

Deinert, Olaf

**Working Paper**

## Tariffähigkeit, Tarifeinheit und Mindestlohn

HSI-Working Paper, No. 07

**Provided in Cooperation with:**

Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

*Suggested Citation:* Deinert, Olaf (2016) : Tariffähigkeit, Tarifeinheit und Mindestlohn, HSI-Working Paper, No. 07, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht (HSI), Frankfurt a. M.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303136>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

**HSI-Working Paper Nr. 07**



## **Tariffähigkeit, Tarifeinheit und Mindestlohn**

Prof. Dr. Olaf Deinert, Georg-August-Universität Göttingen

September 2016

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht  
Wilhelm-Leuschner-Str. 79  
60329 Frankfurt am Main  
[www.hugo-sinzheimer-institut.de](http://www.hugo-sinzheimer-institut.de)

## Vorwort

Die soziale Mächtigkeit einer Koalition ist zu Recht entscheidende Voraussetzung für ihre Tariffähigkeit, da nur so eine funktionsfähige Tarifautonomie garantiert werden kann. Ohne diese Anforderung sind keine Tarifverträge denkbar, die das Arbeitsleben sozialer gestalten.

In den letzten Jahren hat sich das Bundesarbeitsgericht mehrfach mit der Frage der Tariffähigkeit auseinandergesetzt und ihre Voraussetzungen in den Verfahren CGM, GKH und medsonet weiter ausdifferenziert. Aktuell hat nun das Landesarbeitsgericht Hamburg im Verfahren DHV angenommen, dass die von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen wegen der Einführung des Mindestlohn- und Tarifeinheitsgesetzes reduziert werden müssten. Hiermit befasst sich das vorliegende Gutachten. Es widerlegt die Argumentation des LAG Hamburg und führt zutreffend aus, dass eine Neuausrichtung der von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an die Tariffähigkeit mit Rücksicht auf den Zweck der Kriterien nicht erforderlich ist.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre.



Dr. Thomas Klebe  
(Leitung HSI)



Dr. Johannes Heuschmid  
(Stellv. Leitung HSI)

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	<b>1</b>
<b>I. Fragestellung</b> .....	<b>3</b>
<b>II. Die Anforderungen an die Tariffähigkeit nach bisherigem Stand</b> .....	<b>5</b>
1. Tariffähigkeit und Mächtigkeit.....	5
2. Verfassungsrechtlicher Rahmen .....	6
3. Mitgliederzahl und leistungsfähige Organisation .....	7
4. Bisherige Teilnahme am Tarifgeschehen .....	8
a) Grundsatz .....	8
b) Konkretisierungen .....	10
(1) Anschlussstarifverträge .....	10
(2) Anerkennungstarifverträge .....	12
(3) „Scheintarifverträge“ .....	12
(4) Abschluss in Tarifgemeinschaften .....	13
(5) Gebrauchmachen von tarifdispositivem Gesetzesrecht .....	13
c) Verjüngung der Koalition durch Satzungsänderung.....	14
<b>III. Erforderlichkeit einer Neubestimmung infolge des Mindestlohngesetzes und des Tarifeinheitsgesetzes?</b> .....	<b>15</b>
1. Konsequenzen des Tarifeinheitsgesetzes .....	16
2. Konsequenzen der Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns .....	20
<b>IV. Ergebnis</b> .....	<b>21</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>22</b>

## I. Fragestellung

Es entspricht ständiger Rechtsprechung<sup>1</sup> und bisher h.M. in der Literatur<sup>2</sup>, dass der Gewerkschaftsbegriff und damit die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerorganisation – und andere arbeitsrechtliche Rechte, die Gewerkschaften vorbehalten sind<sup>3</sup> – neben anderen Voraussetzungen vor allem von der sozialen Mächtigkeit der Organisationen abhängt. Die Rechtsprechung sieht sich insoweit durch die Regelung A III 2 des Staatsvertrages zur Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik v. 18.5.1990 bestätigt,<sup>4</sup> wiewohl dies keine materielle gesetzliche Regelung geworden sei.<sup>5</sup>

Die Mächtigkeitsanforderungen hat das BAG in seiner neueren Rechtsprechung seit dem CGM-Beschluss<sup>6</sup> ausdifferenziert. Seither sind in Bezug auf eine Reihe kleinerer Gewerkschaften außerhalb des DGB, vor allem CGB-Gewerkschaften, Verfahren zur Klärung der Tariffähigkeit betrieben worden.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. nur etwa BVerfG 20.10.1981 – 1 BvR 404/78 – AP Nr. 31 zu § 2 TVG („DAV“) (= BVerfGE 58, 233); BAG 6.6.2000 – 1 ABR 10/99 – AP Nr. 55 zu § 2 TVG, m. Anm. *Oetker* („BTÜ“) (= NZA 2001, 160); BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP Nr. 6 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Bayreuther* („CGZP“) (= NZA 2011, 289).

<sup>2</sup> *Gamillscheg*, § 9 IV 3, S. 428 ff.; *Kempfen*, in: *Kempfen/Zachert*, TVG, 5. Aufl., Frankfurt/M. 2014, § 2 Rn. 42 ff.; *Peter*, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, § 2 Rn. 10 ff.; *Oetker*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), TVG, 7. Aufl., München 2007, § 2 Rn. 383 ff.; *Löwisch/Rieble*, § 2 Rn. 120 ff.; *Schubert*, in: *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert*, Tarifvertragsrecht, § 2 Rn. 14 ff., 35 ff., 86 ff.; *Franzen*, in: *ErfK*, 16. Aufl., München 2016, § 2 TVG Rn. 11 ff.; *Krois*, in: *NK-GA*, § 2 TVG Rn. 33 ff.; *Richardi*, FS *Wißmann*, 2005, S. 159; *Ulber*, RdA 2011, 353, 356 ff.; *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257 ff.; krit. z.B. *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), Arbeitsrecht, Kommentar, 7. Aufl., Köln 2014, § 2 Rn. 18; *ders.*, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, S. 25 ff., 56 ff.; *Bayreuther*, DB 2005, 2633 ff.

<sup>3</sup> Zum sog. einheitlichen Gewerkschaftsbegriff s. insb. BAG 19.9.2006 – 1 ABR 53/05 – AP Nr. 5 zu § 2 BetrVG 1972 („VGB“) (= NZA 2007, 518); *Treber*, in: *Schaub*, § 197 Rn. 16; krit. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, München 1997, § 9 IV 3 e, S. 435 ff.; *Franzen*, in: *ErfK*, § 2 TVG Rn. 16; *Schubert*, in: *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert*, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013, § 2 Rn. 100; *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257, 265.

<sup>4</sup> Zustimmungsgesetz v. 25.6.1990, BGBl. II 518.

<sup>5</sup> BAG 6.6.2000 – 1 ABR 21/99 – AP Nr. 9 zu § 97 ArbGG, m. Anm. *Oetker*, vgl. *Henssler*, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, Baden-Baden 2006, S. 14 f.

<sup>6</sup> BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP Nr. 6 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Bayreuther* („CGZP“) (= NZA 2011, 289).

<sup>7</sup> Vgl. BAG 19.9.2006 – 1 ABR 53/05 – AP Nr. 5 zu § 2 BetrVG 1972 („VGB“) (= NZA 2007, 518); BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Schmidt* („GKH“) (= NZA 2011, 300); LAG Hamm 23.9.2011 – 10 TaBV 14/11 – NZA-RR 2012, 25 („GKH“); BAG 11.6.2013 – 1 ABR 33/12 – AP Nr. 8 zu § 2 TVG Tariffähigkeit („medsonet“); LAG Hamburg 21.3.2012 – 3 TaBV 7/11 („medsonet“); LAG Köln 20.5.2009 – 9 TaBV 105/08 – AuR 2009, 316; BAG 17.11.2015 – 1 ABN 39/15 – AuR 2016, 41 [OS] („NAG“); Hess.LAG 9.4.2015 – 9 TaBV 225/14 – NZA-RR 2015, 482 („NAG“); ArbG Duisburg 22.8.2012 – 4 BV 29/12 („BIGD“); ArbG Bonn 31.10.2012 – 4 BV 90/12 – AuR 2012, 501 [Report], AuR 2013, 509 [Report] („ALEB“); zum besonderen Fall der CGZP vgl. BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP Nr. 6 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Bayreuther* („CGZP“) (= NZA

Aktuell hat das LAG Hamburg Anträge auf Feststellung der Tarifunfähigkeit der DHV – Die Berufsgewerkschaft e.V. zurückgewiesen.<sup>8</sup> Dabei ging das Gericht im Grundsatz davon aus, dass die Rechtskraft eines Beschlusses des ArbG Hamburg aus dem Jahre 1956<sup>9</sup> - anders als noch im Jahre 1997<sup>10</sup> - aufgrund nachfolgender Satzungsänderungen einer erneuten Entscheidung über die Tariffähigkeit der DHV nicht entgegensteht. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BAG kommt das LAG aufgrund der festgestellten Tatsachen zu dem Ergebnis, dass die DHV tariffähig ist. Es schließt sich sodann allerdings – ungewöhnlich für zweitinstanzliche Entscheidungen – ein obiter dictum an. Auf etwa zwei Seiten wird ausgeführt, dass die Rechtsprechung des BAG zur Tariffähigkeit im Sinne einer „nicht nur unbedeutend(en)“ Absenkung der Anforderungen zu überdenken sei. Durch das Mindestlohngesetz<sup>11</sup> und das Tarifeinheitsgesetz<sup>12</sup> habe sich ein neuer rechtlicher Rahmen ergeben, der eine Neuausrichtung der Anforderungen an die Tariffähigkeit erforderlich mache.

