

FESTSCHRIFT FÜR
HERBERT WIEDEMAI



ZUM 70. GEBURTSTAG

VERLAG C.H.BECK

Relativität der Tariffähigkeit

I. Tariffähigkeit als Konkurrenzstreit zwischen Gewerkschaften

1. IGM vs. CGM

Herbert Wiedemann ist ein Meister auch des Tarifrechts. Seine Äußerungen zur Tariffähigkeit¹ geben mir Anlass, ihn mit Gedanken zu diesem Thema zu ehren. Dabei beschränke ich mich auf die Tariffähigkeit der Arbeitnehmerseite, weil seit der Entscheidung des BAG vom 20. 11. 1990 offen ist, ob auf Arbeitgeberseite überhaupt noch Anforderungen an die Tariffähigkeit zu stellen sind.²

Die Tariffähigkeit ist ein für die Tarifpraxis spannendes Thema, vor allem mit Blick auf die Konkurrenz von IG Metall und CG Metall. In den „Markt der Verbände“ ist auf Arbeitnehmerseite Bewegung geraten: Die DAG als letzte große Konkurrenz der DGB-Gewerkschaften ist durch Verschmelzung auf ver.di³ untergegangen. Damit stehen aus Sicht des DGB jetzt die Christlichen Gewerkschaften auf der „Abschussliste“, weil sie auf dem Weg zur Einheitsgewerkschaft stören. Hinzu kommt: Die CGM „behindert“ die IG Metall im konkret-praktischen Tarifgeschehen, weil sie – vor allem im Osten Deutschlands, Beispiel Jenoptik,⁴ Beispiel Phönix-Ta-

¹ Anmerkung zu BAG vom 15. 3. 1977 – 1 ABR 16/75 – und vom 14. 3. 1978 – 1 ABR 2/76 – AP Nr. 24 zu Art. 9 GG; *Wiedemann/Stumpf* TVG, 5. Aufl. (1977) § 2 Rdn. 193; *Wiedemann/Thüsing*, Die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen und der Verhandlungsanspruch der Tarifvertragsparteien, RdA 1995, 280.

² – 1 ABR 62/89 – AP Nr. 40 zu § 2 TVG = SAE 1991, 314 mit Anmerkung *Rieble* = NJW 1991, 1699.

³ Sprich: Ferdi, Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft. Diese Gewerkschaftsverschmelzung hat der Jubilar rechtlich vorbereitet: *Wiedemann/Thüsing*, Gewerkschaftsfusionen nach dem UmwG, WM 1999, 2237 [Teil 1], 2277 [Teil 2].

⁴ Der Konflikt ist nachgezeichnet bei *Schleef/Oetker*, Tarifpolitik im Wandel (2000).

rifvertrag⁵ – das Tarifwerk der IG Metall „unterbietet“, im Entgelt oder in der Arbeitszeit (40 statt 38 Stunden). Die IG Metall empfindet diesen Wettbewerb als unlauter: Dort wo die CGM vertreten sei (im Westen) schließe sie keine eigenständigen Tarifverträge, dort wo sie Tarifverträge abschließe, sei sie nicht vertreten. Die CGM-Tarife erheischen Geltung nur über Bezugnahmeklauseln und gälten (in Ermangelung von Mitgliedern) mithin nicht tarifautonom. Deshalb spricht sie auch von „Tarif-Dumping“.⁶ Umgekehrt meint die CGM: „Unser Tarifvertrag hält jedem Vergleich mit der IG Metall stand“.⁷

Diese Auseinandersetzung wird mit harten Bandagen ausgetragen: Die IG Metall hat 1996 ein Beschlussverfahren über die (fehlende) Tariffähigkeit der CGM – insgesamt und hilfsweise beschränkt auf Sachsen – eingeleitet und hierbei einen Zwischenbeschluss des BAG erreicht, mit dem dieser der CGM den (Bestands)Schutz der Rechtskraft aus einem Beschluss des Arbeitsgerichtes Stuttgart vom 4. 2. 1972⁸ genommen hat.⁹ Diese CGM-Entscheidung des ersten Senates stammt vom gleichen Tage wie sein BTÜ-Beschluss:¹⁰ Beide Entscheidungen beleben die Diskussion um die Tariffähigkeit. Die CGM soll also nicht etwa im gewerkschaftlichen Wettbewerb um Mitglieder und (tarifliche wie politische) Ziele überwunden werden, ihr soll die Zulassung zum Wettkampf entzogen werden – indem ihr die Tariffähigkeit abgesprochen wird. Mit Recht macht *Gamillscheg* darauf aufmerksam, dass bei der Parallele zum Parteienwettbewerb¹¹ nicht etwa die 5%-Klausel als Vergleichsmoment in Rede steht, sondern das Parteiverbot.¹²

Die IG Metall begehrt Staatshilfe¹³ im Wettbewerb. Das scheint eine erhebliche Neuorientierung der deutschen Gewerkschaften zu bedeuten:

⁵ Zum Vorbildcharakter des Phönix-Tarifvertrages *Hundt*, „Tarifautonomie im 21. Jahrhundert – Anachronismus oder Zukunftsmodell?“, SBR 2001, 6 ff.

⁶ Siehe auch das Interview des IG Metall-Syndikus *Michael Blank*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 5. 1. 2001, Nr. 231, S. 19.

⁷ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 2. 11. 2000, Nr. 255, S. 13.

⁸ – 6 BV 3/71 – EzA Art. 9 GG Nr. 9 mit Anmerkung *Badura*.

⁹ BAG vom 6. 6. 2000 – 1 ABR 21/99 „CGM“ – EzA § 322 ZPO Nr. 12 = AP Nr. 2 zu § 97 ArbGG (mit „Doppel“-Anmerkung *Oetker* AP Nr. 55 zu § 2 TVG) = NZA 2001, 156.

¹⁰ BAG vom 6. 6. 2000 – 1 ABR 10/99 „BTÜ“ – EzA § 2 TVG Nr. 24 = AP Nr. 55 zu § 2 TVG mit Anmerkung *Oetker* = NZA 2001, 160.

¹¹ BVerfG vom 20. 10. 1981 – 1 BvR 404/78 – BVerfGE 58, 233, 250 = EzA § 2 TVG Nr. 13 = AP Nr. 31 zu § 2 TVG unter B I 2.

¹² *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997), S. 434.

¹³ Dazu, dass die Koalitionsfreiheit verfassungsrechtlich ein Programm für die Selbst-

Allgemeinverbindlicherklärung, AEntG, Tariftreueerklärung, schlimmstensfalls sogar die von *Däubler* geforderte automatische „Quasi-Allgemeinverbindlichkeit“ in Höhe von 80% des Tarifentgelts über § 310 Abs. 4 BGB¹⁴ zeigen: das Vertrauen in die eigene Stärke und der spezifische (bislang berechnete) Stolz deutscher Gewerkschaften schwinden. Die IG Metall hat die begehrte Staatshilfe vom Ersten Senat des BAG erhalten. Dessen dictum, die Leitsätze zum Staatsvertrag hätten zwar keinen rechtlichen Normcharakter, seien als „Willensbekundung“ des Gesetzgebers gleichwohl eine Rechtsänderung und damit geeignet, die Rechtskraft im Beschlussverfahren zu durchbrechen, ist über die Maßen merkwürdig: Dadurch, dass der Staatsvertrag sagt, tarifrechtlich bleibe alles wie es ist, soll sich eine „andere Qualität“ ergeben. Schärfer noch: Der Staatsvertrag wollte, dass die etablierten Gewerkschaften des Westens – und darunter auch die CGM mit ihrer rechtskräftigen Tariffähigkeit – sich der DDR mit ihren verkommenen „F“DGB-Gewerkschaften annehmen. Damit hat der Staatsvertrag die West-Gewerkschaften durchweg bestätigt; eine „neue Rechtslage“ hätte sich allenfalls daraus ergeben können, dass das Einzugsgebiet der Gewerkschaften größer geworden ist. Das aber hat das BAG bewusst abgelehnt.¹⁵ Das BVerfG freilich, auch in Karlsruhe hat die IG Metall Freunde, nahm an dieser bis zur Willkür widersprüchlichen Begründung keinen Anstoß.¹⁶

Pikant wird das deshalb, weil die CGM in ihrer Stärke mit heute rund 100 000 Mitgliedern durchaus den inzwischen verschwundenen kleineren DGB-Gewerkschaften vergleichbar ist, etwa der damaligen Gewerkschaft Textil-Bekleidung oder der IG Medien, die beide 1995 noch etwas über 200 000 Mitglieder aufwiesen (IG Medien 1999: 179 000, Gewerkschaft Gartenbau, Land- und Forstwirtschaft mit 1995 etwa 82 000 Mitgliedern, Gewerkschaft Holz und Kunststoff mit 170 000 [1995] bzw. 133 000 Mitgliedern [1999] oder Gewerkschaft Leder mit 1995 noch 23 000 Mitgliedern).¹⁷ Damals deren Tariffähigkeit in Zweifel zu ziehen, wäre für die IG

hilfe und gegen die Staatshilfe ist: MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, 2. Aufl. (2000), § 246 Rdn. 15f.

