

1994 – 1 BvR 1485/93 – AuR 1994, 313). Denn dabei geht es nicht um Ansprüche hinsichtlich bestimmter AN, sondern allein darum, daß die Gewerkschaft überhaupt durch eines ihrer Mitglieder im Betrieb „vertreten“ ist. Dieser Anspruch erfordert – anders als der Unterlassungsanspruch im vorliegenden Fall – nicht die namentliche Benennung eines oder mehrerer Gewerkschaftsmitglieder. Dies mag es auch rechtfertigen, die Zulässigkeit mittelbarer Beweise bei diesem speziellen Anspruch anzunehmen. Für den – rechtskräftig abgewiesenen – mit dem Hauptantrag verfolgten Anspruch der Kl., die Anwendung der vertraglichen Einheitsregelung v. 31. 5. 2000 bei allen Mitarbeitern der Bekl. (einschließlich der nicht bei der Kl. organisierten) zu unterlassen, erscheint deren namentliche Benennung ebenso entbehrlich. Denn die Bekl. weiß, welche AN bei ihr beschäftigt sind. Ob für den mit diesem Antrag verfolgten Anspruch einzelne der Kl. als Mitglied angehörende AN oder zumindest ein solcher namentlich benannt werden müssen/muß (Rieble, ZTR 1999, 483, 486; Löwisch, BB 1999, 2080) oder ob diese Benennung erst im Vollstreckungsverfahren ausreichend ist, kann hier dahinstehen.

III. Die Rechtsfrage, ob der Anspruch einer Gewerkschaft auf Unterlassung der Anwendung – nach ihrer Auffassung – tarifwidriger Arbeitsbedingungen durch den AG allein im Verhältnis zu ihren Mitgliedern zu seiner hinreichenden Bestimmtheit i. S. v. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die namentliche Benennung der Gewerkschaftsmitglieder im Klageantrag erfordert, bedarf nicht der Vorlage an den *Großen Senat* des BAG. Es sind weder die Voraussetzungen für eine Anrufung des *Großen Senats* wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 45 Abs. 4 ArbGG) gegeben noch weicht der erkennende *Senat* in dieser Rechtsfrage von einer Entscheidung eines anderen *Senats* ab (§ 45 Abs. 2, 3 ArbGG). Insbes. hat die Entscheidung des *1. Senats* v. 20. 4. 1999 (1 ABR 72/98, AuR 1999, 408) zu den bei einer solchen Fallkonstellation nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO an den Klageantrag zu stellenden Anforderungen keine von den vorstehenden Ausführungen abweichende Rechtsauffassung vertreten. Sie hat sich mit der vorgenannten Rechtsfrage weder durch Aufstellung eines Rechtssatzes noch subsumierend befaßt. Die Norm des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist in der Entscheidung auch weder ausdrücklich genannt noch nach ihren Voraussetzungen behandelt. Der den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverweisende Beschluß des *1. Senats* enthält lediglich in der Handlungsanleitung für das Berufungsgericht fallbezogen den Hinweis, im Vollstreckungsverfahren müsse die Gewerkschaft die vertragswidrig einbezogenen AN benennen. Zu Rechtsfragen des § 253 ZPO ist damit nicht zwingend etwas ausgeführt.

Anmerkung:

1. Das Grundrecht der Koalitionen auf Schutz der Tarifautonomie

Kann eine Tarifpartei, z. B. eine Gewerkschaft, gegen einen einzelnen Arbgeb. wegen Bruchs des TV vorgehen? Diese Frage wurde und wird immer wieder unter dem Stichwort „Verbandsklage“ diskutiert, meist unter prozessualen Gesichtspunkten. Man fragt, ob den Organisationen eine Prozessführungsbefugnis zur Geltendmachung der Rechte ihrer Mitglieder zustünde. Noch viele Juristen meinen Juristen, der „Unterlassungsanspruch der Gewerkschaften gegen tarifwidrige Regelungen“, den das BAG in der Burda-Entscheidung am 20. 4. 1999 anerkannte¹, sei eine prozessuale Konstruktion². Dies trifft nicht zu³. Es war aber nicht zu erwarten, dass ein Senat des BAG selbst prozessuale und materiell-rechtliche Konstruktionen einmal so durcheinander bringen würde, wie es nun in der Entscheidung v. 19. 3. 2003 geschehen ist.