Ob diese Rechtsansicht zutrifft, soll nachfolgend untersucht werden. Dazu sind in einem ersten Schritt (unten II.) die Voraussetzungen der Tariffähigkeit nach bisherigem Stand in den Blick zu nehmen. Sodann soll untersucht werden, inwieweit die erwähnten neuen Gesetze eine neue Bestimmung mit Rücksicht auf den Zweck der Tariffähigkeitskriterien erforderlich machen (unten III.).

---

2011, 289). Dass an der Tariffähigkeit oder -zuständigkeit der „DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit“ vernünftige Zweifel bestehen, war für BAG 19.12.2012 – 1 AZB 72/12 – Rn. 15, hingegen „nicht ersichtlich“.

<sup>8</sup> LAG Hamburg, 4.5.2016 – 5 TaBV 8/15; zust. *Jacobs*, jurisPR-ArbR 31/2016, Anm. 1.

<sup>9</sup> ArbG Hamburg 10.12.1956 – 2 BV 366/56, hier zit. nach dem Beschluss des LAG Hamburg v. 4.5.2016.

<sup>10</sup> LAG Hamburg 18.2.1997 – 2 TaBV 9/95, hier zit. nach dem Beschluss des LAG Hamburg v. 4.5.2016.

<sup>11</sup> Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz – MiLoG) v. 11.8.2014, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) v. 11.8.2014, BGBl. I 1348.

<sup>12</sup> Gesetz zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz) v. 3.7.2015, BGBl. I 1130.

## II. Die Anforderungen an die Tariffähigkeit nach bisherigem Stand

### 1. Tariffähigkeit und Mächtigkeit

Tarifverträge können nach § 2 TVG nur von Gewerkschaften geschlossen werden. Gewerkschaften sind mithin tariffähige Arbeitnehmerkoalitionen. Das TVG regelt im Übrigen aber nicht, unter welchen Voraussetzungen die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition gegeben ist. Die Tariffähigkeit wird vielmehr vorausgesetzt. Die Rechtsprechung hat diese im Laufe der Jahre rechtlich konturiert.

Eine Koalition ist ein freiwilliger, auf Dauer angelegter Zusammenschluss von – in diesem Falle – Arbeitnehmern mit dem Ziel der Vertretung der Mitgliederinteressen, der von Staat und sozialem Gegenspieler<sup>13</sup> unabhängig ist.<sup>14</sup> Eine Gewerkschaft muss ferner beispielsweise tariffähig sein, vor allem aber bedarf es der Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler und der Leistungsfähigkeit der Organisation.<sup>15</sup> Dies wird als soziale Mächtigkeit bezeichnet. Diese muss sich auf einen zumindest nicht unerheblichen Teil des beanspruchten Bereichs der Tarifzuständigkeit beziehen, weil die Rechtsprechung eine partielle Tariffähigkeit für nur einzelne Bereiche der satzungsmäßig festgelegten Tarifzuständigkeit nicht anerkennt.<sup>16</sup>

Das Erfordernis der Mächtigkeit beruht auf der Erwägung, dass die Vereinigung von ihrem sozialen Gegenspieler ernst genommen werden muss, sodass die Arbeitsbedingungen nicht einseitig von der Arbeitgeberseite festgelegt, sondern tatsächlich ausgehandelt werden.<sup>17</sup> Auf diese Weise werden „Tarifdiktate“ ausgeschlossen.

---

<sup>13</sup> Letzteres ist str., vgl. *Schubert*, in: *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht*, § 2 Rn. 71 f. m.w.N.

<sup>14</sup> Vgl. BAG 19.9.2006 – 1 ABR 53/05 – AP Nr. 5 zu § 2 BetrVG 1972 (= NZA 2007, 518); *Deinert*, in: *Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), Arbeitsrecht*, 8. Aufl., Frankfurt/M. 2015, § 8 Rn. 7c.

<sup>15</sup> BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 – AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit („UFO“) (= NZA 2005, 697); BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Henssler/Heiden* („CGM“) (= NZA 2006, 1112); BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP Nr. 6 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Bayreuther* („CGZP“) (= NZA 2011, 289).

<sup>16</sup> BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Henssler/Heiden* („CGM“) (= NZA 2006, 1112); BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Schmidt* („GKH“) (= NZA 2011, 300); BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP Nr. 6 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Bayreuther* („CGZP“) (= NZA 2011, 289); zust.: *Franzen*, in: *ErfK*, § 2 TVG Rn. 13; *Treber*, in: *Schaub*, § 197 Rn. 14; auch *Giesen*, in: *Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Neue Tarifrechtspolitik?*, S. 139, 159 („zumindest gut nachvollziehbar“); krit.: *Löwisch/Rieble*, § 2 Rb. 19 ff.; *Krois*, in: *NK-GA*, § 2 TVG Rn. 50 ff.; *Henssler*, *Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften*, S. 35 f.

<sup>17</sup> BAG 6.6.2000 – 1 ABR 10/99 – AP Nr. 55 zu § 2 TVG, m. Anm. *Oetker* („BTÜ“) (= NZA 2001, 160); BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 – AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit („UFO“) (= NZA 2005, 697).

## 2. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Die Erfordernisse der Tariffähigkeit bewirken, dass nicht jede Arbeitnehmerkoalition, die durch das Koalitionsgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG geschützt wird, auch am Tarifgeschäft teilnehmen kann. Nichttariffähige Koalitionen werden damit von einem wichtigen Bereich koalitionsmäßiger Betätigung ausgeschlossen. Die Ausübung der Tarifautonomie ist durch die Koalitionsbetätigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützt.<sup>18</sup> Dass die Tarifautonomie solchen Koalitionen vorbehalten bleibt, die besondere Kriterien erfüllen, ist Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit.<sup>19</sup> Sie wurde vom BVerfG bereits in seiner frühen Rechtsprechung gebilligt.<sup>20</sup> Die einfachrechtliche Ausgestaltung muss allerdings so erfolgen, dass diese die Koalitionsausübung nur im erforderlichen Maß einschränkt.<sup>21</sup> Eine unverhältnismäßige Einschränkung würde letztlich eine Aushöhlung der Koalitionsbildungs- und -betätigungsfreiheit bewirken.<sup>22</sup> Dementsprechend darf die Ausdifferenzierung des Mächtigkeitskriteriums nicht prohibitiv der Errichtung neuer Gewerkschaften konzeptionell entgegenwirken.<sup>23</sup> Das BVerfG verlangt daher, dass nur solche Kriterien erfüllt werden müssen, die von der Sache selbst gefordert sind. Das ist beim Kriterium der Mächtigkeit der Fall. Es beschränkt den Koalitionspluralismus und -wettbewerb auf solche Verbände, die zur effektiven tarifvertraglichen Interessenvertretung in der Lage sind.<sup>24</sup> Ein Verband, dem es an Durchsetzungsfähigkeit fehlt, kann seinen Mitgliedern nicht den Schutz verschaffen, der mit Tarifverträgen erreicht werden soll. Ein „Tarifvertrag“, der von einer nicht durchsetzungsfähigen Organisation geschlossen wurde, ist kein Ausgleich der strukturellen Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers durch kollektives Handeln.<sup>25</sup> Ihm

---

<sup>18</sup> Vgl. statt vieler m.w.N. *Deinert*, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, § 1 Rn. 21 f.

<sup>19</sup> BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP Nr. 6 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 88, m. Anm. *Bayreuther* („CGZP“) (= NZA 2011, 289); *Oetker*, in: Wiedemann (Hrsg.), § 2 Rn. 28 f.; *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257, 266.

<sup>20</sup> BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – AP Nr. 1 zu Art. 9 GG (= BVerfGE 4, 96); BVerfG 6.5.1964 – 1 BvR 79/62 – AP Nr. 15 zu § 2 TVG (= BVerfGE 18, 18).

<sup>21</sup> *Oetker*, in: Wiedemann (Hrsg.), § 2 Rn. 28; *Krois*, in: NK-GA, § 2 TVG Rn. 39; *Henssler*, *Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften*, S. 25 f.

<sup>22</sup> BVerfG 20.10.1981 – 1 BvR 404/78 – AP Nr. 31 zu § 2 TVG („DAV“) (= BVerfGE 58, 233); BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 – AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit („UFO“) (= NZA 2005, 697); BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Henssler/Heiden* („CGM“) (= NZA 2006, 1112); vgl. *Richardi*, FS Wißmann, 2005, S. 159, 171.

<sup>23</sup> BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Henssler/Heiden* („CGM“) (= NZA 2006, 1112); *Löwisch/Rieble*, § 2 Rn. 124; *Rieble*, BB 2004, 885, 889; *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257, 267.

<sup>24</sup> *Kempen*, in: *Kempen/Zachert*, § 2 Rn. 47.

<sup>25</sup> Zur diesbezüglichen Funktion der Tarifautonomie vgl. nur BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= BVerfGE 84, 212); BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a. – AP Nr. 4 zu § 116 AFG (= BVerfGE 92, 365).

kann daher keine Richtigkeitsgewähr<sup>26</sup> zukommen.<sup>27</sup> Ein Tarifvertrag, der von einer Organisation geschlossen wird, die Arbeitnehmerrechte nicht effektiv vertreten kann, wäre als Schutzinstrument nicht tauglich und damit seines Zweckes beraubt. Insoweit ist die Durchsetzungskraft Funktionsbedingung der Tarifautonomie.<sup>28</sup>

Zudem bedroht die Ausübung der „Tarifautonomie“ durch eine nicht durchsetzungsfähige Koalition die Tarifautonomie echter Gewerkschaften, weil das Reklamieren eines konkurrierenden Rechts, das tatsächlich nicht zum Wohle der Mitglieder ausgeübt werden kann, zur Atomisierung der Tarifautonomie führen kann.<sup>29</sup> Die nicht effektive Ausübung kollektiver Interessenvertretung durch dazu nicht befähigte Organisationen müsste den Gesetzgeber auf den Plan rufen, um den notwendigen Schutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Das behindert auch die Tarifautonomie der echten Gewerkschaften.

