

Bonner Schriften zum deutschen und europäischen Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit

Herausgegeben von Gregor Thüsing und Raimund Waltermann

Marc Tobias Rosenau

Die Koalitionsbetätigungs- freiheit im gewandelten Kontext

Band 13

Die Koalitionsbetätigungsfreiheit im gewandelten Kontext

Bonner Schriften zum deutschen und europäischen Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit

Herausgegeben von Gregor Thüsing und Raimund Waltermann

Band 13

Marc Tobias Rosenau

**Die Koalitionsbetätigungs-
freiheit im gewandelten
Kontext**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2012

Umschlaggestaltung:

© Olaf Glöckler, Atelier Platen, Friedberg

D 5

ISSN 1865-617X

ISBN 978-3-653-02604-7 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-02604-7

ISBN 978-3-631-62736-5 (Print)

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2013

Alle Rechte vorbehalten.

PL Academic Research ist ein Imprint der Peter Lang GmbH

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2011/2012 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Juni 2011 fertiggestellt. Für die Druckfassung konnte Rechtsprechung zum Teil noch darüber hinaus berücksichtigt werden.

Herrn Professor Dr. Gregor Thüsing danke ich dafür, dass er mir die Anregung zu dem Thema meiner Arbeit gab sowie für die regelmäßigen Gespräche, die den Fortgang der Arbeit gefördert haben. Bei Herrn Professor Dr. Raimund Waltermann bedanke ich mich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Ihnen beiden bin ich zudem für die Aufnahme der Arbeit in die „Bonner Schriften zum deutschen und europäischen Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit“ dankbar.

Meiner Mutter Edith Muschol danke ich nicht nur für die Finanzierung der Veröffentlichung dieser Arbeit, sondern auch dafür, dass sie mich und meine Ausbildung stets in jeder Hinsicht unterstützt hat.

Mein besonderer Dank gilt schließlich meiner Frau Samantha für die Durchsicht des gesamten Manuskripts und dafür, dass sie mich während der Anfertigung der Arbeit stets aufs Neue ermuntert und durch kluge Ratschläge zum Gelingen der Arbeit beigetragen hat. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im November 2012

Marc Tobias Rosenau

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Einleitung	17
§ 1 Rechtliche Grundlagen der Koalitionsbetätigung	17
§ 2 Diskrepanz zwischen tatsächlicher Bedeutung und rechtlicher Erfassung	19
§ 3 Rechtsvergleichender Blick auf die Koalitionsbetätigungsfreiheit	21
§ 4 Ziel der Untersuchung	22
2. Teil: Art. 9 Abs. 3 GG als Grundlage der Koalitionsbetätigungsfreiheit ..	25
§ 1 Der Koalitionsbegriff	25
A) Die Koalition als Vereinigung	25
I. Freiwilliger Zusammenschluss mehrerer Personen zu gemeinsamem Zweck	25
II. Zeitliche und organisatorische Stabilität	26
B) Die spezifischen Anforderungen an eine Koalition	
i.S.d. Art. 9 Abs. 3 GG	28
I. Koalitionszweck	28
II. Organisation der Koalition	29
III. Kampfbereitschaft und Koalitionsmächtigkeit	31
IV. Die Koalition als Verein	33
C) Der Koalitionsbegriff im Rahmen der Tarifautonomie	33
I. Die Anforderungen an die Tariffähigkeit im Spannungsfeld zwischen Grundrechtseingriff und Grundrechtsausgestaltung	33
II. Die Anforderungen an die Tariffähigkeit im Einzelnen	36
1. Die Tarifwilligkeit	36
2. Die Koalitionsmächtigkeit	39
3. Organisatorische Leistungsfähigkeit	41
D) Ergebnis	42
§ 2 Die Koalitionsbetätigungsfreiheit	43
A) Die geschichtliche Entwicklung bis zur Anerkennung eines Koalitionsrechts	43
B) Die verfassungsrechtliche Anerkennung der Koalitionsfreiheit	45
I. Die verfassungsrechtliche Sicherung der Koalitionsfreiheit durch die Weimarer Reichsverfassung	45
II. Die Koalitionsfreiheit unter Geltung des Grundgesetzes	46

1. Der unstreitige Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG	47
2. Die interne Betätigungsfreiheit der Koalition als Schutzgut des Art. 9 Abs. 3 GG	47
3. Die externe Koalitionsbetätigungsfreiheit	50
a) Das entstehungsgeschichtliche Argument	52
b) Die Argumente zum eigenständigen Schutzgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG	54
c) Das Argument der mangelnden Erforderlichkeit	55
d) Europäischer Einfluss	56
4. Die Problematik der Grundrechtsträgerschaft bei Art. 9 Abs. 3 GG	57
a) Die Argumentation der Gerichte im Spiegel aktueller Kritik der Literatur	58
b) Die Koalitionsfreiheit als typisches Gruppengrundrecht	59
III. Der Inhalt der Koalitionsbetätigungsfreiheit nach der Rechtsprechung	61
1. Die Begrenzung der Koalitionsbetätigungsgarantie durch die Kernbereichsformel	61
2. Die entgrenzte Koalitionsbetätigungsfreiheit	63
a) Erforderlichkeit einer Grenzziehung	65
b) Grenzziehung durch Auslegung des Begriffs der „koalitionsspezifischen“ Betätigung	68
c) Grenzziehung durch die Zwecksetzung	69
d) Grenzziehung durch europarechtliche Vorgaben	70
e) Grenzziehung durch das Gemeinwohl	73
aa) Zweistufiger Ansatz zur Begründung der Legitimation von Regelungsmacht	74
bb) Staatsentlastungsfunktion der Koalition als Grund der Parallelität verfolgter Zwecke	76
cc) Gemeinwohlkriterien	80
f) Grenzziehung durch umfassende Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien	81
g) Grenzziehung durch das Gewaltverbot und den Friedlichkeitsvorbehalt	83
h) Grenzziehung durch Vergleich mit der Auslegung anderer Grundrechte	88
aa) Die Religionsfreiheit	88
bb) Die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG	91
cc) Rückschlüsse für die Koalitionsbetätigungsfreiheit	92
i) Grenzziehung durch Handelndenqualität	95

j) Grenzziehung durch den Grundsatz der Parität	98
k) Grenzziehung durch Grundrechtskonkurrenz?	99
l) Grenzziehung durch Grundrechtsbindung	99
m) Zusammenfassung	105
IV. Der Schutz der nicht spezifisch koalitionsmäßigen Betätigung	106
V. Die negative Koalitionsbetätigungsfreiheit	110
1. Die Delegation der Koalitionsbetätigung	111
2. Grundrechtlicher Schutz der Untätigkeit der Koalition	111
VI. Die Pflicht zu tarifdispositivem Gesetzesrecht	113
1. Die Tarifautonomie als Teil der Koalitionsbetätigungsgarantie	113
2. Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Tarifparteien bei Doppelzuständigkeit	114
C) Ergebnis	117
3. Teil: Die Koalitionsbetätigung in der Betriebsverfassung	121
§ 1 Überblick über die Koalitionsbetätigung in der Betriebsverfassung	122
§ 2 Gewerkschaftswerbung	124
A) Das Zugangsrecht zum Betrieb	124
I. Die entgegenstehenden Rechte	125
II. Die Versagung des Zugangsrecht durch die frühere Rechtsprechung	125
III. Neue Ansätze der Rechtsprechung zum Zugangsrecht	126
1. Kein Verstoß gegen die Bindungswirkung des § 31 BVerfGG durch Zugangsrecht	126
2. Erforderlichkeit des Zugangsrechts	127
3. Zugangsrecht als Frage des Einzelfalls	128
4. Die willkürliche Rechtsprechung hinsichtlich der Zugangshäufigkeit	130
5. Zugangsrecht bei Koalitionspluralismus – eine ungelöste Frage ...	130
6. Das Zugangsrecht zu kirchlichen Einrichtungen	133
a) Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht	134
b) Auswirkungen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts auf das Zugangsrecht	135
7. Regelungspflicht des Gesetzgebers?	137
B) Werbemittel der Koalitionen	139
I. Werbung über betriebliche E-Mail-Adressen	139
1. Entgegenstehende Arbeitgeberrechte	141
2. Entgegenstehende Arbeitnehmerrechte	143
3. Das BDSG als Sperre der richterrechtlichen Ausgestaltung	146

4. Gegenmaßnahmen der Arbeitgeber nach aktueller Rechtsprechung	146
a) Spam-Filter	146
b) Verbot der Privatnutzung	147
c) Allgemeines Werbeverbot	148
d) Gerichtlicher Rechtsschutz	148
5. Anwendbarkeit der Rechtsgedanken des UWG	150
6. Ergebnis	151
II. Werbung über das betriebliche Intranet	151
§ 3 Der Abschluss von Organisationstarifverträgen	152
A) Zwangstarifgemeinschaften als erheblicher Eingriff in die Koalitionsbetätigungsfreiheit	153
B) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Zwangstarifgemeinschaften	155
I. Zwangstarifgemeinschaften bei Organisationstarifverträgen gem. § 3 BetrVG	155
1. Die Lösung von Tarifkollisionen als Problem der Koalitionsbetätigungsfreiheit	157
2. Der normzweckorientierte Spezialitätsgrundsatz – Lösung der Tarifkollision unter Respekt der Koalitionsbetätigungsfreiheit	161
II. Zwangstarifgemeinschaften bei gemeinsamen Einrichtungen	165
§ 4 Der Abschluss von Tarifsozialplänen	166
I. Das Verbot der Tarifizensur	168
II. Unternehmerische Betätigungsfreiheit als Grenze der Tarifmacht	169
1. Die Kollision von unternehmerischer Entscheidungsfreiheit und Koalitionsfreiheit	170
2. Tarifmacht als Ausgestaltungsmacht	171
a) Das Problem der mittelbaren Beschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit	172
b) Gesamtbetrachtung als Missbrauchskontrolle	172
c) Gesamtbetrachtung zur Sicherung des Rangprinzips	174
d) Inhalt der Gesamtbetrachtung	175
e) Tarifforderungen und Niederlassungsfreiheit	176
3. Zusammenfassung	178
§ 5 Zusammenarbeit in der Betriebsverfassung	178
§ 6 Der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien	180
4. Teil: Der Arbeitskampf als Kern der Koalitionsbetätigungsfreiheit	185
Abschnitt 1 Das traditionelle Verständnis des Arbeitskampfes	187

