

Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP als Spitzenorganisation ?

Von Wiss. Mitarbeiter Daniel Ulber, Köln

Die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) ist seit langem umstritten. Die von ihr abgeschlossenen Tarifverträge werden verbreitet als unwirksam angesehen. Vor dem Hintergrund eines mittlerweile ohne Entscheidung erledigten Verfahrens vor dem ArbG Berlin wurde unlängst die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP als Spitzenorganisation behauptet. Die Anforderungen, die an die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit zu stellen sind, werden dabei abweichend von der Rechtsprechung des BAG und der Literatur auf eine neue Grundlage gestellt. Der Beitrag untersucht diesen Ansatz kritisch.

I. Einleitung

Durch die Einführung des tarifdispositiven Gleichbehandlungsgebots (Equal Pay/ Equal-Treatment) in den §§ 9 Nr. 2, 3 I Nr. 3 AÜG erlangten Tarifverträge in der Leiharbeit eine bis dahin ungekannte Bedeutung. Während sich die Leiharbeit zuvor als weitestgehend tariflich ungeregelt darstellte, wurden nach Inkrafttreten der Neuregelungen im AÜG - zum Teil in Windeseile - Tarifverträge geschlossen¹. Dies war aus Sicht der Arbeitgeber erforderlich, weil ansonsten

der Leiharbeitnehmer bei Überlassung an einen Entleiher hinsichtlich Entgelt und wesentlicher Arbeitsbedingungen wie ein vergleichbarer Stammarbeitnehmer zu behandeln gewesen wäre². Das Gleichbehandlungsgebot nach den § 9 Nr. 2, 3 I Nr. 3 AÜG kann nur durch abweichende tarifvertragliche Regelungen durchbrochen werden. Die Arbeitsvertragsparteien können eine Abweichung nicht wirksam vereinbaren. Ihnen bleibt lediglich die Bezugnahme auf einen Tarifvertrag. Da in der Leiharbeitsbranche der Anteil der gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer gegen Null tendiert und damit Fälle beiderseitiger Tarifbindung kaum vorkommen, hat die arbeitsvertragliche Inbezugnahme tarifvertraglicher Regelungen hier eine erhebliche Bedeutung³. Hierdurch können Vereinigungen, die keine oder nur wenige Mitglieder haben, dennoch eine erhebliche Breitenwirkung ihrer Tarifverträge erzielen. Erforderlich für die Bezugnahme im Anwendungsbereich tarifdispositiven Gesetzesrechts ist allerdings ein wirksamer Tarifvertrag, dessen Geltungsbereich das Arbeitsverhältnis erfasst⁴. Abgesehen von der Tarifbindung müssen alle anderen Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Tarifvertrags vorliegen⁵.

Wäre die CGZP, wie dies verbreitet angenommen wird, tarifunfähig⁶ oder für die Leiharbeit (zumindest teilweise) tarifunzuständig⁷, so könnten ihre Tarifverträge nicht mehr die Grundlage für die (vollumfängliche) Anwendung der Erstreckungsklausel in § 9 Nr. 2 AÜG sein. Da die Tätigkeit der CGZP hauptsächlich im Abschluss von (Haus-)Tarifverträgen besteht, die das Gleichbehandlungsgebot der §§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG zu Lasten der Arbeitnehmer durchbrechen, wäre damit zugleich ihre Existenz in Frage gestellt. Allerdings hat das BAG im CGM-Beschluss auch darauf hingewiesen, dass „wenn etwa in einem Tarifvertrag unter Ausnutzung einer gesetzlichen Tariföffnungsklausel gesetzliche Mindestbedingungen ohne Kompensation unterschritten werden oder ein besonders krasses Missverhältnis zwischen den vereinbarten Leistungen vorliegt“⁸, die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerorganisation, die einen solchen Tarifvertrag abschließt, in Frage stehen kann. Es darf zumindest darauf hingewiesen werden, dass jeder bekannte existente Tarifvertrag der CGZP die oben genannten Anforderungen erfüllt. Die Frage, ob die Tarifpraxis der CGZP⁹ und ihre zumindest partielle Interessenverzahnung mit der Arbeitgeberseite¹⁰ nicht auch die Tariffähigkeit ihrer Mitglieder in Frage stellt, muss daher ebenso erlaubt sein wie die hier nachzuprüfende These, aus der Tariffähigkeit von zwei Mitgliedern der CGZP sei ihre Tariffähigkeit herzuleiten und ihre Tarifzuständigkeit ergebe sich allein aus ihrer Satzung. Soweit in diesem Zusammenhang mit den Entscheidungen des BAG vom 24. 3. 2004¹¹ und 28. 3. 2006¹² argumentiert wird, werden diese in einer Weise angewandt, die dem BAG unterstellt, es habe eine Betriebsanleitung zum Verfassungsverstoß verfassen wollen. Dem ist hier entschieden entgegen zu treten.

II. Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit von Spitzenorganisationen als Anwendungsfall der Rosinentheorie

Ausweislich ihres Namens handelt es sich bei der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit und Personalserviceagenturen um eine *Tarifgemeinschaft*. Tatsächlich soll es sich bei der CGZP um eine Spitzenorganisation i.S. von § 2 II - IV TVG handeln¹³. Diese Konstruktion dient der Vermeidung der Rechtsfolgen der Mitgliedschaft tarifunfähiger und tarifunzuständiger Vereinigungen in Tarifgemeinschaften.

Schließt eine Tarifgemeinschaft in eigenem Namen einen eigenständigen Tarifvertrag, der keine eigenständige Befugnis der Verbände zur Kündigung beinhaltet, so ist dieser Einheitstarifvertrag nichtig, wenn nur einer der Parteien die Tariffähigkeit fehlt¹⁴. Auch ist die Tarifzuständigkeit von Tarifgemeinschaften stets auf den Zuständigkeitsbereich der tarifschließenden Verbände begrenzt¹⁵. Diese Folgen soll der Weg über die Spitzenorganisation vermeiden. Freilich müssen auch bei einer Spitzenorganisation die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit vorliegen. Diese werden für die CGZP wie folgt begründet¹⁶: Mitglieder der CGZP seien die CGM und der DHV. Diese seien tariffähig. Nun sind auch tarifunfähige Vereinigungen Mitglieder der CGZP und zwar die CGPT und die GÖD¹⁷. Dies soll aber unschädlich sein, weil - entgegen der Rechtsprechung des BAG¹⁸ - angenommen wird, für die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation reiche die Mitgliedschaft von zwei tariffähigen Verbänden aus¹⁹. Ansonsten seien keine weiteren Anforderungen zu stellen, außer dass in der Satzung der Abschluss von Tarifverträgen als Aufgabe verankert sei. Dies sei mit Blick auf die CGZP der Fall.

Auf Basis dieses Ansatzes stellt sich allerdings das Problem der Tarifzuständigkeit der Spitzenorganisation. Denn nachdem die Tariffähigkeit unter alleinigem Abstellen auf die Tariffähigkeit einiger Mitgliedsverbände konstruiert wird, wäre es an sich konsequent, auch die Tarifzuständigkeit anhand der Mitgliedsverbände zu bestimmen²⁰. Dies wäre aber für die CGZP fatal, weil ihre Mitglieder nicht alle Branchen abdecken und damit für eine Vielzahl von Branchen die Tarifunzuständigkeit die Folge wäre²¹. Dies soll nun vermieden werden, indem der eigene Prüfungsmaßstab auf den Kopf gestellt und die Tarifzuständigkeit allein an der Satzung der Spitzenorganisation gemessen wird.

Ulber: Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP als Spitzenorganisation ? NZA 2008 Heft 8 440 

An dieser Stelle drängt sich die Frage auf, welchen Sinn die Entkopplung der Prüfungsebenen von Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit bei Spitzenorganisationen hat. Dieser liegt in der Besonderheit der Mitgliederstruktur der CGZP unter den Leiharbeitnehmern. Diese sind faktisch nicht organisiert. Die Tarifverträge zur Leiharbeit gelten nahezu ausschließlich über die arbeitsvertragliche Inbezugnahme der Tarifverträge zur Leiharbeit. Voraussetzung hierfür ist aber das Vorliegen eines wirksamen Tarifvertrags, von dessen Geltungsbereich das Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers erfasst wird²². Es geht der Sache nach also nur darum, einen bezugnahmefähigen Tarifvertrag zu retten. Gerade das vorliegende Beispiel zeigt aber die Untauglichkeit einer Verhinderung des Missbrauchs der Tarifmacht von Spitzenorganisationen durch die Tarifbindung. Denn die fehlende Tarifbindung lässt sich durch die arbeitsvertragliche Bezugnahme im Geltungsbereich des Tarifvertrags umgehen.

Hilfsweise wird dann doch auf die Frage der Tarifzuständigkeit der Mitglieder der CGZP für die Leiharbeit eingegangen. Diese sei zwar eine unzulässige Anforderung an die Wirksamkeit der Tarifverträge der CGZP. Die Mitglieder der CGZP seien aber ohnehin kraft ihrer Satzung tarifzuständig für die Leiharbeit. Diese sei keine eigenständige Branche. Daher wäre es eigentlich konsequent, die Zuständigkeit zur Regelung der Leiharbeit auf den satzungsmäßig beanspruchten Zuständigkeitsbereich der Mitglieder der CGZP zu beschränken. Diesen fehlt die Tarifzuständigkeit für einige Branchen. Offenbar wird aber davon ausgegangen, dass für die Leiharbeit bei allen Arbeitnehmervereinigungen eine universelle Zuständigkeit besteht.

III. Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP

1. Tariffähigkeit

Die CGZP besteht zum Teil aus tarifunfähigen Verbänden. Auch dass ihre Mitglieder keine Tarifzuständigkeit für sämtliche Branchen besitzen, dürfte niemand ernsthaft bestreiten. Die CGZP hat nachträglich ihre Satzung geändert. Diese beinhaltete lange Zeit keine Regelung der Tarifzuständigkeit²³. Dass die Satzungsänderung möglicherweise mit Blick auf die Umgehung der Anforderungen an die Tariffähigkeit von Tarifgemeinschaften durchgeführt wurde, macht diese noch nicht per se unwirksam. Allerdings muss dann hinsichtlich der Wirksamkeit der Tarifverträge der CGZP zwischen alten und neuen Tarifverträgen differenziert werden. Unabhängig von der Frage, ob es sich bei der CGZP tatsächlich um eine Spitzenorganisation handelt, soll hier - dies einmal unterstellt - das oben dargestellte Konzept zur Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit von Spitzenorganisationen untersucht werden. Dieses weist erhebliche Ungereimtheiten auf.

a) *Anforderungen an die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen.* Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist die folgende These: „Voraussetzung für die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation ist allein, (i) dass der Abschluss von Tarifverträgen zu den satzungsmäßigen Aufgaben der Spitzenorganisation

gehört, das heißt die Spitzenorganisation in ihrer Satzung ihre Tarifwilligkeit bekundet und (ii) dass zwei Mitgliedsverbände der Spitzenorganisation tariffähig sind. Weitere Voraussetzungen bestehen nicht“²⁴.

Die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation soll also allein von der Tariffähigkeit zweier ihrer Mitglieder abhängen. Hingegen soll die Tarifzuständigkeit der Spitzenorganisation - unabhängig von ihren Mitgliedern - allein aus ihrer Satzung ermittelt werden. Dieser Ansatz führt zu einem „juristischen Rosinenpicken“. Man muss sich entscheiden. Entweder ist die Mitgliederebene maßgeblich oder die Vereinigungsebene. Dann muss die jeweilige Ebene aber einheitlicher Maßstab für Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der Spitzenorganisation sein.

Der dargestellte Ansatz übergeht auch einen fundamentalen Zusammenhang. Die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung hängt wesentlich von ihrer sozialen Mächtigkeit ab²⁵. Diese kann aber nicht unabhängig von dem von ihr beanspruchten Zuständigkeitsbereich bewertet werden²⁶. Vielmehr wird die soziale Mächtigkeit sowohl hinsichtlich der Mitgliederzahl als auch hinsichtlich der bereits abgeschlossenen Tarifverträge davon beeinflusst, wie der Zuständigkeitsbereich einer Arbeitnehmervereinigung gefasst ist. Würden beispielsweise die GDL oder der Marburger Bund ihre Tarifzuständigkeit auf die Metallindustrie ausdehnen, so wären sie mangels sozialer Mächtigkeit tarifunfähig. Wenn sie eine Tarifgemeinschaft bilden würden, wären sie nicht tarifzuständig. Würden GDL und Marburger Bund nun aber eine Spitzenorganisation gründen und diese in ihrer Satzung die Zuständigkeit für die Metallindustrie beanspruchen, so müsste dies nach dem hier untersuchten Ansatz zulässig sein. Eine Korrektur wird lediglich auf der Ebene der Tarifbindung für denkbar gehalten²⁷.

Die Rechtsprechung des BAG²⁸ und Teile der Literatur²⁹ gehen hingegen davon aus, dass eine tariffähige Spitzenorganisation nicht bereits dann vorliegt, wenn lediglich zwei ihrer Mitglieder tariffähig sind. Teilweise wird dies zwar anders gesehen³⁰. Kernproblem mit Blick auf die CGZP ist allerdings nicht nur die Frage der Anforderungen an die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen. Vielmehr geht es um die Frage der Zulässigkeit eines „doppelten Huckepackverfahrens“.

Die CGZP kann als Tarifgemeinschaft keine wirksamen Tarifverträge zur Leiharbeit abschließen. Es fehlt ihr dabei, da die Tarifverträge als Einheitstarifverträge geschlossen sind, an der hierzu erforderlichen³¹ Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit aller ihrer Mitglieder, für den in Anspruch genommenen Zuständigkeitsbereich³². Die Gründung der Spitzenorganisation soll nun beide Probleme lösen. Die tarifunfähigen Mitglieder werden durch zwei tariffähige Verbände „Huckepack“ genommen und die Konstruktion der Spitzenorganisation soll die fehlende Tariffähigkeit überwinden. Ist nunmehr die Spitzenorganisation ihrerseits tariffähig, soll sie selbst - per Satzung- die fehlende Tarifzuständigkeit ihrer Mitglieder überwinden können³³. Dabei verhindert sie zugleich, dass ihre tariffähigen Mitglieder ihren Zuständigkeitsbereich in einer Weise ausweiten müssten, der ihre Tariffähigkeit gefährdet.

Dieser Ansatz ist verfassungswidrig. Art. 9 III GG gewährleistet die kollektive Koalitionsfreiheit. Sie gewährleistet das Recht der Koalitionen, für ihre Mitglieder in den Grenzen

Ulber: Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP als Spitzenorganisation ?

