

Neue Tarifrechtspolitik?

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 36

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble
(Herausgeber)

Neue Tarifrechtspolitik?

11. ZAAR-Kongress
München, 9. Mai 2014



ZAAR Verlag München 2014

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2014 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-31-2

Vorwort

Auf dem Gebiet des Tarifvertragsrechts hat sich die Große Koalition Einiges vorgenommen. Der Koalitionsvertrag stellt die Tarifeinheit in Aussicht, auf die manche Unternehmen – vor allem aus dem Verkehrssektor – schon seit längerem warten. Die verfassungsrechtlichen Grenzen eines solchen Vorhabens sind nach wie vor umstritten. Unabhängig davon plant die Koalition mithilfe unterschiedlicher Maßnahmen, die staatliche Verbindlichstellung von Tarifverträgen auszuweiten. Das umfasst die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung nach dem Tarifvertragsgesetz und einen erweiterten Spielraum für Rechtsverordnungen nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz. Ob eine verschärfte Tarifgeltung zu einer Stärkung der Tarifautonomie führen würde, wird kontrovers beurteilt. Zu diskutieren sind auch Überlegungen, bei der Einführung des Mindestlohns Übergangs- und Abstimmungsregelungen zu schaffen, die dessen tarifvertragliche Unterschreitung einschließen. Schließlich hat die Rechtsprechung des EuGH („Alemo-Herron“) Unsicherheit in die Praxis dynamischer Bezugnahme auf Tarifverträge gebracht.

Wir möchten Sie einladen, mit uns über diese Themen zu diskutieren.

München, Mai 2014

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Wolfgang Hromadka</i>	
Die Quadratur des Dreiecks	
Die Koalitionsfreiheit im Spannungsfeld der Interessen von Unternehmer, Arbeitnehmern und Funktionsgruppen	15
 <i>Martin Franzen</i>	
Betriebsweite Verbindlichkeit von Tarifverträgen als Lösung der Tarifeinheit?	31
Diskussion	51
 <i>Volker Rieble</i>	
Stärkung der Tarifbindung durch erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung	67
Diskussion	134
 <i>Richard Giesen</i>	
Verschärfte Anforderungen an die Tariffähigkeit	139
Diskussion	169

Abbo Junker

Europäische Prägung des Arbeitsrechts? 173

Diskussion 190

Diskussionsteilnehmer 197

Sachregister 199

Autoren

Franzen, Martin, Dr. iur., ordentlicher Professor für deutsches, europäisches, internationales Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, Ludwig-Maximilians-Universität München

Giesen, Richard, Dr. iur., ordentlicher Professor für Sozialrecht, Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, Ludwig-Maximilians-Universität München

Hromadka, Wolfgang, Dr. iur., Dr. h.c., emeritierter ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht an der Universität Passau

Abbo Junker, Dr. iur., ordentlicher Professor für (Internationales) Arbeitsrecht, Arbeitsrechtsvergleichung und Bürgerliches Recht, Ludwig-Maximilians-Universität München

Rieble Volker, Dr. iur., ordentlicher Professor für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, Ludwig-Maximilians-Universität München

Abkürzungen

Abs.	Absatz, Absätze	AÜG.....	Arbeitnehmer- überlassungsge- setz
AcP	Archiv für die ci- vilistische Praxis (Zeitschrift)	AÜG-E	Entwurf eines Ge- setzes zur Ände- rung des Arbeit- nehmerüberlas- sungsgesetzes
a.D.	außer Dienst	Aufl.	Auflage
AEntG.....	Arbeitnehmer- Entsendegesetz	AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AEntG-E.....	Entwurf eines Ge- setzes zur Ände- rung des Arbeit- nehmer- Entsendegesetzes	AVE	Allgemeinver- bindlicherklärung
a.F.	alte Fassung	BAFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleis- tungsaufsicht
AG	Aktiengesellschaft	BAG	Bundesarbeits- gericht
AGB	Allgemeine Ge- schäftsbedingun- gen	BAGE.....	Entscheidungen des Bundes- arbeitsgerichts
ALEB	Arbeitnehmer- verband land- und ernährungs- wirtschaftlicher Berufe	BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
AOG.....	Gesetz zur Ord- nung der nationa- len Arbeit	Bd.	Band, Bände
AÖR.....	Archiv des öffent- lichen Rechts (Zeitschrift)	BDA	Bundesvereini- gung der Deut- schen Arbeitge- berverbände
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entschei- dungssammlung)	BeckOK	Beck'scher
ArbGG	Arbeitsgerichts- gesetz	Arbeitsrecht....	Online- Kommentar Arbeitsrecht
ArbZG.....	Arbeitszeitgesetz	BeckRS	Beck-Recht- sprechung
Art.	Artikel	BetrAVG	Gesetz zur Ver- besserung der be- trieblichen Al- tersversorgung
AT	außertariflich	BetrVG.....	Betriebsverfas- sungsgesetz
AuA.....	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)	BGB	Bürgerliches Ge- setzbuch
		BGBI.	Bundesgesetzblatt

BGH	Bundesgerichtshof	DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen	ders.	derselbe
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales	DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
BR-Drucks. ...	Bundesrats-Drucksache	diesbez.	diesbezüglich
BSG	Bundessozialgericht	Diss.	Dissertation
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache	EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
BTÜ	Beschäftigte in der Technischen Überwachung	EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz	etc.	et cetera
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	EuGH	Europäischer Gerichtshof
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht	EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
bzw.	beziehungsweise	e.V.	eingetragener Verein
ca.	circa	EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
CDU	Christlich Demokratische Union	EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
CGM	Christliche Gewerkschaft Metall	f., ff.	folgende
CGZP	Tarifgemeinschaft christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und PersonalService-Agenturen	FA	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift)
CSU	Christlich-Soziale Union	FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
DAG	Deutsche Angestellten-Gewerkschaft	FlRG	Flaggenrechtsgesetz
		Fn.	Fußnote, Fußnoten
		GdBA	Gewerkschaft deutscher Bundesbahnbeamter und Anwärter

GdL.....	Gewerkschaft deutscher Loko- motivführer	ILO	International La- bour Organiza- tion
GG	Grundgesetz	i.S.	im Sinne
GKH	Gewerkschaft für Kunststoffgewer- be- und Holzver- arbeitung im Christlichen Ge- werkschaftsbund	JArbR	Jahrbuch für das gesamte Arbeits- recht
GmbH.....	Gesellschaft mit beschränkter Haf- tung	JURA.....	Juristische Aus- bildung (Zeit- schrift)
GmbH & Co.	Gesellschaft mit	jurisPR-ArbR..	juris Praxis- Report Arbeits- recht
KG	beschränkter Haf- tung & Compa- gnie Kommandit- gesellschaft	JZ	Juristenzeitung
GRCh	Grundrechte- charta	LAG	Landesarbeitsge- richt
GS.....	Großer Senat	letztl.	letztlich
Halbbd.....	Halbband	LL.M.	Master of Laws
HandwO	Handwerksord- nung	LLP	Limited Liability Partnership
HBV	Gewerkschaft Handel, Banken, Versicherungen	MiArbG.....	Mindestarbeits- bedingungsenge- setz
HGB.....	Handelsgesetz- buch	MiLoG	Mindestlohnge- setz
Hrsg.....	Herausgeber	MiLoG-E.....	Entwurf eines Mindestlohnge- setzes
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsfor- schung	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
IG	Industriegewerk- schaft	NLRA.....	National Labor Relations Act
IG BAU	Industriegewerk- schaft Bauen, Agrar, Umwelt	Nr.	Nummer, Num- mern
IG BCE.....	Industriegewerk- schaft Bergbau, Chemie, Energie	NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
		NZfA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
		NZS.....	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
		NVwZ.....	Neue Zeitschrift für Verwaltungs- recht

ÖAT	Zeitschrift für das öffentliche Ar- beits- und Tarif- recht	TVVO	Tarifvertragsver- ordnung
OT	Ohne Tarifbin- dung	TzBfG	Teilzeit- und Be- fristungsgesetz
PR	Public Relations	u.a.	und andere, unter anderem
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)	Unterabs.	Unterabsatz
RIW	Recht der Inter- nationalen Wirt- schaft (Zeit- schrift)	u.U.	unter Umständen
Rn.	Randnummer, Randnummern	v.a.	vor allem
S.	Seite, Seiten	ver.di	Vereinte Dienst- leistungsgewerk- schaft
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)	vgl.	vergleiche
SGB	Sozialgesetzbuch	VTV	Tarifvertrag über das Sozialkassen- verfahren im Baugewerbe
Slg.	Amtliche Samm- lung	VwGO	Verwaltungsge- richtsordnung
sog.	sogenannte(r)	VwVfG	Verwaltungsver- fahrensgesetz
SOKA	Sozialkassen	WSI	Wirtschafts- und Sozialwissen- schaftliches Insti- tut der Hans- Böckler-Stiftung
SPD	Sozialdemokratie Partei Deutsch- lands	ZAAR	Zentrum für Arbeitsbeziehun- gen und Arbeits- recht
StGB	Strafgesetzbuch	ZESAR	Zeitschrift für europäisches So- zial- und Arbeits- recht
TASG	Tarifautonomie- stärkungsgesetz	ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
TVG	Tarifvertragsge- setz	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TVG-E	Entwurf eines neuen Tarifver- tragsgesetzes	ZTR	Zeitschrift für Ta- rifrecht
TV-L	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder	ZVK	Zusatzversor- gungskasse
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst		

Die Quadratur des Dreiecks
Die Koalitionsfreiheit im Spannungsfeld der Interessen von
Unternehmer, Arbeitnehmern und Funktionsgruppen

Wolfgang Hromadka

	Seite
I. Vorbemerkungen.....	16
1. Tarifeinheit und Verfassung.....	16
2. Ausgangspunkt: Der Koalitionsvertrag	16
3. Keine fertigen Lösungen, sondern Anregungen	18
II. Koalitionsfreiheit kein Selbstzweck	18
III. Andere Wege zur Tarifeinheit?	20
IV. Schutz von Minderheitsinteressen bei Tarifeinheit	22
1. Durch Verpflichtung zur Zusammenarbeit?	22
2. Durch Indienstnahme des Arbeitgebers?	23
a) Das deutsche Modell.....	23
b) Das angloamerikanische Modell	27
3. Durch den Betriebsrat?	28
V. Schlussbemerkung.....	29

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Neue Tarifrechtspolitik?* (München 2014), S. 15-29

I. Vorbemerkungen

Lassen Sie mich mit drei Vorbemerkungen beginnen:

1. Tarifeinheit und Verfassung

Erstens: Ich werde nichts sagen zu der Frage der Verfassungsmäßigkeit des Grundsatzes der Tarifeinheit. Die Argumente dafür und dagegen sind bekannt. Neues ist kaum hinzuzufügen. Ich gehöre zu denen, die den Grundsatz der Tarifeinheit für verfassungsgemäß halten. Ich habe mich gewundert, mit wie leichter Hand der 4. Senat¹ darüber hinweggegangen ist, dass seine Kollegen vom BAG und vom BVerfG den Grundsatz der Tarifeinheit jahrzehntelang für verfassungskonform gehalten haben. Ein paar Worte dazu, dass und warum und wie sich das Verständnis von Art. 9 Abs. 3 GG geändert hat, hätten der Akzeptanz des Urteils sicher nicht geschadet. Im Übrigen finde ich, man sollte in der Welt der Realien bleiben, die Interessen offenlegen und versuchen, eine Lösung zu finden, die den Interessen aller Beteiligten so weit wie möglich Rechnung trägt.

Dass ich den Grundsatz der Tarifeinheit für verfassungsgemäß halte, heißt nicht, dass ich die Argumente der Gegner nicht ernst nähme und schon gar nicht, dass ich die Interessen kleinerer Arbeitnehmergruppen und ihrer Organisationen geringschätze. Im Gegenteil: Ich will versuchen, ihren Bedenken bei der Ausgestaltung der Tarifeinheit Rechnung zu tragen. Auch wenn man die Tarifeinheit nicht als Frage der Verfassungsmäßigkeit ansieht, ist es doch eine Frage der Fairness, Minderheiten zu Wort kommen zu lassen und ihre berechtigten Anliegen nach Möglichkeit zu berücksichtigen.

2. Ausgangspunkt: Der Koalitionsvertrag

Zweitens: Ich gehe vom Koalitionsvertrag² aus und versuche Lösungswege aufzuzeigen, die diesem Modell gerecht werden. Vom Koalitionsvertrag, das heißt: Ausgangspunkt ist der Grundsatz der Tarifeinheit. Ich gehe also nicht der Frage nach, ob es nicht andere Lösungsmöglichkeiten gäbe³.

1 BAG 7.7. 2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068 = AP Nr. 140 zu Art. 9 GG mit Anmerkung *B. Schmidt*; Vorankündigung in BAG 27.1.2010 – 4 AZR 549/08 (A), NZA 2010, 645.

2 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 14.12. 2013 S. 50.

3 Siehe dazu etwa den „Professorenentwurf“ von *Bayreuther/Franzen/Greiner/Krause/Oetker/Preis/Rebhahn/Thüsing/Waltermann*, Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, 2011, sowie die Anregungen von *Henssler*, Ende der Tarifeinheit – Eckdaten eines neuen Arbeitskampfrechts, RdA 2011, 65 ff.; *Konzen*, Die Kodifikation der Tarifeinheit im Betrieb, JZ 2010, 1036; *Löwisch*,

Und ich frage auch nicht, ob man nicht auch mit dem *Status quo* leben könnte, weil sich die Probleme in der Praxis vielleicht „von selbst“ zu-rechtrütteln, wie manche meinen⁴. Vom Koalitionsvertrag heißt weiter: Der anwendbare Tarifvertrag bestimmt sich nach dem Mehrheitsprinzip. Ich verhehle nicht, dass ich den sogenannten Spezialitätsgrundsatz vorgezogen hätte: Zum einen gibt er auch kleineren Gewerkschaften ihre Chance, und zum anderen ist viel leichter feststellbar, welcher Tarifvertrag der speziellere ist, als wer die Mehrheit in einem bestimmten Bereich hat. Jedem, der sich noch nicht mit den Tücken der Feststellung der Mehrheit näher befasst hat, empfehle ich den Beitrag von *Bayreuther*⁵ in Heft 24 der NZA aus 2013. Im Übrigen kann „Mehrheit“ sich auf unterschiedliche Ausgangsgrößen beziehen: Im Zusammenhang mit der Auflösung von Tarifpluralität meint Mehrheitsgewerkschaft die Gewerkschaft, die die meisten Mitglieder im Betrieb hat. Im Zusammenhang mit Tarifverhandlungen ist damit die Gewerkschaft gemeint, die die meisten Mitglieder in den Betrieben hat, die in den Geltungsbereich des angestrebten Tarifvertrags fallen. Die Mehrheitsgewerkschaft im Tarifbezirk wird in der großen Mehrzahl der Fälle mit der Mehrheitsgewerkschaft im Betrieb identisch sein. Notwendig ist das nicht.

Dem Spezialitätsgrundsatz wird zuweilen vorgeworfen, dass er schon aus rechtsdogmatischen Gründen ausscheide. Er eigne sich nur zur Auflösung einer Konkurrenz von Normen, die von derselben Normsetzungsinstanz verabschiedet wurden⁶. Dem kann ich nicht folgen. Hier wird aus einer ungeschickten Begrifflichkeit eine unzutreffende Schlussfolgerung gezogen. Angewandt wurde nie der speziellste Tarifvertrag – das wäre der einer sogenannten Spartengewerkschaft gewesen –, sondern der sach-nächste⁷. Das galt schon in der Weimarer Zeit⁸. Aus § 2 Abs. 2 TVVO hatte man explizit den „Primat des Industrietarifs vor dem Fachtarif“⁹ gefolgert.

Tarifeinheit – Was kann und soll der Gesetzgeber tun?, RdA 2010, 263 und Rieble, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, 2010.

- 4 Dazu etwa *Greiner*, Die Ausgestaltung eines „Tarifeinheitgesetzes“ und der Streik am Frankfurter Flughafen, NZA 2012, 529, 530 f.; *Konzen*, JZ 2010, 1036, 1039 f.
- 5 *Bayreuther*, Funktionsfähigkeit eines Tarifeinheitgesetzes in der arbeitsrechtlichen Praxis?, NZA 2013, 1395 ff.
- 6 *Henssler*, RdA 2011, 65, 66; im selben Sinn *Reichold*, Abschied von der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, RdA 2007, 321, 326.
- 7 BAG 5.9.1990 – 4 AZR 59/90, NZA 1991, 202; BAG 20.3.1991 – 4 AZR 455/90, NZA 1991, 736.
- 8 *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 1./2. Aufl. 1930, S. 195, 253 ff.; ausführlich dazu *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 57 ff.
- 9 *Molitor*, Einiges zur Frage der Tarifkonkurrenz, NZfA 1930, Spalte 201, 213.

3. Keine fertigen Lösungen, sondern Anregungen

Dritte und letzte Vorbemerkung: Mein Referat verstehe ich als Impulsreferat. Ich stelle keine fixfertigen Lösungen vor, sondern diskussionsbedürftige Möglichkeiten – und auch die eine oder andere Unmöglichkeit. Ich will Anregungen geben.

II. Koalitionsfreiheit kein Selbstzweck

Lassen Sie mich mit meinem Credo beginnen: Koalitionsfreiheit ist kein Selbstzweck; sie bezweckt nicht die möglichst effiziente Wahrnehmung von Partikularinteressen, sondern sie ist Mittel zum Zweck, nämlich – wie es BVerfG¹⁰ und BAG¹¹ mehrfach ausgedrückt haben – Mittel zu einer sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens¹² oder, in den Worten von *Giesen*, sie ist „auf die effiziente Wahrnehmung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen im Verbund gerichtet“¹³. Welches die Akteure auf diesem Feld sind, zeigt der Untertitel meines Beitrags: der Unternehmer, die Belegschaft und die einzelnen Belegschaftsgruppen. Ihre Interessen sind schnell skizziert: Der Unternehmer möchte und muss eine sinnvolle Personal- und Sozialpolitik betreiben; dazu gehört nicht zuletzt eine sachgerechte Lohnpolitik. Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfe dürfen nicht zu einem kalenderfüllenden Programm werden. Die Belegschaft insgesamt erwartet einen angemessenen Anteil am Ertrag. Und die verschiedenen Belegschaftsgruppen möchten, dass der Kuchen gerecht unter ihnen aufgeteilt wird. Dass die eine oder andere Gruppe davon ausgeht, dass ihr ein größeres Stück zusteht, bedarf keiner großen Begründung.

Alle drei Ziele sind legitim, und alle drei Ziele müssen in die Ausgestaltung einer Regelung zur Auflösung von Tarifmehrheiten einfließen.

Während Ziel Nr. 2 – angemessene Beteiligung der Arbeitnehmer am Ertrag – Gegenstand der Tarifautonomie ist und Ziel Nr. 3 Gegenstand der Auseinandersetzungen um Tarifeinheit und Tarifpluralität sowie um die Ausgestaltung eines Tarifeinheitsgesetzes, herrscht zu Ziel Nr. 1 – die Möglichkeit für den Unternehmer, eine sinnvolle Personal- und Sozialpolitik zu betreiben – ein fast unheimliches Schweigen. Dabei sollte man doch meinen, dass Kern und Ziel der Tarifautonomie eben die sinnvolle

10 BVerfG 18.11. 1954 – 1 BvR 629/52, NJW 1954, 1881; BVerfG 6.5. 1964 – 1 BvR 79/62, NJW 1964, 1267; BVerfG 20.10. 1981 – 1 BvR 404/78, AP Nr. 31 zu § 2 TVG.

11 BAG 9.6. 1982 – 4 AZR 274/81, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Durchführungspflicht; BAG 21.12. 1982 – 1 AZR 411/80, AP Nr. 76 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 25.9. 1987 – 7 AZR 315/86, AP Nr. 1 zu § 1 BeschFG 1985.

12 Siehe auch § 1 Satz 2 AEntG vom 20.4. 2009, BGBl. I 2009, S. 799.

13 *Giesen*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, 1, 39.

Gestaltung des Arbeitslebens ist. Dazu gehört nicht zuletzt die Möglichkeit, ein Entgeltsystem zu schaffen, das, soweit möglich, auf sachgerechten Kriterien beruht. Ich denke – oder hoffe zumindest –, wir können Einigkeit darüber erzielen, dass kein sachgerechtes Kriterium die stärkere Durchsetzungsfähigkeit einer Gruppe ist.

Zur Illustration ein Beispiel, das viele von Ihnen kennen: die Eingruppierung der Lokführer in das Tarifsysteem der Bahn. Die Lokführer waren seinerzeit in die Gruppe der Handwerker eingestuft. Ihre Forderung war 2003 eine Höhergruppierung, gegen die die Bahn sich wehrte. Das Argument der Bahn: Im Gegensatz zu früher müssten die Lokführer nicht mehr Handwerker sein, die überdies eine Zusatzausbildung benötigten. Es genüge eine Anlernausbildung. Ein Rekurs auf die hohe Verantwortung – „Piloten der Schiene“ – könne das nicht ausgleichen. Diese Argumentation musste im Gegenteil die Busfahrer auf den Plan rufen, die eine Gruppe unterhalb der Lokführer eingestuft waren. Ihr Argument: Lokführer trügen zwar eine erhebliche Verantwortung, sie führen aber sozusagen immer geradeaus, niemand kann ihnen auf der Schiene ins Gehege kommen. Die Busfahrer dagegen müssten nicht nur selbst die Spur halten, sondern auch noch auf den Verkehr rechts und links, auf den Vorder- und Hintermann achten. Sicher gibt es kein wirklich objektives Entgeltsystem; gesellschaftliche Anschauungen, die Marktsituation fließen immer mit ein. Selbst eine summarische oder eine analytische Arbeitsbewertung, etwa nach dem Genfer Schema, eröffnet Bewertungsspielräume. Für die Akzeptanz und für die Wahrung des Friedens in der Belegschaft ist es aber doch ein Unterschied, ob man versucht, ein Lohn tableau nach rationalen Kriterien zu entwickeln, oder ob die Vergütung sich rein aus einer Machtstellung ergibt.

Merkwürdigerweise wird gerade dieser Gesichtspunkt bei allen Bemühungen, Folgen und Nebenwirkungen der Tarifpluralität in Grenzen zu halten, ausgeblendet. Immer wieder liest man stattdessen, das Nebeneinander verschiedener Tarifverträge lasse sich mit einer guten Software ohne weiteres lösen. Das ist aber nicht das Problem. Es geht nicht um die technische Möglichkeit, mehrere Tarifverträge nebeneinander anzuwenden, wie etwa *Henssler*¹⁴ jüngst noch gemeint hat, sondern es geht um die Möglichkeit, ein stimmiges System zu schaffen, wie es *Henssler*¹⁵ selbst als einer der ganz wenigen gesehen und ein paar Seiten weiter dargestellt hat:

14 *Henssler*, RdA 2011, 65, 67; im selben Sinn *Bayreuther*, Tarifpluralitäten und -konkurrenzen im Betrieb, NZA 2007, 187, 188; *Giesen*, ZfA 2011, 1, 6; *Löwisch*, RdA 2010, 263, 264; *Wendeling-Schröder*, Ein oder mehrere Tarifverträge im Betrieb?, AuR 2000, 339, 341.

15 *Henssler*, RdA 2011, 65, 73.

„In einem widerspruchsfreien System kann nicht einerseits durch § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit als zentrale kollektiv-arbeitsrechtliche Aufgabe hervorgehoben, andererseits aber im Tarifvertragsrecht einem Gruppeninteresse der Vorrang eingeräumt werden. Das bedeutet, dass das Gruppeninteresse zwar in den Lohnfindungsprozess eingebracht werden muss, dass es aber im Konfliktfall im Interesse eines funktionsfähigen Tarifsystems hinter das Gemeinschaftsinteresse der Gesamtbelegschaft zurückzutreten hat. Hierbei handelt es sich um ein Essentiale demokratischer Spielregeln in einem Kollektiv. Der zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie aufgerufene Gesetzgeber ist meines Erachtens sogar verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, die eine Störung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit durch übermäßig mächtige Gruppeninteressen zu verhindern.“

Dem ist nichts hinzuzufügen.

Statt dass man sich also Gedanken über die Lösung dieses Problems macht, kreisen die Überlegungen immer wieder um die Frage, wie sich ständige Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfe verhindern lassen. Der 4. Senat des BAG sah das Problem sogar nur beim Arbeitskampf¹⁶. Man versucht, das Pferd sozusagen vom Schwanz her aufzuzäumen. Sicher muss man sich Gedanken machen über einen brauchbaren Weg zu einem Tarifabschluss. Wenn man selbst einmal für die Personalpolitik eines Unternehmens verantwortlich war, weiß man, welche Folgen Arbeitskämpfe allein schon für das Betriebsklima haben können. Entscheidend ist aber doch das Ziel. Der Weg muss geeignet sein, sachgerechte Ergebnisse herbeizuführen. Das ist nur schwer vorstellbar, wenn mehrere Akteure unkoordiniert nebeneinander tätig werden können. Deshalb hilft auch der Vorschlag einer „dynamischen Tarifeinheit im Überschneidungsbereich“ nicht weiter, mit dem *Greiner*¹⁷ das Problem in den Griff bekommen will. Letztlich geht *Greiner* trotz der suggestiven Benennung von einer unkoordinierten Tarifpluralität aus.

III. Andere Wege zur Tarifeinheit?

Bevor ich zu einem Vorschlag für eine Tarifeinheitsregelung komme, ein paar Worte zu anderen Wegen, die ebenfalls zur Tarifeinheit führen könnten:

Wir haben kein Koalitionsgesetz, in dem die Voraussetzungen für die Gewerkschaftseigenschaft und Vorgaben für die innergewerkschaftliche Struktur gemacht würden. In den 1970er Jahren ist zwar ausgiebig darüber diskutiert worden, zu einem Ergebnis ist es aber nicht gekommen¹⁸. Denkbar wäre es, die Tariffähigkeit davon abhängig zu machen, dass die

¹⁶ Ebenso etwa *Henssler*, RdA 2011, 65, 66 mit weiteren Nachweisen (Fn. 35).

¹⁷ *Greiner*, zuletzt in NZA 2012, 529, 533 f.

¹⁸ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 404 mit Nachweisen.

Koalition die Belegschaftsstruktur in ihrem Organisationsbereich abbildet¹⁹. Das wäre jedoch ein nicht unerheblicher Eingriff in die Organisations- und Koalitionsfreiheit²⁰. Ich will den Ansatz deshalb nicht weiterverfolgen. Hinweisen möchte ich aber darauf, dass das BVerfG²¹ 1954 erkannt hat, dass die Versagung der Tariffähigkeit für gemischt-fachliche Arbeitgeberverbände nicht gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoße, weil sich aus der Tariffähigkeit gemischt-fachlicher Organisationen und der damit verbundenen Tarifüberschneidung und Unübersichtlichkeit der Tariffbeteiligung (Tarifkonkurrenz) erhebliche Missstände und Schwierigkeiten ergäben. In der Begründung hieß es unter anderem: Es kann

„nicht der Sinn der in Art. 9 III Grundgesetz gewährleisteten Koalitionsfreiheit sein, dass der Gesetzgeber schlechthin jede Koalition zum Abschluss von Tarifverträgen zulassen, also als tariffähig behandeln muss. Geht man nämlich davon aus, dass einer der Zwecke des Tarifvertragssystems ‚eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens (im Original gesperrt), insbes. der Lohngestaltung‘ sein soll, so müssen die sich aus diesem Ordnungszweck ergebenden Grenzen der Tariffähigkeit auch im Rahmen der Koalitionsfreiheit wirksam werden.“

1978, als das BAG²² die Gewerkschaftseigenschaft generell von der Durchsetzungsfähigkeit einer Koalition abhängig machte, leitete das Gericht seine Entscheidung aus der

„besonderen im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe und dem diesbezügl. Zweck der Tarifautonomie (ab), den von der staatlichen Rechtsordnung freigelassenen Raum des Arbeitslebens im einzelnen durch Tarifverträge sinnvoll auszufüllen und letztl. die Gemeinschaft sozial zu befrieden.“

Eine nicht so weit gehende Variante wäre es, den Koalitionen eine Organisationsstruktur aufzugeben, die sicherstellt, dass die von ihnen vertretenen Arbeitnehmergruppen in ihrer Tarifpolitik angemessen vertreten werden, also eine innerverbandliche Repräsentation. Eine solche Lösung hätte den Charme, dass die Auseinandersetzungen zwischen den Arbeitnehmergruppen dorthin verlagert würden, wo sie eigentlich hingehören, nämlich in die Arbeitnehmerorganisationen. Auch Vorgaben für die interne Struktur müssen sich aber an Art. 9 Abs. 3 GG messen lassen. Hier kann man nur auf die Kraft des Faktischen vertrauen. Die Entstehung der Spartengewerkschaften ist ja nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass de-

19 Greiner, NZA 2012, 529, 534, erwägt, die Tariffähigkeit davon abhängig zu machen, dass eine Koalition „ein bestimmtes Quorum von Arbeitnehmern im Bereich der räumlichen beziehungsweise branchenbezogenen Tarifzuständigkeit erfasst“.

20 Rieble (Fn. 3), S. 25.

21 BVerfG 18.11. 1954 – 1 BvR 629/52 (Fn. 10).

22 BAG 14.3. 1978 – 1 ABR 2/76, AP Nr. 30 zu § 2 TVG; im Ergebnis ebenso BVerfG 20.10. 1981 – 1 BvR 404/78 (Fn. 10).

ren Mitglieder sich von den Branchengewerkschaften nicht hinreichend vertreten gefühlt haben.

IV. Schutz von Minderheitsinteressen bei Tarifeinheit

Damit kommt man zurück zur Gewerkschafts- und Tarifpluralität und zur Notwendigkeit der Abmilderung ihrer negativen Auswirkungen, die die Große Koalition durch die Wiederherstellung des Grundsatzes der Tarifeinheit vornehmen will. Bei der Ausgestaltung einer Tarifeinheitsregelung wird es vor allem darum gehen, deren Folgen für die Verlierer – die Gewerkschaften, die mit ihren Tarifverträgen nicht zum Zuge kommen, und deren Mitglieder – zu minimieren. Meines Erachtens geschieht das am besten dadurch, dass man sie in die Tarifverhandlungen mit der Mehrheitsgewerkschaft einbindet. Das wiederum kann auf zweierlei Weise geschehen: unmittelbar, indem man die konkurrierenden Gewerkschaften zu gemeinsamen Verhandlungen und Aktionen zu bewegen sucht, oder mittelbar auf dem Umweg über den Arbeitgeber.

1. Durch Verpflichtung zur Zusammenarbeit?

Vor einigen Jahren habe ich einmal ein Modell vorgeschlagen, das die interessierten Gewerkschaften unmittelbar zu gemeinsamen Verhandlungen und Aktionen zusammenzuführen versuchte²³. Dahinter stand der Gedanke, dass der Verteilungsstreit zwischen den Arbeitnehmern nicht eigentlich Aufgabe der Tarifverhandlungen ist. Es ist eine Auseinandersetzung der Arbeitnehmer untereinander. Der Arbeitgeber ist – anders als bei der Gewährung von betrieblichen Sozialleistungen – nicht der eigentliche Akteur. *Ergo* sollte er auch nicht mit den Folgen belastet werden. Der Gedanke zu dem Modell war 2003 bei den Tarifverhandlungen zwischen der Bahn und ihren drei Gewerkschaften entstanden. Über das Tarifiergebnis waren sich die große TRANSNET und die kleinere GdBA mit der Bahn damals längst einig. Nur der charismatische Führer der GdL wollte eine Sonderregelung für seine Lokführer. Wir hatten seinerzeit die Schlichtung zwischen Bahn und Gewerkschaften Schlichtung sein lassen und haben stattdessen zwischen den Gewerkschaften geschlichtet. Immerhin hat das für einige Jahre zu Tariffrieden geführt.

Ich will den Entwurf nur kurz skizzieren. Ausgangspunkt war: ein Betrieb, ein Tarifvertrag. Davon sollte es eine Ausnahme geben für einen Tarifvertrag, der nach § 4 Abs. 5 TVG oder nach § 613 Abs. 1 Satz 2 BGB nachwirkte. Die Ausnahmen entsprachen der Rechtsprechung²⁴. Sie schienen mir

23 Hromadka, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Tarifkollision, NZA 2008, 384.

24 BAG 28.5.1997 – 4 AZR 546/95, AP Nr. 26 zu § 4 TVG Nachwirkung; BAG 21.2.2001 – 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318.

hinnehmbar, weil es sich um Besitzstandsregelungen handelte, die auch sonst im Arbeitsleben üblich sind. Anwendbar sein sollte der sachnächste Tarifvertrag, hilfsweise der, an den die meisten Arbeitnehmer im Betrieb gebunden waren. Kernstück war das Recht der Gewerkschaften, deren Tarifvertrag verdrängt würde, Teilnahme an den Verhandlungen der Gewerkschaft, deren Tarifvertrag im Erfolgsfall anwendbar wäre, zu verlangen. Beide Gewerkschaften sollten zu konstruktiver Zusammenarbeit verpflichtet werden. Könnten Sie sich über die Verhandlungsstrategie nicht einigen, sollte eine Schlichtungskommission verbindlich entscheiden. Ein Arbeitskampf um einen Tarifvertrag, der nicht anwendbar wäre, sollte unzulässig sein. Mitglieder einer Gewerkschaft, deren Tarifvertrag verdrängt würde, sollten verlangen können, so behandelt zu werden wie die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft.

Der Vorschlag, Minderheitsgewerkschaften auf dem Weg einer obligatorischen Tarifgemeinschaft in die Tarifverhandlungen einzubinden, ist nicht auf Gegenliebe gestoßen²⁵. In der Tat ist es schwer, aus Konkurrenten Kombattanten zu machen, wenn sie das nicht wollen. Ich würde heute selbst einen anderen Weg vorziehen, nämlich eine Beteiligung der Minderheitsgewerkschaften auf dem Umweg über den Arbeitgeber. Das gilt sowohl für die Konkurrenz zweier Branchengewerkschaften in einem Betrieb als auch für die Konkurrenz einer Branchengewerkschaft mit einer Spartengewerkschaft.

2. Durch Indienstnahme des Arbeitgebers?

Für den Weg über den Arbeitgeber kann man sich zwei Modelle vorstellen: Das eine möchte ich das deutsche Modell nennen, das andere das anglo-amerikanische.

a) Das deutsche Modell

Das deutsche Modell entspricht in seinen Grundzügen der bisherigen Praxis: Jede Gewerkschaft kann den Arbeitgeber jederzeit zu Tarifverhandlungen auffordern, und sie kann für ihre Forderungen, sofern für sie keine Friedenspflicht besteht, streiken. Kommt es zu mehreren einander überschneidenden Tarifverträgen, dann soll nur einer gelten; nach bisheriger Rechtsprechung der sachnächste, nach den Vorstellungen der Koalitionäre der mit der Gewerkschaft, die in dem Betrieb die meisten Mitglieder hat – ein aufwendiges Verfahren, wenn man bedenkt, dass man im Allgemeinen von vornherein weiß, dass einer der Tarifverträge nicht anwendbar ist, und wenn man außerdem weiß, welcher Tarifvertrag das sein wird. Der Aufwand wird aber in Kauf genommen, denn das Verfahren tut der Koalitionsfreiheit scheinbar am wenigsten Abbruch. Jede der Gewerkschaften

25 Konzen, JZ 2010, 1036, 1043 f.; Giesen, ZfA 2011, 1, 32 mit Nachweisen.

kann Tarifverhandlungen führen, und jede Gewerkschaft kann einen Tarifvertrag erkämpfen. Nur ist er halt leider nicht anwendbar. BDA und DGB wollen Arbeitskämpfe von Minderheitsgewerkschaften während der Dauer der Friedenspflicht aus dem Tarifvertrag mit der Mehrheitsgewerkschaft ausschließen. Auch wenn damit nur ein letztlich nutzloser Arbeitskampf untersagt wird, den man aus guten Gründen für unverhältnismäßig halten kann²⁶ – mit der Einschränkung des Streikrechts wird an einer der Grundfesten des gewerkschaftlichen Selbstverständnisses gerüttelt. Fraglich ist, wie weit die Friedenspflicht reichen soll. *Löwisch*²⁷ meint: nur soweit die Forderung denselben Gegenstand betrifft. In Deutschland haben wir aber in aller Regel Tarifwerke, die ein geschlossenes Ganzes bilden; außerdem kann man eine Lohnerhöhung auch dadurch anstreben, dass man ein Weihnachtsgeld verlangt, das es in dem Tarifbezirk noch nicht gibt.

Eine gesetzliche Regelung der Tarifeinheit im Sinne der großkoalitionären Vorstellungen müsste mit dem Grundsatz beginnen, dass bei Tarifpluralität nur der Tarifvertrag mit der Mehrheitsgewerkschaft gilt. Theoretisch kann auch eine Spartengewerkschaft Mehrheitsgewerkschaft in einem Betrieb sein. Deren Tarifvertrag wird dann kaum auf die übrigen Arbeitsverhältnisse passen. Der Grundsatz der Sachnähe hatte den Vorteil, dass er die Anwendung eines Berufsgruppentarifvertrags auf die übrigen Arbeitsverhältnisse *per se* ausschloss. Ein Branchentarifvertrag galt immer als sachnäher als ein Tarifvertrag mit einer Berufsgewerkschaft. Das ist beim Mehrheitsprinzip nicht selbstverständlich. Man wird hier aber auf die Kraft des Faktischen vertrauen können. In aller Regel wird die Mehrheitsgewerkschaft auch die sein, deren Tarifvertrag oder Tarifforderung die Tätigkeitsstruktur im Betrieb am vollständigsten abbildet. Wer Zweifel hat, müsste das in das Gesetz hineinschreiben. Er könnte sich eines Aufschreis der Berufsgruppengewerkschaften sicher sein.

Von dem Grundsatz, dass nur der Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft gelten soll, würde ich eine Ausnahme machen bezüglich von Arbeitnehmern, die nicht in den persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Hierbei denke ich insbesondere an den AT-Bereich²⁸. Die Ausnahme rechtfertigt sich daraus, dass die Personalpolitik für diesen Personenkreis sich im Zweifel von der für die übrigen Arbeitnehmer unterscheidet und dass es hier nicht zu einer Überschneidung von Tarifverträgen kommen kann. Zuständig wäre dann die Gewerkschaft, die unter den betreffenden Arbeitnehmern die meisten Mitglieder hat. Zu überlegen wäre, ob man

²⁶ Dazu *Rieble* (Fn. 3), S. 43 ff. mit Nachweisen.

²⁷ *Löwisch*, RdA 2010, 263, 266.

²⁸ Ähnlich *Löwisch*, RdA 2010, 263, 265 unter Verweis auf das französische Modell (Art. L 2232-7 Code du Travail).

Arbeitgeber und Mehrheitsgewerkschaft nicht im Wege einer Sollvorschrift aufgibt, dass sie Arbeitnehmer mit Arbeitsbedingungen, die sich erheblich von denen der anderen Arbeitnehmer abheben, vom persönlichen Geltungsbereich ausnehmen, zumindest, wenn diese Arbeitnehmer mehrheitlich in einer anderen Gewerkschaft organisiert sind.

Lässt man Tarifverträge außerhalb des persönlichen Geltungsbereichs des Mehrheitstarifvertrags zu, scheint mir für die generelle Zulassung „freiwilliger“ („gewillkürter“) Tarifverträge²⁹ kaum noch Bedarf zu bestehen. Ich kann mir nicht recht vorstellen, dass ein Arbeitgeber für unterschiedlich organisierte Arbeitnehmer freiwillig unterschiedliche Bedingungen vereinbart. Allerdings bestehen dagegen auch keine durchschlagenden Bedenken. Missbrauchsfälle kann man der Rechtsprechung überlassen.

Da Tarifverträge von Minderheitsgewerkschaften – von dem erwähnten Ausnahmefall abgesehen – nach dem Grundsatz der Tarifeinheit von dem Tarifvertrag mit der Mehrheitsgewerkschaft verdrängt werden, sollten Minderheitsgewerkschaften zum Ausgleich dafür das Recht haben, sich an den Tarifverhandlungen der Mehrheitsgewerkschaft zu beteiligen. Sieht man eine wie immer geartete verbindliche Zusammenarbeit der konkurrierenden Gewerkschaften nicht als sinnvoll an, dann kommt eine Beteiligung nur auf dem Umweg über den Arbeitgeber in Betracht. Man muss der Minderheitsgewerkschaft dann das Recht geben, dem Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit den Tarifverhandlungen mit der Mehrheitsgewerkschaft Forderungen für die von ihnen vertretenen Arbeitnehmer vorzutragen. Der Arbeitgeber müsste verpflichtet sein, diese Forderungen zum Gegenstand der Tarifverhandlungen mit der Mehrheitsgewerkschaft zu machen, und er sollte weiter verpflichtet sein, die Minderheitsgewerkschaften jeweils zeitnah über den Stand und das Ergebnis der Tarifverhandlungen zu unterrichten³⁰.

Pate für diesen Vorschlag stehen die Tarifverhandlungen, die früher in der chemischen Industrie zwischen dem zuständigen Arbeitgeberverband auf der einen und IG Chemie und DAG auf der anderen Seite geführt wurden. Die Tarifverhandlungen mit diesen beiden Gewerkschaften wurden zeitgleich am selben Ort geführt. Die Verhandlungskommission für die kleinere Gewerkschaft – das war die DAG – war Teil der Tarifkommission, die mit der IG Chemie verhandelte. Von Zeit zu Zeit wurden die Verhandlungen

29 Etwa *Henssler*, RdA 2011, 65, 67; *Konzen*, JZ 2010, 1036, 1038 f.; *Rieble*, Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zur Regelung der Tarifeinheit, 2010, S. 100 Rn. 297 f.; *Schliemann*, Tarifikollision – Ansätze zur Vermeidung und Auflösung, NZA 2000 Sonderbeilage zu Heft 24, S. 24, 32; dagegen *Reichold*, RdA 2007, 321, 325 f.

30 Ähnlich *Henssler*, RdA 2011, 65, 72.

gen mit der IG Chemie unterbrochen, die Kommission unterrichtete die DAG über den Stand der Verhandlungen mit der IG Chemie und nahm die Reaktionen der DAG entgegen, die dann wieder in die Verhandlungen mit der IG Chemie eingebracht wurden.

Die Verpflichtung, Minderheitsgewerkschaften in die Tarifverhandlungen einzubeziehen, könnte dadurch sanktioniert werden, dass ein ohne Beteiligung der Minderheitsgewerkschaft abgeschlossener Tarifvertrag unwirksam ist³¹.

Darüber hinaus könnte man die Position der Minderheitsgewerkschaften dadurch stärken, dass man einem Arbeitskampf verbindlich eine Schlichtung vorschaltet³². Eigentlich „gilt“ das Schlichtungsgebot vor einem Arbeitskampf heute schon. Der Große Senat³³ hat die Schlichtungsobliegenheit, die er 1971 für notwendig gehalten hat, nie ausdrücklich aufgegeben. In der Schlichtungskommission sollten auf Arbeitnehmerseite auch die interessierten Minderheitsgewerkschaften mitwirken können. Dort könnte es dann zu einer unmittelbaren Diskussion zwischen allen Beteiligten kommen. Allerdings könnte man den Minderheitsgewerkschaften kein Stimmrecht geben. Sähe man nämlich für die Entscheidung der Schlichtungskommission Einstimmigkeit vor, dann könnten Minderheitsgewerkschaften ihre Vorstellungen durchsetzen oder die Schlichtung scheitern lassen; entschiede man sich für eine einfache Mehrheit, dann könnte eine Minderheitsgewerkschaft zusammen mit der Arbeitgeberseite die Mehrheitsgewerkschaft überstimmen. Den Schlichtern könnte man aufgeben, die Interessen der Minderheitsgewerkschaften und ihrer Mitglieder angemessen zu berücksichtigen³⁴. Der Schlichterspruch sollte – wie heute auch – unverbindlich sein. Er sollte seine befriedende Wirkung durch die Einbindung aller Parteien und durch die Überzeugungskraft der Schlichter entfalten.

Die Bestimmungen aus dem anwendbaren Tarifvertrag sollten auch für die Mitglieder der Gewerkschaften gelten, die sich an den Verhandlungen beteiligt haben. Es reicht nicht aus, wenn man den Minderheitsgewerkschaften nur das Recht gibt, das Verhandlungsergebnis im Wege eines Anschlusstarifvertrags zu übernehmen³⁵, oder ihren Mitgliedern das Recht, Ansprüche aus dem anwendbaren Tarifvertrag geltend zu machen. Ein Tarifvertrag kann durchaus auch Verpflichtungen begründen; man denke nur an einen Sanierungstarifvertrag. Die Bindung von Nichtmitgliedern an den Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft ist im Hinblick auf die Koali-

31 *Henssler*, RdA 2011, 65, 72.

32 *Henssler*, RdA 2011, 65, 72.

33 BAG GS 21.4. 1971 – GS 1/68, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

34 *Giesen*, ZfA 2011, 1, 34.

35 So aber *Henssler*, RdA 2011, 65, 72.

tionsfreiheit der Mitglieder dieser Gewerkschaft sicher heikel. Sie lässt sich aber daraus rechtfertigen, dass ihre Gewerkschaft sich an den Tarifverhandlungen beteiligt hat. In der Praxis wird die Frage keine Rolle spielen, weil der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag im ureigensten Interesse auf den Mehrheitstarifvertrag Bezug nehmen wird.

b) Das angloamerikanische Modell

Lassen Sie mich noch kurz ein Modell skizzieren, das dem angloamerikanischen Recht³⁶ nachempfunden ist³⁷. Das angloamerikanische Recht ist hinsichtlich des Wegs zur Tarifeinheit in der *bargaining unit* pragmatischer als das deutsche. Nach dem angloamerikanischen Recht braucht der Arbeitgeber sich von vornherein nur auf Verhandlungen mit der Gewerkschaft einzulassen, deren Tarifvertrag später anwendbar sein wird. Verhandlungen mit zwei oder mehr Gewerkschaften muss er nur führen, wenn diese bereit sind, in einer Art und Weise zusammenzuarbeiten, die stabile und effektive Tarifvereinbarungen sichert, und wenn sie beide bereit sind, auf Wunsch des Arbeitgebers eine Vereinbarung über den Ablauf der Verhandlungen zu treffen³⁸. Der aufwendige Umweg über einen Tarifvertrag, der dann doch nicht anwendbar ist, wird also vermieden. Der Haken dabei ist, dass man damit implizit den anderen Gewerkschaften das Streikrecht für einen eigenen Tarifvertrag nimmt. Lässt man nur die Mehrheitsgewerkschaft zu Tarifverhandlungen zu, dann kann nur für den von dieser Gewerkschaft angestrebten Tarifvertrag gestreikt werden. Mitglieder von Minderheitsgewerkschaften könnten sich allenfalls an Arbeitskämpfen der Mehrheitsgewerkschaft beteiligen.

Auch bei diesem Modell könnte und müsste man eine ähnliche Möglichkeit der Beteiligung an den Verhandlungen der Mehrheitsgewerkschaft wie bei dem deutschen Modell vorsehen. Darüber hinaus könnte man – wie im angloamerikanischen Recht³⁹ – die negativen Folgen für die Minderheitsgewerkschaften abmildern, indem man etwa bestimmte:

„Eine Minderheitsgewerkschaft kann den Arbeitgeber zu Tarifverhandlungen auffordern, wenn die Mehrzahl der Arbeitnehmer eines Tarifbezirks sie in einer geheimen Abstimmung dazu ermächtigt. Eine solche Gewerkschaft kann eine Abstimmung verlangen, wenn sie nachweist, dass ihr mindestens x % der Arbeitnehmer des Tarifbezirks angehören, und wenn anzunehmen ist, dass die

36 United States Code (U.S.C.) § 159 NLRA, dazu *Bayreuther*, Gewerkschaftspluralität im amerikanischen Tarifrecht: Warnung oder Vorbild für das deutsche Arbeitsrecht?, ZfA 2009, 747 ff.; Employment Relations Act vom 27.7.1999 (ERA 1999), dazu *Junker*, Grundfragen der Tarifeinheit in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ZfA 2011, 299, 305 ff.

37 Zum Folgenden *Hromadka*, in: Gedächtnisschrift Heinze, 2005, S. 383, 389 ff.

38 ERA 1999, Schedule 1, Paragraph 37 (2).

39 ERA 1999, Schedule 1, Paragraphs 36, 29.

Mehrzahl der Arbeitnehmer in diesem Tarifbezirk mit Verhandlungen durch sie einverstanden ist.“

Mit einer solchen Lösung hätten auch kleinere Gewerkschaften – in Ausnahmefällen sogar Berufsgruppengewerkschaften – ihre Chance. Die Bindung an das Votum der Belegschaft bietet überdies den Vorteil, dass die Tarifforderungen sich mit einiger Wahrscheinlichkeit an den Interessen der Arbeitnehmer im betreffenden Tarifbezirk ausrichten würden. Dem stehen allerdings schwerwiegende Nachteile gegenüber. Das angloamerikanische Verfahren ist auf Haustarifverträge zugeschnitten. Zwar kann man auch nach angloamerikanischem Recht andere Verhandlungseinheiten festlegen. Das setzt aber, wenn Arbeitgeber und Gewerkschaft sich nicht einigen können⁴⁰, ein Verfahren zur Festlegung der Verhandlungseinheiten voraus. In Großbritannien entscheidet das Central Arbitration Committee⁴¹, wobei die Vorgabe gilt, dass die Bedürfnisse der Einheit mit den Bedürfnissen einer effektiven Unternehmensführung in Einklang zu bringen sind⁴². Schwerer wiegt, dass das angloamerikanische Tarifsysteem mit unserem Tarifrecht und mit der überkommenen Tarifpolitik in Deutschland nur schwer in Einklang gebracht werden kann. Üblicherweise gibt es bei uns in einem Tarifgebiet nicht nur einen Tarifvertrag, sondern ein Tarifwerk. Was geschieht mit den Tarifverträgen, über die nicht verhandelt wird? Bleiben sie erhalten? Wie wird Vereinbarkeit sichergestellt? Wie weit reicht die Tarifmacht der obsiegenden Gewerkschaft? Für wen gelten die Bedingungen, die sie ausgehandelt hat? Wie lange hat sie „Konkurrenzschutz“? Wollte man einem solchen Modell nähertreten, dann bedürfte es eines umfangreichen Normenwerks. Der britische Gesetzgeber hat nicht weniger als 172 Paragraphen gebraucht, um alle diese Fragen zu regeln. Bei uns müsste die Regelung überdies in das traditionelle deutsche Tarifsysteem eingepasst werden.

3. Durch den Betriebsrat?

Zum Schluss noch eine Variante, die – so fürchte ich – bei den Verbänden auf beiden Seiten blankes Entsetzen hervorrufen wird. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat der Betriebsrat bekanntlich ein Mitbestimmungsrecht bei der Lohngestaltung. Dazu gehört unter anderem die Bildung von Entgeltgruppen und damit die Verteilung der Entgeltsumme auf die Belegschaftsmitglieder. Dieses Mitbestimmungsrecht zediert, wenn die Tarifvertragsparteien, wie üblich, tarifliche Entgeltgruppen bilden. Vorstellbar wäre nun, dass man dem Betriebsrat die Kompetenz zur Aufteilung des Entgelts überträgt und die Tarifvertragsparteien auf die Vereinbarung

40 ERA 1999 Schedule A 1, Paragraph 10 (1).

41 ERA 1999 Schedule A 1, Paragraph 11.

42 ERA 1999 Schedule A 1, Paragraph 19 (3).

eines „Topfes“ beschränkt. Damit wäre das Verteilungsproblem sozusagen neutralisiert; die Minderheitsgewerkschaften brauchten nicht zu befürchten, dass die Mehrheitsgewerkschaften ihre Mitglieder benachteiligen. Eine solche Lösung würde aber nicht nur tief in die seit dem 1. Weltkrieg etablierte Kompetenzverteilung zwischen Gewerkschaften und Betriebsräten eingreifen, sie wäre auch verfassungswidrig. Ich will deshalb gar nicht näher darauf eingehen.

