

Bundesarbeitsgericht
Erster Senat

Beschluss vom 26. Juni 2018
- 1 ABR 37/16 -
ECLI:DE:BAG:2018:260618.B.1ABR37.16.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Beschluss vom 19. Juni 2015
- 1 BV 2/14 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Beschluss vom 4. Mai 2016
- 5 TaBV 8/15 -

Entscheidungsstichwort:

Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung

Leitsätze:

1. An dem Erfordernis der hinreichenden Durchsetzungskraft und organisatorischen Leistungsfähigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung haben weder das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns noch das Gesetz zur Tarifeinheit etwas geändert.

2. Der langjährigen Teilnahme einer Arbeitnehmervereinigung am Tarifgeschehen in Form von Tarifvertragsabschlüssen kommt keine ausschlaggebende indizielle Wirkung für deren soziale Mächtigkeit zu, wenn diese auf einer Zuständigkeit basiert, die für die von der Arbeitnehmervereinigung gegenwärtig beanspruchte Zuständigkeit nicht mehr repräsentativ ist. Gleiches gilt, wenn die Arbeitnehmervereinigung nicht nur vereinzelt Tarifverträge außerhalb ihrer satzungsmäßigen Zuständigkeit geschlossen hat.

BUNDESARBEITSGERICHT



1 ABR 37/16
5 TaBV 8/15
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. Juni 2018

BESCHLUSS

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

2.

Antragstellerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

3.

Antragstellerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

4.

Antragstellerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

5.

Beschwerdeführer,

6.

7.

8.

Rechtsbeschwerdeführer,

9.

10.

Antragsteller und Rechtsbeschwerdeführer,

11.

Beschwerdeführer,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 26. Juni 2018 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richterin am Bundesarbeitsgericht K. Schmidt, den Richter am Bundesarbeits-

gericht Prof. Dr. Treber sowie die ehrenamtliche Richterin Wege und den ehrenamtlichen Richter Stemmer für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerden der zu 1. bis zu 4., zu 8. und zu 10. Beteiligten wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 4. Mai 2016 - 5 TaBV 8/15 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Tariffähigkeit der am Verfahren zu 5. beteiligten DHV - Die Berufsgewerkschaft e.V. (*DHV*). 1

Die DHV wurde 1893 als Handlungsgehilfenverband gegründet und nach ihrer Neugründung am 1. Oktober 1950 als „Deutscher Handlungsgehilfen-Verband e.V., Gewerkschaft der Kaufmannsgehilfen“ am 20. Dezember 1950 in das Vereinsregister Hamburg eingetragen. 1956 benannte sie sich in die bis Oktober 2006 beibehaltene Bezeichnung „DHV - Deutscher Handels- und Industrieangestellten-Verband e.V.“ um. Entsprechend ihrer am 28./29. Oktober 2006 beschlossenen Satzung heißt sie „DHV - Die Berufsgewerkschaft e.V.“. Ihr Organisationsbereich erstreckt sich über das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Sie gliedert sich in neun Landesverbände und hat nach eigenen Angaben ca. 24.000 Tarifverträge geschlossen, zu Warnstreiks aufgerufen und Tarifverhandlungen ggf. auch abgebrochen. Die Zahl ihrer Mitglieder gibt sie mit 75.065 (*Stand 31. Dezember 2014*) und 73.451 (*Stand 19. Januar 2016*) an. 2

Die Tariffähigkeit der DHV war in der Vergangenheit mehrfach Gegenstand von Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen. Das Arbeitsgericht Hamburg stellte mit rechtskräftigem Beschluss vom 10. Dezember 1956 (- 2 BV 366/1956 -) fest, „daß der Beteiligte zu 4)“ (*DHV-Deutscher Handels- und Industrieangestellten-Verband e.V.*) „eine tariffähige Gewerkschaft im Sinne des § 2 Abs. 1 TVG ist“. Mit Beschluss vom 7. Februar 1980 wies das Arbeitsgericht Hamburg (- 1 Bv 15/78 -) einen Antrag der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen auf Feststellung der Tariffähigkeit der DHV als unbegründet ab. Die dagegen gerichtete Beschwerde blieb vor dem Landesarbeitsgericht Hamburg ohne Erfolg (29. Oktober 1980 - 5 TaBv 1/80 -). Es hielt den Antrag für unzulässig, weil „die Rechtskraft des Beschlusses des Arbeitsgerichts Hamburg vom 10. Dezember 1956 ist auch heute noch in diesem Verfahren zu beachten“. Einen Antrag des Landes Hessen auf Feststellung, dass die DHV keine tariffähige Gewerkschaft ist, wies das Arbeitsgericht Hamburg am 11. August 1992 (- 1 Bv 8/92 -) als unzulässig ab. Ein auf das Fehlen der Tariffähigkeit der DHV gerichteter Antrag der Industriegewerkschaft Metall (*IG Metall*) wurde in der Beschwerdeinstanz vom Landesarbeitsgericht Hamburg am 18. Februar 1997 als unzulässig bewertet (- 2 TaBv 9/95 -). Ihm stehe die Rechtskraft des Beschlusses des Arbeitsgerichts Hamburg vom 11. August 1992 entgegen. Die Verhältnisse hätten sich seit dieser Entscheidung nicht wesentlich geändert. Die im Zeitpunkt dieser Entscheidung geltende Satzung der DHV vom 12./13. November 1994 (*Satzung 1994*) entsprach im Wesentlichen der am 28./29. Oktober 1972 beschlossenen Satzung (*Satzung 1972*). Diese bestimmte unter ihrem § 2 Abs. 1, dass die DHV eine „Gewerkschaft der Angestellten im Handel, in der Industrie und dem privaten und öffentlichen Dienstleistungsbereich“ ist.

3

Außerdem war die Tarifzuständigkeit der DHV auf der Grundlage ihrer am 28./29. Oktober 2006 beschlossenen, ihrer vom 12. Juni 2009 bis zum 22. Februar 2011 sowie insoweit wortgleich ab dem 23. Februar 2011 geltenden Satzungen und ihrer Satzung vom 16./17. November 2012 Gegenstand von Verfahren und Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (*BAG 10. Februar*

4

2009 - 1 ABR 36/08 - BAGE 129, 322; 17. April 2012 - 1 ABR 5/11 - BAGE 141, 110 und 11. Juni 2013 - 1 ABR 32/12 - BAGE 145, 211).

Mit einer der DHV am 16. Dezember 2013 zugestellten Antragsschrift haben die zu 1. beteiligte IG Metall, die zu 2. beteiligte ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (*ver.di*), die zu 3. beteiligte Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (*NGG*) und die zu 4. beteiligte Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales des Landes Berlin das vorliegende Verfahren eingeleitet. Das zu 10. beteiligte Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen hat sich mit Schriftsatz vom 13. Februar 2014 dem Antrag angeschlossen sowie diesen - nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts - auch selbst gestellt. An dem Verfahren weiter beteiligt sind zu 6. der Christliche Gewerkschaftsbund (*CGB*), dem die DHV angehört, zu 7. die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (*BDA*), zu 8. der Deutsche Gewerkschaftsbund (*DGB*) und zu 9. das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (*BMAS*). Beteiligter zu 11. ist der Arbeitgeberverband Wohlfahrts- und Gesundheitsdienste e.V., welcher nach seinen Angaben Tarifverträge mit der DHV geschlossen hat.

5

Im Zeitpunkt der Zustellung der Antragsschrift galt die am 16./17. November 2012 beschlossene und am 9. Januar 2013 in das Vereinsregister eingetragene Satzung der DHV (*Satzung 2012*), deren Organisationsbereich sich nach den landesarbeitsgerichtlichen Feststellungen auf etwa 15 Millionen Beschäftigungsverhältnisse erstreckte. Auf ihrem Bundesgewerkschaftstag vom 7./8. November 2014 beschloss die DHV die am 25. Februar 2015 in das Vereinsregister eingetragene Satzung (*Satzung 2014*). Deren § 2 lautet:

6

- „1. Die DHV ist tarifzuständig für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den nachfolgenden Bereichen und schließt für diese Tarifverträge ab:
 - private Banken und Bausparkassen, Volks- und Raiffeisenbanken, Landes/Förderbanken, Spezialinstitute, Sparkassen

- Einzelhandelsgeschäfte, Waren- und Kaufhäuser, Verbrauchermärkte, Filialbetriebe im Einzelhandel, Versandhandel, Drogerien, Zentrallager, Tankstellen, zuzüglich der handelsunterstützenden, stationären und straßengebunden Warenlogistik
- Binnengroßhandel, Cash- und Carrymärkte, Handelsunternehmen und Auslieferungslager aller Industrien, Ein- und Ausfuhrhandel, genossenschaftlicher Großhandel, zuzüglich der handelsunterstützenden, stationären und straßengebunden Warenlogistik
- Gesetzliche Krankenkassen
- Privates und öffentlich-rechtliches Versicherungsgewerbe
- Einrichtungen der privaten Alten- und Behindertenpflege sowie der Jugendhilfe
- Kliniken und Krankenhäuser in privatrechtlicher Rechtsform
- Rettungsdienste
- Arbeiterwohlfahrt und Tochtergesellschaften
- Deutsches Rotes Kreuz und Tochtergesellschaften
- Textilreinigung und Textilreinigungsleistungen
- Fleischwarenindustrie
- IT Dienstleistungsunternehmen für Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte
- Reiseveranstalter

sowie Nebenbetriebe, die Dienstleistungen für diese erbringen, jedoch rechtlich ausgegliedert und selbständig sind.

2. Die DHV ist auch tarifzuständig für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in kaufmännischen und verwaltenden Berufen bei kommunalen Arbeitgebern und bei Körperschaften des öffentlichen Rechts auf kommunaler Ebene.“

Dieser Organisationsbereich erstreckt sich - so die tatbestandlichen Gründe der angefochtenen Entscheidung - nach Angaben der DHV auf ca. 7,01 Millionen und nach Angaben der Antragsteller auf ca. 11,4 Millionen Be-

7

schäftungsverhältnisse, während das Arbeitsgericht von 10,2 Millionen Beschäftigungsverhältnissen ausgegangen war.

Die Antragsteller haben - ebenso wie der zu 8. beteiligte DGB - die Auffassung vertreten, wegen des mit den Satzungen 2012 und 2014 erheblich ausgeweiteten Organisationsbereichs der DHV hinderten die vormaligen rechtskräftigen Entscheidungen zu deren Tariffähigkeit keine erneute Einleitung des Verfahrens mit diesem Gegenstand. Bei der DHV handele es sich mit Blick auf den von ihr beanspruchten Organisationsbereich um keine Gewerkschaft. Sie verfüge insbesondere nicht über die erforderliche hinreichende Durchsetzungskraft und organisatorischen Leistungsfähigkeit. Der DHV gehörten höchstens 10.000 Mitglieder an. Zudem verfüge sie nicht über die notwendige organisatorische und finanzielle Ausstattung. 8

Die Antragsteller haben beantragt festzustellen, dass die DHV nicht tariffähig ist. 9

Die DHV und der zu 11. beteiligte Arbeitgeberverband haben beantragt, den Antrag abzuweisen. 10

Die DHV hat die Auffassung vertreten, der Antrag sei unzulässig. Ihm stehe die Rechtskraft der Entscheidungen in den vorangegangenen Verfahren zu ihrer Tariffähigkeit entgegen. Das Verfahren sei zudem missbräuchlich eingeleitet und dadurch motiviert, sie als Konkurrenzgewerkschaft aus dem gewerkschaftlichen Wettbewerb zu verdrängen. Die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung seien verfassungs- und unionsrechtswidrig, jedenfalls aber im Hinblick auf die nunmehr geltende Gesetzeslage zum Mindestlohn und zur Tarifeinheit zu revidieren. Im Übrigen sei ihre Durchsetzungsmacht und organisatorische Leistungsfähigkeit durch den Abschluss von ca. 24.000 Tarifverträgen seit 1950 belegt. 11

Der zu 6. beteiligte CGB hat ua. die Auffassung vertreten, die Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Gewerkschaftseigenschaft einer Arbeitnehmerkoalition seien nicht verfassungs- und unionsrechtskonform; insoweit hat er - ebenso wie die DHV - die Aussetzung des Verfahrens und Einholung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG angeregt. Der zu 11. beteiligte Arbeitgeberverband hat die Einholung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Wege einer auf § 97 ArbGG bezogenen konkreten Normenkontrolle sowie ein Vorabentscheidungsverfahren zum Gerichtshof der Europäischen Union beantragt. 12

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag entsprochen. Auf die Beschwerde der DHV und des zu 11. beteiligten Arbeitgeberverbandes hat das Landesarbeitsgericht nach Beweisaufnahme über die Mitgliederzahl der DHV durch Einvernahme von deren früheren Vorstandsvorsitzenden und Einsicht in eine von der DHV vorgelegte notarielle Urkunde den Antrag abgewiesen. Mit ihren Rechtsbeschwerden erstreben die IG Metall, ver.di, die NGG und der DGB sowie die zu 4. und zu 10. beteiligten Stellen die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 13