NZA 2008 Heft 8

441

des zwingenden Gesetzesrechts Tarifverträge zu schließen. Allerdings steht dieses Recht im Interesse des Erhalts der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und des Schutzes der Arbeitnehmer vor der Tarifnormsetzung durch machtlose Vereinigungen nur tariffähigen Koalitionen zu³⁴. Dieses Verfassungsprinzip kann durch den Abschluss von Tarifverträgen durch Spitzenorganisationen nicht umgangen werden. Kerngedanke der Tariffähigkeit ist zu gewährleisten, dass die Tarifergebnisse nicht einem Diktat der Arbeitgeberseite entspringen dürfen, sondern sichergestellt wird, dass bei Abschluss des Tarifvertrags eine hinreichende Kompensation der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers bei Abschluss des Arbeitsvertrags erfolgt³⁵. Im Ergebnis wird die Ausweitung der Rechtsmacht tarifunfähiger Verbände über das Konstrukt Spitzenorganisation allgemein abgelehnt. Umstritten ist lediglich die rechtsdogmatische Begründung dieses Ergebnisses.

Ein Teil der Lehre und das BAG gehen mit bedenkenswerten Argumenten den Weg über die wortlautgetreue und systematische Auslegung von § 2 II, III TVG. Danach bestehen Spitzenorganisationen aus Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbänden. Gewerkschaften seien nur tariffähige Verbände. Daher müssten sämtliche Mitglieder einer Spitzenorganisation tariffähig sein³⁶.

Anders sieht dies ein Teil der Lehre. Die Mitgliedschaft tarifunfähiger Vereinigungen in Spitzenorganisationen sei möglich³⁷, allerdings mit entscheidenden Einschränkungen. Oetker hält die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation dann für zweifelhaft, wenn sie nicht mehr von tariffähigen Berufsverbänden geprägt wird³⁸. Auch wird weitgehend bezüglich der Anforderungen an die Tariffähigkeit differenziert. Zwar soll hinsichtlich der sozialen Mächtigkeit nicht jedes Mitglied des Spitzenverbandes diese erfüllen müssen. Für die weiteren Voraussetzungen der Tariffähigkeit, wobei mit Blick auf die CGZP insbesondere die

Gegnerunabhängigkeit relevant ist, wird verlangt, dass diese bei allen Mitgliedern vorhanden sein müssen³⁹. All diese Hinweise werden bei der Entwicklung der oben stehenden These außer acht gelassen.

Es darf also festgehalten werden, dass völlige Einigkeit darüber besteht, dass eine Umgehung der Anforderungen an die Tariffähigkeit durch die Bildung von Spitzenorganisationen unzulässig ist. Aus Sicht des Verfassers bietet sich hierzu folgende Kontrollüberlegung an: Wären die Mitgliedsvereinigungen der Spitzenorganisation im in Anspruch genommenen Zuständigkeitsbereich tariffähig, wenn man sie zusammen schliesse⁴⁰? Bejaht man dies, könnte dem Schutz der Tarifautonomie hinreichend Rechnung getragen sein. Ist dies nicht der Fall, liegt eine rechtsmissbräuchliche Konstruktion vor. Würde man die Tariffähigkeit der CGZP anhand der Kriterien der Tariffähigkeit prüfen, so wäre sie wohl tariffunfähig. Dies resultiert nicht nur aus der nicht vorhandenen Organisationsstärke, die allerdings auch ein Problem der DGB-Gewerkschaften in der Leiharbeit ist. Dass die Arbeitgeber teilweise ihre Arbeitnehmer bei Abschluss von Leiharbeitsverträgen zwingen, Mitglieder einer der Mitgliedsgewerkschaften der CGZP zu werden, spricht eine deutliche Sprache⁴¹. Aber auch die sonstige Tarifpraxis der CGZP spricht stark dafür, dass sie primär dazu dient, die DGB-Gewerkschaften durch Niedriglohnarbeitsverträge unter Druck zu setzen, um diese ihrerseits zum Abschluss von Niedriglohnarbeitsverträgen zu nötigen. Des Weiteren fungiert sie als Anbieter von Niedriglohnarbeitsverträgen. Für den Tarifpartner der CGZP, den AMP, wurde unlängst eingeräumt, dass dessen einziger Vereinigungszweck darin besteht, das Gleichbehandlungsgebot der §§ 3 I Nr. und 9 Nr. 2 AÜG zu umgehen und durch Unterbietung der DGB-Tarifverträge das Lohnniveau in der Leiharbeit zu drücken⁴². Auch der Abschluss von Gefälligkeitsarbeitsverträgen durch die christlichen Gewerkschaften lässt Zweifel an deren Tariffähigkeit aufkommen⁴³. Vor diesem Hintergrund geht auch die Berufung auf die Entscheidung des BAG⁴⁴ zur Tariffähigkeit der CGM, die im Übrigen auf Grund der tatsächlichen Tarifpraxis von CGM und CGZP alles andere als überzeugend ist, fehl. Das BAG ist dort im redlichen Bemühen, die Tarifautonomie zu schützen sehr weit gegangen. Ihm aber zu unterstellen, es habe einen formalistischen Tariffähigkeitsbegriff ohne materielle Prüfung der Tarifpraxis eines wie auch immer gearteten Zusammenschlusses aufgestellt, geht zu weit. Das BAG wollte die Tarifautonomie nicht zu Tode schützen, indem es auf eine Missbrauchskontrolle verzichtet. Dies zeigt auch die oben zitierte Einschränkung der Entscheidung⁴⁵. Der Verzicht auf jegliche Missbrauchskontrolle ist aber die Grundlage für die Annahme der Tariffähigkeit der CGZP. Denn aus den tatsächlichen Verhältnissen in der Leiharbeit ergeben sich erhebliche Bedenken gegen die Annahme, die CGZP sei eine regulär tätige Arbeitnehmervereinigung. Dass eine Missbrauchskontrolle im Bereich der Tariffähigkeit erforderlich ist, zeigt sich im Übrigen auch gegenwärtig in der Postbranche, wo unter extrem fragwürdigen Umständen eine "Arbeitnehmervereinigung" ohne finanzielle Mittel und unter Vertretung durch arbeitgebernahe Repräsentanten einen Tarifvertrag schließt⁴⁶.

