

Christoph Weingart



Hochschule für Technik
und Wirtschaft Berlin

University of Applied Sciences

Die Kriterien der sozialen Mächtigkeit und organisatorischen Leistungsfähigkeit von Gewerkschaften

Seminararbeit im Arbeits- und Personalrecht

Prof. Dr. Andreas Schmidt-Rögnitz

Prof. Dr. Peter Zaumseil

Wintersemester 2011/2012

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	III
A.) Einleitung	1
B.) Tariffähigkeit	2
I.) Normative Grundlagen der Tariffähigkeit	2
1) Verfassungsrechtliche Grundlagen	2
2) Gesetzliche Vorgaben nach TVG	3
3) Definition im Staatsvertrag	3
II.) Voraussetzungen der Tariffähigkeit in der Rechtsprechung ...	4
1) Allgemeine Voraussetzungen.....	4
2) Soziale Mächtigkeit	5
a) Mitgliederzahl	5
aa) Organisationsgrad	6
bb) Schlüsselstellungen der Arbeitnehmer	6
b) Bisherige Tarifpraxis	8
c) Keine Tariffähigkeit bei bestimmten Vertragstypen	8
aa) Gefälligkeitstarifverträge	9
bb) Scheintarifverträge	10
cc) Anschlussstarifverträge	10
dd) Tarifdiktat	11
ee) Tarifabschlüsse in einer Tarifgemeinschaft	12
ff) Aktives Tarifverhalten als Missbrauchsindiz	12

gg) Fehlen eines echten Interessengegensatzes	13
3) Organisatorische Leistungsfähigkeit	14
a) Abschluss und Durchführung von Tarifverträgen	14
b) Bewertung ehrenamtlicher Mitarbeiter	15
c) Organisatorische Eigenständigkeit	16
4) Keine relative Tariffähigkeit	17
5) Billigung durch das Bundesverfassungsgericht	18
C.) Fazit	18
Literaturverzeichnis	IV
Antiplagiatserklärung	V

Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
Art.	Artikel
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
BAG	Bundesarbeitsgericht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
ca.	zirka
DB	Der Betrieb, Zeitschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
insb.	insbesondere
IT	Informationstechnik
LAG	Landesarbeitsgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
TVG	Tarifvertragsgesetz
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift
Rn.	Randnummer
sog.	sogenannt

A.) Einleitung

Lange Zeit erschien es so, als hätte das „Problem Tariffähigkeit“ an Brisanz verloren. Nachdem das BAG die wesentlichen tarifvertraglichen Grundsätze festgelegt hatte, stellte sich das Tarifvertragsrecht als relativ beständiges Rechtsgebiet da; die Rechtslage und die Probleme waren überschaubar. Diese Situation hat sich erheblich gewandelt: Nicht nur das Tarifrecht, auch das Arbeitskampfrecht finden heutzutage Beachtung in ungewöhnlich hohem Maße. Hierbei hat sich die Situation sowohl für Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmerseite verändert.

War die Gewerkschaftslandschaft lange Zeit von großen, mitgliederstarken Gewerkschaften geprägt, so werden immer mehr kleine Branchengewerkschaften gegründet. Das liegt einerseits daran, dass es auf Grund der Diversifizierung des Arbeitslebens so viele Fachkräfte und Spezialisten aus verschiedensten Bereichen wie nie zuvor beschäftigt sind. Solche Arbeitnehmer fühlten (und fühlen) sich durch die etablierten Gewerkschaften nicht ausreichend gut vertreten und sahen die Verbände nicht mehr in der Lage, vorteilhafte Arbeitsbedingungen zu schaffen, insbesondere, wenn es sich hierbei zwar um kleine, aber hoch qualifizierte Berufsgruppen handelte. Zum anderen löste sich das BAG vom Grundsatz der Tarifeinheit, nach dem in einem Betrieb nur ein Tarifvertrag gelten kann (im Regelfall der der mitgliederstärksten Gewerkschaft). Demnach ist es auch kleinen Gewerkschaften nunmehr möglich, tarifpolitisch tätig zu werden ohne zu befürchten, dass der eigene Tarifvertrag verdrängt wird. Als Folge lösen sich immer mehr Gewerkschaften aus Tarifgemeinschaften mit großen DGB-Gewerkschaften aus und nehmen selbstständig am Tarifgeschehen teil.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wann einer Gewerkschaft die Teilnahme am Tarifgeschehen zugebilligt werden soll und ob Splittergewerkschaften denn in der Lage sind, das Tarifgeschehen in Namen der Arbeitnehmer adäquat mitgestalten zu können. Das BAG hat sich diesen Problemen zugewandt und darauf reagiert. Demnach wurden die soziale Mächtigkeit (oder Durchsetzungsfähigkeit) und organisatorische Leistungsfähigkeit als Belege für die Stärke einer Gewerkschaft und Voraussetzungen für die

Tariffähigkeit weiterentwickelt und ausdifferenziert. In dieser Arbeit soll erläutert werden, welche konkreten Kriterien das BAG als Anforderungen an Gewerkschaften heutzutage stellt und was für Orientierungshilfen aus den vergangenen Entwicklungen für aktuelle Probleme abgeleitet werden können. Dabei wird verstärkt auf die Fälle der missbräuchlichen Nutzung von Tarifverträgen als Mittel lediglich zur Erreichung der Tariffähigkeit einzugehen sein. Auf eine kritische Beurteilung der Mächtigkeitslehre Aspekte wird weitgehend verzichtet, ebenso wie auf Alternativkonzepte.

B.) Tariffähigkeit

I. Normative Grundlagen der Tariffähigkeit

Zunächst ist hierbei auf die normierten Voraussetzungen der Tariffähigkeit abzustellen.

1) Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die Grundlage der Betätigung von Gewerkschaften stellt die Koalitionsfreiheit dar. Sie garantiert in Art. 9 III GG das Recht, zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu gründen und diesen beizutreten oder auch fernzubleiben. Insbesondere werden hiervon der Bestand und die Betätigung der Koalitionen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern umfasst.¹ Dabei geht die Verfassung davon aus, dass die Koalitionen der sozialen Gegenspieler zur Wahrung und Förderung der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen ihre gegenläufigen Interessen zum Ausgleich bringen müssen. Hierzu bedürfen sie einer Möglichkeit, sich auf Regelungen zu einigen, die sie gegenüber ihren Mitgliedern verantworten und ggf. abweichenden Individualinteressen durchsetzen können. Ein entsprechender Freiraum zur eigenen Gestaltung des Rechts wird von der Verfassung offen gelassen.² Diese sog. Tarifautonomie befugt Arbeitgeber und deren Verbände mit Gewerkschaften die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder selbstverantwortlich durch kollektive Verträge mit zwingender Wirkung zu regeln.³ Somit können Koalitionen Parteien eines Tarifvertrages werden, um mittels tarifvertraglicher Regelungen den Interessen ihrer Mitglieder

¹ ErfK/Dieterich, Art. 9 GG, Rn. 23.