B. Die zulässigen Rechtsbeschwerden sind begründet. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts konnte der Antrag nicht abgewiesen werden. Das führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Der Senat kann über den Antrag nicht selbst entscheiden. Es fehlt an hinreichenden Feststellungen zur Beurteilung der Tariffähigkeit der DHV. 14

I. Rechtsbeschwerderechtlicher Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, das sich gemäß § 2a Abs. 1 Nr. 4, § 112 ArbGG nach Maßgabe des § 97 ArbGG in seiner bis zum 15. August 2014 geltenden Fassung bestimmt, ist die Tariffähigkeit der DHV ab Inkrafttreten ihrer Satzung 2014. 15

1. Nach allgemeinen und ausgehend vom Normzweck des § 97 Abs. 1 ArbGG gebotenen Verständnis sind mit einem gegenwartsbezogenen Feststellungsantrag die in § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG genannten Eigenschaften in zeitli- 16

cher Hinsicht grundsätzlich ab dem Zeitpunkt der Zustellung der Antragschrift bis zu dem der letzten Anhörung zur gerichtlichen Entscheidung gestellt (vgl. BAG 11. Juni 2013 - 1 ABR 33/12 - Rn. 17, BAGE 145, 205; zur Tarifzuständigkeit 17. April 2012 - 1 ABR 5/11 - Rn. 45, BAGE 141, 110). Das Arbeitsgericht hat seine dem Antrag stattgebende Entscheidung vom 19. Juni 2015 allerdings in zeitlicher Hinsicht allein mit dem „zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Anhörung“ (21. April 2015) „geltenden satzungsmäßigen Zuständigkeitsbereich“ begründet. Über die Tariffähigkeit der DHV im Zeitraum ab Zustellung der verfahrenseinleitenden Antragschrift bis zum Inkrafttreten der Satzung 2014 hat es nicht befunden. Dieses inhaltliche Verständnis des arbeitsgerichtlich beschiedenen Feststellungsbegehrens haben sich die erstinstanzlich obsiegenden Antragsteller mit ihrem Antrag auf Zurückweisung der Beschwerde zu eigen gemacht und keinen - im Wege der Anschlussbeschwerde anzubringenden - anderen Verfahrensgegenstand verfolgt. Damit gehen die Rügen der Rechtsbeschwerdeführer zu ihrem vom Beschwerdegericht übergangenen, auf den Zeitraum vor der Satzung 2014 bezogenen Sachvortrag von vornherein ins Leere.

2. Dem steht nicht entgegen, dass der Senat in einem anderen, das Rechtsmittel gegen die Aussetzung eines Wahlanfechtungsverfahrens betreffenden Verfahren (BAG 22. März 2017 - 1 AZB 55/16 - Rn. 26, BAGE 158, 315) auf der Grundlage seiner damaligen Erkenntnisse davon ausgegangen ist, in zeitlicher Hinsicht umfasse der vom Arbeitsgericht beschiedene Antrag die Feststellung der fehlenden Tariffähigkeit der DHV „ab dem Zeitpunkt der Zustellung der Antragschrift“. Wie vom Senat in den Gründen des genannten Beschlusses auch ausgeführt ist, war für die Entscheidung über die Aussetzung des Wahlanfechtungsverfahrens ausschlaggebend, dass die rechtskräftige Entscheidung über die Tariffähigkeit der DHV nicht dazu führt, dass deren Gewerkschaftseigenschaft erst ab Rechtskraft einer Entscheidung entfällt.

17

II. Als Antragsteller sind die IG Metall, ver.di, die NGG sowie die Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales des Landes Berlin Beteiligte des Verfahrens. Das gilt auch für das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Sozia-

18

les des Landes Nordrhein-Westfalen. Die Vorinstanzen haben in dessen Ausführungen eine eigene Sachantragsstellung und keine (bloße) Unterstützung des Antrags der anderen Antragsteller gesehen. Dagegen haben sich weder die oberste Arbeitsbehörde des Landes Nordrhein-Westfalen noch andere Beteiligte gewandt. Die weiteren Beteiligten ergeben sich aus der durch § 97 Abs. 2 ArbGG (*nunmehr § 97 Abs. 2a Satz 1 ArbGG*) bewirkten entsprechenden Anwendung von § 83 Abs. 3 ArbGG.

1. Hiernach bestimmt sich der Kreis der in den Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG anzuhörenden Personen und Stellen wie in den anderen in § 2a Abs. 1 ArbGG aufgeführten Verfahren nach materiellem Recht. Die Beteiligtenstellung setzt somit voraus, dass die anzuhörenden Personen und Stellen von dem Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG in einer durch die Rechtsordnung geschützten Rechtsposition unmittelbar betroffen werden. Dabei ist prinzipiell die Beteiligung der jeweiligen Spitzenorganisationen ausreichend. Erstreckt sich die Zuständigkeit der Vereinigung, deren Tariffähigkeit umstritten ist, auf das Gebiet mehrerer Bundesländer, ist an dem Verfahren auch die oberste Arbeitsbehörde des Bundes beteiligt. Eine nur mittelbare Betroffenheit von Personen und Stellen oder ein rechtlich nicht geschütztes Interesse, in das Verfahren einbezogen zu werden, reichen nicht aus (*BAG 11. Juni 2013 - 1 ABR 33/12 - Rn. 13 mwN, BAGE 145, 205*). 19
2. Nach diesen Grundsätzen sind die DHV als Arbeitnehmervereinigung, über deren Tariffähigkeit gestritten wird, sowie der CGB, der DGB und die BDA als Spitzenorganisationen beteiligt. Das BMAS ist als oberste Arbeitsbehörde des Bundes beteiligt. Die beanspruchte Zuständigkeit der DHV erstreckt sich auf das Gebiet mehrerer Bundesländer. 20
3. Des Weiteren ist der im Rechtsbeschwerdeverfahren an seinem Begehren einer Antragsabweisung festhaltende Arbeitgeberverband Wohlfahrts- und Gesundheitsdienste e.V. beteiligt. Auch ein Antrag, der auf die Abweisung eines Feststellungsbegehrens iSv. § 2a Abs. 1 Nr. 4 iVm. § 97 Abs. 1 ArbGG gerichtet ist, kann die Beteiligtenstellung einer der in § 97 Abs. 1 ArbGG genannten Vereinigungen und obersten Arbeitsbehörden begründen. Das folgt daraus, 21

dass im Fall der Antragsabweisung das kontradiktorische Gegenteil der von einem oder mehreren Antragstellern begehrten Feststellung feststeht und die in § 97 Abs. 1 ArbGG genannten Vereinigungen und obersten Arbeitsbehörden bereits aus prozessualen Gründen - zur Vermeidung einer doppelten Rechtshängigkeit - gehalten sind, Antragsabweisung zu beantragen (*vgl. BAG 11. Juni 2013 - 1 ABR 33/12 - Rn. 14, BAGE 145, 205; 14. Dezember 2010 - 1 ABR 19/10 - Rn. 57, BAGE 136, 302*). Ob hieran mit Blick auf § 97 ArbGG in seiner ab dem 16. August 2014 geltenden Fassung festzuhalten ist, lässt der Senat ausdrücklich offen.

III. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht von einem zulässigen Antrag ausgegangen. 22

1. Der Antrag ist hinreichend bestimmt iSd. im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren anwendbaren § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Nach seinem in der Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeinstanz angefallenen Inhalt soll mit ihm gegenwarts- und zukunftsbezogen geklärt werden, ob die DHV ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens ihrer Satzung 2014 Tarifvertragspartei iSd. § 2 Abs. 1 TVG sein kann. 23

2. Die IG Metall, ver.di, die NGG sowie die zu 4. und zu 10. beteiligten Stellen haben den Antrag gemeinsam gestellt. Die Antragsteller verfolgen ihr Begehren damit im Wege subjektiver Antragshäufung. Dagegen bestehen keine verfahrensrechtlichen Bedenken (*BAG 13. März 2007 - 1 ABR 24/06 - Rn. 19 mwN, BAGE 121, 362*). Auch liegen die für sämtliche Antragsteller zu prüfenden Verfahrensvoraussetzungen (*vgl. dazu BAG 14. Dezember 2010 - 1 ABR 19/10 - Rn. 32, BAGE 136, 302*) vor. 24

a) Alle Antragsteller sind antragsberechtigt. 25

aa) Nach § 97 Abs. 1 ArbGG kann das Verfahren über die Tariffähigkeit einer Vereinigung auf Antrag einer räumlich und sachlich zuständigen Gewerkschaft, auf deren Gebiet sich die Tätigkeit der Vereinigung erstreckt, eingeleitet werden. Erforderlich ist, dass sich der räumliche und sachliche Zuständigkeits- 26

bereich der antragstellenden Gewerkschaft zumindest teilweise mit den Zuständigkeitsbereichen der Vereinigung deckt, deren Tariffähigkeit bestritten wird (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 23 mwN, BAGE 136, 1*). Daneben ist in einem Verfahren über die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung nach § 97 Abs. 1 ArbGG ua. die oberste Arbeitsbehörde eines Landes, auf dessen Gebiet sich die Tätigkeit der Vereinigung erstreckt, antragsberechtigt. Insofern ist keine Einschränkung der Vorschrift aus verfassungsrechtlichen Gründen veranlasst (*dazu näher BAG 14. Dezember 2010 - 1 ABR 19/10 - Rn. 50, BAGE 136, 302*). § 97 ArbGG schafft - auch unter Berücksichtigung seiner durch Art. 2 des Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie vom 11. August 2014 (*Tarifautonomiestärkungsgesetz BGBl. I S. 1348 - TarifAStG -*) geänderten Fassung, die für das vorliegende, vor dem 16. August 2014 anhängige Verfahren ohnehin nicht einschlägig ist - kein gerichtliches Konzessionsverfahren für Tarifvertragsparteien oder stellt diese unter staatliche Aufsicht. Ebenso wird die Freiheit der Koalitionsbildung nach Art. 9 Abs. 3 GG nicht berührt. Die Tariffähigkeit einer Vereinigung wird im Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG nicht konstitutiv begründet, sondern festgestellt (*BAG 14. Dezember 2010 - 1 ABR 19/10 - Rn. 50, BAGE 136, 302*).

bb) Hiervon ausgehend besteht die Antragsbefugnis sämtlicher Antragsteller. 27

(1) Bei den zu 1., zu 2. und zu 3. antragstellenden Gewerkschaften ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass nach deren satzungsmäßig beanspruchten Organisationsbereichen die erforderliche Zuständigkeitskonkurrenz gegenüber dem von der DHV beanspruchten Organisationsbereich vorliegt. Das wird von keinem der Beteiligten in Frage gestellt. 28

(2) Soweit eine antragstellende Vereinigung von Arbeitnehmern - wie hier - die Tariffähigkeit einer anderen Vereinigung bestreitet, muss sie ferner selbst tariffähig sein (*BAG 6. Juni 2000 - 1 ABR 10/99 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 95, 36*). Das steht bei den zu 1. bis 3. beteiligten Gewerkschaften nicht im Zweifel und wird von den Beteiligten auch nicht problematisiert. 29

(3) Antragsbefugt sind ebenso die Beteiligten zu 4. und zu 10. Es handelt sich um die obersten Arbeitsbehörden der Länder Berlin und Nordrhein-Westfalen, auf deren Gebiete sich die Tätigkeit der DHV erstreckt. Ihnen ist mit § 97 Abs. 1 ArbGG ausdrücklich die Befugnis zur Verfahrenseinleitung verliehen. 30

b) Bei allen Antragstellern ist von einem Rechtsschutzinteresse für den Antrag auszugehen. 31

aa) Dieses folgt schon daraus, dass ihnen das Gesetz mit § 97 Abs. 1 ArbGG das Recht einräumt, ein Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG zur Entscheidung über die Tariffähigkeit einer Vereinigung einzuleiten. Es ergibt sich weiter aus dem Umstand, dass die Sachentscheidung über die in einem Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4, § 97 Abs. 1 ArbGG zu klärenden rechtlichen Eigenschaften für und gegen jedermann (*erga omnes*) wirkt. Dem steht nicht entgegen, dass für das vorliegende Verfahren nach § 112 ArbGG die Vorschrift des § 97 ArbGG in ihrer vor dem 16. August 2014 geltenden Fassung anzuwenden ist. Die mit Art. 2 Nr. 4 Buchst. d TarifAStG mit Wirkung ab 16. August 2014 nunmehr ausdrücklich in § 97 Abs. 3 ArbGG aufgenommene Anordnung der erga-omnes-Wirkung entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*vgl. BAG 23. Mai 2012 - 1 AZB 58/11 - Rn. 7 mwN, BAGE 141, 382*) und hat nach dem verlautbarten Willen des Gesetzgebers lediglich klarstellenden Charakter (*BT-Drucks. 18/1558 S. 44*). 32

bb) Es bedarf - anders als die DHV meint - keiner sachlichen Rechtfertigung für die Verfahrenseinleitung im Sinn einer konkreten Feststellung der Gefährdung der Tarifautonomie durch die Arbeitnehmervereinigung, deren Tariffähigkeit im Streit steht. Ebenso ist ein besonderes Feststellungsinteresse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO nicht notwendig. Soweit der Senat dieses in früheren Entscheidungen ausdrücklich auch mit Bezug auf die Feststellungen der rechtlichen Eigenschaften in den Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4, § 97 Abs. 1 ArbGG geprüft hat (*vgl. etwa BAG 10. Februar 2009 - 1 ABR 36/08 - Rn. 23, BAGE 129, 322*), hat er hieran nicht festgehalten (*BAG 11. Juni 2013 - 1 ABR 32/12 - Rn. 22, BAGE 145, 211*). 33

c) Der Antrag ist von keinem der Antragsteller missbräuchlich gestellt. Das wird zwar - von der DHV und vor allem bezogen auf ver.di - behauptet. Die dem Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG immanente Konkurrenzsituation zwischen der DHV sowie ihren Mitgliedern und den antragstellenden Gewerkschaften führt aber nicht dazu, den Antrag als rechtsmissbräuchlich anzusehen (vgl. BAG 14. Dezember 2010 - 1 ABR 19/10 - Rn. 54, BAGE 136, 302). Entgegen der Auffassung der DHV hat ver.di durch früher gemeinsam mit der DHV geführte Tarifverhandlungen die ihr gesetzlich verliehene Antragsbefugnis auch nicht verwirkt. 34

