

Tarifvertragsrecht

von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Prof. Dr. Rüdiger Krause, Prof. Dr. Hartmut Oetker, Prof. Dr. Claudia Schubert

2. Auflage

Tarifvertragsrecht – Jacobs / Krause / Oetker / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Öffentliches Tarifvertragsrecht



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62967 9

der Mitglieder und die organisatorische Leistungsfähigkeit der Vereinigung sowie deren bisherige Tarifpraxis ab. Diese Kriterien wurden sukzessive durch eine Reihe von Unterkriterien präzisiert und ausdifferenziert. Ihre Gewichtung variierte zudem im Laufe der Rechtsprechung erheblich. **Anfangs** stellte das Bundesarbeitsgericht auf die **Zahl der Mitglieder** und ihre Stellung im Betrieb sowie den **organisatorischen Aufbau** ab (BAG 15.3.1977 AP GG Art. 9 Nr. 24 = BAGE 29, 72, 80; 23.4.1971 AP ArbGG 1953 § 97 Nr. 2; 9.7.1968 AP TVG § 2 Nr. 25). **Später** stand bei den Entscheidungen meist die **bisherige Tarifpraxis** im Mittelpunkt, aus der auf die Druckausübungsfähigkeit geschlussfolgert wurde (BAG 28.3.2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 Rn. 61 = NZA 2006, 1112; 16.1.1990 AP TVG § 2 Nr. 38 = NZA 1990, 626; 10.9.1985 AP TVG § 2 Nr. 34 = BAGE 49, 322, 331 ff.; 14.3.1978 AP TVG § 2 Nr. 30). Insbesondere nach der Entscheidung über die Tariffähigkeit der CGM nahm die Literatur an, dass die Tarifpraxis das entscheidende Kriterium sei (*Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität, 2010, S. 203; *Hümmerich/Holthausen* NZA 2006, 1070, 1074 f.; *Richardi* RdA 2007, 117, 119 f.; *Wank/Schmidt* RdA 2008, 257, 261; vgl. auch *I. Schmidt*, FS Richardi, 2007, S. 765, 771). Der Beschluss über die Tariffähigkeit der GKH rückte jedoch wieder die Mitgliederzahl und die Leistungsfähigkeit der Organisation in den Vordergrund (BAG 5.10.2010 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7 Rn. 43 ff. = NZA 2011, 300; krit. *Schmidt* AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7). Diese Wechselhaftigkeit der Rechtsprechung belastet die Rechtssicherheit erheblich, da die normative Wirkung der Kollektivverträge von der Tariffähigkeit der Arbeitnehmervereinigung abhängt (kritisch daher *Schmidt* Anm. zu BAG 5.10.2010 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7; *Ulber* RdA 2011, 353, 357 f.). Die Varianz des Maßstabs lässt sich wohl teilweise damit erklären, dass jede Entscheidung eine Einzelfallbetrachtung ist und damit die Begründung angesichts der Mehrzahl von Kriterien variiert. Zu sukzessiven Veränderungen führte auch die notwendige Ausdifferenzierung und Weiterentwicklung des Maßstabs (ähnlich *Greiner* NZA 2011, 825, 828). Gerade die Bewertung der bisherigen Tarifpraxis der Arbeitnehmervereinigung wurde differenzierter. Das erschwert auch die Ermittlung der Tatsachen und vermindert die Vorhersehbarkeit der Entscheidung des Gerichts, was zugleich Zweifel an der Funktionstüchtigkeit des Kriteriums der sozialen Mächtigkeit entstehen lässt.

