

# **Schriftenreihe**

## Positionspapier

zu rechtlichen Fragen  
der Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit



DHV - Die Berufsgewerkschaft e.V.

## **Positionspapier zu rechtlichen Fragen der Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit**

### **I. Ausgangssituation**

Mitgliedsgewerkschaften des CGB sind in der Vergangenheit mehrfach von konkurrierenden DGB-Gewerkschaften mit gerichtlichen Tariffähigkeits- und Tarifzuständigkeitsverfahren konfrontiert worden. In diesen haben die angerufenen Gerichte bis hin zum BAG teilweise ihre seit Jahrzehnten gefestigten Rechtsprechungsgrundsätze über Bord geworfen, teilweise argumentativ „juristisches Neuland“ (so die Präsidentin des BAG, Ingrid Schmidt, in der mündlichen Anhörung am 14. Dezember 2010) betreten.

In dem von Ver.di und dem Land Berlin gegen die CGZP initiierten Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG war erstmals über die – im Schrifttum umstrittenen – Anforderungen an die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation im Sinne des § 2 Abs. 3 TVG zu entscheiden. Das BAG hat in seinem Beschluss vom 14. Dezember 2010 (1 ABR 19/10) hierzu eine Rechtsauffassung entwickelt, die zuvor in der Literatur von niemandem vertreten wurde und daher nicht vorhersehbar war. Eine Spitzenorganisation im Sinne des § 2 Abs. 3 TVG könne, so das BAG, zwar selbst Partei eines Tarifvertrags sein, sie werde dabei aber ausschließlich für ihre Mitgliedsverbände tätig. Die zu einer Spitzenorganisation im Sinne des § 2 Abs. 2 und 3 TVG zusammengeschlossenen Gewerkschaften müssten dieser ihre Tariffähigkeit vollständig vermitteln. Dies setze voraus, dass sich die einer Spitzenorganisation angeschlossenen Gewerkschaften in ihrem Organisationsbereich nicht nur teilweise, sondern vollständig miteinander verbänden.

Während Gegenstand des CGZP-Beschlusses mit § 2 Abs. 3 TVG eine Spezialfrage der Tariffähigkeit war, hat das BAG in seinem GKH-Beschluss vom 5. Oktober 2010 (1 ABR 88/09) allgemein einen grundlegenden Wechsel seiner Rechtsprechung in Gestalt einer Verschärfung der an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung im Sinne des § 2 Abs. 1 TVG gestellten Anforderungen vollzogen. War das BAG knapp vier Jahre zuvor im CGM-Beschluss vom 28. März 2006 (1 ABR 58/04) noch von einer Re-

gelvermutung für das Vorliegen sozialer Mächtigkeit ausgegangen, sofern eine Arbeitnehmervereinigung bereits im nennenswertem Umfang Tarifverträge geschlossen hatte, will das Gericht jetzt entscheidend auf deren Mitgliederzahl abstellen. Gerade bei noch jungen Arbeitnehmerkoalitionen verlangt es Angaben zu ihrer Mitgliederzahl und organisatorischen Leistungsfähigkeit.

Das LAG Hamm hat in seiner Entscheidung vom 23. September 2011 (10 TaBV 14/011) in Konsequenz zu dieser Rechtsprechung der GKH die Tariffähigkeit aberkannt. Das LAG Hamburg hat, inhaltlich ebenfalls gestützt auf den GKH-Beschluss des BAG, mit Beschluss vom 21. März 2012 (3 TaBV 7/11) der medsonet die Tariffähigkeit abgesprochen. Von diesem Beschlussverfahren abgetrennt und in ein selbstständiges Urteilsverfahren überführt wurde der ursprünglich von Ver.di im Rahmen des Verfahrens gem. § 97 Abs. 1 ArbGG gestellte Antrag, die Unwirksamkeit der von medsonet abgeschlossenen Tarifverträge festzustellen. Diesen Antrag hat das LAG Hamburg mit Urteil vom 21. März 2012 (3 Sa 3/12) als unzulässig zurückgewiesen.

Mit Beschluss vom 17. April 2012 (1 ABR 5/11) hat das BAG festgestellt, dass die DHV nicht zuständig ist für den Abschluss von Tarifverträgen für bei der Asklepios Klinik Sankt Augustin GmbH beschäftigte Arbeitnehmer, die nicht zu den kaufmännischen und verwaltenden Berufen gehören. Das BAG begründete dies mit nicht hinreichender Bestimmtheit der Satzung der DHV in der Fassung vom 12. Juni 2009. Die Vorinstanz (LAG Hamburg – 2 TaBV 17/08) hatte den entsprechenden Antrag noch zurückgewiesen. Die vierte Kammer des LAG Hamburg hat in seinem Beschluss vom 21. Februar 2012 (4 TaBV 7/10) die Satzungsregelungen zur Tarifzuständigkeit der DHV für hinreichend bestimmt und daher wirksam erklärt. Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss ist derzeit beim BAG anhängig.