3. Zu Recht sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass der Zulässigkeit des Antrags nicht der Einwand der Rechtskraft iSd. § 322 Abs. 1 ZPO entgegensteht. 35

a) Die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung (§ 322 Abs. 1 ZPO) steht - als negative Prozessvoraussetzung - einer neuen Verhandlung und Entscheidung über denselben Streitgegenstand entgegen (*ne bis in idem*). Unzulässig ist deshalb eine erneute Klage, deren Streitgegenstand mit dem eines bereits rechtskräftig entschiedenen Rechtsstreits identisch ist (BGH 22. Februar 2018 - VII ZR 253/16 - Rn. 14 mwN). 36

b) Im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren gilt nichts anderes. Nach dem auch in diesem Verfahren anwendbaren § 322 Abs. 1 ZPO sind Beschlüsse der Rechtskraft fähig, soweit über den durch den Antrag erhobenen Anspruch entschieden ist (BAG 5. März 2013 - 1 ABR 75/11 - Rn. 12). Der Begriff des Anspruchs in § 322 Abs. 1 ZPO bezeichnet den prozessualen Anspruch im Sinn der Streitgegenstandslehre. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft werden durch den Gegenstand des vorangehenden Verfahrens bestimmt. Wie im Urteilsverfahren richtet sich dieser nach dem zur Entscheidung gestellten Antrag (*Antragsziel*) und dem zugehörigen Lebenssachverhalt (*Antragsgrund*), aus dem die begehrte Rechtsfolge hergeleitet wird (vgl. BAG 23. Mai 2012 - 1 AZB 58/11 - Rn. 6 mwN, BAGE 141, 382). Die materielle Rechtskraftwirkung eines Beschlusses hindert grundsätzlich, dass bei Identität der Beteiligten (*subjektive Rechtskraft*) und des Sachverhalts (*objektive Rechtskraft*) eine bereits rechts- 37

kräftig entschiedene Frage den Gerichten zur erneuten Entscheidung unterbreitet werden kann. In zeitlicher Hinsicht ist die Rechtskraft nicht begrenzt. Ein formell rechtskräftig gewordener Beschluss entfaltet auf Dauer materielle Rechtskraft (*vgl. dazu bereits BAG 27. August 1968 - 1 ABR 6/68 - zu II B 2 a der Gründe, BAGE 21, 139*).

c) Im Fall der rechtskräftigen Abweisung eines streitbefangenen Begehrens ist für die Bestimmung des Rechtskraftumfangs von maßgebender Bedeutung, ob es sich um eine Prozessentscheidung handelt, mit dem die Klage oder der Antrag als unzulässig abgewiesen worden ist, oder um eine die Begründetheit verneinende Entscheidung (*vgl. BAG 15. Juni 2016 - 4 AZR 485/14 - Rn. 39 mwN*). Eine Prozessentscheidung erwächst nur im Hinblick auf den behandelten verfahrensrechtlichen Punkt in Rechtskraft (*vgl. BGH 6. März 1985 - IVb ZR 76/83 - zu 1 der Gründe*) und hindert nach Behebung des Zulässigkeitsmangels eine erneute Antragstellung nicht. Die materielle Rechtskraft einer Prozessentscheidung besagt aber nicht nur, dass der abgewiesene Antrag unzulässig ist, sondern auch, dass er mit dem damals anhängigen Streit- oder Verfahrensgegenstand unter den seinerzeit gegebenen prozessualen oder verfahrensrechtlichen Umständen mindestens aus dem in den Entscheidungsgründen genannten Grund unzulässig ist. Eine neue Klage oder ein neuer Antrag über denselben Streit- oder Verfahrensgegenstand ist nur zulässig, wenn sich die prozess- oder verfahrensrechtlichen Umstände in dem fraglichen Punkt gegenüber dem Vorverfahren geändert haben. Wird eine Klage oder ein Antrag wegen entgegenstehender Rechtskraft einer zuvor ergangenen Sachentscheidung als unzulässig abgewiesen, steht die Identität der Streit- oder Verfahrensgegenstände im ersten und dem darauffolgenden Prozess bindend fest (*vgl. Zöller/Vollkommer ZPO 32. Aufl. § 322 Rn. 1a*).

38

d) Auch bei einer rechtskräftigen Entscheidung nach § 97 ArbGG ist ein erneuter Antrag mit identischem Verfahrensgegenstand unzulässig. Identität der Verfahrensgegenstände liegt auch vor, wenn im Zweitverfahren der Ausspruch des kontradiktorischen Gegenteils einer im Erstverfahren festgestellten Rechtsfolge begehrt wird (*BAG 23. Mai 2012 - 1 AZB 58/11 - Rn. 7 mwN, BAGE 141,*

39

382). Im Verfahren nach § 97 ArbGG kommt hinzu, dass in subjektiver Hinsicht die Rechtskraft der Entscheidung über die Tariffähigkeit (*oder die Tarifzuständigkeit*) nicht nur die Personen und Stellen, die im jeweiligen Verfahren nach § 97 Abs. 2 (*in der bis zum 15. August 2014 geltenden Fassung*) iVm. § 83 Abs. 3 ArbGG angehört worden sind, erfasst, sondern Wirkung gegenüber jedermann entfaltet (*BAG 23. Mai 2012 - 1 AZB 58/11 - Rn. 7 mwN, aaO*).

e) Eine Beendigung der eine erneute Entscheidung sperrenden Rechtskraft kommt in Betracht, wenn sich die maßgebenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben (*vgl. BAG 6. Juni 2000 - 1 ABR 21/99 - zu B II 4 a der Gründe, BAGE 95, 47*). Das betrifft diejenigen Tatsachen oder Rechtsgrundlagen, die für die in der früheren Entscheidung ausgesprochene Rechtsfolge als maßgebend angesehen worden sind (*vgl. BAG 6. Juni 2000 - 1 ABR 21/99 - zu B II 4 a der Gründe, aaO; vgl. auch 7. Mai 2008 - 4 AZR 223/07 - Rn. 21 mwN; 1. Februar 1983 - 1 ABR 33/78 - BAGE 41, 316; vertiefend Oetker ZZP 2002, 3*). Eine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse liegt vor, wenn sich diese gegenüber denjenigen, die dem früheren Verfahren zugrunde gelegen haben, in einem bestimmten Ausmaß modifiziert haben. Der neue Sachverhalt muss sich seinem Wesen nach von dem früheren unterscheiden (*vgl. BGH 22. Mai 1981 - VZR 111/80 - zu II der Gründe*). Eine wertende Betrachtung muss ergeben, dass sich der nunmehr dem Gericht zur Entscheidung unterbreitete Streit als ein neuer darstellt (*vgl. BAG 1. Februar 1982 - 1 ABR 33/78 - BAGE 41, 316*).

f) Ausgehend von diesen Grundsätzen steht die Rechtskraft der in den vorangegangenen Verfahren zur Tariffähigkeit der DHV ergangenen Beschlüsse einer Sachentscheidung im vorliegenden Verfahren nicht entgegen. 41

aa) Die materielle Rechtskraft der die Tariffähigkeit der DHV - seinerzeit mit der Bezeichnung DHV-Deutscher Handels- und Industrieangestellten-Verband e.V. - feststellenden Entscheidung des Arbeitsgerichts Hamburg vom 10. Dezember 1956 umfasst grundsätzlich auch den hier angebrachten Verfahrensgegenstand des kontradiktorischen Gegenteils der erstrebten Feststellung, dass die DHV nicht tariffähig ist. 42

bb) Deren materielle Rechtskraft sperrt indes keine Entscheidung über den gestellten Antrag. Die für die Beurteilung der Tariffähigkeit der DHV maßgebende Tatsachengrundlage hat sich erheblich geändert. 43

(1) Zu berücksichtigen sind jedoch nur die nach der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 18. Februar 1997 eingetretenen Änderungen. Das folgt aus der Rechtskraft der Beschlüsse von Landesarbeitsgericht und Arbeitsgericht aus den Jahren 1980, 1992 und 1997, mit denen jeweils auf die Feststellung der Tariffähigkeit der DHV gerichtete Anträge wegen der entgegenstehenden Rechtskraft einer Vorentscheidung als unzulässig abgewiesen worden sind. Aufgrund dieser Prozessentscheidungen steht die Identität der jeweiligen Verfahrensgegenstände mit dem der arbeitsgerichtlichen Erstentscheidung vom 10. Dezember 1956 rechtskräftig fest. Die Rechtskraft umfasst die Beurteilung, dass im jeweiligen Zeitpunkt der Prozessbeschlüsse keine wesentlichen Änderungen eingetreten sind, welche eine Rechtskraftbeendigung der Sachentscheidung über die Tariffähigkeit der DHV rechtfertigen. Die Rechtskraft vornehmlich des letzten Beschlusses des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 18. Februar 1997 verbietet es, dies in einem nachfolgenden Verfahren erneut zu prüfen. 44

(2) Die Beurteilung der rechtlichen Eigenschaft der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung ist - neben anderen Umständen - davon abhängig, welchen selbst gewählten Organisationsbereich sie abdeckt. Das bestimmt sich nach der jeweiligen Satzung der Arbeitnehmervereinigung. Dass eine Satzung „an sich“ in ihrer den Verfahrensgegenstand mitbestimmenden Fassung maßgebend für die festzustellende Tariffähigkeit ist, hat auch das Arbeitsgericht Hamburg in der Entscheidung vom 10. Dezember 1956 nicht anders gesehen. Dieser Umstand hat sich mit der Satzung 2014 nach der letzten Prozessentscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamburg 1997, mit der eine Identität der Verfahrensgegenstände auf der Grundlage der Satzung 1994 (*die in den hier interessierenden Teilen der Satzung 1972 entsprach*) bejaht worden ist, wesentlich geändert. 45

(a) Nicht jede, sondern nur erhebliche Satzungsänderungen vermögen eine Änderung des Lebenssachverhalts zu bewirken. Im Interesse des Rechtsfriedens und in Ansehung der Koalitionsbetätigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG darf einer Arbeitnehmervereinigung, deren Tariffähigkeit im Kontext zu einer bestimmten Satzung rechtskräftig festgestellt worden ist, keine Änderung der satzungsgemäß festgelegten Tätigkeitsbereiche dadurch erschwert werden, dass sie mit jeder Satzungsänderung eine erneute materiell-rechtliche Prüfung ihrer Tariffähigkeit - auf einen entsprechenden Antrag der nach § 97 Abs. 1 ArbGG Antragsberechtigten - zu gewärtigen hätte. 46

(b) Allerdings haben in die Bewertung einer erheblichen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse für die hier streitbefangene Frage der Tariffähigkeit entgegen der Auffassung des CGB und der DHV nicht bloße quantitative Daten im Sinn eines mengenmäßigen Vergleichs der Organisationsgrade im früher und im nunmehr beanspruchten Zuständigkeitsbereich einzufließen. Diese Argumentation vernachlässigt, dass sich die Rechtsfolge der Tariffähigkeit ua. danach bestimmt, ob in einem nicht unbeachtlichen Zuständigkeitsbereich einer Arbeitnehmervereinigung deren ausreichende Durchsetzungsfähigkeit festgestellt werden kann. Außerdem kommt es nicht darauf an, ob die geänderte Tatsachengrundlage eine andere rechtliche Bewertung als die in einer rechtskräftigen Vorentscheidung getroffene trägt. 47