Will man den Weg über die grundsätzliche Zulässigkeit nicht tariffähiger Vereinigungen in Spitzenorganisationen tatsächlich gehen, so ist es auch denkbar eine Einschränkung dahingehend vorzunehmen, dass es hier auf die Ursache der Tariffunfähigkeit ankommt. Hier werden insbesondere bei Problemen hinsichtlich der finanziellen oder ideellen Unabhängigkeit vom Arbeitgeberverband Grenzen zu ziehen sein. Der in Anspruch genommene Zuständigkeitsbereich kann aber nicht außer acht gelassen werden.

b) *Ergebnis*. Wie man es auch dreht und wendet, jegliche Theorie zu den Voraussetzungen der Tariffähigkeit, auch der von Spitzenorganisationen, muss mit Art. 9 III GG vereinbar sein. Die These für die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation sei rein formal auf zwei tariffähige Vereinigungen als Mitglieder abzustellen, genügt dem nicht. Dies gilt insbesondere im Bereich tarifdispositiven Gesetzesrechts. Denn hier reicht regelmäßig ein existenter wirksamer Tarifvertrag aus, um über die arbeitsvertragliche Inbezugnahme eine erhebliche Wirkung auf die tarifungebundenen Arbeitnehmer zu entfalten. Vor diesem Hintergrund ist der Korrekturversuch, über eine Begrenzung der Tarifbindung auf die tariffähigen Verbände nicht überzeugend. Es bedürfte jedenfalls einer Ergänzung auf Seiten der Tarifzuständigkeit.



2. Tarifzuständigkeit

Auch die Begründung der Tarifzuständigkeit der CGZP als Spitzenorganisation ist hochgradig problematisch. Diese soll sich allein aus der Satzung der Spitzenorganisation ergeben⁴⁷. Diese Ansicht verstößt gegen Art. 9 III GG, soweit sie die Ausdehnung der Tarifzuständigkeit über den Zuständigkeitsbereich der tariffähigen Mitglieder hinaus zulässt. Die Tariffähigkeit kann ohne Betrachtung des in Anspruch genommenen (Tarif-)Zuständigkeitsbereich einer Vereinigung nicht bestimmt werden⁴⁸. Will man aber die Tarifzuständigkeit und Tariffähigkeit bei Spitzenorganisationen entkoppeln, so eröffnet dies massive Missbrauchsmöglichkeiten. Daher ist mit der herrschenden Meinung⁴⁹ davon auszugehen, dass die Tarifzuständigkeit einer Spitzenorganisation nicht weiter reichen kann als die ihrer (tariffähigen) Mitglieder. Insofern beinhaltet dies auch keine Beschränkung der Koalitionsbetätigungsfreiheit⁵⁰. Denn die Mitglieder der Spitzenorganisation können jederzeit ihren eigenen Zuständigkeitsbereich satzungsmäßig erweitern und haben damit die Tarifzuständigkeit der Spitzenorganisation stets selbst in der Hand. Dass eine Erweiterung des in

Anspruch genommenen Zuständigkeitsbereichs durch Mitglieder der Spitzenorganisation dann unter Umständen die Tariffähigkeit der Mitgliedsverbände in Frage stellen kann, ist mit Blick auf Art. 9 III GG zwingend geboten. Denn so wird sicher gestellt, dass die Rechtsmacht einer Vereinigung nicht durch die Spitzenorganisation auf Bereiche erstreckt wird, für die diese selbst niemals wirksam Tarifverträge schließen könnten. Will man mit Blick auf die Satzungsautonomie tatsächlich eine eigenständige Definition des Zuständigkeitsbereichs zulassen, so wäre jedenfalls eine isolierte Prüfung der Tariffähigkeit der Spitzenorganisation erforderlich.