¹⁴ *Däubler*, Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht, NZA 2001, 1329, 1335.

¹⁵ BAG (Fn. 9) unter B II 4 b.

¹⁶ Die Verfassungsbeschwerde der CGM wurde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG (2. Kammer des 1. Senats) vom 23.2.2001 – 1 BvR 4/01 – EzA § 322 ZPO Nr. 12 a = AP Nr. 32 zu Art. 20 GG.

¹⁷ Daten aus *Niedenhoff/Pege*, Gewerkschaftshandbuch, 3. Aufl. 1997 (für 1995) und *Niedenhoff/Reiter*, Gewerkschaften 2000, Dossier (erschienen im Deutschen Institutsverlag).

Metall ein Sakrileg innerhalb des DGB gewesen. So gesehen macht erst die Gewerkschafts-Fusionitis den Weg zu dem Verfahren gegen die CGM frei.

2. Beschränktes Rechtsproblem

Rechtlich ist das auf den ersten Blick wenig ergiebig: Geht es doch um die Anforderungen an die Tariffähigkeit, die durch eine ständige Rechtsprechung von BAG¹⁸ unter Billigung des BVerfG¹⁹ und deren Bestätigung durch Art. 17 des WWSU-Staatsvertrages i.V.m. dem gemeinsamen Protokoll der Leitsätze²⁰ einerseits prinzipiell als geklärt gelten,²¹ aber andererseits mit der Druckfähigkeit (Verhandlungsmacht) und der Leistungs- oder Vollzugsfähigkeit – einmal vermengt mit der Forderung nach „Autorität“ nach außen und innen²² – mit unbestimmten Rechtsbegriffen besetzt sind, die sich einer klaren Definition entziehen und nicht messbar sind.

Mithin geht es praktisch nurmehr darum, wieviele Mitglieder die CGM braucht und wieviele sie hat, wieviele haupt- und ehrenamtliche Funktionäre sie benötigt und hat, wieviele Geschäftsstellen sie braucht und hat, wie oft sie selbstständige Tarifverträge abgeschlossen hat, wie oft sie in Betriebsratswahlen erfolgreich ist – kurz: wie die „soziale Macht und Kraft“ der CGM einzuschätzen ist. Maßstäbe hierfür oder gar einen „Tariffähigkeitstest“ gibt es nicht. Das birgt die Gefahr, dass nach tarifpolitischer Opportunität entschieden wird, dass Arbeitsrichter insbesondere or-

¹⁸ Zuletzt im BTÜ-Beschluss (Fn. 10).

¹⁹ Vor allem: BVerfG vom 18. 11. 1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96, 106 = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG; vom 6. 5. 1964 – 1 ABR 14/60 – BVerfGE 18, 18, 28 = AP Nr. 15 zu § 2 TVG.

²⁰ BGBl. 1990 II 537; dazu *Rieble*, Anmerkung zu BAG vom 20. 11. 1990 – 1 ABR 62/89 – SAE 1991, 316; *Oetker*, Der Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion – Rechtshistorisches Dokument oder aktuelles Interpretament für die Arbeitsrechtsordnung? FS Stahlhacke (1995) S. 363 ff.; hierzu wiederum das BAG im CGM-Zwischenbeschluss (Fn. 9) unter B II 4 c. Abseitig *Schnader*, Arbeitgeberverbände und Mächtigkeit, NZA 2001, 1337, der aus dem CGM-Beschluss herleiten möchte, dass das BAG seine Entscheidung vom 20. 11. 1990 (Fn. 2) aufgabe und von Arbeitgeberern wieder Mächtigkeit verlange.

²¹ Im einzelnen; zu den Voraussetzungen der Tariffähigkeit: MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 13) § 255 Rn. 1 ff; *Oetker* in: Wiedemann TVG (Hrsg.), 6. Aufl. (1999), § 2 Rdn. 171 ff.; weiter *Suckow*, Gewerkschaftliche Mächtigkeit als Determinante korporatistischer Tarifsysteme (2000), jeweils mit Rechtsprechungsnachweisen.

²² So vor allem BAG vom 15. 3. 1977 – 1 ABR 16/75 – AP Nr. 24 zu Art. 9 GG mit kritischer Anmerkung *Wiedemann* (unter I 2 c zur Autorität) = EZA § 2 TVG Nr. 12; weiter *Suckow* (Fn. 21) S. 49 f.

ganisationspolitische Interessen der IG Metall berücksichtigen oder den Wunsch nach einer starken Einheitsgewerkschaft – *Wiedemann* nennt dies vornehm „ordnungspolitische Anliegen“.²³

Spannend an der Rechtsprechung ist insofern nur die Wellen- oder Pendelbewegung, mit der diese weichen Kriterien aufgefüllt werden und wie das in der „interessierten“ Literatur wahrgenommen wird.²⁴

II. Tariffähigkeit als besondere – tarifvertragsfunktionale – Geschäftsfähigkeit

Die Tariffähigkeit ist die Fähigkeit, am Tarifvertragssystem teilzunehmen, genauer: Tarifverträge mit normativer Wirkung gegenüber den Tarifgebundenen abschließen zu können. Wem die Tariffähigkeit fehlt, der kann Verträge nur nach Maßgabe des allgemeinen Zivilrechts abschließen – insbesondere sind kleinere Verbände auf den zivilrechtlichen „Normenvertrag“ verwiesen.²⁵

Damit handelt es sich in erster Linie um eine Sonderform der Geschäftsfähigkeit, die den Zugang zum Tarifvertrag als Rechtsgeschäft eröffnet. Das ist ganz unproblematisch für die moderne Lehre, die den Tarifvertrag und seine Wirkung privatautonom begreift²⁶ – für die traditionelle Lehre, der auch *Wiedemann* anhängt²⁷ ist die Tariffähigkeit eine besondere Normsetzungskompetenz.²⁸

²³ Anmerkung AP Nr. 24 zu Art. 9 GG (Fn. 1) unter I vor 1.

²⁴ Insofern zutreffend erfasst von *Suckow* (Fn. 21) S. 108 ff. mit einer instruktiven Darstellung; ähnlich *Dütz*, Zur Entwicklung des Gewerkschaftsbegriffes, DB 1996, 2385; siehe weiter *Kempen/Zachert*, TVG, 3. Aufl. (1997) § 2 Rdn. 24 ff; *Zachert*, Verfassungsrechtlicher Schutz für „Gelbe“ Gewerkschaften? AuR 1986, 321 gegen die Absenkung der Zulassungsschwelle durch die „zu großzügige“ ALEB-Entscheidung des BAG vom 10. 9. 1985 – 1 ABR 32/83 – EzA § 2 Nr. 14 = AP Nr. 34 zu § 2 TVG.

²⁵ Zu ihm MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 13) § 280; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rdn. 769 ff., 780 ff.; aus privatrechtlicher Sicht zum Normenvertrag nunmehr auch: *Flüchter*, Kollektivverträge und Konfliktlösung im SGBV (2000), S. 54 ff; grundlegend *A. Hueck*, Normenverträge, Jherings Jahrbücher Band 73 (1923) S. 33 ff.

²⁶ *Rieble*, Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5 ff. m. w. N.; wegweisend bereits *Henschel*, Tariffähigkeit und Tarifmacht (1932), S. 15 ff.

²⁷ In: *Wiedemann*, TVG (Fn. 21) Einleitung Rdn. 1, 87 ff., § 1 Rdn. 9 ff.; wegweisend hierfür: *Wiedemann*, Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan? RdA 1969, 321; siehe auch *Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) (1990), S. 67 ff.; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht (1992), S. 206 ff.

²⁸ So auch *Oetker* in: *Wiedemann TVG* (Fn. 21) § 2 Rdn. 8: arbeitsrechtliche Regelungsbefugnis.

Ihre Voraussetzungen sind nach der ersten Auffassung spezifisch vertragsfunktional geboten, um mit Blick auf die Vertragsparität entweder zu erreichen, dass am Tarifvertragssystem nur taugliche Verbände teilnehmen, welche die Gewähr dafür bieten, dass „vernünftige“ Tarifverträge geschlossen werden. Die zweite Auffassung verlangt die Repräsentativität der Gewerkschaften als Normsetzer.

In einem gewissen Sinne läßt sich die Tariffähigkeit mit der Börsentermingeschäftsfähigkeit des § 53 Abs. 1 BörsenG für eingetragene Kaufleute vergleichen, wohingegen die Termingeschäftsfähigkeit kraft Information des Abs. 2 nur einen gewissen Informationsstand durch Aufklärungspflichten sichern soll und die Geschäftsfähigkeit nur relativ gegenüber dem informierenden Vertragspartner eintritt.²⁹ Auch bei der Börsentermingeschäftsfähigkeit handelt es sich um eine Sonderform der Geschäftsfähigkeit, die den Zugang zum Handel mit Finanzprodukten unter bestimmten Voraussetzungen gewährt. Zivilistisch könnte man von einer „partiellen Geschäftsfähigkeit“ für besonders schwierige Geschäfte, namentlich der Termingeschäfte“ sprechen.