(c) Ausgehend von einem Vergleich der für das Landesarbeitsgericht Hamburg bei seiner Prozessentscheidung vom 18. Februar 1997 geltenden Satzung 1994 und der den hiesigen Verfahrensgegenstand mitbestimmenden Satzung 2014 liegt eine gewichtige Änderung der Tatsachengrundlage vor. Während die DHV seinerzeit eine Mitgliedschaft und damit ihre Zuständigkeit strikt berufsgruppenbezogen - nämlich für Angestellte im Handel, in der Industrie und dem privaten und öffentlichen Dienstleistungsbereich sowie die zu einem Angestelltenberuf Auszubildenden und Berufsanwärter (Jugendmitglieder) ohne Beschränkung auf eine bestimmte Branche - definiert hat, reklamiert sie nach der Satzung 2014 eine Kombination ganz unterschiedlicher Zuständigkeiten, die zum einen näher beschriebene Wirtschaftszweige oder Teile davon um- 48

fasst (§ 2 Nr. 1 Satzung 2014) und zum anderen für bestimmte Arbeitgeber weiterhin ausschließlich berufsgruppenbezogen beschrieben ist (§ 2 Nr. 2 Satzung 2014). Damit setzt sich der Kreis der organisierten Arbeitnehmer auf der Grundlage der Satzung 2014 gegenüber demjenigen der Satzung 1994 erheblich anders zusammen. Es ist zwar zutreffend, dass - wie die DHV selbst argumentiert und in der Präambel ihrer Satzung 2014 auch verlautbart ist - die Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern bzw. gewerblichen Arbeitnehmern (*als Statusbeschreibung des Beschäftigungsverhältnisses*) auf der Grundlage historischer und rechtlicher Entwicklungen überholt ist. Daraus folgt aber kein rechtliches Gebot, die personelle Zuständigkeit auch auf gewerbliche Arbeitnehmer zu erstrecken. Eine solche Entscheidung obliegt der freien, durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Entscheidung einer Arbeitnehmerorganisation. In Ausübung dieses Freiheitsrechts beansprucht die DHV im Vergleich zu ihrer Satzung 1994 nunmehr auch eine Kompetenz für eine weitere Gruppe von Arbeitnehmern, die sie vormals gerade nicht organisiert hat. Die DHV hat insoweit nicht lediglich die Entwicklung der Aufgabe der tradierten Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern oder gewerblichen Arbeitnehmern nachvollzogen oder Zuständigkeiten präzisiert. Sie hat diese vielmehr grundsätzlich neu gefasst. Das drückt sich nicht zuletzt - ohne dass es hierauf ausschlaggebend ankäme - in ihrer Bezeichnung aus (*bis zur im Oktober 2006 beschlossenen Namensänderung: „DHV - Deutscher Handels- und Industrieangestellten-Verband e.V.“; danach „DHV - Die Berufsgewerkschaft e.V.“*). Aufgrund der satzungsmäßigen Ausrichtung des Organisationsbereichs liegt ein gänzlich anderer Sachverhalt vor als derjenige, der die Antragsabweisung als unzulässig durch das Landesarbeitsgericht Hamburg am 18. Februar 1997 trägt.

g) Stehen somit nach dem materiell-rechtlichen Verfahrensgegenstand die Vorentscheidungen einer hiesigen Sachentscheidung nicht entgegen, kommt es auf die subjektiven Grenzen der Rechtskraft der vorangegangenen Entscheidungen sowie darauf, dass in diesen nicht alle der hiesigen Beteiligten angehört worden sind, ungeachtet der bei § 97 ArbGG zu beachtenden erga-omnes-Wirkung nicht an.

49

IV. Das Landesarbeitsgericht ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, die DHV sei tariffähig und der Antrag daher unbegründet. Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend über den Antrag befinden. 50

1. Weder der Begriff der Tariffähigkeit noch die Anforderungen, die hierfür zu stellen sind, sind gesetzlich geregelt. § 2 Abs. 1 TVG bestimmt den Begriff der tariffähigen Arbeitnehmerkoalition (Gewerkschaft) nicht, sondern setzt ihn voraus. Die Regelung in A III 2 des Staatsvertrags über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18. Mai 1990 und dem Gemeinsamen Protokoll über Leitsätze, die nahezu wortgleich den von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen entspricht, stellt ebenfalls keine gesetzliche Normierung der an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung zu stellenden Voraussetzungen dar. Sie hat zwar durch das Zustimmungsgesetz des Bundestags vom 25. Juni 1990 (*BGBI. II S. 518*) Aufnahme in den Willen des Gesetzgebers gefunden. Materielles Gesetz ist sie dadurch aber nicht geworden. Es ist daher Aufgabe der Gerichte für Arbeitsachen, im Rahmen der an sie herangetragenen Streitigkeit den unbestimmten Rechtsbegriff durch Auslegung im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG auszufüllen (*vgl. zur Tariffähigkeit als „ein von der Rechtsprechung entwickeltes tarifvertragliches Instrument“ BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 164, BVerfGE 146, 71*) und dabei die im Zustimmungsgesetz vom 25. Juni 1990 zum Ausdruck gekommene Willensbekundung der Gesetzgebungsorgane der Bundesrepublik Deutschland zu beachten (*BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 36, BAGE 117, 308*). 51

2. Nach der Rechtsprechung des Senats muss eine Arbeitnehmervereinigung bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllen, um tariffähig zu sein. 52

a) Die Koalition muss sich als satzungsgemäße Aufgabe die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder in deren Eigenschaft als Arbeitnehmer gesetzt haben und willens sein, Tarifverträge zu schließen (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 29, BAGE 136, 1*). 53

- b) Sie muss frei gebildet, gegnerfrei, unabhängig und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sein und das geltende Tarifrecht als verbindlich anerkennen. Darüber hinaus muss sie über Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler und über eine leistungsfähige Organisation verfügen (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 30, BAGE 136, 1*). 54
- aa) Das Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit ist nicht im formalen, sondern im materiellen Sinn zu verstehen. Es soll sicherstellen, dass die Vereinigung durch ihre koalitionsmäßige Betätigung zu einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens beitragen kann. Die erforderliche Gegnerunabhängigkeit fehlt, wenn die Abhängigkeit vom sozialen Gegenspieler in der Struktur der Arbeitnehmervereinigung angelegt und verstetigt und die eigenständige Interessenwahrnehmung der Tarifvertragspartei durch personelle Verflechtungen, auf organisatorischem Weg oder durch wesentliche finanzielle Zuwendungen ernsthaft gefährdet ist (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 31, BAGE 136, 1*). 55
- bb) Eine tariffähige Arbeitnehmervereinigung muss sozial mächtig und von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die ihr gestellten Aufgaben einer Tarifvertragspartei zu erfüllen (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 32, BAGE 136, 1*). 56
- (1) Tariffähig ist nur diejenige Vereinigung, die ein Mindestmaß an Verhandlungsgewicht und also eine gewisse Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler aufweist. Davon geht auch das Bundesverfassungsgericht aus (*BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 164, BVerfGE 146, 71*). Der einer Arbeitnehmerkoalition obliegenden Mitwirkung am Zustandekommen eines angemessenen, sozial befriedenden Interessenausgleichs kann diese nur sachgerecht nachkommen, wenn sie auf die Arbeitgeberseite zumindest so viel Druck ausüben kann, dass diese sich veranlasst sieht, sich auf Verhandlungen über tarifvertraglich regelbare Arbeitsbedingungen einzulassen (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 32, BAGE 136, 1; 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 39, BAGE 117, 308*). 57

(2) Von ihrem organisatorischen Aufbau her muss eine Gewerkschaft in der Lage sein, die ihr gestellten Aufgaben in ihrem selbst gewählten Zuständigkeitsbereich zu erfüllen. Maßgebend sind auch insoweit die Umstände des Einzelfalls (*BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 53, BAGE 117, 308*). 58

(3) Dafür genügt, dass die Arbeitnehmervereinigung Durchsetzungskraft und organisatorische Leistungsfähigkeit in einem zumindest nicht unbedeutenden Teil des beanspruchten Zuständigkeitsbereichs besitzt. Es gibt keine partielle, auf bestimmte Regionen, Berufskreise oder Branchen beschränkte Tariffähigkeit. Die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung für den beanspruchten Zuständigkeitsbereich ist einheitlich und unteilbar (*ausf. BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 56 ff., BAGE 117, 308*). Danach kann einer Arbeitnehmervereinigung einerseits die Tariffähigkeit insgesamt nicht versagt werden, wenn die Durchsetzungskraft oder die organisatorische Leistungsfähigkeit in irgendeinem Teilbereich fehlt, während sie andererseits nicht festgestellt werden kann, wenn sie nur in irgendeinem Teilbereich ihrer Tarifzuständigkeit über eine Durchsetzungskraft verfügt (*BAG 14. Dezember 2010 - 1 ABR 19/10 - Rn. 81, BAGE 136, 302*). 59

(4) Die anhand von Indizien nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO festzustellende hinreichende Durchsetzungskraft und Leistungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung wird regelmäßig durch die Zahl ihrer Mitglieder vermittelt (*ausf. BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 38 ff., BAGE 136, 1; 6. Juni 2000 - 1 ABR 10/99 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 95, 36; 16. Januar 1990 - 1 ABR 10/89 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 64, 16; 25. November 1986 - 1 ABR 22/85 - zu B II 3 a der Gründe, BAGE 53, 347*). Dabei ist die Organisationsstärke im Verhältnis zu dem von der Arbeitnehmerkoalition selbst gewählten räumlichen und fachlichen Organisationsbereich zu bewerten. In diesem muss sie sich gegenüber der Arbeitgeberseite - vermittelt durch ihre Mitgliederstärke - durchsetzen können. Bei einer nur kleinen Zahl von Mitgliedern kann sich die Möglichkeit einer Arbeitnehmervereinigung, empfindlichen Druck auf den sozialen Gegenspieler auszuüben, daraus ergeben, dass es sich bei den organisierten Arbeitnehmern um solche in Schlüsselstellungen handelt, die von der Arbeitge- 60

berseite im Falle eines Arbeitskampfs kurzfristig überhaupt nicht oder nur schwer ersetzt werden können (vgl. BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 64 f., BAGE 117, 308). Verbleiben danach Zweifel an der Durchsetzungsfähigkeit und organisatorischen Leistungsfähigkeit, können diese ausnahmsweise bei einer langjährig am Tarifgeschehen teilnehmenden Arbeitnehmervereinigung indiziert sein, wenn diese bereits in nennenswertem Umfang Tarifverträge innerhalb ihrer satzungsmäßigen Zuständigkeit abgeschlossen hat (vgl. BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 40, BAGE 136, 1). Gemeinsam mit einer anderen Arbeitnehmervereinigung geschlossene Tarifverträge haben keine solche Indizwirkung (BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 41, 55, aaO). Das gilt auch für Verträge mit dem sozialen Gegenspieler, die ohne satzungsvermittelte Zuständigkeit geschlossen worden sind.

(5) An dem Erfordernis einer Durchsetzungs- und Leistungsfähigkeit als Voraussetzung der Teilnahme an der tarifvertraglichen Regelung von Arbeitsbedingungen haben weder das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (*Mindestlohngesetz - MiLoG -*) vom 11. August 2014 (*BGBI. I S. 1348*) in der zuletzt durch Art. 2 Abs. 4 des Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters und zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 18. Juli 2017 geänderten Fassung (*BGBI. I S. 2739*) noch das Gesetz zur Tarifeinheit vom 3. Juli 2015 (*Tarifeinheitsgesetz - TEG - BGBI. I S. 1130*) etwas geändert. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist im Hinblick auf diese Gesetze auch nicht der Maßstab der Prüfung der sozialen Mächtigkeit einer Arbeitnehmervereinigung zugunsten einer - wie auch immer verfassten und vom Landesarbeitsgericht nicht näher begründeten - „Bagatellkontrolle“ relativiert. 61

(a) Die Anforderungen an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition sichern die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und sind gemessen an diesem Regelungsziel verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (*ausf. BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 33 bis 37, BAGE 136, 1; 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 37 bis 54, BAGE 117, 308*). Das gilt insbesondere für das Erfordernis der Durchsetzungs- und Leistungsfähigkeit. Funktionsfähig ist die 62

Tarifautonomie nur, solange zwischen den Tarifvertragsparteien ein ungefähres Kräftegleichgewicht - Parität - besteht. Die Vermutung der Richtigkeit des zwischen den Tarifvertragsparteien Ausgehandelten greift nur unter diesen Voraussetzungen (*BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 146 mwN, BVerfGE 146, 71*). Parität zwischen den Tarifvertragsparteien als Funktionsbedingung für die Tarifautonomie setzt Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler voraus (*vgl. auch BVerfG 24. Februar 1999 - 1 BvR 123/93 - zu B II 2 b bb der Gründe, BVerfGE 100, 214*).

