 3140.

¹⁴ Bundesanzeiger vom 29. 12. 2007, Ausgabe 242, S. 8410.

¹⁵ BVerfG 6. 7. 1999 BVerfGE 101, 1, 42 f.; Dreier/Bauer, GG, 2. Auflage 2006, Art. 80 Rn. 55; von Mangoldt/Klein/Starck/Brenner, GG, 5. Auflage 2005, Art. 80 Rn. 46; von Münch/Kunig/Bryde, GG, 5. Auflage 2003, Art. 80 Rn. 24; Sachs/Lücke/Mann, GG, 4. Auflage 2007, Art. 80 Rn. 29; Jarass/Pieroth, GG, 9. Auflage 2007, Art. 80 Rn. 20.

Rechtsgrundlage der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen ist § 1 Abs. 3a AEntG. Im Vorspruch der Verordnung heißt es: „Auf Grund des § 1 Abs. 3a des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 26. Februar 1996 (BGBl. I S. 227), der durch Artikel 10 Nr. 1 Buchstabe d des Gesetzes vom 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3843) eingefügt und zuletzt durch Artikel 1 Nr. 1 Buchstabe d des Gesetzes vom 25. April 2007 (BGBl. I S. 576) geändert worden ist, verordnet das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ...“.

Im Verfahren vor dem VG Berlin haben PIN, der BdKEP und TNT geltend gemacht, dass damit dem Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG nicht genügt werde.¹⁶ In einer auf den Internetseiten des BdKEP einsehbaren Präsentation vom 19. 2. 2008¹⁷ wird zur Begründung dieses Einwands darauf hingewiesen, dass nicht der sachliche Umfang der Ermächtigung („Briefdienste“) zitiert werde. Unter Berufung auf das vom Bundesministerium der Justiz herausgegebene Handbuch der Rechtsförmlichkeit wird der Standpunkt vertreten, dass dann, wenn Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung durch andere Vorschriften mit festgelegt werden, indem in der Ermächtigungsnorm auf diese anderen Vorschriften verwiesen wird oder weil diese Vorschriften die Ermächtigungsnorm näher ausgestalten, auch diese Vorschriften in der Eingangsformel der Rechtsverordnung aufzuführen seien.

Da § 1 Abs. 3a AEntG auf Tarifverträge „nach Absatz 1 oder Absatz 3 Satz 1“ verweise und damit das Ermächtigungsausmaß bestimme, sei neben § 1 Abs. 3a AEntG auch § 1 Abs. 1 Satz 4 AEntG eine zitierpflichtige Norm.

Dem kann nicht gefolgt werden. Der Ordnungsgeber war nicht gehalten, neben § 1 Abs. 3a AEntG, der seinerseits auf § 1 Abs. 1 AEntG und damit auch auf dessen Satz 4 verweist, auch Abs. 1 Satz 4 zu zitieren.

I. Sinn und Zweck des Zitiergebotes

1. Funktionen

Das ergibt sich aus Sinn und Zweck des Zitiergebotes nach Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG. Das Zitiergebot dient dem Zweck, die Delegation von Rechtsetzungskompetenz auf die Exekutive

¹⁶ Vgl. den Tatbestand des Urteils des VG Berlin vom 7. 3. 2008 – VG 4 A 439.07 –..

¹⁷ Die Präsentation ist abrufbar unter http://www.bdkep.de/2007-04-14/pdf/RA_Günther_PostLiberal_2008.pdf.

in ihren gesetzlichen Grundlagen verständlich und kontrollierbar zu machen¹⁸; es erleichtert das Auffinden der Ermächtigungsgrundlage und die Prüfung, ob der Verordnungsgeber sich im Rahmen seiner Ermächtigung gehalten hat (Rechtsklarheit).¹⁹ Überdies soll es die Feststellung ermöglichen, ob der Verordnungsgeber beim Erlass einer Regelung überhaupt von einer gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch machen wollte²⁰ und gibt so eine formale Hilfestellung für die Einordnung einer Rechtsvorschrift als Rechtsverordnung (Identifikations- oder Qualifikationsfunktion).²¹

Besonders wichtig ist die dem Zitiergebot zukommende Kontrollfunktion. Diese wirkt in zwei Richtungen: Zum einen zwingt das Zitiergebot die Exekutive selbst dazu, sich des ihr aufgegebenen Normsetzungsprogramms zu versichern²²; damit bezweckt es eine Selbstkontrolle des Verordnungsgebers, der durch die ihm auferlegte Pflicht zur Angabe der Rechtsgrundlage gezwungen ist, sich zu vergewissern, auf welche Ermächtigungsnorm er seine Rechtsetzung stützen will und ob die geplante Regelung inhaltlich von dieser Norm gedeckt ist (*interne Kontrollfunktion*).²³ Da der Verordnungsgeber auf das ihm durch die Ermächtigungsgrundlage vorgegebene Normprogramm beschränkt ist, liefert die zitierte Norm zugleich einen Ansatzpunkt für die externe Prüfung, ob der Verordnungsgeber die Direktiven und den Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung eingehalten oder verfehlt hat (*externe Kontrollfunktion*).²⁴ Dies ist namentlich für den Rechtsschutz wesentlich, weil die Adressaten einer Rechtsverordnung anderenfalls zur sachgemäßen Wahrnehmung und ggf. Verteidigung ihrer Rechte bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Verordnung darauf verwiesen wären, die gesamte Rechtsordnung auf potentielle Ermächtigungsgrundlagen zu durchforsten (Rechtsschutzfunktion).²⁵ Das Zitiergebot

¹⁸ BVerfG 6. 7. 1999 BVerfGE 101, 1, 41; Jarass/Pieroth, GG, 9. Auflage 2007, Art. 80 Rn. 16.

¹⁹ Dreier/Bauer, GG, 2. Auflage 2006, Art. 80 Rn. 43; von Mangoldt/Klein/Starck/Brenner, GG, 5. Auflage 2005, Art. 80 Rn. 48; von Münch/Kunig/Bryde, GG, 5. Auflage 2003, Art. 80 Rn. 24; Jarass/Pieroth, GG, 9. Auflage 2007, Art. 80 Rn. 16.

²⁰ BVerfG 6. 7. 1999 BVerfGE 101, 1, 42; von Mangoldt/Klein/Starck/Brenner, GG, 5. Auflage 2005, Art. 80 Rn. 48.

²¹ Dreier/Bauer, GG, 2. Auflage 2006, Art. 80 Rn. 43; von Mangoldt/Klein/Starck/Brenner, GG, 5. Auflage 2005, Art. 80 Rn. 48; von Münch/Kunig/Bryde, GG, 5. Auflage 2003, Art. 80 Rn. 24.

²² BVerfG 6. 7. 1999 BVerfGE 101, 1, 42; von Mangoldt/Klein/Starck/Brenner, GG, 5. Auflage 2005, Art. 80 Rn. 48.

²³ Dreier/Bauer, GG, 2. Auflage 2006, Art. 80 Rn. 43; von Mangoldt/Klein/Starck/Brenner, GG, 5. Auflage 2005, Art. 80 Rn. 48; Sachs/Lücke/Mann, GG, 4. Auflage 2007, Art. 80 Rn. 29.

²⁴ BVerfG 6. 7. 1999 BVerfGE 101, 1, 42; Dreier/Bauer, GG, 2. Auflage 2006, Art. 80 Rn. 43; von Mangoldt/Klein/Starck/Brenner, GG, 5. Auflage 2005, Art. 80 Rn. 48; Sachs/Lücke/Mann, GG, 4. Auflage 2007, Art. 80 Rn. 29.

²⁵ Dreier/Bauer, GG, 2. Auflage 2006, Art. 80 Rn. 43.

diszipliniert demnach die Verordnungsgebung verwaltungsintern und macht sie verwaltungsextern transparent und überprüfbar.²⁶

2. Anwendung auf den Fall

Der Rechtsklarheit ist durch die Angabe des § 1 Abs. 3a AEntG im Vorspruch der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen Genüge getan. Diese Angabe ermöglicht das Auffinden der Ermächtigungsgrundlage. Auch schafft sie Klarheit über den genauen Inhalt der Ermächtigung, denn wer auf § 1 Abs. 3a AEntG hingewiesen wird, der gelangt über dessen Verweis ohne weiteres auch zu Abs. 1 Satz 4.

Damit ist auch bereits alles Nötige zur externen Kontrollfunktion gesagt. Der Hinweis auf § 1 Abs. 3a AEntG und, über dessen Verweis, auf § 1 Abs. 1 Satz 4 AEntG, setzt den Verordnungsadressaten und ggf. das von ihm angerufene Gericht in Stand, zu prüfen, ob der Verordnungsgeber sich im Rahmen der ihm erteilten Ermächtigung gehalten hat.

Schließlich verlangte es auch die interne Kontrollfunktion nicht, neben § 1 Abs. 3a AEntG ausdrücklich auch Abs. 1 Satz 4 anzugeben. Dass dem Verordnungsgeber der Zusammenhang zwischen Abs. 3a und Abs. 1 Satz 4 bewusst war, ist nicht zweifelhaft – erstens verweist der zitierte Abs. 3a auf Abs. 1, zweitens wurde Abs. 1 Satz 4 erst kurz vor Verordnungserlass geändert, um überhaupt die Grundlage für die Verordnung zu schaffen; beide Normen standen daher dem Verordnungsgeber in ihrer Gesamtheit und ihrem Zusammenspiel beim Erlass der Rechtsverordnung klar vor Augen.

3. Gerade die Überlegungen zur internen und externen Kontrollfunktion zeigen, dass der Fall, dass die eigentliche Ermächtigungsgrundlage (§ 1 Abs. 3a AEntG) auf eine weitere, sie inhaltlich ausfüllende Norm verweist (§ 1 Abs. 1 Satz 4 AEntG), nicht zu vergleichen ist mit dem vom BVerfG entschiedenen Fall einer auf mehreren Ermächtigungsgrundlagen beruhenden Rechtsverordnung. Das BVerfG hatte für eine derartige Konstellation verlangt, dass sämtliche Ermächtigungsgrundlagen angegeben werden.²⁷

²⁶ Dreier/Bauer, GG, 2. Auflage 2006, Art. 80 Rn. 43.

²⁷ BVerfG 6. 7. 1999 BVerfGE 101, 1, 42.

Das erklärt sich daraus, dass bei einer auf mehrere Ermächtigungsgrundlagen gestützten Verordnung für die einzelnen Bestimmungen der Verordnung jeweils verschiedene Ermächtigungsgrundlagen in Betracht kommen. Beruht § X der Verordnung auf Ermächtigungsgrundlage A, § Y auf Ermächtigungsgrundlage B und begehrt ein Verwaltungsadressat Rechtsschutz gegen § Y, so hilft es ihm und dem Gericht wenig, wenn die Verordnung nur Gesetz A als Ermächtigungsgrundlage zitiert.²⁸ Auch die interne Kontrollfunktion ist hier nur bei einer Nennung beider Ermächtigungsnormen erfüllt.

Anders liegt es hier, da nicht zwei verschiedene, sondern lediglich eine einzige Ermächtigungsgrundlage als Ermächtigung für die gesamte Verordnung in Betracht kommt.

II. Anforderungen des Zitiergebotes nach Rechtsprechung und Literatur

Das hier anhand einer teleologischen Auslegung des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG gefundene Ergebnis wird durch Heranziehung von Rechtsprechung und Schrifttum bestätigt. Nach Ansicht des Bundessozialgerichts verlangt das Zitiergebot nicht, dass auch solche Vorschriften angegeben werden, welche die eigentliche Ermächtigungsgrundlage inhaltlich ausfüllen, selbst aber, schon weil sie keinen Adressaten nennen, keine eigenständigen Ermächtigungsgrundlagen i. S. des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG sind.²⁹ Die Zitierung aller, u. U. umfangreichen Gesetzesteile, die Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Verordnungsermächtigung umreißen, sei nicht erforderlich.³⁰

Die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen *im Baugewerbe* vom 25. 8. 1999³¹ zitiert in ihrem Vorspruch ebenfalls allein § 1 Abs. 3a AEntG, nicht auch Abs. 1. Für diese Verordnung nimmt das Schrifttum zutreffend an, dass damit dem Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG Genüge getan ist³²; für die hier in Rede stehende Verordnung kann nichts anderes gelten.

²⁸ Das BVerfG geht gleichwohl nicht so weit, für jede einzelne Bestimmung der Verordnung die Angabe derjenigen Ermächtigung zu verlangen, auf der gerade sie beruht, s. BVerfG 6. 7. 1999 BVerfGE 101, 1, 42.

²⁹ S. insoweit auch BVerfG 6. 7. 1999 BVerfGE 101, 1, 44.

³⁰ BSG 27. 5. 2003 BSGE 91, 94, 101 f.; aus dem Schrifttum Jarass/Pieroth, GG, 9. Auflage 2007, Art. 80 Rn. 16.

³¹ BGBl. I S. 1894.

³² Koberski/Asshoff/Hold, AEntG, 2. Auflage 2002, § 1 Rn. 133.

B. Verfahrensmäßige Voraussetzungen der Tarifnormerstreckung nach § 1 Abs. 3a AEntG

I. Antrag einer Tarifvertragspartei

§ 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG verlangt einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung. Am 11. 9. 2007 haben beide Tarifvertragsparteien, der Arbeitgeberverband Postdienste und die Gewerkschaft ver.di, den Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung durch Rechtsverordnung gestellt. Erforderlich wäre nur der Antrag einer Partei gewesen. Bundestag und Bundesrat haben der Verordnung zugestimmt. Eine Zustimmung des Bundesrates wäre nicht erforderlich gewesen, § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG. Damit sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG erfüllt.

II. Ordnungsgemäße Beteiligung nach § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG

Nach § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG hat das BMAS vor Erlass der Rechtsverordnung den in den Geltungsbereich der Rechtsverordnung fallenden Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie den Parteien des Tarifvertrages Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben. An einer ordnungsgemäßen Durchführung dieses Beteiligungsverfahrens könnte es hier aus zwei Gründen fehlen: Erstens wurde das Beteiligungsverfahren durchgeführt, bevor das Zweite Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes³³, das Tarifverträge für Briefdienstleistungen in den Anwendungsbereich des AEntG aufnahm, im Bundestag verabschiedet wurde. Zweitens wurde das Beteiligungsverfahren zu einem Zeitpunkt durchgeführt, in dem noch ein erster Verordnungsentwurf vom 6. 11. 2007 vorlag, der sich auf den früheren Tarifvertrag vom 11. 9. 2007 bezog, der einen gegenüber dem Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 weiteren Geltungsbereich vorsah.

1. Der Weg zum Erlass der Rechtsverordnung

a) Tarifvertrag vom 11.9.2007

Dem Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen, auf den sich die Verordnung vom 28. 12. 2007 über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen bezieht, war ein Tarifvertrag vom 11. 9. 2007 vorangegangen. Dieser bezog in seinen Geltungsbereich noch alle Betriebe ein, die – „unabhängig vom Anteil

³³ Vom 21. 12. 2007, BGBl. I S. 3140.

an der Gesamttätigkeit des Betriebs“ – gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern. Die Tarifvertragsparteien, Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di, hatten am 11. 9. 2007 beantragt, diesen ersten Tarifvertrag für allgemeinverbindlich zu erklären. Daraufhin machte das BMAS am 6. 11. 2007 den Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung sowie den Entwurf einer Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für Briefdienstleistungen bekannt. Die Bekanntmachung wurde am 8. 11. 2007 im Bundesanzeiger veröffentlicht. Den in den Geltungsbereich der vorgesehenen Rechtsverordnung fallenden Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie den Parteien des Tarifvertrages wurde in der Bekanntmachung Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb von drei Wochen seit dem Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung im Bundesanzeiger, also bis zum 29. 11. 2007, gegeben.

b) Tarifvertrag vom 29.11.2007

Innerhalb der zur Stellungnahme gesetzten Frist entschieden sich die Parteien des Mindestlohn tarifvertrages, dessen Geltungsbereich enger zu fassen. Er wurde schließlich in dem neuen Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 auf die Branche Briefdienstleistungen beschränkt, d. h. auf Betriebe und selbständige Betriebsabteilungen, die überwiegend Briefsendungen für Dritte befördern. Erneut wurde die Allgemeinverbindlicherklärung, nunmehr des neuen Tarifvertrages, beantragt. Dadurch wurde eine Änderung des Verordnungsentwurfs erforderlich.

c) Änderung des AEntG

Am 21. 12. 2007 schließlich verabschiedete der Bundestag das Zweite Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, das den Anwendungsbereich des AEntG auf die Briefdienstleistungsbranche erweiterte. Am 28. 12. 2007 wurde auf der Grundlage des § 1 Abs. 3a des geänderten AEntG die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen erlassen.

2. Zweifel an der ordnungsgemäßen Durchführung des Beteiligungsverfahrens

Die BDA äußert Bedenken, ob die Beteiligung den verfassungsrechtlichen Anforderungen genüge. Die Beteiligung der von einer Geltungserstreckung Betroffenen sei verfassungsrechtlich geboten.³⁴ Eine entsprechende Stellungnahme zu einer geplanten

³⁴ Unter Hinweis auf BVerfG 18. 7. 2000 AP AEntG § 1 Nr. 4.

Rechtsverordnung setze nicht nur die Kenntnis des Verordnungsentwurfes, sondern auch die Kenntnis der Ermächtigungsgrundlage der Verordnung voraus. Ferner müsse wegen des geänderten Verordnungsentwurfs vom 29. 11. 2007, der sich auf den Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 bezieht, allen Betroffenen erneut Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden; denn hinsichtlich des zweiten Verordnungsentwurfes fehle es an einer Bekanntmachung im Bundesanzeiger, so dass nicht sichergestellt sei, dass alle betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme erhielten.³⁵ Im Verfahren vor dem VG Berlin haben die Unternehmen PIN und TNT geltend gemacht, die Verordnung sei wegen fehlerhaften Verlaufs der nach § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG gebotenen Anhörung formell rechtswidrig, da sich die Anhörung nicht auf den später verordneten Tarifvertrag bezogen habe.³⁶ Auch der BdKEP hält die Anhörung für fehlerhaft, da weder der letztlich erstreckte Tarifvertrag noch die Verordnung in ihrer endgültigen Form zuvor bekannt gemacht worden seien.³⁷

a) Rechtsfolge eines etwaigen Verfahrensverstößes

aa) Fehlen einer eigenen gesetzlichen Regelung

Bevor man auf die geäußerten Bedenken eingeht, ist die Rechtsfolge eines eventuellen Verfahrensverstößes zu klären. Eine gesetzliche Regelung darüber besteht nicht.

bb) Die Behandlung von Verfahrensfehlern in der Rechtsordnung

Hinsichtlich der Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern fällt auf, dass alle damit befassten Rechtsgebiete Einschränkungen der Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern kennen. Dabei finden sich in der Rechtsordnung vor allem zwei Modelle: So statuieren das Verfassungsrecht, das Verwaltungsverfahrensrecht und das Betriebsverfassungsrecht jeweils ein Erfordernis der Kausalität zwischen Verfahrensfehler und Verfahrensergebnis. Gerade was aber den Verstoß gegen solche Verfahrensvorschriften anbelangt, die – wie § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG – der Partizipation von Beteiligten dienen, ist zu überlegen, ob nicht die Wahrung von Informations- und Partizipationsinteressen einen „Wert an sich“ darstellt. Namentlich im

³⁵ Stellungnahme der BDA vom 7. 12. 2007 zum Entwurf einer Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für Briefdienstleistungen.

³⁶ Vgl. den Tatbestand des Urteils des VG Berlin vom 7. 3. 2008 – VG 4 A 439.07 –.

³⁷ Vgl. den Tatbestand des Urteils des VG Berlin vom 7. 3. 2008 – VG 4 A 439.07 –.

Gesellschaftsrecht hat sich eine solche Sichtweise durchgesetzt und zur Ablösung der Kausalitätsbetrachtung durch eine an den Zweck der jeweiligen Verfahrensbestimmung anknüpfende Unterscheidung zwischen relevanten und irrelevanten Verfahrensfehlern geführt.

Im Folgenden werden beide Modelle kurz dargestellt. Sodann wird geprüft, ob eine etwaige Verletzung von § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG unter den Gesichtspunkten der Kausalität und des Zwecks des Beteiligungsverfahrens einen beachtlichen Verfahrensfehler bedeuten würde.

(1) Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern im Verfassungsrecht: Kausalitätserfordernis

Die Nichtbeachtung grundgesetzlicher Verfahrensvorschriften führt nur dann zur Nichtigkeit des beschlossenen Gesetzes, wenn es sich um zwingendes Verfassungsrecht handelt und der Gesetzesbeschluss auf dem Verstoß beruht³⁸; erforderlich ist also Kausalität. Das BVerfG verlangt darüber hinaus einen „groben“ oder „evidenten“ Verfahrensfehler.³⁹

(2) Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern im Verwaltungsverfahrensrecht: Kausalitätserfordernis

Nach § 46 VwVfG kann die Aufhebung eines – nicht nach § 44 VwVfG nichtigen – Verwaltungsaktes nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften (u. a.) über das Verfahren zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Erforderlich für die Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern ist also Kausalität zwischen dem Verfahrensfehler und der Entscheidung in der Sache.⁴⁰ Die Vorschrift des § 46 VwVfG erfasst, worauf angesichts des dem BMAS in § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG eingeräumten Ermessens („kann“)⁴¹ hinzuweisen ist, im Grundsatz auch solche Verwaltungsakte, deren Erlass auf einer

³⁸ BVerfG 10. 5. 1977 BVerfGE 44, 308, 313; Jarass/Pieroth, GG, 9. Auflage 2007, Art. 76 Rn. 1; Dreier/Stettner, GG, 2. Auflage 2006, Art. 76 Rn. 6.

³⁹ Nachweise bei Jarass/Pieroth, GG, 9. Auflage 2007, Art. 76 Rn. 1.

⁴⁰ Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2005, Rn. 705 f.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2006, § 10 Rn. 41.

⁴¹ S. dazu Däubler/Lakies, TVG, 2. Auflage 2006, Anhang 2 zu § 5, § 1 AEntG Rn. 101.

Ermessensentscheidung der Behörde beruht.⁴² Zwar ist hier in der Regel die Möglichkeit nicht auszuschließen, dass die Behörde bei Beachtung des Verfahrensrechts zu einer anderen Entscheidung in der Sache hätte kommen können.⁴³ Gleichwohl kann es auch bei Ermessensentscheidungen vorkommen, dass sich der formelle Fehler nachweislich nicht ausgewirkt hat, auf die Entscheidung in der Sache also aus tatsächlichen Gründen ohne Einfluss geblieben ist; so liegt es etwa, wenn eine unterlassene weitere Aufklärung keine weiteren Erkenntnisse zutage gefördert hätte.⁴⁴ Ein von § 46 VwVfG erfasster Verfahrensfehler ist auch das Unterbleiben der Anhörung eines Beteiligten (vgl. § 28 VwVfG).⁴⁵

(3) Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern im Betriebsverfassungsrecht, § 19 Abs. 1 BetrVG: Kausalitätserfordernis

Nach § 19 Abs. 1 BetrVG kann die Wahl zum Betriebsrat beim Arbeitsgericht angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Es ist also Kausalität zwischen Fehler und Wahlergebnis erforderlich.⁴⁶

(4) Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern im Gesellschaftsrecht – Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen: Kausalitäts- oder Relevanzerfordernis

(a) (Verfahrens-)Fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse

Im Gesellschaftsrecht können Beschlüsse der willensbildenden Kollektivorgane eines Verbandes aus formellen oder aus materiellen Gründen rechtsfehlerhaft sein⁴⁷; auch hier kommen also Verfahrensfehler vor. Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit unterscheidet man Nichtbeschlüsse (Scheinbeschlüsse), nichtige Beschlüsse, unwirksame Beschlüsse und anfechtbare Beschlüsse.⁴⁸ Zu anfechtbaren Beschlüssen verhält sich

⁴² *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2005, Rn. 705.

⁴³ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 10. Auflage 2008, § 46 Rn. 32.

⁴⁴ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 10. Auflage 2008, § 46 Rn. 34 m. w. N.

⁴⁵ *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2005, Rn. 708; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 10. Auflage 2008, § 46 Rn. 17; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2006, § 10 Rn. 41.

⁴⁶ Näher GK-BetrVG/*Kreutz*, 8. Auflage 2005, § 19 Rn. 40 ff.

⁴⁷ Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 1997, § 15 II. 1. a), S. 446.

⁴⁸ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 1997, § 15 II. 1. b), S. 446 f.

insbesondere im Aktienrecht § 243 AktG, der die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen betrifft.⁴⁹ Erst die Anfechtung macht den rechtswidrigen Beschluss nichtig, § 241 Nr. 5 AktG.

(b) Die Anfechtung verfahrensfehlerhafter Gesellschafterbeschlüsse

Nach § 243 Abs. 1 AktG kann ein Beschluss der Hauptversammlung wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden. Hinsichtlich der Art und Weise der als Anfechtungsgrund vorausgesetzten Rechtsverletzung kann zwischen Inhalts- und Verfahrensfehlern unterschieden werden; Verfahrensfehler sind solche, die die Beschlussfassung, also das Zustandekommen der Regelung, betreffen.⁵⁰

(aa) Kausalitätserfordernis

Auch in diesem Zusammenhang begegnet wieder das Erfordernis der Kausalität: Beschlüsse, die aus bloß formellen Gründen rechtsfehlerhaft sind, also an einem reinen Verfahrensfehler leiden, hielt die Rechtsprechung zunächst nur dann für anfechtbar, wenn das Beschlussergebnis auf dem Mangel beruhen konnte.⁵¹ Die Rechtsprechung kam dem klagenden Aktionär dadurch entgegen, dass dann, wenn ein Gesetzes- oder Satzungsverstoß als solcher nachgewiesen war, der Gesellschaft die Beweislast dafür auferlegt wurde, dass der Verstoß auf den Beschluss keinen Einfluss gehabt hat; anfechtungsbegründend wirkte also die von der Gesellschaft nicht eingeräumte Möglichkeit eines Ursachenzusammenhangs (sog. potentielle Kausalität).⁵²

(bb) Zweck der jeweiligen Verfahrensbestimmung (Relevanzerfordernis)

Das Erfordernis der Kausalität zwischen Verfahrensfehler und Beschluss als Voraussetzung der Anfechtungsklage stieß im Schrifttum schon früh auf Kritik⁵³, wobei über die grundsätzliche Notwendigkeit, § 243 Abs. 1 AktG – nach dessen Wortlaut schlechthin jeder Gesetzes- oder Satzungsverstoß genügt, um die Anfechtung zu begründen – einschränkend

⁴⁹ Zur Übertragbarkeit der Prinzipien der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen nach §§ 241 ff. AktG auf das GmbH-Recht (Beschlüsse der Gesellschafterversammlung) und auf weitere Bereiche des Gesellschaftsrechts s. *Hüffer*, AktG, 8. Auflage 2008, § 243 Rn. 2 m. w. N.

⁵⁰ *Hüffer*, AktG, 8. Auflage 2008, § 243 Rn. 11; *MünchKommAktG/Hüffer*, 2. Auflage 2001, § 243 Rn. 25.

⁵¹ Nachweise bei *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 1997, § 28 IV. 5. d), S. 868 (Fn. 192).

⁵² Nachweise bei *Spindler/Stilz/Würthwein*, AktG, 2007, § 243 Rn. 81.

⁵³ Grundlegend *Zöllner*, in: *Kölner Kommentar zum AktG*, 1. Auflage 1971, § 243 Rn. 81 ff.

auszulegen, stets Einigkeit bestand.⁵⁴ Die Kritik hielt das Merkmal Kausalität für ungeeignet, die beachtlichen von den unbeachtlichen Verstößen zu trennen, da es die Einhaltung von Gesetz und Satzung im Ergebnis zur Disposition der Hauptversammlungsmehrheit stelle. Diese könnte gegenüber jeglichem Verfahrensfehler einwenden, dass sie den Beschluss auch bei Beachtung von Gesetz und Satzung gefasst hätte.⁵⁵

Den entscheidenden Gesichtspunkt für die Abgrenzung zwischen relevanten und irrelevanten Verfahrensverstößen sieht die herrschende Lehre im Zweck der Verfahrensbestimmungen. Dieser sei in der Mehrzahl der Fälle darin zu sehen, die sachgerechte Partizipation an der Formung des Mehrheitswillens und die dazu dienende Information zu ermöglichen. Demnach begründe ein Verfahrensverstoß die Anfechtung immer dann nicht, wenn durch den Verstoß kein konkretes Informations- oder Partizipationsinteresse eines Aktionärs verletzt worden ist.⁵⁶

Dieser Sichtweise näherte sich der BGH zunächst insbesondere für den Fall der Verletzung von Informationspflichten dadurch an, dass er die Kausalität daran maß, ob ein objektiv urteilender Aktionär in Kenntnis der verschwiegenen Umstände anders abgestimmt hätte, als dies tatsächlich geschehen ist (s. mittlerweile auch § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG). Dabei geht er davon aus, dass ein solcher objektiv urteilender Aktionär die Zustimmung grundsätzlich verweigere, wenn er wisse, dass ihm für die Entscheidung bedeutsame Informationen vorenthalten werden.⁵⁷ Später ist der BGH in der Sache endgültig zugunsten einer Abgrenzung nach dem Partizipationsinteresse, zu dem das Informationsinteresse rechnet, von der früheren Kausalitätsbetrachtung abgerückt.⁵⁸

⁵⁴ Vgl. Hüffer, AktG, 8. Auflage 2008, § 243 Rn. 12; MünchKommAktG/Hüffer, 2. Auflage 2001, § 243 Rn. 27; s. auch Zöllner, in: Kölner Kommentar zum AktG, 1. Auflage 1971, § 243 Rn. 81.

⁵⁵ MünchKommAktG/Hüffer, 2. Auflage 2001, § 243 Rn. 29; Zöllner, in: Kölner Kommentar zum AktG, 1. Auflage 1971, § 243 Rn. 89.

⁵⁶ Zöllner, in: Kölner Kommentar zum AktG, 1. Auflage 1971, § 243 Rn. 95 f.; zu dieser sog. Relevanztheorie ferner etwa Hüffer, AktG, 8. Auflage 2008, § 243 Rn. 13; MünchKommAktG/Hüffer, 2. Auflage 2001, § 243 Rn. 29 ff.; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Auflage 2007, § 45 Rn. 100; Spindler/Stilz/Würthwein, AktG, 2007, § 243 Rn. 83 ff.

⁵⁷ Nachweise bei Spindler/Stilz/Würthwein, AktG, 2007, § 243 Rn. 86.

⁵⁸ Nachweise bei Spindler/Stilz/Würthwein, AktG, 2007, § 243 Rn. 87 f.

b) Folgerungen für die Beachtlichkeit eines etwaigen Verstoßes gegen § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG

Die BDA meint, eine Stellungnahme zu einer geplanten Rechtsverordnung setze nicht nur die Kenntnis des Verordnungsentwurfes, sondern auch von deren Ermächtigungsgrundlage voraus. An dieser Kenntnis könnte es gefehlt haben, weil die Ermächtigungsgrundlage im Zeitpunkt der Beteiligung noch nicht in Kraft war; das Zweite Gesetz zur Änderung des AEntG wurde vom Bundestag erst am 21. 12. 2007 beschlossen.

aa) Kausalitätsbetrachtung

Kausal für den Inhalt der Stellungnahme der Betroffenen und damit kausal für die Entscheidung des BMAS über den Erlass der Rechtsverordnung hätte dies aber nur sein können, wenn der Inhalt des späteren Gesetzes, also des geänderten AEntG als Ermächtigungsgrundlage der Verordnung, unbekannt oder zweifelhaft war. Davon kann hier nicht die Rede sein. Die Änderung des AEntG durch das Gesetz vom 21. 12. 2007⁵⁹ beschränkte sich auf die Einfügung der Wörter „und für Tarifverträge für Briefdienstleistungen, wenn der Betrieb oder die selbständige Betriebsabteilung überwiegend gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördert“ in § 1 Abs. 1 Satz 4 AEntG a. E. Das Gesetz enthält also, was von vorneherein offensichtlich war, nichts weiter als die Erweiterung des sachlichen Geltungsbereichs um eine weitere Branche. Der Text des Änderungsgesetzes entspricht dem, was von der Erstreckung des AEntG auf das Gebäudereinigerhandwerk⁶⁰ her bekannt war.

Die Beteiligten konnten sich also bei ihren Stellungnahmen bereits zuverlässig auf die künftige Fassung der Verordnungsermächtigung einstellen; der Inhalt der Verordnungsermächtigung war vorhersehbar. Demnach ist nicht ersichtlich, dass die vorherige Verabschiedung des Zweiten Änderungsgesetzes zum AEntG den Inhalt der Stellungnahmen hätte beeinflussen können.

Im Hinblick auf die beiden Fassungen des Tarifvertrages und damit die beiden Verordnungsentwürfe gilt Entsprechendes. Die Änderung des Geltungsbereichs des Tarifvertrags zwischen Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di (s. § 1 Abs. 2 des

⁵⁹ BGBl. I S. 3140.

⁶⁰ Durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 25. 4. 2007, BGBl. I S. 576.

Tarifvertrags: „Der Tarifvertrag gilt für ... alle Betriebe und selbständigen Betriebsabteilungen, die *überwiegend* gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern“) wurde vom Vertreter der BDA selbst in der Sachverständigenanhörung des Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales am 5. 11. 2007 angeregt.⁶¹ Die Änderung kam also nicht überraschend, sondern war ebenfalls bereits im Zeitpunkt der Stellungnahmen der Beteiligten vorhersehbar.

bb) Zweck des Verfahrenserfordernisses des § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG

(1) Wahrung von Informations- und Partizipationsinteressen als „Wert an sich“

Die im Gesellschaftsrecht hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen heute herrschende Meinung, die Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern könne nicht schlechthin von einem Erfordernis der Kausalität abhängig gemacht werden, lässt sich womöglich auf andere Bereiche übertragen. Zwar ist nicht zu verkennen, dass die Kritik an der Kausalitätsbetrachtung vor allem monierte, dass diese die Beachtlichkeit des Verfahrensfehlers und damit die Anfechtbarkeit des Beschlusses zur Disposition der Mehrheit stelle. Bei dem hier in Rede stehenden möglichen Verfahrensfehler in Form einer nicht ordnungsgemäßen Durchführung des Beteiligungsverfahrens nach § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG greift ein solcher Einwand gegen eine Kausalitätsbetrachtung nicht durch; es geht hier nicht um eine Mehrheitsentscheidung eines Kollektivorgans, sondern um die Entscheidung einer staatlichen Stelle, namentlich des BMAS als Verordnungsgeber.

Andererseits ist zu beachten, dass sich die gesellschaftsrechtliche Diskussion um das Kausalitätserfordernis bei der Anfechtung im Schwerpunkt gerade auf Verfahrensfehler in Form der Verletzung von Informations- und Teilnahmerechten bezieht.⁶² Für eben solche Verfahrensfehler besteht auch (in dieser Form seit 2005) eine gesetzliche Sonderregelung in § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG, wonach ein Hauptversammlungsbeschluss wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen nur angefochten werden kann, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte. Man könnte also meinen, dass gerade die Wahrung solcher Verfahrensvoraussetzungen, die Informations- und Partizipationsrechte begründen,

⁶¹ S. Protokoll 16/65, S. 882.

⁶² Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Auflage 2007, § 45 Rn. 97, 103.

ein „Wert an sich“ sei, weshalb die Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern in diesem Bereich nicht von der Kausalität des Verstoßes für das Verfahrensergebnis abhängig gemacht werden könne.

(2) Verletzung eines konkreten Informations- oder Partizipationsinteresses

Stellt man für die Frage der Beachtlichkeit eines etwaigen Verstoßes gegen das in § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG statuierte Beteiligungserfordernis nicht auf die bloße Kausalität, sondern auf die Relevanz eines Verstoßes vor dem Hintergrund des Zwecks der Verfahrensbestimmung ab, so ergibt sich indes kein anderes Ergebnis. Es kommt dann darauf an, ob ein konkretes Informations- oder Partizipationsinteresse verletzt worden ist.

Im Hinblick auf die Durchführung des Beteiligungsverfahrens vor Verabschiedung der Verordnungsermächtigung ist festzustellen, dass ein Abwarten bis nach Erlass des Änderungsgesetzes den Beteiligten kein „Mehr“ an Information verschafft hätte, war doch die Fassung des geänderten AEntG aus der Erfahrung mit vorhergehenden Änderungen absehbar. Ein konkretes Informationsinteresse ist daher nicht verletzt. Wegen der Vorhersehbarkeit des Textes der späteren Ermächtigungsgrundlage war ein Abwarten bis zu ihrer Verabschiedung bei objektiver Beurteilung keine wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung des Beteiligungsrechts.

In noch größerem Maße gilt dies bezüglich der beiden Fassungen des Tarifvertrages (vom 11. 9. 2007 und vom 29. 11. 2007) und damit der beiden Verordnungsentwürfe (vom 6. 11. 2007 und vom 30. 11. 2007). Gerade das Beteiligungsverfahren hat dazu geführt, dass der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich geändert wurde. Die Parteien des Tarifvertrages haben die Bedenken, die nach dem Abschluss des ersten Tarifvertrages vom 11. 9. 2007 im Hinblick auf die Weite seines Geltungsbereichs geäußert worden waren, insbesondere die Zweifel, die sich daraus hinsichtlich der Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien⁶³, im Hinblick auf mögliche Überschneidungen mit Tarifverträgen anderer Branchen⁶⁴ sowie hinsichtlich des

⁶³ Dazu *Thüsing*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen durch den Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales am 5. 11. 2007, Ausschussdrucksache 16(11)771, S. 54 f.

⁶⁴ Zu diesen sich auf die erste Fassung des Tarifvertrages vom 11. 9. 2007 beziehenden Bedenken s. etwa *Thüsing*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen durch den Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales am 5. 11. 2007, Ausschussdrucksache 16(11)771, S. 53.

50 %-Quorums ergeben hatten⁶⁵, aufgegriffen und den Geltungsbereich begrenzt. Während der Tarifvertrag vom 11. 9. 2007 noch Geltung für alle Betriebe beanspruchte, „die gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern, unabhängig vom Anteil dieser Tätigkeit an der Gesamttätigkeit des Betriebs“, bestimmt der Tarifvertrag vom 29. 11. 2007, auf den sich die Verordnung bezieht, dass alle Betriebe und selbständigen Betriebsabteilungen erfasst werden, die *überwiegend* gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern. Das Beteiligungsverfahren hat damit in idealer Weise seinen Zweck erfüllt; die in ihm vorgebrachten Bedenken wurden berücksichtigt. Dem Partizipationsinteresse der Beteiligten ist damit Genüge getan.

(3) Entsprechende gesetzliche Wertung im Verwaltungsverfahrenrecht

Eine entsprechende gesetzliche Wertung findet sich im Verwaltungsverfahrenrecht. Die Funktion, die § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG für die Erstreckung qua Rechtsverordnung erfüllt, ist im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht dem Anhörungserfordernis des § 28 VwVfG zugewiesen. Dessen Abs. 1 schreibt grundsätzlich vor, dass vor Erlass eines belastenden Verwaltungsakts dem von dem Verwaltungsakt betroffenen Beteiligten Gelegenheit zu geben ist, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG kann von der Anhörung abgesehen werden, wenn von den tatsächlichen Angaben, die der Beteiligte in einem Antrag oder einer Erklärung gemacht hat, nicht zu seinen Ungunsten abgewichen werden soll. Die Anhörung wird hier durch die eigenen Angaben des Betroffenen gewissermaßen vorweggenommen.⁶⁶ Dem Beteiligten muss insbesondere dann keine (weitere) Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden, wenn seine Angaben Entscheidungsgrundlage sind und die Möglichkeit auszuschließen ist, dass die Anhörung neue, für den Beteiligten günstige Gesichtspunkte ergeben könnte.⁶⁷

Demzufolge kann insbesondere nicht der Einschätzung der BDA gefolgt werden, mit dem geänderten Verordnungsentwurf vom 29. 11. 2007 sei allen Betroffenen erneut Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.⁶⁸ Dies läuft auf den Gedanken einer Heilung der vermeintlich nicht ordnungsgemäßen Beteiligung durch Wiederholung des Beteiligungsverfahrens hinaus.

⁶⁵ Vgl. Schriftliche Stellungnahme des Arbeitgeberverbandes der Neuen Brief- und Zustelldienste zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen durch den Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales am 5. 11. 2007, Ausschussdrucksache 16(11)771, S. 40 f.

⁶⁶ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Auflage 2008, § 28 Rn. 64.

⁶⁷ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Auflage 2008, § 28 Rn. 65 m. w. N.

⁶⁸ Stellungnahme der BDA vom 7. 12. 2007 zum Entwurf einer Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für Briefdienstleistungen.

Eine ähnliche Möglichkeit kennt das Verwaltungsrecht bei unterbliebener Anhörung eines Beteiligten in § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG; der Verfahrensfehler wird geheilt, wenn die erforderliche Anhörung nachgeholt wird. Ist aber eine Anhörung nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG entbehrlich (s. o.), so besteht für eine Heilung durch Nachholung der Anhörung kein Bedürfnis; die Anhörung war dann eben nicht „erforderlich“ i. S. von § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG.

Im Kern greift hier dieselbe Überlegung: Da die von den Beteiligten vorgebrachten Bedenken hinsichtlich des zunächst weiter gefassten Geltungsbereichs des Tarifvertrages vom Ordnungsgeber berücksichtigt und von ihm zur Entscheidungsgrundlage gemacht worden sind, besteht keine Notwendigkeit, hierzu noch einmal die Stellungnahmen der Beteiligten einzuholen.

Ist demnach eine erneute Gelegenheit zur Stellungnahme unter dem Blickwinkel des Informations- und Partizipationsinteresses der betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht geboten, so gilt das gleiche aus der Sicht des Ordnungsgebers. Zutreffend hat das BMAS im Verfahren vor dem VG Berlin insoweit darauf verwiesen, dass eine erneute Stellungnahme zu dem eingeschränkten Geltungsbereich des Tarifvertrags dem Ordnungsgeber keinen relevanten Erkenntnisgewinn habe bringen können.⁶⁹

Bezüglich der übrigen Bestimmungen des neuen Tarifvertrages konnten die im Beteiligungsverfahren geltend gemachten und mithin auch dem Ordnungsgeber bekannten und von ihm in die Entscheidungsfindung einbezogenen Bedenken in gleicher Weise aufrechterhalten werden. Denn abgesehen von der Einschränkung des Geltungsbereiches entspricht der Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 inhaltlich dem ersten Tarifvertrag vom 11. 9. 2007.

Ergebnis zum 2. Teil

Im Ergebnis kann es dahinstehen, ob überhaupt ein Verfahrensfehler vorliegt. Bejahendenfalls hat er die Beteiligungsrechte der Betroffenen nicht geschmälert. Die Rechtsverordnung vom 28. 12. 2007 ist nicht wegen Verstoßes gegen formelle Anforderungen des Ordnungsverfahrens nichtig.

⁶⁹ Vgl. den Tatbestand des Urteils des VG Berlin vom 7. 3. 2008 – VG 4 A 439.07.

3. Teil: § 1 Abs. 3a AEntG als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Rechtsverordnung

Eine Rechtsverordnung bedarf der Ermächtigung durch ein Bundesgesetz, Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG. Die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen stützt sich auf § 1 Abs. 3a AEntG.

A. Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Verordnungsermächtigung

I. BVerfG vor Aufnahme der Briefdienstleistungsbranche: Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs. 3a AEntG

§ 1 Abs. 3a AEntG weicht insofern von § 5 TVG ab, als danach der Tarifausschuss nicht beteiligt wird. In der Literatur wurden gegen die Regelung des § 1 Abs. 3a AEntG verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht.⁷⁰ Das BVerfG hat derartige Bedenken in seinem Beschluss vom 18. 7. 2000⁷¹ entkräftet⁷², dafür freilich auch teilweise Kritik erfahren.⁷³ Für die Praxis ist die Frage aber durch den Beschluss des BVerfG entschieden.⁷⁴

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Kritik an der Rechtsverordnungsermächtigung des § 1 Abs. 3a AEntG gerade für den vorliegenden Fall die Grundlage fehlt. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt⁷⁵, hat das BVerfG die Tarifautonomie (auch) deshalb als gewahrt angesehen, weil jedenfalls eine Tarifvertragspartei den Erlass der Verordnung durch den Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung beantragen müsse. Damit hat es sich dem Vorwurf ausgesetzt, unberücksichtigt gelassen zu haben, dass auf diese Weise der Einfluss nur einer Tarifvertragspartei auf den Ordnungsgeber zum Erlass der Regelung führt, während das Tarifrecht bis dato – mit Recht – nur die Beteiligung sowohl der Arbeitgeber- als auch der Arbeitnehmerseite (§ 5 Abs. 1 Satz 1 TVG – Erfordernis des Einvernehmens mit dem aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern bestehenden Tarifausschuss) kannte. Dadurch kann es zu einem Ungleichgewicht der Tarifvertragsparteien und zu der Gefahr kommen, dass die

⁷⁰ *Badura*, FS Söllner, 2000, S. 111, 118 ff.; v. *Danwitz*, RdA 1999, 322, 324 ff.; *Scholz*, RdA 2001, 193, 197; *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Auflage 2007, Anhang 1 zu § 5, § 1 AEntG Rn. 14.

⁷¹ BVerfG 18. 7. 2000 AP AEntG § 1 Nr. 4; s. auch BVerfG 26. 11. 2003 – 1 BvR 908/03.

⁷² Zustimmend OVG Berlin 10. 3. 2004 AuR 2004, 351, 351 f. m. Anm. *Bordt*; *Koberski/Asshoff/Hold*, AEntG, 2. Auflage 2002, § 1 Rn. 102 ff.; für Verfassungsmäßigkeit zuvor schon *Däubler*, NJW 1999, 601, 607; s. auch *Däubler/Däubler*, TVG, 2. Auflage 2006, Einleitung Rn. 116.

⁷³ *Richardi*, ZfA 2003, 655, 673 f.; *Scholz*, Anm. zu BVerfG SAE 2000, 266 ff.; *ders.*, RdA 2001, 193, 197.

⁷⁴ *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Auflage 2007, Anhang 1 zu § 5, § 1 AEntG Rn. 14.

⁷⁵ *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Auflage 2007, Anhang 1 zu § 5, § 1 AEntG Rn. 14.

Verordnung inhaltlich nicht ausgeglichen ist und die Akzeptanz der anderen Tarifvertragspartei schwindet.⁷⁶

Derartige Bedenken verfangen im vorliegenden Fall indes nicht, da hier, wie bereits erwähnt, beide Tarifvertragsparteien den Antrag gemeinsam gestellt haben. Was sonstige verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Verordnungsermächtigung betrifft, weist nichts darauf hin, dass die Überlegungen des BVerfG zur Verordnungsermächtigung für die Bauwirtschaft⁷⁷ für eine Verordnungsermächtigung für Briefdienstleistungen nicht gelten sollten.

II. Verfassungsrechtliche Bedenken aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gegen die Neufassung des § 1 Abs. 3a AEntG

Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Verordnungsermächtigung im ermächtigenden Gesetz bestimmt werden. Soweit geltend gemacht wird, der Verordnungsermächtigung des § 1 Abs. 3a AEntG fehle die erforderliche Bestimmbarkeit und Voraussehbarkeit⁷⁸, ist nicht erkennbar, worin der Verstoß liegen soll.⁷⁹ Das Gesetz erlaubt die Erstreckung eines Tarifvertrages für Briefdienstleistungen, und die Verordnung enthält nichts weiter als die Tarifnormerweiterung in der auch bisher bekannten Art und Weise.

B. Das Verhältnis von § 1 Abs. 3a AEntG zu § 5 TVG

I. Exklusivitätsverhältnis?

1. Inlands- und Auslandssachverhalte

Man könnte verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Bedenken dagegen haben, dass der Gesetzgeber überhaupt den Weg über das Arbeitnehmer-Entsendegesetz gewählt hat

⁷⁶ Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, Anhang 1 zu § 5, § 1 AEntG Rn. 14.

⁷⁷ BVerfG 18. 7. 2000 AP AEntG § 1 Nr. 4.

⁷⁸ Stellungnahme der BDA vom 7. 12. 2007 zum Entwurf einer Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für Briefdienstleistungen.

⁷⁹ S. auch *Kämmerer/Thüsing*, Tariferweiterung in der Postdienstleistungsbranche – Arbeitsrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Schranken –, Gutachtliche Stellungnahme auf Anfrage des BIEK e. V., 2007, S. 29 (im Folgenden: Tariferweiterung in der Postdienstleistungsbranche), die – noch vor dem Erlass des Zweiten AEntG-Änderungsgesetzes – mit Blick auf das Bestimmtheitsanfordernis des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG keine Bedenken gegen die Einbeziehung einer neuen Branche in das AEntG sehen.

und nicht den über § 5 TVG. Man könnte der Meinung sein, dass das deutsche Tarifrechtssystem zwei Verfahrenswege zur Verfügung stellt, die einander ausschließen. So könnte der Weg über § 5 TVG für Inlandssachverhalte gegeben sein und der über das AEntG für Auslandssachverhalte.⁸⁰

Entstehungsgeschichtlich liegt der EG-Entsenderichtlinie ebenso wie dem AEntG der Gedanke zugrunde, dass der Arbeitsmarkt in einem Mitgliedstaat davor geschützt werden kann, dass in dem Mitgliedstaat tätigen Ausländern Dumpinglöhne gezahlt werden. Zwar erlaubt es die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG) ausländischen Arbeitgebern, in jedem EG-Mitgliedstaat tätig zu werden und sich dabei auch der eigenen ausländischen Arbeitnehmer zu bedienen. Im Hinblick auf die Mindestlöhne soll aber zwischen diesen ausländischen Arbeitgebern und inländischen Arbeitgebern Wettbewerbsgleichheit herrschen. Während die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG einen bestimmten Mindestlohn auf andere inländische Arbeitnehmer erstreckt, führt die Tarifnormerstreckung via Rechtsverordnung nach dem AEntG dazu, dass ein Mindestlohn auf ausländische Arbeitnehmer ausgedehnt wird.

2. Vorliegen eines Auslandssachverhaltes

Gegen eine strikte Trennung lässt sich anführen, dass auch durch die Rechtsverordnung nach dem AEntG eine Erstreckung auf inländische Arbeitgeber stattfindet, § 1 Abs. 3a Satz 4 AEntG: „Unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrages nach Absatz 1 oder Absatz 3 fallende Arbeitgeber mit Sitz im Inland sind verpflichtet, ihren Arbeitnehmern mindestens die in der Rechtsverordnung vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren ...“. Insoweit decken sich also beide Lösungswege ohnehin.

Die hier aufgeworfene Frage kann im vorliegenden Fall allerdings dahinstehen, wenn hier ein Auslandssachverhalt vorliegt. Das ist der Fall.

⁸⁰ Vgl. Wank, FAZ v. 10. 1. 2008 Nr. 8 S. 13.

a) Auslandssachverhalte

Nach Presseberichten waren schon vor der endgültigen Marktfreigabe⁸¹ mindestens sieben ausländische Postgesellschaften im deutschen Postmarkt mit eigenen Unternehmen aktiv.⁸² Für die Zeit nach der vollständigen Liberalisierung zum 1. 1. 2008 wird mit dem Eintritt weiterer ausländischer Wettbewerber gerechnet.⁸³ Der deutsche Briefmarkt ist der größte in Europa und daher für Wettbewerber besonders attraktiv.

Ein Auslandssachverhalt ist zum einen mit Blick auf den Wettbewerber TNT gegeben, der einst von der niederländischen Post übernommen worden ist. Der niederländische TNT-Konzern versucht über die deutsche, in Hannover ansässige TNT Post AG & Co. KG, an der er zu 71 % beteiligt ist (daneben zu 29 % die Hermes Logistik Gruppe), in Deutschland ein eigenes Briefnetz aufzubauen. Über die 100 %-ige Tochter TNT Post Regioservice hat die TNT zahlreiche Briefdienste gekauft und lässt Briefe sowohl über eigene Unternehmen wie über Partner ausliefern.⁸⁴

Die schweizerische Swiss Post betreibt in Deutschland gemeinsam mit der zur OTTO-Versandhandelsgruppe gehörenden Hermes Logistik Gruppe das 50:50-joint-venture prime mail, wobei die eigentliche Zustellung über Hermes (mit 10.000 Zustellern in Deutschland) erfolgt.⁸⁵

Schließlich ist die französische La Poste zwar nicht im deutschen Brief-, aber schon im deutschen Paketmarkt aktiv.

b) Konkrete Gefahr für ausländische Wettbewerber

Zwar ist nicht zu verkennen, dass dieser tatsächliche Befund eine akute arbeitsrechtliche Entsendeproblematik im eigentlichen Sinne derzeit noch nicht zu begründen vermag. Die Tätigkeit ausländischer Unternehmen auf dem deutschen Briefmarkt vollzieht sich bislang über Beteiligungen an deutschen Unternehmen, so dass die Beschäftigten deutschem

⁸¹ Zur bis zum 31. 12. 2007 befristeten gesetzlichen Exklusivlizenz der Deutsche Post AG für die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen mit einem Gewicht bis 50 Gramm s. § 51 des Postgesetzes (PostG).

⁸² „One to one“ vom 27. 12. 2007, S. 16.

⁸³ *Input consulting*, Liberalisierung und Prekarisierung – Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern in Deutschland, 2006, S. 6 (im Folgenden: Liberalisierung und Prekarisierung).

⁸⁴ *Input consulting*, Liberalisierung und Prekarisierung, S. 28; „One to one“ vom 27. 12. 2007, S. 16.

⁸⁵ *Input consulting*, Liberalisierung und Prekarisierung, S. 29.

Arbeitsrecht unterliegen. Eine eigentliche Entsendeproblematik resultiert erst daraus, dass auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem ausländischen Unternehmen und seinen gewöhnlich im Ausland beschäftigten, vorübergehend nach Deutschland entsandten Arbeitnehmern mangels einer Rechtswahl (Art. 30 Abs. 1, 27 Abs. 1 Satz 1 EGBGB) gemäß Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB ausländisches Arbeitsrecht anzuwenden ist (lex loci laboris).⁸⁶

Letztlich handelt es sich hier indes nur um eine Frage der rechtlichen Konstruktion (Beteiligung an deutschen Briefdienstleistungen/Entsendung eigener Arbeitnehmer). Der geschilderte tatsächliche Befund begründet unter Berücksichtigung des Auslaufens der gesetzlichen Exklusivlizenz der Deutsche Post AG für die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen mit einem Gewicht bis 50 Gramm zum 1. 1. 2008 für die Zukunft zumindest die hinreichend konkrete Gefahr einer arbeitsrechtlichen Entsendeproblematik.

Zwischenergebnis

Angesichts der Tatsache, dass ein Auslandssachverhalt vorliegt, kann dahinstehen, wie die Lage bei einem reinen Inlandssachverhalt zu beurteilen wäre.

II. Rangverhältnis?

Die BDA macht geltend, die vorliegende Verordnung sei wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein rechtswidriger Eingriff in das Grundrecht der Koalitionen, Art. 9 Abs. 3 GG.

Dabei wird verkannt, dass die Wege nach § 5 TVG und nach dem AEntG nebeneinander stehen. Weder aus dem Wortlaut der Gesetze noch aus deren Sinn und Zweck ergibt sich ein Rangverhältnis.⁸⁷ Der Gesetzgeber hat in der Begründung zu § 1 Abs. 3a AEntG klargestellt, dass der Erlass einer Rechtsverordnung nicht voraussetzt, dass zuvor ein Verfahren auf Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages nach § 5 TVG eingeleitet wurde oder erfolglos geblieben ist.⁸⁸ Unter diesen Umständen ist nicht nachvollziehbar, warum bei

⁸⁶ S. dazu Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, Anhang 1 zu § 5, Einleitung AEntG Rn. 4 ff.

⁸⁷ Wie hier OVG Berlin 10. 3. 2004 AuR 2004, 351, 352 m. Anm. Bortt.

⁸⁸ Begründung zum Gesetzesentwurf der Regierungsfractionen für ein Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 17. 11. 1998, Bundestags-Drucksache 14/45, S. 25.

Anwendung des AEntG auf das TVG auch insoweit zurückgegriffen werden müsste, als dieses nicht ausdrücklich in Bezug genommen wird.

C. Fehlende Tarifbindung als Voraussetzung?

Das VG Berlin hat seine Entscheidung vor allem darauf gestützt, dass die Rechtsverordnung nicht von ihrer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG gedeckt sei; die Tarifierstreckung dürfe sich nur auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer beziehen, die bislang noch keinem Tarifvertrag unterliegen.