### 3. Mitgliederzahl und leistungsfähige Organisation

Die soziale Mächtigkeit wird vor allem anhand der Mitgliederzahlen ermittelt.<sup>30</sup> Maßgeblich ist insoweit freilich nicht die reine Zahl der Mitglieder, sondern deren Organisationsgrad und Bedeutung im Arbeitsleben. Insofern hat man es mit einem proportionalen Ansatz zu tun: Je mehr die Mitglieder einer Organisation in Schlüsselpositionen tätig sind und damit zu einer effektiveren Durchsetzung ihrer Interessen in der Lage sind, umso geringer darf die Mitgliederzahl im Vergleich sein. So sah das BAG bei der Gewerkschaft UFO bereits die vergleichsweise geringe Zahl von unter 7000 Mitgliedern im Hinblick auf deren Bedeutung im Arbeitsprozess als ausreichend an.<sup>31</sup> Und je größer der Aktionsradius einer Organisation ist, umso mehr Mitglieder sind entsprechend zur Bejahung der Mächtigkeit erforderlich. Dementsprechend hat das ArbG Bonn beispielsweise festgestellt, dass der Organisation ALEB infolge gesunkener Mitgliederzahlen und durch die aufgrund der Deutschen Vereinigung erweiterten Tarifzustän-

---

<sup>26</sup> Zur Richtigkeitsvermutung, die eine Inhaltskontrolle von Tarifverträgen ausschließt, vgl. m.w.N. *Deinert*, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, § 1 Rn. 22.

<sup>27</sup> Vgl. auch BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Henssler/Heiden* („CGM“) (= NZA 2006, 1112); krit. allerdings *Oetker*, in: Wiedemann (Hrsg.), § 2 Rn. 402 ff..

<sup>28</sup> BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Henssler/Heiden* („CGM“) (= NZA 2006, 1112); BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 34, m. Anm. *Schmidt* („GKH“) (= NZA 2011, 300); *Treber*, in: Schaub, § 197 Rn. 10; *Gamillscheg*, AuR 2015, 223, 224; *Kocher*, DB 2005, 2816, 2818 ff.; *Richardi*, FS Wißmann, 2005, S. 159, 169; *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257, 267; *Giesen*, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), *Neue Tarifrechtspolitik?*, S. 139, 142 ff.

<sup>29</sup> *Deinert*, AuR 2004, 212, 214.

<sup>30</sup> BAG 6.6.2000 – 1 ABR 10/99 – AP Nr. 55 zu § 2 TVG, m. Anm. *Oetker* („BTÜ“) (= NZA 2001, 160); *Peter*, in: Däubler (Hrsg.), *TVG*, § 2 Rn. 17.

<sup>31</sup> BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 – AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit („UFO“) (= NZA 2005, 697).

digkeit die Tariffähigkeit fehle; die Rechtskraft einer früheren entgegenstehenden Entscheidung<sup>32</sup> hindere das Gericht nicht an einer Neufeststellung aufgrund wesentlicher Änderung der tatsächlichen Verhältnisse.<sup>33</sup>

Darüber hinaus bedarf es einer organisatorischen Leistungsfähigkeit der Vereinigung.<sup>34</sup> Das setzt eine dafür hinreichende sächliche und personelle Ausstattung voraus.<sup>35</sup> Das muss nicht zwingend durch eigene Mitarbeiter geschehen, freilich verlangt die Rechtsprechung loyale Mitarbeiter, die nicht vom bestimmenden Einfluss Dritter abhängig sind, was insbesondere dann der Fall sein kann, wenn eine Vereinigung sich der Einrichtungen und des Personals einer anderen Vereinigung bedient.<sup>36</sup> Auch für die Frage der Leistungsfähigkeit der Organisationen ist die Mitgliederzahl von besonderer Bedeutung, weil sich aus ihr ergibt, ob die Vereinigung in der Lage ist, die mit Tarifverhandlungen verbundenen finanziellen und personellen Lasten zu tragen.<sup>37</sup>

#### 4. Bisherige Teilnahme am Tarifgeschehen

##### a) Grundsatz

Als ein wichtiges Indiz für die soziale Mächtigkeit kommt die bisherige Teilnahme am Tarifgeschehen in Betracht.<sup>38</sup> Dies hat freilich etwas von einem „Münchhausen-Prinzip“. Bei der Beurteilung, ob eine Organisation in der Lage ist, Tarifverträge zu schließen, wird geprüft, ob sie Tarifverträge geschlossen hat. Genau genommen ist es aber gar nicht so. Es geht nicht um Abschlüsse von Tarifverträgen, sondern darum, ob die Organisation kollektive Verträge über die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder geschlossen hat. Hierbei kann es nicht darauf ankommen, dass es diesen Kollektivverträgen an der Eigenschaft als Tarifverträge mangelt, weil die

---

<sup>32</sup> LAG Köln 5.6.1986 – 2 TaBV 17/81, hier zit. nach dem Beschluss des ArbG Bonn (sogleich Fn. 33).

<sup>33</sup> ArbG Bonn 31.10.2012 – 4 BV 90/12 – AuR 2012, 501 [Report], AuR 2013, 509 [Report] („ALEB“).

<sup>34</sup> BAG 6.6.2000 – 1 ABR 10/99 – AP Nr. 55 zu § 2 TVG, m. Anm. *Oetker* („BTÜ“) (= NZA 2001, 160); *Kocher/Berg*, in: *Berg/Kocher/Schumann*, (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 5. Aufl., Frankfurt/M. 2015, § 2 TVG Rn. 35 ff.; *Peter*, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, § 2 Rn. 15 ff.; *Krois*, in: NK-GA, § 2 TVG Rn. 54 f.; *Schubert*, in: *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert*, Tarifvertragsrecht, § 2 Rn. 94 ff.

<sup>35</sup> *Peter*, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, § 2 Rn. 15; *Löwisch/Rieble*, § 2 Rn. 144.

<sup>36</sup> BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 37, m. Anm. *Schmidt* („GKH“) (= NZA 2011, 300).

<sup>37</sup> BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 39, m. Anm. *Schmidt* („GKH“) (= NZA 2011, 300).

<sup>38</sup> BAG 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – AP Nr. 36 zu § 2 TVG; BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 – AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit („UFO“) (= NZA 2005, 697); BAG 6.6.2000 – 1 ABR 10/99 – AP Nr. 55 zu § 2 TVG, m. Anm. *Oetker* („BTÜ“) (= NZA 2001, 160); *Oetker*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), § 2 Rn. 393; *Deinert*, in: *Kittner/Zwanziger/Deinert*, Arbeitsrecht, § 8 Rn. 7; *Suckow*, Gewerkschaftliche Mächtigkeit als Determinante korporatistischer Tarifsysteime, Berlin 2000, S. 72 ff.; *Henssler*, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, S. 19 ff.

Organisation (noch) nicht als Gewerkschaft anzusehen ist. Entscheidend ist letztlich also, ob aus den Geschehnissen der Vergangenheit darauf geschlossen werden kann, dass die Organisation mächtig genug ist, um mit der Arbeitgeberseite auf Augenhöhe zu verhandeln.<sup>39</sup> Die Tariffähigkeit ist nicht Folge des Abschlusses von Tarifverträgen, sondern deren rechtliche Voraussetzung, wie das BVerfG jüngst erneut bekräftigte.<sup>40</sup> Der Versuch, Tarifverträge in dieser Weise zu schließen, muss ebenfalls durch die Tarifautonomie geschützt sein, weil andernfalls die Errichtung einer neuen Gewerkschaft praktisch unmöglich wäre.<sup>41</sup> Die Mitgliedererwerbung hängt maßgeblich von den bisherigen Erfolgen bei der Interessenvertretung ab. Können solche aber mangels Abschlusses von Kollektivverträgen nicht vorgewiesen werden, lässt sich die Durchsetzungsmacht weder über die Mitgliederzahl noch über das bisherige Tarifgeschäft darlegen. Vorrangiges Kriterium aber, das ist nach allem zu konstatieren, ist die Mitgliederstärke.

So gesehen kann die Durchsetzungsmacht einer Gewerkschaft auch daran gemessen werden, ob sie in der Vergangenheit Tarifverträge geschlossen hat bzw. solche Kollektivverträge, denen es allenfalls an der Gewerkschaftseigenschaft einer der beteiligten Parteien fehlt. Allerdings entbindet dies nicht von der Prüfung der Mitgliederstärke einer Organisation.<sup>42</sup> Eine „Gewerkschaft“ ohne Mitglieder ist nicht durchsetzungsfähig; der Abschluss von „Tarifverträgen“ kann in diesem Falle nicht auf Durchsetzungsfähigkeit beruhen, vielmehr ist die vermeintliche Teilnahme am Tarifgeschehen in einem solchen Fall zu hinterfragen.<sup>43</sup> Im GKH-Beschluss hat das BAG deutlich gemacht, dass eine langjährige Teilnahme am Tarifgeschehen in die Beurteilung sozialer Mächtigkeit und organisatorischer Leistungsfähigkeit einbezogen werden kann, wenn Zweifel hieran aufgrund der Mitgliederzahlen verbleiben.<sup>44</sup> Die Berücksichtigung der bisherigen Teilnahme am Tarifgeschehen ist demzufolge nicht isoliert möglich, sondern setzt eine Würdigung von Mitgliederstärke und Leistungsfähigkeit der Organisation voraus und kann dementsprechend nur bei Zweifeln indizielle Wirkung entfalten.<sup>45</sup>

---

<sup>39</sup> Vgl. *Kocher*, DB 2005, 2816, 2820; *Kocher/Berg*, in: *Berg/Kocher/Schumann*, (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht*, 5. Aufl., Frankfurt/M. 2015, § 2 TVG Rn. 33.

