

Fassung . . . " Der Arbeitgeber gliedert die Vertriebsabteilung auf eine Handelsgesellschaft aus, dort gilt das Tarifvertragswerk für den Groß- und Außenhandel. Der Wortlaut dieser sog. großen dynamischen Bezugnahmeklausel verweist jetzt auch in ihrem Wortlaut auf den neuen Tarifvertrag des neuen Arbeitgebers nach dem Branchen- und Inhaberwechsel.

Verwendet der Arbeitgeber solche Tarifwechselklauseln, bleibt eine von der Rechtsprechung bislang nicht geklärte Frage noch offen. Nicht geklärt ist weiterhin, ob eine solche Tarifwechselklausel, die bei Abschluss des Arbeitsvertrages, also vor einem späteren Betriebsübergang, vereinbart wurde, auch tarifliche Rechte ablösen kann, deren Fortbestand nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in den Arbeitsverhältnissen der Gewerkschaftsmitglieder besonders gesichert ist<sup>6</sup>.

## V. Zusammenfassung

Die angekündigte Trendwende in der Rechtsprechung zur Gleichstellungsabrede hat erhebliche Auswirkungen auf die Gestaltung von Arbeitsbedingungen insbesondere nach einem Ver-

bandsaustritt oder einem Betriebsübergang. Sie zwingt zu einer sehr sorgfältigen Arbeitsvertragsgestaltung. Schreibt der Arbeitgeber mit den bisher üblichen Bezugnahmeklauseln eine Pflicht zur Übernahme jeder künftigen Tarifierhöhung fest, kostet dies z. B. in einem Betrieb mit 5000 Mitarbeitern bei einem Durchschnittseinkommen von 2000 € monatlich bei jeder dreiprozentigen Tariflohnerhöhung 300 000 € monatlich bzw. 3,6 Mio. € jährlich. Aber betroffen sind nicht nur Arbeitgeber, die durch Verbandsaustritt Kosten senken wollen („Tariffucht“). Dienstleistungsunternehmen, wie z. B. IT-Anbieter, wachsen durch Übernahme von Betriebsteilen. Ihnen wird es mit dem Rechtswandel erheblich erschwert, Arbeitsbedingungen zu vereinheitlichen. Die Änderungskündigung ist dazu kaum ein taugliches Mittel. Im Übrigen zeigt sich einmal mehr, dass die Erstreckung der AGB-Kontrolle auf Arbeitsverträge keine gesetzgeberische Glanzleistung ist.

6... Zum Meinungsstand *Annuß*, ZfA 2005 S. 405 (455), m. w. N.; *Bauer/Haußmann*, DB 2003 S. 610 (613)

Dr. Eva Kocher, Hamburg

# Relative Durchsetzungsfähigkeit: Notwendige oder hinreichende Bedingung der Tariffähigkeit?

## I. Einleitung

In der letzten Zeit ist vereinzelt vertreten worden, Tariffähigkeit i. S. des § 2 Abs. 1 TVG sei „relativ“ zu verstehen, das heißt in Bezug auf den konkreten Geltungsbereich des jeweils angestrebten bzw. abgeschlossenen Tarifvertrags. Die Theorie von der „relativen Tariffähigkeit“ beruft sich zu Unrecht auf die herrschende Meinung und ständige Rechtsprechung zu den Kriterien für die Bestimmung der Tariffähigkeit. Zutreffend ist allerdings, dass die relative Durchsetzungsfähigkeit einer Organisation im Einzelfall eines unter mehreren Indizien für die Bejahung der Tariffähigkeit sein kann. Mit den Wirkungen und Funktionen eines Tarifvertrags nach deutschem Recht ist es jedoch nicht vereinbar, relative Durchsetzungsfähigkeit als notwendige Bedingung der Tariffähigkeit zu verlangen.

## II. Die Theorie von der „relativen Tariffähigkeit“

Wie zuvor schon *Dütz* vertritt *Rieble* seit einiger Zeit eine „Theorie von der relativen Tariffähigkeit“. Die Frage der Tariffähigkeit könne nicht nur bundesweit insgesamt bejaht oder verneint werden<sup>1</sup>, und für eine einzige Organisation gebe es kein „Alles-oder-Nichts-Prinzip“. Vielmehr sei die Tariffähigkeit auf die jeweilige Tarifvertragsordnung bezogen und damit „relativ“ zu prüfen<sup>2</sup>. Maßgeblich für die Tariffähigkeit sei die Durchsetzungsfähigkeit im sachlichen und räumlichen Geltungsbereich des jeweils konkret angestrebten oder abgeschlossenen Tarifvertrags. Tariffähigkeit sei also im Hinblick auf konkrete Tarifabschlüsse gebiets- und branchenmäßig<sup>3</sup> oder gar zusätzlich gar personell auf bestimmte Berufsgruppen<sup>4</sup> differenziert zu betrachten.

Das Argument ist bisher vor allem in den Auseinandersetzungen um die Tariffähigkeit der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM) verwendet worden<sup>5</sup>. Kleine und „neue“ Koalitionen hätten faktisch nur eine Chance, sich im Wettbewerb der Koalitionen und Gewerkschaften durchzusetzen, wenn sie beschränkt auf einen kleineren Bereich mit der Ausübung der Tarifautonomie begännen. Auch müsse es jeder Koalition erlaubt sein, ihre Kräfte auf einen bestimmten (Tarif-)Bereich zu konzentrieren.

Die Koalitionsfreiheit erlaube es insofern nicht, bei „relativer“ Durchsetzungs- und Leistungsfähigkeit die Tariffähigkeit zu ver-sagen.

Daraus wird dann die weitere Konsequenz gezogen, die relative Tariffähigkeit im jeweiligen Tarifbereich sei auch notwendige Bedingung der Tariffähigkeit. Es gebe keine „Stammtariffähigkeit“; alle Verbände (insbes. auch die DGB-Gewerkschaften einschließlich der IG Metall) müssten ihre Tariffähigkeit in bestimmten Bereichen (z. B. dem Handwerk) anzweifeln lassen<sup>6</sup>.

Das BAG hat diese Frage noch nicht entschieden. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1996, in der die Fähigkeit der DAG zum Abschluss eines Firmentarifvertrags bestritten worden war, behandelte das Gericht nur prozessuale Fragen der Verfahrensaussetzung und ging auf die materiell-rechtliche Frage nicht ein<sup>7</sup>. Die Literatur nahm den Fall lediglich zum Anlass, die Theorie der relativen Tariffähigkeit abzulehnen<sup>8</sup>.

Dr. Eva Kocher ist Privatdozentin in Hamburg, zurzeit an der Humboldt-Universität zu Berlin

1... *Dütz*, DB 1996 S. 2388.

2... Ausführlich schon zur Problematik der „relativen Tariffähigkeit“ in Hinblick auf Haustarifverträge *Doerlich*, Die Tariffähigkeit der Gewerkschaft, 2002, S. 243 ff., die allerdings im Ergebnis (S. 287 ff.) gegen deren Anerkennung eintritt; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 2 TVG, Rdn. 37 ff.; *Rieble*, FS Wiedemann, 2002, S. 529.

3... *Dütz*, DB 1996 S. 2389; *Rieble*, a.a.O. (Fn. 2), S. 532 f.

4... *Rieble*, a.a.O. (Fn. 2), S. 531.

5... Vgl. insbes. die Darstellung des Tarifstreits bei Jenoptik durch den Personalvorstand des Unternehmens in *Schleef/Oetker*, Tarifpolitik im Wandel, 2000, S. 1 ff.

6... *Rieble*, a.a.O. (Fn. 2), S. 531; *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 42.

7... BAG vom 25. 9. 1996 – 1 ABR 25/96, DB 1997 S. 584.

8... *Oetker*, Anm. zu BAG vom 25. 9. 1996, a.a.O. (Fn. 7); *ders.*, in: *Wiedemann/Oetker*, TVG, 6. Aufl. 1999, § 2 TVG, Rdn. 314; *Ben-ecke*, Anm. zu BAG, SAE 1998 S. 65. Überblick bei *Oetker*, a.a.O. (Fn. 5), S. 78; *Richardi*, NZA 2004 S. 1029; ausführlich zum Meinungsstand *Doerlich*, a.a.O. (Fn. 2), S. 263 ff. und im Ergebnis dagegen (S. 287 ff.).