(b) Außerdem ist dort, wo der Gesetzgeber seine normativen Regelungskompetenzen zur Gestaltung von Arbeitsbedingungen wahrnimmt, die mittels der Tarifautonomie herzustellende sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens Grundlage seiner geübten - und im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG auch gebotenen (*vgl. BVerfG 29. Dezember 2004 - 1 BvR 2283, 2504, 2582/03 - zu C II 3 b bb (2) (d) der Gründe; Engels in Henssler/Moll/Bepler Der Tarifvertrag 2. Aufl. Teil 1 Rn. 54 bis 57*) - Praxis, den Tarifvertragsparteien Regelungsbefugnisse zuzuweisen, die aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes den Arbeitsvertragsparteien versagt sind. Zwingende Arbeitsschutzgesetze enthalten häufig Bestimmungen, die es den Tarifvertragsparteien gestatten, von der gesetzlichen Regelung zu Lasten der Arbeitnehmer abzuweichen (*vgl. etwa § 8 Abs. 4 Satz 3 und Satz 4, § 12 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2, § 13 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2, § 14 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 TzBfG, § 4 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 EFZG, § 13 Abs. 1 BurlG; aus der jüngeren gesetzgeberischen Praxis vgl. § 1 Abs. 1b Satz 3 und Satz 4, § 8 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3 AÜG*). Dabei wird auch dann, wenn die Arbeitnehmer nicht der tarifschließenden Gewerkschaft angehören und deshalb die Tarifnormen für sie nicht unmittelbar und zwingend gelten, die Möglichkeit eröffnet, die für die Arbeitnehmer günstigere gesetzliche Regelung arbeitsvertraglich durch eine ungünstigere tarifvertragliche Regelung zu ersetzen. Diese kann sich daher auch zum Nachteil nicht tarifgebundener Arbeitnehmer auswirken (*BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 46, BAGE 117, 308*). Im Übrigen bestehen ua. nach §§ 7, 12 ArbZG weitreichende Möglichkeiten für Tarifvertragsparteien, von gesetzlichen Standards zur Flexibilisierung und Anpassung an die Bedürfnisse vor Ort abzuweichen. Diese gesetzlichen

63

Konzeptionen beruhen auf der Annahme, dass Tarifverträgen eine materielle Richtigkeitsgewähr zukommt. Aufgrund des Verhandlungsgleichgewichts der Tarifvertragsparteien ist davon auszugehen, dass die vereinbarten tariflichen Regelungen den Interessen beider Seiten gerecht werden und keiner Seite ein unzumutbares Übergewicht vermitteln (*BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 47, aaO; vgl. etwa zum TzBfG 15. August 2012 - 7 AZR 184/11 - Rn. 27, BAGE 143, 10*). Mit den Anforderungen an die Tariffähigkeit im Sinn einer sozialen Mächtigkeit und organisatorischen Leistungsfähigkeit ist sichergestellt, dass angemessene Verhandlungsergebnisse erzielt werden (*vgl. BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 47, aaO; Greiner NZA 2018, 563*).

(c) Es dürfen zwar im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG an die Tariffähigkeit keine Anforderungen gestellt werden, die diese unverhältnismäßig einschränken (*BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 39, BAGE 117, 308*). Gegenüber den die Einschränkung der Betätigungsfreiheit einer Arbeitnehmervereinigung rechtfertigenden, paritätssichernden Anforderungen der Durchsetzungskraft und Leistungsfähigkeit stellen das MiLoG und das TEG aber nicht nur keine mildereren, sondern bereits keine geeigneten Mittel dar. Sie sind weder nach ihrem vom Gesetzgeber intendierten Sinn und Zweck noch nach ihren Regelungsinhalten oder Wirkmechanismen gleichwertig.

64

(aa) Die Regelungen des MiLoG beschränken die Regelungsbefugnisse der Tarifvertragsparteien nicht. Der Mindestlohnanspruch aus § 1 Abs. 1 MiLoG ist ein gesetzlicher Anspruch, der eigenständig neben den arbeits- oder tarifvertraglichen Entgeltanspruch tritt. § 3 MiLoG führt bei Unterschreiten des gesetzlichen Mindestlohns zu einem Differenzanspruch (*BAG 21. Dezember 2016 - 5 AZR 374/16 - Rn. 16, BAGE 157, 356*). Das gilt auch bei einem tariflich festgelegten Entgelt, das den gesetzlichen Mindestlohn unterschreitet. Ein entsprechender Tarifvertrag wäre nicht unwirksam. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der Einführung des gesetzlichen Mindestlohns nach der Begründung des Gesetzesentwurfs (*BT-Drucks. 18/1558 S. 28*) nicht darauf gezielt, einen umfassenden Schutz der Arbeitnehmer sicherzustellen. Vielmehr kann und soll der allgemeine Mindestlohn lediglich verhindern, dass diese zu Entgelten be-

65

schäftigt werden, die jedenfalls unangemessen sind und den in Art. 2 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden elementaren Gerechtigkeitsanforderungen nicht genügen. Zu sonstigen Arbeitsbedingungen verhält sich das MiLoG nicht. Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite bleiben dazu angehalten, über die Organisation in Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften und den Abschluss von Tarifverträgen eine angemessene Teilhabe der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an dem von den Unternehmen Erwirtschafteten zu erreichen (*BT-Drucks. 18/1558 S. 28*). Damit ist nach wie vor ein annähernd gleichgewichtiges Handeln der Tarifpartner auf der Basis einer hinreichenden Durchsetzungsfähigkeit der Arbeitnehmerkoalition im Interesse der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und zu ihrer Gewährleistung zu verlangen.

(bb) Auch der nicht näher ausgeführte Hinweis des Landesarbeitsgerichts auf das TEG geht fehl. 66

(aaa) Mit dem TEG ist nicht das Verhältnis der sozialen Gegenspieler als Tarifvertragsparteien zueinander gestaltet, sondern das der tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen untereinander. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs wird weder das Entstehen tarifpluraler Situationen verhindert, noch werden bestehende Gestaltungsmöglichkeiten der Tarifpartner beschränkt. Der Grundsatz der Tarifeinheit greift nur subsidiär, wenn eine autonome Verständigung der Gewerkschaften untereinander nicht gelingt (*BT-Drucks. 18/4062 S. 12*). Einen Gestaltungswillen hinsichtlich der Tariffähigkeitsvoraussetzungen hatte der Gesetzgeber nicht. Vielmehr stellt die Gesetzesbegründung ausdrücklich klar, dass „[t]ariffähige Gewerkschaften ... weiterhin nicht nur frei gebildet, gegnerfrei und gegnerunabhängig sein“ müssen, „das geltende Tarifrecht als für sich verbindlich“ anzuerkennen haben, „in der Regel auch auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sein“ müssen und „[f]erner ... in der Lage sein“ müssen, „durch Ausüben von Druck auf den Tarifpartner zu einem Tarifabschluss zu kommen“ (*BT-Drucks. 18/4062 S. 12*). 67

(bbb) In seiner Entscheidung zur teilweisen Unvereinbarkeit von § 4a TVG in der Fassung des TEG mit Art. 9 Abs. 3 GG hat das Bundesverfassungsgericht diese insoweit festgestellt, als es an Vorkehrungen fehlt, die sicherstellen, dass die Interessen der Berufsgruppen, deren Tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG verdrängt wird, im verdrängenden Tarifvertrag hinreichend berücksichtigt werden. Im Übrigen hat es die angegriffenen Regelungen des TEG mit konkreten Maßgaben für die Auslegung und Handhabung der einfachgesetzlichen Regelungen als verfassungsgemäß erachtet. Diese Entscheidung hat Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG). In ihr ist mit Blick auf die Tariffähigkeit als ein von der Rechtsprechung entwickeltes tarifvertragliches Instrument ausdrücklich angeführt, dass es die Regeln des TEG - gemessen an dessen Regelungszweck - nicht zu ersetzen vermag (*BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 164, BVerfGE 146, 71*).

68

(ccc) Das Kriterium der Durchsetzungsfähigkeit als Tariffähigkeitsmerkmal ist auch im Hinblick auf die Gestaltung der die Tarifeinheit sichernden Verdrängungswirkung nach § 4a TVG - nach wie vor - geboten. Eine nicht durchsetzungsstarke Organisation ist nicht zwingend die mitgliederschwächste Arbeitnehmerorganisation im Betrieb, zumal es dabei auf absolute Zahlen und nicht einmal auf ein repräsentatives Quorum ankommt. Darüber hinaus bewirkt die Tarifkollisionsregel des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG in seiner vom Bundesverfassungsgericht mit Gesetzeskraft versehenen Maßgabenfassung zwar eine Verdrängung der normativen Wirkung des Minderheitstarifvertrags. Diese Verdrängungswirkung ist aber bereits nach ihrer gesetzlichen Ausgestaltung mehrfach beschränkt (*dazu BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 146, BVerfGE 146, 71*). Auch bleibt nach dem betriebsbezogenen Konzept des Gesetzgebers ein in einem Betrieb verdrängter Tarifvertrag in anderen Betrieben anwendbar (*BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 185, aaO*). Außerdem ist die Regelung des § 4a TVG in der gebotenen Auslegung tarifdispositiv (*vgl. BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 146, aaO*). Das im Interesse der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gebotene Erfordernis der Durchsetzungs- und Leistungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung kann daher nicht mit der Begründung relativiert werden, der von einer nicht oder einer „we-

69

niger“ sozial mächtigen Arbeitnehmervereinigung geschlossene Tarifvertrag werde ohnehin durch den von einer durchsetzungsfähigen Arbeitnehmervereinigung geschlossenen Tarifvertrag verdrängt. Ein verdrängter Tarifvertrag ist zudem taugliches Objekt einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme (*ErfK/Franzen 18. Aufl. § 4a TVG Rn. 17*) und der vom Gesetzgeber insofern gestalteten Möglichkeiten einer Vereinbarung gesetzesunterschreitender Schutzstandards. Diese knüpfen an das Postulat einer Richtigkeitsgewähr für von Tarifvertragsparteien festgelegte Arbeitsbedingungen an, welches seinerseits eine hinreichende Verhandlungsstärke der Arbeitnehmervereinigung als Tarifvertragspartei unterstellt.

(ddd) Schließlich geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass mit dem TEG keine Modifizierung der Anforderungen an die Tariffähigkeit geboten ist. Es hat die normunmittelbare Verfassungsbeschwerde einer Koalition nicht zur Entscheidung angenommen, weil mangels substantiiertes Ausführungen zu deren Tariffähigkeit nicht ersichtlich sei, dass sie von der Kollisionsregel des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG überhaupt erfasst werde (*BVerfG 16. Juni 2016 - 1 BvR 2257/15 -*). 70

3. Den Anforderungen an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung - und insbesondere dem Erfordernis deren hinreichender Durchsetzungs- und Leistungsfähigkeit - stehen weder unions- noch völkerrechtliche Vorgaben entgegen. 71

a) Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (*GRC*) ist nicht anwendbar. Nach dieser Vorschrift haben alle Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen. Allerdings ist der Geltungsbereich des Unionsrechts nicht eröffnet. Die Europäische Union hat gemäß Art. 153 Abs. 5 AEUV keine Kompetenz zur Regelung des Koalitionsrechts, Streikrechts sowie des Aussperrungsrechts. Gemäß Art. 51 Abs. 2 GRC dehnt die Grund- 72

rechtecharta den Geltungsbereich des Unionsrechts auch nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus. Sie begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union und ändert auch nicht die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben. Eine Anwendungspflicht für Unionsrecht wird ebenso nicht durch Art. 6 Abs. 3 EUV eröffnet (*ausf. BAG 20. November 2012 - 1 AZR 611/11 - Rn. 64 bis 67, BAGE 144, 1*).

b) Entgegen der vor allem vom CGB angeführten konventionsrechtlichen Argumentation gebietet die völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes (*dazu zB BAG 26. Juli 2016 - 1 AZR 160/14 - Rn. 73, BAGE 155, 347*) nicht, das Merkmal der sozialen Mächtigkeit als Anforderung an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung zu relativieren. Der mit Blick auf die Garantie der Koalitionsfreiheit aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihrer Zusatzprotokolle sowie aus der Europäischen Sozialcharta erwachsende Schutz reicht nicht über das nach Art. 9 Abs. 3 GG Garantierte hinaus. Das gilt ebenso für Art. 22 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte und Art. 8 Abs. 1a des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie für die Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (*ausf. BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 206 ff., BVerfGE 146, 71*).

