

Reingard Zimmer (Hrsg.)

**Rechtsprobleme  
der tariflichen  
Unterbietungs-  
konkurrenz**

Reingard Zimmer (Hrsg.)

**Rechtsprobleme der tariflichen  
Unterbietungskonkurrenz**



edition 262

Reingard Zimmer (Hrsg.)

**Rechtsprobleme der tariflichen  
Unterbietungskonkurrenz**



**Christiane Brors**, Dr., Professorin für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Carl v. Ossietzky Universität Oldenburg, Publikationen auf den Gebieten des Europäischen Arbeitsrechts, der ökonomischen Analyse des Arbeitsrechts, des Betriebsverfassungsrecht und des Fremdpersonaleinsatzes.

**Wolfgang Däubler**, geb. 1939, Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Uni Bremen. Zahlreiche Veröffentlichungen zum Arbeitsrecht, Mitglied im Aufsichtsrat der Bremer Landesbank und Berater des Eurobetriebsrats von Panasonic.

**Florian Rödl**, Dr. jur., M.A., Nachwuchsgruppenleiter, Exzellenzcluster „Herausbildung normativer Ordnungen“ an der Goethe-Universität Frankfurt. Publikationen u.a.: „Transnationale Lohnkonkurrenz“, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/Ch. Schmid, Europäische Gesellschaftsverfassung, 2009; „Bemerkungen zum europäischen Verfassungsproblem“, in: J. Bast/F. Rödl (Hg.), Wohlfahrtsstaatlichkeit und soziale Demokratie in der EU, erscheint als Beiheft der Zeitschrift Europarecht (EuR) in 2011.

**Ulrike Wendeling-Schröder**, Prof. Dr., Lehrstuhl für Arbeitsrecht, Unternehmens- und Zivilrecht an der Leibniz-Universität Hannover, Mitglied des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs. Zahlreiche Publikationen zum individuellen und kollektiven Arbeitsrecht, insbesondere zum Antidiskriminierungsrecht, zum Tarifvertragsrecht und zum Arbeitsrecht der Europäischen Union.

**Reingard Zimmer**, Dr. jur., leitet seit 2009 das Forschungsreferat Arbeits- und Sozialrecht am Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Forschungsinstitut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung. Seit April 2011 Vertretungsprofessur für Arbeitsrecht an der Universität Hamburg. Arbeitsrechtliche Forschungsschwerpunkte: Prekarität (geringfügige Beschäftigung/Leiharbeit), Tarif- und Arbeitskampfrecht, Europäisches (kollektives) und Internationales Arbeitsrecht.

© Copyright 2011 by Hans-Böckler-Stiftung  
Hans-Böckler-Straße 39, 40476 Düsseldorf  
Produktion: Setzkasten GmbH, Düsseldorf  
Printed in Germany 2011  
ISBN: 978-3-86593-157-3  
Bestellnummer: 13262

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des öffentlichen Vortrages, der Rundfunksendung, der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe, auch einzelner Teile.

# Inhaltsverzeichnis

Reingard Zimmer

## **1 Einleitung** **9**

Ulrike Wendeling-Schröder

## **2 Rechtsprobleme der tariflichen Unterbietungs- konkurrenz – tarifrechtliche Grundlagen“** **13**

Zusammenfassung 13

2.1 Die Rechtsgrundlagen der Tarifautonomie 14

2.2 Der Wechsel der Ebene – von der Privatautonomie zur  
Kollektivaautonomie 14

2.3 Der Kern des Konzeptes: Verhinderung von  
Unterbietungskonkurrenz 15

2.4 Die Bedeutung von tariflichen Arbeitsbedingungen für die  
Nichtorganisierten 16

2.5 Sind die dargelegten Grundannahmen noch richtig? 17

2.6 Unterbietungswettbewerb durch Tarifverträge? 20

2.6.1 Das tarifdispositive Gesetzesrecht 20

2.6.2 Der Grundsatz der Tarifeinheit? 20

2.6.3 Das gemeinsame Papier von BDA und DGB zur Tarifeinheit 21

2.7 Resümee und Ausblick 23

Reingard Zimmer

## **3 Eingriff in Gewerkschaftsrechte durch Aufbau vom Arbeitgeber abhängiger Scheingewerkschaften – bietet die Recht- sprechung ausreichenden Schutz? Eine Untersuchung unter Berücksichtigung von Art. 2 ILO-Übereinkommen 98** **25**

3.1 Einleitung 25

3.2 Tarifliche Unterbietungskonkurrenz 26

3.2.1 Aufbau vom Arbeitgeber abhängiger Scheingewerkschaften 26

3.2.2 Arbeitgeberseitiges Interesse an tariflicher  
Unterbietungskonkurrenz 27

3.3 Gewerkschaftseigenschaft und Tariffähigkeit im deutschen Recht 29

3.3.1 Soziale Mächtigkeit	30
3.3.2 Gegnerunabhängigkeit	37
3.4 Eingriff in Gewerkschaftsrechte durch Aufbau vom Arbeitgeber abhängiger Scheingewerkschaften (Art. 2 ILO-Übereinkommen 98)	39

Wolfgang Däubler

<b>4 Gewerkschaftliche Abwehrmöglichkeiten gegenüber „gelben“ Organisationen im Betrieb</b>	<b>45</b>
Zusammenfassung	45
4.1 Der allgemeine Rahmen	46
4.2 „Gelbe“ Organisationen im Betrieb	48
4.3 Abwehr von Aktivitäten einer als Gewerkschaft anerkannten Organisation	50
4.3.1 Autonome Gewerkschaftsarbeit	50
4.3.2 Betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse	52
4.3.3 Zwischenergebnis	53
4.4 Abwehr von Aktivitäten einer Pseudogewerkschaft	54
4.4.1 Autonome Gewerkschaftsarbeit	54
4.4.2 Betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse	55
4.4.3 Der Schwebezustand während eines gerichtlichen Verfahrens	56
4.5 Abwehr von Aktivitäten sonstiger „gelber“ Gruppen	57

Christiane Brors

<b>5 Scheingewerkschaften in der Leiharbeit - Der CGZP Beschluss des BAG vom 14.12.2010 und seine Konsequenzen</b>	<b>59</b>
Zusammenfassung	59
5.1 Einleitung	59
5.2 Die Entscheidung des BAG vom 14.12.2010	61
5.2.1 Abgeleitete Tariffähigkeit der CGZP von den Mitgliedsgewerkschaften	61
5.2.2 Originäre Tariffähigkeit der CGZP	63
5.2.3 Tariffähigkeit oder Tariffähigkeit?	63
5.3 Konsequenzen der Entscheidung	65
5.3.1 Rechtskraft des Beschlusses	65

5.3.2	Nichtigkeit der älteren Tarifverträge	66
5.3.3	Nichtigkeit der aktuellen Tarifverträge	66
5.4	Schlussbetrachtung	68

Florian Rödl

<b>6</b>	<b>Transnationale tarifliche Unterbietung von Mindestarbeitsbedingungen in der EU</b>	<b>69</b>
	Zusammenfassung	69
6.1	Transnationale Lohnkonkurrenz in Europa	69
6.1.1	Lohnkonkurrenz, Tarifautonomie, Tarifunterbietung	69
6.1.2	Innereuropäische Lohnkonkurrenz und Territorialität des Arbeitsrechts	71
6.1.3	Transnationale Tarifunterbietung bei Entsendearbeit	74
6.2	Die Laval-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes	78
6.2.1	Gebot der Gleichbehandlung in- und ausländischer Tarifverträge	78
6.2.2	Kritik: Unzulässig verengte Rechtfertigungsmöglichkeit	79
6.3	Ansatzpunkte für Strategien transnationaler Tarifunterbietung	81
6.3.1	Höchstarbeitszeit	82
6.3.2	Gleichbehandlung in der Leiharbeit	83
6.3.3	Gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen	84
6.3.4	Allgemeinverbindliche Lohn- und Arbeitszeitnormen	85
6.4	Kontrolle der Tariffähigkeit ausländischer Gewerkschaften?	87
6.4.1	Kein effektiver Schutz vor transnationaler Tarifunterbietung	87
6.4.2	Fehlende Aussagekraft im ausländischen Tarifkontext	88
6.4.3	Mangelnde Praktikabilität	90
6.4.4	Alternative: soziale Mächtigkeit im deutschen Tarifgeschehen?	90
6.5	Auswege	91
6.5.1	Rechtliche Möglichkeiten zur Tarifunterbietung verschließen	91
6.5.2	Belastbarkeit der Laval-Entscheidung des EuGH testen	92
<b>7</b>	<b>Literatur</b>	<b>95</b>
	<b>Über die Hans-Böckler-Stiftung</b>	<b>103</b>





## 1 Einleitung

Die Thematik der Tarifpluralität und der Tarifkonkurrenz wird seit der Entscheidung des BAG, die Rechtsprechung zur Tarifeinheit aufzugeben,<sup>1</sup> erneut viel diskutiert. Im Zuge der Debatte um Tarifeinheit oder Tarifpluralität steht die Überbietungskonkurrenz im Blickpunkt des Interesses, wohingegen sich dieser Band mit den unterschiedlichen Facetten der Rechtsprobleme tariflicher Unterbietungskonkurrenz beschäftigt. Ist es doch die Unterbietungskonkurrenz, die sich für die Beschäftigten als Problem darstellt, wenn in Tarifverträgen arbeitgeberfreundlicher Scheingewerkschaften niedrigere Standards und niedrigere Entlohnung vereinbart werden, die dann per arbeitsvertraglicher Bezugnahme-klausel Anwendung auf den Arbeitsvertrag finden. So haben nicht zuletzt auch Tarifverträge von Unterbietungsgewerkschaften dazu beigetragen, dass sich der Niedriglohnsektor in Deutschland in den letzten 15 Jahren deutlich ausgeweitet und prekäre Beschäftigung zugenommen hat. Mittlerweile arbeiten knapp 21 % der abhängig Beschäftigten im Niedriglohnsektor und verdienen somit weniger als zwei Drittel des mittleren Lohnes (Median).<sup>2</sup> Die Zahl der Niedriglohnbezieher ist von 4,42 Mio. im Jahr 1995 auf 6,55 Mio. im Jahr 2008 gestiegen und hat sich damit in diesem Zeitraum um fast 50 % erhöht.<sup>3</sup>

Eigenständige Tarifverträge schließen in Deutschland etwa 30 Gewerkschaften bzw. Tarifgemeinschaften ab.<sup>4</sup> Ende 2010 entfallen auf die acht unter dem Dach des DGB vereinten Gewerkschaften 6.193.252 Mitglieder,<sup>5</sup> dbb beamtenbund und tarifunion hatten (Ende 2009) 1.282.620 Mitglieder in 39 Mitgliedsgewerkschaften.<sup>6</sup> Der kleinste Gewerkschaftsbund ist der Christliche Gewerkschaftsbund Deutschlands (CGB), der 2009 nach eigenen Angaben 283.200 Mitglieder

1 BAG v. 27.1.2010 (4 AZR 549/08), NZA 2010, 645 ff.; v. 23.6.2010 (10 AS 2/10), NZA 2010, 778 ff.

2 IAQ (Hrsg.), Kalina/ Weinkopf, Niedriglohnbeschäftigung 2008: Stagnation auf hohem Niveau – Lohnspektrum frant nach unten aus, IAQ-Report 2010, S. 6.

3 Bispinck, Niedriglöhne und der Flickenteppich von (unzureichenden) Mindestlöhnen in Deutschland, WSI-Report 4/2010, S. 1.

4 Bispinck/Dribbusch, Tarifkonkurrenz der Gewerkschaften zwischen Über- und Unterbietung, Sozialer Fortschritt 2008, S. 153 (156 f.).

5 Siehe <http://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen/2010> (20.2.2011).

6 Siehe <http://www.oeckl-online.de> (20.2.2011).

in 16 Mitgliedsgewerkschaften aufweist. Anfang 2009 hatten acht CGB-Gewerkschaften eigenständige Tarifverträge.<sup>7</sup>

Tarifliche Unterbietungskonkurrenz ist dadurch gekennzeichnet, dass sie Tarifverträge abschließt, in denen bestehende Tarifnormen unterschritten oder Regelungsinhalte vereinbart werden, zu deren Abschluss die Konkurrenzgewerkschaft nicht bereit ist. Unterbietungskonkurrenz findet vor allem in Branchen statt, in denen die Beschäftigten über wenig strukturelle Macht verfügen und gering organisiert sind.<sup>8</sup> Dementsprechend haben die christlichen Gewerkschaften bislang kaum Tarifverträge in der Industrie abgeschlossen, hier können sie nur auf Anschlusstarifverträge verweisen. Vor allem die Christliche Gewerkschaft Metall (CGM) ist systematisch gerade dort originär tariflich tätig, wo sie selbst, wenn überhaupt, nur marginal vertreten ist.<sup>9</sup>

CGM-Tarifverträge wurden in vielen Handwerksbranchen abgeschlossen, im Dienstleistungssektor finden sich vor allem Unterbietungstarifverträge der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) und der DHV (DHV – Die Berufsgewerkschaft). CGB-Flächentarifverträge wurden im privaten Bewachungsgewerbe, mit Privatkliniken sowie teilweise mit Großwäschereien abgeschlossen. DHV und ihr Ableger medsonet verfügen in Einrichtungen des Deutschen Roten Kreuzes sowie bei der Arbeiterwohlfahrt oder in der Altenpflege über Haustarifverträge. Die bedeutendste Unterbietungskonkurrenz findet in der Leiharbeit statt, wo neben den zwei DGB-Tarifverträgen, mehrere von der CGB-Tarifgemeinschaft CGZP abgeschlossene Verbandstarifverträge und unzählige CGZP-Haustarifverträge existieren.<sup>10</sup> Die Haustarifverträge der CGZP verschlechtern Arbeitsbedingungen und Entlohnung für LeiharbeiterInnen über den bereits im CGZP-Flächentarif für die Beschäftigten extrem nachteiligen Stand hinaus.<sup>11</sup>

Unterbietende Gewerkschaften benötigen keinerlei Machtressource und müssen nicht arbeitskampffähig sein, da der Inhalt der Tarifverträge nicht gegen die Interessen des Arbeitgebers durchgesetzt werden muss, sondern diesen geradezu entgegenkommt. Da die Rechtsprechung zur Feststellung der Tariffähigkeit das Kriterium der sozialen Mächtigkeit heranzieht, stellt sich folglich die Frage, ob

7 Dribbusch, Tarifkonkurrenz als gewerkschaftspolitische Herausforderung: Ein Beitrag zur Debatte um die Tarifeinheit, WSI-Diskussionspapier Nr. 172, 2010, S. 6.

8 Dribbusch, 2010, S. 8.

9 Ders., S. 7.

10 Ders., S. 7 f.

11 Für weitere Informationen siehe: Schüren, Tariffähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, S. 239 ff.

bzw. wann eine unterbietende Arbeitnehmerorganisation (noch) als tariffähige Gewerkschaft einzuordnen ist. Dieser Frage wird im Beitrag von Reingard Zimmer nachgegangen, nachdem Ulrike Wendeling-Schröder den tarifrechtlichen Rahmen erläutert hat.

Thematisiert wird zudem angesichts des Bedienens von Arbeitgeberinteressen durch tarifliche Unterbietungskonkurrenz das Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit, das bei einigen Organisationen insbesondere angesichts des Bekanntwerdens arbeitgeberseitiger Zahlungen fraglich erscheint. Wolfgang Däubler untersucht, welche Abwehrmöglichkeiten Gewerkschaften gegenüber „gelben Organisationen“ im Betrieb haben. Däubler geht dabei, ebenso wie Zimmer, auf Übereinkommen 98 der Internationalen Arbeitsorganisation ein, das in Art. 2 normiert, dass als Eingriff in Gewerkschaftsrechte auch der Aufbau vom Arbeitgeber abhängiger Arbeitnehmerorganisationen zu werten ist.

Mit Scheingewerkschaften in der Leiharbeit beschäftigt sich der Artikel von Christiane Brors, der die Auswirkungen des BAG-Urteils vom 14.12.2010<sup>12</sup> analysiert, in welchem der CGZP die Tariffähigkeit abgesprochen wird. Brors untersucht die Konsequenzen des Urteils im Einzelnen und geht insbesondere darauf ein, in welchen Fällen LeiharbeiterInnen Ansprüche gegen den Verleiher auf Nachzahlung haben und inwieweit der Entleiher haftet.

Aber auch grenzüberschreitende Dimensionen tariflicher Unterbietungskonkurrenz finden in diesem Sammelband Berücksichtigung. So weist Florian Rödl darauf hin, dass Tarifdispositivität nach der Laval-Rechtsprechung des EuGH auch für ausländische Tarifverträge gilt, wenn Mindestarbeitsbedingungen zur Disposition der Tarifvertragsparteien gestellt werden. Angesichts der vollen Arbeitnehmerfreizügigkeit ab Mai 2011 plädiert Rödl daher für die Streichung der Tarifdispositivität des „equal-pay/equal-treatment“-Grundsatzes in der Leiharbeit.

Den Anstoß zu diesem Sammelband gaben einige Vorträge auf der Tagung des WSI zu „Rechtsproblemen der tariflichen Unterbietungskonkurrenz“ im Oktober 2010, wobei die dort diskutierte Fragestellung um einige Aspekte, insbesondere um die grenzüberschreitende Dimension, erweitert wurde.

*Düsseldorf, Februar 2011.*

12 1 ABR 19/10 – Pressemitteilung des BAG 93/10.



## **2 Rechtsprobleme der tariflichen Unterbietungskonkurrenz – tarifrechtliche Grundlagen“**

### **Zusammenfassung**

Nach dem Grundgesetz ist die Vereinbarung der Arbeitsbedingungen Aufgabe der Tarifvertragsparteien, weil der individuelle Arbeitsvertrag wegen der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmerseite unzulänglich ist und eine Unterbietungskonkurrenz auf dem Arbeitsmarkt nicht verhindern kann. Das Tarifvertragsgesetz stellt die konkreten rechtlichen Regelungen für Kollektivverträge bereit. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der unmittelbaren Geltung von Tarifvertragsinhalten für die Tarifgebundenen und auf der Verhinderung von Lohndumping, insbesondere durch die zwingende Wirkung von Tarifnormen.

Allerdings erweist sich in der Praxis, dass der Unterbietungswettbewerb nur begrenzt verhindert werden kann. Insbesondere im Hinblick auf die tarifpolitischen „weißen Flecken“ in der Bundesrepublik und im Hinblick auf den Europäischen Binnenmarkt spricht viel für die zusätzliche Sicherung vor Lohndumping durch einen gesetzlichen Mindestlohn.

Das deutsche Arbeitsbeziehungssystem geht in Übereinstimmung mit den Arbeitsbeziehungssystemen in Europa davon aus, dass die Arbeitsbedingungen im Kern autonom ausgehandelt, nicht staatlich vorgeschrieben werden sollen. Parteien dieses Aushandlungsprozesses sind die Tarifvertragsparteien, also Gewerkschaften und Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverbände. Der dahinterstehende Grundgedanke ist der, dass die Tarifvertragsparteien eine größere Sachnähe und Sachkenntnis als der Staat selbst aufweisen und dass sie am besten wissen, was in der jeweiligen wirtschaftlichen Situation und unter den jeweiligen konkreten Bedingungen in der Branche machbar und angemessen ist.

Die demokratischen Strukturen bei der Bildung der Tarifforderungen und die Notwendigkeit, im Falle von Arbeitskämpfen auf die aktive Solidarität der Mitglieder und möglichst auch der Außenseiter bauen zu können, legitimieren die jeweiligen Verbandsentscheidungen; die vertragstypische Austeriarung gegensätzlicher Interessen rechtfertigt die Verhandlungsergebnisse (Richtigkeitsgewähr oder

besser Richtigkeitschance). Deren Stabilität gewährleistet die tarifvertragliche Friedenspflicht.

## 2.1 Die Rechtsgrundlagen der Tarifautonomie

Die Bildung und Betätigung von Koalitionen in diesem Sinne und damit die Tarifautonomie ist in Art. 9 Abs. 3 GG *verfassungsrechtlich* garantiert. Das Tarifvertragsgesetz bietet die Möglichkeit der praktischen Umsetzung dieser Konzeption. Ergänzende völkerrechtliche Garantien, die allerdings regelmäßig weniger konkret sind und dementsprechend die Rechtsprechung weniger prägen, enthalten Art. 11 EMRK, Art. 6 ESC und das ILO-Übereinkommen Nr. 98.

Auch *unionsrechtlich* ist inzwischen eine Garantie der Tarifautonomie zu verzeichnen: Sie ist in der Rechtsprechung des EuGH<sup>13</sup> als unionsrechtliches Grundrecht anerkannt und sie ist in der Grundrechtscharta (GRC) festgeschrieben (Art. 28 GRC). Auch wenn der AEUV ebenso wie der frühere EGV der Union explizit keine Befugnisse in Bezug auf die Tarifautonomie zuweist (Art. 153 Abs. 5 AEUV = früher Art. 137 Abs. 5 EGV), wird über den Grundrechtscharakter des Rechtes auf Kollektivverhandlungen auch die Tarifautonomie unionsrechtlich „einschlägig“. Ob es dem EuGH bisher gelungen ist, die Bedeutung der Tarifautonomie für die Arbeitsbeziehungs-systeme wirklich zu erfassen, soll hier ausdrücklich dahin gestellt bleiben.<sup>14</sup>

Jedenfalls wird er die Gelegenheit haben, sich demnächst noch einmal ausführlich mit der Tarifautonomie auseinanderzusetzen, denn das BAG hat mit seinen Beschlüssen vom 20.5.2010 – 6 AZR 148/09 (A) und 6 AZR 319/09 (A) tarifliche Entgeltstaffeln (u.a.) nach dem Lebensalter vorgelegt: Der EuGH soll das Verhältnis zwischen den Diskriminierungsverboten und der Garantie der Kollektivautonomie gewichten.

13 Vor allem Fall Viking C-438/05; Fall Laval C-341/05; zuletzt EuGH vom 15.7.2010, C-271/08 (betriebliche Altersversorgung).

14 Kritisch zum Konzept des EuGH *Wendeling-Schröder* in FS Zachert, S.147 ff.; *Buschmann*, Anm. zu EuGH 15.7.2010, AuR 2010, S. 522 f.

## 2.2 Der Wechsel der Ebene – von der Privatautonomie zur Kollektivautonomie

Wegen der ungleichen Durchsetzungsmacht der Verhandlungspartner auf der Ebene des individuellen Arbeitsvertrages wird im Grundgesetz mit Art. 9 Abs. 3 die Möglichkeit eröffnet, dass die Arbeitnehmer durch den freiwilligen Zusammenschluss in Gewerkschaften zu einer Stärkung ihrer Verhandlungsmacht kommen: die Privatautonomie wird so in der Form der Kollektivautonomie verwirklicht. Für die Arbeitgeberseite gilt entsprechendes, allerdings ist nach § 3 Abs. 1 TVG auch der einzelne Arbeitgeber in der Lage, Partei eines Tarifvertrages zu sein (Haus- oder Firmentarifvertrag).

Erst die Bildung von Verbandsmacht in möglichst großen, jedenfalls aber durchsetzungsstarken Gewerkschaften ermöglicht es, auf gleicher Augenhöhe über die Arbeitsbedingungen zu verhandeln. Deshalb ist nach wie vor – wie ich meine zu Recht – die „*soziale Mächtigkeit*“ die entscheidende rechtliche Voraussetzung für die Anerkennung einer Vereinigung als tariffähige Gewerkschaft.<sup>15</sup>

Last but not least ist in diesem Zusammenhang das *Arbeitskampfrecht* zu nennen, dessen rechtliche Anerkennung ebenfalls aus der Verfassungsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG und den o.g. transnationalen Rechtsnormen folgt. Allein die Bündelung von Interessen und die „technischen“ Möglichkeiten von Verbänden zur effektiven Verhandlungsführung reichen nämlich nicht aus: Erst durch das Recht, die Arbeit einzustellen, bis eine neue Tarifregelung erreicht ist, wird die vertragstypische Gegenmacht gebildet. Ohne das Streikrecht wäre die Erhebung von Tarifforderungen durch die Gewerkschaft nichts als „*kollektives Betteln*“, wie es in einer älteren BAG-Entscheidung heißt.<sup>16</sup>

## 2.3 Der Kern des Konzeptes: Verhinderung von Unterbietungskonkurrenz

Diese Grundstruktur wird durch das Prinzip der unmittelbaren und zwingenden Geltung des Tarifvertrags gemäß § 4 Abs. 1 TVG und durch den Ausschluss des individuellen Verzichts auf entstandene tarifliche Rechte (§ 4 Abs. 4 TVG) gesichert. Damit wird rechtlich ein Unterbietungswettbewerb verhindert: was tariflich

15 Vgl. genauer *Berg* u.a., Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2010, § 2, Rn. 31.

16 BAG 10.6.1980, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG.



vereinbart ist, kann nicht rechtswirksam unterschritten werden. Eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen, also eine Überbietung des Tarifniveaus ist demgegenüber explizit erlaubt (Günstigkeitsprinzip gemäß § 4 Abs. 3 TVG) und wird praktiziert.

Anders als in mehreren Partnerländern in der Europäischen Union wird die zwingende Wirkung von Tarifnormen auf die Mitglieder der tarifschließenden Parteien beschränkt (§ 3 Abs. 1 TVG). Ausnahmen ermöglichen § 5 TVG, in engen Grenzen § 3 Abs. 2 TVG sowie das AEntG. Auf die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter werden ansonsten Tarifverträge lediglich vermittelt über eine individualvertragliche Bezugnahme angewendet. In diesen Fällen greift aber die zwingende Wirkung der Tarifverträge nicht.

Eine effektive rechtliche Verhinderung der Unterbietungskonkurrenz besteht also nur für die Organisierten. In dem Maße, in dem die Organisationsquote sinkt, „verdünnt“ sich damit der Schutz vor Unterbietungskonkurrenz.

## **2.4 Die Bedeutung von tariflichen Arbeitsbedingungen für die Nichtorganisierten**

Zu erwähnen bleibt, dass die Tarifverträge auch für Nichtorganisierte keineswegs bedeutungslos sind. Im Gegenteil: viele Arbeitsverträge enthalten – wie erwähnt – *Bezugnahmeklauseln*, die individualrechtlich die Anwendung der Tarifbedingungen bewirken.

Im Übrigen gibt es mehrere Rechtsnormen, die zeigen, dass die vereinbarten Tarife für die jeweiligen Branchen als *Orientierung* gelten. So bestimmt sich die übliche Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB in der Regel nach den einschlägigen Tarifverträgen,<sup>17</sup> eine sittenwidrige Vergütung i.S. § 138 BGB ist nach der Rechtsprechung regelmäßig gegeben, wenn der Lohn niedriger als 2/3 des Tariflohns ist<sup>18</sup> und nach § 310 Abs. 4 S. 3 BGB stehen Tarifverträge in Bezug auf die AGB-Kontrolle den Rechtsnormen gleich.

Mittelbar betroffen sind die „Tarifaußenseiter“ im Übrigen oft von Tarifverträgen, wenn *tarifdispositives Gesetzesrecht* vorliegt. Dies ist nicht ganz selten der Fall. Als ein typisches Beispiel kann § 622 Abs. 4 BGB gelten. Danach können die Tarifvertragsparteien andere Kündigungsfristen vereinbaren, als im Gesetz vorgesehen. Das ist für längere Kündigungsfristen unproblematisch, die Regel gilt

17 BAG 14.6.1994, DB 1995, 231.

18 BAG 22.4.2009, NZA 2009, 837.

aber auch für kürzere Kündigungsfristen. Hintergrund der Regelung ist wieder der eingangs genannte Gedanke der Sachnähe der Tarifvertragsparteien und die Idee der Richtigkeitschance von Tarifverträgen. Nach § 622 Abs. 4 S. 2 BGB werden die Nichtorganisierten aber nur erfasst, wenn sie das mit ihren Arbeitgebern vereinbart haben, nicht „automatisch“.

Im Übrigen betreffen – wie gezeigt – ausnahmsweise die Tarifbedingungen alle Arbeitnehmer, wenn ein Tarifvertrag nach § 5 TVG *allgemeinverbindlich* ist oder Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentendegesetz (AEntG) vorliegen.

Schließlich bleibt zu erwähnen, dass Tarifverträge Vorrang nicht nur vor Individualvereinbarungen genießen – wie gezeigt wurde –, sondern dass sie ebenfalls *Vorrang vor Betriebsvereinbarungen* haben, also vor Kollektivvereinbarung zwischen Betriebsräten und Arbeitgebern. Normativ zeigt sich dies vor allem in §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 BetrVG. Beide Normen sind allerdings nicht auf die Verhinderung von Unterbietungskonkurrenz gerichtet, sie schützen den Tarifvertrag vielmehr generell gegen rangniedrigere Kollektivvereinbarungen, die nicht aus Art. 9 Abs. 3 GG folgen. Der Tarifvertrag wird insoweit sowohl gegen verschlechternde als auch gegen verbessernde Betriebsvereinbarungen geschützt. In der Praxis sind diese Regelungen vor allem deshalb von großer praktischer Bedeutung, weil sie die Unterbietungskonkurrenz durch sog. *betriebliche Bündnisse für Arbeit* rechtlich unmöglich gemacht haben und machen. Der einzig zulässige Weg in der Krise von einem Tarifvertrag nach unten abzuweichen, ist die Vereinbarung eines Sanierungsstarifvertrages oder die Vereinbarung einer Öffnungsklausel i.S. § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG.<sup>19</sup>

## 2.5 Sind die dargelegten Grundannahmen noch richtig?

Grundvoraussetzung für die Notwendigkeit des Wechsels von der Privatautonomie zur Kollektivautonomie ist die Feststellung von Defiziten der Privatautonomie auf der Ebene des Arbeitsvertrages. In der Tat geht die ganz h.M. davon aus, dass es auf der individualvertraglichen Ebene im Arbeitsrecht ein strukturelles Ungleichgewicht gibt, welches einen Korrekturbedarf auslöst.

Nicht ganz selten wird aber im Gegensatz dazu erklärt, dass heutzutage ein tarifvertragliches Korrektiv nicht mehr nötig sei. Dies gelte umso mehr, als jedenfalls die typischen Formulararbeitsverträge durch die Schuldrechtsreform der gericht-

<sup>19</sup> Vgl. zu letzterem neuestens BAG 20.10.2010 – 4 AZR 105/09.

lichen AGB-Kontrolle unterworfen sind. Vor allem aber werden neue Personaltechniken, wie etwa flachere Hierarchien in den Betrieben, abnehmende direkte Kontrolle, Vertrauensarbeitszeit etc. in Bezug genommen. Auch die insgesamt bessere Bildung der Arbeitnehmer vermindere deren Schutzbedürfnis.

All diese neuen Strukturen im Arbeitsleben sind in der Tat vorhanden, sie ändern aber nichts am *wirtschaftlichen Grundsachverhalt*, der die Anknüpfung für die Notwendigkeit der Kollektivautonomie bildet: an der Tatsache, dass der Arbeitnehmer auf den Verkauf der Arbeitskraft angewiesen ist und deshalb ein so vitales Interesse am Arbeitsplatz hat, dass Erpressbarkeit entsteht. Diese Erpressbarkeit zeigt sich in der Bereitschaft, (immer) schlechtere Bedingungen zu akzeptieren, um den Arbeitsplatz zu bekommen oder zu behalten (Unterbietungswettbewerb).

Der Arbeitsvertrag bietet unter diesen Bedingungen keinen gerechten Interessenausgleich; der Arbeitsmarkt ist und bleibt ein „*Sondermarkt*“. Zwar erfolgt die Überlassung von Arbeitskraft unter Marktregeln, die Arbeitskraft ist aber keine Ware, die für den Verkauf am Arbeitsmarkt hergestellt wird; ihre „Produktion“ richtet sich vielmehr nach außerökonomischen Prinzipien. Die Bindung der Arbeitskraft an die Person führt zu einer eingeschränkten Verfügbarkeit: So kann ein sinkender Lohn typischerweise nicht mit einem sinkenden Arbeitskraftangebot beantwortet werden, weil der permanente Einsatz der Arbeitskraft für alle, die nur ihre Arbeitskraft zur Sicherung ihres Lebensunterhalt haben, unverzichtbar ist.