<sup>40</sup> BVerfG 16.6.2016 – 1 BvR 2257/15 – NZA 2016, 893, Rn. 12.

<sup>41</sup> Ähnlich auch *Richardi*, NZA 2004, 1025, 1028, der allerdings überschießend annimmt, dass (zumindest bei einer jungen Koalition) die Gewerkschaftseigenschaft auch ohne ausreichendes Machtpotential zuzuerkennen sei.

<sup>42</sup> *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), § 2 Rn. 35; *Kempen*, in: *Kempen/Zachert*, § 2 Rn. 57.

<sup>43</sup> Vgl. *Ulber*, RdA 2011, 353, 356 f.; i.E. a.A. *Greiner*, NZA 2011, 825, 828; *Hümmerich/Holthausen*, NZA 2006, 1070, 1076 f.

<sup>44</sup> BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit. 40, m. Anm. *Schmidt* („GKH“) (= NZA 2011, 300); *Treber*, in: *Schaub*, § 197 Rn. 12.

<sup>45</sup> BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 46, m. insoweit krit. Anm. *Schmidt* („GKH“) (= NZA 2011, 300); *Kocher/Berg*, in: *Berg/Kocher/Schumann*, (Hrsg.), § 2 TVG Rn. 34.

Angesichts dessen, dass bei einer neu gegründeten Vereinigung die ersten Abschlüsse sowohl echte Tarifverträge sein können als auch andere kollektiv verhandelte Verträge einer Arbeitnehmerorganisation, die nicht als Tarifverträge anzusehen sind, weil es sich noch nicht um eine Gewerkschaft handelt, vielmehr eine Gewerkschaft im Werden begriffen ist, kann allein aus der Teilnahme der noch jungen Organisation am kollektiven Verhandlungsgeschäft nicht auf die Tariffähigkeit geschlossen werden. Zu Recht fordert das BAG daher bei einer noch jungen Arbeitnehmerkoalition zusätzliche Angaben zur Mitgliederzahl und organisatorischen Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Tariffähigkeit. Denn nur auf diesem Wege lasse sich belegen, dass die Arbeitgeber die Vereinigung bereits beim erstmaligen Aushandeln von Tarifverträgen nicht habe ignorieren können.<sup>46</sup> Insoweit geht es um eine prognostische Bewertung.<sup>47</sup>

## **b) Konkretisierungen**

Bei der Beurteilung der bisherigen Kollektivvertragsabschlüsse bedarf es einer typisierenden Differenzierung nach den jeweiligen Arten von Vertragsschlüssen.<sup>48</sup>

### **(1) Anschlussstarifverträge**

Ein Anschlussstarifvertrag, bei dem das Ergebnis eines bereits abgeschlossenen Tarifvertrages anderer Tarifvertragsparteien sachlich übernommen wird, stellt sich insoweit anders dar als ein Tarifvertrag, der aufgrund einer eigenständigen Kollektivvertragspolitik abgeschlossen wurde. Mit Tarifzensur hat dies nichts zu tun.<sup>49</sup> Vielmehr geht es darum, aus dem Geschehenen Rückschlüsse auf die Durchsetzungsmacht zu ermitteln.<sup>50</sup> Es wäre auch zirkelschlüssig, von Tarifzensur zu sprechen, weil die Frage, ob ein Tarifvertrag überhaupt vorliegt, in diesem Stadium noch gar nicht beantwortet wurde.

---

<sup>46</sup> BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 43, m. insoweit krit. Anm. Schmidt („GKH“) (= NZA 2011, 300); Greiner, NZA 2011, 825 ff.; ferner krit. Anm. Greiner, EzA TVG § 2 Nr. 31; zust. Krois, in: NK-GA, § 2 TVG Rn. 45; Klimpe-Auerbach, AuR 2011, 285.

<sup>47</sup> BAG 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – AP Nr. 36 zu § 2 TVG; Schubert, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht, § 2 Rn. 92.

<sup>48</sup> Vgl. Kempen, in: Kempen/Zachert, § 2 Rn. 55 f. Demgegenüber bevorzugt Henssler, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, S. 44, ein Abstellen auf die konkreten Umstände des Vertragsschlusses.

<sup>49</sup> A.A. Rieble, FS Wiedemann, 2002, S. 519, 535; Löwisch/Rieble, § 2 Rn. 126; i.E. auch Krois, in: NK-GA, § 2 TVG Rn. 45.

<sup>50</sup> Peter, in: Däubler (Hrsg.), TVG, § 2 Rn. 22; vgl. auch Kocher/Berg, in: Berg/Kocher/Schumann, (Hrsg.), § 2 TVG Rn. 34a.

Die Beurteilung von Mächtigkeit und leistungsfähiger Organisation aufgrund des bisherigen Tarifgeschäfts ist für Flächen- wie für Haustarifverträge mit Inhaltsnormen, die von der Organisation inhaltlich komplett ausgehandelt wurden, unproblematisch.<sup>51</sup> Aber auch Anschlussstarifverträge können zum Nachweis der Durchsetzungsfähigkeit herangezogen werden. Der Abschluss eines Anschlussstarifvertrages kann im Prinzip immerhin ein Indiz dafür sein, dass es gelungen ist, Arbeitgeber zum Abschluss von Tarifverträgen auf einem Niveau zu bewegen, auf dem die Arbeitgeberseite auch mit anderen Organisationen abgeschlossen hat. Andererseits kann der Abschluss von Anschlussstarifverträgen auch Ausdruck genau des Gegenteils sein, wenn der Arbeitgeber nämlich diese Kollektivverträge allein deshalb schließt, um der Organisation eine Gefälligkeit zu erweisen oder wenn sich gerade die Gestalt als Anschlussstarifvertrag als schlichtes Tarifiktat der Arbeitgeberseite erweist.<sup>52</sup>

Ein Anschlussstarifvertrag ist ein Gefälligkeitstarifvertrag, wenn er von der Arbeitgeberseite mit der Organisation nur deshalb abgeschlossen wird, damit diese den Gewerkschaftsstatus erhalten kann. Doch lässt sich dies schwer nachweisen. Immerhin wird das Widerstandspotenzial der Arbeitgeberseite gegen Anschlussstarifverträge in der Regel gering sein, weil die Arbeitgeber zumeist aufgrund von Bezugnahmeklauseln ohnehin verpflichtet sind, das Tarifergebnis, das sie mit der großen Gewerkschaft vereinbart haben, an alle Arbeitnehmer weiterzugeben.<sup>53</sup> Eine zweite Gewerkschaft insoweit im Geschäft zu halten, kann durchaus im Interesse der Arbeitgeberseite liegen. Das Tarifeinheitsgesetz dürfte daran kaum etwas ändern. Soweit die Organisation, deren Gewerkschaftsstatus zweifelhaft ist, auch die Minderheitsgewerkschaft im Betrieb ist, kann das Verhandeln eines vom Tarifvertrag der Mehrheitsorganisation abweichenden Tarifvertrages nur zu dem Ergebnis führen, dass eine Tarifikollision im Sinne von § 4a TVG vorliegt. Der Arbeitgeber wäre dann dem Verlangen der Minderheitsorganisationen nach Nachzeichnung gemäß § 4a Abs. 4 TVG ausgesetzt. Will er sich nicht auf eine Auseinandersetzung um den Gewerkschaftsstatus der Minderheitsorganisation einlassen, müsste er dem nachgeben. Der Abschluss eines Anschlussstarifvertrages, bei dem nach § 4a Abs. 2 Satz 1 TVG eine Tarifpluralität eintreten würde, wäre insoweit der deutlich einfachere Weg. Insgesamt ist also zu konstatieren, dass der Abschluss von Anschlussstarifverträgen – insoweit womöglich entgegen der Rechtsprechung<sup>54</sup> – kein gleichwertiger Indikator der Durchsetzungsmacht ist wie der Abschluss eigenständiger Tarifverträge.

Andererseits lässt sich auch nicht sagen, dass der Abschluss von Anschlussstarifverträgen immer nur Ausdruck von Gefälligkeiten der Arbeitgeberseite ist. Wen der Arbeitgeber als Arbeit-

---

<sup>51</sup> *Peter*, in: Däubler (Hrsg.), TVG, § 2 Rn. 23.

<sup>52</sup> BAG 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – AP Nr. 36 zu § 2 TVG.

<sup>53</sup> *Giesen*, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Neue Tarifrechtspolitik?, S. 139, 151.

<sup>54</sup> BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 81 ff., m. Anm. *Henssler/Heiden* („CGM“) (= NZA 2006, 1112).

nehmerorganisation überhaupt nicht ernst nimmt, mit dem wird er auch keine Anschlussstarifverträge schließen.<sup>55</sup> Insgesamt bedarf es damit einer Würdigung des Einzelfalles, bei der Anschlussstarifverträge besonders kritisch zu betrachten sind. Anschlussstarifverträge sind jedenfalls *prima facie* „mächtigkeitsneutral“.<sup>56</sup>

Das ist weder „ungerecht“ noch „ein bisschen treuwidrig“ im Hinblick darauf, dass unter den Zeichen der Tarifeinheit eine eigenständige Tarifpolitik nicht möglich sei.<sup>57</sup> Denn es geht nicht darum, ein „Trostpflaster“ für eine verfassungswidrige Beschränkung der Koalitionsfreiheit zu gewähren. Vielmehr ist der Frage der Verfassungswidrigkeit der Tarifeinheit eigenständig nachzugehen.<sup>58</sup> Das ist hier nicht zu klären<sup>59</sup> und wird ohnehin demnächst vom BVerfG entschieden werden<sup>60</sup>.

