RECHT UND STAAT

Heft 397/398

WOLFGANG DÄUBLER / THEO MAYER-MALY

Negative Koalitionsfreiheit?

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

RECHT UND STAAT
IN GESCHICHTE UND GEGENWART
EINE SAMMLUNG VON VORTRÄGEN UND SCHRIFTEN AUS DEM GEBIET DER GESAMTEN STAATSWISSENSCHAFTEN
397/398

Negative Koalitionsfreiheit?

VON

WOLFGANG DÄUBLER / THEO MAYER-MALY

1971
J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

Vortrag von Professor Dr. Theo Mayer-Maly:

I. Druckverbot oder Individualrecht?

Die schon für das Arbeitsrecht der Weimarer Republik lebhaft diskutierte Frage, ob – insbesondere im Hinblick auf Art. 159 WRV – eine negative Koalitionsfreiheit[1] als Grundrecht anzuerkennen sei, hat in jüngster Zeit durch zwei Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) neue Aktualität erlangt: Zunächst wurde in einem obiter dictum des Beschlusses, der grundsätzlich einen Werbungs- und Informationsanspruch der Gewerkschaften in den Betrieben bejahte[2], die negative Koalitionsfreiheit als „im Ergebnis allgemein anerkannt" bezeichnet. Dann machte der Große Senat des BAG in seinem Beschluß vom 29. 11. 1967[3] die Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit zu einem der maßgeblichen Argumente gegen die Zulässigkeit der vielumkämpften „Differenzierungsklauseln"[4].

---

[1] Vgl. aus dem neueren Schrifttum zur negativen Koalitionsfreiheit besonders *Arndt*, Festschr. Kunze (1969) 265; *Biedenkopf*, JZ 1961, 346 ff.; *Dietlein*, ArbuR 1970, 200 ff.; *Floretta*, DRdA 1968, 7 f.; *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit (1966) 53 ff.; Koalitionsfreiheit und soziale Selbstverwaltung (1968) 62 ff.; *Gitter*, JurA 1970, 149 ff. (ARuSR 67 ff.); *Mayer-Maly*, ZAS 1969, 81 ff.; *Monjau*, Festschr. Küchenhoff (1967) 121 ff.; *Neumann*, DB 1967, 1545 ff.; *Rewolle*, DB 1950, 954; *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit (1969) 35 ff.; *Wiedemann*, RdA 1969, 330 f.

[2] AP Nr. 10 zu Art. 9 GG (Anm. Mayer-Maly) = SAE 1967, 110 (Anm. Zöllner).

[3] AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = SAE 1969, S. 246 ff. (Anm. Wiedemann)= JZ 1969, 105 (Anm. Ritter); vgl. dazu *Hanau*, JuS 1969, 213; *Mayer-Maly*, ZAS 1969, 81; *Gitter*, JurA 1970, 148.

[4] Vgl. aus dieser Diskussion einerseits *Fechner*, Ein Schritt voran, Rechtsgutachten zur Vorsorgekasse des deutschen Holzgewerbes, 1965; *Floretta*, DRdA 1968, 1 ff.; *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966; BB 1967, 45 ff.; *Herschel*, Verhandl. d. 46. Dt. Juristentages II D 7 ff.; *Herb. Krüger*, ebenda I/1, 7 ff.; *Musa*, BB 1966, 82 ff.; andererseits *Bötticher*,

Unter der auf diese Weise in das Zentrum des Interesses gerückten negativen Koalitionsfreiheit soll hier die *Gewährleistung von Rechtsschutz für das Fernbleiben von Koalitionen* verstanden werden. Der dabei gemeinte Rechtsschutz richtet sich in erster Linie gegen jeden auf Koalitionsbeitritt gerichteten Druck, daneben auch gegen die Etablierung von Zwangsmitgliedschaft in Koalitionen und gegen die Behinderung des Verlassens einer Koalition.

Alle diese Zielrichtungen der negativen Koalitionsfreiheit gelten einem individuell durchsetzbaren Rechtsschutz. Es ist ein Verdienst von *Wiedemann*[5], darauf aufmerksam gemacht zu haben, daß die Freiheit des Fernbleibens außer durch Individualrechte auch durch Organisationsnormen – insbesondere durch an die Koalitionen gerichtete Verbote, Druck auszuüben – gesichert werden kann. Verleiht eine Rechtsordnung den Unorganisierten nicht das Recht, sich jeder auf Koalitionsbeitritt zielenden Beeinflussung zu erwehren, so kann sie doch versuchen, durch an die Koalitionen gerichtete Verbote Druck auf Außenseiter zu unterbinden.

Wiedemanns Distinktion ist für das Verständnis jenes Satzes wichtig, der schließlich nicht in Art.9, Abs. 3 GG Eingang gefunden hat[6]. Er lautet: „Ein Zwang zum Beitritt darf nicht ausgeübt werden". Der bloße Text deutet eher auf ein an die Koalitionen gerichtetes Druckverbot als auf ein Individualgrundrecht. Ehe man aber diese legislatorische Intention wirklich auf ein gegen die Koalition gerichtetes Druckverbot beziehen darf, wie *Wiedemann*[7] dies tut, müssen ihre entwicklungsgeschichtlichen Prämissen klargestellt werden. Unter diesem Aspekt ist der von der Rechtsprechung der Zwischenkriegszeit eingeschlagene Weg von größerem als bloß rechtshistorischem Interesse.

RdA 1966, 401 ff.; Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 1966; *A. Hueck*, Tarifausschlußklauseln und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, 1966; *Mayer-Maly*, BB 1965, 829 ff.; BB 1966, 1067 ff.; *Nikisch*, RdA 1967, 87 ff.; *Zöllner*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, 1967.

[5] Vgl. neben SAE 1969, 266 auch RdA 1969, 330.

[6] Vgl. dazu *Eberhard*, RdA 1949, 127; *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit (1966) 55 ff.; *Hueck-Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts II[7] (1967) 157.

[7] SAE 1966, 266.

II. Beobachtungen zur Rechtsprechung der Zwischenkriegszeit

Von der Rechtsprechung der Zwischenkriegszeit sagt man gemeiniglich[8], sie habe es bewußt offengelassen, ob der grundrechtliche Schutz der Koalitionsfreiheit (Art. 159 WRV) auch die negative Koalitionsfreiheit gewährleiste. Eine nähere Analyse der wichtigsten Entscheidungen macht jedoch Differenzierungen nötig.

Im Fall von *RGZ* 104, 327 hatte ein Schauspieler seine Mitgliedschaft bei der Genossenschaft deutscher Bühnenangehöriger gekündigt. Diese Genossenschaft hatte in einem Tarifvertrag mit dem deutschen Bühnenverein vereinbart, daß nur Mitglieder der Genossenschaft von den im Bühnenverein zusammengeschlossenen Bühnen beschäftigt werden dürften. Nun klagte das ausgeschiedene Genossenschaftsmitglied beide Tarifpartner auf Feststellung, daß sie nicht berechtigt seien, sein Auftreten auf dem Bühnenverein angehörigen Bühnen zu untersagen.

Die Entscheidung des *Reichsgerichts* sah die vom Tarifvertrag vorgesehene Behinderung der Beschäftigung des Ausgeschiedenen als sittenwidrig an. Zwar gab es der Meinung, daß es die Unterstellung der negativen Koalitionsfreiheit unter Art. 159 WRV offengelassen habe, einen Anhaltspunkt; es sagte nämlich, daß man darüber streiten möge, ob in Art. 159 WRV nur die Freiheit zur Vereinigung oder auch die Freiheit zur Nichtvereinigung geschützt werden solle. Doch fügte es hinzu, daß die Verfassung jedenfalls keinen Zwang zum Anschluß an eine Koalition ausspreche. Der natürliche, von der Rechtsordnung anerkannte Grundsatz der freien Willensbestimmung gelte auch für den Anschluß an Vereine und Organisationen. Der Hauptgrund für das *RG*, der Klage des Schauspielers zu entsprechen, lag aber unverkennbar darin, daß eine Anerkennung des tarifvertraglichen Beschäftigungsverbotes zu einer Verdrängung aus dem Beruf geführt hätte. Ein absolutes Druckverbot wollte das *RG* nicht anerkennen. Es machte eine Konzession, die in neuerer Zeit von den Anhängern der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln aufgegriffen worden ist[9]: Da zur Stärkung der Stellung einer Orga-

---

[8] So z. B. *Hueck-Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts II[7] (1967) 154.

[9] Vgl. *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit (1966) 54, A. 79.

nisation die möglichst vollständige Heranziehung aller für sie in Betracht kommenden Personen von ausschlaggebender Bedeutung sei, könne der Organisation nicht verwehrt werden, „einen gewissen Druck auf die zum Anschluß nicht Bereiten auszuüben". Allerdings müßten die angewandten Mittel erlaubt sein und dürften nicht (wie im Anlaßfall) gegen die guten Sitten verstoßen. Während die Gestattung eines gewissen Drucks eher differenzierungsfreundlich wirkt, betonte das *RG* aber andererseits, daß die Gleichstellung der Nichtorganisierten mit den Organisierten durch § 81 BetrRG besonders entschieden ausgesprochen werde. So zeigt sich, daß die heute relevanten Argumente zu einem guten Teil schon damals gesehen wurden. Das Problem blieb zwar offen, es wurde aber nicht dahingestellt gelassen.

In *RGZ* 111, 199 betonte das *RG* neuerlich, daß die Koalitionsfreiheit nicht nur den Zusammenschluß schütze, sondern auch die Sicherung der Koalitionsbetätigung mit erlaubten Mitteln enthalte. Wenngleich das Gericht sagte, es könne auf sich beruhen bleiben, ob dem Art. 159 WRV auch die Gewährleistung eines Rechts auf Nichtvereinigung zu entnehmen sei (*RGZ* 111, 201), liegt doch das Schwergewicht der Entscheidung bei den Argumenten für die Tragweite der positiven Koalitionsfreiheit. Dennoch sollten sich die Gegner einer Anerkennung der negativen Koalitionsfreiheit nur mit Vorsicht auf Argumente dieser Entscheidung stützen: Im Anlaßfall ging es um Sanktionen gegen einen Arbeitgeber, der Verbandsanordnungen über eine Aussperrung nicht befolgte.

Auch die vom *Reichsarbeitsgericht* in *RAG* Bensh. Samml. 9, 55 vorgenommene Relativierung der negativen Koalitionsfreiheit galt der Position eines Einzelgängers auf Arbeitgeberseite. Übt der Gesetzgeber im öffentlichen Interesse einen Vereinigungszwang aus, so soll nach dem *RAG* die „im Art. 159 WRV nicht erwähnte negative Vereinigungsfreiheit" nicht zum Zug kommen. Für das Innungswesen, um das es damals ging, hat das *Bundesverfassungsgericht* der Bundesrepublik völlig andere Maßstäbe entwickelt[10].

[10] BVerfGE 20, 312.

Während demnach die Einzelgänger auf Arbeitgeberseite nur selten Prozeßerfolge verzeichnen konnten, hinderte die Tradition des Vermeidens einer Entscheidung der Frage, ob Art. 159 WRV auch die negative Koalitionsfreiheit umfasse, das *RAG* nicht, kräftig für den Schutz des Außenseiters auf Arbeitnehmerseite zu sorgen. Es ließ zwar auch in *RAG* Bensh. Samml. 6, 427 (430) die Tragweite von Art. 159 WRV dahingestellt, qualifizierte aber einen auf Kündigung des organisationsunwilligen Außenseiters zielenden Druck als sittenwidrig. Dieses Verdikt stützte sich auf die Intensität, nicht schon auf die Existenz des Drucks. Daß zur Verwirklichung des Strebens, die wirtschaftliche Stoßkraft der Gewerkschaften durch Vermehrung ihrer Mitgliederzahl zu steigern, „unter Umständen auch die Ausübung eines gewissen Drucks auf nichtorganisierte Arbeiter, um sie zum gewerkschaftlichen Anschluß zu bewegen, erforderlich sein kann und nicht schlechthin als unerlaubt oder unsittlich zu bezeichnen ist", wurde auch in dieser Entscheidung anerkannt.

Alle vier herausgegriffenen Entscheidungen stellen nicht die Frage nach der Existenz einer Druckausübung verbietenden oder beschränkenden Organisationsnorm. Immer geht es um individuelle Freiheitssphären. Was nicht als Gewährleistung eines Rechtes auf Nichtvereinigung aus Art. 159 WRV entnommen wird, wird doch als Betätigung einer natürlichen, von der Rechtsordnung anerkannten Freiheit gesehen[11].

III. Die Bejahung der negativen Koalitionsfreiheit durch die Nachkriegsjudikatur vor Schaffung des BAG

In auffälligem Gegensatz zur Rechtsprechung der Zwischenkriegszeit steht die 1950 einsetzende Judikatur verschiedener arbeitsrechtlicher Instanzen, die durchwegs zu einer Bejahung eines Grundrechtsschutzes der negativen Koalitionsfreiheit gelangten, der mit dem Grundrechtsschutz der positiven Koalitionsfreiheit auf eine Stufe gestellt wurde. Die Anlaßfälle unterschieden sich nicht wesent-

[11] So besonders RGZ 104, 327 (328); RAG Bensh. Samml. 6, 427 (430).

lich von denen der Zwischenkriegszeit: Druckkündigung begegnet am häufigsten[12]; daneben steht das Freiheitsstreben einzelner Unternehmer gegenüber ihrem Verband[13]. Die Wertungen haben sich deutlich verschoben: Wurde früher ein gewisses Maß an Druck zum Organisationsbeitritt toleriert[14], so sagte nun das *LAG Hamm* in AP 53 Nr. 93, daß Methoden, bei denen der Organisationsbeitritt durch Druck erzwungen werden soll, „in stärkstem Maße den demokratischen Grundsätzen der Freiheit der Persönlichkeit" widersprechen. Das Trauma der nationalsozialistischen Verbandsformen mit Zwangsmitgliedschaft wirkte kräftig. Ihm ist es vor allem zuzuschreiben, daß mehrere Landesverfassungen die negative Koalitionsfreiheit ausdrücklich garantierten[15]. Gleichviel, wie man das Verhalten des zur Druckkündigung schreitenden Arbeitgebers bewertete[16] – der Druck selbst wurde stets als unzulässig bezeichnet. Er wurde daher als Grund für die Entlassung der ihn ausübenden Betriebsräte qualifiziert[17].