Unabhängig vom Rechtsprechungswandel war das Ziel der Prüfung stets, **92** ob die Arbeitnehmervereinigung in der Lage ist, auf den sozialen Gegenspieler Druck auszuüben und ihn dadurch zu ernsthaften Verhandlungen mit dem Sozialpartner zu bewegen. Das ist eine **Prognoseentscheidung**, insbesondere bei jungen Arbeitnehmervereinigungen (BAG 5.10.2010 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7 Rn. 43 = NZA 2011, 300; 16.11.1982 AP TVG § 2 Nr. 32; *Löwisch/Rieble* § 2 TVG Rn. 123; *Däubler/Peter* § 2 TVG Rn. 24; *Rüthers/Roth* Anm. zu BAG 16.11.1982 AP TVG § 2 Nr. 32; *Wank/Schmidt* RdA 2008, 257, 259). Die Mitgliederzahl, die Leistungsfähigkeit der Organisation und die bisherige Tarifpraxis sind insofern Indizien, die im Rahmen einer **Gesamtschau** zu bewerten sind (so zur Tarifpra-

xis BAG 14.12.2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr.1 = NZA 2005, 697; 6.6.2000 AP TVG § 2 Nr.55 = NZA 2001, 160; ausführlich zum indiziellen Charakter BAG 28.3.2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr.4 Rn.39 = NZA 2006, 1112). Sofern eines der Indizien relativ deutlich die Druckausübungsfähigkeit belegt, können die übrigen in den Hintergrund treten (*Löwisch/Rieble* § 2 TVG Rn.123; aA *HWK/Henssler* § 2 TVG Rn.19). Das Bundesarbeitsgericht verweist in seinem Beschluss vom 5.10.2010 darauf, dass zwischen alten und jungen Arbeitnehmervereinigungen unterschieden werden könne, was aber nur Relevanz erlange, wenn bei der alten Arbeitnehmervereinigung trotz der Mitgliederzahl Zweifel an der sozialen Mächtigkeit blieben (BAG 5.10.2010 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr.7 Rn.39 f., 43 = NZA 2011, 300; unter Verweis auf den Missbrauchsverdacht *Greiner* Anm. zu BAG 5.10.2010 EzA TVG § 2 Nr.31, S.47). Insofern ist die Mitgliederzahl ein zentrales Kriterium. Die soziale Mächtigkeit ist stets in Bezug auf den Bereich der Tarifzuständigkeit zu ermitteln, den die Arbeitnehmervereinigung für sich festgelegt hat (*ErfK/Franzen* § 2 TVG Rn.13). Daher ist es unschädlich, wenn in kleinen Bereichen der Tarifzuständigkeit die soziale Mächtigkeit fehlt (BAG 5.10.2010 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr.7 Rn.39 = NZA 2011, 300; 28.3.2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr.4 Rn.57 = NZA 2006, 1112).

93 Bei der Beurteilung der sozialen Mächtigkeit anhand der **Mitgliederzahl** ist nicht nur die **absolute Zahl** im Bereich der Tarifzuständigkeit maßgeblich, sondern auch der **Organisationsgrad**, wobei das Bundesarbeitsgericht bisher keinen Schwellenwert festgelegt hat, der überschritten werden muss (BAG 14.12.2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr.1 = NZA 2005, 697; 16.11.1982 AP TVG § 2 Nr.32; 15.3.1977 AP GG Nr.24 = BAGE 29, 72, 80; *Löwisch/Rieble* § 2 TVG Rn.17; *Däubler/Peter* § 2 TVG Rn.121). Daneben wird die Stellung der Mitglieder im Betrieb und Unternehmen („**Schlüsselposition**“) berücksichtigt, weil die Ersetzbarkeit des Arbeitnehmers im Arbeitskampf maßgeblichen Einfluss auf die Durchsetzungskraft der Vereinigung habe (BAG 14.12.2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr.1 = NZA 2005, 697; 16.11.1982 AP TVG § 2 Nr.32; 15.3.1977 AP GG Art.9 Nr.24 = BAGE 29, 72, 80; *Löwisch/Rieble* § 2 TVG Rn.19; *Däubler/Peter* § 2 TVG Rn.121). Für den Nachweis der Mitgliederzahl ist keine namentliche Benennung vor Gericht erforderlich (BAG 5.10.2010 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr.7 Rn.47 = NZA 2011, 300).