Die Entscheidungen der jüngeren Vergangenheit zu Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit geben Anlass, die rechtlichen Positionen der DHV und der übrigen CGB-Mitgliedsgewerkschaften im Folgenden zusammenzufassen und so eine breite – wissenschaftliche wie rechtspolitische – Diskussion hierüber zu eröffnen.

## **II. Inhaltliche Positionen**

### **1. Prozessrechtlich**

- 1.1. Einer Gewerkschaft steht nach § 97 Abs. 1 ArbGG die Möglichkeit offen, die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit einer konkurrierenden Gewerkschaft in einem abstrakten Kontrollverfahren überprüfen zu lassen. Für die Antragsberechtigung und das erforderliche Feststellungsinteresse ist es ausreichend, dass sich der tarifliche Tätigkeitsbereich der antragsstellenden Gewerkschaft räumlich und sachlich mit dem derjenigen Gewerkschaft überschneidet, deren Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit überprüft werden soll. Im Rahmen eines Beschlussverfahrens nach § 97 Abs. 1 ArbGG kann die Feststellung von (fehlender) Tariffähigkeit bzw. Tarifzuständigkeit ausschließlich mit Gegenwartsbezug beantragt werden; d.h. entscheidungserheblicher Zeitpunkt ist allein derjeniger der letzten mündlichen Anhörung.
- 1.2. Ein vergangenheitsbezogener Antrag dahingehend, die Tarifunfähigkeit oder fehlende Tarifzuständigkeit einer konkurrierenden Gewerkschaft mit Bezug auf den Zeitpunkt des Abschlusses eines bestimmten Tarifvertrags in der Vergangenheit feststellen zu lassen, ist im Rahmen eines Verfahrens nach § 97 Abs. 1 ArbGG nicht statthaft. Das ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang der Norm mit § 97 Abs. 5 ArbGG. Im Rahmen des dort eröffneten konkreten Kontrollverfahrens kann die Tariffähigkeit bzw. Tarifzuständigkeit einer Gewerkschaft mit Bezug auf einen Zeitpunkt in der Vergangenheit überprüft werden. Antragsberechtigt ist allein die Partei des Ausgangsverfahrens, deren Rechtsposition von der Frage der Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit der Gewerkschaft abhängt. Einer konkurrierenden Gewerkschaft fehlt überdies für einen vergangenheitsbezogenen Feststellungsantrag das erforderliche Feststellungsinteresse, da die Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von in der Vergangenheit abgeschlossenen Tarifverträgen sie in keiner Weise in ihren rechtlichen Interessen berührt. Nach der Rechtsprechung des BAG darf einem Beschlussverfahren nicht die Funktion zukommen, ein gerichtliches Gutachten einzuholen. Die Position wurde von zwei Kammern des LAG Hamburg in unterschiedlichen Verfahren bestätigt (LAG Hamburg – 3 TaBV 7/11; LAG Hamburg – 2 TaBV 3/10).

- 1.3. Der von einer Gewerkschaft gestellte Antrag, die Unwirksamkeit von durch eine konkurrierende Gewerkschaft in der Vergangenheit geschlossenen Tarifverträgen festzustellen, ist unzulässig. Ein entsprechender Antrag ist, sofern er auf behauptete Tarifunfähigkeit oder fehlende Tarifzuständigkeit der konkurrierenden Gewerkschaft gestützt wird, bereits nicht statthaft. Überdies fehlt der antragsstellenden Gewerkschaft das erforderliche besondere Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO, da es bezogen auf die Frage der Wirksamkeit eines Tarifvertrags an jeglicher Rechtsbeziehung zwischen den konkurrierenden Gewerkschaften fehlt. Die Position wurde inzwischen durch das BAG in seinem Beschluss vom 17. April 2012 (1 ABR 5/11) sowie vom LAG Hamburg bestätigt (LAG Hamburg – 3 Sa 3/12).