Beim Unterlassungsanspruch aus Art. 9 Abs. 3 GG geht es nicht um eine Prozessführungsbefugnis; es geht nicht einmal darum, die normative Tarifgeltung im Betrieb durchzusetzen. Die Gewerkschaft bzw. die Koalition macht nicht Rechte ihrer Mitglieder geltend, sondern eigene Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG⁴ – die gegen Eingriffe anderer auch zivilrechtlich geschützt sind. Wer Rechte anderer aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt, ist nach § 823 BGB zum Schadensersatz bzw. nach § 1004 BGB zur Unterlassung verpflichtet⁵. Das BAG hat diesen Unterlassungsanspruch bereits in einer Entscheidung vom 2. 6. 1987 ausführlich hergeleitet⁶. Das neue an der Burda-Entscheidung war nicht die Konstruktion eines „Unterlassungsanspruchs“ aus Art. 9 Abs. 3 GG⁷; neu waren die Aussagen zum Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG, nach denen ein Unterlassungsanspruch auch gegen bestimmte tarifwidrige betriebliche Einheitsregelungen gegeben sein konnte. Da der Abschluss von TV zu den koalitionspezifischen Verhaltensweisen gehöre, könne eine Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit auch in solchen Abreden oder Maßnahmen liegen, die Geltung an Stelle der tariflichen Regelung beanspruchten und faktisch geeignet sowie von den Akteuren darauf gerichtet seien, die Wirkung eines TV zu vereiteln oder leer laufen zu lassen. Diese „Koalitionsklage“ auf Respektierung der tariflichen Ordnung ist etwas anderes als eine „Verbandsklage“ zur Durchsetzung von Mitgliederrechten⁷.

Dabei stellt sich durchaus die Frage, wie der Koalitionsanspruch sich zu individuellen Ansprüchen verhält. Diese Frage behandelt der *4. Senat* des BAG hier aber nicht. Er setzt vielmehr ohne weitere Begründung oder Erläuterung voraus, dass eine Durchsetzung eigener Rechte der Koalition notwendig eine Durchsetzung der Mitgliederrechte nicht nur zum Inhalt, sondern sogar zum unmittelbaren Gegenstand habe. Diese müssten im Antrag selbst individualisiert benannt werden; da der Klageantrag dies nicht leiste, sei er nicht bestimmt genug.

2. Weichenstellung: Der irreführende Antrag

Die Annahme, hier würde die normative Tarifgeltung durchgesetzt, hatte offenbar bereits zu einer Beschränkung des Klageantrags auf die tarifgebundenen Beschäftigten geführt. Mit ihren Anträgen, die auf Unterlassung der gesamten betrieblichen Einheitsregelung gerichtet waren, ist die IG Metall nicht in Rev. gegangen; in die Rev. gelangt ist nur der Hilfsantrag, der sich auf diejenigen ArbN bezog, die Mitglied der IG Metall waren. Bereits dieser Beschränkung liegt ein unrichtiges Verständnis des Streitgegenstandes zu Grunde.

2.1. Streitgegenstand der Unterlassungsklage

Nach dem herrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff erfasst der Streitgegenstand bei Anträgen auf Unterlassung die Rechtsfolge, die sich aus dem Antrag ergibt, sowie den Lebenssachverhalt, der dem Antrag zu Grunde liegt⁸. Dessen Bestimmung ist bei einem in die Zukunft gerichteten Antrag nicht immer einfach. Die vergangene Verletzungshandlung ist nur Anlass und Auslöser; nicht aber Gegenstand des Unterlassungsbegehrens⁹. Mit dieser Problematik der Zukunftsrichtung hat sich der Senat zu Unrecht überhaupt nicht befasst. Selbst auf Basis seiner Ausgangsannahmen hätte er die Frage stellen müssen, wie denn im Klageantrag diejenigen Beschäftigten bezeichnet werden sollten, die zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht Mitglied der IG Metall oder noch nicht im Betrieb beschäftigt waren, auf die der Antrag sich als zukunftsgerichteter aber ebenfalls bezog¹⁰.

1 BAG v. 20. 4. 1999, AP Nr 89 zu Art 9 GG = AuR 1999, 408 ff. Ausführlich und umfassend zur Diskussion um dieses Ur. Fischer, Anm. in EzA Nr. 65 zu Art. 9 GG.

2 Vgl. z. B. die Anm. von Trappehl/Lambrich, NJW 1999, 3219 f.; Reuter, SAE 1999, 262 f.; Thüsing, DB 1999, 1554 („Klagerecht“); Löwisch, BB 1999, 2080 („faktische Prozessstandschaft“); 2082; s. a. Däubler, AiB 1999, 481 ff.; zur Diskussion und zum prozessrechtlichen Zusammenhang Berg, DB 1999, 2362 f.; Bauer, NZA 1999, 957.

3 Zur Unterscheidung zwischen Kollektiv- und Individualanspruch s. v. a. Wiedemann, Anm. in RdA 2000, 169 ff.; Kocher, AuR 1999, 383; Rieble, ZTR 1999, 483; Buchner, NZA 1999, 900.

4 Rieble, ZTR 1999, 484, verwendet den Begriff des „eingerichteten und ausgebauten Koalitionsbetriebs“.

5 Grünsky, DB 1990, 536, erwägt auch die Behandlung von Art. 9 III GG als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.

6 BAG v. 2. 6. 87, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG mit insoweit zust. Anm. Rütters; anerkannt war der Anspruch aber z.B. auch schon in BAG v. 8. 12. 78, AP Nr. 28 zu Art. 9 GG (Antrag auf Duldung und Unterlassung der Behinderung von Vertrauensleutewahlen).

7 Die Begrifflichkeit stammt von Wiedemann, RdA 2000, 170 f.

8 BGH v. 8. 11. 1982, NJW 1983, 389; BGH v. 19. 12. 1991, BGHZ 117, 1 ff.; BGH v. 26. 9. 2000, NJW 2001, 158; BGH v. 7. 3. 2002, IZ 2002, 721; für einen Überblick über die vertretenen Theorien siehe Beys, ZfP 105 (1992), 145 ff.; 154 ff.; genauer auch Habscheid, FS für Schwab, 1990, 187 ff.