² ErfK/Dieterich, Art. 9 GG, Rn. 51.

³ Henssler, Sozial. Mächtigkeit, S. 12.

nachzukommen. Nach Maßgabe des Bundesverfassungsgerichtes müssen die getroffenen Regelungen im Tarifvertrag geeignet sein, die Gemeinschaft letztlich sozial zu befrieden.⁴

Zu beachten ist hierbei, dass die Tarifautonomie eine sozialstaatliche Funktion wahrnimmt und dadurch staatsentlastend wirkt⁵, sodass die Koalitionen anstelle des Gesetzgebers über die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern entscheiden. Der Staat hat hierbei die Aufgabe, ein funktionsfähiges Tarifsystem zu gewährleisten, das ihn allerdings nicht verpflichtet, jeder Koalition die Betätigung am tarifpolitischen Geschehen zu garantieren⁶: Da der Gesetzgeber hierbei die ihm zustehende Normsetzungsbefugnis auf die Tarifvertragsparteien überträgt, obliegt es auch ihm zu entscheiden, welcher Koalition er das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen zubilligt.⁷ Ein solches Recht ist nicht schon allein mit der Koalitionseigenschaft gegeben⁸, sondern knüpft sich an weitere Vorgaben. Diese müssen erfüllt sein, damit ein Verband tariffähig im Sinne des TVG sein kann. Die Tariffähigkeit ist eine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Tarifvertrag – ohne sie kann ein Verband keine Tarifverträge wirksam abschließen und somit nicht seiner verfassungsgemäßen Aufgabe nach Art. 9 III GG nachkommen.⁹

2) Gesetzliche Vorgaben nach Tarifvertragsgesetz

§ 2 TVG beinhaltet eine abschließende Aufzählung aller Rechtssubjekte, die Tarifvertragsparteien sein können: Gewerkschaften, einzelne Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände. Weder der Begriff noch die Definition der Tariffähigkeit sind im TVG zu finden.

3) Definition im Staatsvertrag

Mögliche Kriterien der Tariffähigkeit wurden im Staatsvertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18. 5. 1990 und

⁴ BVerfG v. 6.5.1964 – 1 BvR 79/62, NJW 64, 1267.

⁵ Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 197, Rn. 6.

⁶ BVerfG v. 24.2.1999 – 1 BvR 123/93, NJW 1999, 2657.

⁷ Hensler, Sozial. Mächtigkeit, S. 12.

⁸ BVerfG v. 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG.

⁹ ErfK/Franzen, § 2 TVG, Rn. 5.

dem Gemeinsamen Protokoll über Leitsätze niedergeschrieben. Darin heißt es: „*Tariffähige Gewerkschaften müssen frei gebildet, gegnerfrei, auf überbetrieblicher Grundlage organisiert und unabhängig sein sowie das geltende Tarifrecht als für sich verbindlich anerkennen; ferner müssen sie in der Lage sein, durch Ausüben von Druck auf den Tarifpartner zu einem Tarifabschluss zu kommen.*“¹⁰ Auch wenn der Leitsatz nahezu wortgleich den von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen entspricht, so kann er dennoch keine verbindliche Wirkung beanspruchen. Das BAG berücksichtigt ihn zwar als „Willensbekundung“ des Gesetzgebers, jedoch nicht als geltendes materielles Recht.¹¹

Es ist somit zunächst festzustellen, dass keine konkrete Definition der Tariffähigkeit und ihrer Voraussetzungen im Gesetz zu finden ist.

II. Voraussetzungen der Tariffähigkeit durch die Rechtsprechung

Hingegen hat das Reichsarbeitsgericht und daran anknüpfend das Bundesarbeitsgericht eine Reihe von Kriterien im Zuge der Rechtsprechung entwickelt, anhand derer die Tariffähigkeit eines Verbandes beurteilt wird.¹²

1) Allgemeine Voraussetzungen

Zunächst muss es sich um eine Koalition im Sinne des Art. 9 III GG handeln. Hierbei handelt es sich um einen Zusammenschluss mehrerer Personen auf freiwilliger Basis¹³, der privatrechtlich organisiert ist. Die Vereinigung muss für eine gewisse Dauer angelegt sein und einen vom Mitgliederwechsel unabhängigen (korporativen) Charakter haben.¹⁴ Sie darf keiner entscheidenden Beeinflussung vom sozialen Gegenspieler oder Dritten wie bspw. Staat, Parteien oder Kirche unterliegen¹⁵ und muss als satzungsmäßige Aufgabe die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen haben.¹⁶ Dieses Kriterium wird durch die Tarifwilligkeit ergänzt, nach der zu den satzungsmäßigen Aufgaben von Koalitionen der Abschluss von Tarifverträgen gehört¹⁷ sowie das Anerkennen des

¹⁰ Unter A III. 2. Des Protokolls – BGBl. 1990, S. 545.

¹¹ BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 27.

¹² Henssler, Sozial. Mächtigkeit, S. 16.

¹³ ErfK/Franzen, § 2 TVG, Rn. 6.

¹⁴ Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht II, § 12, Rn. 11 - 12.

¹⁵ BVerfG v. 18.11.1954 – I BvR 629/52, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG.

¹⁶ MüArbR/Rieble/Klump, § 164, Rn. 4.

¹⁷ ErfK/Franzen, § 2 TVG, Rn. 8.

geltenden Tarifrechts.¹⁸ Die innere Ordnung des Verbands muss weiterhin demokratischen Grundsätzen entsprechen.¹⁹ Das Kriterium der Überbetrieblichkeit ist in der Literatur umstritten²⁰, wird aber vom BAG als Voraussetzung in seinen Orientierungsgrundsätzen aufgeführt.²¹

Die Tariffähigkeit von Verbänden kann nicht anhand absoluter Kriterien beurteilt werden. Vielmehr müssen die Anforderungen entsprechend der Umstände des Einzelfalls gewichtet werden.²²

Das BAG hatte als zusätzliche Anforderung für Gewerkschaften zunächst die Arbeitskampfwillingkeit verlangt. Da das BVerfG in dieser Rechtsprechung einen Verfassungsverstoß sah, fordert das BAG nunmehr, dass ein Arbeitnehmerverband sowohl über eine gewisse Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler als auch über Leistungsfähigkeit der Organisation zur sachgerechten Erfüllung der Aufgaben erfüllen müsse.²³ Dabei ist zu beachten, dass diese Voraussetzungen lediglich für Arbeitnehmervereinigungen, nicht für Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände gelten. Im Folgenden ist demnach immer bei Koalitionen oder Verbänden von Gewerkschaften die Rede.