§ 1 Dienende Funktion	187
§ 2 Tarifvertragsparteien als Kampfparteien	188
§ 3 Zulässige Außenseiterbeteiligung und unzulässige Drittbeteiligung	188
§ 4 Der Grundsatz der Parität	189
§ 5 Der Grundsatz der Freiheit der Wahl der Arbeitskämpfungsmittel	192
§ 6 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der ultima-ratio-Grundsatz	193
§ 7 Die Friedenspflicht als Begrenzung des Arbeitskamps	196
§ 8 Arbeitskampf als Selbstschädigung	197
Abchnitt 2 Die Modifikation des traditionellen Arbeitskampfverständnisses durch die aktuelle Rechtsprechung	198
§ 1 Die Fortentwicklung des traditionellen Arbeitskkampfverständnisses	198
A) Folgen der Entscheidung zur Zulässigkeit des Unterstützungsstreiks	199
I. Der zugrundeliegende Sachverhalt	199
II. Die mittelbare Durchsetzung tariflicher Regelungen	199
III. Die Stärkung der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei gleichzeitiger Verringerung ihrer Konturen	202
1. Das Kampfziel als Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung	202
2. Die inhaltlichen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung	203
IV. Die Abkehr vom Grundsatz der Kampfparität	207
V. Kein grundlegender Bruch mit bestehendem Arbeitskkampfrecht	208
B) Folgen der Entscheidung zur Zulässigkeit von Arbeitskämpfen um einen Tarifsozialplan	209
I. Der zugrundeliegende Sachverhalt	209
II. Abwehr von Unternehmensentscheidungen als Kampfziel	209
C) Folgen der Entscheidung zur Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit – Die Entdeckung der Kleinteiligkeit des Arbeitskamps	210
I. Das neue Selbstbewusstsein der Spezialistengewerkschaften	210
II. Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit	211
D) Folgen der völkerrechtlichen Zulässigkeit des Beamtenstreiks	214
I. Umfassendes Streikverbot im öffentlichen Dienst als Verstoß gegen Art. 11 EMRK	214
II. Das deutsche Verbot des Beamtenstreiks als Verstoß gegen Art. 11 EMRK	215
III. Die Rezeption der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte durch das Verwaltungsgericht Düsseldorf	218

IV. Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7. März 2012	221
E) Folgen des Urteils des Landesarbeitsgerichts Hamm zur Zulässigkeit von Arbeitskämpfen in kirchlichen Einrichtungen	224
I. Das Spannungsverhältnis zwischen kirchlichem Selbstbestimmungsrecht und Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer	225
II. Der Kernbereich kirchlicher Betätigung als arbeitskampffreier Raum	226
III. Die Problematik der Trennung von Kern- und Randbereich kirchlicher Betätigung	226
1. Dienstgemeinschaft als Bestandteil der Kirchenautonomie	227
2. Mangel eines allgemeinen Mehrwerts durch Arbeitskampf von Randgruppen	230
3. Eingriff oder Ausgestaltung durch Kirchenautonomie	230
4. Dritter Weg als Aliud des staatlichen Tarifvertragssystems	231
IV. Fazit	233
F) Zwischenergebnis	234
§ 2 Die Degeneration des Arbeitskamps – atypischer Arbeitskampf	234
A) Definition des Begriffs „Flashmob“	235
B) Flashmob als Arbeitskämpfungsmittel	235
C) Die Kernpunkte der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts	237
I. Differenzierung zwischen absolut geschützten Rechtsgütern und Rahmenrechten	237
II. Die Einbeziehung Dritter	238
III. Definition der koalitionspezifischen Betätigung anhand des Kampfziels	238
IV. Der Begriff der Friedlichkeit	239
V. Verhältnismäßigkeitsprüfung	239
VI. Abwehrkämpfungsmittel der Arbeitgeberseite	239
D) Verfassungsrechtliche Dimension der Flashmob-Entscheidung	240
I. Die mangelhafte Berücksichtigung des personalen Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit	240
1. Die Drittbeteiligung als Problem des personalen Schutzbereichs	240
a) Legitimatorischer Konflikt	241
b) Faktisches Problem	242
c) Zusammenfassung	244
2. Rückwirkungen der Drittbeteiligung auf den Begriff der Tariffähigkeit	245

II. Der sachliche Schutzbereich im Zeichen funktionaler Grundrechtsauslegung	246
1. Divergenz zwischen Bedeutung des sachlichen Schutzbereichs und der bundesarbeitsgerichtlichen Prüfungsintensität	246
2. Erforderlichkeit einer Schutzbereichskonturierung	246
3. Möglichkeit und Durchführung der Konturierung des sachlichen Schutzbereichs	248
a) Die verfassungsrechtliche Besonderheit des Arbeitskampfs	249
b) Funktionaler Schutzbereich der Arbeitskampffreiheit	249
aa) Die Funktion des Arbeitskampfs im Rahmen der Tarifautonomie	251
(1) Die Problematik der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmerseite als Grundlage des Arbeitskampfs	251
(2) Machtgleichgewicht als vertragsrechtliches Erfordernis	251
bb) Arbeitskampf als vertraglicher Regelungsmechanismus	252
(1) Marktbezogenheit der Arbeitskampfmaßnahme	253
(2) Vertragsbezogenheit der Arbeitskampfmaßnahme	254
cc) Existenz eines dynamischen Arbeitskampfrechts versus numerus clausus	256
dd) Zusammenfassung	257
c) Strafbarkeit von Arbeitskampfmaßnahmen als Ausschlusskriterium des Schutzbereichs	257
aa) Hausfriedensbruch, § 123 StGB	258
bb) Sachbeschädigung, § 303 StGB	258
cc) Betrug, § 263 StGB	259
dd) Nötigung, § 240 StGB	260
III. Die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen	262
1. Die Geeignetheit einer Arbeitskampfmaßnahme	264
2. Die Erforderlichkeit einer Arbeitskampfmaßnahme	265
a) Staatsneutralität und Bezugspunkt der Erforderlichkeitsprüfung	266
b) Erforderlichkeit und Parität	267
aa) Paritätsvermutung durch herkömmliche Arbeitskampfmittel als Folge vertragsrechtlicher Beziehungen	267
bb) Die Leiharbeit als eventuelles Paritätsproblem	269
cc) Aufgabe der arbeitskampfrechtlichen Theorie der Eskalationsstufen	271

dd) Folgen der Abstraktionshöhe des Paritätsgrundsatzes	272
3. Die Angemessenheit von Arbeitsk Kampfmaßnahmen	272
a) Die (lückenhafte) Angemessenheitsprüfung des Bundesarbeitsgerichts	274
aa) Die Problematik des Hausrechts	274
bb) Die Problematik der Betriebsstilllegung	276
cc) Zwischenergebnis	277
b) Inhalt einer vollwertigen Angemessenheitsprüfung	277
aa) Proportionalitätsrelevanz der Unterschiedlichkeit zwischen Flashmob-Aktionen und klassischen Arbeitskampfmitteln	278
(1) Selbstschädigung	278
(2) Der Friedlichkeitsvorbehalt	279
(3) Die rechtliche Kurzlebigkeit des Flashmobs als Bruch mit der Rechtfertigungswirkung des Arbeitskamps	282
(4) Die Nichtberücksichtigung zivilrechtlicher Schadenszuweisungen	283
bb) Abwägungsentscheidung	285
E) Vom beengten Kernbereich zu fast grenzenloser Weite	287
F) Rückschluss auf die Kampfmittel der Arbeitgeberseite – Eintritt in die Eskalationsspirale oder Beginn eines asymmetrischen Arbeitskamps ?	288
5. Teil: Leitlinien für eine Weiterentwicklung der Koalitionsbetätigungsfreiheit	291
§ 1 Die Koalitionsbetätigungsfreiheit im Spannungsfeld nationaler und internationaler Rechtsprechung	291
§ 2 Die Legitimität von Richterrecht	292
§ 3 Die Problematik richterrechtlicher Rechtsfortbildung	294
A) Erforderlichkeit richterlicher Rechtsfortbildung	294
B) Die Gewaltenteilung als Grenze der richterrechtlichen Rechtsfortbildung – judicial self-restraint	297
C) Vertrauensschutz als Grenze richterrechtlicher Rechtsfortbildung	304
§ 4 Die Pflicht zu gesetzlicher Regelung	309
A) Regelungsbedürftigkeit versus Durchsetzbarkeit	310
B) Punktuelle Gesetzgebungspflicht zur Anpassung an das internationale Recht	315
C) Umfassende Gesetzgebungspflicht zur Vorgabe eines organisatorischen Rahmens	316

Inhaltsverzeichnis	15
I. Gesetzgebungspflicht durch Delegation der Rechtsetzungskompetenz	317
II. Gesetzgebungspflicht durch Wesentlichkeitslehre	317
III. Gesetzgebungspflicht durch grundrechtliche Schutzpflicht	323
D) Der Anspruch auf Gesetzgebung	326
Zusammenfassung in Thesen	329
Literaturverzeichnis	337

1. Teil: Einleitung

„*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*“.¹

Dieser Ausspruch des späteren obersten Richters der Vereinigten Staaten von vor über 100 Jahren kann zur Charakterisierung des deutschen Rechts der Koalitionsbetätigungen herangezogen werden. Kein anderer Bereich, der zugleich die Ausübung eines Grundrechts darstellt und von grundlegender Wichtigkeit für die Wirtschafts- und Sozialordnung des Staates ist, weist einen größeren Regelungsmangel und eine damit verbundene stärkere Ausgestaltung durch den Richter auf. Die Rechtsprechung beschäftigt sich häufig mit Fragen der Zulässigkeit von Koalitionsbetätigungen und hat gerade in neuerer Zeit im Arbeitskampfrecht bekannte Pfade verlassen. Der Mangel an Regelungen, die die Koalitionsbetätigungsfreiheit betreffen, führt allerdings dazu, dass bereits ganz grundsätzliche Unklarheiten darüber bestehen, was unter dem Begriff „Koalitionsbetätigungsfreiheit“ zu verstehen ist.