Die spätere, vor allem an Art. 9 Abs. 3 GG orientierte Rechtsprechung läßt nicht mehr eine so eindeutige Position erkennen. Dies liegt schon einmal daran, daß die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung Zweifel darüber offen läßt, ob der Wegfall des seinerzeit vorgesehenen Satzes „Ein Zwang zum Beitritt darf nicht ausgeübt werden"[18] zu besagen hat, daß die negative Koalitionsfreiheit nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet werde[19]. Überdies wurde die

[12] Vgl. AG Hameln, DB 1950, 595 (dazu *Rewolle*, DB 1950, 594); LAG Hamm AP 52, Nr. 224; AP 53, Nr. 93.

[13] OLG Koblenz, NJW 1951, 366.

[14] Vgl. besonders RGZ 104, 327 (330); RAG Bensh. Samml. 6, 427 (430).

[15] Besonders auffällig Art. 36 Abs. 2 Verf. Hessen und Art. 48 Verf. Bremen; vgl. ferner Art. 13, Abs. 3 Verf. Württemberg-Hohenzollern; Art. 15 Verf. Württemberg-Baden; Art. 19, Abs. 2 Verf. Baden.

[16] Das LAG Hamm verneinte in AP 52 Nr. 224 eine Sittenwidrigkeit der Druckkündigung und beschränkte den Gekündigten auf Schadenersatzansprüche gegen Betriebsrat und Belegschaft.

[17] LAG Hamm AP 53 Nr. 93.

[18] Vgl. *Eberhard*, RdA 1949, 125.

[19] Vgl. zu dieser Frage einerseits *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit (1966) 55 ff. und *Hueck-Nipperdey*, Lehrbuch II[7] (1967) 156, andererseits das OLG Koblenz NJW 1951, 366 und *Nikisch*, Arbeitsrecht II[2] (1959) 30.

Problemstellung dadurch differenziert, daß es nicht mehr um Bejahung oder Verneinung des Grundrechtsschutzes der negativen Koalitionsfreiheit an sich ging, sondern um seine Ableitung aus dem mit Drittwirkung ausgestatteten Art. 9 Abs. 3 GG oder aus einem schwächer sanktionierten Grundrecht.

IV. Die Anerkennung der negativen Koalitionsfreiheit in der Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte

Nach anfänglich weniger entschiedenen Formulierungen haben nun das *BVerfG* und das *BAG* einen sich aus Art. 9 Abs. 3 GG ergebenden Grundrechtsschutz der negativen Koalitionsfreiheit anerkannt. Das *BVerfG* wurde der Problematik noch vor dem *BAG* konfrontiert. In einer Entscheidung aus 1954 ließ es freilich noch offen, ob das Recht, einer Koalition fernzubleiben, aus Art. 2 oder aus Art. 9 GG folge[20]. Dann aber bejahte es 1959 zum Fall des wasserwirtschaftlichen Erftverbandes[21] eine in Art. 9 GG garantierte Freiheit, privatrechtlichen Vereinigungen fernzubleiben. Diese Stellungnahme war freilich kaum mehr als ein obiter dictum und galt eher einer allgemeinen negativen Vereinsfreiheit als einer besonderen negativen Koalitionsfreiheit. Da das *BVerfG* nur über die Grenzen der Möglichkeit einer Zwangsmitgliedschaft in einem öffentlich-rechtlichen Verband abzusprechen hatte, konnte das, was es über die Garantie der Freiheit, privatrechtlichen Vereinigungen fernzubleiben, sagte, nicht ratio decidendi werden. Eine spezifisch arbeitsrechtliche Problemstellung ergab sich jedoch für das *BVerfG*, als sein 1. Senat über die Tariffähigkeit der Innungen und Innungsverbände abzusprechen hatte[22]. Diese wurde nicht zuletzt deshalb bejaht, weil die Koalitionsfreiheit des einzelnen Handwerkers durch die Tariffähigkeit der Innungen weder rechtlich noch – in einem ins Gewicht fallenden Umfang – tatsächlich eingeengt werde[23]. Insbesondere sei

[20] BVerfGE 4, 7 (26).

[21] BVerfGE 10, 89 (102).

[22] BVerfGE 20, 312.

[23] BVerfGE 20, 312 (321.)

der einzelne Handwerker nicht gezwungen, der Innung beizutreten oder in ihr zu verbleiben.

Wenn man in dieser Begründung des *BVerfG* weithin eine Anerkennung der negativen Koalitionsfreiheit erblickt, so darf dabei doch nicht übersehen werden, daß die für das *BVerfG* wichtigste Überlegung auf einer anderen Ebene lag: Durch die Bejahung einer Tariffähigkeit der Innungen sollte es den Koalitionen der Arbeitnehmer erleichtert werden, einen Verhandlungspartner zu finden. Wiederum fällt auf, daß die Frage des Rechtsschutzes für den Einzelnen gegenüber einem Berufsverband nicht für die Arbeitnehmer-, sondern für die Arbeitgeberseite so zu stellen war[24]. Wie schon früher das *RG* und das *RAG*[25], so verschloß auch das *BVerfG* nicht davor die Augen, daß die Organisationen einen gewissen Druck zum Beitritt auszuüben pflegen. Dieser wurde auch jetzt nicht kategorisch als Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit qualifiziert. Doch unterblieb andererseits eine Verteidigung des Drucks als erforderliche Maßnahme zur Sicherung der Koalitionsstärke. Das *BVerfG* meinte bloß, dieser Druck dürfe nicht überbewertet werden. Anders als auf der Arbeitnehmerseite kenne die Rechtswirklichkeit von jeher nicht mehrere, auf abweichenden Auffassungen beruhende Arbeitgeberverbände, sondern einen einzigen Arbeitgeberverband für den jeweils betroffenen Wirtschaftszweig. Das weitere Argument, daß der Freiheit des Einzelnen, einen Arbeitgeberverband zu bilden oder ihm beizutreten, auch sonst enge Grenzen gesetzt seien, führt mehr in den Problemzusammenhang der positiven als der negativen Koalitionsfreiheit.

Auch beim *BAG* beginnt die Auseinandersetzung mit der negativen Koalitionsfreiheit mit einem obiter dictum. Je größer der Anteil richterlicher Rechtsfortbildung an der Ausgestaltung des kollektiven Arbeitsrechts wird, um so häufiger erweist es sich als notwendig, die dem angloamerikanischen Fall- und Richterrecht entstammende Unterscheidung zwischen ratio decidendi und obiter dictum

[24] Vgl. schon RGZ 111, 199; RAG Bensh. Samml. 9, 55; OLG Koblenz NJW 1951, 366.

[25] RGZ 104, 327 (330); RAG Bensh. Samml. 6, 427 (430).

zu vollziehen, umso deutlicher wird aber auch die Fragwürdigkeit eines so hohen Anteils von obiter dicta an der Weiterbildung des Rechts[26].

Das den Grundrechtsschutz der negativen Koalitionsfreiheit anerkennende obiter dictum des *BAG* findet sich in jenem Urteil vom 14. 2. 1967 (AP Nr. 10 zu Art. 9 GG), in dem das Recht von Gewerkschaften, im Betrieb zu werben und zu informieren[27], grundsätzlich bejaht wurde. Als Grenze dieses Rechtes wurde vom *BAG* neben der thematischen Beschränkung auf Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, dem Verbot unsachlicher Angriffe gegen den Arbeitgeber und der Respektierung des Koalitionspluralismus auch die Respektierung der negativen Koalitionsfreiheit der einzelnen Arbeitnehmer genannt. Dahingestellt ließ es das *BAG*, ob die negative Koalitionsfreiheit unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG abzuleiten sei oder sich nur aus Art. 2 GG ergebe. Dies konnte es umso mehr, als das Problem der negativen Koalitionsfreiheit in Wahrheit gar nicht zur Debatte stand. Im Anlaßfall spielte es nämlich keine Rolle: Es ging um den Versuch des Arbeitgebers, die Verteilung eines gewerkschaftlichen Flugblattes zu Fragen der Gummiindustrie zu verhindern. Als für diesen Fall das Recht auf Verteilung des Flugblattes bejaht wurde, machte das *BAG* den Versuch, die grundsätzliche Anerkennung eines neuartigen Anspruchs gleich mit seiner Begrenzung zu verbinden. Die Vorgangsweise des *BAG* zeigt, daß judizielle Grundrechtskonkretisierung leicht dazu führt, daß bei richterlicher Rechtsfortbildung Kompromisse in einer Weise gesucht werden, die wir sonst nur beim politischen Interessenausgleich antreffen.

Der politische Akzent des Suchens nach dem Kompromiß wiegt im Verein mit dem Fehlen eines Anhaltspunktes im Anlaßfall umso schwerer, als zur Zeit des Urteils vom 14. 2. 1967 bereits jenes vieldiskutierte Verfahren beim *BAG* anhängig war, in dem es um die Differenzierungsklauseln ging, zu deren Beurteilung sich dann der Beschluß des Großen Senates vom 29. 11. 1967, AP Nr. 13 zu Art. 9

[26] Vgl. *Mayer-Maly*, DB 1970, 444 f.; RdA 1970, 289 (293 f.).

[27] Vgl. dazu etwa *Brox*, BB 1965, 1321; *Säcker*, BB 1966, 703; *Jürging-Kass*, BB 1967, 815; *Rüthers*, RdA 1968, 177; *Hoffmann*, ArbuR 1969, 73.

GG, besonders auf den Grundrechtsschutz der negativen Koalitionsfreiheit stützte. Gewollt oder nicht: Das obiter dictum in der einen Entscheidung wirkt als Ankündigung der ratio decidendi in der nächsten.

Da die zu AP Nr. 13 zu Art. 9 GG führende Problematik schon oft dargestellt wurde[28], sei sie hier nur kurz umrissen:

Die Gewerkschaft Textil-Bekleidung und auch die Gewerkschaft Holz forderten Tarifverträge, in denen ein Benachteiligungsverbot vorgesehen sein sollte. Dieses Benachteiligungsverbot sollte folgenden Inhalt haben: Wenn in der Gewerkschaft Textil-Bekleidung nicht organisierte Arbeitnehmer Leistungen erhalten, die über die tariflich festgelegten Ansprüche hinausgehen, so müsse jeder gewerkschaftsangehörige Arbeitnehmer zusätzlich zu den sich aus dem Tarifvertrag ergebenden Leistungen die gleichen Geld- oder sonstigen Zuwendungen erhalten, die den unorganisierten Arbeitnehmern gegeben werden. Basis dieser Spannenklausel war folgende tarifliche Abrede: Zur erholungswirksameren Gestaltung des Urlaubs sollte ein zusätzliches Urlaubsgeld bezahlt werden. Die Mittel hierfür sollten allein vom Arbeitgeber durch Zahlung von 2 % der Jahresbruttolohnsumme aufgebracht werden. Für die so aufgebrachten Mittel sollte ein Verteilungsmodus gelten, der die Gewerkschaftszugehörigkeit berücksichtigte: Jeder Arbeitnehmer sollte 60 DM Grundbetrag erhalten. Der Rest der vom Arbeitgeber aufgebrachten Mittel sollte in zwei Teile geteilt werden. Die eine Hälfte des Restbetrages sollte an die Arbeitnehmer fallen, die bei Urlaubsbeginn bereits mindestens 1 Jahr lang in der Branche beschäftigt waren. Die andere Hälfte des Restbetrages sollte nur an die Mitglieder der Gewerkschaft Textil-Bekleidung zusätzlich zu ihrem Anspruch auf den Grundbetrag und auch zusätzlich zum Anspruch wegen Branchenzugehörigkeit gezahlt werden. Die Regelung, die dann vom *BAG* als unzulässig bezeichnet wurde, hätte also zum Erfolg gehabt, daß den Gewerkschaftsmitgliedern ein uneinholbarer Vorsprung zugekommen wäre – ein Vorsprung, der ihren jährlichen Gewerkschaftsbeitrag im großen und ganzen abgegolten hätte.

Über die Legitimität und über die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln dieser Art sind in den Jahren von 1965 bis 1968 zahllose teils *sozialpolitische*, teils *rechtstechnische* Argumente ausgetauscht worden. Befürworter der Zulässigkeit der Differenzierungsklauseln verwiesen zum einen darauf, daß die Gewerkschaftsmitglieder mit ihren Beiträgen eine gewerkschaftliche Arbeit ermöglichten, die allen zugute komme, auch den Unorganisierten. Zum andern verweisen sie darauf, daß ohne die Verankerung von Sondervorteilen für Gewerkschaftsmitglieder der Organisationsgrad der Gewerkschaften weiter absinken könnte, so daß ihr verfassungsrechtlich anerkannter Bestandsschutz in Frage stünde. Die Gegner der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln sahen eine Einspannung von Arbeitgebern und Arbeitgebergeldern in organisationspolitische Zielsetzungen der Gewerkschaften als bedenklich an; sie stellten die Frage, ob die bezahlten Effektivlöhne mehr ein Ergebnis der gewerkschaftlichen Aktivität oder der Verhältnisse am Arbeitsmarkt seien.

[28] Vgl. die Angaben oben Anm. 4.

Neben diesen *gesellschaftspolitischen* Argumenten standen *juristisch-rechtstechnische*. Zwei von diesen haben das *BAG* bewogen, sich gegen die Zulässigkeit der umstrittenen Differenzierungsklauseln auszusprechen: Diese beiden für das *BAG* maßgeblich gewordenen Gesichtspunkte waren die *Begrenzung der Tarifmacht* und die *negative Koalitionsfreiheit*. Das *BAG* räumte zwar ein, daß ein gewisser sozialadäquater Druck noch keine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit darstelle. Dann wandte es sich jedoch der Entscheidung der Frage zu, ob in den Differenzierungsklauseln ein zulässiger, sozialadäquater, oder ob ein unzulässiger, sozialinadäquater Druck enthalten sei. Dabei betonte es, daß es nicht auf die Intensität des Drucks ankomme, sondern auf seine Sozialadäquanz. Ein sozialinadäquater Druck sei bei den streitig gewordenen Klauseln gegeben. Daß dieser Druck nicht sozialadäquat wäre, ergebe sich daraus, daß das Gerechtigkeitsempfinden gröblich verletzt würde, wenn die Gewährung von zusätzlichem Urlaubsgeld von Fragen der Organisationszugehörigkeit abhängig gemacht wird.