Auch die Alternative einer Vermarktung der Arbeitskraft in Form der selbständigen Arbeit steht von vornherein nicht vielen offen, weil es nicht ausreichend viele Berufe gibt, in denen man mit relativ wenig Kapital auskommt (anders etwa bei Rechtsanwältinnen oder bei Reinigungsarbeiten). Ist erst einmal ein Arbeitsverhältnis begründet worden, wird im Übrigen ja gerade auf die „Direktvermarktung“ verzichtet. Unter diesen Bedingungen ist eine rechtliche Kompensation vor allem unter dem Gesichtspunkt der Austauschgerechtigkeit im Verhältnis Lohn-Leistung unerlässlich: Hier ist die Tarifautonomie unverzichtbar. Nur in engen Grenzen kann die Schaffung eines Ausgleichs auch durch gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen erfolgen.

Die gerichtliche Kontrolle vertraglicher Regelungen z.B. unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit (Lohnwucher) gemäß § 138 BGB (s.o.), die in der Koalitionsvereinbarung der aktuellen Regierung eine prominente Rolle spielt, kann ebenfalls eine tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen nicht ersetzen.

Eine solche Kontrolle bezieht sich immer nur auf Auswüchse, deren Feststellung setzt aber gerade die Existenz eines Tariflohnes, voraus.

Es muss allerdings verwundern, dass trotz der dargelegten Notwendigkeit kollektiver Regelungen die Tarifparteien relevante Mitgliederverluste zu verzeichnen hatten und haben. Nach einer (kurzen) „Mitgliederexplosion“ unmittelbar nach der „Wende“ sind vor allem die Mitgliederzahlen der DGB-Gewerkschaften in einem kontinuierlichen, sich aber inzwischen abschwächenden Abwärtstrend begriffen. Derzeit sind ca. 7,6 Millionen Arbeitnehmer in den DGB-Gewerkschaften organisiert.

Die Situation bei den Arbeitgeberverbänden ist ähnlich; insbesondere in den neuen Ländern haben die Arbeitgeberverbände keine hohe Attraktivität für die Arbeitgeber. Auf der Arbeitgeberseite erfolgt die Abkehr von der Tarifgebundenheit aber oft nicht durch Austritt, sondern durch den Wechsel in eine OT- Mitgliedschaft.

Insgesamt ist aber in der Tat eine Verringerung der Bindungskraft der Verbände zu konstatieren, die immerhin im internationalen Vergleich noch moderat ist.

Es gibt allerdings einen plausiblen Grund für die Mitgliederverluste der Gewerkschaften: Als „Trittbrettfahrer“ können die Nichtorganisierten die Leistungen der Tarifautonomie in Anspruch nehmen, ohne die (finanziellen) Lasten der Gewerkschaftsmitgliedschaft zu tragen, weil typischerweise im Einzelarbeitsvertrag auf die Tarifverträge Bezug genommen wird. Die vielfach geäußerte Ablehnung von Tarifverträgen durch die Arbeitgeber spiegelt sich nämlich in ihrem konkreten Verhalten keineswegs wieder, im Gegenteil: nach wie vor gelten allgemein etwa 90% der Arbeitsverhältnisse als mittelbar tarifvertraglich geregelt.

Im Ausland hat die parallele Entwicklung zu gewerkschaftsbegünstigenden Aktivitäten wie den Solidaritätsbeiträgen der Tarifaußenseiter oder den „cheques syndicaux“ geführt. In Deutschland diskutiert man zunehmend über tarifliche Differenzierungsklauseln, die alte Rechtsprechung des BAG zur Unzulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln ist zurückgenommen worden,<sup>20</sup> eine Entscheidung zu Spannenklauseln steht an.

Alles in allem ist aus meiner Sicht eine funktionierende Alternative zum bisherigen Konzept der Regelung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge nicht in Sicht.

20 BAG 18.2.2009, NZA 2009, 1028.

Die „minima moralia“ dieses Konzeptes sind:

- Ermöglichung der Bildung und Betätigung von Gewerkschaften
- Rechtliche Garantie der Ermöglichung und Wirksamkeit von Tarifverträgen
- Arbeitskämpfungsmöglichkeiten zur Schaffung eines Verhandlungsgleichgewichts.

## **2.6 Unterbietungswettbewerb durch Tarifverträge?**

Zu diskutieren bleibt, ob und inwieweit es Unterbietungswettbewerb auch durch Tarifverträge geben kann.

### **2.6.1 Das tarifdispositive Gesetzesrecht**

Hier ist an erster Stelle die bereits genannte Möglichkeit der Unterbietung gesetzlicher Schutzniveaus durch das tarifdispositive Gesetzesrecht zu nennen. Aktualität hat diese Debatte vor allem in Bezug auf die Leiharbeit gewonnen. Dort kann ein Leiharbeitstarifvertrag die gesetzlichen Bedingungen des equal pay im Verhältnis zu den Beschäftigten des Entleiherbetriebs unterlaufen. Die Sachgerechtigkeit dieser Regelung ist stark umstritten. Dies gilt im Wesentlichen deshalb, weil der Kern der einschlägigen Tarifverträge durchweg die Unterbietung des gesetzlichen Niveaus ist. Von praktischer Bedeutung ist aber auch die Frage, ob überhaupt eine Gewerkschaft im Rechtssinne beteiligt ist. In Bezug auf die CGZP (Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit) hat das BAG am 14.12.2010 entschieden, dass diese Vereinigung nicht tariffähig ist.<sup>21</sup>

Auf der anderen Seite ist zu erwähnen, dass im letzten Stahl-Tarifvertrag gerade eine Sicherung des „equal pay“ durch Kollektivvereinbarung erreicht wurde.<sup>22</sup>

### **2.6.2 Der Grundsatz der Tarifeinheit?**

Eine zweite Möglichkeit zur Unterbietung tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag gab es nach dem früher vom BAG in ständiger Rechtsprechung gefestigten sog. Grundsatz der Tarifeinheit. Danach kann in jeden Betrieb nur ein Tarifvertrag gelten, der konkurrierende Tarifvertrag wird verdrängt. Als Kriterium für die Verdrängung galt das Spezialitätsprinzip: der speziellere Tarifvertrag verdrängte den allgemeineren. Der dahinter stehende Gedanke war, dass der speziellere Tarifvertrag besser passt, „maßgeschneidert“ ist. Das ist für Tarif-

21 Pressemeldung Nr. 93/10, die schriftliche Begründung des Urteils steht noch aus.

22 Vgl. dazu *Karthaus*, AuR 2010, S. 494 ff.

verträge derselben Gewerkschaft, insbesondere einen Sanierungs-Haustarifvertrag im Verhältnis zu Flächentarifvertrag sicher zutreffend. Das BAG hat dieses Prinzip aber auch auf das Verhältnis der Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften zueinander angewendet. Ein Beispiel: Sind in einem Betrieb mit 500 Beschäftigten 200 Mitglieder der IG Metall (IGM) und zwei Mitglieder der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM), so verdrängt ein verschlechternder Haustarifvertrag zwischen der CGM und dem Arbeitgeber den Flächentarifvertrag mit der IGM, weil der Haustarifvertrag als spezieller angesehen wird. Die IGM-Mitglieder verlieren so die Früchte ihres Engagements, ja sogar jeden tariflichen Schutz. Das BAG ging nach alter Rechtsprechung davon aus, dass die Mitglieder der IGM dann ja in die CGM übertreten können. Mit der verfassungsrechtlich garantierten freien Wahl der Koalition hat das nichts mehr zu tun.

An dieser Rechtsprechung hält das BAG seit 2010<sup>23</sup> nicht mehr fest, weil es eine Rechtsgrundlage dafür weder im Tarifvertragsgesetz noch in der Verfassung gebe. Auch bestehe keine Lücke im Gesetz, die die Richter auszufüllen hätten. Im Gegenteil folge aus §§ 3, 4 TVG, dass bei einer Mehrfachbindung des Arbeitgebers dieser verpflichtet sei, entsprechend der Gewerkschaftszugehörigkeit seiner Arbeitnehmer mehrere Tarifverträge anzuwenden. Ich halte das für richtig.

Die Konsequenz für die hier relevante Frage nach der Unterbietungskonkurrenz ist die Feststellung, dass nach der neuen Rechtsprechung „jeder das Seine“ erhält. Dies wird nach meiner Überzeugung mit einiger Sicherheit bewirken, dass „Unterbietungsgewerkschaften“ wie die CGB-Gewerkschaften an Akzeptanz und Bedeutung verlieren werden.

### **2.6.3 Das gemeinsame Papier von BDA und DGB zur Tarifeinheit**

Unter diesen Bedingungen hat es viele erstaunt, von der gemeinsamen Forderung von DGB und BDA zur gesetzlichen Festschreibung der Tarifeinheit zu hören. Der gemeinsame Gesetzesvorschlag von BDA und DGB enthält aber nicht nur die Forderung nach einer Wiederherstellung der Tarifeinheit, sondern es geht auch um deren Veränderung.

Der Kern des gemeinsamen Papiers lässt sich kurz zusammenfassen: Wenn es in einem Betrieb mehrere Gewerkschaften gibt, die unterschiedliche Tarifverträge mit dem Arbeitgeber abgeschlossen haben, setzt sich immer der Tarifvertrag durch, an den die meisten Arbeitnehmer gebunden sind. Kurz gesagt: die größere

23 23.6.2010, 10 AS 3/10; 7.7.2010; BAG vom 7.7.2010, BB 2010, 2107.

Gewerkschaft setzt sich durch, das Spezialitätsprinzip wird durch das Mehrheitsprinzip ersetzt.

Während der Laufzeit des angewendeten Tarifvertrages gilt dann die Friedenspflicht nicht nur – wie bisher – für die vertragsschließende Gewerkschaft, sondern für alle Gewerkschaften. Streiks für Minderheitengewerkschaften sind so rechtlich nur in einem engen Zeitfenster möglich, dann nämlich, wenn die Friedenspflicht aus dem „Haupttarifvertrag“ ausgelaufen ist.

Im Grundsatz muss sicher gelten, dass eine Vorrangregelung auf der Basis des Mehrheitsprinzips überzeugender ist als eine solche auf der Basis des Spezialitätsprinzips im oben genannten Sinne, d.h. in der Anwendung auf Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften. Dies gilt schon im Hinblick darauf, dass es dann keine dem Grundanliegen des Tarifrechts widersprechenden Fälle der Unterbietung wie oben dargestellt geben kann. Auch löst das Mehrheitsprinzip die Konkurrenzen von Tarifverträgen mit betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen i. S. § 3 Abs. 2 TVG sowie bei der tariflichen Regelung der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation nach § 3 BetrVG. Aber braucht man für einen solchen Zweck den Grundsatz der Tarifeinheit d.h. die Verdrängung der Inhaltsnormen anderer Tarifverträge wirklich? Bewirkt eine Verdrängung von tariflichen Inhaltsnormen nicht immer eine nicht akzeptable Verletzung der Rechte der Andersorganisierten?

Einen völligen Bruch mit den bisherigen Grundsätzen aber stellt die Regelung dar, dass die Friedenspflicht aus dem Mehrheitstarifvertrag auch die nicht- oder anders organisierten Arbeitnehmer binden soll. Die Rechtfertigung einer Friedenspflicht folgt doch daraus, dass die Tarifparteien sich geeinigt haben und dass beide sich dann für die Laufzeit der Vereinbarung an die Einigung halten. Wie sollen Dritte, die mit dieser Einigung nichts zu tun haben, verpflichtet werden, sich an „fremde“ Laufzeiten zu halten? Aus dem Tarifvertragsrecht lässt sich eine Rechtfertigung dafür nicht ableiten, es handelt sich in der Sache um eine Einschränkung des Arbeitskampfrechts. Ob sich das zwar zeitlich begrenzte, von der Minderheitengewerkschaft aber in keiner Weise beeinflussbare Streikverbot verfassungsrechtlich und unions- und völkerrechtlich legitimieren lässt, ist zweifelhaft.

Zwar hat der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Prognosespielraum und zur Rettung der Tarifautonomie ist vieles möglich. Aber ist die Tarifautonomie wirklich durch den Wegfall der Tarifeinheit in Gefahr? Was sind die Grundlagen einer solchen Prognose? Haben demgegenüber die „Rettungsmaßnahmen“ nicht so gravierende, bereits jetzt klar erkennbare „Nebenwirkungen“ für eben diese

Tarifautonomie und vor allem für die mit ihr untrennbare Arbeitskampffreiheit, dass man sie am besten gar nicht in Angriff nimmt? Und schließlich: was spricht dagegen, dass jeder Organisierte „das Seine“ bekommt, das nämlich, was seine Gewerkschaft für ihn und mit seiner Hilfe ausgehandelt hat. Der Effekt des Vorschlags ist aus meiner Sicht eine dem Tarifvertragssystem völlig fremde Überlegung und rechtliche Steuerung: es wird nicht Unterbietungskonkurrenz, sondern Überbietungskonkurrenz bekämpft bzw. verhindert.

## **2.7 Resümee und Ausblick**

Insgesamt zeigt sich, dass die Verhinderung von Unterbietungskonkurrenz und Lohndumping allein mit den Mitteln der Tarifautonomie nicht gelingen kann. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf tarifpolitisch „weiße Flecken“ in der Bundesrepublik, gerade im Jahr 2011 aber auch im Hinblick darauf, dass ausländische Arbeitnehmer aus der Europäischen Union nunmehr die volle Arbeitnehmerfreizügigkeit genießen und zudem – nach wie vor – auch entsandt werden können (oder als Selbständige eigenständig ihre Arbeitskraft anbieten).<sup>24</sup> Deshalb mehren sich zu Recht die Stimmen, die einen gesetzlichen Mindestlohn fordern.<sup>25</sup>

24 Zu dieser Thematik siehe Beitrag von Florian Riedl in diesem Band.

25 Zu den verschiedenen Initiativen vgl. die Nachweise auf [www.mindestlohn.de](http://www.mindestlohn.de)





### **3 Eingriff in Gewerkschaftsrechte durch Aufbau vom Arbeitgeber abhängiger Scheingewerkschaften – bietet die Recht- sprechung ausreichenden Schutz? Eine Untersuchung unter Berücksichtigung von Art. 2 ILO-Übereinkommen 98**

#### **3.1 Einleitung**

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben sich zu Gewerkschaften zusammengeschlossen, um angesichts der wirtschaftlichen Übermacht der Arbeitgeber einen adäquaten Interessenausgleich aushandeln zu können.<sup>26</sup> Aufgabe von Gewerkschaften ist es somit seit jeher, die Interessen ihrer Mitglieder gegenüber externen Akteuren wie Arbeitgebern (und ihren Verbänden) und gegenüber dem Staat durchzusetzen.<sup>27</sup> Dementsprechend liegt aus Sicht des BVerfG die Funktion der Tarifautonomie darin, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer(Innen) beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne zu ermöglichen.<sup>28</sup>

Mittlerweile werden jedoch zunehmend auch Tarifverträge abgeschlossen, die erkennbar nicht dem Interesse der Beschäftigten entsprechen, da sie entweder bereits bestehende Tarifverträge von (DGB-) Gewerkschaften eklatant unterbieten oder von tarifdispositivem Gesetzesrecht nach unten abweichen, ohne entsprechende kompensatorische Leistungen vorzusehen. Die eigentliche Funktion der Tarifautonomie wird dabei ad absurdum geführt, die Tarifautonomie zum Absenken von Standards missbraucht. Untersucht wird vorliegend, ob die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung ausreichend Schutz vor einem solchen Missbrauch gewährt. Neben dem zentralen Kriterium der „sozialen Mächtigkeit“ wird dabei insbesondere die „Gegnerunabhängigkeit“ einer intensiven Betrachtung unterzogen, auch

26 Däubler (Peter), § 2 TVG, Rn 5.

27 Keller, Berufsverbände, Tarifautonomie und das System der Interessenvertretung, Leviathan 2008, S. 369; Hassel, Gewerkschaften, in: v. Winter/ Willems (Hrsg.), Interessenverbände in Deutschland, 2007, S. 173.

28 BVerfG v. 26.6.1991 (1 BvR 779/85), BVerfGE 84, 212(229).

unter Rückgriff auf das internationale Arbeitsrecht, da Art. 2 Übereinkommen 98 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) den Aufbau vom Arbeitgeber abhängiger Scheingewerkschaften als Eingriff in Gewerkschaftsrechte wertet.

## 3.2 Tarifliche Unterbietungskonkurrenz

### 3.2.1 Aufbau vom Arbeitgeber abhängiger Scheingewerkschaften

Das Phänomen wirtschaftsfriedlicher, vom Arbeitgeber abhängiger Organisationen wurde noch vor einigen Jahren als Problem von Ländern angesehen, die sich noch in der Phase der konfliktreichen Etablierung „richtiger“, die Interessen der Arbeitnehmer verteidigender Gewerkschaften befinden, während bei uns „gelbe Gewerkschaften“ zuletzt im Kaiserreich und in der Weimarer Republik eine Rolle spielten.<sup>29</sup> Als „Gelbe Gewerkschaften“<sup>30</sup> lassen sich Arbeitnehmervereinigungen definieren, die offen oder versteckt vom Arbeitgeber gegründet<sup>31</sup> und (zumindest teilweise) vom Arbeitgeber finanziert werden,<sup>32</sup> sodass dieser Einfluss auf ihre Tätigkeit ausübt.

Die Entwicklungen der letzten Jahre lassen jedoch Zweifel daran aufkommen, ob sich das Phänomen wirtschaftsfriedlicher, vom Arbeitgeber abhängiger Organisationen in Deutschland wirklich erledigt hat. Fälle wie Siemens oder der „Gewerkschaft der neuen Postzustelldienste“, wo der Arbeitgeber den Aufbau einer ihm genehmen Organisation mit nicht unerheblichen finanziellen Mitteln förderte,<sup>33</sup> rufen Erinnerungen an wirtschaftsfriedliche Werkvereine der 1920er-Jahre wach, die auch zu Anfang des letzten Jahrhunderts bereits die von Siemens bevorzugte und geförderte Organisationsform der Beschäftigten waren. Allerdings

29 Kittner, Kommen die „Gelben“ zurück? In: Dieterich/ Le Friant/ Nogler/ Kezuka/ Pfarr, Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, GS f. Ulrich Zacher, S. 595; Unterhinninghofen, „Gelber“ Anachronismus? Zu Fehlentwicklungen im Koalitionsrecht, in: Dieterich/Le Friant/Nogler/ Kezuka/ Pfarr, a.a.O., S. 677 ff.

30 Zur Geschichte der „gelben Gewerkschaften“ siehe Kittner, Arbeitskampf, 2005, S.323 ff.

31 So die Definition „gelber Gewerkschaften“ durch das Rechtslexikon Lexexakt, im Internet unter: <http://www.lexexakt.de/glossar/gelbegewerkschaft.php>, (heruntergeladen am 14.06.06).

32 Wikipedia, im Internet unter: [http://de.wikipedia.org/wiki/Gelbe\\_Gewerkschaften](http://de.wikipedia.org/wiki/Gelbe_Gewerkschaften), (heruntergeladen am 14.06.06).

33 So die Feststellungen des LAG-Köln in seinem Urteil vom 20.5.2009 (9 TaBV 105/08), AuR 2009, 316. Die gegen das Urteil eingelegte Rechtsbeschwerde beim BAG (1 ABR 101/09) wurde zurückgenommen (BAG Pressemitteilung 28/10), sodass die Entscheidung des LAG-Köln rechtskräftig wurde.

sind einige Unterschiede von heutigen arbeitgeberseitig initiierten Arbeitnehmerorganisationen zu den traditionellen Werkvereinen zu verzeichnen: Aufbau und Finanzierung der Werkvereine durch die Arbeitgeberseite verlief Anfang des letzten Jahrhunderts offen, während die Aktionsgemeinschaft unabhängiger Betriebsräte (AUB) im Geheimen mit Mitteln von Siemens aufgebaut wurde, auch die Zuwendungen von Aldi-Nord an die Organisation fanden nicht öffentlich statt. Eine öffentliche arbeitgeberseitige Finanzierung von „Arbeitnehmerorganisationen“ wird heutzutage auch nicht vorzufinden sein, da die Organisation dem Arbeitgeber nach heutiger Rechtslage nicht von Nutzen wäre.

Vorliegend wird jedoch nicht der Eingriff in Gewerkschaftsrechte durch arbeitgeberseitig betriebenen Aufbau betrieblicher Organisationen wie der AUB untersucht,<sup>34</sup> sondern durch Aufbau bzw. Förderung von Organisationen, die sich als Gewerkschaften gerieren und die Anerkennung als Tarifpartei beanspruchen. Es geht vorliegend folglich um Organisationen, die Unterbietungskonkurrenz durch Abschluss von Tarifverträgen betreiben, wie die „christliche Gewerkschaft Metall“ (CGM), der „Deutsche Handels- und Industrieangestellten-Verband“ (DHV), die „Gewerkschaft für Kunststoffgewerbe u. Holzverarbeitung im christlichen Gewerkschaftsbund“ (GKH) und nicht zuletzt der Verband „Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen“ (CGZP), oder Organisationen im Zuschnitt der „Gewerkschaft der neuen Post- u. Briefzustelldienste“ (GNBZ), die mit Mitteln der zum Springer gehörenden PIN-Group aufgebaut wurde.

Untersucht wird in diesem Zusammenhang insbesondere die Rechtsprechung zur Tariffähigkeit von Organisationen, bei denen sich der Verdacht aufdrängt, sie könnten arbeitgeberseitig beeinflusst sein, da ihr Agieren und insbesondere die von ihnen abgeschlossenen Tarifverträge ausschließlich arbeitgeberseitige Interessen bedienen.

### **3.2.2 Arbeitgeberseitiges Interesse an tariflicher Unterbietungskonkurrenz**

Das arbeitgeberseitige Interesse an unterbietender Tarifkonkurrenz zu DGB-Gewerkschaften ist vielfältig: Einerseits sind solche Organisationen nützlich für die Neutralisierung oder Verdrängung von DGB-Gewerkschaften, insbesondere aber sind unterbietende Gewerkschaften ein willkommener Vertragspartner, um niedrigere Löhne und längere bzw. flexiblere Arbeitszeiten zu vereinbaren.

34 Dazu siehe Beitrag von Wolfgang Däubler in diesem Sammelband.

Ermöglicht doch tarifdispositives Gesetzesrecht die Abbedingung gesetzlicher Mindeststandards durch Tarifvertrag und mittels einzelvertraglicher Bezugnahme.

Tarifdispositiv ausgestaltetes Gesetzesrecht findet sich bspw. in § 622 Abs. 4 S. 1 und 2 BGB; § 8 Abs. 4 S. 3 und 4 TzBfG; § 12 Abs. 3 S. 1 und 2 TzBfG; § 13 Abs. 4 S. 1 und 2 TzBfG; § 14 Abs. 2 S. 3 und 4 TzBfG; § 13 Abs. 1 BurlG; § 7 ArbZG; § 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 und 3 AÜG und nicht zuletzt in § 9 Nr. 2 AÜG hinsichtlich des „equal-pay“-Grundsatzes bei der Leiharbeit. Insbesondere von der Möglichkeit, durch Tarifvertrag vom Gleichbehandlungsgrundsatz in Bezug auf die Beschäftigungsbedingungen von LeiharbeiterInnen abzuweichen, wurde durch den Abschluss von Tarifverträgen durch die Tarifgemeinschaft CGZP bekanntermaßen flächendeckend Gebrauch gemacht – wobei das Bundesarbeitsgericht der CGZP mit Urteil vom 14.12.2010 die Tariffähigkeit abgesprochen hat.<sup>35</sup>

Aber auch die Möglichkeit einer von den zwingenden Vorschriften des ArbZG abweichenden Verlängerung der Arbeitszeit durch Tarifvertrag, ist für Arbeitgeber eine attraktive Option. Nicht zuletzt da dies zur Folge hat, dass der Betriebsrat wegen der Sperrwirkung des Eingangssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG keine Regelungen zur Arbeitszeit im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 treffen kann.<sup>36</sup> Hinzu kommt, dass der Arbeitgeber eine AGB-Kontrolle umgeht, die er ggfs. bei einzelvertraglichen Abreden fürchten müsste, da nicht nur Tarifverträge, sondern auch auf diese Bezugnehmende einzelvertragliche Klauseln wegen § 310 Abs. 4 BGB nicht der AGB-Kontrolle unterliegen.

Unterbietungsgewerkschaften sind für Arbeitgeber ferner für die Umgehung gesetzlicher Mindestlöhne interessant, wie es das Beispiel der Briefzustelldienste zeigt. Um einen mit DGB-Gewerkschaften ausgehandelten Mindestlohn zu umgehen, wird nicht nur mit einer willfährigen Gewerkschaft eine niedrigere Entlohnung ausgehandelt und die Tarifautonomie bemüht, damit der eigene nicht durch den höheren Mindestlohn verdrängt wird, sondern es wird zu diesem Zweck gar die passende „Gewerkschaft“ durch den Arbeitgeberverband gegründet.<sup>37</sup>

35 Siehe Beitrag von Christiane Brors zu den Folgen dieser Entscheidung in diesem Sammelband.

36 Siehe insbesondere zu den sich aus ausufernder Arbeitszeit ergebenden Gesundheitsgefahren: Schubert/Jerchel, Handlungsspielräume für Tarifparteien und Interessenvertretungen bei der Arbeitszeitgestaltung, WSI-Mitteilungen 2/2011, S. 76 ff.

37 Für detailliertere Informationen zur Wirkung von Mindestentgelttarifverträgen gegenüber konkurrierenden Tarifverträgen (am Bsp. des Postmindestlohnes), siehe: Bieback, AuR 2008, 234 ff.; zu arbeitgeberseitigen Vermeidungsstrategien: Hohenstatt/Schramm, Tarifliche Mindestlöhne: Ihre Wirkungsweise und ihre Vermeidung am Beispiel des Tarifvertrags zum Post-Mindestlohn, NZA 2008, S. 433 ff.

Tarifliche Unterbietungskonkurrenz kann Arbeitgebern jedoch auch im Vergaberecht einen Konkurrenzvorteil verschaffen: Ist im Vergaberecht eines Bundeslandes eine Tariftreueklausel vorgesehen, die nicht auf spezielle Tarifverträge oder in Anlehnung an § 7 Abs. 2 AEntsG auf die Repräsentativität abstellt, so kann mit einem Unterbietungstarifvertrag formell den Ansprüchen des Vergaberechts genügt werden, obwohl in dem Tarifvertrag unter Umständen gängige Standards von Entlohnung und Arbeitszeit eklatant unterboten werden, wie im Fall des Großauftrags für die Wäsche des Uniklinikums Schleswig-Holstein, wo der Auftrag statt an eine mit der IG-Metall tarifgebundene Wäscherei an ein Unternehmen vergeben wurde, das einen Tarifvertrag mit der DHV abgeschlossen hatte.<sup>38</sup>

### **3.3 Gewerkschaftseigenschaft und Tariffähigkeit im deutschen Recht**

Nur Gewerkschaften sind tarif- und arbeitskampffähig. Weder die Gewerkschaftseigenschaft noch das Kriterium der Tariffähigkeit sind jedoch gesetzlich definiert, sondern werden in § 2 TVG vorausgesetzt. Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung verlangt, dass Gewerkschaften frei und auf Dauer gebildet, gegnerfrei und überbetrieblich sind und ihr Zweck auf die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerichtet ist. Als satzungsgemäße Aufgabe müssen sie die Wahrnehmung und Förderung jedenfalls auch der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder verfolgen.<sup>39</sup> Unerlässliche Voraussetzung der Gewerkschaftseigenschaft ist zudem, dass die Organisation nicht nur Willens ist, Tarifverträge abzuschließen, sondern auch Tariffähigkeit besitzt.<sup>40</sup>

Das BAG fasst unter Tariffähigkeit die rechtliche Fähigkeit, durch Vereinbarung mit dem sozialen Gegenspieler Arbeitsbedingungen tarifvertraglich mit der Wirkung zu regeln, dass sie für die tarifgebundenen Personen unmittelbar und unabdingbar wie Rechtsnormen gelten.<sup>41</sup>

38 Die Wäscherei war Mitglied im Arbeitgeberverband Intex, der Tarifpartner der IG-Metall ist, siehe: [www.igmetall.de/cps/rde/xchg/SID-0A456501-F187697B/internet/style.xml/berendsen-glueckstadt-erfolgreicher-protesttag-der-2005.htm](http://www.igmetall.de/cps/rde/xchg/SID-0A456501-F187697B/internet/style.xml/berendsen-glueckstadt-erfolgreicher-protesttag-der-2005.htm) (10.02.2011).

39 BAG v. 28.3.2006, NZA 2006, 1112(1114); v. 19.9.2006, NZA 2007, 518.

40 Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, TVG u. AKR, 3. Aufl. 2010, § 2 Rn 6.

41 BAG v. 28.03.2006, NZA 2006, 1112 (Juris: Rn 35).

### 3.3.1 Soziale Mächtigkeit

Das BAG erachtet die soziale Mächtigkeit der Organisation als zentrales Kriterium für die Tariffähigkeit (i.S.v. § 2 TVG und §§ 2a I Nr. 4, 97 I ArbGG), mithin die Durchsetzungsfähigkeit gegenüber dem sozialen Gegenspieler. Eine Koalition ist nach ständiger Rechtsprechung nur für ihre Aufgaben tauglich, wenn sie nicht nur so mächtig, sondern auch von ihrem organisatorischen Aufbau her so leistungsfähig ist, dass der Gegenspieler sich veranlasst sieht, auf Verhandlungen über den Abschluss einer tariflichen Regelung der Arbeitsbedingungen einzugehen und zum Abschluss einer tariflichen Regelung zu kommen.<sup>42</sup> Kriterien zur Feststellung der organisatorischen Leistungsfähigkeit sind bspw., ob die Organisation über einen leistungsfähigen organisatorischen Apparat verfügt, wie viele hauptamtlich Beschäftigte sie hat oder über welche Infrastruktur sie verfügt.

Eine Koalition muss zudem über ausreichend Durchsetzungskraft verfügen, um sicherzustellen, dass der soziale Gegenspieler Verhandlungsangebote nicht übergehen kann. Hierfür sind institutionelle Anforderungen wie hinreichende Mitgliederzahl oder Drohpotential durch ArbeitnehmerInnen in Schlüsselpositionen ausschlaggebend.<sup>43</sup> Das BVerfG weist darauf hin, dass es nicht Sinn der in Art. 9 Abs. 3 GG gewährten Koalitionsfreiheit ist, schlechthin jede Koalition zum Abschluss von Tarifverträgen zuzulassen.<sup>44</sup> Notwendig ist vielmehr ein strukturelles Verhandlungsgleichgewicht, da die Tarifautonomie gerade die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen ArbeitnehmerInnen überwinden soll.<sup>45</sup>

#### 3.3.1.1 Aktive Teilnahme am Tarifgeschehen

Bei Zweifeln an der Durchsetzungs- und Leistungsfähigkeit stellt die Rechtsprechung hinsichtlich der Tariffähigkeit darauf ab, ob die Organisation bereits aktiv am Tarifgeschehen teilgenommen hat. Unter Vernachlässigung der Kriterien der Organisationsstärke und Leistungsfähigkeit hat das BAG seit der CGM-Entscheidung nicht nur dem Abschluss von originären, eigenständigen, sondern auch von

42 BAG v. 15.3.1977 (1 ABR 17/75) AP Nr. 24 zu Art. 9 GG; v. 14.3.1978 (1 ABR 2/76) AP Nr. 30 zu § 2 TVG; v. 16.11.1982 (1 ABR 22/78) AP Nr. 32 zu § 2 TVG; v. 10.9.1985 (1 ABR 32/83) AP Nr. 34 zu § 2 TVG; v. 25.11.1986 (1 ABR 22/85) AP Nr. 36 zu § 2 TVG; v. 16.1.1990 (1 ABR 10/89) AP Nr. 39 zu § 2 TVG; v. 6.6.1990 (1 ABR 10/99) AP Nr. 55 zu § 2 TVG.

43 BAG v. 25.11.1986 (1 ABR 22/85) AP Nr. 36 zu § 2 TVG; v. 16.1.1990 (1 ABR 10/89) AP Nr. 39 zu § 2 TVG; v. 28.3.2006, NZA 2006, 1112 f.

44 BVerfG v. 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96.

45 BAG v. 28.03.2006, NZA 2006, 1112(1118 f.).

Anschlussstarifverträgen Indizwirkung dafür beigemessen, dass die Organisation „zur Vorbereitung und zum Abschluss von Tarifverträgen in der Lage ist.“<sup>46</sup>

Die Indizwirkung dieser Tarifverträge entfällt, so das BAG, nur ausnahmsweise bei dem Abschluss von Schein- oder Gefälligkeitstarifverträgen, oder wenn die Tarifverträge auf einem einseitigen Diktat der Arbeitgeberseite beruhen.<sup>47</sup> Aufgrund der der Tarifautonomie entspringenden materiellen Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen, wird die gerichtliche Kontrolle restriktiv gehandhabt und deckt lediglich die äußersten Grenzen zulässiger tariflicher Regelungen ab, um nicht zur Tarifzensur zu werden; die Prüfung wird nur beim Vorliegen von Anhaltspunkten durchgeführt.