I. Wortlaut von Gesetz und Verordnung

1. Wortlaut des Gesetzes

Die Formulierung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage lässt zwei Interpretationen zu.⁸⁹ Nach § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG können die Rechtsnormen des Tarifvertrages durch die Rechtsverordnung „auf alle unter den Geltungsbereich dieses Tarifvertrages fallenden und *nicht tarifgebundenen* Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ erstreckt werden. Das kann heißen, dass von der Tarifnormerstreckung via Rechtsverordnung unabhängig von einer bestehenden anderweitigen Tarifbindung alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfasst werden, die nicht an den erstreckten Tarifvertrag, hier also nicht an den TV Mindestlohn vom 29. 11. 2007 zwischen Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di, gebunden sind, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer also auch dann von der Wirkung der Rechtsverordnung erfasst werden, wenn sie an einen anderen Tarifvertrag gebunden sind. „Nicht tarifgebunden“ in § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG hieße dann also: Nicht (genauer: bisher, also vor Inkrafttreten der Verordnung, nicht) an den erstreckten Tarifvertrag gebunden (kurz: fehlende Bindung an den erstreckten Tarifvertrag).⁹⁰ Eine auf § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG gestützte Verordnung könnte demnach alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Geltungsbereich des erstreckten Tarifvertrages, die bislang nicht an den Tarifvertrag gebunden waren, der Anwendung des Tarifvertrages unterwerfen, auch die anders organisierten und anders tarifgebundenen.

⁸⁹ S. aber auch *Greiner*, Anm. zu VG Berlin, BB 2008, 840 ff., nach dessen Ansicht der Gesetzgeber in § 1 Abs. 3a Satz 4 AEntG eindeutig die Erstreckung auch auf anders Tarifgebundene statuiert hat.

⁹⁰ Für „im Kontext fast näher liegend“ hält diese Auslegung *Greiner*, Anm. zu VG Berlin, BB 2008, 840.

Die Formulierung „nicht tarifgebundenen“ in § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG kann aber auch so verstanden werden, dass die Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die durch die Verordnung an den Tarifvertrag gebunden werden sollen, bisher überhaupt nicht tarifgebunden sein dürfen, also auch nicht an einen anderen Tarifvertrag. Wenn sie also bereits von einem anderen Tarifvertrag erfasst werden, könnte sich die Erstreckung nicht auf sie beziehen. Von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt wären nur Verordnungen, die anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer von der Geltungserstreckung ausnehmen (kurz: Fehlen jeglicher Tarifbindung).

2. Wortlaut der Verordnung

Die Verordnung vom 28. 12. 2007 geht davon aus, dass § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG nur die fehlende Bindung an den erstreckten Tarifvertrag voraussetzt, es also dem Ordnungsgeber erlaubt, auch solche Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzubeziehen, die bereits an einen anderen Tarifvertrag gebunden sind. § 1 der Verordnung bestimmt, dass die Rechtsnormen des zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di abgeschlossenen Mindestlohntarifvertrages „auf alle nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung [finden], die unter seinen Geltungsbereich fallen“. Danach wird also von der Tarifnormerweiterung erfasst, wer nicht an den erstreckten Tarifvertrag tarifgebunden ist, *unabhängig davon, ob im Übrigen bereits eine Tarifbindung besteht*. Der Ordnungsgeber hat also in seinem Verständnis der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage nicht die Auslegungsvariante „Fehlen jeglicher Tarifbindung“, sondern die Auslegungsvariante „fehlende Bindung an den erstreckten Tarifvertrag“ zugrunde gelegt.

II. Entscheidung des VG Berlin

1. Materielle Rechtswidrigkeit der Verordnung wegen Überschreitung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage

Das VG Berlin meint, die Verordnung sei rechtswidrig, weil sie nicht, wie von Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG gefordert, durch eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gedeckt sei. § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG ermögliche in verfassungskonformer Auslegung nur eine Regelung, welche die Rechtsnormen des Tarifvertrages ausschließlich auf alle nicht (anderweitig) tarifgebundenen

Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstrecke.⁹¹ Darüber hinausgehend erstrecke aber die Verordnung vom 28. 12. 2007 den Tarifvertrag auf alle nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

2. Verletzung der Kläger in subjektiv-öffentlichen Rechten durch die Verordnung

Infolge der Überschreitung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage verletze die Verordnung den BdKEP in seinem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG und PIN sowie TNT in ihren Grundrechten aus Art. 9 Abs. 3 und 12 Abs. 1 GG.

a) Verletzung in Rechten aus Art. 9 Abs. 3 GG unabhängig von Tariffähigkeit der GNBZ und Wirksamkeit der von ihr abgeschlossenen Tarifverträge

Die Kläger, so das VG, würden durch die Verordnung in ihren Rechten aus Art. 9 Abs. 3 GG unabhängig davon verletzt, ob die GNBZ eine Gewerkschaft bzw. eine tariffähige Gewerkschaft sei und ob die von ihr geschlossenen Tarifverträge wirksam seien. Denn zweifelsohne seien die Kläger Träger des Grundrechts. Von seinem Schutzbereich erfasst seien sowohl die Bildung einer Koalition, wie sie der BdKEP darstelle, als auch deren Wirken zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, die Mitglieder einer Koalition, wie TNT und PIN, als für sich verbindlich ansähen.

Die Verträge mit der GNBZ seien ein solches „in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallendes Wirken“ (sic!). Das hänge nicht davon ab, dass ihnen die normativen Wirkungen eines Tarifvertrages zukämen. Auch in eine mangels Tariffähigkeit des Vertragspartners nur schwache Grundrechtsposition aus Art. 9 Abs. 3 GG dürfe nur durch eine Norm eingegriffen werden, die der verfassungsmäßigen Ordnung entspreche. Daran fehle es hier, weil die streitige Verordnung nicht von ihrer Ermächtigungsgrundlage gedeckt sei.

b) Verletzung in Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG

TNT und PIN seien auch in ihren Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.

⁹¹ Berechtigte Kritik an der auf die Wesentlichkeitstheorie abstellenden Argumentation bei *Greiner*, Anm. zu VG Berlin, BB 2008, 840, 841.

III. Auseinandersetzung mit der Entscheidung des VG Berlin – überschreitet die Verordnung die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage?

Richtigerweise kommt es im Ergebnis auf die vom VG Berlin ins Zentrum seiner Überlegungen gestellte Frage, ob die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen von ihrer Ermächtigungsgrundlage in § 1 Abs. 3a AEntG gedeckt ist oder diese überschreitet, überhaupt nicht an. Selbst wenn die Verordnung ihre Ermächtigungsgrundlage überschritte, wären die Kläger dadurch nicht in ihren Rechten (Art. 9 Abs. 3 GG, Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt, da sie wegen fehlender Tariffähigkeit der GNBZ und daraus resultierender Unwirksamkeit der mit ihr geschlossenen Tarifverträge nicht anderweitig tarifgebunden sind. Die Einschätzung des VG, es habe die Frage der Tariffähigkeit offen lassen (und auf eine Aussetzung des Verfahrens nach § 97 Abs. 5 Satz 1 ArbGG, die, wenn man – wie das VG – die Rechtswidrigkeit der Verordnung wegen Überschreitung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage annimmt, zwingend geboten gewesen wäre⁹², verzichten) können, weil die mit der GNBZ geschlossenen Verträge auch ohne die normativen Wirkungen eines Tarifvertrages ein „in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallendes Wirken“ seien, in das durch die Verordnung unzulässigerweise eingegriffen werde, beruht, wie noch näher darzulegen ist⁹³, auf einer Verkennung arbeitsrechtlicher Zusammenhänge.⁹⁴

Weil aber das VG die Frage nach der Überschreitung der Ermächtigungsgrundlage bejaht, soll darauf eingegangen werden.

1. Der Vergleich mit der Regelung des § 5 Abs. 4 TVG

Gegen die vom VG zugrunde gelegte Auslegungsvariante „Fehlen jeglicher Tarifbindung“ und für die Auslegungsvariante „fehlende Bindung an den erstreckten Tarifvertrag“ könnte der Vergleich mit der im TVG getroffenen Regelung zur Rechtswirkung der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages sprechen. § 5 Abs. 4 TVG beschreibt diese derart, dass die Rechtsnormen des Tarifvertrages infolge der

⁹² Ähnlich *Greiner*, Anm. zu VG Berlin, BB 2008, 840, 842 f.: Nahe liegender und verfahrensrechtlich „sauberer“ Weg.

⁹³ S. ausführlich unten 5. Teil, B.

⁹⁴ Wie hier *Greiner*, Anm. zu VG Berlin, BB 2008, 840, 842: Bei der Verletzung der Kläger in ihren subjektiven Rechten als Frage des festzustellenden Rechtsverhältnisses hätte es, was die Wirksamkeit der von der GNBZ geschlossenen Tarifverträge angeht, „zum Schwur kommen müssen“.

Allgemeinverbindlicherklärung auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfassen; die Formulierung ist derjenigen des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG also sehr ähnlich. Eine denkbare Gegenargumentation zum VG Berlin wäre es also, zu sagen, dass das, was für § 5 Abs. 4 TVG gilt, auch für § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG gelten müsse.

a) Herrschendes Verständnis des § 5 Abs. 4 TVG

aa) Herrschende Lehre

Nun entspricht es aber der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages Wirkung nicht lediglich für nicht organisierte, sondern auch für anders organisierte Arbeitgeber und Arbeitnehmer entfaltet. Dies wird zwar in der Literatur – wohl, weil man es für selbstverständlich hält – nicht immer ausdrücklich ausgesprochen.⁹⁵ Implizit befürworten diese Ansicht aber auch all diejenigen Autoren, die den Fall der Tarifkonkurrenz zwischen einem mitgliedschaftlich legitimierten und einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag behandeln⁹⁶; denn zu einer Tarifkonkurrenz dieser Art kommt es nur, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung die bereits anderweitig tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer überhaupt erfasst.

bb) Rechtsprechung des BAG

Damit wird die dargestellte herrschende Meinung auch vom BAG, das sich wiederholt mit der Tarifkonkurrenz unter Beteiligung für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge auseinandergesetzt hat⁹⁷, vertreten. Deutlich heißt es in einer Entscheidung aus dem Jahr 1989:

⁹⁵ S. aber ausdrücklich *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 19 7. (1), S. 899; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht II/1, 7. Auflage 1966, § 34 IV. 2., S. 666; *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG, 4. Auflage 2006, § 5 Rn. 41; *Nikisch*, Arbeitsrecht II, 2. Auflage 1959, § 87 III. 1., S. 499; *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 167 (Fn. 12); *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Auflage 2007, § 5 Rn. 146; implizit ferner *Däubler/Lakies*, TVG, 2. Auflage 2006, § 5 Rn. 39 f., 166; *Jacobs/Krause/Oetker*, Tarifvertragsrecht, 2007, § 6 Rn. 100; s. auch *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, S. 91 f.; *HWK/Henssler*, 2. Auflage 2006, § 5 TVG Rn. 31; zweifelnd *Wiedemann*, Anm. zu BAG AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 12, unter 2.; aus verfassungsrechtlichen Gründen ablehnend *Buchner*, Tarifvertragsgesetz und Koalitionsfreiheit – Zur verfassungsrechtlichen Problematik der §§ 3 Abs. 2, 3 Abs. 3, 5 und 9 Abs. 1 TVG, 1964, S. 89 ff.

⁹⁶ S. dazu die Nachweise bei *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 289 ff.

⁹⁷ Aus jüngerer Zeit BAG 18. 10. 2006 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 287.

„Da der Betrieb des Beklagten aber ebenso vom fachlichen bzw. vom betrieblichen Geltungsbereich der Verfahrenstarifverträge für das Baugewerbe erfasst wird und diese aufgrund ihrer Allgemeinverbindlicherklärung auch für die nicht tarifgebundenen *oder anders organisierten* Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten (§ 5 Abs. 4 TVG), entsteht hinsichtlich der Arbeitsverhältnisse, für die die Normen des MTV Metallhandwerk aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit gelten, eine Tarifkonkurrenz“.⁹⁸

cc) Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG geht ebenfalls davon aus, dass § 5 Abs. 4 TVG sich auch auf anders organisierte Arbeitgeber und Arbeitnehmer bezieht, deren Verbände einen einschlägigen Tarifvertrag abgeschlossen haben. In seiner ersten Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung führt es aus:

„Soweit anderweitig organisierte Arbeitnehmer oder Arbeitgeber einem Tarifvertrag unterworfen werden, der von ihnen fremden Koalitionen vereinbart worden ist, und die Allgemeinverbindlicherklärung hier auf bereits bestehende tarifvertragliche Regelungen trifft, besteht kein genereller Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags. Vielmehr ist eine solche Tarifkonkurrenz im Einzelfall nach den hierfür in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätzen zu lösen.“⁹⁹

b) Keine Entkräftung dieser denkbaren Argumentation durch das VG Berlin

Auch das VG sieht, dass die tarifrechtliche Rechtsprechung und Literatur zu § 5 Abs. 4 TVG die Ansicht vertritt, dass die Allgemeinverbindlicherklärung die Geltung des Tarifvertrages auf alle bisher nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt, gleichgültig, ob sie nicht oder anders organisiert (und tarifgebunden) sind. Es hätte also dartun müssen, warum die gleiche Auslegung, die bei § 5 Abs. 4 TVG der ganz herrschenden Meinung und der Rechtsprechung auch des BVerfG entspricht, bei § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG verfassungswidrig sein soll. Dafür liefert das VG keine ausreichende Begründung.

⁹⁸ BAG 14. 6. 1989 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 16 m. Anm. *Wiedemann/Arnold*; Hervorhebung nicht im Original.

⁹⁹ BVerfG 24. 5. 1977 BVerfGE 44, 322, 352; ebenso BVerfG 15. 7. 1980 BVerfGE 55, 7, 24.

c) Übertragung des zu § 5 TVG Geltenden auf § 1 Abs. 3a AEntG gleichwohl nicht zweifelsfrei

Trotzdem erscheint es nicht zweifelsfrei, aus der ganz h. M. zu § 5 Abs. 4 TVG zu schließen, dass für die Reichweite der Ermächtigungsgrundlage des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG das Gleiche gelten müsse wie für § 5 Abs. 4 TVG. Das wird deutlich, wenn man sich die Begründung des BVerfG dafür, dass die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG Wirkung auch für anders organisierte Arbeitgeber und Arbeitnehmer entfaltet, gleichwohl aber nicht gegen die positive individuelle Koalitionsfreiheit anders organisierter Arbeitgeber und Arbeitnehmer verstoße, genauer ansieht. Das BVerfG hat dies mit einer Erwägung begründet, die sich auf den Rechtsverordnungsfall des § 1 Abs. 3a AEntG nicht ohne weiteres übertragen lässt. In der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des § 5 TVG, soweit er sich auf tarifliche Inhaltsnormen bezieht, führt das BVerfG aus (s. schon oben):

„Die Allgemeinverbindlicherklärung von tarifvertraglichen Inhaltsnormen ist mit dem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar. (...) Soweit anderweitig organisierte Arbeitnehmer oder Arbeitgeber einem Tarifvertrag unterworfen werden, der von ihnen fremden Koalitionen vereinbart worden ist, und die Allgemeinverbindlicherklärung hier auf bereits bestehende tarifvertragliche Regelungen trifft, *besteht kein genereller Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags*. Vielmehr ist eine solche Tarifkonkurrenz im Einzelfall nach den hierfür in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätzen zu lösen.“¹⁰⁰

Und in der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien heißt es:

„Die Allgemeinverbindlicherklärung der Tarifnormen über die gemeinsamen Einrichtungen läßt die positive Koalitionsfreiheit der Beschwerdeführer, also ihr Recht, unberührt, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden oder anderen als den vertragschließenden Koalitionen beizutreten. *Es besteht kein Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge gegenüber solchen, die nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden sind*. Soweit eine Koalition einen Tarifvertrag für

¹⁰⁰ BVerfG 24. 5. 1977 BVerfGE 44, 322, 351 f.; Hervorhebung nicht im Original.

ihre Mitglieder abgeschlossen hat, deren Arbeitsverhältnisse gleichzeitig unter den räumlichen, betrieblichen, fachlichen, persönlichen und zeitlichen Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags fallen, ist die Frage, welcher Tarifvertrag maßgebend ist, ohne Rücksicht auf die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Lösungsgrundsätzen für die Tarifkonkurrenz zu entscheiden.“¹⁰¹

Maßgebliche Begründung des BVerfG dafür, dass § 5 Abs. 4 TVG verfassungsgemäß ist, obwohl von der Allgemeinverbindlicherklärung seiner Ansicht nach auch anderweitig Tarifgebundene erfasst werden, ist demnach, dass sich bei der Auflösung der dadurch entstehenden Tarifkonkurrenz nicht zwingend der allgemeinverbindliche Tarifvertrag durchsetzt, sondern die Grundsätze zur Auflösung von Tarifkonkurrenzen die Möglichkeit offen halten, dass sich der durch Mitgliedschaft oder durch eigenen Abschluss (so für den Arbeitgeber beim Haustarifvertrag) legitimierte Tarifvertrag gegenüber dem geltungserstreckten Tarifvertrag durchsetzt – mit der Konsequenz, dass sich die Geltungserstreckung dann im Ergebnis gar nicht auf die anders organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer auswirkt: Sie werden zwar auf einer „ersten Stufe“ von der Rechtswirkung der Allgemeinverbindlicherklärung erfasst; wenn sich aber auf der „zweiten Stufe“, bei der Auflösung der wegen der „ersten Stufe“ entstehenden Tarifkonkurrenz, „ihr“ Tarifvertrag durchsetzt, ist das so, als würden sie von vorneherein nicht von der Allgemeinverbindlicherklärung erfasst.

Dieser Aspekt gewinnt seine Bedeutung insbesondere dadurch, dass sich in der Rechtsprechung des BAG zur Tarifkonkurrenz zwischen nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten und tarifautonom legitimierten Tarifverträgen lange Zeit stets der tarifautonom legitimierte Tarifvertrag als der nach Ansicht des BAG speziellere durchgesetzt hat, der allgemeinverbindliche also verdrängt wurde. Vgl. nur *Jacobs*¹⁰² zur Tarifkonkurrenz eines allgemeinverbindlichen und eines mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrages: „Das BVerfG und das BAG, die instanzgerichtliche Judikatur sowie die h.M. im Schrifttum (...) wenden die allgemeinen Lösungsgrundsätze für Tarifkonkurrenzen an (Spezialitätsprinzip), was *im Ergebnis nahezu immer den Vorrang des mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrags* bedeutet.“

¹⁰¹ BVerfG 15. 7. 1980 BVerfGE 55, 7, 24; Hervorhebung nicht im Original.

¹⁰² *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 289, Hervorhebung nicht im Original.

In der Praxis betraf das vor allem die allgemeinverbindlichen Verfahrenstarifverträge des Baugewerbes, die nach dem Grundsatz der Spezialität hinter anderen Tarifverträgen zurückstehen mussten.¹⁰³ Soweit ersichtlich löste erstmalig im Jahr 2001 ein Senat des BAG die Tarifkonkurrenz zwischen einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien und einem mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrag zugunsten des allgemeinverbindlichen Sozialkassentarifvertrages auf.¹⁰⁴

Das heißt also: Bei § 5 Abs. 4 TVG ergeben sich in aller Regel schon deshalb keine Bedenken im Hinblick auf das Grundrecht der anders Tarifgebundenen aus Art. 9 Abs. 3 GG, weil sich im Ergebnis – und zwar unabhängig davon, welcher Tarifvertrag für die Arbeitnehmer günstiger ist, da es für die Auflösung der Tarifkonkurrenz außerhalb des Anwendungsbereichs des AEntG nach ganz h. M. allein auf Spezialität, nicht auf Günstigkeit ankommt – meist „ihr“ Tarifvertrag durchsetzt.

Die Formulierungen des BVerfG, das in beiden zitierten Entscheidungen betont, dass kein genereller Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags besteht, könnten aber darauf schließen lassen, dass das BVerfG umgekehrt die Annahme eines solchen generellen Vorrangs des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG für problematisch halten würde.

Zumindest im Grundsatz kommt es zu einem solchen Vorrang aber bei der Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG, denn im Anwendungsbereich des AEntG findet das Spezialitätsprinzip aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen¹⁰⁵ grundsätzlich keine Anwendung.¹⁰⁶ Vielmehr verdrängt hier umgekehrt in der Regel der via Rechtsverordnung erstreckte Tarifvertrag den kollidierenden tarifautonom legitimierten Tarifvertrag, unabhängig

¹⁰³ S. nur die Entscheidungen BAG 24. 9. 1975 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 11 m. Anm. *Wiedemann*; 27. 8. 1986 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 70; 14. 6. 1989 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 16 m. Anm. *Wiedemann/Arnold*; 24. 1. 1990 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 126; 26. 9. 2001 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 244; 4. 12. 2002 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 28; aus der Literatur etwa *Hromadka/Maschmann/Wallner*, Der Tarifwechsel, Tarifvertrag und Arbeitsvertrag bei Änderung von Verbandsmitgliedschaft, Betriebszweck und Betriebsinhaber, 1996, Rn. 144; *Wiedemann/Arnold*, ZTR 1994, 399, 409 f.

¹⁰⁴ BAG 25. 7. 2001 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 242; bestätigt durch BAG 18. 10. 2006 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 287.

¹⁰⁵ S. dazu EuGH 24. 1. 2002 – Rechtssache C-164/99 – Slg. 2002 I, S. 787 = AP EG Art. 49 Nr. 4 – *Portugaia Construções*; *Wank/Börgmann*, NZA 2001, 177, 182; zum Ganzen auch *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Auflage 2007, Anhang 1 zu § 5, Einleitung AEntG Rn. 24 sowie unten 4. Teil, A., II., 2.

¹⁰⁶ Vgl. BAG 25. 6. 2002 (dreimal) AP AEntG § 1 Nr. 12 m. Anm. *Ulber*; AP AEntG § 1 Nr. 15; DB 2003, 2287; BAG 9. 9. 2003 – 9 AZR 478/02 (A) – n. v.; 13. 5. 2004 – 10 AS 6/04 – n. v.; 20. 7. 2004 AP AEntG § 1 Nr. 18; 18. 10. 2006 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 287; näher unten 4. Teil, A., II., 2., c).

davon, welcher Tarifvertrag spezieller ist; anders ist es nur, wenn der tarifautonom legitimierte Tarifvertrag für die Arbeitnehmer günstiger ist.¹⁰⁷

Während also konkurrierende Verbände und ihre Mitglieder im Rahmen des § 5 TVG dadurch, dass die Allgemeinverbindlicherklärung sich auch auf anders Organisierte erstreckt, nicht gehindert werden, dem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag durch Abschluss eines spezielleren Tarifvertrags – insbesondere eines Haustarifvertrags, den die Rechtsprechung einem Verbandstarifvertrag stets als spezielleren Tarifvertrag vorgehen lässt – auszuweichen, könnten sie bei einer Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG, wenn man für den Umfang der Ermächtigungsgrundlage die Auslegungsvariante „fehlende Bindung an den erstreckten Tarifvertrag“ und nicht die Variante „Fehlen jeglicher Tarifbindung“ zugrunde legt, der Geltungserstreckung nur im Rahmen des Günstigkeitsprinzips ausweichen.

bb) Die sich hieraus ergebenden Vorbehalte gegen einen unreflektierten Schluss von § 5 TVG auf § 1 Abs. 3a AEntG sind auch bei dem Verweis auf die Rechtsprechung des BAG zu § 1 Abs. 1 und Abs. 3 AEntG zu beachten. Das BMAS führt für seine Auffassung, dass die Ermächtigungsgrundlage des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG in der Weise auszulegen sei, dass von der hierauf gestützten Verordnung alle nicht an den geltungserstreckten Tarifvertrag gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfasst würden, auch die Rechtsprechung des BAG zu § 1 Abs. 1 und Abs. 3 AEntG an.¹⁰⁸ Nach dieser Rechtsprechung, die in gleicher Weise für § 1 Abs. 3a AEntG zu gelten habe, gehe der durch Verordnung übernommene Tarifvertrag einem spezielleren Tarifvertrag vor.

Daraus, dass das BAG für Tarifverträge nach § 1 Abs. 1 und Abs. 3 AEntG davon ausgeht, dass diese einem spezielleren Tarifvertrag vorgehen¹⁰⁹, ergibt sich in der Tat, dass das BAG bei Tarifverträgen nach § 1 Abs. 1 und Abs. 3 AEntG annimmt, dass die Geltungserstreckung sich hier auch auf anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer bezieht; denn anderenfalls käme es nicht zu Tarifkollisionen mit anderen Tarifverträgen und das BAG hätte sich zu der Frage der Anwendbarkeit des Spezialitätsprinzips gar nicht zu äußern brauchen.

¹⁰⁷ Insbesondere BAG 18. 10. 2006 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 287; s. ausführlicher unten 4. Teil, A., II., 2., d).

¹⁰⁸ Ebenso *Greiner*, Anm. zu VG Berlin, BB 2008, 840, 841.

¹⁰⁹ Wenn nicht der speziellere Tarifvertrag, wie etwa der Haustarifvertrag der DP AG, für die Arbeitnehmer günstiger ist, s. dazu insbesondere BAG 18. 10. 2006 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 287.

Die Ausführungen, mit denen das VG Berlin die dargestellte Argumentation des BMAS zu widerlegen versucht, nehmen sich kryptisch aus. Die vom BMAS angesprochenen Entscheidungen des BAG hätten § 1 Abs. 1 und Abs. 3 AEntG und deren von der bloßen Allgemeinverbindlicherklärung abweichende Rechtsfolge betroffen, die sich mit der des § 1 Abs. 3a Satz 3 AEntG decke (Geltungserstreckung auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und ihre im Inland beschäftigten Arbeitnehmer). Aus der Rechtsfolge lasse sich aber nicht auf ihre tatbestandlichen Voraussetzungen zurückschließen. Dass die Verordnung zwingend gelte, besage nicht, dass sie gegenüber jedermann gelte. Auch eine nur einem beschränkten Personenkreis (hier: den nicht anderweitig Tarifgebundenen) gegenüber geltende Regelung könne zwingend sein.

Gleichwohl wäre der Schluss aus der Rechtsprechung des BAG zu § 1 Abs. 1 und Abs. 3 AEntG auf die Verfassungsmäßigkeit der Auslegungsvariante „fehlende Bindung an den erstreckten Tarifvertrag“ bei den in § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG vorgesehenen Rechtsverordnungen unsicher. Zwar mag die Rechtsprechung des BAG zu § 1 Abs. 1 und Abs. 3 AEntG die Prognose zulassen, dass das BAG, würde es mit der hier diskutierten Auslegungsfrage befasst, entgegen der Ansicht des VG Berlin die weite Interpretation des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG für richtig – und verfassungsgemäß – hielte. Denn wenn es im Bereich des § 1 Abs. 1, Abs. 3 AEntG darin, dass hier – (u. a.) aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen – anders als sonst ein Ausweichen durch Abschluss eines spezielleren (aber nicht günstigeren) Tarifvertrages nicht möglich ist, offenbar kein Hindernis dafür sieht, auch anders tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Geltungserstreckung zu unterwerfen, dann dürfte es für die Rechtsverordnungsvariante des § 1 Abs. 3a AEntG nicht anders entscheiden (so auch die Annahme des BMAS: die Rechtsprechung zu § 1 Abs. 1 und Abs. 3 AEntG habe in gleicher Weise für § 1 Abs. 3a AEntG zu gelten). Allerdings ist die Rechtsprechung des BAG zu Tarifverträgen nach § 1 Abs. 1 und Abs. 3 AEntG in der Sache eine Rechtsprechung zu § 5 Abs. 4 TVG. § 1 Abs. 1 und § 1 Abs. 3 AEntG setzen tatbestandlich einen nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag voraus (s. § 1 Abs. 1 Satz 1 AEntG: „Die Rechtsnormen eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages ...“; und § 1 Abs. 3 Satz 1 AEntG: „durch allgemeinverbindliche Tarifverträge ...“). Bei der in § 1 Abs. 1 und Abs. 3 AEntG vorausgesetzten Allgemeinverbindlicherklärung handelt es sich um eine gewöhnliche Allgemeinverbindlicherklärung i. S. von § 5 TVG¹¹⁰, die von der Geltungserstreckung per Rechtsverordnung gemäß Abs. 3a zu unterscheiden ist.

¹¹⁰ Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, Anhang 1 zu § 5, Einleitung AEntG Rn. 9 und § 1 AEntG Rn. 11.

Die auf die Rechtsprechung des BAG zu § 1 Abs. 1 und Abs. 3 AEntG gestützte Argumentation des BMAS ist also den gleichen Vorbehalten ausgesetzt wie der allgemeine Vergleich zwischen § 5 Abs. 4 TVG und § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG; insbesondere gelten auch hier also die Einschränkungen, die oben für die Berufung auf die zu § 5 TVG h. M. einschließlich der Rechtsprechung des BVerfG aufgezeigt wurden.

2. Zweck- und Verfassungsmäßigkeit der Auslegungsvariante „fehlende Bindung an den geltungserstreckten Tarifvertrag“

Obgleich ein unreflektierter Schluss von dem für § 5 Abs. 4 TVG anerkannten Verständnis auf die Reichweite der Verordnungsermächtigung des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG nach dem bisher Gesagten ausscheiden muss, ist entgegen dem VG Berlin die weite Auslegung, die nicht eine überhaupt fehlende Tarifbindung, sondern nur fehlende Tarifbindung im Hinblick auf den via Rechtsverordnung geltungserstreckten Tarifvertrag voraussetzt, in Anbetracht der Zielsetzung des § 1 Abs. 3a AEntG vorzugswürdig und auch verfassungsrechtlich zulässig. Da, wie gesehen, der Wortlaut beide Auslegungen zulässt, ist umso mehr Gewicht auf Sinn und Zweck der Verordnungsermächtigung des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG zu legen. Dabei muss, da das VG Berlin nur die enge Auslegung für mit dem GG vereinbar hält, der Blick gleichsam zwischen den Ergebnissen einer teleologischen Betrachtungsweise und den – durch einschlägige Entscheidungen des BVerfG konkretisierten – verfassungsrechtlichen Vorgaben „hin und her wandern“.

a) Allgemeinverbindlicher Tarifvertrag als Sockel

Ausgangspunkt der Betrachtung bleibt die Vorgabe des BVerfG, derzufolge eine Tarifnormerstreckung auf anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht in Widerspruch zu Art. 9 Abs. 3 GG gerät, solange kein genereller Vorrang des erstreckten Tarifvertrages besteht.¹¹¹ Das BVerfG verweist dabei auf die in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur entwickelten Lösungsgrundsätze für Tarifkonkurrenzen. Diese Grundsätze sehen für Tarifkollisionen im Bereich des AEntG zwar – abweichend von der Beurteilung von Kollisionsfällen ohne Entsendeproblematik – grundsätzlich keine Anwendung des Spezialitätsprinzips vor; ein *genereller* Vorrang des geltungserstreckten

¹¹¹ S. BVerfG 24. 5. 1977 BVerfGE 44, 322, 352; 15. 7. 1980 BVerfGE 55, 7, 24.

Tarifvertrages tritt gleichwohl auch hier nicht ein, da das BAG durch die Anwendung des Günstigkeitsprinzips den Bereich oberhalb des von einem erstreckten Tarifvertrag festgesetzten Tarifniveaus für abweichende tarifliche Vereinbarungen durch andere Verbände und einzelne Arbeitgeber (§ 2 Abs. 1 TVG) freigibt.¹¹²

Die Auswirkungen einer aufgrund der weiteren Auslegung des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG auch anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfassenden Rechtsverordnung lassen sich also dergestalt beschreiben, dass die Verordnung einen „Sockel“ installiert, den konkurrierende Tarifvertragsparteien für ihre Mitglieder durch speziellere Tarifverträge zwar nicht unter-, aber durch arbeitnehmergünstigere Tarifverträge überschreiten können.

Was die verfassungsrechtliche Legitimität der Errichtung eines solchen unterbietungsfesten „Sockels“ von Arbeitsbedingungen anbelangt, sind zwei Fragen auseinander zu halten: Zum einen die Frage, ob es überhaupt verfassungsrechtlich legitime Ziele gibt, die es rechtfertigen, ein auch für anderweitig tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien verbindliches Mindestniveau von Arbeitsbedingungen festzulegen, zum anderen die Frage nach der zulässigen Höhe des „Sockels“.

b) Verfassungsrechtlich legitimes Ziel

Die erste Frage kann mit Blick auf aktuelle Entscheidungen des BVerfG bejaht werden. Bereits in seiner Entscheidung vom 11. 7. 2006 zur Verfassungsmäßigkeit der Tariftreueerklärung nach dem Berliner Vergabegesetz hat das BVerfG es als verfassungsrechtlich legitimes Ziel herausgearbeitet, durch die Erstreckung von Tariflöhnen auf Außenseiter einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenzuwirken. Dabei hat es auch die Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards als dem Grundgesetz entsprechende gesetzgeberische Zweckbestimmung anerkannt.¹¹³ Diese Einschätzungen hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur Generalunternehmerhaftung nach § 1a AEntG vom 20. 3. 2007 mit Blick auch auf Sinn und Zweck des AEntG bestätigt. Das Gericht bezeichnet es als der dem AEntG zugrunde liegenden Zweckbestimmung

¹¹² Insbesondere BAG 18. 10. 2006 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 287.

¹¹³ BVerfG 11. 7. 2006 BVerfGE 116, 202, 223.

entsprechendes und verfassungsrechtlich legitimes Ziel der Erstreckung tariflicher Löhne auf Außenseiter, einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenzuwirken.¹¹⁴

Diese Ziele liegen auch der Rechtsverordnungsermächtigung des § 1 Abs. 3a AEntG zugrunde. Anlässlich der Erweiterung des Anwendungsbereichs des AEntG und speziell der Verordnungsermächtigung auf den Briefdienstleistungssektor definierte der Gesetzgeber seine Zielsetzung mit den Worten, es gehe darum, für *alle* in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer, die Briefdienstleistungen erbringen, angemessene Arbeitsbedingungen sicherzustellen.¹¹⁵

Das so definierte, verfassungsrechtlich legitime gesetzgeberische Ziel der Verordnungsermächtigung drohte zumindest partiell verfehlt zu werden, wenn aufgrund einer restriktiven Auslegung des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG konkurrierende Verbände und/oder einzelne Arbeitgeber Arbeits-, insbesondere Lohnbedingungen etablieren könnten, die das durch die Verordnung festgelegte „Sockel“-Niveau und damit – in der Diktion des BVerfG – die als wünschenswert angesehenen sozialen Standards unterschreiten. Als „Außenseiter“ im Sinne der Ausführungen des BVerfG in den Entscheidungen vom 11. 7. 2006 und vom 20. 3. 2007 (s. o.) sind daher aufgrund der teleologischen Zusammenhänge nicht nur die (überhaupt) nicht tarifgebundenen, sondern auch solche (anderweitig) tarifgebundenen Arbeitnehmer anzusehen, die an einen Tarifvertrag gebunden sind, der unter diesen Standards liegt.

c) Damit ist indes nur die erste der beiden oben aufgeworfenen Fragen beantwortet – und zwar in dem Sinne, dass es (überhaupt) eine verfassungsrechtlich legitime Zielsetzung ist, ein auch für anderweitig tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien verbindliches Mindestniveau per Rechtsverordnung festzuschreiben –, zugleich aber unmittelbar zur daran anschließenden Frage nach der Rechtfertigung der Höhe des „Sockels“ übergeleitet. Diese berührt sich mit der verschiedentlich diskutierten Frage, welche Kriterien der Bundesminister für Arbeit und Soziales bei einer etwaigen Auswahlentscheidung zwischen mehreren für eine Tarifnormerstreckung durch Rechtsverordnung in Betracht kommenden Tarifverträgen legitimerweise in Anschlag bringen darf. Es geht um die Definition dessen, was – im Sinne des BVerfG – ein „als wünschenswert angesehener sozialer Standard“ ist, zu dessen Erhaltung tätig zu werden dem Staat durch die Verfassung gestattet ist, mithin um die inhaltliche

¹¹⁴ BVerfG 20. 3. 2007 NZA 2007, 609, 610 f.

¹¹⁵ Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 18. 10. 2007, Bundestags-Drucksache 16/6735, S. 1, 4 (elektronische Vorab-Fassung); Hervorhebung nicht im Original.

Ausfüllung des in den Gesetzesmaterialien zum Zweiten AEntG-Änderungsgesetzes verwendeten Begriffs der *angemessenen* Arbeitsbedingungen, die der Gesetzgeber für alle Briefdienstleistungen erbringenden Arbeitnehmer sicherstellen wollte.

Dies aber ist nicht mehr eine Frage der abstrakten Bestimmung der Reichweite der Verordnungsermächtigung, sprich der Auslegung des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG. Vielmehr geht es dabei bereits um den konkreten Gebrauch der Ermächtigung durch den Bundesarbeitsminister, den dieser mit dem Erlass der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28. 12. 2007 gemacht hat. Die Frage, ob § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG es nicht nur abstrakt erlaubt, durch Rechtsverordnung ein verbindliches Mindestentgeltniveau auch für anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer festzulegen, deren Verbände zwar womöglich einen spezielleren, nicht aber arbeitnehmergünstigeren Tarifvertrag vereinbart haben, sondern ob auch dieses verbindliche, d. h. unterbietungsfeste Mindestentgeltniveau vom Minister durch Erstreckung konkret des zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di geschlossenen Mindestlohtarifvertrages mit seinen Mindestlohnsätzen von 8 bis 9, 80 € festgesetzt werden durfte, ist bei der Prüfung des „öffentlichen Interesses“ zu verorten.¹¹⁶

Ergebnis zu C.

Die Verordnungsermächtigung des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG ist bei einer am Sinn und Zweck der Ermächtigung und den bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben orientierten Interpretation so zu verstehen, dass sie es dem Ordnungsgeber erlaubt, die Tarifnormerstreckung auch auf anderweitig tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien zu beziehen.

Ergebnis zum 3. Teil

Da § 1 Abs. 3a AEntG besonders mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG vom 18. 7. 2000¹¹⁷ keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, ein etwaiges Exklusivitätsverhältnis des § 1 Abs. 3a AEntG zu § 5 TVG dergestalt, dass bei reinen Inlandssachverhalten allein § 5 TVG, § 1 Abs. 3a AEntG hingegen nur bei Auslandssachverhalten einschlägig ist, der Anwendung des § 1 Abs. 3a AEntG hier wegen der

¹¹⁶ S. unten 4. Teil, B., insbesondere unter III., 2., c).

¹¹⁷ BVerfG 18. 7. 2000 AP AEntG § 1 Nr. 4.

bestehenden hinreichend realistischen Gefahr einer Entsendeproblematik nicht entgegenstünde und schließlich § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG nicht so zu verstehen ist, dass er das Fehlen jeglicher Tarifbindung voraussetzt, vielmehr nur fehlende Bindung an den geltungserstreckten Tarifvertrag zu verlangen ist, beruht die Verordnung vom 28. 12. 2007 auf einer wirksamen, anwendbaren und in ihrer Reichweite ausreichenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

4. Teil: Materielle Voraussetzungen für die Tarifnormerstreckung

Aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 3a AEntG ist nicht ohne weiteres ersichtlich, ob die Vorschrift im Hinblick auf öffentliches Interesse und Quorum für Tarifgebundene an § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG anknüpft oder eigene Voraussetzungen aufstellt. In der Literatur wird teilweise geltend gemacht, die Voraussetzungen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG müssten zusätzlich erfüllt sein.¹¹⁸ Nach anderer, zutreffender Ansicht ersetzt die Rechtsverordnung die Allgemeinverbindlichkeit in der Weise, dass es nur auf den Antrag einer Tarifpartei ankommt.¹¹⁹

A. Quorum für Tarifbindung

Nach der hier vertretenen Ansicht sind weitere Voraussetzungen nicht zu prüfen. Auch das BVerfG¹²⁰ hat bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 25. 8. 1999 nicht auf die materiellen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG, sondern allein auf die in § 1 Abs. 3a AEntG genannten Voraussetzungen – Antrag zumindest einer der tarifvertragsschließenden Parteien, Gelegenheit der Außenseiter zur vorherigen schriftlichen

¹¹⁸ So *Büdenbender*, RdA 2000, 193, 196 ff.; *Cornelia Sophia Huster*, Die Anwendbarkeit des Arbeitnehmerentsendegesetzes auf inländische Leiharbeiter, Diss. Münster 2002, S. 48 f.; *Kämmerer/Thüsing*, Tariferstreckung in der Postdienstleistungsbranche, S. 34 ff.; *Monopolkommission*, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln, Sondergutachten gemäß § 44 Postgesetz in Verbindung mit § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz 1996, S. 30 (im Folgenden: Sondergutachten); *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage 2004, § 5 Rn. 148; *Theelen*, Das Arbeitnehmerentsendegesetz: Entwicklung und Rechtskonformität, Diss. Köln 1999, S. 78 f.; früher auch noch *Blanke*, AuR 1999, 417, 426; ausdrücklich anders jetzt aber *ders.*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz – Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG, Rechtsgutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2007 (im Folgenden: Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz), S. 67 f.

¹¹⁹ OVG Berlin 10. 3. 2004 AuR 2004, 351, 352 m. Anm. *Bordt*; *Bieback*, RdA 2000, 207, 211; ErfK/*Franzen*, 8. Auflage 2008, § 5 TVG Rn. 29; HWK/*Henssler*, 2. Auflage 2006, § 5 TVG Rn. 40; *Däubler/Lakies*, TVG, 2. Auflage 2006, Anhang 2 zu § 5, § 1 AEntG Rn. 101 f.; ErfK/*Schlachter*, 8. Auflage 2008, § 1 AEntG Rn. 13; HWK/*Strick*, 2. Auflage 2006, § 1 AEntG Rn. 14; *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Auflage 2007, Anhang 1 zu § 5, § 1 AEntG Rn. 12; jetzt auch *Blanke*, s. Vornote.

¹²⁰ BVerfG 18. 7. 2000 AP AEntG § 1 Nr. 4.

Stellungnahme – abgestellt.¹²¹ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Beschluss des BVerfG¹²² als Nichtannahmebeschluss nach Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG, §§ 93a ff. BVerfGG von einer Kammer (2. Kammer des 1. Senats) stammt.¹²³ Es ist deshalb nicht auszuschließen, dass bei einer eventuellen Senatsentscheidung die weiteren Kriterien nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG ebenfalls herangezogen werden, zumal das BVerfG die Konstellation, dass die Normen eines Tarifvertrages auf Außenseiter erstreckt werden, der von im konkreten Bereich völlig unbedeutenden Koalitionen abgeschlossen wurde, ausdrücklich nicht beurteilt hat.¹²⁴ Die Kriterien werden deshalb im Folgenden im Sinne eines *Hilfsgutachtens* geprüft.

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG kommt es auf drei Voraussetzungen an,

- auf die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer
- auf die tarifgebundenen Arbeitgeber und
- auf den Anteil dieser Arbeitgeber an den ansonsten betroffenen Arbeitgebern.

I. Der Geltungsbereich

Der Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrages wird im Tarifvertrag selbst in örtlicher, zeitlicher, fachlicher und persönlicher Hinsicht festgelegt. Die Terminologie bezüglich der einzelnen Arten des Geltungsbereichs ist in Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich.¹²⁵ Im Folgenden wird die übliche Terminologie zugrunde gelegt. Diese kennt vier Arten des Geltungsbereichs, den räumlichen, zeitlichen, persönlichen und den fachlichen Geltungsbereich; letzterer bezieht sich auf den Tarifbereich i. S. eines bestimmten Wirtschaftszweiges.

Der Tarifvertrag zwischen Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen gilt nach seinem § 1 Abs. 1 für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. In zeitlicher Hinsicht gilt ein bestimmter Mindestlohn nach § 3 Abs. 1 und 2 mit Wirkung vom 1. 12. 2007 an und damit auch bei Inkrafttreten der Verordnung am 1. 1. 2008.

¹²¹ Zutreffend der Hinweis bei OVG Berlin 10. 3. 2004 AuR 2004, 351, 352 m. Anm. *Bordt*; *ErfK/Schlachter*, 8. Auflage 2008, § 1 AEntG Rn. 13.

¹²² BVerfG 18. 7. 2000 AP AEntG § 1 Nr. 4.

¹²³ Ebenso die Entscheidung BVerfG 26. 11. 2003 – 1 BvR 908/03.

¹²⁴ S. BVerfG 18. 7. 2000 AP AEntG § 1 Nr. 4.

¹²⁵ S. im Einzelnen Wiedemann/*Wank*, TVG, 7. Auflage 2007, § 4 Rn. 93 ff.

Der fachliche Geltungsbereich wird in § 1 Abs. 2 des Tarifvertrages bestimmt:

„Der Tarifvertrag gilt für die Branche Briefdienstleistungen. Dies sind alle Betriebe und selbständigen Betriebsabteilungen, die überwiegend gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern.“

Erfüllt sein muss schließlich auch der persönliche Geltungsbereich nach § 1 Abs. 3 des Tarifvertrages:

„Der Tarifvertrag gilt für alle Arbeitnehmer, die in Betrieben oder selbständigen Betriebsabteilungen im Sinne des Absatzes 2 Briefsendungen befördern.“

II. Tarifgebundene Arbeitgeber und beschäftigte Arbeitnehmer

Tarifgebunden sind alle diejenigen Arbeitgeber, die Mitglied im Arbeitgeberverband Postdienste e. V. sind. Das sind die Deutsche Post AG (DP AG) und mehrere ihrer Tochtergesellschaften sowie einige kleinere Unternehmen.¹²⁶ Die von diesen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer dürfen nicht weniger als 50 vom Hundert der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer umfassen.

1. Zusätzliche Bindung der DP AG an eigenen Haustarifvertrag – Entstehung von Tarifkonkurrenz/Tarifpluralität

Erfüllt wird das 50 %-Quorum hier nur unter Einbeziehung der bei der DP AG beschäftigten Arbeitnehmer. Für die DP AG gilt indes ein – auf Arbeitnehmerseite ebenfalls von ver.di abgeschlossener – Haustarifvertrag. Das führt nach den allgemeinen Grundsätzen der Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität zu Folgendem: In den Arbeitsverhältnissen der bei der DP AG beschäftigten ver.di-Mitglieder entsteht eine Tarifkonkurrenz (Kollision des Mindestlohn tarifvertrages, der für die DP AG und für die bei ihr beschäftigten ver.di-Mitglieder nach § 3 Abs. 1 TVG kraft Mitgliedschaft in den tarifschließenden Verbänden gilt, und des Haustarifvertrages, der für die DP AG kraft eigener Stellung als Tarifvertragspartei, für die bei ihr beschäftigten ver.di-Mitglieder wiederum aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der

¹²⁶ Deter, AuR 2008, 39.

tarifschließenden Gewerkschaft gilt, § 3 Abs. 1 TVG). Im Übrigen, d. h. mit Blick auf die bei der DP AG beschäftigten nicht und anders (z. B. christlich – Christliche Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation [CGPT]) organisierten Arbeitnehmer, entsteht Tarifpluralität (mehrfache Tarifbindung nur der DP AG, namentlich nach § 3 Abs. 1 TVG einmal kraft Verbandsmitgliedschaft und einmal kraft eigener Stellung als Tarifvertragspartei).

2. Auflösung der Tarifikollision nach dem Spezialitätsprinzip?

a) Ausgangspunkt

Nach allgemeinen Rechtsprechungsgrundsätzen (Auflösung sowohl von Tarifkonkurrenzen als auch von Tarifpluralitäten nach dem Grundsatz der Tarifeinheit; Ermittlung des vorrangigen Tarifvertrags nach dem Spezialitätsprinzip) würde sich der Haustarifvertrag durchsetzen und den Mindestlohntarifvertrag verdrängen; ein Haustarifvertrag wird als gegenüber einem Verbandstarifvertrag stets spezieller angesehen.¹²⁷

b) Konsequenz für die Erfüllung des 50 %-Quorums

aa) Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG – Unterscheidung von Tarifgebundenheit und Tarifierwendbarkeit

Dann aber fragt sich, ob gleichwohl von der Erfüllung des (hilfsgutachtlich zu prüfenden) 50 %-Quorums ausgegangen werden kann. Der Arbeitgeberverband Postdienste geht selbst davon aus, dass der Mindestlohntarifvertrag nur auf rund 4.500 Arbeitsverhältnisse bei den Konzernunternehmen der DP AG Anwendung findet.¹²⁸

Zwar verlangt § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG an sich nur die Tarifbindung (der Arbeitgeber), nicht die Tarifierwendbarkeit; „die tarifgebundenen Arbeitgeber“ müssen mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen, nicht „die Arbeitgeber, in deren Betrieb(en) der Tarifvertrag kraft Tarifbindung Anwendung

¹²⁷ BAG 20. 3. 1991 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20 m. Anm. *Hanau/Kania*; 24. 1. 2001 AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 173 m. Anm. *Wieland*; 16. 5. 2001 EzA TVG § 3 Nr. 23; 23. 3. 2005 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 29 m. Anm. *Waas*.

¹²⁸ S. Protokoll der Sachverständigenanhörung des Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales vom 5. 11. 2007, Protokoll 16/65, S. 873.

findet“. Tarifbindung besteht nach § 3 Abs. 1 TVG unabhängig davon, ob der Tarifvertrag auch tatsächlich zur Anwendung kommt. Die Verdrängung des Mindestlohntarifvertrages aus den Betrieben der Konzernunternehmen der DP AG durch den Haustarifvertrag ließe die Tarifgebundenheit der Konzernunternehmen der DP AG nach § 3 Abs. 1 TVG unberührt. Dies wird verkannt, wenn es heißt, dass die DP AG, sofern sie an ihrem eigenständigen Firmentarifvertrag festhalte, an den von Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di vereinbarten Mindestlohntarifvertrag „nicht gebunden“ sei.¹²⁹ An der Tarifgebundenheit der Konzernunternehmen der DP AG kann vielmehr kein Zweifel bestehen, vgl. § 3 Abs. 1 TVG.

bb) Tarifgebundenheit ohne Tarifierwendbarkeit als hinreichende Voraussetzung?

Man muss sich aber fragen, ob das 50 %-Quorum bereits durch die bloße Tarifgebundenheit der Konzernunternehmen der DP AG an den Mindestlohntarifvertrag erfüllt sein kann oder ob dafür nicht vielmehr verlangt werden müsste, dass dieser Tarifvertrag bei den Konzernunternehmen der DP AG auch tatsächlich zur Anwendung kommt, also nicht durch einen anderen Tarifvertrag verdrängt wird. In der Literatur wird für letzteres plädiert: Nach Sinn und Zweck erscheine es geboten, nur die Arbeitgeber im Rahmen von § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG zu berücksichtigen, für deren Arbeitnehmer der zu erstreckende Tarifvertrag auch Anwendung finden soll; lege man diesen Maßstab zugrunde, werde der Mindestlohntarifvertrag der Postbranche das 50 %-Quorum kaum erfüllen.¹³⁰

c) Ausnahme vom Grundsatz der Spezialität im Rahmen des Entsenderechts

Zu einem anderen Ergebnis – Bejahung des 50 %-Quorums – kommt man aber, wenn die Tarifkollision zwischen Mindestlohntarifvertrag und DP AG-Haustarif hier abweichend von allgemeinen Grundsätzen nicht nach dem Spezialitätsprinzip – und damit nicht zugunsten des Haustarifvertrages –, sondern zugunsten des Mindestlohntarifvertrages aufzulösen ist.

¹²⁹ So *Kämmerer/Thüsing*, Tarifierstreckung in der Postdienstleistungsbranche, S. 12; *Thüsing*, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung von Sachverständigen durch den Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales am 5. 11. 2007, Ausschussdrucksache 16(11)771, S. 56 f.

¹³⁰ So *Sittard*, NZA 2007, 1090, 1092; zu dem gleichen Ergebnis kommen *Kämmerer/Thüsing*, Tarifierstreckung in der Postdienstleistungsbranche, S. 11 f.; *Thüsing*, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung von Sachverständigen durch den Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales am 5. 11. 2007, Ausschussdrucksache 16(11)771, S. 56 f.; ebenso die Schriftliche Stellungnahme des Arbeitgeberverbandes der Neuen Brief- und Zustelldienste, Ausschussdrucksache 16(11)771, S. 39 ff.

aa) Rechtsprechung des EuGH

Mit Urteil vom 24. 1. 2002 hat der EuGH entschieden, dass es eine Ungleichbehandlung und eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG darstellt, wenn ein inländischer Arbeitgeber den in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag festgesetzten Mindestlohn durch den Abschluss eines Firmentarifvertrags unterschreiten kann, während dies einem Arbeitgeber, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, nicht möglich ist.¹³¹

bb) Rechtsprechung des BAG

Noch im selben Jahr stellte sich der 9. Senat des BAG auf den Standpunkt, durch die in § 1 AEntG angeordnete Geltung der allgemeinverbindlichen Tarifnormen würden sonstige tarifvertragliche Vereinbarungen in dem gesetzlich bestimmten Umfang verdrängt. Weder Arbeitgebern des Baugewerbes mit Sitz im Ausland, die Bauarbeiter nach Deutschland entsenden, noch vergleichbaren deutschen Bauarbeitgebern sei es möglich, durch den Abschluss speziellerer Tarifverträge die Wirkung der Erstreckung nach dem AEntG auszuschließen.¹³² Auf Anfrage des 9. Senats¹³³, gestützt u. a. auf die Entscheidung des EuGH vom 24. 1. 2002¹³⁴, hat sich dem auch der 10. Senat des BAG unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung¹³⁵ angeschlossen.¹³⁶

Nach nunmehr einheitlicher Rechtsprechung des BAG¹³⁷ wird im Rahmen des Entsenderechts abweichend von den allgemeinen Tarifkollisionsregeln (Spezialitätsprinzip) ein Urlaubskassentarifvertrag i. S. der §§ 4 Abs. 2 TVG, 1 Abs. 3 AEntG nicht durch einen sachnäheren Tarifvertrag verdrängt, weil nach § 1 Abs. 3 Satz 3 AEntG ein inländischer Arbeitgeber, der vom Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Urlaubskassentarifvertrags erfasst wird, unabhängig davon, ob der Tarifvertrag kraft Tarifbindung nach § 3 TVG oder aufgrund der Allgemeinverbindlicherklärung Anwendung

¹³¹ EuGH 24. 1. 2002 – Rechtssache C-164/99 – Slg. 2002 I, S. 787 = AP EG Art. 49 Nr. 4 – *Portugaia Construções*.

¹³² BAG 25. 6. 2002 (dreimal) AP AEntG § 1 Nr. 12 m. Anm. *Ulber*; AP AEntG § 1 Nr. 15; DB 2003, 2287; ablehnend *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage 2004, § 4 Rn. 147 ff. und § 5 Rn. 151 f.; a. A. *Hanau*, NZA 2003, 128, 131.

¹³³ BAG 9. 9. 2003 – 9 AZR 478/02 (A) – n. v.

¹³⁴ S. o. Fn. 72.

¹³⁵ Zuletzt BAG 4. 12. 2002 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 28.

¹³⁶ BAG 13. 5. 2004 – 10 AS 6/04 – n. v.

¹³⁷ S. neben den vorzitierten Entscheidungen BAG 20. 7. 2004 AP AEntG § 1 Nr. 18; 18. 10. 2006 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 287.

findet, gesetzlich zur Abführung der Urlaubskassenbeiträge verpflichtet ist.¹³⁸ Der im deutschen Recht vertretene Grundsatz der Tarifspezialität kann nicht ohne weiteres auf Entsendungsfälle zwischen EG-Mitgliedstaaten übertragen werden; vielmehr findet der Grundsatz der Tarifspezialität in Entsendungsfällen, die von der Entsenderichtlinie erfasst werden, keine Anwendung. Inländische Dienstleistungserbringer haben somit entgegen den allgemeinen Grundsätzen zur Tarifkonkurrenz keine Möglichkeiten, durch Firmentarifverträge die allgemeinverbindlich vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu unterschreiten, so dass auch ausländische Dienstleistungserbringer gegenüber inländischen Dienstleistungserbringern nicht diskriminiert werden.

In der Sache liegt es hier ebenso: Die Arbeitgeber im Geltungsbereich des Mindestlohtarifvertrages sind wegen der auf § 1 Abs. 3a AEntG gestützten Rechtsverordnung (Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28. 12. 2007) gesetzlich zur Zahlung der Mindestlöhne nach dem Mindestlohtarifvertrag vom 29. 11. 2007 (zwischen Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di) verpflichtet, und zwar als inländische Arbeitgeber gemäß Satz 4 Halbsatz 2 unabhängig davon, ob die entsprechende Verpflichtung kraft Tarifbindung nach § 3 TVG (wie bei der DP AG als Mitglied des Arbeitgeberverbandes Postdienste, § 3 Abs. 1 TVG) oder aufgrund der Rechtsverordnung besteht. An sich käme es also abweichend von dem sich bei Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit und des Spezialitätsprinzips einstellenden Ergebnis nicht zur Verdrängung durch einen sachnäheren Tarifvertrag (hier den Haustarifvertrag der DP AG). Das 50 %-Quorum wäre erfüllt.

d) Rückausnahme bei Günstigkeit des spezielleren Tarifvertrages

Allerdings macht das BAG von der soeben geschilderten Ausnahme vom Grundsatz der Tarifeinheit und vom Spezialitätsprinzip eine Rückausnahme.¹³⁹ Trotz der gesetzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 1 Abs. 3 AEntG zur Abführung der Urlaubskassenbeiträge kommt es dann doch zur Verdrängung der Urlaubskassentarifverträge, wenn die Arbeitnehmer nach den Vorschriften des sachnäheren Tarifvertrags besser gestellt sind als nach Maßgabe der allgemeinverbindlichen Bautarifverträge. Ein Arbeitgeber mit Sitz im Ausland habe dann nicht am Urlaubskassenverfahren teilzunehmen, wenn die entsandten

¹³⁸ S. auch schon *Wank/Börgmann*, NZA 2001, 177, 182; zum Ganzen auch *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Auflage 2007, Anhang 1 zu § 5, Einleitung AEntG Rn. 24.