4. Ausgehend von den Anforderungen an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung kann auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen die Tariffähigkeit der DHV weder bejaht noch verneint werden.

a) Die DHV hat sich nach § 3 ihrer Satzung 2014 ua. die Aufgabe gestellt, die Interessen ihrer Mitglieder in deren Eigenschaft als Arbeitnehmer wahrzunehmen. Sie ist willens, Tarifverträge zu schließen. Des Weiteren ist sie nach der rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstandenden Würdigung des Landesarbeitsgerichts frei und auf überbetrieblicher Grundlage gebildet und erkennt das geltende Tarifrecht als verbindlich an. Entsprechendes gilt für eine Eigenständigkeit der DHV. Ebenso ist von ihrer Gegnerunabhängigkeit auszugehen. Das Beschwerdegericht hat der darauf bezogenen Bewertung weder einen unzutreffenden rechtlichen Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt noch haben die

Beteiligten zu 2. bis 4. und zu 10. die von ihnen erhobenen Verfahrensrügen ausdrücklich auf dieses Erfordernis für die Tariffähigkeit der DHV bezogen.

b) Hingegen tragen die vom Landesarbeitsgericht herangezogenen Daten - ca. 25.000 von der DHV seit 1950 geschlossene Tarifverträge sowie 70.000 bis 75.000 Mitglieder auf der Grundlage seiner Überzeugungsbildung im Ergebnis der Beweisaufnahme - nicht seine Wertung einer sozialen Mächtigkeit der DHV. 76

aa) Die Tariffähigkeit der DHV ist nicht allein maßgebend durch deren langjährige Teilnahme am Tarifgeschehen - dokumentiert in der Anzahl ihrer seit 1950 geschlossenen Tarifverträge - belegt. 77

(1) Ob eine Arbeitnehmervereinigung über eine hinreichende Durchsetzungskraft und Leistungsfähigkeit verfügt, muss aufgrund aller Umstände im Einzelfall nach den Grundsätzen des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO festgestellt werden (*st. Rspr., vgl. BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 38 mwN, BAGE 136, 1*). Dabei ist für die volle richterliche Überzeugungsbildung ausreichend, dass ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit erreicht ist, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig ausschließen zu müssen. Auf die soziale Mächtigkeit einer Arbeitnehmervereinigung lässt sich regelmäßig nur anhand von Hilfstatsachen schließen. Bei solchen hat ein Gericht zu prüfen, ob sie - deren Richtigkeit unterstellt - von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen. Das Tatsachengericht hat die insoweit maßgebenden Umstände vollständig und verfahrensrechtlich einwandfrei zu ermitteln und alle Beweisanzeichen erschöpfend zu würdigen. Nach § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO hat es die wesentlichen Grundlagen seiner Überzeugungsbildung nachvollziehbar darzulegen. Dies erfordert keine ausdrückliche Auseinandersetzung mit allen denkbaren Gesichtspunkten. Die Entscheidungsgründe müssen aber erkennen lassen, dass überhaupt eine sachentsprechende Beurteilung stattgefunden hat (*vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 611/17 - Rn. 24 mwN*). 78

(2) Als Indiz für die hinreichende Durchsetzungskraft und Leistungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung kommt der Zahl ihrer Mitglieder - als Orga- 79

nisationsstärke im Verhältnis zu dem von ihr selbst gewählten räumlichen und fachlichen Organisationsbereich - in der Regel die entscheidende Bedeutung zu. Diese bestimmt die finanzielle Ausstattung der Arbeitnehmerkoalition und vor allem ihre Fähigkeit, hinreichenden Druck auf den sozialen Gegenspieler aufzubauen, um Verhandlungen über den Abschluss eines Tarifvertrags ggf. zu erzwingen (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 39, BAGE 136, 1*). Lässt der Organisationsgrad zur Überzeugung des Gerichts nicht auf eine hinreichende Durchsetzungsfähigkeit schließen, kann diese ausnahmsweise auch durch eine langjährige Teilnahme der Arbeitnehmervereinigung am Tarifgeschehen indiziert sein (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 40, aaO*). Die eigene aktive und dauerhafte Beteiligung am Prozess der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen im beanspruchten Zuständigkeitsbereich - oder in einem relevanten Teil davon - ist ein gewichtiger Beleg dafür, dass die Koalition von der Arbeitgeberseite wahr- und ernstgenommen wird (*vgl. BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 80 ff., BAGE 117, 308*).

(3) Die privilegierte Berücksichtigung der indiziellen Wirkung bereits geschlossener Tarifverträge kommt in typisierender Weise aber nur bei einer Arbeitnehmervereinigung in Betracht, die sich trotz eines sehr geringen Organisationsgrades langjährig am Tarifgeschehen beteiligt und hierdurch unter Beweis gestellt hat, dass sie von der Arbeitgeberseite dennoch nicht ignoriert werden konnte. Eine Indizwirkung für die soziale Mächtigkeit einer Arbeitnehmervereinigung allein und ausschließlich aufgrund der Anzahl der von ihr in der Vergangenheit geschlossenen Tarifverträge - ohne jegliche Berücksichtigung von Mitgliederzahlen - scheidet aus. Eine solche Sichtweise verbietet sich, weil aus dem Umstand des Abschlusses von Tarifverträgen - für sich gesehen - nur bedingt Schlüsse für die Tariffähigkeit als Abschlussvoraussetzung gezogen werden können. Hiervon ist der Senat bereits in seiner Entscheidung zur Tariffähigkeit der Christlichen Gewerkschaft Metall ausgegangen (*BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 65 ff. und vor allem Rn. 80 ff., BAGE 117, 308*) und hat dies in seiner Entscheidung in dem die „Gewerkschaft für Kunststoffgewerbe und Holzverarbeitung im Christlichen Gewerkschaftsbund“ betreffenden Verfahren

80

nach § 97 ArbGG fortgeführt (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 38 ff., BAGE 136, 1*).

(a) Die Annahme, dass bei einer langjährig am Tarifgeschehen beteiligten Arbeitnehmervereinigung deren Durchsetzungskraft gegenwarts- und zukunftsbezogen belegt ist, setzt ihrerseits voraus, dass es sich bei den in der Vergangenheit geschlossenen Tarifverträgen in nennenswerter Zahl um solche in einem von der Arbeitnehmerkoalition - jedenfalls im Wesentlichen - damals und nach wie vor beanspruchten Zuständigkeitsbereich handelt. Weil die Tariffähigkeit einheitlich und unteilbar ist (*ausf. BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 56 ff., BAGE 117, 308*), ist es ausreichend, aber auch erforderlich, dass die bisherigen Tarifvertragsschlüsse einen für den gegenwärtig beanspruchten Organisationsbereich relevanten Teil betreffen. Nur insoweit kann davon ausgegangen werden, dass die Arbeitnehmervereinigung ein hinreichendes Gewicht besitzt, die Arbeitgeberseite zu Tarifvertragsverhandlungen und -abschlüssen zu veranlassen. Beansprucht eine langjährig in einem bestimmten Bereich am Tarifgeschehen beteiligte Arbeitnehmervereinigung nunmehr Zuständigkeiten in einem erheblich geänderten personellen, räumlichen und/oder fachlichen Zuständigkeitsbereich, der seinerseits für die Beurteilung ihrer Durchsetzungskraft und organisatorischen Leistungsfähigkeit von Bedeutung ist, ist die Zahl der im vormaligen anderen Zuständigkeitsbereich geschlossenen Tarifverträge nicht maßgebend. Der durch die Anzahl geschlossener Tarifverträge belegten Wahrnehmung der Koalition durch den sozialen Gegenspieler kommt dann auch im Hinblick auf eine im neuen Bereich ganz wesentlich anders zusammengesetzte Arbeitgeberseite von vornherein kein ausschlaggebendes Gewicht zu. Noch weniger vermittelt eine zuständigkeitsübersteigende Beteiligung am Prozess der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen eine hinreichende Durchsetzungsmacht.

81

(b) Die Relativierung der Indizwirkung der bisherigen Teilnahme einer Arbeitnehmervereinigung am Tarifgeschehen im Fall einer erheblichen Änderung ihrer satzungsmäßigen Zuständigkeit beeinträchtigt nicht unverhältnismäßig deren durch Art. 9 Abs. 3 GG geschütztes Recht zur eigenverantwortlichen

82

Festlegung desjenigen Bereichs, für den sie künftig bereit sein will, mit der Arbeitgeberseite die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder zu regeln. Erstreckt sie ihre bisherige Tarifzuständigkeit in einem erheblichen Maß auf Bereiche, in denen sie bisher - kraft eigenbestimmter Zuständigkeit - keine Arbeitnehmer organisieren konnte, liegt es an ihr, sich die Fähigkeit zu bewahren, auch für den erheblich geänderten Gesamtbereich in der Lage zu sein, tarifliche Regelungen auszuhandeln, die den Interessen beider Parteien gerecht werden.

(4) Gemessen daran kommt den seit 1950 von der DHV geschlossenen Tarifverträgen, die deren langjährige Beteiligung am Tarifgeschehen bekunden, keine privilegierte und damit ausschlaggebende Indizwirkung für ihre Tariffähigkeit zu. Die DHV hat Tarifverträge in wechselnden Zuständigkeiten und zudem signifikant außerhalb ihres Organisationsbereichs geschlossen. 83

(a) Nach ihrer Satzungshistorie fehlt es der DHV an der erforderlichen Homogenität und Kontinuität des selbst gewählten Tarifzuständigkeitsbereichs, die es rechtfertigen würde, in den seit 1950 geschlossenen Tarifverträgen ein erheblich tragfähiges Zeugnis ihrer gegenwärtigen sozialen Mächtigkeit zu sehen. 84

(aa) Entsprechend den - auch von ihr selbst angeführten - Regelungen in ihren am 8. Juni 1952, am 19. Juni 1954 und am 14. Januar 1956 beschlossenen Satzungen organisierte die DHV die Berufsgruppen der Kaufmannsgehilfen und der im öffentlichen Dienst tätigen Verwaltungsangestellten. Nach ihrer am 8./9. Oktober 1966 beschlossenen Satzung richtete sie sich an die Angestellten in den Handels-, Industrie- und Verkehrsunternehmen sowie die Verwaltungsangestellten. Nach der am 28./29. Oktober 1972 beschlossenen Satzung verstand sie sich als Gewerkschaft der Angestellten im Handel, in der Industrie und dem privaten und öffentlichen Dienstleistungsbereich. Nachdem diese Regelung durch nachfolgende Satzungsänderungen bis auf eine marginale redaktionelle Anpassung nicht modifiziert worden war, war mit der am 8./9. Juni 2002 beschlossenen Satzung (*Satzung 2002*) erstmals eine statusunabhängige berufsgruppenbezogene Ausrichtung festgelegt. So war in § 2 Abs. 1 Satzung 2002 bestimmt, dass die DHV eine „Gewerkschaft der Arbeitnehmer in kaufmännischen und verwaltenden Berufen ist, die in der privaten Wirtschaft 85

und dem öffentlichen Dienst tätig sind“. In § 3 Abs. 2 Satzung 2002 war geregelt, dass „[z]ur Wahrung gewerkschaftlicher Belange ... der Hauptvorstand auch Arbeitnehmer aus anderen Berufsgruppen aufnehmen und deren Interessen wahrnehmen“ kann. Nach ihrer am 28./29. Oktober 2006 beschlossenen Satzung (*Satzung 2006*) organisierte die DHV Arbeitnehmer „insbesondere in kaufmännischen und verwaltenden Berufen“; eine § 3 Abs. 2 Satzung 2002 entsprechende Bestimmung wurde beibehalten. Hierzu hat der Senat bereits ausgeführt, dass nach der bis zum Jahr 2006 geltenden Satzung der Organisationsbereich der DHV - nach ihrem historischen Selbstverständnis - auf die Arbeitnehmer in kaufmännischen und verwaltenden Berufen beschränkt war, während mit der Satzung 2006 und Satzungsänderungen in der Folgezeit modifizierte personelle und fachliche Zuständigkeiten begründet werden sollten (*vgl. BAG 17. April 2012 - 1 ABR 5/11 - Rn. 57, BAGE 141, 110*).

(bb) Entsprechend beansprucht die DHV nach ihren Satzungen 2012 und 2014 keine ausschließlich auf Arbeitnehmer in bestimmten Berufen bezogene Zuständigkeit (mehr) und hat insoweit ihr bisheriges Organisationsprinzip einer ausschließlichen berufsgruppenbezogenen Arbeitnehmerorganisation aufgegeben. Sie erstreckt ihren Organisationsbereich nunmehr auf Arbeitnehmer näher angeführter, gänzlich unterschiedlicher Wirtschaftszweige, Branchen und Bereiche. Selbst bei diesen beiden jüngeren Satzungen ergeben sich aber auch Wechsel in den selbst gegebenen Tarifzuständigkeiten. So ist im Gegensatz zur Satzung 2014 nach der Satzung 2012 der Bereich „Paritätischer Wohlfahrtsverband“ erfasst. Nach der Satzung 2012 ist eine Tarifzuständigkeit für (alle) „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in kaufmännischen und verwaltenden Berufen“ reklamiert, während sie nach der Satzung 2014 auf „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in kaufmännischen und verwaltenden Berufen bei kommunalen Arbeitgebern und bei Körperschaften des öffentlichen Rechts auf kommunaler Ebene“ gerichtet ist. Nach der Satzung 2012 beanspruchte die DHV eine Zuständigkeit auch für Leiharbeiter in den von ihr angeführten Branchen; nach der Satzung 2014 tut sie das nicht.