Das sonach verletzte Individualgrundrecht der negativen Koalitionsfreiheit sah der *Große Senat des BAG* als durch Art. 9 Abs. 3 GG garantiert an. Für diese seine Ansicht brachte er zwei Hauptargumente vor:

1. die *Freiheit der Bildung der Koalition* als deren begriffliches Merkmal;
2. die *Gefährdung des Koalitionspluralismus* bei Verneinung eines Grundrechts der negativen Koalitionsfreiheit.

V. Die Konstanten und die Variablen der Judikatur

Bevor in eine kritische Analyse des vom Großen Senat des BAG zugrunde gelegten Konzeptes der negativen Koalitionsfreiheit eingetreten werden soll, ist es angezeigt, sich einige konstante und einige variable Elemente der bisherigen Judikaturentwicklung bewußt zu machen:

1. Während früher in „echten" Anlaßfällen eine Entscheidung über die Anerkennung und Sanktionierung der negativen Koalitionsfreiheit auffällig oft dahingestellt blieb[29], erlangen in neuerer Zeit bloße obiter dicta zur Rechtslage[30] immer größere Bedeutung; die grundsätzliche Entscheidung wird nicht vermieden, sondern unnötig oft gesucht.
2. Obwohl man das Problem der negativen Koalitionsfreiheit vor allem im Hinblick auf das Spannungsverhältnis zwischen Gewerkschaften und Außenseitern diskutiert, gilt ein großer Teil der Anlaßfälle der publizierten Judikatur Fragen der Stellung von organisationsunwilligen Unternehmern[31].
3. Auf Arbeitnehmerseite prägten bisher nicht Tarifausschlußklauseln und verwandte Mittel zur Steigerung des Organisationsgrades, sondern der auf Kündigung von Außenseitern gerichtete Druck die Fragestellung der negativen Koalitionsfreiheit[32]. Insofern unterscheidet sich die Problematik von AP Nr. 10 und Nr. 13 zu Art. 9 GG qualitativ von der der älteren Rechtsprechung.
4. Lange Zeit war man bereit, gewissen (nicht sittenwidrigen) Druck zum Organisationsbeitritt hinzunehmen[33]. Dann kam es zur Ablehnung von jedwedem Druck[34]. Nun scheint es, als sollte die Sozialadäquanz[35] als Maßstab sowohl die Frage nach der Intensität des Drucks wie die nach seiner Sittenwidrigkeit verdrängen[36].

[29] Vgl. RGZ 104, 327 (329); 111, 199 (201); RAG Bensh. Samml. 6, 427 (430).

[30] BVerfGE 10, 89 (102); BAG AP Nr. 10 zu Art. 9 GG.

[31] RGZ 111, 199; RAG Bensh. Samml. 9, 55; OLG Koblenz NJW 1951, 366; BVerfGE 10, 89.

[32] Vgl. RGZ 104, 327; RAG Bensh. Samml. 6, 427; AG Hameln, DB 1950, 595; LAG Hamm AP 52, Nr. 224; AP 53, Nr. 93.

[33] RGZ 104, 327 (330); RAG Bensh. Samml. 6, 427 (430).

[34] LAG Hamm AP 53, Nr. 93.

[35] Das gewiß unscharfe Kriterium ist besonders von *Bernert*, Zur Lehre von der ‚sozialen Adäquanz' und den ‚sozialadäquaten Handlungen' (1966), attackiert worden (vgl. auch *Bernert*, AcP 169 [1969] S. 421 ff.). Die Kritik an Präzisionsmängeln enthebt aber nicht der Frage, welche in der Sache beachtlichen Rechtsgedanken hinter dem Blankett stehen mögen: vgl. *Mayer-Maly*, Gedenkrede auf H. C. Nipperdey (1971) 17 f.

[36] BAG AP Nr. 13 zu Art. 9 GG.

VI. Das Gewicht der im Differenzierungsstreit zur negativen Koalitionsfreiheit entwickelten Argumentation

Für den *Großen Senat des BAG*[37] war die negative Koalitionsfreiheit neben der Tarifmachtbegrenzung das wichtigste Argument gegen die Zulässigkeit der von den Gewerkschaften angestrebten Differenzierungsklauseln. Die Verankerung der so als relevant erachteten Erscheinungsform der Koalitionsfreiheit wurde aus zwei Gründen in Art. 9 Abs. 3 GG gesehen: wegen des Prinzips der freien Koalitionsbildung und wegen des Koalitionspluralismus.

Die gesamte Argumentationsposition des *BAG* bedarf der Überprüfung[38]. Vorweg sei gesagt, daß der Schwerpunkt der Problematik mehr bei der einfachgesetzlichen Begrenzung der Tarifmacht als bei der Verletzung eines verfassungsrechtlich abgesicherten Fernbleiberechtes liegt. Es entspricht der im deutschen kollektiven Arbeitsrecht so fatalen Tendenz, den Großteil der Problemlösungen durch Grundrechtskonkretisierung gewinnen zu wollen, daß der *Große Senat des BAG* der verfassungsrechtlichen Komponente seiner Begründung so starkes Gewicht zu geben suchte, obwohl gerade hier die nähere Ausführung der Begründung Schwächen zeigt[39].

Es gilt daher, die Falldiskussion zur Frage der Differenzierungsklauseln stärker von der Normdiskussion zur Anerkennung und Verankerung der negativen Koalitionsfreiheit abzuheben. Die Behauptung eines Grundrechtsschutzes der negativen Koalitionsfreiheit darf nicht schon dann verworfen werden, wenn man die vom *Großen Senat des BAG* vorgebrachten Argumente nicht akzeptiert. Andererseits ist die Problematik der Differenzierungsklauseln mit einer Ablehnung eines drittwirkenden Grundrechtsschutzes der negativen Koalitionsfreiheit noch nicht ausgeräumt.

Aus dieser Abhebung der Fragestellungen voneinander ergibt

[37] AP Nr. 13 zu Art. 9 GG.

[38] Vgl. aus der bisherigen Diskussion auch *Hanau*, JuS 1969, 213 ff.; *Mayer-Maly*, ZAS 1969, 81 ff.; *Dietlein*, ArbuR 1970, 200 ff.; *Weller*, ArbuR 1970, 161 ff.; *Gitter*, JurA 1970, 149 ff.

[39] Insbesondere die Behauptung einer gröblichen Verletzung des Gerechtigkeitsempfindens überzeugt nicht.

sich: Die – meines Erachtens treffende – Anerkennung eines in Art. 9 Abs. 3 GG verankerten Individualgrundrechts der negativen Koalitionsfreiheit zwingt nicht zur Billigung der vom *BAG* angeführten Überlegungen. Die meines Erachtens berechtigten Bedenken gegen eine Zulässigkeit der bekannten Differenzierungsklauseln sind ebensowenig an eine Billigung der verfassungsrechtlichen Argumente des Großen Senats gebunden. Für mich wurzeln diese Bedenken vor allem in der Überschreitung der Grenzen der Tarifmacht.

Der *Große Senat des BAG* dagegen nimmt ganz besonders an der Inkongruenz von Anspruchsvoraussetzung (Gewerkschaftszugehörigkeit) und Anspruchsinhalt (zusätzliches Urlaubsgeld) Anstoß. Diese Inkongruenz scheint in der Tat unbestreitbar zu sein, sie hat aber mit der Problematik der negativen Koalitionsfreiheit weniger zu tun, als das *BAG* annimmt. Die Sachwidrigkeit, die an dieser Inkongruenz Anstoß erregt, ist unter anderem Aspekt relevant. Trifft eine Regelung eine sachfremde Unterscheidung, so tangiert dies mehr den Gleichheitssatz als das Koalitionsrecht. Es kommt nicht von ungefähr, daß betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebote in der älteren Rechtsprechung[40] mehrmals mit dem Schutz der negativen Koalitionsfreiheit in Zusammenhang gebracht wurden.

Die Meinung, daß man die Problematik der Differenzierungsklauseln nicht richtig anpacke, wenn man die Frage einer Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit in den Mittelpunkt stellt, teile ich in einer wohl seltenen Übereinstimmung der Auffassungen mit *Wiethölter*[41]. Dissens muß ich bekunden, wenn *Wiethölter* als entscheidende Argumente bloß *Gamillschegs* Berufung auf die Sozialpartnerschaft und auf die Repräsentationsfunktion der Verbände sowie *Zöllners* Hinweis, die Legitimation gehe nicht so weit wie die Repräsentation, gelten lassen will. Zu Unrecht verschließt solche pseudosoziologische Betrachtungsweise die Augen vor dem rechtspolitischen Eigengewicht des Normativen, inbesondere vor der klar positivierten Tarifmachtbegrenzung.

[40] RGZ 104, 327 (329); RAG Bensh. Samml. 6, 427 (430).
[41] Rechtswissenschaft (1968) 297.

VII. Die Argumente für die Anerkennung einer in Art. 9 Abs. 3 GG verankerten negativen Koalitionsfreiheit

Neben den vom *Großen Senat des BAG* angerufenen Prinzipien der Freiheit der Koalitionsbildung und des Koalitionspluralismus stehen noch drei häufiger gebrauchte Argumente für die Anerkennung einer im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten negativen Koalitionsfreiheit:

1. Die negative Koalitionsfreiheit sei die notwendige Kehrseite der positiven Koalitionsfreiheit[42].
2. Mehrere Landesverfassungen lassen erkennen, daß ein starker Grundrechtsschutz des Fernbleiberechtes den Wertungen der Rechtsordnung der Bundesrepublik entspricht[43].
3. Die Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 3 GG ergäbe, daß man eine Aussage über die negative Koalitionsfreiheit nicht deshalb unterlassen habe, weil man rechtlich einwandfreien Organisationszwang ermöglichen wollte.

Das Gewicht aller dieser Argumente ist unterschiedlich. Der vom *BAG* herangezogene *Koalitionspluralismus* hat mit dem Kern der Problematik wenig zu tun. Bei der negativen Koalitionsfreiheit geht es vor allem um einen Schutz des Fernbleiberechtes als solchem, nicht um eine Absicherung der Wahlfreiheit bei Ausübung des positiven Koalitionsrechtes. Dem an sich Organisationswilligen steht die negative Koalitionsfreiheit ebenso zur Verfügung wie dem, der nur den Beitritt zu einem bestimmten Verband scheut. Ginge es bloß um die Absicherung des Koalitionspluralismus, so könnte mit adäquateren Mitteln als der allgemeinen Anerkennung einer negativen Koalitionsfreiheit das Auslangen gefunden werden.

Die normative Bedeutung des Prinzips der *Freiheit der Koalitionsbildung* ist dagegen hoch einzuschätzen. Schon wegen der aus jeder Arbeitsrechtsvergleichung erhellenden Gefahr staatlicher Ingerenz muß die Wahrung der völligen Freiheit zum Koalitionsbeitritt als ebenso wichtig wie sensibel bezeichnet werden. Daher enthält

[42] So besonders D. *Neumann*, DB 1967, 1545 ff.; vgl. auch *Monjau*, Festschr. Küchenhoff (1967) 121 (130).
[43] Vgl. die Anm. von *Molitor* in AP 53 Nr. 94.

jede quantitative Abgrenzung eines noch zulässigen Drucks etwas Fragwürdiges[44].

Die Betrachtung der negativen Koalitionsfreiheit als *Gegenstück* oder Spiegelbild[45] der positiven Koalitionsfreiheit wiegt dagegen leichter. Das zu bildliche Argument erweckt den Anschein rechtslogischer Zwangsläufigkeit[46], obwohl es sich in Wahrheit um gesellschaftliche Wertung handelt[47]. Als Ausdruck solcher Wertung sind dagegen die Grundsätze der *Landesverfassungen* sehr beachtenswert.

Der Argumentationswert der *Entstehungsgeschichte* von Art. 9 Abs. 3 GG ist ambivalent. Sowohl die Anhänger wie die Gegner einer Verankerung der negativen Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG pflegen auf den seltsamen Vorgang zu verweisen. Für den, der auch die negative Koalitionsfreiheit als durch Art. 9 Abs. 3 GG garantiert ansieht, kommt es vor allem darauf an, daß der schließliche Verzicht auf den Satz „Ein Zwang zum Beitritt darf nicht ausgeübt werden" nicht zuletzt durch die Versicherung der Gewerkschaftssprecher ausgelöst wurde, daß sie selbst auf die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft entscheidendes Gewicht legten. Derart erschiene der nicht Gesetz gewordene Satz mehr als überflüssig denn als problematisch, die negative Koalitionsfreiheit könnte dennoch auf Art. 9 Abs.3 GG gestützt werden.

Die Gegenansicht, die Arbeit am Grundgesetz zeige, daß man keinen so starken Schutz der negativen Koalitionsfreiheit gewollt habe, führt uns zu den Argumenten gegen eine Verankerung der negativen Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG.

[44] Vgl. *Mayer-Maly*, ZAS 1969, 81 (86 f.).
[45] *Dietlein*, ArbuR 1970, 193 (202) spricht von einer „Umkehrwirkung".
[46] Dagegen auch *Gitter*, JurA 1970, 151 (ARuSR 69).
[47] Diese Wertungsbezogenheit wird freilich andererseits auch von *Wiethölter*, Rechtswissenschaft (1968) 297 verkannt, wenn er dem Argument von der Kehrseite der Medaille das erst recht nur scheinlogische Argument entgegenhält, die negative Koalitionsfreiheit sei nicht die Kehrseite der positiven, sondern ein Teilbezirk, der innerhalb eines gegebenen Freiheitsbezirkes übrigbleibt, nachdem der Teilbezirk der positiven Koalitionsfreiheit bestimmt worden ist.

VIII. Die Argumente gegen die Anerkennung einer in Art. 9 Abs. 3 GG verankerten negativen Koalitionsfreiheit

Neben der Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 3 GG werden gegen eine Ableitung der negativen Koalitionsfreiheit aus diesem Grundrecht vorgebracht:

1. Der rechtspolitische und rechtsdogmatische Vorrang des Koalitionsschutzes.
2. Ein rechtslogischer Nachrang der negativen Koalitionsfreiheit.
3. Die Unerträglichkeit der Drittwirkung, die sich bei Verankerung in Art. 9 Abs. 3 GG ergeben müßte.