Daneben hatte die Tariffähigkeit bislang auch eine Komponente der Rechtsfähigkeit: Solange und so weit Tarifverbände – historisch im Wesentlichen die Gewerkschaften, auf Arbeitgeberseite betraf dies praktisch nur die „kleinen“ Tarifgemeinschaften – und ihre Spitzenverbände nicht als eingetragene Vereine konstituiert waren, solange hatten sie an der Rechtsfähigkeit des BGB nicht teil. Was aber nutzt ein Tarifvertragssystem, wenn die Tarifparteien die Rechte aus dem Tarifvertrag – Durchführungspflicht und Friedenspflicht³⁰ – nicht geltend machen können, weil sie nicht rechtsfähig sind? In diesem Sinne umfasste die Tariffähigkeit immer schon die Verleihung einer speziellen funktionsbezogenen Rechtsfähigkeit³¹ an die Tarifverbände, konsequent verbunden mit der daran anknüpfenden Prozessfähigkeit (§ 10 ArbGG³²).

²⁹ Dazu BGH vom 12.5.1998 – XI ZR 180/97 – BGHZ 139, 1 = NJW 1998, 2524; vom 5.10.1999 – XI ZR 296/98 – BGHZ 142, 345 = NJW 2000, 359; *Ellenberger*, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Börsenterminhandel, WM 1999, Beilage 2 zu Heft 3; *Groß*, Kapitalmarktrecht (2000) § 53 Rdn. 28; *Schwark*, Börsengesetz (1994) § 53 Rdn. 20.

³⁰ *Wällich*, Die tarifvertraglichen Einwirkungspflichten (1998), insbes. S. 31 ff.

³¹ Dazu *Oetker* in: *Wiedemann TVG* (Fn. 21) § 2 Rdn. 12 und 13, der aber von seinem traditionellen Ansatz her nicht zwischen Rechtsfähigkeit und Rechtsgeschäftsfähigkeit unterscheidet, sondern eine einheitliche Normsetzungsbefugnis annimmt.

³² Vergleiche hierzu *Mayer*, Die Parteifähigkeit im Zivilverfahren, insbesondere im arbeitsgerichtlichen Verfahren (1930).

Dieser Aspekt freilich ist mit der Zuerkennung der „funktionalen“ Rechts- und Prozessfähigkeit an BGB-Gesellschaften durch die Entscheidung des BGH vom 29.1.2001³³ überholt: Die als BGB-Gesellschaften gebildeten Tarifgemeinschaften und Spitzenverbände können sich unmittelbar hierauf berufen. Für die nicht rechtsfähigen Vereine kann mit Blick auf § 54 BGB nichts anderes gelten; die für BGB-Gesellschaften maßgebenden Argumente greifen für korporatistisch verfasste Verbände erst recht.³⁴ Bezeichnenderweise hat der BGH seine neue Rechtsprechung für Gewerkschaften lange vorweggenommen: Jene müssen – bestimmte, damals eingegrenzte – Rechte haben und durchsetzen können.³⁵

Insofern also können auch „nicht rechtsfähige“ Verbände, gleich ob sie tariffähig sind oder nicht, Teilrechtsfähigkeit nach diesem allgemeinen zivilrechtlichen Gedanken beanspruchen. Da aber jene partielle Rechtsfähigkeit daran geknüpft ist, dass der Verband oder die Gesellschaft im Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründen kann, ändert sich mit Blick auf die Tariffähigkeit wenig: Die Rechtsfähigkeit folgt der rechtlichen Handlungsfähigkeit, nach dem modernen Verständnis also der tariflichen Rechtsgeschäftsfähigkeit. Der Rechtsfähigkeit ihrerseits folgt die aktive Parteifähigkeit, so dass § 10 ArbGG nurmehr einen allgemeinen Rechtsgedanken ausdrückt, so weit er den nicht rechtsfähigen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden die Parteifähigkeit zur Wahrnehmung ihrer Rechte zuspricht.³⁶

³³ – II ZR 331/00 – BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; dazu *P. Ulmer*, Die höchst-richterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts ZIP 2001, 585; *K. Schmidt*, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993; *Hadding* Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, ZGR 2001, 712; *Habersack*, Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung durch den BGH, BB 2001, 477; *Wiedemann*, Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit sowie zur Haftungsverfassung der GbR, JZ 2001, 661.

³⁴ Siehe schon *K. Schmidt*, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig – Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29.1.2001, NJW 2001, 1002f.; *Palandt/Heinrichs*, 61. Aufl. 2002, § 54 Rdn. 10.

³⁵ Vor allem: BGH vom 6.10.1964 – VI ZR 176/63 – BGHZ 42, 210, 217 = AP Nr. 6 zu § 54 HGB; vom 11.7.1968 – VII ZR 63/66 – BGHZ 50, 325 = AP Nr. 1 zu § 50 ZPO.

³⁶ Auch insofern schon *K. Schmidt*, NJW 2001, 1003 zur allgemeinen Parteifähigkeit contra § 50 Abs. 2 ZPO.

III. Funktionale Anforderungen

1. Tariffähigkeit und Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages

Die Tariffähigkeit ist eine vertragsfunktionale Voraussetzung: In den Worten des BVerfG: „Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluß von Tarifverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen“.³⁷ Es geht also um das – ökonomische – Gegenmachtprinzip, das auf die autonome Bildung von Marktmacht zielt.³⁸

Auf der anderen Seite sagt das BVerfG ebenso klar: „Ein wesentlicher Zweck der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionen ist der Abschluss von Tarifverträgen“.³⁹ Die Verhandlungsfähigkeit der Koalitionen ist zwar einerseits Gegenstand der Rechtsgewährleistung, so dass das Arbeitskampfrecht diese nicht beschränken darf; sie ist aber andererseits Rechtsbeschränkungsgrund, weil das Tarifvertragssystem solche Koalitionen, die ihrerseits „strukturell“ nicht zu gleichgewichtigen Tarifabschlüssen im Stande sind, durch Aberkennung der Tariffähigkeit ausschließen darf.

Das heißt: Auf Arbeitnehmerseite können sich einige wenige schwache Arbeitnehmer zur ihrerseits schwachen Koalition zusammenschließen. Eine Mindestmitgliederzahl für die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG gibt es nicht. Die Anerkennung als tariffähig bleibt ihnen versagt, weil der von einer solchen Koalition abgeschlossene Vertrag kaum mehr Richtigkeitsvertrauen verdient als der Arbeitsvertrag des Einzelnen. Dann aber ist es vertragsrechtlich nicht angebracht, einem solchen Koalitionsvertrag die

³⁷ BVerfG vom 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 229 = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter C I 3 b aa; grundlegend zur funktionellen Einordnung der Tariffähigkeit: *Löwisch*, Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit, ZfA 1970, 295 ff.

³⁸ Dazu *Rieble*, *Walter Eucken* und die Frage nach der Arbeitsmarktordnung, GedS Eucken (2000), S. 199 ff.; *Söllner*, Der Flächentarifvertrag – ein Kartell?, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht, Bd. 35 (1998), S. 21 ff.; *Zacher*, Gewerkschaften in der rechtsstaatlichen Demokratie einer Arbeitnehmergesellschaft, 2. FS *Böhm* (1975) S. 707 ff.; *Säcker*, Das neue Entgeltfortzahlungsgesetz und die individuelle und kollektive Vertragsfreiheit, AuR 1994, 1, 7; zur arbeitskampfrechtlich-ökonomischen Verknüpfung *Heenen*, Kampfpärität und bilaterales Monopol (1988) insbesondere S. 58 ff. Allgemein zum Gegenmachtprinzip *Bartholomeyczik*, Äquivalenz, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip, AcP 166 (1966) 30; *Galbraith*, *American Capitalism, The Theory of Countervailing Power*, 2. Aufl. (1956).

³⁹ BVerfG vom 26. 6. 1991 (Fn. 37) unter C I 1 a.

Machtfülle und Durchsetzungsstärke des Tarifvertrages mit seiner unmittelbaren und zwingenden Wirkung zu verschaffen⁴⁰ und andererseits auf eine Vertragskontrolle weithin zu verzichten, wie das der neue § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB jetzt ausdrücklich sagt.⁴¹ Ebenfalls fragwürdig ist es, für solche Verträge von Kleinstkoalitionen auf den Schutz durch betriebliche Mitbestimmung zu verzichten. Den Vorrang des Kollektivvertrags vor der Mitbestimmung (und vor der Betriebsvereinbarung) hat nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz nur der Tarifvertrag – vertragsfunktional wiederum wegen seines besonderen Richtigkeitsvertrauens. Richtig ist nur, dass auch schwache Koalitionen überhaupt eine vertragliche Regelungsmöglichkeit haben müssen, um auf die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder Einfluss zu nehmen. Dafür aber genügt der schuldrechtliche Koalitionsvertrag ohne tarifvertragliche Privilegien.⁴² Insofern ist es entgegen *Wiedemann*⁴³ nicht vernünftig, das Zustandekommen von Tarifverträgen dem freien Spiel der sozialen Kräfte zu überlassen. Denn das hieße, selbst Kleinstverbänden, die er sicher nicht im Blick hatte, die Tarifautonomie anzuvertrauen.