2) Soziale Mächtigkeit

Das Kriterium der sozialen Mächtigkeit oder Durchsetzungsfähigkeit fordert von einer Arbeitnehmerkoalition, dass sie zumindest so viel Druck ausüben kann, dass die Arbeitgeberseite sie nicht übergehen kann. Nur solche Gewerkschaften, die sich mit ihren Tarifforderungen bei der Gegenseite Gehör verschaffen können, sind auch berechtigt, Tarifverträge abzuschließen.²⁴ Auch hierbei handelt es sich zunächst um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der durch diverse objektive Kriterien konkretisiert wird.

¹⁸ *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht II, § 12, Rn. 29.

¹⁹ *MüArbR/Rieble/Klump*, § 164, Rn. 5.

²⁰ Dafür u.a. *Henssler*, Sozial. Mächtigkeit, S. 17; dagegen u.a. *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht II, § 12, Rn. 21, *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 9 III 7.

²¹ BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

²² BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 35.

²³ *Henssler*, Sozial. Mächtigkeit, S. 17.

²⁴ *ErfK/Franzen*, § 2 TVG, Rn. 11.

a) Mitgliederzahl

Grundlegende Bedeutung wird der Mitgliederzahl von Gewerkschaften beigemessen. Dabei ist stets auf die gegenwärtigen Mitgliederzahlen abzustellen; prognostizierte Erwartungen über weitere Mitglieder, die die Gewerkschaft für sich zu werben hofft, stellen keinen Beleg für die Mächtigkeit dar. Verbände mit einer zahlenmäßig unbedeutenden Mitgliederzahl sind in der Regel nicht tariffähig.²⁵ Eine absolute Mitgliederzahl kann als Schwelle zur Mächtigkeit allerdings nicht genannt werden.²⁶

Vielmehr darf die Mitgliederzahl nicht isoliert betrachtet werden. Es muss darauf abgestellt werden, ob die Gewerkschaft in der Lage ist, wirkungsvollen Druck auf den sozialen Gegenspieler auszuüben. Maßgeblich ist, dass die Gewerkschaft über eine mitgliedsbezogene Durchsetzungsfähigkeit in einem zumindest nicht unerheblichen Teil des beanspruchten Zuständigkeitsbereichs besitzt.²⁷

aa) Organisationsgrad

Ein Beleg für die Mächtigkeit einer Gewerkschaft kann der Organisationsgrad sein. Hierbei wird zunächst auf das fachliche und räumliche Betätigungsgebiet abgestellt, das durch die Verbandssatzung bestimmt ist. Die Gesamtzahl der in der Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer wird ins Verhältnis zur Gesamtzahl der Beschäftigten in diesem Betätigungsfeld gesetzt. Bei einem hohen Organisationsgrad kann davon ausgegangen werden, dass die tariflichen Forderungen einer Gewerkschaft von ihren Arbeitnehmern mitgetragen werden und die Gewerkschaft zudem hohe Kompetenz in Bezug auf die erforderlichen Kenntnisse in der Berufssparte aufweist. Allerdings existieren auch hier keine Schwellen oder Vorgaben, die eine Arbeitnehmerkoalition als Mindestbedingung zu erfüllen hat. Bejaht wurde die Tariffähigkeit der Gewerkschaft der Flugbegleiter UFO, die mit seinerzeit 6.467 Mitgliedern zwar eine relativ kleine Gewerkschaft darstellte, bei 20.000 bundesweit beschäftigten Flugbegleitern allerdings auf einen (durchaus hohen) Organisationsgrad von ca. 32 % kam.²⁸

²⁵ BAG v. 9.7.1968 – 1 ABR 2/67, AP Nr. 25 zu § 2 TVG.

²⁶ Henssler, Sozial. Mächtigkeit, S. 39.

²⁷ BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 39.

²⁸ BAG v. 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, AP Nr. 128 zu Art. 9 GG.

bb) Schlüsselstellungen der Arbeitnehmer

Zusätzlich Berücksichtigung findet die Tatsache, welche Stellungen Arbeitnehmer in ihrem Betrieb einnehmen. Handelt es sich dabei um sog. Schlüsselstellungen, ist die Möglichkeit der Druckausübung zweifellos gegeben. Denn besonders wichtige Positionen sind insb. im Falle eines Arbeitskampfes außerordentlich gut geeignet, ihre eigenen Forderungen durchzusetzen, da sie unverzichtbar für den Betriebsablauf und vom Arbeitgeber kurzfristig überhaupt nicht oder nur sehr schwer zu ersetzen sind.²⁹ Das streiktaktische Instrument des Schwerpunktstreikes erlaubt es somit Verbänden mit nur geringen absoluten Mitgliederzahlen wirkungsvollen Druck auf die Gegenseite aufzubauen. So stellt die Gewerkschaft der Piloten (Cockpit) besonders durch ihren Tariferfolg von 2001 ein zentrales Beispiel dar: schon der Organisationsgrad von 81 % bei 7.300 organisierten Mitgliedern im Verhältnis zu 9.000 Berufspiloten würde der Anforderung der Tariffähigkeit vermutlich schon genügen. Zudem sind Piloten für den Flugverkehr unabdingbar und auf Grund ihrer sehr hohen Qualifikation im Prinzip nahezu unersetzlich. Bei einer möglichen Niederlegung der Arbeit hätte dies enorme wirtschaftliche Schäden für den Arbeitgeber zur Folge. So wurden die Umsatzeinbußen, die im Falle von Flugausfällen für einen Tag durch die Piloten der Lufthansa entstehen würden, mit 25 Millionen Euro beziffert.³⁰ Weitere Beispiele spezieller Schlüsselpositionen innerhalb bestimmter Branchen stellen Fluglotsen, Lokführer oder leitende Angestellte dar.³¹

Zu beachten ist jedoch, dass die aktuelle Rechtsprechung den Spezialistenbegriff bei der Rolle der Schlüsselpositionen enger als bisher fasst. Erst kürzlich hat das BAG in der Frage der Tariffähigkeit der Gewerkschaft für Kunststoffgewerbe und Holzverarbeitung (GKH) entschieden und sie als nicht tariffähig angesehen.³² Das vorgebrachte Argument der GKH, ihre Mitglieder nähmen Schlüsselstellungen ein, da es sich um Fachleute in Handwerksbetrieben handele, die vielfach termingerechte Aufträge erfüllen müssen, die mit Vertragsstrafen belegt seien, wurde als unzureichender Beleg für die Verbandsmacht in Bezug auf die eigene

²⁹ Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 2 TVG, Rn. 38.

³⁰ Gesellensetter, *Catrin*, 22.02.2010, http://www.focus.de/finanzen/karriere/arbeitsrecht/tid-17327/cockpit-gewerkschaft-auf-dem-egotrip_aid_482788.html

³¹ Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 2 TVG, Rn. 38.

³² BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

Durchsetzungsfähigkeit gesehen.³³ Sieht man darin eine Abkehr der bisherigen Sichtweise, so könnte die aktuelle Rechtsprechung nicht unerhebliche Auswirkung für die Etablierung weiterer „Spezialistengewerkschaften“ haben.³⁴

b) Bisherige Tarifpraxis

Unabhängig von der Mitgliederzahl und des Organisationsgrades kann die Durchsetzungsfähigkeit einer Gewerkschaft auch darin liegen, dass sie mit der Arbeitgeberseite bereits in der Vergangenheit Tarifverträge im beanspruchten Zuständigkeitsbereich oder in erheblichen Teilbereichen in nennenswertem Umfang abgeschlossen hat. Ein Verband, der aktiv und dauerhaft am Tarifgeschehen beteiligt war, zeigt, dass er vom sozialen Gegenspieler ernst- und wahrgenommen wird und nicht übergangen werden kann.³⁵

In der Literatur wird ein gewisses Mindestmaß in Bezug auf die Anzahl der abgeschlossenen Tarifverträge als Voraussetzung für den Beleg der Mächtigkeit gesehen. Demnach sei der Nachweis für eine entsprechende Durchsetzungsfähigkeit spätestens bei mehrfachem oder wiederholtem Abschluss von Entgelt- oder Manteltarifverträgen gewährleistet.³⁶

Entscheidende Bedeutung wird hierbei dem Beschluss über die Tariffähigkeit der Christlichen Gewerkschaft Metall beigemessen, der die bis dahin relativ ungeordneten und kumulativ geprüften Kriterien in eine klare Struktur brachte. Die bisherige Tarifpraxis sollte als Voraussetzung Vorrang vor der Prüfung der Mitglieds- und Organisationsstärke genießen.³⁷ Das BAG begründete die Tariffähigkeit der CGM mit der großen Zahl der bereits geschlossenen Tarifverträge. Explizit offen gelassen wurde die Frage, ob die Mitgliederzahl und der Organisationsgrad der CGM isoliert betrachtet die Durchsetzungsfähigkeit bejaht hätten. In Anbetracht des geringen Organisationsgrades von 1,6 % bestünden hierbei „erhebliche Bedenken.“³⁸ Auf diese Kriterien sollte es nur nachrangig ankommen, wenn die vergangenheitsbezogene Betrachtungsweise keinen Rückschluss auf die Tariffähigkeit zuließe.

³³ BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 54.

³⁴ Greiner, NZA 2011, 825, 829.

³⁵ BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 40 - 41.

³⁶ Wank/Schmidt, RdA 2008, 257, 270.

³⁷ Greiner, NZA 2011, 825, 826.

³⁸ BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 79.

Eben diese Rangfolge wurde durch den GKH-Beschluss umgekehrt: das BAG weist ausdrücklich darauf hin, dass zunächst auf die Organisationsstärke und Mitgliederzahl einer Arbeitnehmerkoalition abzustellen ist. Insofern fungiert die vergangenheitsbezogene Betrachtungsweise gewissermaßen als „Hintertür“ zur Tariffähigkeit. Scheitert eine Gewerkschaft in Bezug auf ihre Mitgliederzahl und ihren Organisationsstrukturen an den oben genannten Kriterien der Mächtigkeit, so kann ihre Tariffähigkeit anhand ihrer tarifpolitischen Beteiligung dennoch bejaht werden.³⁹ Die Durchsetzungsfähigkeit der CGM würde demnach auch im Lichte der jüngsten Rechtsprechung Anerkenntnis finden.

c) Keine Tariffähigkeit bei bestimmten Tarifvertragstypen

Allerdings entfaltet nicht jeder abgeschlossene Tarifvertrag indizielle oder gar belegende Wirkung für die Tariffähigkeit. Vielmehr werden bestimmte Tarifvertragstypen bei der Beurteilung der Teilnahme einer Koalition am Tarifgeschehen nicht berücksichtigt.

aa) Gefälligkeitstarifverträge

Nicht erfasst sind sog. Gefälligkeitstarifverträge. Ein solcher liegt zum einen vor bei einem Tarifvertrag, der von vornherein nicht die Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen regeln soll, sondern anderen Zwecken dient, etwa um einem Arbeitnehmerverband das Prädikat „Gewerkschaft“ zu verleihen oder ihm Zutritt zu Selbstverwaltungskörperschaften zu ermöglichen. Hierfür bedarf es konkreter Anhaltspunkte, da im Regelfall nicht angenommen werden kann, dass die Arbeitgeberseite die Tarifverträge nur abschließt, um die Koalition tariffähig zu machen. Denn damit würde die Arbeitgeberseite die Arbeitnehmervereinigung mittelfristig stärken.⁴⁰ Ein solches Interesse der Arbeitgeberseite könnte ausnahmsweise dann angenommen werden, wenn damit eine Schwächung einer bereits etablierten Gewerkschaft, deren Einfluss auf die Tarifpolitik ungünstig für den Arbeitgeber ist, bezweckt wird.⁴¹

Zum anderen können als Gefälligkeitsverträge Vereinbarungen verstanden werden, bei denen die Arbeitnehmervereinigungen den Arbeitgebern „gefällig“

³⁹ BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 40.

⁴⁰ BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 69.

⁴¹ Greiner, NZA 2011, 825, 827.

sind. Voraussetzung hierfür ist ein kollusives Zusammenwirken der Arbeitnehmerkoalition mit der Arbeitgeberseite. Hierbei müssen beide Seiten bewusst zum Nachteil der organisierten Arbeitnehmer des Verbandes zusammengewirkt haben. Für eine solche Annahme bedarf es hier ebenfalls konkreter und belegbarer Anhaltspunkte. Diese könnten u.a. darin bestehen, dass ein Tarifvertrag unter Verwendung einer gesetzlichen Tariföffnungsklausel gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen unterschreitet⁴² oder er deutlich geringere Entgelte vorschreibt als branchenübliche Tarifverträge, insbesondere, wenn diese nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt wurden.⁴³

bb) Scheintarifverträge

Ebenfalls ungeeignet als Beleg für Durchsetzungsfähigkeit ist der sog. Scheintarifvertrag. Damit ist nicht das Scheingeschäft im Sinne des § 117 I BGB gemeint, bei dem Willenserklärungen nur zum Schein abgegeben werden, sondern Tarifverträge, die nur der äußeren Form, nicht aber dem Inhalt nach solche sind.⁴⁴

cc) Anschlussstarifverträge

In jedem Fall ist die Tariffähigkeit auf Grund von bereits erfolgten Abschlüssen von Tarifverträgen bei originär ausgehandelten und eigenständig entwickelten Tarifverträgen der Gewerkschaft zu bejahen.⁴⁵ Nicht eindeutig zu beurteilen ist die Bedeutung von Anschlussstarifverträgen, bei denen eine Gewerkschaft einen von einer anderen Gewerkschaft mit der Arbeitgeberseite ausgehandelten Tarifvertrag für ihre eigenen Mitglieder übernimmt.