Daß Art. 9 Abs. 3 GG in ganz hervorragender Weise dazu bestimmt ist, die Bildung von Koalitionen zu ermöglichen und zu fördern, steht ebenso außer Zweifel wie die Unerläßlichkeit eines kräftigen Betätigungs- und Bestandsschutzes. Doch aus all dem ergibt sich noch nicht, weshalb nicht auch das individuelle Fernbleiberecht gleich stark geschützt sein sollte. Die Intensität, mit der sich das Bonner Grundgesetz der Absicherung von Freiheitssphären der Einzelnen verschreibt, läßt es vorstellbar erscheinen, daß es das Fernbleiberecht dem Recht zum Zusammenschluß gleichstellt. Hält man hinzu, daß erst durch die Garantie des Fernbleiberechts die volle Freiheit des Zusammenschlusses im Verband gewährleistet wird, so vermißt man zwingende Gründe für einen rechtspolitischen und rechtsdogmatischen *Vorrang der positiven Koalitionsfreiheit*. Insbesondere ist völlig unbewiesen, daß es zum Wesen der Demokratie gehöre, daß der Unorganisierte Nachteile hinnehmen müsse. Das mit der Idee der „Freiheit für etwas" verbundene Demokratieverständnis ist weder ursprünglicher noch unproblematischer als die primäre Orientierung an einer „Freiheit von etwas"[48].

Rechtslogischen Nachrang der negativen Koalitionsfreiheit haben *Wiethölter*[49] und *Floretta*[50] – dieser im Anschluß an *Schwarz-Mar-*

[48] Zur juristischen Artikulierung des liberalen Gedankens vgl. meinen Beitrag zur Festschr. f. *A. J. Merkl* (1970) 247 ff.
[49] Rechtswissenschaft (1968) 297.
[50] DRdA 1968, 1 (8).

tinek[51] – behauptet. *Wiethölter* folgert den Nachrang aus der These, daß die negative Koalitionsfreiheit den Teilbereich eines Freiheitsbezirkes bilde, der nach der Bestimmung eines anderen Teilbereichs durch die positive Koalitionsfreiheit übrigbleibe. Auf diese Weise setzt er jedoch ohne Beweis oder ausreichenden Konsens voraus, daß der Bezirk der negativen Koalitionsfreiheit nicht zugleich mit dem der Erscheinungsformen der positiven Koalitionsfreiheit abzustekken sei. – *Floretta* sagt zunächst ganz richtig, daß die negative Koalitionsfreiheit kein logisch zwingender Reflex der positiven sei. Er stellt zu dieser Diagnose aber nicht die meines Erachtens allein zutreffende Einsicht, daß es zur Anerkennung der negativen Koalitionsfreiheit einer besonderen gesellschaftlichen Wertung bedürfe, sondern die ihrerseits mit unhaltbaren logischen Ansprüchen verbundene These, daß es einen „rechtslogischen Rangunterschied"[52] zwischen der positiven und der negativen Koalitionsfreiheit gebe.

Viel stärker praxisbezogen sind die Argumente, die auf die klar positivierte *Drittwirkung* von Art. 9 Abs. 3 GG verweisen. Die Rechtswidrigkeit von gegen das Koalitionsrecht gerichteten Maßnahmen und die Nichtigkeit von das Koalitionsrecht einschränkenden Abreden würde, so meint man[53], eine empfindliche Behinderung der gewerkschaftlichen Aktivität auslösen, wenn dieser radikale Schutz auch für die negative Koalitionsfreiheit in Anspruch genommen werden könnte. Dabei wird aber übersehen, daß es gerade ein den Werbungsanspruch der Koalitionen förderndes Urteil[54] war, auf das sich der *Große Senat des BAG*[55] für den Grundrechtsschutz der negativen Koalitionsfreiheit beruft. Daraus ist vor allem zu folgern, daß die Drittwirkung von Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG nicht unnötig radikal verstanden werden darf. Nicht jede irgendwie die positive oder die negative Koalitionsfreiheit tangierende Maßnahme oder Abrede ist den Sanktionen der Grundrechtsdrittwirkung aus-

[51] DRdA 1963, 269 (280 ff.); vgl. auch *Bydlinski*, Festschr. Kummer (1965) 280 und *Dirschmied*, DRdA 1970, 143 ff.
[52] DRdA 1968, 1 (8).
[53] *Vgl. Biedenkopf*, JZ 1961, 346 (352); *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit (1966) 58 f.
[54] AP Nr. 10 zu Art. 9 GG.
[55] AP Nr.13 zu Art. 9 GG.

gesetzt. Die Verfassungsbegriffe des Einschränkens und Behinderns bedürfen verständiger Interpretation. Diese wird für die negative Koalitionsfreiheit ergeben müssen, daß traditionelle gewerkschaftliche Aktivitäten wie Information und Werbung völlig unbedenklich sind. Es kann ja – unter diesem Aspekt – nicht einmal die Bedenklichkeit des Bemühens um Sondervorteile für Organisierte als ausgemacht gelten. Reduziert man derart die Drittwirkung von Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG auf ein vernünftiges Maß, so stellt sich heraus, daß der Unterschied gegenüber einem auf Art. 2 GG gestützten Schutz der negativen Koalitionsfreiheit gar nicht so groß bleibt. Wie vor allem *BGHZ* 24, 71 (76) zeigt, kann auch ein „nur" auf Art. 2 GG gestützter Grundrechtsschutz im Privatrechtsverkehr – d. h. hier zwischen Verband, Außenseiter und Arbeitgeber – Wirkung entfalten. Daher ist die Kluft zwischen der Sanktionierung nach Art. 2 und nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG nicht so groß, daß sie es gebieten würde, die Verankerung der negativen Koalitionsfreiheit vom Schwerpunkt der Regelung des Koalitionsrechts zu lösen.

Zur vielberufenen *Entstehungsgeschichte* von Art. 9 Abs. 3 GG sei noch auf einen analogen Vorgang bei der Behandlung des Arbeitskampfes hingewiesen[56]. Als Abs. 4 von Art. 9 GG sollte ein Satz das Streikrecht garantieren[57]. Wollte man im Ausbleiben einer zunächst ins Auge gefaßten Normierung immer auch eine Ablehnung der entsprechenden rechtlichen Ordnung sehen, müßte man einen Grundrechtsschutz der Streikfreiheit – zumindest nach Art. 9 Abs. 3 GG – für die Zeit bis zur Anfügung von Satz 3 des Art. 9 Abs. 3 GG durch die Regelung der sogenannten Notstandsverfassung verneinen. In Wahrheit kann aus der „negativen Entstehungsgeschichte" einer Norm weder für noch gegen die Geltung eines Rechtssatzes ein entscheidendes Argument gewonnen werden, zumal dann, wenn Zweifel an der wirklichen Absicht des historischen Gesetzgebers offenbleiben.

So ergibt eine Gesamtbetrachtung der für und gegen eine Ableitung der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG spre-

[56] Vgl. *Mayer-Maly*, RdA 1966, 443.
[57] *Brox-Rüthers*, Arbeitskampfrecht (1965) 40 f.

chenden Argumente zwar kein völlig zwingendes Kalkül, aber doch ein gewisses Überwiegen einiger Argumente zugunsten eines auf Art. 9 Abs. 3 GG gestützten Grundrechtsschutzes. Allerdings haben sich nicht *alle* Argumente für einen derart konzipierten Grundrechtsschutz als zwingend erwiesen; doch gibt es andererseits *kein* Argument, das wirklich entscheidend gegen die Annahme eines solchen Grundrechtsschutzes sprechen könnte.

IX. Die negative Koalitionsfreiheit – kein juristisches Gespenst

In seinem Beitrag zur Festschrift für *Otto Kunze* hat *Adolf Arndt* die negative Koalitionsfreiheit ein „juristisches Gespenst" genannt[58]. Das Wort ist falsch und gefährlich. Gefährlich ist es, weil es die Diskussion von der Frage nach dem Wie des Schutzes auf das Ob verschiebt. Falsch ist es, weil Landesverfassungen nicht Gespenster einkleiden, sondern Wertungen artikulieren. Warum das angebliche Gespenst gerade in Bremen und in Hessen[59] so sichtbar umgeht, bleibt vollends unerfindlich.

Die negative Koalitionsfreiheit beruht auf einer hinreichend deutlichen Wertung des Gesetzgebers und der Rechtsgemeinschaft. Ihre Begründung kann jedoch nur überzeugen, wenn sie auch ihre Begrenzung deutlich macht. Hieran hat es bisher in der Lehre von der negativen Koalitionsfreiheit oft gefehlt[60] – vor allem weil meist im

[58] *Arndt*, in: Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie, Festschr. Kunze (1969) 265.

[59] Art. 48 Verf. Bremen; Art. 36 Verf. Hessen.

[60] Die zu punktuelle Auseinandersetzung mit der negativen Koalitionsfreiheit hat auch den Blick für die Konsequenzen ihrer Anerkennung getrübt. Wie die Entscheidung des LAG Frankfurt, JZ 1951, 181 ff. lehrt, ist es nicht leicht, ohne inneren Widerspruch die Anerkennung der negativen Koalitionsfreiheit mit einer prinzipiellen Ablehnung der Rechtsmäßigkeit wilder Streiks zu verbinden. Meines Erachtens kann erst eine offen gelegte Berufung auf die Unvermeidbarkeit des Streiks in der Marktwirtschaft und auf die marktpolitische Unentbehrlichkeit der verbandlichen Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen begreiflich machen, weshalb das Streikrecht insofern auf die Organisationszugehörigkeit abstellt, als der Unorganisierte sich zwar dem gewerkschaftlichen Streik anschließen kann, nicht aber einen schon als solchen rechtmäßigen Streik durch spontane Aktion zu beginnen vermag; der ohne Ermächtigung seiner Organisation streikende Organisierte steht dabei einem Unorganisierten gleich.

Hinblick auf konkrete organisationspolitische Auseinandersetzungen argumentiert wurde. Gerade so wird das Grundrecht jedoch zwangsläufig verzeichnet. Es darf nicht als legalistische Abwehr von Gewerkschaftsforderungen durch die Arbeitgeberseite, sondern muß als Schutz des Einzelnen gegenüber der Machtentfaltung von Verbänden – seien sie nun solche der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber – gesehen werden.

Vortrag von Dr. Wolfgang Däubler:

I. Das Recht, einer Gewerkschaft fernzubleiben, erfreut sich ungewöhnlicher Aufmerksamkeit in der Arbeitsrechtswissenschaft. Einen großen Teil seiner Publizität verdankt es der Diskussion um die Differenzierungsklausel, in der es die Rolle eines Kronzeugen gegen die unterschiedliche Behandlung von organisierten und nichtorganisierten Arbeitnehmern übernimmt. Der rechtspolitische Ausgangspunkt der Diskutanten ist ein denkbar unterschiedlicher: Für die einen ist die negative Koalitionsfreiheit eine Bastion des Individuums gegen kollektive Mächte; sie verweisen mehr oder weniger deutlich auf das Beispiel des amerikanischen closed shop, der die Gewerkschaften zu Machtfaktoren ersten Ranges werden läßt, die nach Willkür Arbeitsplätze verweigern oder gewähren können. Für die anderen kommt dieselbe negative Koalitionsfreiheit einer Aufforderung zum Schmarotzertum, zum Trittbrettfahren gleich; da die Arbeitgeber erfahrungsgemäß den Außenseiter eher bevorzugen als benachteiligen, genieße er automatisch alle die Vorteile, welche die Gewerkschaftsmitglieder durch finanzielle und andere Opfer erkämpft haben. Um attraktiv zu bleiben, müsse die Gewerkschaft zusätzliche Vorteile anbieten und komme so leicht in die Gefahr, zum Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit zu degenerieren.

Es kann nicht die primäre Aufgabe der folgenden Ausführungen sein, die sozialpolitische Seite dieser Problematik erschöpfend zu behandeln. Hier geht es vielmehr in erster Linie um die Frage nach dem geltenden Recht, die jedoch ihrerseits nicht ohne Blick auf seine gesellschaftliche Bedingtheit gelöst werden kann. Ihre praktische Relevanz wird am ehesten deutlich, wenn die wichtigsten Fälle kurz skizziert werden, in denen Existenz und Umfang der negativen Koalitionsfreiheit in Frage stehen.

II. Die Befugnis, einer Gewerkschaft fernzubleiben, kann außer durch Rechtsnormen auch durch rein tatsächliche Einwirkungen auf den Willen eines Arbeitnehmers beeinflußt werden.

Den weitestgehenden Schutz des Außenseiters bot insoweit der 1918 aufgehobene § 153 GewO[1], der jede Ehrverletzung mit Strafe bedrohte, durch die jemand zum Gewerkschaftsbeitritt bestimmt oder vom Verlassen einer Gewerkschaft abgehalten werden sollte. Nach der Rechtsprechung war der Entschluß zum Fernbleiben damit nicht nur gegen Beleidigungen im Sinne des Strafrechts, sondern auch gegen weniger weitgehende abwertende Äußerungen geschützt, da die Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt wurde[2] und deshalb schon die Bezeichnung „Streikbrecher" zur Bestrafung genügte[3].

Weniger Schwierigkeiten bereitete seit jeher die Tatsache, daß die Gewerkschaft bestimmte materielle Vorteile gewährt, die den Arbeitnehmer zum Beitritt veranlassen sollen. Legt man die heutigen Verhältnisse zugrunde, so bietet die Gewerkschaft neben unentgeltlichem Rechtsschutz und Streikunterstützung insbesondere die rechtliche Möglichkeit, über den Tarifvertrag auf die Gestaltung eines Teils der Arbeitsbedingungen Einfluß zu nehmen. Dies alles ist unbestrittenermaßen ebenso legal wie der Hinweis, daß tarifliche Ansprüche nur den Mitgliedern, nicht aber den Außenseitern zustehen.

Die Zweifel beginnen, wenn Vorteile nicht nur in Aussicht gestellt, sondern zwingend den Organisierten vorbehalten werden. Soweit es um die Eigenleistungen der Gewerkschaft geht, äußert niemand Bedenken, doch lehnt die vom BAG angeführte herrschende Meinung eine Beschränkung bestimmter Arbeitgeberleistungen auf Mitglieder als Vorstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit ab[4]. Erst recht gilt dies für den sogenannten closed shop[5]; der Nachteil,

[1] Aufgehoben durch Gesetz vom 22. 5. 1918 (RGBl. S. 423).
[2] RG DJZ 1909, 434.
[3] OLG Dresden GewArch 6, 175; BayObLG GewArch 7, 319.
[4] Vgl. die Nachweise unten Fn 14, 36–43.
[5] A. A. wohl *Hoffmann*, GMH 1966, 156. Während der Weimarer Zeit war die Frage sehr viel kontroverser: vgl. statt aller *H. Potthoff*, Die Einwirkung der

keinen oder nicht den gewünschten Arbeitsplatz zu erhalten, wird als unzulässiger Druck auf das Recht zur freien Entscheidung für oder gegen eine Gewerkschaft angesehen.