Anders gewendet: Jegliche Anforderungen an die Tariffähigkeit müssen sich aus dem Tarifvertragssystem erklären lassen. Jede anders motivierte Verschärfung der Voraussetzungen – sei es um die Einheitsgewerkschaft hervorzubringen, sei es um die Tarifverhandlungen für eine Gewerkschaft zu erleichtern, sei es, um die problematische Tarifkonkurrenz zu vermeiden, sei es gar um einer bestimmten Gewerkschaft die Konkurrenz vom Halse zu schaffen – ist unzulässig.

2. Absage an den einheitlichen Gewerkschaftsbegriff

Dass ein einheitlicher Gewerkschaftsbegriff mit der Koalitionsfreiheit nicht

⁴⁰ Dazu, dass man den Vorrang des Tarifvertrages vor dem Arbeitsvertrag – vergleichbar § 305b BGB (früher § 4 AGBG) – mit der höheren Richtigkeitsgewähr begründen kann, siehe *Rieble*, Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, *ZfA* 2000, 5, 17.

⁴¹ Zu § 310 Abs. 4 BGB *Däubler* (Fn. 14) *NZA* 2001, 1334. Zur Kontrolle von Tarifverträgen insbesondere im Zuge mittelbarer Grundrechtsbindung *Schliemann*, Arbeitsgerichtliche Kontrolle von Tarifverträgen, *ZTR* 2000, 198; *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987) S. 519; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) R.dn. 1273 ff.; *C.J. Müller*, Die Berufsfreiheit des Arbeitgebers (1996) S. 237 ff.; *Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, *FS Schaub* (1998) S. 117 ff.

⁴² Vgl. die Nachw. in Fn. 25.

⁴³ Anmerkung AP Nr. 24 zu Art. 9 GG (Fn. 1) unter III; ihm im Grundsatz zustimmend *Gamillscheg* (Fn. 12) S. 436 f. unter (3).

vereinbar ist, weil er alle Koalitionsbefugnisse – oder gar die Koalitionsfreiheit als solche⁴⁴ – denjenigen Koalitionen vorbehält, die mit der Tariffähigkeit die höchste aller denkbaren Anforderungen erfüllt, ist inzwischen weithin anerkannt.⁴⁵ Die gegenläufige Rechtsprechung ist älter⁴⁶ und überholt. Der BTÜ-Beschluss spricht auch nurmehr von der Gewerkschaftseigenschaft als Grundlage der Tariffähigkeit und nicht umgekehrt von der Tariffähigkeit als Merkmal der Gewerkschaftseigenschaft.⁴⁷ Nur eine derart differenzierte Zuweisung von Handlungsrechten an die Koalitionen wird der Koalitionsfreiheit gerecht,⁴⁸ weil nur so überhaupt die Neugründung von Koalitionen und ihr Zutritt zu dem etablierten System kollektiver Interessenvertretung möglich ist. In Wahrheit zielt das bisherige Verständnis von dem einheitlichen Gewerkschaftsbegriff darauf, die etablierten Verbände vor Wettbewerb zu schützen – zusammen mit dem ebenfalls überholten und in gleicher Weise verfassungswidrigen Prinzip der Tarifeinheit,⁴⁹ das seinerseits dafür sorgte, dass solche Gewerkschaften, die widrigerweise tariffähig sind, im Verhältnis zu den etablierten großen Gewerkschaften allenfalls Anschlussarbeitsverträge zustande bringen konnten.

⁴⁴ So unverdrossen *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. (1997) Rdn. 48 ff.; hiergegen MünchArbR/*Löwisch/Rieble* (Fn. 13) § 246 Rdn. 234.

⁴⁵ *Buchner*, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Gewerkschaftsbegriff, BAG-FS (1979) zu S. 55 ff.; *Oetker* in Wiedemann, TVG (Fn. 21) § 2 Rdn. 93; *derselbe*, Anmerkung zur BTÜ-Entscheidung (Fn. 9) AP Nr. 55 zu § 2 TVG; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rdn. 1876; MünchArbR/*Löwisch/Rieble* (Fn. 13) § 246 Rdn. 235 ff., 241 mit dem Hinweis auf das Diskriminierungsverbot; *Franzen*, Tarifrechtssystem und Gewerkschaftswettbewerb – Überlegungen zur Flexibilisierung des Flächentarifvertrages, RdA 2001, 1, 6f.; *Friese*, Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung (2000) S. 90 ff. mit zahlr. Nachw. Kritisch auch *Gamillscheg* (Fn. 12) S. 428 ff., 433 ff.

⁴⁶ Etwa BAG vom 6. 7. 1956 – 1 AZB 18/55 – AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1953; BAG vom 23. 4. 1971 – 1 ABR 26/70 – AP Nr. 2 zu § 97 ArbGG 1953 = EzA § 2 TVG Nr. 2; BAG vom 15. 3. 1977 – 1 ABR 16/75 – (Fn. 22) AP Nr. 24 zu Art. 9 GG mit kritischer Anmerkung *Wiedemann* unter I 3; wohl auch noch BAG vom 25. 11. 1986, AP Nr. 36 zu § 2 TVG; *Germelmann/Matthes/Prütting*, 3. Aufl. (1999) § 97 Rdn. 7; *Ascheid*, Urteils- und Beschlussverfahren im Arbeitsrecht (1995) Rdn. 1950.

⁴⁷ BAG vom 6. 6. 2000 – 1 ABR 10/99 – (Fn. 10).

⁴⁸ Auch das hat *Wiedemann* bereits 1980 ausgesprochen: Anmerkung AP Nr. 24 zu Art. 9 GG (Fn. 1) unter II 3.

⁴⁹ Hierzu *Wiedemann/Arnold*, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, ZTR 1994, 399 [Teil 1], 443 [Teil 2]; *Rieble*, Anmerkung zu BAG vom 22. 3. 1994 – 1 ABR 47/93 – EzA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10 mit umfassenden Nachw.; monografisch *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999) mit zahlr. Nachw.

3. Absage an die absolute Tariffähigkeit

Bislang wird die Tariffähigkeit nach dem Alles-oder-Nichts-Prinzip vergeben oder bemessen: Eine Tarifpartei sei entweder tariffähig oder nicht – auch wenn das selten ausdrücklich gesagt wird.⁵⁰ Das BAG hat im BTÜ-Beschluss im Leitsatz betont, dass die Durchsetzungskraft „gegenüber dem sozialen Gegenspieler“ bestehen müsse. Damit ist in Übereinstimmung mit früheren Entscheidungen⁵¹ bereits die gebotene Relativierung angesprochen, wenn auch nicht vollzogen. Nur das wird der – mit der Preisgabe des einheitlichen Gewerkschaftsbegriffs für richtig erkannten – funktionalen Beschränkung der Koalitionsbetätigungsrechte gerecht.

In der Tat kann man nicht für jede Branche dieselben Anforderungen an die Tariffähigkeit erheben. Deutlich wird das anhand der „kleinen Verbände“, denen man die Tariffähigkeit nicht ernstlich absprechen kann. Nicht erst seit dem Tariferfolg 2001 ist die Vereinigung Cockpit zentrales Beispiel: Sie hat 7300 Mitglieder – also etwas mehr als der BTÜ; bei rund 9000 Berufspiloten bedeutet das aber einen sensationellen Organisationsgrad.⁵² Ihre Schlagkraft und völlig zweifelsfreie Durchsetzungsfähigkeit bezieht Cockpit aus diesem Organisationsgrad und daraus, dass die organisierten Flugpiloten „Schlüsselkräfte“ sind, die im Streikfalle den Betrieb der Luftfahrtunternehmen lahmlegen können.⁵³ Dasselbe gilt für die Fluglotsen; vergleichbar sind die Ärzte, vielleicht auch noch die leitenden Angestellten, wie dies der „Verband der oberen Angestellten der Eisen-

⁵⁰ Siehe etwa LAG Frankfurt vom 19. 10. 1962 – 5 TaBV 2/62 – DB 1964, 702: Mitgliederanzahl erforderlich, die dem Verband sozialpolitische Bedeutung verleiht; *Brisch*, Die Rechtsstellung der deutschen Gewerkschaft (1951), S. 74 ff.: Mindestzahl von hundert Mitgliedern.

⁵¹ BAG vom 15. 3. 1977 – 1 ABR 16/75 – (Fn. 22) AP Nr. 24 zu Art. 9 GG LS 4: „auf ihre Gegenseite einen fühlbaren Druck auszuüben, so dass jedenfalls in aller Regel ein Tarifvertrag zustande kommt.“; vom 14. 3. 1978 – 1 ABR 2/76 – AP Nr. 30 zu § 2 TVG = DB 1978, 1279: „soviel Druck und Gegendruck auf die Gegenseite ausüben können, dass jedenfalls in der Regel ein Tarifvertrag zustande kommt.“; BAG vom 25. 11. 1986 – 1 ABR 22/85 – AP Nr. 36 zu § 2 TVG = EzA § 2 TVG Nr. 17: „nur bei Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler ...“; in diese Richtung auch *Dütz* (Fn. 24) DB 1996, 2388.