Zunächst entschied das BAG hierbei im Jahr 1978 im Falle des Deutschen Arbeitnehmersverbands e.V. gegen die Tariffähigkeit der Koalition, mit der Begründung, dass u.a. der Abschluss von Anschlussstarifverträgen keine indizielle Wirkung für die soziale Mächtigkeit darstelle. Diese würden in aller Regel dem Verhandlungsübergewicht des sozialen Gegenspielers entspringen, der die Gegenseite nicht ernst nehme.⁴⁶ Diese Einschätzung wurde im CGM-Beschluss

⁴² BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 70.

⁴³ Wank/Schmidt, RdA 2008, 257, 271.

⁴⁴ BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 68.

⁴⁵ BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 41.

⁴⁶ BAG v. 14.3.1978 – 1 ABR 2/76, AP Nr. 30 zu § 2 TVG, unter III. 5.

ausdrücklich aufgegeben. Auch Anschlussstarifverträge seien ein zuverlässiges Indiz für die Tariffähigkeit einer Koalition. Durch den Abschluss einer solchen tarifvertraglichen Regelung gelänge es den Gewerkschaften die normative Geltung des Tarifvertrages auf weitere Arbeitsverhältnisse auszuweiten, was eher als ein Zeichen von Stärke als von Schwäche zu bewerten sei. Gleichzeitig würde es einer kleinen Gewerkschaft kaum gelingen, bessere als die einschlägigen Tarifverträge der großen Gewerkschaften der Branche auszuhandeln.⁴⁷

In dem oben bereits erwähnten GKH-Beschluss distanziert sich die Rechtsprechung des BAG wiederum von dieser Betrachtungsweise. Demnach können der vergangenheitsbasierten Betrachtung der Tariffähigkeit nur originär ausgehandelte Tarifverträge gerecht werden; Anschlussstarifverträge werden weder als Beleg noch als Indiz für die Durchsetzungsfähigkeit erwähnt.⁴⁸ Als Begründung kommen hier veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen in Frage, die aus Sicht des BAG den Wert der Ausweitungen von tariflichen Regelungen schmälern.⁴⁹ Insofern scheint die Frage der künftigen Bewertung der Anschlussstarifverträge bei der Tariffähigkeitsprüfung erneut offen.

dd) Tarifdiktat

Ebenso wenig mächtigkeitsrelevant sind Tarifverträge, die auf einem sog. Diktat der Arbeitgeberseite beruhen. Auch hiervon kann nur in Ausnahmeregelungen ausgegangen werden. Ein Tarifdiktat liegt dabei nicht schon etwa dann vor, wenn ein von einer kleinen Gewerkschaft abgeschlossener Tarifvertrag ungünstigere Bedingungen für die Arbeitnehmer vorsieht als der einer großen Arbeitnehmervereinigung. Wenn bspw. eine Gewerkschaft zum Zwecke der Beschäftigungssicherung Konzessionen für angemessen hält, ist anhand dessen nicht anzunehmen, dass ein Tarifdiktat vorliegt. Früher sah das BAG darin die Gefahr, dass ein Arbeitgeber im Zuge der Lehre der Tarifeinheit den Tarifvertrag der kleineren Gewerkschaft als spezielleren Haustarifvertrag wählt, um einen – für ihn ungünstigeren – Flächentarifvertrag zu verdrängen. Mit der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit verlieren diese Bedenken an Bedeutung.⁵⁰ Nach

⁴⁷ BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 72.

⁴⁸ BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 41.

⁴⁹ Greiner, NZA 2011, 825, 829.

⁵⁰ BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 70.

Einschätzung der Literatur wird ein Tarifiktat auf Grund der engen Voraussetzungen der Rechtsprechung kaum jemals justitiabel vorliegen.⁵¹

ee) Tarifabschlüsse in einer Tarifgemeinschaft

In einer Tarifgemeinschaft mit anderen Koalitionen können Tarifabschlüsse nicht ohne weiteres die Tariffähigkeit positiv indizieren. Hierbei entspringt die Wahrnehmung und Abschlussbereitschaft seitens des sozialen Gegenspielers der Tatsache, dass beide Verbände gemeinsam auftreten und dadurch kollektiv ihre Durchsetzungsfähigkeit aufzeigen. Es ist allerdings nicht klar, welche individuellen Verhandlungsbeiträge den einzelnen Koalitionen zugeordnet werden können. Sogar wenn eine Gewerkschaft eigenständig eine entsprechende Durchsetzungsfähigkeit aufweist, so ist nicht zu erkennen, worauf der Tarifabschluss beruht.⁵²

Dieses Kriterium ist vom BAG in der GKH-Entscheidung erstmals herangezogen worden. Die GKH konnte ihre Tariffähigkeit u.a. deshalb nicht belegen, da die Mehrheit der 120 Tarifverträge in einer Tarifgemeinschaft mit der Gewerkschaft DHV geschlossen worden waren.⁵³

ff) Aktives Tarifverhalten als Missbrauchsindiz

Eine weitere Schranke der Tariffähigkeit in Bezug auf den bereits erfolgten Abschluss von Tarifverträgen kann bei neu gegründeten Gewerkschaften vorliegen. Denn wenn sich eine noch junge Arbeitnehmerkoalition im zeitlichen Zusammenhang mit ihrer Gründung am Aushandeln und Abschluss von Tarifverträgen beteiligt, so ist das kein Beleg für ihre Durchsetzungsfähigkeit.⁵⁴ Hierbei will das BAG einem Missbrauch vorbeugen, der sich aus der (Fehl-)Deutung des CGM-Beschlusses ergeben kann. Auf Basis der vergangenheitsbezogenen Beurteilung der Tariffähigkeit schien die Handlungsempfehlung für neu gegründete und mitgliederschwache Gewerkschaften darin zu liegen, schnellstmöglich Tarifverträge abzuschließen, um als ausreichend durchsetzungsfähig anerkannt zu werden. Eine junge

⁵¹ *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257, 272.

⁵² BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 41.

⁵³ BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 55.

⁵⁴ BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 43.

Arbeitnehmerkoalition ohne entsprechend starke Mitgliederbasis und Arbeitskampfstärke kann dieses Ziel nur verwirklichen, wenn der soziale Gegenspieler sie als Tarifpartner akzeptiert. Demnach galt es, die Gegenseite zum Abschluss von Tarifverträgen zu bewegen.