## **(2) Anerkennungstarifverträge**

Anerkennungstarifverträge werden von nicht tarifgebundenen Arbeitgebern geschlossen, um die Ergebnisse des Branchentarifvertrags zu übernehmen. Voraussetzung ist also die Existenz eines Branchentarifvertrags. Gelingt es einer Organisation, die bereits einen Branchentarifvertrag geschlossen hat, mit weiteren Arbeitgebern Anerkennungstarifverträge zu schließen, sind auch diese Indikatoren für die soziale Mächtigkeit. Anders wäre nur die Konstellation, dass eine Arbeitnehmerorganisation den Außenseiter auf Arbeitgeberseite dazu bewegt, den Branchentarifvertrag einer anderen Gewerkschaft zu übernehmen. Ein solcher Tarifvertrag hätte eine Zwischenstellung zwischen Anerkennungstarifvertrag und Anschlussstarifvertrag. Er wäre hinsichtlich seines Indizwertes mit denselben Zweifeln behaftet wie sonstige Anschlussstarifverträge.

## **(3) „Scheintarifverträge“**

Keine Berücksichtigung finden können so genannte Scheintarifverträge.<sup>61</sup> Bei ihnen handelt es sich um Vertragswerke, die nicht als *law in action* gelebt werden.<sup>62</sup> Zu bezweifeln ist, dass die Ausführungen des BAG in dem CGM-Beschluss, wonach es sich nicht um Scheingeschäfte

---

<sup>55</sup> BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 82, m. Anm. *Henssler/Heiden* („CGM“) (= NZA 2006, 1112).

<sup>56</sup> *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257, 269 f.; zurückhaltender *Schubert*, in: *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert*, Tarifvertragsrecht, § 2 Rn. 97; a.A. mit rechtspolitischer Argumentation *Greiner*, NZA 2011, 825, 829; weitergehend hingegen *Peter*, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, § 2 Rn. 23 f.

<sup>57</sup> So aber *Rieble*, BB 2004, 885, 889.

<sup>58</sup> Von dieser geht im Übrigen ja auch *Rieble*, BB 2004, 885, 888, aus.

<sup>59</sup> Zur Problematik vgl. statt vieler *Däubler/Beppler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 204 ff.

<sup>60</sup> Vgl. die Ankündigung von BVerfG 6.10.2015 – 1 BvR 1571/15 u.a. – NZA 2015, 1271, Rn. 16.

<sup>61</sup> BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 – AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit („UFO“) (= NZA 2005, 697); i.E. a.A. *Krois*, in: *NK-GA*, § 2 TVG Rn. 45.

<sup>62</sup> *Deinert*, AuR 2004, 212, 216.

im Sinne von § 117 Abs. 1 BGB handele, sondern um Fälle, in denen lediglich der äußeren Form, nicht aber dem Inhalt nach ein Tarifvertrag geschlossen wurde, etwas anderes meinen.

#### **(4) Abschluss in Tarifgemeinschaften**

Ebenfalls lehnt die h.M. es zu Recht ab, Tarifverträge zu berücksichtigen, die von einer Tarifgemeinschaft abgeschlossen wurden.<sup>63</sup> Denn sie können kein zuverlässiges Indiz dafür liefern, dass gerade die Organisation, deren Tariffähigkeit infrage steht, die erforderliche Durchsetzungskraft besaß, um von der Arbeitgeberseite ernst genommen zu werden.

#### **(5) Gebrauchmachen von tarifdispositivem Gesetzesrecht**

Schließlich ist Zurückhaltung geboten, Tarifverträge zur Bestätigung der Durchsetzungsfähigkeit heranzuziehen,<sup>64</sup> wenn damit ohne Kompensation von einer Tariföffnungsklausel allein zugunsten der Arbeitgeber Gebrauch gemacht wurde. Insoweit könnte nämlich ein „Gefälligkeitstarifvertrag“ zugunsten der Arbeitgeber vorliegen, zu dem auch eine nicht tariffähige Organisation in der Lage wäre<sup>65</sup>.<sup>66</sup> Diese vom BAG in der CGM-Entscheidung zum Ausdruck gebrachte Einschätzung war weitsichtig. Seit der CGZP-Entscheidung des BAG<sup>67</sup> gibt es ein bekanntes Beispiel für die Nutzung von Tariföffnungsklauseln durch nichttariffähige Organisationen. Im GKH-Beschluss hat das BAG bei einer jungen Arbeitnehmerkoalition gefordert, dass sie weitere Nachweise zur Zahl der Mitglieder und organisatorischen Leistungsfähigkeit erbringen müsse, so dass auch die Annahme ausgeschlossen werden könne, dass die Arbeitgeberseite sich nur mit dem Ziel auf Verhandlungen eingelassen habe, von Tariföffnungsklausel zu ihren Gunsten Gebrauch zu machen.<sup>68</sup> Da es mit der GKH um eine junge Koalition ging, waren keine anderen Aussagen veranlasst. Allerdings ist dasselbe bei anderen („alten“) Organisationen zu fordern, wenn maßgeblich Tarifverträge, in denen von Tariföffnungsklausel Gebrauch gemacht wurde, zum Beleg der Gewerkschaftseigenschaft herangezogen werden.

---

<sup>63</sup> BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 41, m. Anm. *Schmidt* („GKH“) (= NZA 2011, 300); zust. *Krois*, in: NK-GA, § 2 TVG Rn. 45; *Henssler*, in: Henssler/Willemssen/Kalb (Hrsg.), § 2 Rn. 19; *Treber*, in: Schaub, § 197 Rn. 12; *Greiner*, NZA 2011, 825.

<sup>64</sup> *Giesen*, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Neue Tarifrechtspolitik?, S. 139, 149; offengelassen von BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP Nr. 6 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 112, m. Anm. *Bayreuther* („CGZP“) (= NZA 2011, 289).

<sup>65</sup> BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 69, m. Anm. *Henssler/Heiden* („CGM“) (= NZA 2006, 1112); vgl. *Kocher/Berg*, in: Berg/Kocher/Schumann, (Hrsg.), § 2 TVG Rn. 34b.

<sup>66</sup> *Krois*, in: NK-GA, § 2 TVG Rn. 45.

<sup>67</sup> BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP Nr. 6 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, m. Anm. *Bayreuther* („CGZP“) (= NZA 2011, 289).

<sup>68</sup> BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 43 m. Anm. *Schmidt* („GKH“) (= NZA 2011, 300).

### **c) Verjüngung der Koalition durch Satzungsänderung**

Möglicherweise kann es Koalitionen gelingen, was Menschen niemals möglich ist: noch einmal jung sein. Diese Frage wurde im eingangs angesprochenen Verfahren vor dem LAG Hamburg<sup>69</sup> virulent. Denn nach den Ausführungen oben a) verbietet sich ein Blick auf das bisherige Tarifgeschäft als Indikator der Tariffähigkeit einer noch jungen Koalition von vornherein. Die DHV geht in ihrer ursprünglichen Gründung auf das Jahr 1893 zurück. 1950 erfolgte eine Neugründung. Egal, auf welches Datum man abstellt: mit 66 Jahren fängt das Leben eben nicht an, auch eine Gewerkschaft ist dann nicht mehr jung. Anders sahen dies die Antragsteller im DHV-Verfahren, die von einer jungen Organisation ausgingen, weil es in den Jahren 2012 und 2014 zu Satzungsänderungen gekommen war. In der Folge erstreckte sich die Tarifizzuständigkeit der DHV nicht mehr nur auf Angestellte, sondern auch auf Arbeiter, die offensichtlich nach den Feststellungen des LAG immerhin 20 % der Mitgliedschaft ausmachten. Das LAG berücksichtigt diese Satzungsänderungen indes nicht, sondern stellte auf das Jahr 1950 und die seither geschlossenen Tarifverträge ab. Dementsprechend vermitteln Tarifverträge der Organisation aus dem alten Zuständigkeitsbereich die Durchsetzungsmacht auch für den erweiterten neuen Zuständigkeitsbereich.<sup>70</sup>

Die entscheidende Frage ist dabei, ob Satzungsänderungen einer in die Jahre gekommenen Organisation dazu führen, dass sie im Rechtsinne als junge Organisation anzusehen ist. Die Antwort ergibt sich aus dem Zweck der Differenzierung. Gerade bei einer jungen Koalition ist fraglich, ob der Abschluss kollektiver Verträge auf Durchsetzungsmacht beruht, eine Gefälligkeit der Arbeitgeberseite darstellt oder gar wohlwollende Starthilfe ist. Dann aber können Satzungsänderungen, soweit sie neue Zuständigkeitsbereiche eröffnen, nicht dazu führen, dass die Organisation insgesamt als arriviert anzusehen ist. Man stelle sich vor, die Vereinigung Cockpit würde heute ihren Zuständigkeitsbereich auf Landwirtschaft, Gesundheitswesen und öffentlichen Dienst erweitern und bundesweit munter Tarifverträge schließen: Niemand würde aus diesem neuen Tarifgeschäft auf die soziale Mächtigkeit von Cockpit im gesamten neuen Organisationsbereich schließen. Die soziale Mächtigkeit muss zumindest in einem nicht unerheblichen Teil des Tarifizzuständigkeitsbereichs gegeben sein (s.o. 1). Infolgedessen mögen unerhebliche Erweiterungen der Tarifizzuständigkeit keine „Verjüngung“ der Organisation bewirken. Bei erheblichen Zuständigkeitserweiterungen (im DHV-Verfahren waren solche nach den obigen Angaben durchaus anzunehmen), muss die Tariffähigkeitsfrage mit Blick auf die erweiterte Tarifizzuständigkeit aber insgesamt neu aufgeworfen werden.

---

<sup>69</sup> S.o. Fn. 8.

<sup>70</sup> Zust. *Jacobs*, jurisPR-ArbR 31/2016, Anm. 1.