In allen diesen Fällen bleibt die negative Koalitionsfreiheit de iure unangetastet; ihrer Ausübung stehen faktische, nicht rechtliche Hindernisse entgegen. Die letzteren haben in der Diskussion eine sehr viel geringere Resonanz gefunden, sollen jedoch hier nicht unberücksichtigt bleiben. Zu nennen ist als umfassendster Eingriff die noch heute in Spanien bestehende Regelung der automatischen Mitgliedschaft in einer Arbeitnehmerorganisation mit Monopolanspruch[6]. Weiter fällt unter diese Kategorie jede zwangsweise Eingliederung in Organisationen, deren Tätigkeit sich auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erstreckt. Relevant sind insoweit die in Bremen und im Saarland bestehenden Arbeitskammern[7] sowie möglicherweise die durch das BetrVG organisierten Belegschaften, deren arbeits- und sozialpolitische Interessen die Betriebsräte wahrzunehmen haben.

III. Die rechtliche Zulässigkeit der faktischen wie der normativen Eingriffe hängt offensichtlich davon ab, ob und in welchem Umfang die negative Koalitionsfreiheit eine Absicherung im Grundgesetz erfahren hat. Während über den verfassungsrechtlichen Schutz als solchen im Grundsatz Einigkeit besteht, gehen die Meinungen weit auseinander, ob die Koalitionsgarantie des Art. 9^{III} GG oder die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2^{I} GG die erforderliche Rechtsgrundlage enthält. Versuchen wir einen kurzen Überblick.

1. Der Große Senat des BAG hat sich in seinem viel gerühmten und viel gescholtenen Beschluß zur Differenzierungsklausel eindeutig zu der Auffassung bekannt, Art. 9^{III} enthalte u. a. auch die negative Koalitionsfreiheit[8]. Diese sei die notwendige begriffliche Entsprechung zum ausdrücklich gesicherten Recht auf freien Zusammenschluß; ohne sie und damit ohne das Recht zum Austritt und zur Bildung neuer Organisationen sei ein freies pluralistisch strukturiertes Koalitionswesen nicht möglich. Sehr viel weniger dezidiert fielen die bisherigen Stellungnahmen des BVerfG aus. In seinem Urteil vom 29. 7. 1959[9] hatte es die rechtliche Zulässigkeit der Zwangsmitgliedschaft in einem öffentlich-rechtlichen Verband zu untersuchen. Den sich als Prüfungsmaßstab anbietenden Art. 9 GG schloß es mit den Worten aus, „diese Bestimmung garantiere lediglich die Freiheit, privatrechtliche Vereinigungen zu gründen, ihnen beizutreten oder ihnen fernzubleiben“[10], ein typisches obiter dictum also, aus dem sich keine sicheren Schlüsse hinsichtlich der normativen Verankerung der negativen Koalitionsfreiheit ziehen lassen. Etwas mehr Aufschluß vermag uns die Entscheidung zur Tariffähigkeit der Handwerksinnungen zu geben[11]. In ihr vertrat das Gericht die Auffassung, die in der Handwerksordnung angelegte (und von ihm bejahte) Koppelung der Zugehörigkeit zu einem tariffähigen Verband mit den Vorzügen einer öffentlich-rechtlichen Berufsorganisation könne für den einzelnen Handwerker einen „gewissen Druck“ bedeuten, vom Beitritt zu einer besonderen Arbeitgeberkoalition abzusehen. Dies sei unbedenklich, zumal die Möglichkeit zur Bildung konkurrierender Arbeitgeberverbände in der Rechtswirklichkeit auch sonst kaum bestehe[12]. Obwohl die ausdrückliche Nennung einer Rechtsgrundlage unterblieb, schließen verschiedene Autoren aus dem Gesamtzusammenhang auf eine Option zugunsten einer Garantie durch Art. 9^{III}[13], eine immerhin vertretbare Auslegung, die jedoch beachten muß, daß das Gericht den Schutzbereich offensichtlich enger als bei der positiven Koalitionsfreiheit bestimmte.

In der Literatur streiten zahlenmäßig ungefähr gleich starke Bataillone für Art. 9^{III} wie für Art. 2^{I} als entscheidende rechtliche Grundlage. Die Anhänger der These des BAG gehen weithin auch in der Begründung konform: freies Koalitionswesen und Fernbleibe-

Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, in: Arbeitsrecht und Politik, herausgegeben v. *Th. Ramm*, 1966, S. 14 ff.

[6] Vgl. *Bayon-Chacon* y *Perez Botija*, Manual de derecho del trabajo, septima edicion, Madrid 1967, S. 664.

[7] Dazu *Großmann*, RdA 1968, 297 ff.

[8] AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = SAE 1969, 246. Die Frage blieb dahingestellt in BAG AP Nr. 10 zu Art. 9 GG = AuR 1969, 93.

[9] BVerfGE 10, 89 ff.

[10] BVerfGE 10, 89, 102.

[11] BVerfGE 20, 312 ff.

[12] BVerfGE 20, 312, 322.

[13] *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, S. 35, Fn 59; *Zöllner/Seiter*, ZFA 1970, 108 Fn 35.

recht als „notwendige Kehrseite" der Koalitionsfreiheit sind auch für sie die entscheidenden Gesichtspunkte[14]. Die Gegenmeinung verweist demgegenüber darauf, begriffliche Entsprechung habe noch keine Gleichheit der Bewertung zur Folge[15]; Sozialstaatsprinzip und historischer Sinn des Koalitionsrechts sprächen dafür, dem positiven Engagement den Vorzug zu geben gegenüber dem passiven Abseits-Stehen, dem Ohne-mich-Standpunkt[16]. Die daraus folgende Benachteiligung des Außenseiters sei jedem demokratischen System eigen[17]. Nicht Art. 9^{III}, sondern lediglich Art. 2^{I} GG garantiere die negative Koalitionsfreiheit, die durch das zur verfassungsmäßigen Ordnung gehörende Betätigungsrecht der sozialen Gegenspieler eingeschränkt werde[18].

---

[14] S. im einzelnen *Bettermann*, FS Nipperdey, Bd. II, 1965, S. 735; *Bötticher*, Waffengleichheit und Gleichbehandlung, 1965, S. 15; *Buchner*, Tarifvertragsgesetz und Koalitionsfreiheit, Diss. München, 1964, S. 44 ff.; *Dietz*, Grundrechte, Bd. III/1, S. 457; *Hanau*, JuS 1969, 216; *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 1954, S. 381; *Hueck*, Tarifausschlußklausel, 1966, S. 33; *Karakatsanis*, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1963, S. 64; *Lerche*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, S. 25; *v. Mangoldt-Klein*, Kommentar zum GG, 2. Aufl. 1957, Art. 9 Anm. V 11; *Maunz-Dürig-Herzog*, Art. 9 Rn 92; *Mayer-Maly*, ZAS 1969, 85; *Monjau* in FS G. Küchenhoff, 1967, S. 130; *v. Münch* in Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung, Art. 9 Rn 140; *D. Neumann*, DB 1967, 1545; *Nikisch*, Arbeitsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 1959, S. 28 ff.; *W. Weber*, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, 1965, S. 11; *Wiedemann*, RdA 1969, 330; *Zöllner*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, 1967, S. 25 ff.; *Zöllner/Seiter*, ZFA 1970, 108. Mit erheblichen Einschränkungen auch *Gitter*, JurA 1970, 151.

[15] *Fechner* Rechtsgutachten zur Vorsorgekasse des deutschen Holzgewerbes, 1965, S. 32; *Galperin*, AuR 1965, 6; *Kunze* 46. DJT S. D 89. Vgl. auch *Mayer-Maly*, ZAS 1969, 85/86.

[16] So insbes. *Fechner*, aaO S. 34.

[17] *Herschel*, 46. DJT, S. D 9 ff.; Radke 46. DJT S. D 128.

[18] So im Ergebnis *A. Arndt*, Festgabe Kunze, 1969, S. 265; *Biedenkopf*, JZ 1961, 352; *ders.*, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, S. 44/45, 93 ff.; *Fechner*, aaO S. 33; *Floretta*, DRdA 1968, 7 f.; *Galperin*, AuR 1965, 6 und DB 1970, 302; *Gamillscheg*, Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, S. 53 ff., 59; *Gester*, AuR 1963, 109; *Hamann-Lenz*, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 1970, Art. 9 Anm. A 4; *Herschel*, 46. DJT, S. D 9 ff.; *Hueck-Nipperdey*, Arbeitsrecht, Band II/1, 7. Aufl. 1967, S. 156; Bd. II/2, 7. Aufl. 1970, S. 1639; *Kunze*, 46. DJT, S. D 89; *Lauschke*, AuR 1965, 110; *Martinek-Schwarz*, DRdA 1963, 281; *Reuter*, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, 1968, S. 170 ff.; *Schmidt*, AcP 162, 314; *Schnorr*, JR 1966, 333; *Schnorr v. Carolsfeld*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, S. 94; *Söllner*, Arbeitsrecht, 1969, S. 55; differenzierend *Säcker*, aaO S. 35.

2. Die Entscheidung zugunsten der einen oder der anderen Auffassung muß sich nicht notwendigerweise im konkreten Ergebnis auswirken. So gibt es etwa Autoren, die die negative Koalitionsfreiheit nur im Rahmen des Art. 2^{I} GG schützen und dennoch eine Differenzierungsklausel für verfassungswidrig halten[19], während andere zwar Art. 9^{III} GG zugrunde legen, gegen die Rechtmäßigkeit einer unterschiedlichen Behandlung von Organisierten und Außenseitern aber keine Bedenken erheben[20]. Im Regelfall wird der Unterschied dennoch beträchtlich sein, zumal Art. 2^{I} nach herrschender Auslegung unter Gesetzesvorbehalt steht[21], während die Koalitionsfreiheit allenfalls bestimmten immanenten Grenzen unterliegt[22].

3. Der Versuch einer eigenen Stellungnahme stößt zunächst auf die erstaunliche Tatsache, daß andere negative Freiheiten in der wissenschaftlichen Diskussion nicht entfernt dieselbe Aufmerksamkeit gefunden haben. Die Freiheit, einem gewöhnlichen Verein fernzubleiben oder auf eine Versammlung zu verzichten, das Recht, keine Meinung zu äußern oder sein Bekenntnis zu verschweigen, haben der Literatur offensichtlich weit weniger Kopfzerbrechen bereitet[23], ganz abgesehen von der nicht einmal erörterten negativen Eigentumsfreiheit, dem Recht zur Dereliktion. Daraus auf einen eklatanten Fall von antigewerkschaftlichem Denken zu schließen, wäre allzu vorschnell, zumal die negative Koalitionsfreiheit ja in besonderem Maße gefährdet sein könnte. Zunächst soll daher sine ira et studio in die weitere Erörterung der Rechtslage eingetreten werden.

IV. Die verfassungsrechtliche Absicherung der negativen Koalitionsfreiheit hängt offensichtlich davon ab, daß das Grundgesetz überhaupt den Nichtgebrauch von Grundrechten schützt. In einigen Fällen hat es dazu ausdrücklich Stellung bezogen – so in Art. 12^{II}

---

[19] S. etwa *Hueck-Nipperdey* II/2 S. 1639.

[20] Vgl. *Dietlein*, AuR 1970, 202; *Hanau*, JuS 1969, 216.

[21] So die ständ. Rspr. des BVerfG seit dem Elfes-Urteil (BVerfGE 6, 32); zur Literatur s. die Nachweise bei *Maunz-Dürig-Herzog* Art. 2 Abs. 1 Rn 17 ff.

[22] Vgl. *v. Münch* in BK Art. 9 Rn 170 ff. mwN.

[23] Zur negativen Meinungsfreiheit vgl. etwa *Maunz-Dürig-Herzog*, Art. 5 Rn 13, 40; *Ridder*, JZ 1961, 538; *Schnur*, VVdStRL 22, 111; zur negativen Bekenntnisfreiheit hessStGH NJW 1966, 34 und BVerfGE 12, 1, 4; *Hamann-Lenz*, Art. 4 Anm. B 3.

und ^{III}, wo durch das Verbot der Zwangsarbeit mittelbar auch das Recht geschützt ist, keinen Arbeitsplatz zu wählen, oder in Art. 140, der auf Art. 136^{III} WRV verweist, wonach niemand zur Offenbarung seiner religiösen Überzeugung verpflichtet ist. In einem einzigen Fall hat es die negative Freiheit ausgeschlossen: Art. 6^{II} verpflichtet die Eltern, von ihrem Grundrecht auf Erziehung Gebrauch zu machen, er negiert aus begreiflichen Gründen jede wie auch immer motivierte Untätigkeit.

Aus diesen wenigen Andeutungen lassen sich keine allgemeinen Schlüsse ziehen; allenfalls ist die Feststellung erlaubt, das Grundgesetz neige zu einer differenzierenden Lösung. Um zu weitergehenden Einsichten zu gelangen, muß daher über das im Wortlaut zum Ausdruck Gebrachte hinausgegriffen werden[24].

Ein klassisch-liberales Grundrechtsverständnis vermag der Freiheit des Fernbleibens keinen besonderen Stellenwert beizumessen. Bezieht man die Grundrechte auf einen Staat, der sich darauf beschränkt, die Spielregeln der Gesellschaft zu überwachen, so besteht für einen Schutz negativer Freiheiten keine Veranlassung. Der Nachtwächterstaat läßt jeden nach seiner Façon selig werden, er achtet den Eigenbrötler ebenso wie den Geselligkeitsfanatiker, den Eigentümer ebenso wie den Habenichts. Er verzichtet darauf, den Einzelnen für seine Zwecke in Dienst zu nehmen, sondern gewährt ihm eine Sphäre persönlicher Freiheit, mit der er nach Gutdünken verfahren kann. Es ist daher mit Sicherheit kein Zufall, daß weder in der Erklärung der Menschenrechte von 1793 noch in der Paulskirchenverfassung von negativen Freiheiten die Rede war – das ohnehin Selbstverständliche bedurfte keiner ausdrücklichen Normierung.