Als Scheintarifverträge definiert das BAG Fälle, in denen es sich „lediglich der äußeren Form nach, nicht aber vom Inhalt her um Tarifverträge handelt.“<sup>48</sup> Anhaltspunkte für Gefälligkeitstarifverträge sieht das BAG als gegeben, wenn mit den Tarifverträgen von vornherein andere Ziele als die Regelung der Arbeitsbeziehungen verfolgt würden, z.B. wenn einer Arbeitnehmervereinigung das Etikett einer Gewerkschaft verliehen oder der Zugang zu Selbstverwaltungskörperschaften ermöglicht werden soll.<sup>49</sup> Auch kann die Arbeitnehmerorganisation der Arbeitgeberseite gefällig sein, indem gesetzliche Mindeststandards durch tarifdispositives Gesetzesrecht „ohne Kompensation unterschritten werden oder ein besonders krasses Missverhältnis zwischen den vereinbarten Leistungen vorliegt“.<sup>50</sup>

Diese Rechtsprechung hat viel Kritik erfahren, insbesondere dass seit der CGM-Entscheidung der Abschluss von Tarifverträgen als erstes Kriterium zu werten ist<sup>51</sup> und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie hinreichende Mitgliederzahl keine Berücksichtigung mehr finden, wenn eine Organisation neben einigen unterbietenden Haustarifverträgen Anerkennungstarifverträge (in nennenswerter Zahl) abge-

46 BAG v. 28.3.2006, NZA 2006, 1112(1120 f.).

47 BAG v. 28.3.2006, NZA 2006, 1112(1120 f.).

48 BAG v. 28.3.2006, NZA 2006, 1112(1121).

49 BAG v. 10.9.1985 (1 ABR 32/03) BAGE 49, 322 (zu B IV 3 der Gründe); v. 28.3.2006, NZA 2006, 1112(1121).

50 BAG v. 28.3.2006, NZA 2006, 1112(1121).

51 Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, § 2 TVG Rn 33; Däubler(Peter), § 2 TVG Rn 23a ff; Kempen/Zachert (Kempen), TVG-Ko, Grundlagen Rn. 93; Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsverhältnis von Tarifautonomie und grundrechtlichen Pflichten, 2010, S. 466 ff.; Wank/Schmidt, Neues zur sozialen Mächtigkeit und organisatorischen Leistungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung, RdA 2008, 257(269); Kritisch auch bereits: Kocher, Anmerkung zum CGM-Beschluss des LAG Baden-Württemberg vom 1.10.2004 – 4 TaBV 1/04, Arbeit und Recht (AuR) 8-9/2005, S. 336-338.



geschlossen hat. Im UFO-Beschluss von 2004 wurde das Kriterium der Mitgliederzahl vom BAG hingegen noch vorrangig betrachtet.<sup>52</sup>

Zum Teil wird auch eine Korrektur zum Schutz der Tarifunterworfenen bspw. in Form einer erweiterten Missbrauchs- oder Inhaltskontrolle gefordert.

Dies erscheint zwar nicht ganz fern liegend, angesichts der Tatsache, dass etliche Unterbietungstarifverträge die strukturelle Unterlegenheit der Beschäftigten in keinster Weise ausgleichen, sondern eher noch zementieren. Allerdings birgt eine inhaltliche Überprüfung von Tarifverträgen die Gefahr eines Eingriffs in die Tarifautonomie durch Tarifzensur<sup>53</sup> – es erscheint zudem widersinnig, die Tarifautonomie durch einen Eingriff in dieselbige schützen zu wollen.

Gefordert wird auch, die Tariffähigkeit solle nicht in Gänze zu- oder aberkannt werden, sondern einer Koalition solle die Tariffähigkeit nur dort aberkannt werden, „wo dies zur Beschränkung von Fehlentwicklungen systemnotwendig ist.“<sup>54</sup> Damit wäre die Tariffähigkeit einer Organisation immer wieder neu im Klageweg nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2, 97 ArbGG zu prüfen. Das hätte nicht nur eine große Rechtsunsicherheit zur Folge,<sup>55</sup> nicht sinnvoll wäre vielmehr auch das Erfordernis gegen jeden einzelnen Haustarifvertrag erneut Klage einzureichen. Zu Recht hat sich das BAG daher im CGM-Verfahren gegen partielle Tariffähigkeit ausgesprochen.

Um die Tarifunterworfenen vor Organisationen zu schützen, welche nicht die Interessen der Beschäftigten, sondern des Arbeitgebers vertreten, müssen folglich andere Kriterien zugrunde gelegt werden. Wird jedoch als vorrangiges Kriterium auf die bisherige Tariftätigkeit einer Organisation abgestellt, so können Organisationen als tariffähig eingeordnet werden, die zwar (unterbietende) Haustarifverträge und vielleicht Anschlussstarifverträge abgeschlossen haben, ohne aber über einen ausreichenden Hauptamtlichenapparat zu verfügen, der es ihnen erlauben würde, vor Abschluss des Tarifvertrags auch nur eine sachge-

52 BAG v. 14.12.2004, (1 ABR 51/03) AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

53 ErfK(Dieterich), Art. 9 GG Rn. 90 f; Wank, RdA 2008, 257(264 f.).

54 Henssler, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften – Das Beispiel der Christlichen Gewerkschaft Metall, 2006, S. 57; befürwortend auch: Wiedemann/Oetker, § 2 TVG Rn. 406; Bayreuther, Gewerkschaftspluralismus im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung – Abschied vom „Einheitstarifvertrag“? BB 2005, 2633(2637).

55 Wank/Schmidt, RdA S. 264.

rechte Analyse über die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu erstellen, von einer Überprüfung der Einhaltung des Tarifvertrags ganz zu schweigen.<sup>56</sup>

Problematisch ist insbesondere, wenn der Haustarifvertrag Regelungen enthält, mit denen zu Ungunsten der Beschäftigten von zwingendem, aber tarifdispositiv ausgestaltetem Gesetzesrecht abgewichen wird. So eröffnet im Bereich der Arbeitszeit § 7 ArbZG den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit zur Entwicklung eigenständiger Arbeitszeitmodelle, die den Gesundheitsschutz massiv berühren können. Die Tarifvertragsparteien müssen also in der Lage sein, die gesundheitlichen Auswirkungen der von ihnen getroffenen Regelungen zu beurteilen. Es ist mehr als fraglich, ob Splitterorganisationen, die in personeller, organisatorischer und finanzieller Hinsicht nicht über eine ausreichende Infrastruktur verfügen, diesen Anforderungen gerecht werden können, zumal die Auswirkungen der getroffenen Regelungen mangels eigener Mitglieder nicht rückgekoppelt werden.<sup>57</sup>

Würden organisatorische Leistungsfähigkeit und Durchsetzungsfähigkeit tatsächlich als vorrangige Kriterien zur Beurteilung der Tariffähigkeit herangezogen, würde es auf die Bewertung von Anschlussstarifverträgen zumeist nicht mehr ankommen. Ist aufgrund von Zweifeln an der organisatorischen Leistungsfähigkeit und Durchsetzungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung jedoch auf die bisherige Tätigkeit im Tarifgeschehen abzustellen, leuchtet nicht ein, warum Anschlussstarifverträge ein Indiz für soziale Mächtigkeit sein sollen. Lassen sich Anschlussstarifverträge doch unter die vom BAG formulierten Kriterien von „Gefälligkeitstarifverträgen“ subsumieren, die von der Arbeitgeberseite lediglich geschlossen werden, um der Arbeitnehmerseite einen Gefallen zu erweisen, z.B. indem ihr das Etikett einer „Gewerkschaft“ verliehen wird. Auch das Argument, CGB-Mitgliedsgewerkschaften könnten mit dem Abschluss von Anschlussstarifverträgen das Ziel verfolgen, normative Tarifbindung zu erzeugen, da durch den Abschluss von Anschlussstarifverträgen diese für die jeweiligen Mitglieder nicht mehr lediglich qua individualrechtlicher Bezugnahme Klausel, sondern normativ wirken, trägt angesichts der geringen Mitgliederzahlen der fraglichen Organisationen nicht. Für die Arbeitgeberseite ist ohnehin kein Grund ersichtlich, einen Flächentarifvertrag, der bereits in Kraft ist, inhaltsgleich mit einer anderen Organisation zu vereinbaren – es sei denn, man schafft sich dadurch eine tarifvertrag-

56 Wobei die Nichteinhaltung in diesen Konstellationen „wohl kein Problem darstellt“, da der Arbeitgeber bei einem ihm entgegenkommenden Unterbietungstarifvertrag sicherlich keinen Grund hat, diesen nicht einzuhalten.

57 Ulber, a.a.O., S. 473.

liche Unterbietungsalternative, auf die bei Bedarf zurückgegriffen wird. Warum arbeitgeberseitig keine entsprechende langfristige Strategie<sup>58</sup> hinter dem Abschluss von Anschlussstarifverträgen stecken soll, ist nicht einleuchtend. Das Abrücken des BAG von seiner ursprünglichen Bewertung, Anschlussstarifverträge würden in der Regel dem „Verhandlungsübergewicht der einen Seite“ entspringen,<sup>59</sup> ist folglich nicht verständlich.

Das zweite Argument des BAG in Bezug auf die Berücksichtigung von Anschlussstarifverträgen war, der Abschluss originärer (Flächen-) Tarifverträge erweise sich in bereits tarifierten Bereichen unter Geltung der Tarifeinheit als sinnlos, da ein solcher Tarifvertrag normativ nicht zur Anwendung käme.<sup>60</sup> Mit der Aufgabe der Rechtsprechung zur Tarifeinheit hat sich dieses Argument jedoch erübrigt, da mittlerweile angesichts der vom BAG mit Aufgabe der Tarifeinheit zugelassenen Tarifpluralität jeder Tarifvertrag für die eigenen Mitglieder gilt,<sup>61</sup> sodass Anschlussstarifverträge auch aus diesem Grund anders zu bewerten sind.

Auch Tarifverträge, die lediglich Regelungen zu § 3 Abs. 1 BetrVG enthalten, können nicht als Indiz für die soziale Mächtigkeit herangezogen werden, da sie keine Inhaltsnormen, sondern nur organisatorische Regelungen enthalten, an denen der Arbeitgeber ein ebenso großes Interesse hat, wie die Arbeitnehmerseite.<sup>62</sup>

Ähnliche Argumente sind auch aus der Debatte um die Tariffähigkeit der CGZP bekannt, enthalten Tarifverträge lediglich Normen, mit denen von zwingendem Gesetzesrecht nach unten abgewichen wird, ohne dass eine Kompensation für die Beschäftigten in dem Tarifvertrag enthalten ist, so kann dieser Tarifvertrag kein Indiz für die soziale Mächtigkeit sein,<sup>63</sup> da aufgrund der fehlenden Gegenleistung der Vertragsmechanismus nicht intakt ist. Eine solche gerichtliche Überprüfung stellt keine Inhaltskontrolle des Tarifvertrags dar, sondern die Überprüfung bezieht sich lediglich auf das Verfahren des Tarifvertragsabschlusses.

58 So aber BAG v. 28.3.2006, Rn 68 (juris).

59 BAG v.14.3. 1978 (1 ABR 2/76) AP TVG § 2 Nr. 30 zu IV 5 der Gründe.

60 BAG v. 28.3.2006, Rn 72 (juris).

61 Es sei denn, es handelt sich um Betriebsnormen.

62 So auch BAG v.14.12.2004, (1 ABR 51/03) AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

63 Schüren, AuR 2008, 239 ff.; zur Tariffunfähigkeit der CGZP siehe ferner Ulber, NZA 2008, S 438 ff.

### 3.3.1.2 Entscheidung des BAG zur Tariffähigkeit der GKH

Am 5.10.2010 hatte das BAG über die Tariffähigkeit der „Gewerkschaft“ für Kunststoffgewerbe und Holzverarbeitung im CGB (GKH) zu entscheiden.<sup>64</sup> Die Vorinstanzen hatten der GKH unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG noch Tariffähigkeit attestiert, da die GKH aufgrund ihrer aktiven Teilnahme am Tarifgeschehen über die erforderliche Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler verfüge. Ob Mitgliederzahl und Organisationsgrad der GKH ihre soziale Mächtigkeit belege, sollte angesichts zahlreicher eigenständiger Tarifverträge dahinstehen können.<sup>65</sup>

Dieser Argumentation ist das BAG nicht gefolgt, sondern hat die Entscheidung des LAG-Hamm aufgehoben und in der Sache zurückverwiesen. Das BAG prüft intensiv nach den bekannten Kriterien die soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit, ohne auf die bisherige Aktivität der GKH im Tarifgeschehen vertieft abzustellen. Zwar könne von einer Arbeitnehmervereinigung keine Organisation verlangt werden, die ausschließlich durch eigene Beschäftigte getragen werde. Es müsse jedoch sichergestellt „sein, dass die Arbeitnehmervereinigung über loyale Mitarbeiter verfügt, die ihr und ihren Mitgliedern im Konfliktfall verpflichtet sind und nicht dem bestimmenden Einfluss Dritter unterliegen.“ Dies gelte auch, wenn eine Organisation wie die GKH vom Aufbau einer eigenen Organisation weitgehend absehe „und sich hierfür der Einrichtungen und des Personals einer anderen Arbeitnehmervereinigung bedient“.<sup>66</sup> Hintergrund dieser Ausführungen ist, dass die GKH keine (eigenen) hauptamtlichen MitarbeiterInnen beschäftigt, sondern nebenamtlich durch sieben Mitglieder im Hauptvorstand geführt wird, von denen ein Großteil bei der CGM beschäftigt ist. Auch die Mitgliederbetreuung in arbeits- und sozialrechtlichen Fragen erfolgt durch die bundesweiten CGM-Sekretariate. Damit soll ein Organisationsapparat, bei dem es für sich genommen bereits fraglich ist, ob er angesichts der Breite, in der die CGM satzungsgemäß tarifliche Zuständigkeit beansprucht, zur Legitimation der Organisation ausreicht, die organisatorische Leistungsfähigkeit einer weiteren Organisation untermauern. Dass eine „Briefkastengewerkschaft“ wie die GKH mit dieser Argumentation nicht durchkommt, sondern Angaben über diejenigen gefordert werden, die die Gewerkschaftsarbeit leisten, ist gut.

64 BAG v. 5.10.2010 (1 ABR 88/09), noch nicht veröffentlicht.

65 LAG-Hamm v. 13.03.2009 (10 TaBV 89/08), Juris Rn 80, 83, 89 u. 93.

66 BAG v. 5.10.2010 (1 ABR 88/09), Rn 37.

Bemerkenswert ist jedoch, dass organisatorische Leistungsfähigkeit deutlich und (wieder) vorrangig geprüft und zudem auch auf die Zahl der organisierten Arbeitnehmer abgestellt wurde, da diese über die finanzielle Ausstattung einer Organisation entscheiden und somit darüber, „ob eine Arbeitnehmervereinigung in der Lage ist, die mit dem Abschluss von Tarifverträgen verbundenen finanziellen Lasten zu tragen.“<sup>67</sup> Tariffähigkeit komme in erster Linie in der Zahl der Mitglieder und in der Leistungsfähigkeit der Organisation zum Ausdruck, konstatiert das BAG. Die Teilnahme am Tarifgeschehen wird lediglich als untergeordnetes Kriterium eingeordnet, das zu prüfen ist, wenn „Zweifel an der durch Mitglieder vermittelten sozialen Mächtigkeit und an der organisatorischen Leistungsfähigkeit“ verbleiben.<sup>68</sup>

Das BAG erklärt zwar nicht, seine mit der CGM-Entscheidung eingeschlagene Richtung zu ändern, sondern verweist in der GKH-Entscheidung dezidiert auf die Rechtsprechung zur Tariffähigkeit der CGM. Der Senat habe für die Beurteilung der sozialen Mächtigkeit einer Arbeitnehmervereinigung (in der CGM-Entscheidung) weder allein auf die Indizwirkung von Tarifabschlüssen abgestellt, noch auf aussagekräftige Feststellungen zur Mitgliederstärke und zur Organisationsstruktur verzichtet, lautet die *Maxime*.<sup>69</sup> Dennoch deutet sich eine Rechtsprechungsänderung an, die auch dadurch untermauert wird, dass die Entscheidung zwecks Sachverhaltsklärung an das LAG-Hamm zurückverwiesen wurde. Da die GKH ihre Mitgliederzahl nicht offengelegt und die Leistungsfähigkeit der Organisation nicht ausreichend dargestellt hatte, könne die Tariffähigkeit der GKH nicht abschließend beurteilt werden. Die in Tarifgemeinschaft mit dem DHV abgeschlossenen Flächentarifverträge reichten dem BAG zur Zuerkennung der Tariffähigkeit jedenfalls nicht aus, da sie keine Indizwirkung entfalten können. Betont wird zudem, die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition entstehe nicht mit dem Abschluss von Tarifverträgen, sondern sei hierfür Wirksamkeitsvoraussetzung.<sup>70</sup>

67 BAG v. 5.10.2010 (1 ABR 88/09), Rn 39.

68 BAG v. 5.10.2010 (1 ABR 88/09), Rn 40.

69 BAG v. 5.10.2010 (1 ABR 88/09), Rn 46.

70 BAG v. 5.10.2010 (1 ABR 88/09), Rn 43.

### **3.3.1.3 Zusammenfassung zur sozialen Mächtigkeit**

Die sich mit der Entscheidung vom 5.10.2010 andeutende Rechtsprechungsänderung, wonach organisatorische Leistungsfähigkeit und Mitgliederstärke die vorrangig heranzuziehenden Kriterien sind, wird dazu beitragen, „Phantomgewerkschaften“, die kaum bzw. gar keine Mitglieder haben, die Anerkennung als Tarifpartner zu verweigern. Schein- und Gefälligkeitstarifverträge oder Tarifverträge, die auf Diktat der anderen Seite beruhen, sind jedoch aufgrund der engen Definition der aktuellen Rechtsprechung nur selten gegeben. Ein „kollusives Zusammenwirken“ beider Seiten zum Nachteil der vertretenen ArbeitnehmerInnen (wie es das BAG fordert) ist nur in großen Ausnahmefällen nachweisbar, sodass die Kriterien der Rechtsprechung nicht selten leer laufen. Es bietet sich an, die Umstände des Tarifvertragabschlusses zu berücksichtigen, wie es vom BAG noch in früheren Entscheidungen (bis zur Entscheidung zur Tariffähigkeit der Christlichen „Gewerkschaft“ Holz und Bau Deutschlands (CGHB) 1990 der Fall war.<sup>71</sup> Insgesamt bleibt festzuhalten, dass nur Tarifverträge, in denen sich der Ausgleich typischerweise divergierender Interessen der beiden Seiten realisiert, als Indiz für soziale Mächtigkeit herangezogen werden sollten.

### **3.3.2 Gegnerunabhängigkeit**

Eine wichtige Voraussetzung für die Einordnung als Gewerkschaft und für die Tariffähigkeit ist zusätzlich zur sozialen Mächtigkeit auch die Unabhängigkeit vom sozialen Gegenspieler. Eine Koalition kann die Interessen ihrer Mitglieder nur wirksam wahrnehmen, wenn sie in ihrer Willensbildung von der Gegenseite unabhängig ist, im Handeln vom sozialen Gegenspieler mithin nicht beeinflusst wird oder beeinflusst werden kann, da von ihr sonst kein wirksamer Einfluss auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen ausgeübt werden kann, so die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.<sup>72</sup> In der Tat kann eine arbeitgeberseitig beeinflusste Arbeitnehmerorganisation ihrer Hauptaufgabe, die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten, nicht nachkommen.

Zentrales Kriterium für mangelnde Unabhängigkeit einer Gewerkschaft ist die Finanzierung einer Koalition durch die Arbeitgeberseite. Arbeitgeberseitig finanzierten und/oder logistisch unterstützten „Gewerkschaften“ fehlt die Unab-

<sup>71</sup> BAG v. 16.1.1990 (1 ABR 93/88), Rn 23 ff.

<sup>72</sup> BAG v. 19.1.1962 (1 ABR 14/60) AP Nr. 13 zu § 2 TVG; v. 15.11.1963 (1 ABR 5/63) AP Nr. 13 zu § 2 TVG; v. 10.9.1985 (1 ABR 32/83) AP Nr. 34 zu § 2 TVG; v. 16.1.1990 (1 ABR 93/88) AP Nr. 39 zu § 2 TVG; v. 17.2.1998 (1 AZR 364/97) AP Nr. 87 zu Art 9 GG; v. 14.12.2004 (1 ABR 51/03) AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

hängigkeit, da die Willensbildung auf der Arbeitnehmerseite dadurch beeinflusst werden kann, dass mit der Einstellung der logistischen oder finanziellen Unterstützung gedroht werden kann.<sup>73</sup>

Die Unabhängigkeit vom sozialen Gegenspieler war bei der GNBZ (u.a.) aufgrund der Finanzierung durch die Pin-Group nicht gegeben.<sup>74</sup> Im CGM-Verfahren war Gegnerunabhängigkeit kein rechtliches Kriterium, an dem die Tariffähigkeit der Organisation problematisiert worden wäre – mangelnde Unabhängigkeit wurde auch von keiner Partei infrage gestellt.<sup>75</sup> Im Verfahren zur Tariffähigkeit der GKH sah das BAG hingegen die Frage der Gegnerunabhängigkeit nicht ausreichend beantwortet, da die GKH zu ihrer Finanzierung keine Angaben gemacht hat und nicht erkennbar war, wie viele zahlende Mitglieder die Organisation tatsächlich hat.<sup>76</sup> Es ist erfreulich, dass das BAG das Augenmerk in dieser Entscheidung deutlicher als einige untere Gerichte, auf das so wichtige Kriterium der Gegnerunabhängigkeit lenkt.

So hatte das Arbeitsgericht Hamburg 1956 zwar festgestellt, dass bei den arbeitgeberseitigen Werbeanzeigen in der DHV-Verbandszeitung „von einem gewöhnlichen Anzeigengeschäft“ nicht die Rede sein könne, da deren Kosten den marktüblichen Preis weit überstiegen. Das Gericht sah jedoch die freie Willensbetätigung des DHV „im gegenwärtigen Zeitpunkt“ nicht mehr als beeinträchtigt an und erklärte die DHV zur tariffähigen Gewerkschaft.<sup>77</sup> Die Berliner Kommission für Ansprüche auf Vermögenswerte hingegen hatte der DHV bereits 1952 mangelnde Unabhängigkeit von der Arbeitgeberseite bescheinigt und ihr den Charakter als Gewerkschaft abgesprochen. Inseratsaufträge einer Firma waren als „Scheinaufträge“ eingeordnet worden, da keine Gegenleistung für die Zahlungen erfolgt war.<sup>78</sup>

Unter Berücksichtigung der Wertungen des BVerfG, wonach Tarifautonomie dadurch gekennzeichnet ist, dass die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen ArbeitnehmerInnen beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln ausgeglichen wird, um ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne zu ermöglichen, hätte eine Entscheidung wie die des ArbG Hamburg

73 Berg u.a., § 2 TVG Rn 23.

74 LAG-Köln v. 20.5.2009, AuR 2009, 316(317 f.).

75 Siehe BAG v. 28.3.2006, NZA 2006, 1112 ff.

76 BAG v. 5.10.2010 (1 ABR 88/09), Rn 52.

77 ArbG-Hamburg v. 10.12.1956 (2 BV 366/1956), das Urteil wurde rechtskräftig, da die von HBV und DAG eingelegte Beschwerde zurückgenommen wurde. Die Rechtskraft des Beschlusses stand einer erneuten Prüfung der Tariffähigkeit der DHV 1978 und 1992 entgegen.

78 Schlussentscheidung v. 12.5.1953 (K 231.49).

nicht gefällt werden dürfen. Bei dem Vorliegen derart starker Indizien für arbeitgeberseitigen Einfluss auf die Arbeit des DHV ist es verfehlt, eine Manifestation des Einflusses zu verlangen. Aufgrund der arbeitgeberseitigen Zahlungen lag es auf der Hand, dass die DHV den Anforderungen, als Gewerkschaft die Interessen ihre Mitglieder zu vertreten, nicht mehr gerecht werden konnte.

Wirksame Gegenmacht kann nur ausgeübt werden, wenn gewährleistet ist, dass keine Interessenskollision vorliegt oder die Organisation nicht durch die Art und Weise der Interessenvertretung von der Gegenseite manipulierbar ist. Abzustellen ist hierbei auch auf die Struktur der Organisation; so ist Gegnerunabhängigkeit stark anzuzweifeln, wenn eine Arbeitnehmerorganisation bspw. auf Initiative des Arbeitgebers entstanden ist und von ihm (freiwillig) materiell unterstützt wird.<sup>79</sup> Sind arbeitgeberseitige Zahlungen nachweisbar, so ist mangelnde Unabhängigkeit indiziert.

### **3.4 Eingriff in Gewerkschaftsrechte durch Aufbau vom Arbeitgeber abhängiger Scheingewerkschaften (Art. 2 ILO-Übereinkommen 98)**

In Deutschland sind wir zusehends damit konfrontiert, dass wirtschaftsfriedliche Organisationen, bei denen keine Interessenvertretung der Beschäftigten zu erkennen ist, dem Arbeitgeber als Tarif- oder betrieblicher Partner zur Verfügung stehen. Dieses Phänomen, dass Arbeitgeber sich eine (oftmals betriebliche) Arbeitnehmerorganisation aufbauen oder dafür sorgen, dass eine solche von ihnen abhängig ist, um echte gewerkschaftliche Interessenvertretungen aus dem Betrieb herauszuhalten, ist aus vielen Ländern bekannt. Ein solches Vorgehen stellt einen Eingriff in Art 2 des Übereinkommens 98 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) dar, ist mithin als Eingriff in fundamentale Gewerkschaftsrechte zu charakterisieren. Diese klare Wertung des Art. 2 ILO-Übereinkommen 98 wird zumeist ignoriert.<sup>80</sup>

Vorliegend wird untersucht, ob sich durch Auslegung von Art. 2 ILO-Übereinkommen 98 durch die zuständigen Gremien der Internationalen Arbeitsorganisation neue Impulse auch für das nationale Recht ergeben.

79 Zimmer, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen, 2008, S. 123 ff.

80 Siehe allerdings den Beitrag von Wolfgang Däubler zu gewerkschaftlichen Abwehrmöglichkeiten gegenüber „gelben“ Organisationen im Betrieb in diesem Sammelband.



## Artikel 2

1. „Den Organisationen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber ist in Bezug auf ihre Bildung, Tätigkeit und Verwaltung gebührender Schutz gegen jede Einmischung von der anderen Seite, sowohl seitens der Organisationen wie auch ihrer Vertreter oder Mitglieder, zu gewähren.“

2. „Als Einmischung im Sinne dieses Artikels gelten insbesondere Handlungen, die darauf gerichtet sind, von einem Arbeitgeber oder von einer Organisation von Arbeitgebern abhängige Organisationen von Arbeitnehmern ins Leben zu rufen oder Organisationen von Arbeitnehmern durch Geldmittel oder auf sonstige Weise zu unterstützen, um sie unter den Einfluss eines Arbeitgebers oder einer Organisation von Arbeitgebern zu bringen.“

ILO-Übereinkommen 98 definiert in Art. 2 Abs. 2, dass auch die Schaffung einer vom Arbeitgeber abhängigen Arbeitnehmerorganisation einen Eingriff in eine Arbeitnehmerorganisation darstellt.

Gibt die Auslegung von Art. 2 Übereinkommen 98 durch die ExpertInnen des Sachverständigenausschusses neue Anregungen für die Rechtsanwendung in Deutschland? Auch in ILO-Veröffentlichungen wird betont, dass eine Arbeitnehmerorganisation deren Aufgabe es ist, die Interessen der Beschäftigten, mithin ihrer Mitglieder, wahrzunehmen und zu fördern, diese Aufgabe nur dann wirklich wahrnehmen kann, wenn sie unabhängig ist und nicht unter dem Einfluss des Arbeitgebers steht. Formuliert wird somit das aus dem deutschen Recht bekannte Kriterium der Gegnerunabhängigkeit.

In Auswertung der ILO-Normen ist der Einfluss auf die Schaffung oder Verwaltung von Gewerkschaften durch Arbeitgeber als Einmischung im o.g. Sinne zu werten.<sup>81</sup> Entsprechend sieht bereits die Gesetzgebung einiger Länder vor, zum Schutz von Arbeitnehmerorganisationen vor gegnerischer Beeinflussung, solchen Organisationen die Anerkennung als Gewerkschaften zu verweigern, die von Arbeitgeberseite gegründet, organisiert, unterstützt oder geleitet werden.<sup>82</sup> Anders als in Deutschland enthält die Rechtsordnung jedoch in einigen Ländern auch Regularien, die einen solchen Eingriff in Gewerkschaftsrechte strafrechtlich sanktionieren.

81 Rubin, Code of International Labour Law, Vol. I, 2005, S. 305 (5.04.2).

82 ILO, General Survey 1983, § 288; Rubin, Vol I, a.a.O., S. S. 305 (5.04.2).

Bereits der Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 Übereinkommen 98 stellt auf finanzielle oder andere Unterstützung von Gewerkschaften durch den Arbeitgeber zum Zweck des Erlangens von Kontrolle ab, ebenso sind Zahlungen an GewerkschafterInnen als Verstoß einzuordnen.<sup>83</sup>

Eine Beteiligung der Arbeitgeber an der Finanzierung von Gewerkschaften als Sozialpartner wird vom ILO-Ausschuss für Vereinigungsfreiheit als zulässig erachtet, solange der Arbeitgeber dadurch keine Kontrolle über die Gewerkschaft erlangt.<sup>84</sup> Die Finanzierung der Tätigkeit einer Arbeitnehmervertretung durch den Arbeitgeber kann daher unschädlich sein, wenn die Betroffenen bspw. wie Betriebsräte im deutschen System rechtlichen Schutz gegen eine Sanktionierung durch den Arbeitgeber bei kritischer Tätigkeit genießen. Dieses Recht muss jedoch im Land auch faktisch durchsetzbar sein<sup>85</sup> und die Zuwendungen haben sich auf die notwendigen Kosten zur Amtsausübung zu beschränken. So sind bspw. im deutschen System durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehende Kosten nach § 40 BetrVG vom Arbeitgeber zu tragen, die des Europäischen Betriebsrates hat nach § 30 EBRG die Zentrale Leitung zu übernehmen, ohne dass diese Arbeitnehmervertretungen notwendigerweise im Sinne der jeweiligen Arbeitgeber agieren. Allerdings ist in § 78 (und § 103) BetrVG auch ein Schutz der Betriebsratsmitglieder festgeschrieben, auf die in § 40 EBRG Bezug genommen wird.<sup>86</sup>

Als Einmischung des Arbeitgebers in eine Arbeitnehmerorganisation wertet der ILO-Ausschuss für Vereinigungsfreiheit folgende Konstellationen: Präsenz einer Parallelgewerkschaft, die unter Druck des Managements geschaffen wurde; Existenz zweier gewerkschaftlicher Exekutivausschüsse, einer offenkundig vom Arbeitgeber manipuliert; Entlassung von Gewerkschaftsfunktionären, sodass eine bestehende Gewerkschaft in Misskredit gerät und die darauf folgende Installation einer anderen Gewerkschaft<sup>87</sup> und das Anbieten von Bestechungsgeld, damit ein Gewerkschaftsmitglied sich aus der Gewerkschaft zurückzieht.<sup>88</sup> Diese Kriterien sind uns aus der deutschen Rechtsprechung geläufig.

83 Rubin, Code of Int. Labour Law, Vol. I, S. 306.

84 ILO, General Survey 1994, § 229.

85 Was ein funktionierendes Justizsystem voraussetzt.

86 Zimmer, a.a.O., S. 125.

87 ILO, General Survey 1994, § 231, zitierend die Berichte des Ausschusses f. Vereinigungsfreiheit Nr. 246, 262, 268 und 278, betreffende die Fälle Nr. 1330 (Guyana), 1445 (Peru) und 1571 (Rumänien).

88 ILO, Ausschuss für Vereinigungsfreiheit, 324-igster Bericht, Fall Nr. 2090, Rn 209; 330-igster Bericht, Fall Nr. 2090 u. Fall Nr. 2203, Rn 810; 337-igster Bericht, Fall Nr. 2388, Rn 1354.