### III. Tariffähigkeit und soziale Mächtigkeit

#### 1. Die Anforderungen des § 2 Abs. 1 TVG

Im deutschen Recht ist zwischen dem Begriff der Koalition i. S. des Art. 9 Abs. 3 GG und dem der Tariffähigkeit nach § 2 Abs. 1 TVG zu unterscheiden. Für die Tariffähigkeit ist mehr zu verlangen als nur, dass die Organisation Trägerin des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG sei<sup>9</sup>. Zur Koalitionsfreiheit gehört zwar die Möglichkeit zum Abschluss von Kollektivverträgen. Ihr wird jedoch damit genügt, dass jede Koalition schuldrechtlich wirkende Kollektivverträge zugunsten Dritter oder Rahmenverträge außerhalb des TVG abschließen kann<sup>10</sup>. Für den Abschluss von Tarifverträgen mit den Rechtsfolgen der §§ 3 bis 9 TVG bedarf es hingegen zusätzlich der „Tariffähigkeit“<sup>11</sup>.

#### a) Rechtsprechung des BAG

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG setzt Tariffähigkeit i. S. des § 2 Abs. 1 TVG für Arbeitnehmervereinigungen<sup>12</sup> über die Koalitionseigenschaft nach Art. 9 Abs. 3 GG hinaus<sup>13</sup> insbes. „soziale Mächtigkeit“ voraus<sup>14</sup> – ein funktionales Äquivalent der „Repräsentativität“, wie sie in anderen Rechtsordnungen als Voraussetzung der Kollektivvertragsfähigkeit gefordert wird<sup>15</sup>. Der Begriff der sozialen Mächtigkeit habe zwei Aspekte, den der Durchsetzungsfähigkeit gegenüber dem sozialen Gegenspieler und den der Leistungsfähigkeit<sup>16</sup>. Durchsetzungsfähigkeit bedeute die Möglichkeit, Druck ausüben zu können. Sie könne sich entweder aus der Anzahl der Mitglieder oder aus deren Stellung im Arbeitsleben ergeben. Der Begriff der Leistungsfähigkeit wiederum verweist auf die organisatorischen Voraussetzungen, die eine Arbeitnehmervereinigung mitbringen müsse, um einen Tarifabschluss vorzubereiten, der Mitgliedschaft zu vermitteln und tatsächlich durchzuführen.

Nachdem das BVerfG die Kernbereichsformel aufgegeben hat, haben sowohl das BVerfG<sup>17</sup> wie das BAG die Geltung dieser Grundsätze wiederholt bestätigt, das BAG vor allem im CGM-Beschluss vom 6. 6. 2000<sup>18</sup>. Für die Auslegung ist danach auch Leitsatz A (Generelle Leitsätze) III (Sozialunion) 2. des Staatsvertrags zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zu berücksichtigen: „Tariffähige Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände müssen [. . .] in der Lage sein, durch Ausüben von Druck auf den Tarifpartner zu einem Tarifabschluss zu kommen“<sup>19</sup>. Ihm komme ein ähnlicher Status zu wie gesetzgeberischen Begründungserwägungen zu § 2 Abs. 1 TVG<sup>20</sup>.

#### b) Grundsätzliche Einwände gegen das Merkmal der „sozialen Mächtigkeit“

Das Merkmal der „sozialen Mächtigkeit“ ist unter den Anforderungen an die Tariffähigkeit die umstrittenste. Eingewandt wurde zunächst, diese Anforderung würde die Gründung neuer Gewerkschaften verhindern und entspräche einem Parteiverbot<sup>21</sup>. Dieser Einwand richtet sich in erster Linie dagegen, zu strenge Voraussetzungen für die Geltendmachung einer generellen Gewerkschaftseigenschaft aufzustellen. Sie richtet sich insofern vor allem gegen die Vorstellung von einem einheitlichen Gewerkschaftsbegriff<sup>22</sup>. Der ist allerdings auf dem Rückzug; überwiegend wird zu Recht davon ausgegangen, dass der Begriff der „Gewerkschaft“ von Gesetz zu Gesetz unterschiedlich, d. h. funktional auf den jeweiligen Gesetzeszweck hin zu interpretieren sei<sup>23</sup>. Bei einem solchen Verständnis der Tariffähigkeit verliert eine Organisation, der sie abgesprochen wird, lediglich die Kompetenz zum Abschluss von Tarifverträgen i. S. des TVG.

*Gamillscheg* hat gegen das Merkmal der sozialen Mächtigkeit auch eingewandt, hierin sei ein Gegengewichtsprinzip normiert, das nicht justiziabel sei. Durch die weite Begrifflichkeit ergebe sich eine zu große Macht der Gerichte<sup>24</sup>. Außerdem sei das Kriterium in der Praxis nicht durchzuhalten; wende man es strikt

an, müssten zu viele Tarifverträge gekippt werden<sup>25</sup>. *Gamillscheg* vertritt allerdings selbst die Meinung, ein Tarifvertrag dürfe dann nicht anerkannt werden, wenn er eine ganz offensichtliche Gefälligkeitsleistung gegenüber einem Arbeitgeber darstelle<sup>26</sup>. Selbst für eine bloße Missbrauchskontrolle bedarf es eines

- 9... BAG vom 14. 3. 1978 – 1 ABR 2/76, DB 1978 S. 1279 = AP Nr. 30 zu § 2 TVG (GKD); zustimmend z. B. *Deinert*, AuR 2004 S. 213.
- 10... Vgl. BAG vom 16. 2. 2000 – 4 AZR 14/99, DB 2000 S. 429 = AP Nr. 54 zu § 2 TVG; BAG vom 14. 4. 2004 – 4 AZR 322/03, (veröffentlicht in der juris-Datenbank unter Nr. KARE600011101).
- 11... Ausführlich und methodisch zu diesem Typusbegriff und der dabei notwendigen Rechtsfortbildung *Herschel*, AuR 1976 S. 229.
- 12... Zur unbeschränkten Tariffähigkeit einzelner Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände siehe insbes. BAG vom 20. 11. 1990 – 1 ABR 62/89, DB 1991 S. 1027 = AP Nr. 40 zu § 2 TVG; für einzelne Arbeitgeber auch BAG vom 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, DB 2003 S. 1116 = BB 2003 S. 1125; bestritten für Arbeitgeberverbände unter Hinweis auf den Staatsvertrag *Gitter*, FS Kissel, 1994, S. 265; genauso *Schrader*, NZA 2001 S. 1341; *Hanau*, NZA 2003 S. 129 (Tariffähigkeit einzelner Arbeitgeber ohne Rücksicht auf Stärke sei nur ein Notbehelf); *Dieterich*, in: *ErFK*, 5. Aufl. 2005, Art. 9, Rdn. 66; *Schaub*, ebenda, § 2 TVG, Rdn. 17 (Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers beruhe auf der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften).
- 13... Vgl. aber auch BVerfG vom 19. 10. 1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20 S. 312 (319 f.); kein Tarifmonopol der Koalitionen.
- 14... *Däubler/Peter*, TVG, 2003, § 2 TVG, Rdn. 10 ff.; *ErFK/Schaub*, § 2 TVG, Rdn. 10; vgl. die Darstellung von „dualistischem“ und „monistischem“ Modell bei *Suckow*, Gewerkschaftliche Mächtigkeit als Determinante korporatistischer Tarifsysteme, 2000, S. 39 ff.
- 15... S. a. schon *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, 1997, S. 428; Durchsetzungsfähigkeit als deutsche Ausformung des Begriffs der Repräsentativität; genauso *Deinert*, AuR 2004 S. 214.
- 16... BAG vom 9. 7. 1968 – 1 ABR 2/67, DB 1968 S. 807.
- 17... BVerfG vom 24. 2. 1999 – 1 BvR 123/93, BVerfGE 100 S. 214 (223) = DB 1999 S. 2422. Die Kontinuität erklärt sich daraus, dass das BVerfG bereits in seiner grundlegenden Entscheidung zur DAV ein strenges Verhältnismäßigkeitsprinzip angewandt hatte: BVerfG vom 20. 10. 1981 – 1 BvR 404/78, BVerfGE 58 S. 233 (248 ff.) = DB 1982 S. 231.
- 18... BAG vom 6. 6. 2000 – 1 ABR 21/99, DB 2001 S. 103 = AP Nr. 9 zu § 97 ArbGG 1997 (CGM). Einen Überblick über die Rechtsprechung zu christlichen Gewerkschaften gibt *Oetker*, a.a.O. (Fn. 5), S. 67 ff. Siehe auch BAG vom 14. 12. 2004 – 1 ABR 51/03, DB 2005 S. 1117 = ZTR 2005 S. 83 f. = AuR 2005 S. 28 f. zu Ufo e.V. LAG-Entscheidungen aus der letzten Zeit: LAG Berlin vom 21. 6. 1996 – 6 Ta BV 2/96, AP Nr. 48 zu § 2 TVG (GKD); LAG Frankfurt am Main vom 8. 8. 2003 – 12 Ta BV 138/01 (UFO).
- 19... Staatsvertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18. 5. 1990 (BGBl. II S. 518).
- 20... BAG vom 6. 6. 2000, a.a.O. (Fn. 18); vgl. auch *Löwisch/Rieble*, a.a.O. (Fn. 2), § 2 TVG, Rdn. 7; unverbindliche Auslegungshilfe.
- 21... *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 15), S. 433 f. Für einen Überblick über die Einwände siehe auch *Eitel*, Die Ungleichbehandlung der repräsentativen und nicht repräsentativen Gewerkschaften durch den Staat, 1991, S. 55 ff. Eine Analogie mit Parteien verwendet auch BVerfG vom 20. 10. 1981, a.a.O. (Fn. 17).
- 22... So ausdrücklich *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 15), S. 435 ff. Zum einheitlichen Gewerkschaftsbegriff der Rechtsprechung: BAG vom 6. 7. 1956 – 1 AZB 18/55, BAGE 4 S. 351 ff.; BAG vom 23. 4. 1971 – 1 ABR 26/70, BAGE 23 S. 320 (324) = DB 1971 S. 1577; BAG vom 15. 3. 1977 – 1 ABR 16/75, BAGE 29 S. 72 (79) = DB 1977 S. 772 = AP Nr. 24 zu Art. 9 GG.
- 23... *Oetker*, Anm. zu BAG AP Nr. 55 zu § 2 TVG; *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 15), S. 435 ff. und *ders.*, FS *Herschel*, 1982, S. 99 ff.; *Franzen*, RdA 2001 S. 7; *Rieble*, a.a.O. (Fn. 2), S. 528; *Däubler*, Einl., Rdn. 97 zu Einzelheiten; *Dütz*, DB 1996 S. 2390; *Eitel*, a.a.O. (Fn. 21), S. 63 ff. In diese Richtung auch schon BVerfG vom 22. 10. 1985 – 1 BvL 44/83, BVerfGE 71 S. 81 (104); *Wiedemann*, Anm. zu BAG vom 15. 3. 1977 – 1 ABR 16/75, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG. Vgl. aber auch *Doerlich*, a.a.O. (Fn. 2), S. 148 f. für einen neuen einheitlichen Gewerkschaftsbegriff, in dem sich die Rechtsfolge der Tariffähigkeit aus dem Gewerkschaftsbegriff herleitet.
- 24... *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 15), S. 431; *ders.*, FS *Herschel*, 1982, S. 99 ff.
- 25... *Gamillscheg*, FS *Herschel*, 1982, S. 115.
- (Fußnote 26 auf S. 2818).