9 Vgl. Fritzsche, 2000, 200.

10 Vgl. insofern auch Rieble, ZTR 1999, 487.

Die Zukunftsrichtung des Unterlassungsantrags hat der Prozessrechtswissenschaft Anlass gegeben, den Streitgegenstand der Unterlassungsklage zu präzisieren. Ergebnis ist: Die eigentliche Begrenzung des Inhalts des prozessualen Anspruchs erfolgt letztlich durch die Bestimmung der Beeinträchtigungsfahr; ihr Umfang bestimmt die „streitgegenständliche Verletzungsform“¹¹. Für die Koalitionsklage gegen tarifwidrige Einheitsregelungen heißt dies: Die Gefährdung liegt in der „Etablierung einer betrieblichen Konkurrenzordnung“¹², die den Geltungsanspruch des TV unterhöhlt; Gegenstand des Antrags ist die vertragliche Einheitsregelung als kollektive Ordnung.

Selbstverständlich ist deshalb die Nichtanwendung des TV für einzelne Beschäftigte nicht ein „Fall der Zuwiderhandlung“; die Bemessung des Ordnungsgeldes für die Zwangsvollstreckung (1000 DM „je ArbN“) deckt vielleicht am klarsten den Irrtum auf, dem das LAG (und nun auch das BAG) unterlag.

2.2. Zur Gefahr teilweiser Abweisung bei weitem Antrag

Der in die Rev. gelangte Hilfsantrag war für den Fall der Abweisung der Hauptanträge gestellt. Das LAG hatte die auf Unterlassung der gesamten betrieblichen Einheitsregelung gerichteten Anträge abgewiesen. Dies ist die Gefahr weiter Unterlassungsanträge. Denn ein Unterlassungsantrag ist nur soweit begründet, als alle benannten Handlungen rechtswidrig wären und von der Beeinträchtigungsfahr erfasst sind¹³. In der Burda-Entscheidung hatte das BAG dieses Problem am Rande bereits behandelt. Es geht dort davon aus, dass auch eine Klage, die Tarifgebundene und Außenseiter gleichmäßig erfasst, vollumfänglich begründet sein könne. Wenn „der Arbgeb. nach seiner Zielvorgabe entsprechende Vereinbarungen keinesfalls allein mit den Tarifaußenseitern treffen wollte, sondern nur zu einer Regelung bereit war, die sich unabhängig von der Tarifbindung auf die gesamte Belegschaft oder bestimmte Teile derselben erstreckt, [...] kann die angegriffene Regelung nur für alle betroffenen ArbN oder gar nicht Bestand haben“¹⁴.

Diese Aussagen sind in der Lit. zu Unrecht als unvereinbar mit dem Grundsatz der Tarifbindung angegriffen worden¹⁵. Dieser Kritik liegt jedoch eine fehlerhafte Annahme über den Gegenstand des Unterlassungsanspruchs und den Streitgegenstand der Unterlassungsklage zu Grunde. Es geht hier überhaupt nicht um eine Durchsetzung der Tarifbindung oder normativen Tarifwirkung. Es geht vielmehr um eine unternehmerische Gesamt-Entscheidung, die so zu respektieren ist, wie sie getroffen wurde. Die Rechtswidrigkeit der arbeitgeberischen Maßnahme beschränkt sich dann aber auch nicht auf die tarifgebundenen Beschäftigten. Denn die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme wegen Verletzung von Koalitionsrechten aus Art. 9 Abs. 3 GG erfasst im Zweifel die gesamte Maßnahme¹⁶. Hier handelt es sich lediglich um eine Anwendung des Rechtsgrundsatzes des § 139 BGB, wonach bei teilweiser Nichtigkeit im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass das Geschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre¹⁷.

2.3. Mögliche Beschränkungen der Einheitsregelung

Dementsprechend wies das BAG in der Burda-Entscheidung darauf hin, dass „den Beteiligten rechtliches Gehör zu der Frage zu gewähren [sei], ob die angegriffenen Regelungen nur als betriebliche Einheitsregelungen getroffen werden oder ggf. auf die nicht tarifgebundenen ArbN beschränkt werden sollten. [...] Die stattgebende Entscheidung könnte sich [dann] auf die Nichtdurchführung der Regelungen gegenüber den tarifgebundenen ArbN beschränken. Eine solche Eingrenzung würde den Streitgegenstand nicht verändern, sondern könnte durch Teilabweisung des Antrags berücksichtigt werden, ohne dass die Vollstreckbarkeit dadurch ausgeschlossen würde.“

2.3.1. Beschränkung auf nicht tarifgebundene Beschäftigte im vorliegenden Fall?

Diese Aussagen sind insofern richtig, als natürlich die Vollstreckbarkeit nicht ausgeschlossen ist, nur weil der Gegenstand in allgemeinen, leicht subsumierbaren Begriffen wie „Gewerkschaftsmit-

gliedschaft“ formuliert wurde. Vollstreckungsrechtlich erleichtert die „Kerntheorie“ die Fassung des Antrags und des Urteilstenors bei der Unterlassungsklage, die ja typischerweise unbestimmte zukünftige Fälle erfassen soll. Nach der Kerntheorie umfasst der Schutz eines Unterlassungsurteils nicht nur die konkret benannten Verletzungshandlung(en), sondern alle im Kern ähnlichen Zuwiderhandlungen¹⁸ – dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt eine Entscheidung, wenn die fehlenden Tatsachenmomente im Vollstreckungsverfahren „leicht und sicher“ festgestellt werden können¹⁹. Der Senat überschätzt vorliegend den Wertungsgehalt der Subsumtion unter den Begriff der „Mitgliedschaft“.