Schließlich wird, abweichend vom *BAG*⁵¹, vertreten, dass es sich bei der Leiharbeit nicht um eine eigenständige Branche handelt. Dann kann die Tarifzuständigkeit der CGZP sich aber erst recht nicht auf sämtliche Formen der Leiharbeit, sondern nur auf die Leiharbeit in den Branchen erstrecken, für die die tariffähigen Mitglieder der CGZP zuständig sind. Geht man indes mit dem *BAG* davon aus, dass die Leiharbeit eine eigenständige Branche darstellt, so ist ohne eine ausdrückliche Erstreckung der Zuständigkeit auf die Leiharbeit eine Tarifzuständigkeit der CGZP nicht gegeben.

3. Ergebnis

Nach alledem bestehen durchgreifende Zweifel an der Tariffähigkeit der CGZP bzw. ihrer Tarifzuständigkeit für die gesamte Leiharbeitsbranche. Es stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen.

IV. Ex tunc-Nichtigkeit und Vertrauensschutz

Bislang war die Frage, ob die Nichtigkeit von Tarifverträgen in der Leiharbeit, insbesondere wegen fehlender Tariffähigkeit der CGZP ex-tunc oder ex-nunc gilt, umstritten⁵². Hier ist die Entscheidung des *BAG* vom 15. 11. 2006 zu den Rechtsfolgen der fehlenden Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung von besonderer Bedeutung⁵³.

Schließt eine nicht tariffähige Vereinigung einen Tarifvertrag ab, so ist dieser nichtig⁵⁴. Die Entscheidung des Gerichts nach §§ 2a I Nr. 4, 97 ArbGG beendet dabei nicht erst den Tarifvertrag. Vielmehr wird die fehlende Tariffähigkeit festgestellt, an der es grundsätzlich von Anfang an mangelt und die damit auch die Unwirksamkeit des Tarifvertrags von Anfang an zur Folge hat⁵⁵. Damit sieht das *BAG* zutreffend die Tarifverträge einer tariffunfähigen Vereinigung als von Anfang an nichtig an. Soweit von einem Teil der Literatur mit Blick auf die Tarifverträge zur Leiharbeit eine ex-nunc-Wirkung der Nichtigkeit angedacht wird⁵⁶, ist dem damit die Grundlage entzogen. Auch die Grundsätze des Vertrauensschutzes führen nicht zu einer Fortgeltung der Tarifverträge bis zu einer gerichtlichen Entscheidung über die Tariffähigkeit⁵⁷. Der gute Glaube an die Tariffähigkeit wird nicht geschützt⁵⁸. Entsprechende Überlegungen zu den Tarifverträgen zur Leiharbeit⁵⁹, die ohnehin wenig überzeugend waren⁶⁰, dürften sich damit erledigt haben. Die Entscheidung des *BAG* ist in der Sache auch zutreffend, weil ansonsten Missbrauchsmöglichkeiten durch fragwürdige Arbeitnehmervereinigungen eröffnet wären. Im Übrigen stellt sich im Bereich der Leiharbeit, jedenfalls für die Zeit der Überlassung, auch nicht das Problem der Lückenfüllung im Arbeitsvertrag. Es gilt das Gesetz, also Equal-Pay/Equal Treatment.

Auch für die Tarifzuständigkeit, welche ebenfalls Wirksamkeitsvoraussetzung für den Tarifvertrag ist⁶¹, ist ein Vertrauensschutz abzulehnen⁶². Mit Blick auf die besondere rechtliche Gestaltung in der Leiharbeit (§ 10 IV AÜG) bestehen keine Bedenken hinsichtlich einer Versagung des Vertrauensschutzes. Denn die Arbeitsverhältnisse können auf Grund §§ 9 Nr. 2, 10 IV AÜG hinsichtlich der wesentlichen Arbeitsbedingungen und des Arbeitsentgelts für den Zeitraum der Überlassung nicht inhaltsleer werden. Die Tarifverträge der CGZP sind daher von Anfang an nichtig.

V. Fazit

Die Problematik der Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP reicht weit über die Leiharbeit hinaus. Es geht im Kern um die Frage, ob die einmal verliehene Tariffähigkeit einer Vereinigung die Möglichkeit eröffnet im Zusammenwirken mit einer anderen tariffähigen Vereinigung ihre Rechtsmacht unbegrenzt auszudehnen. Hierauf läuft die „doppelte Huckepacktheorie“ zur Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit von Spitzenorganisationen hinaus. Auch die formalistische Betrachtungsweise der Tariffähigkeit, die eine Berücksichtigung der Tarifpraxis und der tatsächlichen sozialen Macht im Zuständigkeitsbereich einer Spitzenorganisation ausschließen will, ist verfassungsrechtlich bedenklich. Es bleibt darauf zu achten, dass der Gebrauch der Tarifautonomie nur solchen Arbeitnehmervereinigungen gestattet wird, die diese im Sinne eines kontradiktorischen Interessenausgleichs mit der Arbeitgeberseite betätigen (können). Diese Voraussetzung kann nur bei materieller Prüfung der Tariffähigkeit sicher gestellt werden. Dass dann aber Bedenken hinsichtlich der Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP bestehen, ist offenkundig.