Wie bereits in zahlreichen Fällen der vergangenen Jahre, betonte der ILO-Sachverständigenausschuss auch in seinem Bericht von 2010, dass Tarifverhandlungen nicht durch Tarifpartner geführt werden sollten, die abhängig vom Arbeitgeber oder von Arbeitgeberorganisationen sind.<sup>89</sup>

Tarifliche Unterbietung allein wird auch im Rechtssystem der ILO nicht sanktioniert. Notwendig für die Aberkennung des Gewerkschaftsstatus ist vielmehr, dass die genannten Kriterien der Gegnerunabhängigkeit nicht erfüllt sind. Festzuhalten bleibt, dass die ILO dabei auf strukturelle Merkmale der fraglichen Organisation abstellt.

Allerdings fordert der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit der Internationalen Arbeitsorganisation die Mitgliedsländer in Berichten immer wieder dazu auf, gesetzliche Regelungen zu schaffen, die eine Einmischung der Arbeitgeberseite in Gewerkschaften verhindern bzw. sanktionieren, so auch die Schlussfolgerungen des Ausschusses im Bericht von 2010 zu zahlreichen Beschwerdefällen. Als notwendig erachtet werden effektive und ausreichend abschreckende Sanktionen gegen jegliche Akte des Eingriffs in die Bildung und Arbeitsweise von Gewerkschaften.<sup>90</sup>

Übereinkommen 98 wurde 1956 von Deutschland ratifiziert,<sup>91</sup> sodass der Staat dazu verpflichtet ist, den in diesem Übereinkommen formulierten Schutz von Gewerkschaften gegen Eingriffe der anderen Seite zu gewährleisten. Ist ein solcher Schutz nicht gewährleistet, haben Arbeitnehmerorganisationen die Möglichkeit, nach Art. 24, 25 ILO-Verfassung Beschwerde beim Internationalen Arbeitsamt, der permanenten Behörde der ILO, einzulegen.

Die bei der ILO zu dieser Thematik im Laufe der Jahre eingegangenen Beschwerden stammen sämtlich von „anerkannten Gewerkschaften“, die sich gegen Marionettenorganisationen zur Wehr setzen wollten. Von Deutschland aus könnte eine solche Beschwerde sowohl vom DGB, als auch von den einzelnen Branchengewerkschaften eingelegt werden – und zwar vom Bundesvorstand oder von regionalen Gewerkschaftsverbänden, der Sachverhalt würde dann vom Sachverständigenausschuss der ILO (bzw. vom Ausschuss für Vereinigungsfreiheit) untersucht. Abschließend erstellt der Ausschuss einen Bericht, der auf der jährlichen Internationalen Arbeitskonferenz diskutiert wird und ggfs. die Feststellung enthält, dass ein Land gegen die mit der Ratifikation von Übereinkommen 98 übernommenen

89 ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 2010, S. 173.

90 ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 2010, S. 67.

91 Siehe Tabelle der Ratifikationen unter: [www.ilo.org/ilolex/german/docs/convdisp1.htm](http://www.ilo.org/ilolex/german/docs/convdisp1.htm) (10.02.11).

Pflichten verstoßen hat. Der Wirkmechanismus des ILO-Systems beruht folglich auf dem System von „Naming“ and „Shaming“.<sup>92</sup>

In Deutschland existieren keine gesetzlichen Regelungen, die den Eingriff in Gewerkschaftsrechte strafrechtlich sanktionieren. Auch die Definition, wann einer Arbeitnehmerorganisation der Status einer „Gewerkschaft“ zukommt oder wann der Organisation mangels Unabhängigkeit der Status als Tarifvertragspartei zu versagen ist, wurde nicht vom Gesetzgeber getroffen. Diese Rolle übernimmt mangels gesetzlicher Regelungen vielmehr die Rechtsprechung. Der Gesetzgeber hat lediglich mit § 97 ArbGG Gewerkschaften, deren Tarifzuständigkeit sich mit der einer zweifelhaften Gewerkschaft überschneidet, ein gerichtliches Antragsrecht eingeräumt, um die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit der Konkurrenzorganisation prüfen zu lassen. Im Sinne von Art. 3 ILO-Übereinkommen 98 erkennt der Sachverständigenausschuss es zwar an, wenn durch arbeitsgerichtliche Überprüfung arbeitgeberseitig beeinflussten Organisationen der Gewerkschaftsstatus aberkannt werden kann.<sup>93</sup> Das setzt jedoch voraus, dass die von den Arbeitsgerichten angelegten Kriterien nicht leer laufen.

Gewährt die deutsche Rechtsprechung Gewerkschaften ausreichend Schutz gegenüber arbeitgeberseitiger Einmischung im Sinne der ILO-Normen? Das neue BAG-Urteil zur (mangelnden) Tariffähigkeit der GKH stellt einen kleinen Schritt in Richtung eines besseren Schutzes dar, von einem effektiven Schutz vor dem Eingriff in Gewerkschaftsrechte durch Aufbau von Scheingewerkschaften sind wir aber noch weit entfernt, zumal der deutsche Gesetzgeber eher gegenteilige Akzente setzt, wenn er trotz eklatanten Missbrauchs der Tarifautonomie in der Leiharbeit den „equal-pay“-Grundsatz auch weiterhin tarifdispositiv ausgestaltet.

92 Zimmer, a.a.O., S. 81 ff.

93 ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 2010, S. 143.



## **4 Gewerkschaftliche Abwehrmöglichkeiten gegenüber „gelben“ Organisationen im Betrieb**

### **Zusammenfassung**

Der Rückgriff auf „gelbe“ Organisationen ist ein Mittel neben anderen, um das Niveau von Löhnen und Arbeitsbedingungen zu senken.

Am wirkungsvollsten ist der Einsatz solcher Organisationen, die aufgrund einer angreifbaren gerichtlichen Begründung wie eine echte Gewerkschaft behandelt werden müssen. In diesem Fall gelten die allgemeinen Grundsätze über die gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb auch für die arbeitgeberwärts orientierte Organisation. Der Arbeitgeber ist zur Neutralität verpflichtet. Stellt er Ressourcen wie z. B. Versammlungsräume zur Verfügung, muss er den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten.

Ist rechtskräftig festgestellt, dass eine Organisation vom Arbeitgeber abhängig ist, so werden die Beschäftigten getäuscht, wenn sich diese als gewerkschaftliche Interessenvertretung ausgibt. Jede für denselben Betrieb zuständige Gewerkschaft kann die Beendigung dieser unlauteren „Werbung“ im Klagewege erzwingen.

Ist zweifelhaft, ob eine Organisation von der Arbeitgeberseite abhängt, so muss dies nach § 97 Abs. 5 ArbGG in einem oft langwierigen gerichtlichen Verfahren geklärt werden. Eine Ausnahme gilt, wenn das Gericht über einen Antrag auf einstweilige Verfügung zu entscheiden hat. Auch ein Wahlvorstand kann die Liste einer Pseudogewerkschaft zurückweisen, ohne vorher dieses Verfahren einleiten zu müssen.

Organisationen, die von der Arbeitgeberseite abhängen, sich aber nicht als Gewerkschaft ausgeben, sondern lediglich Betriebsratssitze erreichen wollen, dürfen nicht den Anschein erwecken, Arbeitnehmerinteressen zu vertreten. Tun sie es gleichwohl, kann eine echte Gewerkschaft sie auf Unterlassung in Anspruch nehmen.

## 4.1 Der allgemeine Rahmen

Vom Arbeitgeber abhängige Organisationen haben in Deutschland wie auch in anderen Ländern eine lange Tradition. Vor dem Ersten Weltkrieg waren sie so bedeutsam, dass ihnen das sog. Stinnes-Legien-Abkommen vom 15. November 1918 eine besondere Vorschrift widmete und in Ziff. 3 bestimmte:<sup>94</sup>

„Die Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände werden die Werkvereine (die sogenannten wirtschafts-friedlichen Vereine) fortan vollkommen sich selbst überlassen und sie weder mittelbar noch unmittelbar unterstützen.“

Damit war ihnen die materielle Grundlage entzogen; in den ersten Jahren der Weimarer Republik spielten sie keine Rolle mehr.

Nach 1945 gab es zwar keine vergleichbare Grundsatzeinigung wie im Jahre 1918, doch stellte ihre Existenz keinen Störfaktor in den industriellen Beziehungen dar; sie waren eine *quantité négligeable*. Die Bundesrepublik ratifizierte im Jahre 1955 das ILO-Übereinkommen Nr. 98,<sup>95</sup> das in Art. 2 Abs. 1 ein „Einmischungsverbot“ der Arbeitgeberseite in Arbeitnehmerorganisationen (und umgekehrt) enthält und in Art. 2 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt:

„Als Einmischung im Sinne dieses Artikels gelten insbesondere Handlungen, die darauf gerichtet sind, von einem Arbeitgeber oder von einer Organisation von Arbeitgebern abhängige Organisationen von Arbeitnehmern ins Leben zu rufen oder Organisationen von Arbeitnehmern durch Geldmittel oder auf sonstige Weise zu unterstützen, um sie unter den Einfluss eines Arbeitgebers oder einer Organisation von Arbeitgebern zu bringen.“

In der juristischen Literatur wie in der Rechtsprechung fristete die Vorschrift ähnlich wie fast alle anderen ILO-Übereinkommen ein Schattendasein;<sup>96</sup> ersichtlich bestand kein ausreichender Anlass, über die innerstaatliche Wirkung dieser Vorschrift im Einzelnen nachzudenken.<sup>97</sup> Diese Situation änderte sich mit der weltweiten Öffnung der Märkte und der sie begleitenden Ausbreitung neoliberaler Ideen: Die Arbeitgeberseite suchte nach Mitteln, die Lohnkosten in Deutschland

94 Im Wortlaut wiedergegeben bei Kittner, *Arbeitskampf. Geschichte – Recht – Gegenwart*, München 2005, S. 400.

95 Vom 1. 7. 1949, BGBl 1955 II S. 1122, abgedruckt auch bei Däubler/Kittner/Lörcher, *Internationale Arbeits- und Sozialordnung*, 2. Aufl., Köln 1994, Nr. 211.

96 Däubler, *Die Implementation von ILO-Übereinkommen. Erfahrungen und Überlegungen in Deutschland*, in: Senghaas-Knobloch (Hrsg.), *Weltweit geltende Arbeitsstandards trotz Globalisierung*, Münster 2005, S. 105 ff.

97 Siehe nunmehr aber Zimmer, *Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen*, Baden-Baden 2008.

und anderen Industrieländern zu senken, um gegenüber der neu erwachsenden Konkurrenz bestehen zu können. Dabei standen (und stehen) andere Mittel als die Schaffung willfähiger Organisationen im Vordergrund. Die wichtigsten seien in Erinnerung gerufen:

- Das Arbeitgeberunternehmen entzieht sich der Tarifbindung, indem es aus dem Arbeitgeberverband austritt oder in eine OT-Mitgliedschaft überwechselt. Dadurch entfällt im Regelfall eine „Anbindung“ an die weitere Tarifentwicklung. Wer neu eingestellt wird, sieht sich mit erheblich unter den bisherigen Tarifen liegenden Lohn- und Arbeitsbedingungen konfrontiert, während die bisher Beschäftigten meist ihren (statischen) Besitzstand behalten.
- Der Betrieb oder ein Betriebsteil wechselt in eine andere Branche, deren Tarifniveau sehr viel niedriger ist. Der Reinigungsdienst wird zu einer selbstständigen GmbH gemacht, die dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarif für das Gebäudereinigungshandwerk unterfällt, die Kantine wechselt in den Bereich Gastronomie, dessen Vergütungsniveau weit unter dem des bisherigen Metall- oder Chemietarifs liegt.
- Neu Eingestellte erhalten deutlich schlechtere Bedingungen als die schon bisher Beschäftigten. Dies lässt sich in der Weise bewerkstelligen, dass sie als Nicht-Organisierte sowieso nicht verlangen könnten, das Tarifniveau zu erhalten. Häufiger findet man jedoch die Konstruktion einer konzerneigenen Verleihfirma, die zum „Rekrutierungsbüro“ wird und die in die Arbeitsverträge der „Neuen“ einen Verweis auf die Leiharbeitstarife schreibt, die im Regelfall 30 bis 40 Prozent unter dem Niveau des Einsatzbetriebs liegen.<sup>98</sup>
- Man greift auf die sogenannten prekär Beschäftigten zurück. Dazu gehören neben den Leiharbeitnehmern die 400-Euro-Beschäftigten sowie Aushilfen, die mit einem befristeten Vertrag versehen sind. In manchen Fällen bietet sich auch ein Ausweichen auf freie Mitarbeiter an, die von der Sozialversicherung nicht erfasst sind, keinen Anspruch auf Urlaub und auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall haben und sich nicht auf den Kündigungsschutz des KSchG berufen können; faktisch entstehen so kaum „Lohnnebenkosten“.
- Dem Unternehmer gelingt es, den Betriebsrat auf seine Seite zu ziehen. Ohne eine vorübergehende Absenkung des Tarifniveaus würden die Arbeitsplätze in akute Gefahr geraten; in Zukunft würde man vorwiegend in Osteuropa, in

98 Die dagegen sprechenden rechtlichen Bedenken (dazu LAG Schleswig-Holstein 18. 6. 2008 – 3 TaBV 8/08; Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rn 2021 ff.) haben bisher in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung keinen Niederschlag gefunden.



China oder in Indien produzieren. Um eine Katastrophe zu vermeiden, gibt der Betriebsrat nach.

- Man entfaltet politischen Druck auf die Gewerkschaften, die durch „überhöhte“ Lohnforderungen den Standort gefährden würden. Dies verfehlt seine Wirkung nicht, da es keine wirksame gewerkschaftliche Gegenöffentlichkeit gibt. Die Parolen der Bild-Zeitung verfangen auch bei vielen Gewerkschaftsmitgliedern.

## 4.2 „Gelbe“ Organisationen im Betrieb

Dieses umfassende Instrumentarium wird ergänzt durch den Rückgriff auf das alte Mittel der vom Arbeitgeber abhängigen Organisationen. Aktuell ist dieses Mittel von geringerer Bedeutung als die anderen Wege, auf denen die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen betrieben wird. Dennoch kann es erhebliche Bedeutung gewinnen, um selbst in dem „Kernbereich“, wo noch heute der mehr oder weniger auf Augenhöhe ausgehandelte Flächentarif dominiert, eine Entwicklung nach unten einzuleiten. Von daher lohnt sich eine nähere Betrachtung.

Empirisch findet man heute drei Arten von Organisationen, die letztlich alle dasselbe bewirken.

- Zum einen gibt es Organisationen, die trotz ihrer Arbeitgeberorientierung von den Gerichten als „Gewerkschaften“ im Rechtssinne und deshalb als tariffähig behandelt werden. Dies beruht darauf, dass bei der Überprüfung ihrer Tariffähigkeit nicht alle Fakten auf den Tisch kamen und/oder dass das Gericht Kriterien anwandte, die sich nachträglich als nicht wirklich zutreffend erweisen.<sup>99</sup>
- Zum zweiten gibt es Organisationen, die den Anspruch erheben, eine Gewerkschaft zu sein, die in Wirklichkeit aber keine Arbeitnehmerinteressen vertreten. In diese Gruppe gehört etwa die sogenannte Gewerkschaft Neue Brief- und Zustelldienste (GNBZ).<sup>100</sup> Dabei wird man zwischen dem Rechtszustand vor einer gerichtlichen Negativentscheidung und nach einer solchen unterscheiden müssen.
- Schließlich gibt es vom Arbeitgeber abhängige Organisationen, die gar nicht den Anspruch erheben, eine Gewerkschaft zu sein, die vielmehr ihre Politik

99 Siehe dazu Beitrag von Zimmer in diesem Band.

100 LAG Köln AuR 2009, 316 = LAGE § 2 TVG Nr. 7; die dagegen eingelegte Rechtsbeschwerde wurde zurückgenommen.

auf die betriebliche Interessenvertretung konzentrieren. Wichtigstes Beispiel hierfür ist die AUB (= Arbeitsgemeinschaft unabhängiger Betriebsangehöriger), die sich im Prinzip darauf beschränkte, bei Siemens und zeitweise auch bei anderen Firmen möglichst viele Sitze bei Betriebsratswahlen zu erlangen und die so erreichte Position dann im Sinne der Arbeitgeberseite zu nutzen.

Bei allen drei Organisationstypen stellt sich die Frage, ob ihre betrieblichen Aktivitäten als Eingriff in die Rechte der „wirklichen Gewerkschaften“ zu werten sind. Können diese unter Berufung auf Art. 9 Abs. 3 GG z.B. gegen Werbeschriften der „Scheingewerkschaften“ vorgehen? Können sie Gegenmaßnahmen ergreifen, wenn eine solche Organisation eine Liste zur Betriebsratswahl einreicht oder dies ihre Anhänger im Betrieb tun? Fälle dieser Art sind keineswegs nur eine seltene Ausnahme, wenngleich nicht alle Pseudogewerkschaften im Betrieb aktiv sind. So fehlte etwa der nunmehr vom BAG für tarifunfähig erklärten CGZP<sup>101</sup> im Bereich der Leiharbeit jede betriebliche Verankerung, und auch bei einigen anderen Pseudogewerkschaften liegt der Hauptzweck nicht im betrieblichen „Flagge Zeigen“ sondern darin, Tarifverträge zu schließen, mit deren Hilfe von zwingenden Gesetzesvorschriften wie dem Equal-pay-Grundsatz und der 48-Stunden-Woche zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen werden kann.<sup>102</sup> Andererseits wird man insbesondere in der ersten und der dritten Gruppe durchaus Fälle finden, in denen es zu einem betrieblichen Gegeneinander zwischen diesen Organisationen und den „echten Gewerkschaften“ kommt.

Nicht hierher gehören Organisationen, die ihrem Auftreten und ihrer praktischen Politik nach keineswegs der Arbeitgeberseite entgegenkommen wollen, die jedoch (noch) nicht stark genug sind, um als Gewerkschaft behandelt zu werden. Ihnen stehen gleichwohl im Grundsatz die aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleiteten Rechte auf Werbung und Information auch im Betrieb zu,<sup>103</sup> doch können sie keine Tarifverträge schließen und keine Rechte nach dem BetrVG geltend machen. Nach der bisherigen Rechtsprechung ist ihnen auch der Rückgriff auf Maßnahmen des Arbeitskampfes verwehrt.<sup>104</sup>

101 BAG 14. 12. 2010 1 ABR 19/10 (Presseerklärung).

102 Dieterich, Koalitionswettbewerb – Nutzung von Freiheit oder Störung der Ordnung? GS Zachert, Baden-Baden 2010, S. 532 ff.

103 BAG NZA 2007, 518, 522.

104 Siehe zuletzt LAG Berlin-Brandenburg Urteil v. 16. 2. 2010 – 19 SaGa 2480/09 – juris und demnächst AiB 2011 mit Anm. Däubler.

## 4.3 Abwehr von Aktivitäten einer als Gewerkschaft anerkannten Organisation

### 4.3.1 Autonome Gewerkschaftsarbeit

Jede Gewerkschaft hat das Recht, im Betrieb über ihre Ziele und Aktivitäten zu informieren und auf diese Weise den Zusammenhalt zwischen ihren Mitgliedern zu stärken und neue Mitglieder zu gewinnen. Sie kann sich dafür bestimmter Mittel bedienen; in der Vergangenheit war dies insbesondere die Verteilung von Flugblättern und Gewerkschaftszeitungen; heute ist das Übersenden von E-Mails ähnlich wichtig. Zulässig ist auch das Anbringen von Plakaten. In größeren Betrieben können gewerkschaftliche Vertrauensleute gewählt werden; auch kann sich generell der Einzelne durch Tragen eines Aufklebers oder eines Stickers zu seiner Organisation bekennen.<sup>105</sup>

Diese Rechte stehen jeder Gewerkschaft zu, sofern der Betrieb ihrer Satzung nach zu ihrem Zuständigkeitsbereich zählt. Ob sie Mitglieder im Betrieb hat, spielt keine Rolle. Wer dort noch nicht verankert ist, muss die Chance erhalten, sich mit seinem Programm vorzustellen und so ggf. etwas an diesem Zustand zu ändern. War die Tariffähigkeit einer Organisation ursprünglich zweifelhaft, ist sie dann aber durch die Arbeitsgerichtsbarkeit rechtskräftig bestätigt worden, so kann ihr niemand diese Rechte mit dem Argument bestreiten, sie sei in Wahrheit doch eine „fünfte Kolonne“ der Arbeitgeberseite.

Gibt es zwei (oder mehr) gewerkschaftliche Organisationen im Betrieb, so kann es leicht zu Auseinandersetzungen kommen. Darf die Gewerkschaft A die Gewerkschaft B als „Marionette des Arbeitgebers“ bezeichnen, darf die Gewerkschaft B über A sagen oder schreiben, sie bestehe vorwiegend aus kommunistischen Betonköpfen, an denen Erich Honecker noch heute seine Freude hätte? Das BAG hat es abgelehnt, das UWG auf das Verhältnis konkurrierender Gewerkschaften anzuwenden.<sup>106</sup> Die Mitgliederwerbung sei kein „Verhalten im geschäftlichen Verkehr“, da es primär um die Verwirklichung der sozialen und gesellschaftlichen Aufgaben der Gewerkschaften gehe. Weiter liege auch keine „Wettbewerbshandlung“ vor, weil die Werbung nicht den Absatz oder den Bezug

<sup>105</sup> Weitere Einzelheiten bei Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 11. Aufl., Baden-Baden 2010. Dort auch zum koalitionsrechtlichen Zugangsrecht (Rn 407 ff.), zuletzt konkretisiert durch BAG DB 2010, 2674.

<sup>106</sup> BAG NZA 2005, 1182 ff.

von Waren oder Dienstleistungen betreffe. Dem wird man zustimmen können,<sup>107</sup> was freilich nicht ausschließt, dass man im Einzelfall auf Wertungen des UWG und der dazu ergangenen Rechtsprechung zurückgreift.

Das Recht auf koalitionsmäßige Betätigung wirkt nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG auch gegenüber Dritten und damit auch gegenüber Konkurrenzorganisationen.<sup>108</sup> Da sich diese aber auf dieselbe Rechtsposition berufen können, ist damit noch nichts zu den Maßstäben gesagt, die dann gelten, wenn sich die beiden Rechte hart im Raume stoßen. Das BAG wendet zum Schutz des jeweiligen gewerkschaftlichen Betätigungsrechts § 1004 BGB entsprechend an und verbietet die Anwendung „unlauterer Mittel“ sowie Handlungen, die auf die Vernichtung der konkurrierenden Organisation zielen.<sup>109</sup> Dies ist eine (zumindest vertretbare) Form des Ausgleichs zwischen kollidierenden Grundrechtspositionen. Die früher entwickelte weitere Grenze, wonach die Arbeitsabläufe nicht in Mitleidenschaft gezogen werden dürfen, wurde nicht mehr ausdrücklich erwähnt. „Unlauter“ ist es insbesondere, wenn man einen Vergleich mit den Tarifverträgen der Konkurrenzorganisation macht und dabei bewusst die Teile weglässt, wo „die anderen“ besser sind.<sup>110</sup> Unzulässig ist es auch, einen Tarifvertrag als eigenen Erfolg hervorzuheben, den in Wahrheit die Konkurrenzorganisation abgeschlossen und den man nur im Wege des Anschlussstarifs übernommen hat.<sup>111</sup> Unerlaubt ist eine beleidigende Werbung. Dies gilt für die „kommunistischen Betonköpfe“, im Normalfall auch für die „Marionetten des Arbeitgebers“. Werbung mit niedrigen Mitgliedsbeiträgen ist dagegen erlaubt.

Weitere Probleme können sich dadurch ergeben, dass der Arbeitgeber Sympathien für eine der konkurrierenden Organisationen hat und diese auch zum Ausdruck bringt. Dies würde bedeuten, dass er auf die Willensbildung bei seinem „Gegenüber“ Einfluss nimmt, zumal ihm oft zumindest inoffiziell bekannt ist, wer Mitglied in welcher Gewerkschaft ist. In der Literatur wird ihm deshalb von vorne herein das Recht abgesprochen, Arbeitnehmer zum Austritt aus ihrer Gewerkschaft aufzufordern.<sup>112</sup> Dem entspricht es, wenn man bei Betriebsratswahlen vom Arbeitgeber strikte Neutralität fordert,<sup>113</sup> und es beispielsweise als

107 Ähnlich Wendeling-Schröder, FS Richardi, München 2006, S. 804 ff.

108 BAG NZA 2005, 1182, 1185; Botterweck, Gewerkschaftspluralismus im Betrieb, Frankfurt/Main 2007, S. 98.

109 BAG NZA 2005, 1182, 1184; zustimmend LAG Köln DB 2008, 1979.

110 So im Fall BGH NJW 1965, 29.

111 So im Fall BAG NJW 1969, 861.

112 Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Band I, München 1997, § 5 II 4 b (S. 202).

113 LAG Baden-Württemberg DB 1972, 1392; LAG Hamburg AiB 1998, 701.

Wahlanfechtungsgrund wertet, wenn leitende Angestellte für einen bestimmten Wahlvorschlag Stützunterschriften gesammelt haben.<sup>114</sup> Erst recht ist es dem Arbeitgeber untersagt, die Herstellung der Wahlzeitung einer bestimmten Liste zu finanzieren.<sup>115</sup>

Bei der Plakatierung, bei der Überlassung von Räumen durch den Arbeitgeber und bei der Benutzung des Intranets hat jede Gewerkschaft die ihr auf der Grundlage des Art. 9 Abs. 3 GG zustehenden Rechte. Bei der Bestimmung ihres Umfangs kann der Arbeitgeber allerdings großzügiger oder weniger großzügig verfahren: Er kann fünf Plakatflächen zur Verfügung stellen, aber auch nur drei, er kann Räume wunschgemäß vergeben oder jedes Mal eine sehr detaillierte Begründung verlangen, er kann den Intranetauftritt dadurch beeinflussen, dass er eine bestimmte Gewerkschaft vorrangig mit Informationen versorgt, die sie dann unter die Leute bringt. Im Rahmen solcher „freiwilliger“ Leistungen ist der Arbeitgeber jedoch an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden; was er der einen Gewerkschaft gewährt, muss er deshalb auch der anderen einräumen.<sup>116</sup> Andernfalls würde er eine Gewerkschaft entgegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG benachteiligen. Eventuell könnte man jedoch den Gedanken hierher übertragen, dass ja bei politischen Wahlen trotz des Prinzips der Chancengleichheit aller Parteien die Sendezeiten im Rundfunk von der größeren oder kleineren Bedeutung einer Partei abhängen, und Vergleichbares auch im Betrieb in Betracht kommen könnte. Allerdings wäre zu beachten, dass die Gleichbehandlung aller kandidierenden Parteien im politischen Raum zu ernsthaften Störungen führen würde, was bei mehreren Gewerkschaften im Betrieb im Regelfall nicht anzunehmen ist.<sup>117</sup>

### **4.3.2 Betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse**

Die meisten Rechte aus dem BetrVG können von mehreren Gewerkschaften nebeneinander ausgeübt werden, ohne dass sich dadurch besondere Schwierigkeiten ergeben würden. Voraussetzung ist lediglich, dass jede der Gewerkschaften im

114 LAG Hessen DB 2001, 2559.

115 BAG AP Nr. 13 zu § 19 BetrVG 1972.

116 Ebenso Botterweck, a. a. O., S. 160, 171; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, § 7 I 5 a (3), S. 282.

117 Skeptisch gegenüber einer solchen Übertragung auch Klein, Die Stellung der Minderheitsgewerkschaften in der Betriebsverfassung, Berlin 2007, S. 300.

Betrieb vertreten ist, also unter den Belegschaftsangehörigen mindestens ein Mitglied besitzt.<sup>118</sup>

Jede Gewerkschaft kann eine Betriebsratswahl initiieren. Soweit verschiedene Listen existieren, ist der Arbeitgeber zur Neutralität verpflichtet.<sup>119</sup> Was Teilnahme- und Beratungsrechte gegenüber dem Betriebsrat angeht, so stehen sie gleichfalls allen im Betrieb vertretenen Gewerkschaften nebeneinander zu. Dies zeigt sich in der Praxis insbesondere an der Präsenz mehrerer Organisationen in der Betriebsversammlung. Die Teilnahme an Betriebsratssitzungen kommt demgegenüber nur für solche Gewerkschaften in Betracht, welche die in § 31 BetrVG genannten Voraussetzungen erfüllen: Sie müssen im Betriebsrat selbst durch mindestens eine Person vertreten sein und außerdem muss sich ein Viertel der Betriebsratsmitglieder für ihre Zuziehung aussprechen. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, würde die gleichwohl stattfindende Teilnahme eines Gewerkschaftsvertreters alle Betriebsratsbeschlüsse anfechtbar machen, da sich seine Präsenz auf ihren Inhalt ausgewirkt haben kann.

Auch Kontrollrechte stehen allen im Betrieb vertretenen Gewerkschaften gleichermaßen zu. So haben sie etwa das Recht zur Wahlanfechtung sowie die Befugnis, einen Antrag auf Amtsenthebung gegen ein einzelnes Betriebsratsmitglied und den Betriebsrat als Gremium nach § 23 Abs. 1 BetrVG zu stellen. Anträge auf Sanktionen gegen den Arbeitgeber nach § 23 Abs. 3 BetrVG oder nach §§ 119, 121 BetrVG sind ihnen gleichermaßen möglich. Zur Vorbereitung haben sie ein Zutrittsrecht zum Betrieb nach § 2 Abs.2 BetrVG; auch insoweit wird in keiner Weise zwischen Mehrheits- und Minderheitsgewerkschaft unterschieden.

Kommt es im Rahmen der betriebsverfassungsrechtlichen Institutionen zu Auseinandersetzungen zwischen konkurrierenden Gewerkschaften, so gelten die oben unter 1 dargelegten Grundsätze.

### **4.3.3 Zwischenergebnis**

Solange eine Organisation das rechtskräftige gerichtliche „Gütesiegel“ hat, eine Gewerkschaft zu sein, können ihr die mit dieser Eigenschaft verbundenen Betätigungsrechte nicht mit dem Argument bestritten werden, sie sei in Wahrheit von der Arbeitgeberseite abhängig. Das schließt nicht aus, dass im Einzelfall gegen „unlautere Konkurrenz“ vorgegangen wird, weil sie die allgemeinen Grenzen für

118 BAG DB 1993, 95 = AP Nr. 5 zu § 2 BetrVG 1972.

119 Siehe 4.3.1 für die autonome Gewerkschaftsarbeit.

den Wettstreit unter Koalitionen verletzt oder sich der Arbeitgeber (z. B. bei der Vorbereitung einer Betriebsratswahl) nicht neutral verhalten hat.

#### **4.4 Abwehr von Aktivitäten einer Pseudogewerkschaft**

Die Situation ist eine grundsätzlich andere, wenn eine Organisation von der Arbeitgeberseite finanziell oder in sonstiger Weise abhängig ist und dies von der Arbeitgerichtsbarkeit rechtskräftig festgestellt wurde. Auch in diesem Fall kann man zwischen der autonomen, auf Art. 9 Abs. 3 GG gestützten Betätigung und den betriebsverfassungsrechtlichen Befugnissen unterscheiden. Anschließend ist der Frage nachzugehen, wie in dem Zeitraum zu verfahren ist, in dem das gerichtliche Verfahren zur Überprüfung der Tariffähigkeit stattfindet.

##### **4.4.1 Autonome Gewerkschaftsarbeit**

Eine vom Arbeitgeber abhängige Organisation ist keine Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG.<sup>120</sup> Sie kann sich daher bei ihren betrieblichen Aktivitäten nicht auf dieses Grundrecht berufen. Spielt sie sich gleichwohl als Gewerkschaft auf, täuscht sie die Belegschaft und die gesamte betriebliche Öffentlichkeit über ihren wirklichen Charakter. Dies stellt ein „unlauteres“ Verhalten im oben<sup>121</sup> beschriebenen Sinne dar, gegen das sich die echte Gewerkschaft gerichtlich zur Wehr setzen kann. Sie ist durch ein solches Verhalten in ihrem aus Art. 9 Abs. 3 GG folgenden Betätigungsrecht verletzt und kann deshalb Unterlassung verlangen. Rechtsgrundlage ist wie bei anderen Fällen unlauterer Werbung der entsprechend anwendbare § 1004 BGB. Auch ein Schadensersatzanspruch kommt im Prinzip in Betracht, scheidet jedoch in der Praxis meist an der Nichterweislichkeit einer materiellen Vermögenseinbuße: Dass Mitgliedsbeiträge nachweislich entgehen, weil die unlauter handelnde Konkurrenz ihre Pamphlete verteilt hat, lässt sich nur in höchst seltenen Glücksfällen beweisen.