Es wäre überflüssig, hier noch einmal all die Gründe darzulegen, die dazu zwingen, den Grundrechtskatalog unserer Verfassung nicht im Sinne des klassischen Liberalismus zu interpretieren. Neben dem gewandelten Verhältnis von Staat und Gesellschaft ist dafür die Er-

[24] Vgl. auch *Krüger*, 46. DJT, S. 92, der aufgrund der normativ verstandenen „Verfassungswirklichkeit" zu einem grundsätzlichen Schutz, jedoch nicht zu einer Gleichwertung des „Nichtgebrauchs" kommt. Gegen seine Gesamtkonzeption zutreffend *Ritter*, Staat 7 (1968), 352 ff.

wägung maßgebend, daß sich das Grundgesetz in bewußtem Kontrast zu der 1945 zu Ende gegangenen Epoche sieht. Ohne sich zu schrankenlosem Individualismus zu bekennen, will es den Einzelnen aus all den Bindungen befreien, denen er im totalitären Staat unterlag; die Entscheidung für Menschenwürde und freie Entfaltung der Persönlichkeit erhält ihre rationale Bedeutung gerade durch diese Entgegensetzung[25]. Mit der Annahme einer antitotalitären Grundentscheidung unserer Verfassung geraten auch die negativen Freiheiten in ihren Bannkreis, da die Antastung des menschlichen Eigenwerts im Faschismus nicht zuletzt darin lag, daß der Einzelne zu einem Tun veranlaßt wurde, das seiner Überzeugung widersprach. Der faktische Zwang, eine bestimmte Meinung zu bekunden, um allen etwaigen Verdächtigungen aus dem Weg zu gehen, die Pflicht, sich an einer Wahl zu beteiligen, die man als solche ablehnte, die Notwendigkeit, sich bestimmten Organisationen anzuschließen – das alles war Teil der totalitären Praxis, von der sich das Grundgesetz bewußt distanziert hat.

Das notwendigerweise daraus folgende Votum für die negativen Freiheiten läßt sich rechtstechnisch mit einer Generalklausel bewältigen, die man in Art. 1 oder in Art. 2^{I} GG erblicken könnte. Näher liegt jedoch die Annahme, daß analog der Gewährleistung positiver Freiheitsrechte neben die Generalklausel eine Reihe von Einzelverbürgungen tritt, die besonders gefährdete Bereiche absichern. Es wäre nicht recht einsichtig, wollte man für das Recht zum aktiven Tun ein differenziertes Schutzsystem annehmen, während die gleichfalls unterschiedlicher Gefährdung ausgesetzten negativen Freiheitsrechte einer schematischen Gleichbehandlung unterzogen würden. Der sich aufdrängende Schluß, die negativen Rechte wie ihre positiven Entsprechungen zu behandeln, wird durch den Wortlaut zahlreicher Normen unterstützt. So ist eine erzwungene Meinungsäußerung ebensowenig „frei" wie eine erzwungene Wahl; auch das Recht

[25] Zum Kontrastcharakter des Grundgesetzes s. BVerfGE 2, 1, 12; 5, 85, 122; 6, 309, 361; 8, 71, 78; *Abendroth*, Grundgesetz, 1966, S. 13; *Čopić*, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, 1967, S. 1 ff.; *Dürig*, JR 1952, 259; *Maihofer*, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, S. 10 und passim; *G. Müller*, RdA 1964, 125; *v. Mangoldt-Klein* Art. 1 Anm. III 3 b.

zur „freien" Bildung von Vereinigungen ist zumindest entwertet, wenn der einzelne Bürger zwangsweise in bestimmte Organisationen eingegliedert wird. Die einzelnen Grundrechtsvorschriften schützen daher auch das Recht, von den in ihnen positivierten Befugnissen keinen Gebrauch zu machen. Ausnahmen sind – wie Art. 6^{II} zeigt – keineswegs ausgeschlossen, doch bedarf ihre Annahme besonderer Begründung.

V. Wenden wir uns nun dem hier interessierenden Art. 9 GG zu. Die in seinem Abs. 1 geschützte allgemeine Vereinigungsfreiheit umfaßt nach weit überwiegender Auffassung auch das Recht, sich von Zusammenschlüssen fernzuhalten[26] – eine weitere Bestätigung der eben entwickelten These. Unter zwei Voraussetzungen bedeutet dies auch eine Garantie der negativen Koalitionsfreiheit: Einmal muß die Gewerkschaft eine Vereinigung i. S. des Art. 9^{I} sein und zum andern darf Art. 9^{III} keine abweichende Sonderregelung treffen, insbesondere keinen weitergehenden Schutz des Fernbleiberechts gewähren.

Was die erste Voraussetzung betrifft, so ist entgegen verbreiteter Auffassung[27] nicht einzusehen, weshalb Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände nicht auch Vereinigungen i. S. des Art. 9^{I} darstellen sollen. Dies zeigt schon ein Blick in fremde Rechtsordnungen ohne ausdrückliche Koalitionsgarantie, die wie selbstverständlich davon ausgehen, daß die Vereinigungsfreiheit das Recht zur Bildung von Berufsverbänden erfaßt[28]. Auch der unmittelbar anwendbare Art. 11^{I} MRK trifft insoweit keine Unterscheidung. Die Rechtsform der sozialen Gegenspieler spricht außerdem entscheidend gegen die Annahme einer völligen Andersartigkeit der Koalitionsfreiheit; Wortlaut und Systematik des Art. 9 bestätigen es: Sie ist ein durch zusätzliche Garantien qualifizierter Sonderfall der allgemeinen Vereinigungsfreiheit. Ihre Bevorzugung liegt in der durch Art. $9^{III\,2}$ angeordneten absoluten Drittwirkung, in der inneren Autonomie der gebildeten Verbände sowie in ihrem universellen Betätigungsrecht auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, dessen wichtigste Erscheinungsformen die Befugnis zum Abschluß von Tarifverträgen und das Recht zum Führen eines Arbeitskampfes sind[29].

Entscheidend ist daher das Vorliegen der zweiten Voraussetzung, das Fehlen einer Sonderregelung für die negative Koalitionsfreiheit. Hier gilt es, verschiedene Gesichtspunkte herauszuarbeiten.

Seiner historischen Bedeutung nach ist das Koalitionsrecht anders als die Vereinigungsfreiheit mehr als eine relativ unproblematische Ergänzung des bürgerlichen Grundrechtskatalogs; in harten Kämpfen mußte es einer Staatsgewalt abgetrotzt werden, die sich dem gesellschaftsverändernden Anspruch der Arbeitnehmerkoalitionen widersetzte. Den Kräften, die schließlich eine ausdrückliche Koalitionsgarantie erzwangen, ging es ausschließlich um das Recht auf ungehinderten Zusammenschluß, nicht um das Fernbleiberecht, das selbstverständlich war und sich zudem auf Grund des erwähnten § 153 GewO des besonderen Schutzes der Obrigkeit erfreut hatte. An diese Entwicklung knüpfte das Grundgesetz wieder an, was um so näher lag, als mit der Sicherung des Privateigentums in Art. 14 das Grundprinzip der alten Wirtschaftsverfassung beibehalten wurde. Die Privilegierung der Koalitionen in Art. 9^{III} war die notwendige Entsprechung hierzu, das dringend benötigte Gegengewicht, ohne das die Verfassung ihren Kompromißcharakter verloren hätte. Eine besondere Hervorhebung des Rechts zum Fernbleiben hätte diese Entscheidung nicht nur verfälscht, sondern war auch objektiv überflüssig, da Art. 9^{I} bereits ausreichenden Schutz gegen totalitäre Verplanung gewährte[30].

Neben dieser „sozialgeschichtlichen Funktion"[31] der Koalitions-

[26] BVerfGE 10, 89, 102; *Hamann-Lenz*, Art. 9 Anm. A 4a; *v. Münch* in BK Art. 9 Rn 51; *v. Mangoldt-Klein*, Art. 9 Anm. III 8.

[27] *Galperin*, AuR 1965, 1; *Hamann-Lenz*, Art. 9 Anm. A 3; *Hueck-Nipperdey* II/1 S. 77 m. w. N.; a. A. *v. Münch* in BK Art. 9 Rn 120 (mit Einschränkungen); *Nikisch* II S. 27 m. w. N.

[28] Vgl. die Nachweise bei *Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, 1970, S. 31 (Schweiz), 33 (Niederlande), 41 (Belgien). Anders die h. M. in Österreich (vgl. *Däubler* S. 44).

[29] S. statt aller *Hueck-Nipperdey* II/1, S. 125 ff., 134 ff.

[30] Zutreffend *Galperin*, AuR 1965, 6; *Gamillscheg*, Differenzierung, S. 58 f.; *Herschel*, 46. DJT, S. D 11 ff.

[31] *Hamann-Lenz* Art. 9 Anm. A 4a, die auch sonst mit der hier vertretenen Meinung weitgehend übereinstimmen.

freiheit spricht eine teleologische Betrachtung des Art. 9^{III} gegen eine Einbeziehung des Fernbleiberechts. Er verdankt seine Entstehung im wesentlichen der Erkenntnis, daß der Zusammenschluß zu Gewerkschaften aus einsichtigen Gründen von der Arbeitgeberseite nicht gerade begrüßt wird. Der sich daraus ergebenden besonderen Gefahrenlage trägt Art. 9^{III} u. a. dadurch Rechnung, daß er jede gegen die Koalitionsfreiheit gerichtete Maßnahme verbietet, auch wenn sie nicht vom Staat, sondern von einem Dritten ausgeht. Für die negative Koalitionsfreiheit gilt dies nicht: Wer der Gewerkschaft fernbleiben will, sieht sich anders als der zum Beitritt Entschlossene keinem Druck des Arbeitgebers ausgesetzt; im Gegenteil wird er in diesem einen natürlichen Verbündeten finden, der seinen Entschluß eher fördert als behindert. Die Gewerkschaft ihrerseits hat nicht die Druckmittel eines Arbeitgebers in der Hand, sondern steht im Prinzip nicht besser als jeder beliebige private Verein. Sie kann dem Außenseiter lediglich die von der eigenen Organisation erbrachten Leistungen vorenthalten und beim Arbeitgeber auf eine tarifliche Schlechterstellung dringen, wird dabei allerdings entschlossenen Widerstand vorfinden, den sie unter den gegebenen Bedingungen nicht zu brechen vermag. Wie gering die Sanktionsmöglichkeiten der Gewerkschaft sind, zeigt nicht nur der geringe, knapp über 30 % liegende Organisationsgrad, sondern auch ein Blick in die Tarifpraxis, die keine über den ersparten Mitgliedsbeitrag hinausgehende Schlechterstellung kennt[32]. Bei der negativen Koalitionsfreiheit ist die Interessenlage daher eine andere als bei der positiven: Während die letztere durch das gegenläufige Arbeitgeberinteresse permanent bedroht ist, erfreut sich die erstere der Unterstützung des Arbeitgebers und kann von den Gewerkschaften mit keinen nennenswerten Sanktionen belegt werden. Eine Privilegierung durch Art. 9^{III} wäre daher ohne innere Berechtigung.

Das dritte Argument gegen einen Sonderschutz der negativen Koalitionsfreiheit zielt auf Art. $9^{III\,2}$. Wenn schon über Art. 9^{I} hinausgegangen wird – und das allein interessiert an der Alternative zwischen 9^{I} und 9^{III} –, so müssen auch die besonderen Privilegierungen, insbesondere die umfassende Drittwirkungsgarantie des Satz 2, Anwendung finden. Macht man damit Ernst, so tritt ein Widerspruch zur positiven Koalitionsfreiheit ein, der diese entwerten, wenn nicht gegenstandslos machen würde. Dies sei an einigen praktischen Konsequenzen aufgezeigt.

Art. $9^{III\,2}$ verbietet dem Arbeitgeber, Organisierte schlechter als andere Arbeitnehmer zu behandeln, ihnen etwa einen Lohnabschlag von 10 % wegen ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit zu machen. Überträgt man dies auf das Recht zur gewerkschaftlichen Abstinenz, so ist es ihm selbst im Einzelfall untersagt, den Außenseitern untertarifliche Bedingungen, etwa 10 % weniger Lohn, zu gewähren. Der Tarifvertrag erhielte damit allgemeine Verbindlichkeit – eine Folge, die dem herkömmlichen Verständnis des Tarifrechts widerspricht[33]. Gravierender sind die Auswirkungen auf die innergewerkschaftlichen Beziehungen[34]. Jede Satzungsbestimmung, die den Austritt an besondere Voraussetzungen wie etwa die Wahrung einer Frist knüpft, wäre wegen Verstoßes gegen die mit absoluter Drittwirkung ausgestattete negative Koalitionsfreiheit verfassungswidrig. Ja man könnte sogar daran denken, die Klage auf Zahlung rückständiger Beiträge als unzulässige, da einen Nachteil verursachende, Beeinträchtigung zu qualifizieren. Damit würde eine mindestens teilweise Rückkehr zu dem überwunden geglaubten § 152^{II} GewO vollzogen, der die innerorganisatorischen Rechtsbeziehungen juristisch diskriminierte, indem er den Ansprüchen der Gewerkschaft die Klagbarkeit versagte. Auf diese Weise würde die Koalition schlechter gestellt als jeder andere privatrechtliche Verein; sie wäre als selbständiger Verfassungswert verneint[35], ja in beschränktem Umfang als Unwert behandelt. Daß dies nicht Sinn des Art. 9^{III} sein kann, wird wohl niemand bestreiten – ganz abgesehen davon, daß auch das Mitglied

[32] Vgl. das rechtstatsächliche Material zu den Gemeinsamen Einrichtungen bei *Bötticher*, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 1966, S. 165 ff. und Fechner aaO, S. 12 ff.

[33] Gegen eine derartige Pflicht zur Gleichbehandlung etwa auch BAG AP Nr. 7 zu § 4 TVG.

[34] Ein erster Hinweis auf diese Problematik findet sich schon bei *F. Neumann*, Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, 1932, S. 72.

[35] Zo zutreffend *Ritter*, JZ 1969, 113.

schlechter als ein im einschlägigen Verein organisierter Kaninchenzüchter stünde, da sich die Gewerkschaft ihrerseits über Art. 19^{III} jederzeit auf ihre neg. Koalitionsfreiheit berufen und ihn fristlos ausschließen könnte.