## **2. Materieell-rechtlich**

### **2.1. Tariffähigkeit**

- 2.1.1. Bei dem im Nachgang zum GKH-Beschluss des BAG allein für entscheidungserheblich gehaltenen Kriterium der Mitgliederstärke bzw. des Organisationsgrads handelt es sich um ein Kriterium, welches keinen geeigneten Maßstab für die Beurteilung der Tariffähigkeit einer Koalition darstellt. Die Rechtsprechung hat über Jahrzehnte vielmehr einen ausdifferenzierten Prüfungskatalog herausgearbeitet, anhand dessen die Tariffähigkeit einer Koalition unter Beachtung aller Gesamtumstände des Einzelfalls zu beurteilen ist. Hieran hat sich durch den GKH-Beschluss des BAG nach zutreffender Auffassung nichts geändert.
- 2.1.2. Aus Sicht einer jungen Gewerkschaft bestand zu keinem Zeitpunkt der Rechtsprechungsentwicklung auch nur ein annäherndes Maß an Rechtsicherheit diesbezüglich, unter welchen Voraussetzungen sie von der Anerkennung ihrer Tariffähigkeit ausgehen kann. Die in der Rechtsprechung herangezogenen Kriterien der Durchsetzungskraft und leistungsfähigen Organisation sind ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe, bei deren Ausfüllung eine große Bedeutungsweite besteht.
- 2.1.3. Nach der im Verfassungsrecht geltenden Wesentlichkeitstheorie müsste die Bestimmung der Voraussetzungen der Tariffähigkeit an sich durch den

Gesetzgeber erfolgen und dürfte nicht der Rechtsprechung überlassen sein. Der Gesetzgeber hat bewusst auf eine gesetzliche Festlegung der Kriterien verzichtet. Der hierdurch der Rechtsprechung überantwortete Auftrag, gesetzessubstituierend tätig zu werden, darf von dieser nicht durch die Aufstellung von nicht vorhersehbaren, inhaltlich zu hohen Hürden für die Tariffähigkeit erfüllt werden

- 2.1.4. Nach allgemeiner Auffassung wird das Kriterium der Mitgliederstärke nicht dahingehend verstanden, dass – um die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung bejahen zu können – die von ihr abgeschlossenen Tarifverträge bei einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern unmittelbare Geltung erlangen müssten. Eine wie auch immer geartete Repräsentativität oder ein Vertretensein in im Betrieb wird für die Tariffähigkeit gerade nicht verlangt, sollte aber für den Abschluss von Tarifverträgen tatsächlich immer gegeben sein. Zweck des Kriteriums kann daher nur die Erwägung sein, dass tariffähig nur eine Koalition sein könne, welche aufgrund einer hinreichenden Zahl von Mitgliedern der Gegenseite durch das Mittel des Streiks das gewünschte Tarifergebnis abzurufen vermöge. Die Kampfbereitschaft aber ist, das entspricht heute allgemeiner Meinung, gerade keine Voraussetzung der Tariffähigkeit. Durch das Kriterium der Mitgliederstärke erlangt somit das – vom Bundesverfassungsgericht explizit abgelehnte – Kriterium der Kampfbereitschaft gewissermaßen durch die Hintertür doch wieder Bedeutung.
- 2.1.5. Beim Kriterium der Mitgliederstärke handelt es sich um eine nicht justiziable Voraussetzung. Anerkannt ist, dass es nicht auf die absolute Mitgliederzahl ankommen kann. Vielmehr soll die Mitgliederzahl der Koalition, deren Tariffähigkeit geprüft werden soll, mit der Gesamtzahl der in dem von ihr beanspruchten räumlichen und sachlichen Zuständigkeitsbereich beschäftigten Zahl an Arbeitnehmern in Relation gesetzt werden. Näher liegt es, für die Bestimmung des Organisationsgrads auf das Verhältnis der Mitgliederzahl zur Zahl der innerhalb der Geltungsbereiche der von der Gewerkschaft abgeschlossenen Tarifverträge beschäftigten Arbeitnehmer abzustellen.