Die Burda-Entscheidung enthält aber auch die Aussage: [...] so kann der Unterlassungsantrag [...] teilweise, nämlich hinsichtlich der Gewerkschaftsmitglieder, Erfolg haben.“ Diese Überlegung vernachlässigt Begründetheitsfragen. Denn würde der Arbgeb. seine betriebliche Einheitsregelung von vornherein nur auf die nicht tarifgebundenen Beschäftigten beschränken und klar stellen, dass er den TV respektieren will, wird man materiell-rechtlich kaum davon sprechen können, dass die betriebliche Ordnung die tarifliche Ordnung aushöhlen könne oder wolle. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Unterlassungsanspruchs aus Art. 9 Abs. 3 GG wären in einem solchen Fall nicht gegeben. Schließlich ist der Arbgeb. „frei, mit den Tarifaußenseitern unternatürliche Arbeitsbedingungen zu vereinbaren. Auch der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz hindert ihn hieran nicht“²⁰.

Im vorliegenden Fall hat der Senat zur Frage, ob die Maßnahme auf die Gewerkschaftsmitglieder beschränkt sein sollte, offensichtlich

11 *Oppermann*, 1993, 41 ff.; *Fritzsche*, 2000, 226 hat vor diesem Hintergrund statt des Begriffs der „konkreten Verletzungsform“ den der streitgegenständlichen Verletzungsform vorgeschlagen.

12 Vgl. *Däubler*, in: ders. (Hrsg.), Kommentar zum TVG, 2003, Einl. Rn. 112.

13 *Zöller/Greger*, ZPO, § 253, Rn 13b zur Unterscheidung der Anforderungen der Bestimmtheit und der Begründetheit; *Oppermann*, 1993, 36 ff. (auch zu den Begriffen konkrete Verletzungshandlung und Verletzungsform); 45 ff. zu den Verbindungen zur „Kernlehre“; s. a. *Teplitzky*, FS *Oppenhoff*, 1985, 492; s. a. *Ritter*, 1994, 53 ff.; vgl. auch *BGH* v. 10. 12. 1998, NJW 1999, 1332 ff.

14 *BAG* v. 20. 4. 1999, Fn. 1; so auch die Entscheidung des ArbG *Bautzen*, 28. 6. 2000, AuR 2000, 431 ff.

15 *Löwisch*, BB 1999, 2081; *Thüsing*, DB 1999, 1554; *Trappelt/Lambrich*, NJW 1999, 3222, Fn. 59; so auch die Interpretation des jetzigen Urteils bei *Kast/Freihube*, BB 2003, 2571.

16 Dies ist eine der „Reflexwirkungen“, die die Tarifgebundenheit des Arbgeb. auch gegenüber den nichtorganisierten ArbN zeitigen kann mit der Folge, dass er nicht frei ist, beliebige betriebliche „Bündnisse“ einzugehen (vgl. *Rieble*, ZTR 1999, 484).

17 *Reuter*, SAE 1999, 264 gibt leider keine Begründung dafür, weshalb eine Anwendung des § 139 BGB nichts daran ändern sollte, dass Arbgeb. „und nicht tarifgebundene ArbN“ frei über das Schicksal der teilweise rechtswidrigen betrieblichen Einheitsregelung entscheiden können sollen. Der Einwand von *Rieble*, ZTR 1999, 487, § 139 BGB gelte nur für eine „Normenkontrolle“, nicht für die „Unterlassung einer Störung“, geht fehl: Die „Störung“ besteht hier ja gerade in der Aufstellung einer betrieblichen Ordnung, die Geltung anstelle des TV beansprucht.

18 *BGH* v. 22. 2. 1952, BGHZ 5, 189 ff.; *BGH* v. 23. 6. 1994, BGHZ 126, 287 ff. (296); *Ritter*, 1994, 67 ff.; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, Einl., Rn. 76a; § 322, Rn. 13; für die wettbewerbsrechtliche Verbraucherverbandsklage; *Hensen*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 15 AGBG, Rn. 43; § 17, Rn 7; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG, Rn. 267; *Fritzsche*, 2000, 223 ff. Zur Bedeutung der Kernlehre in diesem Zusammenhang auch *Oppermann*, 1993, 45 ff. Dies kann bei einem weiten Verbot bedeuten, dass es eng ausgelegt wird, und bei einem eng gefassten Verbot, dass es weit ausgelegt wird (ebenda., 50 f.).