Historischer Sinn, teleologische Auslegung und die aus Art. $9^{III\,2}$ folgenden untragbaren Konsequenzen zwingen dazu, allein Art. 9^{I} als Rechtsgrundlage der negativen Koalitionsfreiheit zu betrachten. Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2^{I} tritt als lex generalis zurück.

VI. Die nunmehr zu behandelnde Frage, wie weit der Schutz des Fernbleiberechts reicht, ist der zweite Hauptstreitpunkt in der Auseinandersetzung um die Differenzierungsklausel.

1. Am weitesten geht Mayer-Maly, der jeden, auch den leichtesten Druck auf die Entschließungsfreiheit des Außenseiters als verfassungswidrig ansieht[36]. Am nächsten dürfte ihm das BAG kommen, das zulässige und unzulässige Einflußnahmen mit dem Begriff der Sozialadäquanz abzugrenzen versucht[37] und dabei so strenge Maßstäbe anlegt, daß bereits eine erheblich unter dem Mitgliedsbeitrag der Organisierten liegende „Schlechterstellung" als unzulässig angesehen wird. Gamillscheg unterscheidet nach der Intensität der Einflußnahme und hält einen „leisen, milden" im Gegensatz zu einem „unentrinnbaren" Druck für zulässig[38], während Biedenkopf eine quantitative Betrachtung befürwortet und Unzulässigkeit frühestens dann bejaht, wenn die Schlechterstellung des Außenseiters die Höhe des Mitgliedsbeitrags übersteigt[39]. Verschiedene andere Autoren, unter ihnen Fechner[40], Herschel[41] und Krüger[42], gehen noch weiter und nehmen eine Rechtsverletzung erst an, wenn dem Außenseiter keine andere Wahl bleibt, wenn ihm jede Bewegungsmöglichkeit genommen oder wenn er in seiner Dispositionsmöglichkeit praktisch blockiert ist[43].

[36] ZAS 1969, 87. Ähnlich *Hueck*, Tarifausschlußklausel, S. 38, der jeden mittelbaren Druck ausreichen läßt.

[37] AP Nr. 13 zu Art. 9 GG. Kritisch in diesem Punkt *Gitter*, JurA 1970, 152. S. auch *Mayer-Maly*, ZAS 1969, 86 und *Zöllner/Seiter*, ZFA 1970, 111.

[38] S. 61 ff.

[39] 46. DJT, S. 127.

[40] AaO S. 34/35, 71.

[41] 46. DJT, S. D 28.

[42] 46. DJT, S. 95.

2. Die Entscheidung zugunsten der einen oder anderen Auffassung dürfte leichter fallen, wenn man auf anerkannte Lösungen vergleichbarer Konflikte zwischen einer Organisation und einem Außenstehenden zurückgreifen kann. Radke hat in einem Diskussionsbeitrag auf dem 46. DJT mit Recht darauf hingewiesen, Automobilklubs würden unbeanstandet Carnets oder Triptyks zum halben Preis an ihre Mitglieder abgeben und verbilligte Tarife mit Versicherungsgesellschaften vereinbaren[44]. Gerade im letzten Fall wird die Parallele besonders deutlich: Für den kraft Gesetzes zum Abschluß eines Versicherungsvertrags verpflichteten Kfz-Halter liegt in der finanziellen Besserstellung eine als Druck oder Anreiz zu qualifizierende Motivationsbeeinflussung, die sich in nichts von der Aussicht auf ein zusätzliches Urlaubsgeld oder ein verbilligtes Kantinenessen unterscheidet. Was im einen Fall recht ist, sollte im anderen billig sein.

Nun könnte freilich die schlechtere Behandlung des Vereinsaußenseiters auf Zufall beruhen oder bloße Folge der Tatsache sein, daß die Aufmerksamkeit der Wissenschaft noch nicht auf diese Problematik gelenkt wurde – im Kartellrecht jedoch weht ein um so vieles schärferer Wind[45], daß diese Begründung mit Sicherheit nicht mehr ausreicht, daß man im Gegenteil eher geneigt sein könnte, offen von einem Wertungswiderspruch, ja von Schizophrenie zu reden. Nehmen wir den alltäglichen Fall eines Einzelhändlers, dessen Waren zu einem beträchtlichen Teil aus Markenartikeln bestehen. Sind sie preisgebunden, so hat er faktisch keine andere Möglichkeit als sich den Preisbindungssystemen der Herstellerfirmen zu unterwerfen, will er nicht schwerste Nachteile im Wettbewerb, vielleicht geschäftlichen Ruin in Kauf nehmen. Er steht damit vor derselben Alternative wie ein Arbeitnehmer, der sich einem closed shop gegenüber-

[43] Ähnlich *Dietlein*, AuR 1970, 204; *Galperin*, AuR 1965, 7; *ders.* DB 1970, 302. Vgl. auch *Isele*, JZ 1966, 587 („ernsthafte und eindeutige Hinderung").

[44] S. D 132.

[45] Auf die Parallele haben schon *Sinzheimer*, JW 1921, 304 und *Biedenkopf*, JZ 1961, 353, ebenso jüngst *Herschel*, AuR 1970, 198 hingewiesen.

sieht: er unterwirft sich oder er wird mehr oder weniger schnell arbeitslos. Dabei macht es sachlich nicht den geringsten Unterschied, daß ein Preisbindungssystem auf schuldrechtlichen Verträgen aufbaut, während der Beitritt zur Gewerkschaft einen gesellschaftsrechtlichen Tatbestand erfüllt. In beiden Fällen ist die Wirkung dieselbe, der Druck so groß, daß ein vernünftiger Zeitgenosse seine abweichende Überzeugung hintanstellen und die fremdgesetzten Normen akzeptieren wird.

Nun lassen sich – wie bekannt – auch preisgebundene Waren bisweilen auf anderen Wegen beschaffen. Bei lückenloser Preisbindung ist hierfür zwar ein Vertragsbruch Voraussetzung, doch braucht der Einzelhändler an ihm nicht mitgewirkt zu haben, ja ihn nicht einmal zu kennen. Dennoch sieht die Rechtsprechung des BGH den Tatbestand des § 1 UWG als erfüllt an, wenn die gebundenen Preise unterboten werden und der Hersteller die theoretische und praktische Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems nachweist[46]. Der Druck auf den Außenseiter wird damit über § 16 GWB hinaus perfektioniert; auch die letzte Chance wird ihm genommen, der Alternative zwischen Unterwerfung und Verzicht zu entgehen. Überträgt man diese Wertung ins Arbeitsrecht, so entspräche dem das sogenannte Label-System, ein in Deutschland unbekannter qualifizierter closed shop, bei dem die Gewerkschaft ein Warenzeichen oder ein vergleichbares Schutzrecht erwirbt, dessen Gebrauch sie dem Unternehmer nur unter der Voraussetzung gestattet, daß er ausschließlich bei ihr organisierte Arbeitnehmer beschäftigt[47]. Die Parallele ist frappierend: Handelt es sich um ein überragend wichtiges Produkt oder vereinigt die Gewerkschaft viele Schutzrechte in ihrer Hand, so ist der nicht beitrittswillige Arbeitnehmer ebenso wie der preisbindungsfeindliche Gewerbetreibende praktisch zu einem Berufswechsel gezwungen. Im deutschen Arbeitsrecht wird eine solche

[46] BGH WuW/E BGH 385, 479, 551 (= NJW 1964, 152), 567, 623. Weitere Nachweise zur Rechtsprechung bei *Langen*, Kommentar zum Kartellgesetz, 1966, § 16 Rn 160 ff.

[47] In Deutschland haben derartige Erscheinungen nie eine Rolle gespielt; in Frankreich besteht dagegen ein ausdrückliches Verbot (Art. 20 a Buch III des Code du travail).

Abmachung nicht einmal diskutiert; im Kartellrecht wird sie zwar angegriffen[48], aber immer noch von einer soliden herrschenden Meinung gebilligt[49], eine befremdliche Tatsache, wenn man die materielle Tragweite der Eingriffe vergleicht und außerdem das GG konsultiert, das in Art. 12 die freie Wahl des Berufs der freien Wahl des Arbeitsplatzes ausdrücklich gleichstellt. Die scheinbare Widersprüchlichkeit dieser Wertungen beruht nicht auf Zufall[50]. Bedenkt man, daß in anderer Hinsicht einem „normalen" Arbeitnehmer sehr viel mehr an Freiheitsbeschränkungen zugemutet wird als einem Selbständigen, daß etwa die im Arbeitsrecht als Selbstverständlichkeit hingenommene Weisungsunterworfenheit bei einem Selbständigen den Tatbestand der sittenwidrigen Knebelung erfüllen kann[51], so wird das Strukturprinzip dieser Rechtsprechung deutlich: Sie dient in ihren objektiven Auswirkungen den Interessen der Großindustrie, für die der Kartellaußenseiter eine lästige Störung, der Arbeitnehmeraußenseiter jedoch ein natürlicher Verbündeter ist, der die Schlagkraft der Gewerkschaften, des wichtigsten Gegenspielers, verringert. Es handelt sich mit den Worten der alten und neuen Linken um Klassenjustiz, um Rechtsprechung im Dienste des Kapitals, auch wenn die handelnden Personen sich subjektiv ihrer Rolle in keiner Weise bewußt sein mögen.

3. Im Gegensatz zu manchem Kritiker dürfen wir nicht bei dieser Feststellung haltmachen. Es würde die Diskussion auch nicht sehr viel weiterbringen, wollte man trotz der einengenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[52] einen Verstoß gegen den

[48] Vgl. etwa *Müller-Scholz*, Das Preisbindungsprivileg für Markenartikel und Verlagserzeugnisse nach § 16 GWB, 1969, S. 170 ff.; *Plaßmann*, JZ 1962, 463.

[49] Vgl. auch *Baumbach-Hefermehl* § 1 UWG Rn 418 sowie die Nachweise bei *Müller-Scholz* aaO.

[50] Zu den Wertungsunterschieden zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht s. eingehend *Steindorff*, RdA 1965, 253 ff.

[51] Das Problem kann hier nicht weiter vertieft werden. Vgl. etwa *Staudinger-Coing* § 138 Rn 18 dd, wonach Knebelung vorliegt, wenn die andere Vertragspartei praktisch zum Herrn des Betriebs wird und der Verpflichtete ihr wirtschaftlich ausgeliefert ist, oder die in BGHZ 44, 158, 161 getroffene Feststellung, die Ausübung aller Gesellschafterrechte durch einen Treuhänder sei „für einen freien Mann unerträglich".

[52] Vgl. die Nachweise bei *Leibholz-Rinck*, GG, 3. Aufl. 1968, Art. 3 Rn 2 ff.

Gleichheitssatz bejahen, zumal auch dann nicht deutlich würde, ob denn nun die arbeitsrechtliche Lösung ins Kartellrecht oder umgekehrt die kartellrechtliche Lösung ins Arbeitsrecht zu übertragen ist. Sinnvoll ist unter diesen Umständen allein der Rückgriff auf die auch sonst bei der Grundrechtsinterpretation beachteten Prinzipien; sie allein vermögen uns verbindliche Auskunft darüber zu geben, welches Maß an Schutz die in Art. 9^{I} gewährleistete negative Koalitionsfreiheit (und das möglicherweise ebenso zu behandelnde Fernbleiberecht gegenüber einem Preisbindungssystem) von Verfassungs wegen genießt. Konkret bedeutet dies die Frage: welches Maß an Nachteilen darf aufgrund von Gesetzen, von Tarif- oder von Individualverträgen einem Arbeitnehmer entstehen, wenn er sich gegen einen Gewerkschaftsbeitritt entschließt? Oder anders ausgedrückt: Inwieweit verbietet es das Grundgesetz, daß die Ausübung des Grundrechts auf negative Koalitionsfreiheit mit Opfern verbunden ist?

Das Problem der mit einer Grundrechtsausübung verknüpften materiellen Nachteile ist nicht auf den Bereich des Art. 9 beschränkt, sondern taucht bei nahezu allen anderen Grundrechten auf[53]. Es hat bisher noch keine zusammenhängende juristische Darstellung erfahren[54], weshalb wir uns hier mit einer groben Skizze begnügen müssen.

Ausgangspunkt ist die allgemein akzeptierte These, daß die Grundrechtsverbürgungen keine Garantie unentgeltlicher Ausübung enthalten. So muß nicht nur der organisationswillige Arbeitnehmer den Gewerkschaftsbeitrag aufwenden, um in den Genuß seiner positiven Koalitionsfreiheit zu kommen; auch wer einen Beruf erlernen,

Kritisch dazu neuerdings *Scholler*, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969.

[53] Zutreffend *Gamillscheg* 46. DJT, S. D 108; *Herschel*, AuR 1970, 198.

[54] *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz, 1970, behandelt nur einen kleinen Ausschnitt der Problematik (vgl. die Eingrenzung auf S. 23), während *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970, sehr viel weiter ausgreift, jedoch immer das Vorliegen eines staatlichen Eingriffs voraussetzt (S. 12 ff.) und es S. 58 Fn 28 daher auch dahinstehen läßt, ob der Grundrechtsträger vom Staat Bereitstellung der zur Grundrechtsausübung erforderlichen sächlichen und finanziellen Mittel verlangen kann.

etwa studieren will, muß erhebliche Aufwendungen machen, ja sich teilweise sogar noch die Benutzung der Ausbildungsstätte durch Geld erkaufen. Niemand zweifelt daran, daß auch das in dem gewiß nicht restriktiv interpretierten Art. 6^{I} garantierte Recht auf Eheschließung voll gewahrt bleibt, wenn der Standesbeamte eine Gebühr erhebt. Der aus Art. 19^{IV} GG folgende Rechtsschutzanspruch verträgt sich schließlich durchaus mit der Existenz von Anwalts- und Gerichtskosten[55].