⁵² Auskunft der Vereinigung Cockpit e.V. vom 17. 1. 2001; siehe auch deren Internet-Zeitung (<http://www.vcockpit.de>): VC-INFO 05–06 2001 – Mitgliederentwicklung, abgerufen am 20. 1. 2002.

⁵³ Hierauf weist auch *Gamillscheg* (Fn. 12) S. 431 hin.

und Stahlindustrie“ zeigt,⁵⁴ vielleicht auch noch Akademiker oder Croupiers und EDV-Spezialisten/IT-Kräfte⁵⁵ (so sich diese überhaupt organisieren) – jedenfalls aber die Fußballspieler: denn die Vereinigung der Vertragsspieler (VdV) verfügt über vergleichbare Stärke, weil sie von den Fußballern 70% der Erstligisten und 50% der Zweitligisten organisiert, und nimmt nunmehr auch Tariffähigkeit für sich in Anspruch.⁵⁶

Es lässt sich nicht bestreiten, dass die Vereinigung Cockpit für ihre Piloten tariffähig ist, sowenig dem VdV grundsätzlich der Tarifvertrag als Regelungsinstrument für die schutzbedürftigen Fußballspieler abgesprochen werden kann. Insbesondere darf deren Tariffähigkeit nicht als „unerwünscht“ verneint werden, weil sich kleine Schlüsselbeschäftigtengruppen der Tarifsolidarität mit der breiten Masse versagen oder weil eine Aufsplitterung in Minigewerkschaften droht. Dass beide Verbände mit einer vergleichbaren absoluten Mitgliederausstattung in der Metall- oder Chemiebranche keinen Tarifierfolg erzielen könnten, liegt gleichfalls auf der Hand. Deutlicher noch wird das, wenn man sich – theoretisch – vorstellt, die Vereinigung Cockpit erstrecke durch Satzungsänderung ihre Tariffähigkeit auf die Metallindustrie – ohne dort auch nur ein Mitglied zu haben. Insofern gälte erstens: die vorhandenen Piloten geben für die Metallindustrie kein Tariffähigkeits-Argument ab. Zweitens: Cockpit verliert seine Tariffähigkeit für die Piloten nicht dadurch, dass die Tariffähigkeit auf Metall erstreckt wird. Andernfalls würde der Entzug der Tariffähigkeit für einen Bereich zweifelsfreier Mächtigkeit zur Strafe dafür gerinnen, dass sich der Verband unbotmäßig „zu weit“ vorgewagt hat. Die „Materialisierung“ des Tariffrechts gebietet also eine differenzierte Beurteilung der Mächtigkeit und damit der Tariffähigkeit. Denn auch umgekehrt würde man der IG Metall, wenn sie Piloten organisieren will, ohne entsprechende Mitglieder keine Durchsetzungskraft zusprechen. Ihre vorhandenen Metall-Mitglieder werden die Lufthansa und andere Arbeitgeber der Luftfahrt nicht beeindrucken. Dementsprechend wäre die IG Metall für die Metallbeschäftigten tariffähig, für die Piloten hingegen nicht.

Wie bereits der Antrag der IG Metall im CGM-Verfahren verdeutlicht, kann die Frage der Mächtigkeit auch regional unterschiedlich gesehen werden. So ist es denkbar, dass eine Gewerkschaft im Süden Deutschlands

⁵⁴ BAG vom 16. 11. 1982 – 1 ABR 22/78 – EzA Art. 9 GG Nr. 36 = AP Nr. 32 zu § 2 TVG.

⁵⁵ Auch hierzu *Suckow* (Fn. 21) S. 67 mit Nachw.

⁵⁶ Hierzu *Pröpper*, Die Vereinigung der Vertragsspieler als Gewerkschaft, NZA 2001, 1346, 1348 f. Dass die VdV 80% der Nationalspieler organisiert, ist freilich ohne Belang.

ihren deutlichen Mitgliederschwerpunkt hat, im Norden – oder Osten – hingegen Fehlanzeige herrscht, so dass dort regional die soziale Macht oder die Durchsetzungsfähigkeit zu verneinen ist. In der Tat: Wie wollte eine solche Gewerkschaft dort wo sie keine oder kaum Mitglieder hat, Tariffähigkeit beanspruchen? Auf den ersten Blick kann das den Rechtsgedanken der IG Metall stützen.

Umgekehrt darf einem Arbeitnehmerverband, der sich etwa nur auf eine Region beschränkt, die Tariffähigkeit nicht etwa mit der Begründung abgesprochen werden, diese sei nur bundeseinheitlich zu haben. Das verletzte Art. 9 Abs. 3 GG – und nähme den Koalitionen, die sich „auf dem Weg zur Tarifpartei“ befinden, in schlechthin unverhältnismäßigerweise die Entwicklungschancen, wie gerade der Fall BTÜ zeigt. Wäre etwa die CGM nur in Sachsen stark, so folgte doch aus der Koalitionsfreiheit, dass ihr dort für regionale Tarifverhandlungen die Tariffähigkeit zuzuerkennen ist. Irgendein aner kennenswerter Gesichtspunkt für eine notwendig bundeseinheitliche Tariffähigkeit ist nicht ersichtlich.⁵⁷

So gesehen lässt sich die Relativierung sozialer Macht auf sämtliche Elemente der Tarifzuständigkeit herabbrechen, also nicht nur die fachliche und räumliche Mächtigkeit beurteilen, sondern darüber hinaus auch eine personelle, wenn etwa eine Gewerkschaft nur bei Angehörigen bestimmter Berufsgruppen gut vertreten ist. Nach dem Ende der DAG wird das freilich kaum mehr praktisch werden.

Diese Relativierung der Tariffähigkeit hat eine Kehrseite: Solche Verbände, denen bislang aus einer „Stammtariffähigkeit“ heraus die umfassende, eben „absolute“ Tariffähigkeit für alle Regionen, alle ihrer fachlichen Zuständigkeiten zugesprochen worden ist, müssen sich diese anzweifeln lassen. Wird die Tariffähigkeit in ihren Voraussetzungen „relativ“, so hat dies Konsequenzen auch für die regionale Anerkennung als tariffähig. Das wirft zwangsläufig die spiegelbildliche Frage auf, ob die etablierten Gewerkschaften im Osten Deutschlands noch tariffähig sind. Strenge Anforderungen an die Durchsetzungsfähigkeit von Tarifverträgen könnten sogar die Ost-Tariffähigkeit der IG Metall in Frage stellen. Denn dass die IG Metall ihre Ost-Tarife flächendeckend durchsetzt, kann sie selbst nicht glauben. Um die Tariffähigkeit der IG BAU im Osten ist es bei strengen Anforderungen jedenfalls geschehen: dort zahlen viele tarifgebundene Arbeitgeber nicht nur den Tariflohn nicht; sie unterschreiten häufig sogar den Mindestlohn. Nimmt man eine Analyse des VSME für die Mitgliederentwick-

⁵⁷ So auch *Dütz* (Fn. 24), DB 1996, 2385.

lung der IG Metall im Osten zur Hand,⁵⁸ so zeigt sich auch in Ansehung der Mitgliederzahl eine bedrohliche Entwicklung: Der Nettoorganisationsgrad im Osten ist von 1995 bis 1997 bedrohlich zurückgegangen: von 31,2% auf 23,8%. Der Bruttoorganisationsgrad (unter Einbezug von Rentnern, Arbeitslosen etc.) täuscht mit seinen gut 50%. Dass 1998 durch die Fusion mit der GTB Mitglieder gewonnen werden konnten, besagt nichts.

Insofern könnte die Diskussion um die rechtliche Bedeutung der Leitsätze zum Staatsvertrag⁵⁹ eine Wendung nehmen: Ihnen könnte nämlich die Wertung entnommen werden, dass die Westverbände – vorerst, also übergangsweise zum Aufbau eigener Mitgliedschaft im Osten – auch dann tariffähig sein sollten, wenn sie im Osten keinen nennenswerten Organisationsgrad haben, also eine Privilegierung zum „Tarifaufbau Ost“. Denn bei der Formulierung der Leitsätze konnten die Vertragsparteien nicht ahnen, wie geschmeidig die Westgewerkschaften die „F“DGB-Gewerkschaften, ihre Funktionäre und ihr Vermögen übernehmen würden.⁶⁰ Eine dauerhafte Besserstellung der Tarifparteien konnte schon wegen Art. 9 Abs. 3, 3 Abs. 1 GG nicht gemeint sein. Jede Übergangsfrist zum Aufbau eigener Mitgliedschaft im Osten ist nach zehn Jahren abgelaufen.