¹³⁹ BAG 18. 10. 2006 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 287, Rn. 35 des Urteils.

Arbeitnehmer nach den Regeln des Entsendestaates hinsichtlich des Urlaubs besser gestellt sind als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer nach Maßgabe der allgemeinverbindlichen Tarifverträge und es damit auf Grund des gebotenen Günstigkeitsvergleichs gar nicht zu einer Anwendung der allgemeinverbindlichen tariflichen Urlaubsvorschriften kommt. Die Bestimmungen des AEntG seien insoweit einschränkend auszulegen.¹⁴⁰ Das gelte auch, wenn ein sachnäherer Tarifvertrag die Arbeitnehmer eines Arbeitgebers mit Sitz im Inland hinsichtlich des Urlaubs besser stellt und die Urlaubsregelungen des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe (BRTV) den Arbeitnehmern somit keinen tatsächlichen Vorteil verschaffen würden.¹⁴¹

Übertragen auf die zu begutachtende Konstellation hieße das: Weil der Haustarifvertrag der DP AG für die Arbeitnehmer günstigere Entgeltregelungen enthält als der Mindestlohtarifvertrag¹⁴², wird der Mindestlohtarifvertrag trotz der gesetzlichen Verpflichtung (§ 1 Abs. 3a Satz 4 AEntG i. V. mit § 3 Abs. 1 TVG) verdrängt durch den Haustarifvertrag, es greift die Rückausnahme („zurück“ zum Spezialitätsprinzip).

Zu diesem Ergebnis kommt für die zu begutachtende Konstellation, ohne Bezugnahme auf die Entscheidung des BAG vom 18. 10. 2006, auch *Sittard*: Übertrage man die Rechtsprechung des BAG zur Auflösung von Tarifkonkurrenzen im Anwendungsbereich des AEntG auf die vorliegende Konstellation, so könne sich der Haustarifvertrag nicht wie bisher nach dem Spezialitätsprinzip durchsetzen; dann aber käme es zu einer Absenkung des Tarifniveaus der Deutschen Post auf den Mindestlohtarifvertrag. Dies könne indes nicht richtig sein: Man müsse die auf Europarecht basierende Rechtsprechung dahingehend modifizieren, dass Art. 49 EG (Dienstleistungsfreiheit) der Anwendung des Spezialitätsprinzips nur entgegensteht, wenn der speziellere Tarifvertrag aus Arbeitgebersicht günstigere Arbeitsbedingungen enthält. Nur dann bestehe die Gefahr einer mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbaren Diskriminierung.¹⁴³

¹⁴⁰ Zuvor schon BAG 3. 5. 2006 AP AEntG § 1 Nr. 25; 20. 7. 2004 AP AEntG § 1 Nr. 18; 25. 6. 2002 (dreimal) AP AEntG § 1 Nr. 12 m. Anm. *Ulber*; AP AEntG § 1 Nr. 15; DB 2003, 2287.

¹⁴¹ BAG 18. 10. 2006 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 287, Rn. 35 des Urteils.

¹⁴² Vgl. *Sittard*, NZA 2007, 1090, 1093.

¹⁴³ *Sittard*, NZA 2007, 1090, 1093.

3. Eigene Position: Berücksichtigung auch der bei der DP AG beschäftigten Arbeitnehmer – Sinn und Zweck des Entsenderechts

Dieser Ansicht ist jedoch nicht zuzustimmen, soweit sie aus der Verdrängung des Mindestlohtarifvertrages durch den spezielleren DP AG-Haustarif auf die Nichterfüllung des 50 %-Quorums schließt. Sie verkennt den Sinn der hier vorgesehenen Tarifnormerstreckung.

Sowohl die Entsenderichtlinie der EG als auch das deutsche Arbeitnehmerentsendegesetz dienen dazu, bestimmte inländische Berufe davor zu bewahren, dass ausländische Unternehmer mit im Verhältnis zum Inland erheblich niedrigeren Löhnen sie vom Markt verdrängen.

Dabei knüpft das Entsenderecht an die Tarifautonomie an. Es darf nicht dazu kommen, dass ein Tarifvertrag, der noch nicht einmal die Hälfte der Arbeitsverhältnisse erfasst, zum Maßstab genommen wird. Die Legitimation dafür, repräsentativ für den inländischen Arbeitsmarkt zu sein, haben die inländischen Tarifvertragsparteien erst dann, wenn sie mindestens 50 % der Arbeitsverhältnisse erfassen. Anknüpfungspunkt ist also die Legitimation der Tarifvertragsparteien und ist nicht die Lohnhöhe.

Für den vorliegenden Fall ist also zu prüfen, ob die beteiligten Tarifvertragsparteien – auf der einen Seite die Deutsche Post AG und (im Wesentlichen) ihre Tochterunternehmen –, auf der anderen Seite ver.di – für mehr als die Hälfte der deutschen Arbeitsverhältnisse sprechen. Das ist zu bejahen. Insofern sind die bei der DP AG beschäftigten Arbeitnehmer trotz der Verdrängung des Mindestlohtarifvertrages durch den spezielleren und für die Arbeitnehmer günstigeren Haustarifvertrag in das Quorum mit einzubeziehen. Man kann sagen: Wenn es der Arbeitnehmerseite sogar teilweise gelungen ist, einen höheren als den durch die Rechtsverordnung festgesetzten Mindestlohn zu erzielen, dann dürfen ausländische Unternehmer erst recht nicht in Unterbietungskonkurrenz gegenüber dem Mindestlohn treten.

Ergebnis zu A.

Das – hier nur hilfsgutachtlich geprüfte – 50 %-Quorum ist erfüllt.

B. Öffentliches Interesse

Schließlich muss ein öffentliches Interesse an der Tarifnormerstreckung bestehen. Auch nach der hier vertretenen Auffassung, nach der die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG im Rechtsverordnungsverfahren nach § 1 Abs. 3a AEntG keine Anwendung finden, darf der Minister bei Erlass der Rechtsverordnung nicht gegen oder ohne öffentliche Interessen handeln; jede Normsetzung setzt stets ein öffentliches Interesse an der Regelung voraus.¹⁴⁴ Bei der Prüfung dieses Merkmals muss unterschieden werden zwischen der Sachfrage und der Kontrolldichte.

I. Sache des Interpreten

Man könnte das Merkmal so verstehen, dass es Sache des Interpreten ist, über das öffentliche Interesse im konkreten Fall zu entscheiden. Bei dieser Sicht sind alle Argumente zur Mindestlohndebatte heranzuziehen.

Allerdings ist die Ausgangslage hier insofern anders, als es nicht um die Debatte über einen allgemeinen Mindestlohn nach § 5 TVG oder nach dem Mindestarbeitsbedingungsgesetz geht, sondern um die Sonderregelung nach dem AEntG unter dem Aspekt ausländischer Dumpinglöhne. Auch wer vielleicht Mindestlöhnen im Allgemeinen skeptisch gegenübersteht, kann Mindestlöhne nach dem AEntG befürworten.¹⁴⁵

II. Kontrolldichte – weiter Beurteilungsspielraum des Verordnungsgebers

Auf die Einzelheiten ist allerdings insofern nicht einzugehen, als dem Minister bei der Prüfung des öffentlichen Interesses ein „außerordentlich weiter Beurteilungsspielraum“ eingeräumt wird¹⁴⁶, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist.¹⁴⁷ Die Entscheidungsfreiheit des Ministers ist eine Ausprägung des auch mit Rechtsetzungsakten der Exekutive typischerweise verbundenen normativen Ermessens und wird erst dann

¹⁴⁴ Wie hier zutreffend OVG Berlin 10. 3. 2004 AuR 2004, 351, 353 m. Anm. *Bordt*; ähnlich *Koberski/Asshoff/Hold*, AEntG, 2. Auflage 2002, § 1 Rn. 119; s. auch *Monopolkommission*, Sondergutachten, S. 30.

¹⁴⁵ S. zum besonderen Zweck des AEntG Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, Anhang 1 zu § 5, Einleitung AEntG Rn. 2 f., 15.

¹⁴⁶ BAG 18. 3. 1990 AP TVG § 5 Nr. 25; weitere Nachweise bei Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, § 5 Rn. 69; s. auch OVG Berlin 10. 3. 2004 AuR 2004, 351, 353 m. Anm. *Bordt*.

¹⁴⁷ ErfK/*Franzen*, 8. Auflage 2008, § 5 TVG Rn. 13; HWK/*Henssler*, 2. Auflage 2006, § 5 TVG Rn. 14.

rechtswidrig ausgeübt, wenn die getroffene Entscheidung schlechterdings unvertretbar oder unverhältnismäßig ist.¹⁴⁸ So gesehen ist daher eher zu prüfen, ob die Grenzen des Beurteilungsspielraums überschritten sind.

III. Öffentliches Interesse und besondere Situation in der Briefdienstleistungsbranche

1. Der Vorwurf eines „Monopolsicherungstarifvertrages“

Das Postwesen der Bundesrepublik Deutschland war früher durch den Monopolcharakter der Deutschen Bundespost geprägt.¹⁴⁹ Von verschiedenen Seiten wird vorgebracht, es handele sich bei der Erstreckung des Mindestlohntarifvertrages vom 29. 11. 2007 um eine Maßnahme der Monopolsicherung zugunsten der DP AG und nicht um eine im öffentlichen Interesse liegende Maßnahme, die zur Beseitigung sozialer Verwerfungen notwendig ist.¹⁵⁰

2. Öffentliches Interesse an der Verhinderung eines Lohnunterbietungswettbewerbes

Demgegenüber ist festzuhalten, dass der Bundesminister für Arbeit und Soziales den ihm eingeräumten weiten Beurteilungsspielraum durch die Einschätzung, die Tarifnormerweiterung sei im öffentlichen Interesse geboten, um einer sozial unverträglichen Entwicklung der Lohnbedingungen in der Briefdienstleistungsbranche vorzubeugen, nicht überschritten hat.

¹⁴⁸ BVerwG 3. 11. 1988 BVerwGE 80, 355, 370.

¹⁴⁹ Überblicke über die einzelnen Schritte der Postreform bei *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 14 ff.; *Säcker*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, Rechtsgutachten erstattet der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn, 2007, S. 4 f. (im Folgenden: Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht).

¹⁵⁰ *Kämmerer/Thüsing*, Tarifierweiterung in der Postdienstleistungsbranche, S. 18, 22 f.; *Monopolkommission*, Sondergutachten, S. 1, 22 ff., 27 und insbesondere S. 29 ff.; Stellungnahme der BDA vom 7. 12. 2007 zum Entwurf einer Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für Briefdienstleistungen; Schriftliche Stellungnahme des Arbeitgeberverbandes der Neuen Brief- und Zustelldienste zur Anhörung von Sachverständigen durch den Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales am 5. 11. 2007, Ausschussdrucksache 16(11)771, S. 41 ff.; Äußerung des Präsidenten des Arbeitgeberverbandes Neue Brief- und Zustelldienste *Gerster* in der Sachverständigenanhörung selbst, Protokoll 16/65, S. 875; *Thüsing*, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung von Sachverständigen durch den Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales am 5. 11. 2007, Ausschussdrucksache 16(11)771, S. 57.

a) Lohnbedingungen in der Briefdienstleistungsbranche

aa) Wettbewerber der DP AG

Die Beschäftigungsbedingungen bei den Wettbewerbern der DP AG sind durch einen hohen Anteil geringfügiger Beschäftigung geprägt.¹⁵¹ Nach Angaben der Gewerkschaft ver.di liegen die Stundenlöhne im untersten Bereich bei 3, 50 €¹⁵² Eine Studie zur Ermittlung der Arbeitsbedingungen im Briefmarkt kommt zu dem Ergebnis, dass die niedrigsten von Wettbewerbern der DP AG an Briefzusteller gezahlten Stundenlöhne bei 5, 50 € liegen.¹⁵³ Allerdings beruhen die Ergebnisse dieses Teils der Studie im Wesentlichen auf Selbstauskünften der Unternehmen, die im Rahmen einer schriftlichen Befragung der 100 umsatzstärksten Unternehmen eingeholt wurden.¹⁵⁴ Dabei wurden die befragten Unternehmen (mit Ausnahme der DP AG) darauf hingewiesen, dass ein anonymer Rücklauf möglich ist. Die Befragung ergab eine Rücklaufquote von lediglich 38 %.¹⁵⁵ Es ist also anzunehmen, dass die genannten 5, 50 €/Std. nicht die untere Grenze der tatsächlich gezahlten Entgelte darstellen.

bb) DP AG

Der aktuelle Entgelthausaristarifvertrag der DP AG hat eine Laufzeit bis zum 30. 4. 2008. Für Briefzusteller liegen die Stundenlöhne zwischen 11, 43 € und 14, 29 € Aufgrund von Besitzstandsregelungen, von denen rund 80 % der Arbeitnehmer der DP AG profitieren, kann ein Briefzusteller einen Stundenlohn von 15, 75 € bis 20, 06 € erreichen.¹⁵⁶

¹⁵¹ *Input consulting*, Liberalisierung und Prekarisierung, S. 6 f., 42 ff., 81: Im Jahr 2004 lag der Anteil geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse bei den Wettbewerbern der DP AG bei 62, 3 %. Zu den Folgen für die staatlichen sozialen Sicherungssysteme s. *input consulting*, a. a. O., S. 92 ff.; ferner *Blanke*, KJ 2007, 208, 215 f.

¹⁵² *Kocsis*, Sachverständigenanhörung des Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales vom 5. 11. 2007, Protokoll 16/65, S. 873.

¹⁵³ *Dieke/Zauner*, Arbeitsbedingungen im Briefmarkt, Diskussionsbeitrag Nr. 295 des Wissenschaftlichen Instituts für Infrastruktur und Kommunikationsdienste, 2007, S. 21 (im Folgenden: Arbeitsbedingungen im Briefmarkt).

¹⁵⁴ *Dieke/Zauner*, Arbeitsbedingungen im Briefmarkt, S. 4 f., 19.

¹⁵⁵ *Dieke/Zauner*, Arbeitsbedingungen im Briefmarkt, S. 5.

¹⁵⁶ Angaben des Arbeitgeberverbandes Postdienste.

cc) Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen

Der durch Rechtsverordnung vom 28. 12. 2007 gemäß § 1 Abs. 3a AEntG erstreckte Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen sieht für Briefzusteller Stundenlöhne von 9, 00 € (neue Bundesländer) und 9, 80 € (alte Bundesländer) vor. Keineswegs wird also durch die Verordnung das bei der DP AG herrschende Lohnniveau auf die gesamte Branche erstreckt.¹⁵⁷ Dies wird zwar teilweise suggeriert, wenn von der „Erstreckung des Tarifvertrags der Deutschen Post AG auf die gesamte Postdienstleisterbranche“¹⁵⁸ die Rede ist – obwohl nicht ein Tarifvertrag der DP AG, sondern der Tarifvertrag des Arbeitgeberverbandes Postdienste erstreckt worden ist – und wenn es etwa heißt:

„Wo ein Lohn nur von einem Arbeitgeber oder einigen wenigen unter ihnen gezahlt wird (und gezahlt werden kann), ist es grundsätzlich nicht gerechtfertigt, ihn der Mehrheit zu oktroyieren“¹⁵⁹,

und geradezu ausdrücklich behauptet, wenn ausgeführt wird:

„Der für die Deutsche Post AG geltende Tarifvertrag ist aufgrund seines Ursprungs im öffentlichen Dienst der gesamten Branche in vielen Elementen wesensfremd; die ganze Branche an ihn zu binden, ist funktional verfehlt und auch deshalb nicht öffentlich geboten“¹⁶⁰.

Diese Darstellung ist jedoch unzutreffend. Vergleicht man das bei der DP AG für Briefzusteller geltende Lohnniveau mit dem in der Verordnung vorgesehenen Mindestlohn für Briefzusteller, ergibt sich vielmehr, dass der Mindestlohn nach dem Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 deutlich unterhalb der Löhne für Zusteller bei der DP AG liegt. Geht man von dem

¹⁵⁷ Mit der Frage, ob die Haustarifverträge der DP AG durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG auf die gesamte Branche erstreckt werden könnten, befasst sich – im Ergebnis mit Recht verneinend – *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 66 ff.

¹⁵⁸ *Kämmerer/Thüsing*, Tariferstreckung in der Postdienstleistungsbranche, S. 42; zutreffend demgegenüber S. 43.

¹⁵⁹ *Kämmerer/Thüsing*, Tariferstreckung in der Postdienstleistungsbranche, S. 18; *Thüsing*, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung von Sachverständigen durch den Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales am 5. 11. 2007, Ausschussdrucksache 16(11)771, S. 57.

¹⁶⁰ *Kämmerer/Thüsing*, Tariferstreckung in der Postdienstleistungsbranche, S. 19; *Thüsing*, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung von Sachverständigen durch den Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales am 5. 11. 2007, Ausschussdrucksache 16(11)771, S. 58.

abgesenkten Lohnniveau der DP AG nach dem aktuellen Entgelttarifvertrag aus, dass zwischen 11,43 € und 14,29 € liegt und bundesweit einheitlich gilt, so zeigt sich, dass das abgesenkte Lohnniveau der DP AG für Briefzusteller zwischen rund 16,6 % und rund 45,8 % über dem Mindestlohn für die alten Bundesländer (9,80 €) sowie zwischen 27 % und rund 58,8 % über dem Mindestlohn für die neuen Bundesländer (9 €) liegt. Legt man das bei der DP AG aufgrund von Besitzstandsregelungen noch für rund 80 % ihrer Arbeitnehmer geltende abgelöste Tarifsysteem des öffentlichen Dienstes zugrunde, so ergeben sich Werte von rund +60,7 % bis rund +104,7 % über dem Mindestlohn für die alten Bundesländer und +75 % bis rund +123 % über dem Mindestlohn für die neuen Bundesländer. Davon, dass sich der vereinbarte Mindestlohn an den vergleichsweise hohen Löhnen der DP AG orientiere¹⁶¹, kann demnach nicht die Rede sein.

b) Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbes über die Lohnkosten als verfassungsrechtlich legitimes Ziel

aa) Greifbare Gefahr eines Lohnunterbietungswettbewerbes

Die Darstellung des bei Wettbewerbern der DP AG – nicht im Durchschnitt, aber im untersten Bereich – herrschenden Lohnniveaus zeigt, dass der Ordnungsgeber ohne Überschreitung des ihm bei der Einschätzung des öffentlichen Interesses zustehenden Beurteilungsspielraums davon ausgehen konnte, dass es auf dem Markt Wettbewerber gibt, deren Geschäftsmodell auf „Dumpinglöhnen“ basiert.¹⁶² Wenn man sich vergegenwärtigt, dass in dieser Branche die Personalkosten deutlich über die Hälfte der Gesamtkosten ausmachen¹⁶³ und es sich um einen stagnierenden Markt handelt¹⁶⁴, auf dem sich der Wettbewerb im Wege der Verdrängung vollziehen wird¹⁶⁵, wird die Gefahr eines Lohnunterbietungswettbewerbes greifbar. Die Wettbewerber der DP AG realisieren ihre Kostenvorteile gegenüber der DP AG in erster Linie durch niedrige Lohnkosten.¹⁶⁶

¹⁶¹ So *Kämmerer/Thüsing*, Tariferstreckung in der Postdienstleistungsbranche, S. 17, 24; ebenso die *Monopolkommission*, Sondergutachten, S. 29.

¹⁶² S. dazu auch *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 21 f.; *ders.*, KJ 2007, 208, 215; *input consulting*, Liberalisierung und Prekarisierung, S. 8 f., 83, 89.

¹⁶³ Nachweis bei *Dieke/Zauner*, Arbeitsbedingungen im Briefmarkt, S. 11 (Fn. 18): 60-70 %; *input consulting*, Liberalisierung und Prekarisierung, S. 89: 55 %.

¹⁶⁴ *Input consulting*, Liberalisierung und Prekarisierung, S. 5, 20 und insbesondere S. 38; *Blanke*, KJ 2007, 208, 213.

¹⁶⁵ *Input consulting*, Liberalisierung und Prekarisierung, S. 38, 88; *Schwemmlé*, Sachverständigenanhörung des Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales vom 5. 11. 2007, Protokoll 16/65, S. 879.

¹⁶⁶ *Input consulting*, Liberalisierung und Prekarisierung, S. 89.

bb) Aktuelle Rechtsprechung des BVerfG

(1) Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Tariftreueverlangens

Wie bereits dargestellt wurde¹⁶⁷, hat es das BVerfG bereits in seiner Entscheidung vom 11. 7. 2006 zur Verfassungsmäßigkeit der Tariftreueerklärung nach dem Berliner Vergabegesetz als verfassungsrechtlich legitimes Ziel herausgearbeitet, durch die Erstreckung von Tariflöhnen auf Außenseiter einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenzuwirken und dabei auch die Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards und die damit verbundene Entlastung der bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen Systeme der sozialen Sicherheit als dem Grundgesetz entsprechende gesetzgeberische Zweckbestimmungen anerkannt.¹⁶⁸ Die Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung bezeichnet das BVerfG als ein besonders wichtiges Ziel, bei dessen Verwirklichung dem Gesetzgeber gerade unter den gegebenen schwierigen arbeitsmarktpolitischen Bedingungen ein relativ großer Entscheidungsspielraum zugestanden werden müsse.¹⁶⁹

(2) Entscheidung zur Generalunternehmerhaftung nach § 1a AEntG

Erst kürzlich hat das BVerfG diese Einschätzungen in seiner Entscheidung zur Generalunternehmerhaftung nach § 1a AEntG vom 20. 3. 2007 bestätigt. Das Gericht bezeichnet es als der dem AEntG zugrunde liegenden Zweckbestimmung entsprechendes und verfassungsrechtlich legitimes Ziel der Erstreckung tariflicher Löhne auf Außenseiter, einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenzuwirken.¹⁷⁰

¹⁶⁷ S. o. 3. Teil, C., III., 2., b).

¹⁶⁸ BVerfG 11. 7. 2006 BVerfGE 116, 202, 223.

¹⁶⁹ BVerfG 11. 7. 2006 BVerfGE 116, 202, 226 f.; s. auch schon BVerfG 3. 4. 2001 BVerfGE 103, 271, 306 f., 309.

¹⁷⁰ BVerfG 20. 3. 2007 NZA 2007, 609, 610 f.

cc) Grundentscheidungen des nationalen und des europäischen Gemeinschaftsrechts für den Briefdienstleistungssektor

(1) § 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG – Berücksichtigung sozialer Belange als Regulierungsziel

Wie die Entscheidung über eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG hat auch die Entscheidung über den Erlass einer Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG eine wettbewerbliche Dimension.¹⁷¹ Die Synthese sozialschützender und wettbewerblicher Elemente in der Entscheidung über den Erlass der Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG spiegelt auch die gesetzgeberischen Grundentscheidungen des Postgesetzes wider. Dieses benennt in § 1 PostG als seinen Zweck die Förderung des Wettbewerbs (s. auch Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG), erhebt in § 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG aber auch die Berücksichtigung sozialer Belange zum gesetzlichen Regulierungsziel, das nach § 6 Abs. 2 Satz 1 PostG wie die übrigen Regulierungsziele bei der Erteilung von Lizenzen zu beachten ist.

(2) Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft

(a) Richtlinie 2002/39/EG

Auch die europäischen Rechtsakte zur Liberalisierung des Briefdienstleistungsmarktes erkennen die Notwendigkeit an, den Briefmarkt nicht auf Kosten der Sozialverträglichkeit der Arbeitsbedingungen zu öffnen, sondern die Liberalisierung durch Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Beschäftigten sozial zu flankieren. Nach dem fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. 6. 2002¹⁷², mit der im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft die Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 12. 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität¹⁷³ geändert wurde, sollen die Maßnahmen in diesem Bereich so gestaltet werden, dass auch die sozialen

¹⁷¹ S. zu § 5 TVG Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, § 5 Rn. 5 mit Nachweisen auch zur Gegenansicht, die eine Einbeziehung wettbewerblicher Aspekte ablehnt; zum übergeordneten Ziel des AEntG, gleiche Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten, s. Wank, a. a. O., Anhang 1 zu § 5, Einleitung AEntG Rn. 15.

¹⁷² Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 176 vom 5. 7. 2002, S. 21.

¹⁷³ Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 15 vom 21. 1. 1998, S. 14.

Aufgaben der Gemeinschaft nach Art. 2 EG, nämlich ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz, verwirklicht werden.

(b) Richtlinie 2008/6/EG

Dieser Aspekt wird in der erst jüngst ergangenen weiteren Änderungsrichtlinie, der Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 2. 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft¹⁷⁴, namentlich in deren sechstem Erwägungsgrund, wieder aufgegriffen; auch hier wird mit Bezug auf Art. 2 EG ausdrücklich auf das Erfordernis eines hohen Maßes an sozialem Schutz hingewiesen. In Erwägungsgrund 16 heißt es, dass sozialen Überlegungen bei der Vorbereitung der Öffnung des Postmarktes gebührend Rechnung getragen werden sollte.

Art. 1 Nr. 2 Buchstabe 1 der Richtlinie 2008/6/EG fügt den „Grundanforderungen“ i. S. des Art. 2 Nr. 19 der Richtlinie 97/67/EG, deren Einhaltung bei der Bereitstellung des Universaldienstes zu gewährleisten nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 97/67/EG jeder Mitgliedstaat Sorge trägt und zum Zwecke deren Erfüllung die Mitgliedstaaten nach Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 der Richtlinie 97/67/EG¹⁷⁵ die erforderlichen Genehmigungen einführen können, „die Beachtung von Beschäftigungsbedingungen und Systemen der sozialen Sicherheit, die gemäß den gemeinschaftlichen und nationalen Rechtsvorschriften durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder Tarifverträge, die zwischen den nationalen Sozialpartnern ausgehandelt wurden, geschaffen wurden“ hinzu.

Erwägungsgrund 53 der Richtlinie 2008/6/EG sieht vor, dass die Mitgliedstaaten bei Bedarf Arbeitsbedingungen in ihren Genehmigungsverfahren unter Beachtung der Grundsätze der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit berücksichtigen können. Dementsprechend fügt Art. 1 Nr. 10 der Richtlinie 2008/6/EG dem Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 97/67/EG einen Spiegelstrich hinzu, wonach die Bewilligung von Genehmigungen ggf. von den in den nationalen Rechtsvorschriften festgelegten Arbeitsbedingungen abhängig gemacht werden kann oder Genehmigungen eine Verpflichtung zu deren Einhaltung auferlegen können.

¹⁷⁴ Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 52 vom 27. 2. 2008, S. 3.

¹⁷⁵ Art. 9 der Richtlinie 97/67/EG seinerseits in der durch die Richtlinie 2008/6/EG, namentlich durch dessen Art. 1 Nr. 10, geänderten Fassung.

(3) Die Sozialklausel des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG

(a) Grundentscheidung des Gesetzgebers für die sozialverträgliche Gestaltung des Wandels auf dem Postmarkt und gegen einen „Wettbewerb im Sozialdumping“

Im Einklang mit den zuletzt genannten Bestimmungen des sekundären Gemeinschaftsrechts¹⁷⁶ ist nach § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG (sog. „Sozialklausel“) die Erteilung einer Lizenz (§ 5 PostG) zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet. Im Gesetzgebungsverfahren wurde als Ziel dieser Regelung genannt, den Vorrang des Leistungswettbewerbs vor dem „Wettbewerb im Sozialdumping“ zu sichern; mit dem Lizenzversagungsgrund sollten soziale Mindeststandards festgeschrieben werden, um eine sozialverträgliche Gestaltung des Wandels auf dem Postmarkt zu ermöglichen.¹⁷⁷ Dem gleichen Ziel dient § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG, der eine angemessene Berücksichtigung der Kosten für die Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, bei der Genehmigung von Entgelten vorschreibt, die Lizenznehmer mit marktbeherrschender Stellung erheben.¹⁷⁸

(b) Sozialklausel macht Mindestlohnverordnung nicht überflüssig

In die Irre führt freilich die Erwägung, mit dem Lizenzversagungsgrund des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG bestehe bereits eine ausreichende Möglichkeit, die Arbeitsbedingungen aller Bediensteten durch die Lizenzbindung zu beeinflussen, weshalb es einer Erstreckung eines tariflichen Mindestlohns für die Postbranche via Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG überhaupt nicht bedürfe¹⁷⁹; das läuft auf eine Verneinung des öffentlichen Interesses hinaus.

¹⁷⁶ Zur Vereinbarkeit von § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG mit dem sekundären Gemeinschaftsrecht auf Grund der Rechtslage vor Erlass der jüngsten Änderungsrichtlinie 2008/6/EG s. *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 45 f.; *Säcker*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, S. 39 ff.; zur Vereinbarkeit mit dem primären Gemeinschaftsrecht *Säcker*, a. a. O., S. 42 ff.; zum Arbeitnehmerschutz als vom EuGH anerkanntem zwingendem Grund des Allgemeininteresses, der Beschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zu rechtfertigen vermag, s. zuletzt EuGH 11. 12. 2007 NZA 2008, 124 – Viking Line – und EuGH 18. 12. 2007 NZA 2008, 159 – Laval.

¹⁷⁷ Nachweise bei *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 26 f.; *dems.*, KJ 2007, 208, 212; *Säcker*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, S. 10 f.

¹⁷⁸ *Säcker*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, S. 18 (Fn. 57).

¹⁷⁹ So *Thüsing*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen durch den Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales am 5. 11. 2007, Ausschussdrucksache 16(11)771, S. 52 f.; *ders.* in der Anhörung vom 5. 11. 2007 selbst, Protokoll 16/65, S. 874; s. auch *Kämmerer/Thüsing*, Tariferstreckung in der Postdienstleistungsbranche, S. 23, 43 f., 48 f., 64; ebenso ein Positionspapier des Arbeitgeberverbandes der

Übersehen wird dabei¹⁸⁰, dass die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde (§ 44 PostG) bei der Prüfung des Lizenzversagungsgrundes des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG die Arbeitsbedingungen im Einzelnen, etwa den Arbeitslohn, gar nicht berücksichtigt, sondern – zumindest bisher¹⁸¹ – allein auf die Art der Arbeitsverhältnisse (sozialversicherungspflichtig/nicht sozialversicherungspflichtig) abhebt.¹⁸² Diese Handhabung wird dem (auch) sozialpolitischen Regelungsgehalt des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG¹⁸³ nicht gerecht.¹⁸⁴ Ersetzte man sie durch eine Auslegung, die in Ausfüllung des Merkmals der „üblichen“ Arbeitsbedingungen zur Durchsetzung des bei der DP AG herrschenden Tariflohniveaus durch das Instrument der Lizenzversagung führt¹⁸⁵, so könnte in der Tat das Bedürfnis für eine Tariferstreckung durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG wegen anderweitiger Sicherstellung eines angemessenen sozialen Schutzniveaus entfallen. Entsprechend heißt es etwa bei *Blanke*, der für eine solche Lesart des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG eintritt: „Damit besteht die Möglichkeit und die Verpflichtung, der (...) Ausbreitung niedrig entlohnter, geringfügiger und zumeist befristeter Beschäftigungsverhältnisse im Bereich der Postdienstleistungen entgegen zu wirken, bereits nach derzeit gegebener Gesetzeslage. Zur Verhinderung von Lohndumping im Bereich der Postdienstleistungen bedarf es weder der Einführung eines allgemeinen noch eines branchenbezogenen Mindestlohns noch der Aufnahme dieses Marktsegments in das

Neuen Brief- und Zustelldienste, abrufbar unter <http://www.agv-nbz.de/media/PositionspapierAGV-NBZ.pdf>, S. 2; auf § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG als gegenüber der Mindestlohnverordnung milderes Mittel berief sich im Verfahren vor dem VG Berlin auch die PIN, vgl. den Tatbestand des Urteils des VG Berlin vom 7. 3. 2008 – VG 4 A 439.07.

¹⁸⁰ Insbesondere bei *Kämmerer/Thüsing*, Tariferstreckung in der Postdienstleistungsbranche, S. 43 f., die zwar auf die Frage der Auslegung des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG eingehen, nicht aber auf die praktische Handhabung der Vorschrift durch die Bundesnetzagentur.

¹⁸¹ *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 9 f. weist darauf hin, dass die Bundesnetzagentur zwar in Reaktion auf das von ihr in Auftrag gegebene Gutachten *Säckers* (Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht) ihr Verständnis des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG geändert habe, dass aber nicht mit Sicherheit bestimmt werden könne, welche Rechtsauffassung die Behörde derzeit zugrunde lege; jedenfalls aber laufe die Bestimmung auch nach der derzeitigen Interpretation der Bundesnetzagentur als Instrument zur Unterbindung von Sozialdumping leer. S. auch *Blanke*, KJ 2007, 208, 218.

¹⁸² *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 23; *Säckers*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, S. 11 f.; ausführlich zur bisherigen Handhabung des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG durch die Bundesnetzagentur *Blanke*, a. a. O., S. 47 ff.

¹⁸³ Dazu, dass § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG jedenfalls auch einen sozialpolitischen Regelungsgehalt besitzt, s. *Säckers*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, S. 15 ff.; nach *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 44 f., 46 verfolgt die Regelung sogar in erster Linie sozialpolitische Zwecke.

¹⁸⁴ Im Einzelnen *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 25 ff., 54 ff.; *Säckers*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, S. 15 ff.

¹⁸⁵ Für eine solche Lesart des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG etwa *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 11 f., 29 ff. und *ders.*, KJ 2007, 208, 220 f., nach dem die Lizenz zu versagen ist, wenn Lohnhöhe, Arbeitszeit und Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs bei einem Antragsteller um mehr als 10 % unterhalb der tariflichen Regelung für vergleichbare Arbeitnehmer der DP AG liegen.

Arbeitnehmerentsendegesetz, um, gestützt auf eine Verordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales, eine tarifliche Rechtsnormerstreckung (...) zu bewirken“.¹⁸⁶

Die dabei vorausgesetzte Interpretation der Sozialklausel ist indes zumindest zweifelhaft.¹⁸⁷ *Säcker* sieht als adäquaten Bezugspunkt für die im lizenzierten Bereich üblichen wesentlichen Arbeitsbedingungen i. S. von § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG die am lokalen Markt für vergleichbare Tätigkeiten üblichen Löhne¹⁸⁸, gesteht aber ausdrücklich dem Staat die Möglichkeit zu, durch gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen oder durch Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen auch ein höheres Entlohnungsniveau vorzugeben.¹⁸⁹ Die erwähnte Studie zur Ermittlung der Arbeitsbedingungen im Briefmarkt nimmt, allerdings ohne die nach dem Ansatz *Säckers* erforderliche lokale Differenzierung, einen Vergleich der im Briefsektor gezahlten Löhne mit den Löhnen in den Branchen Druckgewerbe, Einzelhandel, Versandhandel, Gastgewerbe, Speditionen sowie Datenverarbeitung und Datenbanken vor, die hinsichtlich Tätigkeit, struktureller Zusammensetzung der Arbeitnehmerschaft und Anforderungen an Ausbildung/Qualifikation dem Briefsektor vergleichbar seien. Die Auswertung ergibt, dass mit Ausnahme des Gastgewerbes der bundesdurchschnittliche Stundenlohn in allen Vergleichsbranchen bedeutend höher liegt als die vom Mindestlohntarifvertrag vorgesehenen 9,00 €/9,80 € (Druckgewerbe: Bundesdurchschnitt von 18,04 € Einzelhandel: 12,86 € Versandhandel: 14,95 € Gastgewerbe: 8,28 € Speditionen: 13,22 € Datenverarbeitung/Datenbanken: 25,15 €).¹⁹⁰

Vollends widersprüchlich wird die Argumentation, wenn man einerseits behauptet, dass bereits die Regelung des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG Lohndumping in der Postbranche verhindere, so dass ein öffentliches Interesse für eine Tarifnormerstreckung nicht vorliege, andererseits aber die Sozialklausel für einen Fremdkörper im Gesetz hält und ihre Streichung fordert.¹⁹¹

¹⁸⁶ *Blanke*, KJ 2007, 208, 221.

¹⁸⁷ Eine solche Auslegung ablehnend *Säcker*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, insbesondere S. 51 f.

¹⁸⁸ *Säcker*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, S. 54 ff.; ebenso die *Monopolkommission*, Sondergutachten, S. 52 f.

¹⁸⁹ *Säcker*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, S. 57, 63.

¹⁹⁰ *Dieke/Zauner*, Arbeitsbedingungen im Briefmarkt, S. 27 f.

¹⁹¹ So indes die *Monopolkommission*, Sondergutachten, S. 30 einerseits sowie S. 1 und S. 53 andererseits.

(c) Besonderheiten der Briefdienstleistungsbranche gegenüber anderen privatisierten Bereichen

Die im Rahmen der Prüfung des öffentlichen Interesses an der Tarifnormerstreckung durch die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen zu berücksichtigende besondere Situation in der Briefdienstleistungsbranche, wie sie vorstehend beschrieben und u. a. durch § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG zugleich (mit)begründet und widergespiegelt wird, ist auch mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG von Bedeutung. Der Argumentation, eine Tarifnormerstreckung für die Branche Briefdienstleistungen begegne massiven Zweifeln im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG, da ein besonderer Schutzbedarf der hier beschäftigten Arbeitnehmer gegenüber den Arbeitnehmern anderer Branchen gerade aufgrund des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG nicht bestehe¹⁹², ist zu widersprechen. Dieser unmittelbar auf den Gesetzgeber des Zweiten AEntG-Änderungsgesetzes, mit dem die Briefdienstleistungsbranche in das AEntG aufgenommen wurde, zielende Einwand basiert nicht nur auf der soeben dargestellten, ihrerseits auf der restriktiven rechtstatsächlichen Handhabung der Sozialklausel durch die Bundesnetzagentur beruhenden Fehleinschätzung der praktischen Wirksamkeit des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG als Instrument zur Verhinderung von Lohndumping¹⁹³; darüber hinaus verkennt diese Argumentation, dass gerade in der Regelung des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG die Bewertung des Gesetzgebers zum Ausdruck kommt, dass es für die Briefdienstleistungsbranche eines gegenüber anderen Branchen erhöhten sozialen Schutzes der Beschäftigten zur Sicherung angemessener Arbeitsbedingungen bedarf. Denn die Regelungen der §§ 2 Abs. 2 Nr. 5 (Berücksichtigung sozialer Belange als Regulierungsziel), 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG („Sozialklausel“ als Lizenzversagungstatbestand) haben im Kontext der Privatisierung der Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost – und auch der Deutschen Bundesbahn – keine Parallele. Weder bei der Privatisierung des Telekommunikationsmarktes oder des Postbankwesens noch bei derjenigen der Deutschen Bundesbahn finden sich vergleichbare Vorschriften, die die Marktöffnung an die „Berücksichtigung sozialer Belange“ und die Erteilung von Lizenzen zur

¹⁹² *Kämmerer/Thüsing*, Tarifierstreckung in der Postdienstleistungsbranche, S. 51; s. auch *Thüsing*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen durch den Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales am 5. 11. 2007, Ausschussdrucksache 16(11)771, S. 52 f.; *ders.* in der Anhörung selbst, Protokoll 16/65, S. 874.

¹⁹³ Deutlich dazu *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 23: Die Bundesnetzagentur habe infolge der von ihr vertretenen Rechtsauffassung zum Gehalt des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG den zunehmend deutlich zu Tage getretenen sozialen Verwerfungen im Wettbewerbsbereich der Postdienstleistungen nichts entgegen zu setzen; nach *Blanke* (a. a. O., S. 48 sowie KJ 2007, 208, 216) hat die Bundesnetzagentur bisher in keinem einzigen Fall die Lizenzerteilung wegen Nichtbeachtung der Anforderungen aus § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG verweigert, mit Auflagen versehen oder nachträglich widerrufen; s. auch *input consulting*, Liberalisierung und Prekarisierung, S. 82 f., 96, 101 f.

Gewerbeausübung an die Einhaltung der üblichen Arbeitsbedingungen knüpfen.¹⁹⁴ Insbesondere das Gebot, bei der Erteilung von Lizenzen soziale Anforderungen zu beachten und bei deren Nichterfüllung die beantragte Lizenz zu versagen, ist ein Unikat und auch im sonstigen Regulierungsrecht der Netzwirtschaften nicht vorgesehen.¹⁹⁵

Die Bewertung des Ordnungsgebers (sowie des Gesetzgebers des Zweiten AEntG-Änderungsgesetzes), dass für die Briefdienstleistungsbranche ein spezifisches Schutzbedürfnis bestehe, stimmt demnach mit der Einschätzung des Gesetzgebers im Rahmen der Durchführung der Privatisierung der ehemaligen staatlichen Monopolisten überein. Diese Einschätzung kann auch keinesfalls ihrerseits mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG angegriffen werden. Die Annahme eines besonderen Bedürfnisses nach Gewährleistung sozialverträglicher Arbeitsbedingungen nur für die Briefdienstleistungsbranche ist angesichts des auch hier anzuerkennenden gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums durch einen sachlichen Differenzierungsgrund gedeckt. Dass im Bereich des Postwesens im Unterschied zum Telekommunikations- und Bankensektor soziale Belange eine stärkere Berücksichtigung finden sollten, erklärt sich daraus, dass auf diesen Märkten ein höherer Qualifikationsanspruch gegenüber den Arbeitskräften besteht. Bezüglich der potentiellen Wettbewerber auf dem Telekommunikations- und Bankensektor war zu erwarten, dass es sich um bereits am Markt etablierte Unternehmen handeln würde, die umfangreichen arbeits- und sozialrechtlichen wie auch tarifvertraglichen Bindungen unterliegen. Ein massenhaftes Ausweichen auf geringfügige Beschäftigungsverhältnisse war daher, anders als im Postsektor, nicht zu erwarten.¹⁹⁶ Folglich wurde in diesen Marktsegmenten, die aus der Privatisierung der beiden anderen Teilvermögen der Deutschen Bundespost hervorgegangen sind, nicht mit einem vergleichbar scharfen Unterbietungswettbewerb in Bezug auf die Arbeitskosten wie im Bereich der Postdienstleistungen gerechnet.¹⁹⁷

¹⁹⁴ *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 13; s. auch *dens.*, KJ 2007, 208, 211.

¹⁹⁵ *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 25.

¹⁹⁶ *Säcker*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, S. 26; s. auch *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 25 f.

¹⁹⁷ *Blanke*, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, S. 26.

c) Öffentliches Interesse und Auswahl eines (von mehreren) Tariflohnniveaus durch den Verordnungsgeber

aa) Weite Auslegung der Verordnungsermächtigung

Es wurde bereits aufgezeigt, dass eine „weite“ Auslegung der Verordnungsermächtigung des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG, die den Erlass einer auch anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer einbeziehenden Rechtsverordnung erlaubt, nach dem Wortlaut möglich, nach Sinn und Zweck der Verordnungsermächtigung geboten, daher gegenüber der – nach dem Wortlaut ebenfalls möglichen – „engen“ Auslegungsvariante vorzugswürdig und – entgegen der Auffassung des VG Berlin – auch mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Den Ausschlag dafür gab die Überlegung, dass die Verordnungsermächtigung des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG es ermöglichen soll, einen „Sockel“ von Arbeitsbedingungen zu errichten, der auch durch speziellere Tarifverträge anderer Tarifvertragsparteien nicht unter-, sondern ausschließlich überschritten werden kann (Günstigkeitsprinzip), sowie dass dieser Zweck verfehlt zu werden drohte, wenn aufgrund einer „engen“ Auslegung des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG konkurrierende Tarifvertragsparteien Arbeits-, insbesondere Lohnbedingungen etablieren könnten, die das durch die Verordnung nach Art eines „Sockels“ festgelegte Niveau unterschreiten. Die Verfassungskonformität der „weiten“ Auslegung der Verordnungsermächtigung ergibt sich, wie ebenfalls bereits dargelegt wurde, aus den Vorgaben des BVerfG, das ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel darin sieht, durch die Erstreckung von Tariflöhnen auf Außenseiter einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenzuwirken.¹⁹⁸

bb) Wünschenswerter sozialer Standard

Offen gelassen wurde bislang die Frage nach der zulässigen Höhe des „Sockels“, nach der Definition dessen, was das BVerfG¹⁹⁹ als „als wünschenswert angesehene soziale Standards“ und der Gesetzgeber²⁰⁰ als „angemessene“ Arbeitsbedingungen bezeichnet, die für alle Briefdienstleistungen erbringenden Arbeitnehmer sicherzustellen Ziel der Novellierung des

¹⁹⁸ Im Einzelnen oben 3. Teil, C., III., 2.

¹⁹⁹ BVerfG 11. 7. 2006 BVerfGE 116, 202, 223; 20. 3. 2007 NZA 2007, 609, 610 f.

²⁰⁰ Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, Bundestags-Drucksache 16/6735, S. 1, 4 (elektronische Vorab-Fassung).

AEntG war. Die Frage berührt sich, worauf ebenfalls bereits hingewiesen wurde²⁰¹, mit dem verschiedentlich diskutierten Problem der Auswahl zwischen mehreren für eine Tarifnormerstreckung durch Rechtsverordnung in Betracht kommenden Tarifverträgen. Vorliegend hatten nicht nur der Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di den für den Erlass einer Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG erforderlichen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung gestellt, sondern – am 14. 12. 2007 – auch der Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste und die GNBZ für ihren am 11. 12. 2007 geschlossenen Tarifvertrag zur Regelung von Mindestarbeitsbedingungen für Mehrwertbriefdienstleistungen. Theoretisch standen daher dem BMAS zwei Tarifverträge zur Auswahl.

Damit sind Fragen des öffentlichen Interesses an der Geltungserstreckung gerade eines bestimmten Tarifvertrages und der Ermessensentscheidung des Verordnungsgebers (vgl. § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG: „kann“) angesprochen.

Als ein legitimes Auswahlkriterium wird man die Repräsentativität des jeweiligen Tarifvertrages ansehen können.²⁰² Für den vorliegenden Fall wären danach dieselben Überlegungen anzustellen, die bereits oben zum (hilfsgutachtlich geprüften) 50 %-Quorum vorgetragen wurden. Die mehrheitliche Legitimation des zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di geschlossenen Mindestlohntarifvertrages würde demnach durch den für die DP AG vorrangig geltenden Haustarifvertrag nicht in Frage gestellt; die Legitimation eines Verbandstarifvertrages wird durch die Tatsache, dass es zusätzlich einen auf Arbeitnehmerseite von derselben Gewerkschaft und auf Arbeitgeberseite von einem Verbandsmitglied geschlossenen Haustarifvertrag gibt, nicht geschwächt, wenn letzterer für die Arbeitnehmer sogar günstigere Konditionen enthält als der Verbandstarifvertrag. Eine Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der Repräsentativität spräche also für die Auswahl des vom BMAS erstreckten Mindestlohntarifvertrages vom 29. 11. 2007.

Nicht unberücksichtigt lassen musste es das BMAS ferner, dass an der Wirksamkeit des zwischen dem Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste und der GNBZ vereinbarten Tarifvertrages von vorneherein mit Blick auf die Tariffähigkeit der GNBZ beträchtliche Zweifel bestanden. In dieser Konstellation wurde der Repräsentativitätsaspekt, der bereits für den Mindestlohntarifvertrag vom 29. 11. 2007 sprach, verstärkt durch ein

²⁰¹ Oben 3. Teil, C., III., 2., c).

²⁰² Vgl. *Kocher*, NZA 2007, 600, 602 m. w. N.; s. auch *Greiner*, Anm. zu VG Berlin, BB 2008, 840, 842, Fn. 36.

Kriterium des „sichersten Weges“, welches die Erstreckung desjenigen Tarifvertrages nahe legte, dessen Wirksamkeit am wahrscheinlichsten ist.²⁰³

cc) Mindestlohniveau

Da die Tariffähigkeit der GNBZ bei näherer Prüfung²⁰⁴ nicht bloß zweifelhaft, sondern klar zu verneinen, der von ihr mit dem Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste geschlossene Tarifvertrag folglich unwirksam ist²⁰⁵, stellt sich vorliegend die Frage nach der Auswahl *unter mehreren* Tarifverträgen nicht. Gleichwohl muss man sich in Auseinandersetzung mit dem dargestellten Vorwurf eines „Monopolsicherungstarifvertrages“ fragen, ob der Ordnungsgeber gerade den Mindestlohntarifvertrag vom 29. 11. 2007 per Rechtsverordnung auf alle nicht an ihn tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstrecken durfte.²⁰⁶ Zweifel daran könnten insofern erwachsen, als die hier befürwortete und für verfassungskonform gehaltene „weite“ Auslegung der Verordnungsermächtigung, der zufolge § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG auch die Einbeziehung anderweitig tarifgebundener Arbeitgeber und Arbeitnehmer in die Normerstreckungswirkung der Rechtsverordnung erlaubt, maßgeblich mit dem Zweck der Verordnungsermächtigung begründet wurde, die Errichtung eines gegen Unterschreitungen gesicherten „Sockels“ von Arbeitsbedingungen zu ermöglichen. Dieses Modell bezieht seine verfassungsrechtliche Legitimität maßgeblich aus der Überlegung, dass dem geltungserstreckten Tarifvertrag kein – vom BVerfG in den Entscheidungen zu § 5 TVG als mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG bedenklich eingestuft – genereller Vorrang zukommt, vielmehr oberhalb des mittels der Rechtsverordnung festgesetzten Niveaus Raum für eigene Vorstellungen konkurrierender Tarifvertragsparteien verbleibt. Damit setzt es indes voraus, dass der gegen Unterschreitungen gesicherte „Sockel“ nicht unangemessen hoch angesetzt wird, um nicht die verbleibende Gestaltungsfreiheit konkurrierender Tarifvertragsparteien praktisch illusorisch zu machen und in der Sache doch einen generellen Vorrang des geltungserstreckten Tarifvertrages zu statuieren.

Was damit die Höhe des durch die Verordnung vom 28. 12. 2007 festgesetzten Mindestlohniveaus angeht, so wurde bereits darauf hingewiesen, dass mit ihr bei weitem

²⁰³ Greiner, Anm. zu VG Berlin, BB 2008, 840, Fn. 36.

²⁰⁴ S. unten 5. Teil, A.

²⁰⁵ Zur Tariffähigkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung des Tarifvertrages s. statt aller Wiedemann/Oetker, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 15 m. w. N.

²⁰⁶ Würde die Frage verneint, so ergäbe sich – in Ermangelung eines zur Geltungserstreckung geeigneten Tarifvertrages – als einzige Alternative der (zumindest derzeitige) Verzicht auf einen tarifgestützten Mindestlohn für die Briefdienstleistungsbranche.

nicht – wie teilweise suggeriert wird – das bei der DP AG geltende Tarifniveau auf die gesamte Branche erstreckt wird.²⁰⁷ Gleichwohl darf gerade dieses Tarifniveau für die Beurteilung nicht außer Betracht bleiben. Denn unabhängig davon, wie man allgemein zu (gerade nicht tarifgestützten, also „rein“ gesetzlichen) Mindestlöhnen und insbesondere zu deren Höhe steht, müssen hier wiederum die Besonderheiten der Briefdienstleistungsbranche im Auge behalten werden. Jedenfalls für den Briefdienstleistungssektor muss das öffentliche Interesse im Hinblick auf die „Höhe des Sockels“ branchenspezifisch definiert werden; es sind die auch vom Gesetzgeber des Zweiten AEntG-Änderungsgesetzes in Bezug genommenen „besonderen Strukturmerkmale“ des Briefdienstleistungsbereichs²⁰⁸ in Rechnung zu stellen.

Zu diesen „*besonderen Strukturmerkmalen*“ gehört zum einen das Herkommen des mit großem Abstand marktführenden und daher die Arbeitsbedingungen der Branche prägenden Wettbewerbers²⁰⁹ aus einem früheren Staatsunternehmen. Dieser Umstand führt dazu, dass die von der DP AG an ihre bereits vor der Privatisierung der Deutschen Bundespost – damals noch im Beamtenverhältnis – im Unternehmen beschäftigten Mitarbeiter gezahlten Entgelte aufgrund von Besitzstandsregelungen, von denen die große Mehrzahl der Arbeitnehmer der DP AG profitiert, bei bis zu rund 20 €/Stunde liegen.²¹⁰ Da zudem die DP AG, was im Vergleich zu anderen Branchen eine Besonderheit ist, bundesweit einheitlich entlohnt, ist die Branche insgesamt daher bislang von einem verhältnismäßig hohen Lohnniveau geprägt; diese branchenbezogene Prägung muss auch auf die Definition der – in den Worten des BVerfG²¹¹ – „als wünschenswert angesehenen sozialen Standards“ oder schlicht der „angemessenen“ Arbeitsbedingungen²¹² durchschlagen. Nur so wird auch verhindert, dass es innerhalb einer Branche, zwischen Arbeitnehmern, die im Wesentlichen dieselbe Tätigkeit erbringen, zu einem unangemessenen „Lohngefälle“ kommt.

Ein weiteres „*besonderes Strukturmerkmal*“ der Briefdienstleistungsbranche ist darin zu sehen, dass – worauf auch die Bundesregierung in der Begründung ihrer verwaltungsinternen

²⁰⁷ S. o. 4. Teil, B., III., 2., a), cc).

²⁰⁸ Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, Bundestags-Drucksache 16/6735, S. 5 (elektronische Vorab-Fassung).

²⁰⁹ Zu der Frage, ob dies dazu führt, dass im Rahmen der sog. Sozialklausel des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 PostG der Begriff der „üblichen“ Arbeitsbedingungen im Lichte der tariflichen Regelungen der DP AG auszulegen ist, s. o. 4. Teil, B., III. 2., b), cc), (3), (b) und die dortigen Nachweise.

²¹⁰ S. o. 4. Teil, B., III., 2., a), bb).

²¹¹ BVerfG 11. 7. 2006 BVerfGE 116, 202, 223; 20. 3. 2007 NZA 2007, 609, 610 f.

²¹² Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, Bundestags-Drucksache 16/6735, S. 1, 4 (elektronische Vorab-Fassung).

Zustimmung zum Erlass der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen hinweist – „[d]ie Wahrung des grundrechtsgeschützten Briefgeheimnisses innerhalb der Wertschöpfungskette der Briefbeförderung ... letztlich den in diesem Bereich tätigen Arbeitnehmern“ obliegt.²¹³ Hier zeigt sich ein im vorliegenden Zusammenhang bedeutsames Spannungsverhältnis: Auf der einen Seite stellt die rein praktische, äußerliche Tätigkeit der Briefzusteller vergleichsweise geringe Anforderungen an die Qualifikation der hier eingesetzten Arbeitskräfte; dies war, wie bereits dargelegt wurde, der Grund, aus dem der Gesetzgeber zu der Einschätzung gelangte, dass für die Briefdienstleistungsbranche ein gegenüber anderen Branchen erhöhtes Bedürfnis nach Sicherung des sozialen Schutzes der Beschäftigten durch angemessene Arbeitsbedingungen bestehe – eine Einschätzung, die sich in der Aufnahme der §§ 2 Abs. 2 Nr. 5, 6 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 in das PostG niederschlug, welche im Bereich des Telekommunikationsmarktes, des Postbankwesens und auch der Bahn keine Parallele haben.²¹⁴ Während also einerseits der aus der reinen praktischen Tätigkeit fließende Qualifikationsanspruch vergleichsweise gering ist, was den im Briefdienstleistungsbereich tätigen Unternehmen – bei Fehlen einer angemessenen Mindestlohnregelung – die mitunter gewiss stark suggestiv wirkende Möglichkeit eröffnet, „billige“ Arbeitskräfte zu engagieren, müssen aus der Sicht des öffentlichen Interesses, nicht zuletzt mit Blick auf Art. 10 GG, vergleichsweise hohe Anforderungen an die Vertrauenswürdigkeit, Loyalität und Integrität der hier tätigen Arbeitnehmer gestellt werden. Dies hat die Bundesregierung erkannt, die den zutreffenden Schluss zieht, dass „Arbeitnehmer mit einem solchen Persönlichkeitsprofil ... am Arbeitsmarkt nur mit einer entsprechenden Vergütung zu gewinnen“ sind.²¹⁵

Nach alledem rechtfertigt sich die Höhe des mit der Rechtsverordnung vom 28. 12. 2007 eingeführten Mindestlohns – auch bei Zugrundelegung der hier vertretenen Ansicht, wonach die Verordnung zulässigerweise auch anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer einbezieht – aus den „besonderen Strukturmerkmalen“ der Briefdienstleistungsbranche. Der Bundesarbeitsminister hat mithin auch unter diesem Aspekt mit dem Erlass der Verordnung nicht den ihm bei der Prüfung des öffentlichen Interesses eingeräumten weiten und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum überschritten. Hätten ihm mehrere Tarifverträge für eine Geltungserstreckung via Rechtsverordnung zur Auswahl gestanden – was wegen der aus fehlender Tariffähigkeit der

²¹³ Zitiert nach dem Tatbestand des Urteils des VG Berlin vom 7. 3. 2008 – VG 4 A 439.07.