V. Schlussbemerkung

Meine Damen und Herren, damit will ich es bewenden lassen. Sie haben es schon bemerkt: Den Stein der Weisen habe ich auch nicht gefunden. Jede neue Variante, die ich Ihnen vorträge, würde neue Einwände hervorrufen – zu Recht. Ich hatte seinerzeit davor gewarnt, den Grundsatz der Tarifeinheit aufzugeben, nicht zuletzt deshalb, weil mir klar war, dass es schwer würde, Ersatz zu schaffen⁴³. Es geht um die Regelung eines äußerst komplexen Sachverhalts, bei der jedes Detail das Machtgefüge der Akteure verschiebt. Der Gesetzgeber ist um seine Aufgabe nicht zu beneiden. Ich kann nur wiederholen, was ich anfangs gesagt habe: Betrachten Sie meine Ausführungen als diskussionsbedürftige Anregungen, als Versuch, das für Unternehmen wie Volkswirtschaft Notwendige mit dem für die einzelnen Belegschaftsgruppen und ihre Gewerkschaften Wünschbaren in Einklang zu bringen, und bedenken Sie bitte dabei: Die Quadratur des Dreiecks ist mit ein paar Pinselstrichen nicht zu haben.

43 Hromadka, Tarifeinheit bei Tarifpluralität, Gedächtnisschrift Heinze, 2005, S. 383, 392 f.

Betriebsweite Verbindlichkeit von Tarifverträgen als Lösung der Tarifeinheit?

Martin Franzen

Seite

I. Das Regelungsproblem.....	33
1. Bedürfnis nach einheitlicher Geltung eines Tarifvertrags in einer bestimmten Organisationseinheit.....	33
2. Dogmatische Verortung des Regelungsproblems im deutschen TVG: Die Unterscheidung von Tarifpluralität und Tarifkonkurrenz.....	34
II. Tarifeinheit und mitgliedschaftliche Anknüpfung der Tarifwirkungen nach geltendem Recht.....	35
III. Tarifeinheit und betriebsweite Verbindlichkeit von Tarifverträgen beim tarifgebundenen Arbeitgeber	37
IV. Einwände	38
1. Legitimation der Wirkungen des Tarifvertrags.....	38
a) Keine Legitimation durch rechtsgeschäftlichen Verbandsbeitritt der Arbeitnehmer.....	38
b) Vergleich mit der geltenden und üblichen Bezugnahmepraxis.....	39
c) Schutzfunktion des Tarifvertrags.....	39
d) Verfassungsrechtlich ausreichende Legitimationsbrücke	40
e) Exkurs: Das Konzept Kamanabrous (eingeschränkte Erga-Omnes-Wirkung).....	41
2. Beschäftigungschancen von Außenseiter-Arbeitnehmern	41
3. Wegfall von Anreizen zum Gewerkschaftsbeitritt.....	42
4. Offene Fragen	43
a) Arbeitskampfrecht.....	43
b) Schutz der Minderheit in einer Gewerkschaft	44

V. Kollisionsregeln	45
VI. Unterschied der beiden Regelungsmodelle – betriebsweite Ver- bindlichkeit von Tarifverträgen und geltendes Tarifrechtssystem – in Bezug auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Tarifeinheit	45
VII. Zusammenfassung	48
Anhang	49
Diskussion	51

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Neue Tarifrechtspolitik?* (München 2014), S. 31-50

I. Das Regelungsproblem

1. Bedürfnis nach einheitlicher Geltung eines Tarifvertrags in einer bestimmten Organisationseinheit

Nach der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch die Rechtsprechung des BAG im Jahr 2010¹ wurden bereits einige Konzeptionen entwickelt, die auf die Wiedereinführung des Grundsatzes der Tarifeinheit zielen – manche unter ihnen sogar in Form ausgearbeiteter Gesetzesvorschläge². Diesen möchte ich einen weiteren Vorschlag hinzufügen, der im Anhang abgedruckt ist.

Worin besteht das Regelungsproblem? Weshalb gibt es ein Bedürfnis, in bestehenden Organisationseinheiten möglichst nur ein Tarifwerk anzuwenden? Die frühere Rechtsprechung hat zur Begründung des Grundsatzes der Tarifeinheit häufig auf praktische Schwierigkeiten der Anwendung sich überschneidender Tarifwerke für dieselben Arbeitnehmergruppen verwiesen³. Heute wird vor allem die Gefahr zeitlich versetzter Streiks verschiedener Berufsgruppen und Gewerkschaften genannt. Schließlich soll die Tarifeinheit der Segmentierung der Belegschaft in verhandlungsstarke und verhandlungsschwache Arbeitnehmergruppen und damit der Entsolidarisierung dieser Arbeitnehmergruppen entgegenwirken⁴.

Dieses Regelungsproblem als solches ist kein spezifisch deutschrechtliches. Vielmehr existiert es in allen Rechtsordnungen, in denen Gewerkschaften frei gebildet werden können – und das sind aufgrund der internationalen Vorgaben – ILO-Übereinkommen, EMRK etc. recht viele. Es stellt sich nämlich immer die Frage: Welche Arbeitnehmerkoalition kann für welche Arten von Arbeitsverhältnissen Tarifverträge abschließen und können dies mehrere Arbeitnehmerkoalitionen für dieselben Arbeitsverhältnisse gleichzeitig? Ferner schließt sich daran die Frage nach der Streikbefugnis an, wobei selbstverständlich die Koppelung des Streikrechts an die Tarifierungsbefugnis nur in wenigen Staaten ähnlich eng ist wie in Deutschland.

1 BAG 7.7. 2010 – 4 AZR 549/08, AP Nr. 140 zu Art. 9 GG.

2 Übersicht bei *Franzen*, Gesetzesvorschläge zur Tarifeinheit, Festschrift Bepler, 2012, S. 179 ff.

3 Siehe beispielsweise BAG 5.9. 1990 – 4 AZR 59/90, AP Nr. 19 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz, Blatt 3.

4 Siehe dazu etwa *Giesen*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, 1, 3 f.

2. Dogmatische Verortung des Regelungsproblems im deutschen TVG: Die Unterscheidung von Tarifpluralität und Tarifkonkurrenz

Deutschrechtlich ist aber die dogmatische Verortung des Regelungsproblems: die Unterscheidung von Tarifpluralität und Tarifkonkurrenz⁵. Diese gibt es nur in Rechtsordnungen, welche die Tarifwirkungen grundsätzlich von der Mitgliedschaft in den tarifschließenden Verbänden abhängig macht. Dabei bedeutet Tarifpluralität: Der Arbeitgeber ist an mehrere Tarifverträge gebunden und diese Bindung muss nicht notwendigerweise auf das einzelne Arbeitsverhältnis durchschlagen – in diesem Fall entstünde Tarifkonkurrenz. Dies ist eine spezifisch deutsche Unterscheidung und liegt an der mitgliedschaftlich begründeten Tarifbindung – § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG. *Peter Hanau* hat die mitgliedschaftlich begründete Tarifbindung vor einiger Zeit pointiert folgendermaßen bewertet: „Die Verknüpfung der Tarifbindung mit der Verbandsmitgliedschaft von Arbeitgebern und Arbeitnehmern ist theoretisch begründet, aber selten praktikabel“⁶. Theoretisch begründet ist ein solches Konzept vor dem Hintergrund eines freiheitlichen Verständnisses der Tarifautonomie: Tarifautonomie wird vielfach verstanden als kollektiv ausgeübte Privatautonomie; die Wirkungen des Tarifvertrags sind also legitimiert primär durch den rechtsgeschäftlichen Beitritt der Arbeitsvertragsparteien in die tarifschließenden Verbände auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite. Praktisch ist dies aber nicht besonders: Häufig wissen die Arbeitsvertragsparteien nichts von der Verbandsmitgliedschaft des jeweils anderen; die Mitgliedschaft kann sich verändern. Die Anknüpfung an die Verbandsmitgliedschaft kann zu unterschiedlichen tariflichen Arbeitsbedingungen für dieselbe Arbeit führen⁷.

In den meisten Rechtsordnungen Europas – aber auch darüber hinaus – ist es anders: Dort genügt vielfach die alleinige Tarifbindung des Arbeitgebers für die Herbeiführung der Wirkungen des Tarifvertrags. In solchen Rechtsordnungen sind dann alle Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers ebenfalls tarifgebunden. Insoweit ist die *Erga-Omnes*-Wirkung des Tarifvertrags beim tarifgebundenen Arbeitgeber – oder betriebsweite Verbindlichkeit – rechtsvergleichend betrachtet eher die Regel und die deutsche Konzeption die Ausnahme. Dies belegt eine umfangreiche, auf Europa bezogene rechtsvergleichende Untersuchung von *Sudabeh Kamanabrou*⁸. Die zentrale dogmatische Frage im Rahmen der Diskus-

5 Vgl. auch *Waas*, Der Regelungsentwurf von DGB und BDA zur Tarifeinheit – Verfassungs- und internationalrechtliche Aspekte, AuR 2011, 93, 98.

6 *Hanau*, Der Kampf und die Verknüpfungen von Tarifgeltung und Verbandsmitgliedschaft, NZA 2012, 825.

7 *Hanau*, NZA 2012, 825.

8 Siehe dazu ausführlich Kamanabrou (Hrsg.), *Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen*, 2011.

sion um die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit in Deutschland lautet: Ist eine bloße Tarifpluralität auflösungsbedürftig? Sie stellt sich demnach nur in wenigen Rechtsordnungen. Vor dem Hintergrund eines an die Mitgliedschaft in den tarifschießenden Verbänden anknüpfendes Konzept der Tarifwirkungen wie in Deutschland verneinen diese Frage viele Beobachter: Es gilt eben jeder Tarifvertrag für die jeweiligen Mitglieder. Die gesetzliche Konzeption des TVG führt eben zur Tarifpluralität⁹.

Demgegenüber ist man sich in Deutschland und wohl auch darüber hinaus einig, dass Tarifkonkurrenzen aufzulösen sind. Zwei oder mehrere Tarifwerke können ein Arbeitsverhältnis nicht gestalten, weil dann unter Umständen sich widersprechende Rechtsfolgenanordnungen für das einzelne Arbeitsverhältnis existieren. Anders formuliert: Der Grundsatz der Tarifeinheit in der früheren Rechtsprechung des BAG modifiziert die grundsätzlich mitgliedschaftlich begründete Tarifbindung nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG – und zwar zulasten der andersorganisierten Arbeitnehmer: Ihr Tarifvertrag wird verdrängt, ohne dass sie tarifrechtlich an einem anderen, dem sich durchsetzenden Tarifvertrag partizipieren könnten. Das war auch aus meiner Sicht der Hauptgrund für den Widerspruch der Rechtswissenschaft gegen die frühere Konzeption des BAG: Die Rechtsprechung des BAG zum Grundsatz der Tarifeinheit war eine unzulässige Rechtsfortbildung *contra legem* und wegen der systematischen Verdrängung an sich wirksamer Tarifverträge auch erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt¹⁰.

II. Tarifeinheit und mitgliedschaftliche Anknüpfung der Tarifwirkungen nach geltendem Recht

Könnte nun eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Tarifeinheit Platz greifen in einem Tarifrechtssystem wie dem deutschen, in dem grundsätzlich die Mitgliedschaft in den tarifvertragsschließenden Parteien über die Tarifwirkungen entscheidet? Aus meiner Sicht ist dies nicht möglich; der Grundsatz der Tarifeinheit ist in solchen Systemen ein Fremdkörper¹¹.

Dies zeigt schon die Existenz des § 3 Abs. 2 TVG im Vergleich zu § 3 Abs. 1 TVG mit der unterschiedlichen Wirkung von Betriebsnormen im Vergleich zu Individualnormen eines Tarifvertrags. Die Befürworter der Tarifeinheit im geltenden System der mitgliedschaftlichen Anknüpfung der Tarifwir-

9 Deutlich *Hanau*, NZA 2012, 825, 826.

10 Siehe die Zusammenfassung der Argumentation bei BAG 7.7. 2010 – 4 AZR 549/08 (Fn. 1), Rn. 37 ff. (unzulässige Rechtsfortbildung) und Rn. 53 ff. (Verstoß gegen Art. 9 GG).

11 Siehe etwa *Rieble*, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, 2010, S. 101 Rn. 252 ff.; BAG 7.7. 2010 – 4 AZR 549/08 (Fn. 1), Rn. 34 f.; *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 378 ff.

kungen nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG machen nun tarifvertragsrechtsdogmatisch gesprochen tarifvertragliche Individualnormen der Sache nach zu Betriebsnormen – allerdings mit eingeschränkter, nur kassatorischer Wirkung: Die Individualnormen des einen Tarifvertrags verdrängen dann die Normen eines anderen Tarifvertrags, ohne eine eigenständige Regelung an deren Stelle zu setzen¹². Die Andersorganisierten verlieren ihren tarifvertraglich geschützten Zustand. Dies muss dann die vertragliche Gestaltung mittels Bezugnahme Klausel kompensieren, auf die aber kein Rechtsanspruch besteht¹³.

Dies hat beispielsweise *Hromadka* – ein entschiedener Befürworter der Tarifeinheit innerhalb des geltenden Tarifvertragsrechtssystems – in seinem Gesetzesvorschlag aus dem Jahr 2008 klar erkannt und daher in sich völlig konsequent einen Anspruch der unterliegenden Gewerkschaft auf Teilhabe an den Tarifvertragsverhandlungen und auch einen Anspruch der andersorganisierten Arbeitnehmer auf Anwendung des sich durchsetzenden Tarifvertrags vorgeschlagen¹⁴. Ebenso erkannte diesen Zusammenhang die frühere Rechtsprechung des BAG zum Grundsatz der Tarifeinheit; so hat der 4. Senat den Rechtsgrundsatz der Tarifeinheit neben anderem gerade mit der schwierigen Abgrenzung von Betriebs- und Inhaltsnormen begründet¹⁵. Der Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität hatte diese Abgrenzung dann partiell überflüssig gemacht.

Außerdem begründet ein an die Mitgliedschaft in den tarifschließenden Parteien anknüpfendes System der Tarifwirkung die Erwartung bei den Mitgliedern, dass der Tarifvertrag dann auch für diese gilt, sofern der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Ob diese Erwartung in einem solchen Tarifvertragsrechtssystem auch verfassungsrechtlich geschützt ist, ist umstritten. Die Kritiker der Tarifeinheit bejahen dies¹⁶. Dafür spricht in einem solchen System viel: Der Tarifvertrag der ausgeschlossenen Gewerkschaft wird verdrängt und das Mitglied dieser Gewerkschaft tariflos gestellt. Je nach Ausgestaltung der Verdrängung des Tarifvertrags kann diese systemisch sein und daher bestimmte Organisationsformen unter den Arbeitnehmerkoalitionen benachteiligen. Das wiegt dann verfassungsrechtlich schwer.

Ein an die Mitgliedschaft in den tarifschließenden Parteien anknüpfendes System der Tarifwirkung ist dem Koalitionspluralismus und dem Wettbe-

12 Deutlich *Rieble* (Fn. 11), S. 101 Rn. 251 f., 255.

13 Vgl. BAG 23.3. 2011 – 4 AZR 366/09, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Rn. 45.

14 Siehe *Hromadka*, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Tarifikollision, NZA 2008, 384, 389 f.: § 4a Abs. 4 und 6 TVG-Entwurf Hromadka.

15 BAG 5.9. 1990 – 4 AZR 59/90 (Fn. 3), Blatt 3 f.; BAG 20.3. 1991 – 4 AZR 455/90, AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz, Blatt 3R.

16 Siehe nur BAG 7.7. 2010 – 4 AZR 549/08 (Fn. 1), Rn. 53 ff.

werb unter den Koalitionen geöffnet, auch unter konkurrierenden Koalitionen, welche dieselben Arbeitnehmergruppen repräsentieren wollen. Ein solches Tarifvertragsrechtssystem akzeptiert das Nebeneinander mehrerer Arbeitnehmerkoalitionen für dieselben Arten von Arbeitsverhältnissen. Es gilt dann der Grundsatz: Tarifvertrag A für die Mitglieder von A und Tarifvertrag B für die Mitglieder von B, unabhängig davon, ob sich die Geltungsbereiche der Tarifverträge überschneiden.

Ferner möchte ich auf ein mehr rechtskonstruktives Problem hinweisen, wenn man im bestehenden System den Grundsatz der Tarifeinheit kodifizieren möchte. Man erfasst damit gedanklich und regelungstechnisch gleichzeitig alle Fallkonstellationen, die bisher eine Tarifkonkurrenz begründeten¹⁷. So würden nach dem BDA/DGB-Vorschlag aus dem Jahr 2010, den aber der DGB inzwischen nicht mehr mitträgt, die Fallkonstellationen der Tarifkonkurrenz zwangsläufig ebenfalls nach dem auf den Betrieb bezogenen Mehrheitsprinzip gelöst werden¹⁸. Damit würde man aber nicht unerheblich vom geltenden Recht und der Rechtsprechung des BAG abweichen¹⁹. Auch dieses Problem hat *Hromadka* in seinem Gesetzesvorschlag aus dem Jahr 2008 klar erkannt: Die Problematik der Tarifkonkurrenz wird dort eigenständig angesprochen und in sich konsequent nach dem Sachnäheprinzip aufgelöst²⁰.

Als Fazit kann man festhalten: Der Grundsatz der Tarifeinheit konterkariert in einem System der mitgliedschaftlichen Anknüpfung der Tarifwirkung die gesetzgeberische Grundentscheidung: Wieso legen wir soviel Wert auf die Mitgliedschaft im tarifschließenden Verband zumindest für die Wirkung der Individualnormen, wenn sich die Mitglieder dann doch die Verbände nicht aussuchen dürfen und mehrere Tarifverträge nicht nebeneinander existieren können? Deshalb ist es im geltenden Tarifvertragsrechtssystem so schwierig, den Grundsatz der Tarifeinheit gesetzlich systemgerecht zu implementieren.

III. Tarifeinheit und betriebsweite Verbindlichkeit von Tarifverträgen beim tarifgebundenen Arbeitgeber

Nun möchte ich Sie einladen, gedanklich einen Systemwechsel vorzunehmen und sich vorzustellen, wir würden in Deutschland eine betriebsweite *Erga-Omnes*-Wirkung von Tarifverträgen einführen. Prominent hat dies vor einigen Jahren *Sudabeh Kamanabrou* – allerdings mit einer ganz er-

17 Ebenso in der Sache *Bayreuther*, Funktionsfähigkeit eines Tarifeinheitsgesetzes in der arbeitsrechtlichen Praxis?, NZA 2013, 1395, 1398.

18 Siehe dazu *Giesen*, ZfA 2011, 1, 5.

19 Siehe dazu nur zusammenfassend *Franzen*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 14. Aufl. 2014, § 4 TVG Rn. 67 mit weiteren Nachweisen.

20 Siehe *Hromadka*, NZA 2008, 384, 389 f.: § 4a Abs. 1 TVG-Entwurf Hromadka.

heblichen Modifizierung – vertreten²¹. Die Unterscheidung von Individual- und Betriebsnormen wird zugunsten der Wirkung Letzterer aufgehoben. Für die Tarifwirkung kommt es nur noch auf die Tarifbindung des Arbeitgebers an und damit regelmäßig allein auf dessen Mitgliedschaft im tarifschließenden Verband. Es wäre dann eine betriebsweite Verbindlichkeit von Tarifverträgen etabliert. Um diesen Systemwechsel zu bewerkstelligen, müsste man verhältnismäßig wenig am Text des TVG ändern. Einen ausformulierten Gesetzesvorschlag findet sich im Anhang. Nebenbei bemerkt hätte ein solcher Systemwechsel noch den Vorteil, dass die leidige Bezugnahmeproblematik gelöst wäre²².

In einem solchen System begründet dann jede Konstellation einer Tarifpluralität gleichzeitig Tarifkonkurrenz. Diese wird allgemein für auflösungsbedürftig gehalten. Ohne die Auflösung einer solchen Tarifkonkurrenz bestehen divergierende Rechtsfolgenanordnungen aus mehreren Tarifverträgen für dasselbe Arbeitsverhältnis. Ein solcher Systemwechsel sollte dann sinnvollerweise verbunden werden mit der Entwicklung von sachgerechten Kollisionsregeln für den Fall von Tarifkonkurrenzen. Dies wäre eine rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers. Hierbei kann man als Leitprinzip das Mehrheitsprinzip einführen oder auch das Sachnäheprinzip der früheren Rechtsprechung modifiziert beibehalten.

IV. Einwände

1. Legitimation der Wirkungen des Tarifvertrags

a) Keine Legitimation durch rechtsgeschäftlichen Verbandsbeitritt der Arbeitnehmer

Erster wichtiger Einwand ist die Frage nach der Legitimation der Tarifwirkungen. Im geltenden System beruht die Legitimation der Wirkungen jedenfalls der Individualnormen unter den Tarifnormen auf dem rechtsgeschäftlichen Verbandsbeitritt beider Arbeitsvertragsparteien. Diese gewichtige Legitimationswirkung entfällt nun. Für diejenigen Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitgebers, die der tarifschließenden Gewerkschaft nicht angehören, gelten alle Rechtsnormen des Tarifvertrags nur aufgrund Gesetzes – so wie dies bisher nur für Betriebsnormen der Fall ist. Diese Arbeitnehmer haben die Geltung des Tarifvertrags für ihr

21 Siehe dazu ausführlich Kamanabrou (Hrsg.) (Fn. 8); ebenso in dieser Richtung Wiedemann, Der nicht organisierte Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht, RdA 2007, 65, 70 und bereits Wiedemann/Arnold, Anmerkung zu BAG 14.6. 1989 – 4 AZR 200/89, AP Nr. 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz unter 2a, Blatt 6R.

22 Dies war das Hauptanliegen von Kamanabrou, vgl. Kamanabrou, in: Kamanabrou (Fn. 8), S. 7 ff.

Arbeitsverhältnis nicht legitimiert; es ist für sie eine Ordnung der Fremdbestimmung. Das ist ein gewichtiger Einwand.

b) Vergleich mit der geltenden und üblichen Bezugnahmepraxis

Aber: Wie weit ist die Selbstbestimmung der Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitgebers im geltenden Tarifvertragsrechtssystem denn tatsächlich verwirklicht? Diejenigen Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitgebers, die der tarifschließenden Gewerkschaft nicht angehören, werden regelmäßig ebenfalls den tariflich geregelten Arbeitsbedingungen ausgesetzt – nur eben über eine arbeitsvertragliche Bezugnahme Klausel. Die Arbeitnehmer werden regelmäßig nicht gefragt, ob sie die arbeitsvertragliche Geltung des Tarifvertrags überhaupt wollen. Der tarifgebundene Arbeitgeber setzt dies einseitig aufgrund seines Vereinheitlichungsinteresses durch. Er will regelmäßig die tariflichen Arbeitsbedingungen, die er gewähren muss, ohnehin allen seinen Arbeitnehmern zukommen lassen. Mit der Selbstbestimmungsordnung, die viele Beobachter in § 3 Abs. 1 TVG sehen, ist es also nicht weit her – in den Worten *Gamillschegs*: „§ 3 Abs. 1 TVG ist durch die Rechtswirklichkeit überrollt worden.“²³

Außerdem findet eine Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln, die nur den ohnehin für den Arbeitgeber geltenden Tarifvertrag in Bezug nehmen, nach §§ 307 ff. BGB insoweit gerade nicht statt. Die richterliche AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB kompensiert im Normalfall Defizite im vertraglichen Verhandlungsprozess, die insbesondere entstehen, wenn der Verwender von Vertragsklauseln diese nicht zum Verhandlungsgegenstand machen will. Diese AGB-Kontrolle scheidet bereits nach geltendem Recht als Schutzmechanismus zugunsten der Arbeitnehmer weitgehend aus – sieht man von der Unklarheitenkontrolle des § 305c Abs. 2 BGB ab. Eine Inhaltskontrolle des im Arbeitsvertrag in Bezug genommenen einschlägigen Tarifvertrags gibt es nicht²⁴. Dies bedeutet: Der Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitgebers, welcher der tarifschließenden Gewerkschaft nicht angehört, ist der Wirkung dieses Tarifvertrags ebenfalls ausgesetzt – nur eben nicht aufgrund Gesetzes, sondern aufgrund einer nicht verhandelbaren Vertragsklausel. Einen nennenswerten Unterschied unter dem Gesichtspunkt fehlender Legitimation kann ich daher nicht erkennen.

c) Schutzfunktion des Tarifvertrags

In der Diskussion um die Selbst- oder Fremdbestimmungsordnung des Tarifvertrags wird aus meiner Sicht aber ein Gesichtspunkt nicht hinrei-

²³ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 730.

²⁴ Siehe nur *Preis*, in: *ErfK* (Fn. 19), §§ 305-310 BGB Rn. 13 f.

chend gewürdigt, und zwar die Schutzfunktion des Tarifvertrags. Die Diskussion insinuiert ein wenig, als müsse der Arbeitnehmer vor dem Tarifvertrag geschützt werden. Tatsächlich ist es jedenfalls im Ausgangspunkt umgekehrt: Der Tarifvertrag ist das Instrument, um für die Arbeitnehmer angemessene und für die Arbeitgeber standardisierte Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. Begründet der Tarifvertrag Rechtsansprüche der Arbeitnehmer, gibt es ohnehin kein Problem mit der Fremdbestimmung durch Tarifvertrag: Im übertariflichen Bereich gilt das Günstigkeitsprinzip und damit die Vertragsfreiheit; im untertariflichen Bereich geht es letztlich lediglich um die Beschäftigungschancen von Arbeitnehmern, die nur zu untertariflichen Arbeitsbedingungen beschäftigt werden können. Für den tarifgebundenen Arbeitgeber ist das aber ohnehin keine Option²⁵.

Ein größeres Problem stellt eine vermeintliche Fremdbestimmungsordnung durch Tarifvertrag somit nur dar, wenn diese Ordnung Eingriffe in Rechtspositionen der Normunterworfenen – also der Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers – produziert²⁶. Den Schutz vor solchen Eingriffen kann aber eine irgendwie abgeleitete Legitimationsanforderung ohnehin nicht hinreichend leisten. Vielmehr muss man insoweit über striktere Kontrolle der Tarifverträge anhand von Grundrechten und Diskriminierungsverboten nachdenken und dies gegebenenfalls in der Rechtsprechung nachjustieren. Ein grundlegender Einwand gegen das gesamte hier vorgeschlagene Regelungskonzept liegt darin nicht.

d) Verfassungsrechtlich ausreichende Legitimationsbrücke

Die Problematik der Legitimation ist verfassungsrechtlich durchaus relevant. Das BVerfG verlangt, dass der Staat seine Normsetzungsbefugnis nicht in beliebigem Umfang außerstaatlichen Stellen überlassen darf und den Bürger nicht schrankenlos der normsetzenden Gewalt autonomer Gremien ausliefern darf, die ihm gegenüber weder demokratisch noch mitgliedschaftlich legitimiert sind²⁷. Angesichts des vorstehend Erörterten, insbesondere des Vergleichs mit der geltenden Rechtslage aufgrund einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klausel, halte ich allerdings folgende Legitimationsbrücke auch vor dem Hintergrund der skizzierten Anforderungen des BVerfG für ausreichend: rechtsgeschäftlicher Verbandsbeitritt des Arbeitgebers in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer, den dieser freiwillig abgeschlossen hat, und der gesetzlichen Anordnung der entsprechenden Tarifwirkung im TVG. Dies ent-

²⁵ Siehe sogleich unten IV 2.

²⁶ Vgl. *Rieble*, Besprechung: Sudabeh Kamanabrou, Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen [2011], EuZA 5 (2012), 496, 501.

²⁷ BVerfG 24.5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 347 f.; BVerfG 14.6. 1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208, 214 f.

spricht nebenbei bemerkt der Legitimation, die man im Allgemeinen auch für § 3 Abs. 2 TVG für ausreichend hält²⁸.

e) Exkurs: Das Konzept Kamanabrou (eingeschränkte Erga-Omnes-Wirkung)

Sudabeh Kamanabrou hat wegen des skizzierten Legitimationsproblems ihren rechtspolitischen Vorschlag einer betriebsweiten *Erga-Omnes*-Wirkung von Tarifverträgen im Ergebnis dispositiv ausgestaltet. Nach *Kamanabrou* soll dann eine Legitimationsbrücke entbehrlich sein: Wer von einer tariflichen Regelung in jeder Hinsicht abweichen kann, unterliege keiner Fremdbestimmung²⁹. Allerdings nimmt *Kamanabrou* bei dieser Argumentation die bestehende Fremdbestimmung durch standardmäßige vertragliche Bezugnahme des Tarifvertrags und die nur marginalen Unterschiede zu einer gesetzlich angeordneten nicht wirklich in den Blick. Außerdem ist eine Abweichung vom Tarifvertrag bei dem Konzept *Kamanabrou* nie einseitig, sondern nur konsensual möglich, und damit vom Willen des Arbeitgebers abhängig. Der Einwand der Fremdbestimmung wird bei dieser Argumentation mithin nicht wirklich ausgeräumt³⁰.

Die *Erga-Omnes*-Wirkung des Tarifvertrags wird nach dieser Konzeption eingeschränkt; der Tarifvertrag soll nur unmittelbar, nicht aber zwingend wirken, wenn der Arbeitnehmer der tarifschließenden Gewerkschaft nicht angehört. Damit werden aufseiten des Arbeitnehmers zwei Arten von Tarifbindung erzeugt: die mitgliedschaftlich begründete, zur unmittelbaren und zwingenden Wirkung des Tarifvertrags führende Tarifbindung, und die nicht mitgliedschaftliche Tarifbindung des Außenseiter-Arbeitnehmers, die lediglich die unmittelbare Wirkung des Tarifvertrags, nicht seine zwingende Wirkung begründet. Dies macht den Gesetzesvorschlag allerdings recht kompliziert und damit auch unpraktikabel³¹. Aus meiner Sicht bleibt der Vorschlag daher auf halbem Weg stehen³².

2. Beschäftigungschancen von Außenseiter-Arbeitnehmern

Der zweite Einwand lautet: Die Beschäftigungschancen von Außenseiter-Arbeitnehmern leiden, weil sie mit einem tarifgebundenen Arbeitgeber keine untertariflichen Arbeitsbedingungen vereinbaren können. Das ist

28 Siehe nur *Oetker*, in: *Wiedemann*, Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007, § 3 Rn. 172 ff.

29 Siehe *Kamanabrou*, in: *Kamanabrou* (Fn. 8), S. 84 f.

30 Ähnlich *Rieble*, *EuZA* 5 (2012), 496, 500.

31 Vgl. den ausformulierten Gesetzesvorschlag bei *Kamanabrou*, in: *Kamanabrou* (Fn. 8), S. 108 f.

32 Siehe dazu schon *Franzen*, *Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen*, *ZfA* 2012, 533, 552.

ein gewichtiger Einwand, der verfassungsrechtlich bei der Berufsfreiheit dieser Arbeitnehmer im Rahmen von Art. 12 GG zu verorten ist.

Aber: Ist die untertarifliche Beschäftigung von Arbeitnehmern bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber überhaupt ein realistisches Szenario? Der tarifgebundene Arbeitgeber ist sich nie gewiss, ob ein solcher Arbeitnehmer nicht doch der Gewerkschaft beitrifft und damit die tariflichen Arbeitsbedingungen ab dem Zeitpunkt des Gewerkschaftsbeitritts für sich beanspruchen kann. Der tarifgebundene Arbeitgeber hat deshalb und wegen seines Standardisierungsinteresses praktisch keinen Anlass, mit Außenseiter-Arbeitnehmern untertarifliche Arbeitsbedingungen zu vereinbaren. Wenn ein Arbeitnehmer tariffrei bleiben will, weil er den Tarif unterbieten möchte, um auf dem Arbeitsmarkt wettbewerbsfähig zu bleiben, muss er ohnehin – auch unter dem bereits geltenden Tarifvertragsrechtssystem – einen tariffreien Arbeitgeber suchen. Davon gibt es nicht wenige und es wird gesagt, dass es immer mehr werden. Eine Marktzugangssperre – und damit verfassungsrechtlich nach Art. 12 GG relevant – läge darin allenfalls, wenn alle Tarifverträge für allgemeinverbindlich nach § 5 TVG erklärt werden würden. Davon sind wir aber noch ein Stück weit entfernt, wenngleich das sogenannte „Tarifautonomiestärkungsgesetz“ der jetzigen Bundesregierung dies durchaus erleichtert.

3. Wegfall von Anreizen zum Gewerkschaftsbeitritt

Der dritte Einwand lautet: Anreize für den einzelnen Arbeitnehmer, einer Gewerkschaft beizutreten, entfallen völlig. Dies kann die Tarifautonomie schwächen, weil es dann auf Arbeitnehmerseite keine hinreichend starken Koalitionen mehr gibt. Das ist ebenfalls ein gewichtiges Argument. Aber auch insoweit muss man einen Blick auf die Rechtswirklichkeit werfen: Im jetzigen System bekommen die nicht organisierten Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitgebers die Errungenschaften der Gewerkschaftsarbeit und insbesondere die Tarifverträge ebenfalls ohne eigene Anstrengungen und ohne eigene Kosten. Dieses Problem besteht also bereits jetzt unter dem geltenden Recht.

Eine mögliche Schwächung der Gewerkschaften wäre unter dem Aspekt der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems nach Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich durchaus relevant. Allerdings liegt auch darin keine neue Qualität. Wenn man anerkennt, dass der tarifgebundene Arbeitgeber seine Arbeitnehmer unabhängig von deren Gewerkschaftszugehörigkeit gleich und damit nach dem für ihn geltenden Tarifvertrag behandelt und behandeln darf³³, unterscheiden sich das derzeit geltende System der Mitgliedschaftlichen Anknüpfung der Tarifwirkungen und der hier unterbreitete Vorschlag nicht nennenswert. Den Arbeitnehmern eines tarifgebun-

33 Vgl. BAG 23.3. 2011 – 4 AZR 366/09 (Fn. 13), Rn. 46.

denen Arbeitgebers dürfte es gleichgültig sein, auf welcher Grundlage sie die Wirkungen des Tarifvertrags erhalten – aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel oder aufgrund gesetzlicher Anordnung im TVG.

Im Übrigen könnte die Rechtsprechung des BAG die Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln unter dem hier vorgeschlagenen Systemwechsel weiterhin uneingeschränkt aufrechterhalten³⁴. Die Rechtsprechung wäre in einem Punkt sogar plausibler, weil die angreifbare Auslegung von Bezugnahmeklauseln, die auf solche einfachen Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen verweisen³⁵, entfallen würde. Die Gewerkschaften sind also jedenfalls aus Rechtsgründen nicht gehindert, durch Differenzierung nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft bei einzelnen tariflichen Leistungen Anreize zum Gewerkschaftsbeitritt zu setzen.

4. Offene Fragen

a) Arbeitskampfrecht

Arbeitskampfrechtliche Probleme werden durch den hier unterbreiteten Vorschlag weder angesprochen noch gelöst. Streiks von Berufsgruppengewerkschaften sind weiter möglich, auch wenn gleichzeitig für alle Arbeitnehmer ein Branchentarifvertrag gilt. Das unterscheidet den hier unterbreiteten Vorschlag ganz erheblich von dem BDA/DGB-Vorschlag zur Tarifeinheit, der den sich durchsetzenden Tarifvertrag mit absoluter Friedenspflicht versehen hat³⁶.

Allerdings kann nun die Erforderlichkeit eines solchen Streiks ganz anders erfasst und thematisiert werden. Gilt ein Tarifvertrag betriebsweit, könnte die Rechtsprechung Streiks um weitere Tarifverträge anderer Gewerkschaften mit dem Argument fehlender Erforderlichkeit für unzulässig halten. Dies war selbst unter der Geltung des Grundsatzes der Tarifeinheit nach der „Zweiten Spielbank-Entscheidung“ des BAG aus dem Jahr 1971 nicht möglich. Das BAG hat in dieser Entscheidung die Erforderlichkeit eines Streiks einer konkurrierenden Gewerkschaft trotz Tarifvertragsabschluss mit der anderen Gewerkschaft gerade damit begründet, dass die Mitglieder der Gewerkschaft, welche den Tarifvertrag nicht abgeschlossen hatte, anderenfalls tariflos blieben³⁷. Diese Argumentation ist tarifvertragsrechtlich konsequent. Nach dem hier vorgeschlagenen Systemwechsel kann man dies durchaus anders sehen: Alle Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers kommen mit dem Tarifvertragsabschluss in den

34 BAG 18.3. 2009 – 4 AZR 64/08, AP Nr. 41 zu § 3 TVG; BAG 23.3. 2011 – 4 AZR 366/09 (Fn. 13).

35 Vgl. BAG 18.3. 2009 – 4 AZR 64/08 (Fn. 34), Rn. 26 ff.; zur Kritik daran siehe *Franzen*, in: *ErfK* (Fn. 19), § 1 TVG Rn. 62c mit weiteren Nachweisen.

36 Näher *Giesen*, *ZfA* 2011, 1, 5.

37 BAG 26.10. 1971 – 1 AZR 113/68, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Blatt 7.

Genuss tariflich geregelter Arbeitsbedingungen. Ein Streik einer anderen Gewerkschaft mit weiteren Tarifforderungen könnte dann unverhältnismäßig sein, wenn sich der angestrebte Tarifvertrag je nach Ausgestaltung der Kollisionsregel ohnehin nicht durchsetzen würde.

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte die Gewerkschaft HBV nach Ablauf der Friedenspflicht zu einem Streik um die Fortsetzung eines vom Arbeitgeber gekündigten Tarifvertrags aufgerufen. Der Arbeitgeber hatte vorher einen nahezu gleichlautenden Tarifvertrag mit der DAG geschlossen. Der 1. Senat des BAG hatte das vom Arbeitgeber vorgetragene Argument, der Streik sei überflüssig, weil bereits ein Tarifvertrag mit der DAG existiere³⁸, mit dem Hinweis darauf zurückgewiesen, die Gewerkschaft HBV sei auf den Streik angewiesen, um für ihre Mitglieder eine tarifliche Absicherung in dem Betrieb zu erreichen³⁹. Der 1. Senat zog also aus dem Grundsatz betriebsweiter Tarifeinheit offenkundig keine arbeitskampfrechtlichen Folgerungen und hat gerade nicht den Rechtssatz aufgestellt, ein Streik um einen Tarifvertrag sei nicht erforderlich und somit unverhältnismäßig, weil dieser Tarifvertrag wegen des Grundsatzes der Tarifeinheit verdrängt werde. Gegen den Rückgriff auf dieses Urteil kann man nicht einwenden, es betreffe überhaupt keinen Fall der Tarifeinheit, weil sich einer der Tarifverträge im Stadium der Nachwirkung befunden habe und daher keine Verdrängung stattfände⁴⁰. Die Ausnahme vom Grundsatz der Tarifeinheit für den Fall der Nachwirkung eines Tarifvertrags war im Jahr 1971 noch nicht bekannt. Vielmehr hat diese Ausnahme der 4. Senat des BAG im Jahr 1997 „erfunden“ – möglicherweise deshalb, um ein als unbefriedigend erachtetes Ergebnis – die Verdrängung eines nachwirkenden Tarifvertrags der IG Metall durch einen Tarifvertrag der CGM – zu verhindern⁴¹.

b) Schutz der Minderheit in einer Gewerkschaft

Je nach Ausgestaltung der Kollisionsregel stellt sich ferner das Problem des Minderheitenschutzes im Rahmen der Arbeitnehmerkoalitionen. Verwirklicht man die betriebsweite Verbindlichkeit von Tarifverträgen, ist die Exit-Option stark eingeschränkt. Die Arbeitnehmer, die sich von ihrer Gewerkschaft nicht hinreichend repräsentiert fühlen, können ihre Angelegenheiten beim tarifgebundenen Arbeitgeber nicht mehr selbst in die Hand nehmen und sich mit Aussicht auf Erfolg in einer Konkurrenzgewerkschaft organisieren; ein etwaiger Tarifvertrag wird abhängig von der

38 BAG 26.10. 1971 – 1 AZR 113/68 (Fn. 37), Blatt 6R.

39 BAG 26.10. 1971 – 1 AZR 113/68 (Fn. 37), Blatt 7.

40 Siehe zu dieser Ausnahme vom Grundsatz der Tarifeinheit nach der bisherigen Rechtsprechung BAG 28.5. 1997 – 4 AZR 546/95, AP Nr. 26 zu § 4 TVG Nachwirkung.

41 BAG 28.5. 1997 – 4 AZR 546/95 (Fn. 40).

Ausgestaltung der Kollisionsregel verdrängt. Das derzeit zu beobachtende erfolgreiche Auftreten von Berufsgruppengewerkschaften ist mutmaßlich dem Umstand geschuldet, dass die Großgewerkschaften ihre Tarifpolitik nicht an diesen Berufsgruppen ausgerichtet haben. Verwirklicht man also Tarifeinheit, muss der Minderheitenschutz stärker im Organisationsrecht der Gewerkschaft verankert und dies notfalls durch verfassungsrechtliche, aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitete Mindestanforderungen abgesichert werden. Dies betrifft aber nicht nur das hier vorgeschlagene Konzept, sondern trifft in gleichem Maße für jeglichen Versuch zu, Tarifeinheit im geltenden TVG zu realisieren. Wenn man lediglich die bisherige Rechtsprechung zum Sachnäheprinzip kodifiziert, können kleinere Gewerkschaften, insbesondere Berufsgruppengewerkschaften und mitgliederschwache Branchengewerkschaften, aber immerhin tarifpolitisch durch den Abschluss von Haustarifverträgen tätig werden.

V. Kollisionsregeln

Wenn man, wie beschrieben, einen Systemwechsel vornimmt, muss man sachgerechte Kollisionsregeln entwickeln. Hier stehen im Wesentlichen das Sachnäheprinzip der bisherigen Rechtsprechung und das Mehrheitsprinzip zur Auswahl; Letzteres präferiert die Bundesregierung ausweislich des Koalitionsvertrags. Ferner muss der Bezugspunkt der Kollisionsregel festgelegt werden, also der Betrieb, auf den die bisherige Rechtsprechung abstellt, oder das Unternehmen oder gar der jeweilige Geltungsbereich der konkurrierenden Tarifverträge. Das alles sind letztlich rechtspolitische Entscheidungen. Für die Ausgestaltung hat der Gesetzgeber dabei einen erheblichen Beurteilungsspielraum. Er wird allerdings wegen Art. 9 Abs. 3 GG gehindert sein, Kollisionsregeln zu setzen, die bestimmte Arbeitnehmerkoalitionen systematisch benachteiligen.

VI. Unterschied der beiden Regelungsmodelle – betriebsweite Verbindlichkeit von Tarifverträgen und geltendes Tarifrechtssystem – in Bezug auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Tarifeinheit

Mit einem derartigen beschriebenen Systemwechsel können nun möglicherweise ganz ähnliche Ergebnisse erzielt werden wie mit der Implementierung des Grundsatzes der Tarifeinheit im geltenden Recht. Wieso – so kann man sich fragen – soll Ersteres möglich sein, Letzteres aber nicht und sogar verfassungswidrig? Ist dies nicht ein rechtstechnischer Trick? Man hebt die Unterscheidung von Individualnormen und Betriebsnormen zugunsten Letzterer auf und macht aus jeder Tarifpluralität eine auflösungsbedürftige Tarifkonkurrenz. Und nun sollen sich Ergebnisse erzielen lassen, die im System des geltenden Rechts angeblich verfassungswidrig sind?

Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit einen weiten Spielraum. Er muss den Koalitionen ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem zur Verfügung stellen. Die Koalitionsfreiheit ist also ein normgeprägtes Grundrecht, das gesetzgeberischer Aktivität und Umsetzung bedarf⁴². Dabei hat der Gesetzgeber die Auswahl zwischen verschiedenen Konzeptionen eines Tarifvertragsrechts. Er kann sich für ein tarifvertragsrechtliches Konzept entscheiden, welches die Tarifvertragswirkungen in erster Linie an die Mitgliedschaft in den tarifschließenden Verbänden knüpft – wie es dem geltenden TVG entspricht. Mit einem solchen Konzept legt der Gesetzgeber starkes Gewicht auf die rechtsgeschäftlich vermittelte Legitimation der Tarifwirkungen. Damit rückt der Gesetzgeber das Tarifvertragsrechtssystem in die Nähe der Privat- und Vertragsautonomie. Damit korrespondiert das heute verbreitete Verständnis der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübter Privatautonomie.

Der Gesetzgeber könnte aber auch die Ordnungsfunktion des Tarifvertrags stärker gewichten und sich deshalb für ein Tarifvertragsrechtssystem entscheiden, welches diesen Gedanken stärker verwirklicht. Ein solches Konzept der Tarifvertragswirkungen würde weniger ausgeprägt an die Mitgliedschaft beider Arbeitsvertragsparteien anknüpfen, sondern wegen der Ordnungsfunktion die Mitgliedschaft des Arbeitgebers im tarifschließenden Verband oder dessen Stellung als Tarifvertragspartei für die Tarifvertragswirkungen genügen lassen. Der Gesetzgeber hat also die Auswahl zwischen mehreren Regelungskonzepten. Er muss sie dann nur konsequent und systemgerecht verwirklichen.

Das fordert auch das BVerfG. Das Gericht hat in den letzten Jahren das verfassungsrechtliche Gebot einer kohärenten oder folgerichtigen Ausgestaltung der gesetzlichen Regelungen entwickelt: Der Gesetzgeber müsse seine selbst gesetzten Grundlagenentscheidungen folgerichtig umsetzen und ausgestalten⁴³. Das BVerfG zieht als normative Grundlagen hierfür neben dem Gleichheitssatz vor allen Dingen die freiheitsgrundrechtlichen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit von Eingriffen heran.

42 Siehe nur *Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, 2007, S. 131 ff.

43 Siehe zu diesem überwiegend im Bereich des Steuerrechts entwickelten Grundsatz etwa BVerfG 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88, 95; BVerfG 11.11.1998 – 2 BvL 10/95, BVerfGE 99, 280, 290; BVerfG 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73, 125 f.; BVerfG 4.12.2002 – 2 BvR 400/98, 2 BvR 1735/00, BVerfGE 107, 27, 46 f.; BVerfG 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164, 180; BVerfG 7.11.2006 – 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1, 30 f.; BVerfG 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, BVerfGE 122, 210, 231; BVerfG 12.5.2009 – 2 BvL 1/00, BVerfGE 123, 111, 120; zum Schutz von Nichtrauchern in Gaststätten siehe BVerfG 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08, BVerfGE 121, 317, 362, 367 f.

Überträgt man diese Rechtsprechung auf das hier vorliegende Regelungsproblem, so hat der Gesetzgeber bei der Grundentscheidung über die Ausgestaltung des Tarifvertragsrechtssystems die Wahl zwischen mehreren Modellen. Entscheidet er sich für das stärker die mitgliedschaftliche Legitimation der Tarifvertragsparteien betonende Regelungskonzept, muss der Gesetzgeber auch in der Ausgestaltung im Detail dieser Grundkonzeption hinreichenden Raum lassen. Mit einem auf die Mitgliedschaft der Arbeitsvertragsparteien in den tarifschließenden Verbänden abstellenden System der Tarifwirkung schafft der Gesetzgeber die Erwartung, dass der Gewerkschaftsbeitritt auf Arbeitnehmerseite die Tarifbindung herstellt, sofern auch der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Dies führt in der weiteren Ausgestaltung zu einem Regelungsmodell, welches von Koalitionspluralismus und auch Wettbewerb der Koalitionen geprägt ist und folgerichtig auch geprägt sein muss. Eine Tarifeinheit, welche diese Wirkung teilweise zunichte macht, ist mit dieser Grundentscheidung nicht vereinbar und verwirklicht diese Grundentscheidung nicht mehr hinreichend. Ein solches Mischmodell ist daher größeren verfassungsrechtlichen Risiken ausgesetzt.

Legt der Gesetzgeber demgegenüber größeren Wert auf die sachgerechte Ordnung des Arbeitslebens durch die Tarifvertragsparteien und betont er damit die Ordnungsfunktion des Tarifvertrags stärker, ist der Gesetzgeber aus meiner Sicht verfassungsrechtlich nicht gehindert, ein solches System zu implementieren. Zu einem solchen System kann die betriebsweite Verbindlichkeit von Tarifverträgen bei Tarifbindung des Arbeitgebers gehören, und damit konsequent auch der Gedanke einer betriebsweiten Tarifeinheit. Es kommt dann nicht mehr auf die Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in einer Gewerkschaft an.

Dies bedeutet im Ergebnis: Die verfassungsrechtlichen Anforderungen, die an die Zulässigkeit der Verdrängung von Tarifverträgen im Kollisionsfall zu stellen sind, divergieren und hängen ab von dem jeweiligen Tarifvertragsrechtssystem, in welches diese Regelungen eingebettet sind. Daher macht es einen erheblichen verfassungsrechtlich markanten Unterschied, ob man im gegenwärtigen System der mitgliedschaftlich anknüpfenden Tarifwirkungen Tarifeinheit herstellen will, oder ob dies in einem Tarifvertragsrechtssystem bewerkstelligt werden soll, das die Tarifwirkungen allein an die Tarifbindung des Arbeitgebers knüpft. Im erstgenannten derzeit geltenden System fällt dies erheblich schwerer als im Rahmen eines Systemwechsels. Wer Tarifeinheit möchte, sollte daher diesen Weg beschreiten und die betriebsweite Verbindlichkeit von Tarifverträgen beim tarifgebundenen Arbeitgeber befürworten⁴⁴.

44 In dieser Richtung bereits *Wiedemann*, RdA 2007, 65, 70, und bereits *Wiedemann/Arnold*, Anmerkung zu BAG 16.6. 1989 – 4 AZR 200/89, AP Nr. 16 zu

VII. Zusammenfassung

1. Der Grundsatz der Tarifeinheit ist mit dem geltenden System des TVG, welches die Tarifwirkungen grundsätzlich an die Mitgliedschaft der Arbeitsvertragsparteien in den tarifschießenden Verbänden bindet (§ 4 Abs. 1 TVG), nicht kompatibel.
2. Demgegenüber kann Tarifeinheit in einem Tarifvertragsrechtssystem, welches für die Tarifwirkung nur die Tarifbindung des Arbeitgebers voraussetzt, eher verwirklicht werden.
3. Der Gesetzgeber kann bei der Ausgestaltung des Tarifvertragsrechtssystems zwischen mehreren Regelungsmodellen wählen. Er kann die Wirkungen des Tarifvertrags an die Mitgliedschaft beider Arbeitsvertragsparteien in den tarifschießenden Verbänden knüpfen, hierfür aber auch die Mitgliedschaft des Arbeitgebers im Arbeitgeberverband beziehungsweise sonstige Tarifbindung des Arbeitgebers (betriebsweite *Erga-Omnes*-Wirkung) genügen lassen.
4. Der Gesetzgeber muss das jeweilige Regelungskonzept nach der Rechtsprechung des BVerfG systemgerecht und in sich konsequent ausgestalten.

§ 4 TVG Tarifkonkurrenz, unter 2a, Blatt 6R; eingeschränkt ebenso Kamana-brou (Fn. 8), S. 108 ff.

Anhang

Vorschläge für eine Änderung des TVG

1. Einführung einer betriebsweiten Verbindlichkeit von Tarifverträgen (betriebsweite Erga-Omnes-Wirkung)

§ 3 Abs. 2 TVG-neu:

Die Rechtsnormen des Tarifvertrags gelten für alle Betriebe, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist.