94 Daneben ist die **organisatorische Leistungsfähigkeit** der Vereinigung Voraussetzung und somit Indiz für ihre Durchsetzungskraft (BAG 16.1.1990 AP TVG § 2 Nr.39 = NZA 1990, 623; 14.3.1978 AP TVG § 2 Nr.30; 15.3.1977 AP GG Art.9 Nr.24 = BAGE 29, 72, 83). Das Bundesarbeitsgericht berücksichtigt die Zahl der Mitarbeiter im Wirkungsbereich der Vereinigung, wobei es inzwischen die ehrenamtliche Tätigkeit nicht mehr als zwingenden Hinweis auf eine unzureichende organisatorische Leistungsfähigkeit ansieht (BAG 5.10.2010 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr.7 Rn.37 = NZA 2011, 300; LAG Hamburg 21.3.2012 – 3 TaBV 7/11 – juris, Rn.109). Es beachtet auch Ausbildungsstand und Sachverstand der Mitarbeiter (BAG 16.11.1982 AP TVG § 2 Nr.32). In der Entscheidung über

die Tariffähigkeit der GKH betonte das Gericht, dass es vor allem darauf ankommt, dass es sich um loyale Mitarbeiter handle, auf die sich die Organisation im Konfliktfall verlassen könne (BAG 5.10.2010 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7 Rn. 37 = NZA 2011, 300; LAG Hamburg 21.3.2012 – 3 TaBV 7/11 – juris, Rn. 109: medsonet). Ein Rückgriff auf Mitarbeiter und Sachmittel einer anderen Gewerkschaft schließt die Tariffähigkeit zwar nicht generell aus, zum kooperierenden Verband müsse aber eine gewisse fachliche Nähe bestehen (BAG 5.10.2010 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7 Rn. 37 = NZA 2011, 300). Zudem sei eine eigene Organisation erforderlich, so dass die Vereinigung nicht nur der „verlängerte Arm“ einer anderen Gewerkschaft sei (BAG 5.10.2010 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7 Rn. 37 = NZA 2011, 300). Die Rechtsprechung prüft im Grunde, ob ein eigenständiger Sozialpartner existiert. Es geht dabei nicht um die Unabhängigkeit vom sozialen Gegenspieler, sondern um die eigenständige Durchsetzungsfähigkeit des Verbands (den Begriff der Unabhängigkeit erweiternd *Ulber* RdA 2011, 353, 355). Die Mitarbeiter müssen auch ihrer Zahl nach in der Lage sein, die Tarifverhandlung zu führen und die Durchführung des Tarifvertrages zu sichern (BAG 14.3.1978 AP TVG § 2 Nr. 30; 25.11.1986 AP TVG § 2 Nr. 36 = NZA 1987, 492).

Schließlich wird die **Finanzkraft** der Arbeitnehmervereinigung als Kriterium für die organisatorische Leistungsfähigkeit angesehen. Es kommt aber nicht darauf an, dass ein Streik finanziell durchgehalten werden kann (BAG 14.12.2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 = NZA 2005, 697; aA *Kempen*, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 733, 748 ff.). Beide Kriterien, finanzielle und organisatorische Leistungsfähigkeit, waren zuletzt vor allem für die Ablehnung der Tariffähigkeit von neu gegründeten christlichen Gewerkschaften von Bedeutung (GKH, medsonet), die von einer anderen christlichen Gewerkschaft (CGM bzw. DHV) unterstützt wurden (BAG 5.10.2010 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7 Rn. 4, 6 = NZA 2011, 300; LAG Hamburg 21.3.2012 – 3 TaBV 7/11 – juris, Rn. 6, 29 ff.). Diese Vorgehensweise der Gewerkschaften verhindert den Verlust der eigenen Tariffähigkeit infolge der Erweiterung der Tarifzuständigkeit, die zunächst mit einem geringeren Organisationsgrad und fehlender Tarifpraxis einhergeht. Das verdeutlicht zugleich, welche Hindernisse sich aus der sozialen Mächtigkeit für die Erweiterung der Gewerkschaftstätigkeit ergeben. 95