Hierbei liegt die Gefahr darin, dass die Arbeitnehmerkoalition sich der Arbeitgeberseite „anbietet“, in dem sie besonders arbeitgebergünstige Tarifverträge aushandelt. Schließt eine junge Gewerkschaft unmittelbar nach ihrer Gründung zahlreiche Tarifverträge ab, liegt der Verdacht nahe, dass es sich hierbei um die oben erwähnten Gefälligkeitstarifverträge handelt, die entweder zum Nachteil der organisierten Arbeitnehmer oder zur Verleihung des Gewerkschaftsattributs geschlossen werden und in beiden Fällen die Tariffähigkeit nicht belegen. Insofern soll die belegende Wirkung der vergangenen Tarifpraxis von neuen Gewerkschaften nicht missbräuchlich zur Beschleunigung der Tariffähigkeit eingesetzt werden. Ein Arbeitnehmerverband muss in solchen Fällen seine Durchsetzungsfähigkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der vorher geschlossenen Tarifverträge anderweitig darlegen, was wiederum nur durch den Blick auf die Mitgliederstärke und den Organisationsgrad erfolgen kann.⁵⁵

gg) Fehlen eines echten Interessengegensatzes

Grundsätzlich gibt es kein Gebot darüber, welche konkreten Leistungen eine Arbeitnehmerkoalition für ihre Mitglieder durch ihre Tarifabschlüsse erreicht haben muss, um als durchsetzungsfähig gesehen zu werden. Der Gerichtsbarkeit steht es besonders unter dem Gesichtspunkt der Tarifizensur nicht zu, geschlossene Tarifverträge für die Beurteilung der Mächtigkeit inhaltlich zu bewerten. Dies ist ausnahmsweise dann nicht der Fall, wenn die Regelungen des Tarifvertrages nicht den divergierenden Interessen von Arbeitgeber- und Gewerkschaftsseite entspringen.⁵⁶ Solche Verträge dienen nicht dem Ausgleich des Interessengegensatzes und können folglich nicht dem verfassungsmäßigen Schutz des Tarifvertragssystems unterfallen. Dementsprechend wurden vom BAG die von der Gewerkschaft „Bedienstete der Technischen Überwachung“ (BTÜ) geschlossenen Tarifverträge nicht als Belege anerkannt: die Regelungen beschränkten sich auf mehrere Zuordnungstarifverträge gemäß § 3 III BetrVG

Kommentar [H1]: Tarifizensur finden!

⁵⁵ Greiner, NZA 2011, 825, 828.

⁵⁶ Wank/Schmidt, RdA 2008, 257, 269.

(a.F.). Hieraus ließen sich keinerlei Rückschlüsse für die Mächtigkeit des BTÜ ziehen, denn in diesen Tarifverträgen ging es nicht um tarifliche Inhaltsnormen, die die Arbeitsbedingungen der einzelnen tarifunterworfenen Arbeitnehmer regelten, sondern nur um organisatorische Fragen der Zuordnung von Betriebsteilen und Nebenbetrieben. Ein organisatorisch anderer Zuschnitt betrieblicher Einheiten gemäß § 3 BetrVG könnte in gleicher Weise im Interesse des Arbeitgebers wie der Arbeitnehmer liegen. Eine relevante Indizwirkung für die Durchsetzungskraft einer Arbeitnehmervereinigung ist Zuordnungstarifverträgen schon deshalb kaum zu entnehmen.⁵⁷

3) Organisatorische Leistungsfähigkeit

Damit eine Gewerkschaft tariffähig sein kann, muss sie zusätzlich zu ihrer Durchsetzungsfähigkeit auch organisatorisch leistungsfähig sein. Hierbei muss die Arbeitnehmerkoalition von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die ihr gestellten Aufgaben zu erfüllen.⁵⁸

Bildete zunächst das Merkmal der organisatorischen Leistungsfähigkeit einen Bestandteil des Mächtigkeitskriteriums, so verselbständigte das BAG es im Laufe der Rechtsprechung und stellte es neben das Mächtigkeitskriterium.⁵⁹ Zu beobachten ist hierbei, dass der Senat in den jüngeren Entscheidungen tendenziell die Anforderungen an die Arbeitnehmerkoalitionen liberaler und differenzierter ausgestaltet. Dabei sollen keine unflexiblen Mindestanforderungen vorausgesetzt werden; vielmehr müssen die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden. Entscheidend ist hierbei, welches Betätigungsgebiet sich die Koalition selbst gesetzt hat. Agiert eine Gewerkschaft bundesweit und sind in ihr Arbeitnehmer einer Vielzahl von Berufen und Sparten organisiert, so sind die Anforderungen ungleich höher im Vergleich zu einem Verband, dessen Zuständigkeit auf eine Berufsgruppe beschränkt ist und der räumlich wenig Schwerpunkte hat.⁶⁰

⁵⁷ BAG v. 6.6.2000 – 1 ABR 10/99, AP Nr. zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 43.

⁵⁸ BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 53.

⁵⁹ BAG v. 9.7.1968 – 1 ABR 2/67, AP Nr. 25 zu § 2 TVG.

⁶⁰ BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 53.

a) Abschluss und Durchführung von Tarifverträgen

Vorausgesetzt wird, dass eine personelle Ausstattung vorhanden ist, die die Vorbereitung zum Abschluss von Tarifverträgen ermöglicht. Insbesondere sind davon die Fähigkeiten zur Beobachtung und Prognostizierung der konjunkturellen Entwicklung sowie weiterer Rahmenbedingungen umfasst, mit deren Erkenntnissen realistische und für die Arbeitgeberseite tragbare Tarifforderungen erstellt werden können. Die organisatorische Leistungsfähigkeit wird in diesem Punkt durch eine nennenswerte Anzahl bereits geschlossener Tarifverträge indiziert.⁶¹ Insoweit verläuft die Prüfung an dieser Stelle parallel zu derjenigen der sozialen Mächtigkeit.

Darüber hinaus muss ein Tarifvertrag überwacht und abgesichert werden.⁶² Hierzu wird von einer Gewerkschaft gefordert, dass sie die Umsetzung der tariflichen Regelungen überprüfen und im Falle eines Verstoßes Konsequenzen für die Arbeitgeberseite herbeiführen kann. Ferner muss die Koalition fähig sein, das Ergebnis der Tarifverhandlungen, das typischerweise einen Kompromiss zwischen den Forderungen des Arbeitnehmerverbandes und der Arbeitgeberseite darstellt, verbandsintern zu vermitteln und durchzusetzen. Bisher erfolgte Tarifvertragsabschlüsse entfalten hierbei lediglich begrenzte indizielle Wirkung. Zu hohe Anforderungen an die organisatorische Leistungsfähigkeit sollen hierbei vermieden werden, da somit selbst etablierte Gewerkschaften tarifunfähig werden könnten. Einer Gewerkschaft kann jedenfalls nicht schon dann die Tariffähigkeit aberkannt werden, wenn sie temporär die Überwachung der Einhaltung von Tarifverträgen nicht gewährleisten kann. Maßgeblich ist, dass sie im Falle einer möglichen Verletzung durch die Gegenseite reagieren kann. Insbesondere durch verbesserte Telekommunikationsmöglichkeiten ist die Erforderlichkeit einer personellen Präsenz vor Ort gesunken⁶³, sodass auch Koalitionen mit einer verhältnismäßig kleinen Personalausstattung diesem Kriterium gerecht werden können.