19 *BGH* v. 14. 12. 1998, NJW 1999, 954 ff. für einen Antrag zur Zahlung einer monatlichen Nutzungsentschädigung „bis zur Herausgabe“ (den unbestimmten Endtermin“ hatte das Berufungsgericht für zu unbestimmt gehalten). Auf die Rechtsätze dieser Entscheidung bezieht sich auch das BAG, ohne die Konsequenzen zu berücksichtigen.

20 *BAG* v. 20. 4. 1999, Fn. 1. Zust. insofern *Kast/Stuhlmann*, BB 2000, 617, die ausführlicher auf den „Lösungsweg“ einer Beschränkung der Einheitsregelung auf nicht organisierte ArbN eingehen.

keiner Seite rechtliches Gehör gewährt, sondern sich mit der Vermutung begnügt, dass „die Möglichkeit, dass die Bekl. bereit ist, ihr benannte Mitglieder der Kl. von der Anwendung der vertraglichen Einheitsregelung vom 31. 5. 2000 auszunehmen, durchaus nicht lediglich theoretischer Natur [sei...] Vermag die Kl. [...] z. B. lediglich 30 ihr als Mitglieder angehörende Mitarbeiter der Bekl. zu benennen, könnte sich die Bekl. dafür entscheiden, bei diesen die Anwendung der vertraglichen Einheitsregelung v. 31. 5. 2000 zu unterlassen, da sie deren Durchführung von dem Einverständnis von mindestens 80 % aller ArbN abhängig gemacht hat.“ Er orientiert sich insofern (entspr. § 139 BGB, den es nicht zitiert) an einer hypothetischen Arbeitgeberentscheidung – und interpretiert diese wohl richtig dahingehend, dass der Arbgeb. keineswegs bedingungslos seine Maßnahme auf die nicht tarifgebundenen Beschäftigten beschränken wollte. Nach dem Wortlaut seiner unternehmerischen Entscheidung konnte er die Tarifbindung nur berücksichtigen, wenn nicht mehr als 20 % der Beschäftigten tarifgebunden waren.

2.3.2. Zulässigkeit der Beschränkung auf zustimmende Beschäftigte

Eine Aufteilung in Zustimmungende und Nicht-Zustimmende, wie sie durch die Bekl. vorgenommen wurde, reicht jedoch für die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Einheitsregelung nicht aus. Die Voraussetzungen des § 139 BGB sind nicht erfüllt. Denn der Arbgeb. ging sehenden Auges das Risiko ein, auch tarifgebundene Beschäftigte in seine vertragliche Einheitsregelung einzubeziehen und insofern eine Konkurrenzordnung zur tariflichen Ordnung zu schaffen²¹.

Zumindest erstaunlich ist es, wie der Senat diese angesichts Art. 9 Abs. 3 GG materiell-rechtlich unwirksame Maßnahme mit dem mutmaßlichen individuellen Willen von Gewerkschaftsmitgliedern zu legitimieren versucht: „[Die Annahme, alle der betreffenden Gewerkschaft angehörenden ArbN würden den Standpunkt der Gewerkschaft teilen] erscheint [...] in einer Situation wie der vorliegenden nicht unbedingt wahrscheinlich. Näherliegend ist, dass gewerkschaftlich organisierte Mitarbeiter der Bekl. mit ihrer namentlichen Benennung in dem gewerkschaftlichen Unterlassungsklageverfahren nicht einverstanden sind, z. B. weil sie das Sanierungskonzept für richtig oder jedenfalls für akzeptabel halten, weil sie es zumindest nicht durch Ablehnung gefährden wollen oder auch nur, weil sie zu ihrem einmal dazu erklärten Einverständnis stehen.“ Bemerkenswert hieran ist nicht allein, dass der Senat meint, in einer demokratischen Gesellschaft könne ein Zustimmungsgang von 94–98,5 % als Ausweis freier Entscheidung gelten²². Bemerkenswert ist vor allem, dass ein oberstes Bundesgericht eine rechtswidrige Maßnahme als akzeptables „Sanierungskonzept“ adelt und tarifgebundene Beschäftigte, die sich nachträglich auf die Tarifgeltung berufen wollen, für wortbrüchig zu halten scheint. Inhaltlich verzichten diese Äußerungen ausdrücklich darauf, den Geltungsgrund des § 4 Abs. 3 TVG sowie des Schutzes vor einer faktischen Aushöhlung des TV nachzuvollziehen. Obwohl der Senat die Rechtssätze der Burda-Entscheidung nur fortzuführen behauptet, legen diese Äußerungen die Frage nahe, ob er tatsächlich bereit war, deren Geltungsgrund zu akzeptieren. Hintergrund der Burda-Entscheidung war ja gerade die Überlegung, dass sich die Wirkung der Tarifautonomie nicht in der Schaffung subjektiver Rechte für die tarifgebundenen ArbN „erschöpft“²³; sie hat vielmehr auch Ordnungsfunktionen, nicht zuletzt in Hinblick auf ein funktionierendes Verbandssystem, sozialen Frieden und den Wettbewerb zwischen den Unternehmen²⁴.