§ 4 Abs. 1 TVG-neu:

Die Rechtsnormen des Tarifvertrags gelten unmittelbar und zwingend für die Arbeitsverhältnisse, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen, sofern der Arbeitgeber tarifgebunden ist.

2. Kollisionsregeln

Sachnäheprinzip nach bisheriger Rechtsprechung

§ 4a TVG-neu

(1) Gelten für das Arbeitsverhältnis mehrere Tarifverträge nach § 4 Absatz 1 des Tarifvertragsgesetzes, deren Regelungen nicht aufeinander abgestimmt sind (Tarifkonkurrenz), kommt der sachnähere Tarifvertrag zur Anwendung. § 8 Absatz 2 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und § 5 Absatz 4 Satz 2 des Tarifvertragsgesetzes bleiben unberührt.

(2) Sachnäher ist der Tarifvertrag, der dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebs und der darin tätigen Arbeitnehmer am ehesten gerecht wird.

(3) Sachnäher ist insbesondere:

1. ein Firmentarifvertrag gegenüber einem Verbandstarifvertrag;
2. unter mehreren Verbandstarifverträgen derjenige mit dem engeren betrieblichen und fachlichen Geltungsbereich;

(4) Kann nach den Absätzen 2 und 3 die Sachnähe nicht festgestellt werden, kommt derjenige Tarifvertrag zur Anwendung, an den im Betrieb mehr Arbeitnehmer im Sinne des § 3 Absatz 1 des Tarifvertragsgesetzes gebunden sind.

Alternativ könnte auch generell das *Mehrheitsprinzip* (§ 4a Absatz 4 Tarifvertragsgesetz-neu) verankert werden.

Diskussion

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Horst Konzen, Johannes Gutenberg Universität Mainz:

Ich spreche im Schwerpunkt zu Herrn *Hromadka*, obgleich sich bei einer Abzweigung auch etwas zu Herrn *Franzen* unterbringen lässt. Herr *Hromadka*, ich halte mich strikt an den Vortrag, die Präliminarien sind beschrieben, ich sehe auch nicht, dass wir dazu wechselseitig etwas Neues hinzufügen können und sollten. Ich darf nur in zwei Punkten etwas sagen, weil Sie auch entsprechende Vorbemerkungen gemacht haben. Der eine ist: Was die Verfassungsmäßigkeit angeht, möchte ich nur anregen, dass wir in der künftigen Diskussion bei der Einschränkung des Übermaßverbots mit der Offensichtlichkeit füglich darüber nachdenken, dass die Offensichtlichkeit ein Resultat der Erweiterung des Schutzbereichs der Koalitionen ist, aber gerade nicht eine Einschränkung für die Koalitionen. Deswegen kommt es sehr darauf an, gegen wen sich ein Eingriff richtet. Wenn er gegen die Spartengewerkschaften geht, hat das mit dem Erweiterungsgedanken nichts zu tun.

Eine zweite Vorbemerkung: Es wäre hübsch, wenn wir unterließen, von 50 Jahren Judikatur zu sprechen, die 1989 – ich rede von Tarifpluralität – begonnen hat. Kein Wort war vorher da – ich habe das geprüft, auch belegt –, und wenn wir uns hüteten auszusprechen, das BAG habe den Arbeitskampf erleichtern wollen – das BAG hat den Arbeitskampf offengelassen, nichts weiter. Und drittens, wenn wir uns hüteten, die Frankfurter Flughafenprobleme mit der fehlenden Tarifeinheit zu begründen, weil der Entwurf der BDA und des DGB mit Geltungsbereichen, die ganz unterschiedlich sind, nicht das Mindeste zu tun hat. Ich sage dies vor allem aus einem Grund: Ich habe den neuen Präsidenten von Gesamtmetall im Fernsehen angehört, nach drei Minuten habe ich all diese Fehler hören müssen. Es sollte möglich sein, die Obrigkeit ein bisschen besser zu belehren.

Jetzt zur Tarifeinheit: Ja, Herr *Hromadka*, man muss davon ausgehen, was im Koalitionsvertrag steht. Freilich hat die Kanzlerin gesagt, was sie schon immer gesagt hat, nämlich im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit. Zweitens muss man ein bisschen abwarten, was bei ver.di passiert. Die hauptamtlichen Funktionäre sind nach wie vor der Meinung, dass ver.di dort nicht mitspielt. Ich persönlich bin gespannt, ob sich der Vorstand von ver.di vom DGB überstimmen lässt, wider seine Mitglieder. Das wäre eine denkbare Position. Ich stimme mit Ihnen überein, dass in den Unternehmen eine an Sachkriterien ausgerichtete Personal- und Sozialpolitik betrieben werden soll. Ich würde es nicht mit dem Ordnungsprinzip allein umschreiben, von dem Sie gesprochen haben. Wir dürften uns klar sein,

die Koalitionsfreiheit ist in erster Linie da für den Schutz der Arbeitnehmer, die sich sonst nicht helfen können. Dass niemand die kompensierende Aussperrung als Schutz der Arbeitnehmer isoliert bezeichnen wird, darüber werden wir nicht streiten.

Jetzt kommt etwas, was auch auf Herrn *Franzen* übergreift: Herr *Hromadka*, ich habe den Eindruck, die Tarifpolitik aktuell vollzieht sich genau als das, was Sie am Schluss in Bezug auf § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG verwerfen, nämlich als Topftheorie. Mein Eindruck ist, die Unternehmen sagen: „Wir haben so und so viel“ und dann wird gerangelt um so und so viel. Die Mehrheitsgewerkschaft macht nicht etwa eine Politik mit Blick auf die Gesamtgesellschaft oder auch nur Gesamtbelegschaft, sondern selbstverständlich nach ihren Mitgliedern, und das ist nicht die Gesamtbelegschaft. Das bedeutet, Herr *Franzen*, dass die von Herrn *Hromadka* und Ihnen angestellten Überlegungen in einem Punkt mir zu haken scheinen. Wenn es wahr ist, dass die Minderheitsgewerkschaften in erster Linie deswegen abweichende Tarifpolitik machen, weil deren Mitglieder nicht zufrieden sein können mit der Tarifpolitik der Mehrheitsgewerkschaft in der Höhe, dann würde man den Minderheitsgewerkschaftsmitgliedern Steine statt Brot geben, weil man sagt: „Dann begnüg Dich doch damit, dass die Tarifbindung aus dem Mehrheitstarifvertrag übertragen wird auf Dich.“ Das ist nämlich gerade das, was sie nicht haben wollen, und zwar nicht, weil es ihnen nicht genug ist, sondern, weil es nach der Gewerkschaftsmehrheit ausgerichtet ist, und das ist nicht identisch mit der Belegschaft.

Herr *Franzen* nur als Annex: Die Frage der größeren Gestaltungsfreiheit Ihres Modells hängt natürlich davon ab. Bei der Tarifeinheit sagt man sofort: „Wieso auf Kosten des Tarifschutzes?“ Bei Ihnen würde es heißen: „Wieso auf Kosten eines verminderten Tarifschutzes?“ Das ist das Schrankenproblem, das sich dabei ergibt.

Schlichtung, Herr *Hromadka*: Ich war schon immer der Meinung, aber wir müssen dann das Schlichtungsverfahren, nicht die Zwangsschlichtung, konsequent umsetzen, und Sie und ich wissen, da gibt es eine ganze Menge von Dingen im öffentlichen Dienst, die man auch einem Schlichtungszwang unterwerfen müsste. Man kann mit Sicherheit sagen, da wird die Gewerkschaft nicht mitspielen. Wie überhaupt das Junktim zwischen mangelndem Tarifschutz und Arbeitskampschranke natürlich damit zu tun hat, dass beide Spitzenverbände sich in unheiliger Allianz ein eigenes Stück aus einem Kuchen herauschneiden, das allein sie interessiert.

Ich gestehe – und Sie haben das auch nicht gemacht –, die Arbeitskampffrage ist damit selbstverständlich offen. Da es bei der Arbeitskampffrage und der Konkurrenz bei Licht besehen nur um ver.di geht – wenn man einmal von den Kindertagesstätten absieht, wo DGB-Gewerkschaften

untereinander konkurrieren –, würde ich mich fragen: „Müssen wir es wirklich arbeitskampfrechtlich regeln?“ Ganz klar ist eins: Ihre These 6b billige ich vollständig und, um mit einem Hinweis zu schließen, Herr *Hromadka*, den wahrscheinlich nur wir beide verstehen: Es gibt, wie Sie sehen, schon noch Möglichkeiten, Vorschläge zu machen, ohne dass ein anderer dazu sagt, sie seien verfassungswidrig.

Dr. Günter Schmitt-Rolfes, Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes Faltermeier, München:

Zum Vortrag von Herrn Professor *Hromadka* habe ich weder Fragen noch Anmerkungen. Ich habe alles verstanden und bin mit ihm einer Meinung.

Interessant ist das Modell, das Herr Professor *Franzen* ins Spiel gebracht hat. Da habe ich zwei Fragen, es sind aber Verständnisfragen, Herr *Franzen*, es ist keine Kritik wohlgemerkt. Das Modell halte ich auch für sehr interessant. Und zwar geht es darum, wenn wir die Anwendbarkeit von Tarifverträgen nur einmal kurz zur Erinnerung herunterdeklinieren, geht es los mit der Tariffähigkeit, Tarifizuständigkeit, Tarifgebundenheit, Geltungsbereich des Tarifvertrags. Das Modell des BAG zur Tarifeinheit hatte immer schon den Geltungsbereich vorliegen, weil über abgeschlossene Tarifverträge und deren Pluralität zu entscheiden ist. Wenn man – entsprechend dem Vorschlag von Herrn Professor *Hromadka* – die Minderheitsgewerkschaften vorher einbinden will, setzt man in einem Stadium der Tarifverhandlung ein, wo ein tariflicher Geltungsbereich noch gar nicht feststeht. Er kann zwar gefordert werden, aber er steht noch nicht fest, weil die Tarifverträge noch nicht abgeschlossen sind. Was ist aber diesem ganzen Spiel – einsetzend nach Kampffähigkeit, Tariffähigkeit – vorgelagert? Das ist die Tarifizuständigkeit. Die, glaube ich, ein verfassungsrechtlich geschützter Kernbereich des Koalitionsrechts ist, weil die Verbände das Recht haben, durch Satzung ihre Zuständigkeit – und zwar parallel zu den Faktoren des betrieblichen Geltungsbereichs im Tarifvertrag, also räumlich, zeitlich, fachlich und so weiter – festzulegen. Ihr Modell, Herr *Franzen*, überzeugt mich auch von der Praxis her für den einzelnen, für den Firmentarif. Dort ergibt sich die Tarifizuständigkeit automatisch aus der Funktion des Arbeitgebers. Wenn aber jetzt der Arbeitgeber Verbandsmitglied ist, kann der Geltungsbereich des dann gültigen Tarifvertrags kraft dieser Tarifbindung sich nur im Rahmen der satzungsgemäßen Zuständigkeit des Verbands richten, dem dieser Arbeitgeber angehört. Wenn aber diese Zuständigkeit zu eng gefasst ist, würde sie bestimmte Bereiche aussparen, die nachher auch nicht durch einen wirksamen tariflichen Geltungsbereich wieder eingebunden werden können, weil nach dem Zwiebelschalensystem die Tarifizuständigkeit immer übergeordnet ist und der tarifliche Geltungsbereich sich im Rahmen dieser Zu-

ständigkeit bewegen muss. Wie stellen wir also sicher, dass auch dann, wenn die Verbandsmitgliedschaft des Arbeitgebers und seine Tarifgebundenheit die allgemeine Gültigkeit durchsetzen soll, dass auch alle in diesem räumlichen oder zeitlichen Bereich erfassten Mitarbeiter fachlich und inhaltlich erfasst werden?

Ulrich Fischer, Rechtsanwaltskanzlei Ulrich Fischer, Frankfurt am Main:

Minderheitengewerkschaftsvertreter, insoweit habe ich mich gleich positioniert und stelle meinen Beitrag natürlich auch unter den Aspekt von einer gewissen Interessenvoreingenommenheit. Auch wenn ich die Begrifflichkeit des Grundgesetzes nicht überstrapazieren will, ein Blick hinein schadet nicht. Dort ist in Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur von „jedermann“ die Rede, sondern auch von „jedem Beruf“. Die Frage ist doch, ob dieser Hinweis auf den Beruf mit der Rückkopplung auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen uns nicht sagen könnte, bestimmte Berufe benötigen besondere Arbeitsbedingungen, und wenn es Arbeitsbedingungen sind, die nicht von anderen Berufsgruppengewerkschaften vertreten werden, ergibt sich daraus die verfassungsrechtliche Schutzfunktion, dass auch diese spezifischen Arbeitsbedingungen tarifvertraglich geschützt werden müssen und auch im Sinne einer Durchsetzungsfähigkeit geschützt werden müssen. Anders formuliert: Kann es wirklich sein – in welchem Modell auch immer, ob in dem von Professor *Hromadka* oder von Professor *Franzen* –, dass eine Gewerkschaft, die eine Berufsgruppe in keiner Weise vertritt – nehmen wir einmal an, bei ver.di gäbe es keinen einzigen organisierten Piloten –, kann es sein, dass eine Gewerkschaft mit Richtigkeitsgewähr tarifvertragliche Regelungen für eine spezifische Berufsgruppe trifft, die von ihrem Berufsbild und ihren Anforderungen her mit anderen Berufsgruppen in dem Betrieb – wobei man sagen muss, Flugbetrieb ist etwas besonderes, § 117 BetrVG, aber lassen wir das einmal weg – nicht vergleichbar sind? Anders formuliert: Ist es nicht bei aller Risikolage, die sich für den Arbeitgeber daraus ergibt, nicht auch für den Arbeitgeber sinnvoll, spezifische Belange spezifischer Arbeitsgruppen nicht durch solche Gewerkschaften regeln zu lassen, die diesen Bedürfnissen nicht Rechnung tragen wollen oder können mit der Folge, dass dann ein erhebliches Unruhepotenzial im Betrieb entsteht? Mein Petitum also die Frage: Muss die ganze Diskussion über Tarifeinheit, Tarifpluralität nicht auch unter dem Gesichtspunkt der besonderen Arbeitsbedingungen besonderer Berufe gesehen werden?

Professor Dr. Dr. h.c. Wolfgang Hromadka, Universität Passau:

Herr *Fischer*, ich fange einmal bei Ihnen an. In Art. 9 Abs. 3 GG steht in der Tat „jedermann“ und „jeder Beruf“, aber es steht nicht drin, dass jeder Beruf eine eigene Gewerkschaft haben muss. Ich kenne leider die Vorgeschichte der Beratungen zum Grundgesetz nicht, das müsste man nachprüfen, ich bin sicher, dass einfach alle erfasst werden sollten, dass es aber nicht heißen sollte, Einzelne sollten besondere Möglichkeiten haben, ihre Interessen durchzusetzen.

Das führt mich dann auch gleich zu Herrn *Konzen*: Herr *Konzen*, wir sind uns – wie meistens – einig. Mir ging es um zwei Dinge. Das eine ist in der Tat die Frage der Verfassungsmäßigkeit. Um den Bedenken wegen Art. 9 Abs. 3 GG Rechnung zu tragen, will ich die Minderheitsgewerkschaften einbinden. Es scheint mir das Vernünftigste zu sein, sie in irgendeiner Art und Weise zusammenzubringen, und da man sie nicht zusammenzwingen kann, bleibt nur der Weg über den Arbeitgeber, und wenn man über den Arbeitgeber geht, muss man das irgendwie sanktionieren; sonst steht die Zusammenarbeit nur auf dem Papier. Die Gerichte wollte ich nicht einschalten, das wäre sicher nicht sehr sinnvoll.

Das zweite ist eine Personal- und Sozialpolitik aus einem Guss: Natürlich haben Sie recht, das ist mit „Ordnung“ nicht ausreichend umschrieben, aber in einer halben Stunde kann man nicht mehr sagen. Die Problematik müsste man in Art. 12, 14 GG verorten. Ein Freiraum für eine rationale Lohnpolitik ist aber nicht nur im Interesse des Arbeitgebers, sondern im Interesse der gesamten Volkswirtschaft.

Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München:

Herr *Fischer*, ich verstehe Art. 9 Abs. 3 GG und den dort angelegten Rekurs auf den Beruf so, dass die Koalitionsfreiheit in unserem System kein spezifisches Organisationsprinzip präferiert. Man kann als Gewerkschaft das Industriegewerkschaftsprinzip oder auch das Berufsgruppenprinzip wählen. Wenn man das regeln möchte als Gesetzgeber – darum geht es ja nur –, muss man nun überlegen, dass man kein Prinzip systematisch benachteiligt. In dem System, das ich vorgeschlagen habe – das im Übrigen trotz des Systemwechsels relativ nah an der früheren Rechtslage sich entlanghangelt –, wäre es so, dass die Berufsgruppengewerkschaft immer noch die Möglichkeit hätte, einen Firmentarifvertrag zu schließen. Der würde dann zunächst einmal den Verbandstarifvertrag verdrängen und dann müsste man sehen, ob die entsprechende Branchengewerkschaft die Kraft aufbringt, dagegenzuhalten, wiederum einen Firmentarifvertrag zu

etablieren, der dann diesen anderen Firmentarifvertrag verdrängen würde.

Bei der Lufthansa ist im Moment das Beispiel so, dass wir gar keine Kollisionslage haben, wenn ich das richtig sehe, weil ver.di keine Tarifverträge für Piloten schließt. Das kann sich natürlich ändern. Das sind dann natürlich Anwendungsprobleme einer solchen Regelung, das kann man vorab nicht sagen. Ich habe mir zum Beispiel überlegt, angenommen, ver.di würde nur *pro forma* mit Lufthansa für die Piloten irgendetwas abschließen, darin steht gar nichts, gewissermaßen Nullregelungen für die Piloten. Das kann man auf der gesetzgeberischen Ebene nicht regeln, das kann nicht richtig sein, da gebe ich Ihnen völlig recht, nur das müsste man dann irgendwie im Zuge der Rechtsanwendung hinbekommen. Ich glaube nicht, dass man das abstrakt steuern kann.

Herr *Konzen*, Ihr Anliegen war ja auch die Minderheitsgewerkschaft: Ich habe darauf hingewiesen, dass wir da noch Probleme haben und möglicherweise, wenn wir ein stärker die Ordnungsfunktion des Tarifvertrags betonendes Modell vertreten, müssen wir möglicherweise auch Ausgleiche schaffen im Innenverhältnis der Gewerkschaft, dass hier Minderheiten stärker repräsentiert werden können, innerhalb der Mehrheitsgewerkschaft. Da ist sicher die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Ausschluss von Mitgliedern, die bei Betriebsratswahlen auf konkurrierenden Listen kandidieren, zu überdenken. Das ist zweifelhaft, ob das wirklich stimmen kann in einem solchen System.

Herr *Schmitt-Rolfes*, zu Ihnen: Ich hoffe, ich habe Ihr Anliegen richtig verstanden. Die Problematik einer Kollision von Verbandstarifverträgen stellt sich ja schon nach dem geltenden Recht, zwar nicht mehr auf der Ebene der Tarifpluralität, wohl aber auf der Ebene der Tarifkonkurrenz. Wir brauchen zunächst immer Tarifzuständigkeit und dann die Reichweite des Tarifvertrags, und nur soweit Kollisionen überhaupt eintreten, muss aufgelöst werden. Das habe ich versucht, in meinem Gesetzesvorschlag anzudeuten in der Formulierung „gelten für das Arbeitsverhältnis mehrere Tarifverträge, deren Regelungen nicht aufeinander abgestimmt sind“. Damit sollte der Fall der Tarifkonkurrenz legal definiert werden; das ist möglicherweise noch verbesserungsbedürftig.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich darf auch noch ergänzen, das Herr *Franzen* an einem Gremium von neun Professoren mitgearbeitet hat, die sich gegen die Tarifeinheit gewandt hatten. Wir hatten Dich eingeladen, weil wir dachten, Du würdest einen Kontrast zu Herrn *Hromadka* liefern. Ich möchte dies im Namen

der Veranstalter noch sagen. Wir haben unter uns noch einen Vertreter, der den umgekehrten Weg gegangen ist. Er hat in seiner Habilitationsschrift, die Einiges an Aufsehen erregt hat, das Tarifeinheitsprinzip, wenn es auf der Mehrheit dann beruht, gestützt, und sich dann trotzdem auch in dieser Neunergruppe wiedergefunden. Herr *Greiner* hat sich zu Wort gemeldet.

Professor Dr. Stefan Greiner, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn:

Herr *Giesen*, zunächst die Vorbemerkung: „Umgekehrten Weg“, diese Aussage möchte ich doch einschränken. Ich habe schon in meiner Habilitationsschrift die Tarifeinheit in der Sparte – also im Überschneidungsbereich – als eine mögliche Option neben der Tarifmehrheit im Betrieb vertreten, und daher war es nur konsequent, in der genannten Professorengruppe mitzuwirken.

Von meiner Seite zu beiden Vorträgen zunächst einmal Dank. Es waren aus meiner Sicht glänzende Referate, die noch einmal verdeutlicht haben, wie facettenreich die Gesamtproblematik ist. Ich könnte auch ganz viel Zustimmendes sagen, möchte mich aber mit Blick auf die Uhr auf drei kritische Einwände zu dem zweiten Referat von Herrn *Franzen* beschränken.

Erster Einwand: Das Modell einer betriebsweiten *erga-omnes*-Wirkung von Tarifverträgen verschärft aus meiner Sicht die Probleme zunächst einmal ohne Not. Es wird im Grunde aus einer Tarifpluralität eine Tarifkonkurrenz gemacht. Was erreicht man damit? Man erreicht im Grunde zwei punktuelle Lösungen für zwei sehr begrenzte Probleme, nämlich einmal das Problem der Bezugnahmeklauseln, der Gleichstellungsabreden, und man erreicht eine Lösung für das Problem, dass nach bisheriger Sichtweise durch die Tarifeinheit die Arbeitnehmer, die Mitglieder in den Gewerkschaften sind, deren Tarifverträge verdrängt werden, tariflos wurden. Diese Probleme werden gelöst. Aber um welchen Preis? Letztlich ein sehr hoher Preis, weil aus der Tarifpluralität eine betriebsweite Tarifkonkurrenz wird, die das Problem so verschärft, dass man – vielleicht etwas polemisch zugespitzt – den Handlungsdruck in Richtung Tarifeinheit und gesetzgeberischer Regulierung so weit verschärft, dass der Gesetzgeber dann doch zu einer Regelung gezwungen wäre. Man schafft oder verschärft erst eine Problematik, um sie dann zu lösen. Große Zweifel, ob das der geeignete Weg ist.

Zweiter Einwand: Sie haben das schon sehr richtig angesprochen. Auch aus meiner Sicht liegt der Haupteinwand in der kontraproduktiven Wirkung eines solchen Modells für die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems. Eine betriebsweite *erga-omnes*-Wirkung auf Arbeitnehmerseite

hat die Wirkung einer anlasslosen Allgemeinverbindlicherklärung auf Arbeitnehmerseite, bezogen auf den Betrieb. Jeder Arbeitnehmer partizipiert an den Tarifwirkungen unabhängig von seiner Gewerkschaftsmitgliedschaft. Im Grunde liegt dieser Vorschlag quer zu den tarifrechtlichen Entwicklungen in der Judikatur des BAG – Stichwort Differenzierungsklauseln, die genau auf den umgekehrten Effekt abzielen, nämlich die Gewerkschaftsmitgliedschaft zu stärken, indem Anreize zum Gewerkschaftsbeitritt gesetzt werden können. Diese Anreize werden durch eine *erga-omnes*-Wirkung auf Arbeitnehmerseite genommen, und das zeigt auch der Blick ins Ausland. Dort beobachtet man allüberall, wo wir eine *erga-omnes*-Wirkung bereits haben, einen eklatant niedrigen Organisationsgrad der Gewerkschaften, was der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems sicherlich nicht zuträglich ist und – das möchte ich betonen – auch verfassungsrechtliche Implikationen hat, weil nur ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem dem Verfassungsauftrag, dem Regelungsauftrag aus Art. 9 Abs. 3 GG, entspricht.

Dritter und letzter Einwand: Stichwort: anlasslose Allgemeinverbindlicherklärung auf Arbeitnehmerseite. Im Grunde richten sich gegen dieses Konzept alle oder viele der Einwände, die – berechtigt oder unberechtigt – auch schon heute gegen die Allgemeinverbindlicherklärung vorgetragen werden. Das Legitimationsproblem hatten Sie angesprochen. Es wäre eine einseitige anlasslose Allgemeinverbindlicherklärung auf Arbeitnehmerseite, ohne dass dafür ein wirklich stichhaltiges öffentliches Interesse ersichtlich ist oder das öffentliche Interesse wird pauschal unterstellt. Dies müsste erst einmal begründet werden.

Dr. Klaus-Peter Stiller, Bundesarbeitgeberverband Chemie, Wiesbaden:

Herr *Franzen*, Ihre Ausführungen haben sehr eingeleuchtet. Ich habe allerdings auch meine Zweifel *in puncto* Realisierungschance. Ich kann mir nicht vorstellen, dass der Gesetzgeber so weit geht und eine solche Änderung des deutschen Tarifrechts angelegentlich der gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit gleich miterledigt.

Ich möchte jetzt einmal den Blick darauf werfen, worüber man beim Thema Tarifvertrag und Tarifeinheit in der Praxis redet. In der Praxis ist es so, dass ein Tarifvertrag oder ein Tarifwerk, wie Herr *Hromadka* es richtig bezeichnet hat, in einem Betrieb in erster Linie – wir reden hier sehr viel über das Entgelt, das ist die Wurzel allen Übels – ein Bewertungssystem mit Entgeltgruppen statuiert, das berufsgruppenübergreifend gilt. Es gilt für alle Mitarbeiter dieses Betriebs. Sie werden alle eingruppiert und daran knüpfen sich Entgeltfolgen. Ob dieses Entgelt dann gerecht ist, darüber kann man immer streiten, das ist nicht die Frage. Die tariflichen Rege-

lungen sind Mindestbedingungen, das heißt niemand – kein einziger Arbeitnehmer – ist daran gehindert, individuell für sich einen Aufschlag zu verlangen und möglicherweise auch zu bekommen, wenn er in der entsprechenden Verhandlungsposition ist. Wir stellen doch jetzt die Frage: Ist es für unser Tarifsysteem richtig, dass bestimmte Berufsgruppen nicht etwa individuell, sondern unter dem Schutz der Koalitionsfreiheit ihre Interessen kollektivieren und diese durchsetzen können? Wir reden hier nicht über ungelernte und angelernte Arbeiter, die es schaffen, ihre niedrigeren Tarifentgelte im Wege eines Berufsgruppentarifvertrags anzuheben. Wir reden über sogenannte Schlüsselfunktionen und Funktionseliten, deren Arbeitsniederlegung aufgrund ihrer Stellung eine Auswirkung hat, die es den Arbeitgeber sehr überlegen lässt, ob er sich widersetzlich zeigt. Er hat es in der Regel dabei relativ schwer. Meine Frage: Ist es wirklich verfassungsrechtlich geboten oder unausweichlich, dass wir Berufsgruppen trotz eines berufsgruppenübergreifenden Tarifwerks die Möglichkeit geben müssen, auf kollektivem Wege für sich andere, sprich: bessere Tarifregelungen durchzusetzen? Individuell kann es immer höher gehen, das ist Teil unseres Tarifwesens. Ist es aber richtig oder – wie manchmal der Eindruck entsteht – verfassungsrechtlich geradezu geboten, zu sagen: „Einzelne Berufsgruppen müssen auch die Möglichkeit haben, mit einer auch der Ordnung und Befriedung dienenden Regelung für sich andere Arbeitsbedingungen zu erreichen.“ Da habe ich nach wie vor erhebliche Zweifel. Der Tarifvertrag hat eine Schutzfunktion und eben auch eine Ordnungsfunktion im Betrieb, das ist einer seiner großen Vorteile. Dies gilt es zu bewahren und zu schützen durch eine gesetzliche Regelung zur Tarifeinheit.

Wolfgang Hromadka:

Ihre Frage ist einfach zu beantworten, jedenfalls aus meiner Sicht. Verfassungsrechtlich geboten ist das sicher nicht. Hier sehe ich eine Frage der Zweckmäßigkeit in einem großen verfassungsmäßigen Rahmen. Ich würde es auch nicht für sinnvoll halten, wenn wir Spartentarifverträge neben den Branchentarifverträgen hätten. Allerdings würde ich immer den AT-Bereich ausklammern. Da, wo es Möglichkeiten gibt, den Minderheitsgewerkschaften eine Sonderrolle zuzubilligen, wo es auch von der Sache her sinnvoll ist, sollte man es auch tun. Ich denke hier an die Piloten, an die Ärzte, an die „angestellten Akademiker“ (VAA) und ähnliche Bereiche. Hier würde ich gern im Gegensatz zum Koalitionsmodell Minderheitsgewerkschaften zulassen und nicht auch den Einheitstarifvertrag überstülpen. Wenn vorgeschlagen wird, auch freiwillige Tarifverträge zuzulassen, so möchte ich das nicht generell ablehnen, halte es aber auch nicht für besonders sinnvoll. Ich kann mir nicht vorstellen, dass Arbeitgeber außerhalb des AT-Bereichs freiwillig mit unterschiedlichen Gewerkschaften

unterschiedliche Tarifverträge abschließen mit der Folge, dass die Zugehörigkeit zu dieser oder jener Gewerkschaft zu einem unterschiedlichen Entgelt oder zu unterschiedlichen Sozialleistungen führt. Ich denke an den oberen Bereich, wo sich die Arbeitsbedingungen nicht unerheblich von denen der anderen Arbeitnehmer unterscheiden.

Martin Franzen:

Kurz ein Wort zu Herrn *Stiller*: Ich glaube, darum wird man nicht herkommen. Solange die Piloten Arbeitnehmer sind, können sie sich natürlich auch kollektiv versammeln und Tarifverträge schließen und können sich auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen. Da sehe ich wenig Möglichkeiten.

Jetzt aber zu Herrn *Greiner*. Herr *Greiner*, Sie haben mir vorgeworfen, ich würde die Problematik verschärfen und würde im Grunde nur eine punktuelle Lösung bereithalten. Sie sagen, ich würde nur das Problem der Tariflosigkeit der anders organisierten Arbeitnehmer bewältigen gegenüber der bisherigen Rechtslage. Aber das war doch gerade ein wesentlicher Einwand der Verfassungswidrigkeit gegen die bisherige Rechtsprechung des BAG: Die anders organisierten Arbeitnehmer werden durch den Grundsatz der Tarifeinheit tariflos gestellt. Der andere Punkt ist die Benachteiligung von Berufsgruppengewerkschaften, die daraus resultieren kann, je nachdem wie man die Kollisionsregel anwendet.

Der zweite Punkt: Sie hatten gesagt – da sind wir uns im Prinzip einig –, Anreize zum Gewerkschaftsbeitritt werden vielleicht reduziert, wobei ich mich immer frage, ob die nicht schon nach geltendem Recht – ich habe es ja vorgetragen – reduziert sind. Sie sagen jetzt, nach dem System, das ich Ihnen vorgestellt habe, könnte man keine Differenzierungsklauseln mehr verabreden. Das stimmt aus meiner Sicht nicht. Es könnte sogar ein Anreiz geschaffen werden, noch stärker für die Gewerkschaften auf Differenzierungsklauseln zu setzen. – *Gamillscheg* hat das einmal gesagt in seinem großen Lehrbuch zum kollektiven Arbeitsrecht: soviel für alle Arbeitnehmer und obendrauf noch etwas für die Mitglieder. Das wäre aus meiner Sicht unabhängig von dem von mir hier vorgeschlagenen Systemwechsel weiter zulässig.

Mit Vergleichen zum Ausland – ich habe sie selbst gebracht – muss man vorsichtig sein. Deutschland gehört zu einer starken Minderheit der Länder in Europa, die die Tarifwirkungen an die Mitgliedschaft im tarifschließenden Verband anknüpfen. Man müsste nämlich in die andere Gruppe von Staaten noch die Rechtsordnungen dazuzählen wie die nordischen, die einen Gleichbehandlungsanspruch formulieren. Da hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Gleichbehandlung, Gleichstellung mit den Gewerkschaftsmitgliedern.

Schließlich haben Sie gesagt, mein Konzept würde einer anlasslosen Allgemeinverbindlicherklärung gleichkommen, Herr *Greiner*. Da wehre ich mich ein bisschen gegen die Terminologie. Wir reden über die Erstreckung des Tarifvertrags auf die Arbeitnehmer beim tarifgebundenen Arbeitgeber. Die Allgemeinverbindlicherklärung geht viel weiter. Sie erfasst Arbeitgeber und Unternehmen, die mit dem Tarif eigentlich nichts zu tun haben wollen, und wenn der Arbeitgeber beschließt, er wendet den Tarif an, dann kalkuliert er damit, dass er ihn für alle anwendet und nicht nur für die Mitglieder. Das ist schon jetzt so. Warum das jetzt so „schlimm“ und so hoch rechtfertigungsbedürftig sein soll wie eine Allgemeinverbindlicherklärung, die nur die Dritten, die mit dem Tarif überhaupt nichts zu tun haben, bindet, das sehe ich nicht.

Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg:

Zwei Punkte: Der erste beschäftigt sich mit Herrn *Franzen*. Ich finde, sein Modell macht das Problem klar. Bisher hatten wir einen § 3 Abs. 2 TVG, der eine Voraussetzung für die allgemeine Geltung gesetzt hat. Es musste nämlich eine einheitliche Geltung im Betrieb notwendig sein. Nach Ihrem Modell haben wir eine solche Voraussetzung zunächst einmal nicht. Man müsste also fragen: „Wie sieht es konkret aus? Gibt es handfeste Gründe, um eine allgemeine Erstreckung der Tarifverträge bei tarifgebundenen Arbeitgebern zurechtzufertigen?“ Ich muss sagen, bis auf die Forderungen der Funktionäre der BDA und des DGB sehe ich da relativ wenig bisher. Das BVerfG würde sicher genau nachfragen. Dann muss man sich ja auch klarmachen, die neue Rechtsprechung des BAG gilt nun schon vier Jahre, und es ist eigentlich nichts Weltumstürzendes passiert mit der Aufgabe der Tarifeinheit. Die negative Folge müsste man doch eigentlich nachweisen.

Der zweite Punkt beschäftigt sich mit *Hromadka*. Ich will den Blick noch einmal auf die arbeitskampfrechtliche Seite lenken. Sie haben mit gutem Herzen den Minderheitsgewerkschaften Teilhabe an diesen Verhandlungen der Mehrheitsgewerkschaften versprochen. Wenn ich eine solche Minderheitsgewerkschaft wäre und es liefen solche Verhandlungen, würde ich meinen Mitgliedern sagen: „Freunde, jetzt machen wir aber einmal einen ordentlichen Warnstreik, damit die Arbeitgeber in ihrer Verhandlung mit der Mehrheitsgewerkschaft auch unsere Interessen richtig wahrnehmen.“ Und dann kommen wir eben ins Rutschen, weil wir diese arbeitskampfrechtliche Problematik bislang überhaupt nicht gelöst haben. Ich erinnere daran, dass Frau *Schmidt* gesagt hat: „Wenn ihr das macht, dann achtet auf das Arbeitskampfrecht.“ Sie befindet sich so ein bisschen in der Rolle des Zauberlehrlings oder besser gesagt des Zauberazubis: Das

BAG hat die Tore für den Arbeitskampf weit geöffnet und weiß nicht, wie es diese Tore wieder schließen soll, wenn es zu solchen neuen Gestaltungen kommt. Es würde wohl kein Weg daran vorbeiführen, dass der Gesetzgeber, wenn er sich tatsächlich auf den Weg macht, die Tarifeinheit zu regeln, auch die arbeitskampfrechtlichen Fragen mitregelt.

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, Rechtsanwaltskanzlei Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, Schliersee und Krefeld:

Herr *Franzen*, ich meine, dass durch das von Ihnen soeben vorgestellte Modell der Tarifeinheit in der Tarifpluralität das schwierige Problem der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit gelöst wird. Wir müssen uns in der Betriebspraxis unter dem Dach des Tarifvertrags zugleich mit den betriebsverfassungsrechtlichen Normen und den arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten befassen. Im betrieblichen Alltag wird in Zukunft die Tarifpluralität bei Anwendung konkurrierender und nicht voneinander im Geltungsbereich abgegrenzter Tarifverträge mannigfaltige, derzeit noch nicht beackerte Fragen aufwerfen, beispielsweise welche Betriebsvereinbarung wird durch welchen Tarifvertrag im Tarifvorrang verdrängt, welcher Tarifvertrag gilt bei Tarifpluralität durch die einzelvertragliche Bezugnahme auf den jeweils im Betrieb geltenden Tarifvertrag? Während der Gesetzgeber bei Inkrafttreten des BetrVG 1972 wohl noch nicht intensiv an eine Tarifpluralität gedacht hat, weil die damals bestehenden Gewerkschaften den Geltungsbereich der Tarifverträge im Wesentlichen nach Produktionsbereichen – ausgenommen die DAG – aufgeteilt hatten, warf der Einleitungshalbsatz des § 87 Abs. 1 BetrVG noch nicht die in Zukunft entstehende Frage auf, durch welche vorrangige Tarifnorm welche nachrangige Norm in einer Betriebsvereinbarung oder Betriebsnorm verdrängt wird. Hierauf wird in Zukunft stärker zu achten sein. Wir können aber schon jetzt sagen, dass die Tarifnorm nicht über den Geltungsbereich des jeweiligen Tarifvertrags hinaus auf der Betriebsebene auch Betriebsnormen oder betriebsverfassungsrechtliche Normen mit Geltung für und gegen die nicht vom Tarifvertrag erfassten Mitarbeiter beanspruchen darf. Ich kann andererseits als Mitarbeiter vorteilhafte legitime Chancen nutzen. Beispielsweise würde ich durch den Beitritt zu allen im Betrieb agierenden Gewerkschaften mit konkurrierenden Tarifverträgen zu meinen Gunsten die unterschiedlichen Rosinen aus allen Tarifverträgen beanspruchen, beispielsweise das höchste Weihnachts- oder Urlaubsgeld. Die Vorteile aus den Rosinen könnten erheblich größer sein als die Beiträge, die ich an die unterschiedlichen Gewerkschaften in Höhe von 1 oder 1,5 % des Bruttolohns monatlich entrichten müsste.

Selbst dann, wenn ich nicht bei allen im Betrieb agierenden Gewerkschaften Mitglied würde, so würde ich auf der individualrechtlichen Ebene die

im Arbeitsvertrag vorhandene Klausel mit der Bezugnahme des Arbeitsvertrags auf den jeweils im Betrieb oder Unternehmen geltenden Tarifvertrag für die Rosinenpickerei nutzen. Dies können ohne nähere individualrechtliche Bezeichnung alle im Betrieb geltenden Tarifverträge sein. Es entsteht bis zu einer Neuordnung durch die Reaktion der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber auf die neue Unordnung für die Unternehmen eine rechtliche Unsicherheit als Folge der Intransparenz und als weitere Folge eine mangelnde Kalkulierbarkeit der Personalkosten.

Aus der Unordnung, die wie die Diskussion erkennen lässt, bereits greifbare Formen angenommen hat, schließe ich: Der Bundesregierung, die hochkarätige Experten in ihren Reihen hat, steht diese Unkalkulierbarkeit vor Augen. Eben deshalb ist die Koalitionsvereinbarung in diesem Punkt vorsichtig so formuliert, dass Pythia übertroffen ist. Ich prophezeie anstelle der Pythia: Es wird dem Gesetz über die Tarifeinheit so gehen wie dem Beschäftigtendatenschutzgesetz oder dem seit vielen Jahrzehnten geforderten Arbeitskampfrecht. Es wird daraus nichts werden, außer einem Begräbnis erster Klasse. Anschließend muss das BAG durch Richterrecht die Kohlen aus dem Feuer holen.

Peter Mayer, Präsident des LAG München a.D., Kolbermoor:

Die Frage ist, warum denn? Warum muss denn Tarifeinheit in einem Betrieb herrschen? Vordergründig werden so Dinge eingeführt wie Bezugnahmeklauseln etc. Wenn man mit den Leuten unter vier Augen und offen redet, geht es ausschließlich um Arbeitskämpfe von Spartengewerkschaften nach dem Motto: Es kann doch nicht sein, dass ein paar Piloten den Fraport lahmlegen und tausende Flugpassagiere sitzen bleiben. Natürlich ist die Tarifautonomie auf der einfachgesetzlichen Ebene zunächst einmal beliebig regelbar, denn das sind Privatleute, die hier Normen setzen und sie leiten ihre Normsetzungskompetenz vom Staat ab. Da können Sie alles machen. Sie können natürlich auch den § 3 Abs. 2 TVG auf alle anwenden, wenn Sie die von Herrn Löwisch völlig zutreffend dargestellte *ratio legis* für den § 3 Abs. 2 TVG vergessen. Nur: Jede einfachgesetzliche Regelung muss sich doch im Rahmen der Verfassung halten und da ist es auch wenig hilfreich auf Amerika oder Spanien zu verweisen. Hier gilt unser Grundgesetz und da haben wir Rechtsprechung und nach der Rechtsprechung des BVerfG aus Verfassungsgründen sind die Lokführer, Cockpit, Marburger Bund Gewerkschaften. Das BVerfG hat in seiner Frühzeit sogar die Vereinigung der Katholischen Hausgehilfinnen Deutschlands als Gewerkschaften anerkannt. Das ist aber eine sehr alte Entscheidung. Weiter hat das BVerfG entschieden, eine Gewerkschaft darf einen Arbeitskampf führen. Das ist eine verfassungsrechtliche Vorgabe. Drittens hat das BVerfG entschieden, bis zur Sittenwidrigkeit – hätte ich beinahe gesagt –

werden Tarifforderungen vom Inhalt her nicht überprüft. Ob eine Gewerkschaft einen Stundenlohn von 15 € oder 18 € verlangt, ist einer Überprüfung – wie gesagt bis zur äußersten Grenze – nicht zulässig. Nun frag ich mich wirklich, wie denn das gehen soll, wenn hier der Marburger Bund oder wenn hier die Lokführergewerkschaft eine Gewerkschaft ist und wenn sie das Recht hat, zu streiken, funktioniert meines Erachtens das, was hier vorgeschlagen wird, nicht. Und ich glaube, ich habe Herrn *Hromadka* so verstanden, dass er als letzte Konsequenz den Spartengewerkschaften das Streikrecht auch gar nicht wegnehmen will. Damit sind die Forderungen der Arbeitgeberseite in sich zusammengefallen. Die ganzen Geschichten, die hier vorgeschlagen werden, sollen – das soll man doch einmal offen zugeben – dazu dienen, dass die Mächtigkeit und Durchsetzungsfähigkeit von kleinen Spartengewerkschaften, die außer jedem Verhältnis zu ihrer Mitgliederzahl stehen, eingefangen wird.

Wolfgang Hromadka:

Herr *Mayer*, Sie sagen, es geht ausschließlich um Arbeitskämpfe. Ich habe mich in meinem Referat gerade bemüht zu zeigen, dass das nicht das ausschließliche Problem ist. Aber ich gebe Herrn *Löwisch* Recht, das ist der Knackpunkt. In meinem Referat habe ich diese Frage weitgehend ausgespart. Das Problem ist einfach, solange man sich nicht für ein Modell entscheidet, wie immer das aussieht, hat es keinen Sinn, alles andere bis in die letzten Details auszuziselieren. Sicher muss man, wenn man Streiks von Spartengewerkschaften zulässt – egal ob nur im ausgesparten Bereich oder auch sonst –, überlegen, wie man „Streikkaskaden“ verhindert. Hierzu gibt es eine Menge Anregungen, auf die ich nicht eingehen konnte. Für problematisch halte ich die Koordinierung von Laufzeiten von Tarifverträgen. Etwas anderes ist es, wenn man für den Streik auf die Laufzeit eines Tarifvertrags abstellt. Ob man das Erweiterung oder Erstreckung der Friedenspflicht nennt oder ob man sagt: „Während der Laufzeit dieses Tarifvertrags kann nicht gestreikt werden“, ist dogmatisch vielleicht ein Unterschied; der Sache nach ist es dasselbe. Ich gebe Ihnen völlig Recht, hier liegt das eigentliche Problem.

Und Herr *Lehmann*: Wahrscheinlich behalten auch Sie Recht. Wir werden auf dieses Gesetz genauso lange warten wie die bayerische Staatsregierung auf die göttliche Eingebung.

Martin Franzen:

Herr *Mayer*, ich möchte den Spartengewerkschaften nicht das Streikrecht nehmen. Mein Ansatz war ein anderer. Ich wollte mir überlegen, wie kann man Tarifeinheit, wenn man es regeln möchte, wenn der Gesetzgeber das

tun möchte, vernünftig mit möglichst wenig Friktionen in das geltende TVG einpassen, und da schien mir das, was ich vorgetragen habe, der richtige und gangbare Weg zu sein. Jetzt kann man sagen, wegen der fehlenden Legitimation ist das verfassungswidrig. Darüber kann man sich streiten, aber wir haben die Argumente im Moment ausgetragen und es soll ja noch die Mittagspause kommen. Das war mein Ansatz. Er ging nicht weiter und war darauf begrenzt.

Herr *Löwisch*, das ist richtig, was Sie sagen. Der Gesetzgeber muss sich überlegen, ob die Problemlage so ist, dass man hier wirklich eingreifen muss. Das möchte ich gar nicht beurteilen. Da kann man aus meiner Sicht – das habe ich auch öfter vertreten – mit *Lehmann* noch zuwarten und erst einmal die Dinge sich weiterentwickeln lassen und gar nichts tun, erst einmal schauen, ob es wirklich so schlimm ist, was passieren kann. Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, aber wenn er sich entscheiden wollte, dann halte ich dieses Modell, das ich vorgeschlagen habe, für wenigstens im Tarifrecht einigermaßen stimmig.

Stärkung der Tarifbindung durch erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung

Volker Rieble

Seite

I. TVG-Änderungen durch das „TASG“	69
1. Verzicht auf Tarifrepräsentativität zur Allgemeinverbindlicherklärung	69
a) Abschwellende Tarifbindung und Faktenignoranz	69
b) Kollektives Recht auf Wirkungsmacht?	74
c) Reduktion der Anforderungen auf „öffentliches Interesse“ (Wegfall 50-Prozent-Quorum)	76
2. Indiziertes öffentliches Interesse – „AVE-Automatik“?	76
3. Gemeinsamer Antrag der Tarifparteien	77
4. Beibehaltung des Tarifausschusses – aber Ausweichmöglichkeit auf das AEntG	78
5. Sonder-AVE für gemeinsame Einrichtungen (Abs. 1a)	78
6. Rechtsschutzmodifikation: Normkontrollverfahren nach § 98 ArbGG	78
7. Folgenabschätzung?	79
a) Kumulation staatlicher Tarifzugriffe	79
b) Ende mancher „Geschäftsmodelle“?	79
c) Bisherige Mindestlohnwirkungen im Baugewerbe	80
d) Mitgliederschwund der Baugewerkschaft	82
8. Systemwechsel zur staatsgestützten Tarifherrschaft	84
a) Freiwillige Tarifbindung als Funktionselement der Tarifaufonomie	84
aa) Grundsatz	84
bb) Tariferstreckung durch den Staat	87
II. Tarifrechtliche Wirkung intensivierter Allgemeinverbindlichkeit	87
1. Mindestlohnvorgaben nach dem AEntG	87
2. Einfache Allgemeinverbindlicherklärung	90
a) Tarifverdrängung durch Tarifkonkurrenz	90
b) Behinderung abweichender Tarifabschlüsse	91
3. Verwandtschaft mit der Tarifeinheit	93
4. Folge- und Fernwirkungen?	95
a) Mittelbare Folgen für das Tarifsysteem	96
aa) Einfluss auf das Tarifabschlussverhalten der Parteien des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages	96
bb) Staatseinfluss auf die Tarifregelung	97

b)	Folgewirkungen für die freiwillige Mitgliedschaft.....	98
5.	Streit um das aktuelle AEntG.....	98
6.	Vereinbarkeit mit Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie	100
a)	Statusfreiheiten	100
b)	Tarifautonomie	106
aa)	Schutz der autonomen Tarifgeltung	107
bb)	Kernbereich der Arbeitsbedingungen	108
7.	Rechtfertigung intensivierter Allgemeinverbindlich- erklärung?	109
a)	Zulässige Gemeinwohlziele der Allgemeinverbind- licherklärung.....	109
b)	Allgemeinverbindlicherklärung und „Tarifzensur“	112
aa)	Keine Bewertung von Tarifynhalten	112
bb)	Schutz vor Tarifversagen	114
c)	Entwicklungsfähigkeit der Tarifverbände und der Tarifpolitik.....	116
aa)	Potenzielle Tarifverträge	116
bb)	Austrocknungsverbot	117
cc)	Abstandsgebot.....	119
dd)	Abwägung im Einzelfall	120
III.	Rechtsstaatliche Legitimationsanforderungen	122
1.	Formale Legitimation durch staatlichen Rechtssetzungsakt	122
2.	„Materiale“ Legitimation durch Geltungsrepräsentativität	123
a)	Traditionelles 50-Prozent-Quorum.....	123
b)	Kein striktes Verfassungsgebot.....	125
IV.	Sonderfall gemeinsame Einrichtung.....	126
1.	Gesteigerte Wirkung.....	126
2.	Funktionale Selbstverwaltung nur unter „demokratischer“ Binnenlegitimation.....	128
V.	Thesen.....	131
Diskussion		134

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Neue Tarifrechtspolitik?* (München 2014), S. 67-133

I. TVG-Änderungen durch das „TASG“

1. Verzicht auf Tarifrepräsentativität zur Allgemeinverbindlicherklärung

a) Abschwellende Tarifbindung und Faktenignoranz

Die (privat-) autonome Tarifbindung nimmt seit Jahren ab – und damit die autonom legitimierte Tarifgeltung. Arbeitgeber weichen der Tarifgeltung aus, auch Arbeitnehmer zeigen schwindende Organisationsbereitschaft. Außerdem gelingt es Gewerkschaften in manchen Branchen nicht mehr, normale Tarifverträge durchzusetzen. Die jüngsten Mindestlohnabschlüsse in der Fleischwirtschaft oder bei den Frisören lassen sich nur als Notlösung mit Blick auf Mindestlohn-Übergangsregeln verstehen – aber nicht als neue Gewerkschaftsmacht.

Das stellt das IAB der Bundesagentur mit Daten aus dem IAB-Betriebspanel fest. Insgesamt – also West und Ost gemeinsam und unter Einschluss der „extremen“ Tarifbindung im öffentlichen Dienst und bei den Sozialversicherungsträgern – ermittelt das IAB gerade noch eine 50-prozentige Flächentarifbindung. Die Privatwirtschaft liegt deutlich darunter.