Soweit sich die vom Arbeitgeber abhängige Organisation nicht als Gewerkschaft aufspielt, kann sie sich auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG berufen. Es ist ihr unbenommen, zu betrieblichen wie zu außerbetrieblichen Themen Stellung zu nehmen, doch muss sie dies in einer Weise tun, dass selbst der Anschein einer gewerkschaftlichen Betätigung vermieden wird. Es

<sup>120</sup> Siehe dazu Beitrag von Zimmer in diesem Band.

<sup>121</sup> 4.3.1.

ist ihr deshalb nicht möglich, Stellungnahmen abzugeben, die explizit oder ihrem objektiven Gehalt nach auf eine „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ hinauslaufen, beispielsweise aus Arbeitnehmersicht Kritik an betrieblichen Verhältnissen üben. Möglich wäre es dagegen, Erklärungen im Sinne einer aufgeklärten Unternehmensführung abzugeben, sich beispielsweise für „Diversity Management“ auszusprechen. Bisher haben sich insoweit allerdings keine praktischen Konflikte ergeben, da für tarifunfähig erklärte Organisationen in der Regel von der Bildfläche verschwinden. Dies mag damit zusammenhängen, dass die finanzielle Unterstützung wegen „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ ausbleibt. Auch kann es für die unmittelbar beteiligten Personen aussichtsreicher erscheinen, eine neue Organisation zu gründen und dieser den Anstrich einer Gewerkschaft zu geben.

#### **4.4.2 Betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse**

Gewerkschaftsrechte nach dem BetrVG stehen Gewerkschaften zu, die im Betrieb vertreten sind. Wer nicht tariffähig ist, kann weder einen Wahlvorschlag einreichen noch einen Beauftragten in die Betriebsversammlung entsenden. Organisationen, die wegen ihrer Abhängigkeit von der Arbeitgeberseite nicht unter den Gewerkschaftsbegriff fallen, haben keinerlei Rechte nach dem BetrVG. Diese werden sogar jenen Organisationen verweigert, die durchaus von der Arbeitgeberseite unabhängig sind, aber (noch) nicht über die nötige Mächtigkeit verfügen, um als Verhandlungspartner ernst genommen zu werden.<sup>122</sup> Würde gleichwohl eine Vorschlagsliste der fraglichen Organisation vom Wahlvorstand zugelassen, wären die Betriebsratswahlen anfechtbar.

Die fehlenden Befugnisse der Organisation schließen es nicht aus, dass einzelne ihrer Mitglieder zum Betriebsrat kandidieren und ggf. auch eine Liste bilden, die sich im Einzelfall vielleicht sogar nach der nicht tariffähigen Organisation benennt. Sofern nicht der Eindruck entsteht, es handle sich um eine gewerkschaftliche Liste, ist dagegen rechtlich nichts einzuwenden. Es ist Sache des demokratischen Prozesses, zwischen wirklichen und scheinbaren Interessenvertretern zu unterscheiden.

122 BAG NZA 2007, 518, 522.



#### 4.4.3 Der Schwebezustand während eines gerichtlichen Verfahrens

Was geschieht, wenn eine Gewerkschaft oder eine oberste Arbeitsbehörde nach § 97 Abs. 1 ArbGG ein Beschlussverfahren eingeleitet hat mit dem Ziel, die Tarifunfähigkeit der fraglichen Organisation feststellen zu lassen? Wie ist zu verfahren, wenn ein Wahlvorstand oder ein über die Wahlanfechtung entscheidendes Gericht Zweifel hat, ob es sich bei der einen Wahlvorschlag einreichenden Organisation wirklich um eine Gewerkschaft handelt? Wie muss das Gericht entscheiden, wenn die klagende (echte) Gewerkschaft die Verbreitung von Flugblättern im Betrieb verhindern will, weil sie von einer „gelben“ Organisation verfasst sind?

Grundsätzlich ist es einem einzelnen Gericht untersagt, über die Tariffähigkeit einer Organisation als Vorfrage zu entscheiden. Vielmehr muss es nach § 97 Abs. 5 ArbGG das Verfahren aussetzen und den Beteiligten so die Möglichkeit geben, die Tariffähigkeit in einem Beschlussverfahren bei dem für die Organisation örtlich zuständigen Gericht überprüfen zu lassen. Dies kann zu einer erheblichen Verzögerung führen, zumal die Feststellung der Gewerkschaftseigenschaft meist mit sehr umfangreichen Tatsachenermittlungen und schwierigen Rechtsfragen verbunden ist. Die Aussetzung des Verfahrens kommt daher nicht in Betracht, wenn es um den Erlass einer einstweiligen Verfügung geht,<sup>123</sup> wenn beispielsweise ein Streik deshalb untersagt werden soll, weil er von einer (angeblich) nicht tariffähigen Organisation geplant werde.<sup>124</sup> Das Verfahren würde sonst sein Ziel einer zeitnahen vorläufigen Klärung verfehlen. Nahe liegend wäre es, bei den Entscheidungen des Wahlvorstands und im gerichtlichen Wahlanfechtungsverfahren genauso vorzugehen: Der Wahlvorstand muss innerhalb der ihm gesetzten Fristen entscheiden, das Arbeitsgericht darf nicht in eine Situation geraten, dass eine rechtskräftige Entscheidung erst vorliegt, wenn die Wahlperiode des Betriebsrats längst abgelaufen ist. In diese Richtung gehende gerichtliche Entscheidungen sind bisher allerdings nicht ersichtlich.

123 Bepfer, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 4. Aufl., Köln 2010, § 97 ArbGG Rn 18.

124 Siehe die Entscheidungen HessLAG AP Nr. 168 und LAG Rheinland-Pfalz AP Nr. 169 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anm. Däubler.

## 4.5 Abwehr von Aktivitäten sonstiger „gelber“ Gruppen

Am Beispiel der AUB wurde deutlich, dass es von der Arbeitgeberseite finanzierte Organisationen geben kann, die sich ausschließlich im Bereich der Betriebsverfassung betätigen, ohne sich ihrer Satzung und ihrem praktischen Verhalten nach als Gewerkschaft zu verstehen. Sie können sich von vorne herein nicht auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen, weil ihnen die Unabhängigkeit vom Arbeitgeber, aber auch das Ziel jeder Koalition fehlt, durch Druck auf die Gegenseite zu einer Wahrung oder Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen beizutragen. Auch könnte ihre „Arbeitgeberabhängigkeit“ in einem gerichtlichen Verfahren durchaus als Vorfrage geprüft und bejaht werden, da sich die Aussetzungspflicht des § 97 Abs. 5 ArbGG ausschließlich auf die Feststellung der Tariffähigkeit und der Tarifzuständigkeit bezieht. Insoweit sind die Probleme von geringerer Komplexität.

Auch wenn die fragliche Organisation sich nur als „einfache Interessenvertretung“ und nicht als Gewerkschaft präsentiert, kann es zu Eingriffen in das Betätigungsrecht der echten Gewerkschaft kommen. Wird etwa – was durchaus nahe liegt – deren Verhalten kritisiert, so geschieht dies unter Bedingungen, die die Belegschaften täuschen: Es wird ein „Arbeitnehmerstandpunkt“, eine „Arbeitnehmersicht“ behauptet, die in Wirklichkeit nicht nur nicht besteht, sondern die in Wahrheit eine Arbeitgeberposition ist. Ein solcher „Angriff“ ist unlauter und verletzt das gewerkschaftliche Betätigungsrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG. Eine Berufung auf die Meinungsfreiheit scheidet in einem solchen Fall aus, da sie keine Täuschungshandlungen zu Lasten anderer Grundrechtsträger deckt. Lediglich Stellungnahmen, die sich nicht auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen beziehen, sind insoweit unproblematisch.

Im Rahmen der Betriebsverfassung scheidet ein „gewerkschaftlicher“ Wahlvorschlag von vorne herein aus. Möglich (und in der Praxis gelehrt) sind jedoch Wahlvorschläge von Beschäftigten, die im Betrieb auch die nötigen Stützunterschriften finden. Die Zulassung einer solchen Liste ist dann abzulehnen, wenn sie von Arbeitgeberseite „gesponsert“ ist, was sich aus finanziellen Zuwendungen, aber auch daraus ergeben kann, dass leitende Angestellte Stützunterschriften sammeln<sup>125</sup> oder dass von Arbeitgeberseite moralische Unterstützung gewährt wird. Die bloße Tatsache, dass die Kandidaten zu einer Organisation gehören, die ihrerseits in der Vergangenheit Zuwendungen erhielt, ist nicht ausreichend, um die fraglichen Personen von der Wahl auszuschließen. Ist belegbar, dass auch in der

125 S. oben Fn 113.

Gegenwart noch Geldmittel der Arbeitgeberseite an die Organisation fließen, so stellt das ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass diese „Segnung“ auch der fraglichen Liste zugute kommt. Eine allzu großzügige Beurteilung würde die Unabhängigkeit des Betriebsrats von der Arbeitgeberseite gefährden, die als ein Grundprinzip des geltenden Betriebsverfassungsrechts keine Durchbrechungen zulässt.

## **5 Scheingewerkschaften in der Leiharbeit - Der CGZP Beschluss des BAG vom 14.12.2010 und seine Konsequenzen**

### **Zusammenfassung**

In dem Beitrag wird ausgeführt, dass die Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 in ihrer Konsequenz dazu führt, dass Leiharbeitnehmer gegen den Verleiher einen Anspruch auf Nachzahlung des Differenzlohns zum „Equal-Pay-Lohn“ haben. Diese Ansprüche bestehen sowohl bei der tatsächlichen Anwendung der vor 2010 von der CGZP alleine abgeschlossenen Tarifverträge wie auch im Falle der derzeit laufenden von der CGZP und mehreren christlichen Einzelgewerkschaften unterzeichneten Tarifverträge. Darüber hinaus haftet der Entleiher in beiden Fällen dem Sozialversicherungsträger auf die fehlenden Sozialversicherungsabgaben gem. § 28 e Abs. 2 Satz 1 SGB IV.

### **5.1 Einleitung**

Sind dies direkte oder indirekte Möglichkeiten des Arbeitgebers sich Gewerkschaften zur Vereinbarung von Dumpinglöhnen zu schaffen, ist die Instrumentalisierung von Scheingewerkschaften in der Leiharbeitsbranche aus Arbeitgeber-sicht noch weitaus attraktiver. Durch einen Leiharbeitstarifvertrag kann von dem ansonsten zwingend zu zahlenden (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG) gesetzlichen „Equal-Pay-Lohn“ abgewichen werden. „Equal-Pay-Lohn“ bedeutet, dass der Verleiher als Arbeitgeber den Leiharbeitnehmern den Lohn während der Überlassungszeit zu zahlen hat, den ein vergleichbarer Stammarbeitnehmer beim Entleiher erhält. Das bedeutet praktisch, der z.B. bei einem Autobauer für einen Facharbeiter eingesetzte Leiharbeitnehmer erhält den Lohn der beim Autobauer beschäftigten Facharbeiterkollegen. Ist dagegen ein Lohn in einem Leiharbeitstarifvertrag geregelt, gilt dieser auch wenn er unter dem Lohn der Stammarbeitnehmer liegt (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG). Das heißt, der Leiharbeitnehmer bekommt z.B. ein Drittel weniger

als der Kollege im Stammbetrieb, der dieselbe Arbeit hat und unter Umständen sogar neben ihm arbeitet.

Ein weiterer Umstand kommt noch dazu: Damit der absenkende Leiharbeits-tariflohn greift, müssen weder der Leiharbeitnehmer noch der Verleiher als Arbeitgeber in den tarifschließenden Vereinigungen organisiert sein (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG). Es reicht es aus, wenn der Arbeitsvertrag individualrechtlich auf den Leiharbeitsvertrag Bezug nimmt. Das heißt, der Leiharbeitnehmer fällt auch dann unter die verschlechternden Arbeitsbedingungen des Leiharbeitsvertrags, wenn sich in dem Leiharbeitsvertrag der (in der Regel vorformulierte) Hinweis auf dieses Regelwerk findet. Verwundert es angesichts dieser Möglichkeiten tatsächlich, dass sich nun das BAG mit Scheingewerkschaften in der Leiharbeitsbranche zu beschäftigen hatte?

Ist die Missbrauchsgefahr aufgrund der Wirkungsweise von Leiharbeits-tarifen damit hoch, sind auch die Haftungsrisiken bei illegalen Leiharbeits-tarifen viel größer als sonst: Es werden mehr Arbeitnehmer erfasst und das Gesetz sieht Nachhaftungsansprüche verschiedener Art sowohl für den Verleiher wie für den Entleiher vor. Der Verleiher haftet auf die Lohndifferenz zum „Equal-Pay-Anspruch“ (§ 10 Abs. 4 AÜG). Der Entleiher haftet als Bürge auf die nicht gezahlten Sozialversicherungsabgaben (§ 28 e Abs. 2 Satz 1 SGB IV). Da Verzichtsklauseln des Leiharbeitnehmers bei Beendigung des Leiharbeitsvertrags in der Regel nicht wirksam sind und Ausschlussfristen nur in den seltensten Fällen greifen<sup>126</sup>, kann das Haftungsrisiko für Entleiher und Verleiher hoch und in einigen Fällen existenzvernichtend sein.

Am 14. Dezember 2010 hat nun das BAG<sup>127</sup> festgestellt, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service Agenturen (CGZP) nicht tariffähig ist. Damit ist aber noch nicht geklärt, in welchen Fällen Leiharbeitnehmer Ansprüche gegen den Verleiher als ihren Arbeitgeber auf Nachzahlung haben und inwieweit der Entleiher haftet. Im Folgenden sollen die Entscheidung und ihre weit reichenden Konsequenzen im Einzelnen erläutert werden.

<sup>126</sup> Brors, NZA 2010, S. 1385 ff.

<sup>127</sup> 1 ABR 19/10 – Pressemitteilung des BAG 93/10.

## 5.2 Die Entscheidung des BAG vom 14.12.2010

Nachdem die Vorinstanzen<sup>128</sup> mit zum Teil unterschiedlichen Begründungen die Tariffähigkeit der CGZP verneint hatten, hat nun das BAG am 14. Dezember 2010 die Tariffähigkeit der CGZP in einer zum Zeitpunkt der Manuskriptabgabe noch nicht abgesetzten Entscheidung verneint. In seiner Pressemitteilung<sup>129</sup> stützt das BAG die Tariffunfähigkeit unter anderem darauf, dass der von der CGZP gewählte Tarifbereich „branchenübergreifende Arbeitnehmerüberlassung“ über den satzungsgemäßen Zuständigkeitsbereich der Mitgliedsgewerkschaften hinausgeht. In der Satzung der CGZP heißt es nämlich, dass Tarifverträge mit Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden abgeschlossen werden, „die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) zur Arbeitnehmerüberlassung überlassen wollen“.<sup>130</sup> Mit dieser Formulierung beansprucht die CGZP die Zuständigkeit für die Leiharbeit als eigenen, branchenübergreifenden Bereich. Das ist zunächst unproblematisch, da auch das BAG<sup>131</sup> von der übergreifenden Leiharbeit als einer möglichen eigenen Branche ausgeht.

Bei der Prüfung, ob die CGZP allerdings auch die Kompetenz hat, Tarifverträge in diesem Bereich abzuschließen, muss das BAG einem besonderen Umstand in der Organisation der CGZP Rechnung tragen. Die CGZP ist nach ihrer Satzung eine tarifliche Spitzenorganisation, also ein Zusammenschluss mehrerer Einzelgewerkschaften. Beurteilt man die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation, so kann sich die Tariffähigkeit (und in diesem Fall auch die Tarifzuständigkeit) entweder von den Einzelgewerkschaften ableiten oder originär vorhanden sein. Beides ist jedoch nicht der Fall.

### 5.2.1 Abgeleitete Tariffähigkeit der CGZP von den Mitgliedsgewerkschaften

In der arbeitsrechtlichen Literatur<sup>132</sup> besteht Einigkeit darüber, dass die Mitgliedsgewerkschaften der Spitzenorganisation Kompetenzen delegieren und ihre Kräfte auf diese Weise bündeln<sup>133</sup>. Die Erweiterung über die vorhandenen Zu-

128 ArbG Berlin 1.4.2009 – 35 BV 17008/08 – ArbuR 2009, 276; LAG Berlin Brandenburg 7.12.2009 – 23 TaBV 1016/09 – ArbuR 2010, 409.

129 BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – Pressemitteilung Nr. 93/10.

130 Vgl. Wiedergabe der Satzung in LAG Berlin Brandenburg 7.12.2009 – 23 TaBV 1016/09 – ArbuR 2010, 409.

131 BAG, NZA 2004, 971.

132 Wiedemann/Oetker, TVG-Kommentar, § 2 Rn. 437; Löwisch/Rieble, TVG-Kommentar, § 2, 117

133 Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn 93

ständigkeit der Mitgliedsgewerkschaften ist nicht möglich. Eine abgeleitete Zuständigkeit der Spitzenorganisation für den gesamten Bereich Leiharbeit würde deshalb voraussetzen, dass die Mitgliedsgewerkschaften in ihrer Zusammenschau den beanspruchten Bereich „branchenübergreifende Leiharbeit“ abdecken.

Eine nur partielle Tarifzuständigkeit gibt es nicht. Vielmehr ist die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung nach der Rechtsprechung des BAG<sup>134</sup> in Abhängigkeit für den in der Satzung gewählten Zuständigkeitsbereich einheitlich zu bestimmen. Das bedeutet für die Frage der Tarifzuständigkeit als Vorfrage der Tariffähigkeit,<sup>135</sup> dass die Mitgliedsgewerkschaften, also z.B. die CGM nicht nur für den Bereich „Stammpersonal“, sondern auch für die dort eingesetzten Leiharbeiter im Metallbereich zuständig sind.<sup>136</sup> Wie sich aus der Pressemitteilung des BAG ergibt, sind aber die Mitgliedsgewerkschaften der CGZP eindeutig nicht in allen Branchen tätig, in die verliehen wird. Die Tarifzuständigkeit, die sich von den Einzelgewerkschaften ableiten kann, betrifft daher nur die Bereiche, in denen tariffähige Mitgliedsgewerkschaften (Metall etc.) tätig sind. Darüber hinaus können keine Kompetenzen auf die Spitzenorganisation übertragen werden, so dass die Tariffähigkeit mangels eigener Tarifzuständigkeit für die branchenübergreifende Leiharbeit zu verneinen ist.<sup>137</sup>

Wichtig ist, dass es dabei auf den arbeitsrechtlichen Streit, ob alle Mitgliedsgewerkschaften tariffähig sein müssen,<sup>138</sup> nicht ankommt.<sup>139</sup> Es mag zu überlegen sein, ob bei Bejahung der Tarifzuständigkeit Mitgliedschaften von tarifunfähigen Mitgliedern zwingend zur Aberkennung der Tariffähigkeit führen müssen. Diese Frage stellt sich aber überhaupt erst dann, wenn die Tarifzuständigkeit bejaht wird. Das könnte der Fall sein, wenn bei branchenübergreifend organisierten Mitgliedsgewerkschaften weitere, zusätzliche Mitglieder tarifunfähig sind. Das ist bei der CGZP jedoch nicht der Fall, da schon keine branchenübergreifende Organisation besteht. Wie überstimmend verlangt wird, muss die Zuständigkeit gem. § 2 Abs. 3 TVG über die Mitgliedsgewerkschaften vermittelt werden.

134 BAG 28.3.2006 - 1 ABR 58/04.

135 Dazu im Einzelnen unter 5.2.3.

136 Anders das ArbG Berlin 1.4.2009 – 35 BV 17008/08 – ArbuR 2009, 276, nach dem die Branche als Leiharbeit ausdrücklich in der Satzung bezeichnet sein muss.

137 Ulber, D., NZA 2008, 438, 440.

138 Tariffähigkeit aller Mitgliedsgewerkschaften Däubler-Peters, § 2 TVG Rn 59; Ulber, D., NZA 2008, 438, 440; Berg/Platow/Schoof/Unterlinninghofen § 2 TVG Rn. 26; Kempen/Zachert § 2 TVG Rn 80; a.A. Wiedemann-Oetker § 2 TVG Rn 426; Löwisch/Rieble § 2 TVG Rn 111; Wiedemann/Thüsing, RdA 1995, 281; Jacobs, ZfA 2010, 56; ErfK-Franzen § 2 TVG Rn. 29.

139 A.A. Jacobs, ZfA 2010, 56.

## 5.2.2 Originäre Tarifizständigkeit der CGZP

Lässt sich eine abgeleitete branchenübergreifende Tarifizständigkeit nicht begründen, kann die in Anspruch genommene Kompetenz nur aus einer originären Zuständigkeit folgen. Zum Teil wird in der Literatur<sup>140</sup> angenommen, dass die Spitzenorganisation ihre Tarifizständigkeit selbst bestimmen kann. In der Rechtsprechung<sup>141</sup> deutet sich eine dahingehende Unterscheidung an, wenn bei einer Spitzenorganisation zwischen der Tariffähigkeit nach § 2 Abs. 1 TVG und § 2 Abs. 3 TVG unterschieden wird. Eine originäre Tarifizständigkeit ist sicherlich möglich, wenn der delegierte Kompetenzbereich verkleinert wird. Ebenso kann eine originäre Tarifizständigkeit sich aus der Gesamtheit der einzelnen Mitgliedsgewerkschaften ergeben.<sup>142</sup> Es besteht jedoch Einigkeit darüber, dass die Tarifizständigkeit der Spitzenorganisation über eine eigene Kompetenz nicht dazu führen darf, dass die vorhandenen Kompetenzen der Mitgliedsgewerkschaften ausgedehnt werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob dies letztlich auf den Grundgedanken der delegierten Kompetenz<sup>143</sup> oder der demokratischen Legitimation über die Mitgliedsgewerkschaften<sup>144</sup> zurückgeführt wird. Da die Mitgliedsgewerkschaften der CGZP aber (siehe 2.1.) nicht branchenübergreifend organisiert sind, scheidet die darüber hinaus gehende Tarifizständigkeit aus. Die CGZP ist daher sowohl unter dem Gesichtspunkt einer abgeleiteten wie einer originären Kompetenz nicht tarifizständig für den Bereich der branchenübergreifenden Leiharbeit. Schon aus diesem Grund ist auch ihre Tariffähigkeit für diesen Bereich zu verneinen.

## 5.2.3 Tariffähigkeit oder Tarifizständigkeit?

Eine weitere juristische Besonderheit hat die aktuelle Entscheidung des BAG. Obwohl das Gesetz und auch das Verfahren nach Tariffähigkeit und Tarifizständigkeit trennen, scheinen sich hier beide Begriffe zu überschneiden. Grundsätzlich ist die Trennung zwischen Tariffähigkeit und Tarifizständigkeit zutreffend, da die Begriffe unterschiedlichen Voraussetzungen haben.<sup>145</sup> In ständiger Rechtsprechung definiert das BAG<sup>146</sup> den Begriff der Tariffähigkeit als rechtliche Fähigkeit, durch

140 Ricken, *Autonomie und tarifliche Rechtssetzung* (2006), S. 302 m.w.N.; Rieble, DB 2001, 2194; Lembke, NZA 2007, 1333; kritisch dazu Ulber, D., NZA 2008, 442.

141 BAG 22.3.2000 – 4 ABR 79/98.

142 Löwisch/Rieble § 2 TVG Rn 112.

143 Rieble, DB 2001, 2195.

144 Ricken, *Autonomie und tarifliche Rechtssetzung* (2006), S. 304.

145 Wiedemann, RdA 1975, 78.

146 BAG 28.3.2006 - 1 ABR 58/04 - ; zur Entwicklung der Rechtsprechung Wank/Schmidt, RdA 2008, 257.



Vereinbarung mit dem sozialen Gegenspieler Arbeitsbedingungen tarifvertraglich mit der Wirkung zu regeln, dass sie für die tarifgebundenen Personen unmittelbar und unabdingbar wie Rechtsnormen gelten. Die Tarifzuständigkeit betrifft dagegen allein die Frage, ob und wie die Arbeitnehmervertretung ihren Geschäftsbereich wählen kann.<sup>147</sup>

Bei der Feststellung der Tariffähigkeit von Spitzenorganisation berühren sich jedoch die Fragestellungen. Bei der Frage nach der Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation ist die Tarifzuständigkeit eine Vorfrage der Tariffähigkeit. So formuliert *Jacobs*<sup>148</sup>, für die Tariffähigkeit der Spitzenorganisation stelle sich die Anschlussfrage nach der Tarifzuständigkeit der Mitgliedsgewerkschaften. Nach *Rieble*<sup>149</sup> hängt bei Spitzenverbänden die Frage der Tarifzuständigkeit von der Rechtsnatur der Tariffähigkeit ab. Was ist der Unterschied zu den „Normalfällen“ der Bestimmung der Tarifzuständigkeit von Einzelgewerkschaften? Im Gegensatz zu Einzelgewerkschaften kann der Spitzenverband nach § 2 Abs. 3 TVG nur im Rahmen einer durch die Mitgliedsgewerkschaften vermittelten Kompetenz tätig werden. Die Satzung kann – anders als im Normalfall – die eigene Zuständigkeit nicht frei festlegen. Das gilt auch dann, wenn man eine originäre Tariffähigkeit des Spitzenverbandes annimmt.

Der Grund dafür liegt letztlich in der Absicherung der Legitimation des Spitzenverbandes. Nur derjenige Spitzenverband kann tariffähig sein, der über die gebündelten Zuständigkeitsbereiche seiner Mitgliedsgewerkschaften die Interessen der dort organisierten Arbeitnehmer vertritt. Fehlt die Legitimation über die Mitgliedsgewerkschaften ist der Spitzenverband nicht tariffähig. Es gibt keine Interessenvertretung, die auf der „zweiten Stufe“ (Spitzenverband) ohne Mitglieder quasi im luftleeren Raum ansetzt. Fehlt aber schon die Zuständigkeit der Spitzenorganisation, da die Mitgliedsgewerkschaften einzeln oder in ihrer Summe den von der Spitzenorganisation gewählten Zuständigkeitsbereich nicht abdecken und damit vermitteln können, ist die Spitzenorganisation auch nicht tariffähig. Daher kann man sagen, dass die Tarifzuständigkeit der Spitzenorganisation eine notwendige aber nicht allein hinreichende Voraussetzung der Tariffähigkeit ist. Die Tarifzuständigkeit der selbständigen Spitzenorganisation muss daher als Vorfrage geklärt sein, damit die Tariffähigkeit für den in Anspruch genommenen Bereich überhaupt festgestellt werden kann.

147 Däubler/Peter § 2 TVG Rn 164; Wiedemann, RdA 1975, 78.

148 ZfA 2010, S. 57.

149 DB 2001, 2194.

## 5.3 Konsequenzen der Entscheidung

Da die CGZP in der Vergangenheit als Spitzenorganisation sowohl alleine aber ab 2010 auch zusammen mit anderen christlichen Einzelgewerkschaften Tarifverträge abgeschlossen hat, ist es entscheidend, ob nur die älteren oder auch die aktuell laufenden Tarifverträge nichtig sind. Wie im Folgenden gezeigt wird führt die Entscheidung des BAG über die Tarifunfähigkeit der CGZP dazu, dass sowohl die älteren wie die aktuellen Regelungswerke nichtig sind.

### 5.3.1 Rechtskraft des Beschlusses

Die Rechtskraft der Entscheidung nach § 97 Abs. 1 ArbGG (Feststellung der Tariffähigkeit) richtet sich nach dem mit dem Antrag geltend gemachten Streitgegenstand.<sup>150</sup> Da sich der zu Grunde liegende Antrag nur auf Feststellung der Tarifunfähigkeit für die Gegenwart und Zukunft bezogen hat, hat das BAG am 14.12.2010 festgestellt, dass die CGZP zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung nicht tariffähig ist. So viel ist zumindest der Pressemitteilung zu entnehmen. Damit ist zum einen Nichts über die Tariffähigkeit der CGZP in der Vergangenheit gesagt und zum anderen überhaupt keine Aussage zu der Wirksamkeit der abgeschlossenen Tarifverträge getroffen worden. Letzteres ist auch nicht Gegenstand des Verfahrens nach § 97 Abs. 1 ArbGG (Feststellung der Tariffähigkeit) gewesen.

Eine Aussage zu der Tariffähigkeit der CGZP in der Vergangenheit könnte das Gericht allerdings dann treffen, wenn es über den Antrag hinausgehend in seiner Begründung die Entwicklung der CGZP in der Vergangenheit würdigt und z.B. aufgrund dieser Tatsachen die Tarifunfähigkeit für einen bestimmten Zeitraum verneint. In diesem Fall würde der Subsumtionsschluss des erkennenden Gerichts (eben die Würdigung der Vergangenheit) als Teil der Begründung der Entscheidung ebenfalls rechtskräftig.<sup>151</sup> Ob das BAG das getan hat bleibt abzuwarten. Es ist aber unwahrscheinlich, da das Gericht auf die Zuständigkeit der CGZP nach der aktuellen Satzung abgestellt hat. Es soll daher im Folgenden davon ausgegangen werden, dass keine Aussage zur Vergangenheit getroffen worden ist.

150 Zum Streitgegenstandsbegriff Zöller-Vollkommer, Vor § 322 ZPO Rn. 30.

151 HK- ZPO Saenger § 322 Rnr. 23; Zöller/Vollkommer vor § 322 ZPO Rnr. 53; Zeitpunkt ab Rechtshängigkeit Stein/Jonas-Leipold § 322 ZPO Rnr. 217.

### **5.3.2 Nichtigkeit der älteren Tarifverträge**

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG sind Tarifverträge nichtig, wenn sie von einer tarifunfähigen Organisation abgeschlossen worden sind.<sup>152</sup> Die Frage nach der Nichtigkeit des von der CGZP in der Vergangenheit abgeschlossenen Tarifvertrags kann sich z.B. stellen, wenn der Leiharbeitnehmer gegenüber dem Verleiher die Differenz des gezahlten zum „Equal-Pay-Lohn“ einklagt. Für die Dauer dieses Prozesses ist entscheidend, ob er zunächst ausgesetzt werden muss, damit in dem Verfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG die Tarifunfähigkeit der CGZP in der Vergangenheit als Vorfrage geklärt wird. Das Gericht wird jedoch nur dann aussetzen, wenn Zweifel an der Tarif(un)fähigkeit bestehen. Dazu müsste im Prozess vorgetragen werden, dass die CGZP zwar zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung tarifunfähig, aber vorher bei Abschluss des in Frage stehenden Tarifvertrags noch tariffähig gewesen ist. Zumindest nach der Rechtsprechung des zehnten Senats<sup>153</sup> kann nämlich in Folgeprozessen auch für die Vergangenheit von einer festgestellten Tarifunfähigkeit ausgegangen werden, wenn die Parteien nichts Abweichendes für die Annahme einer zurückliegenden Tariffähigkeit vortragen. Das wird im Fall des CGZP nicht möglich sein, da die Mitgliedsgewerkschaften zu keinem Zeitpunkt branchenübergreifend für alle Bereiche organisiert gewesen sind, in die entliehen worden ist.

### **5.3.3 Nichtigkeit der aktuellen Tarifverträge**

Die im Jahr 2010 abgeschlossenen und derzeit laufenden Tarifverträge (MTV und Gehaltstarifvertrag) sind nicht nur von der CGZP alleine, sondern von mehreren christlichen Einzelgewerkschaften (CGM, DHV, BIGD (Beschäftigtenverband Industrie, Gewerbe, Dienstleistungen), ALEB (Arbeitnehmerverband land- und ernährungswirtschaftlicher Berufe) und medsonet (Gesundheitsgewerkschaft) mit unterzeichnet worden.

Ob die Tarifunfähigkeit der CGZP dazu führt, dass der gesamte Tarifvertrag unwirksam ist, hängt von der Ausgestaltung des Regelwerks ab. Ein sogenannter mehrgliedriger Tarifvertrag fasst nur mehrere Einzeltarifverträge in einer Urkunde zusammen, ohne dass die Wirksamkeit eines Tarifvertrags die der anderen

152 BAG 15.11.2006 – 10 AZR 665/05 m.w.N.

153 BAG 15.11.2006 – 10 AZR 665/05

berührt.<sup>154</sup> In der Präambel des MTV weisen die Parteien ausdrücklich auf ihren Willen hin, dass die Tarifverträge unabhängig voneinander bestehen sollen. Darüber hinaus sind branchenspezifische Öffnungsklauseln vereinbart, so dass ein mehrgliedriger Tarifvertrag angenommen werden könnte.