### III. Erforderlichkeit einer Neubestimmung infolge des Mindestlohngesetzes und des Tarifeinheitsgesetzes?

Das LAG Hamburg kam in der eingangs zitierten Entscheidung zu dem Ergebnis, dass auf der Grundlage der Rechtsprechung des BAG die Gewerkschaftseigenschaft der DHV gegeben sei. Darüber hinaus versteht das Gericht das Erfordernis der Mächtigkeit als „Eingriff“ in die Koalitionsfreiheit. Freilich übersieht es dabei, dass die Mächtigkeitslehre nach der Rechtsprechung von BAG und BVerfG nicht Eingriff in, sondern Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit ist (s.o. II 2). Es hält diesen „Eingriff“, der zur Gewährleistung einer funktionsfähigen Tarifautonomie gerechtfertigt war, für nun nicht mehr so unentbehrlich, weil auch das Tarifeinheitsgesetz in Gestalt einer Arbeitskampfrestriction für Minderheitsgewerkschaften einen Eingriff enthalte,<sup>71</sup> der dadurch gerechtfertigt sei, dass die Tarifeinheit der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie diene. Darüber hinaus sieht das LAG Hamburg den gesetzlichen Mindestlohn als Eingriff an. Dieser mache aber die Mächtigkeitslehre weniger bedeutsam, da der Staat bereits gleichsam den Schutz der Arbeitnehmerinteressen gewährleiste. Das Gericht sieht zwar, dass der Gesetzgeber offensichtlich weiterhin von der Existenz gewisser Anforderungen an die Tariffähigkeit ausgeht, weil er das Verfahren nach § 97 ArbGG nicht abgeschafft hat. Wegen der neuen Rahmenbedingungen sei aber jedenfalls für Organisationen, die bereits dauerhaft am Tarifleben teilgenommen hätten und Tarifverträge in nennenswertem Umfang abgeschlossen hätten, die Mächtigkeitskontrolle auf eine reine „Bagatellkontrolle“ zu reduzieren. Der Stichhaltigkeit dieser Argumentation ist im Folgenden nachzugehen.

---

<sup>71</sup> Das LAG folgt der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/4062, S. 12), wonach der Arbeitskampf der Minderheitsgewerkschaft in der Regel unverhältnismäßig und unzulässig sei. Das Gericht verkennt allerdings, dass in der von ihm zitierten Literaturfundstelle (*Greiner*, NZA 2015, 769, 776 f.) das Gegenteil – zu Recht – vertreten wird. Denn die Kollisionsregel des § 4a TVG setzt für die Auflösung der Tarifkollision zunächst voraus, dass es zwei Tarifverträge gibt, ferner vermögen die Mehrheitsverhältnisse im Betrieb vor Beginn des Arbeitskampfes keine sichere Prognose dafür zu liefern, wie die Mehrheitsverhältnisse im Zeitpunkt der Auflösung der Tarifkollision sein werden (vgl. *Däubler/Bepler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 193 ff.; *Treber*, in: *Schaub*, § 203 Rn. 63; *Franzen*, in: *ErfK*, § 2 TVG Rn. 26) und schließlich setzt das Nachzeichnungsrecht nach § 4a Abs. 4 TVG ebenfalls zunächst den Abschluss eines Tarifvertrags voraus, was notwendig den Druck zumindest eines drohenden Arbeitskampfes erfordert, um zumindest einen Nachzeichnungstarifvertrag abschließen zu können (*Franzen*, in: *ErfK*, § 2 TVG Rn. 26; *Treber*, in: *Schaub*, § 203 Rn. 63). Ferner verkennt das LAG, dass eine Gewerkschaft beim Flächentarifvertrag i.d.R. nicht in sämtlichen Betrieben Minderheitsgewerkschaft sein wird, so dass der Tarifvertrag niemals gänzlich außer Anwendung bleiben wird (vgl. *Däubler/Bepler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, Rn. 191 f.). Übersehen hat das LAG zudem, dass das BVerfG (6.10.2015 – 1 BvR 1571/15 u.a. – NZA 2015, 1271, Rn. 17) in seiner Entscheidung zur Ablehnung einer einstweiligen Anordnung explizit darauf hingewiesen hat, dass zumindest bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Tarifeinheitsgesetzes in der Hauptsache ein Arbeitskampf nicht als unverhältnismäßig angesehen werden darf, weil nicht auszuschließen ist, dass die Verdrängungswirkung des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG ex tunc beseitigt werden könnte. Die Argumentation könnte demnach allenfalls nach einer Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit des Tarifeinheitsgesetzes greifen.

## 1. Konsequenzen des Tarifeinheitsgesetzes

Es scheint überraschend, dass das Tarifeinheitsgesetz eine Herabsetzung der Anforderungen an die Tariffähigkeit erfordern soll. Das Gesetz bewirkt ja letztlich im Wesentlichen den Ausschluss von Tarifpluralitäten, wie sie durch die Entscheidung des BAG<sup>72</sup> zur Aufgabe der Tarifeinheit in weiterem Maße möglich geworden sind. Letztlich handelt es sich im Wesentlichen nur um eine Rückkehr zur Rechtslage, wie sie bis 2010 gegolten hat.<sup>73</sup> Einzuräumen ist allerdings, dass in der Literatur in der Vergangenheit die Ansicht geäußert wurde, durch die Aufgabe der Tarifeinheitslehre sei das Kriterium der Mächtigkeit insofern wichtiger geworden, als eine zunehmende Gewerkschaftspluralität auf den Plan getreten sei.<sup>74</sup> Begünstigt wird die Einschätzung des LAG Hamburg offenbar auch durch die These, das BAG habe die Anforderungen an die Tariffähigkeit im GKH-Beschluss unter dem Eindruck der möglichen Tarifpluralität nach Aufgabe der Tarifeinheitslehre erhöht.<sup>75</sup> Freilich gibt der Beschluss dafür keine Anhaltspunkte. Ohnehin dürfte es sich beim GKH-Beschluss eher um eine Präzisierung der Anforderungen zur Bestimmung der sozialen Mächtigkeit handeln, nachdem im CGM-Beschluss der Eindruck eines großzügigeren Maßstabes gegenüber der früheren Rechtsprechung entstanden war.

Ob es tatsächlich einen entsprechenden Ursachenzusammenhang zwischen Aufgabe der Tarifeinheitslehre und Gewerkschaftspluralität gibt, muss an dieser Stelle allerdings nicht weiter diskutiert werden. Es sollte aber im Auge behalten werden, dass das Tarifeinheitsgesetz, wenn auch nicht exakt, so doch im Wesentlichen, den Zustand wiederherstellen soll, der vor dem Rechtsprechungswandel über Jahrzehnte existierte. Die wesentlichen Grundlagen der Rechtsprechung zur Tariffähigkeit wurden aber gerade in Zeiten der Tarifeinheit, nicht etwa während der kurzen Ära der Tarifpluralität zwischen 2010 und 2015 entwickelt. Verwiesen sei etwa darauf, dass das BAG in der UFO-Entscheidung ausdrücklich ausgeführt hat, der Grundsatz der Tarifeinheit setze Tarifpluralität geradezu voraus und lasse es den Gewerkschaften unbenommen, um konkurrierende Tarifverträge zu kämpfen.<sup>76</sup> Interessanterweise hatte auch das BAG seinerzeit durchaus gesehen, dass die gezielte Ausnutzung der damaligen Tarifeinheitslehre

---

<sup>72</sup> BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – AP Nr. 140 zu Art. 9 GG, m. Anm. *Schmidt* (= NZA 2010, 1069).

<sup>73</sup> Entsprechend lesen sich die Ausführungen von *Bayreuther*, BB 2005, 2633, 2640, der damals bereits dem betrieblichen Mehrheitsprinzip zuneigte, als wären sie unter der heutigen Rechtslage verfasst worden.

<sup>74</sup> *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257, 264; *Peter*, in: Däubler (Hrsg.), TVG, § 2 Rn. 23c, forderte entsprechend unter dem Dach der Tarifpluralität erhöhte Anforderungen an die Indizwirkung von Tarifvertragsabschlüssen.

<sup>75</sup> *Lembke*, FS Bepler, 2012, S. 345.

<sup>76</sup> BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 – AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit („UFO“) (= NZA 2005, 697).

dazu führen konnte, dass Arbeitgeber mit schwächeren Gewerkschaften ungünstigere verdrängende Tarifverträge schlössen, dem sei aber nicht durch Erhöhung der Anforderungen an die Tariffähigkeit Rechnung zu tragen.<sup>77</sup>

Dementsprechend überzeugt es schon im ersten Zugriff kaum, wenn das LAG Hamburg nun nach dem kurzen Intermezzo der Tarifpluralität bei Rückkehr zur Tarifeinheit, wenn auch mit anderer Auflösungsregel, eine Absenkung der Standards fordert, obwohl sie doch zuvor gar nicht angehoben worden waren.