Die Koalitionsbetätigungsfreiheit ist die Freiheit einer Koalition sich zu betätigen. So profan und selbstverständlich diese Definition anmutet, so schwer ist es, Inhalt und Grenzen dieser Freiheit zu bestimmen. Dies ist das Ziel dieser Untersuchung.

§ 1 Rechtliche Grundlagen der Koalitionsbetätigung

Unabhängig vom Inhalt der Koalitionsbetätigungsfreiheit bereitet schon ihre rechtliche Verortung Schwierigkeiten. Keine Norm des Bundesverfassungsrechts oder des einfachen Bundesrechts weist den Koalitionen die Betätigungsfreiheit ausdrücklich zu. Auf verfassungsrechtlicher Ebene werden Koalitionen allein in Art. 9 Abs. 3 GG erwähnt. Von Art. 9 Abs. 3 GG wird allerdings nach dem Wortlaut lediglich die freie Bildung einer Koalition geschützt. In der betrieblichen Realität verlangen Koalitionen jedoch den Zutritt zu Unternehmen, wollen den betrieblichen Raum und dessen Infrastruktur für Zwecke der Mitgliederwerbung nutzen, mit dem Arbeitgeber oder dessen Verband Tarifverträge abschließen und ihre Vorstellungen notfalls mit den Mitteln des Arbeitskampfs durchsetzen, sich

1 *Hughes*, Speech before the Elmira Chamber of Commerce, 03.05.1907, in: *Adresses of Charles Evans Hughes*, S. 179 (185).

folglich tatsächlich betätigen. Für eine verfassungsrechtliche Anknüpfung dieser Betätigungen kommt mangels anderweitiger verfassungsrechtlicher Erwähnung der Koalitionen allein Art. 9 Abs. 3 GG in Betracht. Er muss daher Ausgangspunkt einer Darstellung des sich im Wandel befindlichen Rechts auf Koalitionsbetätigung sein.²

Detailliertere Vorschriften anderer Normgeber, die sowohl die Koalitionsfreiheit als auch Aspekte der Koalitionsbetätigungsfreiheit regeln, machen den engen Zusammenhang zwischen Bildung der Koalition und ihrer Betätigung deutlich. So wird in einigen Landesverfassungen das Recht zum Abschluss von Gesamtvereinbarungen hervorgehoben, ein Recht auf Streik festgeschrieben oder den Koalitionen sogar ein Zutrittsrecht zu Betrieben gewährt.³ Das Streikrecht wird zudem für den kirchlichen Bereich in Art. 6 Arbeitsverhältnisse-Grundordnung der Katholischen Kirche und auf europäischer Ebene in Art. 6 Abs. 4 der Europäischen Sozialcharta (EU-SozCh) erwähnt. Hervorzuheben ist auf europäischer Ebene zudem die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-GRC). Diese erkennt in Art. 12 Abs. 1 die Vereinigungsfreiheit zu gewerkschaftlichen Zwecken und in Art. 28 das Recht an, Tarifverträge abzuschließen und kollektive Maßnahmen einschließlich des Streiks zu ergreifen. Die Charta ist Bestandteil des Vertrags von Lissabon und mit dessen Inkrafttreten zum 1. Dezember 2009 rechtsverbindlich geworden, vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV. Ihr kommt bei der Feststellung des Umfangs der Koalitionsfreiheit besondere Bedeutung zu, da sie den gegenwärtigen Konsens der Mitgliedstaaten in Grundrechtsfragen widerspiegelt und daher Ausdruck gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen ist.⁴

Insgesamt ist die Koalitionsfreiheit somit Bestandteil vieler Normwerke unterschiedlicher Normgeber. Gemeinsam ist diesen, dass grundsätzlich keine umfassende Koalitionsbetätigungsfreiheit kodifiziert ist, sondern, wenn überhaupt, einzelne Aspekte wie das Streikrecht ohne größere Regelungstiefe gewährleistet werden.

2 Vgl. dazu nachfolgend 2. Teil, Seite 25 ff.

3 Ein Recht auf Abschluss von Gesamtvereinbarungen erkennen folgende Landesverfassungen an: Art. 51 Abs. 2 S. 1 Brandenburgische Verfassung; Art. 48, 50 Bremische Verfassung; Art. 54, 66 Abs. 2 Rheinland-Pfälzische Verfassung; Art. 169 Abs. 2 Bayerische Verfassung; Art. 29 Abs. 2 Hessische Verfassung; ein Streikrecht erkennen (zumeist zusätzlich zum Recht auf Abschluss von Gesamtvereinbarungen) folgende Landesverfassungen an: Art. 27 Abs. 2 Verfassung von Berlin; Art. 51 Abs. 2 S. 3 Brandenburgische Verfassung; Art. 54, 66 Abs. 2 Rheinland-Pfälzische Verfassung; Art. 56 Abs. 2 Saarländische Verfassung (nach Ausschöpfung aller Schlichtungs- und Verhandlungsmöglichkeiten); Art. 37 Thüringische Verfassung; Art. 29 Abs. 4 Hessische Verfassung; ein Zutrittsrecht erkennt Art. 51 Abs. 2 S. 2 Brandenburgische Verfassung an.

4 *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 6 EUV, Rz. 67.

§ 2 Diskrepanz zwischen tatsächlicher Bedeutung und rechtlicher Erfassung

Dies verwundert zum einen wegen der großen Bedeutung der Koalitionsbetätigungen. Die von ihnen ausgehandelten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen betreffen die Mehrheit der in Deutschland tätigen Arbeitnehmer. Art. 9 Abs. 3 GG überträgt die Verantwortung für die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung zu einem großen Teil der Eigenverantwortung der Koalitionen.⁵ Es gilt ein prinzipieller Vorrang der Tarifautonomie vor staatlicher Regelung. Der Staat enthält sich im Bereich der Tarifautonomie grundsätzlich einer Einflussnahme und überlässt die erforderlichen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen weitgehend den Koalitionen.⁶ Obwohl der gewerkschaftliche Organisationsgrad (Zahl der beschäftigten Gewerkschaftsmitglieder in Beziehung zur Zahl der Arbeitnehmer) bereits seit geraumer Zeit konstant abnimmt,⁷ darf ihr Einfluss auf die Arbeitsbedingungen in Deutschland nicht unterschätzt werden. Durch arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge sind die durch die Koalitionen ausgehandelten Arbeitsbedingungen Bestandteil von bis zu 90 Prozent der Arbeitsverhältnisse.⁸ Die Koalitionsbetätigung ist folglich entscheidend für die arbeitsvertragliche Realität der Mehrheit der arbeitenden Bevölkerung.

Sie wird in Zukunft aller Voraussicht nach noch drängendere Fragen aufwerfen als dies bereits der Fall ist. In seinem Gutachten für den Deutschen Juristentag 2010 hat *Waltermann* dargestellt, dass auf dem Arbeitsmarkt eine erhebliche Zunahme an atypischen Beschäftigungsformen zu beobachten ist und für

5 *Höfling*, in: Sachs, Art. 9 GG, Rz. 52.

6 BVerfG v. 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51 (53).

7 Der gewerkschaftliche Organisationsgrad wird unterschiedlich beurteilt: *Schliemann* geht von ca. 20 % aller Arbeitnehmer aus, vgl. *Schliemann*, ZTR 2004, 502 (502); Bezogen auf den DGB geht das Institut der deutschen Wirtschaft (IW) von 17,5 % aller Arbeitnehmer aus, vgl. iwd Nr. 24/2008, S. 8, abrufbar unter www.iwkoeln.de, zuletzt abgerufen am 07.04.2011. Das IW hatte bereits in einer Studie im Jahr 2002 festgestellt, dass 1991 der Organisationsgrad noch bei 35,9 % lag und in der Periode zwischen 1991 und 2000 29,1 % betrug, vgl. *Iw-trends 02/2004*, Gewerkschaftlicher Organisationsgrad im internationalen Vergleich, abrufbar unter www.iwkoeln.de, zuletzt abgerufen am 07.04.2011; bei einer Studie mit 1.500 Arbeitnehmern hat das IW Köln nunmehr einen Organisationsgrad von 19,3 % ermittelt, vgl. *Gewerkschafts-spiegel Nr. 4/2010* vom 30.11.2010, abrufbar unter www.iwkoeln.de, zuletzt abgerufen am 07.04.2011.

8 Nach *Schliemann* etwa 80 %, vgl. *Schliemann*, ZTR 2004, 502 (502); nach Angaben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (jetzt BMAS) etwa 84 %, vgl. *Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen im Jahr 2004*, S. 11, abrufbar unter www.bmas.de, zuletzt abgerufen am 07.04.2011; nach *Preis*, *Der Arbeitsvertrag*, I B, Rz. 25 etwa 90 %; nach *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257 (269) enthalten 80–90 % der Arbeitsverträge Bezugnahmeklauseln.

die daraus entstehenden Probleme Lösungsvorschläge unterbreitet.⁹ Die atypischen Beschäftigungsformen stellen auch für das deutsche Koalitionssystem eine erhebliche Herausforderung dar. Die Koalitionen sind gefordert neue Wege zu gehen, um die atypisch Beschäftigten zu erreichen, unter denen sie bislang nur in geringem Maße repräsentiert sind.¹⁰ Sie müssen sich dabei allerdings an die verfassungsrechtlichen Grenzen der Koalitionsfreiheit halten.