4. Relativität: Branchenbezug, Gegnerbezug oder Verbandskonkurrenzbezug?

Erkennt man die Tariffähigkeit als relative Mächtigkeit und Leistungsfähigkeit, so ist die weitere Frage nach dem Bezugspunkt aufgeworfen: Muss die Koalition im Verhältnis zum konkreten Gegner mächtig sein? Darauf kann und darf es nicht ankommen. Denn dann könnte der soziale Gegenspieler durch eine organisatorische Veränderung – vor allem die Verstärkung durch

⁵⁸ Verband der sächsischen Metall- und Elektroindustrie (VSME), Die IG Metall im Spiegel ihrer Zahlen – Entwicklung und Struktur der Mitgliedschaft in Berlin, Brandenburg und Sachsen, 2000, S. 13; noch düsterer das Bild in den gleichnamigen Nachfolgeanalyse 2002, S. 13: 48,1% Vollbeitragszahlen im Bezirk Brandenburg/Sachsen für April 2001.

⁵⁹ Oben Fn. 20.

⁶⁰ Vgl. Rieble, Die Bildung gesamtdeutscher Gewerkschaften, ArbuR 1990, 365; Lecher, Gewerkschaften in Deutschland – Ost-West-Zukunft, WSI-Mitteilungen 1990, 320; Bobke, Was folgt nach dem Gewerkschaftsgesetz der DDR, WSI-Mitteilungen 1990, 312; Kempen, Überraschungen bei der „Bildung gesamtdeutscher Gewerkschaften“, ArbuR 1990, 372.

einen Verbandszusammenschluss – einer Koalition die Tariffähigkeit nehmen. Das Tarifrecht würde so die Gegnerabhängigkeit, die es sonst strikt vermeiden will,⁶¹ selbst anordnen. Eben aus diesem Grund ist es allgemeine Meinung, dass auch die Tarifzuständigkeit sich nicht auf bestimmte Gegner oder Sachthemen (Tabuzonen) beschränken darf.⁶² Nur die „Überbetrieblichkeit“ ist innerhalb der sozialen Mächtigkeit weiter zu fordern: Hat ein kleiner Verband Mitglieder im wesentlichen nur bei einem Arbeitgeber, kann dieser mit der eigenen Liquidation drohen, um Zugehörnisse zu erreichen. Die Folge wäre Gegnerabhängigkeit.

Auch jeder Bezug zur verbandlichen Konkurrenz hat zu unterbleiben: Für die Tariffähigkeit der CGM darf es nicht darauf ankommen, ob neben der IG Metall noch Platz für eine weitere Gewerkschaft ist oder gar ein richterlich empfundenes Bedürfnis. Das nämlich würde in ein richterliches Tarif-Konzessionssystem münden, das seinerseits mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar wäre.

Mithin bleibt nur das „Maßnahmen“ an der Branche und der Region, um die es der Koalition geht. Ein Abstellen auf Tarifgebiete würde nur wieder zur Gegnerabhängigkeit führen.⁶³ Richtigerweise ist die Frage nach der sozialen Kraft einer Koalition dort zu stellen, wo sie nach eigener Satzung Tarifzuständigkeit beansprucht. Ob aber ein starker Organisationsgrad bei den Piloten die Tariffähigkeit auch für das Bodenpersonal bedeutet, ob Organisationsschwächen bei IT-Arbeitnehmern durch große Stärke bei den Metallarbeitern ausgeglichen werden kann, ist nach den Beschäftigungsverhältnissen auf dem Arbeitsmarkt zu beurteilen: Da Bodenpersonal und Piloten typischerweise von denselben Arbeitgebern beschäftigt werden, ist die Durchsetzungsstärke einheitlich. Umgekehrt fallen Metallarbeiter und Informationstechniker eher zufällig zusammen, also darf es auch keine Tarifmacherstreckung geben. Die Arbeitsgerichte sind mithin berufen, die relevanten Marktverhältnisse zu untersuchen. Insofern besteht eine Parallele zum Kartellrecht: Auch dort geht es um die Marktmacht auf den „relevanten Märkten“.⁶⁴ Während aber das Kartellrecht die Markt-

⁶¹ Zur Gegnerunabhängigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit siehe nur MünchArbR/*Löwisch/Rieble* (Fn. 13) § 243 Rdn. 53; *Bruhn*, Tariffähigkeit von Gewerkschaften und Autonomie (1993), S. 170.

⁶² Dazu *Oetker* in: *Wiedemann TVG* (Fn. 21) § 2 Rdn. 60 ff.

⁶³ Vgl. für die Diskussion um das Arbeitskampfgebiet *Löwisch/Rieble*, Zulässigkeit von Arbeitskämpfen, AR-Blattei SD 170.2 (1997) Rdn. 142 m.w.Nachw.

⁶⁴ Zum Marktbezug *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 3. Aufl. (2001) § 16 Rdn. 107; *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. (1999) § 6 Rdn. 51 ff.; *Bechtold*, Zur Abgrenzung des relevanten Markts, *FS Gamm* (1990) S. 537 ff. Aus der Kartellrechtspre-

macht zu begrenzen sucht, geht es hier – in Konsequenz des Gegenmachtprinzips um eine „Mindestmarktmacht“.

Problematisch wird das nachgerade für ver.di: Dieses Gewerkschafts-Konglomerat kann keinesfalls für alle Bereiche der in Anspruch genommenen Tarifzuständigkeit auch Tariffähigkeit beanspruchen. Denn ihre Stärken sind auf tradierte Betätigungsfelder der in ver.di aufgegangenen Gewerkschaften beschränkt. Ein machtmäßiger Synergieeffekt ist nicht sichtbar. Gerade die Schwierigkeiten, unternehmensnahe Dienstleister zu organisieren,⁶⁵ legen eine intensive Prüfung der Tariffähigkeit von ver.di in diesen Bereichen nahe.

5. Anforderungen im Einzelnen

a) Tariferfolge in der Vergangenheit?

Das BAG stellt in ständiger Rechtsprechung, zuletzt in der BTÜ-Entscheidung⁶⁶ darauf ab, dass sich die Tariffähigkeit einer Gewerkschaft an ihren Tariferfolgen in der Vergangenheit zeige. Das ist zunächst aberwitzig zirkulär: Die Tariffähigkeit ist Voraussetzung und nicht Folge des Tarifabschlusses. Wie soll einer Arbeitnehmervereinigung der von Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Zugang zum Tarifvertragssystem gelingen? Für den ersten Tarifvertrag braucht sie die Tariffähigkeit, ohne diesen wird sie jene nicht erlangen. Wie soll etwa der Verband der Gewerkschaftsbeschäftigten (VGB) seinen ersten Tarifvertrag abschließen? Oder soll es gar darauf ankommen, dass der Gegenspieler den ersten Tarifvertrag freiwillig abschließt?

Wenn man also das Tarifvertragssystem nicht denjenigen Gewerkschaften vorbehalten will, die sich mit dem Tariffrecht historisch entwickelt haben – und das erlaubt die Verfassung nicht – dann kann man für den Zugang zum Tarifvertragssystem nur andere Formen der Koalitionsbetätigung als Ausdruck von Mächtigkeit und Leistungsfähigkeit verlangen. Man

chung etwa BGH vom 24. 10. 1995 – KVR 17/94 – BGHZ 131, 107 „Backofenmarkt“; vom 16. 12. 1976 – KVR 2/76 – BGHZ 68, 23 „Valium“.

⁶⁵ Siehe ZEW-Branchenreport Juni 1999, Konjunkturelle Lage und Tarifbindung bei unternehmensnahen Dienstleistern: Unternehmensnahe Dienstleister erwirtschaften nur 38% ihres Umsatzes in tarifgebundenen Unternehmen; 30% der Unternehmen (wiederum gemessen am Umsatz) geben an, für ihre Branche gebe es keinen Tarifvertrag. Auch die IG Metall berichtet, dass ihr Organisationsgrad bei den „textilen Diensten“ nur etwa 10% betrage, freilich nicht weiter aufgeschlüsselt: <http://www.igmetall.de/branchen/textil/arbeitsbedingungen.html>, abgerufen am 31. 1. 2002.

⁶⁶ BAG vom 6. 6. 2000 (Fn. 10).

könnte auf die Regelung von Arbeitsbedingungen durch zivilrechtlichen Normenvertrag abstellen, man könnte auf die Interessenvertretung in der Betriebsverfassung rekurrieren oder aber auf das allgemeine Feld der Mitgliederbetreuung, insbesondere durch arbeitsrechtliche Rechtsberatung oder Prozessvertretung.

Das freilich ist jeweils angreifbar. Zivilrechtliche Normenverträge sind für eine Arbeitnehmerkoalition nicht leicht durchzusetzen, weil das Instrument des Streiks fehlt. Wahlerfolge in der Betriebsverfassung sind mit Tariferefolgen nicht ansatzweise vergleichbar. Außerdem rechnet zur Koalitionsfreiheit auch die freie Entscheidung darüber, wie und auf welchen Betätigungsfeldern eine Koalition sich für die Mitglieder einsetzen will.⁶⁷ Sowie wenig für betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse Tariffähigkeit verlangt werden darf, so wenig kann es eine Obliegenheit geben, sich zur Erlangung der Tariffähigkeit erst einmal in der Betriebsverfassung „zu bewähren“.