²¹⁴ S. o. 4. Teil, B., III., 2., b), cc), (3), (c).

²¹⁵ Wiederum zitiert nach dem Tatbestand des Urteils des VG Berlin vom 7. 3. 2008 – VG 4 A 439.07.

GNBZ resultierenden Unwirksamkeit der konkurrierenden Tarifverträge nicht der Fall war –, so hätte die Wahl mithin nicht nur unter den Gesichtspunkten der Repräsentativität sowie der Wahl des „sichersten Weges“ (in Gestalt des sicher wirksamen Tarifvertrages), sondern auch sub specie der (für diese Branche) angemessenen, als sozial wünschenswert anzusehenden Arbeitsbedingungen legitimerweise auf den Mindestlohntarifvertrag zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di fallen dürfen.²¹⁶

Ergebnis zu III.

In Übereinstimmung mit den Zielsetzungen der europäischen Richtlinien zur Liberalisierung des Briefmarktes sowie des PostG, den Wettbewerb zu fördern (§ 1 PostG; Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG), dabei aber soziale Belange zu berücksichtigen (§§ 2 Abs. 2 Nr. 5, 6 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, 9 Abs. 1, 20 Abs. 2 Satz 2 PostG), dient die Geltungserstreckung des Mindestlohntarifvertrages durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG dem verfassungsrechtlich legitimen Ziel²¹⁷, einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten vorzubeugen. Die allgemeine Frage, ob wirklich ein öffentliches Interesse daran besteht, Mindestlöhne in Höhe von 9, 00 € und mehr zu zahlen oder ob sich die für allgemeinverbindlich zu erklärenden Löhne, soll es sich um „Mindestlöhne“ handeln, nicht im unteren Bereich des Lohnsektors bewegen müssen, kann hier dahinstehen. Angesichts der Besonderheiten gerade der Postbranche, deren Privatisierung in einer sozial verträglichen Weise erfolgen soll, hat sich der Ordnungsgeber jedenfalls im Rahmen des ihm im Hinblick auf das Merkmal des öffentlichen Interesses zugewiesenen Beurteilungsspielraums gehalten.

Ergebnis zu B.

Der Ordnungsgeber konnte beim Erlass der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28. 12. 2007 ohne Überschreitung seines Beurteilungsspielraums vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses an der Tarifnormerstreckung ausgehen.

²¹⁶ S. auch *Greiner*, Anm. zu VG Berlin, BB 2008, 840, 842: Der Bundesarbeitsminister dürfe im Rahmen der Ermessensausübung das gewollte Schutzniveau festlegen und denjenigen Tarifvertrag auswählen, der zur Realisierung dieses Schutzniveaus geeignet und erforderlich ist; die Entscheidung für den zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di geschlossenen Mindestlohntarifvertrag scheine bereits deshalb unbedenklich.

²¹⁷ S. nochmals BVerfG 11. 7. 2006 BVerfGE 116, 202, 223; 20. 3. 2007 NZA 2007, 609, 610 f.

5. Teil: Verletzung der Kläger in subjektiv-öffentlichen Rechten bei unterstellter Rechtswidrigkeit der Verordnung?

Nach hiesiger Ansicht ist die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen rechtmäßig und damit rechtswirksam. Sie genügt den Anforderungen an Form und Verfahren – das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG ist gewahrt, eine etwa nicht ordnungsgemäße Durchführung des Beteiligungsverfahrens nach § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG wäre wegen fehlender Kausalität und Fehlens einer Verletzung konkreter Informations- oder Partizipationsinteressen unbeachtlich. Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Verordnungsermächtigung des § 1 Abs. 3a AEntG greifen vor allem mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG vom 18. 7. 2000²¹⁸ nicht durch. Will man § 1 Abs. 3a AEntG – in Abgrenzung zu § 5 TVG – nicht auf reine Inlands-, sondern nur auf Auslandssachverhalte anwenden, so steht dies seiner Anwendung im zu begutachtenden Fall nicht entgegen; es besteht die hinreichend konkrete Gefahr einer Entsendeproblematik. Das 50 %-Quorum, hier nur hilfsgutachtlich geprüft, ist trotz des für die DP AG vorrangig geltenden Haustarifvertrages erfüllt. Ein öffentliches Interesse am Erlass der Rechtsverordnung konnte der Bundesminister für Arbeit und Soziales ohne Überschreitung des ihm zustehenden Beurteilungsspielraumes annehmen.

Nach hiesiger Ansicht überschreitet die Verordnung auch nicht die Grenzen ihrer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG erlaubt es dem Ordnungsgeber bei einer am Sinn und Zweck der Vorschrift orientierten und den bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben Rechnung tragenden Auslegung, auch anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer in die Geltungserstreckung einzubeziehen.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es auf diese Frage im Ergebnis nicht einmal ankommt. Selbst wenn man annimmt, dass – wie das VG Berlin meint – die Verordnung ihre gesetzliche Ermächtigungsgrundlage überschreitet, weil sich die Tariferstreckung nach § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG nur auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer beziehen dürfe, die bislang noch (überhaupt) keinem Tarifvertrag unterliegen, sind jedenfalls die Kläger des laufenden Verfahrens nicht, wie es ihr Klageantrag festzustellen begehrt, in subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt.

²¹⁸ BVerfG 18. 7. 2000 AP AEntG § 1 Nr. 4.

Da das VG Berlin auch in diesem Punkt anderer Ansicht ist, soll im Folgenden geprüft werden, ob die Kläger (PIN, BdKEP, TNT) bei unterstellter Überschreitung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage durch die Verordnung in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sind. In Betracht kommt eine Verletzung der Grundrechte aus Art. 9 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 1 GG.

Das VG ist der Meinung, die Kläger seien unabhängig davon in ihren Rechten aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt, ob die GNBZ eine tariffähige Gewerkschaft ist und die von ihr geschlossenen Tarifverträge wirksam sind. Damit hat es aber, wie zu zeigen sein wird, arbeitsrechtliche Zusammenhänge grundlegend verkannt. Nach zutreffender Beurteilung scheidet vielmehr eine Verletzung der Kläger in ihren Rechten aus Art. 9 Abs. 3 GG durch die Verordnung, deren Rechtswidrigkeit unterstellt, aus, wenn die Tarifverträge zwischen dem Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste sowie dem BdKEP und der GNBZ wegen fehlender Tariffähigkeit der GNBZ unwirksam sind.

Damit kommt es zunächst auf die Frage der Tariffähigkeit der GNBZ an. Im Anschluss an deren Prüfung ist dann die Argumentation des VG in Augenschein zu nehmen, wonach eine Rechtsverletzung auch bei Fehlen der Tariffähigkeit gegeben sein soll.

A. Tariffähigkeit der GNBZ

Die Tariffähigkeit beider Vertragsparteien ist Voraussetzung der Wirksamkeit eines Tarifvertrages.²¹⁹ An die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung sind nach der Rechtsprechung des BAG gewisse Mindestvoraussetzungen zu stellen. Die Vereinigung muss sich als satzungsgemäße Aufgabe die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder in deren Eigenschaft als Arbeitnehmer gesetzt haben und willens sein, Tarifverträge abzuschließen; ferner ist erforderlich, dass sie frei gebildet, gegnerfrei, unabhängig und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert²²⁰ ist sowie das geltende Tarifrecht als verbindlich anerkennt²²¹. Weiterhin wird vorausgesetzt, dass die Arbeitnehmervereinigung ihre Aufgabe als

²¹⁹ Statt aller Wiedemann/Oetker, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 15 m. w. N.

²²⁰ Kritisch dazu etwa Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 52; Wiedemann/Oetker, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 347 ff.

²²¹ Ablehnend Däubler, Anm. zu BAG AuR 1977, 286, 287; Däubler/Däubler, TVG, 2. Auflage 2006, Einleitung Rn. 91; zustimmend etwa Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 62.

Tarifpartnerin sinnvoll erfüllen kann; dazu gehört einmal Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler, zum anderen eine gewisse Leistungsfähigkeit der Organisation.²²²

Die Tariffähigkeit der GNBZ kann unter drei Gesichtspunkten bezweifelt werden: Es könnte ihr an der erforderlichen Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler („sozialen Mächtigkeit“), der organisatorischen Leistungsfähigkeit und/oder an der Gegnerunabhängigkeit fehlen.

I. Soziale Mächtigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung nach Rechtsprechung und Literatur

1. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts

a) Ausgangspunkt: Forderung des BAG nach Arbeitskampfbereitschaft

aa) Frühere Rechtsprechung des BAG: Arbeitskampfbereitschaft als Voraussetzung der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung

Das BAG²²³ setzte für die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung zunächst voraus, dass diese den Arbeitskampf als ultima ratio zur Herbeiführung von Tarifverträgen anerkennt. Ausnahmen von dem Erfordernis der Arbeitskampfbereitschaft seien nur für die Fälle anzuerkennen, in denen eine Vereinigung nicht aus eigenem Willen den Arbeitskampf ablehnt, sondern ihr die gesetzliche Möglichkeit dazu fehlt oder in denen das Fehlen der Kampfbereitschaft in dem Wesen des betreffenden Berufs begründet ist. Erstere Ausnahme war auf Beamtenverbände, letztere etwa auf Ärzteverbände gemünzt, wenn diese aus dem ethischen Wesen des Arztberufes heraus den Streik ablehnen²²⁴.

Zur Begründung der Forderung nach Arbeitskampfbereitschaft machte sich das BAG²²⁵ auch Ausführungen des BVerfG zu Eigen, mit denen dieses bereits im Jahre 1954 den Boden für eine Unterscheidung zwischen den Koalitionen i. S. des Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionen im

²²² Zuletzt BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 34.

²²³ BAG 6. 7. 1956 AP ArbGG 1953 § 11 Nr. 11 m. Anm. *Bührig*; 19. 1. 1962 AP TVG § 2 Nr. 13 m. Anm. *Neumann-Duesberg*.

²²⁴ Dazu auch BAG 21. 11. 1975 AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 6 m. Anmerkungen von *Küchenhoff* und von *Richardi*; kritisch *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG, 4. Auflage 2006, § 2 Rn. 53.

²²⁵ Namentlich in der Entscheidung BAG 19. 1. 1962 AP TVG § 2 Nr. 13 m. Anm. *Neumann-Duesberg*, unter II. 1. der Gründe.

weiteren Sinne) und den tariffähigen Koalitionen nach § 2 Abs. 1 TVG (Koalitionen im engeren Sinne)²²⁶ bereitet hatte. Sinn der in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionsfreiheit, so das BVerfG, könne nicht sein, dass der Gesetzgeber schlechthin jede Koalition zum Abschluss von Tarifverträgen zulassen, also als tariffähig behandeln muss. Da (ein) Zweck des Tarifvertragssystems eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens, insbesondere der Lohngestaltung, unter Mitwirkung der Sozialpartner sei, müssten die sich aus diesem Ordnungszweck ergebenden Grenzen der Tariffähigkeit auch im Rahmen der Koalitionsfreiheit wirksam werden. Diese Grenzen der Tariffähigkeit zu ziehen, sei eine Aufgabe des gesetzgeberischen Ermessens. Da der Tarifvertrag das Gebiet des privaten Vertragsrechts verlasse und als unabdingbarer Kollektivvertrag normative Wirkung äußere, könne es dem Gesetzgeber nicht gleichgültig sein, zu wessen Gunsten er sich durch die Verleihung der Tariffähigkeit seines Normsetzungsrechts begeben.²²⁷

bb) (Teilweise) Zurückweisung dieser Auffassung durch das BVerfG

Im Rahmen eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens, angestrengt durch den Berufsverband der katholischen Hausgehilfinnen e. V. gegen den Beschluss des BAG vom 19. 1. 1962²²⁸, mit dem das BAG dem Hausgehilfinnenverband die Tariffähigkeit wegen fehlender Arbeitskampfbereitschaft abgesprochen hatte, entschied das BVerfG, dass „jedenfalls für eine Koalition von im Haushalt beschäftigten Arbeitnehmern“ die Tariffähigkeit nicht von der Arbeitskampfwillingkeit abhängen könne.²²⁹

cc) Reaktion des BAG: Ersetzung der Arbeitskampfbereitschaft durch das Erfordernis der sozialen Mächtigkeit

Das BVerfG hatte ausdrücklich dahinstehen lassen, ob der Kampfunwilligkeit einer Koalition außerhalb der Sonderkonstellation der Haushaltsberufe Rechtsfolgen für die Tariffähigkeit beizumessen wären.²³⁰ In seiner Entscheidung finden sich Aussagen, die darauf hindeuten, dass das BVerfG keine grundsätzlichen Bedenken gegen ein Erfordernis der Arbeitskampfbereitschaft hätte, die Kampfwillingkeit womöglich sogar als ein von Art. 9 Abs.

²²⁶ Terminologie nach Wiedemann/Oetker, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 26.

²²⁷ BVerfG 18. 11. 1954 BVerfGE 4, 96, 107 f.

²²⁸ BAG 19. 1. 1962 AP TVG § 2 Nr. 13 m. Anm. Neumann-Duesberg.

²²⁹ BVerfG 6. 5. 1964 BVerfGE 18, 18, 27.

²³⁰ BVerfG 6. 5. 1964 BVerfGE 18, 18, 27.

3 GG gebotenes Tariffähigkeitserfordernis ansehen würde.²³¹ Auch unter Berufung hierauf wird in der Literatur noch heute vertreten, dass die Arbeitskampfbereitschaft grundsätzlich als Voraussetzung der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung beizubehalten sei.²³² Andere Stimmen wollen auf die Kampfwilligkeit generell verzichten.²³³ Sie können sich ebenfalls auf in diese Richtung weisende Passagen der Entscheidung des BVerfG stützen.²³⁴

Das BAG jedenfalls hat in Reaktion auf die Entscheidung des BVerfG fortan auf das Merkmal der Arbeitskampfbereitschaft verzichtet.²³⁵ Sein ursprüngliches Anliegen, nur solchen Arbeitnehmervereinigungen die Tariffähigkeit zuzusprechen, bei denen es den Abschluss funktionsgerechter Tarifverträge als gewährleistet ansieht, verfolgte es indes weiter – nunmehr mit Hilfe des Erfordernisses der sozialen Mächtigkeit, das an die Stelle der Arbeitskampfbereitschaft trat.²³⁶

b) Die Entwicklung der Rechtsprechung des BAG zur sozialen Mächtigkeit

Das Erfordernis der sozialen Mächtigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung hat das BAG seit 1968 „case by case“ entwickelt. Die zur Feststellung der Durchsetzungsfähigkeit herangezogenen Kriterien waren im Laufe der Zeit Wandlungen unterworfen; auch bei der Gewichtung der Mächtigkeitselemente im Verhältnis zueinander hat es Akzentverschiebungen gegeben.²³⁷ Diese Entwicklung mündete zuletzt in der Etablierung einer zweistufigen Prüfungsstruktur, die das Gericht in dem Beschluss vom 28. 3. 2006 zur Tariffähigkeit der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM)²³⁸ herausgearbeitet hat und die auch der hiesigen Prüfung der Tariffähigkeit der GNBZ zugrunde zu legen ist. Das BAG hat indes stets darauf hingewiesen, dass die soziale Mächtigkeit für

²³¹ S. BVerfG 6. 5. 1964 BVerfGE 18, 18, 30.

²³² Etwa *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG, 4. Auflage 2006, § 2 Rn. 50 ff.; *Däubler/Peter*, TVG, 2. Auflage 2006, § 2 Rn. 26 ff.

²³³ Etwa *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 9 IV. 2., S. 427 f.; *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 378 ff.

²³⁴ S. BVerfG 6. 5. 1964 BVerfGE 18, 18, 32; auch *Dütz*, AuR 1976, 65, 75 sieht in der Entscheidung des BVerfG Formulierungen enthalten, die als allgemeine Ablehnung der Arbeitskampfbereitschaft als Tariffähigkeitsvoraussetzung verstanden werden könnten.

²³⁵ S. *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG, 4. Auflage 2006, § 2 Rn. 51; *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 376, 383; *Däubler/Peter*, TVG, 2. Auflage 2006, § 2 Rn. 28, alle mit Nachweisen der Rechtsprechung des BAG.

²³⁶ *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 383 f.; s. auch *Dütz*, AuR 1976, 65, 75; *Konzen*, ZfA 1978, 541, 457; *Rüthers/Roth*, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Nr. 32, unter II. 2.

²³⁷ Von einer „Wellen- oder Pendelbewegung“ spricht *Rieble*, FS Wiedemann, 2002, S. 519, 523.

²³⁸ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*.

jede Koalition im Einzelfall beurteilt werden muss.²³⁹ Da zudem bei der konkreten Beurteilung der Tariffähigkeit, namentlich der sozialen Mächtigkeit, der GNBZ auch solche Gesichtspunkte eine Rolle spielen, die aus früheren Entscheidungen des BAG bereits bekannt sind, soll die Entwicklung der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der für die zu begutachtende Konstellation relevanten Aspekte anhand der wichtigsten Entscheidungen nachgezeichnet werden.²⁴⁰

Vorausgeschickt sei eine Bemerkung zu den Begrifflichkeiten: Das BAG sprach in seinen ersten Entscheidungen noch nicht von „sozialer Mächtigkeit“, vielmehr ist in diesen die Rede davon, dass eine tariffähige Arbeitnehmervereinigung wirkungsvollen Druck und Gegendruck auf den sozialen Gegenspieler ausüben vermögen müsse. Auch später gebraucht es den Begriff „Mächtigkeit“ oder „soziale Mächtigkeit“ eher selten, statt dessen tauchen häufig Ausdrücke wie „Durchsetzungsfähigkeit“, „Durchsetzungskraft“ und ähnliche auf. Alle diese Begriffe haben denselben Inhalt.²⁴¹ Sie werden auch im Folgenden synonym gebraucht.

aa) Die Beschlüsse vom 9. 7. 1968 („Berliner Akademiker-Bund“) und vom 23. 4. 1971 („Christlicher Metallarbeiterverband“)

Das BAG hat das Merkmal der sozialen Mächtigkeit mit Beschluss des 1. Senats²⁴² vom 9. 7. 1968²⁴³ in seine Rechtsprechung eingeführt, mit dem er die Tariffähigkeit des Berliner Akademiker-Bundes verneinte. Eine Koalition, die Tariffähigkeit für sich in Anspruch nimmt und Tarifverträge abzuschließen beabsichtigt, müsse, wenn sie diese ihr als Tarifpartner obliegende Aufgabe sinnvoll erfüllen wolle, in der Lage sein, auf den in Aussicht genommenen Tarifvertragspartner einen im Rahmen der Rechtsordnung zulässigen fühlbaren Druck auszuüben und ihn so zur Aufnahme von Tarifverhandlungen und zum Abschluss von Tarifverträgen zu veranlassen. Ohne die Fähigkeit einer Vereinigung, wirksamen Druck und Gegendruck einzusetzen, sei die Schaffung einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens nicht gewährleistet. Aus Art. 9 Abs. 3 GG folge nicht, dass den hierunter fallenden Vereinigungen in jedem Fall auch die Tariffähigkeit zukommt. Sie komme vielmehr nur denjenigen unter

²³⁹ BAG 16. 11. 1982 AP TVG § 2 Nr. 32 m. Anm. *Rüthers/Roth*; 10. 9. 1985 AP TVG § 2 Nr. 34; 25. 11. 1986 AP TVG § 2 Nr. 36; 6. 6. 2000 AP TVG § 2 Nr. 55 m. Anm. *Oetker*; 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. *Buchner*; 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*; ebenso BVerfG 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 249.

²⁴⁰ Darstellung der wichtigsten Entscheidungen auch bei *Dütz*, DB 1996, 2385, 2386 ff.

²⁴¹ Näher *Doerlich*, Die Tariffähigkeit der Gewerkschaft – Eine Analyse der Mächtigkeitsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Lichte neuerer Erfahrungen, 2002, S. 75 ff., auch zu weiteren Termini.

²⁴² Alle im Folgenden dargestellten Entscheidungen sind solche des 1. Senats.

²⁴³ BAG 9. 7. 1968 AP TVG § 2 Nr. 25 m. Anm. *Mayer-Maly*.

ihnen zu, die in der Lage sind, die Aufgaben einer tariffähigen Koalition, nämlich die sinnvolle Ordnung des von der staatlichen Rechtsetzung freigelassenen Raums des Arbeitslebens durch Tarifverträge, durchzusetzen. Die Herbeiführung dieser sinnvollen Ordnung bleibe ungesichert, wenn eine Vereinigung wegen Fehlens der Fähigkeit zu Druck und Gegendruck vom guten Willen ihres Gegenspielers abhängig sei.

Hinsichtlich der zur Feststellung dieser Fähigkeit zugrunde zu legenden Kriterien bezog das BAG den Standpunkt, dass es für die Frage der Tariffähigkeit auf die Zahl der Mitglieder der Koalition allein nicht in jedem Falle ankomme. Es sei durchaus denkbar, dass eine Arbeitnehmerkoalition zwar nur verhältnismäßig wenige Mitglieder hat, sich ihr Mitgliederbestand aber aus Arbeitnehmern zusammensetzt, die als „unentbehrliche Schlüsselkräfte“ aufgrund ihrer Stellung im Arbeitsleben einen besonderen Einfluss gegenüber der Arbeitgeberseite ausüben können.

Die Mitgliederzahl setzte das BAG bereits in dieser ersten Entscheidung nicht absolut, sondern vielmehr in ein Verhältnis zum Wirkungsbereich der Vereinigung. Der Berliner Akademiker-Bund hatte in erster Instanz auf die Frage, mit welchem Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband der Abschluss eines Tarifvertrages in Betracht komme, erklärt, er sei in der Lage, mit den Arbeitgebern der Metallindustrie einen Tarifvertrag abzuschließen. Das BAG setzte daher seine Mitgliederzahl – genaue Feststellungen zu deren Höhe waren nicht getroffen, der Berliner Akademiker-Bund hatte lediglich angegeben, es seien mehr als sieben Personen, davon seien drei bei Arbeitgebern der Metallindustrie tätig – in Relation zu Bedeutung und Umfang, also wohl Beschäftigtenzahl, der Berliner Metallindustrie.

Im Beschluss vom 23. 4. 1971²⁴⁴ stellte das BAG die Kriterien „Mitgliederzahl“ und „Stellung der Mitglieder im Arbeitsleben“ ausdrücklich einander gleich. Zudem präzierte es die Anforderungen an die Intensität des Drucks, den auszuüben eine tariffähige Gewerkschaft imstande sein müsse: Druck bedeute zwar nicht, insbesondere einen konkreten Streik im gegebenen Falle erfolgreich durchführen zu können. Die Vereinigung müsse aber so stark sein, dass sie in der Lage ist, einen Konflikt mit der Gegenseite überhaupt aufnehmen zu können.

²⁴⁴ BAG 23. 4. 1971 AP ArbGG 1953 § 97 Nr. 2.

bb) Der Beschluss vom 15. 3. 1977 („Verband der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie e. V. [VOE] I“)

In seinem Beschluss vom 15. 3. 1977²⁴⁵ holte das BAG es in Auseinandersetzung mit den zwischenzeitlich erschienenen kritischen Stellungnahmen aus der Literatur nach, die in den ersten beiden Entscheidungen noch recht dürftig ausgefallene Begründung für das Erfordernis der (nunmehr auch als solche bezeichneten) „Mächtigkeit“ auf sicherere Füße zu stellen. Zwar fehlt auch hier nicht der Verweis auf die bereits in der Entscheidung von 1968 herangezogenen Entscheidungen des BVerfG vom 18. 11. 1954²⁴⁶ und vom 6. 5. 1964²⁴⁷ sowie die dort geprägten Topoi der „sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens“ und der „sozialen Befriedung der Gemeinschaft“. Daran anknüpfend und darüber hinausgehend stellt das Gericht nun aber ausdrücklich das Gegengewichtsprinzip und das Prinzip der Richtigkeitsgewähr in den Mittelpunkt der Begründung. Die Tarifautonomie der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände entspringe der zwischen beiden Seiten bestehenden „Gegengewichtigkeit der Interessen“, die zu einem echten Ausgleich kommen sollten. Das Tarifvertragssystem werde durch das Prinzip der Gleichgewichtigkeit der Tarifvertragsparteien beherrscht. Die Tarifverträgen immanente Richtigkeitsgewähr sei darauf zurückzuführen, dass die Vermutung bestehe, dass Tarifverträge zwischen gleichstehenden Parteien im Einzelnen ausgehandelt würden. Die Gegen- und Gleichgewichtigkeit der Tarifvertragspartner setze ein gegenseitiges Spiel der Kräfte voraus, zu dem auch das Druckmoment auf beiden Seiten gehöre. Der Druck- und Gegendruckfaktor gewährleiste die Herbeiführung des befriedenden Tarifvertrags.

Nochmals konkretisiert hat das BAG in dem Beschluss vom 15. 3. 1977 auch die Intensität des Drucks, den eine tariffähige Koalition zu entfachen in der Lage sein müsse. Um Druck und Gegendruck ausüben zu können, müsse eine Koalition für die ihr gestellten Aufgaben „tauglich“ sein, d. h. sie müsse so mächtig und leistungsfähig sein, dass in Auswirkung dessen die Gegenspieler sich veranlasst sehen, auf Verhandlungen über den Abschluss einer tariflichen Regelung der Arbeitsbedingungen einzugehen sowie – und zwar, wie es an anderer Stelle des Beschlusses heißt, „jedenfalls in der Regel“ – zum Abschluss eines Tarifvertrages zu kommen. In diesem Sinne mächtig und leistungsfähig sei eine Koalition nur, wenn sie Autorität nach außen gegenüber ihrem Gegenspieler besitze und auch gegenüber ihren

²⁴⁵ BAG 15. 3. 1977 AP GG Art. 9 Nr. 24.

²⁴⁶ BVerfG 18. 11. 1954 BVerfGE 4, 96.

²⁴⁷ BVerfG 6. 5. 1964 BVerfGE 18, 18.

Mitgliedern. Sie müsse ferner von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die ihr gestellten Aufgaben zu erfüllen.

Den bei der Prüfung der Mächtigkeit zu berücksichtigenden Tatsachen fügt das BAG die Finanzkraft hinzu. Das Druckmoment erfordere eine bestimmte finanzielle Grundlage jedenfalls des Arbeitnehmerverbandes. Ob sie für die Bejahung der Mächtigkeit des Verbandes ausreicht, sei eine Frage der Einzelfallbeurteilung.

cc) Der Beschluss vom 14. 3. 1978 („Deutscher Arbeitnehmerverband e. V.“)

Der Beschluss vom 14. 3. 1978²⁴⁸ stellt klar, dass die Selbsteinschätzung des Verbandes bei der Beurteilung der Mächtigkeit keine Rolle spielt; maßgeblich seien allein objektive Merkmale.

Ausführlich widmet das Gericht sich der Mitgliederzahl des antragstellenden Deutschen Arbeitnehmer-Verbandes (DAV). Dessen eigene Angaben – Gesamtmitgliederbestand von 14.302 Arbeitnehmern, davon 10.410 in NRW und 2147 in Hessen, Verteilung der Mitglieder auf alle Branchen – zugrunde gelegt, fehle dem DAV selbst in den mitgliederstarken Regionen und Branchen die Fähigkeit, auf soziale Gegenspieler Druck und Gegendruck auszuüben, um diese zur Aufnahme von Tarifverhandlungen zu bewegen. Auch organisiere der DAV keine Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen; in diesem Zusammenhang wird wieder ein Stück sichtbar, was das BAG hierunter versteht: An der Innehabung einer Schlüsselstellung fehlt es, wenn Arbeitnehmer „jederzeit durch andere Arbeitnehmer ersetzt werden“ können.

Was die Finanzkraft anbelangt, erkennt das Gericht konsequent, dass es, weil die Druckausübungsfähigkeit nicht mit dem Kampfwillen gleichzusetzen sei, nicht darauf ankomme, ob ein Streik finanziell durchgehalten werden könnte.

Erörtert wird des Weiteren die Personalausstattung. Es sei unerfindlich, wie angesichts der Beschäftigung dreier hauptamtlicher Gewerkschaftssekretäre und verschiedener Bürokräfte sowie ehrenamtlicher Mitarbeiter der DAV in der Lage sein solle, eindrucksvoll Tarifverhandlungen zu führen. Auch sei unklar, wie es ihm trotz seiner schwach

²⁴⁸ BAG 14. 3. 1978 AP TVG § 2 Nr. 30.

ausgebildeten Organisation möglich sein solle, auf Beobachtung und Prognostizierung der Konjunktur beruhende, einigermaßen abgesicherte und realistisch erscheinende Tarifforderungen zu entwickeln.

Soweit ersichtlich erstmalig geht das BAG in der Entscheidung vom 14. 3. 1978 auf die Frage ein, ob sich die Verhandlungsmacht einer Koalition aus ihrer bisherigen Tarifpraxis ergeben könne. Der DAV habe auf keinem Gebiet ernsthafte Tarifverhandlungen nachweisen können. Allein die Tatsache, dass es ihm vielleicht gelinge, Anschluss- bzw. Gefälligkeitstarifverträge abzuschließen, sei kein Indiz dafür, dass er in der Lage ist, aus eigener Initiative heraus die Gegenseite zu veranlassen, mit ihm Tarifverträge abzuschließen. Anschluss- und Gefälligkeitstarifverträge würden in aller Regel nicht ausgehandelt, sondern entsprängen dem Verhandlungsübergewicht der einen Seite, die ihren Gegner überhaupt nicht als sozialen Gegenspieler ernst nehme. Eine Durchsetzungsfähigkeit im Sinne einer Verhandlungskraft des Verbandes könne bei solchen Verträgen nicht angenommen werden.

dd) Der Beschluss vom 16. 11. 1982 („VOE II“)

Die Entscheidung vom 16. 11. 1982²⁴⁹ betraf wieder den Verband der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie e. V. (VOE) und damit insofern einen Sonderfall²⁵⁰, als der antragstellende VOE ein Zusammenschluss von AT-Angestellten ist, von denen wiederum ein großer Teil als leitende Angestellte tätig war. So erklärt sich, dass das Gericht neben dem Organisationsgrad zu Gunsten des VOE besonders den Umstand würdigte, dass dessen Mitglieder durchweg in führenden Stellungen in den Unternehmen tätig und daher von ihrer Ausbildung und Stellung her in der Lage waren, ihre Ansichten und Forderungen zu artikulieren, mit Sachverstand zu begründen und mit Nachdruck zu vertreten. Es könne davon ausgegangen werden, dass die Mitglieder des VOE dessen Forderungen zwar jeweils individuell, insgesamt aber einheitlich geschlossen gegenüber ihren jeweiligen Arbeitgebern vertreten würden. Auf diese Weise koordinierten ständigen und nicht ohne weiteres als unbegründet abzutunenden Forderungen werde sich die Arbeitgeberseite auf Dauer nicht entziehen können. Ein ständiger, wenn auch nur argumentativer Konflikt zwischen Unternehmen und ihren Führungskräften könne nicht ohne Auswirkungen bleiben, die zu vermeiden im Interesse der Unternehmen liegen müsse.

²⁴⁹ BAG 16. 11. 1982 AP TVG § 2 Nr. 32 m. Anm. *Rüthers/Roth*.

²⁵⁰ So auch *Diitz*, DB 1996, 2385, 2387.

Die Bedeutung des Beschlusses für die Entwicklung des Mächtigkeitskriteriums liegt vor allem darin, dass der Senat – soweit ersichtlich erstmalig – das prognostische Element der Mächtigkeitsbeurteilung betont. Ob nämlich das soeben beschriebene Vorgehen der argumentativen Druckausübung letztlich Erfolg haben werde, könne, so das BAG, mangels entsprechender tatsächlicher Erfahrungen nicht mit Sicherheit festgestellt werden. Die Frage der ausreichenden Mächtigkeit sei damit nur einer Prognose, nicht aber einer gesicherten Feststellung zugänglich. Eine positive Prognose müsse im zu entscheidenden Fall für die Bejahung der erforderlichen Mächtigkeit ausreichen.²⁵¹

ee) Die Beschlüsse vom 10. 9. 1985 („Arbeitnehmerverband land- und ernährungswirtschaftlicher Berufe [ALEB]“), vom 25. 11. 1986 („Christliche Gewerkschaft Bergbau-Chemie-Energie [CGBCE] II²⁵²“) und vom 16. 1. 1990 („CGBCE III“ und „Christliche Gewerkschaft Holz und Bau Deutschlands [CGHB]“)

Mit dem Prognoseelement hatte das BAG seinem Rechtsprechungsgebäude zur sozialen Mächtigkeit durch die Entscheidung vom 16. 11. 1982 bereits einen wesentlichen Baustein hinzugefügt. Einen weiteren für die Entwicklung der Mächtigkeitsrechtsprechung wesentlichen Schritt tat es mit seiner Entscheidung vom 10. 9. 1985²⁵³. Das Gericht beanstandete, dass die Vorinstanz lediglich auf Mitgliederzahl, Stellung der Mitglieder im Arbeitsleben („Schlüsselstellungen“), Organisationsgrad sowie finanzielle und personelle Ausstattung abgestellt und für unbeachtlich gehalten hatte, dass der in Rede stehende Arbeitnehmerverband land- und ernährungswirtschaftlicher Berufe (ALEB) in der Vergangenheit bereits diverse Tarifverträge abgeschlossen hatte. Allein aufgrund der Kriterien Mitgliederzahl, finanzielle und personelle Ausstattung sowie der Mitgliedschaft von Arbeitnehmern, die Schlüsselstellungen im Arbeitsleben bekleiden, könne die Tariffähigkeit einer Vereinigung dann nicht verneint werden, wenn diese schon seit längerer Zeit Tarifverträge abgeschlossen habe. Eine Arbeitnehmervereinigung, der es gelungen sei, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder durch Tarifverträge zu ordnen, habe damit gezeigt, dass sie so leistungsfähig ist, dass sich die Arbeitgeberseite veranlasst gesehen

²⁵¹ Zustimmend *Rüthers/Roth*, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Nr. 32.

²⁵² Der Beschluss vom 25. 11. 1986 wird hier unter dem Stichwort „CGBCE II“ geführt, weil es bereits am 14. 3. 1978 einen Beschluss des 1. Senats des BAG zur CGBCE gab (AP ArbGG 1953 § 97 Nr. 3), welchem ein Antrag auf Feststellung der Gewerkschaftseigenschaft zugrunde lag; in diesem ersten Beschluss entschied der Senat nicht über die Tariffähigkeit der CGBCE, da er wegen Unklarheit über die Identität des Antragstellers (infolge des vorhergehenden Zusammenschlusses der „Christlichen Gewerkschaft Bergbau und Energie“ [CGBE] und der „Christlichen Gewerkschaft Papier-Chemie-Keramik-Glas“ [GPCK] zur CGBCE) ein schlüssiges Antragsvorbringen vermisste.

²⁵³ BAG 10. 9. 1985 AP TVG § 2 Nr. 34.

hat, sich auf Tarifverhandlungen einzulassen und Tarifverträge abzuschließen. Sie sei von der Gegenseite ernst genommen worden und habe damit Autorität gegenüber ihren Tarifpartnern bewiesen; auch sei akzeptiert worden, dass sie Autorität gegenüber ihren Mitgliedern besitze.

Jedenfalls dann, wenn es sich nicht nur um gelegentliche Tarifabschlüsse handele, sondern um eine kontinuierliche tarifliche Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für einen – wenn auch regional beschränkten – ganzen Wirtschaftszweig, und wenn diese Tarifverträge in der Praxis Beachtung gefunden, mithin die Arbeitsverhältnisse tatsächlich bestimmt hätten, habe die Arbeitnehmervereinigung dargetan, dass sie in der Lage ist, ihre tariflichen Aufgaben zu erfüllen.

Es kann nach Ansicht des BAG des Weiteren auch nicht darauf ankommen, welchen Inhalt die in der Vergangenheit geschlossenen Tarifverträge haben, insbesondere nicht darauf, ob sie die Arbeitsbedingungen schon in optimaler Weise oder auch nur ähnlich günstig regeln, wie sie von großen, anerkannten Gewerkschaften geregelt werden konnten.

Schließlich geht das Gericht noch auf die Frage ein, welche Bedeutung es habe, wenn es sich bei den in der Vergangenheit geschlossenen Tarifverträgen um Anschlussstarifverträge handelt. Hier vollzieht es eine deutliche Kehrtwende in der Beurteilung von Anschlussstarifverträgen unter Mächtigkeitsgesichtspunkten. Es lehnt eine Gleichsetzung von Anschluss- mit sog. Gefälligkeitstarifverträgen, wie es sie noch in der Entscheidung vom 14. 3. 1978²⁵⁴ vorgenommen hatte, nunmehr ausdrücklich ab und führt aus: Auf Art, Dauer und Härte der geführten Tarifverhandlungen komme es nicht an. Entscheidend sei, dass die Arbeitnehmervereinigung in den Prozess der tariflichen Regelung der Arbeitsbedingungen aktiv eingreife und auch mit ihr Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen tariflich geregelt werden sollen. Der Abschluss von Anschlussstarifverträgen sei auf das Interesse der Arbeitgeberseite zurückzuführen, bei Beteiligung mehrerer Gewerkschaften an den Tarifverhandlungen in einem Tarifsektor mit allen Gewerkschaften gleichlautende Tarifverträge abzuschließen. Es treffe daher nicht zu, dass der Inhalt der Verhandlungen und letztlich der Inhalt der abgeschlossenen Tarifverträge allein von der jeweils stärksten Gewerkschaft bestimmt werde und der Abschluss von Anschlussstarifverträgen durch andere Gewerkschaften nur formalen Charakter habe.

²⁵⁴ BAG 14. 3. 1978 AP TVG § 2 Nr. 30 – DAV; s. dazu oben cc).

Gefälligkeitsarbeitsverträge, die nichts über die Tariffähigkeit der Arbeitnehmervereinigung besagten, könnten nur solche Tarife sein, die von vorneherein nicht der Regelung der Arbeitsbedingungen dienen sollen, sondern aus anderen Gründen abgeschlossen würden, etwa um der Arbeitnehmervereinigung das Etikett einer in Betrieben oder Unternehmen vertretenen „Gewerkschaft“ zu verleihen oder um dieser den Zutritt zu Selbstverwaltungskörperschaften zu ermöglichen. In solchen Fällen diene der Tarifvertrag nicht der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, er sei ein Scheintarifvertrag und Mittel zur Erreichung anderer koalitionspolitischer Ziele.

Mit der Entscheidung vom 10. 9. 1985²⁵⁵ hatte das BAG den Eindruck erweckt, die aktive Teilnahme am Prozess der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen in der Vergangenheit stelle ein der Mitgliederzahl (dem Organisationsgrad) und der Stellung der Mitglieder im Arbeitsleben („Schlüsselpositionen“) gleichwertiges Kriterium zur Feststellung der Durchsetzungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung dar. Dieser Eindruck wurde indes durch einen nur wenig später ergangenen Beschluss vom 25. 11. 1986²⁵⁶ in gewisser Weise relativiert. In diesem führt das Gericht aus, die Durchsetzungskraft einer Arbeitnehmervereinigung könne sich „im Einzelfall darin zeigen“, dass sie schon aktiv in den Prozess der tariflichen Regelung eingegriffen hat, und erweckt damit den Anschein, die bisherige Tarifpraxis nur ausnahmsweise in Sonderkonstellationen heranziehen zu wollen. Womöglich aber wollte der Senat mit dieser vorsichtigen Formulierung nur dem Umstand Rechnung tragen, dass in den meisten der bis dato zur Entscheidung angestandenen Fällen die Arbeitnehmervereinigung, um deren Tariffähigkeit gestritten wurde, noch keine oder lediglich als Gefälligkeitsarbeitsverträge qualifizierte Tarifverträge geschlossen hatte; es handelte sich also bis zu diesem Zeitpunkt bei der Entscheidung vom 10. 9. 1985 tatsächlich um einen Sonderfall.

Während gleichwohl der Eindruck bleibt, mit der Entscheidung vom 25. 11. 1986 sei das Gericht hinsichtlich der Gewichtung der einzelnen Mächtigkeitfaktoren im Verhältnis zueinander hinter den schon ein Jahr zuvor erreichten Erkenntnisstand zurückgegangen, trieb es im Gegensatz dazu die inhaltliche Ausgestaltung des Mächtigkeitkriteriums der aktiven Teilnahme am Prozess der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen sogar voran: Unter einem Eingreifen in den tariflichen Regelungsprozess verstand der 1. Senat nämlich nunmehr „ernsthafte Verhandlungen über den Inhalt von Tarifverträgen“ – zum Tarifabschluss müsste

²⁵⁵ BAG 10. 9. 1985 AP TVG § 2 Nr. 34 – ALEB.

²⁵⁶ BAG 25. 11. 1986 AP TVG § 2 Nr. 36.

es demnach noch überhaupt nicht gekommen sein. Und mehr noch: Das BAG verband das Element des aktiven Eingreifens in den tariflichen Regelungsprozess überdies mit dem schon zuvor²⁵⁷ etablierten Prognoseelement und ließ für den Fall, dass es noch nicht einmal zu ernsthaften Verhandlungen über einen Tarifvertrag – geschweige denn zu einem Tarifabschluss – gekommen ist, schon eine entsprechende Prognose ausreichen. Grundlage dieser Prognose sollte die Organisationsstärke sein; Tariffähigkeit sei zu bejahen, wenn aufgrund der Organisationsstärke der Arbeitnehmervereinigung die Aufnahme von Tarifverhandlungen ernsthaft zu erwarten ist.

Abgeschwächt hat das BAG allerdings in der CGBCE II-Entscheidung seine Aussagen zum Anschlussstarifvertrag. Zwar könne der Abschluss von Anschlussstarifverträgen „ein Indiz“ für Durchsetzungskraft sein, indes müsse, um das Vorliegen eines Schein- oder Gefälligkeitstarifvertrages sowie eines Tarifvertrages auszuschließen, der sich als Diktat der Arbeitgeberseite darstellt, geprüft werden, aufgrund welcher Umstände es zum Abschluss eines Anschlussstarifs gekommen sei und welcher Zweck damit verfolgt würde. So sei zu klären, ob die Arbeitnehmervereinigung über die Tarifverhandlungen der Arbeitgeberseite mit den tarifvertragsschließenden Gewerkschaften unterrichtet war, ob sie eigene Vorstellungen zum Inhalt des abzuschließenden Tarifvertrags entwickelt hatte, ob sie Gelegenheit hatte, vor Abschluss des übernommenen Tarifvertrags ihre Vorstellungen in die Tarifverhandlungen einzubringen, ob diese Vorstellungen bei den Tarifverhandlungen eine Rolle gespielt haben und welchen Zweck die Arbeitgeberseite mit dem Abschluss eines Anschlussstarifvertrags verfolgte. Hieran hat der Senat später in zwei Beschlüssen vom 16. 1. 1990²⁵⁸ festgehalten. In der Entscheidung zur Tariffähigkeit der CGHB²⁵⁹ sprach der Senat auch den von dieser geschlossenen originären Tarifverträgen Indizwirkung für die Durchsetzungskraft ab, weil die Initiative zum Tarifabschluss jeweils von der Gegenseite ausgegangen war und diese die CGHB nur als „Lückenbüßer“ angesehen habe, um Tarifbedingungen zu erreichen, zu deren Vereinbarung sich zuvor die damalige IG Bau-Steine-Erden nicht hatte bereit erklären wollen.

²⁵⁷ BAG 16. 11. 1982 AP TVG § 2 Nr. 32 m. Anm. *Rüthers/Roth* – VOE II; s. dazu oben dd).

²⁵⁸ BAG 16. 1. 1990 AP TVG § 2 Nr. 38 – CGHB – und BAG 16. 1. 1990 AP TVG § 2 Nr. 39 – CGBCE III.

²⁵⁹ BAG 16. 1. 1990 AP TVG § 2 Nr. 38.

ff) Die Beschlüsse vom 6. 6. 2000 (Interessenverband „Bedienstete der Technischen Überwachung“ [BTÜ]) und vom 14. 12. 2004 („Unabhängige Flugbegleiter Organisation e. V. [UFO]“)

Für die zu begutachtende Konstellation wichtige Konkretisierungen seiner Mächtigkeitsrechtsprechung nahm der 1. Senat des BAG mit seinen Beschlüssen vom 6. 6. 2000²⁶⁰ und vom 14. 12. 2004²⁶¹ vor. Eher wie ein (erneuter) Rückschritt wirkt es freilich, wenn der Senat ausführt, für die Beurteilung der Durchsetzungsfähigkeit komme der Mitgliederzahl „grundlegende“²⁶² oder „entscheidende Bedeutung“²⁶³ zu; „darüber hinaus“ könne sich die Durchsetzungskraft „darin zeigen“, dass die Arbeitnehmervereinigung schon aktiv in den Prozess der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen eingegriffen hat.²⁶⁴ Wie schon die frühere Formulierung²⁶⁵, die Durchsetzungskraft einer Arbeitnehmervereinigung könne sich „im Einzelfall darin zeigen“, dass sie schon aktiv in den Prozess der tariflichen Regelung eingegriffen hat, suggeriert diese Diktion ein Rangverhältnis dergestalt, dass die Mitgliederzahl im Vergleich zur bisherigen Tarifpraxis das vorrangige Kriterium zur Feststellung der Mächtigkeit sei. So wurde den Beschlüssen vom 6. 6. 2000 und vom 14. 12. 2004 denn auch in der Literatur eine Verschiebung der in der vorherigen Entscheidungspraxis des BAG erkennbar gewordenen Gewichtung der einzelnen Mächtigkeitsfaktoren entnommen. Gegenüber der Mitgliederzahl scheine der aktive Eingriff in den Prozess der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen ein geringeres Gewicht zu besitzen, da sich hierin die Durchsetzungskraft einer Organisation lediglich „zeige“. Diese Relativierung deute darauf hin, dass das Gericht die Durchsetzungskraft aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls auch allein wegen der Mitgliederzahl bejahen würde.²⁶⁶

Ungeachtet der – zumindest verbalen – Relativierung der Bedeutung des aktiven Eingreifens in den Prozess der tariflichen Regelung der Arbeitsbedingungen für die Feststellung der Mächtigkeit hat der Senat weiter daran gearbeitet, das Merkmal des aktiven Eingreifens in den Prozess der tariflichen Regelung inhaltlich zu konturieren. Die Tariftätigkeiten des

²⁶⁰ BAG 6. 6. 2000 AP TVG § 2 Nr. 55 m. Anm. *Oetker* – BTÜ.

²⁶¹ BAG 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. *Buchner* – UFO.

²⁶² BAG 6. 6. 2000 AP TVG § 2 Nr. 55 m. Anm. *Oetker* – BTÜ.

²⁶³ BAG 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. *Buchner* – UFO.

²⁶⁴ BAG 6. 6. 2000 AP TVG § 2 Nr. 55 m. Anm. *Oetker* – BTÜ; ähnlich BAG 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. *Buchner* – UFO.

²⁶⁵ BAG 25. 11. 1986 AP TVG § 2 Nr. 36; dazu oben ee) (2).

²⁶⁶ Wiedemann/*Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 389.

Interessenverbandes „Bedienstete der Technischen Überwachung“ (BTÜ), um dessen Tariffähigkeit es in dem Verfahren ging, beschränkten sich auf einen Haustarifvertrag über die Arbeitsbefreiung von Arbeitnehmern für Verbandstätigkeiten beim BTÜ unter Fortzahlung der Vergütung und mehrere Zuordnungstarifverträge gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (a. F.).

Bedeutsam für die zu begutachtende Konstellation sind besonders die Aussagen zu den vom BTÜ geschlossenen Zuordnungstarifverträgen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (a. F.). Hieraus, meinte der Senat, ließen sich keine Schlussfolgerungen über die Durchsetzungskraft des BTÜ ziehen, denn in diesen Tarifverträgen gehe es nicht um tarifliche Inhaltsnormen, die die Arbeitsbedingungen der einzelnen tarifunterworfenen Arbeitnehmer regelten, sondern nur um organisatorische Fragen der Zuordnung von Betriebsteilen und Nebenbetrieben. Ein organisatorisch anderer Zuschnitt betrieblicher Einheiten gemäß § 3 BetrVG könne in gleicher Weise im Interesse des Arbeitgebers wie der Arbeitnehmer liegen. Eine relevante Indizwirkung für die Durchsetzungskraft einer Arbeitnehmervereinigung sei Zuordnungstarifverträgen schon deshalb kaum zu entnehmen.²⁶⁷

Wichtig sind ferner die Aussagen des BAG im Beschluss vom 14. 12. 2004²⁶⁸ zur Mitgliederzahl der UFO. Diese war zwar in absoluten Zahlen mit rund 6500 nicht sonderlich beeindruckend, erschien aber angesichts von insgesamt nur 20.000 Flugbegleitern in Deutschland und einem sich daraus ergebenden Organisationsgrad von 32 % in einem ganz anderen Licht. Zudem sah der 1. Senat die Flugbegleiter in einer mächtigkeitsrelevanten Schlüsselposition. Er arbeitete als Kennzeichen des schon seit der ersten einschlägigen Entscheidung von 1968 bekannten, bislang aber kaum näher definierten Mächtigkeitsmerkmals „Arbeitnehmer in Schlüsselstellungen“ heraus, dass es sich um Spezialisten handeln müsse, die von der Arbeitgeberseite im Falle eines Arbeitskampfes kurzfristig überhaupt nicht oder nur schwer ersetzt werden können; in concreto attestierte er den Flugbegleitern, zwar nicht dieselbe Schlüsselstellung für den Luftverkehr innezuhaben wie Piloten, gleichwohl aber auf Passagierflügen unverzichtbar und in ihrer Funktion jedenfalls kurzfristig kaum durch andere Arbeitnehmer ersetzbar zu sein.

²⁶⁷ Bestätigt durch BAG 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. *Buchner* – UFO.

²⁶⁸ BAG 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. *Buchner*.

gg) Der Beschluss vom 28. 3. 2006 („Christliche Gewerkschaft Metall [CGM]“)

Der Beschluss des 1. Senats des BAG vom 28. 3. 2006 zur Tariffähigkeit der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM)²⁶⁹ ist mit Recht als bedeutsame Klarstellung zur Handhabung des Mächtigkeitskriteriums²⁷⁰ und als Neujustierung der Kriterien zur Ermittlung der Tariffähigkeit²⁷¹ bezeichnet worden. Das Verhältnis der zur Konkretisierung der sozialen Mächtigkeit entwickelten Kriterien zueinander, das in den vorangegangenen Entscheidungen unklar geblieben war²⁷², hat das Gericht mit ihm geklärt.²⁷³

Für die gerichtliche Prüfung der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung ist danach wesentlich, ob diese bereits aktiv am Tarifgeschehen teilgenommen hat. Habe eine Arbeitnehmervereinigung im beanspruchten Zuständigkeitsbereich oder in erheblichen Teilbereichen desselben schon in nennenswertem Umfang Tarifverträge geschlossen, belege dies regelmäßig ihre Durchsetzungskraft. Die Indizwirkung entfalle nur ausnahmsweise, wenn es sich um Schein- oder Gefälligkeitstarifverträge oder um Tarifverträge handelt, die auf einem einseitigen Diktat der Arbeitgeberseite beruhen; diese schon seit längerem in der Rechtsprechung verwandten, bislang aber nur rudimentär inhaltlich ausgefüllten Begriffe hat das BAG in der CGM-Entscheidung näher definiert:

Ein Gefälligkeitstarifvertrag kann demnach in zwei Varianten auftreten. Der Begriff erfasse zum einen Vereinbarungen, die von der Arbeitgeberseite nur geschlossen werden, um der Arbeitnehmervereinigung einen Gefallen zu erweisen, etwa um ihr das Etikett einer „Gewerkschaft“ zu verleihen.²⁷⁴ Zum anderen könnten unter „Gefälligkeitstarifverträgen“ auch solche Vereinbarungen verstanden werden, bei denen die Arbeitnehmervereinigung der Arbeitgeberseite „gefällig“ ist. Davon könne freilich nur in Fällen eines kollusiven Zusammenwirkens der Arbeitnehmervereinigung mit der Arbeitgeberseite ausgegangen werden. Das BAG verlangt für eine solche Annahme das Vorliegen besonderer

²⁶⁹ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*.

²⁷⁰ *Henssler/Heiden*, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4, unter IV.

²⁷¹ *Greiner*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 35.

²⁷² *Greiner*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 36; s. auch *Maschmann*, Tarifaufonomie im Zugriff des Gesetzgebers – Verfassungsrechtliche Grundlagen einer Änderung des Tarifrechts und Möglichkeiten zur Anpassung von Tarifverträgen an geändertes Gesetzesrecht, 2007, S. 95 (im Folgenden: Tarifaufonomie im Zugriff des Gesetzgebers).

²⁷³ *Wank*, in: Soziale Sicherheit durch Sozialpartnerschaft – Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 141, 150 (im Folgenden: FS ZVK).

²⁷⁴ S. insoweit schon BAG 10. 9. 1985 AP TVG § 2 Nr. 34 – ALEB; dazu oben ee) (1).

Anhaltspunkte. Als solche zieht es in Betracht, dass etwa in einem Tarifvertrag unter Ausnutzung einer gesetzlichen Tariföffnungsklausel gesetzliche Mindestbedingungen ohne Kompensation unterschritten werden oder dass ein besonders krasses Missverhältnis zwischen den vereinbarten Leistungen vorliegt.

Wie vom Vorliegen eines Gefälligkeitstarifvertrags könne auch von einem Tarifvertrag, der auf dem Diktat der Arbeitgeberseite beruht, nur in Ausnahmesituationen ausgegangen werden. Eine solche soll nicht schon dann anzunehmen sein, wenn ein von einer „kleinen“ Arbeitnehmervereinigung abgeschlossener Tarifvertrag für die Arbeitnehmer ungünstigere Regelungen enthält als der von einer „mächtigen“ Gewerkschaft geschlossene. Daraus, dass eine Arbeitnehmervereinigung etwa zum Zwecke der Beschäftigungssicherung Zugeständnisse bei den Arbeitsbedingungen für angemessen hält, könne nicht geschlossen werden, ein entsprechender Tarifvertrag beruhe auf einem Diktat der Arbeitgeberseite.

Nicht nur der Abschluss originärer, sondern auch derjenige von Anschlussstarifverträgen entfaltet nach dem CGM-Beschluss indizielle Wirkung für das Vorliegen der sozialen Mächtigkeit. Solche Tarifverträge seien ein zuverlässiges Anzeichen dafür, dass die Vereinigung von den Arbeitgebern ernstgenommen wird und Durchsetzungskraft besitzt. Ausdrücklich gibt der 1. Senat die im Beschluss vom 14. 3. 1978²⁷⁵ geäußerte Einschätzung auf, Anschlussstarifverträge würden in aller Regel dem Verhandlungsübergewicht der einen Seite entspringen, die ihren Gegner überhaupt nicht als sozialen Gegenspieler ernst nehme. Anschlussstarifverträge werden nun also hinsichtlich ihrer Mächtigkeitsrelevanz nicht mehr den Gefälligkeitstarifverträgen, sondern den originär ausgehandelten Tarifverträgen gleichgestellt.²⁷⁶ Auf die Begründung des Gerichts für diesen Schritt ist später noch einzugehen.

Für den Fall, dass eine Arbeitnehmervereinigung noch nicht aktiv am Tarifgeschehen teilgenommen, also mit dem sozialen Gegenspieler noch keinerlei Vereinbarungen – seien es Tarifverträge, seien es sonstige Koalitionsvereinbarungen – geschlossen hat, verlangt das BAG die Darlegung von Tatsachen, die anhand einer prognostischen Beurteilung den Schluss rechtfertigen, die Arbeitgeberseite werde die Arbeitnehmervereinigung voraussichtlich nicht ignorieren und sich (Tarif-)Verhandlungen auf Dauer nicht entziehen können. Als hierzu

²⁷⁵ BAG 14. 3. 1978 AP TVG § 2 Nr. 30 – DAV; s. dazu oben cc).

²⁷⁶ Als „spektakulär“ bezeichnet dies *Greiner*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 38.

geeignete Tatsachen benennt es die Organisationsstärke sowie die Fähigkeit, durch Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen Druck auszuüben.