¹ Hunnekuhl/zu Dohna-Jaeger, NZA 2007, 954; Schüren, JAoR 2004, 49ff.; vgl. Weinkopf, Mindestarbeitsbedingungen für die Zeitarbeitsbranche?, S. 8f. www.iatge.de/aktuell/veroeff/2006/weinkopf13.pdf.

- 2 Ausf. *J. Ulber*, AÜG, 3. Aufl. (2006), § 9 Rdnrn. 72ff.
- 3 ErfK/Wank, 8. Aufl. (2008), § 3 AÜG Rdnr. 29.
- 4 *Thüsing/Pelzner*, AÜG, 2005, § 3 Rdnr. 89; *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 3 Rdnr. 387.
- 5 *Wiedemann/Oetker* (o. Fußn. 4), § 3 Rdnr. 387.
- 6 *ArbG Osnabrück* (15. 1. 2007), AuR 2007, 182; *LAG Niedersachsen*, Urt. v. 2. 7. 2007 - 16 Ta 107/07 unveröff.; *LAG Niedersachsen* (2. 7. 2007 - 16 Ta 108/07), BeckRS 2008, 50148 = AuR 2008, 113. Vgl. aber *BAG* (28. 1. 2008 - 3 AZB 30/07), NZA 2008, 489; *BAG*, Beschl. v. 28. 1. 2008 - 3 AZB 31/07; *J. Ulber* (o. Fußn. 2), § 9 Rdnrn. 171ff, 190ff.; *J. Ulber/Schindele*, AiB 2004, 212; *Böhm*, DB 2003, 2598; *Schüren*, in: Festschr. f. Löwisch, 2007, S. 367 (372) m.w. Nachw.; *Schindele*, AuR 2008, 31f.; a.A. *Boemke/Lembke*, AÜG, 2. Aufl. (2005), § 9 Rdnrn. 125ff; *Lembke*, NZA 2007, 1333ff.
- 7 *ArbG Berlin* (15. 1. 2007), AuR 2007, 182; *J. Ulber* (o. Fußn. 2), § 9 Rdnr. 182.
- 8 *BAG* (28. 3. 2006), NZA 2006, 1112 (1119).
- 9 *Schüren*, in: Festschr.f. Löwisch (o. Fußn. 6), S. 367 (372); *ders.* NZA 2007, 1113; *ders.* JArbR 2005, 49 (53); vgl. Panorama (22. 2. 2007) daserste.ndr.de/container/file/t_cid-3721104_.pdf; sowie *Otto*, in: Festschr.f. Konzen, 2006, S. 663 (671).
- 10 Teilweise verpflichten Arbeitgeber ihre Leiharbeitnehmer bei Abschluss des Arbeitsvertrags zum Beitritt zu Mitgliedsgewerkschaften der CGZP; vgl. Report Mainz (10. 12. 2007), www.swr.de/report/-/id=233454/nid=233454/did=2769040/vs2ba/index.html; vgl. *Schindele* AuR 2008, 31 (33).
- 11 *BAG* (24. 3. 2004), NZA 2004, 971ff; krit. *Otto*, in: Festschr.f. Konzen (o. Fußn. 9), S. 663 (677); abw. auch *SG Berlin* (27. 2. 2006), AuR 2007, 54ff.
- 12 *BAG*, NZA 2006, 1112.
- 13 *Lembke*, NZA 2007, 1333ff.
- 14 *BAG* (15. 11. 2006), NZA 2007, 448ff.; *Däubler/Peter* TVG, 2. Aufl. (2006), § 2 Rdnr. 181; *Wiedemann/Oetker* (o. Fußn. 4), § 2 Rdnr. 17.
- 15 *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rdnr. 478.
- 16 *Lembke*, NZA 2007, 1333 (1334).
- 17 Weitere Verbände z.B. die Union Ganymed sind aus der CGZP ausgetreten; vgl. *Schindele* AuR 2008, 31 (35).
- 18 *BAG* (2. 11. 1960), AP ArbGG 1953 § 97 Nr. 1 = DB 1961, 275.
- 19 *Lembke*, NZA 2007, 1333 (1334f.); a.A. *Kempen/Zachert-Kempen*, TVG, 3. Aufl. (2005), § 2 Rdnr. 80; *Däubler/Peter* (o. Fußn. 14) § 2 Rdnr. 56.
- 20 So *Wiedemann/Oetker* (o. Fußn. 4), § 2 Rdnr. 437; *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 15), § 2 Rdnr. 117.
- 21 S. o. Fußn. 7.
- 22 *Thüsing/Pelzner* (o. Fußn. 4), § 3 Rdnr. 89; *Wiedemann/Oetker* (o. Fußn. 4), § 3 Rdnr. 387.
- 23 Erst § 1 der Satzung v. 5. 12. 2005 regelte diese.
- 24 *Lembke*, NZA 2007, 1333 (1335).
- 25 *BAG*, NZA 2006, 1112ff.
- 26 *BAG*, NZA 2006, 1112ff.; *Wiedemann/Oetker* (o. Fußn. 4), § 2 Rdnrn. 390ff.
- 27 *Lembke*, NZA 2007, 1333 (1336).
- 28 *BAG*, AP ArbGG 1953 § 97 Nr. 1 = DB 1961, 275.
- 29 *Kempen/Zachert-Kempen* (o. Fußn. 19), § 2 Rdnrn. 80f.; *Däubler/Peter* (o. Fußn. 14), § 2 Rdnr. 56.
- 30 *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 15), § 2 Rdnrn. 112ff; *Wiedemann/Oetker* (o. Fußn. 4), § 2 Rdnr. 42; *Wiedemann/Thüsing*, RdA 1995, 280 (281f.).
- 31 *Däubler/Peter* (o. Fußn. 14), § 2 Rdnr. 181; *Wiedemann/Oetker* (o. Fußn. 4), § 2 Rdnr. 17.
- 32 Vgl. Fußn. 6, 7.
- 33 *Lembke*, NZA 2007, 1333 (1335ff.).
- 34 *BAG*, NZA 2006, 1112 (1116); *BVerfG* (24. 2. 1999), NJW 1999, 2657 (2658).
- 35 *BAG*, NZA 2006, 1112.
- 36 S. o. Fußn. 28, 29.
- 37 S. o. Fußn. 30.
- 38 *Wiedemann/Oetker* (o. Fußn. 4), § 2 Rdnr. 426.
- 39 *Wiedemann/Thüsing*, RdA 1995, 280 (281); *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 15), § 2 Rdnr. 112.
- 40 *Wiedemann/Thüsing* RdA 1995, 280 (282).
- 41 Report Mainz (10. 12. 2007), www.swr.de/report/-/id=233454/nid=233454/did=2769040/vs2ba/index.html.
- 42 *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007, 87 (109, 113ff.); *Dieterich*, in: *Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer*, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S. 103 (119 Fußn. 27), weist darauf hin, dass eine solche Verbandspolitik dem Schutzkonzept der Tarifautonomie widerspricht.
- 43 Vgl. *Otto*, in: Festschr.f. Konzen (o. Fußn. 9), S. 663 (671).
- 44 *BAG*, NZA 2006, 1112 (1116).
- 45 Vgl. *BAG*, NZA 2006, 1112.
- 46 Vgl. „Angriff mit der Gerster-Gewerkschaft“, SZ v. 14. 12. 2007.
- 47 *Lembke*, NZA 2007, 1333 (1336f.).
- 48 *BAG*, NZA 2006, 1112ff.
- 49 Vgl. Fußn. 20.
- 50 Vgl. die Nachw. in Fußn. 20.
- 51 *BAG*, NZA 2004, 971ff.