qualitativen Prüfungsmaßstabs<sup>27</sup>. Will man aber hierbei keine Inhaltskontrolle von Tarifverträgen vornehmen, so bleibt als Alternative nur der Weg der Verfahrenskontrolle<sup>28</sup> – und dieser Weg wird mit dem Kriterium der sozialen Mächtigkeit als Bedingung der Tariffähigkeit beschränkt.

### c) Tarifvertragsfunktionale Auslegung

Der Vergleich mit den politischen Parteien zeigt eine Gefahr der Diskussion auf: Die grundrechtlichen Zusammenhänge können nicht nur zu einer „Überhöhung der Koalitions- zur Geistesfreiheit“ verführen<sup>29</sup>, die bei einheitlichem Gewerkschaftsbegriff durchaus nachvollziehbar wäre, sondern auch zu einem Ineinssetzen der Tariffähigkeit mit der Kollektivvertragsfreiheit. Dem ist nur zu entgehen, wenn das Mächtigkeitskriterium funktionalteleologisch, d. h. in engem Bezug auf die spezifischen Funktionen der Tariffähigkeit verstanden wird.

Eine solche „tarifvertragsfunktionale“ Auslegung liegt bereits in den Anforderungen an die soziale Mächtigkeit, wie sie in Rechtsprechung sowie A.III.2. des Staatsvertrags über die Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion formuliert wird: Es geht um die Fähigkeit, durch Ausüben von Druck „zu einem Tarifabschluss zu kommen“. Mit einer solch funktionalen Auslegung begründet auch das BVerfG seine Anforderung der „Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler“, denn es weist darauf hin, das Grundrecht der Koalitionsfreiheit verbiete es, „die Tariffähigkeit von Umständen abhängig zu machen, die nicht von der Sache selbst gefordert sind“<sup>30</sup>. Eine solche strenge Anwendung von Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit muss gerade nach Aufgabe der Kernbereichslehre gelten<sup>31</sup>. Sie setzt allerdings voraus, dass geklärt ist, worin eigentlich die „Sache selbst“ besteht, d. h. was eigentlich die Ausübung der Tarifautonomie durch den Abschluss von Tarifverträgen nach dem TVG ausmacht.

## 2. Soziale Mächtigkeit und Tarifvertragsfunktionalität

In der Rechtsprechung wird als zentraler Zweck der Tarifautonomie genannt, mit ihr solle eine sinnvolle Gestaltung des Arbeitslebens durch Tarifverträge sichergestellt werden<sup>32</sup>. Unabhängig davon, ob man mit dem Merkmal „sinnvoll“ gesamtwirtschaftliche Ordnungsvorstellungen verbindet oder nicht<sup>33</sup>: Dieser Satz sagt jedenfalls kaum etwas über die spezifischen Kennzeichen der Tarifautonomie aus; schließlich ist es Aufgabe jeder norm- und standardsetzenden Institution, insbes. auch des Gesetzgebers und anderer, das Arbeitsleben sinnvoll zu gestalten. Was macht also die „Gestaltung des Arbeitslebens“ durch Tarifverträge aus?

### a) Rechtswirkungen von Tarifverträgen

Tarifautonomie bedeutet im deutschen Recht mehr als lediglich die Befugnis zum Abschluss schuldrechtlicher Koalitionsverträge<sup>34</sup>. Mit dem TVG erhalten die Tarifparteien die Möglichkeit der Normsetzung. Tarifverträge haben unmittelbare und zwingende Wirkung zwischen den beiderseits Tarifgebundenen (§ 4 Abs. 1 TVG).

Darauf beschränken sich die Wirkungen eines Tarifvertrags nicht. Allein schon die weite Verbreitung individualvertraglicher Bezugnahmeklauseln bewirkt, dass der einzelne Arbeitnehmer und die einzelne Arbeitnehmerin faktisch einem vom Arbeitgeber angewandten Tarifvertrag nicht entfliehen können<sup>35</sup>.

Aber nicht nur die Mitglieder der Tarifvertragsparteien<sup>36</sup> sowie die Arbeitsvertragsparteien, auch der Gesetzgeber vertraut darauf, dass tariflichen Regelungen eine gewisse „Richtigkeit“ zukomme, und zwar nicht nur für die Tarifgebundenen. Man mag die Legitimität dieser Annahme bestreiten, insbes. für Minderheiten, die kaum gewerkschaftlich organisiert sind<sup>37</sup>: De lege lata ist es den Tarifparteien in tarifdispositivem Recht erlaubt, von gesetzlichen Rechtsstandards abzuweichen (§ 13 BUrlG,

§§ 7, 12 ArbZG, §§ 13 Abs. 3, 22 Abs. 2 TzBfG, § 622 Abs. 4 BGB, § 4 Abs. 4 EFG, § 21a JArbSchG, § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 und 3 AÜG oder § 3 BetrVG, §§ 48 Abs. 2, 101 Abs. 1, 2 ArbGG) – auch zu Ungunsten der Arbeitnehmer und auch mit Wirkung für Nicht-Tarifgebundene<sup>38</sup>. Tarifliche Normen werden darüber hinaus anders als individualvertragliche Allgemeine Arbeitsbedingungen nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB nicht auf ihre Angemessenheit kontrolliert. Und schon die Existenz einer gleichlautenden tariflichen Regelung bewirkt nach § 307 Abs. 4 Satz 3 BGB, dass individualvertragliche Bestimmungen nicht mehr kontrollierbar sind. Nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG scheidet auch die Mitbestimmung des Betriebsrats aus, wo bereits eine tarifliche Regelung besteht. Zuletzt seien die Wirkungen des (umstrittenen<sup>39</sup>) Grundsatzes der „Tarifeinheit“ erwähnt, dessentwegen nach Meinung des BAG die Geltung eines Tarifvertrags die normative Geltung weiterer Kollektivvereinbarungen im selben Betrieb hindern könne<sup>40</sup>. Zu all diesen unmittelbaren Tarifwirkungen kommen noch die Möglichkeiten der Geltungserstreckung von Tarifverträgen auf Nicht-Tarifgebundene durch Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG oder Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3 AEntG sowie die wettbewerbsrechtlichen Wirkungen tariflicher Mindeststandards<sup>41</sup>.