Im Rahmen der Subsumtion unter die derart bestimmten abstrakten Vorgaben zur sozialen Mächtigkeit distanziert sich der Senat in einem weiteren Punkt von Aussagen einer früheren Entscheidung. Im Beschluss zur Tariffähigkeit der CGHB²⁷⁷ hatte der Senat noch den von dieser geschlossenen originären Tarifverträgen Indizwirkung für die Durchsetzungskraft abgesprochen, weil die Initiative zum Tarifabschluss jeweils von der Gegenseite ausgegangen war und diese die CGHB nur als „Lückenbüßer“ angesehen habe, um Tarifbedingungen zu erreichen, zu deren Vereinbarung sich zuvor die damalige IG Bau-Steine-Erden nicht hatte bereit erklären wollen. Nunmehr führt der Senat aus: Selbst wenn die Initiative zum Abschluss der von der CGM vereinbarten Tarifverträge von der Arbeitgeberseite ausgegangen sei, entwerfe das die Indizwirkung der Tarifverträge nicht. Sie seien deshalb nicht ungeeignet zu belegen, dass die CGM bereits aktiv am Tarifgeschehen teilgenommen hat. Als „rechtlich unerheblich“ weist das BAG die Auffassung der IG Metall, welche das Verfahren zur Prüfung der Tariffähigkeit der CGM angestrengt hatte, zurück, die CGM sei bei den von ihr originär geschlossenen Tarifverträgen als „Lückenbüßer“ aufgetreten. Dieser Begriff, vom BAG in der Entscheidung vom 16. 1. 1990²⁷⁸ noch selbst verwendet, sei, so das BAG jetzt, zur Beurteilung der Tariffähigkeit untauglich.

Der aktuelle, mit dem CGM-Beschluss vom 28. 3. 2006 erreichte Stand der Rechtsprechung zur sozialen Mächtigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition lässt sich, was die Kriterien der Durchsetzungsfähigkeit anbelangt, wie folgt zusammenfassen²⁷⁹: Das Tarifverhalten einer Arbeitnehmervereinigung in der Vergangenheit einerseits und der insbesondere aus Organisationsstärke (Mitgliederzahl im Verhältnis zum selbst gewählten räumlichen und fachlichen Organisationsbereich) sowie Stellung der Mitglieder im Arbeitsleben (Stichwort „Schlüsselposition“) abzulesende status quo der Entwicklung einer Arbeitnehmervereinigung andererseits sind Begründungsalternativen. Dabei stellt die bisherige Tarifpraxis der Vereinigung das vorrangig heranzuziehende Kriterium dar.

²⁷⁷ BAG 16. 1. 1990 AP TVG § 2 Nr. 38; dazu oben ee) (2).

²⁷⁸ BAG 16. 1. 1990 AP TVG § 2 Nr. 38; s. o. ee) (2).

²⁷⁹ Vgl. Greiner, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 35 ff.

c) Zwischenzeitliche Billigung durch das BVerfG

Mit Beschluss vom 20. 10. 1981²⁸⁰ billigte das BVerfG die Rechtsprechung des BAG zum Erfordernis der sozialen Mächtigkeit. Da weder Grundgesetz noch Tarifvertragsgesetz die Voraussetzungen der Tariffähigkeit geregelt hätten, seien die Arbeitsgerichte befugt, die Voraussetzungen für die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung näher zu umschreiben.²⁸¹ Es sei mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit vereinbar, nur solche Koalitionen an der Tarifautonomie teilnehmen zu lassen, die in der Lage sind, den von der staatlichen Rechtsordnung freigelassenen Raum des Arbeitslebens durch Tarifverträge sinnvoll zu gestalten, um so die Gemeinschaft sozial zu befrieden.²⁸² Demgemäß sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Rechtsprechung die Tariffähigkeit von gewissen Mindestvoraussetzungen abhängig mache. Dazu gehöre eine Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler, die sicherstellt, dass dieser wenigstens Verhandlungsangebote nicht übersehen kann. Denn ein angestrebter Interessenausgleich durch Tarifvertrag könne nur zustande kommen, wenn die Arbeitnehmerkoalition so leistungsfähig ist, dass sich die Arbeitgeberseite veranlasst sieht, auf Verhandlungen über tarifliche Regelungen der Arbeitsbedingungen einzugehen und zum Abschluss eines Tarifvertrags zu kommen. Leistungsfähig in diesem Sinne sei eine Koalition nur, wenn sie Autorität gegenüber ihrem Gegenspieler und ihren Mitgliedern besitzt. Sie müsse auch von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die ihr gestellten Aufgaben zu erfüllen. Ohne diese Fähigkeit sei sie von dem guten Willen der Arbeitgeberseite und anderer Arbeitnehmerkoalitionen abhängig.²⁸³

Allerdings dürften keine Anforderungen an die Tariffähigkeit gestellt werden, die erheblich auf die Bildung und Betätigung einer Koalition zurückwirken, diese unverhältnismäßig einschränken und so zur Aushöhlung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gesicherten freien Koalitionsbildung und –betätigung führen. Durchsetzungsfähigkeit gegenüber dem sozialen Gegenspieler könne nicht bedeuten, dass die Arbeitnehmerkoalition die Chance des vollständigen Sieges haben muss. Es müsse nur erwartet werden, dass sie vom Gegner überhaupt ernst genommen wird, so dass die Regelung der Arbeitsbedingungen nicht einem

²⁸⁰ BVerfG 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233; s. auch den Nichtannahmebeschluss (Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG, §§ 93a ff. BVerfGG) vom 16. 9. 1991, EzA TVG § 2 Nr. 19a.

²⁸¹ BVerfG 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 248.

²⁸² BVerfG 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 248 f.

²⁸³ BVerfG 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 249.

Diktat der einen Seite entspringt, sondern ausgehandelt wird, wobei dann die unterschiedliche Stärke ins Gewicht falle. Ob eine solche Durchsetzungsfähigkeit angenommen werden kann, müsse bei jeder Koalition nach ihrer konkreten Situation im Einzelfall beurteilt werden. In diesem Umfang sei die „Verbandsmacht“ ein Umstand, von dem die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition abhängig gemacht werden kann, weil er von der Sache selbst gefordert werde und also der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens diene.²⁸⁴

An den einzelnen Prüfungskriterien, mit deren Hilfe das BAG in dem angegriffenen Beschluss die „Verbandsmacht“ des beschwerdeführenden Deutschen Arbeitnehmersverbandes e. V. verneint hatte, gibt es aus Sicht des BVerfG nichts auszusetzen. Das gilt etwa für die ins Verhältnis zum selbst gewählten räumlichen und fachlichen Organisationsbereich gesetzte Organisationsstärke (Mitgliederzahl), ferner für die Berücksichtigung von Mitgliedern in Schlüsselpositionen und der formellen und sachlichen Ausstattung der Koalition, wobei das BVerfG besonders auf den Umfang des zur Verfügung stehenden Personals abstellt. Nicht beanstandet wurde auch die Qualifizierung der einzigen vom Beschwerdeführer mit der Arbeitgeberseite geschlossenen Vereinbarung als auf das Fehlen der Durchsetzungsfähigkeit hindeutender Gefälligkeitsabschluss.²⁸⁵

2. Das Erfordernis der sozialen Mächtigkeit in der Literatur

Die Rechtsprechung zum Erfordernis der sozialen Mächtigkeit hat grundsätzliche Zustimmung²⁸⁶, aber auch Kritik erfahren²⁸⁷. Ihr werden in der Literatur im Wesentlichen folgende Alternativkonzepte gegenübergestellt:

²⁸⁴ BVerfG 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 249 f.

²⁸⁵ BVerfG 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 250 ff.

²⁸⁶ Etwa *Badura*, Anm. zu ArbG Stuttgart EZA GG Art. 9 Nr. 9, S. 74 ff.; *Deinert*, AuR 2004, 212, 213 f.; *ErfK/Dieterich*, 8. Auflage 2008, Art. 9 GG Rn. 66; *Düitz*, AuR 1976, 65, 78 ff.; *ders.*, Anm. zu BAG EZA TVG § 2 Nr. 12, S. 115 ff.; *ders.*, Arbeitsrecht, 12. Auflage 2007, Rn. 513; *Hanau*, NZA 2003, 128, 129; *Herschel*, JuS 1978, 524, 526 f.; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht, Band 2, 4. Auflage 2007, § 12 Rn. 24 ff.; *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG, 4. Auflage 2006, § 2 Rn. 17, 19 ff., 34 ff.; *Konzen*, ZfA 1978, 451, 458; *Löwisch*, ZfA 1970, 295, 309 f.; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 35 f.; *Däubler/Peter*, TVG, 2. Auflage 2006, § 2 Rn. 10 ff.; *Reuter*, Anm. zu BAG JuS 1977, 482, 483; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht –, 1996, Rn. 1867 ff. (im Folgenden: Arbeitsmarkt und Wettbewerb); *Rüthers/Roth*, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Nr. 32; *Maunz/Dürig/Scholz*, GG, Art. 9 Rn. 218.

²⁸⁷ Etwa *Buchner*, FS 25 Jahre BAG, 1979, S. 55, 60 ff.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 9 IV. 3. d), S. 433 ff.; *Grunsky*, Anm. zu BAG JZ 1977, 473, 473 f.; *Henssler*, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften – Das Beispiel der Christlichen Gewerkschaft Metall, 2006, S. 26 ff. (im Folgenden: Soziale Mächtigkeit); *HWK/Hergenröder*, 2. Auflage 2006, Art. 9 GG Rn. 51; *Kraft*, Anm. zu BAG SAE 1978, 43, 43 f.; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*,

a) Freies Spiel der Kräfte – Entscheidung des Marktes über die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung

Der direkte Gegenentwurf zum Konzept der Mächtigkeitslehre sieht vor, es dem freien Spiel der Kräfte zu überlassen, ob ein Verband sich durchsetzt. Zwar sei es wünschenswert, dass eine tariffähige Arbeitnehmerkoalition über Mittel und Erfahrungen verfügt, doch werde sich das zeigen; sei sie für ihre Aufgaben zu schwach, so löse sich das Problem von selbst. Habe der Verband aber einen Tarifvertrag geschlossen, so sollte die Fähigkeit hierzu nicht mehr bestritten werden können. Solange die Tarifautonomie durch das Auftreten von Splitterverbänden nicht merklich behelligt werde, was bislang nicht ernsthaft behauptet werden könne, vermöge es die Sorge um ihr Gedeihen nicht zu rechtfertigen, einer Koalition die Freiheit zu ihrer wichtigsten Betätigung zu versagen.²⁸⁸

b) Erweiterte Inhaltskontrolle

Andere Stimmen in der Literatur wollen das hinter dem Mächtigkeitskriterium stehende Ziel, nur eine gerechte tarifliche Ordnung anzuerkennen, durch eine erweiterte Inhaltskontrolle der Tarifvereinbarungen verwirklichen.²⁸⁹ Man könne kein künstliches Machtgleichgewicht schaffen, sondern lediglich nachträglich einzelnen Vereinbarungen wegen des fehlenden Machtgleichgewichts die Wirksamkeit absprechen. Alles andere sei mit der für die tarifliche Ordnung wegen ihres Rechtssatzcharakters unabdingbaren Rechtssicherheit nicht vereinbar.²⁹⁰ Des Weiteren wird darauf hingewiesen, eine richterliche Inhaltskontrolle des Tarifvertrages vermöge den Arbeitnehmerschutz besser zu gewährleisten als die abstrakte Überprüfung der sozialen Mächtigkeit des tarifschließenden Verbandes.²⁹¹

Arbeitsrecht, 6. Auflage 2008, § 35 I. 2. a), S. 360; *Mayer-Maly*, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Nr. 25; *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 399 ff.; *Staudinger/Richardi* (2005), vor §§ 611 ff. Rn. 581; *ders.*, NZA 2004, 1025, 1028; *Wiedemann*, Anm. zu BAG AP GG Art. 9 Nr. 24, unter II.; *Zeuner*, FS 25 Jahre BAG, 1979, S. 727, 728 ff.; *Zöllner*, Anm. zu BAG SAE 1969, 140 f.; s. auch ArbG Stuttgart 4. 2. 1972 EzA GG Art. 9 Nr. 9 m. Anm. *Badura*.

²⁸⁸ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 9 IV. 3. e) (3), S. 436 f.; s. auch *dens*, FS Herschel, 1982, S. 99, 115; ferner etwa *Grunsky*, Anm. zu BAG JZ 1977, 473, 474.

²⁸⁹ *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 406; *Wiedemann*, Anm. zu BAG AP GG Art. 9 Nr. 24, unter II. 2. c), III.; ferner *Bayreuther*, BB 2005, 2633, 2637, der das Mächtigkeitserfordernis auf eine Missbrauchskontrolle beschränken und ggf. flankierend Tarifverträge schwacher Koalitionen einer Inhaltskontrolle, allerdings ihrerseits nur im Sinne einer „elementaren Missbrauchskontrolle“, unterwerfen will; vgl. auch schon *Zeuner*, FS 25 Jahre BAG, 1979, S. 727, 732.

²⁹⁰ *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 406.

²⁹¹ *Wiedemann*, Anm. zu BAG AP GG Art. 9 Nr. 24, unter II. 2. c).

c) Nachträgliche Missbrauchskontrolle

Für eine Zurücknahme des Mächtigkeitserfordernisses auf eine nachträgliche Missbrauchskontrolle plädiert *Henssler*.²⁹² Das Kriterium der sozialen Mächtigkeit sei zur Sicherung eines funktionsfähigen Tarifwesens weder geeignet noch erforderlich. Daraus dürfe indes nicht gefolgert werden, dass nunmehr auf jede Form eines Korrektivs bei systemwidrigen Entwicklungen vollständig verzichtet werden dürfte. Die Rechtsprechung zur sozialen Mächtigkeit habe mit ihrem Anliegen, einen angemessenen, sozial befriedenden Interessenausgleich zu gewährleisten, durchaus einen zutreffenden Kern. Ein deutlich enger gefasstes Kriterium sozialer Mächtigkeit, das lediglich dazu dient, Missbräuche zu vermeiden, sei daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.²⁹³

Notwendig, aber auch hinreichend als Korrektiv erscheine eine auf das konkrete Tarifgeschehen bezogene Missbrauchskontrolle, bei der im Verfahren nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 4, 97 ArbGG anhand der Umstände des Einzelfalls hinsichtlich bestimmter Aktivitäten der angeblichen Tarifpartei die fehlende Tariffähigkeit festgestellt werden könne. Kriterien wie die fehlende soziale Mächtigkeit könnten in der Gesamtschau das Verdikt fehlender Tariffähigkeit mit tragen.²⁹⁴

Die Missbrauchskontrolle führe gegenüber der Mächtigkeitsrechtsprechung des BAG zu einer Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses.²⁹⁵ Eine dem Koalitionsbegriff des Art. 9 Abs. 3 GG unterfallende Arbeitnehmervereinigung genieße grundsätzlich Tariffähigkeit, solange die von ihr vereinbarten Tarifverträge keine konkreten Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Ausübung der zuerkannten Rechtsposition erkennen ließen. Anders als das Modell der Rechtsprechung, das die Kriterien der sozialen Mächtigkeit ohne Bezug zu einer konkreten Situation einsetze, um eine generelle Aussage zur Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung zu treffen, soll es nach dem Konzept der nachgeschalteten Missbrauchskontrolle darauf ankommen, aus einem konkreten Tarifabschluss Hinweise für die fehlende Richtigkeitsgewähr der tariflichen Normsetzung zu ziehen.²⁹⁶

²⁹² *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 54 f., 56 ff.; s. auch *Bayreuther*, BB 2005, 2633, 2637; ferner schon *Zeuner*, FS 25 Jahre BAG, 1979, S. 727, 732.

²⁹³ *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 54 f.

²⁹⁴ *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 56; ebenso *Bayreuther*, BB 2005, 2633, 2637.

²⁹⁵ *Bayreuther*, BB 2005, 2633, 2637; *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 56 f.

²⁹⁶ *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 57.

Rechtsfolge eines erkannten Missbrauchs muss danach nicht die umfassende Aberkennung der Tariffähigkeit sein. Vielmehr soll die an den Einzelfall gebundene Missbrauchskontrolle es ermöglichen, einer Koalition die Tariffähigkeit nur und genau dort abzusprechen, wo dies zur Beschränkung von Fehlentwicklungen systemnotwendig ist. Das schließe aber nicht aus, einer Arbeitnehmervereinigung ausnahmsweise auch generell die Tariffähigkeit abzusprechen, wenn sich aus der konkreten Fehlentwicklung, etwa bei mehrfachem Missbrauch der tariflichen Normsetzungsbefugnis, entnehmen lasse, dass sie auch im Übrigen nicht dazu in der Lage ist, Tarifverträge zu schließen, die das Ergebnis eines angemessenen Interessenausgleichs sind.²⁹⁷

Zur Feststellung eines Missbrauchs der Normsetzungsbefugnis sei auf Tatsachen abzustellen, die darauf hinweisen, dass mit dem Abschluss eines Tarifvertrages nicht die interessengerechte kollektive Regelung von Arbeitsbedingungen bezweckt war, sondern die Parteien einen anderen, sachfremden Grund hatten, gleichsam zum Schein einen Tarifvertrag zu schließen. Missbräuchlich wäre danach eine Vereinbarung, die erkennbar nur geschlossen wurde, um von gesetzlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften abzuweichen, ohne dass dies wegen der wirtschaftlichen Situation der Arbeitgeberseite zwingend geboten oder durch ausgleichende Vergünstigungen gerechtfertigt war.²⁹⁸ Auch der Inhalt des Tarifvertrages könne und müsse im Rahmen der Überprüfung herangezogen werden; schließlich gehe es nicht um die Überprüfung der Angemessenheit des in der Regelung enthaltenen Interessenausgleichs, sondern nur um die schlichte Feststellung, ob überhaupt ausgleichende Arbeitnehmerrechte begründet worden sind. Das Verbot der Tarifizensur werde dadurch nicht verletzt.²⁹⁹

Wenn sich aus den besonderen Umständen des Vertragsschlusses Anhaltspunkte für einen Tarifmissbrauch ergeben, sollen Indizien wie ein niedriger Organisationsgrad, mangelnder Einfluss auf die Tarifverhandlungen und der strategische Zusammenhang mit den

²⁹⁷ Henssler, Soziale Mächtigkeit, S. 57 f.

²⁹⁸ Henssler, Soziale Mächtigkeit, S. 60; das BAG hat diesen Gedanken im CGM-Beschluss dadurch aufgegriffen, dass es derartigen Vereinbarungen als Gefälligkeitstarifverträgen keine mächtigkeitsindizierende Wirkung beimessen will, s. BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. Henssler/Heiden, Rn. 69.

²⁹⁹ Henssler, Soziale Mächtigkeit, S. 60.

Verhandlungsversuchen einer Konkurrenzgewerkschaft den Missbrauchsverdacht verfestigen können.³⁰⁰

d) Relative Tariffähigkeit

Bei grundsätzlicher Zustimmung zum Mächtigkeitserfordernis³⁰¹ wollen insbesondere *Dütz* und *Rieble* dieses durch eine Differenzierung nach Branchen, Regionen und Berufsgruppen modifizieren.³⁰²

Nach *Dütz* ist die Frage nach der sozialen Mächtigkeit keine Frage, die bundesweit, also allgemein, entweder nur insgesamt bejaht oder verneint werden kann.³⁰³ Auszugehen sei vielmehr von einer tarifvertragsrelevanten Mächtigkeit, die nicht schlechthin abstrakt, sondern nur im Hinblick auf schon erfolgte, übliche oder beabsichtigte Tarifabschlüsse gegeben sein könne. Die Mächtigkeit sei notwendig auf einen bestimmten Geltungsbereich insbesondere in gebietsmäßiger und branchenspezifischer Hinsicht bezogen. Entscheidend sei die Fähigkeit zur Ausübung von Druck und Gegendruck im potentiellen tariflichen Geltungsbereich, besonders in der tarifrelevanten räumlichen Region, aber auch innerhalb der möglichen fachlichen Ausrichtung eines Tarifvertrags.³⁰⁴

Dem ähnelt das Konzept *Riebles*, der hierfür den Begriff der relativen Tariffähigkeit geprägt hat.³⁰⁵ Die Tariffähigkeit sei branchenmäßig (fachlich), regional und personell, d. h. nach Berufsgruppen, relativ. Als Bezugspunkt der relativen Tariffähigkeit sieht *Rieble* nicht, wie *Dütz*, das jeweilige Tarifgebiet, sondern die von der Koalition in ihrer Satzung selbst festgelegte Tarifzuständigkeit, also insbesondere die Branche und die Region, die sie als Geschäftsbereich³⁰⁶ beansprucht.³⁰⁷

³⁰⁰ *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 60.

³⁰¹ *S. Dütz*, AuR 1976, 65, 78 ff.; *ders.*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 12, S. 115 ff.; *ders.*, Arbeitsrecht, 12. Auflage 2007, Rn. 513; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 35 f.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 1867 ff.

³⁰² *S.* auch schon LAG Frankfurt am Main 19. 10. 1962 DB 1964, 702; dazu ablehnend *Stahlhacke*, DB 1964, 697 f.

³⁰³ *Dütz*, DB 1996, 2385, 2388, nach dem auch der Rechtsprechung des BAG kein solches Verständnis zugrunde liegt.

³⁰⁴ *Dütz*, DB 1996, 2385, 2389.

³⁰⁵ *Rieble*, FS Wiedemann, 2002, S. 519, 529 ff.; s. auch *dens.*, BB 2004, 885, 887 f.; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 37 ff.

³⁰⁶ Zum Begriff der Tarifzuständigkeit s. nur Wiedemann/*Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 56.

³⁰⁷ *Rieble*, FS Wiedemann, 2002, S. 519, 533.

Das BAG hat sich im CGM-Beschluss³⁰⁸ gegen das Konzept der relativen Tariffähigkeit³⁰⁹ ausgesprochen. Die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung für den beanspruchten Zuständigkeitsbereich sei einheitlich und unteilbar. Eine partielle, auf bestimmte Regionen, Berufskreise oder Branchen beschränkte Tariffähigkeit gebe es nicht. Zwar verwirkliche das Konzept einer partiellen Tariffähigkeit am konsequentesten das Prinzip, Tariffähigkeit dort, aber auch nur dort anzuerkennen, wo sie mit entsprechender Mächtigkeit der Arbeitnehmervereinigung verbunden ist. Es begegne aber aus Gründen der Rechtssicherheit durchgreifenden Bedenken.³¹⁰ Bei jedem Tarifvertrag würde fraglich sein, ob die ihn abschließende Arbeitnehmervereinigung im jeweiligen räumlichen oder fachlichen Bereich Durchsetzungskraft und damit (partielle) Tariffähigkeit besitzt.³¹¹ Zudem zweifelt das BAG an der Bestimmbarkeit insbesondere der räumlichen Grenzen, innerhalb derer Tariffähigkeit besteht oder nicht besteht.³¹²

Für die zu begutachtende Konstellation ist die Unterscheidung zwischen „absoluter“ und „relativer“ Tariffähigkeit nicht akut; sie bleibt daher in den folgenden Ausführungen unberücksichtigt.

II. Eigene Position

Dem BAG, das mit Unterstützung eines Großteils der Rechtslehre und unter Billigung des BVerfG die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition von deren sozialer Mächtigkeit abhängig macht, ist im Grundsatz zuzustimmen.³¹³ Dafür sind verfassungsrechtliche Erwägungen³¹⁴, ist insbesondere der für Art. 9 Abs. 3 GG zentrale Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems ausschlaggebend³¹⁵; auf sich beruhen kann daher, welche Bedeutung der Regelung in A. III. 2. des den Staatsvertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland

³⁰⁸ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 56 ff.

³⁰⁹ Das BAG spricht von „partieller“ Tariffähigkeit.

³¹⁰ Ebenso die überwiegende Literatur, etwa *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 394.

³¹¹ Ebenso schon die Vorinstanz, LAG Baden-Württemberg 1. 10. 2004 NZA-RR 2005, 85, 89.

³¹² BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 58.

³¹³ S. schon *Wank*, Übungen im Arbeitsrecht, 1. Auflage 1991, S. 130 f. (im Folgenden: Übungen) sowie *dens.*, FS ZVK, S. 141, 149.

³¹⁴ Zum Fehlen gemeinschafts- und völkerrechtlicher Vorgaben für die an die Tariffähigkeit zu stellenden Anforderungen s. BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 48 ff.; *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 16.

³¹⁵ S. im Einzelnen unten 3. d); auf die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems stellt auch das BAG in der Entscheidung zur Tariffähigkeit der CGM maßgeblich ab, BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 37, 40, 44 f.

und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18. 5. 1990³¹⁶ ergänzenden Gemeinsamen Protokolls über Leitsätze und dem Zustimmungsgesetz zu diesem Vertrag einschließlich des Gemeinsamen Protokolls vom 25. 6. 1990³¹⁷ für die interpretative Konkretisierung des § 2 Abs. 1 TVG zukommt.³¹⁸

1. Fehlen eines überzeugenden Alternativkonzepts zur Mächtigkeitsrechtsprechung

Die dem Mächtigkeitserfordernis in der Rechtslehre gegenübergestellten alternativen Konzepte vermögen nicht zu überzeugen.

a) „Freies Spiel der Kräfte“ und übermäßiges Vertrauen in die Selbstregulierung der kollektiven Verbandsstrukturen

Das gilt zunächst für den Vorschlag, es unter Verzicht auf jegliches Korrektiv³¹⁹ dem „freien Spiel der Kräfte“ zu überlassen, ob ein Verband sich durchsetzt.³²⁰ Das gänzliche Absehen von einem Korrektiv ist mit dem schützenswerten staatlichen Interesse an einem effizienten Tarifsystem nicht vereinbar.³²¹ Es beruht auf einem übermäßigen Vertrauen in die Selbstregulierung der kollektiven Verbandsstrukturen.³²²

Die Einschätzung, die Tarifautonomie sei durch das Auftreten nicht mächtiger Verbände bisher nicht merklich behelligt worden³²³, ist aus heutiger Sicht zweifelhaft. Wir erleben heute eine zunehmende Zersplitterung der Tariflandschaft. Das ist zum einen auf Spartengewerkschaften zurückzuführen, deren Tariffähigkeit nicht bezweifelt wird, zum anderen auf Arbeitnehmerorganisationen wie die CGZP im Bereich der Leiharbeit, deren Tariffähigkeit zweifelhaft ist.³²⁴

³¹⁶ BGBl. II, S. 537.

³¹⁷ BGBl. II, S. 518.

³¹⁸ S. dazu BAG 6. 6. 2000 BAGE 95, 47; 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 36; *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 203 ff.

³¹⁹ Abgesehen von den allgemein anerkannten Anforderungen an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung. Auf deren funktionssichernde Wirkung weist zu Recht hin *Henssler*, *Soziale Mächtigkeit*, S. 56.

³²⁰ S. o. I. 2. a).

³²¹ *Henssler*, *Soziale Mächtigkeit*, S. 54.

³²² *ErfK/Dieterich*, 8. Auflage 2008, Art. 9 GG Rn. 66; ähnlich *Dütz*, AuR 1976, 65, 80; *ders.*, Anm. zu BAG EZA TVG § 2 Nr. 12, S. 118; *Rieble*, FS *Wiedemann*, 2002, S. 519, 527.

³²³ So *Gamillscheg*, *Kollektives Arbeitsrecht I*, 1997, § 9 IV. 3. e) (3), S. 437.

³²⁴ S. die Nachweise bei *ErfK/Wank*, 8. Auflage 2008, § 19 AÜG Rn. 2.

Während das Bild lange Zeit von den DGB-Gewerkschaften beherrscht war, die jeweils für ihren fachlichen Bereich ein Monopol ausübten, sind inzwischen durch Aufkündigung früherer Tarifgemeinschaften eine Reihe von Spartengewerkschaften als eigenständige Akteure hinzugekommen, wie Marburger Bund, Vereinigung Cockpit, Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer.

Solange insoweit an der vom BAG vertretenen Ansicht³²⁵ festgehalten wurde, es gelte das Prinzip der Tarifeinheit, war in einem Betrieb im Ergebnis nur eine Gewerkschaft vertreten, d. h. es kam auch nur ein Arbeitskampf zwischen *einer* Gewerkschaft und dem Arbeitgeberverband in Betracht. Mit der Aufgabe des Prinzips der Tarifeinheit im Betrieb, die in der Literatur vorbereitet wurde³²⁶ (und die wohl auch vom BAG bald vollzogen wird) treten jetzt schon mehrere Gewerkschaften nebeneinander auf den Plan, wie die Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfe auf Seiten der Lokführer im Jahre 2007 eindrucksvoll gezeigt haben.

Die praktischen Schwierigkeiten, die sich aus der Aufgabe des Prinzips ergeben, werden gerade erst angesprochen³²⁷ und werden noch viel Diskussionsstoff bieten.

In dieser Situation kommt das Auftreten von Arbeitnehmervereinigungen, deren Tariffähigkeit zweifelhaft ist, erschwerend hinzu, so dass das eingangs genannte Argument jedenfalls heute nicht mehr tragfähig ist.

b) Erweiterte Inhaltskontrolle und Verbot der Tarifizensur

Der Verzicht auf das Erfordernis der sozialen Mächtigkeit kann nicht durch eine erweiterte Inhaltskontrolle der Tarifvereinbarungen kompensiert werden.³²⁸ Eine über die allgemeine Rechtskontrolle am Maßstab der Verfassung, des zwingenden einfachen Gesetzesrechts und

³²⁵ BAG 14. 6. 1989 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 16 m. Anm. *Wiedemann/Arnold*; 5. 9. 1990 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 19; 20. 3. 1991 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20 m. Anm. *Hanau/Kania*; 26. 1. 1994 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 22; 4. 12. 2002 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 28; 18. 10. 2006 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 287.

³²⁶ S. die Nachweise bei *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Auflage 2007, § 4 Rn. 287.

³²⁷ S. *Reichold*, RdA 2007, 321, 327.

³²⁸ Ablehnend auch *ErfK/Dieterich*, 8. Auflage 2008, Art. 9 GG Rn. 66: Übermäßiges Vertrauen in die Möglichkeiten einer Rechtsprechungskontrolle von Fall zu Fall.

„elementarer Gerechtigkeitsanforderungen“³²⁹ hinausgehende Inhaltskontrolle von Tarifverträgen ist mit der grundrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie, aus der ein Verbot der Tarifizensur folgt, unvereinbar.³³⁰

c) Missbrauchskontrolle und Rechtssicherheit

Der Zurücknahme des Mächtigkeitserfordernisses auf eine nachträgliche, am konkreten Tarifgeschehen ansetzende Missbrauchskontrolle schließlich steht der Aspekt der Rechtssicherheit entgegen. In der Konsequenz dieses Ansatzes soll es regelmäßig nicht zu einer generellen Zu- oder Aberkennung der Tariffähigkeit kommen; vielmehr wird es gerade als Vorzug der an den Einzelfall gebundenen Missbrauchskontrolle angesehen, dass sie es ermögliche, „einer Koalition die Tariffähigkeit nur und genau dort abzuspochen, wo dies zur Beschränkung von Fehlentwicklungen systemnotwendig ist“.³³¹

Danach könnte die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung immer wieder neu, im Extremfall also für jeden einzelnen Tarifabschluss, von Wettbewerbern im Verfahren nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2, 97 ArbGG in Zweifel gezogen werden. Zwar soll bei einem mehrfachen Missbrauch der tariflichen Normsetzungsbefugnis auch eine generelle Aberkennung der Tariffähigkeit in Betracht kommen³³²; bis dahin aber kann eine schwer erträgliche Rechtsunsicherheit bezüglich der Rechtswirksamkeit der einzelnen Tarifverträge entstehen.

Zutreffend ist der Hinweis³³³, dass schon *Löwisch* die Frage aufwarf, ob die besonderen Voraussetzungen der Tariffähigkeit nicht als Wirksamkeitsvoraussetzungen des Tarifvertrages genügen würden. *Löwisch* stellte die Frage, ob es wirklich notwendig sei, (u. a.) die Fähigkeit, wirkungsvollen Druck und Gegendruck auf den tariflichen Gegenspieler ausüben zu können, zur Voraussetzung der Befugnis zu machen, *überhaupt* Tarifverträge abzuschließen oder ob es nicht – wie es Konsequenz der nachträglichen Missbrauchskontrolle ist – genüge, sie als

³²⁹ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 47 des Beschlusses m. w. N.

³³⁰ *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 55; ebenso LAG Baden-Württemberg 1. 10. 2004 NZA-RR 2005, 85, 86, unter II. 2. a) bb) (2) der Gründe; beide unter zutreffendem Hinweis auch auf die Wertung des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB.

³³¹ *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 57.

³³² *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 58.

³³³ Bei *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 72 (Fn. 237).

Bedingung der Wirksamkeit des *konkreten* Tarifvertrags anzusehen.³³⁴ Im Ergebnis aber hat *Löwisch* diese Fragen im Sinne der „herkömmlichen“ Mächtigkeitslehre beantwortet³³⁵: Das Fehlen (u. a.) der Durchsetzungsfähigkeit führt ihm zufolge eben nicht bloß zur Nichtigkeit des konkreten Tarifvertrags, sondern nimmt der Vereinigung schlechthin die Tariffähigkeit. Denn der in den Tariffähigkeitserfordernissen liegende Schutz der Tarifunterworfenen wie der Allgemeinheit³³⁶ sei nur dann voll gewährleistet, wenn schon dem *Risiko* entgegengewirkt werde, dass eine diese Voraussetzungen nicht erfüllende Vereinigung auf dem Felde der Regelung von Arbeitsbedingungen überhaupt tätig wird.³³⁷ Dem ist zuzustimmen.

2. Keine stichhaltigen einfachrechtlichen Einwände gegen das Mächtigkeitserfordernis

a) § 12 TVG

Mittels eines Umkehrschlusses aus § 12 TVG (früher § 10a TVG³³⁸), der für den Begriff der Spitzenorganisation voraussetzt, dass der Zusammenschluss für die Vertretung der Arbeitnehmer- oder der Arbeitgeberinteressen im Arbeitsleben des Bundesgebietes wesentliche Bedeutung hat, wurde argumentiert, das Erfordernis einer gewissen Verbandsstärke könne nicht in § 2 Abs. 1 TVG hineingelesen werden.³³⁹

Dem ist mit *Rüthers/Roth* entgegenzuhalten, dass § 12 TVG aus dem Zusammenhang mit § 11 TVG verstanden werden muss. Es kam dem Gesetzgeber mit dem nachträglich eingefügten³⁴⁰ § 10a TVG (jetzt § 12 TVG) darauf an, nur besonders bedeutsame Spitzenorganisationen an den Verordnungen nach § 11 TVG zu beteiligen. In § 2 TVG geht es dagegen ganz allgemein

³³⁴ *Löwisch*, ZfA 1970, 295, 297; Hervorhebungen aus dem Original übernommen.

³³⁵ Für eine generelle Feststellung der Tariffähigkeit auch *Diitz*, AuR 1976, 65, 81; s. ferner LAG Baden-Württemberg 1. 10. 2004 NZA-RR 2005, 85, 86, unter II. 2. a) bb) (2) der Gründe, das den Charakter des Mächtigkeitserfordernisses als präventiver Mechanismus betont.

³³⁶ *Löwisch*, ZfA 1970, 295, 302 ff. gliedert die einzelnen Tariffähigkeitsvoraussetzungen auf in solche, die vom Legitimationsinteresse der Tarifunterworfenen, und solche, die von der Sorge des Staates für einen gerechten Interessenausgleich bei Wahrung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts getragen werden; aus letzterem Gesichtspunkt, konkret aus dem Gegengewichtsprinzip, erklärt er auch das Erfordernis der Druckausübungsfähigkeit, S. 307 ff.

³³⁷ *Löwisch*, ZfA 1970, 295, 312, Hervorhebung aus dem Original übernommen; *Löwisch*, a. a. O., S. 311 f., weist zur Begründung auf die Parallele der Tariffähigkeitsvoraussetzungen zu dem aus dem Gewerberecht (s. etwa § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO) bekannten Erfordernis der Zuverlässigkeit hin: Zuverlässigkeit meine die Erwartung der Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen; die Bindung an diese Bestimmungen reiche dem Gesetz zum Schutz des Rechtsverkehrs und der Allgemeinheit offenbar noch nicht aus, es scheue auch hier schon das Risiko der Nichteinhaltung; zum Begriff der (Un-)Zuverlässigkeit im Gewerberecht s. *Tettinger/Wank*, GewO, 7. Auflage 2004, § 35 Rn. 26 ff.

³³⁸ Vgl. *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 12 Rn. 1 f.

³³⁹ *Mayer-Maly*, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Nr. 25; s. auch *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 9 IV. 3. d) (1), S. 433; *Wiedemann*, Anm. zu BAG AP GG Art. 9 Nr. 24, unter II. 1. a).

³⁴⁰ Dazu *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 12 Rn. 1 f.

um die Fähigkeit, die tariflichen Koalitionsaufgaben zu erfüllen. Der unterschiedliche Normzweck lässt kein *argumentum e contrario* zu.³⁴¹

b) § 2 Abs. 1 TVG (Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers)

Daraus, dass § 2 Abs. 1 TVG neben Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern auch einzelnen Arbeitgebern ungeachtet ihrer Durchsetzungsfähigkeit die Tariffähigkeit zubilligt, ist der Schluss gezogen worden, dass der Gesetzgeber die soziale Mächtigkeit offensichtlich nicht als konstitutives Merkmal der Tariffähigkeit habe verstanden wissen wollen.³⁴² In der Entscheidung des Gesetzgebers für die Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers einerseits und der Beschränkung der Tariffähigkeit auf Arbeitnehmerseite auf mächtige Koalitionen andererseits wird ein Wertungswiderspruch gesehen.³⁴³ Zudem erkennt man einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG darin, dass das BAG³⁴⁴ das Erfordernis der sozialen Mächtigkeit nicht auch bei Arbeitgebern und Arbeitgeberverbänden verlangt.³⁴⁵

Einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz hat das BVerfG³⁴⁶ indes zutreffend verneint. Die Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers soll die Existenz eines Tarifpartners auch für den Fall sicherstellen, dass ein Arbeitgeberverband nicht besteht³⁴⁷; anderenfalls könnten sich Arbeitgeber einer Tarifierung leicht dadurch entziehen, dass sie unkoaliert bleiben.³⁴⁸

c) Justitiabilität der sozialen Mächtigkeit

Verbreitet wurde und wird die Justitiabilität des Erfordernisses der sozialen Mächtigkeit und der zu seiner Feststellung verwendeten Kriterien in Frage gestellt.³⁴⁹ Dieser Einwand mag

³⁴¹ *Rüthers/Roth*, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Nr. 32, unter II. 5. c); im Ergebnis ebenso *Dütz*, AuR 1976, 65, 74.

³⁴² *Wiedemann*, Anm. zu BAG AP GG Art. 9 Nr. 24, unter II. 1. a); s. auch *Zeuner*, FS 25 Jahre BAG, 1979, S. 727, 730 f.

³⁴³ *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 6. Auflage 2008, § 35 I. 2. a), S. 360; *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 404; ferner *Bayreuther*, BB 2005, 2633, 2636.

³⁴⁴ BAG 20. 11. 1990 AP TVG § 2 Nr. 40; kritisch hinsichtlich der Arbeitgeberverbände etwa *Hanau*, NZA 2003, 128, 129.

³⁴⁵ *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 404.

³⁴⁶ BVerfG 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 256; s. auch schon BVerfG 19. 10. 1966 BVerfGE 20, 312, 318.

³⁴⁷ S. insoweit auch *Zeuner*, FS 25 Jahre BAG, 1979, S. 727, 731.

³⁴⁸ Dazu auch *Rüthers/Roth*, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Nr. 32, unter II. 5. c).

³⁴⁹ *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 37 ff.; *Kraft*, Anm. zu BAG SAE 1978, 43, 44; *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 403; *Wiedemann*, Anm. zu BAG AP GG Art. 9 Nr. 24, unter II. 2. a) (1); *Zöllner*, Anm. zu BAG SAE 1969, 140; s. auch *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 9 IV. 3. c) (1), S. 431;

früher eine gewisse Berechtigung gehabt haben; ihm ist aber mit dem Beschluss vom 28. 3. 2006 zur Tariffähigkeit der CGM³⁵⁰ die Grundlage entzogen. In dieser Entscheidung hat der 1. Senat ein praktikables Prüfungsschema gefunden. Das Tarifverhalten einer Arbeitnehmervereinigung in der Vergangenheit einerseits und der insbesondere aus Organisationsstärke (Mitgliederzahl im Verhältnis zum selbst gewählten räumlichen und fachlichen Organisationsbereich) sowie Stellung der Mitglieder im Arbeitsleben (Stichwort „Schlüsselposition“) abzulesende status quo der Entwicklung einer Arbeitnehmervereinigung andererseits sind Begründungsalternativen.³⁵¹ Dabei stellt die bisherige Tarifpraxis der Vereinigung das vorrangig heranzuziehende Kriterium dar.³⁵² Dies trägt zur Justitiabilität des Mächtigkeitserfordernisses entscheidend bei: Die Analyse des Tarifverhaltens in der Vergangenheit ist die sicherste Prognosegrundlage für die verantwortungsbewusste Ausübung der Normsetzungskompetenz in der Zukunft.³⁵³

3. Verfassungsmäßigkeit des Erfordernisses der sozialen Mächtigkeit

a) Verbreitete Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Mächtigkeitsrechtsprechung

Die Rechtsprechung des BAG und ihre Verteidiger haben sich besonders mit verfassungsrechtlichen Bedenken ihrer Kritiker auseinanderzusetzen. In dem Merkmal der sozialen Mächtigkeit wird eine Verletzung der positiven Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG gesehen. Es erschwere kleinen und insbesondere neu gegründeten Arbeitnehmerkoalitionen in unverhältnismäßiger Weise, überhaupt Mitglieder zu gewinnen, diese zu halten und im Arbeitsleben in Konkurrenz zu den etablierten Verbänden zu vertreten.³⁵⁴ Dadurch werde die Bildung neuer Koalitionen verhindert oder über Gebühr erschwert.³⁵⁵

Bedenken hinsichtlich der Justitiabilität trotz grundsätzlicher Zustimmung zur Rechtsprechung des BAG auch bei *Konzen*, ZfA 1978, 451, 458.

³⁵⁰ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*.

³⁵¹ *Greiner*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 35 ff.; s. schon vor der Entscheidung des BAG zur CGM *Bayreuther*, BB 2005, 2633, 2634.

³⁵² *Greiner*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 35 ff.; s. auch *Hümmerich/Holthausen*, NZA 2006, 1070, 1074.

³⁵³ *Greiner*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 38; gegen den Einwand der fehlenden Justitiabilität auch *Dütz*, AuR 1976, 65, 75.

³⁵⁴ *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 6. Auflage 2008, § 35 I. 2. a), S. 360.

³⁵⁵ *Wiedemann*, Anm. zu BAG AP GG Art. 9 Nr. 24, unter II. 2. a) (3) m. w. N.

b) Relativierung der verfassungsrechtlichen Bedenken durch Aufgabe des einheitlichen Gewerkschaftsbegriffs

Das BAG muss die auf Art. 9 Abs. 3 GG gestützte Kritik des Schrifttums am Erfordernis der sozialen Mächtigkeit ernst nehmen. Dies bedingt zwingend eine Aufgabe des sog. einheitlichen Gewerkschaftsbegriffs. Nach einer vom BAG bereits 1956³⁵⁶ begründeten, zuletzt im Jahr 2006³⁵⁷ mit ausführlicher Begründung bestätigten Rechtsprechung ist der Begriff der „Gewerkschaft“ im gesamten Arbeitsrecht ein einheitlicher.³⁵⁸ Ausgehend von den zu § 2 Abs. 1 TVG entwickelten Anforderungen setzen demnach auch alle den „Gewerkschaften“ im Gesetz eingeräumten sog. sekundären Koalitionsrechte, insbesondere nach dem ArbGG (s. § 11 Abs. 2 Satz 2³⁵⁹) und dem BetrVG (etwa §§ 23 Abs. 1 Satz 1³⁶⁰, 46 Abs. 1 Satz 1³⁶¹), Tariffähigkeit und damit soziale Mächtigkeit voraus.

Der einheitliche Gewerkschaftsbegriff wird von Gegnern der Mächtigkeitsrechtsprechung mit einiger Berechtigung geradezu als das verfassungsrechtliche Grundproblem dieser Rechtsprechung angesehen.³⁶² Die Problematik der Rechtsprechung liege nicht in der beschränkten Zubilligung der Tariffähigkeit, sondern im Dogma von der Einheitlichkeit des Gewerkschaftsbegriffs.³⁶³ Auch in den Reihen derjenigen, die das BAG in seiner Rechtsprechung zur Tariffähigkeit, also zum Erfordernis sozialer Mächtigkeit bei § 2 Abs. 1 TVG, unterstützen, wird der einheitliche Gewerkschaftsbegriff verbreitet abgelehnt³⁶⁴ und als

³⁵⁶ BAG 6. 7. 1956 AP ArbGG 1953 § 11 Nr. 11 m. Anm. *Bührig*.

³⁵⁷ BAG 19. 9. 2006 AP BetrVG 1972 § 2 Nr. 5 m. Anm. *B. Schmidt*; s. dazu auch *Rieble*, Anm. RdA 2008, 35.

³⁵⁸ S. neben den vorgenannten Entscheidungen etwa BAG 23. 4. 1971 AP ArbGG 1953 § 97 Nr. 2; 15. 3. 1977 AP GG Art. 9 Nr. 24; zustimmend *Däubler*, Anm. zu BAG AuR 1977, 286, 286 f.; *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG, 4. Auflage 2006, § 2 Rn. 78; *Söllner*, AuR 1976, 321, 321 ff.; für den Gewerkschaftsbegriff des BetrVG *Löwisch*, Anm. zu BAG SAE 1972, 231, 231 f.; für § 11 Abs. 2 Satz 2 ArbGG auch *Rüthers/Roth*, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Nr. 32, unter II. 5.; zustimmend früher auch *Dütz*, AuR 1976, 65, 67 f.; *ders.*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 12, S. 113 f.; anders aber später *ders.*, DB 1996, 2385, 2390.

³⁵⁹ Dazu BAG 6. 7. 1956 AP ArbGG 1953 § 11 Nr. 11 m. Anm. *Bührig*; 15. 3. 1977 AP GG Art. 9 Nr. 24 m. Anm. *Wiedemann*; *Wank/Ramrath*, NZA 1993, 345.

³⁶⁰ Dazu BAG 23. 4. 1971 AP ArbGG 1953 § 97 Nr. 2.

³⁶¹ Dazu BAG 19. 9. 2006 AP BetrVG 1972 § 2 Nr. 5 m. Anm. *B. Schmidt* = RdA 2008, 35 m. Anm. *Rieble*.

³⁶² So *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 9 IV. 3. e), S. 435; *ders.*, FS Herschel, 1982, S. 99, 114; ähnlich *Wiedemann*, Anm. zu BAG AP GG Art. 9 Nr. 24, unter II. 3. a) und b): Bedenklich sei es „vor allem“, die Fähigkeit zur Druckausübung hinsichtlich sekundärer Koalitionsrechte zu fordern; in Verbindung mit der These vom einheitlichen Gewerkschaftsbegriff führe die Mächtigkeitsrechtsprechung zu einer Aushöhlung der Garantie der Koalitionsbetätigung in Art. 9 Abs. 3 GG.

³⁶³ *Buchner*, Anm. zu BAG SAE 1987, 108.

³⁶⁴ So *Konzen*, ZfA 1978, 451 (ablehnend zum einheitlichen Gewerkschaftsbegriff S. 456, zustimmend zum Tariffähigkeitserfordernis der sozialen Mächtigkeit S. 458); *Reuter*, Anm. zu BAG JuS 1977, 482, 483; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (zustimmend zum Tariffähigkeitserfordernis der sozialen Mächtigkeit Rn. 1867 ff., ablehnend zum einheitlichen Gewerkschaftsbegriff Rn. 1856 ff., 1874 ff.); s. auch einerseits zustimmend zum Tariffähigkeitserfordernis der sozialen Mächtigkeit *Wank*, Übungen, S. 130 f. sowie *ders.*, FS

der „neuralgische Punkt der überkommenen Kasuistik“ bezeichnet.³⁶⁵ Er verstößt gegen Art. 9 Abs. 3 GG³⁶⁶ und steht auch rechtsmethodisch auf tönernen Füßen.³⁶⁷

Mit einer Aufgabe des einheitlichen Gewerkschaftsbegriffs wäre der verfassungsrechtlich begründeten Kritik an der Mächtigkeitsrechtsprechung zumindest die Spitze genommen.

c) Soziale Mächtigkeit als Fall der Grundrechtsausgestaltung

aa) Soziale Mächtigkeit und „Kernbereichsrechtsprechung“ des BVerfG

Die Verfassungsmäßigkeit des Erfordernisses hinreichender Durchsetzungsfähigkeit einer tariffähigen Arbeitnehmerkoalition kann nicht unter Hinweis auf die geänderte Rechtsprechung des BVerfG zur sog. „Kernbereichslehre“ bezweifelt werden.

Die Entscheidung des BVerfG vom 20. 10. 1981, mit der es die Rechtsprechung des BAG zur sozialen Mächtigkeit als verfassungsgemäß anerkannte, steht, worauf Kritiker des Mächtigkeitserfordernisses durchaus mit Recht hinweisen³⁶⁸, ausdrücklich auf dem Boden der mittlerweile „klargestellten“³⁶⁹ Kernbereichsrechtsprechung des BVerfG.³⁷⁰ Auch der spätere Nichtannahmebeschluss vom 16. 9. 1991³⁷¹ erging zeitlich vor der „Klarstellung“ der Kernbereichsrechtsprechung.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob nicht die verfassungsrechtliche Bewertung des Mächtigkeitkriteriums unter der Geltung der neuen verfassungsgerichtlichen Vorgaben zum

ZVK, S. 141, 149, andererseits den einheitlichen Gewerkschaftsbegriff ablehnend *ders.*, ZfA 1987, 355, 456; Wank/Ramrath, NZA 1993, 345, 349 ff.

³⁶⁵ Konzen, Anm. zu BAG SAE 1984, 136.

³⁶⁶ S. nur Konzen, Anm. zu BAG SAE 1984, 136, 138; Schleusener, RdA 1999, 186, 187 f.; Wank, ZfA 1987, 355, 456.

³⁶⁷ Dazu Franzen, RdA 2001, 1, 7; Grunsky, Anm. zu BAG JZ 1977, 473, 474; Wiedemann/Oetker, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 122, 216, 219; Schleusener, RdA 1999, 186, 187; B. Schmidt, Anm. zu BAG AP BetrVG 1972 § 2 Nr. 5, unter II.; Wank/Ramrath, NZA 1993, 345, 349.

³⁶⁸ S. etwa Bayreuther, BB 2005, 2633, 2636 f.; Henssler, Soziale Mächtigkeit, S. 24; Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Auflage 2008, § 35 I. 2. a), S. 359, dort Fn. 5; s. auch Richardi, NZA 2004, 1025, 1027; ferner LAG Baden-Württemberg 1. 10. 2004 NZA-RR 2005, 85, 86 f.

³⁶⁹ Durch BVerfG 14. 11. 1995 BVerfGE 93, 352 = JZ 1996, 627 m. Anm. Wank.

³⁷⁰ S. BVerfG 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 247 f.; zur früheren Kernbereichslehre ferner die Nachweise bei Wiedemann/Wiedemann, TVG, 7. Auflage 2007, Einleitung Rn. 76.

³⁷¹ BVerfG 16. 9. 1991 EzA TVG § 2 Nr. 19a; s. dazu schon oben I. 1. c).

Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG überdacht und womöglich revidiert werden muss.³⁷² Sie ist freilich im Ergebnis zu verneinen.

bb) Die Unterscheidung zwischen Grundrechtseingriff und Grundrechtsausgestaltung

Zum einen geht es grundrechtsdogmatisch bereits im Ansatz fehl, das Richterrecht zur sozialen Mächtigkeit als Eingriff in den – nach neuerer Lesart des BVerfG nicht mehr nur in einem Kernbereich gewährleisteten – Schutzbereich der Koalitionsfreiheit zu begreifen. Die neuere Grundrechtsdogmatik hat der Rechtsfigur des „Eingriffs“ längst die der Ausgestaltung an die Seite gestellt.³⁷³ Gegenüber dem Grundrechtseingriff ist die Grundrechtsausgestaltung ein aliud.³⁷⁴ Wie z. B. die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist auch die Koalitionsfreiheit ein ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht.³⁷⁵ Was die Tarifautonomie als Teilgewährleistung der Koalitionsbetätigungsgarantie anbelangt, so hat das BVerfG schon früh ausgesprochen, dass der Staat ein Tarifvertragssystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts überhaupt erst einmal bereitzustellen hat.³⁷⁶ Dabei steht ihm ein weiterer Spielraum zur Ausgestaltung der Tarifautonomie offen.³⁷⁷ Mit dem herkömmlichen Denken in Form eines Eingriffs des Staates in ein Grundrecht ist es hier nicht getan. Um sich entfalten zu können, brauchen Grundrechtsträger institutionelle Rahmenbedingungen rechtlicher, aber auch wirtschaftlicher und sozialpolitischer Art. Deshalb würde es nicht ausreichen, nur Eingriffe des Staates zu kontrollieren, wenn man nicht gleichzeitig auch den Staat für verpflichtet hält, ein normatives System bereitzustellen. Neben der Abwehrfunktion der Grundrechte stehen daher das Recht und die Pflicht des Staates zur Ausgestaltung des Grundrechts.³⁷⁸

Ausgestaltung bedeutet, die Grundrechtsausübung zu ermöglichen und den objektiven Grundrechtsgehalt zu fördern. Sie schafft die Grund- und Rahmenbedingungen der

³⁷² In diese Richtung *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 24: Angesichts der neuen Rechtsprechung des BVerfG dränge es sich auf, die verfassungsrechtliche Würdigung einer kritischen Überprüfung zuzuführen.

³⁷³ S. schon *Wank*, Anm. zu BVerfG AP GG Art. 9 Nr. 76, unter A. III. 1.; aus der verfassungsrechtlichen Literatur etwa *Maunz/Dürig/Herdegen*, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 41; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1995, Rn. 303 ff.; *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Auflage 2006, vor Art. 1 Rn. 34 f., Art. 9 Rn. 46; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 21. Auflage 2005, Rn. 209 ff.; umfangreiche Nachweise bei *Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 29, dort Fn. 180.

³⁷⁴ *Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 135.

³⁷⁵ BVerfG 1. 3. 1979 BVerfGE 50, 290, 368; 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 247; *Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 15 f.; *Wank*, Anm. zu BVerfG AP GG Art. 9 Nr. 76, unter A. III. 1.

³⁷⁶ BVerfG 18. 11. 1954 BVerfGE 4, 96, 106.

³⁷⁷ BVerfG 19. 10. 1966 BVerfGE 20, 312, 317; 1. 3. 1979 BVerfGE 50, 290, 369; 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 248.

³⁷⁸ *Wank*, FS ZVK, S. 141, 143.

Koalitionsbetätigungsfreiheit, wohingegen es sich bei Grundrechtseingriffen um die Gestaltung konkreter inhaltlicher Einzelfragen handelt. Zwischen Ausgestaltung und Eingriff bestehen also strukturelle Unterschiede.³⁷⁹ Jede Ausgestaltung hat indes gleichsam einen Doppelcharakter: Zwar verleiht einerseits die ausgestaltende Regelung der Grundrechtsbetätigung erst Wirkung.³⁸⁰ Denn „rechtliches Können“ verlangt zur praktischen Realisierung nach Normenbeständen; der Staat muss bestimmte Handlungen als Rechtshandlungen qualifizieren und ihnen rechtliche Geltung verschaffen.³⁸¹ Andererseits aber kann sich die Regelung für den Einzelnen als gegenüber einer allgemeinen Freigabe der entsprechenden Betätigung nachteiliger erweisen³⁸²; auch Ausgestaltungen können also zur Verkürzung oder zum Ausschluss bestimmter Verhaltensweisen führen.³⁸³ Mag aber aufgrund dessen auch die äußerliche Unterscheidung beider Kategorien bisweilen schwer fallen³⁸⁴, so ändert dies doch nichts am rechtsdogmatischen Ausgangspunkt: Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff lassen sich im Ansatz nach Zielrichtung, Inhalt und Rechtscharakter deutlich voneinander abheben.³⁸⁵

Die Mächtigkeitslehre stellt einen Fall der Ausgestaltung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG dar, nicht einen Fall des Grundrechtseingriffs.³⁸⁶ Denn es geht um die Grund- und Ausgangsbedingungen einer normativ konstituierten

³⁷⁹ Wank, Anm. zu BVerfG AP GG Art. 9 Nr. 76, unter A. III. 1; s. auch Wank, Anm. zu BVerfG JZ 1996, 629, 630; a. A. Schwarze, JuS 1994, 653, 658: Nur graduelle, keine strukturellen Unterschiede.

³⁸⁰ Wank, Anm. zu BVerfG AP GG Art. 9 Nr. 76, unter A. III. 1.

³⁸¹ Maschmann, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 94.

³⁸² Wank, Anm. zu BVerfG AP GG Art. 9 Nr. 76, unter A. III. 1.

³⁸³ Maschmann, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 135 f.