Aber unabhängig von dem Ergebnis dieser Auslegung, sind die 2010 abgeschlossenen Regelwerke aus einem anderen Grund nichtig. Der Geltungsbereich der Tarifverträge erstreckt sich auf „Betriebe, die Dienstleistungen in der Arbeitnehmerüberlassung erbringen“. Damit ist der Geltungsbereich des Tarifvertrags wiederum auf die branchenübergreifende Arbeitnehmerüberlassung gerichtet. Eine tariffähige Gewerkschaft kann nur innerhalb ihres satzungsgemäßen Zuständigkeitsbereichs wirksame Tarifverträge abschließen. Wird der satzungsgemäße Zuständigkeitsbereich überschritten, ist der Tarifvertrag nichtig.<sup>155</sup> Daher ist wiederum zu überlegen, ob die Einzelgewerkschaften (ohne den Spitzenverband CGZP) den gewählten Zuständigkeitsbereich „branchenübergreifende Arbeitnehmerüberlassung“ abdecken. Als Einzelgewerkschaften haben die CGM, der DHV, die BIGD (Beschäftigtenverband Industrie, Gewerbe, Dienstleistungen), ALEB (Arbeitnehmerverband land- und ernährungswirtschaftlicher Berufe) und medsonet (Gesundheitsgewerkschaft) den Tarifvertrag unterschrieben.

Indirekt ergibt sich aus der aktuellen BAG Entscheidung zur Tarifunfähigkeit der CGZP, dass die auch zu diesem Zeitpunkt zusammengeschlossenen Einzelgewerkschaften (nämlich CGM, DHV und GÖD) alleine nicht den tariflichen Geltungsbereich der branchenübergreifenden Arbeitnehmerüberlassung abdecken. Das könnte nur durch das Dazukommen der BIGD, der ALEB und medsonet erreicht worden sein. Während sich medsonet auf den Gesundheitssektor und ALEB auf den land- und ernährungswirtschaftlichen Bereich bezieht, könnte eine branchenübergreifende Abdeckung nur durch die BIGD erreicht werden. Die BIGD soll aber Beschäftigte vertreten, für die keine spezielle Zuständigkeit einer Gewerkschaft im CGB besteht. Da aber bei Abschluss des Tarifvertrags die CGZP selbst nach ihrer Satzung für die branchenübergreifende Arbeitnehmerüberlassung zuständig sein sollte, kann die BIGD diesen Bereich nicht vertreten.

154 BAG 7.5.2008 – 4 AZR 229/07; BAG 4.4.2001 – 4 AZR 237/00; BAG 26.4.2007 – 8 AZR 695/05; Wiedemann/Oetker, TVG, § 2 Rn. 17; Kempen/Zachert, TVG § 1 Rn. 39; Däubler/Reim, TVG, § 1 Rn 75; Däubler, Tarifvertragsrecht 3. Auflage, Rz. 170; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn 473; schon Nikisch, Arbeitsrecht Band II (1958), S. 279; Kaskel, Arbeitsrecht, 4. Auflage (1932), S. 126; Ritter, Der mehrgliedrige Tarifvertrag (1933), S. 29.

155 BAG 15.11.2006 – 10 AZR 665/05 – m.w.N.

Da aber z.B. im Bereich Chemie, Holz- und Kunststoffverarbeitung wie auch im Bereich Gaststättengewerbe spezielle christliche Branchenorganisationen gebildet worden sind, kann sich die Satzung der BIGD auch nicht auf diese Bereiche erstrecken. Es fehlt daher an einer branchenübergreifenden Organisation. Schon aus diesen Gründen überschreiten die Einzelgewerkschaften (auch in ihrer Zusammenschau) ihre satzungsgemäße Zuständigkeit, wenn sie einen Tarifvertrag für die branchenübergreifende Arbeitnehmerüberlassung abschließen. Damit sind auch die von den Einzelgewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge 2010 nichtig.

Klagt der Leiharbeitnehmer daher die Differenz des gezahlten zum „Equal-Pay-Lohn“ ein, kann das Gericht dem Anspruch stattgeben, ohne das Verfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG aussetzen zu müssen. Das Arbeitsgericht kann in eigener Zuständigkeit die Nichtigkeit des Tarifvertrags als Vorfrage des Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG feststellen.

## **5.4 Schlussbetrachtung**

Die Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 führt in der Konsequenz dazu, dass Leiharbeitnehmer gegen den Verleiher einen Anspruch auf Nachzahlung des Differenzlohns zum Equal Pay Lohn haben. Diese Ansprüche bestehen sowohl bei der tatsächlichen Anwendung der vor 2010 von der CGZP alleine abgeschlossenen Tarifverträge wie auch im Falle der derzeit laufenden von der CGZP und mehreren christlichen Einzelgewerkschaften unterzeichneten Tarifverträge. Darüber hinaus haftet der Entleiher in beiden Fällen dem Sozialversicherungsträger auf die fehlenden Sozialversicherungsabgaben gem. § 28 e Abs. 2 Satz 1 SGB IV. Es bleibt zu hoffen, dass die Sozialversicherungsträger (nach anfänglichem Zögern) nun diese Beiträge eintreiben. Da nicht alle Leiharbeitnehmer ihre Ansprüche einklagen, wird das Verhalten der Sozialversicherungsträger maßgeblich darüber entscheiden, inwieweit Scheingewerkschaften im Arbeitsrecht geduldet werden.

## **6 Transnationale tarifliche Unterbietung von Mindestarbeitsbedingungen in der EU**

### **Zusammenfassung**

Der Beitrag stellt die Problematik tariflicher Unterbietung arbeitsrechtlicher Mindeststandards im transnationalen Kontext dar. Die Strategie transnationaler Unterbietung wird dabei begriffen als Teil einer kompetitiven Lohnpolitik, für die die makroökonomische Struktur der europäischen Union hohe Anreize bietet. Das markiert den wesentlichen Unterschied zu innerstaatlichen Unterbietungsphänomenen. Es wird dargestellt, welche technischen Ansatzpunkte das deutsche Arbeitsrecht den Strategien transnationaler Unterbietungskonkurrenz eröffnet, namentlich im Arbeitszeitrecht, in der Leiharbeit und potentiell auch im Recht der gesetzlichen und allgemeinverbindlichen Mindestarbeitsbedingungen. Anschließend wird die Möglichkeit diskutiert, der Problematik durch eine Kontrolle der Tariffähigkeit ausländischer Gewerkschaften durch inländische Arbeitsgerichte Herr zu werden, und im Ergebnis skeptisch bewertet. Den Abschluss bilden Hinweise zu effektiveren legislativen und juristischen Gegenstrategien.

### **6.1 Transnationale Lohnkonkurrenz in Europa**

Das Thema dieses Bandes ist die tarifvertragliche Unterbietungskonkurrenz, das kollektive Pendant zur Unterbietungskonkurrenz der einzelnen Arbeitnehmer. In den übrigen Beiträgen liegt der Fokus auf der innerstaatlichen tariflichen Unterbietungskonkurrenz. In diesem Beitrag soll die grenzüberschreitende Dimension dieses Themas beleuchtet werden.

#### **6.1.1 Lohnkonkurrenz, Tarifautonomie, Tarifunterbietung**

Ausgangspunkt des modernen Arbeitsrechts ist die Einsicht, dass eine rein privatrechtliche Form des Arbeitsverhältnisses, die der Privatautonomie der Parteien weiten Spielraum lässt, unerträgliche soziale Konsequenzen zeitigen würde.

Ein Markt menschlicher Arbeit, der keiner anderen Ordnungsform unterworfen wäre als der Markt gewöhnlicher Güter, würde eine individuelle Unterbietungskonkurrenz der Arbeitnehmer ins Werk setzen. Bei fallender Nachfrage kann der Arbeitnehmer nur den Preis seiner Arbeit verbilligen und sein Angebot zugleich erhöhen.<sup>156</sup> Die individuelle Unterbietungskonkurrenz würde darum nicht zu Gleichgewichtspreisen<sup>157</sup> führen, sondern zu einer tiefen gesellschaftlichen Spaltung und nur wenigen unter den abhängig Beschäftigten wäre ein annähernd menschenwürdiges Auskommen gesichert. Die Ausschaltung der individuellen Lohnkonkurrenz im Innern durch kollektive Organisation und Interessenvertretung und schließlich durch die rechtliche Garantie von Tarifautonomie kann man darum mit Fug und Recht als Grundlage der modernen Sozialstaatlichkeit bezeichnen.

Vor diesem Hintergrund ist es ein beunruhigender Zustand, dass einige gesellschaftliche Akteure die rechtlich garantierte Tarifautonomie dazu nutzen – vielleicht sollte man doch sagen: dazu missbrauchen –, um nunmehr auf kollektiver Ebene wiederum eine Strategie der Unterbietungskonkurrenz zu verfolgen. Die Folgen fallen vielleicht etwas weniger drastisch aus, aber sie sind doch vergleichbar: Eine erfolgreiche Strategie tariflicher Unterbietungskonkurrenz drückt das Lohnniveau nicht nur im konkreten Fall, sondern auch in der konkreten Breite und verschärft so soziale Ungleichheit. Sie führt jedenfalls in einigen Branchen dazu, dass selbst tariflich vereinbarte (Vollzeit-)Löhne keine existenzsichernde Höhe haben. Auch die tarifliche Unterbietungskonkurrenz gräbt am Fundament des Sozialstaats.

Wohlgemerkt ist hier nicht die Rede von Tarifkonkurrenz an sich, sondern nur von einer Strategie tariflicher Unterbietungskonkurrenz. Konkurrierende Gewerkschaften, die versuchen, sich in ihren Abschlüssen wechselseitig zu überbieten, mögen vielleicht in bestimmten Konstellationen volkswirtschaftlich ungünstige Effekte zeitigen oder zu einer gewissen Unruhe in den Arbeitsbeziehungen führen.<sup>158</sup> Aber bei dieser Art von Konkurrenz geht es um Macht und Mitglieder, es ist keine kollektive Wiederholung der individuellen Lohnkonkurrenz.

Gewerkschaften, die eine Strategie der tariflichen Unterbietungskonkurrenz verfolgen, unterscheiden sich vielfach von allen anderen Gewerkschaften. Im

156 O.H. Bode / C. Lehmann / U. Rehdeker, Volkswirtschaftslehre, 2008, 86.

157 Maßgeblich für das ökonomische Gleichgewichtsmodell: L. Walras, Mathematische Theorie der Preisbestimmung der wirtschaftlichen Güter, 1972 (1881).

158 Diese Fragen werden gegenwärtig im Zusammenhang mit der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch das Bundesarbeitsgerichts diskutiert (BAG, Urt. v. 7.7.2010 – 4 AZR 549/08), verfügbar unter [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de) (19.2.2011).

schlimmsten Fall handelt es sich um „gelbe Gewerkschaften“<sup>159</sup>, also solche, die letztlich von der Arbeitgeberseite initiiert und alimentiert werden, um die Seite der Arbeitnehmer zu schwächen. Oder es handelt es sich um Gewerkschaften, die sich zumindest in bestimmten Kreisen Macht und Ansehen eben über die Tarifunterbietung verschaffen möchten, weil ihnen das über eine effektive Vertretung der Interessen ihrer Mitglieder gerade nicht möglich ist.<sup>160</sup> Das wichtigste Instrument gegen Strategien tariflicher Unterbietungskonkurrenz im Innern ist darum die prozedurale Kontrolle der Tariffähigkeit der Tarifparteien und insbesondere der Gewerkschaften. Denn Tariffähigkeit setzt vor allem Gegnerfreiheit und hinreichende soziale Mächtigkeit voraus.<sup>161</sup> „Gelbe Gewerkschaften“ und marginale aber geltungsbedürftige Gewerkschaften können also von vorne herein keine wirksamen Tarifverträge schließen.<sup>162</sup> Sofern die Gerichte beide Kriterien sinnvoll handhaben<sup>163</sup> und die Akteure, vor allem Gewerkschaften und Behörden,<sup>164</sup> die entsprechenden Verfahren entschlossen betreiben, sollte sich die Problematik tariflicher Unterbietungskonkurrenz eigentlich in den Griff bekommen lassen.

## **6.1.2 Innereuropäische Lohnkonkurrenz und Territorialität des Arbeitsrechts**

Die Dinge liegen anders im transnationalen Zusammenhang, vor allem innereuropäisch unter den Bedingungen von Binnenmarkt und Währungsunion. Europäische Marktintegration und Währungsunion haben dazu geführt, die Bedeutung der Arbeitskosten als Wettbewerbsfaktor enorm zu steigern.<sup>165</sup> Ursprünglich war das Nebeneinander von Gemeinsamen Markt und mitgliedschaftlichen Arbeitsbeziehungen so gedacht, dass hieraus keine transnationale Lohnkonkurrenz resultieren würde.<sup>166</sup> Denn die maßgeblichen Lohnstückkosten waren seinerzeit in den Grün-

159 Maßgebliche Beispiele sind die Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste (GNBZ) und die Arbeitsgemeinschaft unabhängiger Beschäftigter (AUB). Vgl. hierzu den Beitrag von R. Zimmer in diesem Band, S. #, die auch die Differenz heutiger „Scheingewerkschaften“ (so Zimmers Bezeichnung) zu den „Gelben“ in Kaiserreich und Weimarer Republik herausstellt.

160 Das maßgebliche Beispiel sind die im Christlichen Gewerkschaftsbund Deutschlands (CGB) zusammengeschlossenen Gewerkschaften.

161 Erfurter Kommentar-Franzen, 11. Auflage, 2011, § 2 TVG Rn. 6, 11 ff.

162 Vgl. zuletzt BAG, Beschl. v. 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, zur Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP).

163 Dies ist vielleicht nicht mit rechtem Augenmaß geschehen in der Entscheidung BAG, Beschl. v. 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 zur Tariffähigkeit der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM).

164 Vgl. § 97 Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG).

165 So schon K. Busch, Europäische Integration und Tarifpolitik, 1994.

166 Hierzu und zum Folgenden ausführlich: F. Rödl, Arbeitsverfassung, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage 2009, 855.



dungsstaaten ungefähr gleich, Etwaige Auseinanderentwicklungen sollte durch regelmäßige Währungsanpassungen korrigiert werden. Der erleichterte grenzüberschreitende Austausch von Waren und Dienstleistungen einerseits und von Arbeitskräften und (in begrenztem Umfang) Kapital andererseits würde darum nur zu einer Vertiefung der internationalen Arbeitsteilung führen. Deren Wohlstandsgewinne sollten allen zugute kommen. Zwar wurde durchaus erwartet, dass die Vertiefung der Arbeitsteilung auch zu Umstrukturierungen führen, weil national eigentlich unrentable Produktion wegen zu hoher Lohnkosten in das mitgliedstaatliche Ausland abwandern würde. Nach dem Modell war aber im Gegenzug ein entsprechender Beschäftigungszuwachs an anderer Stelle zu erwarten.

Vielleicht war diese harmonische Erwartung, die auf starken Annahmen der neoklassischen Außenhandelstheorie beruht<sup>167</sup>, immer schon unrealistisch. Jedenfalls wurden die jene Erwartung tragenden Bedingungen in den 1980er Jahren mit dem Start des Binnenmarktprojekts, der den Lauf der Dinge zugleich stark in Richtung Währungsunion trieb, gezielt außer Kraft gesetzt. Transnationale Lohnkonkurrenz wurde innereuropäisch zu einem wirtschaftlich und sozial relevanten Faktor. Seitdem gehört es zu einem der wichtigsten Instrumente im Repertoire volkswirtschaftlicher Strategie innereuropäischen Wettbewerbs, den Anstieg der Lohnkosten hinter dem Anstieg der Produktivität zu halten und zu hoffen, dass dies anderen Mitgliedstaaten nicht in gleicher Weise gelingt. So entstehen Wettbewerbsvorteile.<sup>168</sup> Funktional ist diese Strategie vergleichbar mit einer „kompetitiven Währungsabwertung“<sup>169</sup>, also einer gezielten Verbilligung der Außenhandelspreise der eigenen Produkte, die viele als klaren Fall eines ökonomischen Nationalismus begreifen.

Innerhalb einer Strategie kompetitiver Lohnpolitik spielen die mitgliedstaatlichen Gewerkschaften eine wichtige Rolle. Denn das nationale Lohnniveau hängt nicht zuletzt von ihnen und ihren Tarifverträgen ab. Eine kompetitive Lohnpolitik muss sich in einer transnationalen Unterbietungskonkurrenz auch auf der Ebene der Tarifverträge niederschlagen.<sup>170</sup> Wenn die Gewerkschaften politisch und institutionell stark sind, kann der Kurs einer kompetitiven Lohnpolitik nicht

167 Zur Kritik M. Heine/ H. J. Herr, Volkswirtschaftslehre, 2003, 615 ff.

168 M. Höpner, Warum der Euro nicht funktioniert, in: Mitbestimmung 7+8/2010, 48.

169 Zur außenwirtschaftlichen Äquivalenz von Währungsabwertung und Lohnzurückhaltung: D. Dohse/ Ch. Krieger-Boden, Währungsunion und Arbeitsmarkt, Tübingen 1998, 12 ff.

170 H. Enderlein, Wandel durch den Euro: Wie die Währungsunion die nationale Fiskal- und Lohnpolitik verändert, in: M. Höpner/A. Schäfer, Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, Frankfurt/New York 2008, 415-448.

eingeschlagen werden, wenn die Gewerkschaften ihn nicht mittragen. Alternativ kommt es darauf an, sie derart zu schwächen oder schwach zu halten, dass sie sich einem solchen Kurs nicht effektiv entgegenstellen können.

Damit ist eine wichtige Differenz zur Problematik innerstaatlicher Lohnkonkurrenz benannt. Eine Strategie transnationaler Tarifunterbietung hängt nicht in erster Linie davon ab, dass „gelbe Gewerkschaften“ oder geltungssüchtige Gewerkschaften die Tarifautonomie zu Lasten der Beschäftigten missbrauchen. Die Strategie transnationaler Tarifunterbietung liegt vielmehr durch eine Hintergrundstruktur intensiver transnationaler Lohnkonkurrenz ziemlich nahe, und das gilt für Gewerkschaften und ihre Tarifpartner in Hochlohn- wie Niedriglohnländern gleichermaßen. Für Hochlohnländer liegt die Strategie nahe, weil dort Spielräume nach unten bestehen, für Niedriglohnländer liegt sie nahe, weil diese sonst kaum Alternativen haben. Anders als bei innerstaatlicher Tarifunterbietung ist darum die Strategie transnationaler Tarifunterbietung regelmäßig mit manifesten Interessen auch der abhängig Beschäftigten unternetzt. Es bedarf darum erheblicher Anstrengungen vor allem auf der Ebene transnationaler und europäischer Gewerkschaftspolitik, um sich immer wieder vor Augen zu führen, dass kompetitive Lohnpolitik und die zugehörigen Strategien der Tarifunterbietung die errungene Sozialstaatlichkeit in den alten Mitgliedstaaten schwächen, darüber die soziale Ungleichheit in Europa insgesamt erhöhen und sich damit langfristig zum Nachteil aller abhängig Beschäftigten und gerade der niedrig Qualifizierten auswirken werden.

Der Unterschied zwischen interner und transnationaler Tarifunterbietung – im einen Fall als gegen die Macht konkurrierender Gewerkschaften gerichtete Strategie, im anderen Fall als nationalökonomische oder tarifpartnerschaftlich getragene Strategie kompetitiver Lohnpolitik – ließ sich oben ausführen, noch ohne auf das gegenwärtig zentrale Problem der innereuropäischen Lohnkonkurrenz einzugehen: die europäische Dienstleistungsfreiheit. Durch die Dienstleistungsfreiheit werden Leistungen, die eigentlich ortsgebunden sind, ebenfalls in die Lohnkonkurrenz einbezogen. Zur Veranschaulichung: Wenn etwa im Baubereich grenzüberschreitend *keine* Baudienstleistungen erbracht werden dürften, wäre der erhebliche transnationale Konkurrenzdruck in der deutschen Bauwirtschaft und damit auch der transnationale Druck auf die Baulöhne beseitigt. Darüber hinaus aber greift die Dienstleistungsfreiheit, insofern sie weitgehende Rechte zur Arbeitnehmerentsendung nach ausländischen Bedingungen enthält, in die Territorialität des Arbeitsrechts ein.

Dieser Eingriff hat eine besondere Qualität. Ohne Dienstleistungsfreiheit ist die transnationale Lohnkonkurrenz auch bei Binnenmarkt und Währungsunion nämlich immer noch gemildert dadurch, dass die Differenzen in Lohnkosten durch Differenzen in anderen Leistungen des nationalen Produktionsregimes ausgeglichen werden können.<sup>171</sup> Zu diesen Leistungen gehören etwa Infrastruktur, Effizienz der Verwaltung, Gerichtssystem, Bildungsniveau, Interessenorganisation etc.. Ohne Dienstleistungsfreiheit würde auch das Preisniveau ortsgebundener Dienstleistungen zu diesen Leistungen zählen. Die Nachteile bei den Lohnkosten mögen aus Sicht eines Unternehmens durch Vorteile bei den übrigen Leistungen eines nationalen Produktionsregimes ausgeglichen werden. Das schaltet den Lohnkostenwettbewerb nicht aus, aber mildert ihn. Bei Leistungen, die aufgrund der Dienstleistungsfreiheit grenzüberschreitend erbracht werden können, sind solcherart mildernde Gegengewichte weitgehend ausgeschaltet. Dienstleistungsfreiheit, bei der die entsandten Beschäftigten nicht zu den Bedingungen des Gaststaates, sondern zu den Bedingungen des Heimatstaates arbeiten, setzt die betroffenen Branchen und die Beschäftigten also einer gegenüber den gewöhnlichen innereuropäischen Bedingungen noch einmal verschärften transnationalen Lohnkonkurrenz aus.

### **6.1.3 Transnationale Tarifierunterbietung bei Entsendearbeit**

Gegen die allgemeine innereuropäische, transnationale Lohnkonkurrenz lässt sich von Rechts wegen unmittelbar kaum etwas ausrichten.<sup>172</sup> Anders steht es beim Eingriff in die arbeitsrechtliche Territorialität. Wenn nämlich die Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich erlaubt, Leistungen grenzüberschreitend und mit Hilfe von Entsendearbeit auch zu erbringen, ist damit noch nichts über die Bedingungen gesagt, zu denen die Entsendearbeit von den Beschäftigten erbracht werden muss. Der Gaststaat könnte durchaus regeln, dass die entsandten Arbeitnehmer nach inländischen Bedingungen zu beschäftigen sind. Die unmittelbare Lohnkonkurrenz

171 Grundlegend zum integralen Charakter eines nationalen Produktionsregimes: P. Hall / D. Soskice, An Introduction to Varieties of Capitalism, in: dies. (Hg.), Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage, Oxford 2001, 1-68.

172 Das Recht kann aber transnationale gewerkschaftliche Gegenwehr stützen. Hierzu etwa die Analyse der Möglichkeiten im transnationalen Konzern am Beispiel der Auseinandersetzung der Vereinigung Cockpit e.V. mit der Lufthansa AG bei M. Hauer, Tarifvertrag und Arbeitskampf im internationalen Konzern, erscheint demnächst. Zu den Aussichten auf transnationale Arbeitskämpfe in der EU siehe das Pamphlet der Initiative Europäische Tarifautonomie (InET): „Europäische Tarifautonomie ist möglich! Eine Perspektive für den Kampf um gewerkschaftliche Gestaltungsmacht in Europa“ von 2008, verfügbar unter [www.tarifpolitik.eu](http://www.tarifpolitik.eu) (19.2.2011).

wäre damit wieder ausgeschaltet. Dafür müsste der Gaststaat die Regeln des so genannten Arbeitskollisionsrechts entsprechend ausgestalten, das unter anderem eben die Frage regelt, ob auf Entsendearbeit die gesetzlichen oder allgemeinverbindlichen Mindestarbeitsbedingungen des Inlands Anwendung finden oder nicht. Der Gaststaat müsste mit anderen Worten gesetzlich regeln, dass bei inländischem Arbeitsort stets die gesetzlichen oder allgemeinverbindlichen Mindeststandards Anwendung finden.

Allerdings hat die europäische Rechtsebene den Weg schon früh in eine andere Richtung gewiesen. Die maßgebliche Regelung findet sich heute in Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom I-Verordnung<sup>173</sup> und besagt, dass Entsendearbeit nicht dem Recht des Gaststaates, sondern im Normalfall dem Recht des Heimatstaates unterliegt. Diese Regelung mag noch in den zeitlichen Kontext der Entstehung dieser Norm im Jahr 1980 gepasst haben, als Entsendearbeit noch eine vergleichsweise unbedeutende Größe darstellte und vor allem nicht den wesentlichen Aspekt einer transnationalen Konkurrenzstrategie darstellte.<sup>174</sup> Auf die seit den 1990er Jahren wachsende Bedeutung der Entsendearbeit haben dann einige Mitgliedstaaten reagiert, indem sie einzelne Normen des eigenen Arbeitsrechts in Abweichung vom fortgeltenden Grundsatz in Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom I-Verordnung doch auf Entsendearbeit erstreckt haben. Institutioneller Höhepunkt dieser Bewegung zum Schutz der Territorialität des mitgliedstaatlichen Arbeitsrechts war die Verabschiedung der Entsenderichtlinie im Jahr 1996.<sup>175</sup> Die Entsenderichtlinie legte fest, dass die Mitgliedstaaten gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen des internen Arbeitsrechts, soweit sie die wesentlichen Materien eines Arbeitsverhältnisses betreffen, auf Entsendearbeit erstrecken müssen und entsprechende Regelungen in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen auf Entsendearbeit erstrecken können.<sup>176</sup> Die Entsenderichtlinie verkörpert also das zentrale rechtliche Bollwerk zum Schutz arbeitsrechtlicher Territorialität.

173 Verordnung (EG) 593/2008 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I); zuvor: Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980 (EVÜ).

174 Hellsichtiges Plädoyer für einen generellen arbeitskollisionsrechtlichen Grundsatz der *lex loci laboris* (Arbeitsortprinzip) auch für Entsendearbeit bei Sp. Simitis, Internationales Arbeitsrecht. Standort und Perspektiven, in: FS Kegel, 1977, 153-186.

175 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

176 Ausnahme: Für die Bauwirtschaft bestand hinsichtlich allgemeinverbindlicher Bedingungen die gleiche Verpflichtung wie für gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen.

Der Europäische Gerichtshof hat dieses Bollwerk mit der Reihe seiner Entscheidungen *Laval*, *Rüffert* und *Kommission gegen Luxemburg*<sup>177</sup> indessen nicht unerheblich beschädigt und es drohen von seiner Seite noch weitere Einschläge.<sup>178</sup> Aber das soll an dieser Stelle auf sich beruhen. Der Fokus dieses Beitrags liegt auf einem anderen Punkt: Im internen kollektiven Arbeitsrecht genießt die Tarifautonomie einen hohen Stellenwert. Dies wird wiederum von der Überzeugung begleitet, dass die deutschen Tarifparteien, sofern sie denn tariffähig sind, regelmäßig sachlich angemessene Ergebnisse gerade zur Frage der Lohnhöhe erzielen. Dieser Umstand schlägt sich an verschiedenen Stellen rechtlich nieder. Deren Gemeinsamkeit ist, dass Mindestarbeitsbedingungen bisweilen zur Disposition von eigenen Regeln der Tarifparteien gestellt sind. Der erste und einfache Fall ist die vom Gesetzgeber ausdrücklich geregelte Tarifdispositivität, wie sie sich im Arbeitszeitrecht und im Recht der Leiharbeit findet. Gesetzliche Tarifdispositivität bedeutet, dass eine gesetzliche Regelung selbst vorsieht, dass von ihr durch Tarifvertrag auch zu Ungunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden kann. Darüber hinaus ist zweitens umstritten, ob Tarifdispositivität bisweilen sogar verfassungsrechtlich geboten ist, jedenfalls dann, wenn es um die gesetzliche Regelung von Lohnsätzen geht, also um Regelungen im Kernbereich der Tarifautonomie geht. Die Diskussion entzündete sich in 2009 an der Änderung des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG) und der Neufassung des Gesetzes über gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG). Tarifdispositivität in einem etwas untechnischen aber funktionalen Sinn, nämlich Eröffnung der Möglichkeit, geltende Regelungen durch und nur durch tarifliche Vereinbarung zu unterlaufen, eröffnet schließlich und drittens die von der Rechtsprechung entwickelte Regel, dass allgemeinverbindliche Tarifverträge von konkurrierenden Haustarifverträgen verdrängt werden.

All diese Möglichkeiten, an sich geltende Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag zu unterschreiten, sind vor dem Hintergrund der Erwartung eröffnet, dass

177 EuGH, Urt. v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05 (*Laval*); Urt. v. 3.4.2008 – Rs. C-346/06 (*Rüffert*); Urt. v. 19.6.2008 – Rs. C-319/06 (*Kommission gegen Großherzogtum Luxemburg*), alle verfügbar unter: [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) (19.2.2011).

178 Es droht insbesondere die Feststellung, dass nur der unterste Lohngruppensatz als „Mindestlohnsatz“ im Sinn von Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie zählt. Bereits schlichte Differenzierungen in einfache Facharbeiter und Ungelernte wie im Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV-Mindestlohn) wären dann unzulässig. Zu dieser Frage ausführlich: Ch. Schmid / F. Rödl, Gutachten zu Bedarf und Möglichkeiten einer Novellierung des Berliner Vergabegesetzes im Lichte der *Rüffert*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes, 2008, verfügbar über: [www.tarifreue.de](http://www.tarifreue.de) (19.2.2011), 36 ff.

tariffähige Gewerkschaften schlechtere Bedingungen nur dann vereinbaren werden, wenn sie dafür an anderer Stelle mindestens gleichwertigen Ausgleich für die Beschäftigten erhalten.<sup>179</sup> Denn wie bereits oben betont: Innerstaatlich verfolgen nur Gewerkschaften eine Strategie tariflicher Unterbietungskonkurrenz, die entweder nicht gegnerfrei sind oder keine soziale Basis haben. Tariffähige Gewerkschaften hingegen betreiben untereinander allenfalls eine Hochlohnkonkurrenz. Hochlohnkonkurrenz stellt aber die für die Fälle eingeräumter Tarifdispositivität maßgebliche Annahme, dass Abweichungen von an sich geltenden Normen zu Ungunsten der Beschäftigten kompensiert werden, gerade nicht in Frage.

Sofern nun also das interne Arbeitsrecht auch im Hinblick auf Kernarbeitsbedingungen tarifdispositiv ist, stellt sich die Frage, ob es nur für Tarifabreden inländischer Tarifparteien dispositiv ist oder auch für diejenigen ausländischer Tarifparteien. Sollen also Mindestarbeitsbedingungen, die von einem Mitgliedsstaat auf der Basis der Entsenderichtlinie zum Schutz arbeitsrechtlicher Territorialität gerade erst wieder auf Entsendearbeit erstreckt wurden, zur Disposition auch ausländischer Tarifparteien stehen? So gestellt scheint die Antwort auf der Hand zu liegen: Die die Tarifdispositivität tragende Annahme der Kompensation von Abweichungen zum Nachteil der Beschäftigten gilt für ausländische Tarifparteien nicht, soweit mit den nachteiligen Vereinbarungen eine Strategie kompetitiver Lohnfestlegung verfolgt werden soll. Die Abweichung hat dann nämlich den einzigen Zweck, die eigene grenzüberschreitend erbrachte Arbeit gegenüber der Inlandsarbeit zu verbilligen. Es gehört zur Strategie, die von ausländischen Unternehmen und den beteiligten Gewerkschaften unter Umständen sogar gemeinsam verfolgt wird, dass keine Kompensation gewährt würde. Der nach der Entsenderichtlinie europarechtlich teils gebotene, teils erlaubte Schutz arbeitsrechtlicher Territorialität durch die Einbeziehung von Entsendearbeit in den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts des Gaststaates würde demnach geradezu unterminiert, wenn die in das eigene Arbeitsrecht eingeflochtene Tarifdispositivität auch von ausländischen Tarifparteien genutzt werden könnte. Dispositiv dürften die maßgeblichen Regelungen also eigentlich nur für inländische Tarifverträge sein. Ausländischen Tarifverträgen müsste eine entsprechende Verdrängungswirkung inländischer Standards versagt werden.