Schließlich stellt das Bundesarbeitsgericht auf die **bisherige Tarifpraxis** ab. Um dem Einwand zu begegnen, dass nur eine Gewerkschaft Tarifverträge schließen könne und es sich daher um ein zirkuläres Kriterium handle (*ErfK/Franzen* § 2 TVG Rn. 12; *Rieble*, FS Wiedemann, 2002, S. 519, 534) sind alle Kollektivverträge einzubeziehen, die als Tarifvertrag geschlossen wurden, unabhängig davon, ob im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits die Tariffähigkeit vorlag. Bei neu gegründeten Arbeitnehmervereinigungen hat das Tarifgeschehen aber einen geringeren oder noch keinen Indizwert (vgl. BAG 28.3.2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 Rn. 43 = NZA 2006, 1112; ähnlich *Ulber* RdA 2011, 353, 358). In den Entscheidungen wurde anfangs nur auf den Abschluss von Tarifverträgen abgestellt, wobei es nicht auf den Inhalt des Tarifvertrages ankam (BAG 14.3.1978 AP TVG 96

§ 2 Nr. 30; bereits differenzierend hins. der Anschlussstarifverträge BAG 10.9.1985 AP TVG § 2 Nr. 34 = BAGE 49, 322; siehe auch BAG 28.3.2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 Rn. 62 = NZA 2006, 1112; 14.12.2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 Rn. 47 = NZA 2005, 697). Für den Indizwert des Tarifgeschehens in der Vergangenheit ist aber nicht nur die Quantität der Tarifverträge oder die Häufigkeit von Tarifabschlüssen maßgeblich, sondern auch deren Qualität – der Inhalt der Tarifverträge (vgl. BAG 14.12.2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 = NZA 2005, 697; 6.6.2000 AP TVG § 2 Nr. 55 = NZA 2001, 160). Sofern die Anforderungen an das Indiz zu niedrig angesetzt werden, wird das Kriterium der sozialen Mächtigkeit relativiert und die Rechtfertigung der damit verbundenen Beschränkung der Koalitionsfreiheit in Frage gestellt (dazu *Wank/Schmidt* RdA 2008, 257, 270). Tarifverträge mit eigenem Inhalt haben insoweit das stärkste Gewicht (so zB BAG 14.12.2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 = NZA 2005, 697).

97 Bei **Anschlussstarifverträgen** erfolgt nach anfänglichem Schwanken (einerseits BAG 14.3.1978 AP TVG § 2 Nr. 30; andererseits BAG 10.9.1985 AP TVG § 2 Nr. 34 = NZA 1986, 332) inzwischen eine differenzierende Betrachtung (aA *Schmidt* Anm. zu BAG 5.10.2010 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7: „mächtigkeitsneutral“; *Wank/Schmidt* RdA 2008, 257, 269f.). Sie haben grundsätzlich keinen Indizcharakter, insbesondere wenn sie nur auf Druck der Arbeitgeberseite geschlossen wurden (BAG 25.11.1986 AP TVG § 2 Nr. 36 = NZA 1987, 492; nachfolgend BAG 14.12.2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 = NZA 2005, 697). Hat die Arbeitnehmervereinigung am Abschluss des übernommenen Tarifvertrages mitgewirkt oder mit dem Arbeitgeber eigenständige Verhandlungen geführt, können Anschlussstarifverträge Indizcharakter haben (BAG 25.11.1986 AP TVG § 2 Nr. 36 = NZA 1987, 492; exemplarisch LAG Baden-Württemberg 1.10.2004 NZA-RR 2005, 85, 87f.; ausführlich BAG 28.3.2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 Rn. 61 = NZA 2006, 1112; generell für eine Gleichsetzung mit Gefälligkeitsstarifverträgen *Hagemeier* AuR 1988, 193, 195). Das gilt erst recht, wenn sich der Arbeitgeber in einer wirtschaftlichen Krise befindet und dennoch ein Anschlussstarifvertrag durchgesetzt wird (BAG 14.12.2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 = NZA 2005, 697; *Greiner* Anm. zu BAG 5.10.2010 EzA TVG § 2 Nr. 28, S. 39; kritisch *Wank/Schmidt* RdA 2008, 257, 269f.). Insofern verbietet sich eine schematische Betrachtung. Das gilt ebenso bei Tarifverträgen, die von einer **Tarifgemeinschaft** geschlossen wurden. Sie erlauben grundsätzlich keinen Rückschluss auf die Durchsetzungskraft der einzelnen beteiligten Gewerkschaften (BAG 5.10.2010 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7 Rn. 41 = NZA 2011, 300).