³⁸⁴ Däubler/Däubler, TVG, 2. Auflage 2006, Einleitung Rn. 124; Dieterich, RdA 2002, 1, 11; Maschmann, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 136, dort Fn. 926.

³⁸⁵ Wiedemann/Wiedemann, TVG, 7. Auflage 2007, Einleitung Rn. 91; ablehnend gegenüber der Unterscheidung von Eingriff und Ausgestaltung aber Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie – Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht, 2005, S. 30 ff.; reserviert ferner Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte – Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, 1988, S. 59 ff.; kritisch auch Henssler, ZfA 1998, 1, 11, der die Unterscheidung zwischen Ausgestaltung und Eingriff als ein für Art. 9 Abs. 3 GG durch die Praxis entlarvtes „künstliches Konstrukt“ bezeichnet und eine präzise Grenzziehung zwischen normativer Ausgestaltung und Eingriff für nicht möglich hält; die Formel von der bloßen gesetzlichen Ausgestaltung der Tarifautonomie ohne Eingriffscharakter sei „irreführend“; dagegen Maschmann, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 32; mit Blick auf die Mächtigkeitsrechtsprechung nicht klar zwischen Ausgestaltung und Eingriff differenzierend Henssler, Soziale Mächtigkeit, S. 25 f.; unklar auch BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. Henssler/Heiden, Rn. 40 einerseits, Rn. 45 andererseits.

³⁸⁶ Däubler/Däubler, TVG, 2. Auflage 2006, Einleitung Rn. 127; Greiner, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 34; Maschmann, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 94 f.; Wank, FS ZVK, S. 141, 148; s. auch BVerfG 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 247; Dütz, AuR 1976, 65, 78; Wiedemann, FS Stahlhacke, 1995, S. 675, 683 f.; allgemein zur Abgrenzung von Grundrechtseingriff und Grundrechtsausgestaltung Maschmann, a. a. O., S. 29 ff., 37 ff., 134 ff.; Wank, Anm. zu BVerfG AP GG Art. 9 Nr. 76; ders., FS ZVK, S. 141, 143; Wiedemann/Wiedemann, TVG, 7. Auflage 2007, Einleitung Rn. 91 ff., 104.

Freiheit.³⁸⁷ Das Denken in den Kategorien abwehrrechtlicher Grundrechtsdogmatik führt daher hier nicht weiter. Zutreffend schreibt *Konzen*:

„Bei der Ausgestaltung der Tarifautonomie ist der Gesetzgeber in seiner Kompetenz (...) nicht davon abhängig, ob die Koalitionsbetätigung durch Art. 9 Abs. 3 GG lediglich in einem *Kernbereich* garantiert ist oder der „objektive Gehalt“ des Art. 9 Abs. 3 GG weiterreicht.“³⁸⁸

cc) Bestätigung des Mächtigkeitserfordernisses auch durch die neuere Verfassungsrechtsprechung

Zum anderen hat das BVerfG das Erfordernis der Durchsetzungskraft auch nach der Distanzierung vom früheren Kernbereichsverständnis ausdrücklich bestätigt. In seiner Entscheidung vom 24. 2. 1999³⁸⁹ weist es zunächst darauf hin, dass „die Reduzierung des Schutzes von Art. 9 Abs. 3 GG auf einen Kernbereich (...) auf einem Mißverständnis“ der früheren Rechtsprechung beruht habe.³⁹⁰ Sodann heißt es³⁹¹:

„Tarifautonomie steht von Verfassungs wegen nur solchen Koalitionen zu, die in der Lage sind, den von der staatlichen Rechtsordnung freigelassenen Raum des Arbeitslebens durch Tarifverträge sinnvoll zu gestalten. Voraussetzungen dafür sind die Geschlossenheit der Organisation *und die Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler* (vgl. BVerfGE 58, 233 [248 f.] m. w. N.).“

Ob daraus der Schluss gezogen werden kann, das BVerfG halte das Mächtigkeitskriterium nun nicht mehr³⁹² nur für mit der Verfassung vereinbar, sondern darüber hinaus für verfassungsrechtlich geboten³⁹³, erscheint zweifelhaft, beruht doch die Entscheidung vom 24. 2. 1999 im Ergebnis nicht auf der zitierten Passage. Wenigstens aber wird sich sagen lassen, dass dem Versuch, der Mächtigkeitsrechtsprechung des BAG unter Verweis auf die geänderte Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 9 Abs. 3 GG die Verfassungsfestigkeit zu bestreiten, kein

³⁸⁷ *Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 95.

³⁸⁸ *Konzen*, Anm. zu BVerfG SAE 1996, 216, 219; Hervorhebung aus dem Original übernommen.

³⁸⁹ BVerfG 24. 2. 1999 BVerfGE 100, 214.

³⁹⁰ BVerfG 24. 2. 1999 BVerfGE 100, 214, 222.

³⁹¹ BVerfG 24. 2. 1999 BVerfGE 100, 214, 223; Hervorhebung nicht im Original.

³⁹² Wie noch in BVerfG 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 246 ff.

³⁹³ So ErfK/*Dieterich*, 8. Auflage 2008, Art. 9 GG Rn. 66; ohne eigene Stellungnahme Wiedemann/*Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 407.

Erfolg beschieden sein würde.³⁹⁴ Auch das BAG ist der Meinung, dass es für die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Erfordernisses der sozialen Mächtigkeit letztlich nicht darauf ankommt, ob die Möglichkeit, Tarifverträge abzuschließen, zum „Kernbereich“ der Koalitionsfreiheit gehört.³⁹⁵

d) Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems als entscheidender Gesichtspunkt

aa) Allgemeine Leitlinie

Da der Gesetzgeber seiner Ausgestaltungspflicht in Bezug auf die Tariffähigkeit nicht nachgekommen ist, fällt diese Aufgabe den Gerichten der Arbeitsgerichtsbarkeit zu.³⁹⁶ Der dabei den Gerichten zustehende Ausgestaltungsspielraum kann jedenfalls nicht größer sein als der des Gesetzgebers³⁹⁷; richtigerweise muss er vielmehr auf das Unerlässliche zurückgenommen werden.³⁹⁸ Während dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eine politische Einschätzungs- und Gestaltungsprärogative zukommt, ist der ausgestaltende Richter deutlich stärker gebunden.³⁹⁹

Entscheidend dafür, ob eine bestimmte Voraussetzung für die Tariffähigkeit verlangt werden kann, ist somit die Frage, ob das betreffende Merkmal so wesentlich ist, dass ohne diese Voraussetzung die den Koalitionen im öffentlichen Interesse übertragene Aufgabe, im Verein mit dem sozialen Gegenspieler das Arbeitsleben zu ordnen und zu befrieden, nicht erfüllt werden kann⁴⁰⁰, ob also das Merkmal unerlässlich ist, um die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems zu gewährleisten.⁴⁰¹

Diese Frage ist für das Erfordernis der sozialen Mächtigkeit im Grundsatz zu bejahen.⁴⁰² Der Verzicht hierauf würde Arbeitnehmervereinigungen die Tariffähigkeit zukommen lassen, die eine Auseinandersetzung mit der Gegenseite gar nicht aufzunehmen oder nicht durchzuhalten

³⁹⁴ In die entgegengesetzte Richtung freilich die Würdigung der Entscheidung vom 24. 2. 1999 bei *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 24.

³⁹⁵ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 44 des Beschlusses.

³⁹⁶ Vgl. BVerfG 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 248; *Dütz*, AuR 1976, 65, 78.

³⁹⁷ *Wiedemann*, Anm. zu BAG AP GG Art. 9 Nr. 24, unter II. 1. b); s. auch *Dütz*, AuR 1976, 65, 78: Der Richter als Gesetzgeber habe die fehlende Norm wie ein verantwortungsbewusster Gesetzgeber zu entwickeln.

³⁹⁸ *Wank*, FS ZVK, S. 141, 149.

³⁹⁹ *Greiner*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 35.

⁴⁰⁰ So mit Blick auf die Arbeitskampfbereitschaft BVerfG 6. 5. 1964 BVerfGE 18, 18, 27; mit Blick auf die soziale Mächtigkeit *Wiedemann*, Anm. zu BAG AP GG Art. 9 Nr. 24, unter II. 1. b).

⁴⁰¹ *Wank*, Übungen, S. 130; s. auch *Dütz*, AuR 1976, 65, 78; *ders.*, DB 1996, 2385.

⁴⁰² Ebenso *Dütz*, Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2007, Rn. 513.

und daher den Auftrag des Grundgesetzes zur gleichgewichtigen Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht zu erfüllen in der Lage sind. Die Tarifautonomie würde mangels Chancengleichheit bei den Tarifverhandlungen in ihrer Funktion entscheidend beeinträchtigt werden. Eine Vielzahl kleiner und nicht durchsetzungsfähiger Koalitionen, denen die gleichen Rechte zuerkannt würden wie mächtigen Koalitionen, würde die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems zerstören. Diese Koalitionen können sich zu Tarifverträgen verleiten lassen, die nicht den von der Verfassung intendierten Schutz gewährleisten. An die Stelle eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen den sozialen Gegenspielern würde das Diktat der stärkeren Tarifparteien treten.⁴⁰³

Im Einzelnen streiten kann man freilich darüber, wie viel Großzügigkeit erlaubt ist, bevor die Funktionsfähigkeit des Systems in Frage gestellt wird.⁴⁰⁴ Dabei steckt Art. 9 Abs. 3 GG das Feld, innerhalb dessen sich die Diskussion über die konkrete Ausformung des Mächtigkeitsmerkmals zu bewegen hat, von beiden Seiten ab.⁴⁰⁵ Auf der einen Seite darf wegen des Grundrechts der Koalitionsfreiheit, das jeder, auch der (noch) nicht mächtigen Koalition zusteht und das den Koalitionspluralismus als Möglichkeit gewährleistet, das Merkmal der sozialen Mächtigkeit nicht zu restriktiv gehandhabt werden, da anderenfalls die verfassungsrechtlich garantierte Bildung neuer Gewerkschaften verhindert wird;⁴⁰⁶ die durch das Gegengewichtsprinzip bestimmte Restriktion der Tariffähigkeit muss daher auf das unerlässliche Maß beschränkt bleiben.⁴⁰⁷ Auf der anderen Seite muss das Gesamtsystem der Tarifautonomie funktionsfähig bleiben.⁴⁰⁸

Den verfassungsrechtlichen Einwänden aus Reihen der Arbeitsrechtswissenschaft ist daher (zum einen durch eine Aufgabe des einheitlichen Gewerkschaftsbegriffs⁴⁰⁹, zum anderen) dadurch Rechnung zu tragen, dass das Kriterium der Mächtigkeit nicht zu restriktiv gehandhabt wird. Auch Gegner des Mächtigkeitserfordernisses räumen ein, dass der auf Art. 9

⁴⁰³ Wank, Übungen, S. 130 f.; ders., FS ZVK, S. 141, 149

⁴⁰⁴ Wank, FS ZVK, S. 141, 149.

⁴⁰⁵ S. auch Däubler/Däubler, TVG, 2. Auflage 2006, Einleitung Rn. 128 zur Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie als Grenze der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers und der Rechtsprechung.

⁴⁰⁶ Wank, Übungen, S. 131; s. auch Badura, Anm. zu ArbG Stuttgart EzA GG Art. 9 Nr. 9, S. 76; Diütz, AuR 1976, 65, 76.

⁴⁰⁷ Badura, Anm. zu ArbG Stuttgart EzA GG Art. 9 Nr. 9, S. 76; Diütz, AuR 1976, 65, 76; ders., Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 12, S. 119.

⁴⁰⁸ Vgl. Wank, Übungen, S. 131.

⁴⁰⁹ S. o. b).

Abs. 3 Satz 1 GG gestützte Einwand von den Anforderungen abhängt, die an die Druckausübungsfähigkeit gestellt werden.⁴¹⁰

bb) Konkrete Folgerungen für die Handhabung des Mächtigkeitserfordernisses

(1) Der zutreffende Ausgangspunkt des BAG im CGM-Beschluss: Bisherige Teilnahme am Tarifgeschehen

Während das BAG durch seine konkrete Handhabung des Mächtigkeitserfordernisses zunächst eine sehr hohe „Marktzugangshürde“ für neu gegründete Arbeitnehmerkoalitionen errichtete⁴¹¹, hat es nach verbreiteter Einschätzung in der Literatur die Anforderungen zuletzt, d. h. mit den Beschlüssen zur Tariffähigkeit der UFO⁴¹² und der CGM⁴¹³, tendenziell gesenkt.⁴¹⁴

Da Art. 9 Abs. 3 GG eine zu restriktive, das Maß des zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie Unerlässlichen überschreitende, Handhabung des Mächtigkeitserfordernisses verbietet, ist dies im Ausgangspunkt zu begrüßen. Insbesondere verdient es grundsätzlich Zustimmung, dass das BAG mittels des Kriteriums des aktiven Eingreifens in den Prozess der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen die Anerkennung einer Arbeitnehmervereinigung als vollwertige Tarifpartnerin grundsätzlich (zurück) in die Hände der sozialen Gegenspieler legt⁴¹⁵, zumal die Analyse des Tarifverhaltens in der Vergangenheit die sicherste Prognosegrundlage für die verantwortungsbewusste Ausübung der Normsetzungskompetenz in der Zukunft ist.⁴¹⁶ Soweit im Schrifttum Kritik am Mächtigkeitserfordernis des aktiven Eingreifens in das Tarifgeschehen geäußert wird, weil die Tariffähigkeit Voraussetzung und nicht Folge des Tarifabschlusses und das Abstellen auf die Tarifierfolge in der Vergangenheit daher zirkulär sei⁴¹⁷, vermag dies nicht zu überzeugen.

⁴¹⁰ Wiedemann/Oetker, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 405.

⁴¹¹ Franzen, RdA 2001, 1, 6 f., der für eine Senkung der Anforderungen plädiert (S. 7); ferner Dütz, DB 1996, 2385, 2387 f.

⁴¹² BAG 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. Buchner.

⁴¹³ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. Henssler/Heiden.

⁴¹⁴ Vgl. Bayreuther, BB 2005, 2633, 2634; Buchner, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1; ErfK/Franzen, 8. Auflage 2008, § 2 TVG Rn. 12; Greiner, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 32 und passim; Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Auflage 2008, § 35 I. 2. a), S. 359 f.

⁴¹⁵ Henssler/Heiden, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4, unter IV.

⁴¹⁶ Greiner, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 38.

⁴¹⁷ Rieble, FS Wiedemann, 2002, S. 519, 534; ders., BB 2004, 885, 888; zustimmend ErfK/Franzen, 7. Auflage 2007, § 2 TVG Rn. 12; s. ferner Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 46; kritisch auch Bayreuther, BB 2005, 2633, 2635.

Schließlich soll dem Tarifabschluss nur Indizwirkung, nämlich hinsichtlich der tatsächlichen Anerkennung der Arbeitnehmervereinigung durch die Arbeitgeberseite, beigemessen werden.⁴¹⁸

(2) Grenzen dieser Betrachtungsweise vor dem Hintergrund der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems

Um einer Entwertung des Erfordernisses der sozialen Mächtigkeit und einer daraus resultierenden Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems vorzubeugen, ist freilich eine differenzierte Betrachtung des Tarifverhaltens einer Arbeitnehmervereinigung in der Vergangenheit von Nöten:

(a) „Gefälligkeitstarifverträge“

Richtigerweise billigt das BAG Schein-, Gefälligkeits- und solchen Tarifverträgen, die auf einem Diktat der Arbeitgeberseite beruhen, keine indizielle Wirkung für die Durchsetzungskraft einer Arbeitnehmervereinigung zu.⁴¹⁹ Das BAG legt aber eine sehr enge Definition des Gefälligkeitstarifvertrages zugrunde: Ein Gefälligkeitstarifvertrag in dem Sinne, dass die Arbeitnehmervereinigung der Arbeitgeberseite „gefällig“ ist⁴²⁰, soll nur in Fällen eines kollusiven Zusammenwirkens der Arbeitnehmervereinigung mit der Arbeitgeberseite vorliegen können.⁴²¹ Beide Seiten müssten also per definitionem bewusst zum Nachteil der von der Koalition vertretenen Arbeitnehmer zusammenwirken.⁴²² Ob danach ein Gefälligkeitstarifvertrag jemals justitiabel vorliegen wird, ist zweifelhaft.⁴²³

Die Kategorie des Gefälligkeitstarifvertrages stellt jedoch ein wichtiges Korrektiv bei der Würdigung der bisherigen Tarifpraxis einer Arbeitnehmerkoalition unter Mächtigkeitsgesichtspunkten dar. Durch die betont enge Begriffsbestimmung entsteht die Gefahr, dass das Kriterium der aktiven Teilnahme am Prozess der tariflichen Regelung von

⁴¹⁸ Henssler, Soziale Mächtigkeit, S. 42 f.

⁴¹⁹ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. Henssler/Heiden, Rn. 66, 71.

⁴²⁰ Die umgekehrte Konstellation eines Gefälligkeitstarifvertrages, in der die Arbeitgeberseite eine Vereinbarung nur schließt, um der Arbeitnehmervereinigung einen Gefallen zu erweisen, etwa um ihr das Etikett einer „Gewerkschaft“ zu verleihen (vgl. dazu BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. Henssler/Heiden, Rn. 68), kann hier außer Betracht bleiben.

⁴²¹ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. Henssler/Heiden, Rn. 69.

⁴²² Greiner, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 41; allgemein zum Begriff der Kollusion Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Auflage 2008, § 164 Rn. 13 m. w. N.

⁴²³ Greiner, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 40.

Arbeitsbedingungen, welches nach der Konzeption des BAG immerhin das zur Beurteilung der Durchsetzungsfähigkeit in erster Linie heranzuziehende Moment darstellt, jegliche begrenzende Funktion verliert. Folge wäre der faktische Verzicht auf jegliches Korrektiv. Letztlich würde es doch dem „freien Spiel der Kräfte“ überlassen, ob eine Koalition sich durchsetzt; dies wäre indes, wie bereits festgehalten wurde, mit Blick auf die Grenzen der Selbstregulierung der kollektiven Verbandsstrukturen bedenklich⁴²⁴ und mit der verfassungsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems unvereinbar.

Ebenfalls bedenklich ist im Übrigen die Zurückhaltung des BAG bei der Bestimmung der Rechtsfolgen für den Fall, dass doch einmal ein Gefälligkeitstarifvertrag vorliegen sollte. Diese beschränken sich nach Auffassung des 1. Senats darauf, dass die mächtigkeitsindizierende Wirkung des betreffenden Tarifvertrages entfällt. Davon unberührt bleiben soll hingegen die indizielle Wirkung aller übrigen von der Arbeitnehmervereinigung geschlossenen Tarifverträge. Erst eine Vielzahl solcher Tarifverträge könne die indizielle Wirkung der Gesamtheit der von der Arbeitnehmervereinigung geschlossenen Tarifverträge in Frage stellen.⁴²⁵

Dazu ist mit Recht bemerkt worden, dass der Abschluss eines Tarifvertrags, welcher die strengen Kriterien des BAG für das Vorliegen eines Gefälligkeitstarifvertrags erfüllt, schon Anlass zu Zweifeln an der Gegnerunabhängigkeit der tarifschließenden Arbeitnehmervereinigung gibt. Eine Koalition, die kollusiv mit dem sozialen Gegenspieler zum Schaden der von ihr repräsentierten Arbeitnehmer zusammenwirkt, entspreche nicht dem verfassungsrechtlichen Leitbild. Anderes könne gelten, wenn das kollusive Verhalten in der Vergangenheit auf individuelles Versagen einzelner Repräsentanten zurückzuführen war und diese inzwischen nicht mehr im Amt sind.⁴²⁶

(b) Weitere Grenzen

Nachdem sich das BAG mit seiner extrem engen Bestimmung des Begriffs des Gefälligkeitstarifvertrages eines wichtigen Korrektivs bei der Beurteilung der bisherigen Tarifpraxis einer Arbeitnehmervereinigung unter dem Blickwinkel der

⁴²⁴ S. o. II. 1. a).

⁴²⁵ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 71.

⁴²⁶ *Greiner*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 42 f.

Durchsetzungsfähigkeit effektiv selbst beraubt hat, ist es zur Sicherung der Effektivität der Kontrollmechanismen und damit der Funktionsfähigkeit des Systems umso wichtiger, bei der Würdigung des Kriteriums des aktiven Eingreifens in das Tarifgeschehen anderwärts Grenzen zu ziehen.

(aa) Keine mächtigkeitsindizierende Wirkung bei Fehlen eines Interessengegensatzes

Richtig ist nicht erst auf diesem Hintergrund die Differenzierung nach dem Tarifynhalt mit Blick etwa auf Zuordnungstarifverträge nach § 3 Abs. 1 BetrVG.⁴²⁷ Mächtigkeitsindizierende Wirkung haben vor allem solche Tarifverträge, in denen sich der Ausgleich typischerweise divergierender Interessen beider Seiten realisiert, denen also ein Interessengegensatz der Vertragspartner zugrunde liegt. Ein organisatorisch anderer Zuschnitt betrieblicher Einheiten gemäß § 3 BetrVG indes kann in gleicher Weise im Interesse des Arbeitgebers wie der Arbeitnehmer liegen. Das heißt nicht, dass Tarifverträge, die nicht auf gegen-, sondern auf gleichläufigen Interessen beruhen, unwirksam sind oder dass der Abschluss eines solchen Tarifvertrags oder auch mehrerer solcher Tarifverträge geeignet ist, Zweifel an der Durchsetzungsfähigkeit der tarifschließenden Arbeitnehmervereinigung zu begründen; es heißt nur, dass eine Arbeitnehmervereinigung mit solchen Tarifverträgen eben nicht ihre Mächtigkeit belegen kann, sie muss sich dann aus den sonst von ihr abgeschlossenen Vereinbarungen oder aus der Organisationsstärke (Mitgliederzahl, Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen) ergeben.

Dafür, Zuordnungstarifverträgen nach § 3 Abs. 1 BetrVG keine mächtigkeitsindizierende Wirkung beizumessen, besteht mithin nach dem Gesagten ein triftiger Grund. Die in der Literatur geäußerte Einschätzung, vor dem Hintergrund der Neubewertung des Anschlussstarifvertrages unter Mächtigkeitsgesichtspunkten durch das BAG (dazu sogleich) werde die skeptische Sichtweise der BTÜ-Entscheidung⁴²⁸ auf Zuordnungstarifverträge nach § 3 Abs. 1 BetrVG nicht mehr zu halten sein⁴²⁹, kann daher – unabhängig davon, dass, wie sogleich ausgeführt werden wird, die Neubewertung des Anschlussstarifvertrages ihrerseits Skepsis verdient – nicht geteilt werden.

⁴²⁷ BAG 6. 6. 2000 AP TVG § 2 Nr. 55 m. Anm. *Oetker*; 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. *Buchner*.

⁴²⁸ BAG 6. 6. 2000 AP TVG § 2 Nr. 55 m. Anm. *Oetker*.

⁴²⁹ So *Greiner*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 39.

(bb) Zweifelhafte Würdigung von Anschlussstarifverträgen durch das BAG

Die vom 1. Senat des BAG im CGM-Beschluss⁴³⁰ bejahte mächtigkeitsindizierende Wirkung von Anschlussstarifverträgen ist zweifelhaft.⁴³¹

Nach Auffassung des Senats entfalten auch die von einer Arbeitnehmervereinigung in nennenswertem Umfang geschlossenen Anerkennungs- oder Anschlussstarifverträge indizielle Wirkung für das Vorliegen der sozialen Mächtigkeit. Solche Tarifverträge seien ein zuverlässiges Anzeichen dafür, dass die Vereinigung von den Arbeitgebern ernst genommen wird und Durchsetzungskraft besitzt.⁴³²

Ausdrücklich distanziert sich der Senat von der im Beschluss vom 14. 3. 1978⁴³³ geäußerten Einschätzung, Anschlussstarifverträge würden in aller Regel dem Verhandlungsübergewicht der einen Seite entspringen, die ihren Gegner überhaupt nicht als sozialen Gegenspieler ernst nimmt. Zum einen sei es eher ein Zeichen von Stärke als von Schwäche der Arbeitnehmervereinigung, wenn es ihr gelinge, durch den Abschluss von Anschlussstarifverträgen die normative Geltung tariflicher Regelungen auch auf bislang nicht erfasste Arbeitsverhältnisse zu erstrecken. Zum anderen sei es nicht sachgerecht, von Arbeitnehmervereinigungen zum Beleg ihrer Tariffähigkeit den Abschluss originärer Tarifverträge zu verlangen. Insbesondere dann, wenn eine „große“ Gewerkschaft in ihrem Zuständigkeitsbereich bereits einschlägige Tarifverträge geschlossen habe, werde es einer „kleineren“ konkurrierenden Arbeitnehmervereinigung kaum jemals gelingen, einen für die Arbeitnehmer günstigeren Tarifvertrag durchzusetzen. „Originalität“ im Sinne der Durchsetzung eigener tarifpolitischer Vorstellungen sei daher keine notwendige Voraussetzung für Tariffähigkeit.

⁴³⁰ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 72, 82 des Beschlusses.

⁴³¹ Zurückhaltend hinsichtlich der mächtigkeitsindizierenden Wirkung von Anschlussstarifverträgen auch LAG Baden-Württemberg 1. 10. 2004 NZA-RR 2005, 85, 87; s. auch *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG, 4. Auflage 2006, Grundlagen Rn. 93.

⁴³² Zustimmend *Hümmerich/Holthausen*, NZA 2006, 1070, 1075.

⁴³³ BAG 14. 3. 1978 AP TVG § 2 Nr. 30.

(aaa) Keine Gleichsetzung mit Gefälligkeitstarifverträgen – Anschulstarifverträge und der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb

Die weitgehende Gleichsetzung von Anschlusstarifverträgen mit originär ausgehandelten Tarifverträgen unter Mächtigkeitsaspekten begegnet Bedenken. Zwar war auch die anfängliche Gleichsetzung von Anschluss- mit Gefälligkeitstarifverträgen⁴³⁴ nicht richtig: Sie wurde dem Umstand nicht gerecht, dass angesichts des vom BAG (bislang) für Fälle der Tarifpluralität vertretenen Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb, dem zufolge in einem Betrieb stets nur ein Tarifvertrag zur Anwendung kommen kann⁴³⁵, einer Sparten- oder Minderheitsgewerkschaft⁴³⁶ oft gar nichts anderes übrig blieb, als einen Anschlusstarifvertrag zu schließen, wollte sie ihren Mitgliedern überhaupt den unmittelbaren und zwingenden Schutz (irgend-)eines Tarifvertrages sichern. Der Abschluss eines originären Tarifvertrages erweist sich in bereits tarifierten Bereichen für eine Sparten- oder Minderheitsgewerkschaft unter der Geltung der betrieblichen Tarifeinheit vielfach als sinnlos, würde ein solcher Tarifvertrag doch ohnehin nicht normativ zur Anwendung kommen, vielmehr nach den Vorgaben des BAG durch den spezielleren Tarifvertrag verdrängt. Diesen Zusammenhang hat nunmehr auch der 1. Senat im CGM-Beschluss erkannt⁴³⁷: Für eine „kleinere“ Arbeitnehmervereinigung erscheine es dann, wenn eine „große“ Gewerkschaft in ihrem Zuständigkeitsbereich bereits einschlägige Tarifverträge geschlossen hat, angesichts des vom BAG bislang vertretenen Prinzips der Tarifeinheit und des praktischen Bedürfnisses an

⁴³⁴ BAG 14. 3. 1978 AP TVG § 2 Nr. 30.

⁴³⁵ BAG 14. 6. 1989 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 16 m. Anm. *Wiedemann/Arnold*; 5. 9. 1990 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 19; 20. 3. 1991 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20 m. Anm. *Hanau/Kania*; 26. 1. 1994 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 22; 4. 12. 2002 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 28; 18. 10. 2006 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 287; aus dem überwiegend ablehnenden Schrifttum s. stellvertretend *Fenn*, FS Kissel, 1994, S. 213, 229 ff.; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 351 ff.; *Konzen*, RdA 1978, 146, 150 ff.; *Kraft*, RdA 1992, 161, 165 ff.; *Thüsing/v. Medem*, ZIP 2007, 510, 511 ff.; *Waas*, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität, 1999, S. 123 ff.; *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Auflage 2007, § 4 Rn. 287; *ders.*, Anm. zu BAG EZA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 9; *Wiedemann/Arnold*, ZTR 1994, 443, 444 ff.; die Rechtsprechung verteidigend insbesondere *Heinze/Ricken*, ZfA 2001, 159, 174 ff.; *Hromadka*, GS Heinze, 2005, S. 383, 387 ff.; *Säcker/Oetker*, ZfA 1993, 1, 4 ff.; vermittelnde Positionen haben in letzter Zeit vor allem *Bayreuther*, NZA 2007, 187, 188 ff. und *Buchner*, BB 2003, 2121, 2125; *ders.*, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 631, 635 f. eingenommen.

⁴³⁶ In der Literatur wird der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb oft als Beeinträchtigung insbesondere *kleiner* Gewerkschaften kritisiert; als nicht mit der Rechtswirklichkeit übereinstimmende Behauptung bezeichnet dies freilich *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 451; ähnlich *Band*, Tarifkonkurrenz, Tarifpluralität und der Grundsatz der Tarifeinheit, 2003, S. 136; nach *Buchner*, BB 2003, 2121, 2124 f. richtet sich die Rechtsprechung des BAG zur Tarifeinheit im Betrieb nicht allgemein gegen Tarifverträge von Minderheitsgewerkschaften, z. B. Christlichen Gewerkschaften wie der CGM, im Ergebnis allerdings gegen die Tarifverträge der Spartengewerkschaften (z. B. GDL), die nur die Arbeitsverhältnisse einzelner Berufsgruppen regeln; s. dazu auch *Thüsing/v. Medem*, ZIP 2007, 510, 511; *Greiner*, NZA 2007, 1023, 1025, jeweils m. w. N.

⁴³⁷ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 72.

einheitlichen tariflichen Regelungen innerhalb eines Betriebs wenig sinnvoll, durch einen originären Tarifvertrag abweichende Arbeitsbedingungen zu vereinbaren. Der kleineren Arbeitnehmervereinigung bleibe, wolle sie nicht einen Tarifvertrag mit schlechteren Arbeitsbedingungen schließen, kaum eine andere Möglichkeit als der Abschluss von Anschlussstarifverträgen.⁴³⁸

(bbb) Aber: Auch keine Gleichsetzung mit originär ausgehandelten Tarifverträgen – Anschlussstarifverträge als „kollektive Gleichstellungsabreden“

Die vorzugswürdige Alternative zur früheren Gleichstellung mit Gefälligkeitstarifverträgen dürfte aber entgegen dem 1. Senat nicht in einer weitgehenden Gleichsetzung von Anschlussstarifverträgen mit originär ausgehandelten Tarifverträgen liegen; vielmehr dürften Anschlussstarifverträge jedenfalls in der Regel als „mächtigkeitsneutral“ zu bewerten sein. Das ergibt sich aus Folgendem:

Die jetzige Würdigung der von einer – insbesondere kleineren, noch nicht etablierten – Arbeitnehmervereinigung geschlossenen Anschlussstarifverträge durch das BAG geht daran vorbei, dass vielfach die – insbesondere von etablierten (DGB-)Gewerkschaften geschlossenen – übernommenen Tarifverträge kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme Klausel ohnehin auch schon auf die Arbeitsverhältnisse der Mitglieder der kleinen Koalition (schuldrechtlich) Anwendung finden. Etwa 80 – 90 % aller Arbeitsverträge enthalten eine Verweisung auf Tarifverträge.⁴³⁹ Ein einzelner Arbeitgeber oder ein Arbeitgeberverband geht also in vielen Fällen mit dem Abschluss eines Anerkennungstarifvertrages keine Bindungen ein, die über die ohnehin schon kraft der in den Arbeitsverträgen enthaltenen Verweisungsklauseln bestehende Bindung hinausgehen. Dann aber liegt im Abschluss eines Anerkennungstarifvertrages kein Indiz für die Durchsetzungsfähigkeit, da die Arbeitgeberseite damit nichts gewährt, was nicht in der Sache ohnehin schon gilt. Eine Arbeitnehmervereinigung benötigt regelmäßig kein besonderes Druckpotential, um die Arbeitgeberseite dazu zu bewegen, ihren Mitgliedern die Arbeitsbedingungen des Haupttarifvertrages zukommen zu lassen, weil sich die Arbeitgeber hierzu üblicherweise ohnehin per dynamischer Bezugnahme Klausel verpflichtet sehen.⁴⁴⁰ Der Anschlussstarifvertrag

⁴³⁸ S. aus der Literatur schon zuvor etwa *Bayreuther*, BB 2005, 2633, 2635.

⁴³⁹ Vgl. *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 62 (mit Fn. 45): Ca. 90 %; *Henssler/Heiden*, Anm. zu BAG RdA 2004, 241 (Fn. 1): Bis zu 84 %.

⁴⁴⁰ *Bayreuther*, BB 2005, 2633, 2635.

fungiert hier als eine Art kollektive Gleichstellungsabrede, aus der nicht ohne weiteres auf eine Durchsetzungsfähigkeit geschlossen werden kann.⁴⁴¹

(ccc) Abweichende Beurteilung bei Abschluss in wirtschaftlichen Krisenzeiten?

Abweichend, d. h. als mächtigkeitsrelevant, kann der Abschluss von Anschlussstarifverträgen allenfalls in besonderen Situationen beurteilt werden. So führte der 1. Senat im UFO-Beschluss⁴⁴² in gegenüber der CGM-Entscheidung noch erkennbar zurückhaltenderer Diktion aus, jedenfalls in wirtschaftlich schwierigen Zeiten, in denen die Arbeitgeberseite auf eine Senkung der Personalkosten dränge, könne die bloße Erstreckung tariflicher Ansprüche auf bisher nicht erfasste Arbeitnehmer Ausdruck von Durchsetzungskraft sein. Das ist in der Literatur zum Teil durchaus wohlwollend aufgenommen und zu folgender Differenzierung weiterentwickelt worden: In Zeiten wirtschaftlicher Prosperität und einer günstigen Arbeitsmarktsituation könne ein Anschlussstarifvertrag weniger Aussagekraft entfalten als in wirtschaftlichen Krisenzeiten, in denen es bereits eine beträchtliche soziale Errungenschaft sein könne, wenn die normative Wirkung eines Tarifvertrages auf bislang nicht erfasste Arbeitsverhältnisse erstreckt wird.⁴⁴³

Dahinter darf man folgende Überlegung vermuten: Nur die normative Tarifwirkung bietet den Unabdingbarkeitsschutz des § 4 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 TVG; die arbeitsvertragliche Verweisungsklausel hingegen entfaltet eine rein schuldrechtliche Wirkung⁴⁴⁴, kann also durch Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien (etwa in Form der Streichung der Klausel und ihrer Ersetzung durch eine eigenständige, für den Arbeitnehmer verschlechternde einzelvertragliche Regelung oder in Form der Änderung des tariflichen Bezugnahmeobjekts) zu Lasten des Arbeitnehmers geändert werden. In einer Situation, in der die Arbeitgeberseite auf eine Senkung der Personalkosten drängt, könnte also die Erstreckung der normativen Wirkung des Tarifvertrages auf die Arbeitnehmer, die nicht Mitglied der den übernommenen Tarifvertrag schließenden (DGB-)Gewerkschaft, sondern Mitglied der den Anschlussstarifvertrag schließenden, um Anerkennung ihrer Tariffähigkeit kämpfenden Gewerkschaft sind, doch ein

⁴⁴¹ Kempen/Zachert/Kempen, TVG, 4. Auflage 2006, § 2 Rn. 45 f.

⁴⁴² BAG 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. Buchner.

⁴⁴³ Greiner, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 39.

⁴⁴⁴ So die ganz h. M., s. nur HWK/Henssler, 2. Auflage 2006, § 3 TVG Rn. 27; Wiedemann/Oetker, TVG, 7. Auflage 2007, § 3 Rn. 285; Jan Christof Otto, Arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln und Änderungen der Tarifgeltung, 2006, S. 30; Preis, FS Wiedemann, 2002, S. 425, 427; Thiising/Lambrich, RdA 2002, 193, 194; anders insbesondere v. Hoyningen-Huene, RdA 1974, 138, 142 ff.

„Mehr“ gegenüber der aufgrund einer arbeitsvertraglichen Verweisung bestehenden individualrechtlichen Situation sein.

Jedoch vermag auch diese Überlegung nicht vollends von der (wenigstens ausnahmsweisen, in Abhängigkeit zur wirtschaftlichen Lage zu beurteilenden) Indizwirkung eines Anschlussstarifvertrages für die Mächtigkeit zu überzeugen. Denn auch ohne normative Wirkung ist der Arbeitnehmer, der nur mittels einzelvertraglicher Inbezugnahme am Tarifschutz teilhat, nicht wehrlos den Änderungswünschen des Arbeitgebers ausgeliefert. Der Arbeitsvertrag mit der Bezugnahmeklausel könnte nur mit seinem Einverständnis geändert werden. Eine Änderungskündigung müsste er in den hier zur Beurteilung anstehenden Fällen in der Regel nicht fürchten, da die Rechtsprechung an eine betriebsbedingte Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung, auf die der Arbeitgeber hier angewiesen wäre, strenge Anforderungen stellt.⁴⁴⁵

Auch der Hinweis des BAG auf wirtschaftlich schwierige Zeiten, in denen die Arbeitgeberseite auf eine Senkung der Personalkosten drängt, vermag demnach die mächtigkeitsindizierende Wirkung, die das BAG dem Anschlussstarifvertrag beimisst, nicht zu begründen. Anschlussstarifverträge sind „mächtigkeitsneutral“.

Ergebnis zu II.

Auf der Grundlage der vorstehenden Modifikationen ist dem BAG in seiner konkreten Handhabung des Erfordernisses der sozialen Mächtigkeit beizutreten. Den auf Art. 9 Abs. 3 GG gestützten verfassungsrechtlichen Bedenken der Rechtslehre wird durch die Ablehnung des einheitlichen Gewerkschaftsbegriffs sowie dadurch Rechnung getragen, dass durch die maßgebliche Berücksichtigung der bisherigen Tarifpraxis einer Arbeitnehmervereinigung die Anforderungen an die soziale Mächtigkeit gegenüber der früheren, als zu restriktiv kritisierten Linie des BAG zurückgenommen werden; die Anerkennung einer Arbeitnehmervereinigung als vollwertige Tarifpartnerin wird damit grundsätzlich (zurück) in die Hände der sozialen Gegenspieler gelegt.⁴⁴⁶ Eine zu restriktive, das Maß des zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie Unerlässlichen überschreitende Handhabung des Mächtigkeitskriteriums kann gegenwärtig nicht (mehr) festgestellt werden.

⁴⁴⁵ Vgl. BAG 23. 6. 2005 AP KSchG 1969 § 2 Nr. 81.

⁴⁴⁶ S. nochmals *Henssler/Heiden*, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4, unter IV.

Auf der anderen Seite dürfen indes die Anforderungen nicht zu weit abgesenkt werden. Unter diesem Aspekt begegnen die extrem enge Definition des Gefälligkeitstarifvertrages durch das BAG sowie die Gleichstellung von Anschluss- und originär ausgehandelten Tarifverträgen den vorstehend geäußerten Bedenken.

Im Ergebnis ist nach allem eine mittlere Linie zwischen der früheren, teils zu restriktiven, und der jetzigen, teils zu großzügigen Linie des BAG zu favorisieren. Damit wird auf der einen Seite die Grenze des zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems Unerlässlichen respektiert und auf der anderen Seite einer Beeinträchtigung eben jener Funktionsfähigkeit vorgebeugt.

III. Soziale Mächtigkeit der GNBZ?

1. Weichenstellung

Zur Prüfung der sozialen Mächtigkeit der GNBZ hat nach dem vom 1. Senat des BAG im CGM-Beschluss⁴⁴⁷ entwickelten Konzept folgende Weichenstellung zu erfolgen: Es ist zu untersuchen, ob die GNBZ bereits in nennenswertem Umfang aktiv in den Prozess der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen eingegriffen hat oder ob dies noch nicht der Fall war.

2. Bisherige Tarifpraxis der GNBZ

Hat eine Arbeitnehmervereinigung mit der Arbeitgeberseite im beanspruchten Zuständigkeitsbereich oder in erheblichen Teilbereichen desselben bereits in nennenswertem Umfang Tarifverträge geschlossen, so kann typischerweise davon ausgegangen werden, dass sie die erforderliche Durchsetzungskraft besitzt.⁴⁴⁸

Die GNBZ hat bisher – soweit ersichtlich – lediglich zwei Tarifverträge geschlossen, nämlich einen Tarifvertrag für Mehrwertbriefdienste mit dem Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste am 11. 12. 2007 und einen Tarifvertrag mit dem Bundesverband der Kurier-Express-Postdienste e.V. (BdKEP) am 12. 12. 2007.

⁴⁴⁷ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 63 ff.

⁴⁴⁸ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 65.

a) Quantitätsbezogene Überlegungen

Zweifel an der indiziellen Wirkung dieser Tarifverträge für die soziale Mächtigkeit der GNBZ könnten schon unter quantitativen Aspekten geltend gemacht werden. Das BAG spricht von einem „nennenswertem Umfang“, in dem die Arbeitnehmervereinigung bereits Tarifverträge vereinbart haben muss.⁴⁴⁹ Dies deutet auf ein gewisses quantitatives Mindestmaß der bisher festzustellenden tariflichen Aktivitäten hin.⁴⁵⁰

Im Schrifttum werden, was die indizielle Wirkung der bisherigen Tarifabschlüsse einer Arbeitnehmervereinigung für ihre Mächtigkeit angeht, durchaus solche quantitativen Erwägungen angestellt. Der Nachweis der Mächtigkeit sei spätestens mit dem mehrfachen oder wiederholten Abschluss von Entgelt- oder Manteltarifverträgen erbracht. Habe aber z. B. eine neu gegründete Arbeitnehmervereinigung erstmalig einen Entgelttarifvertrag abgeschlossen, spreche dies nicht automatisch für ihre Mächtigkeit; entscheidend sei, dass sie sich wiederholt um den Abschluss von Tarifverträgen dieser Qualität bemühe.⁴⁵¹ Auch das LAG Baden-Württemberg will die Indizwirkung abgeschlossener Tarifverträge für die soziale Mächtigkeit einer Arbeitnehmervereinigung offenbar von einem gewissen quantitativen Maß abhängig machen. Sei es einer Arbeitnehmervereinigung gelungen, bereits *in zahlreichen Fällen* Tarifverträge mit dem sozialen Gegenspieler auszuhandeln, so müsse es gute Gründe für die Annahme geben, dass dennoch die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch die weitere Teilnahme dieser Vereinigung am Tarifgeschehen bedroht ist⁴⁵²; in seiner Entscheidung zur Tariffähigkeit der CGM stellt das LAG mehrfach auf die „kontinuierliche“ Beteiligung der CGM am Tarifgeschehen ab.⁴⁵³

Gleichwohl erscheint es unwahrscheinlich, dass die Arbeitsgerichte (vgl. § 2 a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG) einer (allein) auf die bloße Anzahl der geschlossenen Tarifverträge gestützten Argumentation gegen die Indizwirkung des bisherigen Tarifverhaltens der GNBZ folgen würden. Denn das BAG scheint das Merkmal „in nennenswertem Umfang“ in erster Linie auf die von einer Arbeitnehmervereinigung geschlossenen Anerkennungs- oder Anschlussarbeitsverträge beziehen zu wollen. Hinsichtlich dieser ist nämlich im CGM-

⁴⁴⁹ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 65.

⁴⁵⁰ S. auch *Henssler/Heiden*, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4, unter V.: Es bleibe offen, ab welchem quantitativen oder qualitativen Stadium von Tarifvertragsabschlüssen „in nennenswertem Umfang“ auszugehen ist.

⁴⁵¹ *Däubler/Peter*, TVG, 2. Auflage 2006, § 2 Rn. 24.

⁴⁵² LAG Baden-Württemberg 1. 10. 2004 NZA-RR 2005, 85, 87; Hervorhebung nicht im Original.

⁴⁵³ LAG Baden-Württemberg 1. 10. 2004 NZA-RR 2005, 85, 88.

Beschluss von einer „nennenswerten Zahl“ die Rede.⁴⁵⁴ Bei den von der GNBZ vereinbarten Tarifverträgen handelt es sich indes um eigenständige Tarifverträge.

Außerdem ist das BAG auf frühere Einschränkungen, wonach sich die Durchsetzungsfähigkeit einer Koalition „jedenfalls dann“ in ihrer bisherigen Tarifpraxis zeige, „wenn es sich nicht nur um gelegentliche Tarifabschlüsse handelt, sondern (...) um eine kontinuierliche tarifliche Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für einen ganzen Wirtschaftszweig“⁴⁵⁵, im CGM-Beschluss nicht mehr zurückgekommen.⁴⁵⁶

Die geringe Zahl von lediglich zwei unter Beteiligung der GNBZ abgeschlossenen Tarifverträgen ist daher für sich genommen noch nicht geeignet, der bisherigen Tarifpraxis der GNBZ jegliche indizielle Wirkung für ihre Durchsetzungsfähigkeit abzuerkennen.

b) Der zeitliche Aspekt

Eine Herleitung der sozialen Mächtigkeit der GNBZ aus den von ihr bisher geschlossenen Tarifverträgen könnte ferner insofern Bedenken begegnen, als beide Tarifverträge bereits innerhalb kurzer Zeit nach der Gründung der GNBZ geschlossen wurden. Die GNBZ wurde am 8. 10. 2007 gegründet.⁴⁵⁷ Schon rund zwei Monate später, am 11. 12. 2007, war der erste Tarifvertrag, namentlich derjenige mit dem Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste, abgeschlossen⁴⁵⁸, einen Tag darauf der Tarifvertrag mit dem BdKEP.

Allerdings hat das BAG in einer älteren Entscheidung gemeint, die Bedeutung der von einer Arbeitnehmervereinigung in der Vergangenheit abgeschlossenen Tarifverträge für die Beurteilung ihrer Durchsetzungsfähigkeit hänge *nicht* von der Art, *Dauer* oder *Härte der geführten Tarifverhandlungen* ab.⁴⁵⁹

Die sich aus der Kürze der Zeitspanne zwischen Gründung der GNBZ und Abschluss der beiden Tarifverträge ergebende geringe Dauer der geführten Tarifverhandlungen deutet jedoch immerhin darauf hin, dass die späteren Vertragspartner, GNBZ auf der einen sowie

⁴⁵⁴ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 73.

⁴⁵⁵ BAG 10. 9. 1985 AP TVG § 2 Nr. 34, unter B. IV. 2. b) der Gründe.

⁴⁵⁶ Darauf weisen auch *Henssler/Heiden*, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4, unter IV. hin.

⁴⁵⁷ Pressemitteilung vom 12. 10. 2007, abrufbar unter <http://www.gnbz.de/presse1.html>.

⁴⁵⁸ Vgl. Pressemitteilung vom 17. 12. 2007, abrufbar unter <http://www.gnbz.de/presse3.html>.

⁴⁵⁹ BAG 10. 9. 1985 AP TVG § 2 Nr. 34, unter B. IV. 3. der Gründe; Hervorhebungen nicht im Original.

Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste und BdKEP auf der anderen Seite, keine besonders großen Interessengegensätze zu überwinden hatten. Auf diesen Aspekt wird zurückzukommen sein.

c) Qualitätsbezogene Überlegungen – Tarifverträge der GNBZ als „Gefälligkeitstarifverträge“?

Keine indizielle Wirkung für die Durchsetzungsfähigkeit haben sog. Gefälligkeitstarifverträge.⁴⁶⁰ Vom Vorliegen eines Gefälligkeitstarifvertrags will das BAG aber, wie bereits dargestellt, nur unter sehr engen Voraussetzungen ausgehen. Dass eine Arbeitnehmervereinigung der Arbeitgeberseite beim Abschluss einer Vereinbarung in diesem Sinne „gefällig“ gewesen sei, könne nur im Falle eines kollusiven Zusammenwirkens der Arbeitnehmervereinigung mit der Arbeitgeberseite angenommen werden. Für eine solche Annahme bedürfe es des Vorliegens besonderer Anhaltspunkte. Um solche könne es sich handeln, wenn etwa in einem Tarifvertrag unter Ausnutzung einer gesetzlichen Tariföffnungsklausel gesetzliche Mindestbedingungen ohne Kompensation unterschritten werden oder ein besonders krasses Missverhältnis zwischen den vereinbarten Leistungen vorliegt.⁴⁶¹

aa) Keine sachwidrige Ausnutzung gesetzlicher Tariföffnungsklauseln

Der erste Fall – kompensationslose Unterschreitung gesetzlicher Mindestarbeitsbedingungen durch Ausnutzung gesetzlicher Tariföffnungsklauseln – ist hier nicht einschlägig. Die von der GNBZ geschlossenen Tarifverträge enthalten als materielle Regelungen (Inhaltsnormen i. S. d. §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 Satz 1 TVG), wie auch der vom Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di geschlossene Tarifvertrag⁴⁶², allein Bestimmungen zum Arbeitsentgelt; nur solche tariflichen Rechtsnormen können schließlich auch – neben Urlaubsregelungen – via Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt werden, und eine solche Erstreckung ist Ziel der GNBZ und ihrer Vertragspartner auf Arbeitgeberseite.⁴⁶³

⁴⁶⁰ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 66, 68 f., 71.

⁴⁶¹ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 69.

⁴⁶² Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen.

⁴⁶³ Vgl. Pressemitteilung der GNBZ vom 17. 12. 2007, <http://www.gnbz.de/presse3.html>.

Da aber eine tarifdispositive gesetzliche Regelung zur Höhe des Arbeitsentgelts nicht existiert, ist der erste der genannten Fälle eines Gefälligkeitsstarifvertrags nicht gegeben.

bb) Besonders krasses Missverhältnis zwischen den vereinbarten Leistungen?

Ein Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Gefälligkeitsstarifvertrags ist es des Weiteren, wenn ein besonders krasses Missverhältnis zwischen den vereinbarten Leistungen besteht.

Der von der GNBZ am 11. 12. 2007 mit dem Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste abgeschlossene Tarifvertrag sieht einen Mindestlohn von 6, 50 €/Stunde in den neuen und 7, 50 €/Stunde in den alten Bundesländern vor.⁴⁶⁴ Die mit dem BdKEP getroffene Vereinbarung setzt ebenfalls 6, 50 €/Stunde (Ost) und 7, 50 €/Stunde (West) fest, danach sollen aber die Mindestlöhne in den neuen Bundesländern sukzessive auf das Niveau in den alten Ländern angehoben werden.

Es fragt sich, ob danach ein besonders krasses Missverhältnis zwischen den vereinbarten Leistungen anzunehmen ist.

Dagegen mag man anführen, dass die Entgelthöhe von 7, 50 € die beide von der GNBZ geschlossenen Tarifverträge für die alten Bundesländer vorsehen, der DGB-Forderung für einen allgemeinen Mindestlohn entspricht.

Zu beachten ist aber andererseits zum einen die beträchtliche Differenz zu den zwischen Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di vereinbarten Mindestlöhnen, die bei 8, 00 € bis 9, 80 € liegen. Zum anderen gilt es zu berücksichtigen, dass der von der GNBZ am 11. 12. 2007 mit dem Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste vereinbarte Tarifvertrag sich inhaltlich nur auf solche Unternehmen und Arbeitnehmer bezieht, die sog. Mehrwertbriefdienstleistungen erbringen, d. h. etwa Dienstleistungen mit taggleicher, termingenaue oder Übernacht-Zustellung, Abholung beim Kunden, Dienstleistung mit Sendungsverfolgung und integrierte Brief- und Logistikdienstleistungen; er betrifft nicht die sog. Universaldienstleistungen i. S. v. § 11 Abs. 1 PostG.⁴⁶⁵ Bemerkenswerterweise regelt also dieser Tarifvertrag eine gegenüber den vom Tarifvertrag von Arbeitgeberverband

⁴⁶⁴ Vgl. auch Pressemitteilung der GNBZ vom 17. 12. 2007, <http://www.gnbz.de/presse3.html>.

⁴⁶⁵ Vgl. auch Pressemitteilung der GNBZ vom 17. 12. 2007, <http://www.gnbz.de/presse3.html>.

Postdienste und ver.di geregelten Tätigkeiten offenbar höherwertige Tätigkeit (vgl. § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 PostG) – trotzdem sieht er deutlich niedrigere Mindestlöhne vor.

Zur Annahme eines krassen Missverhältnisses genügt dieser Befund gleichwohl tendenziell nicht.

cc) Allgemeine Kennzeichen eines Gefälligkeitstarifvertrages – Kollusion

Die beiden bisher genannten Fälle sind nach der Begriffsbestimmung des 1. Senats des BAG nur Beispiele für Gefälligkeitstarifverträge.⁴⁶⁶ Allgemein setzt die Qualifizierung als Gefälligkeitstarif nach dem BAG ein kollusives Zusammenwirken der Arbeitnehmervereinigung mit der Arbeitgeberseite voraus. Per definitionem müssten also GNBZ und Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste/BdKEP bewusst zum Schaden der von der GNBZ vertretenen Arbeitnehmer zusammengewirkt haben.⁴⁶⁷

(1) Nachteilige Wirkung der Tarifverträge der GNBZ für die Mitglieder der GNBZ

Ein solches den Arbeitnehmern bewusst zum Nachteil reichendes Verhalten könnte man insofern bejahen, als die von der GNBZ geschlossenen Tarifverträge deutlich niedrigere Mindestentgeltsätze vorsehen als der per Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG erstreckte Tarifvertrag zwischen Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di, dessen Anwendung auf die Beschäftigten der von Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste und BdKEP vertretenen Unternehmen zu verhindern erklärtes Ziel der GNBZ-Tarifverträge ist.

(2) Kompensation des niedrigeren Entgelts durch Erhalt der Arbeitsplätze?

Die GNBZ dürfte sich freilich auf den Standpunkt stellen, dass ihre Tarifverträge trotz der deutlich niedrigeren Mindestentgelte nicht zum Nachteil der von ihr vertretenen Arbeitnehmer, sondern im Gegenteil zu ihrem Vorteil vereinbart worden seien, da nur so

⁴⁶⁶ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 69: „etwa“.

⁴⁶⁷ Vgl. nochmals *Greiner*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 41.

(a) Die Parallele zur Diskussion um die (Neu-)Interpretation des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG

Eine ähnliche Argumentation findet sich in der Diskussion um eine Neuinterpretation des Günstigkeitsprinzips des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG.⁴⁶⁸ Nach § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG sind Abmachungen, die von den – grundsätzlich zwingenden, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG – Rechtsnormen eines Tarifvertrages abweichen, zulässig, soweit sie eine Änderung der tariflichen Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten. Natürlich ist das Günstigkeitsprinzip in der vorliegenden Konstellation nicht anwendbar: Es betrifft nicht die Kollision mehrerer ranggleicher Regelungen, etwa mehrerer Tarifverträge⁴⁶⁹; zudem geht es an dieser Stelle auch gar nicht um die Kollision von Tarifverträgen (der von der GNBZ vereinbarten Tarifverträge mit dem Tarifvertrag zwischen Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di), sondern allein um die Frage, ob die Tarifverträge der GNBZ als „Gefälligkeitstarifverträge“ im Sinne der Rechtsprechung des BAG zu beurteilen sind – und daher als Indizien für die Bejahung der Durchsetzungsfähigkeit der GNBZ ausscheiden müssen –, weil sie von der GNBZ bewusst zum Nachteil der von ihr vertretenen Arbeitnehmer abgeschlossen wurden. Geprüft wird also zunächst nur, ob diese Tarifverträge sich für die von der GNBZ vertretenen Arbeitnehmer nachteilig auswirken; zu diesem Zweck müssen die Tarifverträge der GNBZ dem Tarifvertrag zwischen ver.di und Arbeitgeberverband Postdienste gegenüber gestellt werden, der aufgrund der Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG – deren Wirksamkeit unterstellt – auf die Arbeitsverhältnisse der von der GNBZ vertretenen Arbeitnehmer Anwendung fände, gäbe es die GNBZ-Tarifverträge nicht. Diese Gegenüberstellung zeigt, dass die Tarifverträge der GNBZ insoweit nachteilig sind, als sie ein deutlich geringeres Entgelt vorsehen. Fraglich ist nun aber, ob – in gedanklicher Vorwegnahme der zu erwartenden (Gegen-)Argumentation der GNBZ – diese nachteilige Entgeltabsenkung durch das Element der Beschäftigungssicherung kompensiert wird mit der Folge, dass es sich bei den Tarifverträgen der GNBZ nicht um für ihre Mitglieder nachteilige und damit auch nicht um auf kollusivem Zusammenwirken mit der Gegenseite beruhende Gefälligkeitstarifverträge handelt.

⁴⁶⁸ Zu der Diskussion um die Neuinterpretation des Günstigkeitsprinzips s. ausführlich und m. w. N. Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, § 4 Rn. 432 ff.; ferner Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, § 4 Rn. 256, 326 ff.