### b) Legitimation der Rechtswirkungen

Wie die Normwirkung von Tarifverträgen formell legitimiert sei, ob als delegierte Rechtsetzung im öffentlichen Interesse<sup>42</sup> oder als Ausdruck der kollektiv ausgeübten Privatautonomie<sup>43</sup>, das ist

- 26... *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 25). So auch jetzt wieder *Bayreuther*, BB 2005 S. 2635 f. Der Darstellung in *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 15), S. 433 f. lässt sich entnehmen, dass er eine Regelung für angemessen hielt, die in etwa der 5%-Hürde bei politischen Parteien entspräche.
- 27... Dementsprechend muss auch *Bayreuther*, BB 2005 S. 2641 letztlich doch entsprechende Kriterien verwenden.
- 28... Zum Umfang der Inhaltskontrolle siehe BAG vom 25. 6. 2003 – 4 AZR 405/02, DB 2005 S. 290; vgl. *ErfK/Dieterich*, Einl. GG, Rdn. 48; *Löwisch/Rieble*, Grundl., Rdn. 53 ff.; für eine stärkere Inhaltskontrolle als Alternative zur Prüfung der sozialen Mächtigkeit aber *Eitel*, a.a.O. (Fn. 21), S. 143 ff.; *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 23); enger *Wiedemann*, FS Dieterich, 1999, S. 675.
- 29... *Herschel*, a.a.O. (Fn. 11).
- 30... BVerfG vom 20. 10. 1981, a.a.O. (Fn. 17); bestätigt in BVerfG vom 24. 2. 1999, a.a.O. (Fn. 17). Vgl. auch *Kempfen*, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 736: „form follows function“.
- 31... LAG Baden-Württemberg, vom 1. 10. 2004 – 4 Ta BV 1/04 (n. rkr.), AuR 2005 S. 335 (m. Anm. *Kocher*) unter Berufung auf *Richardi*, a.a.O. (Fn. 8), S. 1027. *Richardi* selbst weist dort allerdings darauf hin, dass sich das meiste in der Sache bereits aus der bisherigen Auslegung in der Rechtsprechung ergebe.
- 32... Siehe insbes. BVerfG vom 20. 10. 1981, a.a.O. (Fn. 17); BVerfG vom 24. 2. 1999, a.a.O. (Fn. 17).
- 33... Dafür *Kempfen*, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 734 ff.; *Thüsing*, ebenda, S. 900 ff; dagegen *Richardi*, a.a.O. (Fn. 8), S. 1028; differenziert *ErfK/Dieterich*, Art. 9 GG, Rdn. 52 (mit „sozialstaatlichen Funktionen“ und der „Verfassungserwartung“ seien nicht notwendig auch Verfassungsaufträge oder Regelungspflichten verbunden).
- 34... *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 36.
- 35... *Rieble*, ZfA 2000 S. 26 (keine exit-Option); *ErfK/Dieterich*, Art. 9, Rdn. 58; *Schüren*, RdA 1988 S. 147; siehe auch empirisch *Ellgut/Kohaut*, WSI-Mitt. 2005 S. 398.
- 36... *Dieterich*, FS Schaub, 1998, S. 121 zum Richtigkeitsvertrauen der Mitglieder.
- 37... *Schüren*, a.a.O. (Fn. 35), S. 148.
- 38... Dazu auch *Kempfen*, a.a.O. (Fn. 33), S. 746 f.; zur Kontrolle der immanenten Grenzen der Dispositionsbefugnis siehe auch *Schüren*, ebenda, S. 880 f.; S. 885 f. insbes. für die Leiharbeit.
- 39... Kritisch zur Rspr. z. B. *Franzen*, RdA 2001 S. 7; *Bayreuther*, BB 2005 S. 2639 f. *Kempfen*, NZA 2003 S. 417 (Spezialitätsprinzip nur als Auslegungsregel); genauso *Hanau*, a.a.O. (Fn. 12), S. 131.
- 40... Vgl. BAG vom 4. 12. 2002 – 10 AZR 113/02, DB 2003 S. 1067; BAG vom 5. 9. 1990 – 4 AZR 59/90, DB 1990 S. 2527.
- 41... Vgl. *Kocher*, GRUR 2005 S. 648.
- (Fußnote 42 u. 43 auf S. 2819).

streitig. Die Auseinandersetzung hat in erster Linie verfassungsrechtliche Konsequenzen; umstritten ist vor allem der Umfang der Grundrechts- und Verfassungsbindung der Tarifparteien sowie die Frage, inwieweit Tarifwirkungen unmittelbar durch Art. 9 Abs. 3 GG garantiert sind. Die unterschiedlichen Tarifwirkungen des einfachen Rechts lassen sich jedoch weder allein privatautonom noch allein durch Delegation staatlicher Rechtssetzung erklären. Die tarifliche Standardsetzung unterscheidet sich also sowohl von rein privatautonom begründeten Verträgen als auch von der rein demokratisch legitimierten Rechtsetzung.

Ohnehin ist man sich über die sachlich-inhaltliche Legitimation einiger als über die formelle: Sachlich ist die Subsidiarität staatlicher gegenüber der tariflichen Rechtsetzung durch eine vom Verfassungsgeber angenommene „Sachgerechtigkeit“ bzw. „Richtigkeitsgewähr“<sup>44</sup> oder „Richtigkeitschance“<sup>45</sup> tariflicher Regelungen legitimiert.

Die auf einfachrechtlicher Ebene über § 4 Abs. 1 TVG hinaus gehenden Tarifwirkungen drücken ein Richtigkeitsvertrauen auch des Gesetzgebers in die tariflichen Regelungen aus<sup>46</sup>. Dagegen ist zwar eingewandt worden, hierbei handele es sich zum Teil lediglich um einen „Gleichbehandlungsreflex“<sup>47</sup>, da der Gesetzgeber, wenn er lediglich den Tarifvertrag von gerichtlicher Kontrolle freistelle, einen Druck zum Eintritt in die Koalition schaffe. Diese Auffassung übersieht jedoch, dass mit der negativen Koalitionsfreiheit nicht notwendig ein Recht des „Trittbrettfahrens“ verbunden ist; der Gesetzgeber darf durchaus Tarifverträgen nach dem TVG wettbewerblichen Leistungsschutz verschaffen. Zum anderen bedarf der Gesetzgeber für eine Übertragung von Tarifwirkungen auch der materiellen Legitimation. Die „Gleichbehandlung“ von Nicht-Tarifgebundenen darf aus verfassungsrechtlichen Gründen nur erfolgen, wenn es sachlich-inhaltlich angemessen ist; die sachlich-inhaltliche Angemessenheit der Regelungen lässt sich aber nur durch ein entsprechendes Vertrauen des Gesetzgebers in die Richtigkeit tariflicher Regelungen auch für Nichtorganisierte begründen.

### c) Tarifvertragsfunktionale Auslegung der sozialen Mächtigkeit

Wegen dieses Richtigkeitsvertrauens und der Rechtswirkungen kann nicht einfach auf die „natürliche Auslese“ und den Wettbewerb zwischen Tarifverträgen unterschiedlichster Akteure vertraut werden<sup>48</sup>. Da eine stärkere Inhaltskontrolle abgeschlossener Tarifverträge überwiegend und zu Recht abgelehnt wird, bleibt nur das funktionale und prozedurale Äquivalent einer präventiven Prüfung der „sozialen Mächtigkeit“<sup>49</sup>.

Für neu entstehende Koalitionen ist es allerdings bereits faktisch nicht leicht, sich gegenüber bereits bestehenden durchzusetzen; dies sind generelle Schwierigkeiten des Neueintritts auf einen Markt. Aber „durch die tatsächlichen Schwierigkeiten, die sich aus der Existenz der bestehenden für die Gründung neuer Koalitionen ergeben, wird die Koalitionsfreiheit nicht beeinträchtigt; ob eine Koalition sich im Arbeitsleben bilden und behaupten kann, wird durch den Wettbewerb unter den verschiedenen Gruppen bestimmt“<sup>50</sup>. Durch die Anforderungen an die Tariffähigkeit erhöhen sich Zugangsschranken nun noch etwas, denn ein Tarifvertrag i. S. des TVG wird damit häufig erst nach Erreichen einer bestimmten Marktstellung („Mächtigkeit“) abgeschlossen werden können. Diese Zugangsschranken sind jedoch sachlich gerechtfertigt: Die Kriterien für die soziale Mächtigkeit sind Kriterien für die sachliche Eignung einer Organisation als Tarifvertragspartei<sup>51</sup>.