86

(b) Auch hat die DHV in der Vergangenheit - nicht lediglich vereinzelt - satzungsübersteigende Tarifzuständigkeiten wahrgenommen. Ihre hierauf bezogene Teilnahme am Tarifgeschehen ist kein tauglicher Beleg ihrer Tariffähigkeit. Das betrifft die für Arbeitnehmer außerhalb der kaufmännischen und verwaltenden Berufe geschlossenen Tarifverträge während der Geltungsdauer der Satzung 2006 sowie der bis 9. Januar 2013 gültigen Satzungen (*zu den entsprechend fehlenden Tarifzuständigkeiten vgl. ausf. BAG 10. Februar 2009 - 1 ABR 36/08 - BAGE 129, 322; 17. April 2012 - 1 ABR 5/11 - BAGE 141, 110 und 11. Juni 2013 - 1 ABR 32/12 - BAGE 145, 211*). In diesem Zusammenhang fällt auf, dass die DHV in der Vergangenheit selbst damit argumentiert hat, sie könne je nach Fallgestaltung nicht einmal die Interessen der Arbeitnehmer in kaufmännischen und verwaltenden Berufen wahrnehmen, wenn aus ihrer hierauf bezogenen Kompetenz keine - im Ergebnis vom Senat abgelehnte - Annex-Zuständigkeit für die Arbeitnehmer außerhalb dieser Berufe folgen würde (*BAG 10. Februar 2009 - 1 ABR 36/08 - Rn. 11, BAGE 129, 322*). Auch dies spricht dagegen, aus der vergangenheitsbezogenen Praxis der Tarifschlüsse gegenwartsbezogene Schlüsse auf eine Durchsetzungsfähigkeit der DHV zu ziehen.

bb) Es kommt damit für die Beurteilung der sozialen Mächtigkeit der DHV entscheidend auf die Zahl ihrer Mitglieder im selbst gewählten Organisationsbereich an. Entgegen der vom Beschwerdegericht getroffenen Würdigung hat die von ihm im Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme herangezogene Zahl von 70.000 bis 75.000 Mitgliedern der DHV und ein „damit nachgewiesener Organisationsgrad“ keine indizielle Aussagekraft für die Durchsetzungsmacht der DHV. Das Landesarbeitsgericht hat seiner Wertung schon einen unzutreffenden rechtlichen Maßstab zugrunde gelegt. Es kann daher auf sich beruhen, ob die mit den Rechtsbeschwerden gegen die beschwerdegerichtliche Feststellung und Überzeugungsbildung einer Mitgliederzahl von 70.000 bis 75.000 erhobenen Verfahrensrügen durchgreifen.

(1) Beim Anteil der Mitglieder der DHV in deren selbst gewähltem Organisationsbereich erschließt es sich bereits nach der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung nicht, ob es in seine Bewertung die von ihm als nach-

gewiesen angesehene Mitgliederzahl in ihrer numerisch-absoluten Größe einbezogen oder - wie es unerlässlich ist - in Relation zur beanspruchten Zuständigkeit gestellt hat. Soweit es in anderem Zusammenhang von einem Anteil der Mitgliederstärke der DHV von „ca. 1 % oder knapp darunter“ ausgegangen ist, lässt es den Bezugspunkt seiner Annahme nicht erkennen.

(2) Anders als bei der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Wertung hat in die Beurteilung einzufließen, dass sich die von der DHV nach ihrer Satzung 2014 beanspruchte Kompetenz auf sehr unterschiedliche Bereiche erstreckt. Kommt - wie vorliegend - bei der Prüfung der sozialen Mächtigkeit einer Arbeitnehmervereinigung deren langjährige Beteiligung am Prozess der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen keine erhebliche Indizwirkung zu, bedingt bei einer unterschiedlichste Bereiche betreffenden Zuständigkeit das Postulat der Unteilbarkeit der Tariffähigkeit die Notwendigkeit einer Feststellung und Bewertung, welche dieser Bereiche den nicht nur unbeachtlichen Teil der reklamierten Zuständigkeit bilden. Nur die - sich im Organisationsgrad ausdrückende - Mächtigkeit einer Arbeitnehmervereinigung in einem zumindest nicht unbedeutenden Teil des von ihr beanspruchten Zuständigkeitsbereichs lässt im Normalfall erwarten, dass sich die Arbeitnehmerkoalition auch in den Bereichen, in denen es ihr an Durchsetzungskraft fehlt, beim Abschluss von Tarifverträgen nicht den Forderungen der Arbeitgeberseite unterwirft (*vgl. BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 57, BAGE 117, 308*).

V. Der Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Die Sache ist zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. 91

1. Eine eigene Sachentscheidung ist dem Senat verwehrt. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerden kann nicht davon ausgegangen werden, dass die DHV schon nach ihrer eigenen Angabe - wonach sie jedenfalls mit Stand 19. Januar 2016 73.451 Mitglieder in einem insgesamt 7,01 Mio. Beschäftigungsverhältnisse betreffenden Bereich organisiert - nicht tariffähig ist. Insofern ist nicht ein „Gesamtorganisationsgrad“ von aufgerundet 1,05 vH ausschlaggebend, sondern die durch den Organisationsgrad ihrer Mitglieder in ei 92

nem nicht unbedeutenden Teil der Zuständigkeit vermittelte Durchsetzungsfähigkeit. Es bedarf einer auf die voneinander abgegrenzten und abgrenzbaren Zuständigkeitsbereiche - die ihrerseits in ihrem Verhältnis zueinander zu bewerten sind - bezogenen Betrachtung. Nach der aufgrund der Satzung 2014 reklamierten Zuständigkeit setzt sich zwar der Kreis der Arbeitgeber(verbände) als sozialer Gegenspieler erheblich heterogen zusammen. Eine ggf. anzunehmende Durchsetzungsmacht der DHV in einem oder mehreren der von ihr beanspruchten Kompetenzbereiche erscheint daher nur bedingt aussagekräftig für andere Bereiche. Nach dem Prinzip der Einheitlichkeit und Unteilbarkeit der Tariffähigkeit verbietet sich aber die Annahme, die ggf. durch die Mitgliederstärke der DHV in einem Bereich oder mehreren Bereichen vermittelte soziale Mächtigkeit könne nicht auch für ihre Durchsetzungsfähigkeit in einem anderen Bereich oder anderen Bereichen sprechen. Entscheidend ist, dass die soziale Mächtigkeit in einem nicht unbedeutenden Teil des nach der Satzung 2014 von der DHV beanspruchten Zuständigkeitsbereichs durch einen ausreichenden Organisationsgrad vermittelt ist. Dabei ist nicht generalisierend vorgegeben, welche relative Größe der (Teil-)Bereich einer mitgliedervermittelten Durchsetzungsfähigkeit im Verhältnis zum Gesamtzuständigkeitsbereich haben muss. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Versagung der Tariffähigkeit einen erheblichen Eingriff in die Koalitionsfreiheit darstellt, ist eine grundrechtsfreundliche, eher großzügige Betrachtung geboten (*vgl. BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 57, BAGE 117, 308*). Allein auf die von der DHV als „Leuchttürme“ ihrer Tarifarbeit bezeichneten Bereiche (*als solche hat die DHV den Rettungsdienstbereich [mit regional-ingeschränktem Bezug auf Sachsen und Thüringen], den Bereich von Rehabilitationskliniken [vornehmlich ein Träger entsprechender Kliniken] sowie - insoweit langjährig - den Banken-, Sparkassen-, Volks- und Raiffeisenbanken-, Versicherungsgewerbe- und Ersatzkassenbereich angeführt*) kann es hingegen nicht ankommen, wenn sich diese als nur unbedeutende Teile des inhomogen gefassten Gesamtzuständigkeitsbereichs darstellen.

2. Das Landesarbeitsgericht hat demnach nicht nur die Zahl, sondern auch die Verteilung der Mitglieder der DHV auf ihre nach der Satzung 2014 reklamierten Zuständigkeitsteilbereiche und die sich daraus ergebenden Organisationsgrade festzustellen. Hieran hat es seine Bewertung auszurichten, ob der Mitgliederbestand in einem hinreichend beachtlichen Teil des Zuständigkeitsbereichs deren Durchsetzungsfähigkeit indiziert. Der DHV obliegt dabei wegen ihrer größeren Sachnähe eine gesteigerte Mitwirkungspflicht nach § 83 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. Ihr wird nichts Unmögliches abverlangt. Wenn sie sich eine auf mehrere Branchen, Wirtschaftszweige und eine näher beschriebene Berufsgruppe gerichtete Zuständigkeit verleiht, muss erwartet werden, dass sie einen Überblick über ihre Fähigkeit hat, einen Verhandlungsdruck über ihre Mitglieder auf die jeweilige Gegenseite aufzubauen. Ist dies nicht der Fall, könnte dies eher gegen ihre Tariffähigkeit sprechen. Zudem dürfte davon auszugehen sein, dass die DHV bei Anträgen auf Begründung einer Mitgliedschaft prüft, ob hierfür die satzungsmäßigen Aufnahmevoraussetzungen erfüllt sind.

93

a) Die DHV kann sich im Bestreitensfalle aller prozessual zulässigen Beweismittel bedienen. Im Hinblick auf den Nachweis der Mitglieder ist die mittelbare Beweisführung der notariellen Erklärung nach § 58 Abs. 3 ArbGG möglich. Die Vorschrift ist, was sich schon aus ihrem Wortlaut („*insbesondere*“) ergibt, auch in einem Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4, § 97 Abs. 1 ArbGG anwendbar. Dabei verkennt der Senat nicht, dass die Beurkundung eines notariellen Zählergebnisses - ungeachtet gebotener Zuordnungen und damit verbundener rechtlicher Bewertungen - in der praktischen Umsetzung aufwändig ist (vgl. *zB Sammet/Graf Wolffskeel v. Reichenberg NZA 2017, 1167*). Mit § 58 Abs. 3 ArbGG ist aber verfahrensrechtlich sichergestellt, dass eine Gewerkschaft ihre Mitglieder im Interesse deren verfassungsrechtlich geschützter Rechtsposition nach Art. 9 Abs. 3 GG sowie ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG nicht namentlich benennen muss. Ein Beweisführungsaufwand relativiert nicht die Notwendigkeit der Feststellung der durch eine Mitgliederstärke vermittelten Durchsetzungsfähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition. Hier gilt nichts anderes als bei der zur Auflösung von Tarifkollisionen gebotenen, auf einen Betrieb - gleich welcher Größe - bezogenen

94

Mehrheitsfeststellung. Auch das Bundesverfassungsgericht hat der praktisch schwierigen Umsetzung eines Nachweises auf der Grundlage von § 58 Abs. 3 ArbGG keine grundrechteverletzende Relevanz beigemessen (*BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 199, BVerfGE 146, 71; vgl. auch Ulrici NZA 2017, 1161*).

b) Bei der Feststellung des Organisationsgrades ist - soweit möglich - auf statistisches Material ein- und derselben Quelle zurückzugreifen. Bei den bisherigen Ausführungen der DHV fällt auf, dass sich deren Aufschlüsselung der Gesamtanzahl der Beschäftigungsverhältnisse in den einzelnen von ihr beanspruchten Organisationsbereichen aus unterschiedlichen Materialien speist. Die von ihr herangezogenen Statistiken und Materialien - zT Angaben der jeweils zuständigen Arbeitgeberverbände; zT Beschäftigungsstatistiken der Bundesagentur für Arbeit; zT (*beim DRK und bei der AWO*) im Internet publizierte Zahlen; zT vom Bundesministerium für Gesundheit und vom Statistischen Bundesamt veröffentlichte Zahlen - erfüllen ganz unterschiedliche Aufgaben und haben unterschiedliche Verwendungszwecke. Sie weisen daher auch methodische und konzeptionelle Unterschiede auf. Um Verzerrungen weitgehend auszuschließen, ist es geboten, auf ein- und dasselbe Repräsentativmaterial zurückzugreifen. Liegt solches nicht vor, muss bei der Hinzuziehung weiteren statistischen Materials dessen Vergleichbarkeit in die Tatsachenwürdigung einfließen.

95

c) Bei der Überzeugungsbildung vom Organisationsgrad der Mitglieder der DHV in einem nicht unbeachtlichen Bereich der von ihr insgesamt beanspruchten Zuständigkeit darf und muss sich das Beschwerdegericht - wie bereits ausgeführt - mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne diese völlig auszuschließen. Es hat allerdings nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Anhörung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob es eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr erachtet (*vgl. auch BGH 5. Oktober 2017 - IZR 229/16 - Rn. 36*). Insoweit verweisen die Rechtsbeschwerden zutreffend - ohne dass es auf die Zulässigkeit und Begründetheit der

96

entsprechenden Verfahrensrügen ankäme - darauf, dass sich die angefochtene Entscheidung mit wesentlichem Tatsachenvortrag der Antragsteller, welcher Rückschlüsse auf eine bedeutend geringere als die von der DHV angegebene Mitgliederstärke zulassen soll, nicht ansatzweise befasst hat. Das gilt insbesondere für die von den Beteiligten zu 1. und zu 8. vorgebrachten, mittels mathematischer Bewertungsmethode gezogenen Schlussfolgerungen aus der mit Mitgliedernummern versehenen Auflistung von Mandatsträgern der DHV, zu denen sich auch die DHV bereits schriftsätzlich erklärt hat.