- 52 Für Wirkung ex-tunc: *Böhm*, DB 2004, 137; *Reipen*, NZS 2005, 407 (408f.); a.A. *Schöne*, DB 2004, 136; *Boemke/Lembke* (o. Fußn. 6), § 9 Rdnr. 132.
- 53 BAG (15. 11. 2006), NZA 2007, 448ff.
- 54 BAG, NZA 2007, 448 (451) m.w. Nachw.
- 55 BAG, NZA 2007, 448 (451); *Wiedemann/Oetker* (o. Fußn. 4), § 2 Rdnr. 15 m.w. Nachw.
- 56 *Schöne*, DB 2004, 136; *Boemke/Lembke* (o. Fußn. 6) § 9 Rdnr. 132; a.A. *Böhm*, DB 2004, 137.
- 57 BAG, NZA 2007, 448 (451); *Noltin*, EzA § 4 TVG Bauindustrie Nr. 131.
- 58 BAG, NZA 2007, 448 (451); *Wiedemann/Oetker* (o. Fußn. 5), § 2 Rdnr. 15.
- 59 *Boemke/Lembke* (o. Fußn. 7), § 9 Rdnr. 132.
- 60 *Böhm*, DB 2004, 137; *Reipen*, NZS 2005, 407 (408f.).
- 61 *Däubler/Peter* (o. Fußn. 14), § 2 Rdnr. 172; *Noltin*, EzA § 4 TVG Bauindustrie Nr. 131.
- 62 *Wiedemann/Oetker* (o. Fußn. 4), § 2 Rdnr. 53; *Däubler/Peter* (o. Fußn. 14), § 2 Rdnr. 183.