98 Keinen Indizwert für die soziale Mächtigkeit haben auch die sog. **Zuordnungstarifverträge** nach § 3 BetrVG, da bei ihrem Abschluss kein Interessengegensatz gelöst werden muss, sondern Betriebsteile und Nebenbetriebe zugeordnet werden (exemplarisch BAG 14.12.2004 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 = NZA 2005, 697; 6.6.2000 AP TVG § 2 Nr. 55 = NZA 2001, 160). Ohne Belang sind schließlich sog. **Gefälligkeits- oder Scheintarifverträge** (BAG 28.3.2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 Rn. 66, 71

= NZA 2006, 1112). Entweder handelt es sich um Tarifverträge, die der Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband geschlossen hat, damit die Arbeitnehmervereinigung als Gewerkschaft gilt, oder um kollusive Verträge, um Tariföffnungsklauseln im Gesetz im Interesse des Arbeitgebers zu nutzen (BAG 28.3.2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr.4 Rn.68f. = NZA 2006, 1112; *Greiner* Anm. zu BAG 5.10.2010 EzA TVG § 2 Nr.28, S.40; krit. *Löwisch/Rieble* § 2 TVG Rn.126 wegen Tarifizensur).

c) Keine relative oder partielle Tariffähigkeit

Das Bundesarbeitsgericht ermittelt die Tariffähigkeit einheitlich in Bezug 99 auf den beanspruchten Zuständigkeitsbereich. In der Literatur wird teilweise eine partielle Tariffähigkeit befürwortet, so dass die soziale Mächtigkeit differenziert nach Branche, Region und Berufsgruppe zu ermitteln sei (*Dütz* DB 1996, 2385, 2388f.; *Rieble*, FS Wiedemann, 2002, S.519, 530ff.; so bereits LAG Frankfurt 19.10.1962 DB 1964, 702). Auf diese Weise wird konkreter auf die Mächtigkeit gegenüber den jeweiligen Tarifpartnern und auf das Vorliegen eines Verhandlungsgleichgewichtes abgestellt. Das Bundesarbeitsgericht erteilte diesem Vorgehen im CGM-Beschluss eine Absage (BAG 28.3.2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr.4 Rn.58 = NZA 2006, 1112; offen gelassen noch von BAG 25.9.1996 AP ArbGG 1979 § 97 Nr.4 = NZA 1997, 668). Die partielle Tariffähigkeit müsste für jeden Tarifvertrag ermittelt werden, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führte (BAG 28.3.2006 AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr.4 Rn.58 = NZA 2006, 1112; LAG Baden-Württemberg 1.10.2004 NZA-RR 2005, 85, 89; *Benecke* SAE 1998, 60, 65f.; *Buchner* DB 2004, 1042, 1044; *ErfK/Franzen* § 2 TVG Rn.13; *HWK/Hergenröder* Art.9 GG Rn.52; *KeZa/Kempfen* § 2 TVG Rn.42; *Däubler/Peter* § 2 TVG Rn.10 bff.; *Richardi* NZA 2004, 1025, 1029; *Stahlhacke* DB 1964, 697; *Wank/Schmidt* RdA 2008, 257, 265; ferner ausführlich *Oetker*, in: *Schleef/Oetker*, Tarifpolitik im Wandel, 2000, S.59, 76ff.; *Wiedemann/Oetker* § 2 TVG Rn.394). Bei einem Verzicht auf das Kriterium der sozialen Mächtigkeit kommt es darauf nicht an.