Und diese Eignung ist funktional zu bestimmen. Der Annahme einer Richtigkeitschance tariflicher Regelungen liegt zunächst ein prozedurales, marktförmiges Grundmodell zu Grunde, wonach das „freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte (. . .) die gegen-

sätzliche Interessen der am Wirtschafts- und Sozialleben Beteiligten ausbalanciert“<sup>52</sup>. Dieses ökonomische Gegenmachtprinzip setzt „Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler“ voraus<sup>53</sup>, das zentrale Kriterium für die „Tariffähigkeit“.

*Richardi* hat dagegen vorgeschlagen<sup>54</sup>, im Interesse größerer Rechtsklarheit nicht das faktische Machtpotenzial, sondern nur zu prüfen, ob sich aus Satzung und Organisation hinreichende Durchsetzungsfähigkeit ergebe. Der Vergleich mit Betriebs- und Dienstvereinbarungen, die § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB ebenfalls mit Richtigkeitsvertrauen ausstattet<sup>55</sup>, passt allerdings nicht: Die entsprechenden Aushandlungsprozesse sind angesichts der allein rechtlichen Durchsetzungsinstrumente (vgl. § 74 Abs. 2 BetrVG) nicht marktförmiger, sondern rechtsförmiger Art.

Allerdings kann das marktförmige Erklärungsmuster nur für die Tarifgebundenen gelten. Bei der Anordnung von Tarifwirkungen über die Tarifgebundenen hinaus vertraut der Gesetzgeber noch auf weitere Gründe für seine Richtigkeitsannahme. Sie liegen in der demokratischen Legitimation<sup>56</sup>, der fachlichen Kompetenz und Erfahrung sowie der sachlich-inhaltlichen Repräsentation von Arbeitnehmerinteressen durch „sozial mächtige“ Organisationen<sup>57</sup>. Sozial mächtig ist danach also nur eine Organisation, die in der Lage ist, eine unbestimmte Vielzahl von Arbeitsver-

42... So jedenfalls für die Legitimation der Wirkungen der Tarifautonomie *Wiedemann*, FS Dieterich, 1999, S. 662 (667); vgl. auch *ders.*, in: *Wiedemann/Oetker*, TVG, Einl. Rdn. 205 ff. (vom Staat anerkannte Rechtsetzungsbefugnis); *Schlachter*, Jahrbuch des Arbeitsrechts 40 (2002), 2003, S. 56 f.; wie *Wiedemann* auch *Däubler/Reim*, § 1 TVG, Rdn. 58 ff.

43... *Kempfen/Zachert*, TVG, 4. Aufl. 2005, Grundl., Rdn. 59 ff.; *Dieterich*, a.a.O. (Fn. 36), S. 121 ff.; *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 4; *Rieble*, a.a.O. (Fn. 2), S. 526; *Rieble*, ZfA 2000 S. 12. *ErfK/Dieterich*, Art. 9 GG, Rdn. 47 ff; Rdn. 55 betont die stärkere Legitimation der kollektiven Normsetzung ggü. der individuellen Ebene (Schutzwirkung); in diese Richtung auch *Däubler/Schick*, Einl., Rdn. 204 ff.

44... BAG vom 16. 5. 1995 – 3 AZR 535/94, DB 1995 S. 2074; *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 40), S. 672 ff. (Folge des Vertragscharakters); *ErfK/Dieterich*, Einl. GG Rdn. 47; *Löwisch/Rieble*, Grundl., Rdn. 48; *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 15), S. 268 f.

45... *Kempfen/Zachert*, Grundl. Rdn. 88 ff.; so auch *Däubler/Reim*, § 1 TVG, Rdn. 133 ff.

46... *ErfK/Preis*, §§ 305-310 BGB, Rdn. 11; *ErfK/Kania*, § 87 BetrVG, Rdn. 14; *Benecke*, SAE 1998 S. 65 für § 87 BetrVG.

47... *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG, Rdn. 165 für § 310 Abs. 4 BGB.

48... In diese Richtung aber *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 15), S. 433; wie hier *Herschel*, a.a.O. (Fn. 11), S. 241; *Däubler/Schick*, Einl., Rdn. 210 f.; *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 36; *Kempfen/Zachert*, Grundl., Rdn. 86 ff. Aus diesen Rechtswirkungen ergibt sich auch, weshalb ein Arbeitgeber ein Interesse daran haben könnte, mit schwachen Gewerkschaften Verträge abzuschließen (ein solches Interesse vermisste *Benecke*, SAE 1998 S. 60).

49... Zur funktionalen Äquivalenz siehe schon oben Fn 28; vgl. auch *Schrader*, NZA 2001 S. 1343. *Oetker* weist in *Wiedemann/Oetker*, § 2 TVG, Rdn. 318 auf das mögliche Äquivalent eines Verhandlungsanspruchs hin. Die Kontrolle der Entscheidungsfreiheit in concreto mit der Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Regelung, wie sie *Wolf*, ZfA 1971 S. 151 vorgeschlagen hat, würde die Tarifautonomie erheblich beschränken.

50... BVerfG vom 15. 7. 1980 – 1 BvR 24/74, BVerfGE 55 S. 7 (24) = DB 1980 S. 2523.

51... *Herschel*, a.a.O. (Fn. 11), S. 233 verwendete insofern den Begriff der „Leistungsfähigkeit“. Vgl. auch *Suckow*, a.a.O. (Fn. 14), mit einer volkswirtschaftlichen Analyse des korporatistischen Tarifsystems, das Folge des Mächtigkeitskriteriums sein könne.

52... BAG (GS), Urteil vom 28. 1. 1955 – GS 1/54, DB 1955 S. 455 = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; so auch die Rechtsprechung des BVerfG (Urteil vom 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84 S. 212 ff. [229] = DB 1991 S. 1678), wonach Verhandlungsparität Voraussetzung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ist; *Kempfen/Zachert*, Grundl., Rdn. 88 ff. bezeichnen dies zu Recht als einen Ansatz der „Verfahrensgerechtigkeit“.

53... BVerfG vom 24. 2. 1999, a.a.O. (Fn. 17).

54... *Richardi*, a.a.O. (Fn. 8), S. 1029.

55... *Richardi*, a.a.O. (Fn. 8), S. 1027.

56... *Kempfen/Zachert*, a.a.O. (Fn. 43), Grundl. Rdn. 89. (Fußnote 57 auf S. 2820).

hältnissen unter Ausgleich differierender betrieblicher und individueller Interessen in demokratischen Verbands-Entscheidungsverfahren permanent sowie dauerhaft verlässlich abstrakt und generell zu regeln. Die Aufgabe einer „sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens“ verlangt nach einer gewissen „Autorität“ der gestaltenden Organisation(en) gegenüber ihren Mitgliedern sowie durch ihre Mitglieder, gegenüber der jeweils anderen Seite sowie gegenüber der Gesellschaft und Politik<sup>58</sup>. Dies meint in der Rechtsprechung des BAG u. a. das Kriterium der „Leistungsfähigkeit“: Die Tarifparteien müssen im Stande sein, die von ihnen vereinbarten Regelungen als abstrakte und generelle Ordnung zu etablieren sowie dauerhaft und effektiv durchzusetzen.

Diese Anforderung der Leistungsfähigkeit muss auch stellen, wer (wie *Rieble*) die Geltung von Tarifverträgen über die Tarifgebundenen hinaus nicht mit einem Richtigkeitsvertrauen, sondern mit einem „Gleichbehandlungsreflex“ erklärt; eine Gleichbehandlung durch Übertragung von Tarifwirkungen ist sachlich nur gerechtfertigt, wenn es sich um real wirksame Tarifnormen handelt – „law in action“ und nicht lediglich „law on paper“.

#### IV. Relative Durchsetzungsfähigkeit als Bedingung der sozialen Mächtigkeit

Die Frage, die durch die These von der relativen Tariffähigkeit aufgeworfen wird, geht also letztlich dahin, ob sich diese Kriterien der Durchsetzungs- und der Leistungsfähigkeit allein auf den räumlichen und personellen Geltungsbereich des jeweiligen Tarifvertrags beziehen lassen. Dies lässt sich nicht abstrakt klären. Sowohl für die Durchsetzungs- wie für die Leistungsfähigkeit sind in Rechtsprechung und Literatur konkrete Kriterien entwickelt worden, die Hinweise darauf geben, worin die Eignung einer Organisation zur Setzung einer tariflicher Ordnung bestehen – und worauf sich „relative Tariffähigkeit“ beziehen kann.