⁶¹ BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 74.

⁶² BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 53.

⁶³ BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 74; zuvor schon LAG Baden-Württemberg v. 1.10.2004, NZA-RR 2005, 85, 90.

b) Bewertung ehrenamtlicher Mitarbeiter

Grundsätzlich existiert kein Erfordernis, nach dem eine leistungsfähige Organisation auf Grundlage hauptamtlicher Beschäftigung aufbauen muss. Hielt das BAG früher einen vorwiegend ehrenamtlichen Personalapparat noch für unzureichend⁶⁴, so wird eine leistungsfähige Organisation laut jüngster Rechtsprechung dadurch nicht mehr ausgeschlossen. Dazu müssen die ehrenamtlichen Mitarbeiter entsprechend qualifiziert sein und die erforderlichen Kenntnisse besitzen.⁶⁵ Hierbei kam die Rechtsprechung der Forderung nach einer Lockerung dieses Kriteriums in der Literatur nach; dabei wird ausgeführt, dass es autonome Entscheidungen des Verbandes seien, welche Organisationsstrukturen dieser für sich wählt, so lange er dennoch in der Lage wäre, die an ihn gestellten Aufgaben zu erfüllen.⁶⁶ Entsprechend billigt das BAG nunmehr jeder Koalition die freie Wahl der eigenen Mittel zu.⁶⁷

c) Organisatorische Eigenständigkeit

Ferner muss eine Arbeitnehmerkoalition organisatorisch unabhängig und eigenständig im Verhältnis zu sog. Schwestergewerkschaften sein. Das BAG hat diese Voraussetzung erstmals im GKH-Beschluss begründet und erweitert das bis dahin auf Staat, Partei, Kirche und insbesondere den sozialen Gegenspieler bezogene Unabhängigkeitspostulat nun auf Kooperationen mit anderen Gewerkschaften. Dabei ist zu berücksichtigen, dass organisatorische Verflechtungen mit anderen Koalitionen grundsätzlich möglich sind.⁶⁸ Jedoch müssen die Mitarbeiter ihrem Verband loyal gegenüberstehen und gänzlich frei von den Weisungen anderer Gewerkschaften sein, sodass der Personalapparat nicht einen „verlängerten Arm“ einer fremden Koalition darstellt.⁶⁹ Gründe für diese Beurteilung lassen sich darin finden, dass Szenarien verhindert werden sollen, bei denen sich eine etablierte Gesellschaft eine Art „Tochterorganisation“ schafft, die zwar im eigenen Namen am Tarifgeschehen teilnimmt, allerdings über keine ausreichende eigenständige Willensbildung und Organisation verfügt und somit

⁶⁴ BAG v. 14.3.1978 – 1 ABR 2/76, AP Nr. 30 zu § 2 TVG, unter III. 4.

⁶⁵ Wank/Schmidt, RdA 2008, 257, 275.

⁶⁶ Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 2 TVG, Rn. 55; Henssler, Sozial. Mächtigkeit, S. 47.

⁶⁷ BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 54.

⁶⁸ Greiner, NZA 2011, 825, 826.

⁶⁹ BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 37.

nicht die Voraussetzungen, die zur Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer erforderlich sind, erfüllt. Zustimmung findet diese Betrachtungsweise unter dem Blickwinkel, dass im Zuge des Transparenzgebotes auf dem „Tarifmarkt“ die reelle Tariffmacht einer Gewerkschaft nicht verschleiert werden darf, um dadurch die Wahlentscheidung des Arbeitnehmers zugunsten einer Koalition zu beeinflussen.⁷⁰

4) Keine relative Tariffähigkeit

Die Tariffähigkeit kann nicht nur partiell für bestimmte Regionen, Sparten oder Branchen bestehen, sondern muss immer einheitlich festgestellt werden. Hat demnach eine Arbeitnehmerkoalition ihre soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit nachweisen können, so gilt sie für den satzungsmäßig beanspruchten Zuständigkeitsbereich im gesamten Bundesgebiet als tariffähig.⁷¹

Der Verzicht auf eine Relativierung der Tariffähigkeit wird in der Literatur kritisch betrachtet.⁷² Hierbei wird eine Inkonsistenz der Auslegung des Mächtigkeitskriteriums durch das BAG gesehen. Es sei dogmatisch nicht überzeugend, dass einer Gewerkschaft, deren satzungsmäßiges Tätigkeitsfeld sich auf Gesamtdeutschland erstreckt, bereits dann vollumfänglich in allen Tarifbereichen die Tariffähigkeit zugesprochen wird, obwohl sie nur Mitglieder in einem Teilbereich des Landes hat. Ebenso wenig erklärbar sei die Frage, weshalb bspw. eine im Bereich der Metallindustrie durchsetzungsstarke Gewerkschaft auch dann für die vom Satzungsbereich erfasste IT-Branche tariffähig sein soll, selbst wenn ihr nur wenige IT-Spezialisten angehören.⁷³ Im Umkehrschluss könne einem Arbeitnehmersverband mit einem regionalen Schwerpunkt die Tariffähigkeit nicht deshalb versagt werden, weil diese nur bundeseinheitlich anerkannt werden dürfe.⁷⁴

Die Rechtsprechung verneint die partielle Tariffähigkeit mit Verweis auf die zu wahrende Funktionalität des Tariffsystems.⁷⁵ Bei jedem Tarifvertrag wäre fraglich, ob die Arbeitnehmervereinigung die Durchsetzungskraft im jeweiligen räumlichen

⁷⁰ Greiner, NZA 2011, 825, 826.

⁷¹ BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 56 – 57.

⁷² Dütz, DB 1996, 2385, 2388.

⁷³ Henssler, Sozial. Mächtigkeit, S. 35 – 36.

⁷⁴ Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 2 TVG, Rn. 41.