2.3.3. Die rechtmäßige Alternativmaßnahme

Für § 139 BGB muss man sich demgegenüber an einer rechtmäßigen Alternativmaßnahme orientieren. Dies legt die Frage nahe: Wie hätte eine solche Maßnahme ausgesehen? Was hätte die Bekl. tun müssen, um sich für die Zukunft tarifgemäß zu verhalten? Ein tarifgemäßes Verhalten hätte in einer Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 3 TVG bestanden, d. h. in einer Anwendung des TV auf die tarifgebundenen Mitglieder. Die praktische Umsetzung wirft generelle Probleme auf, zu deren Lösung die positive individuelle Koalitionsfreiheit und das Recht auf Nicht-Diskriminierung wegen der

Gewerkschaftsmitgliedschaft einerseits und die normative Tarifwirkung des deutschen Rechts andererseits in ein Verhältnis der praktischen Konkordanz gesetzt werden müssen. Es mit formalen Argumenten zu lösen, wie der Senat es tut, missachtet die Bedeutung dieser Problematik der praktischen betrieblichen Durchführung des § 4 Abs. 1 TVG²⁵.

Einerseits muss ein Arbgeb. die Möglichkeit haben, sich tarifgemäß zu verhalten, ohne den TV auch auf die nicht tarifgebundenen Beschäftigten anwenden zu müssen. Dies sagt § 4 Abs. 1 TVG. Andererseits gehört das Verbot der Diskriminierung wegen der Gewerkschaftszugehörigkeit als Teil der Vereinigungsfreiheit zu den Grundlagen demokratischer Arbeitsrechtsordnungen und zum Schutzbereich der individuellen positiven Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG²⁶. Ob ein Arbgeb. während eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses unter absolut keinen Umständen nach der Mitgliedschaft fragen darf, scheint so keineswegs ausgemacht²⁷. Sicher ist aber, dass ein Arbgeb. die Unterscheidung des § 4 Abs. 1 TVG jedenfalls nicht dazu nutzen darf, die Gewerkschaftsmitgliedschaft zu diskreditieren und organisierte Beschäftigte Nachteilen auszusetzen²⁸.

Die Anforderungen an ein solcherart rechtmäßiges Verhalten müssen aber hoch sein bei einer Arbgeb. wie der Bekl., die in der Vergangenheit deutlich gemacht hat, dass sie tarifliche Rechte nicht ernst zu nehmen bereit ist. Auch für einen Arbgeb., der alle diejenigen, die auf ihren tariflichen Rechten bestanden haben, als Verhinderer von notwendigen „Sanierungskonzepten“ hingestellt hat, wird es nicht einfach sein, schlüssig und substantiiert darzulegen, dass er in Zukunft den TV respektieren, nur mit Nicht-Tarifgebundenen untertarifliche Vereinbarungen abschließen und keine Nachteile mit der Tarifgebundenheit verknüpfen wolle. Für den Übergang zu tarifgemäßem Verhalten wird man in diesen Fällen zusätzliche prozedurale Vorkehrungen verlangen müssen, die sicherstellen, dass Gewerkschaftsmitglieder, die die Auffassung ihrer Gewerkschaft teilen, tatsächlich keine Nachteile zu befürchten haben. Die Anforderungen hieran wären noch zu entwickeln; zu denken wäre vielleicht an die Einrichtung einer paritätischen Kommission zur Klärung etwaiger Beschwerden und Diskriminierungsvorwürfe²⁹.

3. Materiell-rechtliche Bedeutung der Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite

3.1. Tatbestandsvoraussetzung des Unterlassungsanspruchs

In der Burda-Entscheidung war das BAG dennoch zu Recht davon ausgegangen, dass Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite eine Tatbe-

21 Vgl. *Kast/Freihube*, BB 2003, 2570: Zu 98,5% Zustimmungenden gehörten notwendigerweise auch gewerkschaftlich Organisierte.

22 So ausdrücklich *Kast/Freihube*, BB 2003, 2569.

23 So aber *Reuter*, SAE 1999, 263.

24 Vgl. nur exemplarisch *ErFK/Dieterich*, Art. 9 GG, Rn. 50 ff.

25 Auch die Rspr. zur Gleichstellungsabrede versucht sich an einer Lösung dieses Problems (s. z. B. *BAG v. 19. 3. 2003 4 AZR 331/02*, AuR 2003, 395); kritisch z. B. *Däubler*, RdA 2002, 299 ff.; *Lorenz*, in: *Däubler* (Hrsg.), Kommentar zum TVG, 2003, § 3, Rn. 231 ff.).

26 Siehe z. B. *Gamillscheg*, Bd. 1, 1997, 193 für Art. 9 Abs. 3 GG; *Zachert*, AuR 2003, 372 für Art. 11 der EMRK; *Böhmert*, 2002, 114 für die ILO-Konvention Nr. 98.