##### 1. Arbeitskampfbereitschaft und -fähigkeit

Als Kriterium für die Tariffähigkeit kommen zunächst Arbeitskampfbereitschaft und Arbeitskampffähigkeit in Frage<sup>59</sup>. Sie werden i. d. R. auf einen konkreten Tarifbezirk und eine konkrete Tarifaufeinandersetzung bezogen, also „relativ“ verstanden. Es liegt tatsächlich nahe, bei der Frage nach „Durchsetzungsfähigkeit“ an den Arbeitskampf zu denken, denn im Tarifsystem des Art. 9 Abs. 3 GG und des TVG ist der Arbeitskampf das Mittel der Wahl, mit dem eine Gewerkschaft eigene Vorstellungen gegen den Willen der anderen Seite durchsetzen kann. Das Bestehen von Arbeitskampffähigkeit und -bereitschaft trägt insofern eine schwer widerlegbare Vermutung der Durchsetzungsfähigkeit in sich. Gleiches gilt für äquivalente Alternativen<sup>60</sup>.

Dies bedeutet aber nicht, dass es sich auch gleichzeitig um eine notwendige Bedingung der Tariffähigkeit handelte. Denn neben der Durchsetzungsmöglichkeit des Streiks gegen den unmittelbaren Tarifgegner kann eine Gewerkschaft andere Mittel und Wege nutzen, ihre Vorstellungen durchzusetzen. So kann bei gezielter Nutzung von Pilotbezirken die relative Stärke in einem Bezirk relative Schwäche in anderen Bezirken kompensieren<sup>61</sup>.

Auch in der Rechtsprechung wird Arbeitskampfbereitschaft nicht als notwendige Bedingung der Tariffähigkeit behandelt. Bereits 1964 entschied das BVerfG für den Verein katholischer Hausgehilfen und Hausangestellten, die Bereitschaft zum Arbeitskampf sei jedenfalls nicht Voraussetzung der Tariffähigkeit<sup>62</sup>, und das BAG hat diesen Grundsatz später verallgemeinert<sup>63</sup>: Es reiche aus, dass die Organisation einen Konflikt mit dem Gegner überhaupt aufnehmen kann; es könne nicht verlangt werden, dass sie einen konkreten Streit auch durchführen kann.

##### 2. Vergangene Tarifabschlüsse

Als eines der wichtigsten Indizien bei Prüfung der Durchsetzungsfähigkeit hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit die

Art und Weise des Zustandekommens vergangener Tarifabschlüsse bewertet<sup>64</sup>. Danach können zwar auch Anschlussarifverträge ein Indiz dafür sein, dass die Organisation ernst genommen wird; es müsse sich aber um Tarifverträge handeln, die kein Diktat der Arbeitgeberseite darstellen<sup>65</sup>.

Hier handelt es sich um ein Kriterium, mit dem das Verhalten der Organisation in anderen Auseinandersetzungen als der gerade anstehenden einbezogen wird; es wird sich i. d. R. nicht „relativ“ beschränken lassen. Deshalb wird auch gerade dieses Kriterium von *Rieble* scharf angegriffen mit dem Hinweis darauf, der Abschluss von Tarifverträgen sei Folge und nicht Voraussetzung der Tariffähigkeit<sup>66</sup>. Jedoch führt eine Bewertung vergangener Tarifverhandlungen keineswegs zu einer zirkulären Argumentation. Denn der Abschluss von Tarifverträgen wird damit keineswegs zur Voraussetzung der Tariffähigkeit. Hat eine Organisation noch keine Tarifverträge abgeschlossen, so entfällt die Bewertung vergangener Verhandlungen; es muss dann auf eine Prognose ihrer Durchsetzungsfähigkeit vertraut werden<sup>67</sup>. Wenn eine Organisation jedoch bereits Tarifverträge abgeschlossen hat, so muss es erlaubt sein, aus ihrem damaligen Konfliktverhalten Rückschlüsse auf ihre Durchsetzungs- und Leistungsfähigkeit zu ziehen<sup>68</sup>.

Gegen diesen Ansatz ist auch eingewandt worden, dass ein einmal geschlossener Tarifvertrag nicht mehr hinterfragt werden sollte<sup>69</sup>. Die Notwendigkeit des Hinterfragens ergibt sich jedoch bereits aus den weit reichenden Rechtswirkungen von Tarifverträgen. Allerdings ist dabei darauf zu achten, dass keine Inhaltskontrolle stattfindet<sup>70</sup>. Bei richtiger Auslegung geschieht dies bei Prüfung der Tariffähigkeit aber auch nicht. Die Arbeitsgerichte sind nicht zu einer nachträglichen Inhaltskontrolle aufgerufen, sondern haben allein auf die Umstände des damaligen Abschlusses abzustellen: Wer hat die Arbeitnehmerkoalition über die Verhandlungen unterrichtet? Sind eigene Vorstellungen entwickelt und in die Verhandlungen eingebracht worden? Welchen Zweck haben die Arbeitgeber mit dem Tarifabschluss verfolgt?<sup>71</sup> Maß-

57... *Schüren*, in: FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 879 und *ders.*, RdA 1988 S. 138 ff. zur Problematik der „virtuellen Repräsentation“; siehe auch *Benecke*, a.a.O. (Fn. 46), S. 65 f. Auch *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 15), S. 438 fordert für die Verdrängung zwingender Schutznormen im Bereich des tarifoffenen Rechts, § 87 Abs. 1 BetrVG und § 3 Abs. 2 TVG „Repräsentativität“ des Verbands.

58... *Herschel*, a.a.O. (Fn. 11), S. 235; übernommen von BAG vom 15. 3. 1977, a.a.O. (Fn. 22), („Autorität nach außen, gegenüber dem Gegenspieler und den Mitgliedern“).

59... Insbes. *Däubler/Peter*, § 2 TVG, Rdn. 18 ff.; Rdn. 28 jedenfalls für die Privatwirtschaft; siehe auch *Kempen*, a.a.O. (Fn. 32), S. 749.

60... *Schüren*, in: Jahrbuch des Arbeitsrechts 41 (2003), 2004, S. 52 und *ders.*, a.a.O. (Fn. 57), S. 882 hält für die DGB-Gewerkschaften in der Leiharbeitsbranche Boykottfähigkeit als Alternative zur Streikfähigkeit für ausreichend. Vgl. auch BAG vom 16. 11. 1982 – 1 ABR 22/78, DB 1983 S. 1151: Arbeitskampfwille und finanzielle Leistungsfähigkeit als Indiz der Tariffähigkeit.

61... *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 42.

62... BVerfG vom 6. 5. 1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18 S. 18 (26) = AP Nr. 15 zu § 2 TVG.

63... BAG vom 14. 3. 1978, a.a.O. (Fn. 9); zustimmend zum Beispiel *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 15), S. 427; gegen das Merkmal der Arbeitskampffähigkeit auch *Rieble*, a.a.O. (Fn. 2), S. 537; *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 48 ff.

64... Zur Schwäche dieses Kriteriums *Hagemeyer*, AuR 1988 S. 197.

65... BAG vom 25. 11. 1986 – 1 ABR 22/85, DB 1987 S. 947.

66... *Rieble*, BB 2004 S. 888 f.; *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 46; *Rieble*, a.a.O. (Fn. 2), S. 534.

67... BAG vom 16. 11. 1982, a.a.O. (Fn. 60); BAG vom 25. 11. 1986, a.a.O. (Fn. 65); LAG Berlin vom 21. 6. 1996, a.a.O. (Fn. 18).

68... So auch *Schrader*, a.a.O. (Fn. 48), S. 1343; vgl. auch *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 58: „Tarifwilligkeit“ muss gelebt werden.

69... *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 15), S. 437.

70... Zum Verhältnis von Inhaltskontrolle und Mächtigkeitserfordernis siehe schon oben bei Fn. 28.

71... Vgl. auch *Däubler/Peter*, § 2 TVG, Rdn. 21 ff.

geblich ist, ob sich aus den Umständen eigenständiges Gestalten der „Gewerkschaft“ entnehmen lässt.

### 3. Gegnerbezug der Durchsetzungsfähigkeit

Das LAG Baden-Württemberg<sup>72</sup> hat kürzlich ein neues Kriterium zur Bestimmung der sozialen Mächtigkeit einer Arbeitnehmerorganisation ins Feld geführt: Da die Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände des Handwerks, denen sich der CGM gegenüber sähe, über geringere finanzielle und organisatorische Kraft als Industrieunternehmen und deren Zusammenschlüsse verfügten, sei von der gegnerischen Organisation entsprechend geringere Durchsetzungsfähigkeit zu verlangen. Dieser Ansatz, die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung von der finanziellen und organisatorischen Ausstattung der Gegenseite abhängig zu machen, geht noch über die Theorie der relativen Tariffähigkeit hinaus. Die Tariffähigkeit wäre dann nicht nur vom regionalen und betrieblichen Geltungsbereich des angestrebten Tarifvertrags abhängig, sondern auch von der Stärke des gegnerischen Arbeitgeberverbands.