⁴⁶⁹ Zur Unanwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips zur Auflösung von Tarifkonkurrenzen s. Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 267 f.; Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, § 4 Rn. 291 und insbesondere Waas, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität, 1999, S. 35 ff.

Mit diesen einschränkenden Maßgaben kann zur Feststellung der Nachteilhaftigkeit der Tarifverträge der GNBZ für die bei ihr organisierten Arbeitnehmer eine Parallele zu der Diskussion um die Neuinterpretation des Günstigkeitsprinzips gezogen werden. In den letzten Jahren hat das Lager derer, die Beschäftigungssicherungsmaßnahmen in den Günstigkeitsvergleich einbeziehen wollen, an Anhängern gewonnen.⁴⁷⁰ Dabei geht es um die Frage, ob eine Arbeitsplatzgarantie etwa in Form des (zeitweisen) Ausschlusses des Rechts zur ordentlichen betriebsbedingten Kündigung⁴⁷¹ unter Günstigkeitsgesichtspunkten etwa mit der Höhe des Arbeitsentgelts vergleichbar ist. Man muss in diesem Zusammenhang drei Vergleichsmethoden auseinanderhalten.⁴⁷² Nach der am weitesten gehenden Auffassung vergleicht man die arbeitsvertragliche Regelung mit der Alternative Arbeitslosigkeit und begründet so die Günstigkeit des Arbeitsvertrages. Nach der engeren Sichtweise werden allein die Inhalte der tarifvertraglichen und der abweichenden Vereinbarung zum Vergleich herangezogen. Dabei gliedert sich diese engere Sichtweise nochmals auf in zwei Varianten: Die erste verlangt, dass sich durch die Abweichung für den Arbeitnehmer eine reine Besserstellung gegenüber der tarifvertraglichen Regelung ergeben muss; der Arbeitnehmer gewinnt einen Vorteil, ohne dafür eine Gegenleistung zu erbringen. Demgegenüber sind nach der zweiten Variante auch kompensatorische Vereinbarungen solcher Art möglich, dass der Arbeitnehmer für den erstrebten Vorteil auf eine andere Position verzichtet, sich insgesamt aber besser steht. Hier ist die abweichende Regelung gegenüber dem Tarifvertrag teils vorteilhaft, teils unvorteilhaft; die Günstigkeit ergibt sich erst durch eine Bewertung des Tausches.⁴⁷³

Richtigerweise ist indes der Berücksichtigung des Aspekts der Beschäftigungssicherung im Rahmen des Günstigkeitsvergleichs jedenfalls insofern eine Grenze gezogen, als eine Günstigkeit nicht schon dadurch herbeigeführt wird, dass der Arbeitgeber den wirtschaftlichen Anreiz zur Kündigung verliert. Das Günstigkeitsprinzip verlangt einen Vergleich von Vertragsinhalten, nicht aber von (ökonomischen) Vertragswirkungen.⁴⁷⁴ Der Arbeitgeber muss Beschäftigungssicherungselemente im Arbeitsvertrag zusagen.⁴⁷⁵ Es muss sich jedenfalls im Vergleich zwischen dem Tarifvertrag und der abweichenden Regelung eine

⁴⁷⁰ Nachweise bei Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, § 4 Rn. 439a.

⁴⁷¹ Alternative denkbare Beschäftigungssicherungselemente sind die Verlängerung von Kündigungsfristen oder das Versprechen individueller Abfindungen für betriebsbedingte Kündigungen, vgl. Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, § 4 Rn. 331.

⁴⁷² Vgl. Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, § 4 Rn. 440 ff.

⁴⁷³ Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, § 4 Rn. 441.

⁴⁷⁴ Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, § 4 Rn. 331; Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, § 4 Rn. 439a.

⁴⁷⁵ Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, § 4 Rn. 331.

Besserstellung des Arbeitnehmers ergeben; ein Vergleich mit dem Zustand der Arbeitslosigkeit scheidet aus.⁴⁷⁶

(b) Hier: Erhalt der Arbeitsplätze als bloß erhoffte ökonomische Vertragswirkung

Auf eben einem solchen Vergleich mit dem Zustand der Arbeitslosigkeit als prognostizierter ökonomischer Wirkung des zwischen Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di geschlossenen Tarifvertrages beruht aber die denkbare Argumentation der GNBZ, die von ihr geschlossenen Tarifverträge brächten trotz der darin vorgesehenen deutlich niedrigeren Mindestentgeltsätze den Arbeitnehmern keinen Nach-, sondern einen Vorteil in Gestalt des Erhaltes der Arbeitsplätze. Dabei würden nicht Vertragsinhalte, sondern ökonomische Vertragswirkungen miteinander verglichen, denn die von der GNBZ geschlossenen Tarifverträge sehen nicht etwa nach Art eines Beschäftigungssicherungstarifvertrages einen zeitweisen Ausschluss oder eine zeitweise Beschränkung des arbeitgeberischen Rechts zur ordentlichen betriebsbedingten Kündigung o. ä. vor. Es besteht lediglich die nicht vertraglich abgesicherte Hoffnung, dass die Arbeitgeber durch die niedrigeren Personalkosten den wirtschaftlichen Anreiz zur Kündigung verlieren.

Überträgt man daher – ohne dass es sich dabei um einen Günstigkeitsvergleich im technischen Sinne aufgrund direkter oder analoger Anwendung des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG handelt – die zu § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG entwickelten Maßstäbe auf die hiesige Konstellation, so lässt sich schwerlich leugnen, dass der Abschluss der GNBZ-Tarifverträge ein den Arbeitnehmern nicht günstiges, sondern ein ihnen zum Nachteil gereichendes Verhalten darstellt. Die von der GNBZ geschlossenen Tarifverträge sehen deutlich niedrigere Mindestentgeltsätze vor als der per Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG erstreckte Tarifvertrag zwischen Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di; eine Kompensation dieses Nachteils durch eine vertraglich vereinbarte Beschäftigungssicherung findet nicht statt.

⁴⁷⁶ Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, § 4 Rn. 445; außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die Alternative im Ausgangspunkt gar nicht die Arbeitslosigkeit, sondern zunächst einmal nur der drohende Verlust des Arbeitsplatzes ist – die Rede von der „Alternative Arbeitslosigkeit“ trifft nur für diejenigen Arbeitnehmer zu, die keine neue Stelle finden, s. Wank, a. a. O., § 4 Rn. 439.

(3) Das subjektive Element des Kollusionstatbestandes

Gleichwohl erscheint es angesichts der extrem engen Bestimmung des Begriffs des Gefälligkeitstarifvertrages durch das BAG, die daran zweifeln lässt, ob nach den höchstrichterlichen Kriterien jemals justitiabel ein Gefälligkeitstarif vorliegen wird⁴⁷⁷, nicht ratsam, sich auf eine gerichtliche Qualifizierung der von der GNBZ geschlossenen Tarifverträge als „Gefälligkeitstarifverträge“ im Sinne der BAG-Rechtsprechung, denen schon aus diesem Grund keinerlei indizielle Wirkung für die Mächtigkeit der GNBZ zukomme, zu verlassen. Da das BAG nicht nur einen für die Arbeitnehmer nachteiligen Tarifvertrag, sondern ein *kollusives Zusammenwirken* verlangt, müsste der GNBZ nachgewiesen werden, dass sie *bewusst* zum Schaden der von ihr vertretenen Arbeitnehmer mit der Arbeitgeberseite zusammengewirkt hat.

d) „Tarifdiktat“?

Mächtigkeitsrelevant sind auch solche Tarifverträge nicht, die auf einem „Diktat der Arbeitgeberseite“ beruhen.⁴⁷⁸ Auch von einem solchen Tarifdiktat kann nach Ansicht des BAG nur in Ausnahmesituationen ausgegangen werden. Eine solche liege nicht schon dann vor, wenn ein von einer „kleinen“ Arbeitnehmervereinigung abgeschlossener Tarifvertrag für die Arbeitnehmer ungünstigere Regelungen enthält als der von einer „mächtigen“ Gewerkschaft geschlossene. Wenn eine Arbeitnehmervereinigung etwa zum Zwecke der Beschäftigungssicherung „Konzessionen“ bei den Arbeitsbedingungen für angemessen halte, rechtfertige dies nicht die Annahme, der Tarifvertrag beruhe auf einem Diktat der Arbeitgeberseite.⁴⁷⁹

Eben eine solche zum Zwecke der Beschäftigungssicherung gemachte „Konzession“ sieht die GNBZ in der Vereinbarung der vom Niveau des nach § 1 Abs. 3a AEntG erstreckten Tarifvertrages abweichenden Mindestlöhne. Zwar ist, wie dargestellt, zweifelhaft, ob der Aspekt der Beschäftigungssicherung zugunsten der GNBZ ins Gewicht fallen kann, findet er doch in den vereinbarten Tarifverträgen keine rechtliche Absicherung. Auch ein Tarifdiktat wird jedoch nach Einschätzung des Schrifttums angesichts der engen höchstrichterlichen

⁴⁷⁷ Greiner, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 40.

⁴⁷⁸ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. Henssler/Heiden, Rn. 66.

⁴⁷⁹ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. Henssler/Heiden, Rn. 70.

Kriterien kaum jemals justitiabel vorliegen.⁴⁸⁰ Die Tarifverträge der GNBZ als Diktate der Arbeitgeberseite zu qualifizieren dürfte daher ebenfalls eine nur bedingt aussichtsreiche Argumentation darstellen.

e) Keine indizielle Wirkung der GNBZ-Tarifverträge für die soziale Mächtigkeit der GNBZ wegen Fehlens eines echten Interessengegensatzes der Tarifvertragsparteien

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass sich das BAG mit seiner extrem engen Bestimmung des Begriffs des Gefälligkeitstarifvertrages eines wichtigen Korrektivs bei der Beurteilung der bisherigen Tarifpraxis einer Arbeitnehmervereinigung beraubt hat und es daher zur Sicherung der Effektivität der Kontrollmechanismen und damit der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems umso wichtiger ist, bei der Würdigung des Kriteriums des aktiven Eingreifens in das Tarifgeschehen anderwärts Grenzen zu ziehen.⁴⁸¹

Vor diesem Hintergrund ist zu bedenken, dass es sich bei den von der GNBZ geschlossenen Tarifverträgen wenn nicht um Gefälligkeitstarifverträge, so doch zumindest insofern um ungewöhnliche Tarifverträge handelt, als die Interessen der Tarifvertragsparteien in diesem Fall nicht, wie gewöhnlich, gegen-, sondern vielmehr im Kern gleichläufig waren. Im Regelfall will beim Abschluss von Entgelttarifverträgen die Arbeitgeberseite möglichst niedrige Sätze vereinbaren, die Arbeitnehmervertretung dagegen für ihre Mitglieder möglichst „viel herausholen“. Hier aber waren sich beide Seiten von vorneherein einig, dass die Sätze deutlich unter denen des ver.di-Tarifvertrages liegen sollten. Die GNBZ und die Arbeitgeberverbände haben im Kern das gleiche Ziel, die Senkung der Mindestlöhne von 8 € bis 9, 80 € Die GNBZ ist bereits mit einer im Vergleich zum Arbeitgeberverband Postdienste/ver.di-Tarifvertrag sehr niedrig angesetzten Entgeltforderung in die Tarifverhandlungen gegangen. Sie stellte sich einen Mindestlohn von 8, 50 €/Stunde für Gebiete mit hoher Wirtschaftskraft, 7, 80 €/Stunde für Gebiete mit mittlerer Wirtschaftskraft und 7, 30 €/Stunde für alle übrigen Gebiete vor⁴⁸² (dass sie nicht einmal die Differenzierung nach regionaler Wirtschaftskraft – beide vereinbarten Tarifverträge differenzieren pauschal nach Ost/West – durchsetzen konnte, spricht, ebenso wie die Tatsache, dass der letztlich vereinbarte Mindestlohn Ost mit 6, 50 € deutlich unter dem anvisierten Minimum von 7, 30 € liegt, nicht eben für die Durchsetzungskraft der GNBZ). In ihrem Internetauftritt gibt die

⁴⁸⁰ Greiner, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 40.

⁴⁸¹ S. o. II. 3. d) bb) (2) (b).

⁴⁸² Vgl. undatierte Pressemitteilung der GNBZ, <http://www.gnbz.de>.

GNBZ als Ziel u. a. „Gerechte und bezahlbare Löhne für alle“ an – das würden wohl die meisten Arbeitgeber unterschreiben, für eine Gewerkschaft ist der Vorbehalt der Bezahlbarkeit indes bemerkenswert.

Auch wenn es Bedenken begegnen würde, die von einer Arbeitnehmervereinigung abgeschlossenen Tarifverträge zwecks Prüfung ihrer Durchsetzungsfähigkeit gegenüber dem sozialen Gegenspieler inhaltlich zu bewerten, darf doch nicht übersehen werden, dass sich die in den Tarifabschlüssen realisierten Interessenlagen beider Seiten hier alles andere als typisch ausnehmen. Da aber das BAG bei dem Schluss von der bisherigen Tarifpraxis einer Arbeitnehmerkoalition auf ihre Mächtigkeit eine typisierende Betrachtungsweise zugrunde legt⁴⁸³, dürfte den beiden bisher bekannten GNBZ-Tarifverträgen keine indizielle Wirkung für die Mächtigkeit der GNBZ beizumessen sein. Das BAG geht offenbar davon aus, dass die von einer Arbeitnehmervereinigung in der Vergangenheit geschlossenen Tarifverträge den Schluss zulassen müssen, dass der Koalition eine Verhandlungsstärke eigen ist, die ausreichend ist, einen Tarifvertrag *auch gegen den Willen der Gegenseite* durchzusetzen.⁴⁸⁴ Dass sie dazu in der Lage ist, hat die GNBZ mit den von ihr geschlossenen Tarifverträgen nicht unter Beweis gestellt. Sowohl der Abschluss der Tarifverträge als solcher als auch ihre inhaltliche Ausgestaltung entsprach gerade dem Willen der Arbeitgeberseite; aus ihrem Abschluss auf die Mächtigkeit der GNBZ zu schließen, ist daher – unabhängig von der Frage eines „Gefälligkeitstarifvertrages“ – ausgeschlossen.

Im Abschluss dieser beiden Tarifverträge kann sich die Durchsetzungsfähigkeit schon deshalb nicht zeigen, weil die GNBZ die Inhalte dieser Tarifverträge gegenüber der Arbeitgeberseite nicht „durchsetzen“ musste⁴⁸⁵; sie hat damit vielmehr, salopp formuliert, offene Türen eingerannt.

Zwar hatte das BAG in einer älteren Entscheidung gemeint, die Bedeutung der von einer Arbeitnehmervereinigung in der Vergangenheit abgeschlossenen Tarifverträge für die Beurteilung ihrer Durchsetzungsfähigkeit hänge nicht von der Art, Dauer oder *Härte der*

⁴⁸³ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 65.

⁴⁸⁴ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 65.

⁴⁸⁵ Ebenso *Blanke*, Die Tarifverträge im Briefdienstleistungsbereich und ihre Allgemeinverbindlicherklärung, Gutachterliche Stellungnahme, 2007, S. 16: Für die Vereinbarung derartiger „Unterbietungstarifverträge“ bedürfe es keiner Mächtigkeit, weil sie den Interessen der Arbeitgeberseite massiv entgegen kämen; insofern entfalle beim Abschluss von „Dumpingtarifen“ die Indizwirkung, die ansonsten dem Abschluss von Tarifverträgen für die Mächtigkeit des tarifschließenden Verbandes auf Arbeitnehmerseite zukomme.

geführten Tarifverhandlungen ab.⁴⁸⁶ Später hat es dies indes relativiert. Eine Berücksichtigung derjenigen Umstände, unter denen es überhaupt zum Abschluss eines Tarifvertrages, gleich mit welchem Inhalt, gekommen sei, werde dadurch nicht ausgeschlossen.⁴⁸⁷ Die konkreten Umstände des Vertragsschlusses können daher durchaus zur Beurteilung der Mächtigkeit einer Arbeitnehmervereinigung herangezogen werden.⁴⁸⁸

Der oben herausgearbeitete Aspekt des Gleichlaufs der Interessen der Tarifvertragsparteien, welcher der Annahme einer indiziellen Wirkung bereits geschlossener Tarifverträge für die Mächtigkeit einer Arbeitnehmerkoalition entgegensteht, findet sich im Ansatz auch schon in der Rechtsprechung des BAG. Der 1. Senat hat sich in zwei Entscheidungen aus jüngerer Zeit auf den Standpunkt gestellt, dass der Abschluss von Zuordnungstarifverträgen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (a. F.) keine oder allenfalls eingeschränkte Schlussfolgerungen auf die Durchsetzungskraft einer Arbeitnehmervereinigung zulasse. Denn ein organisatorisch anderer Zuschnitt betrieblicher Einheiten gemäß § 3 BetrVG könne „in gleicher Weise im Interesse des Arbeitgebers wie der Arbeitnehmer liegen“.⁴⁸⁹ Die Fähigkeit zur Druckausübung aber zeigt sich vor allem bei denjenigen Regelungsmaterien, bei denen der Interessengegensatz der Arbeitsvertragsparteien besonders deutlich hervortritt, und dies ist nicht bei betriebsverfassungsrechtlichen Organisationsregelungen, sondern vor allem bei den wesentlichen Elementen des Einzelarbeitsverhältnisses der Fall.⁴⁹⁰

In diesen Konstellationen hat das BAG den von einer Arbeitnehmerkoalition geschlossenen Tarifverträgen also schon deshalb die Indizwirkung für die Durchsetzungskraft abgesprochen, weil sie auf gleichläufigen Interessen beider Tarifvertragsparteien beruhen. Erst recht kann dann der Nachweis der sozialen Mächtigkeit nicht durch solche Tarifverträge geführt werden, die *allenfalls* im Interesse beider Seiten liegen. Denn die von der GNBZ geschlossenen Tarife

⁴⁸⁶ BAG 10. 9. 1985 AP TVG § 2 Nr. 34, unter B. IV. 3. der Gründe; Hervorhebung nicht im Original.

⁴⁸⁷ BAG 16. 1. 1990 AP TVG § 2 Nr. 38, unter II. 3. a) der Gründe; 6. 6. 2000 AP TVG § 2 Nr. 55 m. Anm. Oetker, unter B II. 2. b) aa) der Gründe.

⁴⁸⁸ S. auch Hensler, Soziale Mächtigkeit, S. 44.

⁴⁸⁹ BAG 6. 6. 2000 AP TVG § 2 Nr. 55 m. Anm. Oetker, unter B. II. 2. b) aa) (2) der Gründe; bestätigt durch BAG 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. Buchner, unter B. III. 2. e) bb) (2) der Gründe; ablehnend allerdings Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 47 und Rieble, FS Wiedemann, 2002, S. 519, 535: „unzulässiger Akt der Tarifizensur“ durch Unterscheidung zwischen „wertvollen“ und nicht wertvollen Tarifinhalten; s. auch Greiner, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 39; zurückhaltend auch LAG Baden-Württemberg 1. 10. 2004 NZA-RR 2005, 85, 87; zustimmend hingegen Kempen/Zachert/Kempen, TVG, 4. Auflage 2006, § 2 Rn. 47; Däubler/Peter, TVG, 2. Auflage 2006, § 2 Rn. 23 ff.

⁴⁹⁰ Oetker, Anm. zu BAG AP TVG § 2 Nr. 55, unter II. 2. a), der zwar das Mächtigkeitskriterium insgesamt ablehnt (s. dazu ausführlich dens. in Wiedemann, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 399 ff.), dem BAG aber bescheinigt, von seinem Standpunkt aus sei die nach den jeweiligen Tarifinhalten differenzierende Betrachtung folgerichtig.

liegen jedenfalls im Interesse der Arbeitgeber und allenfalls auch im Interesse der Arbeitnehmer, wenn man den infolge der brancheneinheitlichen Anwendung des vom Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di geschlossenen, nach § 1 Abs. 3a AEntG erstreckten Tarifvertrages womöglich bei den Konkurrenten der Deutsche Post AG drohenden Arbeitsplatzwegfall in die Betrachtung einbezieht.

3. Organisationsstärke der GNBZ

Hat eine Arbeitnehmervereinigung mit dem sozialen Gegenspieler noch keine – oder, so ist zu ergänzen: noch keine ihre Durchsetzungskraft indizierenden – Tarifverträge (oder sonstigen Koalitionsvereinbarungen) geschlossen, so fehlt zunächst jeglicher Beleg dafür, dass die Vereinigung von der Arbeitgeberseite überhaupt wahr- und ernst genommen wird. Die Durchsetzungskraft lässt sich dann nur prognostisch beurteilen. Als Tatsachen, aus denen auf die Mächtigkeit geschlossen werden kann, kommen dann insbesondere die Mitgliederzahl sowie ggf. die Fähigkeit in Betracht, durch Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen Druck auszuüben.⁴⁹¹

a) Mitgliederzahl im Verhältnis zum selbst gewählten räumlichen und fachlichen Organisationsbereich

aa) Mitgliederzahl der GNBZ

Für die Beurteilung der Durchsetzungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung anhand ihrer Mitgliederzahl kommt es stets auf die derzeitigen Mitgliederzahlen an, nicht auf die Zahl von Mitgliedern, die die Vereinigung in Zukunft für sich zu werben hofft.⁴⁹²

Die genaue Mitgliederzahl der GNBZ ist nicht bekannt.

Das Amtsgericht Köln hat die Eintragung der GNBZ in das Vereinsregister abgelehnt.⁴⁹³ Der genaue Inhalt dieser Entscheidung ist nicht bekannt. Sie kann hier nur auf der Grundlage der Berichterstattung in der Presse gewürdigt werden.

⁴⁹¹ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 64.

⁴⁹² BAG 9. 7. 1968 AP TVG § 2 Nr. 25 m. Anm. *Mayer-Maly*.

⁴⁹³ Bemerkenswerter Weise hatte sich die GNBZ anfänglich in ihrem Internetauftritt, trotz (noch) nicht erfolgter Eintragung in das Vereinsregister, selbst als „e. V.“ bezeichnet.

In der Presse⁴⁹⁴ wird eine Stellungnahme eines Sprechers des AG Köln wiedergegeben, wonach die GNBZ nicht die nötigen Anforderungen an eine Gewerkschaft erfülle. Dazu ist freilich zu beachten, dass nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG die ausschließliche Zuständigkeit für die Entscheidung über die Tariffähigkeit (und die Tarifizuständigkeit) einer Vereinigung bei den Arbeitsgerichten liegt und dass nach § 97 Abs. 5 Satz 1 ArbGG im Falle der Voreingrifflichkeit der Frage der Tariffähigkeit (oder der Tarifizuständigkeit) für die Entscheidung eines Rechtsstreits das Verfahren bis zur Erledigung des Beschlussverfahrens nach § 2a Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 ArbGG auszusetzen ist. Nach herrschender, allerdings auf dem verfehlten einheitlichen arbeitsrechtlichen Gewerkschaftsbegriff⁴⁹⁵ beruhender Auffassung ist nicht nur dann im Verfahren nach § 97 ArbGG zu entscheiden, wenn die Tariffähigkeit als solche, d. h. in Zusammenhang mit der Wirksamkeit eines von der Vereinigung geschlossenen Tarifvertrages, in Rede steht, sondern auch bei einem Streit um die Gewerkschaftseigenschaft einer Arbeitnehmervereinigung schlechthin.⁴⁹⁶ Außerdem besteht die Aussetzungspflicht des § 97 Abs. 5 Satz 1 ArbGG unabhängig davon, in welchem Verfahren sich die Frage der Tariffähigkeit (oder Tarifizuständigkeit) als Vorfrage stellt; sie richtet sich nicht nur an die Gerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit, sondern besteht auch für die anderen Gerichtsbarkeiten.⁴⁹⁷

Für eine Entscheidung über die Tariffähigkeit oder generell über die Gewerkschaftseigenschaft der GNBZ fehlte demnach dem AG Köln die Zuständigkeit. Jedoch gilt nach wohl einhelliger Auffassung das firmenrechtliche Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB im Vereinsrecht entsprechend.⁴⁹⁸ Nach § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB darf die Firma eines Kaufmanns keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen. Im registergerichtlichen Verfahren wird die Eignung zur Irreführung nach Satz 2 nur berücksichtigt, wenn sie ersichtlich ist. Wird bei einem Verein gegen das Irreführungsverbot verstoßen, so kann gem.

⁴⁹⁴ Frankfurter Rundschau vom 24. 10. 2007.

⁴⁹⁵ Dazu oben II. 3. b).

⁴⁹⁶ BAG 23. 4. 1971 AP ArbGG 1953 § 97 Nr. 2; weitere Nachweise bei GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/MÜLLER-GLÖGE, ArbGG, 6. Auflage 2008, § 97 Rn. 7.

⁴⁹⁷ GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/MÜLLER-GLÖGE, ArbGG, 6. Auflage 2008, § 97 Rn. 11.

⁴⁹⁸ OLG Hamm 26. 7. 1999 NJW-RR 1999, 1710, 1711; OLG Frankfurt am Main 20. 11. 2000 NJW-RR 2002, 176, 177, jeweils m. w. N.; PALANDT/HEINRICH/ELLENBERGER, BGB, 67. Auflage 2008, § 57 Rn. 2; KOLLER/ROTH/MORCK, HGB, 6. Auflage 2007, § 18 Rn. 1.

§ 60 BGB der Name des Vereins nicht in das Vereinsregister eingetragen werden.⁴⁹⁹ Möglicherweise hat das AG Köln seine Entscheidung hierauf gestützt.

Die Ablehnung der Eintragung soll aber unter anderem auch mit der geringen Mitgliederzahl begründet worden sein.⁵⁰⁰ Dies erscheint allerdings insofern ungereimt, als nach §§ 56, 60 BGB die Mindestmitgliederzahl eines einzutragenden Vereins sieben beträgt und nach Presseberichten⁵⁰¹ die GNBZ in ihrem Antrag 19 Mitglieder angegeben hat.

Nach Angaben der GNBZ im Oktober 2007 lag die Anzahl der Mitglieder bereits 14 Tage nach Gründung der GNBZ im vierstelligen Bereich; die täglich eintreffenden Antragsformulare ließen eine weitere sehr positive Entwicklung erwarten.⁵⁰² Im März 2008 gab die GNBZ ihre Mitgliederzahl mit 1300 an.⁵⁰³ Ziel sei es, möglichst schnell auf 3000 bis 4000 Mitglieder zu kommen. In den vergangenen Wochen sei der Zulauf stark gewachsen.⁵⁰⁴

bb) Von der GNBZ gewählter räumlicher und fachlicher Organisationsbereich

Eine absolute Mindestmitgliederzahl kann nach heute wohl allgemeiner Auffassung nicht verlangt werden.⁵⁰⁵ Die Mitgliederzahl darf zur Beurteilung der Mächtigkeit nicht isoliert betrachtet, sondern muss ins Verhältnis zu dem von der Koalition selbst gewählten räumlichen und fachlichen Organisationsbereich gesetzt werden. Der Organisationsbereich ergibt sich aus der Satzung.

Auf den Internetseiten der GNBZ ist keine Satzung einsehbar. Der von der GNBZ in Anspruch genommene Tarifzuständigkeitsbereich muss daher aus den Regelungen zum Geltungsbereich in den von ihr abgeschlossenen Tarifverträgen abgelesen werden.⁵⁰⁶

⁴⁹⁹ OLG Hamm 26. 7. 1999 NJW-RR 1999, 1710, 1711.

⁵⁰⁰ Frankfurter Rundschau vom 24. 10. 2007.

⁵⁰¹ Frankfurter Rundschau vom 24. 10. 2007.

⁵⁰² Presseerklärung vom 31. 10. 2007, <http://www.gnbz.de>.

⁵⁰³ S. auch den Tatbestand des Urteils des VG Berlin vom 7. 3. 2008 – VG 4 A 439.07.

⁵⁰⁴ FAZ vom 11. 3. 2008, S. 15.

⁵⁰⁵ S. nur *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 39 m. w. N. (auch zu früheren abweichenden Stellungnahmen).

⁵⁰⁶ Wörtliche Wiedergabe der Geltungsbereiche der von der GNBZ mit dem Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste und mit dem BdKEP abgeschlossenen Tarifverträge bei *Blanke*, Die Tarifverträge im Briefdienstleistungsbereich und ihre Allgemeinverbindlicherklärung, Gutachterliche Stellungnahme, 2007, S. 6 ff.

(1) Räumlicher Organisationsbereich

Aus den von der GNBZ abgeschlossenen Tarifverträgen ergibt sich, dass sie räumlich eine Tarifzuständigkeit für das gesamte Bundesgebiet beansprucht, denn die Tarifverträge geben als räumlichen Geltungsbereich die Bundesrepublik Deutschland an (jeweils § 1 Abs. 1).⁵⁰⁷

(2) Fachlicher (branchenmäßiger) Organisationsbereich

(a) Geltungsbereich des Tarifvertrages zwischen GNBZ und Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste

Fachlich⁵⁰⁸ gilt der von der GNBZ am 11. 12. 2007 mit dem Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste geschlossene Tarifvertrag nach seinem § 1 Abs. 2 für Unternehmen, die Mehrwertbriefdienstleistungen anbieten, die von der Universaldienstleistung trennbar sind, besondere Leistungsmerkmale aufweisen und qualitativ höherwertig sind. Nach § 2 Abs. 1 des Tarifvertrages beinhalten folgende Dienstleistungsformen besondere Leistungsmerkmale und qualitativ höherwertige Leistungen entsprechend § 1 des Vertrages: (a) Dienstleistung mit taggleicher Zustellung, (b) Dienstleistung mit Übernacht-Zustellung, (c) Dienstleistung mit termingenaue Zustellung, (d) Dienstleistung mit Sendungsverfolgung sowie (e) integrierte Brief-Logistikdienstleistung. Alle diese Dienstleistungsformen knüpfen an die Abholung/Zustellung/Auslieferung von „Briefsendungen“ an. Der Begriff der Briefsendung wird für den Tarifvertrag in dessen § 2 Abs. 2 definiert; ausdrücklich von dem Begriff ausgenommen werden durch § 2 Abs. 4 des Tarifvertrages „wiederkehrend erscheinende Druckschriften, wie Zeitungen und Zeitschriften“; für deren Beförderung gilt der Tarifvertrag nicht.

(b) Geltungsbereich des Tarifvertrages zwischen GNBZ und BdKEP

Der zweite von der GNBZ – auf Arbeitgeberseite mit dem BdKEP – geschlossene Tarifvertrag vom 12. 12. 2007 gilt nach seinem § 1 Abs. 2 für alle tarifgebundenen Betriebe,

⁵⁰⁷ Vgl. auch undatierte Pressemitteilung zum Tarifvertrag mit dem Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste: „Dieser Tarifvertrag soll Geltung für die gesamte Bundesrepublik Deutschland haben“.

⁵⁰⁸ Zu den verschiedenen Arten des tariflichen Geltungsbereiches und der uneinheitlichen Terminologie s. Wiedemann/Wank, TVG, 7. Auflage 2007, § 4 Rn. 93 ff.; in der dort (Rn. 100) vorgeschlagenen Terminologie geht es um den branchenmäßigen Geltungsbereich.

die als wesentliche betriebliche Tätigkeit „Postdienstleistungen“ erbringen. Postdienstleistungen sind danach folgende gewerbsmäßig erbrachte Dienstleistungen: (a) Die gewerbsmäßige Beförderung von adressierten schriftlichen Mitteilungen bis 2.000 Gramm (Briefsendungen) zwischen Absender und Empfänger, (b) die Beförderung von adressierten Paketen, deren Einzelgewicht 20 Kilogramm nicht übersteigt und (c) die Beförderung von Büchern, Zeitschriften oder Katalogen, soweit diese in betrieblichem Zusammenhang mit Dienstleistungen nach (a) oder (b) durchgeführt werden.

cc) Anzahl der Beschäftigten im von der GNBZ beanspruchten Organisationsbereich

Im Wirtschaftszweig Private Post- und Kurierdienste waren zum Stichtag 30. 9. 2005 bundesweit insgesamt rund 414.600 Personen beschäftigt. Diese teilen sich wie folgt auf:

- Briefdienste: 199.972
- Zeitungsdienste: 124.542
- Paketdienste: 38.659
- Expressdienste: 4.775
- Kurierdienste: 39.270
- Sonstige postalische Dienstleistungen: 7.370.⁵⁰⁹

Aus den dargestellten branchenmäßigen Geltungsbereichen der von der GNBZ geschlossenen Tarifverträge ergibt sich, dass die GNBZ die Tarifzuständigkeit jedenfalls für die Bereiche Briefdienste und Paketdienste beansprucht. Für diese beiden Bereiche ist nach den obigen Daten von einer Beschäftigtenzahl von rund 238.000 auszugehen.

dd) Organisationsgrad der GNBZ

Geht man, unter Zugrundelegung der eigenen Behauptungen der GNBZ⁵¹⁰, von einer Mitgliederzahl von 1300 aus, so ergibt sich ein Organisationsgrad der GNBZ von ca. 0,55 %. Darauf, dass die GNBZ beabsichtigt, ihre Mitgliederzahl möglichst schnell auf 3000 bis 4000 zu steigern⁵¹¹, kommt es nicht an, denn für die Beurteilung der Durchsetzungsfähigkeit einer

⁵⁰⁹ Tätigkeitsbericht 2006/2007 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen gemäß § 47 Abs. 1 Postgesetz – Lage und Entwicklung auf dem Gebiet des Postwesens, Bonn, Dezember 2007, S. 13 unter Bezugnahme auf Angaben des Statistischen Bundesamtes.

⁵¹⁰ S. nochmals FAZ vom 11. 3. 2008, S. 15.

⁵¹¹ FAZ vom 11. 3. 2008, S. 15.

Arbeitnehmervereinigung anhand ihrer Mitgliederzahl ist, wie gesagt, stets die derzeitige Mitgliederzahl heranzuziehen, nicht die Zahl von Mitgliedern, die die Vereinigung in Zukunft für sich zu werben hofft.⁵¹²

Überdies erscheint die Zielsetzung, möglichst schnell 3000 bis 4000 Mitglieder zu erreichen, unter Berücksichtigung der bisherigen Entwicklung der Mitgliederzahlen äußerst optimistisch. Ende Oktober 2007 gab die GNBZ eine Mitgliederzahl „im vierstelligen Bereich“ an, im März 2008 spricht sie von 1300 Mitgliedern, was einen Zuwachs von maximal 300 Mitgliedern innerhalb von mehr als vier Monaten bedeutet; bei einer solchen Wachstumsrate dauerte es noch gut eineinhalb Jahre, bis die Zahl von 3000 Mitgliedern erreicht wäre. Selbst wenn man aber eine Mitgliederzahl von 3000 zugrunde legt, beträgt der Organisationsgrad lediglich 1,26 %, bei 4000 Mitgliedern wären es rund 1,68 %.

ee) Würdigung des Organisationsgrades unter dem Gesichtspunkt der sozialen Mächtigkeit in der Rechtsprechung des BAG und in der Literatur

Positive Indizwirkung für die soziale Mächtigkeit hat das BAG etwa Organisationsgraden von 32 %⁵¹³ oder von 50 %⁵¹⁴ beigemessen.

In der CGM-Entscheidung⁵¹⁵ hat das BAG die soziale Mächtigkeit der CGM aus den von dieser abgeschlossenen 3000 Anerkennungs- und 550 originären Tarifverträgen hergeleitet. Ob dagegen zur Annahme der sozialen Mächtigkeit bereits die Organisationsstärke der CGM ausgereicht hätte, bezeichnete der 1. Senat ausdrücklich als „fraglich“.⁵¹⁶ Dabei legte er die von der CGM behauptete Zahl von bundesweit rund 88.000 in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitgliedern zugrunde und maß diese am beanspruchten Zuständigkeitsbereich; dieser umfasste bei der CGM knapp 5,5 Millionen Arbeitnehmer, woraus sich ein Organisationsgrad von – nach Aussage des BAG⁵¹⁷: „lediglich“ – etwa 1,6 % ergab.

⁵¹² BAG 9. 7. 1968 AP TVG § 2 Nr. 25 m. Anm. *Mayer-Maly*.

⁵¹³ BAG 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. *Bucher* (zur Unabhängigen Flugbegleiter Organisation [UFO], bei der noch hinzukam, dass das BAG die Flugbegleiter als auf Passagierflügen unverzichtbar und in ihrer Funktion jedenfalls kurzfristig kaum durch andere Arbeitnehmer ersetzbar ansah).

⁵¹⁴ BAG 16. 11. 1982 AP TVG § 2 Nr. 32 m. Anm. *Rüthers/Roth* (zum Verband der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie [VOE], der etwa die Hälfte der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie zu seinen Mitgliedern zählte).

⁵¹⁵ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*.

⁵¹⁶ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 79.

⁵¹⁷ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 79.

Rieble, der den „Netto-Organisationsgrad“ (Rentner, Studenten und Auszubildende seien außer Betracht zu lassen) als einziges Kriterium zur Ermittlung der sozialen Mächtigkeit gelten lassen will⁵¹⁸, denkt in Parallele zum Wahlrecht an eine 5 %-Hürde.⁵¹⁹

Um auch nur einen Organisationsgrad von 1,6 % zu erreichen, der vom BAG in der CGM-Entscheidung sogar tendenziell nicht einmal als zur Annahme sozialer Mächtigkeit ausreichend angesehen wird, müsste die GNBZ, gemessen an der Zahl von rund 238.000 Beschäftigten bundesweit allein in den Bereichen Brief- und Paketdienste, schon eine Mitgliederzahl von rund 3.800 aufweisen; und, noch einmal: selbst das würde nach den Maßstäben des BAG eher nicht genügen, um ihr Durchsetzungsfähigkeit zuzusprechen. Um die von *Rieble* in die Diskussion gebrachten 5 % zu erreichen, müsste die GNBZ über die kaum realistische Zahl von 11.900 Mitgliedern verfügen; für einen Organisationsgrad von 32 %, den das BAG in der UFO-Entscheidung als positiven Indikator für die Durchsetzungskraft wertete – wobei im Falle der Flugbegleiter noch deren Unverzichtbarkeit und kurzfristige Unersetzbarkeit (Stichwort „Schlüsselstellung“) hinzukam –, wäre eine Mitgliederzahl von rund 76.000 erforderlich.

Aus der – behaupteten – Mitgliederzahl der GNBZ kann angesichts des von ihr selbst gewählten räumlichen und branchenmäßigen Organisationsbereichs nach allem nicht auf ihre Durchsetzungsfähigkeit gegenüber der Arbeitgeberseite geschlossen werden.

b) Arbeitnehmer in Schlüsselstellungen

Dass die GNBZ in nennenswertem Umfang Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen organisiert, die etwa von der Arbeitgeberseite im Falle eines Arbeitskampfes kurzfristig überhaupt nicht oder nur schwer ersetzt werden könnten, ist nicht ersichtlich. Im Wesentlichen sollen zu den Initiatoren der GNBZ mittlere Angestellte (z. B. Personalentwickler und Disponenten der PIN AG) gehören.

4. Ergebnis zur sozialen Mächtigkeit

Die von der GNBZ bisher abgeschlossenen Tarifverträge taugen nicht als Beleg für ihre Durchsetzungsfähigkeit. Da sie auch über keine nennenswerte Organisationsstärke verfügt,

⁵¹⁸ S. auch *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 49.

⁵¹⁹ *Rieble*, FS Wiedemann, 2002, 519, 537.

fehlt ihr die erforderliche soziale Mächtigkeit. Sie ist jedenfalls aus diesem Grund nicht tariffähig.

IV. Organisatorische Leistungsfähigkeit

Voraussetzung der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition ist nach der Rechtsprechung des BAG neben ihrer sozialen Mächtigkeit die organisatorische Leistungsfähigkeit.

1. Organisatorische Leistungsfähigkeit als selbständige Tariffähigkeitsvoraussetzung

Das Merkmal der organisatorischen Leistungsfähigkeit erschien in der Rechtsprechung des BAG zunächst als Bestandteil des Mächtigkeitskriteriums. Um Druck und Gegendruck ausüben zu können, müsse eine Koalition für die ihr gestellten Aufgaben „tauglich“, d. h. so mächtig und leistungsfähig sein, dass in Auswirkung dessen die Gegenspieler sich veranlasst sehen, auf Verhandlungen über den Abschluss einer tariflichen Regelung einzugehen und zum Abschluss eines Tarifvertrags zu kommen. Mächtig und leistungsfähig sei eine Koalition nur, wenn sie Autorität nach außen gegenüber ihrem Gegenspieler besitzt und auch gegenüber ihren Mitgliedern. *Sie müsse ferner von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die ihr gestellten Aufgaben zu erfüllen.*⁵²⁰

In der weiteren Rechtsprechungsentwicklung verselbständigte der 1. Senat das Erfordernis der organisatorischen Leistungsfähigkeit und stellte es neben das Mächtigkeitskriterium.⁵²¹ Tariffähigkeit setze voraus, dass eine Arbeitnehmervereinigung ihre Aufgabe als Tarifpartner sinnvoll erfüllen kann. Dazu gehörten *einmal* Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler, *zum anderen* aber auch Leistungsfähigkeit der Organisation. Über die Durchsetzungskraft hinaus müsse die Arbeitnehmervereinigung von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die ihr gestellten Aufgaben zu erfüllen. Der Abschluss eines Tarifvertrages erfordere Vorbereitungen; auch müsse ein Tarifvertrag tatsächlich durchgeführt werden. Dies alles müsse eine Arbeitnehmervereinigung sicherstellen, um als Tarifvertragspartei Tarifverträge abschließen zu können.⁵²²

⁵²⁰ BAG 15. 3. 1977 AP GG Art. 9 Nr. 24, Hervorhebung nicht im Original; ebenso BAG 14. 3. 1978 AP TVG § 2 Nr. 30; 16. 11. 1982 AP TVG § 2 Nr. 32 m. Anm. Rütters/Roth; 10. 9. 1985 AP TVG § 2 Nr. 34.

⁵²¹ Vgl. auch Wiedemann/Oetker, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 395.

⁵²² BAG 25. 11. 1986 AP TVG § 2 Nr. 36, Hervorhebungen nicht im Original; ebenso BAG 16. 1. 1990 AP TVG § 2 Nr. 39; 6. 6. 2000 AP TVG § 2 Nr. 55 m. Anm. Oetker; 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. Buchner; 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. Henssler/Heiden.

2. Die Anforderungen im Einzelnen

Das Erfordernis der organisatorischen Leistungsfähigkeit wurde, wie dasjenige der sozialen Mächtigkeit, vom BAG zuerst recht streng gehandhabt. Auch hier jedoch ist aus den einschlägigen Entscheidungen eine Entwicklung hin zu einer bedeutend differenzierteren und tendenziell großzügigeren Betrachtungsweise ablesbar.

a) Die ältere Rechtsprechung des BAG

In der Entscheidung vom 14. 3. 1978⁵²³ hat der 1. Senat die „formelle und sachliche Ausstattung“ des Deutschen Arbeitnehmerverbandes (DAV) als nicht ausreichend erachtet, um die Aufgaben einer Gewerkschaft erfüllen zu können. Der DAV beschäftigte drei hauptamtliche Gewerkschaftssekretäre und verschiedene Bürokräfte sowie ehrenamtliche Mitarbeiter. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz hielt der Senat es für unerfindlich, wie der DAV mit einer solchen Organisation in der Lage sein wolle, eindrucksvoll Tarifverhandlungen zu führen. Es sei nicht erkennbar, wie es ihm trotz seiner schwach ausgebildeten Organisation u. a. möglich sein solle, seinem sozialen Gegenspieler gegenüber bei möglichen Tarifverhandlungen Vorstellungen zu entwickeln, die aufgrund einer Beobachtung und Prognostizierung der Konjunktur usw. einigermaßen abgesichert seien und als realistisch erschienen.⁵²⁴

In der Entscheidung vom 16. 1. 1990⁵²⁵ ließ der 1. Senat die Würdigung der Vorinstanz unbeanstandet, wonach die CGBCE angesichts ihrer organisatorischen Ausstattung nicht in der Lage sei, ihre Aufgabe als Tarifvertragspartei zu erfüllen. Die CGBCE beschäftigte 19 hauptamtliche Kräfte; angesichts ihrer weit gestreuten Zuständigkeit, so das BAG in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, seien diese auch unter Berücksichtigung zusätzlicher ehrenamtlicher Mitarbeiter nicht in der Lage, die Aufgaben einer Gewerkschaft bei der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen wahrzunehmen.

⁵²³ BAG 14. 3. 1978 AP TVG § 2 Nr. 30.

⁵²⁴ Auch insoweit bestätigt durch BVerfG 20. 10. 1981 BVerfGE 58, 233, 251 f.

⁵²⁵ BAG 16. 1. 1990 AP TVG § 2 Nr. 39.

In der BTÜ-Entscheidung⁵²⁶ vermisste der 1. Senat zur Annahme der organisatorischen Leistungsfähigkeit des BTÜ ausreichende sachliche und personelle Mittel. Der BTÜ verfügte in den Räumen einer Arbeitgeberin über ein 17 qm großes Büro, daneben nach eigenen Angaben über ein weiteres Büro. Er beschäftigte einen hauptberuflichen Geschäftsführer und eine Bürokraft, die Vorstandsmitglieder waren ehrenamtlich tätig. Für das BAG war „nicht ersichtlich, wie der BTÜ mit dieser infrastrukturellen Ausstattung ernsthaft und eindrucksvoll Tarifverhandlungen führen will“.⁵²⁷

b) Heutiger Stand der Rechtsprechung zur organisatorischen Leistungsfähigkeit

aa) Allgemeine Bestimmung des Inhalts des Erfordernisses der organisatorischen Leistungsfähigkeit

Die allgemeinen Aussagen des BAG zum Inhalt des Erfordernisses der organisatorischen Leistungsfähigkeit haben sich über die Jahre – abgesehen von der zwischenzeitlichen Verselbständigung dieses Merkmals gegenüber dem der Durchsetzungsfähigkeit – kaum geändert. Schon 1978 kam es dem BAG maßgeblich darauf an, dass eine Arbeitnehmervereinigung Vorstellungen für mögliche Tarifverhandlungen entwickeln können müsse, die aufgrund einer Beobachtung und Prognostizierung der Konjunktur usw. einigermaßen abgesichert seien und als realistisch erschienen.⁵²⁸ Im Wesentlichen damit begründet der 1. Senat auch heute noch das Erfordernis der Leistungsfähigkeit. Der Abschluss von Tarifverträgen erfordere Vorbereitungen wie die Beobachtung und Prognostizierung der konjunkturellen Entwicklungen und sonstigen Rahmenbedingungen, um daraus Tarifforderungen zu entwickeln. Damit sind die organisatorischen Anforderungen im Vorfeld des Abschlusses eines Tarifvertrages angesprochen. Darüber hinaus weist der 1. Senat aber nun auch stets darauf hin, dass auch die tatsächliche Durchführung eines Tarifvertrages überwacht und abgesichert sowie das Verhandlungsergebnis, das regelmäßig Kompromisscharakter habe, verbandsintern vermittelt und durchgesetzt werden müsse und beschreibt damit Anforderungen, die eine Koalition nach Abschluss eines Tarifvertrages erfüllen muss.⁵²⁹

⁵²⁶ BAG 6. 6. 2000 AP TVG § 2 Nr. 55 m. Anm. *Oetker*.

⁵²⁷ Kritisch *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 55.

⁵²⁸ BAG 14. 3. 1978 AP TVG § 2 Nr. 30.

⁵²⁹ S. BAG 6. 6. 2000 AP TVG § 2 Nr. 55 m. Anm. *Oetker*; 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. *Buchner*; 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*; kritisch *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 47 f.

bb) Konkrete Handhabung

(1) Selbst gewählter Zuständigkeitsbereich als Bezugsrahmen

Bei der konkreten Anwendung des Kriteriums der Leistungsfähigkeit argumentiert das BAG in den jüngeren Entscheidungen differenzierter und im Ergebnis tendenziell „koalitionsfreundlicher“. An den erforderlichen Organisationsaufbau will es „keine starren Mindestanforderungen“ stellen. Maßgeblich seien die Umstände des Einzelfalls. Entscheidend sei, ob die Vereinigung ihre Aufgaben in dem selbst bestimmten Zuständigkeitsbereich erfüllen kann. Wenn sich dieser auf das gesamte Bundesgebiet und auf Arbeitnehmer in einer Vielzahl von Berufen und Sparten erstreckt, hält das BAG regelmäßig eine erhebliche Ausstattung auch in der Fläche für erforderlich. Bei Arbeitnehmervereinigungen hingegen, die ihre Zuständigkeit auf eine Berufsgruppe beschränken, die sich noch dazu räumlich auf wenige Schwerpunkte konzentriert, lässt der 1. Senat auch einen relativ kleinen, zentralisierten Apparat ausreichen; dieser genüge in solchen Fällen, um Tarifverhandlungen effektiv zu führen, die Durchführung der Tarifverträge zu überwachen und abzusichern sowie die Mitglieder zu betreuen.

(2) Bewertung ehrenamtlicher Mitarbeit

Gewandelt hat sich insbesondere die Einschätzung eines auf ehrenamtlicher Mitarbeit aufbauenden Personalapparates.⁵³⁰ Wurde ehrenamtliches Engagement in den früheren Entscheidungen noch gering geschätzt⁵³¹, so meint das BAG nun, dass eine leistungsfähige Organisation zwar meist einen hauptamtlichen Mitarbeiterapparat erfordern werde, hält es aber für nicht von vorneherein ausgeschlossen, eine leistungsfähige Organisation auch auf der Grundlage ehrenamtlicher Mitarbeit aufzubauen. Allerdings müssten dann die ehrenamtlichen Mitarbeiter über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen.⁵³² Die großzügigere Sichtweise bringt das BAG im CGM-Beschluss explizit in einen Zusammenhang mit dem Grundsatz der freien Wahl der Koalitionsmittel. Die Anforderungen an die erforderliche Organisation dürften nicht überspannt werden. Art. 9 Abs. 3 GG

⁵³⁰ Dies begrüßend *Greiner*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 45; s. auch schon *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 47; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 55.

⁵³¹ S. BAG 14. 3. 1978 AP TVG § 2 Nr. 30; 16. 1. 1990 AP TVG § 2 Nr. 39; auch noch BAG 6. 6. 2000 AP TVG § 2 Nr. 55 m. Anm. *Oetker*.

⁵³² BAG 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. *Buchner*; 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 53 f.

überlasse einer Koalition grundsätzlich die Wahl der Mittel, die sie bei ihrer koalitionsspezifischen Betätigung für geeignet und erforderlich hält. Dementsprechend unterfalle die Art und Weise der innergewerkschaftlichen Organisation grundsätzlich der Betätigungsfreiheit der Koalition.⁵³³

(3) Differenzierung zwischen Fähigkeit zu Vorbereitung und Abschluss sowie Fähigkeit zur Durchführung von Tarifverträgen

Die Unterscheidung zwischen den sich im Vorfeld des Abschlusses von Tarifverträgen stellenden organisatorischen Anforderungen einerseits und den „nachbereitenden“ Maßnahmen wie Überwachung und Absicherung der tatsächlichen Durchführung von Tarifverträgen sowie verbandsinterner Vermittlung und Durchsetzung des Verhandlungsergebnisses andererseits greift der Senat im CGM-Beschluss bei der konkreten Prüfung der Leistungsfähigkeit wieder auf: Während nämlich die organisatorische Fähigkeit zur Vorbereitung und zum Abschluss von Tarifverträgen, wie die soziale Mächtigkeit, danach durch eine „nennenswerte Anzahl“ bereits geschlossener Tarifverträge regelmäßig indiziert wird⁵³⁴, soll dies nur eingeschränkt für die Fähigkeit gelten, die tatsächliche Durchführung eines Tarifvertrags zu überwachen und abzusichern. Hierfür entfalte der Abschluss von Tarifverträgen allenfalls begrenzt indizielle Wirkung. Zu hohe Anforderungen dürften allerdings auch insoweit nicht gestellt werden, da sonst selbst „etablierte“ Gewerkschaften Gefahr liefen, ihre Tariffähigkeit zu verlieren. Diese entfalle daher nicht schon dann, wenn eine Arbeitnehmervereinigung personell nicht in der Lage ist, die tatsächliche Einhaltung der von ihr geschlossenen Tarifverträge jederzeit und überall vor Ort effektiv zu überwachen. Vielmehr soll es genügen, dass diese Möglichkeit „im Bedarfsfall“ gewährleistet ist. Die Tarifautonomie dürfe nicht gerade dadurch gefährdet werden, dass an das letztlich nur ihr selbst dienende Merkmal der Tariffähigkeit übermäßige Anforderungen gestellt werden.⁵³⁵ Auch komme angesichts der immer besser werdenden Telekommunikationsmöglichkeiten der Anwesenheit gewerkschaftlicher hauptamtlicher Vertreter vor Ort nicht mehr dieselbe Bedeutung zu wie früher.⁵³⁶

⁵³³ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 54; s. schon *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 47; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 55.

⁵³⁴ S. in diese Richtung zuvor schon *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 82.

⁵³⁵ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 74.

⁵³⁶ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 74; zustimmend *Greiner*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 45; zuvor schon LAG Baden-Württemberg 1. 10. 2004 NZA-RR 2005, 85, 90; *Henssler*, Soziale Mächtigkeit, S. 82.

3. Organisatorische Leistungsfähigkeit der GNBZ?

a) Fähigkeit zu Vorbereitung und Abschluss von Tarifverträgen

Die organisatorische Fähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung zur Vorbereitung und zum Abschluss von Tarifverträgen wird durch eine „nennenswerte Anzahl“ bereits geschlossener Tarifverträge regelmäßig indiziert.⁵³⁷

Insoweit verläuft die Prüfung an sich parallel zu der Prüfung der sozialen Mächtigkeit, für die es nach dem Konzept des BAG im Ausgangspunkt ebenfalls auf die bisher von einer Arbeitnehmervereinigung abgeschlossenen Tarifverträge ankommt. Bei näherem Hinsehen aber können die oben zur sozialen Mächtigkeit der GNBZ aus den von ihr bisher geschlossenen Tarifverträgen gezogenen Schlüsse aus zwei Gründen nicht unbesehen auf die Prüfung der organisatorischen Leistungsfähigkeit übertragen werden.

aa) Insoweit Berücksichtigung auch auf gleichläufigen Interessen beruhender Tarifverträge möglich

Einerseits entfällt in Bezug auf die soziale Mächtigkeit die grundsätzliche Indizwirkung der von einer Koalition vereinbarten Tarifverträge ausnahmsweise dann, wenn es sich um Gefälligkeitstarifverträge, um Tarifdiktate oder, wie oben in Weiterführung der Rechtsprechung des BAG herausgearbeitet wurde, um solche Tarifverträge handelt, die – wie Zuordnungstarifverträge nach § 3 Abs. 1 BetrVG und wie, aus den oben genannten Gründen, auch die von der GNBZ geschlossenen Tarifverträge – nicht auf dem Ausgleich divergierender Interessen der Tarifvertragsparteien beruhen. Während in solchen Fällen indes einem Tarifvertrag keine indizielle Wirkung für die soziale Mächtigkeit beigemessen werden kann, weil Tarifverträge, mit denen sich eine Arbeitnehmervereinigung der Gegenseite „gefällig“ erweist oder die ihr von der Arbeitgeberseite diktiert wurden oder die auf gleichläufigen Interessen der Tarifvertragsparteien beruhen, von der Arbeitnehmervereinigung nicht „durchgesetzt“ werden müssen, ist für die Prüfung der organisatorischen Leistungsfähigkeit ein anderer Blickwinkel einzunehmen. Auch solche Tarifverträge, denen gleichläufige Interessen der Tarifparteien zugrunde liegen, bedürfen u. U. der Vorbereitung etwa in Form der Beobachtung und Prognostizierung der Konjunktur

⁵³⁷ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 74.

und anderer Rahmenbedingungen. Mit dem Abschluss (auch) solcher Tarifverträge kann also eine Arbeitnehmervereinigung (zwar nicht ihre Durchsetzungsfähigkeit, soziale Mächtigkeit, aber) durchaus ihre Fähigkeit unter Beweis stellen, zur Vorbereitung und zum Abschluss von Tarifverträgen organisatorisch in der Lage zu sein.