d) Einheitlicher oder tarifvertraglicher Gewerkschaftsbegriff

Das Bundesarbeitsgericht legt für das gesamte Arbeitsrecht einen einheitlichen Gewerkschaftsbegriff zugrunde (BAG 19.9.2006 AP BetrVG 1972 § 2 Nr.5 Rn.32 = RdA 2008, 35; zuerst BAG 6.7.1956 AP ArbGG 1953 § 11 Nr.11; BPSU § 2 TVG Rn.6; *Richardi* § 2 BetrVG Rn.50f.). Bei der Wahrnehmung der Rechte aus dem BetrVG oder der Beteiligung im sozialpolitischen Bereich kommt es jedoch nicht auf die Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler an, sondern auf die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen. Das gewährleisten bereits die Anforderungen an die Koalitionseigenschaft iS von Art.9 Abs.3 Satz 1 GG, insbesondere die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch eine unabhängige Vereinigung. Für eine Beschränkung der Koalitionsbetätigungs-

freiheit, die auch die Wahrnehmung gesetzlich eingeräumter Rechte einschließt, besteht daher keine Rechtfertigung. Wenn nicht auf die soziale Mächtigkeit als Voraussetzung der Gewerkschaftseigenschaft iS von § 2 Abs. 1 TVG verzichtet wird, ist zumindest ein differenzierter Gewerkschaftsbegriff heranzuziehen. Der einheitliche Gewerkschaftsbegriff gerät mit Art. 9 Abs. 3 GG in Konflikt (*Franzen RdA* 2001, 1, 7; *Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, 2000, S. 90 ff.; *Wiedemann/Oetker* § 2 TVG Rn. 122, 216, 219; *Rieble RdA* 2008, 35, 36 f.; *Schleusener RdA* 1999, 186, 187 f.; *Wank/Schmidt RdA* 2008, 257, 265).

C. Arbeitgebervereinigungen als Tarifvertragsparteien

I. Anforderungen für die Tariffähigkeit einer Arbeitgebervereinigung

- 101 § 2 Abs. 1 TVG benennt die Voraussetzungen für die Einordnung einer Vereinigung als Arbeitgebervereinigung und damit für deren Tariffähigkeit nicht selbst, so dass es Rechtsprechung und Literatur überlassen bleibt, den Begriff zu konkretisieren. Die normativen Voraussetzungen für die Gewerkschaftseigenschaft sind allerdings nicht ohne nähere Auseinandersetzung auf die Arbeitgebervereinigung. Diese Parallele ist nicht zwingend (ablehnend zB *KeZa/Kempen* § 2 TVG Rn. 9, 65; *Däubler/Peter* § 2 TVG Rn. 5, 105, 112), da sich die Anforderung an die Vereinigung für ihre Tariffähigkeit aus den Funktionsvoraussetzungen der Tarifautonomie ergibt. Die strukturelle Überlegenheit der Arbeitgeber kann insofern Abweichungen bedingen. In jedem Fall muss die Vereinigung eine **Koalition** iS von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG sein. **Zusätzliche Voraussetzungen** treten hinzu, wenn sie für das Funktionieren der Tarifautonomie erforderlich sind (*Wiedemann/Oetker* § 2 TVG Rn. 222). Anhand dieses Maßstabs sind die Anforderungen an die Gewerkschaftseigenschaft auf die Arbeitgebervereinigung zu übertragen.
- 102 Das Bundesarbeitsgericht knüpft die Tariffähigkeit eines Arbeitgeberzusammenschlusses nicht an dieselben Voraussetzungen wie bei den Arbeitnehmervereinigungen (BAG 20. 11. 1990 AP TVG § 2 Nr. 40; ebenso LAG Berlin 29. 11. 2002 NZA-RR 2003, 426 f.), weil bereits der einzelne Arbeitgeber nach § 2 Abs. 1 TVG tariffähig sei. Ein solcher Rückschluss ist jedoch zu formal (so aber *KeZa/Kempen* § 2 TVG Rn. 10; *Däubler/Peter* § 2 TVG Rn. 113; ablehnend *Lieb/Jacobs* Rn. 562; *Löwisch/Rieble* § 2 TVG Rn. 137). § 2 TVG nimmt den einzelnen Arbeitgeber auf, um sicherzustellen, dass die Gewerkschaft jederzeit einen Verhandlungspartner hat und die Arbeitgebervereinigung die Verwirklichung der kollektiven Koalitionsfreiheit nicht durch ihr Unterlassen verhindern kann (siehe Rn. 13). Daraus ergibt sich nichts für die Anforderungen, die an eine Arbeitgebervereinigung zu stellen sind.