In der BTÜ-Entscheidung hat der erste Senat – obiter und ganz unnötig – gemeint, bei den in der Vergangenheit erfolgten Tarifabschlüssen sogar noch nach deren Inhalt differenzieren zu müssen: Tarifverträge ausschließlich betriebsverfassungsrechtlichen Inhalts könnten keine Indizwirkung in Richtung Tariffähigkeit haben. Das ist in der Tat „bemerkenswert“⁶⁸ – nämlich ein Akt der Tarifzensur dahin, welche Tarifinhalte „wertvoll“ sind und welche nicht.

Auch im Ergebnis ist die BTÜ-Entscheidung angreifbar: Die Bediensteten der technischen Überwachungsvereine nämlich sind Schlüsselkräfte vergleichbar den Piloten: Der BTÜ hat deshalb durchaus Chancen als „werdende Tarifpartei“ – auch mit einer verhältnismäßig geringen Mitgliederzahl. Das BAG torpediert diesen Versuch. Denn mit dem „Tariffähigkeitsbeschluss“ wird es für BTÜ noch schwerer, die Schwelle zur anerkannten Tarifpartei zu überschreiten. Das zeigt gerade der Sachverhalt⁶⁹: BTÜ und TÜV Süddeutschland Holding AG hatten 1998 Tarifverhandlungen über Entgelte und andere Arbeitsbedingungen aufgenommen: Diese wurden mit Blick auf das Beschlussverfahren nicht weitergeführt. Dem BTÜ kann gleichwohl nur angeraten werden, alsbald einen Entgelt- und Arbeitszeittarifvertrag auszuhandeln, und dann ein erneutes Verfahren nach § 97 ArbGG zu betreiben. Auch wenn dem BTÜ die Tariffähigkeit weiter bestritten würde, bleibt doch die Möglichkeit eines schuldrechtli-

⁶⁷ Hierzu MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 13) § 246 Rdn. 16.

⁶⁸ Oetker, Anmerkung AP § 2 TVG Nr. 55 (Blatt 10, Vorderseite unten), der dies distanziert konstatiert.

⁶⁹ BAG vom 6. 6. 2000 (Fn. 10).

chen Koalitionsvertrages, der jedenfalls gegenüber einem Arbeitgeber über § 328 BGB auch effektiv durchsetzbar ist.

b) Streikfähigkeit

Grotesker noch wird das Ansinnen, wenn man den Arbeitskampf einbezieht. Wenn die Tariffähigkeit von der effektiven faktischen Fähigkeit zum Streik abhinge,⁷⁰ dann könnten allenfalls etablierte Gewerkschaften dem genügen. Denn auch der erste Arbeitskampf hängt doch davon ab, dass ein wirksamer Tarifvertrag erstritten werden soll, was Tariffähigkeit von Angreifer und Gegner voraussetzt.⁷¹ Juristisch ließe sich dem mit einem Kunstgriff begegnen, indem man die tatsächlichen Voraussetzungen der Arbeitskampfbefähigung von der rechtlichen Zulässigkeit eines Arbeitskampfes trennt.

Aber: Die für einen Arbeitskampf erforderliche Schlagkraft wird nicht theoretisch, sondern praktisch, vor allem in der Tarifauseinandersetzung gewonnen. Zudem ist eine derart weit reichende Forderung widersprüchlich. Denn auch die etablierten mächtigen Gewerkschaften machen für sich geltend, dass sie aus eigener Kraft, also nur mit den eigenen Mitgliedern, keine Arbeitskämpfe führen können und dass deshalb – in Durchbrechung des Verbotes von Sympathiearbeitskämpfen – von einer Gewerkschaft auch die Nicht-, ja sogar die Andersorganisierten in den Streik geführt werden müssen.⁷²

Das führt zu erheblichen Friktionen, wenn in einem Tarifgebiet eine zweite Gewerkschaft „auftaucht“. Wollte etwa die CGM in einem Tarifgebiet der IG Metall einen Arbeitskampf führen, so dürften die IG-Metall-Mitglieder wegen der bestehenden Friedenspflicht nicht folgen. Denn die arbeitskampfrechtliche Einheit der Belegschaft kann die Friedenspflicht nicht brechen, wie das der Große Senat des BAG selbst gesagt hat.⁷³ Wenn

⁷⁰ So etwa *Kempen/Zachert*, TVG § 2 Rdn. 33 ff; siehe aber BVerfG vom 6. 5. 1964 – 1 BvR 79/62 – BVerfGE 18, 18 = AP Nr. 15 zu § 2 TVG = EzA § 2 TVG Nr. 5 für die Katholischen Hausgehilfinnen.

⁷¹ Siehe nur *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997), S. 1072.

⁷² BAG Großer Senat vom 21. 4. 1971 – GS 1/68 – AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Nr. 6 = BAGE 23, 292, Teil III B 3. Dazu *Gregor Thüsing*, Der Außenseiter im Arbeitskampf, 1996, insb. S. 40 ff., 51 ff.; *MünchArbR/Otto* (Fn. 13) § 285 Rdn. 58; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rdn. 1386 ff. jeweils mit Nachweisen.

⁷³ BAG Großer Senat vom 21. 4. 1971 (Fn. 72); siehe auch LAG Hamm vom 6. 11. 1992 – 18 Sa 217/92 – LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 50 für die aus einem Haustarifvertrag folgende Friedenspflicht.

aber in einem Tarifgebiet schon ein Tarifvertrag gilt und die tarifgebundenen Mitglieder der Konkurrenzgewerkschaft von vornherein nicht mitstreiken dürfen, dann sind die Ausgangsvoraussetzungen für einen Arbeitskampf äußerst schlecht.

Wollte man insofern an der effektiven Arbeitskampffähigkeit – entgegen dem Diktum des Bundesverfassungsgerichtes – festhalten, so bedeutete dies die staatlich verordnete Einheitsgewerkschaft. Immer dann, wenn eine große, mächtige (DGB-)Gewerkschaft mit einer Außenseitergewerkschaft konkurrierte, würde dieses Erfordernis zu Lasten der Außenseitergewerkschaft gehen. Damit aber würde der von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Koalitionsettbewerb ausgeschaltet.

Zudem: Auch in Ansehung der Arbeitskampfbereitschaft ist daran zu erinnern, dass die Arbeitsgerichtsbarkeit selbst über lange Jahre mit dem verfassungswidrigen Prinzip der Tarifeinheit effektive Arbeitskämpfe von Außenseitergewerkschaften unmöglich gemacht hat. Die Frage nämlich, ob man einen Arbeitskampf um einen Tarifvertrag führen darf, der sich im Rahmen der Tarifkonkurrenz ohnehin nicht durchsetzt, ist wissenschaftlich nicht geklärt.⁷⁴

c) Maßgeblich: Netto-Organisationsgrad

Will man richtigerweise auf die Marktmacht der Koalition abstellen, dann kommt es auf ihren „Marktanteil“ an – also auf den Netto-Organisationsgrad, den die Gewerkschaft unter den Beschäftigten der maßgeblichen Branche erreicht. Rentner, Studenten und Auszubildende sind kein Indikator. Insofern mag man – mit Blick auf das Parteiengesetz – einen Organisationsgrad von 5% fordern. Freilich hinkt der Vergleich, weil die 5%-Quote auf den Wahlerfolg und nicht auf die Mitgliederzahl zielt.

Der Organisationsgrad ist für die Durchsetzungsfähigkeit das allein maßgebliche Kriterium. Aus dem Organisationsgrad folgt grundsätzlich auch die finanzielle und sonstige Leistungsfähigkeit.

Insofern sind die Erwägungen im BTÜ-Beschluss zur organisatorischen Leistungsfähigkeit wenig ergiebig: Wieviele Geschäftsstellen ein Verband hat, wieviele haupt- und ehrenamtliche Funktionäre die Verbandsaufgaben vollziehen, das ist zunächst und vor allem eine Organisationsentscheidung des Verbandes, der selbst sehen muss, ob und wie er seine Aufgaben wahrnehmen will. Insbesondere von kleinen Verbänden, die sich

⁷⁴ Vergleiche etwa *Löwisch/Rieble*, Zulässigkeit von Arbeitskämpfen, AR-Blattei SD 170.2 Rdn. 44; *MünchArbR/Otto* (Fn. 13) § 278 Rdn. 48.

erstmalig in das Tarifgeschäft begeben, darf man keinen übermäßigen Aufwand erwarten. Ob die Vereinigung Cockpit nun eine oder zwei Geschäftsstellen hat, ob und wieviele hauptamtliche Funktionäre sie aufweisen kann, spielt doch praktisch für ihre Arbeitsmarktmacht keine Rolle.

Will man das mit dem BAG ernstlich anders sehen, dann muss man aber auch konsequent sein und den etablierten Gewerkschaften, die trotz Geschäftsstellen und Funktionären ihre Tarifverträge nicht durchsetzen (wie die IG BAU im Osten) erst recht die Tariffähigkeit regional absprechen (was dann auch das Ende der Allgemeinverbindlicherklärung für den Osten bedeutete!). Alles andere ist sachwidrige Ungleichbehandlung.