Flächentarifbindung der Beschäftigten (= Anteil der bei flächentarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer) in Prozent (nach Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2013, 284, 289)

	Privatwirtschaft		Gesamtwirtschaft	
	West	Ost	West	Ost
1996	66	48	70	66
1998	65	43	68	52
2000	60	39	63	47
2001	60	37	64	45
2002	59	35	63	44
2003	58	35	63	44
2004	57	34	61	42
2005	55	34	59	42
2006	53	33	57	41
2007	52	33	56	41
2008	50	33	55	40
2009	51	32	56	38
2010	50	32	56	37
2011	48	30	54	37
2012	48	29	53	36
2013	47	28	52	35

Für die Bauwirtschaft, die schon seit langem vom allgemeinverbindlichen Branchenmindestlohn geprägt ist, kommt das IAB zu einer Tarifbindungsquote der Arbeitgeber („Betriebe“, mit Blick auf das bisherige Quorum des alten § 5 TVG) für 2013 von 54 % (West) und 41 % (Ost)¹. Bezeichnenderweise weist die IAB-Statistik keine gesamtdeutsche Branchenanalyse aus, die ihrerseits bisherige Allgemeinverbindlicherklärungen infrage stellte. 2013 legte das Statistische Bundesamt eine erste amtliche Tarifbindungsstatistik für 2010 vor – die durch die Verdienststrukturerhebung nach dem Verdienststatistikgesetz 2006 möglich ist². Diese Erhebung kommt zu dramatischeren Befunden – insbesondere im Vergleich mit den IAB-Zahlen der Beschäftigtentarifbindung für 2010³:

<i>Flächentarifbindung im Wirtschaftszweig Baugewerbe 2010 (Arbeitnehmer in tarifgebundenen Betrieben) im Vergleich</i>			
	Gesamt	West	Ost
IAB	-	72	52
Statistisches Bundesamt	45	49	31

Zu der Aussagedifferenz und den Erhebungsunterschieden hat *Susanne Kohaut* (IAB) dankenswerterweise auf Folgendes hingewiesen: Die Datenerhebung für das IAB-Betriebspanel fragt direkt nach der Geltung eines Branchen- oder Haustarifs. Die statistische Verdienststrukturerhebung erfragt nur mittelbar, ob ein Tarifvertrag der Bezahlung zugrunde liegt, was bei übertariflicher Bezahlung womöglich zur Verneinung der Tarifbindung führt. Zudem erfasst das IAB-Betriebspanel Betriebe aller Größenklassen und Branchen, wohingegen die Verdienststrukturerhebung Betriebe erst ab zehn Beschäftigten einbezieht und die Landwirtschaft nicht berücksichtigt.

Wenn die Zahlen aus der Verdienststrukturstatistik die Wirklichkeit abbilden, so verfehlt die Bauwirtschaft das 50-Prozent-Quorum schon eine Weile. Inzwischen werden auch die Arbeitsgerichte skeptischer: Sie nehmen nicht mehr hin, dass Zahlen zur konkreten Tarifbindung von der SOKA Bau geliefert wurden, die ein erhebliches, nämlich „existenzielles“ Eigeninteresse am Verfahrensausgang hat. Eine *de facto*-Partei agiert als Quasi-Sachverständiger? So betont das Hessische LAG in einem Hinweis vom 18.12. 2013 im SOKA-Beitragsverfahren 12 Sa 1002/12:

1 S. 288.

2 Statistisches Bundesamt, Tarifbindung in Deutschland 2010, 2013, abzurufen unter <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Verdienste-Arbeitskosten/Tarifverdienste/Tarifbindung5622103109004.pdf> (7.5. 2014).

3 *Ellguth/Kohaut*, Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung Aktuelle Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2010, WSI-Mitteilungen 2011, 242, 243 Tabelle 1, hier verglichen mit den Tabellen 2.1.1 bis 2.1.3 des Statistischen Bundesamtes.

„Dazu ist anzumerken, dass zwar die Angaben der ZVK hinsichtlich der Zahlen für das einzelne Unternehmen von allen am verlässlichsten sind, weil die Prüfung des Baubetriebs nach den Anforderungen des VTV erfolgt und weil dort die gewerblichen Arbeitnehmer vollständig erfasst werden. Die Zahlen können jedoch keinen Anspruch auf Vollständigkeit für die Branche insgesamt – die ‚große Zahl‘ – erheben, nur weil die ZVK den Auftrag hat, alle Betriebe zu erfassen. Dass der Auftrag tatsächlich nicht zu 100 % erfüllt ist, belegt die große Zahl der in jedem Jahr erhobenen neuen Beitragsklagen auch gegen bislang noch nicht erfasste Betriebe. Hier besteht eine Dunkelziffer, deren Größenordnung nicht angesprochen und in die Entscheidung einbezogen wird. Auch bleibt zu Unrecht bei den Zahlen die Gruppe der Angestellten, die ebenfalls unter den Geltungsbereich des VTV fällt, unberücksichtigt. Wie die Kasse zu ihren Zahlen gelangt ist, ist bislang nicht näher ausgeführt oder belegt. In diesem Zusammenhang ist auch nicht klar, ob die Betriebe erfasst sind, die zwar unter die AVE-Einschränkung fallen, trotzdem aber als Baubetriebe anzusehen sind, und wie hoch die Zahl der dort beschäftigten Mitarbeiter ist.

Zu den Erhebungen und Zahlen des Statistischen Bundesamts ist zunächst zu sagen, dass sie die Realität der Branche nicht ganz abbilden, sondern zu erwarten ist, dass unter Berücksichtigung folgender Überlegungen die Zahlen tatsächlich um einiges höher sein können. Zunächst beruhen die Erhebungen auf Selbstauskünften der Betriebe und nicht auf einer Prüfung nach den Anforderungen des VTV. Zumindest die gerichtliche Praxis in vielen Beitragsverfahren zeigt, dass insbesondere Betriebe, die sog. Sowohl-als-auch-Tätigkeiten nach der Rechtsprechung des BAG verrichten, dahin tendieren, sich eher als Tischler-, Schreiner- oder Glaserbetriebe denn als Baubetriebe zu begreifen, sich aber eines Besseren belehren lassen müssen. Die Selbsteinschätzung kann also durchaus falsch sein. Zweitens werden Kleinbetriebe (Bauhauptgewerbe unter 20 Mitarbeiter, Baunebengewerbe unter 10 Mitarbeiter) von den Erhebungen überhaupt nicht erfasst.“

Insofern ließe sich ein Punkt erwidern: Dass das Statistische Bundesamt Kleinbetriebe ignoriert, führt in der Tendenz zu höheren Organisationsgraden – weil Kleinbetriebe besonders häufig tariffrei sind. Ähnlich betont das LAG Berlin-Brandenburg im Verfahren 3 Sa 1198/13 am 25.2. 2014:

„Die Kammer weist die Parteien darauf hin, dass der Vortrag der Beklagten nach ihrer Ansicht ausreicht, um erhebliche Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG zu begründen. Es ist daher eine Überprüfung der tatsächlichen Grundlagen der Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe ... zu veranlassen“

und fragt sodann diverse Erhebungsmethoden und Fehlerquellen ab, auch bei den Bautarifparteien der Arbeitgeberseite⁴.

4 Für die Übermittlung dieser Hinweise bedanke ich mich bei Rechtsanwalt *Reuter*, Berlin.

Wenn man bedenkt, mit welch harten Bandagen die SOKA mitunter zahlungsunwillige Scheinbeitragsschuldner verfolgt, gibt das Anlass zur Frage, ob diese klare Verfehlung des Quorums nicht der SOKA und dem BMAS bekannt gewesen sein muss, so dass die Beitragserhebung auf der Grundlage einer erkennbar unwirksamen Allgemeinverbindlicherklärung erfolgt ist. Reicht das für einen Anfangsverdacht wegen Massenbetrugs?

Weil nicht sein kann, was nicht sein darf (Palmström-Prinzip), hat sich die Rechtspraxis zunächst mit Ignoranz beholfen. Dass die Bautarife nicht mehr repräsentativ sind, wurde seit längerem durch „zweckoptimistische“ Schätzung im BMAS überspielt, also mit sozialpolitisch „legitimiertem“ Rechtsbruch. Die Arbeitsgerichte haben das auch noch gestützt – mit einer *extra legem* entwickelten *Wirksamkeitsvermutung für die Allgemeinverbindlicherklärung*⁵. Auch hat das BMAS seine Aufgabe umfassender Abwägung nicht stets neutral wahrgenommen, wie es staatlicher Verwaltung geziemt – sondern die AVE sozialpolitisch „gewollt“. Das Bundesverwaltungsgericht, das (auf Druck des Entlastung suchenden BVerfG⁶) jenseits jedes Normenkontrollverfahrens die eigene Zuständigkeit für die Kontrolle der durch die Allgemeinverbindlicherklärung bewirkten Rechtsverletzung bejaht hat, hat das Ministerium deutlich in die Schranken gewiesen⁷. Diese Entwicklung, dass die AVE ernsthaft an § 5 TVG und rechtsstaatlichen Grundsätzen gemessen wird, macht eine Normkorrektur erforderlich – vor allem zum Bestandsschutz der SOKA Bau.

Diese Tariferosion hat schon seit 2003 eine Forderung nach rechtlicher „*Stabilisierung des Tarifsystems*“ ausgelöst: Wenn die autonome Tarifflucht zu weit geht, müsse der Staat mit Zwangsmitteln, also mit erweiterter Allgemeinverbindlicherklärung, gegenhalten⁸. Eine Untersuchung von

5 BAG 3.2. 1965 – 4 AZR 385/63, NJW 1965, 1624; BAG 25.6. 2002 – 9 AZR 405/00, NZA 2003, 275; kritisch *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 258 ff.

6 Dazu *Löwisch/Rieble* (Fn. 5), § 5 Rn. 230.

7 BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 beanstandete die Rechtsverordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28.12. 2007; BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 38/09, NZA 2010, 1137 betonte die Zulässigkeit der Feststellungsklage gerade des Fachverbands gegen die Allgemeinverbindlicherklärung der Bautarife. Kritisch zur Rechtswegzuordnung *Latzel/Serr*, Rechtsschutz gegen Mindestlöhne, ZfA 2011, 391.

8 *Zachert*, Reformperspektiven der Allgemeinverbindlicherklärung aus arbeitsrechtlicher Sicht, WSI-Mitteilungen 2003, 413; *Bispinck/Schulten*, Das Tarifsysteem stabilisieren – wie soll das gehen, Mitbestimmung 7+8/2011, S. 27 ff.; auch *Bispinck*, Von der Erosion zur Restabilisierung? – Entwicklungstendenzen des deutschen Tarifsystems, Gedächtnisschrift *Zachert*, 2010, S. 479, 485 f.; jüngst (erstaunlich undifferenziert) *Preis/D. Ulber*, Funktion und Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, Festschrift *Kempfen*, 2013, S. 15 ff., die die intensive dogmatische Diskussion ausblenden.

Bosch/Weinkopf/Worthmann zur „Fragilität des Tarifsystems“ (2011) sieht für das Bauhauptgewerbe „gravierende Unterschreitungen des Tarifgefüges“ (S. 185) und wachsende Tarifignoranz vor allem in Ostdeutschland. Mindestlöhne hätten eine Funktionsverschiebung erfahren: Sie schützten nicht mehr vor der Unterbietungskonkurrenz durch ausländische Werkvertragsarbeitnehmer, sondern stabilisierten vor allem das innerdeutsche Lohngefüge (S. 188), allerdings mit begrenztem Durchsetzungserfolg (S. 189). Die Studie befürwortet ein Nebeneinander von gesetzlichem und tariflichem Mindestlohn, eine Allgemeinverbindlichkeit des Tarifgitters insgesamt (S. 194 f). Doch bleibe stets ein Vollzugsproblem, weil die Finanzkontrolle Schwarzarbeit allenfalls die untersten Mindestlöhne kontrolliere. Die zentrale letzte Schlussfolgerung lautet:

„Durch die unkontrollierte Dezentralisierung wird das Thema der Kontrolle vereinbarter tariflicher Standards somit zum drängendsten ungelösten Problem der industriellen Beziehungen in Deutschland. Nur wenn Arbeitsstandards auch wirkungsvoll kontrolliert werden, besteht eine Chance, den Lohnunterbietungswettbewerb nach unten zu begrenzen.“ (S. 195)

Im Vorfeld des TASG haben in der letzten Legislatur Entschließungsanträge aus den Reihen der LINKEN (13.12. 2011), der GRÜNEN (19.1. 2011) und der SPD (24.1. 2012) eine „Ausweitung“ sowohl der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG als auch der Rechtsverordnungskompetenz nach dem AEntG sowie ergänzend einen allgemeinen flächendeckenden Mindestlohn gefordert⁹.

- § 5 TVG solle ein vermindertes Quorum aufweisen (40 % oder eine einfache „Repräsentativität“); die Rolle des Tarifausschusses soll auf Beratung beschränkt und seine Zusammensetzung „AVE-freundlich“ verbessert werden.
- Das AEntG soll auf alle Branchen ausgedehnt werden und regionale Tarifverträge erfassen können; seine Mindestentgelte sollen Zeiten ohne Arbeitsleistung erfassen und es solle komplette Entgelttabellen (Entgeltgitter) erfassen – damit auch Fachkräfte geschützt sind. Schon jetzt erlaubt § 5 Nr. 1 AEntG mehrere „differierende“ Mindestentgeltsätze. Dass dies die Allgemeinverbindlichkeit des gesamten Entgeltgitters ausschliesse, meinte die Begründung des Regierungsentwurfs zum AEntG 2008¹⁰.

9 BT-Drucks. 17/4437, 17/8148, 17/8459, abzurufen unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/044/1704437.pdf>; <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/081/1708148.pdf>; <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/084/1708459.pdf> (jeweils 21.4. 2012).

10 BT-Drucks. 16/10486, S. 12: „Die Erstreckung eines gesamten Lohngitters ist nicht möglich.“ Anders schon *de lege lata* für das alte AEntG Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Aufl. 2011, § 5 Rn. 7.

- Für die Überprüfung der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG wie einer Rechtsverordnung nach § 7 AEentG solle ein arbeitsgerichtliches Statusverfahren eröffnet werden.

Der Bundestags-Ausschuss für Arbeit und Soziales hat noch am 6.2. 2012 Sachverständige angehört und die Entschließungsanträge mit den Stimmen der Regierungskoalition zurückgewiesen.¹¹ Das WSI der Hans Böckler Stiftung hat dem Thema ein Schwerpunktheft seiner WSI-Mitteilungen gewidmet, das den Diskussionstand wiederholt¹².

b) Kollektives Recht auf Wirkungsmacht?

„Tarifautonomiestärkung“ wird unter Arbeitsrechtlern in Diskussionen als *Orwell'scher* Neusprech bezeichnet oder doch als Beleg für Ironiekompetenz des Gesetzgebers: Gestärkt wird nicht die autonome Regelungskompetenz der Tarifparteien, sondern der Staatszugriff auf das Tarifsysteem. Der Mindestlohn macht den Tarifverträgen staatliche Regelungskonkurrenz. Die erleichterte und weniger angreifbare staatliche Allgemeinverbindlicherklärung verwirklicht gerade nicht die Tarifautonomie – weil diese auf die autonome Regelung der Arbeitsbedingungen der eigenen Mitglieder gerichtet ist¹³. Eben deshalb braucht sie die staatliche Geltungslegitimation¹⁴. Tarifparteien haben kein Recht auf Mitglieder und Tarifbindungserfolg¹⁵ und kein Recht „auf Allgemeinverbindlicherklärung“¹⁶. Tarifverträge legen die Arbeitsbedingungen eben nicht für die gesamte Branche fest.

11 BT-Drucks. 17/10220 vom 2.7. 2012. Schriftliche Stellungnahmen finden sich in der Ausschussdrucksache 17(11)766neu.

12 WSI Mitteilungen Heft 7/2012, Beiträge insbesondere von *Bispinck*, Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen – vom Niedergang zur Reform? S. 496 ff.; *Däubler*, Reform der Allgemeinverbindlicherklärung – Tarifrecht in Bewegung?, S. 508 ff., der zusätzlich die Möglichkeit fordert, Tarifverträge über ihren Geltungsbereich hinaus zu erstrecken; *Rödl*, Europarechtliche Rahmenbedingungen für eine Reform des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, S. 517 ff.; die Situation der Bauwirtschaft beleuchtet *Asshoff*, Sozial- und tarifpolitische Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen im Baugewerbe, S. 541 ff.

13 Umfassend *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 101 ff. mit weiteren Nachweisen.

14 Zentral BVerfG 14.6. 1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208 = NJW 1984, 1225; BVerfG 24.5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 = NJW 1977, 2255.

15 Eingehend *Rieble*, Staatshilfe für Gewerkschaften, ZfA 2005, 245.

16 BVerwG 3.11. 1988 – 7 C 115/86, NZA 1989, 364; Anspruch nur auf ermessensfehlerfreie Entscheidung; hiergegen *Löwisch/Rieble* (Fn. 5), § 5 Rn. 263. Für die Tariftreue: BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, NZA 2007, 42 Rn. 73.

„Gestärkt“ wird die Tarifautonomie allenfalls mittelbar: Mindestlohn und allgemeinverbindliche Tarifverträge (nach § 5 TVG wie nach dem AEntG) mindern den Wettbewerbsvorteil von tariffreien Unternehmen, die „untariffliche“ Löhne zahlen, deswegen ihre Produkte und Dienstleistungen ihren Kunden zu günstigeren Preisen anbieten und damit wiederum tarifgebundene Unternehmen verdrängen können. Dieser Wettbewerb entmacht wiederum die Tarifparteien, weil sie bei der Verhandlung der Tarifbedingungen Rücksicht auf die Wettbewerbsverhältnisse nehmen müssen. Die Einschränkung dieses gern als „Sozialdumping“ missbilligten Unterbietungswettbewerbs (im Inland) reduziert – im Inland – die ökonomischen Lasten für den Tarifvertrag. Merkwürdigerweise wird dieser „Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten“, dessen Unterbindung Zentralmotiv der Reform ist, überhaupt nur in den neuen §§ 4 Abs. 2, 7a Abs. 1 AEntG erwähnt und dabei mit „insbesondere“ klargestellt, dass dieser Regelungszweck in § 1 AEntG enthalten sei. Dass der Staat den Tarifparteien eine optimierte Wettbewerbsumgebung kraft Schutzpflicht schulde¹⁷, lässt sich nicht aus Art. 9 Abs. 3 GG ableiten, weil die Unabhängigkeit vom Staat zentraler Programmsatz von Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie ist. Jedes Markt- und Vertragssubjekt muss sich für sein Vertragsverhalten auf die Wettbewerbsverhältnisse einstellen – zumal die Bundesrepublik von vornherein nicht in der Lage ist, den globalen Unterbietungswettbewerb zu dämpfen.

Vor allem aber schlägt solche Staatshilfe wiederum wettbewerbslich gegen die Tarifparteien zurück: Indem der Staat mit allgemeinem Mindestlohn und allgemeinverbindlichen Mindestlohntarifen einen von der Gewerkschaftsmitgliedschaft unabhängigen Entgeltschutz bietet, macht er die autonome Mitgliedschaft jedenfalls für jene Arbeitnehmer unattraktiv, die wenig verdienen. Wozu Gewerkschaftsbeitrag bezahlen, wenn der Staat eine Mindestentgelt-Grundversorgung kostenfrei liefert? Zugleich – und das ist näher zu untersuchen – entlässt der Staat die Tarifregelungen aus der Akzeptanzkontrolle der Mitglieder. Er verordnet kraft hoheitlich besserer Einsicht den Arbeitnehmern und Arbeitgebern jene Arbeitsbedingungen, denen diese sich autonom versagen. Die Allgemeinverbindlicherklärung wird zum Instrument staatlich-interventionierender Arbeitsmarktbewirtschaftung.

17 So *Kempen*, Staatliche Schutzpflicht gegenüber der Tarifautonomie?, Festschrift Gitter, 1995, S. 427 ff.; zustimmend *Preis/D. Ulber*, Festschrift Kempen, 2013, S. 15 ff.

c) **Reduktion der Anforderungen auf „öffentliches Interesse“ (Wegfall 50-Prozent-Quorum)**

Das bisherige 50-Prozent-Quorum entfällt, weil es insbesondere von den Bautarifen verfehlt wird. Vorbild ist das bisherige AEntG 2009. Zugleich wird auch der soziale Notstand als Ausnahmetatbestand fallen gelassen und stattdessen einheitlich auf das „öffentliche Interesse“ verwiesen. Jenes wird – abgesehen von der „Regelvermutung“ in Satz 2 – auch nicht weiter präzisiert. Der neue § 5 Satz 1 TVG verlangt nur noch, dass „die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten erscheint“. Damit ist das zentrale Augenmerk darauf gelenkt, wie dieses öffentliche Interesse zu definieren ist und vor allem: ob sich die gruppenegoistischen Interessen der Tarifparteien und ihr Wunsch nach Gleichschaltung ihres Arbeitsmarktsegments zur Konkurrenzbeseitigung im öffentlichen Interesse wiederfinden. Schließlich: Ob Fiskalinteressen an hohem Lohnsteueraufkommen und Sozialversicherungsbeiträgen ebenfalls für eine Arbeitsmarktbewirtschaftung herangezogen werden können – oder ob es doch und vor allem um angemessene und zumutbare Arbeitsbedingungen für die bislang tariffreien Arbeitgeber und Arbeitnehmer geht.

2. **Indiziertes öffentliches Interesse – „AVE-Automatik“?**

§ 5 Abs. 1 Satz 2 TVG lautet nunmehr:

„Die Allgemeinverbindlicherklärung erscheint in der Regel im öffentlichen Interesse geboten, wenn

1. der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat oder
2. die Absicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklung eine Allgemeinverbindlicherklärung verlangt.“

Nr. 1 ist mit seinem Regelbeispiel erstaunlich: Weil ein Tarifvertrag schon kraft Allgemeinverbindlichkeit gilt, hat er entsprechende Bedeutung und kann deshalb dauerhaft für allgemeinverbindlich erklärt werden. Das ist eine *lex SOKA Bau*, die dieser die Fortexistenz bis zum Sankt-Nimmerleins-Tag garantiert, auch wenn in der Bauwirtschaft kaum mehr Arbeitnehmer Gewerkschaftsmitglied sind und wenn die Arbeitgeber sich weithin aus den Verbänden und Innungen der Bauwirtschaft zurückgezogen haben. Denn eine autonom bewirkte „überwiegende Bedeutung“ lässt sich nach langjähriger Allgemeinverbindlichkeit der Bautarife nicht mehr prüfen.

Nr. 2 zielt mit der „wirtschaftlichen Fehlentwicklung“ eben auf den beschriebenen Unterbietungswettbewerb. Nur: Das Kriterium ist so unbestimmt, dass das BMAS weithin freie Hand hat. Das Gesetz liefert keinerlei Kriterium dafür, unter welchen Bedingungen Marktverhältnisse als

fehlsam entwickelt missbilligt werden können. Hier kann allenfalls die Rechtsprechung über das Abwägungsgebot entsprechende Ermessensleitlinien hervorbringen.

Soweit Allgemeinverbindlicherklärungen nach dem AEntG durch Rechtsverordnungen erfolgen, muss sich die Ermächtigungsgrundlage an Art. 80 GG messen lassen. Dem versucht das AEntG in seiner neuen Fassung dadurch Rechnung zu tragen, dass die §§ 7 und 7a für eine solche Rechtsverordnung nicht bloß auf das „öffentliche Interesse“ abstellen, sondern zugleich auf die Ziele des § 1 AEntG verweisen. Jene sind freilich außerordentlich unkonkret formuliert, so dass man durchaus bezweifeln kann, ob dies dem „Bestimmtheitsgebot“ des Art. 80 GG¹⁸ genügt, gerade weil jede dauerhafte Allgemeinverbindlicherklärung auch die fremde und potenzielle Tarifaufonomie einschränkt.

3. Gemeinsamer Antrag der Tarifparteien

Gegenläufig „verschärft“ wird der Tatbestand verfahrensrechtlich. Während ein Tarifvertrag bislang auf Antrag nur einer Tarifpartei für allgemeinverbindlich erklärt werden konnte, verlangt § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG nun einen gemeinsamen Antrag. Mithin kann insbesondere die Arbeitgeberseite die Allgemeinverbindlichkeit verhindern. Gemeinsamer Antrag heißt: Die Tarifparteien (mit Problemen beim mehrgliedrigen Tarifvertrag und bei der tariflichen Stellvertretung) müssen den (ungeachtet § 10 VwVfG typischerweise schriftlichen) Antrag gemeinsam unterzeichnen; die bloße Zustimmung reicht nicht. Auch dass sich eine Tarifpartei im schuldrechtlichen Teil zum gemeinsamen Antrag verpflichtet hat, genügt nicht.

Damit wird einerseits verhindert, dass eine Tarifpartei gegen ihren Willen Attraktivität durch mitgliedschaftslos-kostenfreie Tarifgeltung einbüßt. Andererseits aber wird die tarifliche Auseinandersetzung mit der Frage der Allgemeinverbindlichkeit „belastet“, es wird also Raum für ein Kopplungsgeschäft geschaffen¹⁹. Insbesondere die Arbeitgeberseite kann ihre Bereitschaft zum Abschluss des für eine Allgemeinverbindlicherklärung vorgesehenen Tarifvertrags von einem Entgegenkommen der Gewerkschaft abhängig machen. Das gilt besonders dann, wenn nur Teile des Tarifwerks für allgemeinverbindlich erklärt werden sollen, wie das bei Mindestlöhnen der Fall ist. Die Arbeitgeberseite „verkauft“ dann ihre Bereitschaft zur Außenseiterbelastung gegen Zurückhaltung bei jenen Tarifbedingungen, die nur die eigenen Mitglieder betreffen.

18 BVerfG 18.7. 2005 – 2 BvF 2/01, NVwZ 2006, 559 Rn. 276.

19 Löwisch/Rieble (Fn. 5), Grundlagen Rn. 166.

4. Beibehaltung des Tarifausschusses – aber Ausweichmöglichkeit auf das AEntG

Gegen manche Forderung ist der Tarifausschuss im Verfahren des § 5 TVG beibehalten worden. Ohne sein Einvernehmen ist keine Allgemeinverbindlicherklärung möglich. Indes wurde das AEntG mit §§ 4 Abs. 2, 7a auf alle Branchen erstreckt. Dort ist zwar auch eine Befassung des Tarifausschusses erforderlich, doch modifiziert § 7a Abs. 4 AEntG die Mehrheitserfordernisse. Gewerkschaftsvertreter und der ministeriale Vorsitzende können mit ihren vier Stimmen die verweigernde Arbeitgeberseite überstimmen; selbst wenn nur zwei von sieben Mitgliedern für die Rechtsverordnung stimmen, kann die Bundesregierung die Verordnung beschließen.

5. Sonder-AVE für gemeinsame Einrichtungen (Abs. 1a)

Für allgemeinverbindliche gemeinsame Einrichtungen war nach bisherigem Recht umstritten, ob man der Tarifgeltung mit einem autonomen, konkurrierenden Tarifvertrag entkommt²⁰. Der neue Abs. 1a in § 5 TVG entscheidet diese Frage und schafft eine „Sonder-Allgemeinverbindlicherklärung“ zulasten anderer Tarifverträge:

Zu lesen ist das gemeinsam mit § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG:

„Ein nach Absatz 1a für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag ist vom Arbeitgeber auch dann einzuhalten, wenn er nach § 3 an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist.“

Verfassungsgemäß ist das mit Blick auf die konkurrierende Tarifautonomie nur dann, wenn das BMAS eigene Ermessenserwägungen zu dieser Fremdbelastung anstellt und Rechenschaft darüber ablegt, warum es den Zwangseinbezug der an einen anderen Tarifvertrag gebundenen Arbeitnehmer für die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung braucht.

6. Rechtsschutzmodifikation: Normkontrollverfahren nach § 98 ArbGG

Das TASG schafft eine – § 47 VwGO – vergleichbare Normenkontrolle gegenüber Allgemeinverbindlicherklärungen nach § 5 TVG und dem AEntG. Die formale Strenge, die das BVerwG gegenüber dem Briefdienstmindestlohn walten ließ²¹, weicht gegenüber der arbeitsgerichtlichen Großzügigkeit in der Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Allgemeinverbind-

20 Einerseits *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 294; andererseits *Löwisch/Rieble* (Fn. 5), § 4 Rn. 289.

21 BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 19/09 (Fn. 7), weiter BAG 26.10. 2009 – 3 AZB 24/09, NZA 2009, 1436 Rn. 16.

licherklärungen²² ab. Dementsprechend soll die Zuständigkeitsveränderung die Wirkkraft arbeitsgerichtlichen Wohlwollens wiederherstellen. Dass die Arbeitsgerichte für die Beurteilung von Tarifverträgen besonders kompetent sind, ist nicht zu bestreiten. Dass sie aber Verfahrens- und Abwägungsfragen im Normerlass kompetenter als die Verwaltungsgerichte beurteilen könnten, lässt sich nicht behaupten. Dementsprechend sind auch Mindestlohn-Rechtsverordnungen nicht erfasst, ebenso wenig Festsetzungen zugunsten von Handelsvertretern nach § 92a HGB.

7. Folgenabschätzung?

a) Kumulation staatlicher Tarifzugriffe

Das TASG erleichtert nicht nur die Allgemeinverbindlicherklärung nach dem TVG, es führt zugleich den allgemeinen Mindestlohn ein und erleichtert die Festsetzung von Branchenmindestlöhnen nach dem AEntG, indem dieses für alle Branchen geöffnet wird. Auch die Lohnuntergrenzenverordnungsermächtigung nach dem AÜG wird angepasst.

Dabei fällt auf, dass so ein buntes Sammelsurium ohne systematische Abstimmung entsteht: Haben Allgemeinverbindlicherklärung nach dem TVG und jene nach dem AEntG unterschiedliche Funktionen? Warum braucht es neben einem allgemeinen Mindestlohn gesonderte Branchenmindestlöhne? Mit dem Ziel autonomer Lebenshaltung hat das nichts zu tun, weil Bauarbeiter keinen höheren Unterhaltsbedarf haben als Pflegekräfte. Warum braucht es eine Sonderverordnungsermächtigung im AÜG – wo doch das AEntG für alle Branchen und damit auch für die Zeitarbeit gelten soll? Erstaunlich auch, dass niemand an die Modernisierung des Gesamthafenbetriebsgesetzes gedacht hat – obschon dort eine Sonderform der Allgemeinverbindlicherklärung geregelt ist.

b) Ende mancher „Geschäftsmodelle“?

Mindestlohn und Allgemeinverbindlicherklärung beschränken die Arbeitsvertragsfreiheit von Arbeitgebern, die mit „Billigkräften“ im Inland Geld verdienen wollen, und ebenso die Marktchancen von gering qualifizierten oder sonst beschränkt beschäftigungsfähigen Arbeitnehmern, für die die Kombination von Mindestentgelt und Kündigungsschutz ein zu hohes Beschäftigungsrisiko impliziert. Damit wird beiderseits die Arbeitsvertragsfreiheit belastet – aber nicht in einem justiziablen Maß. Jede Form von Marktregulierung beschränkt Marktchancen. Arbeitnehmer und Arbeitge-

22 Zentral: BAG 3.2.1965 – 4 AZR 385/63 (Fn. 5); BAG 25.6.2002 – 9 AZR 405/00 (Fn. 5); zur Kritik an der Rechtmäßigkeits- und Wirksamkeitsvermutung *Löwisch/Rieble* (Fn. 5), § 5 Rn. 259.

ber haben keine Anrecht auf eine in ihrem Sinne „optimierte“ Arbeitsmarktumgebung.

Immerhin ein „Fluchtweg“ bleibt: derjenige aus dem Arbeitsrecht hinaus. So ist im Baugewerbe mit seiner volatilen Beschäftigungsnachfrage ein Schwund kleinerer Subunternehmen mit Arbeitnehmern zu verzeichnen – dafür aber nutzen Arbeitnehmergruppen (Monteure) die rechtlich garantierte Möglichkeit, sich in einer Arbeitsgruppe zu verselbständigen und können so nicht bloß den Sozialversicherungsbeitrag von rund 40 % sparen, sondern auch die SOKA-Umlage von über 20 % des Entgelts.

c) Bisherige Mindestlohnwirkungen im Baugewerbe

Vorbereitet wurde das TASG durch Untersuchungen von Wirtschaftsforschungsinstituten im Auftrag des BMAS zu den Auswirkungen des AEntG auf verschiedene Branchen und gerade auf das Baugewerbe²³. Damit sollte die Evaluationspflicht nach § 24 AEntG erfüllt werden: Nach dieser Vorschrift sind die (ökonomischen) „Beschäftigungswirkungen“ und der soziale Aspekt „Schaffung angemessener Mindestarbeitsbedingungen“ zu überprüfen. Das Fazit gerade der Evaluation im Bauhauptgewerbe ist ernüchternd: Die über 500 Seiten starke Studie stellt einerseits bestimmte Marktvorgänge fest, kann aber konkrete Kausalitäten nicht ausmachen (etwa zur Lohnwirkung: „Ergebnisse sind teilweise widersprüchlich und wenig robust“, S. 435). Woran der starke Rückgang der Beschäftigung im Bausektor liegt, weiß die Studie nicht; nur für Ostdeutschland zeige „sich ein negativer Effekt der Mindestlohneinführung“ für die Einstellungswahrscheinlichkeit (S. 436). Auch sei die Entsendung ausländischer Bauarbeiter zurückgegangen (S. 436). Auf die wirtschaftliche Situation der Betriebe habe der Mindestlohn wenig Einfluss: „Aus der ökonometrischen Analyse ergeben sich relativ wenige Auswirkungen sowohl für Marktaustrittsrate als auch Markteintrittsrate der Betriebe“ (S. 439). Auch die Wettbewerbsfähigkeit sei kaum betroffen (S. 439).

Hinsichtlich der *Beschäftigungswirkungen* ist die Studie zurückhaltend: Mindestlohninduzierte Beschäftigungsverluste seien nicht nachgewiesen; Experten sprächen dem Mindestlohn stabilisierende Wirkung zu (S. 439 f). Die Frage nach einer veränderten Beschäftigungsstruktur, ob also der Mindestlohn dazu führt, dass die Arbeitgeber verstärkt Arbeitnehmer mit höherer Qualifikation einstellen und Ungelernte schlechtere Arbeitsmarktchancen haben, wird nicht eigens behandelt. Immerhin deutet die Studie bei der Beobachtung der Weiterbildung eine Veränderung

23 IAB/RWI/ISG, Evaluation bestehender gesetzlicher Mindestlohnregelungen – Branche: Bauhauptgewerbe (2011), abzurufen unter www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Meldungen/evaluation-mindestlohn-bauhauptgewerbe.html (17.9. 2014).

des Einstellungsverhaltens an: Es komme in Betracht, „dass bei einem höheren Stundenlohn eher produktivere Arbeitnehmer eingestellt werden, anstatt die Mitarbeiter weiterzubilden“ (S. 437). Für Ostdeutschland wird konstatiert:

„Im Osten hätte der Mindestlohn dazu geführt, dass sich das traditionell im Baugewerbe stark besetzte Feld der unqualifizierten Beschäftigung verändert habe. Aufgrund der Verteuerung des Faktors Arbeit in diesem Segment seien die Anforderungen an die Produktivität der Arbeitskräfte gestiegen, sodass leistungsschwache Kräfte hätten entlassen werden müssen. Die Anforderungen an die Arbeitskräfte seien durch den Mindestlohn deutlich gestiegen und Bauhelfer würden so gut wie nicht mehr beschäftigt.“ (S. 259)

Folgewirkungen auf Schwarzarbeit und (schein-) selbständige Ein-Mann-Unternehmen ließen sich nicht ermitteln (S. 441 f). Hinsichtlich der Schwarzarbeit stellt eine Studie von *Feld* und *Larsen* fest, dass das Baugewerbe nach wie vor die Branche mit dem höchsten Schwarzarbeitsanteil von 15 bis 20 % ist²⁴ und das, obschon die Finanzkontrolle Schwarzarbeit Baustellen intensiv kontrolliert. Allerdings ist ein konkreter Zusammenhang zwischen Mindestlohnsetzung und Schwarzarbeit nicht nachzuweisen. Immerhin ist aber zu bedenken, dass der primäre Anreiz für Schwarzarbeit, Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht abzuführen, in der Baubranche durch die SOKA-Beiträge von rund 20 % des Arbeitsentgelts gesteigert wird. Auf der anderen Seite ist Schwarzarbeitsbereitschaft ein männliches Phänomen (*Feld/Larsen* S. 62 ff, 133) und damit in der Baubranche mit ihren weit überwiegend männlichen Beschäftigten erwartbar.

Bezeichnenderweise sind die *Auswirkungen* der Mindestlohnsetzungen nach dem AEntG *auf die Tarifautonomie und insbesondere die Attraktivität von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden* nicht Gegenstand des gesetzlichen Evaluationsauftrags. Dennoch konstatiert die Studie zum Bauhauptgewerbe:

„Im Gegensatz zur allgemeinen Zufriedenheit mit der Beschäftigung und den Vorgesetzten herrscht gegenüber der Gewerkschaft eine geringere Zufriedenheit. Eine positive Einstellung gegenüber der Gewerkschaft scheint insbesondere bei Beschäftigten in Betrieben mit einem Betriebsrat vorzuherrschen. Auch ist die Grundstimmung zur Gewerkschaft in Westdeutschland etwas besser als in Ostdeutschland, was sich auch in den Mitgliederzahlen widerspiegelt. Ostdeutsche Arbeitnehmer sind seltener Mitglied der Gewerkschaft. Viele der Befragten empfinden die Tarifstruktur, besonders in Ostdeutschland, als ungerecht. Wie in den Expertengesprächen geäußert wurde, ist in Ostdeutschland der Mindestlohn der Fixpunkt des Tarifsystems, die Gewerkschaft spielt eine

24 *Feld/Larsen*, Das Ausmaß der Schwarzarbeit in Deutschland, 2012, S. 73 f., abzurufen unter <http://www.rff.dk/files/RFF-site/Publikations%20upload/Books/Das%20Ausmas%20der%20Schwarz-arbeit%20in%20Deutschland.pdf> (17.9. 2014).

geringere Rolle. In Westdeutschland dagegen wird die Gewerkschaft für wichtig gehalten. Insgesamt können in diesem Zusammenhang allerdings keine Aussagen zur zeitlichen Entwicklung und vor allem den Auswirkungen des Mindestlohns gemacht werden.“ (S. 437 f)

Zur Tarifbindung führt die Studie aus:

„Im Vergleich zu anderen Wirtschaftszweigen ist die Bindung an einen Tarifvertrag im Bauhauptgewerbe hoch, v.a. in Westdeutschland. Allerdings wurde keine Evidenz dafür gefunden, dass der Mindestlohn Auswirkungen auf den Grad der Tarifbindung hatte.“ (S. 439)

Methodisch ist an der Studie zu *bemängeln*, dass die „Expertengespräche“, die die quantitativ wenig ergiebigen Datenanalysen (wobei die Daten auch von der SOKA-Bau geliefert wurden, siehe oben [Danksagung]) ergänzen sollen, mit „Experten“ der tarifschließenden Verbände geführt worden sind: „Die Gesprächspartner wurden aus den drei Akteursgruppen Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften und Finanzkontrolle Schwarzarbeit ausgewählt.“ (S. 108; weiter etwa S. 166, 258): Jene Experten haben ein hohes Interesse an den Mindestlöhnen und an der Allgemeinverbindlichkeit. Immerhin „wurde auch mit Vertretern des Zweckverbands Ostdeutscher Bauverbände e.V. (ZVOB) gesprochen“, der ostdeutsche und tarifkritische Arbeitgeberinteressen repräsentiert. In der Studie selbst finden sich deren Argumente kaum wieder. Andere kritische Verbände wurden nicht gehört. Immer handelt es sich um Vertreter von Kollektiven; die Wirkung auf einzelne tarifablehnende Unternehmen geriet nicht in den Blick.

d) Mitgliederschwund der Baugewerkschaft

Die Mitgliederzahlen der IG BAU sinken, stärker noch als die anderer Gewerkschaften, wie der Vergleich zu IG BCE und IG Metall zeigt, die beide auf Tarifgeltung ohne Allgemeinverbindlicherklärung setzen²⁵:

25 Datenquelle: www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen (17.9. 2014).

<i>Jahr</i>	<i>IG BAU</i>	<i>IG BCE</i>	<i>IG Metall</i>
2000	539.744	891.587	2.763.485
2001	509.690	862.364	2.710.226
2002	489.802	833.693	2.643.973
2003	461.162	800.762	2.525.348
2004	424.808	770.582	2.425.005
2005	391.546	748.852	2.376.225
2006	368.768	728.702	2.332.720
2007	351.723	713.253	2.306.283
2008	336.322	701.053	2.300.563
2009	325.421	687.111	2.263.020
2010	314.568	675.606	2.239.588
2011	305.775	672.195	2.245.760
2012	297.763	668.982	2.263.707
2013	288.423	663.756	2.265.859
<i>Schwund 2000</i>	<i>seit</i> 46,56 %	25,55 %	18,01 %

Der Korrelation zwischen Mindestlohn und überproportionalem Mitgliederschwund sind andere Faktoren, wie der Beschäftigungsrückgang im Bauhauptgewerbe von 2000 (1.050.000) bis 2011 (739.000) um fast 30 %²⁶. Doch kann auch der Arbeitsplatzverlust zum Teil mittelbare Folge der Mindestlöhne und der durch sie bedingten Verteuerung von Bauleistungen sein. Auch sind mit der Mitgliederzahl Inaktive wie Arbeitslose und Rentner erfasst. Belastbare Zahlen zum aktuellen Netto-Organisationsgrad der IG BAU im Bauhauptgewerbe, also dem Anteil der Gewerkschaftsmitglieder unter den aktiv Beschäftigten, gibt es nicht.

Davon abgesehen leuchtet der Zusammenhang zwischen allgemeinverbindlichem Mindestlohn und sinkendem Organisationsgrad ein: Gering qualifizierte Arbeitnehmer sind durch den Mindestlohn von Staats wegen geschützt – sie brauchen keine Gewerkschaftsmitgliedschaft mehr, um

26 <http://www.zdb.de/zdb-cms.nsf/id/756-432-beschaeftigte-im-bauhauptgewerbe-in-2013-de>; <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Wirtschaftsbereiche/Bauen/Baugewerbe/Baugewerbe.html>; www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/download/zeitreihen/ZRO69.xls (17.9.2014).

angemessene Entgelte zu erlangen und können sich insbesondere den Gewerkschaftsbeitrag sparen. Der allgemeinverbindliche Tarifmindestlohn ist echtes Kollektivgut im Sinne *Mancur Olsons*. Das zeigt auch der Blick über die Grenze: In Frankreich erfassen die Tarifverträge von Staats wegen rund 90 % aller Arbeitsverhältnisse, doch liegt der Organisationsgrad bei nurmehr 8 %²⁷. Mit Blick auf die infolge des Mitgliederschwunds sinkende Finanzkraft der Gewerkschaft hat die IG BAU die eigene betriebliche Altersversorgung für die Gewerkschaftsbeschäftigten geschlossen²⁸ – und das obschon sie für die Baubeschäftigten im Westen eine tarifliche Altersversorgung vereinbart hat, dies also als angemessene Arbeitsbedingung befürwortet.

8. Systemwechsel zur staatsgestützten Tariffherrschaft

a) Freiwillige Tarifbindung als Funktionselement der Tarifautonomie

aa) Grundsatz

Das traditionelle Tarifvertragssystem verwirklicht Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als autonomes Regelungssystem der Arbeitsbedingungen: Der Tarifvertrag gilt tarifrechtlich grundsätzlich nur in denjenigen Arbeitsverhältnissen, in denen sowohl der Arbeitgeber (durch Verbandsmitgliedschaft oder Haustarif) als auch der Arbeitnehmer (durch Gewerkschaftsmitgliedschaft) tarifgebunden sind, §§ 4 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1 TVG. Der Tarifvertrag ist also „doppelt autonom“: in seinem Inhalt, weil die Tarifparteien auf der Kollektivebene die Arbeitsbedingungen ohne Einmischung Dritter, insbesondere des Staates aushandeln, und in seiner Geltung, weil die Parteien des Arbeitsverhältnisses „von unten“ durch ihre Verbandsmitgliedschaft ein Verhandlungsmandat erteilen. Dementsprechend ist es inzwischen allgemeine Meinung, dass die Tarifautonomie ein System kollektiver Privatautonomie verwirklicht – und nicht mehr als delegierte Staatsgewalt begriffen werden kann²⁹. Damit ist es der Ent-

²⁷ Bispinck/Schulten, Mitbestimmung 7+8/2011, S. 29.

²⁸ Frankfurter Allgemeine Zeitung 10.7. 2012, S. 10.

²⁹ Zur mandatorischen Regelungsermächtigung BAG 21.7. 2004 – 7 AZR 589/03, ZTR 2005, 255 (Altersgrenze); BAG 7.6. 2006 – 4 AZR 316/05, NZA 2007, 343 (Residenzpflicht); Dieterich, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, Festschrift Schaub, 1998, S. 117 ff.; ders., Koalitions Wettbewerb – Nutzung von Freiheit oder Störung der Ordnung?, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 532; E. Picker, Ursprungsidee und Wandlungstendenzen des Tarifvertragswesens. Ein Lehrstück zur Privatautonomie am Beispiel Otto von Gierkes, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, S. 879 = ZfA 2009, 215; ders., Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, in: Walter-Raymond-Stiftung (Hrsg.), Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft, 1997, S. 113 ff.; Rieble, Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5;

scheidung des einzelnen Arbeitgebers oder Arbeitnehmers überlassen, ob er tarifgebunden sein will, ob er also den Tarifvertrag für sich als Regelung der Arbeitsbedingungen akzeptieren will. Korrektiv für den Tarifunwillen des einzelnen Arbeitgebers ist das Recht der Gewerkschaften, ihn für einen Haustarifvertrag zu bestreiken. Auf der anderen Seite wird die „Tarifunwilligkeit“ des Arbeitnehmers in der Praxis durch Bezugnahme-klauseln im Arbeitsvertrag überwunden, mit denen sich der Nichtorgani-sierte dem Tarifregime vertraglich unterwirft. Zudem ist die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft und damit mittelbar die Freiwilligkeit der „normalen“ Tarifgeltung Voraussetzung für die Anerkennung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände als Koalition im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG³⁰.

Die *prinzipielle Tariffluchtmöglichkeit ist Funktionselement des Tarifver-tragssystems*: Schon verbandsrechtlich ist es anerkannt, dass das Mit-glied, wenn es mit der Verbandspolitik nicht einverstanden ist, neben dem oppositionellen Widerspruch gegen die Willensbildung auch das Recht auf Austritt als schärfster Form des Widerstands haben muss: *exit* statt *voice*³¹. Auch der BGH betont in seiner Rechtsprechung zur ausnahmswei-sen Angemessenheitskontrolle von Verbandssatzungen, dass diese als Korrektiv nur aber eben gerade dann greift, wenn das *Austrittsrecht die Verbandsmacht nicht hinreichend diszipliniert*:

„Bei Vereinen und Verbänden mit überragender wirtschaftlicher oder sozialer Machtstellung kommt hinzu, daß die Mitglieder auf die Mitgliedschaft bei ih-nen angewiesen sind. Verbände, bei denen die Mitgliedschaft in jeder Hinsicht freiwillig ist, aus denen das einzelne Mitglied also jederzeit ohne schwerwie-gende wirtschaftliche oder soziale Nachteile austreten kann, werden in der Pra-xis um der Erhaltung ihres Mitgliederbestandes willen häufig dazu gezwungen sein, auf die Setzung von Normen zu verzichten, die ihre Mitglieder unbillig be-lasten können. Dieses Korrektiv entfällt, wenn der Verband aufgrund seiner Machtstellung und des Angewiesenseins seiner Mitglieder auf ihre Verbands-zugehörigkeit nicht um die Mitglieder werben und alles daransetzen muß, diese möglichst lange an sich zu binden. Auf die sich aus diesen Umständen ergebenden Möglichkeiten des Machtmißbrauchs besteht auch im Rahmen der Sat-zungsautonomie kein Anspruch. Vielmehr ist in solchen Fällen eine Ungleich-gewichtslage gegeben, wie sie typischerweise bei nicht ausgehandelten Ver-tragsbedingungen anzutreffen ist.“³²

Bayreuther, Tarifaufonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 57 ff.; *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, S. 143 ff.

30 BVerfG 18.11. 1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96; BVerfG 18.12. 1974 – 1 BvR 259/66, BVerfGE 38, 281, 303.

31 Zentral: *Hirschman*, Abwanderung und Widerspruch, 1974 (Nachdruck 2004).

32 BGH 24.10. 1988 – II ZR 311/87, BGHZ 105, 306 = NJW 1989, 1724 (Garantie-fonds); bestätigt durch BGH 8.10. 1997 – IV ZR 220/96, BGHZ 136, 394 = NJW 1998, 454 und BGH 28.11. 1994 – II ZR 11/94, BGHZ 128, 93 ff. = NJW 1995,

Dieser Kerngedanke der Disziplinierung des Verbands durch den auch nur potenziellen Austritt unzufriedener Mitglieder gilt besonders für Tarifparteien: Für deren Mitglieder ist die Tarifmacht eine intensive Form der Verbandsmacht, weil der eigene Verband unmittelbar (und zwingend) die Arbeitsbedingungen in den Arbeitsverhältnissen regelt und damit die berufliche Betätigung des Arbeitnehmers, aber auch des Unternehmers. Nur durch Austritt kann derjenige Arbeitnehmer, der mehr arbeiten will, als die ihm von der Gewerkschaft zugebilligten 35 Stunden, der Tariffherrschaft über sein Arbeitsverhältnis entkommen (wenn sein Arbeitgeber zu einem abweichenden Vertragsschluss bereit ist). Und nur durch Austritt kann der Arbeitgeber geltend machen, dass die tariflichen Arbeitsbedingungen für ihn und sein Unternehmen – aus welchen Gründen auch immer – unzutraglich sind. Tarifentgelte können für ein Unternehmen „zu teuer“ sein – oder Arbeitszeitregeln zu unflexibel. Dabei kann gerade die Konkurrenz zu anderen Unternehmen mit günstigeren oder flexibleren Arbeitsbedingungen einen Grund zur Tariffucht setzen – weswegen solcher Wettbewerb als „Schmutzkonkurrenz“, „Lohn- oder Sozialdumping“ abgewertet wird. Indes ist diese Außenseiterkonkurrenz zunächst autarker Wettbewerb und hat wie jeder Wettbewerb eine sinnvolle, entmachtende Funktion³³.

Denn es ist keineswegs ausgemacht, dass ein „Einheitstarif“, vor dem die Mitglieder „nicht weglaufen können“, stets vernünftige und sachgerechte Arbeitsbedingungen hervorbringt, die in erster Linie an den Interessen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber ausgerichtet sind. Tarifverträge ohne Akzeptanzkontrolle durch die Mitglieder laufen Gefahr, sich von den Regelungsbedürfnissen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu lösen und eine gleichgeschaltete Ordnung des Arbeitslebens nach den Vorstellungen der verhandelnden Funktionäre zu verwirklichen. Anstelle der Primäraufgabe der Tarifautonomie, angemessene und wirtschaftlich tragbare Arbeitsbedingungen hervorzubringen, können ganz andere Interessen dominieren – von der gezielten Behinderung kleiner Mitbewerber durch Großunternehmen, die im tarifschließenden Verband Einfluss haben (wie beim Briefdienstmindestlohn), bis hin zur Sicherung eines Normalarbeitsverhältnisses im gewerkschaftlichen Organisationsinteresse. Kurz: Sozialpolitische Ideologien und organisationspolitische Interessen könnten eine Gleichschaltung der Arbeitsbedingungen durch staatsgestützten Einheitstarif bewirken und damit eine Gewerkschaftsmacht durch Staatshilfe und unabhängig von der Mitgliederzustimmung installieren³⁴.

583; gerade für Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände *Schmiegel*, Die Inhaltskontrolle von Koalitionssatzungen, 1995.

33 Eingehend *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1532 ff.

34 Dazu schon *Rieble*, ZfA 2005, 245 ff.

bb) Tariferstreckung durch den Staat

Dass das „Kerntarifsystem“ vollständig autonom definiert ist, heißt nicht, dass die Tariffreien notwendig das Recht hätten, ihre Arbeitsbedingungen vollständig tariffrei festzulegen. Immer schon gibt es in Deutschland das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung, ab 1918 in § 2 TVVO und später in § 5 TVG. Sie bezweckt in erster Linie den Schutz der tariflosen Arbeitnehmer vor unzuträglichen Arbeitsbedingungen, hat also „soziale“ Funktion³⁵.