Zum anderen verwundert die mangelnde gesetzliche Regelung von Koalitionsbetätigungen wegen deren faktisch bedeutsamen Folgen. Die Koalitionsbetätigung erfolgt zwangsläufig im Rahmen eines Spannungsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberrechten. Dieses Spannungsverhältnis resultiert aus der problematischen Situation, dass sowohl die Zulassung von Koalitionsbetätigungen als auch deren Untersagung grundrechtliche Relevanz haben. Koalitionsbetätigungen dienen der Durchsetzung von Vorteilen und der Wahrung von Rechten der Arbeitnehmerschaft. Das Ziel der Koalitionsbetätigung richtet sich regelmäßig gegen den Arbeitgeber und steht isoliert betrachtet dessen Interessen entgegen. Da die Koalitionen die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Arbeitnehmer aufrechterhalten bzw. verbessern wollen, berühren Koalitionsbetätigungen zumeist den räumlich-gegenständlichen oder den wirtschaftlich-verfahrenstechnischen Bereich des Arbeitgebers.¹¹ Daraus erklärt sich, dass dem Umfang der Koalitionsbetätigungsfreiheit erhebliche grundrechtliche Relevanz zukommt. Je weitgehender Koalitionsbetätigungen zugelassen werden, umso intensiver kann in die durch Art. 12 und 14 GG grundrechtlich geschützten Positionen der Berufsfreiheit und des Eigentums des Arbeitgebers eingegriffen werden. Nahezu spiegelbildlich verhält es sich bei der Untersagung von Koalitionsbetätigungen. Den Schutz der Betätigungsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG unterstellt, wird durch die Beschränkung der Koalitionsbetätigungen in das Grundrecht der Koalitionsfreiheit eingegriffen.

Diese Problematik tritt insbesondere beim Arbeitskampf deutlich hervor. Sowohl dessen textliche Erwähnung in den oben genannten Normen als auch seine praktische Verbreitung lassen schon erkennen, dass der Arbeitskampf eine zentrale Betätigungsform der Koalitionen darstellt. Er dient dazu, den Arbeitgeber so unter Druck zu setzen, dass er auf die Forderungen der Koalition eingeht. Hier sind die sich gegenüberstehenden Positionen zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Mangels gesetzlicher Regelung ist die Rechtsprechung dazu berufen diesen Konflikt im Einzelfall zu lösen.¹²

9 *Waltermann*, Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B 1 (passim).

10 *Waltermann*, Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. B 15.

11 Vgl. zur Betätigung in der Betriebsverfassung 3. Teil, Seite 121 ff.

12 Vgl. zum Arbeitskampfrecht 4. Teil, Seite 185 ff.

Der Arbeitskampf galt zwischenzeitlich als sowohl praktisch wie wissenschaftlich wenig bedeutsam.¹³ Spätestens seit dem Jahr 2007 hat sich dies einerseits durch praktische Entwicklungen und andererseits auch durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grundlegend gewandelt,¹⁴ so dass eine Beschäftigung mit Inhalt und Grenzen der Koalitionsbetätigungsfreiheit insbesondere zur Erfassung des Umfangs des Arbeitskampfrechts unerlässlich ist. Insgesamt zeigt sich eine deutliche Diskrepanz zwischen tatsächlicher Bedeutung der Koalitionsbetätigungsfreiheit und ihrer rechtlichen Erfassung.

§ 3 Rechtsvergleichender Blick auf die Koalitionsbetätigungsfreiheit

Andere europäische Rechtsordnungen haben zumindest in Teilbereichen eine Regelung von Inhalt und Grenzen der Koalitionsbetätigungsfreiheit vorgenommen. Unterschiede zeigen sich bereits auf der verfassungsrechtlichen Ebene. Einige Verfassungen europäischer Staaten beinhalten die Gewährleistung der Koalitionsbetätigungsfreiheit¹⁵ und der Tarifautonomie.¹⁶ Teilweise wird auch das Streikrecht ausdrücklich anerkannt.¹⁷ Insbesondere die ausdrückliche Anerkennung des Streikrechts führt zu einer Begrenzung der Betätigungsfreiheit, da

13 *Loritz*, in: FS 50 Jahre BAG, S. 557 (557, 562 f.).

14 Dabei ist zwar festzustellen, dass Deutschland im Vergleich zu anderen Ländern relativ streikarm ist (nach Schätzungen der BA 3,7 arbeitskampfbedingte Ausfalltage pro 1000 Beschäftigte; nach Schätzungen des WSI 15 Ausfalltage pro 1000 Beschäftigte, vgl. zu beiden die Pressemitteilung des WSI vom 20.04.2010, abrufbar unter www.boeckler.de, zuletzt abgerufen am 01.04.2011; nach Schätzungen des IW Köln 5 Ausfalltage pro 1000 Beschäftigte, vgl. Beck FD-ArbR 2010, 299664), die betrieblichen Arbeitskämpfe nehmen allerdings zu und werden zunehmend effizienter, vgl. Pressemitteilung des WSI vom 20.04.2010 und Beck FD-ArbR 2010, 299664.

15 Art. 7 S. 2 Spanische Verfassung; Art. 3 der Verfassung der Tschechischen Republik i. V. m. Art. 27 Abs. 3 der Deklaration der Grundrechte und –freiheiten; Art. 55 Abs. 2 (individuelle Betätigungsfreiheit) und Art. 56 Abs. 2 (kollektive Betätigungsfreiheit) der Verfassung der Portugiesischen Republik.

16 Art. 39 Abs. 4 der Verfassung der Italienischen Republik; Art. 59 Abs. 2 der Verfassung der Republik Polen; Art. 56 Abs. 3 der Verfassung der Portugiesischen Republik.

17 Art. 23 Abs. 2 Verfassung der griechischen Republik; Art. 40 Verfassung der Italienischen Republik; Art. 7 der Präambel der französischen Verfassung vom 27.10.1946, auf die die Präambel der aktuellen Verfassung vom 04.10.1958 verweist; Art. 3 der Verfassung der Tschechischen Republik i. V. m. Art. 27 Abs. 4 der Deklaration der Grundrechte und –freiheiten; Art. 59 Abs. 3 der Verfassung der Republik Polen; Art. 57 Abs. 1 der Verfassung der Portugiesischen Republik; dagegen verbietet Art. 57 Abs. 4 der Verfassung der Portugiesischen Republik die Aussperrung.

durch sie deutlich gemacht wird, dass andere Formen des Arbeitskampfs keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießen.¹⁸

Auch die einfachgesetzliche Ebene einiger europäischer Rechtsordnungen weist eine stärkere Regelungstiefe bezüglich der Koalitionsbetätigungsfreiheit auf. So existiert beispielsweise in Spanien ein Arbeitskampf-Gesetz, in dem Ausübung und Auswirkungen des Streikrechts näher konkretisiert werden.¹⁹

Vor allem in Frankreich haben Koalitionsbetätigungen einen starken gesetzlichen Niederschlag gefunden. In den Art. L2141–1 ff. Code de Travail (CdT) wird die Ausübung der Koalitionsfreiheit näher geregelt. Eine strikte Trennung existiert im französischen Kollektivarbeitsrecht zwischen repräsentativen und nicht repräsentativen Koalitionen. Die Repräsentativität richtet sich grundsätzlich nach den in Art. L2121–1 ff. CdT festgelegten Kriterien. Die Feststellung der Repräsentativität hat besondere Bedeutung, da im französischen Recht nur den repräsentativen Koalitionen die Koalitionsbetätigungsfreiheit vollumfänglich zur Verfügung steht, vgl. Art. L2141–9 CdT. Nur sie können, sofern sie auf betrieblicher Ebene eine Gewerkschaftssektion gebildet haben, einen Gewerkschaftsvertreter ernennen, vgl. Art. L2142–1 ff. CdT, und nur ihnen kommt das Recht zu, Tarifverträge zu schließen, vgl. Art. L2231–1 CdT. Auch Einzelfragen werden gesetzlich geklärt. So haben die Koalitionen gem. Art. L2142–3 CdT Anspruch auf Zurverfügungstellung eines eigenen schwarzen Bretts. Ab bestimmten Betriebsgrößen muss der Arbeitgeber Räumlichkeiten für die Arbeit der Gewerkschaftssektion zur Verfügung stellen, vgl. Art. L2142–8 CdT. Neben den Voraussetzungen der Gewerkschaftswerbung über betriebliche E-Mail-Adressen und das betriebliche Intranet, vgl. Art. L2142–6 CdT, wird durch Art. L2142–10 CdT auch die Häufigkeit von Mitgliedertreffen der Gewerkschaftssektionen innerhalb des Unternehmens geregelt. Insgesamt weist das französische Recht der Koalitionsbetätigungen daher eine hohe Regelungsdichte auf.

§ 4 Ziel der Untersuchung

Die deutsche Regelungsdichte der Koalitionsbetätigung steht dem diametral entgegen. Dabei zeigt schon der vergleichende Blick auf das französische Recht, dass Koalitionsbetätigungen eine Vielzahl von Fragen aufwerfen. Die Beantwortung dieser Fragen obliegt im deutschen Recht der Rechtsprechung. Das Recht der Koalitionsbetätigung ist daher ein Recht der Einzelfallentscheidung. Dies ist

18 Vgl. für Frankreich *Pélissier/Supiot/Jeamnaud*, Droit du travail, S. 1415 ff.; *Mazeaud*, Droit du travail, S. 253 ff.