Insofern bedeutet das hier vertretene Konzept eine gewisse Automatisierung der Sachgerechtigkeit durch Gleichbehandlung: Durch die Relativierung der Tariffähigkeit müssen die Gerichte einen etwaigen strengen Maßstab, den sie für kleine Verbände bereithalten, auch an die etablierten Gewerkschaften anlegen und diese regional oder sektoral beschränken. Das wird vor allzugroßer Strenge bewahren. So würden scharfe Anforderungen womöglich bedeuten, dass die etablierten Gewerkschaften im Handwerk weithin die Tariffähigkeit verlören, weil sie dort nicht stark sind.

IV. Dynamische Relativität: Expansion traditioneller Gewerkschaften auf neue „Geschäftsfelder“

Stellte sich der Standpunkt der IG Metall als richtig heraus, hätte das für sie und für andere – zweifellos tariffähige – Gewerkschaften Konsequenzen: Denn auch die mächtige IG Metall ist dann nurmehr dort tariffähig, wo sie auch – schon heute – effektiv organisiert ist.

Das würde insbesondere in Branchen, in denen die etablierten Gewerkschaften erst Fuß zu fassen suchen, aber noch keinen „durchschlagenden“ Erfolg haben, heißen: keine Tariffähigkeit. Die IG Metall könnte etwa für die Informationstechnik (IT) keine Tariffähigkeit beanspruchen. Den debis-Tarifvertrag etwa konnte die IG Metall nur über ihre Konzernmacht bei DaimlerChrysler und damit über ihre traditionellen Mitglieder erreichen. Auf gewisse Weise handelt es sich um einen „Gefälligkeits-Tarifvertrag“, der nicht durch soziale Macht errungen worden ist.

IT-Kräfte, die sich mehrheitlich als Individualisten sehen, blieben dauerhaft ohne Tarifvertrag, weil keine Gewerkschaft einen hinreichend hohen Organisationsgrad in dieser Branche erreicht. Bei der SAP etwa ist es der IG Metall bislang nicht einmal gelungen, einen Betriebsrat zu installieren.

Eine Haustarifforderung würde die SAP als merkwürdig, eine Streikdrohung gar als Scherz empfinden. Insofern findet eine Art „Urabstimmung“ in der Branche statt: Wenn die Beschäftigten weit überwiegend der Gewerkschaft fernbleiben, dann entscheiden sie nicht nur individuell über die eigene Mitgliedschaft, sondern auch kollektiv, ob es Tarifverträge in ihrer Branche gibt und wenn ja, welcher Gewerkschaft überhaupt ein solches Tarifmandat angetragen wird.

Der IG Metall fehlt die Tariffähigkeit für IT-Kräfte; meiner Auffassung nach ist der debis-Tarifvertrag deshalb nichtig.⁷⁵ Die Branchentariffähigkeit für die Metallindustrie strahlt auf branchenfremde Metallkonzerntöchter schon deshalb nicht aus, weil die Tariffähigkeit sonst mit Veräußerung des Unternehmens und damit Herauslösung aus dem Konzern erlöschen müßte.

Wenn etwa ver.di im Fachbereich 13 „Besondere Dienstleistungen“ nach ihrer Satzung die nunmehr von der Sittenwidrigkeit erlösten Prostituierten organisieren wollte, wäre dies zwar verdienstvoll.⁷⁶ (Haus-)Tarifverträge kommen aber erst in Betracht, wenn ein entsprechender Organisationsgrad unter den abhängig beschäftigten Prostituierten nachgewiesen ist.

Damit wird letztlich die Tariffähigkeit mit der Frage der Tarifzuständigkeit verbunden. Das seinerzeitige Verfahren über die Zuständigkeit der damaligen ÖTV für das Bautauchergewerbe hatte das BAG mit der Bemerkung geschlossen, die ÖTV müsse erst ihre Satzung ändern.⁷⁷ Indessen: auch die Satzungsänderung verhülfe der Gewerkschaft nicht ohne weiteres zur Tariffähigkeit für die Bautaucher: die damalige ÖTV hätte bei diesen Beschäftigten erst einmal einen nennenswerten Organisationsgrad, also Marktanteil „erwirtschaften“ müssen.

⁷⁵ Zu den Rechtsfolgen fehlender Tariffähigkeit MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 13) § 255 Rdn. 79; Oetker in: Wiedemann, TVG (Fn. 21), § 2 Rdn. 15, 43.

⁷⁶ Die Satzung von Verdi findet sich unter <http://www.verdi.de/downloadpool/dokumentenband/satzung.pdf>, abgerufen am 31.1.2002; im Übrigen: Prostitutionsgesetz vom 20.12.2001, BGBl. I S. 3983.

⁷⁷ BAG vom 24.7.1990 – 1 ABR. 46/89 – AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = EzA § 2 TVG Tarifzuständigkeit Nr. 2 = NZA 1991, 21.

V. Prozessuale Folge für das Tariffähigkeits-Beschlussverfahren

Überraschende Konsequenzen hat die Relativierung der Tariffähigkeit für das Verfahren nach § 97 ArbGG: Wiewohl die Zu- oder Aberkennung der Tariffähigkeit materiell-rechtlich keine Frage des Verbandswettbewerbes ist, kann doch das Beschlussverfahren von konkurrierenden Verbänden nur eingeleitet werden, wenn und soweit diese selbst tariffähig und tarifzuständig sind. Denn nur dann besteht ein rechtliches Interesse, einen konkurrierenden Verband, der sich gleichfalls als tariffähig und tarifzuständig sieht, zu vertreiben: Denn (nur) in der Anmaßung von Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit liegt dann eine Bedrohung im Wettbewerb der Koalitionen – im Sinne eines „Vorsprungs durch Rechtsanmaßung“. Erst dieser Wettbewerbsnachteil verschafft der konkurrierenden Gewerkschaft das verfahrensrechtlich erforderliche Feststellungsinteresse.⁷⁸

Das heißt aber in Konsequenz der hier vertretenen Relativierung der Tariffähigkeit: Eine Gewerkschaft wie die IG Metall muss erst einmal dartun, dass sie selbst überall dort, wo sie der Konkurrenz – hier also der CG Metall – die Teilnahme am Tarifsystem streitig macht, selbst tariffähig ist. So wird im Beschlussverfahren auch prozedurale Waffengleichheit erreicht: Nicht nur die CGM muss Mitgliederzahlen offenbaren, in ihren „Problemzonen“, namentlich im Osten und im Handwerk, muss auch die IG Metall die „Karten auf den Tisch legen“. Das allein entspricht diesem Verfahren als Konkurrenzstreit.

Freilich ist das prozessual umständlich: Sobald etwa die CGM die Zulässigkeit des ihr gegenüber erhobenen Pauschalantrages bestreitet, muss dieses Beschlussverfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG ausgesetzt werden, damit die Tariffähigkeit der IG Metall für streitige Regionen und Branchen in einem eigenständigen Beschlussverfahren mit eigenständigem Verfahrensgegenstand geklärt werden kann. Keinesfalls etwa dürfte das ArbG Stuttgart diese Frage im CGM-Verfahren entscheiden.

VI. Ergebnis

Die Tariffähigkeit hat vertragsfunktionalen Charakter: Das Ziel des Tarifvertragssystems, normativ wirkende Arbeitsbedingungen mit Richtigkeits-

⁷⁸ Zum Feststellungsinteresse MünchArbR./Löwisch/Rieble (Fn. 13) § 255 Rdn. 90; Grunsky ArbGG, 7. Aufl. (1995), § 97 Rdn. 14.

vertrauen und ohne arbeitsgerichtliche Kontrolle zu erzeugen, wird verfehlt, wenn Kleinstverbände zugelassen werden.

Die prinzipiell anerkannten Voraussetzungen der Tariffähigkeit sind großzügig zu handhaben: Es geht nicht um die positive Zulassung „erwünschter“ Großverbände, sondern negativ darum, untaugliche Kleinstverbände auszuschneiden. Mit Blick darauf, dass die Tarifautonomie zu den von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsbetätigungsrechten gehört, gilt: Im Zweifel für die Tariffähigkeit. Die Versagung der Tariffähigkeit ist ein erheblicher Eingriff, der nur bei hinreichend schweren Anhaltspunkten für eine „strukturelle“ Unterlegenheit des Verbandes tragfähig ist. Nur so wird die Gründung und Entwicklung von Koalitionen im Rahmen des Koalitionswettbewerbs offen gehalten.

Sowenig es einen einheitlichen Gewerkschaftsbegriff gibt, sowenig sind die Voraussetzungen der Tariffähigkeit absolut zu bemessen: Es kommt vielmehr branchen- und regionenbezogen auf die Mitgliederzahl und den Nettoorganisationsgrad an. Er bedeutet den Marktanteil und damit die Marktmacht der Gewerkschaft. Ein Arbeitnehmerverband kann in einem Tarifgebiet tariffähig sein, im anderen nicht. Auch etablierte Gewerkschaften können bezogen auf Branchensegmente schwach sein. Nur diese Relativierung der Tariffähigkeit garantiert die erforderliche Entwicklungsfähigkeit kleiner Verbände, die ihrerseits von Art. 9 Abs. 3 GG garantiert ist.