⁷⁵ BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 57.

und fachlichen Bereich besitzt, womit tiefgreifende Bedenken in Bezug auf die Rechtssicherheit bestünden. Zudem können die räumlichen Grenzen, in denen die Tariffähigkeit besteht, schwer bestimmt werden.⁷⁶

5) Billigung durch das Bundesverfassungsgericht

Im Zuge der Entwicklung und Gestaltung des Mächtigkeitskriteriums wurde dieses zwischenzeitlich durch das BVerfG anerkannt und gebilligt. Allerdings dürften dabei keine Anforderungen an die Tariffähigkeit gestellt werden, die erheblich auf die Bildung und Betätigung einer Koalition zurückwirken und diese unverhältnismäßig stark einschränken; es darf nicht zur Aushöhlung der durch Art. 9 III GG verfassungsmäßig garantierten freien Koalitionsbildung und –betätigung führen. Die einzelnen Prüfungskriterien der sozialen Mächtigkeit sind damals ausdrücklich vom BVerfG als verfassungskonform anerkannt worden.⁷⁷

C.) Fazit

Da der Gesetzgeber auf eine Normierung der Tariffähigkeit verzichtet hat, ist die Rechtsprechung in diesem Punkt berufen. Das BAG muss sich hierbei innerhalb der Grenzen bewegen, die von Art. 9 III GG abgesteckt sind. Dazu muss es auf einem schmalen Grat zwischen den beiden Anforderungen durch Verfassung wandern: einerseits die Beachtung der Koalitionsfreiheit und andererseits die Gewährleistung eines funktionierenden Tarifsystems. Gewerkschaften können nicht per se tariffähig sein, sondern haben gewisse Mindestanforderungen zu erfüllen. Würde man im Grundsatz auf das Erfordernis einer Sozialmächtigkeit und organisatorischen Leistungsfähigkeit verzichten oder die Kriterien zu großzügig auslegen, bestünde die Gefahr, dass auch solche Arbeitnehmerkoalitionen als tariffähig gelten würden, die eine Auseinandersetzung mit dem sozialen Gegenspieler gar nicht aufzunehmen oder nicht durchzuhalten in der Lage sind und hierdurch der grundrechtlichen Berufung nach einer gleichgewichtigen Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht folgen können. Mangels Chancengleichheit bei den Tarifverhandlungen, wäre die Tarifautonomie in ihrer Funktion entscheidend beeinträchtigt. Es ist in Anbetracht der zahlreichen neuen Gewerkschaften beutender denn je, dass überwacht wird, ob die Koalitionen zum

⁷⁶ BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 58.

⁷⁷ BVerfG v. 20.10.1981 – 1 BvR 404/78

Erreichen der Tariffähigkeit missbräuchlich agieren und ein „race to the bottom“ auslösen.

Gleichzeitig muss berücksichtigt werden, dass auf Grund der Umstrukturierung der Arbeitswelt sich die Gewerkschaftslandschaft dahingehend verändert, dass die etablierten großen Gewerkschaften an Bedeutung verlieren und sich die Arbeitnehmer zunehmend in eigenen Koalitionen verselbstständigen. Unter Maßgabe des Gedankens, dass möglichst viele Arbeitnehmer dem Tarifschutz unterfallen sollen, müssen auch diese Arbeitnehmerverbände die Möglichkeit zu tarifpolitischen Gestaltung bekommen; andernfalls würde man die reelle Entwicklung am „Tarifmarkt“ vernachlässigen und die Monopol-gleiche Stellung der großen Gewerkschaften künstlich weiter aufrechterhalten.

Es ist freilich zu beobachten, dass das BAG seine Rechtsprechung im Laufe der Zeit bisweilen massiv verändert hat. Waren die Beschlüsse der 1980er Jahre geprägt von einer relativ restriktiven Handhabung der Kriterien, so sind die aktuelleren Beschlüsse wieder verstärkt koalitionsfreundlicher. Der erste Senat folgt damit der aktuellen Entwicklung der Gewerkschaftslandschaft. Handelte es sich bei der Entwicklung der Kriterien anfänglich um weit gefasste Tatbestandsmerkmale, sind diese im Laufe der Zeit immer mehr geschärft und ausdifferenziert worden, sodass die Umstände des Einzelfalls bei der Prüfung ausreichend Berücksichtigung finden.

Gleichzeitig bleibt fraglich, wie es in Zukunft um die Etablierung neuer Gewerkschaften bestellt sein wird, insb., welche Beeinträchtigungen der GKH-Beschluss mit sich bringt. Da im zeitlichen Zusammenhang mit der Gründung geschlossene Tarifverträge nur sehr begrenzt die Durchsetzungsfähigkeit indizieren, ist eine junge Arbeitnehmerkoalition angehalten, möglichst schnell die erforderliche Mitglieder- und Organisationsstärke zu erlangen. Das wird bei Spartengewerkschaften, deren Mitglieder die benannten Schlüsselpositionen bekleiden, auf Grund ihrer Druckausübungsfähigkeit durchaus gegeben sein. Arbeitnehmer, die hingegen verhältnismäßig leicht ersetzbar sind, sind bei kleinen Gewerkschaften kaum geeignet, diesen die Tariffähigkeit zu verleihen. In Folge dessen besteht die Gefahr, dass die aktuelle Rechtsprechung lediglich solche Gewerkschaften als tariffähig ansieht, deren Mitglieder zwar wirtschaftlich für den

Arbeitgeber unerlässlich sind, gleichzeitig aber – wie es bei den oben benannten Fällen der Fall ist – regelmäßig eine eher kleine Berufsgruppen darstellen. Gering qualifizierten Arbeitnehmern, die sich in einer schwächeren Verhandlungsposition befinden und demnach „schützenswerter“ sind, bliebe somit die Möglichkeit zur Gründung eigener Koalitionen versperrt.

Literaturverzeichnis

- Dütz, Wilhelm* Zur Entwicklung des Gewerkschaftsbegriffs, DB 1996, 2385 ff. [zitiert: *Däuble*, DB 1996].
- Greiner, Stefan* Der GKH-Beschluss – Evolution oder (erneute) Revolution der Rechtsprechung zur Tariffähigkeit?, NZA 2011, 825 – 830 [zitiert: *Greiner*, NZA 2011].
- Henssler, Martin* Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften – Das Beispiel der Christlichen Gewerkschaft Metall, 1. Aufl., Baden-Baden 2006 [zitiert: *Henssler*, Sozial. Mächtigkeit].
- Hromadka, Wolfgang/
Maschmann, Frank* Arbeitsrecht Bd. 2, 5. Aufl, Heidelberg 2010 [zitiert: *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht II].
- Löwisch, Manfred/
Rieble Volker* Tarifvertragsgesetz-Kommentar, 2. Aufl., München 2004 [zitiert: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz].
- Müller-Glöge, Rudi/
Schmidt, Ingrid/
Preis, Ulrich (Hrsg.)* Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Tarifvertragsgesetz, 12. Aufl., München 2012 [zitiert: *ErfK/Bearbeiter*, TVG].
- Oetker, Hartmut/
Richardi, Reinhard/
Wißmann, Hellmut
(Hrsg.)* Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2009 [zitiert: *MüArbR/Bearbeiter*].
- Schaub, Günter* Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl., München 2011 [zitiert: *Schaub*, Arbeitsrechthandbuch].

Antiplagiatserklärung

Hiermit versichere ich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und nur mit den angegebenen Quellen und Hilfsmitteln angefertigt habe. Alle Stellen der Arbeit, die ich anderen Werken dem Wortlaut oder dem Sinne nach entnommen habe, sind kenntlich gemacht.

Berlin, 24.01.2012