19 Real Decreto-ley 17/1977, vom 4. März, sobre Relaciones de Trabajo.

grundsätzlich bereits deswegen problematisch, weil der Gesetzgeber nicht einmal die Grundlagen der Koalitionsbetätigung geregelt hat,²⁰ so dass sich die Entscheidungen der Instanzgerichte vielfach widersprechen und erst das Bundesarbeitsgericht das Recht der Koalitionsbetätigungsfreiheit vereinheitlichend fortentwickelt. Vollends zeigt sich die Problematik beim Arbeitskampfrecht, da in diesem Bereich unter Umständen eine Rechtsvereinheitlichung durch das Bundesarbeitsgericht nicht erfolgen kann. Dies gilt in den Fällen, in denen sich ein Arbeitgeber gegen eine Arbeitskampfmaßnahme mittels einstweiliger Verfügung wehrt. In diesem Fall endet der Rechtsweg in der zweiten Instanz, so dass eine umfassende Konturierung der Koalitionsfreiheit durch das Bundesarbeitsgericht nicht immer erfolgen kann.

Die mangelnden gesetzlichen Regelungen haben negative Auswirkungen auf die Rechtssicherheit und Rechtskontinuität und haben eine fragwürdige Verschiebung im System der Gewaltenteilung zur Folge.²¹ Die zur Koalitionsbetätigungsfreiheit in den letzten Jahren ergangene Rechtsprechung zeugt von einer kontinuierlichen Erweiterung ihres Inhalts, die zumeist ohne hinreichende Anknüpfung an die verfassungsrechtliche Grundnorm des Art. 9 Abs. 3 GG erfolgt. Eine wissenschaftliche Untersuchung von Inhalt und Grenzen der Koalitionsbetätigungsfreiheit ist daher erforderlich, um auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Bestimmung die Kontur der Koalitionsbetätigungsfreiheit zu schärfen und zu überprüfen, ob die Rechtsprechung sich im Rahmen derselben hält.

20 Zur Problematik des mangelnden Gesetzesrechts siehe unten 5. Teil, Seite 291 ff.

21 *Dietlein*, HStR IV, § 112, S. 2024.

2. Teil: Art. 9 Abs. 3 GG als Grundlage der Koalitionsbetätigungsfreiheit

§ 1 Der Koalitionsbegriff

Der Begriff der Koalition wird im Grundgesetz nicht verwendet, hat sich aber zur Kennzeichnung der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Zusammenschlüsse eingebürgert.²² Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet „das Recht, zur Wahrung und Förderung der Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden“ und nimmt hinsichtlich des Wortlauts damit Bezug auf Art. 9 Abs. 1 GG. Von der Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG unterscheidet sich die Koalitionsfreiheit durch die von Art. 9 Abs. 3 GG festgelegte Zweckbindung. Schon der Wortlaut des Art. 9 GG macht deutlich, dass die Anerkennung als Koalition i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG voraussetzt, dass zumindest eine Vereinigung im Sinne des Art. 9 Abs. 1 GG vorliegt (vgl. unter A.). Dies ist allerdings nicht ausreichend. Eine Koalition muss noch weiteren spezifischen Anforderungen gerecht werden (vgl. unter B.). Schließlich müssen zusätzliche Elemente gegeben sein, wenn sich die Koalition als Gewerkschaft im Rahmen der Tarifautonomie betätigen will (vgl. unter C.).

A) Die Koalition als Vereinigung

Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG ist nur eröffnet, sofern es sich um einen freiwilligen privatrechtlichen Zusammenschluss mehrerer Personen handelt, der einen gemeinsamen Zweck verfolgt und ein Mindestmaß an zeitlicher und organisatorischer Stabilität aufweist.²³

I. Freiwilliger Zusammenschluss mehrerer Personen zu gemeinsamem Zweck

Bereits aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich, dass sich nur mehrere Personen zu einer Vereinigung zusammenschließen können. Umstritten ist allerdings, wie

22 *Hensche*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Art. 9 GG, Rz. 28; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 9 GG, Rz. 33; *Höfling*, in: Sachs, Art. 9 GG, Rz. 53.

23 *Dieterich*, in: ErfKomm., Art. 9 GG, Rz. 4; *Höfling*, in: Sachs, Art. 9 GG, Rz. 8.

viele Personen erforderlich sind. Während teilweise sieben Personen²⁴ oder drei Personen²⁵ gefordert werden, geht der große Teil der Literatur von einer Mindestzahl von zwei Personen aus.²⁶ Diese Ansicht verdient Zustimmung. Der Verfassung ist eine Mindestgröße für Koalitionen nicht zu entnehmen. Bereits nach dem Wortsinn kann eine Vereinigung jedoch nicht nur aus einer Person bestehen. Der Rückgriff auf einfaches Gesetzesrecht zur Festlegung einer Mindestgröße, namentlich auf die §§ 56, 73 BGB, die sieben bzw. drei Mitglieder verlangen, ist für die Definition des Vereinigungsbegriffs nicht möglich. Diese Normen legen nach ihrem Wortlaut nur Voraussetzungen fest, die erfüllt sein müssen, wenn eine Vereinigung eine bestimmte Rechtsform annehmen will. Ansatzpunkt dieser Normen ist folglich eine bereits bestehende Vereinigung, so dass sie keinen Beitrag zur Definition des Vereinigungsbegriffs leisten können.

Der Zusammenschluss muss der Verfolgung eines beliebigen gemeinsamen Zwecks dienen, der durch eine gemeinschaftliche Willensbildung verfolgt wird.²⁷

Der Zusammenschluss muss freiwillig sein.²⁸ Öffentlich-rechtliche Zwangsverbände können daher keine Koalitionen sein. Sie dienen dazu öffentliche Aufgaben wahrzunehmen, also letztlich der Ausübung von Staatsgewalt und nicht der gesellschaftlichen Meinungs- und Willensbildung.

II. Zeitliche und organisatorische Stabilität

Die Vereinigung muss eine gewisse Stabilität in zeitlicher und organisatorischer Hinsicht aufweisen.²⁹ Sinn und Zweck dieses Merkmals ist die Abgrenzung zu Art. 8 Abs. 1 GG. In den Schutzbereich des Art. 9 GG sollen nur diejenigen Zusammenschlüsse nicht einbezogen werden, deren Zweck sich in einer einma-

24 Vgl. § 56 BGB.

25 *Merten*, in: HStR VII, § 165, Rz. 36.

26 *Gamillscheg*, KollArbR I, S. 395; *Höfiling*, in: Sachs, Art. 9 Rz. 10; *Bauer*, in: Dreier, Art. 9 GG, Rz. 34; *Kluth*, in: Friauf/Höfiling, Art. 9 GG, Rz. 51 f.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 9 GG, Rz. 59; jetzt auch *Löwer*, in: von Münch/Kunig, Art. 9 GG, Rz. 28, der zuvor drei Personen für erforderlich hielt.

27 Vgl. nur: *Bauer*, in: Dreier, Art. 9 GG, Rz. 37; *Höfiling*, in: Sachs, Art. 9 GG, Rz. 14; *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 GG, Rz. 23 f.

28 Unbestritten, vgl. nur: BVerfG v. 07.12.2001 – 1 BvR 1806/98, NVwZ 2002, 335 (336); BVerfG v. 18.12.1974 – 1 BvR 430/65, NJW 1975, 1265 (1266); BVerwG v. 12.02.1998 – 3 C 55–96, NJW 1998, 2545 (2546); *Dieterich*, in: ErfKomm., Art. 9 GG, Rz. 22; *Gamillscheg*, KollArbR I, S. 406.

29 BVerfG v. 07.12.2001 – 1 BvR 1806/98, NVwZ 2002, 335 (336) („auf Dauer angelegt“); BVerwG v. 16.07.1954 – I A 23.53, NJW 1954, 1947 (1947) („dauernde Verbindung“); *Höfiling*, in: Sachs, Art. 9 GG, Rz. 15; *Dieterich*, in: ErfKomm., Art. 9 GG, Rz. 4; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 9 GG, Rz. 65; *Hensche*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Art. 9, Rz. 28; *Merten*, in: HStR VII, § 165, Rz. 36.

ligen Kundgebung nach außen erledigt.³⁰ Nach allgemeiner Ansicht sind daher keine strengen Maßstäbe anzulegen. Entgegen *Kluth*³¹ ist für die Stabilität einer Vereinigung nicht nur der organisatorische Gehalt des Zusammenschlusses entscheidend und kann es auch gar nicht sein. Denn ein gewisser Grad an organisatorischer Verfasstheit führt notwendig auch zu einer gewissen zeitlichen Stabilität, während die zeitliche Stabilität nicht unbedingt zu einer organisatorischen Stabilität führt. Doch ist es nicht gerechtfertigt, einem Zweckbündnis, das in zeitlicher Hinsicht stabil ist, aber organisatorische Mängel aufweist, den Schutz des Art. 9 GG zu verwehren, so lange die Grundvoraussetzung einer irgendwie gearteten organisierten Willensbildung erfüllt ist. Die allgemein geforderte Stabilität wird entscheidend geprägt durch den Zweck der Vereinigung. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts stellt das Kampfbündnis eines Außenseiters mit einem tariffähigen Verband eine Vereinigung i. S. d. Art. 9 Abs. 3 GG dar, wenn es den Abschluss eines Tarifvertrags im Interesse des Außenseiters beeinflussen soll.³² Für Koalitionen stellt das Bundesverfassungsgericht daher im Wesentlichen den Vereinigungszweck und damit die zeitliche Stabilität im Sinne einer über die einmalige gemeinschaftliche Meinungskundgabe hinausgehenden Verbindung zu einem bestimmten Zweck und nicht die organisatorische Verfasstheit in den Mittelpunkt der Prüfung. Der Begriff der Vereinigung ist deshalb ausgehend vom Zweck des Bündnisses zu definieren (zeitliche Stabilität), der in organisatorischer Hinsicht im Rahmen einer gemeinsamen Willensbildung verfolgt werden muss. Da das Merkmal der Stabilität lediglich der Abgrenzung zu Versammlungen dienen soll, können auch sogenannte ad-hoc-Koalitionen Vereinigungen sein.³³ Ad-hoc-Koalitionen sind solche, in denen sich Personen mehr oder weniger spontan zur Verfolgung eines Ziels zusammenfinden. Sofern sich dieses Ziel nicht nur in der einmaligen Kundgabe einer Meinungsäußerung erschöpft und die Mitglieder über die einmalige Zusammenkunft hinaus miteinander verbunden bleiben, ist eine für Art. 9 GG ausreichende Stabilität gegeben.³⁴

30 *Geis*, in: Friauf/Höfling, Art. 8 GG, Rz. 139.