Wenn man die Argumentation genauer betrachtet, fällt zunächst der Hinweis auf die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in den Blick. *Jacobs* argumentiert ähnlich: Wenn aus § 4 a Abs. 2 Satz 2 GVG eine zusätzliche „Markteintrittsschranke“ für Arbeitnehmerkoalitionen geschaffen werde, müssten wenigstens die Anforderungen an die Tariffähigkeit abgesenkt werden.<sup>78</sup> Auf dieser abstrakten Ebene drehen sich beide Anliegen (Vorbehalt der Tariffähigkeit für durchsetzungsfähige Organisationen und Vermeidung von Tarifpluralitäten im Betrieb) in der Tat um die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Alles andere wäre auch problematisch, darf doch die Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit – und um eine solche handelt es sich bei den Regelungen des Tarifvertragsrechts – nicht zur Aushöhlung des Koalitionsgrundrechts führen, sondern muss sich in den Worten des BVerfG auf solche Kriterien beschränken, die von der Sache gefordert sind (s.o. II 2). Indes handelt es sich bei den beiden Regelungen keineswegs um Funktionsäquivalente. Die Mächtigkeitslehre soll vor allem das Tarifvertragssystem davor schützen, dass Organisationen, die zur effektiven kollektivvertraglichen Interessenvertretung für die Arbeitnehmer nicht in der Lage sind, am Tarifgeschäft teilnehmen. Demgegenüber bezweckt das Tarifeinheitsgesetz etwas völlig anderes. Ausweislich der Gesetzesbegründung ging es dem Gesetzgeber darum, Entsolidarisierungen der Belegschaften und innerbetriebliche Verteilungskämpfe zu vermeiden.<sup>79</sup> Dementsprechend definiert § 4a Abs. 1 TVG den Normzweck der Tarifeinheit mit Blick auf Schutzfunktion, Verteilungsfunktion, Befriedungsfunktion und Ordnungsfunktion der Rechtsnormen. Dabei wird die Schutzfunktion offensichtlich nicht unter dem Aspekt in den Blick genommen, dass auf diese Weise Tarifverträge durch schwache Gewerkschaften verhindert werden, sondern dass Arbeitnehmer ohne hinreichende Schlüsselpositionen im Betrieb durch Entsolidarisierung „zu kurz kommen“, weil bei konkurrierenden Tarifabschlüssen nicht mehr der Wert unterschiedli-

---

<sup>77</sup> BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 70, m. Anm. *Henssler/Heiden* („CGM“) (= NZA 2006, 1112).

<sup>78</sup> *Jacobs*, jurisPR-ArbR 31/2016, Anm. 1.

<sup>79</sup> BT-Drs. 18/4062, S. 12.

cher Arbeitsleistungen widergespiegelt werde, sondern die Angehörigkeit zu Beschäftigten-  
gruppen unterschiedlicher Schlüsselstellungen im Betrieb.<sup>80</sup> Das kann auch eine potenziell  
hinreichend mächtige Gewerkschaft treffen.

Zu fragen bleibt gleichwohl, ob das neue Tarifeinheitsrecht eine Lage schafft, die dazu führt,  
dass die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht mehr (in gleichem Maße) gefährdet ist,  
wenn Organisationen Tarifverträge schließen können, denen es an hinreichender Mächtigkeit  
fehlt, um von der Arbeitgeberseite ernst genommen zu werden. Die Frage ist zu verneinen,  
wenn auch unter der neuen Rechtslage Tarifpluralitäten im Betrieb möglich bleiben, es also  
denkbar ist, dass die Mitglieder einer schwächeren Gewerkschaft allein auf den Schutz der  
von dieser abgeschlossenen Tarifverträge angewiesen sind und nicht etwa Tarifschutz nach  
dem „Mehrheitstarifvertrag“ durch das Nachzeichnungsrecht nach § 4a Abs. 4 TVG im Falle  
einer Verdrängung des ursprünglichen Tarifvertrags der schwächeren Gewerkschaft erhalten.  
Das aber ist schon deshalb nicht der Fall, weil die Auflösung einer Tarifkollision gemäß § 4a  
Abs. 2 TVG einen Antrag im Verfahren nach § 99 ArbGG voraussetzt. Wird ein solcher Antrag  
nicht gestellt, verbleibt es bei einer Tarifpluralität. So jedenfalls versteht das BVerfG diese  
Bestimmung.<sup>81</sup> Zumindest aber muss dies gelten, wenn die Arbeitgeberseite sich verpflichtet,  
sich nicht auf § 4a TVG zu berufen.<sup>82</sup>

Aber auch wenn man die Auflösung einer Tarifkollision kraft Gesetzes für zutreffend hält, erle-  
digt sich das Erfordernis durchsetzungsfähiger Gewerkschaften nicht. Es ist zumindest theo-  
retisch nicht ausgeschlossen, dass der „Tarifvertrag“ einer nicht durchsetzungsstarken Orga-  
nisation im Betrieb zur Anwendung kommt, obwohl diese die Minderheitsorganisation im Be-  
trieb ist, wenn im betreffenden Geltungsbereich die Mehrheitsgewerkschaft keinen Tarifvertrag  
abgeschlossen hat. Dann würde die Schutzfunktion des Tarifvertrages versagen, wenn nicht  
gewährleistet ist, dass die abschließende Organisation durchsetzungsmächtig ist.

Es sind aber noch schwerwiegendere Szenarien denkbar. Tarifkollisionen sind gemäß § 4a  
Abs. 2 Satz 2 TVG nach dem betrieblichen Mehrheitsprinzip aufzulösen. Tarifverträge einer  
„Gewerkschaft“, die mitgliederschwach ist, mögen zwar in vielen Fällen verdrängt werden, weil  
diese Gewerkschaft dann auch in den jeweiligen Betrieben die Minderheitsgewerkschaft ist.  
Flächendeckend in allen Betrieben wird dies aber kaum der Fall sein. Dort aber, wo diese  
Organisation, wiewohl nicht durchsetzungsstark, im Betrieb nicht die „Minderheitsgewerk-  
schaft“ ist, versagt die Tarifautonomie nicht nur für ihre Mitglieder. Auf diese Weise würde  
sogar die Tarifautonomie für die Mitglieder einer starken Gewerkschaft versagen. Man stelle  
sich als Beispiel vor, dass in einem Betrieb 10 Arbeitnehmer beschäftigt sind, zwei von ihnen

---

<sup>80</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4062, S. 12.

<sup>81</sup> BVerfG 6.10.2015 – 1 BvR 1571/15 u.a. – NZA 2015, 1271; zust. Löwisch, NZA 2015, 1369.

<sup>82</sup> Franzen, in: ErfK, § 2 TVG Rn. 22 f.

medsonet-Mitglieder, eines ver.di-Mitglied. Fingiert, medsonet könnte aufgrund abgesenkter Mächtigkeitsanforderungen Tarifverträge schließen, da als Gewerkschaft anzusehen, würde folgendes gelten: Nach § 4a TVG käme ein ver.di-Tarifvertrag nicht mehr zur Anwendung und ver.di wäre auf die Nachzeichnung eines medsonet-Tarifvertrages verwiesen (sic!).

Es zeigt sich, dass gerade angesichts potentieller mittelbarer Drittwirkungen eine Preisgabe des Mächtigkeitskriteriums nicht angezeigt ist, sondern im Gegenteil die Mächtigkeit umso mehr zu fordern ist, damit die Tariffähigkeit sich nicht als eine Waffe in der Hand des Schwachen erweist, die gegen diesen selber und womöglich auch gegen Dritte gerichtet werden kann. Aus diesem Grunde wäre hinter die UFO-Entscheidung des BAG durchaus ein Fragezeichen zu setzen, falls daraus abzuleiten sein sollte, dass die Verdrängungsgefahren durch Tarifeinheit bei der Mächtigkeitslehre nicht berücksichtigt werden dürfen<sup>83</sup>. Richtigerweise ist die Entscheidung aber auch nicht in diesem Sinne zu verstehen, sondern dahin, dass gezielten Missbräuchen auf andere Weise begegnet werden müsste.

Auch soweit die Argumentation mit dem Tarifeinheitengesetz im Hinblick auf flächendeckende Verdrängungswirkungen stichhaltig wäre, überzeugt die Argumentation letztlich deshalb nicht, weil die Tarifkollisionsregelung des § 4a Abs. 2 TVG zwar eine Verdrängung der normativen Wirkung des Minderheitstarifvertrages bewirkt, diesem aber nicht den Charakter als Tarifvertrag oder seine Wirksamkeit nimmt.<sup>84</sup> Er kann daher zum Objekt einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme gemacht werden.<sup>85</sup> Insoweit ist aber darauf hinzuweisen, dass die mit der intendierten Rechtsprechungsänderung verbundene Preisgabe der Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages einer nicht durchsetzungsstarken Organisation den Arbeitnehmerschutz auch dort preisgibt, wo der Gesetzgeber für bestimmte Rechtsfolgen Bezugnahmen gestattet. Das gilt etwa für Tariföffnungsklauseln wie beispielsweise in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG, aber auch für die Freistellung des Tarifvertrages von der AGB-Kontrolle im Falle der Bezugnahme nach § 310 Abs. 4 BGB<sup>86</sup>.

Diese Sichtweise findet im Übrigen eine Bestätigung durch den jüngsten Kammerbeschluss des BVerfG.<sup>87</sup> In diesem wurde eine Verfassungsbeschwerde gegen das Tarifeinheitengesetz nicht zur Entscheidung angenommen, weil substantiierte Ausführungen zur Tariffähigkeit fehlten. Es sei nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin überhaupt von der Regelung des §

---

<sup>83</sup> Bezogen auf die oben bei Fn. 77 zitierten Ausführungen.

<sup>84</sup> *Treber*, in: Schaub, § 203 Rn. 57; *Franzen*, in: ErfK, § 4a Rn. 17.

<sup>85</sup> *Treber*, in: Schaub, § 203 Rn. 57.

<sup>86</sup> Diese greift auch im Falle einer (vollständigen) Bezugnahme auf einen (einschlägigen) Tarifvertrag, vgl. näher m.w.N. *Deinert*, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), Arbeitsrecht, § 8 Rn. 356 f.

<sup>87</sup> BVerfG 16.6.2016 – 1 BvR 2257/15 – NZA 2016, 893.

4 Abs. 2 Satz 2 TVG erfasst werde, weil von ihr wirksam abgeschlossene Tarifverträge verdrängt würden. Dass die Anforderungen an die soziale Mächtigkeit insoweit herabgesetzt werden müssten, wurde mit keiner Silbe angedeutet.