Ein solches Fortschreiben der Theorie von der relativen Tariffähigkeit führt die praktischen und rechtlichen Schwierigkeiten vielleicht am deutlichsten vor Augen: Wollte man dem folgen, so könnte Tariffähigkeit jeweils nur für eine konkrete historische Situation festgestellt werden. Jegliche Veränderung der tatsächlichen wirtschaftlichen und politischen Situation müsste Zweifel am Fortbestehen der Tariffähigkeit aufwerfen – ja sogar jede Änderung in der Mitgliedschaft und in der Tarifpolitik eines der Verbände, wenn man dem LAG Baden-Württemberg weiter darin folgen will, dass die Durchsetzungsfähigkeit auch nach der Art der aufgestellten Tarifforderung zu differenzieren sei sowie nach der Größe der Differenz zwischen Tarifvorstellungen der Arbeitgeber- und der Gewerkschaftsseite<sup>73</sup>. Ein solches Verständnis der Mächtigkeit ist nicht mehr justiziabel. Bei der Frage der „Durchsetzungsfähigkeit gegenüber dem sozialen Gegenspieler“ kann es nur um die Durchsetzungsfähigkeit gegenüber einem abstrakten, nicht aber einem konkreten Gegenspieler in einer bestimmten Tarifauseinandersetzung gehen.

### 4. Mitgliederzahl und Organisationsgrad

Die Reichweite der Theorie der relativen Tariffähigkeit ist damit auf die Kriterien der Mitgliederzahl und des Organisationsgrads begrenzt. In Literatur und Rechtsprechung besteht Einigkeit darüber, dass beides relevante Kriterien für die Feststellung der Tariffähigkeit sein können.

Allerdings kann es letztlich nicht auf die absolute Mitgliederzahl ankommen. So ist einerseits einem Verband mit 22 000 Mitgliedern bereits zu Recht die Tariffähigkeit abgesprochen worden. Andererseits kann auch eine geringe Zahl von Mitgliedern große Durchsetzungs- und Leistungsstärke mit sich bringen, wenn diese sich in Schlüsselpositionen befinden und/oder großes Engagement und Einsatzbereitschaft mitbringen<sup>74</sup>.

Wichtiger ist die verhältnismäßige Mitgliederzahl, also der Organisationsgrad<sup>75</sup>. An diesem Kriterium setzt die Theorie von der relativen Tariffähigkeit entscheidend an: Es komme auf den „Netto-Organisationsgrad“ bzw. den Marktanteil der Organisation an<sup>76</sup>. Der Organisationsgrad ist notwendiger Weise eine relative Zahl, nämlich die absolute Zahl der Mitglieder bezogen auf eine bestimmte Organisationseinheit. Die Grundgesamtheit, mit dessen Hilfe sich aus der Mitgliederzahl der Organisationsgrad errechnet, sind dabei alle vom Tarifvertrag oder von Tarifverträgen potenziell erfassten Beschäftigten. Hier stellt sich nun die entscheidende Frage: An welcher Bezugseinheit muss der Organisationsgrad bestimmt werden? Welches ist der relevante Markt? Dies ist der Kern der Auseinandersetzung um die relative Tariffähigkeit.

### a) Tarifvertragsfunktionale Bestimmung des relevanten Markts

Das BAG bezieht die Mitgliederzahl auf den Bereich, für den Tarifzuständigkeit beansprucht wird<sup>77</sup>. Der Organisationsgrad wird also als Mitgliederstärke im Verhältnis zum satzungsgemäßen Zuständigkeitsbereich bemessen<sup>78</sup>, nicht aber auf die Mitgliederstärke im räumlichen und personellen Geltungsbereich des jeweiligen Tarifvertrags bezogen. So wurde z. B. die Organisation „Ufo“, die lediglich Flugbegleiterinnen und Flugbegleiter organisiert, jüngst als tariffähig anerkannt. Maßgeblich hierfür war, dass diese nicht nur 32% der Flugbegleiter organisierte, sondern auch satzungsgemäß gerade und ausschließlich für die Belange des Flugbegleiterpersonals in Deutschland zuständig war<sup>79</sup>. Anders wurde dementsprechend hinsichtlich der Tariffähigkeit des DAV (Deutscher Arbeitnehmer-Verband) entschieden: Dessen Mitglieder waren einerseits regional konzentriert und andererseits auf alle Branchen verteilt, während die Tarifzuständigkeit sich auch räumlich auf die verschiedensten Wirtschaftssektoren in ganz Deutschland erstreckte<sup>80</sup>.

Die gegenteilige Behauptung, der Organisationsgrad müsse im räumlichen und örtlichen Geltungsbereich des jeweiligen Tarifvertrags bestimmt werden, lässt sich marktwirtschaftlich mit dem Richtigkeitsvertrauen begründen, das Tarifverträge als Ergebnisse „freier“ Verhandlungen beanspruchen können. Diese Begründung der Sachgerechtigkeit und Richtigkeit von Tarifverträgen beruft sich auf ein ökonomisches Gegenmachtprinzip, setzt also voraus, dass die beiden Organisationen sich gleichgewichtig gegenüber stehen. Tatsächlich spricht einiges dafür, dass ein erheblicher Organisationsgrad in dem Tarifbereich, für den verhandelt wird, ein Indiz für Durchsetzungsfähigkeit darstellen kann<sup>81</sup>.

Dies heißt aber nicht, dass es sich auch um eine notwendige Bedingung handeln würde. Marktmacht und Verhandlungsstärke sind komplexe Phänomene, die sich aus unterschiedlichen Quellen speisen können. Die Mitgliederstärke einer Organisation und deren wirtschaftliche Interessenvertretung ist nur eine unter vielen möglichen Quellen. Marktmacht und Verhandlungsstärke in Tarifverhandlungen kann sich auch mit der Autorität einer Arbeitnehmervereinigung in Wirtschaft und Gesellschaft begründen, die aus der bundesweiten absoluten Mitgliederzahl und/oder dem Engagement und der Durchsetzungsbereitschaft der Mitglieder herrührt. Sie kann aber auch allein auf Erfahrung und Expertise zurückgehen<sup>82</sup>. Auch *Dütz*, der die Theorie der relativen Tariffähigkeit mit begründet hat, hält es für möglich, die Durchsetzungsfähigkeit für das gesamte Bundesgebiet zu prüfen, falls dies im Fall einer anerkannten Großgewerkschaft, die auf dem gesamten Gebiet Tarifverträge abschließt, potenzielles Tarifgebiet ist<sup>83</sup>.

72... LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 1. 10. 2004, a.a.O. (Fn. 31).

73... Genauer zur Auseinandersetzung mit dem Urteil des LAG Baden-Württemberg *Kocher*, AuR 2005 S. 336; gegen eine Relativierung der Tariffähigkeit in Hinblick auf den Gegner oder die Verbandskonkurrenz auch *Rieble*, a.a.O. (Fn. 2), S. 532 f.

74... *Herschel*, a.a.O. (Fn. 11), S. 237; vgl. auch BAG vom 16. 11. 1982, a.a.O. (Fn. 59); zum begrenzten Aussagewert der Zahl der Mitglieder nach der BAG-Rspr. s. a. *Doerlich*, a.a.O. (Fn. 2), S. 78 ff., 97 f.; S. 270 ff. genauer zum Merkmal „Mitgliedschaft“.

75... *Däubler/Peter*, § 2 TVG, Rdn. 18 ff.

76... *Rieble*, a.a.O. (Fn. 2), S. 537; *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 48 ff.

77... *Rieble*, a.a.O. (Fn. 2), S. 532 f.

78... So auch *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 45.

79... Auch den Organisationen „Cockpit“ oder „Vereinigung der Vertragsspieler“ spricht man nicht die Tariffähigkeit ab (*Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 38; *Rieble*, a.a.O. (Fn. 2), S. 529; für die Vereinigung der Vertragsspieler ausführlich *Pröpper*, NZA 2001 S. 1348).

80... BAG vom 14. 3. 1978, a.a.O. (Fn. 9).

81... Ähnlich *Schüren*, a.a.O. (Fn. 56), S. 878.

82... Siehe auch *Schüren*, a.a.O. (Fn. 56), S. 878; vgl. auch *Benecke*, a.a.O. (Fn. 46), S. 65.

83... *Dütz*, DB 1996 S. 2389.

Damit ist zwar nicht eine „notwendig bundeseinheitliche Tariffähigkeit“ begründet<sup>84</sup>. Denn tatsächlich ist es problematisch, die Tariffähigkeit notwendig als bundeseinheitliche Kompetenz anzusehen. Jedoch bietet eine komplexe Betrachtung von Durchsetzungsfähigkeit in Tarifverhandlungen, also der Fähigkeit, „eindrucksvolle Tarifverhandlungen“ zu führen<sup>85</sup>, starke Argumente dafür, die Tariffähigkeit i. S. der Rechtsprechung des BAG organisationseinheitlich zu bestimmen.