31 *Kluth*, in: Friauf/Höfling, Art. 9 GG, Rz. 54 f.

32 BVerfG v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, NJW 1991, 2549 (2550).

33 A. a. O. für ein ad-hoc-Kampfbündnis; *Däubler*, in: Däubler TVG, Einleitung, Rz. 94; dagegen aber *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 9 GG, Rz. 192; *Höfling*, in: Sachs, Art. 9 GG, Rz. 53; *Hamacher*, in: MAH Arbeitsrecht, § 68, Rz. 6; *Cornils*, in: Epping/Hillgruber, Art. 9 GG, Rz. 44.

34 Offen gelassen von BAG v. 14.02.1978 – 1 AZR 76/76, NJW 1979, 236 (237); *Hensche*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Art. 9, Rz. 28; *Höfling*, in: Sachs, Art. 9 GG, Rz. 15; *Löwisch/Rieble*, in: MünchHdbArbR, § 155, Rz. 57.

B) Die spezifischen Anforderungen an eine Koalition i. S. d. Art. 9 Abs. 3 GG

Eine Vereinigung muss weitere Anforderungen erfüllen, um als Koalition i. S. d. Art. 9 Abs. 3 GG zu gelten und damit von der spezifischen Grundrechtsgewährleistung Gebrauch machen zu können. Die weiteren Anforderungen ergeben sich aus dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG und aus dem Tätigkeitsbereich der Koalitionen. Das Bundesverfassungsgericht verlangt, dass „Koalitionen frei gebildet, gegnerfrei, auf überbetrieblicher Grundlage organisiert und ihrer Struktur nach unabhängig genug [sind], um die Interessen ihrer Mitglieder auf arbeits- und sozialrechtlichem Gebiet nachhaltig vertreten zu können“.³⁵

I. Koalitionszweck

Der gemeinsame Zweck, den die sich in einer Koalition zusammenschließenden Personen verfolgen, ist die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Arbeitsbedingungen sind alle Umstände, die sich unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern beziehen.³⁶ Wirtschaftsbedingungen umfassen darüber hinaus auch allgemeine wirtschafts- und sozialpolitische Verhältnisse, sofern sie für die Verhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern bedeutsam sind.³⁷ Das Begriffspaar umfasst damit die Gesamtheit der Bedingungen, unter denen abhängige Arbeit geleistet und eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens ermöglicht wird.³⁸ In diese Richtung weist auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das die aktive Wahrnehmung der Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerinteressen zum Gesamtzweck der Koalitionen erklärt und den geforderten Koalitionszweck daher denkbar weit versteht.³⁹ Eingeschränkt wird dieser Zweck lediglich dadurch, dass das Bundesverfassungsgericht fordert, dass die sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens das durch die Koalition verfolgte Ziel darstellen müsse.⁴⁰ Grundlage der

35 Anstatt vieler: BVerfG v. 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, NJW 1982, 815 (815); BVerfG v. 01.03.1979, NJW 1979, 699 (709).

36 Allgemeine Ansicht, vgl. nur: *Bauer*, in: Dreier, Art. 9 GG, Rz. 70; *Höfling*, in: Sachs, Art. 9 GG, Rz. 54; *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 GG, Rz. 89; *Kluth*, in: Friauf/Höfling, Art. 9 GG, Rz. 152.

37 *Bauer*, in: Dreier, Art. 9 GG, Rz. 70; *Höfling*, in: Sachs, Art. 9 GG, Rz. 54; *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 GG, Rz. 89; *Kluth*, in: Friauf/Höfling, Art. 9 GG, Rz. 152.

38 *Löwisch/Rieble*, in: MünchHdbArbR, § 155, Rz. 22; *Wiedemann*, in: ders., TVG, Einleitung Rz. 89.

39 BVerfG v. 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 (106); zur Grenze der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen vgl. unten Seiten 69 f. und 171 ff.

40 BVerfG v. 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, NJW 1982, 815 (815).

Feststellung, ob die Vereinigung die genannten Zwecke verfolgt, ist die gesamte Tätigkeit der Vereinigung, so dass eine koalitionsfremde Zwecksetzung nur dann in Betracht kommt, wenn ein nicht nur unerheblicher Teil dieser Tätigkeit der Verfolgung anderer Zwecke dient.⁴¹

II. Organisation der Koalition

Den von Art. 9 Abs. 3 GG festgelegten Koalitionszweck kann eine Koalition nur dann wirksam verfolgen, wenn sie Mindestanforderungen hinsichtlich ihrer inneren Organisation erfüllt. Zentraler Bestandteil des verfassungsrechtlichen Koalitionsbegriffs ist die Gegnerunabhängigkeit.⁴² Nur wenn die Koalition unabhängig von ihrem Vertragspartner ist, kann sie zu einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens beitragen. Wäre die Koalition nicht unabhängig von ihrem Gegner, bestünde das Risiko einer wechselseitigen Einflussnahme auf die Selbstbestimmung der Koalitionen oder ihre Bereitschaft und Fähigkeit, die Interessen ihrer Mitglieder nachhaltig und wirksam zu vertreten.⁴³ Der Grundsatz der Gegnerunabhängigkeit setzt nur voraus, dass er „im Prinzip“ erhalten bleibt.⁴⁴ Nicht jede Zusammenarbeit führt daher automatisch zum Verlust der Koalitionseigenschaft. Gegnerunabhängigkeit bedeutet daher nicht zwingend (völlige) Gegnerfreiheit. Wenn das Bundesarbeitsgericht davon ausgeht, Gegnerfreiheit bedeute, dass einer Gewerkschaft grundsätzlich keine Personen angehören können, die ihrerseits Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen,⁴⁵ so ist dem in dieser Absolutheit nicht zuzustimmen. Sind einzelne Personen aus dem Kreis der Gegner Mitglieder der Koalition, so wird die Verfolgung des Zwecks der Koalition so lange nicht vereitelt, bis diese Mitglieder einen größeren Einfluss ausüben können, als die anderen Mitglieder der Koalition.⁴⁶ Bei der Frage, ab wann eine nicht völlige Gegnerfreiheit zur Abhängigkeit der Koalition führt, ist folglich nicht entscheidend, wie viele Gegner Mitglied der Koalition sind, sondern wie viel Einfluss diese

41 BVerfG v. 26.01.1995 – 1 BvR 2071/94, NJW 1995, 3377 (3378).

42 *Dieterich*, in: ErfKomm., Art. 9 GG, Rz. 25; *Höfling*, in: Sachs, Art. 9 GG, Rz. 56; *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 GG, Rz. 91; *Kluth*, in: Friauf/Höfling, Art. 9 GG, Rz. 162.

43 Vgl. BVerfG v. 10.12.1985 – 1 BvR 1724/83, NJW 1986, 1923 (1923).

44 BVerfG v. 01.03.1979 – 1 BvR 532, 533/77 u. a., NJW 1979, 699 (710).

45 BAG v. 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697 (700).

46 So auch *Däubler*, in: ders., TVG, Einleitung Rz. 88; *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 GG, Rz. 92; *Kluth*, in: Friauf/Höfling, Art. 9 GG, Rz. 162; anders z. B. *Bauer*, in: Dreier, Art. 9 GG, Rz. 72, der die ausschließliche Zusammensetzung entweder aus Arbeitgebern oder aus Arbeitnehmern als konstitutiv für den verfassungsrechtlichen Koalitionsbegriff hält; so auch *Dietz*, in: Die Grundrechte, Band III/1, 417 (428); *Cornils*, in: Epping/Hillgruber, Art. 9 GG, Rz. 49 geht ebenfalls von völliger Gegnerfreiheit aus; *Rixen*, in: Stern/Becker, Art. 9 GG, Rz. 34 „entweder nur Arbeitgeber oder nur Arbeitnehmer“.