3. Bei der dem Tatsachengericht vorbehaltenen Gesamtwürdigung der sozialen Mächtigkeit der DHV hat es die von dieser vorgebrachten, bei Betriebsrats-, Personalrats- und Aufsichtsratswahlen errungenen Mandate nicht zu berücksichtigen. Diese besagen nichts über die Verbandsmacht der DHV (*für Betriebsratsmandate vgl. BAG 14. März 1978 - 1 ABR 2/76 - zu III 6 der Gründe*), welche sich nicht betriebs- oder dienststellenbezogen bemisst und angesichts der Satzung 2014 nicht unternehmensbezogen determiniert ist. Der Verweis auf die Berufung von Mitgliedern der DHV zu ehrenamtlichen Richtern in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit lässt Rückschlüsse auf die Tariffähigkeit schon deshalb nicht zu, weil hierfür vorschlagsberechtigt neben Gewerkschaften auch selbständige Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- und berufspolitischer Zwecksetzung sind (§ 20 Abs. 2 ArbGG; § 14 Abs. 1 Satz 2 SGG). Ebenso geben die Mitgliedschaften der DHV in der europäischen Organisation CESI „Confédération Européenne des Syndicats Indépendants“ (*Union unabhängiger Gewerkschaften*) und der Weltorganisation der Arbeitnehmer (*WOW - World Organization of Workers*) für die nach nationalem Recht zu entscheidende Frage, ob sie eine tariffähige Arbeitnehmerkoalition ist, nichts her. Keine Aussagekraft über die Tariffähigkeit hat schließlich die von der DHV vorgebrachte Anerkennung ihrer Gewerkschaftseigenschaft durch Vertreter oder Repräsentanten von Regierungen und Parteien. Die Tariffähigkeit muss tatsächlich vorliegen. Subjektive Einschätzungen oder politische Anerkennungen sind ohne Bedeutung.

97

4. Verfügt die DHV über eine in der Mitgliederstärke ausgedrückte hinreichende Durchsetzungsfähigkeit, ist eine nähere Aufklärung zu ihrer personellen und organisatorischen Ausstattung nicht veranlasst. Ausgehend von den unstrittigen Angaben kann der DHV ein hinreichender organisatorischer Aufbau, der sie befähigt, die Aufgaben einer Gewerkschaft in ihrem Organisationsbereich wahrzunehmen, nicht abgesprochen werden. Die auf alle neun Landesverbände bezogene personelle Ausstattung (*13 hauptamtliche Gewerkschaftssekretäre, 18 Büro- und Verwaltungskräfte, neun Mitarbeiter der kaufmännischen Bildungseinrichtungen, je nach Arbeitsanfall bis zu zwölf Honorarkräfte*) ist zwar marginal. Immerhin aber hat die DHV geltend gemacht, auf weiteres ehrenamtliches Personal und bei der Besetzung der Tarifkommissionen auf etwa 500 Mitglieder mit besonderer Sach-, Branchen- und Marktkenntnis zurückzugreifen. Das Koalitionsbetätigungsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG umfasst die Freiheit, die von einer Gewerkschaft zur Erfüllung ihrer Aufgaben vorgehaltene apparative und personelle Ausstattung auf ein absolutes Mindestmaß zu beschränken. Das gilt jedenfalls, wenn - wie vorliegend - keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die anfallenden gewerkschaftlichen Aufgaben unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mehr bewältigbar wären.

VI. Das Verfahren war nicht im Hinblick auf die Einholung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts oder die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Union auszusetzen.

1. Nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG hat ein Gericht das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, wenn es ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei seiner Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig hält. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

a) Soweit nach Anregung der DHV und des CGB die höchstrichterlichen Grundsätze zu den Anforderungen an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung Gegenstand einer konkreten Normenkontrolle iSd. Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG sein sollen, verkennt dies von vornherein Sinn und Zweck des entsprechenden Verfahrens. Die Vorlagepflicht der Fachgerichte nach Art. 100

Abs. 1 GG, § 80 BVerfGG besteht nur dann, wenn es sich bei der zur Nachprüfung gestellten entscheidungserheblichen Norm um ein formelles Gesetz handelt (*BVerfG 27. September 2005 - 2 BvL 11/02, 2 BvL 12/03, 2 BvL 13/02 - zu II 1 a der Gründe, BVerfGE 114, 303*). Akte der Rechtsprechung sind kein zulässiger Gegenstand einer Normenkontrolle (*vgl. Schwab/Weth/Kerwer ArbGG 5. Aufl. Arbeitsrechtliche Verfahren vor dem BVerfG und dem EuGH Rn. 69*). Nichts Anderes gilt, wenn die Rechtsprechung - wie im Fall der Anforderungen an die Tariffähigkeit - nicht auf einer Anwendung und Auslegung einfachgesetzlicher Vorgaben beruht, sondern verfassungsrechtlich - hier aus Art. 9 Abs. 3 GG - determiniert ist. Denn auch ein schlichtes gesetzgeberisches Unterlassen - hier bezogen auf ein Absehen von normativen Festlegungen der Voraussetzungen für eine Tariffähigkeit von Arbeitnehmervereinigungen - kann nicht Gegenstand einer Vorlage sein (*vgl. BVerfG 16. Januar 2013 - 1 BvR 2004/10 - Rn. 21*).

b) Das einfach-gesetzlich in § 97 iVm. § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG geregelte Verfahren zur Feststellung der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung und konkret die nach § 97 Abs. 1 ArbGG eröffnete Antragsbefugnis ua. einer räumlich und sachlich zuständigen Vereinigung von Arbeitnehmern sowie der obersten Arbeitsbehörde des Bundes oder der eines Landes, auf dessen Gebiet sich die Tätigkeit der Vereinigung erstreckt, ist nicht aus Verfassungsgründen zu beanstanden. 102

aa) Die Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG dienen der Sicherung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifautonomie (*BAG 11. Juni 2013 - 1 ABR 32/12 - Rn. 19, BAGE 145, 211*). Da der Gesetzgeber davon abgesehen hat, die Voraussetzungen ua. der Tariffähigkeit zu normieren, kann jede Arbeitnehmervereinigung ohne Zulassung am Tarifgeschehen teilnehmen und für ihre Mitglieder Vereinbarungen schließen, die für sich die Geltung als Tarifvertrag beanspruchen. Im Interesse einer funktionierenden Tarifautonomie bildet das Verfahren nach § 97 iVm. § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG hierzu das notwendige Korrektiv (*GK-ArbGG/Ahrendt Stand November 2014 § 97 Rn. 4*). Dabei ist die Befugnis zur Verfahrenseinleitung mit § 97 Abs. 1 ArbGG originär den in der 103

Vorschrift genannten Vereinigungen und Stellen verliehen. Entsprechend dem Zweck des Verfahrens, der Klärung der Tariffähigkeit oder -zuständigkeit einer Vereinigung, sollen die in § 97 Abs. 1 ArbGG benannten Vereinigungen und Stellen zur Verfahreseinleitung berechtigt sein. Damit ist weder - im Hinblick auf die Antragsbefugnis einer Arbeitnehmervereinigung - eine koalitionsfreiheitsbeschränkende Verdrängung durch die Konkurrenzorganisation gestaltet noch - im Hinblick auf die Antragsbefugnis der obersten Arbeitsbehörden - eine staatliche Aufsicht über Arbeitnehmerkoalitionen kodifiziert. Über die für die Ordnung des Arbeitslebens bedeutsamen Eigenschaften der Tariffähigkeit und -zuständigkeit soll gerade nur in einem objektivierten Gerichtsverfahren, in dem die jeweils beteiligten Stellen zu hören sind, einheitlich mit Wirkung für und gegenüber jedermann entschieden werden.

bb) Die Antragsbefugnis der in § 97 Abs. 1 ArbGG genannten behördlichen Stellen ist zudem vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Tätigkeit einer Arbeitnehmervereinigung deren Interessen berühren kann, wovon der Gesetzgeber bei der obersten Arbeitsbehörde des Bundes stets und bei den obersten Arbeitsbehörden der Länder dann ausgeht, wenn die Tätigkeit der Koalition, deren Tariffähigkeit oder -zuständigkeit umstritten ist, sich auf das räumliche Gebiet des jeweiligen Bundeslandes erstreckt. Das Interesse folgt aus dem Umstand, dass eine Vielzahl zwingender Gesetzesbestimmungen tarifdispositiv ausgestaltet ist und der Gesetzgeber die von ihm gesetzte Regelung zurücktreten lässt, soweit eine tarifvertragliche Regelung gilt (*vgl. allg. auch etwa Staudinger/Richardi/Fischinger (2016) BGB § 611 Rn. 758; Wiedemann/Wiedemann 7. Aufl. 2007 TVG Einl. 378 ff.*). Dem tarifdispositiven Gesetzesrecht ist immanent, dass eine Abweichung von gesetzlichen Standards zu Lasten der Arbeitnehmer nur durch Tarifvertrag gestattet ist. Ein solcher setzt Tariffähigkeit der ihn schließenden Parteien voraus. Die Klärung dieser Eigenschaft ist für den Gesetzgeber - repräsentiert von den typischerweise zuständigen Ressortbehörden - von Belang.

104

2. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union (*Gerichtshof*) nach Art. 267 Unterabs. 3 AEUV ist nicht geboten. Es fehlt an einem Anknüpfungspunkt an das Unionsrecht. 105
- a) Eine Vorlagepflicht des Senats als national letztinstanzlichem Gericht besteht nach Art. 267 Unterabs. 3 AEUV, wenn sich in dem Verfahren eine Frage des Unionsrechts stellt, diese entscheidungserheblich ist und nicht bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH war (*acte éclairé*) und wenn die richtige Anwendung des Unionsrechts nicht derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (*acte clair*) (*EuGH 15. September 2005 - C-495/03 - [Intermodal Transports] Rn. 33, Slg. 2005, I-8151*). Unterfällt ein Sachverhalt nicht dem Unionsrecht und geht es auch nicht um die Anwendung nationaler Regelungen, mit denen Unionsrecht durchgeführt wird, ist der Gerichtshof nicht zuständig (*BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 98, BAGE 156, 213*). Dessen Zuständigkeit beschränkt sich auf die Prüfung der Bestimmungen des Unionsrechts (*EuGH 1. März 2011 - C-457/09 - [Chartry] Rn. 21 ff., Slg. 2011, I-819; BAG 8. Dezember 2011 - 6 AZN 1371/11 - Rn. 9 mwN, BAGE 140, 76*). Als Anknüpfungspunkt kommt grundsätzlich das gesamte unionsrechtliche Primär- und Sekundärrecht in Betracht (*BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 98, aaO*). 106
- b) Bei § 97 ArbGG fehlt es von vornherein an einem solchen Anknüpfungspunkt. Mit der normativen Ausgestaltung des Verfahrens zu einer Entscheidung über die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit einer Vereinigung ist kein Unionsrecht durchgeführt. Sollte mit dem insoweit angeregten Vorabentscheidungsersuchen auf Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) rekuriert sein, findet diese unionsrechtliche Vorgabe - wie bereits ausgeführt - keine Anwendung. 107
- c) Ein unionsrechtlicher Bezug folgt nicht aus dem vom CGB vorgebrachten Umstand, dass die DHV und die dänische Gewerkschaft Kristelig Fagbevægelse (Krifa) einen Kooperationsvertrag geschlossen haben, wonach grenzüberschreitend tätige Mitglieder der Krifa von der DHV repräsentiert werden. Insbesondere kommt keine Vorlage nach Art. 267 Unterabs. 3 AEUV unter 108

dem Gesichtspunkt der Beschränkung unionsrechtlicher Grundfreiheiten - eigens der Freizügigkeit der Arbeitnehmer (*Art. 45 AEUV*) - in Betracht. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist geklärt, dass die rein hypothetische Aussicht einer Beeinträchtigung des Rechts auf Freizügigkeit keinen hinreichenden unionsrechtlichen Bezugspunkt bildet (*vgl. EuGH [ausdrücklich und über sein Urteil 29. Mai 1997 - C-299/95 - [Kremzow] Rn. 16 hinausgehend Slg 1997, I-2629]: 8. November 2012 - C-40/11 - [Iida] Rn. 77*). Ungeachtet dessen könnte ein solcher allenfalls in einem Individualverfahren des unter *Art. 45 AEUV* fallenden Arbeitnehmers von Belang sein.

Schmidt

Treber

K. Schmidt

D. Wege

Stemmer