II. Koalitionseigenschaft iS von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG

1. Privatrechtliche Vereinigung

Zusammenschlüsse von Arbeitgebern sind ebenso wie Arbeitnehmervereinigungen (Rn. 42) nur dann eine Koalition iS von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG und eine Arbeitgebervereinigung iS von § 2 Abs. 1 TVG, wenn sie privatrechtlichen Charakter haben (aA wohl BAG 6.5.2003 AP TVG § 3 Verbandszugehörigkeit Nr. 21 = NZA 2004, 562 sowie zuvor BAG 2.12.1992 AP TVG § 3 Nr. 14 = NZA 1993, 656). Privatrechtliche Vereinigungen können auch öffentlich-rechtliche Arbeitgeber gründen, um ihre tarifpolitischen Interessen gemeinsam zu verfolgen und zu koordinieren. Die Tarifgemeinschaft der Länder (TdL) ist eine solche Vereinigung, an der die überwiegende Zahl der Bundesländer beteiligt sind. **Öffentlich-rechtliche Zusammenschlüsse** wie Innungen sind indes keine Arbeitgebervereinigung iS von § 2 Abs. 1 TVG. Ihnen verleiht der Gesetzgeber die Tariffähigkeit, § 54 Abs. 3 Nr. 1 HandwO (*Gamillscheg* § 14 I 2 f, S. 525 f.; *Hromadka/Maschmann* § 12 Rn. 31; aA BAG 6.5.2003 AP TVG § 3 Verbandszugehörigkeit Nr. 21 = NZA 2004, 562). 103

Mitglieder der Arbeitgebervereinigung sind Arbeitgeber. Mangels eines eigenen Arbeitgeberbegriffs im TVG ist auf den allgemeinen Begriff zurückzugreifen, so dass alle Vertragsarbeitgeber als Arbeitgeber iS von § 2 TVG zu qualifizieren sind (*Gamillscheg* § 14 I 2 b [1], S. 523; *Stein* Rn. 55). Erfasst sind natürliche und juristische Personen, die Arbeitnehmer beschäftigen oder zumindest beschäftigen können. Auf die Qualifikation als Kaufleute (§§ 1 ff. HGB) oder Gewerbetreibende (§ 1 GewO, § 1 GewSchG) kommt es nicht an. Allein maßgeblich ist, dass Arbeitnehmer beschäftigt werden (können). 104

Arbeitgebervereinigungen sind ebenso wie Gewerkschaften Zusammenschlüsse zur **Wahrnehmung von Mitgliederinteressen**, die nach Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG im Zusammenwirken mit dem sozialen Gegenspieler zu einer sinnvollen Ordnung der Arbeitsbedingungen beitragen sollen. Für ihre Funktionsfähigkeit bedarf es, wie bei den Gewerkschaften, eines Verbands mit körperschaftlicher Struktur, der eine dauerhafte Tätigkeit und die Mitgliederrepräsentation durch die Bildung eines Gesamtwillens sicherstellt. Alternativ können sich Arbeitgeber in einer **Tarifgemeinschaft** in Form einer BGB-Gesellschaft zusammenschließen. Sie ist nach der hM keine Arbeitgebervereinigung iS von § 2 Abs. 1 TVG (stellvertretend *Stein* RdA 2000, 129, 135; aA *Gamillscheg* § 9 II 4 a, S. 397; *Löwisch/Rieble* § 2 TVG Rn. 51), weil sie nur bei atypischer Ausgestaltung vom Arbeitgeberwechsel unabhängig ist. Sie schließt mehrgliedrige Tarifverträge, wobei die Arbeitgeber, die in ihr verbunden sind, Tarifvertragspartei sind. 105

Arbeitgebervereinigungen können ebenso wie Gewerkschaften Unterorganisationen bilden, die selbst tariffähig sind (Rn. 51 ff.). So schließen sich insbesondere Arbeitgeber einzelner Wirtschaftssparten eines Verbands zusammen, um gemeinsame tarifpolitische Anliegen zu verfolgen. Insbesondere bei 106

der Einführung einer OT-Mitgliedschaft in Form des sog. Aufteilungsmodells ist nur die Unterorganisation („Tarifgemeinschaft“) tarifwillig und tariffähig. Eine Tarifbindung iS von § 3 Abs. 1 TVG besteht in diesem Fall nur für die Mitglieder der sog. Tarifgemeinschaft. Dazu muss die Unterorganisation aber die Voraussetzungen für die Tariffähigkeit und für die OT-Mitgliedschaft (Rn. 10f.) erfüllen.