## **2.2. Tarifzuständigkeit**

- 2.2.1. Die Festlegung der Tarifzuständigkeit in einem Satzungsanhang, der in der Satzung ausdrücklich als deren Bestandteil in Bezug genommen wird, in Gestalt einer nummerativen Aufzählung tariflicher Zuständigkeitsbereiche stellt eine hinreichend bestimmte und damit wirksame Satzungsregelung dar. Die Befugnis zur Änderung des Anhangs kann einem vom Gewerkschaftstag zu unterscheidenden Gremium, etwa einem Gewerkschaftsrat, überantwortet werden. Zu beachten ist, dass das BAG, wie es in seinem Beschluss vom 17. April 2012 (1 ABR 5/11) andeutet, verlangt, dass diesem Gremium durch den Gewerkschaftstag als Hauptorgan des Verbandes rechtliche Vorgaben für die Aufnahme oder Änderung bestimmter Zuständigkeitsbereiche gemacht werden müssen.
- 2.2.2. Nach der Rechtsprechung des BAG muss sich der Organisationsbereich einer Gewerkschaft nach objektiven Kriterien aus der Satzung ergeben und darf sich nicht abhängig vom Betätigungswillen der handelnden Organe und der Arbeitgeberseite bestimmen. Deshalb fehle es an einer eindeutigen Festlegung des Organisationsbereichs bei einer Satzungsbestimmung, nach der die Tarifzuständigkeit von der Eigenschaft einer Gewerkschaft als Tarifpartner oder ihrer Repräsentativität abhängt (BAG vom 17. April 2012 – 1 ABR 5/11). Das BAG hat bei seiner Entscheidung verkannt, dass in der zu beurteilenden Regelung der DHV-Satzung in ihrer Fassung vom 12. Juni 2009 die Kriterien der Tarifpartnerschaft und der Repräsentativität keine konstitutiven Voraussetzungen der Tarifzuständigkeit, sondern lediglich Erklärungen für die konkrete Festlegung der Tarifzuständigkeit im Satzungsanhang darstellten.

## **3. Verfassungsrechtlich**

- 3.1. Art. 9 Abs. 3 GG garantiert als individuelles sowie kollektives Grundrecht das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Der Abschluss von Tarifverträgen ist eine wichtige, aber nicht die einzige Form koalitionsmäßiger Betätigung. Koalitionen kommen zudem wichtige Aufgaben u.a. bei der betriebsverfassungsrechtlichen und unternehmerischen Mitbestimmung sowie im Rahmen der Sozialpartnerschaft gegenüber öffentlichen Institutionen zu.

Diese Funktionen einer Koalition setzen Tariffähigkeit nicht voraus; der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG ist nicht auf tariffähige Gewerkschaften begrenzt.

- 3.2. In den einschlägigen BAG-Entscheidungen, insbesondere im GKH-Beschluss, fällt auf, dass verfassungsrechtliche Erwägungen gebetsmühlenartig abgespult werden, ohne die konkret aufgestellten Voraussetzungen der Tariffähigkeit entsprechend dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf ihre Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu überprüfen.
- 3.3. Das BAG kann sich nicht darauf stützen, dass das BVerfG die Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit zur sozialen Mächtigkeit für verfassungsgemäß erklärt habe. Die einschlägigen Entscheidungen des BVerfG sind noch unter der Geltung der sogenannten Kernbereichslehre ergangen; durch die Aufgabe der Kernbereichslehre hat sich der Schutz der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG zugunsten der Koalition als Grundrechtsträger erweitert. Überdies hat das BVerfG in seinen bisherigen die soziale Mächtigkeit betreffenden Entscheidungen lediglich dieses Korrektiv als solches, d.h. die für maßgeblich erachteten Kriterien der Durchsetzungskraft und eines leistungsfähigen Apparats, überprüft und im Ergebnis für verfassungsgemäß erklärt. Die konkrete Ausgestaltung dieser Kriterien und das seitens der Rechtsprechung hierfür herangezogene Prüfprogramm standen bislang noch nicht auf den Prüfstand des BVerfG. Dies gilt insbesondere für die verschärften Anforderungen des GKH-Beschlusses, nach dem die Mitgliederstärke einziges, jedenfalls primäres Kriterium sein soll und hinsichtlich der Tariffähigkeit einer relativ jungen Arbeitnehmervereinigung besonders hohe Anforderungen zu stellen seien.
- 3.4. Die Rechtsprechung des BAG stellt eine – sogar erhebliche – Beeinträchtigung des Grundrechts auf koalitionsspezifische Betätigung nach Art. 9 Abs. 3 GG dar.
- 3.5. Der Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG, der darin liegt, einer jungen Koalition allein unter Hinweis auf ihre Mitgliederstärke die Tariffähigkeit zu versagen, ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt:
  - Widerstreitende Verfassungsgüter eines anderen Grundrechtshabers kommen zur Rechtfertigung nicht in Betracht. Insbesondere



kann nicht die Koalitionsbetätigungsfreiheit einer konkurrierenden Gewerkschaft ins Feld geführt werden. Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Koalitionsbetätigungsfreiheit für alle Gewerkschaften gleichermaßen. Hierdurch wird gleichsam ein pluralistisches System der Tarifautonomie gewährleistet. Einer Gewerkschaft zugunsten einer anderen die Tariffähigkeit zu versagen, führt demgegenüber zu einem monistischen Modell der Tarifautonomie, welches mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren ist.

- Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie stellt zwar grundsätzlich ein legitimes Ziel zur Rechtfertigung des Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG dar. Zu beachten ist allerdings, dass durch das Kriterium einer hinreichenden (welcher?) Mitgliederstärke einer jungen Arbeitnehmerkoalition der Marktzugang erheblich erschwert wird. Mehr noch: Durch die im GKH-Beschluss angelegte Rechtsauffassung wird faktisch die Gründung und Etablierung neuer Gewerkschaften unmöglich gemacht, erneut mit der Konsequenz eines monistischen Systems der Tarifautonomie, welches mit dem Schutz des Koalitions- und Tarifpluralismus in Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren ist.

3.6. Um die Gründung neuer Gewerkschaften faktisch nicht unmöglich werden zu lassen, ist eine koalitionsfreundliche Auslegung geboten:

- Zur Bestimmung der Tariffähigkeit junger Koalitionen ist nicht allein und nicht entscheidend auf deren Mitgliederstärke abzustellen. Neben dieser ist – im Einklang mit der seitens des BAG im CGM-Beschluss begründeten Rechtsauffassung – stets auch die bisherige Tarifpraxis in die Beurteilung mit einzubeziehen. Hat eine Gewerkschaft bereits im nennenswerten Umfang Tarifverträge abgeschlossen, wird hierdurch regelmäßig die Durchsetzungskraft und Leistungsfähigkeit der Koalition belegt.
- Die Tariffähigkeitsbeurteilung darf bei einer noch jungen Koalition nicht starr auf den entscheidungserheblichen Zeitpunkt gerichtet sein. Um ihr, wird sie von einer konkurrierenden Gewerkschaft bereits kurz nach ihrer Gründung gemäß § 97 Abs. 1 ArbGG angegriffen, überhaupt die Chance zu geben, als alternative Tarifvertragspartei auftreten, Mitglieder gewinnen und sich etablieren zu können,

ist ihre Tariffähigkeit im Wege einer Prognoseentscheidung zu beurteilen.

#### **4. Europarechtlich**

- 4.1. Der EuGH hat in seiner „Viking“-Entscheidung das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts als Grundrecht anerkannt, das fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist (EuGH vom 11.12.2007 – C-438/05). Verwehrt man einer Gewerkschaft die Tariffähigkeit, so verwehrt man ihr dadurch zugleich das garantierte Recht auf Streik. Bei der Verneinung ihrer Tariffähigkeit und dem einhergehenden Ausschluss des Streikrechts handelt es sich nicht mehr um eine zulässige Ausgestaltung des Streikrechts nach den nationalen Gegebenheiten, sondern um eine gänzliche Aberkennung des europarechtlich garantierten Streikrechts.
- 4.2. Gemäß Art. 28 Grundrechtscharta der EU haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich des Streiks, zu ergreifen. Grundrechtsträger sind auch die Organisationen selbst. Nach zutreffender Auffassung ist die (nach nationalem Recht beurteilte) Tariffähigkeit nicht Voraussetzung des Organisationsbegriffs im Sinne des Art. 28 Grundrechtscharta der EU. Nach Art. 52 Abs. 1 Grundrechtscharta der EU muss jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Die Verneinung der Tariffähigkeit und damit der Ausschluss von Streiks für einzelne Organisationen ist mit Art. 28, Art. 52 Abs. 1 Grundrechtscharta der EU nicht vereinbar.
- 4.3. Die Rechtsprechung des BAG zu den Voraussetzung der Tariffähigkeit stellt schließlich einen Verstoß gegen Art. 11 Abs. 1 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) dar. Art. 11 Abs. 1 EMRK schützt die Vereinigungsfreiheit und ausdrücklich das Recht, zum Schutz eigener Interessen Gewerkschaften zu gründen und diesen beizutreten. Die vom BAG

aufgestellten strengen Voraussetzungen der Tariffähigkeit sind mit dem Wesensgehalt der Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 EMRK nicht vereinbar.



**DHV - Die Berufsgewerkschaft e.V.**

Droopweg 31  
20537 Hamburg

Tel.: 040. 63 28 02 0  
Fax: 040. 63 28 02 - 25  
Email: [dhv@dhv-cgb.de](mailto:dhv@dhv-cgb.de)

[www.dhv-cgb.de](http://www.dhv-cgb.de)

November 2012