Daneben ermöglicht die Allgemeinverbindlicherklärung gemeinsame Einrichtungen der Tarifparteien (wie Urlaubskassen, Altersversorgungseinrichtungen), wodurch nicht nur die tariffreien Arbeitnehmer „mitgeschützt“ werden, sondern vor allem eine Breitenwirkung erreicht wird, die die gemeinsame Einrichtung erst funktionieren lässt – sei es mit Blick auf den Urlaubsanspruch von Arbeitnehmern mit häufigem Arbeitgeberwechsel, sei es, um versicherungstypisch eine hinreichend große Zahl an Einzelrisiken zu bündeln und so die erforderliche Breitenwirkung für den Risikoausgleich zu schaffen.

Das AEntG geht mit seiner Wirkung und Zielsetzung deutlich über die einfache Allgemeinverbindlicherklärung hinaus: Es definiert einen branchenspezifischen Mindeststandard von Arbeitsbedingungen, der dann anders als die Allgemeinverbindlicherklärung gerade auch die Tarifmacht beschränkt – weil es den Wettbewerb beschränken will und damit insbesondere keine Wettbewerbsvorteile durch speziellen Haustarif zulassen kann.

II. Tarifrechtliche Wirkung intensivierter Allgemeinverbindlichkeit

Tarifrechtlich sind zu unterscheiden Mindestentgelte nach dem AEntG und solche kraft einfacher Allgemeinverbindlicherklärung:

1. Mindestlohnvorgaben nach dem AEntG

Am schärfsten wirken Tarifverträge nach dem AEntG: Sie gehen nach § 8 Abs. 2 AEntG jedem anderen Tarifvertrag vor. Schon bislang betrifft das nicht nur den existenzsichernden echten Mindestlohn; vielmehr sind gerade im Baugewerbe, aber auch in der Gebäudereinigung, bereits zwei

35 BAG 24.1. 1979 – 4 AZR 377/77, AP Nr. 16 zu § 5 TVG; BAG 28.3. 1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781; Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010, S. 93 ff.; Wiedemann, Der nicht organisierte Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht, RdA 2007, 65, 69; und schon Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Bd. 2, 1908, S. 297 f.

Mindestentgelte für einfachere und qualifiziertere Beschäftigtengruppen damit der Grundansatz eines „Entgeltgitters“ allgemeinverbindlich³⁶.

Der strikte Tarifvorrang nach § 8 Abs. 2 AEntG verbietet jede Mindestlohnunterschreitung durch Tarifvertrag. Selbst den Parteien des durch Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags ist jede Mindestlohnunterschreitung verwehrt – und sei es in einem Sanierungstarifvertrag³⁷. Damit stehen die Mindestarbeitsbedingungen eines AEntG-Tarifvertrags außerhalb der Tarifkonkurrenz. *Wie sonstige staatliche Mindestarbeitsbedingungen verdrängen sie den autonomen Tarifvertrag nicht – sondern ziehen nur eine Untergrenze*, die den Arbeitnehmern zusätzlichen Schutz verschafft. Das ist sachlich schon deshalb richtig, weil die punktuellen Mindestarbeitsbedingungen des AEntG und erst recht der allgemeine Mindestlohn kein geschlossenes System tariflicher und angemessener Arbeitsbedingungen zur Anwendung bringen, sondern ihrem Schutzzweck nach nur ein Mindestniveau definieren. Das aber heißt: Der *AEntG-Tarif verdrängt den autonomen Tarifvertrag nicht, sondern steht als Rechtsquelle neben diesem* und verschafft den Arbeitnehmern gegebenenfalls einen Entgeltanspruch oder eine andere Mindestarbeitsbedingung, die ihnen der autonome Tarifvertrag vorenthält.

Fremde autonome Tarifverträge können durchaus eigene Arbeitsbedingungen regeln. Allerdings besteht die Gefahr, dass die Mindestarbeitsbedingungen eines nach dem AEntG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags die Tarifautonomie „austrocknen“. Je höher das Mindestentgelt oder gar das Entgeltgitter ausfällt – desto weniger Spielraum bleibt für eine alternative tarifliche Entgeltpolitik. Je stärker der gegenständliche Anwendungsbereich des AEntG ausgeweitet wird, desto enger wird der Regelungsraum, der den konkurrierenden Tarifparteien für ihre autonome Regelung von Arbeitsbedingungen bleibt. Würden ganze Tarifwerke über das AEntG zum schlechthin zwingenden Mindeststandard einer Branche, so bliebe von der Tarifautonomie praktisch nichts übrig. Überdies beschränken AEntG-Mindestlöhne die inhaltliche Gestaltungs-

36 So etwa im Baugewerbe im Westen ab 1.1. 2015 11,15 € Mindestlohn I für einfache Bau- und Montagearbeiten und 14,20 € Mindestlohn II für die Ausführung fachlich begrenzter Arbeiten (Teilleistungen eines Berufsbildes oder angelernte Spezialtätigkeiten) nach Anweisung. Im Gebäudereinigungsgewerbe sind im Westen 9,55 € in der Lohngruppe I (und darüber) zu zahlen und 12,65 € ab Lohngruppe 6. Andere Mindestlohnbranchen kommen mit einem einheitlichen untersten Mindestlohn aus. Dazu die Übersicht www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/pr-mindestloehne-aentg-uebersicht.html (17.9. 2014).

37 Zu den europarechtlichen Gründen EuGH 24.1. 2002 – C-164/99, NZA 2002, 207 (Leitsatz 2) (Portugaia Construções); Junker/Wichmann, Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Doch ein Verstoß gegen Europäisches Recht?, NZA 1996, 505.

freiheit der Alternativtarifparteien. Sie können nicht mindestlohnunterschreitende Tarifverträge vereinbaren und stattdessen alternative und kompensierende Vorteile vorsehen – mehr Zeitsouveränität, Altersversorgung, Vermögensbildung, Qualifizierung etc. Schließen sie einen solchen Tarifvertrag, gölte in den Arbeitsverhältnissen doch der Mindestlohn; ihr autonomes Regelungsgefüge wird beeinträchtigt. In den Arbeitsverhältnissen gilt eine Kombination des fremden AEntG-Mindestlohns und der eigenen Tarifregeln – also ein Tarifgeflecht, das so von niemandem vereinbart ist³⁸.

Insofern hängt die *Wirkungsintensität zulasten der Tarifautonomie von drei Aspekten* ab:

- Zuerst „qualitativ“ von der gegenständlichen Reichweite des AEntG, also der Frage, welche Arbeitsbedingungen tarifzwingend verbindlich gestellt werden können.
- Zweitens „quantitativ“ von der Schutzhöhe der jeweiligen Arbeitsbedingung – ein geringer Mindestlohn, der einen Abstand zur marktüblichen Bezahlung lässt und nur einen geringen Prozentsatz der Arbeitsverhältnisse erfasst, lässt anderen Tarifparteien erheblichen Regelungsspielraum, wohingegen ein „markträumender“ Mindestlohn kaum eine „Tariferhöhungsperspektive“ und damit keinen nennenswerten Regelungsspielraum belässt. Das gilt auch für andere Arbeitsbedingungen wie die Zahl der Urlaubstage oder die Höchstarbeitszeit.
- Drittens schließlich von der großzügigen oder engherzigen Handhabung der Verordnungsermächtigung durch das BMAS: Das Ministerium kann das öffentliche Interesse an einer fremde Tarifautonomie intensiv beschränkenden Rechtsverordnung zu deren Schutz verneinen oder aber umgekehrt das jeweilige Arbeitsmarktsegment unter intensive „Monopoltarifherrschaft“ stellen. Deutlich geworden ist das an den Verfahren vor dem BVerwG, in denen den konkurrierenden Tarifparteien jedenfalls ein Recht auf ein korrektes Verfahren und dessen Überprüfung eingeräumt worden ist³⁹.

Schließlich kann das BMAS nicht nur bei der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, sondern gerade auch in Mindestlohnrechtsverordnungen eigenständige Geltungsbereichsausnahmen verfügen, um fremde

38 Willemsen/Sagan, Mindestlohn und Grundgesetz – Staatliche Lohnfestsetzung versus Tarifautonomie, NZA 2008, 1216: „sachwidrige[n] Kombination des verordneten Entgelts mit den restlichen Regelungen des nur partiell verdrängten Tarifvertrags“.

39 BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 19/09 (Fn. 7) und BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 38/09 (Fn. 7).

Tarifverträge unbeschadet zu lassen. So enthält die Neunte Baugewerbearbeitsbedingungenverordnung vom 24.10.2011 einen weitreichenden Ausnahmenkatalog in § 2, der nicht mehr nur darauf abstellt, ob die betroffenen Arbeitgeber unter den Geltungsbereich des fremden Tarifvertrags fallen, sondern verlangt, dass sie Mitglied der tarifschließenden fremden Verbände und damit tarifgebunden sind. Insofern lässt sich fragen, ob damit nicht ein system- und verfassungswidriger Eintrittsdruck ausgelöst oder unzulässig nach der Verbandsmitgliedschaft „diskriminiert“ wird. Das betrifft die individuelle Koalitionsfreiheit der betroffenen Nichtverbandsmitglieder.

2. Einfache Allgemeinverbindlicherklärung

a) Tarifverdrängung durch Tarifkonkurrenz

Bei der einfachen Allgemeinverbindlicherklärung ist es komplizierter: Sie führt nach § 5 Abs. 4 TVG dazu, dass der allgemeinverbindliche Tarifvertrag in den erfassten Arbeitsverhältnissen so gilt, als wären die Arbeitsvertragsparteien autonom tarifgebunden. Das löst einen *Sonderfall der Tarifkonkurrenz* aus: Die Allgemeinverbindlicherklärung erstreckt die Tarifgeltung nach § 5 Abs. 4 TVG nicht nur selektiv auf Nichtorganisierte, sondern auch auf Andersorganisierte mit eigenem Tarifvertrag. Dementsprechend kann es zur Konkurrenz des allgemeinverbindlichen Flächentarifvertrags mit dem Sanierungshaustarifvertrag derselben oder einer anderen Gewerkschaft kommen⁴⁰. Das BAG löst jede Tarifkonkurrenz nach dem *Grundsatz der Spezialität* auf, wobei im Einzelnen über die Maßstäbe Streit bestehen⁴¹.

Das Spezialitätsprinzip soll nach herrschender Meinung auch für die Konkurrenz des autonomen Tarifvertrags der einen Gewerkschaft mit dem allgemeinverbindlichen einer anderen gelten. Hauptfall sind gerade die Sozialkassentarife des Baugewerbes. Die Tarifgeltung kraft Mitgliedschaft (§ 3) und die kraft Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 Abs. 4) seien nach dem TVG gleichrangig:

„Das Tarifvertragsgesetz kennt keine Tarifgeltung erster oder zweiter Klasse. Es ist nicht in der Art eines ‚Vorrangprinzips‘ danach zu unterscheiden, welcher tarifrechtliche Rechtsgrund der Anwendung des jeweiligen Tarifvertrags zugrunde liegt.“⁴²

⁴⁰ Vgl. *Jacobs* (Fn. 10), S. 286 ff.

⁴¹ Dazu näher *Löwisch/Rieble* (Fn. 5), § 4 Rn. 275 ff.

⁴² BAG 8.10.2008 – 5 AZR 8/08, NZA 2009, 98 Rn. 12 allerdings *obiter*, weil der Haustarif den allgemeinverbindlichen verdrängte; BAG 25.7.2001 – 10 AZR 599/00, NZA 2002, 1406: Vorrang des allgemeinverbindlichen Bautarifs vor dem Tarifvertrag der holz- und kunststoffverarbeitenden Industrie Sachsen-Anhalt in einem Fenstermontagebetrieb; *Wank*, in: *Wiedemann*, Tarifvertrags-

Auch das BVerwG geht im Anschluss an das BAG davon aus, dass ein nach § 5 TVG allgemeinverbindlicher Tarifvertrag den autonomen im Wege der Tarifkonkurrenz verdrängen könne und sieht eben hierin eine *potenzielle mittelbare Beeinträchtigung* der Tarifautonomie:

„Das kann deren Möglichkeiten verschlechtern, ungehindert von den Rechtswirkungen der Allgemeinverbindlicherklärung tarifvertragliche Regelungen, die ihren sozial- und tarifpolitischen Vorstellungen und denjenigen ihrer Mitgliedsunternehmen (eher) entsprechen, mit tariffähigen Arbeitnehmer-Koalitionen (Gewerkschaft oder tariffähiger Verband) abzuschließen.“ „Vorliegend ist der Kläger [der Fachverband, VR] – wie dargelegt – jedenfalls mittelbar eingeschränkt, seine tarif- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele in dem von ihm definierten Sinne zu verfolgen, um die diesbezüglichen Interessen seiner Mitgliedsunternehmen mittels eines von den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen abweichenden Tarifvertrages zu erreichen. Würde es ihm gelingen, mit einem tariffähigen Arbeitnehmerverband einen seinen Vorstellungen (eher) entsprechenden Tarifvertrag abzuschließen und würde dieser von den Regelungen der Allgemeinverbindlicherklärung zu Ungunsten der Arbeitnehmer abweichen, hätte dieser ‚Außenseiter‘-Tarifvertrag jedenfalls solange keine rechtliche Wirkung, wie nicht der Spezialitätsgrundsatz zu seinen Gunsten eingreift und/oder wie die Allgemeinverbindlicherklärung durch das zuständige Bundesministerium nicht aufgehoben oder durch ein Gericht für unwirksam erklärt worden ist.“⁴³

Der neue § 5 Abs. 1a TVG (oben I 5) schafft nun einen Sondervorrang und erlaubt den Tarifparteien der gemeinsamen Einrichtung den Zwangsanschluss der Mitglieder konkurrierender Tarifverbände.

b) Behinderung abweichender Tarifabschlüsse

Auch wenn der autonome Tarifvertrag dem allgemeinverbindlichen vorgeht, muss er erst einmal zustande kommen. Doch wird jede *Tarifabschlussbereitschaft durch einen vorhandenen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gedämpft*: Wie das BVerwG betont, ist es für „fremde“ Arbeitgeberverbände äußerst schwierig, einen alternativen Tarifvertrag vor dem Hintergrund eines allgemeinverbindlichen auszuhandeln. Gibt es wie in der Bauwirtschaft nur eine Gewerkschaft, hat diese keinen Grund, sich auf einen abweichenden „alternativen“ Tarifabschluss mit dritten Arbeitgeberverbänden einzulassen. Die Verweigerung eines solchen Tarifabschlusses belässt den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag so wie er ist. Normalerweise wird eine Gewerkschaft einen bislang tariffreien Raum zu schlie-

gesetz, 7. Aufl. 2007, § 4 Rn. 289; Wendeling-Schröder, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG – Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2006, § 4 Rn. 183; Zwanziger, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 4 Rn. 926: „ohne Erkenntniswert“.

43 BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 38/09 (Fn. 7), Rn. 48, 52, 55.

ßen suchen und mit dem Arbeitgeberverband schon deswegen ernsthaft verhandeln, weil sie so die Reichweite ihrer Tarifpolitik ausdehnen kann. Wenn aber im Hintergrund der allgemeinverbindliche Tarif wirkt, entfällt dieser tarifpolitische Anreiz.

Für die Gewerkschaft gibt es kaum einen praktischen Grund, sich auf einen solchen „Sondertarif“ einzulassen, damit eine Ungleichbehandlung ihrer Mitglieder zu schaffen und den primären Tarifpartner des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags zu verstimmen. In den Worten des BVerwG:

„Auch wenn die Verdrängungswirkung sich noch nicht aktualisiert haben sollte, verschlechtert sie bereits jetzt die Verhandlungsposition der Arbeitgeberverbände, die nicht am Abschluss des erstreckten Tarifvertrags beteiligt waren. Die Erstreckung der Geltung tariflich vereinbarter Mindestarbeitsbedingungen auf anderweitig Tarifgebundene beeinträchtigt die Verhandlungs- und Wettbewerbsposition der nicht am Tarifvertragsschluss beteiligten Koalitionen jedenfalls insoweit, als sie mit einer Verdrängung ihrer – auch künftigen – Tarifabreden rechnen müssen. ... Seine koalitionsspezifische Verhandlungsposition wird durch den Erlass der Rechtsverordnung damit beeinträchtigt. Für ihn verschlechtern sich die Möglichkeiten, unbehindert von den Rechtswirkungen der Tarifierstreckung mit Arbeitnehmerkoalitionen Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen, die seinen tarif- und sozialpolitischen Vorstellungen und denjenigen seiner Mitgliedsunternehmen entsprechen.“⁴⁴

Ein solcher Arbeitgeberverband

„kann nach Ergehen der Allgemeinverbindlicherklärung seine durch Artikel 9 Absatz 3 GG geschützten tarif- und sozialpolitischen Zielvorstellungen hinsichtlich des Inhalts von ihm angestrebter Tarifverträge nur noch in eingeschränktem Maße verfolgen“⁴⁵, „weil ein von ihm abzuschließender, von den Regelungen der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge abweichender Tarifvertrag im Anwendungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes verdrängt werden und dann keine Gestaltungswirkung zu Gunsten der Mitglieder des Kl. entfalten kann.“⁴⁶

„Würde es ihm gelingen, mit einem tariffähigen Arbeitnehmerverband einen seinen Vorstellungen (eher) entsprechenden Tarifvertrag abzuschließen und würde dieser von den Regelungen der Allgemeinverbindlicherklärung zu Ungunsten der Arbeitnehmer abweichen, hätte dieser ‚Außenseiter‘-Tarifvertrag jedenfalls solange keine rechtliche Wirkung, wie nicht der Spezialitätsgrundsatz zu seinen Gunsten eingreift und/oder wie die Allgemeinverbindlicherklärung durch das zuständige Bundesministerium nicht aufgehoben oder durch ein Gericht für unwirksam erklärt worden ist.“ (Rn. 55)

Für (Sparten-) Gewerkschaften sind interessant allenfalls „Überbietungstarife“. Alternative Gewerkschaften werden durch einen allgemeinverbind-

44 BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 19/09 (Fn. 7), Rn. 49.

45 BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 19/09 (Fn. 7), Rn. 46.

46 BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 19/09 (Fn. 7), Rn. 47.

lichen Einheitstarif ebenfalls „ausgetrocknet“ oder können sich erst gar nicht entwickeln. Arbeitnehmer haben keinen Grund, einer solchen Gewerkschaft beizutreten, wenn deren Tarife schlechtere Arbeitsbedingungen als die des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags bewirken. Das zeigt etwa die Zeitarbeit mit der vergleichbaren tarifdispositiven Entgeltgleichstellung. Wenn Tarifbedingungen umfassend für allgemeinverbindlich erklärt sind, bleibt für die fremdgewerkschaftliche Betätigung kein Raum.

Das gilt unabhängig von der (ohnehin unwirksamen) schuldrechtlichen Pflicht aus § 17 Abs. 1 BRTV Bau, keine abweichenden Tarifverträge abzuschließen – inzwischen nebst Meistbegünstigungsfolge:

„Die Tarifvertragsparteien verpflichten sich, mit anderen Organisationen und einzelnen Arbeitgebern keine Tarifverträge zu vereinbaren, die von diesem Tarifvertrag inhaltlich abweichen. Schließt eine Tarifvertragspartei gleichwohl einen Satz 1 widersprechenden Tarifvertrag ab, so kann die andere Tarifvertragspartei verlangen, dass die abweichenden Bestimmungen ganz oder teilweise Inhalt dieses Tarifvertrages werden.“⁴⁷

3. Verwandtschaft mit der Tarifeinheit

Die Diskussion um die Erweiterung der Allgemeinverbindlicherklärung weist starke Berührungspunkte zum *Streit um die Tarifeinheit* auf. Bekanntlich war das BAG früher der Auffassung, in einem Betrieb könne stets nur ein Tarifvertrag gelten⁴⁸. Diese Auffassung wurde als verfassungswidrig kritisiert – woraufhin das BAG diesen im TVG nicht normierten, sondern richterrechtlich fundierten „Rechtsgrundsatz“ aufgegeben hat: In den Verfahren 4 AZR 537/08 und 549/08 hat der Senat in Anfragebeschlüssen nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG seine geänderte Auffassung angekündigt und die Zustimmung des 10. Senats angefragt⁴⁹.

Der 4. Senat begründet seine Neupositionierung gerade mit der von Art. 9 Abs. 3 GG umfassten Tarifautonomie: Die Geltungsverdrängung der

47 Hierauf stellt indes ab BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 19/09 (Fn. 7), Rn. 45; zur Unwirksamkeit solcher Fremdsteuerung der Tarifpolitik *Rieble/Klebeck*, Tarifvertragliche Meistbegünstigung, RdA 2006, 65; zustimmend *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 199; kritisch *Hanau*, Die tarifliche Meistbegünstigung im öffentlichen Dienst, ZTR 2008, 234; *Waas*, Firmentarifvertrag und Meistbegünstigungsklausel, ZTR 2000, 341, 346; ArbG Berlin 4.1. 2008 – 91 Ca 7826/07, juris: nicht grundsätzlich unzulässig, sondern verfassungskonformer Auslegung zugänglich.

48 BAG 4.12. 2002 – 10 AZR 113/02, NZA 2003, 632; BAG 26.1. 1994 – 10 AZR 611/92, NZA 1994, 1038; BAG 25.7. 2001 – 10 AZR 599/00 (Fn. 42); BAG 24.1. 1990 – 4 AZR 561/89, NZA 1990, 450; *Giesen*, Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11.

49 Anfragebeschluss 27.1. 2010 – 4 AZR 549/08 (A), NZA 2010, 645.

unterliegenden Tarifverträge stelle sich als Eingriff in eben jene individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit dar und sei nicht durch Rechtsgüter oder Gemeinwohlbelange von *Verfassungsrang* gerechtfertigt⁵⁰.

Bezeichnend ist dabei insbesondere, dass das Gericht die *Tarifgeltungsverhältnisse in der Arbeitswirklichkeit und somit den Wunsch nach einem Einheitstarif nicht als hinreichende Gesichtspunkte* akzeptiert:

„Der Grundsatz der Tarifeinheit in Fällen einer Tarifpluralität kann als gesetzübersteigende Rechtsfortbildung nicht deshalb gerechtfertigt werden, weil sonst durch drohende ‚ständige kaum sinnvoll handhabbare Tarifauseinandersetzungen und ständige Streiks mit verheerenden Auswirkungen‘ ... eine Funktionsunfähigkeit des Tarifvertragssystems eintrete. Allein ein als möglich angesehener ‚Überbietungswettbewerb‘ der Gewerkschaften oder Funktionsverlust der Friedenspflicht bei nicht abgestimmten Tarifverhandlungen ... oder eine befürchtete Vervielfachung von Arbeitskämpfen ... sind keine hinreichenden Gesichtspunkte, die die Verdrängung eines geltenden Tarifvertrages im Wege der gesetzübersteigenden Rechtsfortbildung legitimieren könnten.“ (Rn. 70)

„In diese Grundrechtsposition der Gewerkschaften greift die Auflösung einer Tarifpluralität nach dem Grundsatz der Tarifeinheit ein, *da sie die unmittelbare und zwingende Wirkung des weniger speziellen Tarifvertrages außer Kraft setzt*. Die Verdrängung eines nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG geltenden Tarifvertrages zur Auflösung einer Tarifpluralität nach dem Grundsatz der Tarifeinheit stellt einen *Eingriff in das Grundrecht der Koalitionsfreiheit* dar ... Durch die Verdrängung eines geltenden Tarifvertrages nach dem Grundsatz der Tarifeinheit wird in das durch das Tarifvertragsgesetz bereits ausgestaltete Grundrecht der Koalitionsfreiheit ..., von dem die Tarifvertragsparteien durch den Abschluss eines Tarifvertrages bereits Gebrauch gemacht haben, dergestalt eingegriffen, dass die konkrete Rechtsposition – die *Geltung des Tarifvertrages* – nur aufgrund der Koalitionsrechtsausübung durch eine andere konkurrierende Organisation *wieder entzogen* wird ... Damit wird ein von den Tarifvertragsparteien erstrittenes Verhandlungsergebnis zu Lasten der Gewerkschaft abgeändert und ihr Erfolg nachträglich bei einem Firmentarifvertrag ganz oder bei einem Flächentarifvertrag zumindest teilweise entwertet. Der Abschluss von Tarifverträgen für alle bei einer Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer ist aber zentraler Bestandteil ihrer Koalitionsfreiheit ... Die Entwertung dieser ihrer Koalitionsrechtsausübung kann ihre Verhandlungsposition für die Zukunft ebenso schwächen wie ihre Attraktivität, Mitglieder zu werben oder zu erhalten. Durch solche Folgen wird die Tarifautonomie beeinträchtigt ... Durch die Verdrängung derjenigen tariflichen Regelungen, die gegenüber einem bereits für den Arbeitgeber geltenden Tarifvertrag nicht spezieller sind, kann der Zugang zu einem bestimmten Betrieb, Unternehmen, uU zu einem ganzen Wirtschaftszweig versperrt werden ..., wodurch auch die Koalitionsbestandsgarantie betroffen werden kann. Denn die Erhaltung und der Ausbau des Mitgliederbestandes sind als bestandssichernde Maßnahmen vom Grundrecht der Koalitionsfreiheit erfasst ...“ (Rn. 79 ff., Hervorhebung von mir).

50 BAG 27.1. 2010 – 4 AZR 549/08 (A) (Fn. 49), Rn. 77 ff.

Nachdem der 10. Senat an seiner Tarifeinheitsrechtsprechung nicht festhalten wollte, war der Weg für den 4. Senat frei: In den *Schlussentscheidungen in beiden Verfahren* konnte er knapp auf seine Anfragebeschlüsse verweisen und die Tarifeinheit aufgeben⁵¹. Das von BDA und DGB unterstützte Gesetzgebungsvorhaben, die Tarifeinheit im TVG festzuschreiben, wird verfassungsrechtlich intensiv diskutiert⁵². Im Kern fußt die Rechtsprechungswende auf einer einfachen Erwägung: Die Geltung unterschiedlicher Tarifverträge sei Folge des verfassungsrechtlich vorgesehenen und geschützten Koalitionspluralismus. Zweckmäßigkeits- oder Praktikabilitäts Erwägungen können die verfassungsgeschützte Tarifgeltung nicht beiseiteschieben.

Das Konzept der *Tarifeinheit ist mit der intensivierten Allgemeinverbindlicherklärung verwandt*: Auch die Allgemeinverbindlicherklärung will einen Tarifvertrag einheitlich zur Geltung bringen – nur eben nicht bezogen auf den jeweiligen Betrieb, sondern im gesamten Geltungsbereich, typischerweise einheitlich für eine Branche, wie etwa die Bauwirtschaft. So wie dort werden auch hier Arbeitsmarktverhältnisse beanstandet. Die Tarifeinheit bekämpfe den „Tarifwirrwarr“ im Betrieb, also vor allem ein „Zuviel“ an Tarifvertrag und Tarifgeltung. Die *intensivierte Allgemeinverbindlicherklärung* hingegen will vor allem tariflose Zustände bekämpfen, also ein „Zuwenig“ an Tarifvertrag und Tarifgeltung. Sie richtet sich in erster Linie gegen „Tarifverweigerer“, *bewirkt aber wie die Tarifeinheit auch eine „tarifliche Gleichschaltung“*, weil sich neben einem branchenweit allgemeinverbindlichen Tarifvertrag abweichende alternative Tarifverträge nicht entfalten können. So gesehen ist das „Reservoir“ der Tariffreien das potenzielle Betätigungsfeld für alternative Tarifverträge. Seine Austrocknung durch intensivierte Allgemeinverbindlicherklärung hat Folgewirkungen für nur potenzielle Tarifverträge.

4. Folge- und Fernwirkungen?

Die unmittelbare Wirkung jeder intensivierten Allgemeinverbindlicherklärung liegt in der Beschränkung der Tarifautonomie fremder Tarifparteien, die die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder nicht mehr so regeln können, wie sie das autonom wollen. Das ist keine bloß „mittelbare“ Beeinträchtigung, wie das BVerwG meint, weil die Tarifautonomie sich

51 Antwortbeschluss 23.6. 2010 – 10 AS 2/10, NZA 2010, 778; BAG 7.7. 2010 – 4 AZR 549/08, juris und vom gleichen Tag – 4 AZR 537/08, juris.

52 Waas, Der Regelungsentwurf von DGB und BDA zur Tarifeinheit, AuR 2011, 93; Greiner, Der Regelungsvorschlag von BDA und DGB zur Tarifeinheit, NZA 2010, 743. Zur Kritik: Rieble, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, 2010; Nachweise bei Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 4 Rn. 309. Jüngst das (noch unveröffentlichte) Gutachten von di Fabio, Gesetzlich auferlegte Tarifeinheit als Verfassungsproblem, 2014.

nicht im nackten Vertragsschluss erschöpft, sondern auch die prinzipielle Tarifgeltung umfasst. Das hat das BAG in der Rechtsprechungswende zur Tarifeinheit richtig betont. Ebenso unmittelbar eingeschränkt wird die individuelle Arbeitsvertragsfreiheit der an sich tariffreien Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

a) Mittelbare Folgen für das Tarifsysteem

aa) Einfluss auf das Tarifabschlussverhalten der Parteien des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages

Dass die Allgemeinverbindlicherklärung die Verhandlungsbereitschaft der Gewerkschaft gegenüber fremden Arbeitgeberverbänden beschränken kann, ist schon gesagt. Empfindlicher sind die Folgewirkungen im Verhältnis der Tarifparteien und zum die Allgemeinverbindlicherklärung gewährleistenden Staat:

- Die Tarifparteien des allgemeinverbindlichen Tarifwerks werden im Falle umfassender Allgemeinverbindlicherklärung in ihrer Verhandlungsposition gerade von der Erstreckungswirkung beeinflusst. Ihre *Tarifverhandlungen werden nicht mehr ausschließlich von den beiderseitigen Mitgliederinteressen geleitet*, sondern jedenfalls auch von dem gemeinsamen Interesse, den Arbeitskosten- und Gütermarktwettbewerb durch die Allgemeinverbindlichkeit gegenüber den Tariffremden zu steuern. Im ungünstigsten Fall bestimmt vor allem der gemeinsame Wunsch nach „Drittbelastung“ die Tarifverhandlungen, wodurch wiederum der Tarifvertrag als vertragliches Ausgleichsverfahren denaturiert wird⁵³.

Augenscheinlich wird dies, wenn die allgemeinverbindlichen Mindestarbeitsbedingungen einen Abstand zu den autonomen Tarifbedingungen halten – wie das bei manchen Branchenmindestlöhnen nach dem AEntG der Fall ist: Wenn der allgemeinverbindliche Mindestlohn für die Gewerkschaftsmitglieder gar nicht oder überwiegend nicht gilt, weil ihr Entgelt aus den nicht allgemeinverbindlichen Tarifregelungen gespeist wird, so kann die Arbeitgeberseite für den autonomen, mitgliederbezogenen Tarifvertrag ein Entgegenkommen durch die Außenseiterbelastung erkaufen – durch ein *Koppelungsgeschäft*. Im Baugewerbe tritt eine Mischform auf: Indem zwei Ecklöhne für allgemeinverbindlich erklärt werden (Mindestlohn I und II) gelten sie zwar für manche Beschäftigten zugleich

⁵³ Etwa *Beppler*, Problematische Arbeitsverhältnisse und Mindestlohn, Festschrift Richardi, 2007, S. 189, 197; *Rieble*, Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung, 2011, S. 17, 25.

als Tariflohn. Für den überwiegenden Teil der autonom tarifgebundenen Arbeitnehmer, die von jeweils höheren Tarifgruppen erfasst werden, gilt dieser Mindestlohn nicht – sondern eben nur für jene, die gerade dieser Lohngruppe zugeordnet sind.

bb) Staatseinfluss auf die Tarifregelung

Abhängig werden die Tarifparteien aber auch vom Staat, genauer: dem die Allgemeinverbindlicherklärung verfügenden BMAS: Wenn Tarifverbände die Geltungskraft ihrer Tarifverträge überwiegend vom Staat „beziehen“, weil ihre autonome mitgliederbezogene Regelungskraft beschränkt ist, dann sind sie vom Ministerium und dessen „Wohlwollen“ oder aber dessen Einschätzung vom *öffentlichen Interesse an der Tarifierstreckung* abhängig. Das BMAS könnte seinerseits bekunden, andere als die vereinbarten Tarifbedingungen für „allgemeinverbindlichkeitsfähig“ zu halten und dadurch sogar gestaltenden Einfluss auf die an sich staatsfreien Tarifverträge nehmen. Denn das *BMAS muss in eigener Verantwortung entscheiden, ob die Tarifierstreckung auf bislang tariffreie Arbeitsverhältnisse sinnvoll ist* – und eben hierzu auch in eine sozialpolitische Bewertung dieser Arbeitsbedingungen eintreten. Denn nur der Staat kann und muss die Angemessenheit der tariflichen Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die nicht Mitglied der tarifschließenden Verbände sind, verantworten. Das BMAS muss also fragen, ob die Tarifbedingungen für die „Außenseiter“ passen, für sie einen angemessenen Interessenausgleich bedeuten. Dass die Tarifparteien die Bedingungen für ihre Mitglieder vereinbart haben, löst kein umfassendes Richtigkeitsvertrauen aus⁵⁴. Wenn das BMAS nun zur Auffassung käme, nur eine andere Tarifregelung könne im öffentlichen Interesse für allgemeinverbindlich erklärt werden, etwa ein etwas geringerer Lohn oder ein eingeschränkter Geltungsbereich⁵⁵, so haben die Tarifparteien die Wahl: Entweder halten sie an ihrem Tarifinhalt fest und verzichten auf die Allgemeinverbindlicherklärung oder sie passen ihren Tarifvertrag so an, dass er auf „Zustimmung“ des BMAS trifft⁵⁶.

Diese Wahlfreiheit muss real bestehen. Sind die Tarifparteien auf die Allgemeinverbindlichkeit angewiesen, weil sonst „ihre“ gemeinsame Einrichtung platzt oder weil sie selbst nur eine Minderheit der Arbeitsverhältnisse ihrer Mitglieder erreichen und „um fast jeden Preis“ die Branche insgesamt regulieren wollen, dann ist es um ihre Tarifautonomie geschehen. Sie stehen unter starkem Druck, die vom BMAS für erforderlich gehaltenen Tarifänderungen vorzunehmen. Im Ergebnis wird das BMAS zur

54 Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 5 Rn. 135, 197 ff.; Sittard (Fn. 35), S. 170 ff.

55 Vgl. den Sachverhalt der Entscheidung BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 19/09 (Fn. 7).

56 Dazu Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 5 Rn. 28.

„Partei“ in tripartistischen Tarifverhandlungen. Das verstieße gegen das Prinzip der *Staatsfreiheit von Tarifautonomie* und gefährdete die Unabhängigkeit der Tarifverbände vom Staat als Voraussetzung ihrer Tariffähigkeit⁵⁷.

b) Folgewirkungen für die freiwillige Mitgliedschaft

Jede Allgemeinverbindlicherklärung mindert den Anreiz zur autonomen Tarifgebundenheit und damit zur Mitgliedschaft in den Tarifverbänden – weil die Tarifgeltung „sowieso“ und unabhängig von dieser greift. Das betrifft zuerst die Gewerkschaften: Erhält der Arbeitnehmer sein (Mindest-) Entgelt kraft staatlichem Rechtsetzungsakt, kann er sich von der Gewerkschaftsmitgliedschaft weniger versprechen. Belegt wird das auch durch den Seitenblick nach Frankreich: Dort werden durch Allgemeinverbindlicherklärung und *erga-omnes*-Wirkung zwar 90 % aller Arbeitnehmer von Tarifverträgen erfasst – doch sind nurmehr 8 % Mitglied einer Gewerkschaft –, eben weil es die Gewerkschaftsmitgliedschaft zum vollen Tarifschutz nicht braucht. Tendenziell läuft eine umfassende Allgemeinverbindlicherklärung des gesamten Tarifwerks darauf hinaus, dass die Gewerkschaftsmitgliedschaft aus tariflicher Perspektive sinnlos wird.

Eben deshalb versuchen Gewerkschaften, mit Differenzierungsklauseln in den Tarifverträgen einen „Sondervorteil“ für ihre Mitglieder auszubedingen, den die Nichtmitglieder nicht durch Bezugnahmeklausel auf sich beziehen können sollen⁵⁸.

Inwieweit die Allgemeinverbindlichkeit den Organisationsgrad der Arbeitgeberverbände mindert, ist nicht bekannt. Allerdings liegt es nahe, dass kleinere Unternehmen, die sich keinen Einfluss auf die Gestaltung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags im Verband erhoffen können, auf die Verbandsmitgliedschaft und die damit verbundenen Kosten verzichten. Umgekehrt kann es für große Unternehmen sinnvoll sein, sich gerade wegen der Allgemeinverbindlichkeit im Verband zu engagieren – weil sie mit den Tarifbedingungen mittelbar auch die Wettbewerbsbedingungen für ihre Konkurrenten mitgestalten.

5. Streit um das aktuelle AEntG

Um die Verfassungsmäßigkeit des geltenden AEntG wird gestritten. Das galt für seine „Ersteinführung“ 1996/1998 und das gilt für die aktuelle Neufassung 2009⁵⁹ und wird begleitet von der Diskussion um den allge-

57 Zu dieser BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 367 f. = NJW 1979, 699, 708 f. und Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 2 Rn. 83 ff.

58 Dazu Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 1 Rn. 1852 ff.

59 Instruktiver Überblick bei Sittard (Fn. 35), S. 38 ff., 76 ff.

meinen staatlichen Mindestlohn, der ähnlichen Schutz und ähnliche Belastungswirkungen auslösen kann⁶⁰.

Die Diskussion ist gekennzeichnet von grundsätzlicher Einigkeit: Die *Tarifautonomie* ist – ungeachtet des Streits um Eingriff und Ausgestaltung – *kein vorbehaltlos gewährleistetes Recht*. Gleichwohl braucht es einen hinreichend tragfähigen Sachgrund, um die durch Allgemeinverbindlicherklärung oder Mindestlohn bewirkte Belastung der Tarifautonomie zu rechtfertigen.

Die Divergenz besteht in dieser Rechtfertigungsabwägung:

- Die eine Seite meint, Beschäftigungssicherung, Gewährleistung von angemessenen Arbeitsbedingungen und Schutz der Sozialversicherung seien sämtlich Werte von Verfassungsrang, weswegen der große Beurteilungsspielraum – den auch das BVerfG in seiner bisherigen Rechtsprechung stets betont habe – grundsätzlich auch Belastungen der Tarifautonomie trage⁶¹.
- Die andere Seite sieht dagegen die Tarifautonomie sowohl fremder Tarifparteien als auch die institutionelle Gewährleistung verletzt und kritisiert insbesondere die *Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags zulasten eines anderen als staatliche Parteinahme*⁶².

Insoweit lässt sich weiter darüber streiten, ob schon das AEntG mit seiner Ermächtigungsgrundlage verfassungswidrig zu weit geraten ist oder ob das BMAS in der Handhabung der Rechtsverordnungsermächtigung ver-

60 Dazu statt vieler *Thüsing*, Mindestlohn im Spannungsverhältnis staatlicher und privatautonomer Regelung, ZfA 2008, 590; *Jacobs*, Entgeltfindung zwischen Markt und Staat – Bemerkungen zur aktuellen Diskussion um einen gesetzlichen Mindestlohn, Gedächtnisschrift Walz, 2008, S. 289; *Chr. Picker*, Niedriglohn und Mindestlohn, RdA 2014, 25 ff.

61 Vor allem *Lakies*, in: Däubler (Fn. 42), Anhang 2 zu § 5 TVG, § 1 AEntG Rn. 67 ff. und § 7 AEntG Rn. 14 ff.; *Bayreuther*, Einige Anmerkungen zur Verfassungsmäßigkeit des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des Mindestarbeitsbedingungengesetzes 2009, NJW 2009, 2006; weiter *Bayreuther*, in: *Thüsing*, AEntG, 2010, § 8 Rn. 44 f. – aber mit differenzierender Zweckbeurteilung Rn. 50 ff.

62 *Thüsing*, ZfA 2008, 590, 629 ff.; *Jacobs*, Gedächtnisschrift Walz, 2008, S. 289, insbesondere S. 302 ff.; *Giesen*, Staatsneutralität bei der Verbindlicherklärung von Tarifverträgen, ZfA 2008, 355, 367 ff.; *ders.*, Rechtspolitik des Mindestlohns, Festschrift Kempen, 2013, S. 216 ff.; *Sodan/Zimmermann*, Die Beseitigung des Tarifvorrangs gegenüber staatlich festgelegten Mindestarbeitsentgelten auf dem Prüfstand der Koalitionsfreiheit, ZfA 2008, 526, 565 ff.; *Willemsen/Sagan*, NZA 2008, 1216.

fassungskonforme Zustände herstellen kann und dies durch hinreichend effektive gerichtliche Kontrolle sichergestellt werden kann.

6. Vereinbarkeit mit Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie

a) Statusfreiheiten

Wenn die Tarifrechtsordnung – aus welchen Sachgründen auch immer – Anforderungen an Abschluss oder Geltung von Tarifverträgen formuliert, dann ist unmittelbar (nur) die Koalitionsbetätigungsfreiheit betroffen. Faktische Motivations- und Abschreckungswirkungen eröffnen den Schutzbereich erst, wenn die Neugründung einer Koalition zum *schlecht-hin aussichtslosen Unterfangen* wird. So ist die Koalitionsbildungsfreiheit nach herrschender Meinung durch die Tarifeinheit nicht berührt⁶³. Eben dies hat das BVerfG auch schon für die schärfer wirkende Durchsetzungsfähigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit festgehalten⁶⁴.

Anders gewendet: *Etablierte Tarifparteien haben einen „natürlichen“ Wettbewerbsvorsprung*, weil sie ihre Arbeitsmarktposition in der Vergangenheit erarbeitet haben. Rechtliche Zugangshürden dürfen nur keine künstlichen Markteintrittsbarrieren schaffen, die solch etablierte Kollektive vor dem Aufholwettbewerb bewahrt. Immerhin ist mit Blick auf die Allgemeinverbindlicherklärung zu bedenken, dass hier der Staat „Partei ergreift“. Die Erweiterung der Tarifgeltung fußt auf einer staatlichen Intervention. Indes hat diese nicht das Ziel, konkurrierende Koalitionen in ihrer Entstehung zu behindern, sondern will „angemessene Arbeitsbedingungen“ bewirken.

Eng mit der Koalitionsbildungsfreiheit hängt das Existenzrecht der gegründeten Koalition zusammen. Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet „Bestandsschutz“. Ihre Existenz oder ihre Koalitionseigenschaft sollen vor ungerechtfertigten staatlichen Zugriffen bewahrt werden⁶⁵. Wie bei der Gründungsfreiheit gilt auch hier: Nicht jede Änderung des rechtlichen, wirt-

63 Jacobs (Fn. 20), S. 446; Engels, Die verfassungsrechtliche Dogmatik des Grundsatzes der Tarifeinheit, RdA 2008, 331, 333.

64 BVerfG 20.10. 1981 – 1 BvR 404/78, BVerfGE 58, 233 = NJW 1982, 815 (DAV); anderer Ansicht im Sinne eines Gründungshemmnisses Henssler, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, 2006, S. 31 f. mit weiteren Nachweisen; Richardi, Der CGM-Beschluss des ArbG Stuttgart: Tariffähigkeit und Tarifzensur, NZA 2004, 1025, 1028; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 433 ff.

65 BVerfG 3.4. 2001 – 1 BvL 32/97, NZA 2001, 777, 778: „Geschützt ist auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen.“ – mit weiteren Nachweisen.

schaftlichen oder sozialen Umfelds, die Koalitionsbetätigungen für kleinere Verbände erschwert, ja womöglich die Frage nach einem Zusammenschluss oder einem Bündnis mit großen (Einheits-) Gewerkschaften oder Spitzenverbänden der Arbeitgeberseite (wie im Baugewerbe) aufwirft, berührt das Existenzrecht. Koalitionen sind in besonderer Weise mit dem Arbeitsleben verwoben und müssen es grundsätzlich hinnehmen, dass sich Rechtsregeln zu ihren Lasten verändern. Diesen „Sozialbezug“ drückt das BVerfG im Mitbestimmungsurteil aus:

„Die Bedeutung und Vielzahl der von der Tätigkeit der Koalitionen berührten Belange namentlich im Bereich der Wirtschafts- und Sozialordnung machen vielmehr vielfältige gesetzliche Regelungen notwendig, die der Koalitionsfreiheit auch Schranken ziehen können; dies um so mehr, als der *Gegenstand der Gewährleistung auf sich wandelnde wirtschaftliche und soziale Bedingungen bezogen ist, die mehr als bei anderen Freiheitsrechten die Möglichkeit zu Modifikationen und Fortentwicklungen* lassen müssen.“

Und:

„Das Grundrecht enthält, wie gezeigt, keine Garantie des Bestandes des Tarifvertrags- und Arbeitskampsystems in seiner konkreten gegenwärtigen Gestalt. Art. 9 Abs. 3 GG läßt sich auch nicht dahin auslegen, daß er ein Tarifsysteem als ausschließliche Form der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewährleiste.“⁶⁶

Die Koalitionsfreiheit vermittelt *kein Recht auf eine „optimale Koalitions-umgebung“*. Die Koalitionsfreiheit ist auch mit Blick auf das Existenzrecht keine Erfolgsgarantie, die dem Staat eine *Schutzpflicht* für solche Verbände auferlegt, die im Tarifwesen oder bei der Mitgliederwerbung keinen hinreichenden Eigenerfolg erwirtschaften können⁶⁷. Kann sich eine Koalition im Tarifvertragssystem nicht durchsetzen, so ist dieser Misserfolg Verwirklichung des jeder freiheitlichen Verfassung immanenten *Risikos des Scheiterns* – und zwar auch dann, wenn ihre Mitglieder vergrämt werden und dies am Ende den Untergang der Gewerkschaft oder des Arbeitgeberverbands bedeuten kann. So viel Evolutionsdruck ist erlaubt⁶⁸.

66 BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290, 367 f. = NJW 1979, 699, 709 (Hervorhebungen von mir).

67 Rieble, Staatshilfe für Gewerkschaften, ZfA 2005, 245 ff.; Ladeur, Methodische Überlegungen zur gesetzlichen „Ausgestaltung“ der Koalitionsfreiheit, AöR 131 (2006), 643, 650; anderer Ansicht Kempen, Festschrift Gitter, 1995, S. 427 ff.; Kempen, in: Kempen/Zachert (Fn. 42), Grundlagen Rn. 112; instruktiv zu Schutzpflichten Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 2004, Rn. 102 mit weiteren Nachweisen.

68 Ähnlich Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampspluralität, 2010, S. 341: Anreiz zum Gewerkschaftswechsel als bloße Reflexwirkung des wettbewerblichen Erfolgs.

Das BVerfG weist Gewerkschaften die Aufgabe zu, jene

„Disparitäten auszugleichen, die nicht strukturell bedingt sind, sondern auf inneren Schwächen einer Koalition beruhen. Der Organisationsgrad einer Koalition, ihre Fähigkeit zur Anwerbung und Mobilisierung von Mitgliedern und ähnliche Faktoren liegen außerhalb der Verantwortung des Gesetzgebers. Er ist nicht gehalten, schwachen Verbänden Durchsetzungsfähigkeit bei Tarifverhandlungen zu verschaffen.“⁶⁹

Damit ist zugleich der Gegenaspekt angesprochen: Veränderungen des Tarifsystems, aber auch des sonstigen Arbeitsrechtssystems können sich „strukturell“ auswirken und die Verhandlungsmöglichkeiten massiv erschweren. Wollte man etwa *für die Tariffähigkeit einen branchenbezogenen Organisationsgrad von 15 %* verlangen, wäre kaum mehr eine Gewerkschaft tariffähig. Auch ein *hoher staatlicher Mindestlohn*, der einen großen Anteil der Arbeitsverhältnisse im Organisationsbereich einer Gewerkschaft erfasst, kann vergleichbare Wirkung haben. Und eben so wirkt eine umfassende Allgemeinverbindlicherklärung mit Blick auf fremde Koalitionen: Wären alle Entgelte eines Tarifwerks nach dem AEntG für allgemeinverbindlich erklärt, so schließe der „Schutz der Arbeitnehmer“ um in eine Tarifbevormundung, die alternativen Verbänden die Tarifexistenz beschneidet.

Diese *Austrocknungsgefahr* hatte das BVerfG mit seiner *Arbeiterkammer*-Entscheidung im Blick: Der Staat darf den Gewerkschaften mit öffentlich-rechtlichen Kammern keine Konkurrenz machen und so deren Tätigkeit austrocknen⁷⁰. Dadurch würden „*künstliche*“ *existenzgefährdende Barrieren* geschaffen, die vor allem der Gewerkschaft kein hinreichend großes Betätigungsfeld belässt. Sie *scheiterte womöglich nicht im, sondern am Tarifsystem*. Freilich ist *Zurückhaltung* angebracht: Nicht jede Erschwernis wirkt bestandsgefährdend. Wenn *Jacobs* und ihm folgend *Greiner* meinen, insoweit stünde den Koalitionen aus dem Existenzrecht ein Abwehrrecht gegen solche Ausgestaltungen des Tarifsystems zu, die

69 BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365 = NZA 1995, 754 unter C I 1 c der Gründe; *Däubler*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 130; *Rüfner*, Verantwortung des Staates für die Parität der Sozialpartner?, RdA 1997, 130; *Lieb*, Anmerkung zu BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86, 1-4/87, 1 BvR 1421/86, JZ 1995, 1169, 1174 ff.; *Kreßel*, Neutralität des Staates im Arbeitskampf, NZA 1995, 1121; *Otto*, Zur Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen, JURA 1997, 18.

70 BVerfGE 18.12. 1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66, BVerfGE 38, 281, 303; *Löwisch/Rieble*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 155 Rn. 93 ff.; *Müller*, Die rechtliche, die rechtspolitische und die gesellschaftspolitische Problematik des Arbeitnehmerkammerwesens, DB 1980, 91. Auf Arbeitgeberseite soll das anders sein: BVerfG 19.10. 1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312 = NJW 1966, 2305 („Handwerksinnungen“).

prinzipiell zu einem erheblichen Mitgliederschwund führen können (!) und damit den Bestand der Koalition gefährden können (!)⁷¹, dann wird eine faktische Entwicklung unterstellt, die so nicht prognostizierbar ist. Tarifautonomie ist nicht die einzige Koalitionsbetätigung, weswegen Koalitionen ohne effektive tarifrechtliche Ausstattung nicht notwendig im Bestand gefährdet sind. Arbeitnehmervereinigungen, denen die Tariffähigkeit aberkannt wird, sterben nicht notwendig ab. So ist die Christliche Gewerkschaft Bergbau-Chemie-Energie einst vom BAG für tarifunfähig erklärt worden – und lebt noch immer⁷². Auch die frühere *richterrechtliche Tarifeinheit* hat nicht zum Untergang der Christlichen Gewerkschaft Metall geführt. Diese musste sich lediglich dem fremden Tarifwillen beugen und war langjährig auf Anschlussarbeitsverträge beschränkt⁷³.

Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet die *Koalitionszweckautonomie*. Jede (Arbeitnehmer-) Koalition bestimmt grundsätzlich selbst, für welche „Berufe“ im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG sie sich öffnen will – und welchen Beschäftigtengruppen sie sich verschließen will. Diese autonome Entscheidung rechnet zum Kernbereich der Koalitionsfreiheit und ist staatlicher Einflussnahme prinzipiell entzogen⁷⁴. Diese autonome Zwecksetzung konstituiert die Koalitionsfreiheit. Sie wird durch jede Allgemeinverbindlicherklärung und erst recht durch ihre verschärften Formen beeinträchtigt: Mit der Allgemeinverbindlicherklärung stülpt der Staat den autonomen Branchenzuschnitt der begünstigten Tarifparteien dem Arbeitsmarkt und damit auch konkurrierenden Koalitionen über. Würden die Bautarife etwa auf das bislang kraft Ausnahme verschonte Dachdeckerhandwerk, die Nassbagerei oder auf den bislang selbständig tarifierten Gerüstbau erstreckt, würde die Koalitionsbetätigung in jenen Segmenten deutlich erschwert. Schon die jetzigen Mindestlöhne in den Branchen des bisherigen § 4 AEntG schaffen ein gewisses *Branchenkataster* (wie bei den Berufsgenossenschaften), das erstens den tarifierenden Koalitionen aufgibt, die Branche insgesamt abzudecken, und zweitens konkurrierenden Koalitionen die von dieser Katasterzuordnung abweichende Zwecksetzung deut-

71 Jacobs (Fn. 20), S. 452 f.; Greiner (Fn. 68), S. 90.

72 BAG 16.1.1990 – 1 ABR 10/89, NZA 1990, 623; zu dieser Gewerkschaft deren Internetauftritt, abzurufen unter www.cgbce.org (17.8. 2012).

73 BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112, 1113: „Im Bereich der Metall- und Elektroindustrie schloss die CGM in der Vergangenheit vor allem in den alten Bundesländern mit Arbeitgeberverbänden oder einzelnen Arbeitgebern ca. 3000 Anschlussarbeitsverträge.“

74 BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a. (Fn. 69), NZA 1995, 754, 760: „Die Abgrenzung nach Fachbereichen oder Branchen entspricht einem überkommenen Ordnungsprinzip der Koalitionen“; BAG 22.11. 1988 – 1 ABR 6/87, NZA 1989, 561; Junker, Die Tarifzuständigkeit als Wirksamkeitserfordernis des Tarifvertrages, ZfA 2007, 229 ff.; Heinze, Tarifzuständigkeit von Gewerkschaften und Arbeitgebern/Arbeitgeberverbänden, DB 1997, 2122; Greiner (Fn. 68), S. 90.

lich erschwert. Wollte etwa eine baugewerbliche Koalition ihren Organisationsbereich so bestimmen, dass sie teils innerhalb des Bauhauptgewerbes im Sinne von § 4 Nr. 1 AEntG und teils außerhalb agiert, so würde diese autonome Zwecksetzung durch die Branchenzuordnung und die Allgemeinverbindlicherklärungen stark belastet: Eine gleichförmige Koalitionsbetätigung für ihre Mitglieder ist wegen der Tarifvorgaben nur schwer möglich.

Das BVerfG hat die autonome Zwecksetzung im Mitbestimmungsurteil prägnant formuliert:

„Mit dem Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden, gewährleistet Art. 9 Abs. 1 GG ein konstituierendes Prinzip der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes: das *Prinzip freier sozialer Gruppenbildung* ...: Das soziale System des durch das Grundgesetz verfaßten Gemeinwesens soll weder in ständisch-korporativen Ordnungen, wie sie namentlich das Kennzeichen älterer Sozialordnungen waren, Gestalt gewinnen, *noch in der planmäßigen Formung und Organisation durch den Staat nach den Maßstäben eines von der herrschenden Gruppe diktierten Wertsystems.*“⁷⁵

Ähnlich hat das BVerfG 1954 gesagt:

„Der mit der Koalitionsfreiheit gewährleistete Kernbereich des Tarifvertragssystems verbietet es dem Gesetzgeber, die von den Vereinigungen frei gewählten Organisationsformen schlechthin oder in entscheidendem Umfang bei der Regelung der Tariffähigkeit unberücksichtigt zu lassen und auf diese Weise das Grundrecht der Koalitionsfreiheit mittelbar auszuhöhlen.“⁷⁶

Das Recht auf einen autonom gewählten Organisationsbereich ist nicht absolut zu setzen: Reflex- und Fernwirkungen aus anderen Regelungen (etwa unterschiedliche Beitragslasten in branchenverschiedenen Berufsgenossenschaften) wirken als faktische Vorbelastung der Zweckautonomie. Legitime Regelungszwecke der Allgemeinverbindlicherklärung dürfen solche Beeinträchtigungen auslösen. Gleichwohl ist der Schutzbereich jedenfalls bei tarifimmanenten Vorgaben betroffen, weswegen jede Allgemeinverbindlicherklärung nur nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips in die Organisationsautonomie eingreifen darf. Schlechthin verfassungswidrig wäre es, mit dem Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung ein „*Quasi-Zunftsystem*“ zu installieren, das den privilegier-

75 BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a. (Fn. 66), 353 unter C III 2 a (Hervorhebung von mir); auch BVerfG 18.12. 1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66 (Fn. 70). Weiter G. Müller, Das Koalitionswesen und das Gemeinwohlpostulat, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht (JARbR), Bd. 18 (1980), S. 19 ff.: Koalitionen primär Interessenverbände mit mittelbarem Gemeinwohlnutzen.

76 BVerfG 18.11. 1954 – 1 BvR 629/52 (Fn. 30); allerdings hat das BVerfG dort den Ausschluss gemischt-fachlicher Tarifverbände von der Tariffähigkeit gerade gebilligt. Das ist keine Frage des Schutzbereichs.

ten Tarifparteien ein vom Staat vermitteltes *Recht auf alleinige Arbeitsmarktherrschaft* in ihrem tradierten Geltungsbereichs-Segment vermittelte. Darauf allerdings kann eine Kombination von mehrstufigem AEntG-Mindestlohn und allgemeinverbindlicher SOKA hinauslaufen: dass den etablierten Tarifparteien ein *staatlich organisiertes Tarifmonopol* zugewiesen wird.

Das BVerfG hat in der Aussperrungsentscheidung betont, dass auch (Kampf-) Bündnisse unter Koalitionen von der Koalitionsfreiheit geschützt sind⁷⁷. Das gilt auch für die tarifpolitische Zusammenarbeit von Koalitionen, sei es in Spitzenverbänden oder in Tarifgemeinschaften, die mehrgliedrige Tarifverträge abschließen⁷⁸.

Mit der positiven Freiheit zum Koalitionsbündnis korrespondiert notwendig die *negative Freiheit vom Koalitionsbündnis*. Wollte der Staat Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbände in eine Tarifgemeinschaft oder einen Spitzenverband zwingen, um eine einheitliche Regelung der Arbeitsbedingungen bezogen auf einen bestimmten Geltungsbereich (Betrieb, Unternehmen oder gar Fläche) zu erreichen, so ist der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit berührt. Das BAG hat jede Zwangstarifgemeinschaft verworfen⁷⁹. Eben so hat die *frühere Tarifeinheit* gewirkt: Kleinere Gewerkschaften, die überhaupt an der Tarifpolitik beteiligt sein wollten, konnten „bestenfalls“ erhoffen, am Tarifabschluss der großen Gewerkschaft dadurch formal mitzuwirken, dass sie die Unterschrift unter

77 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvL 779/85, BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809, dazu meine Anmerkung in EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97.

78 Dazu Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 2 Rn. 394 ff.

79 BAG 9.12. 2009 – 4 AZR 190/08, NZA 2010, 712, 717: „Eine solche ‚Zwangstarifgemeinschaft‘ stellte jedoch einen Eingriff in das Grundrecht der den Tarifvertrag abschließenden anderen Gewerkschaft sowie der hieran beteiligten Arbeitgeberseite dar. Der Abschluss eines Tarifvertrags ist Teil der durch Art. 9 Absatz 3 GG gewährleisteten Abschlussfreiheit der Tarifvertragsparteien. Diese umfasst auch das Recht, die Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Tarifverträge überhaupt, mit einem bestimmten Gegenspieler oder unter bestimmten Bedingungen abzulehnen ... Die Auswahlfreiheit hinsichtlich des Vertragspartners gilt für Arbeitnehmerkoalitionen wie auf der Arbeitgeberseite für die Arbeitgeberverbände und den einzelnen Arbeitgeber gleichermaßen. Die Pflicht zur Einbeziehung einer weiteren Tarifvertragspartei ist damit nicht zu vereinbaren und berücksichtigt die Gegnerschaft von konkurrierenden Gewerkschaften nur unzureichend.“ Ähnlich BAG 29.7. 2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424 sogar für einen Zuordnungstarifvertrag nach § 3 BetrVG, der als betriebsverfassungsrechtliche Norm notwendig betriebseinheitlich gelten muss.

die Tarifurkunde gesetzt haben. Oft wurden sie aber auch auf bloße Anschlussstarife verwiesen⁸⁰.

Jede Allgemeinverbindlicherklärung löst einen „Bündnisdruck“ aus: Die *jeweilige Branche wird zur „tarifpolitischen Verteilungsgemeinschaft“*, an der Minderheitenverbände nur mitwirken können, indem sie sich der jeweiligen Tarifpartei anschließen (und also auf eigene Tarifpolitik insofern verzichten). Für jede intensivierte Allgemeinverbindlicherklärung gilt das erst recht: weil die autonomen Tarifregelungsräume kleiner werden, weil die Allgemeinverbindlicherklärung auch für einen Minderheitentarifvertrag ermöglicht werden soll, der autonom nicht einmal die Hälfte seines Geltungsbereichs erfasst.

b) Tarifaufonomie

Die Koalitionsfreiheit umfasst die kollektive Koalitionsbetätigung und damit das Recht, mit dem Mittel des Tarifvertrags die *„Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ der Mitglieder zu regeln*. Der Tarifvertrag ist funktionstypisches Instrument der Koalitionsbetätigung⁸¹. Dass die Tarifaufonomie der Ausgestaltung harrt und viele verschiedene Vertragsrechte denkbar sind, heißt nicht, dass die *Versagung der Tarifgeltung derart im Belieben des Staates* stünde, dass die Tarifaufonomie als Bestandteil der kollektiven Koalitionsbetätigung grundrechtlich wertlos wäre. Die Bemerkungen von *Greiner*, der alles und jedes für nahezu beliebige Ausgestaltungen der Tarifaufonomie gelten lassen will⁸², dürfen dahin nicht missverstanden werden. Auch *Greiner* sieht die Tarifaufonomie als geschützt an – sonst könnte er schwerlich die tradierte Tarifeinheit für verfassungswidrig halten (S. 343 ff.) – und will nur die Verhältnismäßigkeits-

80 Zu den Gefahren *Förster*, Der Verhandlungsanspruch von Tarifparteien in Deutschland und England, 2009, S. 73; zur Bedeutung von Anschlussstarifverträgen für die Frage der Mächtigkeit *Giere*, Soziale Mächtigkeit als Voraussetzung für die Tariffähigkeit, 2006, S. 37 f.

81 BVerfG 2.3. 1993 – 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103, 114: „Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Es schützt auch die Koalitionen selbst in ihrem Bestand, ihrer Organisation und ihrer Tätigkeit, soweit diese gerade in der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen besteht. Hierzu gehört insbesondere der Abschluß von Tarifverträgen. Die Koalitionen sollen beim Abschluß von Tarifverträgen frei sein und die Mittel, die sie zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, selbst wählen können“; BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 224 = NZA 1991, 809, 810: „Ein wesentlicher Zweck der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionen ist der Abschluß von Tarifverträgen. Darin sollen die Vereinigungen nach dem Willen des Grundgesetzes frei sein.“

82 *Greiner* (Fn. 68), S. 338 ff.

prüfung als solche durch eine weitgehende sozialstaatliche Ausgestaltungsermächtigung aufweichen.

aa) Schutz der autonomen Tarifgeltung

Während das *BVerwG* meint, die Tarifautonomie sei vor dem Hintergrund allgemeinverbindlicher Tarifverträge „unmittelbar“ schon dadurch gewahrt, dass die Tarifparteien Tarifverträge schließen könnten, auch wenn diese gar nicht gelten, weil ihnen ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag in der Tarifkonkurrenz oder eine AEntG-Rechtsverordnung strikt vorgehe. Das Gericht betont für einen Bauarbeitgeberverband, der an den Bautarifen nicht beteiligt ist:

„So wird er durch die Allgemeinverbindlicherklärung vom 15. Mai 2008 rechtlich nicht daran gehindert, Verhandlungen mit einer anderen Tarifvertragspartei (Gewerkschaft oder tariffähiger – gegnerfreier – Verband von Beschäftigten) über den Abschluss eines anderweitigen Tarifvertrages aufzunehmen. Es besteht für ihn insoweit auch kein Tarifvertrags-Abschlussverbot.“⁸³

Dementsprechend lösen allgemeinverbindliche Vorgaben nach der Vorstellung des *BVerwG* mit ihrer Verdrängungswirkung nur mittelbare, reflexartige Belastungen der Tarifautonomie aus.

Indes betont das *BAG* in seinem Tarifeinheits-Aufgabebeschluss, dass die Tarifautonomie auch ein prinzipielles Recht der Tarifpartei auf Tarifgeltung bedeute: Die Tarifeinheit greife in „die konkrete Rechtsposition – die *Geltung des Tarifvertrages*“ ein. Das *BVerfG* hat in der Flaggenregerentscheidung die Tarifgeltung für ausländische Mitglieder der deutschen Gewerkschaft als geschützt angesehen⁸⁴. Hieraus leiten manche Stimmen ab, jedwede staatliche Tarifierstreckung müsse ihrerseits (stets) tarifdispositiv sein, so dass der autonome Tarifvertrag dem staatsgestützten vor-

83 BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 38/09 (Fn. 7), Rn. 45.

84 BVerfG 10.1. 1995 – 1 BvF 1/90, BVerfGE 92, 26, 41 = NZA 1995, 272: Die Regelung „hindert zwar die Tarifvertragsparteien nicht daran, Seeleute i.S. von § 21 Abs. 4 Satz 1 FIRG in deutsche Tarifverträge einzubeziehen, erschwert dies aber durch das Erfordernis einer ausdrücklichen Vereinbarung. Ohne diese Vorschrift würde ein Tarifvertrag für alle Besatzungsmitglieder gelten, die der Gewerkschaft angehören. Der Sinn der Regelung besteht also vorrangig darin, diese Rechtsfolge zu beseitigen. Das Gesetz will verhindern, daß Seeleute mit ausländischem Wohnsitz ohne weiteres von deutschen Tarifverträgen mit erfaßt werden. Die deutschen Gewerkschaften sind daher gezwungen, in den Tarifverhandlungen eine Erstreckungsklausel ... gesondert durchzusetzen, um ihre eigenen Mitglieder unter den Seeleuten i.S. von § 21 Abs. 4 Satz 1 FIRG in den Genuß der im Tarifvertrag vereinbarten Leistungen zu bringen. Ihre Verhandlungsposition wird geschwächt, weil sie zu diesem Zweck zusätzlichen Druck ausüben oder an anderer Stelle Entgegenkommen zeigen müssen“ (unter B II 1 c, aa der Gründe).

gehe⁸⁵. Allerdings hat das BVerfG umgekehrt in der *Tariftreue-Entscheidung* gemeint, die gezielte Ausschaltung der autonomen Tarifverträge durch die vergaberechtliche Verpflichtung auf bestimmte Tarifverträge anderer Tarifparteien schränke die Tarifautonomie nicht ein:

„Andere Koalitionen als die, deren Entgelttarifverträge durch die Umsetzung der Tariftreueverpflichtung aus § 1 Abs. 1 Satz 2 Berliner Vergabegesetz auch auf Außenseiterarbeitsverhältnisse Anwendung finden, werden in ihrer durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie nicht betroffen, weil die gesetzlich vorgeschriebene Auflage kein rechtliches Hindernis zum Abschluss von Tarifverträgen errichtet und der Abschluss konkurrierender Tarifverträge auch nicht faktisch unmöglich gemacht wird ...“.⁸⁶

Dieser Widerspruch lässt sich womöglich dadurch auflösen, dass die Tariftreue nur das tarifimmanente Günstigkeitsprinzip nutzt. Kein Tarifvertrag ist davor gefeit, dass seine Mindestarbeitsbedingungen vertragsrechtlich „überboten“ werden. Gegenüber der Allgemeinverbindlicherklärung nach TVG und AEntG taugt dieser „Fluchtweg“ nicht: Dort wird die Tarifgeltung nicht durch Arbeitsvertrag nach dem Günstigkeitsprinzip, sondern tarifrechtlich durch Normverdrängung „beseitigt“ und also in die tarifrechtliche Geltungslegitimation eingegriffen. Allerdings kommt eine solche unmittelbare Tarifgeltungsbeeinträchtigung nur in Betracht, wenn der AVE-fremden Tarifpartei bereits ein Tarifabschluss gelungen ist. Scheitert dieser – gerade weil die Allgemeinverbindlicherklärung die Verhandlungsbereitschaft dämpft – bewendet es bei den vom BVerwG aufgezeigten mittelbaren Beeinträchtigungen.

bb) Kernbereich der Arbeitsbedingungen

Dabei beschränkt sich der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG nicht auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung, sondern „erstreckt sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen“ – wie das BVerfG klargestellt hat⁸⁷. Für die Tarifautonomie heißt das: Geschützt ist nicht etwa nur die Regelung „zentraler“ Arbeitsbedingungen wie Dauer der Arbeitszeit und das Arbeitsentgelt. Doch muss in diesem *Kernfeld der Tarifautonomie* der staatliche Zugriff besonders vorsichtig erfolgen. In den Worten von *Henssler*:

„Je wichtiger die Betätigung für den Koalitionszweck ist, desto schwerwiegender müssen die Gründe sein, die den gesetzlichen Eingriff rechtfertigen. Die Sekundärgarantien partizipieren daher in unterschiedlicher Weise an den drei Schutzzonen: dem unantastbaren, von der Wesensgehaltsgarantie gedeckten

85 Giesen, ZfA 2008, 355, 368; Klebeck/Weninger, Mindestlohn-Rechtsverordnung nach AEntG, SAE 2009, 159, 163.

86 BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00 (Fn. 16), Rn. 75.

87 BVerfG 24.2. 1999 – 1 BvR 123/93, NZA 1999, 713.

Betätigungsbereich, den zentralen nur durch kollidierendes Verfassungsrecht begrenzbaren Tätigkeiten und schließlich jener dritten Zone unmittelbarer Koalitionszweckverwirklichung, die unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips jeder gesetzlichen Konkretisierung im Gemeinwohlinteresse offensteht. Außerhalb des Schutzbereiches von Art. 9 Abs. 3 GG liegen im Sinne einer vierten Kategorie jene Betätigungsformen, bei denen die Koalitionen wie jeder Private am Wirtschaftsleben teilnehmen. Für diese nur mittelbar koalitionszweckbezogene Betätigung gelten allein die sonstigen Verfassungsgarantien, namentlich Art. 2, 12 und 14 GG, welche die erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten der Koalition sichern.“⁸⁸

7. Rechtfertigung intensivierter Allgemeinverbindlicherklärung?

Die Frage, ob die Beeinträchtigung der Tarifautonomie verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist, hängt entscheidend vom Zweck der (erweiterten) Allgemeinverbindlicherklärung ab. Dieser rechtfertigt die Belastung der Tarifautonomie und muss deshalb „verfassungslegitim“ sein⁸⁹.

a) Zulässige Gemeinwohlziele der Allgemeinverbindlicherklärung

Damit spitzt sich die Frage zu: Mit welcher Intensität und aus welchem Grund darf der Staat über eine (intensivierte) Allgemeinverbindlicherklärung konkurrierende Tarifverträge „beseitigen“, konkurrierenden Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden jede Tarifregelung erschweren und die Gründung alternativer Verbände praktisch verhindern? Das hat nichts mit der Frage zu tun, ob die Tarifautonomie unter allgemeinem Gemeinwohlvorbehalt steht⁹⁰, sondern welche Gemeinwohlaspekte eine gesetzliche (!) Belastung der Tarifautonomie rechtfertigen können.

Das AEEntG nennt in § 1 als Gesetzeszweck:

- „Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen“
- „Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen“

88 Henssler, Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 1, 12; ähnlich Sodan/Zimmermann, ZfA 2008, 526, 565. Ähnlich BVerfG 24.4. 1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 284 f. = NZA 1996, 1157, 1158.

89 Caspers, Mindestlohn und Tarifautonomie, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 53), S. 147, 152 ff.

90 Dafür Thüsing, Tarifautonomie und Gemeinwohl, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 889, 900 ff.; Thüsing, in: Wiedemann (Fn. 42), Einleitung Rn. 336 ff.; Rüfner, Zur Gemeinwohlbindung der Tarifvertragsparteien, RdA 1985, 193, 194; dagegen Löwisch/Rieble (Fn. 5), Grundlagen Rn. 194.

- „sozialversicherungspflichtige Beschäftigung erhalten“
- „Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifaufonomie gewahrt werden“.

Es geht also um zwei „im Kern berechnigte“ Anliegen:

- *Echte Mindestarbeitsbedingungen*, unterhalb derer der Staat dem Arbeitnehmer nicht zumuten will, zu arbeiten. Sie stehen wie schon § 5 TVG (nur) im Arbeitnehmerschutz. Mittelbar dient das auch der Sozialversicherung, indem Aufstockungsleistungen an Geringverdiener vermieden werden.
- Sonderfall sind die *gemeinsamen Einrichtungen*, weil der mit ihnen verbundene Bündelungseffekt den Einbezug auch der tariffreien Arbeitnehmer erfordern kann.

Dagegen ist es von vornherein unzulässig, die Sozialversicherung durch verfügte Entgelterhöhungen mit höheren Beitragseinnahmen zu versehen oder gar das Fiskalinteresse am Lohnsteueraufkommen zu bedienen⁹¹. Auch fehlt der Allgemeinverbindlicherklärung jede primäre Wettbewerbsregelungsfunktion. Wer diese bejaht, müsste umgekehrt auch Staatseingriffe in „zu hohe Löhne“ für möglich halten – um die internationale Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern⁹². Richtig ist nur, dass es ein Anliegen sein kann, den Wettbewerbsdruck auf den Tarifvertrag durch Unternehmen mit untertariflichen Wettbewerbsbedingungen zu mindern. Dann aber geht es nicht um Wettbewerb, sondern um die Stützung der Tarifaufonomie durch Wettbewerbsbeschränkung.

Sonderproblem ist die vom BVerfG immer wieder betonte *Bekämpfung der Arbeitslosigkeit*. Sie ist sozialstaatliches Ziel und zu ihren Gunsten können auch der Tarifaufonomie Opfer abverlangt werden. Das hat das BVerfG mehrfach zulasten der Tarifaufonomie betont⁹³. Allerdings setzt das eine tiefere Wirkungsanalyse voraus: Entgeltsteigerungen führen in aller Regel nicht zur Dämpfung der Arbeitslosigkeit, sondern wirken eher umgekehrt⁹⁴. Nur soweit entsandte Arbeitnehmer dem deutschen Lohnregime unterstellt werden, kann deren gezielte Entgeltsteigerung ihnen den Wettbewerbsnachteil geringerer Löhne nehmen. Darum geht es derzeit nicht.

91 Sittard (Fn. 35), S. 431.

92 In diese Richtung aber BVerfG 10.1. 1995 – 1 BvR 1/90 (Fn. 84), 273.

93 BVerfG 27.4. 1999 – 1 BvR 2203/93 u.a., BVerfGE 100, 271 = NZA 1999, 992, unter unzutreffendem Rekurs auf die Menschenwürde; BVerfG 3.4. 2001 – 1 BvL 32/97 (Fn. 65); BVerfG 24.4. 1996 – 1 BvR 712/86 (Fn. 88).

94 Rieble/Klebeck, Gesetzlicher Mindestlohn? ZIP 2006, 829, 839; allgemein zu negativen Beschäftigungseffekten von Mindestlöhnen Thüsing, in: Thüsing (Fn. 61), Einleitung Rn. 73-76 mit weiteren Nachweisen.

Unzulässig als Ziel der Allgemeinverbindlicherklärung ist jede *Unterstützung der etablierten Tarifparteien* – worauf aber das TASG zielt. Wenn den Tarifparteien die Mitglieder „weglaufen“, auch und gerade, weil sie mit der Tarifpolitik nicht einverstanden sind, dann ist dies Konsequenz der „freien sozialen Gruppenbildung“ und damit der Kernlegitimation des Tarifsystems. Sowenig der Staat Gewerkschaften subventionieren darf, weil diesen die Mitgliedsbeiträge fehlen, sowenig ist eine Tarifmachtsubvention zulässig. Damit verletzt der Staat seine *Neutralitätspflicht*⁹⁵. Die Allgemeinverbindlicherklärung hat nicht die Funktion, bestimmte Tarifvertragsparteien zu stärken und ihnen einen Durchsetzungsvorteil gegenüber anderen Tarifparteien zu verschaffen. Koalitionsrechtlich ist der Staat zur *Neutralität verpflichtet*. Deshalb darf er die *Allgemeinverbindlicherklärung nicht einseitig in den Dienst einer Tarifvertragspartei stellen*.⁹⁶ Jede *staatliche Machtsubvention an die Tarifparteien*, denen die Mitglieder weglaufen und denen die Allgemeinverbindlicherklärung zur segmentiellen Arbeitsmarktherrschaft unabhängig vom Organisationserfolg verhelfen soll, also zu Tarifeinfluss unabhängig von den Mitgliedern verhilft, ist illegitim. Für das *Arbeitskampfrecht* ist dieser Verfassungsgrundsatz durchweg anerkannt. Er wird dort durch das Prinzip „*paritätsgestaltender fördernder Neutralität*“ modifiziert⁹⁷.

Auf staatsgestützte Arbeitsbedingungen lässt sich dieses Förderungsprinzip nicht übertragen: Koalitionen haben kein „strukturelles“ Anrecht auf einen Mindestmitgliederbestand und eine bestimmte Reichweite der Geltung ihrer Tarifverträge. Sie müssen es hinnehmen, wenn ihnen aktuelle oder potenzielle Mitglieder die kalte Schulter zeigen. Es ist kein Arbeitsmarktversagen, wenn Arbeitnehmer nicht Mitglied der Gewerkschaft und Arbeitgeber nicht Mitglied des tarifschließenden Arbeitgeberverbands sein wollen – das ist der hinzunehmende Gebrauch der individuellen Koalitionsfreiheit. Wer sich vom Tarifvertrag abwendet, ist nicht „ungehorsam“ und darf nicht vom Staat im Interesse der Tarifparteien unter deren Tarifiktat gestellt werden – weil dieses Konzept das Ende der freiheitlichen Tarifautonomie bedeutet. Anders gewendet: Der Staat darf zur Allgemein-

95 Eingehend zur Staatsneutralität Giesen, ZfA 2008, 355 ff., insbesondere 373; Rieble, ZfA 2005, 245.

96 Zutreffend Sittard (Fn. 35), S. 112 ff.

97 BSG 5.6.1991 – 7 RAr 26/89, NZA 1991, 982; BSG 4.10.1994 – 7 KlAr 1/93, NZA 1995, 320, 341 ff.; BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 81), NZA 1991, 809, 811: „Diese kann so ausgestaltet werden, daß ein Verhandlungsübergewicht nach Möglichkeit verhindert wird“; BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a. (Fn. 69); Seiter, Staatsneutralität im Arbeitskampf, 1987, S. 105; Löwisch, Die Neuregelung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit und die arbeitskampfrechtliche Parität nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1987, 1351 ff.

verbindlicherklärung im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer greifen und sein soziales Sicherungssystem schützen. Diese Interessen können mit dem Tariftmachtinteresse der Tarifparteien desjenigen Tarifvertrags, der für allgemeinverbindlich erklärt werden soll, parallel laufen. Aber nur der erste Zweck rechtfertigt den Staatseingriff.

b) Allgemeinverbindlicherklärung und „Tarifzensur“

aa) Keine Bewertung von Tarifinhalten

Ob und inwieweit diese Ziele zulasten der Tarifautonomie verfolgt werden können, ist weiter zu untersuchen. Denn das setzt zunächst die *staatliche Bewertung der Tarifinhalte* voraus: Wenn der Staat den einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt und einen konkurrierenden nicht, dann darf sich die Entscheidung nicht auf einen Bewertungsvergleich der autonomen Tarifbedingungen stützen. Der Staat – also das die Allgemeinverbindlicherklärung verfügende BMAS – darf nicht befinden, dass der eine Tarifvertrag „die Arbeitnehmer“ besser schützt als der andere oder sinnvollere Folgewirkungen für Beschäftigung und Sozialversicherung bereithält⁹⁸. Der Staat darf nicht entscheiden, welcher von zwei Tarifverträgen der „bessere“, „angemessenere“ oder „sozialpolitisch sinnvollere“ ist und dann anordnen, dass dieser anstelle des anderen gelten solle. Das ist schon für die Spezialität in der durch Tarifeinheit bedingten Tarifkonkurrenz beanstandet⁹⁹. Richtig betonen *Sodan* und *Zimmermann*:

»In der staatlichen Zielvorstellung, für angemessene (Mindest-) Löhne zu sorgen, schwingt nun zwar immer die Wertung mit, die Koalitionen würden bei dieser an sich ihnen zukommenden Aufgabe versagen. *Die entscheidende Frage ist allerdings, ob und inwieweit sich der Staat überhaupt anmaßen darf, dies zu beurteilen.*«¹⁰⁰

98 Unter dem Blickwinkel der Tarifzensur BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 81), 231; *Löwisch/Rieble* (Fn. 5), Grundlagen Rn. 194 ff.; *Dieterich*, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1, 14; kritisch *Vielmeier*, Tarifzensur, 2014, S. 119.

99 *Löwisch/Rieble* (Fn. 5), § 4 Rn. 277; aber *Jacobs* (Fn. 20), S. 262: „Das Spezialitätsprinzip ist nichts weiter als das nichtssagende Etikett des richtigen Grundgedankens, daß bei einer Tarifkonkurrenz der Tarifvertrag vorgehen müsse, der für das Arbeitsverhältnis besser passe.“ Weiter *Greiner* (Fn. 68), S. 344.

100 *Sodan/Zimmermann*, ZfA 2008, 526, 566 (Hervorhebung von mir), ebenda S. 567 zur „Tarifzensur“. Ähnlich *Sittard* (Fn. 35), S. 360 ff., 431; *Giesen*, ZfA 2008, 355, 373 für die Allgemeinverbindlicherklärung konkurrierender Tarifverträge: „Dementsprechend ist er grundsätzlich auch gehindert, einen Tarifvertrag für ‚gut‘ zu befinden und einen anderen Tarifvertrag für ‚schlecht‘. Beide stehen gleichermaßen unter dem Schutz der Tarifautonomie und haben die ‚Richtigkeitsgewähr‘ auf ihrer Seite.“ *Bayreuther*, NJW 2009, 2006, 2010, sieht das Problem nur für ausländische Tarifverträge und auch nur, wenn diese einen

§ 7 Abs. 2 AEntG sieht das Problem, dass die Rechtsverordnung einen konkurrierenden Tarifvertrag beiseiteschieben könnte und flüchtet in eine *Repräsentativitätskonkurrenz* zwischen den beiden Tarifverträgen als Abwägungsmerkmal. Eben hierauf verweist jetzt § 5 Abs. 1a Satz 3 TVG – aber nur für die tarifverdrängende Allgemeinverbindlicherklärung gemeinsamer Einrichtungen. Die Klausel dient ersichtlich dazu, kleine (Christen-) Gewerkschaften von der Allgemeinverbindlicherklärung fernzuhalten. Im Grundtatbestand des § 7 Abs. 1 AEntG taucht die Gewerkschaftsrepräsentativität nicht auf. Dementsprechend hat das AEntG offenbar nichts dagegen, dass der Tarifvertrag einer Gewerkschaft mit geringem Organisationsgrad für allgemeinverbindlich erklärt wird – nur soll dabei ein Tarifvertrag einer noch schwächeren Gewerkschaft nicht stören dürfen. „Besondere Sorgfalt“ fordert § 7 Abs. 3 AEntG für die Abwägung (nur) für den Ausnahmefall, dass für zwei konkurrierende Tarifverträge die Allgemeinverbindlichkeit beantragt ist. Die Repräsentativität schafft so eine scheinbare Legitimation: Das für die Allgemeinverbindlicherklärung in Betracht kommende Tarifgebiet wird als „Abstimmungsgemeinschaft“ definiert und mit der Wahl der einen oder der anderen Gewerkschaft wird so zugleich eine Abstimmung über die Angemessenheit der Arbeitsbedingungen fingiert. Indes bedeutet der Umstand, dass die Tarifinhalte nicht vergleichend bewertet werden dürfen, noch nicht, dass die Repräsentativität eine entsprechende Legitimation liefert. Es handelt sich nur um ein „Fluchtkriterium“ – weil anderes nicht geht¹⁰¹.

Darin liegt der wesentliche Unterschied zur notwendigen Tariffbewertung im Verhältnis zu den nicht autonom Tarifgebundenen: Dass das BMAS prüfen muss, ob die Tarifnormerstreckung durch Allgemeinverbindlicherklärung den bislang tariffreien Arbeitnehmern und Arbeitgebern zumutbar ist, ist Konsequenz der *positiven staatlichen Normerstreckungsverantwortung*, die den „Eingriff“ in den Arbeitsvertrag legitimiert. Die Tarifautonomie als Selbstregelung der Arbeitsbedingungen für die Mitglieder hingegen ist, anders als die Arbeitsvertragsautonomie, zensurfest: Das BMAS ist grundsätzlich nicht legitimiert, einen autonomen Tarifvertrag durch Allgemeinverbindlicherklärung oder Rechtsverordnung beiseitezuschieben – nur weil es meint, das Tarifiergebnis sei nicht hinreichend angemessen.

Mindestlohn unterbieten sollen: „Erforderlich wäre also eine ergänzende Tarifzensur, die ausländischen Tarifverträgen die Geltung versagt, wenn sie ein bestimmtes Lohnniveau unterschreiten.“

101 Sittard (Fn. 35), S. 431: „einzig geeignetes Auswahlkriterium“.

bb) Schutz vor Tarifversagen

Die frühere einfachrechtliche Konzeption der *Nichteinmischung des Staates in die Lohnfindung* (§ 8 Abs. 2 MiArbG a.F.) ist mit dem MiLoG und dem AEntG überholt. Insofern hat ein *Paradigmenwechsel* stattgefunden¹⁰². Verfassungswidrig ist das nicht: Der Umstand, dass Tarifparteien geringe Löhne für gerade noch angemessen erachten, kann keine Regelungssperre für den Staat mit seiner sozialpolitischen Kompetenz bedeuten. Der Staat darf zunächst „tarifkonkurrierend“ *eigene Vorstellungen vom Mindestentgeltschutz* für die tariffreien wie die tarifgebundenen Arbeitnehmer umsetzen, soweit er damit das von ihm „definierte“ Existenzminimum und damit ein Verfassungsgebot¹⁰³ verfolgt. Auch der autonome Tarifvertrag kann versagen und die Arbeitnehmer mit krassen Niedriglöhnen im Stich lassen. Gegen solches Tarifversagen darf der Staat mit Mindestentgelten aber auch mit der Verbindlicherklärung eines anderen Tarifvertrags vorgehen¹⁰⁴.

Dementsprechend ist die tarifliche Lohnfindung *nicht strikt vor einem sektoralen oder allgemeinen staatlichen Mindestlohn* geschützt. Der Staat darf „tariflichen Hungerlöhnen“ korrigierend begegnen und so auf ein „*Tarifversagen*“ ebenso reagieren wie auf ein sonstiges Marktversagen¹⁰⁵. Als Sozialstaat darf er der Gefahr begegnen, dass aufstockende Sozialleistungen mittelbar als Lohnsubvention „mitgenommen“ werden¹⁰⁶. Dieser Zweck trägt stets nur *einen untersten Mindestlohn* – was auch § 9 Abs. 2 MiLoG betont („angemessenen Mindestschutz der ... Arbeitnehmer“). Schon ein zweiter höherer Mindestlohn für Gelernte (wie der Mindestlohn II im Baugewerbe oder die Lohngruppe 6 in der Gebäudereinigung) lässt

102 Sittard, Verfassungs- und europarechtliche Anmerkungen zu den Mindestlohnbeschlüssen des Deutschen Juristentages, NZA 2010, 1160, 1162.

103 BVerfG 9.2. 2010 – 1 BvL 1/09 u.a., BVerfGE 125, 175, 222 ff.; Chr. Picker, RdA 2014, 25 ff.

104 Löwisch/Rieble (Fn. 5), Grundlagen Rn. 30 f.

105 Wank, Mindestlöhne – Begründungen und Instrumente, Festschrift Buchner, 2009, S. 898, 901 ff.; Ruffert, Die Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung, AöR 134 (2009), 197, 211 ff., 227 f.: „prekäre Koalitionsfreiheit“; Thüsing, ZfA 2008, 590, 627 ff.; zu tariflichen Hungerlöhnen BAG 24.3. 2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971; Otto, Tarifizensur und Arbeitskampf, Festschrift Konzen, 2006, S. 663, 677; Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 1 Rn. 521 ff.

106 Waltermann, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. 88 ff. mit weiteren Nachweisen; Rieble, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 53), S. 17, 21; Caspers, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 53), S. 152 ff.; 156 f.; Sodan/Zimmermann, Tarifvorrangige Mindestlöhne versus Koalitionsfreiheit, NJW 2009, 2001, 2003: „Sicherung menschenwürdiger Minimallöhne“; „Langfassung“ Sodan/Zimmermann, ZfA 2008, 526; Giesen, ZfA 2008, 355, 375 sieht „jedenfalls die theoretische Möglichkeit sozial inakzeptabler Tarifabschlüsse“.

sich weder mit der Sicherung des Existenzminimums noch mit dem Schutz der sozialen Sicherungssysteme begründen.

Dementsprechend kommen gestaffelte und branchenverschiedene Mindestlöhne nur aus einem anderen Zweck in Betracht: zum *Schutz vor Ausbeutung* der Arbeitnehmer, die für ihre höherwertige Arbeitsleistung einen unzureichenden, „unangemessenen“ Lohn erhalten. Dieses Anliegen wird von der Rechtsordnung sonst mit § 138 BGB verfolgt¹⁰⁷. Dass diese *Lohnwucherkontrolle* die Tarifaautonomie beeinträchtigt, wird zu Recht nicht geltend gemacht¹⁰⁸. Dementsprechend ist es im Ausgangspunkt ein berechtigtes Ziel des fürsorglichen schützenden Staates, tariffreie Arbeitnehmer vor unzureichenden Arbeitsbedingungen zu bewahren. Die Koalitionsfreiheit verbietet dem Staat diesen „tarifersetzenden“ Schutz nicht prinzipiell, auch wenn er insbesondere die Gewerkschaftsmitgliedschaft unattraktiver macht¹⁰⁹.

Das heißt aber umgekehrt nicht, dass der Staat bei tarifersetzenden und tariferstreckenden Arbeitsbedingungen gar keine *Rücksicht auf die Tarifaautonomie* nehmen müsste und seine sozialpolitischen Ziele strikt durchboxen könnte, etwa mit diktierten üppigen Lohnerhöhungen. Vielmehr sind *staatliche Sozialpolitik und Tarifaautonomie wechselseitig abzuwägen* (praktische Konkordanz):

- Mindestlöhne dürfen einerseits staatliche Existenzsicherung flankieren (Grundsicherung nach SGB II), dürfen aber die Tarifaautonomie nicht austrocknen, so dass die Tarifparteien ihre wichtigste Aufgabe – die kollektive Lohnfindung – nicht mehr praktizieren könnten.
- Die Tarifaautonomie verbietet, dass der Staat die *Lohnfindung usurpiert*, also im Gewande des staatlichen oder allgemeinverbindlichen Mindestlohns (auch alternative) Tarifparteien verdrängt, also als staatlicher Tariftreuhänder (§ 32 AOG) ein eigenes sozialpolitisches Konzept verfolgt. Auch der Staat darf nicht zur beitragsfreien Ersatzgewerkschaft werden und muss die freie soziale Gruppenbildung in Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden unbeschädigt lassen.

107 Eingehend Rieble/Picker, Lohnwucher, ZfA 2014, 153.

108 Dementsprechend wollen Sodan/Zimmermann, ZfA 2008, 526, 567 die Mindestlohnsetzung nur zur Beseitigung von Lohnwucher zulassen. Ähnlich Giesen, ZfA 2008, 355, 380: „Staatliche Regelungen über Mindestentgelte, die freie Tarifverträge verdrängen, sind demnach nur zulässig, wenn eine soziale Notlage für die betroffenen Arbeitnehmer existiert, welche sich trotz freier Tarifverträge nicht anders abwenden lässt.“

109 Sittard (Fn. 35), S. 79 ff.

c) Entwicklungsfähigkeit der Tarifverbände und der Tarifpolitik

Allerdings wird sich in vielen Fällen keine „aktuelle“ Tarifverdrängung feststellen lassen: Weil es – wie insbesondere im Baugewerbe – *keine aktuell konkurrierenden Tarifverträge* gibt. Daraus leiten manche Autoren ab, die Tarifaufonomie sei überhaupt nicht betroffen¹¹⁰. Auf der anderen Seite begegnen jene Beiträge, die die Allgemeinverbindlichkeits-Auswahl unter mehreren konkurrierenden Tarifverträgen oder die Konkurrenz des freien Tarifvertrags mit dem vom Staat befohlenen problematisieren¹¹¹, womöglich einer Chimäre – weil es nach der durch Staatsakt begründeten Tarifmonopolmacht in einer Branche zu abweichenden und konkurrierenden Tarifverträgen nicht mehr kommt.

aa) Potenzielle Tarifverträge

Doch darf die Beurteilung der intensivierten Allgemeinverbindlicherklärung *nicht statisch auf aktuelle Tarifverträge und ihren Geltungsanspruch beschränkt* werden. Tarifaufonomie ist ein durchweg *dynamisches Recht* und bezieht das Recht einer Koalition ein, künftige Tarifverträge anzustreben und dabei auch andere Mitglieder als bisher anzusprechen und andere Arbeitsbedingungen als bisher zu regeln. Geschützt ist also auch die Tarifpolitik der Zukunft und die hiermit verbundene *Entwicklungsfähigkeit der Koalition*.

Jede Allgemeinverbindlicherklärung *behindert künftige Tarifabschlüsse*. Sie wirkt weitaus intensiver als die Tarifeinheit, die eine „Zugangs- und Geltungssperre“ (nur) für jene Betriebe oder Bereiche schafft, aus denen die unterlegene Gewerkschaft verdrängt wurde¹¹². Die intensiviert Allgemeinverbindlicherklärung sperrt nicht einzelne Betriebe, sondern gleich die gesamte Branche im Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags. Das zeigt die in ihrer Gesamtheit aus Rechtsverordnung und normaler Allgemeinverbindlicherklärung intensiv regulierte Baubranche:

- durch Rechtsverordnung nach § 7 AEntG mit zwingender Verdrängungswirkung für die beiden Mindestlöhne und die Urlaubskasse.

110 Etwa *Lakies*, in: Däubler (Fn. 42), Anhang 2 zu § 5 TVG, § 7 AEntG Rn. 20: „ohne jede empirische Absicherung“; es sei davon auszugehen, dass es „zu keiner Verdrängung von Tarifverträgen konkurrierender Gewerkschaften kommt“.

111 Vor allem *Giesen*, ZfA 2008, 355, 356, 357 ff.; auch *Thüsing*, in: *Thüsing* (Fn. 61), Einleitung Rn. 40 f.; *Sodan/Zimmermann*, Tarifvorrangige Mindestlöhne versus Koalitionsfreiheit, NJW 2009, 2001, 2002 f.

112 *Wiedemann/Arnold*, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, ZTR 1994, 399, 406; *Jacobs* (Fn. 20), S. 449.

- durch die einfache Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrahmen-Tarifvertrags, des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren und des Tarifvertrags über die Berufsbildung sowie in Westdeutschland zusätzlich der Tarifverträge vermögenswirksame Leistungen und Rentenbeihilfen.

Ähnlich wirkt sich im Bewachungsgewerbe das Nebeneinander von regionalen AEntG-Mindestlöhnen (ver.di-Tarif) und der normalen Allgemeinverbindlicherklärung regionaler Entgelttarife in allen Lohngruppen aus.

Insofern gewinnt der vom BVerwG betonte Aspekt der *mittelbaren Dämpfung der Verhandlungsbereitschaft der Gewerkschaft* Gewicht: Für all diese Arbeitsbedingungen braucht sich die IG BAU nicht auf Verhandlungen mit solchen tariffähigen Arbeitgeberverbänden einzulassen, die nicht den Spitzenverbänden des Baugewerbes angehören. Solange es keine konkurrierende Baugewerkschaft gibt, kann die IG BAU jedem abweichenden Tarifverhandlungswunsch die „kalte Schulter“ zeigen und auf Tarifgleichschaltung durch Allgemeinverbindlicherklärung pochen. Allerdings hat das BVerwG aus dieser mittelbaren Tarifbetroffenheit bislang nur die Folgerung gezogen, dass die Entscheidung des BMAS intensiv auf Verfahrens- und damit auch Abwägungsfehler zu kontrollieren ist¹¹³. Die entscheidende Frage, ob auch eine materielle Kontrolle der Allgemeinverbindlicherklärung wegen einer unverhältnismäßigen Einengung oder Austrocknung der Tarifautonomie stattfinden muss, muss künftig das BAG im Verfahren nach § 98 ArbGG entscheiden.

bb) Austrocknungsverbot

Schon für das allgemeine tarifzwingende staatliche Arbeitsrecht ist anerkannt, dass der Staat zwar einerseits kein Tarifreservat für bestimmte Arbeitsbedingungen wie das Entgelt reservieren oder freihalten muss. Der Staat muss aber den Tarifvertragsparteien ein *ausreichend großes Feld* von Arbeitsbedingungen überlassen, auf dem sie sich im Sinne eines Aushandelns von Leistung und Gegenleistung sinnvoll betätigen können¹¹⁴. Die *Tarifautonomie darf durch staatliche Arbeitsbedingungen nicht austrocknet werden*, weil die Beeinträchtigung der Tarifautonomie durch staatliches Arbeitsrecht dann disproportional geriete¹¹⁵. So formulierte

113 Dazu weiter Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 5 Rn. 243 ff.

114 Löwisch, Die Arbeitsrechtsordnung unter dem Grundgesetz, in: Stern (Hrsg.), 40 Jahre Grundgesetz, 1990, S. 59, 63.

115 Henssler, Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 1, 18 ff., 20: „Einseitig zwingende Gesetze, die keine echten Mindestarbeitsbedingungen enthalten, verletzen das Betätigungsrecht der Arbeitgeberkoalitionen, sofern sie nicht durch Gemeinwohlerwägungen gerechtfertigt sind und das Verhältnismäßigkeitsprinzip achten“; Rieble/Leitmeier, Landesgesetze über tarifliche Arbeits-

Fitting schon 1952 für das damalige MiArbG: Staatliche Festsetzungen dürfen den freien Tarifvertrag nicht überwuchern¹¹⁶.

Umgekehrt kann es *kein positives Recht auf „maximalen“ oder „optimierten“ Verhandlungsspielraum* geben¹¹⁷. Die eigentliche Frage ist die nach dem geeigneten Maßstab – der nicht in eine freie Tariffbewertung umschlagen darf und auch den „tariffreien“ Raum nicht so umfassend durchregelnd okkupieren darf, dass sich dort keine autonomen Tarifverträge mehr entfalten können. Vor allem aber muss mit Blick auf die Austrocknungsgefahr sichergestellt werden, dass staatliche Arbeitsbedingungen – zu denen die Tariferstreckung durch Allgemeinverbindlicherklärung rechnet – *nicht „zu viel“ regeln*, so dass für aktuelle und potenzielle Tarifparteien ein hinreichender Regelungsspielraum bleibt. Im Ausgangspunkt spielt dabei die Ungleichbehandlung der begünstigten und der belasteten Tarifparteien noch keine Rolle. Dieser Maßstab gälte auch und gerade dann, wenn der Staat durch genuinely eigenes Recht Arbeitsbedingungen regelte.

Wie nun soll man das *Freihaltebedürfnis für (fremde) Tarifautonomie* ermitteln? Der klassischen Abwägungslehre entspräche es, im Wege einer *qualitativen Gesamtschau* zu fragen, ob die Belastung aktueller oder potenzieller Tarifautonomie in Umfang und Intensität durch das Ziel der Allgemeinverbindlicherklärung, „angemessene Arbeitsbedingungen“ hervorzubringen, gerechtfertigt ist. Eine solche Abwägung ist kaum justizierbar. Je stärker man die Einschätzungsprärogative des BMAS in den Vordergrund rückte, desto weniger bliebe von der Tarifautonomie übrig.

So könnte man mit dem qualitativen Ansatz gewiss die vollständige Allgemeinverbindlicherklärung des gesamten regulären Entgeltgefüges eines Tarifvertrags beanstanden – weil so von der Entgelttarifautonomie praktisch nichts übrig bliebe. Ob man aber aus der nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie ableiten kann,

bedingungen?, ZTR 2008, 237, 240; *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010, S. 294 f.; *Bock*, Tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht und Tarifautonomie, 2005, S. 323 ff.

116 *Fitting*, Das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, RdA 1952, 5, 6.

117 Dazu BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2283/03 u.a., NZA 2005, 153 für die Entgeltgleichheit der Leiharbeit und BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00 (Fn. 18) für die Tariftreue. Für den Arbeitskampf hat das BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a. (Fn. 69), 756 ausgeführt: „Bei dieser Ausgestaltung hat der Gesetzgeber einen weiten Handlungsspielraum. Das Grundgesetz schreibt ihm nicht vor, wie die gegensätzlichen Grundrechtspositionen im einzelnen abzugrenzen sind. Es verlangt auch keine Optimierung der Kampfbedingungen.“

- dass nur ein unterster Mindestlohn in der Rechtsverordnung enthalten sein dürfe,
- oder aber doch jedenfalls zwei Mindestlöhne, von denen der obere die gelernten Kräfte abdeckt (Lohnraster)
- oder aber vielleicht auch drei Ecklöhne,

das kann niemand redlicherweise dem GG entnehmen. Die vollständige Erstreckung des „Normallohnentarifgitters“ geht jedenfalls dann zu weit, wenn in der Branche kaum übertariflich bezahlt wird – weil dann kein Spielraum mehr für autonome Tarifpolitik bleibt.

Mir liegt es nahe, jedenfalls im Kernbereich der Tarifautonomie – also dem das Austauschverhältnis (Synallagma) definierenden Entgelt nebst korrespondierender Arbeitszeit –, *quantitativ* zu fragen, wie viele der Arbeitnehmer innerhalb des tariflichen Geltungsbereichs durch den allgemeinen Mindestlohn oder allgemeinverbindliche Lohnsätze erfasst werden. Irgendwo zwischen 10 und 20 % müsste die Rechtsprechung eine de-zisionistische Grenze ziehen – die die tarifliche Lohnfindung als Normalfall des Arbeitsmarkts sichert¹¹⁸.

cc) Abstandsgebot

Alternativ oder kumulativ lässt sich die Tarifautonomie durch ein Abstandsgebot sichern: Sollen sich Mindestlöhne als vertragsrechtliche Grundsicherung begreifen lassen oder aber Schutz vor Ausbeutung gewähren, so ist es *nicht erforderlich*, den Arbeitnehmern eine *Vollversorgung mit angemessenen oder gar mit Luxus-Arbeitsbedingungen* zu verschaffen¹¹⁹.

Dementsprechend kann der aktuellen aber auch potenziellen Tarifautonomie dadurch Rechnung getragen werden, dass insbesondere Mindestlöhne einen gewissen *Abstand vom regulären Tarifniveau* halten. Das trägt der Erkenntnis Rechnung, dass die *Optimierung von Arbeitsbedingungen* nicht Aufgabe des Staates ist, sondern die der Tarifparteien. Auch wenn der Staat vor Ausbeutung schützen will, ist das eine defensive und keine offensive Zielsetzung. Eine starke Meinung in der Literatur verwehrt deshalb dem Staat das Recht, rundum angemessene Tarifbedingungen zu gewähren, sondern beschränkt ihn auf *unabweisliche Mindestbedingungen*¹²⁰.

118 Dazu Rieble, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 53), S. 17, 40; Löwisch/Rieble (Fn. 5), Grundlagen Rn. 181.