Das Problem ist nur: Aus der europäischen Dienstleistungsfreiheit hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Laval* anhand eines schwedischen

179 Allgemein zum Sinn tarifdispositiven Gesetzesrechts: M. Schlachter/M. Klauk, Tarifdispositivität – eine zeitgemäße Regelung?, in: AuR 2010, 354.

Sachverhalts abgeleitet, dass eine rechtliche Ungleichbehandlung inländischer oder ausländischer Tarifverträge europarechtlich unzulässig sei.<sup>180</sup> Auf die deutsche Konstellation bezogen bedeutet dies, dass auch die hier gerade erörterte Beschränkung der Tarifdispositivität auf inländische Tarifverträge gegen europäisches Recht verstieße. Bei diesem Diktum des Europäischen Gerichtshofes handelt es sich um einen bisher wenig beachteten und noch weniger kritisierten Aspekt der *Laval*-Entscheidung. Der muss darum im folgenden Abschnitt (B.) erst einmal vorgestellt (I.) und analysiert werden (II.).

## **6.2 Die Laval-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes**

### **6.2.1 Gebot der Gleichbehandlung in- und ausländischer Tarifverträge**

In der *Laval*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes ging es um eine schwedische Regelung zur Friedenspflicht. Das schwedische Arbeitskampfrecht enthielt die Regel, dass ausländische Tarifverträge keine Friedenspflicht gegen schwedische Gewerkschaften auslösen. Auf dieser Grundlage sollte es den schwedischen Gewerkschaften ermöglicht werden, durch Kampf- und (in Schweden erlaubte) Boykottmaßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass auch entsandte Arbeitnehmer, selbst wenn ihre Arbeitsverhältnisse von einem ausländischen Tarifvertrag erfasst sind, einem schwedischen Tarifvertrag unterstellt werden, der eine Entlohnung auf schwedischem Niveau regelt.

Stein des europarechtlichen Anstoßes des Europäischen Gerichtshofes war nun, dass das schwedische Arbeitskampfrecht den ausländischen Tarifvertrag anders behandelt als inländische Tarifverträge. Aus Sicht des Gerichtshofes lag darin zugleich eine Ungleichbehandlung des ausländischen Unternehmers, der sich an den ausländischen Tarifvertrag gebunden hat und zu diesen Bedingungen seine Dienstleistungen in Schweden erbringen will.<sup>181</sup> Diese Ungleichbehandlung sei nicht durch die im Vertrag in Art. 52 des Vertrages über die Arbeitsweise der Union (AEUV) vorgesehenen Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit zu rechtfertigen.<sup>182</sup> Deswegen handele es sich um eine verbotene Diskriminierung. Die Berufung auf zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses

180 EuGH, Urt. v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05 (*Laval*), Tenor zu 2 und Rn. 112-120.

181 EuGH, a.a.O., Rn. 116.

182 EuGH, a.a.O., Rn. 117.

ses, zu denen nicht zuletzt der Schutz der Arbeitnehmer und die Sicherung fairen Wettbewerbs zählt, hat der Europäische Gerichtshof hingegen von vorne herein nicht zugelassen.<sup>183</sup>

Dem muss man folgende Botschaft entnehmen: Jedes mitgliedstaatliche Arbeitsrecht muss ausländischen Tarifverträgen dieselben Rechtswirkungen zustehen wie inländischen.<sup>184</sup> Die Unterschreitung gesetzlicher oder allgemeinverbindlicher Mindestarbeitsbedingungen nur den inländischen Tarifverträgen zu ermöglichen ist hiernach unzulässig. Das angesichts im Innern bestehender Tarifdispositivität eben erwogene Gegenmittel gegen transnationale Tarifunterbietung erscheint also europarechtlich ausgeschlossen.

### **6.2.2 Kritik: Unzulässig verengte Rechtfertigungsmöglichkeit**

Dessen ungeachtet ist dieses Gebot der rechtlichen Gleichbehandlung ausländischer Tarifverträge in der deutschen Literatur kaum problematisiert worden. Dort dominierten andere Aspekte der *Laval*-Entscheidung, allem voran die Auslegung der Entsenderichtlinie. Doch der hier besprochene Teil ist nicht weniger problematisch, gerade auch in methodischer Hinsicht.

Im Recht der Grundfreiheiten sind zwei Arten von Rechtfertigungen für Grundfreiheitsbeeinträchtigungen zu unterscheiden. Die eine sind die im AEUV enthaltenen Rechtfertigungen, im Bereich der Dienstleistungsfreiheit eben die Gründe öffentlicher Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit. Die andere sind die ungeschriebenen Rechtfertigungen durch ein zwingendes Allgemeinwohlerfordernis, für dessen Verfolgung die jeweils fragliche mitgliedstaatliche Regelung geeignet und erforderlich sein muss. Nach verbreitetem Verständnis der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes richtet es sich nach der Art der Beeinträchtigung einer Grundfreiheit, welche Rechtfertigungsgründe vom Mitgliedstaat vorgebracht werden können, um seine Regelung zu stützen. *Unmittelbare* Diskriminierungen eines Grundfreiheitsträgers können nur durch die im Vertrag vorgesehenen Gründe gerechtfertigt werden. Im Falle von Benachteiligungen und *mittelbaren* Diskriminierungen eines Grundfreiheitsträgers kann sich der Mitgliedstaat auch auf die

183 Vgl. EuGH, a.a.O., 118 f..

184 Der EuGH scheint einen Raum für Ausnahmen zu öffnen, wenn er andeutet, dass mögliche Ungleichbehandlungen auf den Inhalt des ausländischen Tarifvertrages gestützt werden könnten (EuGH, a.a.O., Rn. 116). Ein tarifinhaltsbezogener Spielraum lässt sich indessen jedenfalls im deutschen Rahmen angesichts des Faktums von Tarifpluralität und des Verbots der Tarifzensur nicht nutzen. Dazu eingehend: F. Rödl/F. Stumpf, Einfallstore transnationaler Lohnkonkurrenz, Gutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, im Erscheinen, 52 ff.



geeignete und erforderliche Verfolgung zwingender Allgemeinwohlerfordernisse berufen.<sup>185</sup>

Für die Rechtfertigungsmöglichkeiten des Mitgliedstaates ist also die Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung des Grundfreiheits-trägers zentral. Die ist indessen leicht zu begreifen. Eine *unmittelbare* Diskriminierung liegt vor, wenn die fragliche Regelung unmittelbar an die ausländische Nationalität des Grundfreiheitsträgers anknüpft, im Falle eines Unternehmens an dessen ausländischen Sitz.<sup>186</sup> Eine *mittelbare* Diskriminierung liegt vor, wenn die Regelung nicht an ausländische Nationalität oder Sitz anknüpft, aber die Regelung faktisch überwiegend zu Lasten der ausländischen Grundfreiheitsträger wirkt.<sup>187</sup>

Nun war oben zu berichten, dass der Europäische Gerichtshof im Fall *Laval* nur Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zählen lassen wollte und Schweden die Berufung auf zwingende Allgemeininteressen von vorne herein versagt hat. Das bedeutet also eigentlich, dass der Europäische Gerichtshof in der Ungleichbehandlung ausländischer Tarifverträge eine unmittelbare Diskriminierung gesehen haben müsste.<sup>188</sup> Aber das wäre ein doch recht grober Irrtum. Grundfreiheitsträger ist schließlich nicht der Tarifvertrag. Grundfreiheitsträger ist der ausländische Unternehmer, der einen ausländischen Tarifvertrag abgeschlossen hat. Nach der streitgegenständlichen schwedischen Arbeitskämpfregel galt gegenüber dem ausländischen Unternehmer nicht deswegen keine Friedenspflicht, weil er ausländischer Unternehmer war. Das wäre in der Tat eine unmittelbare Diskriminierung gewesen. Der ausländische Unternehmer wird vielmehr deswegen anders behandelt, weil er keinen dem schwedischen Recht unterliegenden Tarifvertrag geschlossen hatte. Letzteres ist ihm als ausländischem Unternehmer auch nicht etwa rechtlich unmöglich, sondern genau dazu soll er durch die Kampfmaßnahmen der schwedischen Gewerkschaften gezwungen werden.

Demgegenüber besteht sicherlich kein Zweifel, dass die schwedische Arbeitskämpfregel sich faktisch überwiegend zu Lasten ausländischer Grundfreiheitsträger auswirkt. Denn für diese ist es natürlich schwieriger, schwedischem Recht unterliegende Tarifverträge abzuschließen, als für inländische Unternehmen.

185 Etwa M. Herdegen, *Europarecht*, 11. Aufl., 2009, § 15 Rn. 5; R. Streinz, *Europarecht*, 8. Aufl., 2008, Rn. 829 mit 871; C.D. Classen in Th. Oppermann/C.D. Classen/M. Nettesheim, *Europarecht*, 4. Aufl., 2009, § 26 Rn. 19 mit § 23 Rn. 7.

186 R. Streinz, a.a.O., Rn. 793.

187 R. Streinz, a.a.O., Rn. 798.

188 Man kann die Einordnung als unmittelbare Diskriminierung nur indirekt erschließen, weil der Europäische Gerichtshof bemerkenswerterweise bei seiner Prüfung gerade unbestimmt nur von einer „Diskriminierung“ spricht; siehe EuGH, a.a.O., Rn. 116.

Aber damit ist eben nur das Kriterium *mittelbarer* Diskriminierung erfüllt, mit der wichtigen Folge, dass die von Schweden angeführten zwingenden Allgemeinwohlinteressen als Rechtfertigungsgrund zumindest einmal zu prüfen gewesen wären. Letztendlich hätte Schweden mit einer Berufung auf zwingende Allgemeinwohlinteressen nicht nur gehört werden, sondern auch durchdringen müssen. Die schwedische Arbeitskampfregel war ein Mittel zur Milderung transnationaler Lohnkonkurrenz im besonders problematischen Dienstleistungssektor und verteidigte die Territorialität des Arbeitsrechts. Wie erläutert, dient beides nicht nur dem Schutz der Arbeitnehmer, sondern gehört auch zu den Grundbedingungen von Sozialstaatlichkeit. Für diese Zwecke ist die Regel sicherlich auch geeignet und erforderlich.<sup>189</sup>

Kurz zusammengefasst: Das in der *Laval*-Entscheidung ausgesprochene Diktum des Europäischen Gerichtshofes einer Pflicht zur rechtlichen Gleichbehandlung ausländischer Tarifverträge ist rechtlich grob fehlerhaft. Denn obgleich in der rechtlich ungleichen Behandlung eines ausländischen Tarifvertrages nur eine mittelbare Diskriminierung eines Grundfreiheitsträgers liegen kann, hat der Gerichtshof die im Ergebnis an sich triftige Berufung auf zwingende Allgemeininteressen nicht zugelassen.

### **6.3 Ansatzpunkte für Strategien transnationaler Tarifunterbietung**

Nachdem also der Europäische Gerichtshof verlangt, in- und ausländische Tarifverträge im mitgliedstaatlichen Arbeitsrecht gleich zu behandeln, bieten sich im deutschen Arbeitsrecht in vier Bereichen gegenwärtig oder potentiell Ansatzpunkte für unternehmerische Strategien transnationaler Tarifunterbietung.<sup>190</sup> Im Bereich des öffentlichen Höchstarbeitszeitrechts (ArbZG) und im Recht der Leiharbeit (AÜG) können nach geltender Rechtslage die Standards durch Tarifverträge unterlaufen werden. In den Bereichen der Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen durch Rechtsverordnungen im Recht der Entsendearbeit (AEntG) und im Recht der Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG) hängt die Möglichkeit der Unterbietung davon ab, ob die derzeitige gesetzliche Lage, die eine Tarifunterbietung an sich verhindert, den gegen sie geführten verfassungsrechtlichen Angriffen

189 Ausführlich: F. Rödl/F. Stumpf, a.a.O., 11 ff.

190 Das Folgende beruht auf: F. Rödl/F. Stumpf, a.a.O., 20 ff.

standhält. Schließlich bleibt der Bereich der allgemeinverbindlichen Tarifverträge (§ 5 des Tarifvertragsgesetzes (TVG)), wobei unter diesen die Tarifverträge, die dem AEntG unterfallen, einen Sonderfall bilden.

### **6.3.1 Höchstarbeitszeit**

Das ArbZG regelt unabhängig von einzel- oder tarifvertraglichen Festlegungen die gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit. Die Grundsatznorm begrenzt die zulässige Dauer eines Arbeitstages auf zehn Stunden und bezogen auf einen Ausgleichszeitraum von 24 Wochen auf durchschnittlich acht Stunden (§ 3 ArbZG). Daneben sind Regelungen zu Ruhephasen, sowie zu Nacht- und Schichtarbeit enthalten. Verstöße des Arbeitgebers gegen die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten sind mit Bußen oder sogar Strafen belegt. In § 7 ArbZG findet sich eine ausdrückliche Öffnung für Vereinbarungen in Tarifverträgen, mit denen von den wesentlichen Vorgaben des ArbZG abgewichen werden darf. Die abweichende tarifliche Abrede darf aus Sicht der Beschäftigten gerade auch ungünstiger sein als die gesetzliche Regelung, also insbesondere längere Arbeitszeiten erlauben. Es ist also klar, dass inländische Tarifverträge die gesetzlichen Standards zur Höchstarbeitszeiten unterlaufen dürfen. Darüber hinaus dürfen tarifliche Abweichungen zum Gegenstand individueller Vereinbarung gemacht werden, wenn das Arbeitsverhältnis in den Anwendungsbereich des maßgeblichen Tarifvertrages fällt.

Das ArbZG findet nicht nur auf inländische Arbeitsverhältnisse Anwendung, sondern es greift, sobald im Inland gearbeitet wird. Ob die Inlandsarbeit von entsandten Arbeitnehmern verrichtet wird und welchem Recht deren Arbeitsverhältnisse oder die darüber hinaus maßgeblichen Tarifverträge unterliegen, spielt keine Rolle. Darum wird die Frage relevant, ob sich auch Unternehmen, die Arbeitnehmer zur Inlandsarbeit entsenden, die in § 7 ArbZG geregelte Tarifdispositivität zunutze machen können, und zwar durch den Abschluss eines Tarifvertrages mit einer heimischen Gewerkschaft, der dann auch dem Heimatrecht unterliegt. Nach der *Laval*-Rechtsprechung ist diese Frage zu bejahen: Die Regelungen des ArbZG können auch durch ausländische Tarifverträge zum Nachteil der Beschäftigten unterschritten werden.

### 6.3.2 Gleichbehandlung in der Leiharbeit

Das Recht der Leiharbeit enthält in § 9 Nr. 2 i.V.m. § 10 Abs. 4 AÜG den so genannten Gleichbehandlungsgrundsatz (*equal pay*). Der Grundsatz besagt, dass für verliehene Arbeitnehmer im Verhältnis zum Verleiher im Wesentlichen dieselben Arbeitsbedingungen gelten müssen wie für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist gemäß § 9 Nr. 2 AÜG aber tarifdispositiv. Die Vorschrift enthält also zugleich die Regelung, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz verdrängt werden kann durch einen Tarifvertrag der Leiharbeitsbranche. Der gilt dann vorrangig, und zwar für das einzelne Leiharbeitsverhältnis entweder kraft tariflicher Bindung beider Vertragsparteien oder durch individualvertragliche Bezugnahme auf einen solchen Tarifvertrag, sofern das Leiharbeitsverhältnis in den Anwendungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrages fällt.<sup>191</sup> Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann also durch inländische Tarifverträge unterlaufen werden.

Der leiharbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz greift auch bei Verleihung aus dem Ausland. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 2 Nr. 4 AEntG. Wenn also ein ausländischer Verleiher Arbeitnehmer entsendet, um darüber seine Dienstleistung des Verleihs von Arbeitnehmern grenzüberschreitend zu erbringen, dann muss er dem verliehenen Arbeitnehmer eigentlich dieselben Bedingungen gewähren, wie sie einem vergleichbaren Arbeitnehmer im Betrieb des inländischen Entleihers zustehen. Allerdings muss dem ausländischen Verleiher nach der *Laval*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes ebenso wie dem inländischen die Möglichkeit eröffnet werden, das Gleichbehandlungsgebot durch eine tarifliche Vereinbarung über Leiharbeitsbedingungen zu unterlaufen.

In diesem Zusammenhang ist zu gewärtigen, dass die transnationale tarifliche Unterschreitung des leiharbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bisher noch keine größere praktische Relevanz entfalten konnte, weil es die grenzüberschreitende Leiharbeit im Verhältnis zu den neuen Mitgliedstaaten Mittel- und Osteuropas bislang noch nicht gab. Denn bis zum 30.4.2011 erhalten Leiharbeiter aus diesen Mitgliedstaaten keine deutsche Arbeitsgenehmigung (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 Arbeitsgenehmigungsverordnung). Nach diesem Termin jedoch ist damit zu rechnen, dass die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten in den passenden Branchen umgehend genutzt werden.

191 Ein Tarifvertrag der Leiharbeitsbranche greift jedoch nicht, wenn die Arbeitnehmer an einen Entleiher verliehen werden, dessen eigene Arbeitsverhältnisse unter einen Tarifvertrag im Anwendungsbereich des AEntG fallen (vgl. § 8 Abs. 3 AEntG).

### 6.3.3 Gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen

Gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen können gegenwärtig auf der Grundlage von § 7 AEntG für die dem AEntG unterliegenden Branchen, von § 11 AEntG für die Pflegebranche und allgemein aufgrund von § 4 MiArbG erlassen werden. Regelungsform ist in allen Fällen die Rechtsverordnung. Während bei Rechtsverordnungen nach § 11 AEntG und § 4 MiArbG die Lohnsätze durch eine Kommission vorgeschlagen werden, werden auf Basis von § 7 AEntG die Regelungen eines verhandelten Tarifvertrages zum Inhalt einer Rechtsverordnung. Die folgende Darstellung konzentriert sich der Einfachheit halber auf Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG, entsprechendes gilt jedoch auch für die anderen Verordnungsermächtigungen.

Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG finden auch auf Entsendearbeitsverhältnisse Anwendung. Insofern wird die Frage relevant, ob gleichwohl eine Unterbietung der Regelungen der Verordnung durch inländische Tarifverträge zulässig ist. Denn die gleiche Wirkung müsste nach der *Laval*-Entscheidung auch ausländischen Tarifverträgen beigelegt werden. Der Zweck der Vorschriften des Arbeitnehmerentsendegesetzes, zur Begrenzung von Lohnkonkurrenz und zur Sicherung der Territorialität des Arbeitsrechts zumindest in einigen Branchen das Prinzip gleichen Lohns für gleiche Arbeit am gleichen Ort zu garantieren, wäre damit unterminiert.

Mit der Neufassung des AEntG in 2009 wurde klargestellt, was im gerichtlichen Verfahren um den rechtlichen Bestand der sogenannten Post-Mindestlohnverordnung<sup>192</sup> rechtlich umstritten war: Die Regelungen einer Verordnung nach § 7 AEntG können nicht durch inländische Tarifverträge unterlaufen werden. Die Rechtsverordnung findet auf alle Arbeitsverhältnisse Anwendung, die den Regelungen des verordneten Tarifvertrages nicht schon kraft Tarifbindung (§ 3 Abs. 1 TVG) unterliegen, unabhängig davon, ob sie den Regelungen eines anderen Tarifvertrages kraft Tarifbindung unterliegen oder nicht. Die Regelungen einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG können also schon nicht durch inländische Tarifverträge unterlaufen werden. Auf Basis dieser neuen Rechtslage sind die Dinge also eindeutig. Auch eine transnationale Unterbietung der in einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG gesetzten Arbeitsbedingungen ist ausgeschlossen.

192 Vor allem VG Berlin, Urt. v. 7.3.2008 – VG 4 A 439/07, in: NZA 2008, 482.

Allerdings ist eben diese Rechtslage verfassungsrechtlicher Kritik ausgesetzt.<sup>193</sup> Die Kritiker sehen in der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG, die Vorrang vor Tarifverträgen beanspruchen, einen Eingriff in die Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 des Grundgesetzes (GG)). Denn, so wird argumentiert, gesetzliche Mindestlohnvorschriften stärkten die Seite der Gewerkschaften und stellten so eine Verschiebung im Kräfteverhältnis zwischen den Tarifparteien dar. Letzteres hat das Bundesverfassungsgericht in der Tat als Eingriff in die Tarifautonomie klassifiziert.<sup>194</sup> Nach Meinung der Kritiker ist dieser Eingriff nicht durch Rückgriff auf andere Grundrechte oder Verfassungsgüter zu rechtfertigen. Ein zentrales Argument ist in diesem Zusammenhang, dass die Ermächtigung nach § 7 AEntG nicht darauf beschränkt ist, Lohnsätze zur Garantie eines sozialen Existenzminimums zu verordnen. Deshalb könne insbesondere ein Verweis auf die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 GG) nicht durchgreifen, weil die Ermächtigung in § 7 AEntG eben darüber hinaus geht.

Sollte diese Kritik vor den Gerichten Gehör finden, ist indessen nicht damit zu rechnen, dass diese selbständig die Ermächtigung in § 7 AEntG gegen Wortlaut und gesetzgeberische Absicht grundrechtskonform auf die Verordnung existenzsichernder Löhne reduzieren. Stattdessen wird am Ende das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung berufen werden, so dass die Möglichkeit einer tariflichen Unterbietung von Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG erst in Folge eines Karlsruher Spruchs eintreten würde. Wenn es aber dazu käme, dann gilt nach der *Laval*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes, dass dann auch ausländische Tarifverträge Vorrang vor Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG verlangen können. Der im Kern auf die Problematik transnationaler Lohnkonkurrenz und den Schutz arbeitsrechtlicher Territorialität ausgerichtete Schutzzweck des AEntG wäre damit ausgehöhlt.

### **6.3.4 Allgemeinverbindliche Lohn- und Arbeitszeitnormen**

Im Fall von Lohn- und Arbeitszeitnormen von nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen ist gleich eingangs zu unterscheiden. Für allgemeinverbindliche Tarifverträge, die in den Anwendungsbereich des AEntG fallen,

193 H. Sodann/M. Zimmermann, Tarifvorrangige Mindestlöhne versus Koalitionsfreiheit, in: NJW 2009, 2001; G. Thüsing, Mindestlohn im Spannungsverhältnis staatlicher und privatautonomer Regelung, in: ZfA 2009, 590; H.-J. Willemsen/A. Sagan, Mindestlohn und Grundgesetz, in: NZA 2008, 1216; siehe auch: M. Fischer, Gesetzlicher Mindestlohn – Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit?, in: ZRP 2007, 20.

194 BVerfG, Beschl. v. 27.3.1999 – 1 BvR 2203/93 und 1 BvR 897/97, in: NJW 1999, 3033.

gilt zunächst dasselbe wie für Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG: Sie sind auf Entsendearbeitsverhältnisse anwendbar. Für allgemeinverbindliche Tarifnormen außerhalb des AEntG ist die Anwendbarkeit auf Entsendearbeitsverhältnisse hingegen fraglich.

Generell gilt für allgemeinverbindliche Tarifverträge, dass sie durch konkurrierende Tarifverträge unterboten werden können. Denn auch im Verhältnis von allgemeinverbindlichen und anderen Tarifverträgen gelten die Regelungen zur Tarifkonkurrenz.<sup>195</sup> Nach diesen ist für einen rechtlichen Vorrang des unterbietenden Tarifvertrages maßgeblich, ob er spezieller ist als der allgemeinverbindliche Tarifvertrag. Seit der Neuregelung des AEntG in 2009 ist indessen gesetzlich klargestellt, was zuvor bereits die Rechtsprechung anerkannt hatte<sup>196</sup>, nämlich dass die Konkurrenzregel bei Tarifverträgen im Anwendungsbereich des AEntG nicht greift eben. Diese allgemeinverbindlichen Tarifverträge treten also nicht hinter unterbietende speziellere Tarifverträge zurück. Entsprechend besteht auch keine Gefahr einer transnationalen Unterbietung dieser allgemeinverbindlichen Tarifverträge.

Bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen außerhalb des Anwendungsbereichs des AEntG liegen die Dinge grundlegend anders. Hier ist die transnationale Tarifunterbietung nämlich schon deswegen eröffnet, weil zumindest nach verbreitetem Verständnis der ständigen Rechtsprechung allgemeinverbindliche Tarifnormen auf Entsendearbeitsverhältnisse von vorne herein keine Anwendung finden.<sup>197</sup> Hier stellt sich also erst gar keine Frage nach einer rechtlich eröffneten Möglichkeit interner tariflicher Unterbietung, die dann aufgrund der *Laval*-Rechtsprechung auch ausländischen Tarifverträgen zu eröffnen wäre. Vielmehr ist gerade und nur die transnationale tarifliche Unterbietung möglich, weil die Tarifnormen trotz ihrer Allgemeinverbindlichkeit gar keine Anwendung auf Entsendearbeitsverhältnisse finden sollen.

Indessen ergeben sich aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gewisse Anhaltspunkte für die Annahme, dass zumindest Lohn- und Arbeitszeitnormen eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages mit Blick auf ihre öffentliche Funktion<sup>198</sup> künftig auch auf Entsendearbeitsverhältnisse Anwendung

195 O.E. Kempen, in O.E. Kempen/U. Zachert, TVG, 4. Aufl., 2006, § 5 Rn. 41.

196 Siehe etwa: BAG, Urt. v. 18.19.2006 – 10 AZR 576/05, in: BAGE 120, 1.

197 Siehe etwa Th. Lakies, in: W. Däubler, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl., 2006, § 5 Rn. 166; O.E. Kempen, a.a.O., § 5 Rn. 53.

198 Vgl. das „öffentliche Interesse“ als Voraussetzung der Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG.

finden könnten.<sup>199</sup> Indes greifen bei gewöhnlichen allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, wie dargestellt, die Regelungen zur Tarifkonkurrenz: Konkurrierende Tarifverträge, sofern sie spezieller sind, haben Vorrang. Das gilt für inländische Tarifverträge und muss nach der *Laval*-Rechtsprechung auch für ausländische gelten. Das bedeutet am Ende: Selbst wenn der Anwendungsbereich allgemeinverbindlicher Tarifverträge durch die Rechtsprechung auf Entsendearbeitsverhältnisse ausgedehnt werden sollte, so bleibt deren transnationale tarifliche Unterbietung durch speziellere Firmentarifverträge weiter möglich.

## **6.4 Kontrolle der Tariffähigkeit ausländischer Gewerkschaften?**

Im deutschen Kontext ist die in § 2 TVG angelegte Kontrolle der Tariffähigkeit der Tarifparteien und insbesondere der tarifschließenden Gewerkschaft als Schlüssel gegen Strategien der tariflichen Unterbietung anzusehen. Entsprechend liegt die Frage nahe, ob den im vorigen Abschnitt geschilderten aktuell gegebenen oder sich potentiell eröffnenden Möglichkeiten transnationaler tariflicher Unterbietung nicht durch eine entsprechende Kontrolle der Tariffähigkeit der ausländischen Gewerkschaften begegnet werden könnte.<sup>200</sup> Die Frage ist wohl leider zu verneinen.

### **6.4.1 Kein effektiver Schutz vor transnationaler Tarifunterbietung**

Im Eingangsabschnitt wurde die sozio-ökonomische Differenz von interner und transnationaler Unterbietungsstrategie entfaltet. Interne tarifliche Unterbietungskonkurrenz wird von „gelben“ und marginalen Gewerkschaften ohne soziale Machtbasis betrieben. Transnationale tarifliche Unterbietung ist hingegen Teil einer kompetitiven Lohnpolitik, die durch den Kontext transnationaler Lohnkonkurrenz nahe gelegt wird. Das bedeutet: Es sind gerade nicht nur „gelbe“ oder marginale Gewerkschaften, die in einer solchen Strategie mitwirken. An den Maßstäben des Entsendestaates gemessen kommen die Gewerkschaften womöglich durchaus zu ordentlichen, vielleicht sogar zu ungewöhnlich hohen Lohnabschlüs-

199 BAG, Urt. v. 9.7.2001 – 10 AZR 593/02, in: RdA 2004, 175; BAG, Beschl. v. 6.11.2002 – 5 AZR 617/01, in: NZA 2003, 490. Ausführlich dazu F. Rödl/F. Stumpf, a.a.O., 28 ff.

200 Entsprechende Überlegungen bei B. Zwanziger, Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen „Laval“ und „Viking“, in: DB 2008, 294; E. Kocher, Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht?, in: AuR 2008, 13 (18); G. Thüsing, a.a.O., 625 und 627.



sen, so dass man ihnen selbst aus gewerkschaftlicher Sicht zunächst einmal nichts vorwerfen kann.<sup>201</sup> Aber das ändert nichts daran, dass die Abschlüsse, sofern sie über Entsendearbeit auch im Inland wirksam werden, funktional kompetitiv wirken und in die arbeitsrechtliche Territorialität eingreifen.

Das bedeutet, dass die Kontrolle der Tariffähigkeit nach dem deutschen Maßstab in § 2 TVG dysfunktional wäre, um transnationale Lohnkonkurrenz zu mildern und arbeitsrechtliche Territorialität zu verteidigen. Natürlich ist nicht auszuschließen, dass gerade beim Abschluss ausländischer Firmentarifverträge auch „gelbe“ und sozial marginale Gewerkschaften in unternehmerische Unterbietungsstrategien einbezogen werden. Aber es ist nach dem Gesagten nicht damit zu rechnen, dass sich durch den Ausschluss dieser Fälle der transnationalen Unterbietungskonkurrenz Herr werden ließe. Auf gewerkschaftlicher Seite können ebenso gut Gewerkschaften agieren, die im Kontext der heimischen Arbeitsbeziehungen sowohl gewerkschaftsfrei als auch hinreichend sozial mächtig sind.

#### **6.4.2 Fehlende Aussagekraft im ausländischen Tarifkontext**

Hinzu kommt ein weiteres Problem. Man nähert sich diesem, indem man sich zunächst einmal vor Augen führt, was die Kontrolle ausländischer Tarifverträge anhand von § 2 TVG aus Sicht der betroffenen ausländischen Tarif- und Rechtsordnung bedeutet. Die ausländische Tarif- und Rechtsordnung wird nämlich eigene Wirksamkeitsvoraussetzungen für Tarifverträge kennen, die sich vor dem Hintergrund der rechtlichen und sozialen Struktur der heimischen Arbeitsbeziehungen herausgebildet haben. Sie mögen weniger anspruchsvoll sein als die deutschen, aber sie werden aus Sicht der eigenen Rechtsordnung einen guten Sinn haben. Aus der Perspektive der ausländischen Rechtsordnung wäre es da gut nachvollziehbar, wenn die deutsche Rechtsordnung, sofern es um die wirksame Nutzung von Tarifdispositivität durch ausländische Tarifverträge geht, jene Tarifverträge daraufhin befragt, ob sie *nach dem ausländischen* Recht wirksam sind. Weniger nachvollziehbar wäre es aus Sicht der ausländischen Tarif- und Rechtsordnung, wenn dem deutschen Recht die ausländischen Wirksamkeitskriterien nicht gut genug wären und es meint, darum *zusätzlich die eigenen deutschen* in Anschlag bringen zu müssen.

201 Anders wäre es, wenn die europäischen Gewerkschaften verabredeten, Entsendearbeit nicht in den Anwendungsbereich ihrer Tarifverträge einzubeziehen, sofern dies nach nationalem Recht rechtlich möglich ist.

Sowohl das arbeitskollisionsrechtliche wie auch das europarechtliche Judiz dürften sich an einem solchen Ansatz stoßen. Die Seite der rechtlichen Zulässigkeit soll hier aber nicht weiter vertieft werden.<sup>202</sup> Wichtiger erscheint, dass der Ansatz auch in der Sache nicht überzeugt. Wie bereits gesagt: Die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen haben die Wirksamkeitskriterien für Tarifverträge vor dem Hintergrund der rechtlichen und sozialen Struktur ihrer Arbeitsbeziehungen entwickelt. Die deutschen Kriterien der Tariffähigkeit nach § 2 TVG sind im Kontext der deutschen Arbeitsbeziehungen entwickelt worden. Maßgeblich für die deutschen Kriterien sind vor allem die beidseitig nur mitgliedschaftlich vermittelte normative Wirkung von Tarifverträgen und der soziologische Hintergrund, dass die tarifliche Szene weithin von Flächentarifverträgen und starken Branchengewerkschaften bestimmt wird. Vor diesem Hintergrund zeitigen die Kriterien der Tariffähigkeit, richtig gehandhabt, aussagekräftige Ergebnisse. Sie lassen sich aber nicht bruchlos und unvermindert aussagekräftig in die Strukturen ausländischer Arbeitsbeziehungen hineinsetzen. Das gilt etwa für solche, in denen es für die rechtliche Wirkung allein auf die Bindung des Arbeitgebers ankommt, oder für solche, in denen Tarifverträge stets allgemeinverbindlich werden. Denn da spielt etwa die Stärke der Mitgliedschaft, in Deutschland ein wichtiges Indiz für die hinreichende soziale Mächtigkeit, keine Rolle. Dies gilt aber auch für solche Rechtsordnungen, in denen es keine stark entwickelte Gewerkschaftslandschaft gibt und wo weitgehend nur Firmentarifverträge geschlossen werden. Würden dort die Anforderungen an Tariffähigkeit etwa nach dem Vorbild von § 2 TVG zu hoch gesteckt, könnten sich mutmaßlich effektivere gewerkschaftliche Organisation und Tarifpartnerschaft nicht entwickeln.