Somit erscheint es nicht als von vorneherein ausgeschlossen, aus den beiden von der GNBZ geschlossenen Tarifverträgen generell ihre organisatorische Fähigkeit zur Vorbereitung und zum Abschluss von Tarifverträgen abzulesen, obwohl diesen Tarifverträgen *unter Mächtigkeitsgesichtspunkten* aus den obigen Erwägungen *keine* Indizwirkung zukommt.

bb) Aber: Quantitatives Mindestmaß nach Ansicht des BAG

Während insoweit also eine *zugunsten* der Annahme hinreichender organisatorischer Leistungsfähigkeit der GNBZ wirkende Abweichung von den zur sozialen Mächtigkeit entwickelten Maßstäben greift, deutet die zweite erforderliche Abweichung in die andere Richtung. Während nämlich für die soziale Mächtigkeit der quantitative Aspekt der bisherigen Tarifpraxis der GNBZ nicht zu deren Lasten berücksichtigt, die Herleitung der Durchsetzungsfähigkeit der GNBZ aus den von ihr bisher geschlossenen Tarifverträgen also trotz deren geringer Anzahl von lediglich zwei grundsätzlich für möglich gehalten wurde, ist für die organisatorische Leistungsfähigkeit womöglich eine restriktivere Sicht angezeigt. Ausdrücklich heißt es nämlich beim BAG, „*eine nennenswerte Anzahl*“ bereits geschlossener Tarifverträge indiziere regelmäßig die organisatorische Fähigkeit zu deren Vorbereitung und Abschluss.⁵³⁸ Während die vom BAG für die soziale Mächtigkeit verwendete Formel vom „nennenswertem Umfang“, in dem bereits Tarifverträge geschlossen worden sein müssen, die Frage eines quantitativen Mindestmaßes noch offen lassen mag, wird mithin für die organisatorische Leistungsfähigkeit eindeutig ein solches zahlenmäßiges Mindestmaß vorausgesetzt. Dieses kann die GNBZ mit lediglich zwei von ihr bisher abgeschlossenen Tarifverträgen nicht erfüllen.

b) Fähigkeit zur Überwachung und Sicherstellung der tatsächlichen Tarifführung

Wenn demnach aus den bisher von der GNBZ abgeschlossenen Tarifverträgen jedenfalls mangels „Masse“ allenfalls eingeschränkt Schlüsse auf ihre Fähigkeit gezogen werden

⁵³⁸ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 74.

können, Tarifverträge vorzubereiten und abzuschließen, dann kommt es zumindest ergänzend auf die bei der GNBZ vorhandene personelle und sachlich-organisatorische Ausstattung an. Diese ist überdies als (alleiniger, jedenfalls aber vorrangiger) Indikator dafür heranzuziehen, ob der GNBZ die Fähigkeit eignet, die tatsächliche Durchführung der geschlossenen Tarifverträge zu überwachen und sicherzustellen⁵³⁹; über *diese* Fähigkeit geben die bisher geschlossenen Tarifverträge naturgemäß wenig Aufschluss.

aa) Personelle Ausstattung der GNBZ

Die personelle Ausstattung der GNBZ beschränkt sich nach von der GNBZ unwidersprochenen Darstellungen in der Presse auf einen einzigen hauptamtlichen Mitarbeiter, den geschäftsführenden Vorstand Arno Doll.⁵⁴⁰ Der Vorstand besteht aus sieben weiteren Personen⁵⁴¹, die offenbar ehrenamtlich tätig sind. Über (weitere) ehrenamtliche Mitarbeiter, die nach der neueren, gegenüber einer auf ehrenamtlicher Tätigkeit aufbauenden Organisation von Arbeitnehmervereinigungen im Vergleich zu früher wesentlich aufgeschlosseneren Linie des BAG zugunsten der Leistungsfähigkeit der GNBZ ins Gewicht fallen könnten, ist nichts bekannt.

bb) Sachlich-organisatorische Ausstattung

Die sachlich-organisatorische Ausstattung der GNBZ beschränkt sich, soweit bekannt, auf einen einzigen Büroraum.

4. Ergebnis zur organisatorischen Leistungsfähigkeit

Sollte tatsächlich nur ein hauptamtlicher Mitarbeiter in einem einzigen Büroraum für die GNBZ tätig sein, so wäre die erforderliche organisatorische Leistungsfähigkeit angesichts des von der GNBZ selbst gewählten Zuständigkeitsbereichs zu verneinen. Bei bundesweiter Tarifzuständigkeit für einen branchenmäßigen Bereich, der mindestens 238.000 Beschäftigte umfasst, ist nicht ersichtlich, wie die GNBZ mit dieser infrastrukturellen Ausstattung ernsthaft

⁵³⁹ Vgl. die entsprechende Vorgehensweise des BAG im Fall der CGM, BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*, Rn. 94 des Beschlusses.

⁵⁴⁰ S. etwa FAZ vom 11. 3. 2008, S. 15.

⁵⁴¹ Vgl. die Angaben auf dem „Offenen Brief“ der GNBZ an die Bundeskanzlerin vom 5. 12. 2007, einzusehen unter <http://www.gnbz.de>.

und eindrucksvoll Tarifverhandlungen führen will.⁵⁴² Selbst wenn man die organisatorische Fähigkeit der GNBZ zur Vorbereitung und zum Abschluss von Tarifverträgen aufgrund der bisher von ihr vereinbarten Tarifverträge bejahen will, obgleich lediglich zwei Tarifabschlüsse der GNBZ bekannt sind, so fehlt es ihr unter Zugrundelegung der bekannten personellen und sachlichen Ausstattung doch jedenfalls an der Fähigkeit zur Überwachung und Sicherstellung der tatsächlichen Durchführung der geschlossenen Tarifverträge.

Das gilt auch unter Berücksichtigung der einschränkenden Ausführungen des BAG im CGM-Beschluss, wonach zum einen eine Arbeitnehmervereinigung nicht personell in der Lage zu sein braucht, die tatsächliche Einhaltung der von ihr geschlossenen Tarifverträge jederzeit und überall vor Ort effektiv zu überwachen, sondern vielmehr genügen soll, dass diese Möglichkeit „im Bedarfsfall“ gewährleistet ist und zum anderen die immer besser werdenden Telekommunikationsmöglichkeiten zu bedenken sind, angesichts derer der Anwesenheit gewerkschaftlicher hauptamtlicher Vertreter vor Ort nicht mehr dieselbe Bedeutung zukomme wie früher.⁵⁴³ Reichte eine personelle und sachlich-organisatorische Ausstattung wie die der GNBZ zur Annahme hinreichender organisatorischer Leistungsfähigkeit, insbesondere zur Bejahung der Fähigkeit, die tatsächliche Durchführung geschlossener Tarifverträge zu überwachen und sicherzustellen, aus, so verlöre das Erfordernis der organisatorischen Leistungsfähigkeit seine begrenzende Funktion.⁵⁴⁴

V. Gegnerunabhängigkeit

Eine tariffähige Gewerkschaft muss strukturell vom sozialen Gegenspieler unabhängig sein.⁵⁴⁵ Die Gegnerunabhängigkeit ist nach der Rechtsprechung des BAG nicht im formalen, sondern im materiellen Sinn zu verstehen.⁵⁴⁶ Die Koalition muss 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. An der Gegnerunabhängigkeit fehlt es erst dann, wenn die Abhängigkeit vom sozialen Gegenspieler

⁵⁴² Vgl. für den BTÜ, der über ein Büro in den Räumen einer Arbeitgeberin sowie nach eigenen Angaben über ein weiteres Büro verfügte, einen hauptberuflichen Geschäftsführer und eine Bürokraft beschäftigte und dessen Vorstandsmitglieder ehrenamtlich tätig waren, BAG 6. 6. 2000 AP TVG § 2 Nr. 55 m. Anm. *Oetker*.

⁵⁴³ Auf das Vorhandensein eines Internetauftritts stellt insoweit ab LAG Baden-Württemberg 1. 10. 2004 NZA-RR 2005, 85, 90.

⁵⁴⁴ Vgl. auch *Greiner*, Anm. zu BAG EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 45.

⁵⁴⁵ S. aus der Literatur nur *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 15 ff.; *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 298 mit zahlreichen Nachweisen.

⁵⁴⁶ BAG 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. *Buchner*; s. auch *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 305.

in der Struktur der Arbeitnehmervereinigung angelegt und verstetigt ist und ihre eigenständige Interessenwahrnehmung durch personelle oder organisatorische Verflechtungen oder durch wesentliche finanzielle Zuwendungen ernsthaft gefährdet wird.⁵⁴⁷

Bei der GNBZ kann an der organisatorischen sowie der finanziellen Gegnerunabhängigkeit gezweifelt werden.

1. Organisatorische Unabhängigkeit

Ein tariffähiger Berufsverband darf organisatorisch nicht von dem tariflichen Gegenspieler abhängen.⁵⁴⁸ Dies erfordert unter anderem, dass an der Gründung eines Arbeitnehmerverbandes nur zukünftige Mitglieder beteiligt sind.⁵⁴⁹

In Presseberichten sowie einem Bericht des Fernsehmagazins Report Mainz wurde über eine Beteiligung des Arbeitgeberverbandes Neue Brief- und Zustelldienste an der Gründung der GNBZ sowie darüber spekuliert, dass die GNBZ sogar auf Initiative des Arbeitgeberverbandes Neue Brief- und Zustelldienste gegründet wurde. Tatsächlich spekulierte seinerseits der Präsident des Arbeitgeberverbandes Neue Brief- und Zustelldienste bereits zwei Tage vor der Gründung der GNBZ öffentlich über eine Gewerkschaftsgründung; er streitet freilich eine Beteiligung des Arbeitgeberverbandes an der Gründung der GNBZ ab.

2. Finanzielle Unabhängigkeit

Ein tariffähiger Berufsverband darf auch nicht finanziell von seinem tariflichen Gegenspieler abhängen, da er sonst die eigenen Interessen nicht mehr mit dem notwendigen Nachdruck verfolgen kann und der Tarifvertrag keinen Interessenausgleich herbeiführt.⁵⁵⁰ Fehlende Unabhängigkeit wegen wesentlicher finanzieller Zuwendungen des sozialen Gegenspielers ist anzunehmen, wenn sich eine Arbeitnehmerkoalition im Wesentlichen nicht aus den Beiträgen ihrer Mitglieder, sondern aus Zuwendungen der Arbeitgeber finanziert und zu befürchten ist,

⁵⁴⁷ BAG 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. *Buchner*; s. auch Wiedemann/*Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 306.

⁵⁴⁸ Wiedemann/*Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 318.

⁵⁴⁹ Wiedemann/*Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 318.

⁵⁵⁰ Wiedemann/*Oetker*, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 316.

dass die Arbeitgeberseite durch Androhung der Zahlungseinstellung die Willensbildung auf Arbeitnehmerseite beeinflussen kann.⁵⁵¹

Zweifel an der finanziellen Unabhängigkeit der GNBZ weckte von vorneherein die geringe Höhe der Mitgliedsbeiträge. Mitglieder, die in einem Beschäftigungsverhältnis stehen und mehr als 410 € brutto pro Monat verdienen, zahlen 0,5 % ihres regelmäßigen Monatsbruttos pro Monat; alle anderen Mitglieder zahlen 1,50 € Monat.⁵⁵² Zum Vergleich: Bei ver.di zahlen Mitglieder im Beschäftigungsverhältnis den doppelten Prozentsatz, also 1 % des regelmäßigen monatlichen Bruttoeinkommens⁵⁵³; selbst bei der „Christlichen Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation (CGPT)“, die Mitglied der „Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP)“ ist⁵⁵⁴, deren Tariffähigkeit im arbeitsrechtlichen Schrifttum hoch umstritten ist⁵⁵⁵, zahlen Mitglieder in einem Beschäftigungsverhältnis immerhin 0,7 % des regelmäßigen monatlichen Bruttoeinkommens.⁵⁵⁶

Die Beiträge fließen bei der erst im Oktober 2007 gegründeten GNBZ zudem erst ab November 2007; bemerkenswerter Weise hat die GNBZ trotzdem bereits im Oktober 2007 Räume angemietet und einen hauptamtlichen Mitarbeiter eingestellt. Nach Angaben der GNBZ war allerdings dieser Mitarbeiter jedenfalls zunächst unentgeltlich tätig(!); die Miete für den Büroraum müsse nicht im Voraus gezahlt werden.

Am 20. 3. 2008 übergab der PIN-Insolvenzverwalter der Kölner Staatsanwaltschaft Unterlagen, nach denen bis zum 10. 12. 2007 Zahlungen von der PIN-Holding in Höhe von über 133.000 € über einen Umweg an die GNBZ geflossen sind. Der ehemalige

⁵⁵¹ BAG 14. 12. 2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 m. Anm. *Buchner; Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 16.

⁵⁵² Vgl. <http://www.gnbz.de/beitraege.html>.

⁵⁵³ S. § 14 der ver.di-Satzung (in der Fassung von Oktober 2007).

⁵⁵⁴ Zu den Mitgliedern der CGZP s. <http://www.cgb.info/organisation/zeitarbeit.php>; der Tarifgemeinschaft gehören danach an die Christliche Gewerkschaft Metall (CGM), die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD), die Christliche Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation (CGPT) und die DHV (Berufsgewerkschaft e. V. im CGB).

⁵⁵⁵ Gegen Tariffähigkeit wegen fehlender sozialer Mächtigkeit *Schüren/Schüren*, AÜG, 3. Auflage 2007, § 9 Rn. 115, 120; *ders.*, JbArbR 41 (2004), 49, 51, 54 ff., 70; *ders.*, RdA 2006, 303, 307; *ders.*, FS Löwisch, 2007, S. 367, 371, 373; *ders./Behrend*, NZA 2003, 521, 525; *ders./Riederer Freifrau von Paar*, AuR 2004, 241, 243 f.; zweifelnd auch *Böhm*, DB 2003, 2598; a. A. *Ankersen*, NZA 2003, 421, 424 f.; *Bayreuther*, NZA 2005, 341, 342; *ders.*, BB 2005, 2633, 2638; *Boemke*, NZA 2004, 142, 144, mit Fn. 16; *Boemke/Lembke*, AÜG, 2. Auflage 2005, § 9 Rn. 130; *Lembke*, NZA 2007, 1333, 1334 ff.; *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007, 87, 114, Fn. 105; s. zum Ganzen auch ArbG Berlin – 54 BV 13961/06 –, vgl. FAZ vom 6. 2. 2008, S. 12.

⁵⁵⁶ S. § 6 der am 1. 5. 2006 in Kraft getretenen CGPT-Satzung i. V. mit der am 1. 7. 2006 in Kraft getretenen Beitragsordnung (Anhang II zur Satzung).

Vorstandsvorsitzende der PIN habe die Gelder über eine Beratungskanzlei an die Gewerkschaft geleitet. Der Insolvenzverwalter gab an, er und die amtierenden Verwaltungsräte seien bei ihren Prüfungen auf eine Rechnung dieser Beratungskanzlei vom 5. 12. 2007 gestoßen, die mit dem Betreff „Pin Group AG wg. Gewerkschaft“ versehen gewesen sei. Die ausgewiesenen Zahlungen hätten nur wenige Tage nach der Gründung der GNBZ im Oktober 2007 eingesetzt. Im Zuge der Überprüfung sei klar geworden, dass der Kanzlei über die Rechnung vom 5. 12. 2007 die Beträge erstattet wurden, die diese zur Finanzierung der GNBZ gezahlt hatte. Dies sei im ausdrücklichen Auftrag des damaligen PIN-Vorstandsvorsitzenden geschehen.

Allein 30.000 € sollen für die Kapitalausstattung der GNBZ bereitgestellt worden sein. Daraus seien das monatliche Gehalt des Geschäftsführers der GNBZ in Höhe von 3500 € sowie die laufenden Kosten des Bürobetriebs finanziert worden. Knapp 1200 € seien für Computer und Bildschirme berechnet worden. Des Weiteren habe die Beratungskanzlei angegeben, dass der GNBZ-Geschäftsführer von Oktober 2007 bis Januar 2008 zusätzlich monatliche Honorare in Höhe von rund 25.000 € erhalten habe. Dies liste die Rechnung unter dem Posten „Fremdarbeiten“ auf.⁵⁵⁷

Die GNBZ erklärte hierzu, sie sei in der Gründungsphase auf Spenden und Zuschüsse angewiesen gewesen. Die Berichterstattung über eine angebliche Finanzierung durch die PIN-Holding sei nicht nachvollziehbar. Die Zahlen stimmten ebenso wenig wie sonstige mitgeteilte Einzelheiten. Einflussnahmen oder Kontakte mit der PIN-Holding oder deren ehemaligem Vorstandsvorsitzenden habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben. Die Finanzierung der GNBZ werde gegenüber der Staatsanwaltschaft offengelegt. Alles sei ordnungsmäßig verbucht, beleg- und nachvollziehbar. Der Geschäftsführer der GNBZ erhalte ein monatliches Gehalt von 3500 € brutto. Die Behauptung, daneben beziehe er weitere zusätzliche Honorare in Höhe von monatlich rund 25.000 € sei falsch und böswillig.⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ S. FAZ Nr. 69 vom 22. 3. 2008, S. 9; Der Spiegel Nr. 13 vom 24. 3. 2008, S. 76.

⁵⁵⁸ Presseerklärung der GNBZ vom 21. 3. 2008, abrufbar unter <http://www.gnbz.de/Pressemitteilung21032008.pdf>.

3. Ergebnis zur Gegnerunabhängigkeit

Zweifel an der organisatorischen und finanziellen Gegnerunabhängigkeit der GNBZ lassen sich auf der Grundlage der vorhandenen tatsächlichen Erkenntnisse nicht erhärten. Insofern bedürfte es weiterer Sachverhaltsaufklärung.

Ergebnis zu A. – Tariffähigkeit der GNBZ

Der GNBZ fehlt es jedenfalls an der zur Annahme ihrer Tariffähigkeit erforderlichen sozialen Mächtigkeit, wahrscheinlich auch an einer hinreichenden organisatorischen Leistungsfähigkeit. Sie ist keine tariffähige Gewerkschaft i. S. von § 2 Abs. 1 TVG. Die beiden von ihr abgeschlossenen Tarifverträge (mit dem Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste/mit dem BdKEP) sind daher unwirksam.⁵⁵⁹

B. Konsequenzen der fehlenden Tariffähigkeit für die Rechtsverletzung

I. Art. 9 Abs. 3 GG

Das VG bejaht eine Verletzung aller Kläger in ihren Rechten aus Art. 9 Abs. 3 GG unabhängig davon, ob die GNBZ eine tariffähige Gewerkschaft ist und die von ihr geschlossenen Tarifverträge wirksam sind. Auch ohne die normativen Wirkungen eines Tarifvertrages seien die Verträge mit der GNBZ „ein in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallendes Wirken“; auch in eine mangels Tariffähigkeit des Vertragspartners nur schwache Grundrechtsposition aus Art. 9 Abs. 3 GG dürfe nur durch eine Norm eingegriffen werden, die der verfassungsmäßigen Ordnung entspricht, was indes auf die von ihrer Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen nicht zutrefte.

Diese Argumentation ist in allen Punkten angreifbar. Sie dürfte darauf beruhen, dass das entscheidende Gericht als Verwaltungsgericht die maßgeblichen arbeitsrechtlichen Überlegungen verkannt hat und unter Überspringung aller notwendigen Gedankenschritte auf ein bestimmtes Ergebnis zugesteuert ist. Angreifbar ist sowohl die Annahme, auch bei

⁵⁵⁹ Zur Rechtsfolge fehlender Tariffähigkeit s. nochmals Wiedemann/Oetker, TVG, 7. Auflage 2007, § 2 Rn. 15 m. w. N.

fehlender Tariffähigkeit der GNBZ und daraus resultierender Unwirksamkeit der von den Klägern (BdKEP) oder (bei PIN und TNT) deren Verband mit der GNBZ geschlossenen Tarifverträge sei ein in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallendes „Wirken“ gegeben als auch in die darauf aufbauende weitere Annahme, in diese durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Position werde durch die Rechtsverordnung vom 28. 12. 2007 eingegriffen.

1. Umdeutung der wegen fehlender Tariffähigkeit unwirksamen Tarifverträge in von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen?

Das VG geht ohne weiteres davon aus, dass die mit der GNBZ geschlossenen Verträge bei fehlender Tariffähigkeit der GNBZ zwar keine normative Wirkung entfalten, aber gleichwohl Resultat eines in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallenden „Wirkens“ seien. Das setzt voraus, dass diese Verträge bei fehlender Tariffähigkeit der GNBZ zwar als Tarifverträge unwirksam, aber gleichwohl noch rechtlich existent, mithin als rein schuldrechtliche Verträge (sog. Koalitionsvereinbarungen oder außertarifliche Sozialpartnervereinbarungen) wirksam sind. Das VG macht durch einen Verweis auf den Beschluss des BAG vom 28. 3. 2006 (zur Tariffähigkeit der CGM)⁵⁶⁰ deutlich, dass es vom Vorliegen zumindest solcher schuldrechtlicher Koalitionsvereinbarungen ausgeht. Dafür müsste es indes, was das VG ohne jedes Problembewusstsein schlicht unterstellt, möglich sein, die als Tarifverträge abgeschlossenen Verträge in (wirksame) schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen umzudeuten.

a) Umdeutung wegen fehlender Tariffähigkeit unwirksamer Tarifverträge in schuldvertragliche Abreden regelmäßig nicht möglich

Sowohl tariffähige als auch nicht tariffähige Koalitionen können außertarifliche Sozialpartnervereinbarungen oder Koalitionsvereinbarungen schließen. Bewegt sich der Inhalt solcher Vereinbarungen auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (hier: Lohn), so bildet nach h. M. Art. 9 Abs. 3 GG die Rechtsgrundlage.⁵⁶¹ Teilweise wird allerdings auch vertreten, dass für Vereinbarungen nicht tariffähiger Koalitionen Art. 2 Abs. 1 GG einschlägig ist.⁵⁶²

⁵⁶⁰ BAG 28. 3. 2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 m. Anm. *Henssler/Heiden*.

⁵⁶¹ *Däubler/Däubler*, TVG, 2. Auflage 2006, Einleitung Rn. 870; *Jacobs/Krause/Oetker*, Tarifvertragsrecht, 2007, § 1 Rn. 140; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage 2004, Grundlagen Rn. 66 ff.; *Wiedemann/Thüsing*, TVG, 7. Auflage 2007, § 1 Rn. 25.

⁵⁶² *Kempen/Zachert/Zachert*, TVG, 4. Auflage 2006, § 1 Rn. 733.

Eine Umdeutung eines wegen fehlender Tariffähigkeit unwirksamen Tarifvertrages nach § 140 BGB in eine solche schuldvertragliche Abrede scheidet allerdings regelmäßig aus; der Wille zur Begründung schuldrechtlicher Rechte und Pflichten zwischen den Vertragsschließenden ist nicht als „Minus“ in dem Willen zur Erzeugung von Rechtsnormen enthalten. Lediglich für schuldrechtliche Verpflichtungen in dem „Tarifvertrag“, also für Regelungen des schuldrechtlichen Teils des „Tarifvertrages“ i. S. des § 1 Abs. 1 TVG, kommt eine gegenteilige Würdigung in Betracht.⁵⁶³

b) Annahme eines entsprechenden hypothetischen Willens der Vertragsparteien im vorliegenden Fall unrealistisch

Kann demnach ein entsprechender hypothetischer Wille (vgl. § 140 BGB) der Parteien eines wegen fehlender Tariffähigkeit unwirksamen Tarifvertrages allenfalls ausnahmsweise bejaht werden, so sprechen gerade im vorliegenden Fall alle relevanten Umstände gegen die Annahme eines solchen Willens.

aa) Keine Koalitionsvereinbarung zu Lasten Dritter

Zum einen steht der Annahme des für eine Umdeutung erforderlichen Willens, bei Unwirksamkeit des Vertrages als Tarifvertrag wegen fehlender Tariffähigkeit eine schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung zu schließen, entgegen, dass die vom Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste und vom BdKEP mit der GNBZ geschlossenen Verträge den Arbeitgebern (Mitgliedern des Arbeitgeberverbandes der Neuen Brief- und Zustelldienste/des BdKEP) Pflichten aufzuerlegen suchen, namentlich die Pflicht zur Zahlung eines Mindestlohns in bestimmter Höhe (6, 50/7, 50 €pro Stunde). Denn zwar ist anerkannt, dass schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen als Verträge zugunsten Dritter i. S.

⁵⁶³ Jacobs/Krause/Oetker, Tarifvertragsrecht, 2007, § 2 Rn. 7; so wohl auch Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, § 2 Rn. 184; s. ferner ErfK/Franzen, 8. Auflage 2008, § 2 TVG Rn. 5; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 14 I. 4., S. 526; HWK/Henssler, 2. Auflage 2006, § 2 TVG Rn. 3; a. A. aber offenbar Richardi, NZA 2004, 1025, 1029: Die mit einer wegen fehlender Durchsetzungsfähigkeit nicht tariffähigen Gewerkschaft geschlossenen Tarifverträge seien nicht nichtig, sondern lediglich nicht als Tarifverträge zu qualifizieren.

des § 328 BGB abgeschlossen werden können.⁵⁶⁴ Aufgrund der Unzulässigkeit von Verträgen zu Lasten Dritter⁵⁶⁵ ist aber eine Auferlegung von Pflichten nicht möglich.⁵⁶⁶

Durch eine bloße Koalitionsvereinbarung konnten also der Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste und der BdKEP sowie die GNBZ ihr Regelungsziel, die Arbeitgeber zur Zahlung von Mindestlöhnen in bestimmter Höhe zu verpflichten, überhaupt nicht erreichen. Anders wäre es nur, wenn die Verträge auf Arbeitgeberseite nicht von Verbänden, sondern von einzelnen Arbeitgebern geschlossen worden wären (s. zur Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers § 2 Abs. 1 TVG). Ein solcher sog. Hauskoalitionsvertrag ist wegen § 328 BGB ein effektives Mittel zur Regelung von Arbeitsbedingungen⁵⁶⁷, weil sich der Arbeitgeber hier als Vertragspartei („Versprechender“ i. S. der §§ 328 ff. BGB) selbst verpflichtet (damit kein unzulässiger Vertrag zu Lasten eines Dritten, da die Verpflichtung des Arbeitgebers auf seinem eigenen Vertragsschluss beruht), so dass auf diesem Weg den Arbeitnehmern über § 328 BGB ein Anspruch direkt gegen den Arbeitgeber eingeräumt werden kann.⁵⁶⁸

Eine andere Möglichkeit, die fehlende Verpflichtungsmöglichkeit durch Vertrag zu Lasten Dritter zu überwinden, ist es, dem Arbeitsvertragspartner des Mitglieds in der Koalitionsatzung einen Anspruch gegen das Mitglied auf Einhaltung der in der Koalitionsvereinbarung festgelegten Arbeitsbedingungen zuzuwenden, wovon allerdings praktisch kein Gebrauch gemacht wird⁵⁶⁹; auch die Satzungen des Arbeitgeberverbandes der Neuen Brief- und Zustelldienste⁵⁷⁰ sowie des BdKEP⁵⁷¹ sehen Derartiges nicht vor.

Könnte demnach aber das Regelungsziel der vom Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste und vom BdKEP mit der GNBZ geschlossenen Verträge, die Mitglieder der Arbeitgeberkoalitionen zur Zahlung von Mindestlöhnen zu verpflichten, nur mit Hilfe der

⁵⁶⁴ Däubler/Däubler, TVG, 2. Auflage 2006, Einleitung Rn. 877; ErfK/Franzen, 8. Auflage 2008, § 1 TVG Rn. 80; Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, Grundlagen Rn. 78; Kempen/Zachert/Zachert, TVG, 4. Auflage 2006, § 1 Rn. 734, 757, 763.

⁵⁶⁵ S. nur Staudinger/Jagmann (2004), vor §§ 328 ff. BGB Rn. 42.

⁵⁶⁶ Däubler/Däubler, TVG, 2. Auflage 2006, Einleitung Rn. 877; Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, Grundlagen Rn. 79; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, 1996, Rn. 798.

⁵⁶⁷ Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, Grundlagen Rn. 67; s. auch Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 12 9. b), S. 509.

⁵⁶⁸ Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, Grundlagen Rn. 80.

⁵⁶⁹ Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, Grundlagen Rn. 79; s. dazu auch Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, 1996, Rn. 799 ff.

⁵⁷⁰ Satzung abrufbar unter <http://nbz2.werder-productions.de/media/SatzungAGVNBZ.pdf>.

⁵⁷¹ Satzung abrufbar unter <http://www.bdkep.de/2007-04-14/pdf/Satzung08.pdf>.

normativen Wirkung eines Tarifvertrages erreicht werden, so spricht dies gegen den Willen zum (hilfsweisen) Abschluss einer schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarung. Regelungen, die der Auferlegung von Pflichten dienen, sind ein Indiz dafür, dass ein – normativ wirkender – Tarifvertrag gewollt ist; der Annahme einer schuldrechtlichen Koalitionsabrede stehen sie entgegen.⁵⁷²

bb) Regelungsziel konkurrierender Tarifvertrag

Zu beachten ist des Weiteren, dass es erklärtes Ziel der Parteien der Verträge vom 11. und vom 12. 12. 2007 (Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste/BdKEP auf der einen, GNBZ auf der anderen Seite) war, den vom Arbeitgeberverband Postdienste und von ver.di geschlossenen, via Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG erstreckten Tarifvertrag nicht zur Anwendung kommen zu lassen.⁵⁷³ Das aber konnte eine nur schuldrechtlich wirkende Koalitionsvereinbarung von vorneherein nicht bewirken. Ist ein Vertrag, der mangels Tariffähigkeit einer Partei nicht als Tarifvertrag einzuordnen ist, auf das Ziel gerichtet, einen (anderen) Tarifvertrag nicht zur Anwendung kommen zu lassen, so scheidet seine Aufrechterhaltung als schuldrechtliche Abrede aus.⁵⁷⁴

Demnach sprechen sowohl allgemeine Erwägungen (oben aa)) als auch die konkreten Umstände dagegen, die wegen fehlender Tariffähigkeit der GNBZ unwirksamen Tarifverträge in schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen umzudeuten. Das hat zur Folge, dass es entgegen der pauschalen Annahme des VG an einem „in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallenden Wirken“ fehlt. Die Verträge vom 11. und vom 12. 12. 2007 sind infolge des Fehlens der Tariffähigkeit der GNBZ nicht nur als Tarifverträge unwirksam, sondern schlechthin rechtlich inexistent.

2. Eingriff in eine etwaige durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Position durch die Verordnung?

Selbst wenn man der pauschalen, angesichts der obigen Darlegungen rechtlich nicht haltbaren Annahme des VG Berlin folgt, dass die mit der GNBZ geschlossenen Verträge bei

⁵⁷² Vgl. Däubler/Däubler, TVG, 2. Auflage 2006, Einleitung Rn. 877.

⁵⁷³ S. nur Pressemitteilung der GNBZ vom 17. 12. 2007 zum Tarifvertrag mit dem Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste vom 11. 12. 2007, abrufbar unter <http://www.gnbz.de/presse3.html>: Es handele sich um einen Spezialtarifvertrag, der in seinem Bereich vorrangig anzuwenden sei.

⁵⁷⁴ Vgl. Däubler/Peter, TVG, 2. Auflage 2006, § 2 Rn. 182.

Unwirksamkeit als Tarifverträge wegen fehlender Tariffähigkeit der GNBZ gleichwohl als von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen in der Welt geblieben seien: Würde unter dieser – unzutreffenden – Prämisse die Verordnung überhaupt einen Grundrechtseingriff darstellen?

Das VG nimmt auch dies ohne weiteres an: Auch in eine mangels Tariffähigkeit des Vertragspartners nur schwache Grundrechtsposition aus Art. 9 Abs. 3 GG dürfe nur durch eine Norm eingegriffen werden, die der verfassungsmäßigen Ordnung entspricht, was indes auf die von ihrer Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen nicht zutrefte.

Damit wird die arbeitsrechtliche Rechtslage ein weiteres Mal verkannt:

a) Eingriff “denk unmöglich“

Koalitionsvereinbarungen entbehren der unmittelbaren und zwingenden Wirkung des § 4 Abs. 1 TVG; ihre Umsetzung in die individuellen Arbeitsverhältnisse muss auf rein vertraglichem Wege erfolgen.⁵⁷⁵

Koalitionsvereinbarungen – unterstellt, solche könnten, entgegen den obigen Ausführungen, in den als Tarifverträgen unwirksamen Vereinbarungen vom 11. und vom 12. 12. 2007 gesehen werden – würden daher durch die Verordnung oder durch den mittels der Verordnung geltungserstreckten Mindestlohntarifvertrag überhaupt nicht verdrängt. Es kommt schließlich nicht zu einer Kollision auf normativer Ebene, sondern zum Zusammentreffen einer normativen und einer schuldrechtlich-kollektiven Regelung. Der Abschluss schuldrechtlicher Koalitionsvereinbarungen bleibt den Koalitionen auch im Geltungsbereich einer Verordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG unbenommen. Wie daher in der Verordnung ein Eingriff in die (vermeintliche) Grundrechtsposition der Kläger aus Art. 9 Abs. 3 GG liegen soll, ist unerfindlich.

⁵⁷⁵ ErfK/Franzen, 8. Auflage 2008, § 1 TVG Rn. 80; Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, Grundlagen Rn. 73 ff.; s. auch Däubler/Däubler, TVG, 2. Auflage 2006, Einleitung Rn. 878; Wiedemann/Thüsing, TVG, 7. Auflage 2007, § 1 Rn. 25.

b) Zulässigkeit günstigerer Löhne

Da eine Koalitionsvereinbarung, um Auswirkungen auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse der Koalitionsmitglieder zu haben, einzelvertraglich umgesetzt werden muss, würde die Verordnung vielmehr beschränkend allenfalls auf die individuellen Rechte, namentlich die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Arbeitsvertragsfreiheit, der Koalitionsmitglieder einwirken. Denn die Wirkung, die eine schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung durch ihre einzelvertragliche Umsetzung in das Individualarbeitsverhältnis für die Arbeitsvertragsparteien entfaltet, wird ggf. begrenzt durch die zwingende Wirkung eines die Arbeitsvertragsparteien normativ bindenden Tarifvertrages; dieser setzt sich gegenüber jedem nicht günstigeren Arbeitsvertragsinhalt durch, § 4 Abs. 1, Abs. 3 Alt. 2 TVG.⁵⁷⁶

Die Mitglieder des Arbeitgeberverbandes der Neuen Brief- und Zustelldienste, des BdKEP und der GNBZ könnten also wegen der Erstreckung des Mindestlohntarifvertrages durch die Verordnung vom 28. 12. 2007, deren Rechtsfolge wie bei der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG die unmittelbare und zwingende Wirkung des Tarifvertrages nach § 4 Abs. 1 TVG ist, individualvertraglich nur günstigere Löhne als die im erstreckten Tarifvertrag vorgesehenen vereinbaren, § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG.

Damit scheidet – selbst wenn man annimmt, dass die Verordnung ihre Ermächtigungsgrundlage überschreitet – eine Verletzung der Kläger in ihren Rechten aus Art. 9 Abs. 3 GG entgegen der Auffassung des VG aus.

Theoretisch denkbar bliebe nach dem eben Ausgeführten eine neue Klage von Mitgliedern des Arbeitgeberverbandes der Neuen Brief- und Zustelldienste, des BdKEP oder der GNBZ, gestützt darauf, dass sie durch die Tarifnormerstreckung gehindert würden, einzelvertraglich niedrigere Löhne als die in der Verordnung vorgesehenen zu vereinbaren (s. aber sogleich zu Art. 12 Abs. 1 GG).

⁵⁷⁶ Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, Grundlagen Rn. 89.

II. Art. 12 Abs. 1 GG

Das VG Berlin sieht bei TNT und PIN neben der Verletzung von Art. 9 Abs. 3 GG auch eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG. Ihre Geschäftstätigkeit falle in den Schutzbereich. Normative Vorgaben zur Entlohnung der von ihnen beschäftigten Arbeitnehmer griffen in diesen geschützten Bereich ein. Das sei zwar wegen des Gesetzesvorbehalts des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG möglich, doch setze ein Eingriff eine verfassungsmäßige Eingriffsgrundlage voraus. Daran fehle es, da das Gesetz, auf Grund dessen die Berufsausübung mittels der Mindestlohnverordnung geregelt werden solle, zu dieser Verordnung nicht ermächtige.

Ob PIN und TNT auch wegen Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs in ihre Rechte aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt seien, wofür Anhaltspunkte vorlägen, könne dahinstehen.

Damit hat das VG verkannt, dass Art. 12 Abs. 1 GG hier nicht einschlägig ist.

Richtig ist, dass bei Eingriffsgesetzen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 12 Abs. 1 GG nebeneinander anzuwenden sind, wie das auch im Mitbestimmungsurteil des BVerfG geschehen ist.⁵⁷⁷

Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um einen Eingriff, sondern um die Konkretisierung des Art. 9 Abs. 3 GG, also um eine *Ausgestaltung*. Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie bedürfen der rechtlichen Ausgestaltung, d. h. es müssen rechtliche Verfahrensformen bereitgestellt werden, innerhalb derer Koalitionsfreiheit verwirklicht wird.⁵⁷⁸ Es geht hier um staatliche Regelungen, welche die Funktionsfähigkeit der rechtsförmigen Verfahrensbedingungen der Koalitionsfreiheit und insbesondere der Tarifautonomie gewährleisten.⁵⁷⁹ Dazu gehören neben den Voraussetzungen der Tariffähigkeit⁵⁸⁰ vor allem die Rechtsbeziehungen der Tarifvertragsparteien untereinander.⁵⁸¹ Praktische Beispiele sind die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG⁵⁸² und eben auch die Geltungserstreckung von Tarifverträgen nach § 1 Abs. 3⁵⁸³ und Abs. 3a AEntG.⁵⁸⁴

⁵⁷⁷ S. BVerfG 1. 3. 1979 BVerfGE 50, 290, 361 ff. und 366 ff.

⁵⁷⁸ Kempen/Zachert/Kempen, TVG, 4. Auflage 2006, Grundlagen Rn. 111; s. zur Ausgestaltung auch schon oben A., II., 3., c), bb) und die dortigen Nachweise.

⁵⁷⁹ Kempen/Zachert/Kempen, TVG, 4. Auflage 2006, Grundlagen Rn. 111.

⁵⁸⁰ S. zur sozialen Mächtigkeit als Fall der Grundrechtsausgestaltung oben A., II., 3., c), bb).

⁵⁸¹ Kempen/Zachert/Kempen, TVG, 4. Auflage 2006, Grundlagen Rn. 111.

⁵⁸² Kempen/Zachert/Kempen, TVG, 4. Auflage 2006, Grundlagen Rn. 111.

⁵⁸³ Kempen/Zachert/Kempen, TVG, 4. Auflage 2006, Grundlagen Rn. 111.

In einem solchen Ausgestaltungsfall wird indes Art. 12 Abs. 1 GG durch Art. 9 Abs. 3 GG verdrängt. Dementsprechend hat auch das BVerfG in seiner Entscheidung zur Allgemeinverbindlicherklärung tarifvertraglicher Inhaltsnormen nach § 5 TVG nicht auf Art. 12 Abs. 1 GG rekurriert, sondern allein Art. 9 Abs. 3 GG geprüft.⁵⁸⁵ In der Entscheidung zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien prüft das Gericht die Vereinbarkeit mit der positiven Koalitionsfreiheit der Beschwerdeführer⁵⁸⁶ und erklärt zu Art. 12 Abs. 1 GG, dass die Auferlegung von Zahlungspflichten zu den Sozialkassen hieran nicht zu messen sei.⁵⁸⁷

Die Berufsfreiheit ist gerade zentraler Gegenstand der Tarifautonomie.⁵⁸⁸ Die Verfassung erwartet von der Tarifautonomie einen angemessenen Ausgleich der individuellen Grundrechtspositionen.⁵⁸⁹ Versuche, hier Art. 12 Abs. 1 GG ins Spiel zu bringen, zielen darauf ab, gegenüber der „sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens“⁵⁹⁰, also gegenüber der „Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems“⁵⁹¹, die der Institutsgarantie aus Art. 9 Abs. 3 GG⁵⁹² entspricht, die Interessen einzelner Unternehmen geltend zu machen. Dabei wird aber verkannt, dass die Abwägung unter den verschiedenen Interessen einzelner Arbeitgeber im Rahmen der Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 3 GG vorgenommen werden muss, um ein sinnvolles Gesamtsystem zu erreichen. Wenn die individuelle Freiheit der Berufsausübung gegen die Koalitionsfreiheit durchgesetzt werden soll, widerspricht das dem Schutzkonzept der Tarifautonomie, die gerade den Zweck hat, die kollidierenden Interessen auszugleichen.⁵⁹³

In dem von der Tarifautonomie umfassten Bereich ist die sozialstaatliche Aufgabe, die Art. 12 Abs. 1 GG stellt, den Koalitionen überlassen. Für das Verhältnis von Art. 9 Abs. 3 GG und

⁵⁸⁴ S. auch *Greiner*, Anm. zu VG Berlin, BB 2008, 840, 841.

⁵⁸⁵ S. BVerfG 24. 5. 1977 BVerfGE 44, 322 ff.

⁵⁸⁶ BVerfG 15. 7. 1980 BVerfGE 55, 7, 24.

⁵⁸⁷ BVerfG 15. 7. 1980 BVerfGE 55, 7, 25 ff.

⁵⁸⁸ Vgl. unter dem Gesichtspunkt der Grundrechtsbindung von Tarifverträgen *Dieterich*, FS Schaub, 1998, S. 117, 127.

⁵⁸⁹ Vgl., wiederum sub specie der Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, *ErfK/Dieterich*, 8. Auflage 2008, Einleitung GG Rn. 51.

⁵⁹⁰ Vgl. schon BVerfG 18. 11. 1954 BVerfGE 4, 96, 107.

⁵⁹¹ Dazu *Wank*, FS ZVK, S. 141 ff.

⁵⁹² Dazu *Wank*, a. a. O., S. 142 f. m. w. N.

⁵⁹³ Vgl., wiederum im Kontext der Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, *ErfK/Dieterich*, 8. Auflage 2008, Art. 9 GG Rn. 79; s. auch *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG, 4. Auflage 2006, Grundlagen Rn. 147: Die Tarifautonomie soll die berufliche Entfaltungsfreiheit von Arbeitnehmern und Arbeitgebern durch autonome Rechtsetzung in kollektiven Verfahren konkretisieren; vgl. ferner *Däubler/Däubler*, TVG, 2. Auflage 2006, Einleitung Rn. 124f; *Wiedemann/Wiedemann*, TVG, 7. Auflage 2007, Einleitung Rn. 298, 315 ff.

Art. 12 Abs. 1 GG folgt daraus, dass die Tarifautonomie im Bereich der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ die freiheitssichernde Funktion und den Ausgleich der konfligierenden Berufsfreiheiten realisieren soll. Art. 12 Abs. 1 GG greift nur subsidiär ein, wo die Tarifautonomie gar nicht oder fehlerhaft genutzt wird.⁵⁹⁴ Grundrechtsdogmatisch regelt Art. 9 Abs. 3 GG als Spezialnorm einen Ausschnitt aus der Berufsfreiheit des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers.⁵⁹⁵

„Kollektivverträge greifen mit der Regelung der Arbeitsbedingungen unvermeidlich und breitflächig in die tägliche Berufsausübung der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer ein ... Sinn der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien ist es ja gerade, die Berufsausübung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern und damit die notwendigen Interessenabwägungen zwischen beiden und ihre Auswirkungen auf Dritte verbindlich festzulegen. Die Ausgestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsordnung ist den Tarifvertragsparteien von der Verfassung überantwortet worden, kann also grundsätzlich nicht als rechtswidriger Eingriff in die Berufsfreiheit gewertet werden.“⁵⁹⁶

Ergebnis zum 5. Teil

Unterstellt man – in Übereinstimmung mit dem vom VG Berlin gefundenen, abweichend vom hier erzielten Ergebnis – die Rechtswidrigkeit der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen wegen Überschreitung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, so muss dem VG doch jedenfalls in der Frage der Rechtsverletzung die Gefolgschaft versagt werden. Die Verordnung verletzt die wegen der Tarifunfähigkeit der GNBZ nicht anderweitig tarifgebundenen klagenden Unternehmen und ihre Verbände (wie den ebenfalls zu den Klägern gehörenden BdKEP) nicht in ihren Rechten aus Art. 9 Abs. 3 GG; die Argumentation des VG, auch bei fehlender Tariffähigkeit der GNBZ stellten die mit ihr geschlossenen Verträge ein „in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallendes Wirken“ dar, in welches durch die Verordnung eingegriffen werde, ist unhaltbar. Die Verträge können nicht als schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen aufrechterhalten werden, sie sind vielmehr infolge der fehlenden Tariffähigkeit der GNBZ

⁵⁹⁴ Vgl. *Dieterich*, FS Wiedemann, 2002, S. 229, 242; s. auch *Däubler/Däubler*, TVG, 2. Auflage 2006, Einleitung Rn. 124f.

⁵⁹⁵ *Däubler/Däubler*, TVG, 2. Auflage 2006, Einleitung Rn. 124f unter dem Gesichtspunkt der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien.

⁵⁹⁶ *Wiedemann*, RdA 1997, 297, 303 (auch *er* im Zusammenhang mit der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien).

rechtlich inexistent. Zudem würden sie als solche schuldrechtliche Abreden durch die Verordnung mangels einer Normenkollision überhaupt nicht angetastet. Art. 12 Abs. 1 GG scheidet als Prüfungsmaßstab von vorneherein aus.

Selbst wenn man also die Ansicht vertreten wollte, dass die Verordnung nicht von § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG gedeckt und daher rechtswidrig sei, so fehlt es doch auch in diesem Fall an einer Verletzung von BdKEP, PIN und TNT in subjektiv-öffentlichen Rechten, wie diese sie im laufenden Verfahren festzustellen begehren.

6. Teil: Ergebnisse

A. Zusammenfassung der wesentlichen Teilergebnisse

- Die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28. 12. 2007 wahrt die Anforderungen des Zitiergebotes nach Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG; die Angabe auch des § 1 Abs. 1 Satz 4 AEntG neben der Ermächtigungsgrundlage des § 1 Abs. 3a AEntG war nach Sinn und Zweck des Zitiergebotes nicht erforderlich.
- Die Verordnung ist nicht wegen Verstoßes gegen formelle Anforderungen des Ordnungsverfahrens nach § 1 Abs. 3a AEntG nichtig. Ein etwaiger Verstoß gegen das Beteiligungserfordernis des § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG, wonach das BMAS vor Erlass der Rechtsverordnung den in den Geltungsbereich der Rechtsverordnung fallenden Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie den Parteien des Tarifvertrages Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben hat, wäre wegen fehlender Kausalität und wegen fehlender Verletzung eines konkreten Informations- oder Partizipationsinteresses unbeachtlich; Beteiligungsrechte der Betroffenen wurden nicht geschmälert.
- Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Verordnungsermächtigung des § 1 Abs. 3a AEntG ist für die Praxis durch das BVerfG entschieden. Da zwischen den Instrumenten der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG und des Erlasses einer Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG kein Rangverhältnis besteht, greifen auch Bedenken im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht durch.

Ebenfalls unbegründet sind Zweifel hinsichtlich der erforderlichen Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG).

- Der Ordnungsgeber konnte im gegebenen Kontext zulässigerweise den Weg über § 1 Abs. 3a AEntG wählen, um die gewünschte Tarifnormerstreckung zu erreichen. Zwar könnte man der Meinung sein, dass das deutsche Tarifrechtssystem mit § 5 TVG einerseits und § 1 Abs. 3a AEntG andererseits zwei einander ausschließende Verfahrenswege zur Verfügung stellt und dass bei „reinen Inlandssachverhalten“ allein der Weg über § 5 TVG offen steht. Da aber vorliegend ein „Auslandssachverhalt“ gegeben ist, kann die Frage auf sich beruhen; es besteht eine hinreichend realistische Gefahr einer arbeitsrechtlichen Entsendeproblematik.
- Die Verordnung ist auch insoweit von ihrer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG gedeckt, als sie anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer in die Tarifierstreckungswirkung einbezieht. Die Verordnungsermächtigung ist bei einer an Sinn und Zweck und den Vorgaben des BVerfG orientierten Auslegung so zu verstehen, dass sie es dem Ordnungsgeber erlaubt, auch bereits an einen anderen Tarifvertrag gebundene Arbeitsvertragsparteien zu erfassen.
- Nach zutreffender Auffassung ist die Tarifnormerstreckung durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG nicht von den materiellen Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG abhängig. Eine hilfsgutachtliche Prüfung des 50 %-Quorums ergibt, dass dieses im Falle des erstreckten Mindestlohntarifvertrages erfüllt ist. Daran ändert die Verdrängung des Mindestlohntarifvertrages aus den Betrieben der Konzernunternehmen der DP AG durch den Haustarifvertrag der DP AG nichts. Zum einen verlangt § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG nach seinem Wortlaut allein die Tarifgebundenheit, nicht auch die Anwendbarkeit des Tarifvertrages; die Tarifbindung bleibt von der Verdrängung durch den Haustarifvertrag unberührt. Zum anderen und vor allem aber sind die bei der DP AG beschäftigten Arbeitnehmer trotz der Verdrängung des Mindestlohntarifvertrages durch den spezielleren Haustarifvertrag in das Quorum mit einzubeziehen. Wenn es der Arbeitnehmerseite sogar teilweise gelungen ist, einen höheren als den durch die Rechtsverordnung festgesetzten

Mindestlohn zu erreichen, dann dürfen ausländische Unternehmer erst recht nicht in Unterbietungskonkurrenz gegenüber dem Mindestlohn treten.

- Trotz der Unanwendbarkeit des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG im Verfahren nach § 1 Abs. 3a AEntG, der für die Allgemeinverbindlicherklärung verlangt, dass diese im öffentlichen Interesse geboten erscheint, darf der Minister bei Erlass der Rechtsverordnung nicht gegen oder ohne öffentliche Interessen handeln. Ihm kommt aber ein weiter Beurteilungsspielraum zu.
- Die Grenzen dieses gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraumes hat der Ordnungsgeber durch die Einschätzung, dass an der Geltungserstreckung des zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di geschlossenen Mindestlohntarifvertrages vom 29. 11. 2007 ein öffentliches Interesse bestehe, in Anbetracht der Besonderheiten der Briefdienstleistungsbranche nicht überschritten.

Der Vorwurf, es handele sich bei dem erstreckten Mindestlohntarifvertrag um einen nicht im öffentlichen Interesse liegenden „Monopolsicherungstarifvertrag“, ist nicht geeignet, eine Überschreitung des Beurteilungsspielraumes des Ordnungsgebers darzutun. Der Minister durfte die Tarifnormerstreckung für geboten halten, um einer (weiteren) sozial unverträglichen Entwicklung der Lohnbedingungen in der Branche vorzubeugen. Die von Wettbewerbern der DP AG teilweise gezahlten Löhne sowie die Tatsache, dass es sich um einen stagnierenden Markt handelt, auf dem sich der Wettbewerb im Wege der Verdrängung vollziehen wird und dass die Personalkosten in der Branche den überwiegenden Teil aller Kosten ausmachen, begründen die Gefahr eines Lohnunterbietungswettbewerbes auf dem Briefmarkt. Die Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbes über die Lohnkosten wird vom BVerfG als verfassungsrechtlich legitimes Ziel anerkannt. Ein auf „Dumpinglöhnen“ aufbauendes Geschäftsmodell widerspricht auch den im Einklang mit den Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft zur Liberalisierung des Briefdienstleistungsmarktes stehenden gesetzlichen Vorgaben des PostG für eine sozialverträgliche Gestaltung des Wandels auf dem Postmarkt.

Gegen eine Überschreitung der Grenzen des ministeriellen Beurteilungsspielraumes sprechen insbesondere mit Blick auf die Auswahl gerade des Mindestlohtarifvertrages vom 29. 11. 2007 für die Geltungserstreckung die „besonderen Strukturmerkmale“ der Briefdienstleistungsbranche wie namentlich das Herkommen des marktführenden und daher die Arbeitsbedingungen der Branche prägenden Wettbewerbers aus einem früheren Staatsunternehmen, das zu einer besonderen, branchenbezogenen Prägung des als angemessen anzusehenden Lohnniveaus führt. Daneben fällt besonders das Spannungsverhältnis ins Gewicht, welches sich aus den vergleichsweise geringen Anforderungen an die Qualifikation der zur Briefzustellung eingesetzten Arbeitskräfte mit Blick auf deren rein äußerliche Tätigkeit und der dadurch für die Wettbewerber eröffneten, womöglich suggestiv wirkenden Möglichkeit, „billige“ Arbeitskräfte zu engagieren, einerseits und den aus der Sicht des öffentlichen Interesses, nicht zuletzt unter Berücksichtigung des Art. 10 GG, zu stellenden, vergleichsweise hohen Anforderungen an die Vertrauenswürdigkeit, Loyalität und Integrität der hier tätigen Arbeitnehmer andererseits ergibt. Arbeitnehmer, die in diesen Anforderungen entsprechendes Persönlichkeitsprofil aufweisen, sind am Arbeitsmarkt nur mit einer entsprechenden Vergütung zu gewinnen.

- Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Verordnung wegen Überschreitung ihrer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig sei, weil § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG nur solche Verordnungen erlaube, welche die Tarifgeltung ausschließlich auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstrecken, die bislang noch (überhaupt) keinem Tarifvertrag unterliegen, sind jedenfalls die Kläger des laufenden Verfahrens nicht, wie es ihr Klageantrag festzustellen begehrt, in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt. Art. 12 Abs. 1 GG ist richtigerweise von vorneherein nicht einschlägig. Aber auch Art. 9 Abs. 3 GG ist nicht verletzt.
- Dafür ist zunächst wesentlich, dass die vom Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste und vom BdKEP mit der GNBZ geschlossenen Tarifverträge vom 11. und 12. 12. 2007 wegen Fehlens der Tariffähigkeit der GNBZ unwirksam sind. Der GNBZ fehlt es jedenfalls an der erforderlichen sozialen Mächtigkeit. Den beiden von ihr geschlossenen Tarifverträgen kommt keine indizielle Wirkung für ihre Durchsetzungskraft zu. Da diese Tarifverträge auf gleichläufigen Interessen der

Tarifvertragsparteien beruhen, musste die GNBZ sie gegenüber der Arbeitgeberseite überhaupt nicht „durchsetzen“; dass ihr eine Verhandlungsstärke eignet, die ausreichend ist, einen Tarifvertrag auch gegen den Willen des sozialen Gegenspielers durchzusetzen, hat sie mit dem Abschluss dieser Tarifverträge nicht bewiesen.

Auch die Organisationsstärke der GNBZ reicht nicht aus, um ihre Mächtigkeit zu bejahen. Angesichts der Größe des von ihr gewählten räumlichen und fachlichen Organisationsbereichs ist ihr Organisationsgrad auch bei Zugrundelegung ihrer eigenen Angaben zur Zahl ihrer Mitglieder äußerst bescheiden.

Zweifelhaft ist auch die organisatorische Leistungsfähigkeit der GNBZ. Zweifel an ihrer organisatorischen und finanziellen Gegnerunabhängigkeit lassen sich auf der Grundlage der vorhandenen tatsächlichen Erkenntnisse nicht erhärten.

- Entgegen der Auffassung des VG Berlin kann nicht angenommen werden, dass die mit der GNBZ vereinbarten Verträge auch ohne die normativen Wirkungen eines Tarifvertrages „ein in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallendes Wirken“ seien. Ihre Umdeutbarkeit in schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen ist bereits unter grundsätzlichen Gesichtspunkten zweifelhaft: Der Wille zur Begründung schuldrechtlicher Rechte und Pflichten zwischen den Vertragsschließenden ist regelmäßig nicht als „Minus“ in dem Willen zur Erzeugung von Rechtsnormen enthalten. Darüber hinaus sprechen gerade die konkret gegebenen Umstände gegen eine Aufrechterhaltung als schuldrechtliche Vereinbarungen. Die Verträge zielen darauf ab, den Arbeitgebern die Pflicht zur Zahlung eines bestimmten Mindestlohns aufzuerlegen; da aber Schuldverträge zu Lasten Dritter unzulässig sind, konnte dieses Ziel durch eine bloße Koalitionsvereinbarung überhaupt nicht erreicht werden. Das Gleiche gilt für das mit den Verträgen ebenfalls verfolgte Ziel, den via Rechtsverordnung geltungserstreckten Tarifvertrag nicht zur Anwendung kommen zu lassen; dies könnte eine nur schuldrechtlich wirkende Koalitionsvereinbarung keinesfalls bewirken.
- Will man sich über all dies hinwegsetzen und die Verträge der GNBZ nicht, wie es allein begründbar ist, für schlechthin rechtlich inexistent halten, so kann gleichwohl nicht begründet werden, weshalb dann die Verordnung einen Eingriff in diese

(vermeintliche) durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Position darstellen sollte. Denn eine schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung würde durch die Verordnung oder den mittels der Verordnung geltungserstreckten Tarifvertrag nicht verdrängt. Es fehlt an einer Normenkollision, allenfalls käme es zu einem Zusammentreffen einer normativen und einer schuldrechtlich-kollektiven Regelung.

Damit scheidet eine Verletzung der Kläger in ihren Rechten aus Art. 9 Abs. 3 GG endgültig aus. Die gegenteilige Sichtweise des VG Berlin beruht auf einer grundlegenden Verkennung der aufgezeigten tarifrechtlichen Zusammenhänge.

B. Gesamtergebnis

Die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen ist rechtmäßig und damit rechtswirksam. Ihre Rechtswidrigkeit unterstellt, verletzt sie jedenfalls den BdKEP, die TNT und die PIN nicht in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten.

Bochum, den 3. April 2008

(Prof. Dr. Rolf Wank)

(Benedikt Schmidt)