27 So aber das BAG, Fn. 1; anders *Bauer*, NZA 1999, 960; *Kast/Stuhlmann*, BB 2000, 619.

28 Vgl. dazu *Däubler*, AIB 1999, 484: Es müsse „klar sein, dass den Organisierten durch ihr Beharren auf dem TV keinerlei Nachteile entstehen.“

29 Verschärfte Anforderungen an die Darlegungslast für ein Verhalten, das den Unterlassungsanspruch materiell-rechtlich ausschließt, lassen sich rechtsdogmatisch auch als Rechtsfolgen des Beseitigungsanspruchs aus Art. 9 Abs. 3 GG begreifen (zu diesem Anspruch siehe insbes. *Kocher*, 2002, 39 f.; *Berg*, DB 1999, 2366; allgemein *Baumbach/Hefermehl*, 1998, Einl. UWG, Rn. 307 ff.).

standsvoraussetzung des Unterlassungsanspruchs ist. Hier handelt es sich aber nicht um eine Frage der Bestimmtheit oder des Streitgegenstandes, sondern allein der Begründetheit. Geltendes Tarifrecht wird nur verdrängt, wenn der betreffende TV im Anwendungsbereich der fraglichen betrieblichen Regelung normativ gilt. Ein faktisches Unterlaufen der tariflichen Ordnung durch eine einseitig gesetzte betriebliche Ordnung kann es nur geben, wenn es im Betrieb überhaupt eine tarifliche Ordnung gibt. Insofern muss die Kl. tatsächlich im Erkenntnisverfahren darlegen (und im Streitfall nachweisen), dass ein bestimmter Anteil der Beschäftigten tarifgebunden war³⁰. Keineswegs muss sie aber alle ihre Mitglieder und deren konkrete individualrechtliche Ansprüche nachweisen. Vielmehr reicht insofern eine bestimmte „kritische“ Masse aus, die es rechtfertigt, überhaupt von einer tariflichen Ordnung im betreffenden Betrieb zu sprechen.

In der Burda-Entscheidung heißt es soweit nur, dass „zum Anteil der tarifgebundenen ArbN Feststellungen [fehlen]. Immerhin gehen alle Beteiligten ohne weiteres davon aus, dass jedenfalls ein Teil der betroffenen Belegschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft organisiert ist“³¹. Wiedemann formuliert die Rechtsfrage dahingehend, dass zu klären sei, „ob die Ordnung eines Verbands-TV bereits dann gestört sein soll, wenn in einem Unternehmen nur ein geringfügiger Teil der Belegschaft vom TV normativ betroffen ist, die Kollektivvereinbarung im Übrigen aber qua Bezugnahme gilt.“³² Leider ist der Senat auf Grund seiner unrichtigen Bestimmung des Streitgegenstands hier nicht mehr dazu gekommen, seine Aufgabe einer Präzisierung der Tatbestandsmerkmale des Unterlassungsanspruchs wahrzunehmen. Man könnte sich insofern an die Arbeitgeberentscheidungen in den „betrieblichen Bündnissen“ für Arbeit anlehnen, die ja selbst davon ausgehen, dass ein Beschäftigtenanteil von 5-20% eine selbstgeschaffene kollektive betriebliche Ordnung zu delegitimieren vermag³³. Rieble hat eine Orientierung an den Zahlenverhältnissen des § 17 KSchG vorgeschlagen³⁴, die den Vorteil hätten, dass damit die Bedeutung betrieblicher Gruppen je nach Betriebsgröße unterschiedlich gewichtet würde. Entsprechend Wiedemanns Überlegung wären diejenigen Beschäftigten, mit denen eine einzelvertragliche Bezugnahme klausel vereinbart ist, jedenfalls dann einzubeziehen, wenn man diese Klauseln lediglich als Gleichstellungsabreden versteht³⁵.

3.2. Beweis des Tatbestandsmerkmals

Die Tatsache der Tarifbindung eines signifikanten Teils der Beschäftigten ist aber nicht Gegenstand des Antrags, wie der Senat meint; Streitgegenstand bleibt der Koalitionsanspruch aus Art. 9 Abs. 3 GG, der die individuellen Ansprüche gerade nicht beinhaltet. Es handelt sich vielmehr um ein Begründetheitserfordernis³⁶.

Dabei geht es um eine ähnliche Tatbestandsvoraussetzung wie bei dem „Vertretensein“ im Betrieb im BetrVG. Es handelt sich nicht um Tatsachen, bei denen es auf individuelle Merkmale der einzelnen Beschäftigten oder deren Arbeitsverhältnisse ankäme³⁷. Die Formulierung des BAG aus der jetzigen Entscheidung zum Anspruch aus § 2 Abs. 2 BetrVG kann insofern genauso für den Unterlassungsanspruch gegen tarifwidrige betriebliche Einheitsregelungen gelten: „...dabei geht es nicht um Ansprüche hinsichtlich bestimmter ArbN, sondern allein darum, dass die Gewerkschaft überhaupt durch [...] Mitglieder im Betrieb ‚vertreten‘ ist. Dieser Anspruch erfordert ... nicht die namentliche Benennung eines oder mehrerer Gewerkschaftsmitglieder. Dies mag es auch rechtfertigen, die Zulässigkeit mittelbarer Beweise bei diesem [...] Anspruch anzunehmen.“³⁸

Dr. Eva Kocher,
Hamburger Universität für Wirtschaft und Politik

Gewerkschaftsbegriff

Die Christliche Gewerkschaft Metall ist keine tariffähige Gewerkschaft.