#### b) Rechtssicherheit und Wortlaut

Dazu kommt der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit; auch er spricht dafür, Arbeitnehmerorganisationen bezogen auf ihren satzungsgemäßen Zuständigkeitsbereich entweder für tariffähig zu halten oder nicht<sup>86</sup>.

Würde man die Tariffähigkeit von einem einzigen klar definierten Kriterium (wie dem des Organisationsgrads im jeweiligen Tarifbereich) abhängig machen, so würde zwar ein gewisses Maß an Rechtssicherheit gewonnen – eine Sicherheit, von der allerdings nur die Organisation, deren Tariffähigkeit bestritten wird, profitieren kann, denn nur sie kennt die Organisationszahlen. Gleichzeitig geht mit der relativen Bestimmung der Tariffähigkeit jedoch ein gewaltiger Verlust an Rechtssicherheit einher: Selbst bei großen Gewerkschaften, die schon zahlreiche Tarifverträge abgeschlossen haben, müssten der Verhandlungspartner, die Tarifgebundenen sowie alle Beschäftigten und Betriebsräte im Geltungsbereich des Tarifvertrags jederzeit befürchten, dass die Eigenschaft der aktuell verhandelten Kollektivvereinbarung als Tarifvertrag i. S. des TVG in Frage gestellt werden könnte. Und eine solche Infragestellung ist sogar denkbar in Verfahren, in denen es um die Anwendbarkeit des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB oder § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG geht<sup>87</sup>. *Rieble* selbst betrachtet die Tariffähigkeit als der Geschäftsfähigkeit vergleichbar<sup>88</sup> und hat darauf hingewiesen, dass die Tariffähigkeit die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen der Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien und dem Normsetzungsrecht des Staates zu gewährleisten habe<sup>89</sup>. Die Geschäftsfähigkeit ist gesetzlich im Regelfall aber nicht beschränkt<sup>90</sup>. Der Verkehrsschutz hat hier zu Recht Vorrang. Für eine Betrachtung der Tariffähigkeit als einer grundsätzlich generellen Kompetenz einer Organisation spricht übrigens auch der Wortlaut des § 2 Abs. 1 TVG. Die Grundgesamtheit, für die der Organisationsgrad zu bestimmen ist, aus dem sich ein Indiz für Durchsetzungsfähigkeit und soziale Mächtigkeit ergibt, ist damit der satzungsgemäße Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Arbeitnehmerorganisation.

#### 5. Leistungsfähigkeit und Kompetenz

Darüber hinaus gehören zu den verschiedenen Kriterien, die in ihrem Zusammenspiel zu betrachten sind, außer den Merkmalen der Durchsetzungsfähigkeit auch die Merkmale der Leistungsfähigkeit<sup>91</sup>. Nach Meinung des BAG „muss die Arbeitnehmervereinigung auch von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die ihr gestellten Aufgaben zu erfüllen. Der Abschluss eines Tarifvertrags erfordert Vorbereitungen. Er muss der Mitgliedschaft vermittelt und auch tatsächlich durchgeführt werden.“ und: „So sind die konjunkturellen Entwicklungen und sonstigen Rahmenbedingungen zu beobachten und zu prognostizieren, um daraus die Tarifforderungen zu entwickeln. Zum anderen muss auch die tatsächliche Durchführung eines Tarifvertrags überwacht und abgesichert werden. Das Verhandlungsergebnis, das regelmäßig Kompromisscharakter hat, muss verbandsintern vermittelt und durchgesetzt werden“<sup>92</sup>.

Maßgebliches Kriterium ist zunächst die infrastrukturelle Ausstattung. Die minimal erforderliche infrastrukturelle Ausstattung fehlte zum Beispiel beim Deutschen Arbeitnehmer-Verband<sup>93</sup>, der bei bundesweiter Zuständigkeit nur drei hauptamtliche politische Sekretäre beschäftigte. Ein zweiter wichtiger Aspekt der

Leistungsfähigkeit, der bislang kaum beachtet wurde, ist qualitative Repräsentativität. Die inhaltliche Leistungsfähigkeit einer Organisation wird umso größer sein, je stärker sich in der Struktur der Mitgliedschaft die Struktur der Arbeitnehmerschaft widerspiegelt, für die Regelungen abgeschlossen werden. Je größer der Bereich ist, den die Organisation „virtuell“ repräsentiert, desto größer die Richtigkeitschance gerade in Hinblick auf Minderheiten<sup>94</sup> – eine breite Organisation großer Organisationen ist insofern besser geeignet, Richtigkeitschancen zu gewährleisten, an die der Gesetzgeber Rechtswirkungen anknüpfen kann, als schmale Teilbereichsorganisationen.

Bei der Leistungsfähigkeit handelt es sich insgesamt um ein Kriterium, das schwerlich relativ auf eine konkrete Tarifaufeinandersetzung und einen konkreten Tarifbereich zu beziehen ist. Die Kommunikation mit den Mitgliedern kann im Regelfall durch zentrale Strukturen organisiert werden; die Autorität einer Organisation im Verhältnis zu Wirtschaft, Gesellschaft und Gegnern ergibt sich aus ihrem Gesamt-Erscheinungsbild. Inhaltliche Kompetenz bei der Tarifvertragsgestaltung ergibt sich aus der Erfahrung in mehreren Tarifbezirken. Finanzielle Leistungsfähigkeit, deren Bedeutung das Rechtssystem angesichts regelmäßig drohender Schadensersatzforderungen wegen Arbeitskampfmaßnahmen ebenfalls nicht zu gering schätzen sollte, wird ebenfalls von der Gesamtorganisation hergestellt<sup>95</sup>.

Zwar wird man nicht von jeder kleineren Organisation, die in einem begrenzten Bereich Tarifverträge abschließt, eine bundesweite Organisationsstruktur verlangen. Struktur und Organisationsbereich müssen in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Die Angemessenheit der Organisationsstruktur lässt sich jedoch nicht in Hinblick auf eine konkrete Tarifaufeinandersetzung, sondern nur in Hinblick auf den satzungsgemäßen Zuständigkeitsbereich der Organisation, also in Hinblick auf den von ihr beanspruchten Aktivitätsradius bestimmen. Relative Durchsetzungsfähigkeit kann damit zwar eins von mehreren Indizien für die Durchsetzungsfähigkeit darstellen; dies reicht jedoch für die Anerkennung von Tariffähigkeit nicht aus.

#### V. Zusammenfassung

Eine tarifvertragsfunktionale Auslegung der Tariffähigkeit nach § 2 Abs. 1 TVG erfordert es, den Begriff in Hinblick auf die weit reichenden positivrechtlichen Wirkungen des Tarifvertrags im deutschen Arbeitsrecht auszulegen. Die relative Durchsetzungsfähigkeit einer Organisation in einem bestimmten Tarifbereich kann dabei zwar eines unter mehreren Indizien der Tariffähigkeit darstellen. Marktmacht und Verhandlungsstärke einerseits sowie Leistungsfähigkeit und Kompetenz einer Organisation andererseits speisen sich jedoch regelmäßig aus mehreren Quellen. Die relative Durchsetzungsfähigkeit ist damit weder hinreichende noch notwendige Bedingung der Tariffähigkeit.

84... *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 41; DB 1996 S. 2388.

85... BVerfG vom 20. 10. 1981, a.a.O. (Fn. 17), (unter B. I. 2. c)).

86... *Oetker*, Anm BAG AP Nr. 4 zu § 97 ArbGG 1979.

87... Die Problematik der Rechtssicherheit spricht auch *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 15), S. 436 f. mit klaren Worten an.

88... *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 1; *Rieble*, a.a.O. (Fn. 2), S. 523.

89... *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG, Rdn. 2.

90... *Oetker*, in: *Schleef/Oetker*, a.a.O. (Fn. 5), S. 81.

91... LAG Berlin, a.a.O. (Fn. 18); a. z. Verh. der beiden Kriterien.

92... BAG vom 6. 6. 2000 – 1 ABR 10/99, DB 2001 S. 103.

93... Vgl. auch *Däubler/Peter*, § 2 TVG, Rdn. 15 f.

94... Zum Begriff und Problem der „virtual representation“ vor allem *Schüren*, RdA 1988 S. 148. Zur Problematik mangelnder Repräsentativität gerade von Splitterverbänden siehe auch *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 15), S. 438.

95... *Genauer Kempen*, a.a.O. (Fn. 32), S. 749; vgl. auch BAG vom 16. 11. 1982, a.a.O. (Fn. 60) zur finanziellen Leistungsfähigkeit als Indiz der Tariffähigkeit.