Personen auf die Willensbildung der Koalition nehmen können. Dies erkennt auch das Bundesarbeitsgericht und fordert, dass die Koalition strukturell unabhängig sein muss.⁴⁷ Dies sei nur dann nicht mehr der Fall, wenn die eigenständige Interessenwahrnehmung der Koalition durch personelle Verflechtungen, auf organisatorischem Weg oder durch wesentliche finanzielle Zuwendungen ernsthaft gefährdet ist.⁴⁸ Die Gegnerfreiheit ist daher kein absolutes Kriterium des Koalitionsbegriffs. Es ist allerdings zu fordern, dass eine Gegnerunabhängigkeit bereits dann nicht mehr angenommen wird, wenn ernsthafte Zweifel hierüber bestehen. Bereits der begründete Anschein der Gegnerabhängigkeit ist daher ausreichend für die Ablehnung der Gegnerunabhängigkeit, so dass diese auch dann nicht gegeben ist, wenn zumindest zukünftig durch die Gegenseite Einfluss genommen werden könnte.⁴⁹ Auch das Kriterium der Überbetrieblichkeit der Organisation, das das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung zur Definition des Koalitionsbegriffs verwendet, ist kein allein entscheidendes Kriterium. Letztlich dient es auch nur dazu, dass ein Zusammenschluss, der die Zwecke des Art. 9 Abs. 3 GG nicht wirksam verfolgen kann, nicht als Koalition im Sinne der Verfassung anerkannt werden soll. Auch die Überbetrieblichkeit will daher nur die Unabhängigkeit der Koalition sichern. Es ist daher davon auszugehen, dass weder Gegnerfreiheit, noch Überbetrieblichkeit der Organisation konstitutive Merkmale des Koalitionsbegriffs darstellen.⁵⁰ Vielmehr sind die beiden Kriterien nur Indizien, die zur Überprüfung der Gegnerunabhängigkeit der Koalition dienen.

Die Gegnerunabhängigkeit ist folglich das entscheidende Merkmal des verfassungsrechtlichen Koalitionsbegriffs. Diese darf durch die Satzung nicht gefährdet werden. Insbesondere darf die Satzung die Beitrittsvoraussetzungen nicht so weich festlegen, dass potentiell auch jede Person mit leitender Funktion auf Arbeitgeberseite die Anforderungen erfüllen kann.⁵¹

Teilweise wird von der Literatur zudem eine demokratische Struktur der Vereinigung gefordert.⁵² Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine demokratische Binnenstruktur weder Merkmal des Koalitionsbegriffs, noch ein Kriterium zur Verleihung der Tariffähigkeit.⁵³ Auf dem Boden der Delegations- theorie, nach der die Tarifparteien im Rahmen einer autonomen, vom Staat den

47 BAG v. 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697 (700).

48 BAG v. 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697 (700).

49 LAG Köln v. 20.05.2009 – 9 TaBV 105/08, BeckRS 2009, 64528 (rechtskräftig).

50 Löwisch/Rieble, in: MünchHdbArbR, § 155, Rz. 64 f.

51 LAG Köln v. 20.05.2009 – 9 TaBV 105/08, BeckRS 2009, 64528 (rechtskräftig).

52 Däubler, in: Däubler TVG, Einleitung, Rz. 92; Hamacher, in: MAH Arbeitsrecht, § 66, Rz. 12; im Ergebnis auch Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 9 GG, Rz. 206 f.

53 BAG v. 28.03.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 (1117).

Tarifvertragsparteien übertragenen, Rechtsetzungscompetenz tätig werden, mag das Erfordernis einer demokratischen Binnenstruktur für den tarifrechtlichen Koalitionsbegriff zwar nachvollziehbar sein. Dem Bundesarbeitsgericht ist jedoch darin zuzustimmen, dass diese Voraussetzung erfüllt ist, sofern die Statuten der Arbeitnehmervereinigung grundsätzlich die Gleichheit der Mitglieder und deren Teilnahme am innerverbandlichen Willensbildungsprozess vorsehen.⁵⁴ Als liberales Freiheitsgrundrecht setzt Art. 9 Abs. 3 GG nur voraus, dass die freiheitsrechtlichen Grundlagen des Assoziationswesens berücksichtigt werden.⁵⁵ Dass die Koalitionen diese Mindestanforderungen erfüllen müssen, ergibt sich zudem aus dem Sinn und Zweck der Tarifautonomie. Die Koalitionen treten im Rahmen der Tarifautonomie als eine Art Rechtsetzungsorgan auf. Sie füllen dabei den Freiraum aus, der ihnen durch die weitgehende Zurückhaltung des Staates bei der Normsetzung im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewährleistet ist. Diese Substitution des Staates durch die Koalitionen macht es erforderlich, dass im Rahmen der Tarifautonomie nur Koalitionen tätig werden können, die ein Minimum demokratischer Struktur aufweisen. Aus der Verfassung ergibt sich auf der Ebene des Koalitionsbegriffs keine Beschränkung auf demokratisch organisierte Vereinigungen. Erforderlich aber auch ausreichend ist, dass prinzipiell jedes Mitglied auf die gemeinsame Willensbildung Einfluss nehmen kann.⁵⁶ Nur so kann eine Rechtsetzung für alle Mitglieder legitimiert werden.

III. Kampfbereitschaft und Koalitionsmächtigkeit

Zum Teil wird gefordert, dass die Koalition eine gewisse Koalitionsmächtigkeit (oder auch: soziale Mächtigkeit/Durchsetzungsfähigkeit/Verbandsmacht) haben müsse.⁵⁷ Auch das Bundesverfassungsgericht fordert, dass in den Koalitionen eine ausreichende Zahl von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern zusammengeschlossen ist,⁵⁸ so dass sich die Arbeitgeberseite veranlasst sieht, auf Verhandlungen über tarifliche Regelungen der Arbeitsbedingungen einzugehen.⁵⁹ Ausdrücklich macht das Bundesverfassungsgericht allerdings nur die Zuerkennung der Tariffähigkeit (zur Tariffähigkeit vgl. unten Seite 33 ff.) von der Durchsetzungsfähigkeit der Koalition abhängig.⁶⁰ Die Tariffähigkeit ist jedoch keine Voraussetzung des

54 BAG v. 28.03.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 (1117).

55 Dietlein, in: Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, § 112, S. 2039.

56 Rieble/Klump, in: MünchHdbArbR, § 164, Rz. 5 ff.

57 Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 9 GG, Rz. 218.

58 BVerfG v. 26.05.1970 – 2 BvR 664/65, NJW 1970, 1635 (1635).

59 BVerfG v. 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, NJW 1982, 815 (816).

60 BVerfG v. 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, NJW 1982, 815 (816).

verfassungsrechtlichen Koalitionsbegriffs.⁶¹ Das ergibt sich schon daraus, dass die Koalitionen selbst entscheiden können, durch welche Mittel sie versuchen wollen die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu beeinflussen. Ausdrücklich führt das Bundesverfassungsgericht daher auch aus, dass bei jeder Koalition im Einzelfall festgestellt werden müsse, ob Durchsetzungsfähigkeit gegeben ist oder nicht.⁶² Daraus ergibt sich eindeutig, dass es auch nicht durchsetzungsfähige Koalitionen geben kann. Das Bundesarbeitsgericht scheint hingegen die Durchsetzungsfähigkeit zumindest teilweise als Koalitionsmerkmal zu begreifen, da scheinbar eine Art potentielle Durchsetzungsfähigkeit im Sinne eines gemeinsamen Willens, zukünftige Durchsetzungsfähigkeit zu erreichen, als Bestandteil des Koalitionsbegriffs angesehen wird.⁶³ Diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Das Festhalten an einem Willen zukünftig Durchsetzungsfähigkeit zu erlangen, erscheint als formalistisches Kriterium, das letztlich wenig aussagekräftig und nur schlecht überprüfbar ist und damit Schwierigkeiten hinsichtlich der Feststellung der Voraussetzungen des Koalitionsbegriffs mit sich bringt. So bleibt in zeitlicher Hinsicht unklar, ab wann ein Zusammenschluss zur Koalition wird, welche Anforderungen also an den Willen der Vereinigung zu stellen sind. Stellt man auf einen Beschluss der Vereinigung ab, so verengt man unzumutbar den Schutz für neugegründete Vereinigungen. Stellt man auf einen allgemein zum Ausdruck kommenden Willen zur Durchsetzungsfähigkeit ab, bleibt das Kriterium konturlos und trägt daher nicht zu einer klaren Festlegung des Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG bei. Diese ist jedoch im Sinne eines effektiven Grundrechtsschutzes geboten.

Nach allgemeiner Ansicht ist für die Anerkennung als Koalition nicht erforderlich, dass die Vereinigung zum Arbeitskampf bereit oder fähig ist.⁶⁴ Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Arbeitskampf nach herkömmlichem Verständnis ein

61 BAG v. 28.03.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 (1116); BVerfG v. 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, NJW 1982, 815 unterscheidet auch zwischen Tariffähigkeit und Koalitionsbegriff; *Bauer*, in: Dreier, Art. 9 GG, Rz. 75; *Kluth*, in: Friauf/Höfling, Art. 9 GG, Rz. 168; *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 GG, Rz. 98; *Peter*, in: Däubler TVG, § 2, Rz. 3.

62 BVerfG v. 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, NJW 1982, 815 (816).

63 Vgl. BAG v. 28.03.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 (1116): „Vereinigungen genießen vielmehr den Schutz des Art. 9 GG schon in einem Stadium, in dem sie die erforderliche Durchsetzungskraft erst anstreben.“ Nach Ansicht des BAG ist daher zumindest der Wille, zukünftig Durchsetzungsfähigkeit zu erreichen, für eine Anerkennung als Koalition erforderlich.

64 *Bauer*, in: Dreier, Art. 9 GG, Rz. 75; *Höfling*, in: Sachs, Art. 9 GG, Rz. 58; *Kluth*, in: Friauf/Höfling, Art. 9 GG, Rz. 169; *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 GG, Rz. 96; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 9 GG, Rz. 217.

Streit zwischen Tarifvertragsparteien ist.⁶⁵ Koalitionen müssen jedoch nicht tariffähig und damit auch nicht zum Arbeitskampf bereit sein.⁶⁶

IV. Die Koalition als Verein

Aus der Darstellung der Voraussetzungen des Koalitionsbegriffs ergibt sich, dass eine Koalition grundsätzlich in Form eines Vereins organisiert ist.⁶⁷ Ein Verein ist ein freiwilliger Zusammenschluss mehrerer Personen zumindest für eine gewisse Zeit, mit dem Ziel, einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen, wobei die Vereinigung eine körperschaftliche Verfassung haben, einen Gesamtnamen führen und in ihrer Existenz vom Wechsel der Mitglieder unabhängig sein muss.⁶⁸ Diese grundsätzliche Übereinstimmung zwischen Vereins- und Koalitionsbegriff ist entscheidend für die Festlegung des auf die Koalition anwendbaren Rechts. Für die Koalitionen gelten die allgemeinen vereinsrechtlichen Grundsätze, während das spezifische Vereinsrecht durch Art. 9 Abs. 3 GG überlagert wird.⁶⁹ Diese einfach-gesetzliche Basis des Koalitionsrechts ist der weiteren Analyse daher zugrunde zu legen.