ArbG Stuttgart v. 12. 9. 2003 – 15 BV 250/96

Aus den Gründen:

4. Kollektivvertraglich ausgeübte Privatautonomie auf dem Gebiet der v. Staat den Tarifvertragsparteien überlassenen Regelungsbereich der Ordnung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erfordert, die Anerkennung der Tariffähigkeit von Mindestvoraussetzungen abhängig zu machen. Dazu gehören nicht nur die unabdingbaren Merkmale eines auf freiwilliger Basis erfolgten Zusammenschlusses der Mitglieder, eine demokratisch aufgebaute Struktur, die Anerkennung des Tarifvertragssystems und der Verfassungsordnung, sondern dazu kommt eine ausreichende Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler. Dieses von der Rechtsprechung des BAG entwickelte zusätzliche Merkmal der **Tariffähigkeit** (siehe zuletzt Beschluss v. 6. 6. 2000, AP Nr. 55 zu § 2 TVG) stellt sicher, dass ein ausgewogener Interessenausgleich durch Kollektivvertragsabschluss nur dann als TV akzeptiert wird, wenn Gewerkschaften so leistungsfähig sind, dass sich die Arbeitgeberseite zumindest veranlasst sieht, auf Verhandlungen über tarifliche Regelungen der Arbeitsbedingungen einzugehen und zum Abschluss eines TV zu kommen.

4.1 Zur Durchsetzungsfähigkeit gehört des Weiteren das Merkmal der Leistungsfähigkeit, die darin besteht, dass die Gewerkschaft, die tariffähig sein will, nicht nur Autorität gegenüber den Gegenspieler hat, sondern auch gegenüber der eigenen Mitgliederschaft. Sie muss deshalb vom organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die ihr gestellten Aufgaben auch sinnvoll zu erfüllen. Ohne ausreichende Leistungsfähigkeit wäre sie vom guten Willen des sozialen Gegenspielers oder anderer dann allerdings tariffähiger Gewerkschaften abhängig.

5. Ob eine Gewerkschaft tariffähig ist, muss im Einzelfall anhand der im Verfahren erörterten oder von Amts wegen ermittelten Tatsachen festgestellt werden. Kollektiv ausgeübte Privatautonomie bedingt, dass die von der Gewerkschaft abgeschlossenen TV sich in der betrieblichen Praxis auch durchgesetzt haben, und zwar durch die tatsächliche Anwendung der Bestimmungen des normativen Teils unter den Tarifgebundenen.

6. Entgegen der von den Beteiligten Ziff. 3, 9-10, 12-17 vertretenen Rechtsauffassung stehen **internationalrechtliche Gewährleistungen der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit** dem von der deutschen Arbeitsrechtsprechung entwickelten Begriff der tariffähigen Gewerkschaft nicht entgegen.

6.1. **Durchsetzungsfähigkeit** als zusätzliches Merkmal einer tariffähigen Gewerkschaft ist nichts anderes als die deutsche Ausformung des Begriffs **Repräsentativität**, der als Begriff erstmals in Art. 389 des Versailler Vertrags auftaucht und zwar als Voraussetzung für die Entsendung von Vertretern in die dreigliedrigen Organe der Internationalen Arbeitsorganisation. Art. 11 Abs. 1 EMRK geht mit seiner Anerkennung des Rechts, zum Schutz der Interessen der AN Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten auch von diesem Begriff aus ...

7. Die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Tarifautonomie umfasst denknottwendig eine **Kartellwirkung** (vgl. dazu *Löwisch-Rieble*, § 247 Rn. 6 unter Hinweis auf die Entscheidung des *Kammergerichts* v. 21. 2. 1990 in AP

30 So auch *Löwisch*, BB 1999, 2080, der aber zu Unrecht meint, es ginge hier um eine Anwendung des TV in Individualfällen.

31 BAG v. 20. 4. 1999, Fn. 1.

32 Wiedemann, RdA 2000, 172.

33 Bauer, NZA 1999, 959 hält jedenfalls 5% nicht für ausreichend.

34 Rieble, ZTR 1999, 485.

35 Vgl. dazu schon oben bei Fn. 25.

36 *Kast/Freihube*, BB 2003, 2570 missachten diesen Unterschied, wenn sie die jetzige Entscheidung auf die Aussage beschränken, die tarifgebundenen ArbN müssten „im Erkenntnisverfahren“ benannt werden.

37 Dies übersieht *Rieble*, ZTR 1999, 485 f.

38 Zum Beweis mittels notarieller Erklärung bzw. Zeugenaussage eines Gewerkschaftssekretärs oder eines Notars siehe BAG v. 25. 3. 1992, AuR 1993, 88; BVerfG v. 21. 3. 1994, AuR 1994, 313; zur rechtlichen Zulässigkeit der genannten Beweismittel ausführlich auch *Grunsky*, AuR 1990, 109 ff.; a. A. *Prütting/Weth*, AuR 1990, 269 ff.; *Löwisch*, BB 1999, 2083; *Rieble*, ZTR 1999, 486, die beiden letztgenannten allerdings ohne Auseinandersetzung mit den Gegenargumenten.