119 Dazu allgemein Löwisch/Rieble (Fn. 6), Grundlagen Rn. 187 ff.

120 Henssler, ZfA 1998, 1, 17 ff.; Rieble, ZfA 2005, 245, 255; Dieterich, Tarifautonomie und Gesetzgebung, 2003, S. 16 ff., 33; Peters/Ossenbühl, Die Übertragung von öffentlichen Befugnissen auf die Sozialpartner, 1967, S. 21; Bieback,

Der Staat darf mit Mindestarbeitsbedingungen oder Allgemeinverbindlicherklärungen nicht so großzügig verfahren, dass für die Beschäftigten des Wirtschaftszweigs jeder Anreiz entfällt, sich gewerkschaftlich zu organisieren, oder dass es für die Gewerkschaft „bequemer“ wird, die Beschäftigteninteressen im staatlichen Fachausschuss zur Mindestentgeltfestsetzung mitverwaltend zu vertreten oder gegenüber dem BMAS um Tariferstreckung zu bitten, anstatt in eigener Anstrengung Tarifaufonomie zu betreiben¹²¹.

dd) Abwägung im Einzelfall

Wie der Schutz der Tarifaufonomie vor einer durch Allgemeinverbindlicherklärung zementierten Tarifmonopolherrschaft, die in ein Bündnis des Staates mit den „herrschenden“ Tarifparteien umschlägt, konkret zu bewirken ist, das lässt sich Art. 9 Abs. 3 GG nicht entnehmen. Erforderlich ist eine konkrete Diagnose des jeweils betroffenen Arbeitsmarktsegments, etwaiger Verwerfungen in den Arbeitsbedingungen – bei denen der Staat aber nicht positiv wissen kann, welches die „richtigen“ Arbeitsbedingungen sind.

Ob in einer Branche wie der Bauwirtschaft oder der Gebäudereinigung die Tarifaufonomie besser geschützt ist, wenn der Staat Mindestentgelte für alle Tätigkeiten vorgibt, die aber jeweils 25 % unter den Tarifentgelten liegen, oder ob die Allgemeinverbindlicherklärung nur der untersten Tarifvergütung besser Rücksicht nimmt, das kann niemand sagen. Insbesondere muss jede Allgemeinverbindlicherklärung im Entgeltbereich belastbar sagen können, weshalb der allgemeine Mindestlohn nicht genügt und warum die Arbeitnehmer auf einen höheren Entgeltsatz angewiesen sind¹²².

Kurz: Der schonende Umgang mit der Tarifaufonomie verlangt, dass jede *Alternative zur Allgemeinverbindlicherklärung* gerade des abgeschlossenen Tarifvertrags *geprüft und erwogen* wird:

- vom Verzicht auf zusätzliche Staatseinmischung vor dem Hintergrund des allgemeinen Mindestlohns,
- über die Bereitschaft zur Allgemeinverbindlicherklärung eines anderen und schonenderen Tarifvertrags

Rechtliche Probleme von Mindestlöhnen, insbesondere nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, RdA 2000, 207, 209; eingehend aus ökonomischer Sicht Boss, Sozialhilfe, Lohnabstand, Leistungsanreize, 2002.

¹²¹ Löwisch, Die neue Mindestlohngesetzgebung, RdA 2009, 215, 218.

¹²² Giesen, ZfA 2008, 355, 375.

- oder eine Begrenzung der Allgemeinverbindlicherklärung, die bestimmte Segmente des tariflichen Geltungsbereichs ausklammern kann.

Damit ist die *Verantwortung* für einen rücksichtsvollen Umgang mit der Tarifautonomie dem BMAS zugewiesen. Seine *Abwägungsentscheidung*¹²³ muss zum Schutz der Tarifautonomie mit „*besonderer Sorgfalt*“ (vgl. § 7 Abs. 3 AEntG) getroffen werden. Das zwingt zu einer Intensivierung auf mehreren Stufen:

- Intensiver muss vor allem die *Tatsachenseite* erkundet werden: Welche Arbeitsbedingungen der Branche sind vom Staat vorgegeben, welche können noch autonom geregelt werden? Wie hoch ist die autonome Zustimmung oder Ablehnung zu den Tarifbedingungen, konkret also: Wie viele Arbeitgeber sind Mitglied der Tarifpartei auf Arbeitgeberseite, wie viele Arbeitnehmer beschäftigen sie, wie hoch ist der Nettoorganisationsgrad der Gewerkschaft? Denn nur so kann die Wirkung des in der Allgemeinverbindlicherklärung liegenden Geltungsbefehls ermessen werden.
- Bei der *erstmaligen Allgemeinverbindlicherklärung* muss das BMAS die Arbeitsbedingungen der potenziell Betroffenen erkunden, also ermitteln, in welchem Ausmaß die Tariffreien „untertarifliche“ Arbeitsbedingungen anwenden. Bei Folgeerklärungen ist das nicht möglich, insoweit muss dann eine Prognose greifen: Wie würde das Marktsegment die Freiheit vom nicht für allgemeinverbindlich erklärten Tarif nutzen, welche Verwerfungen drohen? Das BMAS muss also in eine intensive Folgenabschätzung eintreten und vor allem Nebenwirkungen – von einer steigenden Arbeitslosigkeit bis hin zur Insolvenzbedrohung für kleinere Unternehmen und zu Mehrbelastungen für die Sozialversicherung – analysieren¹²⁴.
- Zweitens muss das *öffentliche Interesse* deutlich sorgfältiger bewertet werden als bislang: Das BMAS darf nicht pauschal die Tarifbedingungen als schlechthin angemessene Ordnung des Arbeitslebens in der betroffenen Branche ansehen und sich so der Tarifpolitik jener Verbände unterordnen, sich nicht zum „Tarifwillensvollstrecker“ machen. Kritik an den Tarifbedingungen, die ihrerseits gerade zum Verbands- oder Gewerkschaftsaustritt geführt haben, kann (*exit* statt *voice*).

¹²³ Zu ihr Sittard (Fn. 35), S. 169 ff.

¹²⁴ Eingehend Sittard (Fn. 35), S. 177 ff.; Löwisch, Gesetzlicher Mindestlohn: Ein irreführender Bericht der Prognos AG, DB 2011, 1336 für die Wirkungen auf den aktuellen Rentenwert.

- Drittens schließlich muss das BMAS auf der Folgenseite deutlich machen, dass es nicht der „Alles-oder-Nichts“-Logik der Allgemeinverbindlicherklärung verfallen ist, sondern andere Wege zur Sicherung des konkreten öffentlichen Interesses erkundet hat.

Eine solch *konkrete Abwägung* ist für andere Grundrechte – wie insbesondere die verwandte Berufsfreiheit des Art. 12 GG mit ihrer „Drei-Stufen-Theorie“ – gang und gäbe. Durchgesetzt werden muss dies mit einer effektiven Abwägungskontrolle, wie sie derzeit das BVerwG entwickelt. *Grundrechtsschutz durch Verfahren* heißt einmal, dass das BMAS die *Anhörung* nach § 5 Abs. 2 TVG, § 7 Abs. 4 AEEntG, § 3a Abs. 5 Satz 2 AÜG sorgsam auswerten muss. Vorbild ist das öffentliche Planungsrecht, das der Planfeststellungsbehörde intensive Abwägungs- und Anhörungspflichten (§ 73 Abs. 4 VwVfG) auferlegt¹²⁵. Die *Beteiligung des Tarifausschusses* oder gar sein Veto-Recht ist kein Verfassungsgebot; dieser ist ohnehin nur sachverständiger Helfer des BMAS. Zum Abwägungsgebot rechnet mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG *effektiver Rechtsschutz*. Dabei kann der Gesetzgeber durchaus anstelle der – sehr effektiven – Verwaltungsgerichtsbarkeit auch die Arbeitsgerichte einsetzen. Sachlich spricht zwar mehr für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, weil Staatshandeln kontrolliert wird. Allerdings kann eine andere Fachgerichtsbarkeit mit Sachgründen eingeschaltet werden, wie etwa die Zuständigkeit der Kartellgerichte auch im Kartellverwaltungsverfahren zeigt. Für die Arbeitsgerichte spricht, dass sie die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung ohnehin inzident in Arbeitsrechtsstreitigkeiten prüfen müssen¹²⁶. Allerdings kann die Arbeitsgerichtsbarkeit ihre bisherige besonders „großzügige“ und rechtsstaatswidrige Linie nicht beibehalten. Damit verstößt sie gegen das Rechtsstaatsprinzip und den gebotenen effektiven Schutz fremder Tarifautonomie. Das allerdings muss gegebenenfalls vor dem Bundesverfassungsgericht durchgesetzt werden.

III. Rechtsstaatliche Legitimationsanforderungen

1. Formale Legitimation durch staatlichen Rechtssetzungsakt

Tarifverträge können autonom nur kraft mitgliedschaftlicher Legitimation gelten. Deswegen ist es ganz unbestritten, dass die *Geltungserstreckung nur durch staatlichen Rechtssetzungsakt* erfolgen kann – mit dem die

¹²⁵ Etwa BVerwG 4.4. 2012 – 4 C 8/09 u.a., BverwGE 142, 234 mit weiteren Nachweisen.

¹²⁶ Eingehend Latzel/Serr, ZfA 2011, 391, 425 ff.; weiter Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 5 Rn. 252 ff.

staatlich-demokratische Normverantwortung verbunden ist¹²⁷. Jeder „Anspruch“ der Tarifparteien auf Allgemeinverbindlicherklärung und jede „Halbautomatik“ verletzt dieses Demokratiegebot. Die Allgemeinverbindlicherklärung verkäme zur bloßen Formalie, im Kern wäre die Allgemeinverbindlicherklärung „programmiert“ und das BMAS könnte seiner Verantwortung nicht gerecht werden. Mehr als ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung ist nicht möglich.

Deshalb ist die AVE-Automatik im Regelbeispiel des § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG – nähme man ihn wörtlich – *verfassungswidrig*. Das BMAS bleibt zu umfassender Abwägung verpflichtet.

2. „Materiale“ Legitimation durch Geltungsrepräsentativität

a) Traditionelles 50-Prozent-Quorum

Das aufgegebene Quorum hatte eine spezielle, die *Verhältnismäßigkeit der Normerstreckung sichernde Funktion*: Die Allgemeinverbindlicherklärung schränkt die Berufsausübungs- und Vertragsfreiheit vor allem der nicht organisierten Arbeitgeber ein. Das ist nicht mehr hinnehmbar, wenn diese die Mehrheit der Arbeitsverhältnisse stellen und sich damit gegen das Tarifvertragssystem, jedenfalls gegen die Tarifbedingungen des für die Allgemeinverbindlichkeit in Betracht kommenden Tarifvertrags, entschieden haben. Hat sich ein Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich am Arbeitsmarkt nicht durchgesetzt, belegt das die fehlende Akzeptanz und damit die fehlende Zumutbarkeit seiner Arbeitsbedingungen. Der Staat ist nicht berufen, Tarifparteien ohne hinreichenden autonomen Geltungserfolg durch Tariferstreckung beizustehen¹²⁸. Treffend sagt *Matthias Jacobs*:

Die „Fünfundzig-Prozent-Schwelle ... ist in dieser Höhe erforderlich, um die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeit der in der Allgemeinverbindlicherklärung liegenden Wettbewerbsbeschränkung zu gewährleisten.“¹²⁹

Dahinter steht ein *umfassenderes Prinzip*. Ist insbesondere die Tarifvergütung „üblich“, wird sie also in der Branche in der Mehrheit der Arbeitsverhältnisse angewandt, so taugt sie ausnahmsweise als Anknüpfungspunkt für staatliches Recht:

- Die Anknüpfung an das *Tarifentgelt als übliches Entgelt im Sinne von § 612 Abs. 2 BGB* ist nicht kraft Tarifmacht legitimiert. Vielmehr

127 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 (Fn. 14), 345 ff.; BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 439/79, BVerfGE 55, 7 ff.; BVerfG 14.6.1983 – 2 BvR 488/80 (Fn. 14); ausführlich *Sittard* (Fn. 35), S. 27 ff.

128 *Löwisch/Rieble* (Fn. 5), § 5 Rn. 120; zustimmend *Sittard* (Fn. 35), S. 152 f.; *Giesen*, Festschrift Kempfen, 2013, S. 216, 226 ff.

129 *Jacobs*, Gedächtnisschrift Walz, 2008, S. 289, 304.

formuliert § 612 Abs. 2 BGB eine gesetzliche Vermutung dahin, dass die Arbeitsvertragsparteien das übliche Entgelt vereinbaren wollten. Die Geltungsrechtsfolge ist also rechtsgeschäftlich legitimiert. Tatbestand ist die Üblichkeit eines Entgelts für die Tätigkeit des Arbeitnehmers in einem räumlich und fachlich nicht näher bestimmten *Vergleichssegment des Arbeitsmarkts* – dem „vergleichbaren Wirtschaftskreis“. Üblicher Lohn kann gerade auch der Tariflohn sein, wenn er repräsentativ ist. Auch das verschafft dem Tarifvertrag keine Geltungskraft für Tariffreie. Ein *nicht repräsentatives Tarifentgelt ist nicht üblich* und kann keine Grundlage für § 612 Abs. 2 BGB sein; vielmehr kann eine tarifunterschreitende Bezahlung durchaus üblich sein¹³⁰.

- Ganz ähnlich prägt das tatsächlich gezahlte Marktentgelt die *Lohnwucherprüfung nach § 138 BGB* und § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Der Tarifvertrag ist maßgebender Vergleichslohn nur, wenn er üblicherweise auch gezahlt wird¹³¹.

Das 50-Prozent-Quorum hat so *zwei entscheidende Funktionen*: Wiewohl Tarifverträge für tariffreie Arbeitnehmer und Arbeitgeber keine Richtigkeitsgewähr haben, ist die Repräsentativität ein *Indiz für die Zumutbarkeit der Tarifregeln*. Wenn mehr als die Hälfte der Arbeitsverhältnisse im Tarifgebiet den Tarifvertrag praktizieren, dann spricht das dafür, dass der Tarifvertrag keine unzumutbar belastenden Arbeitsbedingungen enthält. Negativ sichert das Quorum einen Rest *Außenseiterwettbewerb*. Die Hürde ist gar nicht besonders hoch, weil die großen Arbeitgeber mit ihren großen Belegschaften regelmäßig tarifgebunden sind und so die kleinen und mittleren Unternehmen dominieren. Umgekehrt ist es gerechtfertigt, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung (vorbehaltlich besonderer Umstände, wie dem bisherigen sozialen Notstand) scheitert, wenn nicht einmal das 50-Prozent-Quorum erreicht ist. So müsste es hingenommen werden, dass die Altersversorgungskasse des Baugewerbes zu schließen ist, wenn das Quorum unterschritten wird. Das ist Folge des Akzeptanzverlustes. Wollen die *Tarifparteien* die Allgemeinverbindlichkeit ihrer Ta-

¹³⁰ Richardi/Fischinger, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Dienstvertragsrecht 1, Auflage 2011, § 612 Rn. 49; Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 4, 5. Aufl. 2009, § 612 BGB Rn. 30; BAG 26.5. 1993 – 4 AZR 461/92, NZA 1993, 1049.

¹³¹ BAG 16.5. 2012 – 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974 Rn. 32: „Von der Üblichkeit der Tarifvergütung kann ohne weiteres ausgegangen werden, wenn mehr als 50 % der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebiets tarifgebunden sind oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50 % der Arbeitnehmer eines Wirtschaftsgebiets beschäftigen“; BAG 22.4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837; BAG 24.3. 2004 – 5 AZR 303/03 (Fn. 105); eingehend Rieble/Picker, ZfA 2014, 153, 165 ff. mit weiteren Nachweisen.

rifverträge retten, müssen sie *sich um mehr Akzeptanz* bemühen. So können sie versuchen, tariffreie Arbeitgeberverbände einzubinden – dazu müsste die Gewerkschaft aber ihre Politik der kalten Schulter, also die vor dem Hintergrund der und durch die Allgemeinverbindlicherklärung gedämpften Verhandlungsbereitschaft, aufgeben. So könnten IG BAU und die Spitzenverbände der Bauwirtschaft versuchen, tarifkritische Verbände einzubinden, um das Quorum zu erhalten.

Das Quorum im bisherigen § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG *sichert so auch Minderheitsgewerkschaften und kleine Arbeitgeberverbände* mit ihren Tarifverträgen, die es im Geltungswettbewerb zum Mehrheitstarif noch schwerer hätten, wenn dieser allgemeinverbindlich ist. Erfasst der Tarifvertrag einer Gewerkschaft Arbeitgeber mit 40 % der Arbeitsverhältnisse und der einer anderen Arbeitgeber mit 15 %, so würde der Aufholwettbewerb der kleinen Gewerkschaft durch Allgemeinverbindlicherklärung empfindlich gestört.

b) Kein striktes Verfassungsgebot

Schon § 5 Abs. 1 TVG in seiner bisherigen Fassung setzt das Quorum nicht strikt voraus, sondern lässt alternativ die Allgemeinverbindlicherklärung eines nicht repräsentativen Tarifvertrags zu, um einen „*sozialen Notstand*“ zu beheben. Verfassungsrechtlich geboten ist mit Blick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip deshalb nur, dass ein „akzeptanzgeminderter“ Tarifvertrag *besonders dringliche soziale Gründe* für seine Allgemeinverbindlicherklärung geltend machen können muß¹³². Das kann allerdings nicht für Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen gelten – wegen der Besonderheiten der funktionalen Selbstverwaltung (noch IV).

Das zeigt der Blick auf die bislang von jedem Quorum befreite Allgemeinverbindlichkeit nach dem AEntG – weil diese Verhältnismäßigkeitsvorgabe Art. 9 Abs. 3, 12 Abs. 1 GG entspringt. Deswegen müsste man, wenn und weil die Bautarife nicht mehr in 50 % der Arbeitsverhältnisse im Tarifgebiet zur Anwendung kommen, also schärfer noch fragen, ob es ein allgemeinverbindliches Urlaubsgeld braucht, ob die Arbeitnehmer zur Effektivierung ihres Urlaubsanspruchs „dringend“ auf die Allgemeinverbindlicherklärung angewiesen sind, ob es gegebenenfalls etwa genüge, den Urlaubsausgleich auf den gesetzlichen Mindesturlaub zu beschränken oder ob schwerwiegende soziale Probleme auftauchen, wenn es keine allgemeinverbindliche Altersversorgung gäbe. An Letzterem könnte man zweifeln, weil den Arbeitnehmern auch die Entgeltumwandlung zum Aufbau einer Zusatzversorgung zur Verfügung steht.

132 Sittard (Fn. 35), S. 192 f.: „besonders intensive und kritische Prüfung des öffentlichen Interesses“.

Diese „kritische Prüfung“ durch das BMAS muss dann wiederum von Gerichten über die Abwägungskontrolle überprüft werden können. Das bedeutet praktisch, dass *jede Aufweichung der Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung eine verschärfte richterliche Kontrolle auslöst* und damit die Gefahr erhöht, dass die Allgemeinverbindlicherklärung insgesamt kippt. Wer die formalen Anforderungen zur AVE absenkt, zahlt als Preis eine material verdichtete Gerichtskontrolle. Je legitimationsärmer eine Allgemeinverbindlicherklärung erfolgt, desto „klagefreudiger“ werden die Adressaten der Tarifierstreckung sein – insofern lässt sich schon jetzt sagen, dass die Arbeitsgerichte mehr zu tun haben werden.

IV. Sonderfall gemeinsame Einrichtung

1. Gesteigerte Wirkung

Die gemeinsame Einrichtung ist in vielfacher Hinsicht ein Sonderfall: Ihre Ermöglichung ist ein zentraler Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG¹³³. Dahinter steht die besondere Funktion der gemeinsamen Einrichtung: *Wirtschaftlich* sind vor allem Versorgungseinrichtungen auf das Beitragsaufkommen aller Arbeitgeber angewiesen, um als Versicherung eine breite Risikogemeinschaft zu erfassen. In anderen Fällen kann ohne überbetriebliche einheitliche Regelungen der *sozialpolitische Zweck* nicht erreicht werden, etwa Individualansprüche des einzelnen Arbeitnehmers, die tatbestandlich auf Beschäftigungszeiten bei anderen Arbeitgebern fußen, durchzusetzen. Das ist der Zentralfall der bauwirtschaftlichen Urlaubskasse¹³⁴. Dieser „Bündelungszweck“ lässt sich vielfach nur durch Allgemeinverbindlicherklärung erreichen, die jetzt nach § 5 Abs. 1a TVG auch den Zugriff auf die Andersorganisierten zulässt.

Die gemeinsame Einrichtung wirkt *deutlich intensiver* als andere allgemeinverbindliche Tarifnormen: Erstens liefert sie die Nicht- aber gerade auch die Andersorganisierten der notwendig von den für sie fremden Tarifparteien verantworteten Verwaltungstätigkeit aus, ohne dass insbesondere andere Koalitionen insoweit Kontroll- und Mitspracherechte hätten. Wenn etwa die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK), deren Allgemeinverbindlichkeit auf dem AEntG fußt, den Beitragseinzug gegenüber Mitgliedern der Tarifparteien anders vornimmt als gegenüber den nur durch die Allgemeinverbindlichkeit Erfassten – so können sich weder die Handhabungsopter noch deren Koalitionen hiergegen wehren.

133 Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 5 Rn. 8 ff.; grundlegend Böttcher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 1966, S. 67.

134 BVerfG 15.7. 1980 – 1 BvR 24/74 (Fn. 127).

Allgemeinverbindliche gemeinsame Einrichtungen wirken wie *branchenbezogene Sondersozialversicherungssysteme* – die entweder mit Zusatzaltersversorgungen die tradierte Sozialversicherung ergänzen oder wie Urlaubskassen eine Sonderleistung bewirken. Angeschlossen sind alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber der Branche; alle Arbeitgeber müssen Beiträge zahlen und alle Arbeitnehmer sind leistungsberechtigt. Verwaltet wird die gemeinsame Einrichtung notwendig nur von den Tarifparteien¹³⁵. Das wiederum heißt: Die tariffreien Arbeitgeber und Arbeitnehmer werden zuerst mit Hilfe des die Allgemeinverbindlicherklärung aussprechenden Staates dem Tarifvertrag unterstellt und sind hernach der Verwaltung der gemeinsamen Einrichtung durch die Tarifparteien ausgeliefert – ohne dass der Staat eine effektive Kontrolle im Sinne einer Fachaufsicht sicherstellte. Immerhin unterliegen Altersversorgungseinrichtungen in gewissen Fällen der Finanzaufsicht durch die BAFin.

Zweitens wirken *die den Arbeitgebern abverlangten Beiträge* für diese stets als Lohnzusatzkosten – ganz gleich, welche Leistungen die gemeinsame Einrichtung damit finanziert. Insofern wird der finanzielle Spielraum für die Mitglieder fremder Arbeitgeberverbände verengt und damit zugleich eine abweichende Tarifpolitik erschwert. Die 20,1 % SOKA-Beitrag (in den alten Ländern) stehen für eine anderweitige Tarifpolitik fremder Tarifparteien nicht mehr zur Verfügung. Merkwürdigerweise trägt dem das AEntG auf europäischer Ebene und aus europarechtlichen Gründen partiell Rechnung: Das *Doppelbelastungsverbot* in § 5 Nr. 3 AEntG¹³⁶ erlegt der gemeinsamen Einrichtung eine entsprechende Rücksichtnahme auf. Eine vergleichbare Rücksichtnahme auf in Deutschland anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber und die Tarifparteien seines alternativen Tarifvertrags ist nicht angeordnet, gibt es nicht. Deren Tarifautonomie verlangt aber vergleichbare Rücksichtnahme – über das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Dass § 5 Abs. 1a TVG hier nicht schützt, kann verfassungskonform durch eine entsprechende Ermessensbindung des BMAS kompensiert werden.

Das zwingt zu mehreren Folgerungen: Erstens muss bei der gemeinsamen Einrichtung – die in ihrer Organisationsform nur ein „Alles-oder-Nichts“ kennt – besonders gefragt werden, ob ihr *Regelungsziel* im Fall der Allgemeinverbindlicherklärung *unverhältnismäßig in die aktuelle oder potenzielle Tarifautonomie fremder Tarifparteien* eingreift. Insofern ist

135 BGH 14.12. 2005 – IV ZB 45/04, NZA-RR 2006, 430; BAG 25.1. 1988 – 5 AZR 43/88, AP Nr. 5 zu § 1 GesamthafenbetriebsG: „paritätische Aufsicht und Kontrolle der Tarifvertragsparteien“; Bötticher (Fn. 133), S. 129 ff.; Zöllner, Empfiehl es sich, das Recht der Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien gesetzlich näher zu regeln?, Gutachten G zum 48. Deutschen Juristentag, 1970, S. 34 ff.

136 Eingehend Sittard (Fn. 35), S. 344 ff., 386 f. mit weiteren Nachweisen.

der „Vorteil“ für die durch die Allgemeinverbindlicherklärung Begünstigten abzuwägen gegen den Verlust an tarifpolitischem Spielraum für alternative Tarifparteien. Dass etwa die Bauurlaubs-kasse ein *Urlaubsgeld*, also eine Zusatzvergütung, finanziert, scheint mir unverhältnismäßig. Urlaubsgeld, noch dazu in der einer sozialpolitisch luxuriösen Variante von mehr als dem anderthalbfachen Monatsentgelt, das in anderen Branchen so keineswegs tariflich üblich ist, beschneidet den Verteilungsspielraum unverhältnismäßig.

Zweitens muss geprüft werden, ob gerade die *Organisationsform* einer Einrichtung für das Regelungsanliegen *erforderlich* ist. So lässt sich eine Urlaubskasse nur rechtfertigen, wenn tatsächlich eine hohe Fluktuation unter den Bauarbeitern herrscht, was *empirisch nachzuprüfen* ist. Die bloße Behauptung belegt kein hinreichendes öffentliches Interesse, das aber für den Eingriff in fremde Tarifautonomie erforderlich ist. Sonst genügen für den Urlaub normale Tarifregeln, die nicht notwendig allgemeinverbindlich sein müssen. So ist es für Angestellte, die typischerweise keine hohe Fluktuation aufweisen, nicht erforderlich, ihre Urlaubsgewährung über eine gemeinsame Einrichtung abzuwickeln. Unberührt bleibt die Branchenaltersversorgung, weil die gesetzliche Rente das Risiko der Altersarmut unzureichend abdeckt, so dass es ein berechtigtes sozialpolitisches Interesse gibt, alle Arbeitnehmer der Branche zu versorgen – aber eben nicht mit einer möglichst luxuriösen Variante.

Drittens schließlich wird man gerade für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 Abs. 1a TVG am *50-Prozent-Quorum* festhalten müssen – weil anderenfalls die gemeinsame Einrichtung tragende Tarifpartei eine *legitimationslose Herrschaft der Minderheit über die Mehrheit* praktizieren.

2. Funktionale Selbstverwaltung nur unter „demokratischer“ Binnenlegitimation

Die auf einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag fußende gemeinsame Einrichtung ist eine *Form funktionaler Selbstverwaltung*: Gleich einem staatlichen Sozialversicherungsträger (aber ohne Wahlrecht der angeschlossenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber) übt sie durch staatliche Allgemeinverbindlicherklärung legitimierte Regelungsmacht („Gewalt“) gegenüber denjenigen aus, die sich nicht durch Mitgliedschaft autonom dem Einrichtungsregime unterstellt haben. Gerade bei Altersversorgungssystemen aber auch der Bauurlaubs-kasse ist die Funktionsentsprechung zur Sozialversicherung greifbar. Für jene aber gelten zweifelsfrei die verfassungsgerichtlichen Vorgaben für „demokratische“ Selbstverwaltung. Die Tarifparteien sind nur für ihre Mitglieder autonom legitimiert, weswegen etwa eine gemeinsame Einrichtung ohne Allgemeinverbindlichkeit keinen besonderen Selbstverwaltungsanforderungen ausgesetzt ist: Jedes

Mitglied kann seine Zustimmung durch Austritt entziehen. Die Zwangseinrichtung dagegen ist allein staatlich legitimiert – weil das BMAS mit seiner Allgemeinverbindlicherklärung diese Selbstverwaltung im öffentlichen und Gemeinwohlinteresse anordnet.

Solche Selbstverwaltungseinheiten brauchen nach der Rechtsprechung des BVerfG ein *Mindestmaß an „demokratischer“ Binnenlegitimation*: Nur so lässt sich durch organisierte Beteiligung der sachnahen Betroffenen an den sie berührenden Entscheidungen gemeinsam mit dem Demokratieprinzip das Selbstbestimmungsprinzip „kollektiv“ verwirklichen¹³⁷. In den Worten des BVerfG:

„Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit bei der Schaffung und näheren Ausgestaltung von Organisationseinheiten der Selbstverwaltung erlaubt auch, den Selbstverwaltungsträger zu verbindlichem Handeln mit Entscheidungscharakter zu ermächtigen; dies gilt *in allerthings begrenztem Umfang auch für ein Handeln gegenüber Dritten, also Nichtmitgliedern*. Nicht bereits die Erledigung öffentlicher Aufgaben als solche, wohl aber die Befugnis zu verbindlichem Handeln mit Entscheidungscharakter macht es erforderlich, Maßnahmen, welche die jeweilige Selbstverwaltungskörperschaft bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben ergreift, *am Maßstab des Art. 20 Abs. 2 GG zu messen*. Das bedeutet im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung nicht, dass dies im Wege einer lückenlosen personellen Legitimationskette vom Volk zum einzelnen Entscheidungsbefugten zu geschehen hat. Verbindliches Handeln mit Entscheidungscharakter ist den Organen von Trägern der funktionalen Selbstverwaltung aus verfassungsrechtlicher Sicht aber nur gestattet, weil und soweit das Volk auch insoweit sein Selbstbestimmungsrecht wahrt, indem es *maßgeblichen Einfluss auf dieses Handeln* behält. Das erfordert, dass die Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Organe in einem von der Volksvertretung beschlossenen Gesetz ausreichend vorherbestimmt sind und ihre Wahrnehmung der *Aufsicht personell demokratisch legitimierter Amtswalter* unterliegt.“¹³⁸

Dass die Allgemeinverbindlicherklärung im „Normalfall“ die Außenseiter dem Regime der Einrichtung unterstellt, ist zwar schon Störung der *gleichberechtigten Teilhabe in der Selbstverwaltung*, aber „notgedrungen“ hinzunehmen, weil die Nichtorganisierten eben „nichtorganisiert“

137 BVerfG 5.12. 2002 – 2 BvL 5/98 und 6/98, BVerfGE 107, 59 = JZ 2003, 1057 mit Anmerkung *Unruh* („Lippeverband“); BVerfG 13.7. 2004 – 1 BvR 1298/94, BVerfGE 111, 191 = NJW 2005, 45 („Notarkassensatzung“); ähnlich schon BVerfG 9.5. 1972 – 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 = NJW 1972, 1504 („Facharztbeschluss“); weiter *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, 64. Ergänzungslieferung 2012, Art. 20 II Rn. 180 ff.; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, insbesondere S. 500 ff.; *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997; *Kolbe*, Mitbestimmung und Demokratieprinzip, 2013, S. 76 ff.

138 BVerfG 5.12. 2002 – 2 BvL 5/98 und 6/98 (Fn. 137) unter C I 3 c (Hervorhebung von mir) („Lippeverband“).

sind und sich an der Trägerschaft und Verwaltung der Einrichtung¹³⁹ nicht beteiligen können – sowenig wie die organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die nur über ihre jeweilige Tarifpartei an der Willensbildung der Einrichtung teilnehmen können. Gleichwohl bleibt zu ihrem Schutz eine gewisse *Staatsaufsicht* erforderlich. Sie kann *durch das BMAS* erfolgen, das jederzeit die Allgemeinverbindlicherklärung aufheben kann, wenn Verwaltungsmissbräuche zulasten der Beitragspflichtigen oder Leistungsberechtigten festgestellt werden.

Für „*Andersorganisierte*“ und ihre Verbände trifft das nicht zu. Schon die „normale“ Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung nach § 5 TVG liefert organisierte Minderheiten der Selbstverwaltungsherrschaft der Mehrheit aus. Schon insoweit kann man fragen, ob das mit den legitimatorischen Grundsätzen der funktionalen Selbstverwaltung vereinbar ist. Jedenfalls dann, wenn der Tarifvertrag nicht schon mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer im Tarifgebiet autonom erfasst, installiert die Allgemeinverbindlicherklärung eine *Selbstverwaltungsherrschaft der Minderheit über die Mehrheit*. Man stelle sich etwa vor, die Bautarife erreichten autonom nurmehr 30 % aller Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft. Mit welchem Recht darf das BMAS durch eine AEntG-Rechtsverordnung die 70 % der an sich tariffreien Arbeitsverhältnisse einer Selbstverwaltungsherrschaft der Tarifparteien unterstellen – ohne dass alternative Verbände wie der Fachverband zum Schutz ihrer Mitglieder die gleichmäßige Beitragserhebung, die zweckentsprechende Mittelverwendung und die Vermögensanlage kontrollieren können? Der Staat macht sich in diesem Fall zum Steigbügelhalter einer herrschaftswilligen Minderheit, kann selbst keine effektive Kontrolle über das Geschäftsgebaren der gemeinsamen Einrichtung sicherstellen und schafft so eine kontrollfreie Tarifmonopolherrschaft. Das ist schlechthin *unverhältnismäßig* – weil den alternativen Tarifparteien so jede Möglichkeit zu eigenen Einrichtungen mit selbstverantworteter Verwaltung und Kontrolle genommen wird.

Gerade bei der SOKA Bau wird von der Praxis ein gewisses Missverhältnis zwischen der Erhebung des Urlaubskassenbeitrags und der Erstattung der Urlaubsvergütung moniert. Welche Gewinne die SOKA damit erzielt und wofür jene verwendet werden (nicht für Beitragssenkungen), dass bleibt im Geheimen.

Brechen die legitimatorischen Mehrheitsverhältnisse ein, so bleibt dem Staat nur eines: Er kann eine legitimationslos gewordene gemeinsame Einrichtung in einen Sonderzweig der Sozialversicherung überführen – vergleichbar der Künstlersozialkasse nach dem Künstlersozialversiche-

139 Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 4 Rn. 332 ff. mit weiteren Nachweisen zum Streitstand.

rungsgesetz oder den landwirtschaftlichen Alterskassen nach dem Landwirte-Alterssicherungsgesetz – und eine *gesetzlich legitimierte Selbstverwaltung unter notwendiger Staatsaufsicht* installieren. Das ist der verhältnismäßigere Weg.

V. Thesen

1. Jede Allgemeinverbindlicherklärung (die nach dem TVG wie jene nach dem AEntG) belastet die Tarifautonomie – zuerst der Parteien des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags: Sie verlieren an Attraktivität und erleiden Mitgliederschwund; ihre Verhandlungen werden von der Tarifierstreckung beeinflusst und womöglich zentral geprägt – womit der Tarifvertrag sein Richtigkeitsvertrauen einbüßt, weil er den wechselseitigen Ausgleich der Mitgliederinteressen aus dem Blick verliert. Zudem droht Staatsabhängigkeit, wenn – wie das im Baugewerbe der Fall ist – zentrale tarifliche Arbeitsbedingungen dauerhaft an der Allgemeinverbindlicherklärung des BMAS hängen.
2. Zugleich belastet jede Allgemeinverbindlicherklärung die aktuelle oder potenzielle Tarifautonomie anderer Tarifparteien. Sie können sich in dem von der Allgemeinverbindlicherklärung geprägten Feld der Arbeitsbedingungen nicht mehr entfalten; bestehende Verbände treffen auf eine durch Allgemeinverbindlicherklärung „verwöhnte“ Gewerkschaft, die keinen Grund zu alternativen Verhandlungen sehen muss (Dämpfung der Verhandlungsbereitschaft). Kommt es zu weichenden Tarifabschlüssen, verdrängt der nach dem AEntG für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag den autonomen Tarifvertrag und damit das Recht seiner Tarifparteien auf Tarifgeltung.
3. Insofern wirkt die Allgemeinverbindlichkeit intensiver und schärfer als die vom BAG als verfassungswidrig erkannte Tarifeinheit: Sie führt zu einer potenziellen „Tarifgleichschaltung“ in der ganzen Branche und nicht bloß auf betrieblicher Ebene. Wenn also die Tarifeinheit verfassungswidrig ist, dann ist es eine umfassende Allgemeinverbindlicherklärung der zentralen Arbeitsbedingungen erst recht.
4. Die erhebliche Belastung aktueller und potenzieller Tarifautonomie durch konkurrierende staatliche Tarifierstreckung bedarf eines hinreichend gewichtigen Sachgrunds und muss stets verhältnismäßig sein. Als Sachgrund kommen nur der Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessenen Arbeitsbedingungen (Ausbeutung) und derjenige der sozialen Sicherungssysteme in Betracht (Existenzminimum). Insbesondere der Vorstoß, „die Tarifautonomie zu stärken“, ist mit dem Schutz der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG im bisherigen Verständnis nicht zu vereinbaren, weil dies die Tarifparteien vom Angewiesensein auf eigene Organisationskraft befreit.

5. Die elementare Tarifregelungsbefugnis für das Arbeitsentgelt darf nicht durch umfassende Allgemeinverbindlichkeit ausgetrocknet werden. Jede Allgemeinverbindlicherklärung muss Raum für alternative autonome Tarifpolitik belassen – ganz unabhängig davon, ob unter den Bedingungen der Allgemeinverbindlicherklärung derzeit Bereitschaft zu solchen fremden Tarifverträgen besteht. Deswegen darf der Staat keine Lohngitter für allgemeinverbindlich erklären – damit schaltete er letztlich die Entgelttarifautonomie aus und mutierte zum Tariftreuhänder nach dem Vorbild des § 32 Abs. 2 AOG. Im Entgeltbereich darf der Staat also entweder abgesenkte Mindestlöhne verordnen (Abstandsgebot) oder er muss sich auf punktuelle Mindestentgelte beschränken.

6. Repräsentative Tarifverträge haben eine gewisse Arbeitsmarktakzeptanz für sich und können den nicht autonom Tarifgebundenen eher zugemutet werden. Tarifverträge, die vom Arbeitsmarkt in ihrem Geltungsbereich nicht mehrheitlich akzeptiert werden, können nur unter besonders strengen Voraussetzungen für allgemeinverbindlich erklärt werden. Das muss aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht die Intensität des „sozialen Notstands“ erreichen, wohl aber ein besonders erhebliches und dringliches Schutzanliegen verwirklichen – damit das „Misstrauensvotum“ des Arbeitsmarkts überwunden werden kann. Außerdem ist in diesem Fall der alternativen Tarifautonomie größerer Spielraum zu reservieren, damit nicht die Minderheit die Mehrheit durch staatsgestützte Herrschaft majorisiert.

7. Bei allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtungen treten zwei Besonderheiten hinzu: Erstens belasten ihre Beitragspflichten stets und notwendig die konkurrierende Entgelttarifautonomie. Vor allem aber sind sie Einrichtungen einer funktionalen Selbstverwaltung, was seinerseits das 50-Prozent-Quorum gebietet: Wollte der Staat einen „Minderheits-Tarifvertrag“ über eine gemeinsame Einrichtung für allgemeinverbindlich erklären, setzte er die Mehrheit der Tarifbetroffenen einer insoweit nicht mehr legitimierbaren und von ihnen nicht kontrollierbaren Fremdverwaltungsherrschaft aus. Das ist auch durch noch so „dringliche“ Schutzanliegen nicht zu rechtfertigen. Dementsprechend kommt eine Allgemeinverbindlicherklärung von Urlaubskassentarifverträgen trotz der einfachrechtlichen Entbindung von dem Quorum in AEntG und § 5 TVG nicht in Betracht, sobald die Bautarife nicht mehr repräsentativ sind.

8. Wer das anders sieht, muss effektive Kontrollrechte begründen, damit die Mehrheit der Beitragszahler und Leistungsempfänger keiner willkürlichen Beitragserhebung und Leistungsgewährung ausgeliefert ist. Denn die gemeinsame Einrichtung ist treuhänderisch auf tarifkonforme Mittelverwendung verpflichtet. Überschüsse (durch Nichtabruf von Leistungen) müssen ausgewiesen und zweckkonform verwendet werden. Ins-

besondere muss das tariffremde Ausgabeverhalten einer Rechnungsprüfung unterliegen.

9. Der Ausgleich zwischen den durch die Allgemeinverbindlicherklärung zu verwirklichenden Schutzanliegen und der Schutz der Tarifautonomie lässt sich nicht abstrakt-generell durch konkrete Trennlinien bewältigen. Die Arbeitsmarkt- und Tarifverhältnisse sind in jeder Branche anders, ebenso die Schutzbedürftigkeit. Jede Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung verlagert deshalb den erforderlichen Grundrechtsschutz in die Abwägungskontrolle der Entscheidung des BMAS: Das bringt letztlich größere Rechtsunsicherheit in das Institut der Tarifnormerstreckung. Sie wird durch das Normenkontrollverfahren des § 98 ArbGG nur begrenzt eingefangen.

Diskussion

Dr. Benjamin Heider, LL.M., Arbeitgeberverband der Versicherungsunternehmen in Deutschland e.V., München:

Vielen Dank, Herr Professor *Rieble*, das war wieder ein ausgezeichnete Vortrag und ich kann Ihnen aus Verbändesicht in jeder Hinsicht nur zustimmen, und ich muss sagen, wir können die Gefahr, die letztlich von einer erleichterten AVE ausgeht, gar nicht unterschätzen. Wir sollten hier aufpassen, dass nicht unter dem Deckmantel von Gerechtigkeitserwägungen ein Paradigmenwechsel stattfindet, wo die Politik sehr viel stärker und sehr viel aktiver Einfluss nimmt in den Arbeitsrechtsprozess. Ob die erleichterte AVE zu einer Stärkung der Tarifbindung führt, weiß ich nicht. Sicher ist jedenfalls, dass sie die Tarifautonomie erheblich schwächt und dass wir dort als Verbände und als Sozialpartner erheblich auf der Hut sein müssen. Sie haben es angesprochen, es gibt Bereiche, wo man sich fragt, wofür braucht ihr noch Verbände? Was sollen die eigentlich noch regeln, wenn 20 bis 30 % schon durch den Staat geregelt wird? Trotzdem ist mein Eindruck, dass der Staat genau das vorhat, dass er eben auch beim Mindestlohngesetz nicht die Tarifautonomie stärkt, sondern dass er sich sehr viel stärker einbringen will.

Zur Allgemeinverbindlicherklärung: Ich sehe auch dort einen erheblichen Systembruch. Früher war die Idee, dass nur ganz ausnahmsweise einmal Tarifverträge allgemeinverbindlich erstreckt werden sollen, jetzt spürt man, auch mit der Aufgabe des 50 %-Quorums und der Ersetzung durch den sehr diffusen Begriff des öffentlichen Interesses, dass die Politik hier Einfluss nimmt.

Ein letzter Satz vielleicht noch zu einem Aspekt, der hier noch nicht beleuchtet wurde, zur betrieblichen Altersversorgung: Die Ministerin hat am 6.5. 2014 in Berlin gesprochen bei der Arbeitsgemeinschaft der betrieblichen Altersversorgung (aba) und hat dort noch einmal sehr deutlich gemacht, dass sie die AVE als ihr primäres Vehikel sieht, um Einfluss zu nehmen, um hier möglicherweise auch solche Dinge wie betriebliche Altersversorgung in die Breite zu bringen. Ich meine, das sind nicht nur kleine Vergünstigungen für schwarze Tarifflecken, sondern das sind ganz erhebliche Belastungen, die möglicherweise auf Arbeitgeber auch unter dem Aspekt der negativen Koalitionsfreiheit zukommen. Man kann schon den Eindruck gewinnen, dass nach dem französischen Modell vorgegangen werden soll, bei dem der Staat immer mehr Einfluss nimmt. Ich glaube, das muss uns allen Beteiligten im Arbeitsrechtsprozess Sorge bereiten. Vielen Dank.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Volker, ich stimme Dir in allem zu, nur nicht in einem Punkt: Die Tarifeinheitsprobleme sind andere als bei der AVE. Sollte man das Modell von BDA und DGB nehmen, würden gerade keine Fremdbestimmungsmomente auftreten, es würden keine Tarifregelungen für nicht Tarifgebundene gelten. Das ist auch der Vorteil dieses Modells gegenüber dem *Franzen*'schen Modell. Außerdem würde aufgrund des Mehrheitsprinzips ein besonderer Anreiz entstehen, Mehrheiten zu bilden, und das würde die Tarifautonomie mehr fördern als die AVE. Im Übrigen teile ich absolut Deine Einschätzung, dass wir eine staatliche Verantwortung brauchen für einen Mindestlohn und eine koalitionäre Verantwortung für Tarifverträge. Die AVE kann nicht dazu dienen, sich selbst in die Tasche zu lügen und ein Minderheitenregime einzuführen, das keiner wahren institutionellen Kontrolle unterliegt und dann informeller rechtsstaatswidriger Steuerung ausgesetzt sein wird.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Zur Tarifeinheitsfrage habe ich mich heute morgen schon nicht gemeldet, weil ich dazu schon alles gesagt habe.

Die Probleme unterscheiden sich natürlich, aber die strukturellen Probleme, dass Außenseiter- oder Minderheitentarifparteien – hier eben auch auf Arbeitgeberseite und nicht nur auf Arbeitnehmerseite – aus dem tariflichen Regelungsprozess ausgeschaltet werden, scheinen mir vergleichbar zu sein.

Mit Blick auf Herrn *Heider* muss man sagen: Natürlich ist es so, dass am Ende nicht nur die betriebliche Altersversorgung, sondern vor allem die Beitragspflicht eine massive Tarifverdrängungswirkung hat. Wenn Sie – wie im Baugewerbe – 20 % Beitrag an die SOKA zahlen müssen als Arbeitgeber kraft Allgemeinverbindlicherklärung, wie soll sich dort noch eine autonome alternative Tarifpolitik entwickeln, selbst wenn nur die SOKA für allgemeinverbindlich erklärt wäre, kein Mindestlohn, kein Nichts. Wenn 20 % zusätzliche Lohnkosten geschaffen werden als Zusatzsozialversicherungsbeitrag hat das eine massive Dämpfungswirkung für jede fremde Tarifpolitik und befördert das Tarifmonopol.

Man könnte sich auch vorstellen, dass man sagt: „Ich sichere die Freiheitsräume, indem ich sage, dass die wirtschaftliche Belastung nur soviel Prozentpunkte erfassen kann.“ Dann muss man sich eben überlegen, wofür man das einsetzt. Das kann dann die betriebliche Altersversorgung sein oder Urlaub oder Urlaubsentgelt, aber jedenfalls nicht alles zu-

sammen, kein tarifpolitisches Wunsch-Dir-Was, dem dann das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung seinen Wohlwollenstitel gibt.

Professor Dr. Dr. h.c. Wolfgang Hromadka, Universität Passau:

Ich bin sicher nicht der Einzige, der die Einmischung des Staates in die Lohnpolitik mit großer Sorge sieht. Sie kennen den alten Satz: „Was immer Du tust, schau auf das Ende.“ Es ist die letzten Jahre immer aufwärts gegangen, aber es kann irgendwann einmal abwärts gehen. Da muss ich an das Wort des ersten Bundesarbeitsministers *Anton Storch* denken. Er hat einmal sinngemäß gesagt: „Der letzte Nagel auf dem Sargdeckel der Weimarer Republik war die Zwangsschlichtung.“ Die Schlichtung haben bekanntlich die Alliierten geregelt. Nun fragt man sich natürlich: warum? Und warum war das der letzte Nagel?

In der Weimarer Zeit gab es viele Streiks, und es bestand immer die Gefahr, dass sie in politische Streiks übergingen. Deshalb hat man eine Schlichtungsverordnung erlassen, mit deren Hilfe der Staat über einen Schlichter den Tarifikampf an sich ziehen konnte. Das ging gut, solange es aufwärts ging. Dann kam die Weltwirtschaftskrise, die Löhne mussten dreimal abgesenkt werden, zweimal um 5 %, einmal um 10 %, also insgesamt um 20 %. Und das bei den niedrigen Löhnen damals. Die Aggressionen, die bei dieser Tarifsenkung entstanden – denken Sie nur an die Absenkung der Entgeltfortzahlung bei Krankheit, was im Vergleich dazu „peanuts“ waren –, richteten sich nun nicht gegen die Tarifparteien, sondern gegen den Staat. Wer musste die Verantwortung für die Absenkung tragen? Das waren die staatstragenden Parteien. Die Parteien an den Rändern – ich brauche sie nicht zu nennen – rieben sich natürlich die Hände.

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, Rechtsanwaltskanzlei Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, Schliersee und Krefeld:

Aus Ihrem Vortrag habe ich herausgehört, der Staat könne durch die Allgemeinverbindlicherklärung das öffentliche Interesse einseitig in der Weise bestimmen, dass er, je nach dem, was ihm passt oder nicht, die Messlatte an diesem Begriff ausrichtet. Ich unterstreiche diese Sichtweise mit einem Beispiel, welches die Risiken illustriert. Sie erinnern sich sicherlich an den nicht zu überbietenden Husarenstreich, den die Deutsche Post AG im Jahr 2008 unter der Ägide des damaligen Vorstandsvorsitzenden Herrn *Zumwinkel* veranstaltet hat, als das Briefmonopol kraft Gesetzes gefallen ist. Das Ergebnis des Geniestreichs war, dass das Monopol zwar per Gesetz entfallen ist, aber durch die Tarifvertragsparteien im zu vermutenden Deal mit dem Staat und dessen Unterstützung durch die Allgemeinverbindlicherklärung in Wirklichkeit erhalten geblieben ist. Sie erin-

nern sich, wie das möglich war. Ich wiederhole den fast unglaublichen Sachverhalt dennoch, um die Risiken aufzuzeigen. Durch taktische Manöver und die Unterstützung des Staates, der über eine Bankengruppe bis zum Jahr 2012 mit etwa 35 % an der Deutschen Post AG beteiligt war, gelang es der Deutschen Post AG, dass sie mit Unterstützung der Bundesregierung die wegen Wegfalls des Briefmonopols der Post die bei Öffnung des Wettbewerbs im Jahr 2008 bereits auf die Öffnung wartenden Wettbewerber auf dem Dienstleistungsmarkt aus dem Feld geschlagen hat. Wie war das möglich?

Die deutsche Post AG musste vor der Öffnung des Wettbewerbs durch Deregulierung den Wettbewerb auf dem privatwirtschaftlichen Dienstleistungsmarkt fürchten. Denn sie hatte über Firmentarifverträge relativ hohe Löhne an die Briefzusteller zu zahlen, deren Kosten sich unter anderem im Briefporto zwangsläufig niederschlugen. Aufgrund ihrer tarifrechtlichen Pflichten aus den Firmentarifverträgen musste sie ihren Postzustellern etwa 12 Euro je Stunde an Dienstleistung bezahlen. Daher reichte ein gesetzlicher Mindestlohn von 7,50 Euro nicht für den Schutz der Deutschen Post vor dem Wettbewerb auf dem Dienstleistungsmarkt. Mit einem Wort: Die Post war diesem Wettbewerb nach der Öffnung des Monopols nicht gewachsen.

Ihre Tarifpolitiker kamen auf die kühne und erfolgreiche Idee, kurzfristig einen tarifschließenden Arbeitgeberverband zu gründen, sodann unverzüglich mit der Gewerkschaft ver.di und einer weiteren christlichen Gewerkschaft Tarifverhandlungen über einen bundesweit geltenden Vergütungstarifvertrag mit dem darin geregelten Lohn für Briefzusteller aufzunehmen und nach erfolgreichem Abschluss die Allgemeinverbindlichkeit zu beantragen. In den Tarifverhandlungen forderten die Gewerkschaften ver.di und die von ihr hinzugebetene christliche Gewerkschaft abgestimmt einen tariflichen Mindestlohn in Höhe von 7,50 Euro. Die verhandelnden Arbeitgeber haben den Gewerkschaften wider deren Erwarten einen höheren tariflichen Mindestlohn in Höhe von 9,50 Euro angeboten. Die natürliche Folge war, dass die beiden Gewerkschaften dem Tarifabschluss *ad hoc* zugestimmt haben.