C) Der Koalitionsbegriff im Rahmen der Tarifautonomie

I. Die Anforderungen an die Tariffähigkeit im Spannungsfeld zwischen Grundrechtseingriff und Grundrechtsausgestaltung

Für die Betätigung im Rahmen der Tarifautonomie sind die Merkmale einer Koalition zwar erforderlich, jedoch nicht ausreichend.⁷⁰ Eine Koalition kann nur

65 *Ricken*, in: MünchHdbArbR, § 200, Rz. 15.

66 Vgl. auch BVerfG v. 06.05.1964 – 1 BvR 79/62, NJW 1964, 1267 (1269): Das Bundesverfassungsgericht hält die Kampfwilligkeit nicht einmal für eine Voraussetzung der Tariffähigkeit.

67 Ausdrücklich *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rz. 5538; *Gamillscheg*, KollArbR I, S. 397; im Ergebnis ebenso *Franzen*, in: ErfKomm., § 2 TVG, Rz. 6; *Peter*, in: Däubler, TVG, § 2, Rz. 11; anders aber *Löwisch/Rieble*, in: MünchHdbArbR, § 157, Rz. 18.

68 *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rz. 2.

69 *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rz. 5559; so wäre beispielsweise die nach § 39 Abs. 2 HS. 2 BGB für Vereine grundsätzlich zulässige Kündigungsfrist von zwei Jahren mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar, vgl. BGH v. 22.09.1980 – II ZR 34/80, NJW 1981, 340 (340).

70 Insofern missverständlich *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257 (267), die von einer verfassungsrechtlich garantierten Bildung von Gewerkschaften sprechen, wo doch Art. 9 Abs. 3 GG nur die Bildung von Koalitionen schützt und der Gewerkschaftsbegriff untrennbar mit der Tariffähigkeit verbunden ist.

dann im Rahmen der Tarifautonomie tätig werden, wenn sie tariffähig ist. Tariffähigkeit ist die Fähigkeit, Tarifverträge mit normativer Wirkung gegenüber den Tarifgebundenen abschließen zu können.⁷¹ Tariffähig sind gem. § 2 TVG Gewerkschaften und deren Spitzenverbände, einzelne Arbeitgeber, Vereinigungen von Arbeitgebern, sowie die Spitzenverbände der Arbeitgeberseite. Der Gesetzgeber unterscheidet folglich zwischen dem verfassungsrechtlichen Koalitionsbegriff einerseits und dem Gewerkschaftsbegriff bzw. dem Begriff der tariffähigen Koalition andererseits.⁷² Ersterer ist notwendige Voraussetzung des Letzteren, Letzterer jedoch nicht zwingende Folge des Ersteren. Da der Koalitionsbegriff des unterverfassungsrechtlichen Arbeitsrechts enger ist, als der des Verfassungsrechts, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit dieses dualistischen Verständnisses. Die Anforderungen an die Tariffähigkeit stellen nach teilweise in der Literatur vertretener Ansicht einen Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG dar, da einem Teil der Grundrechtsberechtigten durch diese ein wesentliches Feld ihrer Betätigung vorenthalten wird.⁷³ Nach anderer Ansicht handelt es sich lediglich um eine Grundrechtsausgestaltung.⁷⁴ Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung gehen ineinander über, die konkretisierende Norm wirkt nahezu zwangsläufig begrenzend, so dass in der Ausgestaltung der Grundrechte ihre Beschränkung latent mit angelegt ist.⁷⁵ Dennoch ist eine Abgrenzung zwischen beiden Rechtsinstituten erforderlich, da sie unterschiedliche Anforderungen an den Gesetzgeber oder an die diesen vertretende Rechtsprechung stellen.⁷⁶ Eine Grundrechtsausgestaltung ist bei den sogenannten rechts- oder normgeprägten Schutzbereichen erforderlich, bei denen der Berechtigte zum Grundrechtsgebrauch nur durch die Rechtsordnung in der Lage ist.⁷⁷ Eine Ausgestaltung liegt nur vor, wenn und soweit das Grundrecht ihrer notwendigerweise bedarf, um

71 *Rieble*, in: FS Wiedemann, 519 (523).

72 Vgl. BAG v. 19.09.2006 – 1 ABR 53/05, NJW 2007, 1018 (1021) zur Unterscheidung zwischen Gewerkschaften und Arbeitnehmerkoalitionen; BVerfG v. 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, NJW 1982, 815 (816); BVerfG v. 26.01.1995 – 1 BvR 2071/94, NJW 1995, 3377 (3377); *Bauer*, in: Dreier, Art. 9 GG, Rz. 34; *Rixen*, in: Stern/Becker, Art. 9 GG, Rz. 35; *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 GG, Rz. 98.

73 *Cornils*, in: Epping/Hillgruber, Art. 9 GG, Rz. 50; *Cornils*, in: Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 441 f.: „Ausgestaltungs- und Schrankenfunktion des (limitierenden) Anerkennungsgesetzes schließen einander also nicht aus“; *Rixen*, in: Stern/Becker, Art. 9 GG, Rz. 36 hält die Anforderungen ebenfalls für Eingriffe, jedenfalls aber für „eingriffsgleiche Ausgestaltungen“; wohl auch *Höfling*, in: Sachs, Art. 9 GG, Rz. 62

74 *Löwisch/Rieble*, in: MünchHdbArbR, § 244, Rz. 39; *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257 (266) für das Merkmal der sozialen Mächtigkeit.

75 *Degenhart*, in: Handbuch der Grundrechte, Band III, § 61, Rz. 14; *Kahl*, in: Der Staat, Band 43 (2004), S. 167 (175, FN 46).

76 *Degenhart*, in: Handbuch der Grundrechte, Band III, § 61, Rz. 16.

77 *Pieroth/Schlögl*, Grundrechte, Rz. 225.

seine Wirksamkeit zu entfalten.⁷⁸ Im Bereich der Koalitionsfreiheit anerkennt das Bundesverfassungsgericht eine weitgehende Gestaltungsmöglichkeit des Gesetzgebers, bzw. der diesen vertretenden Rechtsprechung,⁷⁹ da Art. 9 Abs. 3 GG ein ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht darstelle.⁸⁰ Das Handeln des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung ist erforderlich, um die notwendigen Rechtsinstitute und Normenkomplexe bereitzustellen, die für eine effektive Grundrechtsausübung notwendig sind.⁸¹ Nur wenn der Gesetzgeber für die Tarifautonomie Vorgaben macht, kann diese die ihr anvertraute Aufgabe der sozialen Befriedung wirksam erfüllen. Die trotzdem auch im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 GG durchzuführende Unterscheidung zwischen Grundrechtsbeschränkung und Grundrechtsausgestaltung ist richtigerweise danach vorzunehmen, ob der Gesetzgeber bzw. die Rechtsprechung das „Wie“ oder das „Ob“ der Koalitionsbetätigung regelt. Nur im letztgenannten Fall liegt ein Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG vor.⁸² Zwar verengt sich die Gestaltungsmöglichkeit des Gesetzgebers auch, sofern die Grundrechtsausgestaltung freiheitsverkürzend wirkt.⁸³ Dies ist jedoch nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Der Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Eingriffs bedarf es in diesem Fall gerade nicht. Neben der Verhältnismäßigkeit ist lediglich der Gleichheitssatz und der Grundsatz des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen.⁸⁴

Da die Koalitionen die Zwecke des Art. 9 Abs. 3 GG auch auf andere Weise als durch den Abschluss von Tarifverträgen verfolgen können, ist es im Interesse der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar, die Verleihung der Tariffähigkeit noch von weiteren Kriterien abhängig zu machen.⁸⁵ Durch die Anforderungen an die Tariffähigkeit der Koalitionen wird nicht grundsätzlich ihr Recht auf Betätigung in Frage gestellt. Vielmehr wird das „Wie“ der Koalitionsbetätigung geregelt, um im Rahmen der Tarifautonomie eine möglichst effektive Grundrechtsausübung zu gewährleisten. Die Anforderungen an die Tariffähigkeit stellen daher keine Eingriffe in Art. 9 Abs. 3 GG dar, sondern unterliegen als Grundrechtsausgestaltung im Wesentlichen nur dem Grundsatz

78 *Papier*, in: Handbuch der Grundrechte, Band III, § 64, Rz. 87.

79 BVerfG v. 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, NJW 1982, 815 (815f.); BVerfG v. 04.07.1995 – 1 BvR 2/86 u. a., NZA 1995, 754 (755).

80 BVerfG v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, NJW 1991, 2549 (2550); *Löwisch/Rieble*, in: MünchHdbArbR, § 155, Rz. 7.

81 Vgl. nur BVerfG v. 02.03.1993 – 1 BvR 1213/85, NJW 1993, 1379 (1380).

82 *Löwisch/Rieble*, in: MünchHdbArbR, § 155, Rz. 75.

83 *Degenhart*, in: Handbuch der Grundrechte, Band III, § 61, Rz. 58.

84 *Löwisch/Rieble*, in: MünchHdbArbR, § 155, Rz. 78.

85 BVerfG v. 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, NJW 1954, 1881 (1882); BVerfG v. 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, NJW 1982, 815 (815).