Es sei an dieser Stelle also nicht bestritten, dass es rechtstechnisch möglich wäre, ausländische Tarifparteien einer Kontrolle am Maßstab von § 2 TVG zu unterwerfen. Es ist nur zu bezweifeln, dass das im und für den Kontext deutscher Arbeitsbeziehungen entwickelte Kriterium der Tariffähigkeit geeignet und aussagekräftig ist, um auch für den Kontext ausländischer Arbeitsbeziehungen unausgewogene Tarifabschlüsse herauszufiltern.

202 Ausführliche rechtliche Untersuchung bei F. Rödl/F. Stumpf, a.a.O., 59 ff.

### **6.4.3 Mangelnde Praktikabilität**

Abschließend erheben sich Bedenken mit Blick auf die schlichte Praktikabilität einer Prüfung der Tariffähigkeit ausländischer Tarifparteien durch inländische Arbeitsgerichte. Über inländische Gewerkschaften ist eine Vielzahl von Informationen geradezu gerichtsbekannt oder sie können von den beteiligten Parteien ohne große Schwierigkeiten eruiert und in ein gerichtliches Verfahren eingebracht werden. Hingegen fehlen ein vergleichbares Hintergrundwissen oder leicht zugängliche Informationen mit Blick auf ausländische kollektive Arbeitsbeziehungen nahezu völlig. Kein deutscher Arbeitsrichter weiß, ob es in Tschechien Einheits- oder Richtungsgewerkschaften gibt, welche lettischen Gewerkschaften traditionell stark sind, wie schnell Gewerkschaften in Polen formiert werden und wieder zerfallen können, oder ob die Gewerkschaft XY in Rumänien angesichts ihrer Gründungsumstände im Verdacht steht „gelbe Gewerkschaft“ zu sein. Den Sekretären der deutschen Gewerkschaften geht es im Zweifelsfall ähnlich und den Vertretern der Arbeitgeber und der Arbeitgeberverbände ebenso. Auf der Basis dieser allseits verbreiteten tiefgreifenden Unkenntnis des Systems und der Akteure ausländischer kollektiver Arbeitsbeziehungen mag man eine Kontrolle der Tariffähigkeit ausländischer Gewerkschaften vielleicht für die Arbeitsgerichte beanspruchen. Durchführen lässt sie sich realistischerweise nicht.

### **6.4.4 Alternative: soziale Mächtigkeit im deutschen Tarifgeschehen?**

Die Einwände gegen den Vorschlag, der transnationalen Tarifunterbietung mittels einer Kontrolle der Tariffähigkeit anhand von § 2 TVG zu begegnen, lauten also mangelnde Effektivität, mangelnde Aussagekraft, mangelnde Praktikabilität. Diese Einwände würden freilich nicht treffen, wenn insbesondere die soziale Mächtigkeit – eines der zentralen Kriterien gewerkschaftlicher Tariffähigkeit – nicht auf den ausländischen Kontext bezogen würde, sondern die soziale Mächtigkeit im internen Kontext, also im Kontext der deutschen Arbeitsbeziehungen maßgeblich wäre. Der Ansatz wäre praktikabel, weil die Prüfung schnell und wohl in fast allen Fällen eindeutig ausfiele. Der Ansatz wäre auch effektiv, weil er letztlich wohl fast allen ausländischen Tarifverträgen Rechtswirkungen im Inland versagen würde. Indes könnte dieser Ansatz wohl nur dann europarechtlich, kollisionsrechtlich und tarifrechtlich bestehen, wenn seine eigentliche Funktion, die Wahrung des Schutzes arbeitsrechtlicher Territorialität trotz Tarifdispositivität, als seine legitime Grundlage anerkannt würde.

## 6.5 Auswege

Abschließend ist nun zu erwägen, wie den bestehenden oder drohenden Möglichkeiten transnationaler Tarifunterbietung effektiv begegnet werden kann. Zwei Strategien sind wesentlich. Erstens sollten die bislang von Rechts wegen eröffneten Möglichkeiten, an sich verbindliche Standards durch Tarifverträge zu unterschreiten, schlicht durch den Gesetzgeber geschlossen werden (I.). Sofern dies nicht möglich und namentlich aufgrund (von Missverständnissen) des Gehalts der verfassungsrechtlichen Garantie der Tarifautonomie ausgeschlossen sein sollte, wäre zu erwägen, die Belastbarkeit der *Laval*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes noch einmal pointiert zu testen (II.).

### 6.5.1 Rechtliche Möglichkeiten zur Tarifunterbietung verschließen

Die Möglichkeiten, die das Recht der transnationalen Tarifunterbietung öffnet, sind wie gesehen unterschiedlichen Typs. Der erste Typ ist die ausdrückliche Tarifdispositivität gesetzlicher Mindestarbeitsbedingungen. Im Arbeitszeitrecht sind die maßgeblichen Regelungen zur Höchstarbeitszeit tarifdispositiv gestellt (§ 7 ArbZG). Im Leiharbeitsrecht steht das Gleichbehandlungsgebot zur Disposition von Tarifparteien der Leiharbeitsbranche (§ 9 Nr. 2 AÜG). Die innerdeutschen Flexibilitätsansprüche an die Arbeitszeitgestaltung und arbeitszeitliche Besonderheiten einzelner Branchen werden es hindern, die Tarifdispositivität im Arbeitszeitrecht zu streichen. Im Bereich der Leiharbeit ist indessen dringend anzuraten, die Tarifdispositivität des Gleichbehandlungsgebotes gesetzgeberisch ersatzlos zu streichen und auch einen kommenden Mindestlohn für die Leiharbeitsbranche nicht tarifdispositiv zu stellen.<sup>203</sup>

Im Bereich gesetzlich vorgeschriebener Mindestentlohnung (§§ 7, 11 AEntG, § 4 MiArbG) ist der Vorrang des Gesetzes vor etwaig nach unten abweichenden Tarifverträgen gegenwärtig gesichert. Hier bleibt nur abzuwarten, ob die in der Literatur geführten Angriffe auf die Verfassungsmäßigkeit der entsprechenden Regelungen eines Tages auch bei Gericht verfangen. Wenn ja, müsste eine hierauf folgende Gesetzesänderung die einem unterbietenden Tarifvertrag unterliegenden Arbeitsverhältnisse aus dem Geltungsbereich der gesetzlichen Vorschriften he-

203 Letzteres ist offenbar im Zuge der Verhandlungen um die verfassungskonforme Regelung der Hartz IV-Sätze verabredet worden: Ein gesetzlicher Mindestlohn soll im AÜG ohne Tarifdispositivität verankert werden. Zu bedauern ist demgegenüber, dass die Tarifdispositivität des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach § 9 Nr. 2 AÜG nicht gestrichen wurde.

rausnehmen. Dann wäre eine Unterbietung nicht mehr zu verhindern. Hier wäre es darum vielleicht zu empfehlen, die wissenschaftliche Diskussion in eine günstigere Richtung zu treiben.

Im Bereich allgemeinverbindlicher Tarifverträge hängt die Möglichkeit einer Unterbietung davon ab, ob der jeweilige Tarifvertrag in den Anwendungsbereich des AEntG fällt. Ist dies der Fall, dann bestehen keine Unterbietungsmöglichkeiten. Trotz der Vergleichbarkeit mit den gesetzlichen Mindestbestimmungen sind hiergegen soweit ersichtlich noch keine relevanten verfassungsrechtlichen Einwände erhoben worden.

Bei gewöhnlichen allgemeinverbindlichen Tarifverträgen ist die transnationale Tarifunterbietung zweifach gesichert. Zum einen kann eine transnationale Unterbietung schon deswegen stattfinden, weil nach der bisherigen Rechtsprechung Tarifnormen allgemeinverbindlicher Tarifverträge schon grundsätzlich keine Anwendung auf Entsendearbeitsverhältnisse finden sollen. Zwar finden sich Anhaltspunkte für einen möglichen Wandel in der Rechtsprechung. Doch selbst wenn künftig zumindest Lohn- und Arbeitszeitnormen in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen auf Entsendearbeitsverhältnisse erstreckt würden, bliebe die Möglichkeit ihrer transnationalen Unterbietung durch konkurrierende Tarifverträge nach dem Spezialitätsgrundsatz. An die Stelle einer Hoffnung auf durchaus unsicheren Wandel der Rechtsprechung ließe sich ohne Weiteres eine gesetzgeberische Entscheidung in Gestalt einer Ergänzung von § 5 TVG setzen. Ebenso erforderte es eine gesetzgeberische Intervention, um den (ohnehin gebotenen) Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages vor spezielleren Unterbietungstarifverträgen zu statuieren.

### **6.5.2 Belastbarkeit der Laval-Entscheidung des EuGH testen**

Sofern die rechtliche Schließung der Möglichkeiten transnationaler Tarifunterbietung nicht praktikabel (ArbZG), womöglich verfassungsrechtlich unzulässig (AEntG, MiArbG) oder nur schwerlich durchsetzbar (AÜG, TVG) sind, kommt den Gerichten in der Auseinandersetzung um transnationale Tarifunterbietung eine Schlüsselrolle zu. Sie können in diesem Zusammenhang zum einen den hier diskutierten und an sich verworfenen Weg einer Prüfung der Tariffähigkeit ausländischer Gewerkschaften nach § 2 TVG ausloten. Alternativ könnten sie nach Gelegenheiten suchen, um die Belastbarkeit der *Laval*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zu testen. So ließe sich – vor dem Hintergrund der öffentlichen Diskussion um die Entscheidungsreihe *Viking, Laval, Rüffert, Kommission vs.*

*Luxemburg, Kommission vs. Bundesrepublik Deutschland*<sup>204</sup> – noch einmal gezielt ausloten, ob der Europäische Gerichtshof wirklich an der Auffassung festhalten will, dass die unternehmerische Nutzung transnationaler Lohnkonkurrenz und die Auflösung des für das gesellschaftliche Kräfteverhältnis zentrale Territorialitätsprinzip im Arbeitsrechts wirklich zu den Grundfesten europäischer Integration durch Recht zählen.

Der Ansatzpunkt einer entsprechenden juristischen Strategie wurde oben bereits angesprochen. Die Tarifparteien ausländischer Tarifverträge wären wie inländische Tarifparteien einem Test ihrer Tariffähigkeit zu unterziehen. Als Bezug der Tariffähigkeit wäre indessen nicht auf den Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates abzustellen, dessen Recht der Tarifvertrag unterliegt. Es ginge also nicht darum, ob bsw. die Gewerkschaft, die mit einem in Lettland inkorporierten Leiharbeitsunternehmen einen Firmentarifvertrag nach lettischem Recht geschlossen hat, in Lettland tariffähig ist. Vielmehr ginge es darum, ob die Gewerkschaft am deutschen Arbeitsmarkt sozial hinreichend mächtig ist, um ihr im Kontext des inländischen Arbeitsrechts Tariffähigkeit zu bescheinigen. Damit wäre einerseits eine förmlich angeordnete Bedeutungslosigkeit ausländischer Tarifverträge vermieden, die in der *Laval*-Entscheidung offenbar den europarechtlichen Anstoß erregt hat. Andererseits wäre Lohnkonkurrenz verhindert und arbeitsrechtliche Territorialität gesichert. Es wäre zu argumentieren, dass sich die mit einer solchen Prüfung verbundene Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs gerade unter Bezug auf diese beiden Aspekte rechtfertigen lässt. Nur wenn bei der Prüfung der sozialen Mächtigkeit auf den deutschen Arbeitsmarkt abgestellt wird, besteht keine Gefahr, dass die rechtliche Möglichkeit der Tarifunterbietung dazu genutzt wird, um den sozialen Schutzzweck zu unterlaufen, den die rechtliche Mindestnorm und ihre Öffnung zugunsten tariflicher Abreden in ihrem Zusammenspiel verfolgen.

Freilich bestehen Zweifel daran, ob diese Rechtfertigung im Forum des Europäischen Gerichtshofes Bestand haben würde, gerade im Lichte seiner jüngeren Rechtsprechung, die insgesamt ein nachdrückliches Desinteresse an der Frage nach der sozialen Verfasstheit Europas offenbarte. Wenn sich aber keine andere Abhilfe einstellte, gäbe es hierzu keine, insbesondere keine *politische* Alternative.

204 Zusätzlich zu den oben (Fn. 22) nachgewiesenen Entscheidungen: EuGH, Urt. v. 11.12.2007 – Rs. C-438/05 (*Viking*); EuGH, Urt. v. 15.7.2010 – Rs. C-271/08 (*Kommission gg. Bundesrepublik Deutschland*).



## 7 Literatur

### Einleitung

- Bispinck, R., Niedriglöhne und der Flickenteppich von (unzureichenden) Mindestlöhnen in Deutschland, WSI-Report 4/2010, S. 1-19.
- Bispinck, R./ Dribbusch, H., Tarifkonkurrenz der Gewerkschaften zwischen Über- und Unterbietung, Sozialer Fortschritt 2008, S. 153-163.
- Dribbusch, H., Tarifkonkurrenz als gewerkschaftspolitische Herausforderung: Ein Beitrag zur Debatte um die Tarifeinheit, WSI-Diskussionspapier Nr. 172, 2010.
- IAQ (Hrsg.), Kalina, T./Weinkopf, C., Niedriglohnbeschäftigung 2008: Stagnation auf hohem Niveau – Lohnspektrum franst nach unten aus, IAQ-Report 2010.
- Schüren, P., Tarifunfähigkeit der CgZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, in: AuR 2008, S. 239-244.

### Eingriff in Gewerkschaftsrechte ...

- Berg, P./ Platow, H./ Schoof, C./ Unterhinninghofen, H., Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktkommentar, 3. Auflage, Frankfurt/M. 2010.
- Bieback, K.J., Die Wirkung von Mindestentgelttarifverträgen gegenüber konkurrierenden Tarifverträgen, in: AuR 7-8/2008, S. 234-239.
- Blanke, T., Die Tarifverträge im Briefdienstleistungsbereich und ihre Allgemeinverbindlicherklärung. Gutachten, Oldenburg 2007, im Internet: [www.agv-postdienste.de/files/gutachten\\_prof\\_dr\\_blanke\\_20071221\\_1.pdf](http://www.agv-postdienste.de/files/gutachten_prof_dr_blanke_20071221_1.pdf) (10.02.2011).
- Bayreuther, F. Gewerkschaftspluralismus im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung – Abschied vom „Einheitstarifvertrag“? In: BB 2005, 2633-2641.
- Däubler, W. (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2006.
- Hassel, A., Gewerkschaften, in: Winter v., T./ Willems, U. (Hrsg.), Interessenverbände in Deutschland, Wiesbaden 2007, S. 173-196.
- Henssler, M., Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften – Das Beispiel der Christlichen Gewerkschaft Metall, Baden-Baden 2006.



- Hohenstatt, K.S./Schramm, N., Tarifliche Mindestlöhne: Ihre Wirkungsweise und ihre Vermeidung am Beispiel des Tarifvertrags zum Post-Mindestlohn, in: NZA 8/2008, S. 433-438.
- ILO (Hrsg.), Application of International Labour Standards 2010 (I). ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Genève.
- ILO (Hrsg.), General Survey 1994.
- ILO (Hrsg.), General Survey 1983.
- Keller, B., Berufsverbände, Tarifautonomie und das System der Interessenvertretung, in: Leviathan: Berliner Zeitschrift für Sozialwissenschaft, 36/2008, S. 364-390.
- Kempen, O.E./Zachert, U. (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 4. Auflage, Frankfurt/M. 2006.
- Kittner, M., Kommen die „Gelben“ zurück? In: Dieterich, T./Le Friant, M./Nogler, N./Kezuka, K./Pfarr, H., Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Baden-Baden 2010, S. 595-604.
- Ders., Arbeitskampf. Geschichte-Recht-Gegenwart, München, 2005.
- Kocher, E., Anmerkung zum CGM-Beschluss des LAG Baden-Württemberg vom 1.10.2004 – 4 TaBV 1/04, in: AuR 8-9/2005, S. 336-338.
- Müller-Glöße, R./ Preis, U. / Schmid, I. (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Auflage, München 2011.
- Park, T./ Riederer, B./ Schüren, P., Arbeits- sozial- und strafrechtliche Risiken bei der Verwendung von Scheintarifverträgen, in: NJW 51/2008, S.3670-3677.
- Rubin, N. (Hrsg.), Code of International Labour Law, Vol. I, Cambridge 2005.
- Schubert, J.M./Jerchel, K., Handlungsspielräume für Tarifparteien und Interessenvertretungen bei der Arbeitszeitgestaltung, in: WSI-Mitteilungen 2/2011, S. 76-82.
- Schüren, P., Tarifunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, in: AuR 7-8 2008, S. 239-244.
- Ulber, D., Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsverhältnis von Tarifautonomie und grundrechtlichen Pflichten, Berlin 2010.
- Ders., Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP als Spitzenorganisation, in: NZA 8/2008, S. 438-451.
- Unterhinninghofen, H., „Gelber“ Anachronismus? Zu Fehlentwicklungen im Koalitionsrecht, in: Dieterich, T./Le Friant, M./Nogler, N./Kezuka, K./Pfarr,

- H., Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Baden-Baden 2009, S. 676-686.
- Ders., Tarifausstieg durch Wechsel der Tarifpartei? Zu Anforderungen an die Durchsetzungsfähigkeit einer Gewerkschaft, in: AuR 2006, S. 7-11.
- Wank, R./ Schmidt, B., Neues zur sozialen Mächtigkeit und organisatorischen Leistungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung, in: RdA, 2008, S. 257-276.
- Wiedemann, H. (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 7. Auflage, München 2007.
- Zimmer, R., Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen, Baden-Baden 2008.

### **Gewerkschaftliche Abwehrmöglichkeiten ...**

- Henssler, M./ Willemsen, H. J./ Kalb, H. J. (Bepler), Arbeitsrecht. Kommentar, 4. Aufl., Köln 2010.
- Botterweck, J., Gewerkschaftspluralismus im Betrieb, Frankfurt/Main 2007.
- Däubler, W., Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbeck 2009.
- Däubler, W./ Kittner, M./Lörcher, K., Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl., Köln 1994.
- Däubler, W., Die Implementation von ILO-Übereinkommen. Erfahrungen und Überlegungen in Deutschland, in: Senghaas-Knobloch, E. (Hrsg.), Weltweit geltende Arbeitsstandards trotz Globalisierung, Münster 2005, S. 105-123.
- Däubler, W., Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 11. Aufl., Baden-Baden 2010.
- Dieterich, T., Koalitions Wettbewerb – Nutzung von Freiheit oder Störung der Ordnung? in: Dieterich, T./ Le Friant, M./ Nogler, L./ Kezuka, K./Pfarr, H., Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächtnisschrift Zachert, Baden-Baden 2010, S. 532-543.
- Gamillscheg, F., Kollektives Arbeitsrecht Band I, München 1997.
- Kittner, M., Arbeitskampf. Geschichte – Recht – Gegenwart, München 2005.
- Klein, J., Die Stellung der Minderheitsgewerkschaften in der Betriebsverfassung, Berlin 2007.
- Wendeling-Schröder, U., Gewerkschaftskooperation und Gewerkschaftswettbewerb, in: Annuß, G./Picker, E./Wissmann, H. (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 801-816.

Zimmer, R., Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen, Baden-Baden 2008.

### **Scheingewerkschaften in der Leiharbeit ...**

Berg, Peter/Platow, Helmut/Schoof, Christian/Unterlinninghofen, Hermann, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskämpfrecht, Frankfurt am Main 2010.

Brors, Christiane, Equal Pay Anspruch und Ausschlussfristen, NZA 2010, S. 1385 ff.

Däubler, Wolfgang u.a., Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage Baden Baden 2006.

Däubler, Wolfgang, Tarifvertragsrecht, 3. Auflage Baden Baden 1993.

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, herausgegeben von Müller-Glöße, Rudi u.a., 11. Auflage München 2010.

Handkommentar ZPO, herausgegeben von Saenger, Ingo, 2. Auflage Baden Baden 2009.

Jacobs, Matthias, Tariffähigkeit und Tarifizständigkeit einer Spitzenorganisation im Sinne des § 2 Abs. 3 TVG – am Beispiel der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) –, ZfA 2010, S. 27 ff.

Kaskel, Walter/Dersch, Herrmann, Arbeitsrecht, 4. Auflage (1932);

Kempfen, Otto, Ernst/Zachert, Ulrich, Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2006.

Lembke, Die Tariffähigkeit und Tarifizständigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP), NZA 2007, 1333 ff.

Löwisch, Manfred/Rieble, Volker, Tarifvertragsgesetz Kommentar, 2. Auflage München 2004.

Nikisch, Arthur, Arbeitsrecht Band II (1958).

Ricken, Oliver, Autonomie und tarifliche Rechtssetzung, Köln 2006.

Rieble, Volker, Die Tarifizständigkeit von Spitzenverbänden, DB 2001, 2194.

Ritter, Der mehrgliedrige Tarifvertrag (1933).

Ulber, Daniel, Tariffähigkeit und Tarifizständigkeit der CGZP als Spitzenorganisation, NZA 2008, 438.

Wank, Rolf/Schmidt, Benedikt, Neues zur sozialen Mächtigkeit und organisatorischen Leistungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung - Die Entwicklungslinien der BAG-Rechtsprechung und konkrete Folgerungen, RdA 2008, 257.

Wiedemann, Herbert, Zur Tarifizständigkeit, RdA 1975, 78.

Wiedemann, Herbert/Thüsing, Gregor, Die Tarifizfähigkeit von Spitzenorganisationen und der Verhandlungsanspruch der Tarifvertragsparteien, RdA 1995, 280.

Wiedemann, Herbert (Herausgeber); Tarifvertragsgesetz, 7. Auflage München 2007.

Zöller Richard (Begr.), Zivilprozessordnung Kommentar, 28. Auflage Köln 2010.



**edition** der Hans-Böckler-Stiftung  
Bisher erschienene Reihentitel ab Band 225

	Bestellnr.	ISBN	Preis / €
Henry Schäfer, Beate Frank Derivate Finanzinstrumente im Jahresabschluss nach HGB und IFRS	13225	978-3-86593-114-6	18,00
Tobias Wolters Leiharbeit – Arbeitnehmer-Überlassungsgesetz (AÜG)	13226	978-3-86593-110-8	15,00
Klaus Löbbecke Die Chemiefaserindustrie am Standort Deutschland	13227	978-3-86593-116-0	30,00
Siegfried Roth Innovationsfähigkeit im globalen Hyperwettbewerb – Zum Bedarf strategischer Neuausrichtung der Automobilzulieferindustrie	13229	978-3-86593-118-4	18,00
Hans-Erich Müller Autozulieferer: Partner auch in der Krise?	13230	978-3-86593-120-7	10,00
Judith Beile, Ina Drescher-Bonny, Klaus Maack Zukunft des Backgewerbes	13231	978-3-86593-121-4	15,00
Ulrich Zachert Demografischer Wandel und Beschäftigungssicherung im Betrieb und Unternehmen	13232	978-3-86593-122-1	12,00
Gerd Busse, Hartmut Seifert Tarifliche und betriebliche Regelungen zur beruflichen Weiterbildung	13233	978-3-86593-123-8	15,00
Wolfgang Böttcher, Heinz-Hermann Krüger Evaluation der Qualität der Promotionskollegs der Hans-Böckler-Stiftung	13234	978-3-86593-124-5	25,00
Winfried Heidemann, Michaela Kuhnhenne (Hrsg.) Zukunft der Berufsausbildung	13235	978-3-86593-125-2	18,00
Werner Voß, Norbert in der Weide Beschäftigungsentwicklung der DAX-30- Unternehmen in den Jahren 2000 – 2006	13236	978-3-86593-126-9	22,00
Markus Sendel-Müller Aktienrückkäufe und Effizienz der Aufsichtsratsarbeit	13237	978-3-86593-128-3	29,00
Seddik Bibouche, Josef Held, Gudrun Merkle Rechtspopulismus in der Arbeitswelt	13238	978-3-86593-130-6	20,00
Svenja Pfahl, Stefan Reuyß Das neue Elterngeld	13239	978-3-86593-132-0	28,00
Arno Prangenberg, Martin Stahl Steuerliche Grundlagen der Umwandlung von Unternehmen	13240	978-3-86593-133-7	15,00

	Bestellnr.	ISBN	Preis / €
Samuel Greef, Viktoria Kalass, Wolfgang Schroeder (Hrsg.) Gewerkschaften und die Politik der Erneuerung – Und sie bewegen sich doch	13241	978-3-86593-134-4	28,00
Anne Ames Ursachen und Auswirkungen von Sanktionen nach § 31 SGB II	13242	978-3-86593-135-1	23,00
Ulrich Zachert Tarifeinheit durch Satzungsrecht der Gewerkschaften	13243	978-3-86593-136-8	10,00
Matthias Knuth, Gernot Mühge Von der Kurz-Arbeit zur langfristigen Sicherung von Erwerbsverläufen	13244	978-3-86593-137-5	15,00
Gertrud Hovestadt Institute zur Schulung betrieblicher Arbeitnehmer- vertreter	13246	978-3-86593-139-9	15,00
Godehard Neumann, Heinz Pfäfflin Zwischen Exzellenzanspruch und regionalem Ausgleich – zur Praxis ausgewählter Metropolregionen	13262	978-3-86593-140-5	20,00
Judith Beile, Beate Feuchte, Birte Homann Corporate Social Responsibility (CSR) Mitbestimmung	13248	978-3-86593-141-2	20,00
Felix Ekardt Soziale Gerechtigkeit in der Klimapolitik	13249	978-3-86593-142-9	15,00
Martin Albrecht, Hans-Holger Bleß, Ariane Höer, Stefan Loos, Guido Schiffhorst, Carsten Scholz Ausweitung selektivvertraglicher Versorgung	13252	978-3-86593-146-7	23,00
Elisabeth Schwabe-Ruck „Zweite Chance“ des Hochschulzugangs?	13254	978-3-86593-149-8	32,00
Johannes Kirsch, Gernot Mühge Die Organisation der Arbeitsvermittlung auf internen Arbeitsmärkten	13256	978-3-86593-151-1	12,00
Kertsin Bolm, Nadine Pieck, Anja Wartmann Betriebliches Gesundheitsmanagement fällt nicht vom Himmel	13257	978-3-86593-152-8	12,00

Ihre Bestellungen senden Sie bitte unter Angabe der Bestellnummern an den Setzkasten oder unter Angabe der ISBN an Ihre Buchhandlung. Ausführliche Informationen zu den einzelnen Bänden können Sie dem aktuellen Gesamtverzeichnis der Buchreihe **edition** entnehmen.

Setzkasten GmbH  
Kreuzbergstraße 56  
40489 Düsseldorf  
Telefax 0211-408 00 90 40  
E-Mail mail@setzkasten.de

## Über die Hans-Böckler-Stiftung

Die Hans-Böckler-Stiftung ist das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Gegründet wurde sie 1977 aus der Stiftung Mitbestimmung und der Hans-Böckler-Gesellschaft. Die Stiftung wirbt für Mitbestimmung als Gestaltungsprinzip einer demokratischen Gesellschaft und setzt sich dafür ein, die Möglichkeiten der Mitbestimmung zu erweitern.

## Mitbestimmungsförderung und -beratung

Die Stiftung informiert und berät Mitglieder von Betriebs- und Personalräten sowie Vertreterinnen und Vertreter von Beschäftigten in Aufsichtsräten. Diese können sich mit Fragen zu Wirtschaft und Recht, Personal- und Sozialwesen oder Aus- und Weiterbildung an die Stiftung wenden. Die Expertinnen und Experten beraten auch, wenn es um neue Techniken oder den betrieblichen Arbeits- und Umweltschutz geht.

## Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung forscht zu Themen, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Bedeutung sind. Globalisierung, Beschäftigung und institutioneller Wandel, Arbeit, Verteilung und soziale Sicherung sowie Arbeitsbeziehungen und Tarifpolitik sind die Schwerpunkte. Das WSI-Tarifarchiv bietet umfangreiche Dokumentationen und fundierte Auswertungen zu allen Aspekten der Tarifpolitik.

## Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK)

Das Ziel des Instituts für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK) in der Hans-Böckler-Stiftung ist es, gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge zu erforschen und für die wirtschaftspolitische Beratung einzusetzen. Daneben stellt das IMK auf der Basis seiner Forschungs- und Beratungsarbeiten regelmäßige Konjunkturprognosen vor.

## Forschungsförderung

Die Stiftung vergibt Forschungsaufträge zu Mitbestimmung, Strukturpolitik, Arbeitsgesellschaft, Öffentlicher Sektor und Sozialstaat. Im Mittelpunkt stehen Themen, die für Beschäftigte von Interesse sind.

## Studienförderung

Als zweitgrößtes Studienförderungswerk der Bundesrepublik trägt die Stiftung dazu bei, soziale Ungleichheit im Bildungswesen zu überwinden. Sie fördert gewerkschaftlich und gesellschaftspolitisch engagierte Studierende und Promovierende mit Stipendien, Bildungsangeboten und der Vermittlung von Praktika. Insbesondere unterstützt sie Absolventinnen und Absolventen des zweiten Bildungsweges.

## Öffentlichkeitsarbeit

Mit dem 14tägig erscheinenden Infodienst „Böckler Impuls“ begleitet die Stiftung die aktuellen politischen Debatten in den Themenfeldern Arbeit, Wirtschaft und Soziales. Das Magazin „Mitbestimmung“ und die „WSI-Mitteilungen“ informieren monatlich über Themen aus Arbeitswelt und Wissenschaft. Mit der Homepage [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de) bietet die Stiftung einen schnellen Zugang zu ihren Veranstaltungen, Publikationen, Beratungsangeboten und Forschungsergebnissen.

### Hans-Böckler-Stiftung

Hans-Böckler-Straße 39 Telefon: 02 11/77 78-0  
40476 Düsseldorf Telefax: 02 11/77 78-225





Das Thema der tariflichen Unterbietungskonkurrenz ist aktueller denn je, werden doch zunehmend Tarifverträge von wirtschaftsfriedlichen, zum Teil gar vom Arbeitgeber abhängigen Organisationen abgeschlossen. Diese Tarifverträge entsprechen erkennbar nicht dem Interesse der Beschäftigten, da sie entweder bereits bestehende Tarifverträge von (DGB-) Gewerkschaften eklatant unterbieten oder von tarifdispositivem Gesetzesrecht nach unten abweichen, ohne entsprechende kompensatorische Leistungen vorzusehen. Der vorliegende Band beleuchtet verschiedene Facetten der Thematik. Nach einer tarifrechtlichen Einführung (Wendling-Schröder), werden einerseits die von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien der Gewerkschafts- und insbesondere der Tariffähigkeit analysiert, auch unter Berücksichtigung der von den Sachverständigenausschüssen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) entwickelten Kriterien (Zimmer). Untersucht werden ferner die Handlungsmöglichkeiten von Gewerkschaften beim Auftreten „gelber Organisationen“ im Betrieb (Däubler). Auch dieser Beitrag bezieht die „Spruchpraxis“ der ILO mit ein. Berücksichtigt wird ferner die aktuelle Rechtsprechung des BAG. So geht der Beitrag von Zimmer explizit auf die BAG-Entscheidung vom 05.10.2010 zur Tariffähigkeit der GKH ein, während Brors die Auswirkungen der CGZP-Entscheidung vom 14.12.2010 analysiert. Abgerundet wird der Band durch einen Beitrag zu transnationaler tariflicher Unterbietungskonkurrenz, in dem Rödl herausarbeitet, welche technischen Ansatzpunkte das deutsche Arbeitsrecht den Strategien transnationaler Unterbietungskonkurrenz eröffnet – und welche rechtlichen Gegenstrategien ergriffen werden können.



9 783865 931573

ISBN 978-3-86593-157-3  
€ 15,00