2. Freiwilligkeit des Zusammenschlusses

- 107 Arbeitgebervereinigungen müssen wie Gewerkschaften freiwillig gebildet sein, ansonsten handelt es sich nicht um Koalitionen iS von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG. Vereinigungen mit **Zwangsmitgliedschaft** sind insbesondere die Industrie- und Handelskammern und die Kreishandwerkerschaften, in denen alle Innungen kraft Gesetzes Mitglied sind, §§ 86 ff. HandwO (BAG 27.1. 1961 AP ArbGG 1953 § 11 Nr. 26; 10.12.1960 AP ArbGG 1953 § 11 Nr. 12 = BAGE 10, 242, 243; ebenso *Gamillscheg* § 14 I 2 f, S. 525; *Däubler/Peter* § 2 TVG Rn. 133). Gleiches gilt für Rechtsanwaltskammern und Berufsgenossenschaften. Solche Zwangsverbände können aber beim Abschluss eines mehrgliedrigen Tarifvertrages mitwirken, den ihre Mitglieder als Tarifvertragsparteien schließen. Dazu bedarf es keiner eigenen Tariffähigkeit des Verbands.
- 108 Bei einem **Konzernarbeitgeberverband** weist regelmäßig die Konzernobergesellschaft die beherrschten Unternehmen an, einen Arbeitgeberverband mit ihr zu bilden. Das Weisungsrecht resultiert aus dem Beherrschungsvertrag. Alternativ gibt das Anteilseigentum dem herrschenden Unternehmen die Möglichkeit, auf die abhängigen Konzernunternehmen Einfluss zu nehmen. In beiden Fällen beruht die Einwirkung der Konzernobergesellschaft auf der Ausübung ihrer Privatautonomie (*Höpfner*, in: ZAAR, Arbeitsrecht im Konzern, 2010, S. 113, 139f.; *Sattler*, Tarifverwirklichung im Konzern, 2009, S. 109f.). Das gilt sowohl für den Beherrschungsvertrag und seine Ausgestaltung als auch für das Anteilseigentum aus dem Kontroll- und Verwaltungsbefugnisse resultieren, die autonom ausgeübt werden. Insofern handelt es sich nicht um einen Zwang, der die Freiwilligkeit der Vereinigung iS von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG zerstört (*Höpfner*, in: ZAAR, Arbeitsrecht im Konzern, 2010, S. 113, 139f.; *Löwisch/Rieble* § 2 TVG Rn. 53, aA *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, S. 480f.). Die kollektive Koalitionsfreiheit als Eingriffsabwehrrecht richtet sich gegen den Staat und bezieht lediglich solche Vereinigungen nicht in den Schutzbereich ein, die durch einen staatlichen Rechtsakt errichtet wurden, in dem auch die Mitgliedschaft der Arbeitgeber angeordnet ist.
- 109 Die Freiwilligkeit einer Vereinigung entfällt nicht, wenn die Mitgliedschaft wegen ihrer wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung als besonders „attraktiv“ gilt oder sogar ein Monopol hat. Die Mitgliedschaft bleibt eine autonome Entscheidung des Arbeitgebers. Sofern die Aufnahme in den Verein verweigert wird, hat der Arbeitgeber ggf. einen Anspruch auf Aufnahme aus § 20 Abs. 2 GWB und § 826 BGB (BGH 23.11.1998 BGHZ 140, 74, 77 = NJW 1999, 1326; 10.12.1984 BGHZ 93, 151, 152 = NJW 1985,