Es besteht keine Veranlassung, an der Richtigkeit dieser communis opinio zu zweifeln. Das Grundgesetz wäre nicht in seinem geschichtlichen Kontext gesehen, wollte man ihm ein universelles Prinzip unentgeltlicher Grundrechtsausübung unterlegen. In Wahrheit war es seinen Schöpfern nur darum zu tun, bestimmte Wertentscheidungen zu realisieren und damit die tatsächliche Möglichkeit zu sichern, von den Grundrechten Gebrauch zu machen[56], sie zu „aktualisieren"[57]. Wirtschaftliche Nachteile sind als Voraussetzung der Inanspruchnahme von Grundrechten daher nur dann verfassungswidrig, wenn sie die Ausübung erheblich erschweren oder praktisch unmöglich machen. Dies ist der Fall, d. h. die „Opfergrenze" ist überschritten, wenn die entgangenen Vorteile oder die Aufwendungen so hoch sind, daß ein überzeugungstreuer Bürger, der weder dem Bilde des Märtyrers noch dem des Opportunisten entspricht, sich in 99 von 100 Fällen für die Vermeidung der Nachteile und damit gegen seine Überzeugung entscheidet. Es ist daher sicherlich mehr als nur ein leiser, milder Druck zulässig; andererseits würde die Alternative Existenzvernichtung – Gewerkschaftsbeitritt ebenso sicher gegen Art. 9^{I} verstoßen. Für die Aufteilung der Zwischenzone kann das Urteil des BVerfGs zur Tariffähigkeit der

[55] Fraglich ist nur, ob die finanzielle Belastung so hoch sein darf, daß die Ausübung des Grundrechts dadurch erschwert oder unmöglich gemacht wird. Für Verfassungswidrigkeit eines unzumutbaren Kostenrisikos *Däubler*, BB 1969, 545 ff. und *Fechner*, JZ 1969, 349 ff.; ihnen zustimmend *Hagen*, NJW 1970, 1018 und *Reeb*, BB 1970, 865 Fn 2.

[56] *Gallwas*, S. 56 ff., der S. 63 zu Recht darauf hinweist, daß sowohl eine werttheoretische als auch eine funktionalistische Grundrechtskonzeption zu diesem Ergebnis führen.

[57] Vgl. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 4. Aufl. 1970. S. 120 f.

Handwerksinnungen wertvolle Hinweise geben[58]. Dort wurde der auf einen Arbeitgeber-Außenseiter ausgeübte Druck für unbedenklich erklärt, der in der Alternative bestand, entweder der Innung beizutreten oder sich keinem (oder einem anderen) Verband anzuschließen und damit auf sämtliche durch die Handwerksordnung an die Zugehörigkeit zur Innung geknüpften Vorteile zu verzichten. In der Praxis ist dies von erheblicher Bedeutung; so liegt etwa die Regelung der Lehrlingsausbildung ebenso wie die Durchführung von Gesellenprüfungen nach § 54[I] HO weithin in der Hand der Innungen. Dem Außenseiter wird die Nachwuchspflege weiterhin dadurch erschwert, daß nach §§ 70, 71 HO die bei ihm beschäftigten Gesellen kein Wahlrecht zum Gesellenausschuß der Innung haben. Außerdem nimmt er nicht an den von der Innung veranstalteten Lehrgängen teil und ist insbesondere von den „Einrichtungen zur Verbesserung der Arbeitsweise und der Betriebsführung" (§ 54[II] Ziff. 1 HO) ausgeschlossen. Schließlich partizipiert er nicht an einer Organisation, die die von der Handwerkskammer erlassenen Vorschriften und Anordnungen durchführt (§ 54[I] Ziff. 10 HO), muß also nötigenfalls den von seinen Konkurrenten gewählten Innungsvertretern den Zugang zu seinem Betrieb gewähren, ohne selbst – und sei es nur mittelbar – entsprechende Befugnisse zu besitzen. Dies alles hat dazu geführt, daß in der Praxis der größte Teil der Handwerker der Innung beigetreten ist[59], was stärker als alle theoretischen Erwägungen die hohe Intensität des ausgeübten und vom BVerfG für rechtmäßig erklärten Drucks beweist. Ich sehe keinen Grund, beim Arbeitnehmer von diesen Prinzipien abzugehen. Er kann anders als der eigene Wege gehende Arbeitgeber sogar mit der Unterstützung seines Arbeitsvertragspartners rechnen, ist also nicht mehr, sondern eher weniger schutzbedürftig.

VII. Versuchen wir abschließend, den umschriebenen Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit etwas zu konkretisieren und

[58] BVerfGE 20, 312 ff.

[59] Genaue Zahlen lassen sich schwer ermitteln. *Chesi*, Struktur und Funktionen der Handwerksorganisation in Deutschland seit 1933, 1966, begnügt sich S. 23 mit der Feststellung, 1932 habe ein Organisationsgrad von 68 % bestanden.

dabei die in der Einleitung skizzierten Fälle einer Lösung zuzuführen.

Keinem Zweifel unterliegt zunächst die Tatsache, daß die Gewerkschaft bestimmte Eigenleistungen wie Rechtsschutz, Streikunterstützung und Mitgestaltungsrechte anbieten und ihren Mitgliedern vorbehalten kann. Auch die Beschränkung der Tarifbindung auf Organisierte ist als solche unbedenklich. Für die obligatorische Schlechterstellung des Außenseiters im Tarif, die viel zitierte Differenzierungsklausel also, läßt sich zumindest eine Feststellung mit Sicherheit treffen: Erhält der Organisierte einen Zusatzbetrag, der nicht höher liegt als das durch die Mitgliedschaft erbrachte Opfer, so scheidet eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit aus[60]. Entsprechen sich zusätzliche Leistung und Beitrag, so haben wir geradezu einen klassischen Fall freier, unbeeinflußter Entscheidung vor uns. Gleichgültig, ob der Einzelne für oder gegen die Gewerkschaft optiert, er riskiert in keinem Fall materielle Nachteile, sondern kann sich ausschließlich durch nicht-wirtschaftliche Gesichtspunkte leiten lassen. Dies müßte eine derartige Differenzierung selbst für die Gegenmeinung akzeptabel machen, will sie nicht von vorneherein dem Beitrittswilligen mehr Opfer zumuten als dem Außenseiter und dies, obwohl gerade nach ihrer Auffassung beide vom selben Grundrecht – wenn auch mit unterschiedlicher Zielrichtung – Gebrauch machen[61].

Zusatzleistungen an Organisierte, die das Doppelte des Mitgliedsbeitrags erreichen, sind gleichfalls unbedenklich, da sie die Betroffenen um keinen höheren Betrag bevorzugen, als diese bisher gegenüber den Außenseitern benachteiligt waren. Über dem Zweifachen des Mitgliedsbeitrags beginnt die „graue Zone", deren Aufhellung freilich angesichts des heute gegebenen Stärkeverhältnisses zwischen den Tarifpartnern von rein akademischem Interesse ist. Deshalb nur einige wenige Worte zur Obergrenze, die mit dem closed shop erreicht sein dürfte. Seine rechtliche Zulässigkeit bemißt sich entgegen

[60] Ebenso *Biedenkopf*, 46. DJT, S. 127.

[61] Zutreffend insoweit *Hanau*, JuS 1969, 216.

verbreiteter Auffassung[62] ausschließlich nach der negativen Koalitionsfreiheit, da Art. 12 GG seiner Einrichtung jedenfalls so lange nicht entgegensteht, als durch diese Vorschrift kein Recht auf einen konkreten Arbeitsplatz gewährt wird[63] und außerdem die Tarifpartner in gleicher Weise wie der Gesetzgeber zu Eingriffen befugt sind[64]. Wird die Einstellung oder die Weiterbeschäftigung vom Beitritt zur Gewerkschaft abhängig gemacht, so stellt dies im Regelfall eine unzumutbare Beeinträchtigung des Fernbleiberechts dar. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn sich der closed shop auf wenige Betriebe beschränkt und gleichzeitig eine Übernachfrage nach Arbeitskräften besteht – hier kann im Einzelfall jedes Risiko der Arbeitslosigkeit und damit jeder rechtserhebliche Druck fehlen. Man könnte gegen dieses Ergebnis einwenden, dem Arbeitgeber seien de facto sehr viel stärkere Differenzierungen – wenn auch mit umgekehrtem Vorzeichen – gestattet. Daran ist so viel richtig, daß eine gewerkschaftsfeindliche Einstellungspolitik praktisch nie mit Hilfe des Art. $9^{III\,2}$ bekämpft werden kann, da die Beweisschwierigkeiten nur in seltenen Glücksfällen zu überwinden sind. Dies darf aber nicht dazu führen, der Unsitte den Segen des Rechts zu geben; der Ausweg liegt sehr viel eher in höherer Transparenz des Auswahlverfahrens, die insbesondere durch Beteiligung von Betriebsrat oder Gewerkschaft sicherzustellen ist. Wer dennoch eine Gleichheit im Unrecht erstrebt, kann sich bei der Vorstellung beruhigen, daß die Rechtsordnung ja auch gegenüber einem rein tatsächlichen Zusammenspiel von Arbeitgeber und Gewerkschaft, einem faktischen closed shop, machtlos ist und ihn damit ebenso in Kauf nimmt wie den von allen Organisierten „freigehaltenen" Betrieb.

Von nicht unerheblicher praktischer Relevanz sind die Fälle der rechtlichen Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit. Zwar liegt wegen des fehlenden Gesetzesvorbehalts in Art. 9^{I} und der den sozialen Gegenspielern durch Art. 9^{III} zugewiesenen Funktionsgarantie ein Zwangssyndikat nach spanischem Vorbild weit außerhalb

[62] *Hueck-Nipperdey* II/1 S. 163 f., 382 m. w. N.
[63] *Maunz-Dürig-Herzog* Art. 12 Rn 104.
[64] *Hueck-Nipperdey* II/1 S. 381 f.

des von der Verfassung Tolerierten; fraglich könnte jedoch sein, ob die im Saarland und in Bremen bestehenden öffentlich-rechtlichen Arbeitskammern durch Art. 9 gedeckt sind[65]. Der Ausweg der herrschenden Meinung, Art. 9 betreffe ausschließlich privatrechtliche Vereinigungen, so daß eine öffentlich-rechtliche Pflichtmitgliedschaft nur an Art. 2^{I} GG zu messen sei[66], erscheint wenig überzeugend, wenn man die Auswirkungen der Zwangseingliederung auf den Einzelnen betrachtet, für den es nicht den geringsten Unterschied macht, ob er Beiträge an eine private oder an eine öffentlich-rechtliche Vereinigung zahlt, ob er im Rahmen der einen oder der anderen Organisationsform mitbestimmt. Bedenkt man weiter, daß die Trennung von öffentlichem und privatem Recht ebenso wie die ihr logisch und historisch vorgeordnete Dichotomie von Staat und Gesellschaft so weit relativiert ist, daß aus der Zugehörigkeit eines Rechtsverhältnisses zum einen oder anderen Bereich keine rechtlichen Konsequenzen abgeleitet werden können[67], so wird man nicht umhinkönnen, der herrschenden Meinung die innere Berechtigung abzusprechen. Ohne das Problem an dieser Stelle in der gebotenen Weise vertiefen zu können, sei die These gewagt, daß öffentlich-rechtliche Zwangskörperschaften nur insoweit zulässig sind, als sie zur Erfüllung staatlicher Aufgaben eingerichtet werden. Hier liegt keine Beeinträchtigung, sondern im Gegenteil eine Erweiterung der Freiheitssphäre des Bürgers vor, der im Pflichtverband mitbestimmen kann, während er bei Erledigung derselben Aufgaben in unmittelbarer Staatsverwaltung von jeder Mitwirkung ausgeschlossen wäre. Dar-

[65] Die weiter aufgeworfene Frage nach der Zulässigkeit der Organisierung der Belegschaft durch das BetrVG entscheidet sich entgegen Rüthers (Betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht und Individualbereich, in: *Rüthers-Boldt*, Zwei arbeitsrechtliche Vorträge, 1970, S. 27) nicht nach dem Fehlen eines überbetrieblichen Zusammenschlusses, da auch betriebliche Pflichtverbände gegen Art. 9^{I} wie auch – für die h. M. wichtig – gegen Art. 9^{III} verstoßen. Entscheidend ist vielmehr, daß das Grundgesetz in Art. 74 Ziff. 12 selbst von der Möglichkeit einer Betriebsverfassung ausgeht, die nach herkömmlichem Verständnis alle Arbeitnehmer erfaßt. Insoweit liegt daher eine verfassungsimmanente Begrenzung des Fernbleiberechts vor.
[66] S. die Nachweise bei *v. Münch* in BK Art. 9 Rn 52.
[67] Dazu *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968; *Däubler*, Streik, S. 123 ff. m. w. N.

über hinaus sind öffentlich-rechtliche Zwangsverbände im selben (geringen) Umfang zulässig wie private Zwangsvereinigungen – die Existenz beider muß durch die Tatbestände des Art. 9[II], insbesondere durch die verfassungsmäßige Ordnung, zwingend geboten sein. Für die Arbeitskammern ergibt sich daraus das Folgende: Soweit sie Gutachten und Berichte erstatten oder Einrichtungen zur Förderung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Interessen der Arbeitnehmer errichten oder unterhalten, bestehen gegen ihre Existenz keine verfassungsrechtlichen Bedenken, da diese Aufgaben auch von der Arbeitsverwaltung selbst erfüllt werden könnten. Soweit sie jedoch Arbeitnehmerinteressen gegenüber dem Staat oder anderen sozialen Kräften wahrnehmen sollten, läge ein Verfassungsverstoß vor, da damit keine staatlichen, sondern Aufgaben der sozialen Gegenspieler erfüllt würden. Die Gesetze in Bremen und im Saarland bedürfen unter diesen Umständen der verfassungskonformen Auslegung, wonach die ausdrücklich angeordnete Interessenwahrung sich auf die Abgabe von Gutachten und Berichten sowie die Bereitstellung der erwähnten Einrichtungen beschränkt[68]. Nur ein solches Ergebnis vermeidet schließlich den unguten Eindruck, daß man auf der einen Seite die Inkorporierung des Arbeitnehmers in öffentlich-rechtliche Körperschaften in weitem Umfang zuläßt, während man andererseits selbst dem mildesten Druck zugunsten eines Anschlusses an die Gewerkschaften mit aller Schärfe entgegentritt. Auch hier gilt es, nicht mit zweierlei Maß zu messen, sondern das Fernbleiberecht des Individualisten gegen alle denkbaren Angriffe in gleichem Umfang wie andere Grundrechte zu schützen.

---

[68] Zur Diskussion um die Zulässigkeit der Arbeitskammern s. *Großmann*, RdA 1968, 297 mit eingehenden Nachweisen. Wie hier *Hamann-Lenz* Art. 9 Anm. A 4 b.