## 2. Konsequenzen der Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns

Das LAG Hamburg argumentiert weiter damit, dass mit dem Mindestlohn eines der wichtigsten Parameter des Arbeitslebens nach unten hin festgesetzt sei. Daraus ergebe sich eine richtigkeitsgewährende Grenze einseitiger Festlegungen durch die Arbeitgeberseite gegenüber nicht durchsetzungsfähigen Arbeitnehmerorganisationen. Es heißt weiter: „Die sozialstaatliche Ordnungs- und Schutzaufgabe der Tarifvertragsparteien hat durch den Mindestlohn spürbar an Bedeutung verloren.“ (sic!).<sup>88</sup>

Diese Argumentation überzeugt nun überhaupt nicht. Der Zweck des Mindestlohns liegt darin, die Tarifautonomie vor Aushöhlung zu schützen, indem ein unterster Mindestsockel von Arbeitsbedingungen gewährleistet wird. Das schließt keineswegs aus, dass die Tarifvertragsparteien bessere Arbeitsbedingungen vereinbaren. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber des Tarifautonomiestärkungsgesetzes explizit betont, dass dadurch kein umfassender Schutz der Arbeitnehmer gewährleistet werden solle, sondern lediglich die schlimmsten Auswüchse verhindert werden sollten. Wörtlich heißt es dazu im Gesetzentwurf der Bundesregierung:<sup>89</sup>

„Der Mindestlohn zielt im Unterschied zum Tarifvertrag nicht darauf ab, einen umfassenden Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sicherzustellen. Vielmehr kann und soll der allgemeine Mindestlohn lediglich verhindern, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu Arbeitsentgelten beschäftigt werden, die jedenfalls unangemessen sind und den in Artikel 2 Abs. 1 und Artikel 20 Abs. 1 des Grundgesetzes zum Ausdruck kommenden elementaren Gerechtigkeitsanforderungen nicht genügen. Im Übrigen bleiben Arbeitgeber sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dazu aufgerufen, über die Organisation in Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften und den Abschluss von Tarifverträgen eine angemessene Teilhabe der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer am von den Unternehmen Erwirtschafteten zu erreichen.“

Die vom LAG Hamburg geäußerte Sichtweise entspricht im Übrigen auch nicht der Realität des Arbeitslebens, die – individualvertraglich wie kollektivvertraglich – verhandelten Arbeitsbedingungen der allergrößten Mehrheit der Arbeitnehmer bewegen sich deutlich oberhalb des gesetzlichen Mindestlohns. Schließlich ist dem Gericht offenkundig entgangen, dass in Tarifverträgen nicht nur Löhne festgelegt werden, sondern viele weitere Arbeitsbedingungen.

Im Ergebnis ist *Giesen* Recht zu geben, der bereits 2014 vor Schaffung des Mindestlohngesetzes schrieb: „Wie auch immer man zu diesen rechtspolitischen Plänen stehen mag, wird

---

<sup>88</sup> Zust. aber *Jacobs*, jurisPR-ArbR 31/2016, Anm. 1.

<sup>89</sup> BT-Drs. 18/1558, S. 28.

deren Umsetzung lediglich mittelbar auf das Tarifgeschehen wirken und nicht die Regeln für die Prüfung der Tariffähigkeit ändern.“<sup>90</sup> Giesens Analyse wies im Gegenteil in eine ganz andere Richtung: zur Bewertung der sozialen Mächtigkeit dürfen Tarifverträge nahe dem Mindestlohniveau nicht mehr herangezogen werden.<sup>91</sup> Der Grund ist, dass die Arbeitgeberseite kein Interesse mehr daran hat, sich solchen Tarifverträgen zu widersetzen, so dass diese kein Indikator mehr dafür sein können, dass Gewerkschaften auf Augenhöhe verhandelt haben.

#### **IV. Ergebnis**

Das Erfordernis sozialer Mächtigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit dient der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Entscheidend für die Durchsetzungsfähigkeit ist der Mitgliederbestand. Nur bei Zweifelsfällen kann auf die bisherige Teilnahme am Tarifgeschehen abgestellt werden. Dies ist aber bei einer noch jungen Arbeitnehmerkoalition ausgeschlossen. Dabei ist als junge Koalition auch eine solche anzusehen, die in jüngerer Zeit ihre Tarifzuständigkeit erheblich erweitert hat.

Die Anforderungen an die soziale Mächtigkeit, wie sie die bisherige Rechtsprechung aufgestellt hat, bedürfen keiner Relativierung mit Rücksicht auf die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohnes sowie das Tarifeinheitgesetzes. Der gesetzliche Mindestlohn dient ebenso wie das Tarifeinheitgesetz der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Das trifft ebenso für das Erfordernis der Durchsetzungsfähigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit zu. Es geht dabei aber um sehr unterschiedliche Aspekte der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Sie können nicht gegeneinander in Stellung gebracht werden.

---

<sup>90</sup> Giesen, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Neue Tarifrechtspolitik?, S. 139, 163.

<sup>91</sup> Giesen, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Neue Tarifrechtspolitik?, S. 139, 163.

## Literaturverzeichnis

- Bayreuther, Frank*, Anm. zu BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP Nr. 6 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.
- Bayreuther, Frank*, Gewerkschaftspluralismus im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung – Abschied vom „Einheitstarifvertrag“?, BB 2005, 2633.
- Berg, Peter / Kocher, Eva / Schumann, Dirk* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 5. Aufl., Frankfurt/M. 2015.
- Boecken, Winfried / Düwell, Franz Josef / Diller, Martin / Hanau, Hans* (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht, Baden-Baden 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: NK-GA).
- Brecht-Heitzmann, Holger / Kempen, Otto Ernst / Schubert, Jens / Seifert, Achim* (Hrsg.), TVG, 5. Aufl., Frankfurt/M. 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kempen/Zachert).
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.), TVG, 3. Aufl., Baden-Baden 2012.
- Däubler, Wolfgang / Bepler, Klaus*, Das neue Tarifeinheitsrecht, Baden-Baden 2016.
- Deinert, Olaf*, Zur Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition, AuR 2004, 212.
- Gamillscheg, Franz*, Flüchtige Gedanken zum Tarifeinheitsgesetz, AuR 2015, 223.
- Gamillscheg, Franz*, Kollektives Arbeitsrecht I, München 1997.
- Giesen, Richard*, Verschärfte Anforderungen an die Tariffähigkeit, in: Giesen, Richard/Junker, Abbo/Rieble, Volker (Hrsg.), Neue Tarifrechtspolitik?, München 2014, S. 139.
- Greiner, Stefan*, Anm. zu BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – EzA TVG § 2 Nr. 30 und BAG 14.10.2010 – 1 ABR 19/10 – EzA TVG § 2 Nr. 31.
- Greiner, Stefan*, Der GKH-Beschluss – Evolution oder (erneute) Revolution der Rechtsprechung zur Tariffähigkeit?, NZA 2011, 825.
- Greiner, Stefan*, Das Tarifeinheitsgesetz, NZA 2015, 769.
- Henssler, Martin*, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, Baden-Baden 2006.
- Henssler, Martin / Heiden, Ralph*, Anm. BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.
- Henssler, Martin / Willemsen, Heinz Josef / Kalb, Heinz-Jürgen* (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 6. Aufl., Köln 2014.
- Hümmerich, Klaus / Holthausen, Joachim*, Soziale Mächtigkeit durch aktive Teilnahme am Tarifgeschehen, NZA 2006, 1070.

*Jacobs, Matthias*, Tariffähigkeit der Gewerkschaft DHV, jurisPR-ArbR 31/2016, Anm. 1.

*Jacobs, Matthias / Krause, Rüdiger / Oetker, Hartmut / Schubert, Claudia*, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013.

*Kittner, Michael / Zwanziger, Bertram / Deinert, Olaf* (Hrsg.), Arbeitsrecht, 8. Aufl., Frankfurt/M. 2015.

*Klimpe-Auerbach, Wolf*, Tariffähigkeit der GKH nicht nachgewiesen, AuR 2011, 285.

*Kocher, Eva*, Relative Durchsetzungsfähigkeit: Notwendige oder hinreichende Bedingung der Tariffähigkeit?, DB 2005, 2816.

*Lembke, Mark*, Die CGZP-Entscheidung des BAG: „juristisches Neuland“ oder judikativer „Geburtsfehler“?, FS Bepler, 2012, S. 345.

*Löwisch, Manfred*, Tarifeinheit nur auf Antrag, NZA 2015, 1369.

*Löwisch, Manfred / Rieble, Volker*, TVG, 3. Aufl., München 2012.

*Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid* (Hrsg.); Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., München 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: ErfK).

*Oetker, Hartmut*, Anm. zu BAG 6.6.2000 – 1 ABR 10/99 – AP Nr. 55 zu § 2 TVG.

*Richardi, Reinhard*, Koalitionsfreiheit und Tariffähigkeit, FS Wißmann, 2005, S. 159.

*Richardi, Reinhard*, Der CGM-Beschluss des ArbG Stuttgart: Tariffähigkeit und Tarifzensur, NZA 2004, 1025.

*Rieble, Volker*, Der CGM-Beschluss des ArbG Stuttgart, BB 2004, 885.

*Rieble, Volker*, Relativität der Tariffähigkeit, FS Wiedemann, 2002, S. 518.

*Schaub, Günter* (Begr.), Arbeitsrechtshandbuch, 16. Aufl., München 2015.

*Schmidt, Benedikt*, Anm. zu BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

*Schmidt, Benedikt*, Anm. zu BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – AP Nr. 140 zu Art. 9 GG.

*Suckow, Jens*, Gewerkschaftliche Mächtigkeit als Determinante korporatistischer Tarifsyste-me, Berlin 2000 (zugl. Köln, Univ., Diss. 1998).

*Ulber, Daniel*, Neues zur Tariffähigkeit, RdA 2011, 353.

*Wank, Rolf / Schmidt, Benedikt*, Neues zur sozialen Mächtigkeit und organisatorischen Leistungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung, RdA 2008, 257.

*Wiedemann, Herbert* (Hrsg.), TVG, 7. Aufl., München 2007.