Dies ist ein in der deutschen Tarifgeschichte wohl einmaliger Vorgang, dass die Arbeitgeberseite die Gewerkschaft in deren Forderungen überbietet. Der Mindestlohn gelangte nach Abschluss des Tarifvertrags auf dem Weg über die staatliche Allgemeinverbindlicherklärung und Rechtsverordnung in das Arbeitnehmerentendengesetz. Die Wettbewerber konnten den Lohn von 9,50 Euro nicht zahlen. Über 5.000 Arbeitsplätze gingen bei den Wettbewerbern verloren. Die Post bewahrte über die Allgemeinverbindlichkeit *de facto* das Briefmonopol und zahlte auch weiterhin ihren eigenen Zustellern 12 Euro je Stunde und heute mehr.

Aus diesem Beispiel schließe ich: Die Arbeitgeber der Deutschen Post AG haben unternehmerisch geschickt taktiert. Hat der Staat auch unternehmerisch außerhalb des öffentlichen Interesses gehandelt? Sollten die für die Allgemeinverbindlicherklärung maßgebenden Repräsentanten des Staates den tarif- und unternehmenspolitischen Hintergrund dieser Post-Story gekannt haben, so würde ein solches staatliches Verhalten auch in Zukunft nicht ausschließen, dass der Staat auch in anderen Bereichen oder aus anderen Gründen durch Eigeninteressen geplatzt werden kann, so dass der im Gesetzentwurf zu Papier gebrachte Gedanke der Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung den Staat dazu verführen kann, zuweilen das öffentliche Interesse mit dem nicht immer gleichwertigen eigenen Interesse gleichzusetzen.

Volker Rieble:

Das habe ich ja gesagt, was das für Folgewirkungen hat. Herr *Lehmann* hat das bestätigt. Ich glaube, wir brauchen nicht noch mehr Zeit verwenden. Vielen Dank für die Aufmerksamkeit.

Verschärfte Anforderungen an die Tariffähigkeit

Richard Giesen

Seite

I. Zum Begriff der Tariffähigkeit	141
II. Das Erfordernis der Durchsetzungsmacht	142
1. Formulierung des Erfordernisses der Durchsetzungsmacht.....	142
2. Zur Kritik am Erfordernis der Durchsetzungsmacht.....	144
III. Indizien für und wider gewerkschaftliche Durchsetzungsmacht – zur Entwicklung der Rechtsprechung	145
1. Zum Problem – Brisanz und Zirkelschlussrisiko	145
2. Begründung des Erfordernisses der Durchsetzungsmacht ab 1968 mit den Indizien Mitgliederzahl und Wirkkraft der Mitglieder im Arbeitskampf.....	146
a) Kampfwille unerheblich	147
b) Schlüsselstellung von Arbeitnehmern und Finanzlage der Gewerkschaft als Merkmale der Wirkkraft.....	147
3. Zur BAG-Rechtsprechung von 1985 bis 2006: Vielzahl von Tarifvertragsschlüssen als Indizien der Durchsetzungs- macht.....	148
a) Indizwirkung einer Vielzahl von Tarifvertragsschlüssen...	148
b) Exkurs zu Tarifverträgen, die dem Arbeitgeber in der arbeitsrechtlichen Austauschbeziehung nützlich sind oder ihm zumindest nicht schaden	149
aa) Unterschreitung des „equal treatment“-Gebots in der Leiharbeit.....	149
bb) Sonstige Abbedingung tarifdispositiven Ge- setzesrechts; arbeitsvertragliche Bezugnahme	150
cc) Nutzung der früheren Rechtsprechung zur Tarifeinheit durch Vereinbarung gleich oder weniger arbeitnehmergünstiger Regelungen.....	150
dd) Anschlussarifverträge.....	151
c) Frühere Haltung des BAG zu Tarifverträgen, zu deren Abschluss es keiner oder nur weniger gewerkschaft- licher Durchsetzungsmacht bedarf	151
4. BAG-Rechtsprechung ab 2010: Rückkehr zu den Kriterien der Mitgliederzahl und der Wirkkraft.....	152

IV. Organisatorische Eigenständigkeit als Merkmal der Tariffähigkeit beziehungsweise insbesondere der Durchsetzungsmacht	154
1. Größe und Aufgaben des gewerkschaftlichen Verwaltungsapparats.....	154
a) Verwaltungsapparat zur Beobachtung und zur Prognose wirtschaftlicher Entwicklungen	155
b) Verwaltungsapparat zur Überwachung und Absicherung der Tarifvertragsdurchführung.....	155
c) Verwaltungsapparat zur verbandsinternen Durchsetzung und Vermittlung tariflicher Verhandlungsergebnisse.....	155
2. Eigenständigkeit des Verwaltungsapparats.....	156
a) Formulierung des Erfordernisses der Eigenständigkeit des Verwaltungsapparats durch das BAG.....	156
b) Unabhängigkeit einer Koalition und Eigenständigkeit ihres Verwaltungsapparats	157
V. Zum Konzept der unteilbaren Tariffähigkeit	158
1. Ablehnung der Möglichkeit partieller Tariffähigkeit durch die Rechtsprechung.....	158
2. Beurteilung der Durchsetzungsfähigkeit in Relation zum selbst gewählten Zuständigkeitsbereich.....	160
a) Standpunkt des BAG.....	160
b) Konsequenzen aus der BAG-Rechtsprechung: Ausgründung von Schwestergewerkschaften sowie Bildung einer Spitzenorganisation	160
aa) Ausgründung von Schwestergewerkschaften.....	160
bb) Bildung einer Spitzenorganisation	161
VI. Auswirkungen von Gesetzes- und Richterrechtsänderungen auf die Bewertung der Tariffähigkeit?	162
1. Auswirkungen geplanter Gesetzesänderungen	162
2. Auswirkungen neuerer Richterrechtsregeln auf den Arbeitskampf.....	163
VII. Zusammenfassung	166
Diskussion	169

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Neue Tarifrechtspolitik?* (München 2014), S. 139-168

Eine Diskussion zur Tarifrachtpolitik sollte den in den letzten Jahrzehnten wichtigsten tarifrachtpolitischen Akteur nicht außer Acht lassen, nämlich die Rechtsprechung, genauer: das Bundesarbeitsgericht. Dessen regulatorischer Einfluss auf das Tariffgeschehen macht sich nicht zuletzt dort bemerkbar, wo es um den Zugang von Organisationen zum Tariffgeschehen geht, also bei der Bewertung der Tariffähigkeit. Die wechselnde Rechtsprechung zu diesem Thema mit ihren – in der generellen Tendenz – sich verschärfenden Anforderungen zeigt, wie stark der Einfluss des Gerichts als Ersatz- oder ergänzender Gesetzgeber auch im Tariffvertragsrecht ist. Aufgrund des materiellrechtlichen Themas sei hier nur auf die Änderung von § 97 ArbGG im geplanten Gesetzespaket eines Tariffautonomie-Stärkungsgesetzes hingewiesen¹.

I. Zum Begriff der Tariffähigkeit

Tariffähigkeit ist die rechtliche Eignung einer Person oder Vereinigung, Partei eines Tariffvertrags zu sein². Auf Arbeitgeberseite sind nach § 2 Abs. 1 TVG alle einzelnen Arbeitgeber tariffähig sowie alle Arbeitgeberverbände, die als Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG tariffwillig sind, den Tariffvertragsschluss also zu ihrer satzungsmäßigen Aufgabe gemacht haben³. Gemäß § 2 Abs. 3 TVG können außerdem Spitzenorganisationen tariffähig sein, wenn der Tariffvertragsschluss zu ihren satzungsmäßigen

¹ Diese betrifft die Beschränkung des Instanzenwegs auf zwei Stufen (LAG und BAG) und die *erga-omnes*-Wirkung der entsprechenden Feststellungsentscheidung, Art. 2 Nr. 4 Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tariffautonomie (Tariffautonomiestärkungsgesetz), BR-Drucks. 147/14. Vgl. zum Streit um die mit einer *erga-omnes*-Wirkung verbundene (aus Art. 103 Abs. 1 GG folgende) Notwendigkeit der Gewährung rechtlichen Gehörs BVerfG 10.3. 2014 – 1 BvR 1104/11, BeckRS 2014, 49402; Giesen, Neue BAG-Beschlüsse zur Tariffähigkeit der CGZP, FA 2012, 226 ff. Siehe generell zu § 97 ArbGG zuletzt BAG 11.6. 2013 – 1 ABR 33/12, DB 2013, 2751 (medsonet).

² In diesem Sinne BAG 6.6. 2000 – 1 ABR 10/99, BAGE 95, 36 = NZA 2001, 160; Hamacher, in: Moll (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 69 Rn. 6; Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 14. Aufl. 2014, § 2 TVG Rn. 4; Löwisch/Rieble, Tariffvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 5.

³ Mangels Tariffwilligkeit tariffunfähig sind insbesondere sogenannte OT-Verbände, BAG 18.7. 2006 – 1 ABR 36/05, AP Nr. 19 zu § 2 TVG Tariffzuständigkeit; Henssler, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 6. Aufl. 2014, § 2 TVG Rn. 15 f.; Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 2 Rn. 147 ff.; Schubert, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tariffvertragsrecht, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn. 117 ff.; Hamacher, in: Moll (Fn. 2), § 69 Rn. 6, alle mit weiteren Nachweisen.

Aufgaben gehört. Zudem ergibt sich für Innungen und Innungsverbände die Tariffähigkeit aus entsprechender gesetzlicher Anordnung⁴.

Seit jeher umstritten ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen auf Arbeitnehmerseite Tariffähigkeit besteht. Nach § 2 Abs. 1 TVG können nur Gewerkschaften Tarifvertragsparteien sein, und nach § 2 Abs. 3 TVG wiederum – ebenso wie auf Arbeitgeberseite – Spitzenorganisationen von Gewerkschaften, wenn der Abschluss von Tarifverträgen zu ihren satzungsmäßigen Aufgaben gehört. Nimmt man einmal die gewerkschaftlichen Spitzenorganisationen als Sonderfrage beiseite⁵, ist somit vor allem die Tariffähigkeit von Gewerkschaften problematisch.

Erste Voraussetzung für ihre Tariffähigkeit ist die Erfüllung ihrer Koalitionseigenschaft nach Art. 9 Abs. 3 GG. Dazu muss es sich nach allgemeiner Ansicht um einen freiwilligen, auf Dauer angelegten privaten Zusammenschluss mit korporativem Charakter handeln, der überbetrieblich organisiert ist, über die Möglichkeit einer organisierten Willensbildung und über eine demokratische Binnenstruktur verfügt, gegnerfrei und unabhängig ist⁶.

II. Das Erfordernis der Durchsetzungsmacht

1. Formulierung des Erfordernisses der Durchsetzungsmacht

Das meistdiskutierte Merkmal der Tariffähigkeit einer Gewerkschaft geht über den Koalitionsbegriff hinaus. Verlangt wird zusätzlich deren soge-

4 § 54 Abs. 3 Nr. 1, § 82 Satz 2 Nr. 3, 85 Abs. 2 Satz 1 HandwO, siehe im Einzelnen *Löwisch/Rieble* (Fn. 2), § 2 Rn. 421 ff.; *Schubert*, in: *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert* (Fn. 3), § 2 Rn. 1, 18 f.

5 Dazu unten V 2 b, bb.

6 Siehe zur Koalitionseigenschaft im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG als (eine) Voraussetzung für die Tariffähigkeit *Franzen*, in: *ErfK* (Fn. 2), § 2 TVG Rn. 6; *Löwisch/Rieble* (Fn. 2), § 2 Rn. 47 ff. Der Begriff der Tariffähigkeit ist unter A III Nr. 2 des Staatsvertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18.5.1990 festgeschrieben worden (siehe Zustimmungsgesetz vom 25.6.1990, BGBl. II 1990, S. 518): „Tariffähige Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände müssen frei gebildet, gegnerfrei, auf überbetrieblicher Grundlage organisiert und unabhängig sein sowie das geltende Tarifrecht als für sich verbindlich anerkennen; ferner müssen sie in der Lage sein, durch Ausüben von Druck auf den Tarifpartner zu einem Tarifabschluß zu kommen“; vgl. dazu etwa BAG 6.6.2000 – 1 ABR 21/99, BAGE 95, 47 = NZA 2001, 156 = AP Nr. 9 zu § 97 ArbGG 1979; BAG 6.6.2000 – 1 ABR 10/99 (Fn. 2), Rn. 34; BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, BAGE 113, 82 = AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit = NZA 2005, 697 Rn. 30, 37; *Löwisch/Rieble* (Fn. 2), § 2 Rn. 12 f.; *Henssler*, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, 2006, S. 14 f.

nannte „Durchsetzungskraft“⁷, teils auch als „Durchsetzungsfähigkeit“⁸, als „Fähigkeit zur Druckausübung“⁹ oder als „soziale Mächtigkeit“¹⁰ bezeichnet. Dieses Merkmal ist gesetzlich nicht geregelt (ebenso wenig wie die eben aufgezählten Merkmale der Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG), auch nicht in § 2 Abs. 1 TVG, sondern wurde von der Rechtsprechung geprägt¹¹.

Meines Erachtens geschah das durchaus zu Recht. Das zeigt ein näherer Blick auf die Funktion der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG und auf den hieraus folgenden Gestaltungsauftrag für das Tarifvertragssystem. Nach der Rechtsprechung des BVerfG haben die Koalitionsfreiheit und insbesondere die Tarifautonomie die Funktion, die „strukturelle Unterlegenheit“ des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auszugleichen. Arbeitnehmer müssen sich zusammenschließen können, um ihre Interessen gemeinsam wahrzunehmen¹². Angestrebt wird somit eine kraft Zu-

-
- 7 So etwa BAG 16.1. 1990 – 1 ABR 10/89, NZA 1990, 623 Rn. 30; BAG 6.6. 2000 – 1 ABR 10/99 (Fn. 2), Rn. 33; BAG 14.12. 2004 – 1 ABR 51/03 (Fn. 6), Rn. 29.
- 8 Waas, in: BeckOK Arbeitsrecht, § 2 TVG Rn. 22.
- 9 Schubert, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert (Fn. 3), § 2 Rn. 86.
- 10 Henssler, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 3), § 2 TVG Rn. 18 f.; Henssler (Fn. 6), S. 17 ff.; Wank/Schmidt, Neues zur sozialen Mächtigkeit und organisatorischen Leistungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung, RdA 2008, 257 ff.
- 11 BAG 9.7. 1968 – 1 ABR 2/67, BAGE 21, 98 = AP Nr. 25 zu § 2 TVG; BAG 23.4. 1971 – 1 ABR 26/70, BAGE 23, 320 = AP Nr. 2 zu § 97 ArbGG (CGM); BAG 6.6. 2000 – 1 ABR 21/99 (Fn. 6); BAG 14.12. 2004 – 1 ABR 51/03 (Fn. 6), B III 2 e, aa; zur Entwicklung der Rechtsprechung Wank/Schmidt, RdA 2008, 257 ff.; zum Aspekt der damit verbundenen Richterrechtsschaffung Ch. Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 193. Siehe generell zur Rolle des BAG als Normgeber im Tarifvertragsrecht Giesen, Richterrechtsänderndes Richterrecht – Tarifvertragsrechtsprechung zwischen Stringenz und Beliebigkeit, RdA 2014, 78 ff.
- 12 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 229; BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 und andere, BVerfGE 92, 365, 394 f.; BVerfG 24.4. 1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 284. In diesem Sinne auch BAG 10.10. 1989 – 3 AZR 200/88, AP Nr. 3 zu § 1 TVG Vorruhestand, II 3 d (2). Siehe generell zur „strukturellen Unterlegenheit“ BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 229; Bäcker/Naegel/Bispinck/Hofemann/Neubauer, Sozialpolitik und soziale Lage in Deutschland, Bd. 1, 5. Aufl. 2010, S. 426; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Bd. 1, 5. Aufl. 2012, § 2 Rn. 4; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl. 1963, § 7 I; Kempen, Das Dilemma des

sammenschlusses ausgewogene Verhandlungsmacht auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite. Zur Verwirklichung dieses Ausgleichsziels ist es unvermeidlich, dass die Gewerkschaft als Repräsentantin gebündelter Arbeitnehmerinteressen gegenüber der Arbeitgeberseite mit einem gewissen Verhandlungsgewicht auftreten kann. Ist das nicht der Fall, wird sie, obwohl als Koalition verfassungsrechtlich geschützter Zusammenschluss, nicht in der Lage sein, diese Bündelungs- und somit Ausgleichsfunktion zu erfüllen. Die Verhandlungsfähigkeit eines schwachen Verbands ähnelt noch zu sehr derjenigen des einzelnen Arbeitnehmers, der ebenfalls nur mit beschränkter Macht auftritt. Eine nicht durchsetzungsmächtige Vereinigung kann die verfassungsrechtlich angelegte Schutz- und Befriedungsfunktion des Tarifvertragssystems nicht unterstützen.

2. Zur Kritik am Erfordernis der Durchsetzungsmacht

Mit diesen Erwägungen ist gleichzeitig auf die Kritik am Erfordernis der Durchsetzungsmacht zu erwidern. Manche vertreten den Standpunkt, man dürfe einer Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG die Tarifabschlussbefugnis nicht vorenthalten; das Kriterium der Durchsetzungsfähigkeit erschwere die Gründung neuer Gewerkschaften¹³. Laut *Richardi* weist dieses Erfordernis den Tarifvertragspartnern zudem eine quasistaatliche, ordnende Aufgabenstellung zu, welche sich mit dem privaten Autonomiecharakter der Tariffschlussbefugnis nicht verträgt¹⁴. Er will demnach Tarif-

Günstigkeitsprinzips im Rechtssystem der heutigen Arbeitsbeziehungen, in: Rüthers (Hrsg.), *Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben*, 2002, S. 75, 76 f., 82; Kissel, *Arbeitskampfrecht*, 2002, § 2 Rn. 1; Pfarr/Kocher, *Kollektivverfahren im Arbeitsrecht*, NZA 1999, 358; Richardi, in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR)*, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 2; Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), *Arbeitsrecht Kommentar*, 5. Aufl. 2012, Vor § 611 BGB Rn. 1 f. sowie H. Hanau, *Mindestlohn und Natur des Arbeitsverhältnisses*, ZfA 2012, 269, 273 mit weiteren Nachweisen; umfassend dazu Rieble, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb*, 1996, Rn. 90 ff.; differenzierend Zöllner, *Privatautonomie und Arbeitsverhältnis*, AcP 176 (1976), 221, 229 ff.

13 Mayer-Maly, *Druck und Recht im Arbeitsrecht*, RdA 1979, 356, 358; Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht*, Bd. 1, 1997, § 9 IV 3 d, S. 433 f.; Henssler (Fn. 6), S. 28 ff., 31 f. (Mächtigkeit als nicht notwendiges „Gütesiegel“ der Gewerkschaft); Henssler, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 3), § 2 TVG Rn. 18; Richardi, *Der CGM-Beschluss des ArbG Stuttgart: Tariffähigkeit und Tarifzensur*, NZA 2004, 1025, 1028; vgl. dazu auch C. Meyer, *Aktuelles zur Tariffähigkeit neu gegründeter Gewerkschaften – Anmerkungen zu BAG vom 11.6. 2013 – 1 ABR 33/12*, DB 2014, 953, 955.

14 In diesem Sinne Richardi, NZA 2004, 1025, 1027 ff.; auf den Ordnungsgedanken hatte das BAG in der Tat teilweise abgestellt in BAG 15.3. 1977 – 1 ABR 16/75, BAGE 29, 72 ff.

normen schwacher Gewerkschaften allenfalls bestimmte Rechtsfolgen entziehen, weil von der Anerkennung der Tariffähigkeit die Frage zu trennen sei, „ob jeder mit einer Gewerkschaft geschlossene Vertrag stets und überall ein Tarifvertrag ist, der die dem Tarifvertrag im Gesetzesrecht beigelegten Rechtsfolgen auslöst“. *Richardi* nennt als Beispiele, in denen Tarifverträge schwacher Gruppen gegebenenfalls der Erfolg zu entziehen sei, die Verdrängung tarifdispositiver Schutznormen, die Modifizierung betriebsverfassungsrechtlicher Regeln sowie die Fälle der Außenseitererstreckung von Betriebsnormen im Sinne des § 3 Abs. 2 TVG. Maßgebend sei hier der jeweilige Gesetzeszweck¹⁵.

Dem ist zweifach zu widersprechen. Erstens hat das Kriterium der Durchsetzungsmacht nichts mit einer quasistaatlichen Aufgabenerfüllung der Tarifpartner zu tun, sondern, wie soeben dargelegt, mit dem in Art. 9 Abs. 3 GG angelegten Prinzip gebündelter Arbeitnehmermacht. Zweitens kann es nicht Aufgabe der Gerichte oder des Gesetzgebers sein, für jede einzelne Tarifnorm zu prüfen, ob und inwieweit sich in ihr eine starke oder weniger starke Verhandlungsposition auswirkt. Die vielfach bemühte „Richtigkeitsgewähr“, welche dem Tarifvertrag gegenüber Arbeitsverträgen eine generelle Sonderstellung verschafft, beruht ja gerade darauf, dass man allen ordnungsgemäß zustande gekommenen Tarifnormen einen ausgewogenen Verhandlungshintergrund unterstellt und nicht umgekehrt für jede Tarifnorm überlegt, ob sie irgendwelchen (in Wirklichkeit unbekannten) Ausgewogenheitskriterien entspricht¹⁶. Somit kann es nur die Verhandlungsposition und nicht das im Einzelfall erzielte Ergebnis sein, welche über die Möglichkeit wirksamer Tarifvertragsschlüsse entscheidet.

III. Indizien für und wider gewerkschaftliche Durchsetzungsmacht – zur Entwicklung der Rechtsprechung

Mit seiner Billigung sind aber noch nicht die weiteren Probleme gelöst, die das Erfordernis der Durchsetzungsmacht mit sich bringt.

1. Zum Problem – Brisanz und Zirkelschlussrisiko

Zunächst sei auf die Brisanz der Fragestellung und auf die Schwierigkeiten bei der Klärung im Einzelfall hingewiesen. Die zuerkennende oder ab-

15 *Richardi*, NZA 2004, 1025, 1029. *Henssler* sieht in dem Erfordernis der Durchsetzungsmacht zudem ein Element der Ungleichbehandlung gegenüber der Arbeitgeberseite und plädiert stattdessen für eine erweiterte Inhaltskontrolle von Tarifverträgen im Einzelfall, *Henssler* (Fn. 6), S. 33 f., 54 ff., siehe dort insbesondere S. 56 ff. zur Missbrauchskontrolle von Tarifverträgen.

16 BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 Rn. 47; siehe generell zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Erfordernisses der Durchsetzungsmacht *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257, 265 ff.

erkennende Feststellung der Durchsetzungsmacht hat für die jeweilige Gewerkschaft (und manchmal auch für ihren Tarifvertragspartner) existenzielle Konsequenzen. Schließlich ist der Tarifvertragsschluss in der Regel das Hauptziel von Gewerkschaften, und der Weg dorthin, nämlich der anzudrohende und notfalls zu führende Arbeitskampf, kann vernünftigerweise nur beschritten werden, wenn am Schluss tatsächlich Aussichten darauf bestehen, dass der betreffende Tarifvertrag wirksam ist. Somit droht sich die Katze in den Schwanz zu beißen. Wirksame Tarifverträge kann nur schließen, wer durchsetzungsmächtig ist, aber wirklich durchsetzungsmächtig kann nur werden, wer notfalls über einen Arbeitskampf zum Tarifvertragsschluss kommen kann. Diese prekäre Situation muss freilich hingenommen werden. Das aus der Deregulierung von Monopolen bekannte „*infant industry*-Argument“ zieht nicht¹⁷. Es kann nicht Aufgabe des Tarifvertragsrechts sein, bei der Durchsetzungsmacht – letztendlich zulasten der Effektivierung des Schutzgedankens von Art. 9 Abs. 3 GG – ein Auge zuzudrücken, um mächtigen Gewerkschaften Konkurrenz zu verschaffen. Das muss den mit den Mächtigen unzufriedenen Arbeitnehmern schon selbst gelingen.

2. Begründung des Erfordernisses der Durchsetzungsmacht ab 1968 mit den Indizien Mitgliederzahl und Wirkkraft der Mitglieder im Arbeitskampf

Damit bleibt es bei der Frage, wie sich die Durchsetzungsmacht einer Gewerkschaft am besten feststellen lässt. Die diesbezügliche Rechtsprechung hat eine bewegte Geschichte. Als das Kriterium der Durchsetzungsmacht 1968 vom BAG formuliert wurde, standen hierfür zum einen die Anzahl der Mitglieder und zum anderen deren „Stellung im Arbeitsleben“, kraft derer sie „einen besonderen Einfluss gegenüber der Arbeitgeberseite ausüben können“¹⁸.

¹⁷ Mit diesem Argument (das ursprünglich Marktzutrittsbarrieren im internationalen Handel rechtfertigen sollte) ist bei der Deregulierung von Monopolmärkten etwa in der Telekommunikation die Forderung begründet worden, aufstrebende Konkurrenten von Marktbeherrschern besonders zu unterstützen, um leichter Wettbewerb entstehen zu lassen, siehe dazu *Nikolinakos*, *EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors*, 2006, S. 10 ff.; *Sidak/Spulber*, *Deregulation and Managed Competition in Network Industries*, *Yale Journal on Regulation* 15 (1998), 118, 141 f. Das Argument fand seinerzeit wenig Anklang. Es passt vorliegend schon deshalb nicht, weil tarifvertragliche Rechtsgestaltung kein Produkt und keine Dienstleistung darstellt, deren Herstellung durch Wettbewerb zu optimieren ist. Zudem existieren in der demokratisch geformten koalitionsären Selbstbestimmung keine technischen, sondern nur akzeptanzabhängige soziale Marktzutrittsbarrieren für Arbeitnehmerorganisationen.

¹⁸ BAG 9.7. 1968 – 1 ABR 2/67 (Fn. 11).

a) Kampfwille unerheblich

Dass tatsächlich das letztgenannte „Können“ und nicht das „Wollen“ ausschlaggebend ist, belegte das BAG dann im Jahr 1975 in einer Entscheidung zur Tariffähigkeit des Marburger Bundes. Hinsichtlich dieser Ärztevereinigung bestanden damals Zweifel an der Kampfwilligkeit, weil viele Mediziner der Meinung waren, ihr Streik vertrage sich nicht mit ethischen Vorgaben des Arztberufs. Das BAG hielt das für nicht ausschlaggebend und stellte unverändert darauf ab, dass der Verband „in der Lage“ sein muss, die Aufgaben einer Tarifvertragspartei durchzusetzen¹⁹. Mittlerweile ist der Arbeitskampfwille des Marburger Bundes mehr als ausreichend bekannt; die Geschichte hat dem BAG Recht gegeben.

b) Schlüsselstellung von Arbeitnehmern und Finanzlage der Gewerkschaft als Merkmale der Wirkkraft

Die Indizwirkung von Mitgliederzahl und Wirkkraft der jeweiligen Arbeitnehmer im Arbeitskampf wurde danach noch konkretisiert. So erklärte das BAG im Jahr 1977, es komme für die Beurteilung der Wirkkraft auch darauf an, dass sich der Mitgliederbestand auch etwa aus Arbeitnehmern zusammensetze, „die eine Schlüsselstellung im Arbeits- und Wirtschaftsleben einnehmen“. Solche Vereinigungen seien „durchaus in der Lage, einen fühlbaren Druck auf den Tarifgegner“ auszuüben. Bei dieser Gelegenheit wurde dann auch die Finanzlage der Gewerkschaft zum Indiz erklärt²⁰.

19 BAG 21.11.1975 – 1 ABR 12/75, NJW 1976, 1165 unter Verweis auf *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, Halbbd. 1, 7. Aufl. 1967, S. 111; heute allgemeine Ansicht, siehe *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Fn. 3), § 2 TVG Rn. 17.

20 BAG 15.3.1977 – 1 ABR 16/75 (Fn. 14). Das BAG hat das später in der Weise klargestellt, dass beispielsweise keine Mittel für den Unterhalt einer Streikkasse oder etwa für gegebenenfalls verloren gehende Schadensersatzansprüche bereitstehen müssten, BAG 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 (Fn. 6), Rn. 50 f. unter Verweis auf BAG 16.11.1982 – 1 ABR 22/78, AP Nr. 32 zu § 2 TVG, B III 2 b (gegen *Kempen*, „Form follows function“- Zum Begriff der „Gewerkschaft“ in der tarif- und arbeitskampfrechtlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Festschrift 50 Jahre BAG, 2004, S. 733, 748 f.); siehe *Henssler* (Fn. 6), S. 22.

3. Zur BAG-Rechtsprechung von 1985 bis 2006: Vielzahl von Tarifvertragsschlüssen als Indizien der Durchsetzungsmacht

a) Indizwirkung einer Vielzahl von Tarifvertragsschlüssen

Später zeigte sich eine deutliche Tendenz der Rechtsprechung, weniger auf Mitgliederzahl und Schlüsselstellung abzustellen, sondern vor allem auf den tatsächlichen Erfolg bei Tarifabschlüssen. 1985, im sogenannten ALEB-Beschluss, stellte das BAG nur sekundär auf Mitgliederzahlen und Organisationskraft einer Vereinigung ab und meinte, dass jedenfalls eine Vielzahl von Tarifverträgen als sicheres Indiz für Durchsetzungsmacht zu gelten habe:

„Eine Arbeitnehmervereinigung, der es gelungen ist, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder durch Tarifverträge zu ordnen, hat damit gezeigt, dass sie so leistungsfähig ist, dass sich die Arbeitgeberseite veranlasst gesehen hat, sich auf Verhandlungen über tarifliche Regelungen von Arbeitsbedingungen einzulassen und Tarifverträge abzuschließen. Sie ist von der Gegenseite ernst genommen worden. Sie hat damit Autorität gegenüber ihren Tarifpartnern bewiesen.“²¹

Diese Tendenz behielt das BAG in den nächsten Jahren bei, wobei die Menge abgeschlossener Tarifverträge stets im Vordergrund stand. Die Richter betonten mal mehr und mal weniger, dass es sich um ein Merkmal der Einzelfallbeurteilung handelte²². Das gilt auch für den BTÜ-Beschluss von 2000, wobei hier im Kontext der Einzelfallbeurteilung zunächst kurz die Mitgliederzahl als Merkmal genannt, dann aber doch wieder besonders auf die geschlossenen Tarifverträge abgestellt wurde²³. Am ausführlichsten wurde die auf die Tarifvertragsaktivitäten abstellende Haltung des BAG im CGM-Beschluss von 2006 begründet. Das Gericht erklärte hier, es seien alle Tarifvertragsschlüsse einschließlich etwa von Anschlussstarifverträgen zu berücksichtigen²⁴.

21 BAG 10.9. 1985 – 1 ABR 32/83, NZA 1986, 332 Rn. 43.

22 So in BAG 25.11. 1986 – 1 ABR 22/85, BAGE 53, 347 = NZA 1987, 492 Rn. 48, bestätigt in BAG 16.1. 1990 – 1 ABR 10/89 (Fn. 7), Rn. 33 f. Nennung der Mitgliederzahl bei späterem Abstellen vor allem auf die Menge der abgeschlossenen Tarifverträge in BAG 14.12. 2004 – 1 ABR 51/03 (Fn. 6), Rn. 46, 47.

23 BAG 6.6. 2000 – 1 ABR 10/99 (Fn. 2), Rn. 39 ff.

24 BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04 (Fn. 16), Rn. 62 ff. Das Gericht spricht davon, die Vereinigung habe in diesem Fall „aktiv in den Prozess der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen eingegriffen“, Verweis auf BAG 25.11. 1986 – 1 ABR 22/85 (Fn. 22), B II 3 d; BAG 16.1. 1990 – 1 ABR 10/89 (Fn. 7), B II 2; BAG 6.6. 2000 – 1 ABR 10/99 (Fn. 2), B II 1, 2 b aa. Zumindest hinsichtlich Anschlussstarifverträgen hatte freilich BAG 16.1. 1990 – 1 ABR 10/89 (Fn. 7), B IV 3 festgehalten, die Vorinstanz sei zu Recht davon ausgegangen, dass solche Vereinbarungen kein Indiz für die Durchsetzungskraft der betreffenden

Damit ergab sich freilich gleichzeitig das Problem, dass Tarifvertrags-schlüsse in manchen Situationen mehr oder weniger stark im Arbeitgeber-interesse liegen.

b) Exkurs zu Tarifverträgen, die dem Arbeitgeber in der arbeitsrechtlichen Austauschbeziehung nützlich sind oder ihm zumindest nicht schaden

An dieser Stelle sei in einem Einschub kurz dargelegt, welche Tarifverträge beziehungsweise Tarifvertragsregelungen das sein können.

aa) Unterschreitung des „equal treatment“-Gebots in der Leiharbeit

Der wichtigste Fall ist sicher die Unterschreitung des „*equal treatment*“-Gebots in der Leiharbeit. Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG sind solche Abweichungen „nach unten“ zugelassen, wenn sie tarifvertraglich angeordnet sind²⁵. Nach der Einführung der betreffenden Regelung durch die Rot-Grüne Koalition (die sich davon eine tarifvertragliche Steuerung des Leiharbeitssektors durch die DGB-Gewerkschaften erhoffte) schloss die außerhalb des DGB stehende Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) eine große Zahl Tarifverträge für die Leiharbeit, mit denen das „*equal treatment*“-Gebot unterschritten wurde. Unabhängig von der Frage, ob die CGZP als Spitzenorganisation nach der Sonderregelung des § 2 Abs. 3 TVG tariffähig war²⁶, konnten die Tarifverträge kaum als Indizien für besondere Durchsetzungsmacht gegenüber der Arbeitgeberseite dienen. Diese war schließlich auf deren Abschluss angewiesen, um vom „*equal treatment*“-Gebot abweichen und somit wirtschaftlich arbeiten zu können.

Christlichen Gewerkschaft Bergbau seien. Für die Berücksichtigung von Anschlussstarifverträgen mit der Begründung, es habe sich nicht um Diktat-, Schein- oder Gefälligkeitstarifverträge gehandelt, BAG 14.12. 2004 – 1 ABR 51/03 (Fn. 6), Rn. 52; ebenso *Henssler* (Fn. 6), S. 20.

25 Die betreffenden Gesetzesregelungen bewirken, dass Tarifverträge dazu dienen, ein gesetzliches Lohnniveau (*equal treatment*) zu unterbieten. Da sich Arbeitnehmer nicht zusammenschließen, um ihre Arbeitsbedingungen zu verschlechtern, musste ihre Einführung eine erhebliche Störung des Tariffsystems mit sich bringen. Trotzdem billigte das BVerfG dies in einem (zu) knapp gehaltenen Kammerbeschluss, BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2283/03, FA 2005, 87 = DB 2005, 110; dazu *Bayreuther*, Tarifpolitik im Spiegel der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – Zum „equal-pay“-Beschluss des BVerfG, NZA 2005, 341; *Lembke*, Verfassungsmäßigkeit der AÜG-Reform, BB 2005, 499.

26 Dazu unten V 2 b, bb.

bb) Sonstige Abbedingung tarifdispositiven Gesetzesrechts; arbeitsvertragliche Bezugnahme

Prinzipiell bieten aber nicht nur die genannten, sondern alle Vorschriften zu tarifdispositivem Gesetzesrecht Anreize für die Arbeitgeberseite zum Tarifschluss²⁷. Dabei eröffnet sich nicht zuletzt die Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme, mittels derer der Arbeitgeber für viele Arbeitsverhältnisse von Nicht-Gewerkschaftsmitgliedern das betreffende Tarifwerk anwendbar machen kann²⁸.

cc) Nutzung der früheren Rechtsprechung zur Tarifeinheit durch Vereinbarung gleich oder weniger arbeitnehmergünstiger Regelungen

Ähnliches galt früher für Tarifverträge, mittels derer unter Nutzung der (2010 aufgegebenen²⁹) Rechtsprechung zur Tarifeinheit und bei Anwendung des Spezialitätsprinzips bestehende Tarifverträge durch gleich oder weniger arbeitnehmergünstige Regelungen unanwendbar gemacht wurden³⁰.

Das beschriebene Phänomen wird sich übrigens bei Übernahme des von DGB und BDA vorgeschlagenen Konzepts für die gesetzliche Einführung der Tarifeinheit nicht wiederholen, da dieses auf das Mehrheitsprinzip abstellt³¹.

-
- 27 Beispiele sind § 622 Abs. 4 Sätze 1, 2 BGB, § 17 Abs. 3 BetrAVG, § 13 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 BUrlG, § 8 Abs. 4 Sätze 3, 4, § 12 Abs. 3 Sätze 1, 2, § 13 Abs. 4 Sätze 1, 2, § 14 Abs. 2 Sätze 3, 4, § 22 Abs. 2 TzBfG, § 4 Abs. 4 Satz 2 EFZG, §§ 7, 12 ArbZG. In gleicher Weise wirkt die AGB-rechtliche Privilegierung der Bezugnahme auf den Tarifvertrag nach §§ 310 Abs. 4 Satz 3, 307 Abs. 3 BGB.
- 28 C. Meyer, DB 2014, 953.
- 29 BAG 27.1. 2010 – 4 AZR 549/08 (A), NZA 2010, 645 ff.; BAG 27.1. 2010 – 4 AZR 537/08, juris; BAG 23.6. 2010 – 10 AS 2/10, NZA 2010, 778; siehe zu alledem Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 2 Rn. 305 ff.; Giesen, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, 1 ff.
- 30 Insbesondere auf den Abschluss des Phönix-Tarifwerks bei Jenoptik durch die CGM geht das BAG im CGM-Beschluss ein, BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04 (Fn. 16), Rn. 91. Das BAG hält hier fest, dass das betreffende Tarifwerk vom 6.3. 1999 zumindest nicht als Schein- oder Gefälligkeitstarifvertrag gelten konnte, nachdem die IG Metall später, am 17.11. 1999, ein weitgehend ähnliches Tarifwerk mit der Jenoptik vereinbart hatte; vgl. dazu die zutreffende Bewertung bei C. Meyer, DB 2014, 953.
- 31 „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern – Tarifeinheit gesetzlich regeln“, Gemeinsame Erklärung von BDA und DGB vom 4.6. 2010, abzurufen unter bda.de, Pfad: Presse; Reden/Statements; Statement 00210. Dort heißt es unter anderem: „Überschneiden sich in einem Betrieb die Geltungsbereiche

dd) Anschlussstarifverträge

Auch für Anschlussstarifverträge kann nicht immer angenommen werden, dass sie Ausdruck besonderer Durchsetzungsmacht der tarifschließenden Gewerkschaft sind. Weil und soweit der Arbeitgeber in der Regel die bei ihm gültigen Tarifverträge ohnehin auch auf Außenseiter anwendet beziehungsweise mit ihnen per Bezugnahme Klausel ausdrücklich deren Anwendung festlegt, bringt die Vereinbarung derselben Tariffinhalte mit einer zusätzlichen Arbeitnehmervereinigung in der Regel keine zusätzliche arbeitgeberseitige Belastung mit sich.

c) Frühere Haltung des BAG zu Tarifverträgen, zu deren Abschluss es keiner oder nur weniger gewerkschaftlicher Durchsetzungsmacht bedarf

All die genannten Tarifverträge, die dem Arbeitgeber in der Austauschbeziehung des Arbeitsverhältnisses in der Regel zumindest nicht schaden, können nicht unbedingt als Indizien besonderer gewerkschaftlicher Durchsetzungsmacht gegenüber der Arbeitgeberseite dienen, zumal sich gerade für kleinere Gewerkschaften ein besonderer Anreiz zum Tarifvertragsschluss ergäbe, wenn sie diesen als Hilfe zum Zugang zur Tariffähigkeit und somit als „Eintrittskarte“ ins Tarifgeschehen benötigten³².

Das BAG war sich dessen, zumindest bei Abfassung des CGM-Beschlusses von 2006, durchaus bewusst. Es meinte dort aber diesen Gesichtspunkt derart berücksichtigen zu können, dass „Schein- oder Gefälligkeitstarifverträge“ ausgeschlossen werden sowie solche Tarifverträge, die „auf einem Diktat der Arbeitgeberseite beruhen“. Das Gericht definierte diese Fälle relativ eng, indem es an das Vorliegen von Schein- oder Gefälligkeitstarifverträgen (auch wenn erstere nicht § 117 BGB entsprechen mussten) strenge Voraussetzungen knüpfte, ebenso an das Vorliegen eines tatsächlichen Diktats. Zudem erklärte es, dass selbst das vereinzelte Vorlie-

mehrerer Tarifverträge, die von unterschiedlichen Gewerkschaften geschlossen werden (konkurrierende Tarifverträge/Tarifpluralität), so ist nur der Tarifvertrag anwendbar, an den die Mehrzahl der Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb gebunden ist. Maßgeblich ist bei solchen sich überschneidenden Tarifverträgen folglich, welche der konkurrierenden Gewerkschaften im Betrieb mehr Mitglieder hat (Grundsatz der Repräsentativität).“ In diesem Sinne auch die auf Antrag des Landes Rheinland-Pfalz erfolgte Entschließung des Bundesrats, BR-Drucks. 417/10; vgl. *Giesen*, ZfA 2011, 1, 20 ff.

³² So die zutreffende Bewertung bei *Greiner*, Der GKH-Beschluss – Evolution oder (erneute) Revolution der Rechtsprechung zur Tariffähigkeit?, NZA 2011, 825, 827; *C. Meyer*, DB 2014, 953 f.

gen solcher Tarifverträge nicht zum Verlust der Tariffähigkeit führen müsste³³.

Diese Haltung konnte kaum überzeugen. Sie führte unnötigerweise zu einem Argumentieren in Kategorien von Missbrauch³⁴ auch in solchen Fällen, in denen vielleicht wirklich nur mehr oder weniger unterlegene Organisationen mehr oder weniger kulante Tarifverträge geschlossen hatten. Überzeugender ist die schlichte Annahme, nach der Tarifverträge, welche die Arbeitgeberseite in der Austauschbeziehung des Arbeitsverhältnisses nichts kosten oder ihr nützen, nichts oder nicht viel über gewerkschaftliche Durchsetzungsmacht aussagen.

4. BAG-Rechtsprechung ab 2010: Rückkehr zu den Kriterien der Mitgliederzahl und der Wirkkraft

Somit hatte das BAG gute Gründe, als es 2010, im sogenannten GKH-Beschluss (einer Zurückverweisungsentscheidung), dann wieder zu den alten Kernindizien Mitgliederzahl und Wirkkraft, insbesondere Schlüsselposition von Mitgliedern, zurückkehrte. Nach dieser Entscheidung spielen Tarifabschlussaktivitäten nur noch eine sekundäre Rolle derart, dass bei weiterhin unklarer Lage auch auf sie abzustellen ist³⁵. Danach ist „vor allem die Mitgliederzahl im selbst gewählten fachlichen und räumlichen Zuständigkeitsbereich“ für die Durchsetzungsmacht von Bedeutung, und zwar „unter Berücksichtigung ihres organisatorischen Aufbaus“ (zu letzterem sogleich IV 1). Diese Fähigkeit, so der Beschluss, könne sich auch daraus ergeben, dass es sich bei den organisierten Arbeitnehmern um „Spezialisten in Schlüsselstellungen“ handle, „die von der Arbeitgeberseite im Fall eines Arbeitskampfes kurzfristig nur schwer ersetzt werden kön-

33 BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04 (Fn. 16), Rn. 62 ff., Verweis auf BAG 25.11. 1986 – 1 ABR 22/85 (Fn. 22), B I 4; BAG 14.12. 2004 – 1 ABR 51/03 (Fn. 6); ebenso *Henssler* (Fn. 6), S. 19 ff. Siehe näher zum CGM-Beschluss *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257, 261 ff.

34 Siehe etwa das Abstellen auf den Missbrauchsgesichtspunkt bei *J. Ulber*, Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP, AuR 2008, 297, 298; *D. Ulber*, Neues zur Tariffähigkeit, RdA 2011, 353 ff. (siehe dort auch S. 357, 360 zum Anliegen der Vermeidung von „Phantomgewerkschaften“ beziehungsweise „Briefkastengewerkschaften“); *Schüren*, Tariffunfähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für die Leiharbeitsbranche, NZA 2008, 453, 455 f. (wörtlich: „extreme Arbeitgeberwünsche“, die durch Tarifverträge in der Leiharbeit erfüllt werden). *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257, 269 f. wiesen zutreffend – ähnlich wie der hiesige Text – auf Schwierigkeiten bei zu enger Definition von Gefälligkeitstarifverträgen und auf die fehlende Justiziabilität von arbeitgeberseitig diktierten Tarifverträgen (S. 272) hin, hielten allerdings an der betreffenden Rechtsprechung fest.

35 BAG 5.10. 2010 – 1 ABR 88/09, NZA 2011, 300.

nen“³⁶. Verblieben dann noch Zweifel, könne auch die langjährige Teilnahme am Tarifgeschehen in die Beurteilung einbezogen werden. Die eigene aktive und dauerhafte Beteiligung am Prozess der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen in einem relevanten Teil des beanspruchten Zuständigkeitsbereichs könne ein entsprechender Beleg sein³⁷. Tarifabschlüsse, die in einer Tarifgemeinschaft erzielt wurden, könnten dagegen nicht als zuverlässiges Indiz angesehen werden, da wegen des gemeinsamen Auftretens der Arbeitnehmervereinigungen einzelnen Koalitionen keine individuellen Verhandlungsbeiträge zugeordnet werden könnten. Insbesondere könne eine noch junge Arbeitnehmerkoalition, die keine Angaben zur Mitgliederzahl und zur organisatorischen Leistungsfähigkeit mache, aus der Anzahl abgeschlossener Tarifverträge keine Belege ihrer Tariffähigkeit herleiten.

Im Beschluss geht das BAG ausdrücklich (wenn auch nur kurz) auf den hier soeben unter III 3 b angesprochenen Gesichtspunkt der arbeitgeber-nützigen Tarifvertragsschlüsse ein. Es rechtfertigt das Abstellen auf die Merkmale Mitgliederzahl, Schlüsselpositionen der Mitglieder und organisatorische Eigenständigkeit, indem es klarstellt, dass die Menge der Tarifabschlüsse auch nicht umgekehrt Indizien für besondere Verhandlungsschwäche seien. Wenn also eine Gewerkschaft besonders viele Tarifverträge schließe, mittels derer gesetzlicher Arbeitnehmerschutz unterboten werde, spreche das als solches ebenfalls nicht gegen die Durchsetzungsmacht³⁸.

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Das Gericht reagiert mit der Rückkehr zur alten Rechtsprechung auf die Tatsache, dass Tarifvertrags-

36 Vgl. zur Besserstellung von Funktionseleitengewerkschaften durch dieses Merkmal *C. Meyer*, DB 2014, 953, 955 f.; *Greiner*, NZA 2011, 825, 829.

37 BAG 5.10. 2010 – 1 ABR 88/09 (Fn. 35) unter Verweis auf BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04 (Fn. 16), Rn. 57, 80 ff. sowie auf BAG 14.12. 2004 – 1 ABR 51/03 (Fn. 6). Damit gibt das BAG schlussendlich dem Bemerken Recht, dass der häufige Tarifvertragsschluss nur Indiz, nicht aber Voraussetzung (konstituierendes Merkmal) der Tariffähigkeit sein kann, da dies auf einen Zirkelschluss hinausliefe, so zutreffend *Rieble*, Relativität der Tariffähigkeit, Festschrift Wiedemann, 2002, S. 519, 534 ff.; *Rieble*, Der CGM-Beschluss des ArbG Stuttgart, BB 2004, 885, 889 f.; anderer Ansicht aber *Henssler* (Fn. 6), S. 19 ff.; *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Fn. 3), § 2 TVG Rn. 19.

38 BAG 5.10. 2010 – 1 ABR 88/09 (Fn. 35) unter ausdrücklichem Zitat von § 310 Abs. 4, § 622 Abs. 4 Sätze 1, 2 BGB, § 8 Abs. 4 Sätze 3, 4, § 12 Abs. 3 Sätze 1, 2, § 13 Abs. 4 Sätze 1, 2, § 14 Abs. 2 Sätze 3, 4 TzBfG, § 13 Abs. 1 BUrlG, § 3 Abs. 1 Nr. 3 Sätze 2, 3 AÜG. In der Tat hatte *Schüren*, Tariffunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239 ff., die Ansicht vertreten, aus dem Abschluss von Tarifverträgen, mittels derer gesetzliche Lohnstandards unterschritten werden, sei gerade auf Tariffunfähigkeit zu schließen.

schlüsse aus vielen – rechtlichen und tatsächlichen – Gründen oft kein Beleg für gewerkschaftliche Durchsetzungsmacht gegenüber der Arbeitgeberseite sind. Man muss also erneut und weiter auf die Mitgliederzahl und die Schlüsselposition der Mitglieder abstellen.

IV. Organisatorische Eigenständigkeit als Merkmal der Tariffähigkeit beziehungsweise insbesondere der Durchsetzungsmacht

Ein seit 1990 von der Rechtsprechung genanntes, zusätzliches Erfordernis der Tariffähigkeit – es lässt sich auch als Merkmal der Durchsetzungsmacht begreifen – ist dasjenige der eigenständigen Organisation. Prinzipiell geht es darum, dass „eine Gewerkschaft von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein (muss), die ihr gestellten Aufgaben zu erfüllen“³⁹. Dieses prinzipiell nachvollziehbare Grunderfordernis wird heute recht streng gehandhabt. Zunächst, 1990, sprach das Gericht lediglich davon, dass es einer „organisatorischen Ausstattung“ bedürfe, um die „Aufgabe als Tarifpartei zu erfüllen“⁴⁰. Ab 2000 hat man es konkretisiert und dabei, wie gesagt, verschärft.

1. Größe und Aufgaben des gewerkschaftlichen Verwaltungsapparats

Zunächst zum gewerkschaftlichen Verwaltungsapparat: Hier verlangt das BAG mittlerweile, dass für den Abschluss von Tarifverträgen

„die wirtschaftlichen Entwicklungen und sonstigen Rahmenbedingungen zu beobachten und zu prognostizieren (seien), um daraus die Tarifforderungen zu entwickeln. Auch (müsse) die tatsächliche Durchführung eines Tarifvertrags überwacht und abgesichert werden. Das Verhandlungsergebnis, das regelmäßig Kompromisscharakter (habe, müsse) verbandsintern vermittelt und durchgesetzt werden“⁴¹.

Diese strengen Anforderungen werden in der betreffenden Entscheidung anschließend nur insoweit relativiert, als ehrenamtliche Tätigkeit zugelassen und auf die jeweilige Situation abgestellt wird, in der bei allgemeinem, landesweit greifendem Zuständigkeitsbereich weitere Erfordernisse be-

39 BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04 (Fn. 16), Rn. 53; vgl. *Henssler* (Fn. 6), S. 22; *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257, 274 f.

40 BAG 16.1. 1990 – 1 ABR 10/89 (Fn. 7), B IV 3.

41 BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04 (Fn. 16), Rn. 53; praktisch wortgleich BAG 14.12. 2004 – 1 ABR 51/03 (Fn. 6), B III 2 e; BAG 6.6. 2000 – 1 ABR 21/99 (Fn. 6), B II 2 b, bb.

stehen als bei räumlich begrenzten, sparten- oder berufsgruppenbezogenen Zuständigkeitsbereichen⁴².

a) Verwaltungsapparat zur Beobachtung und zur Prognose wirtschaftlicher Entwicklungen

Es fragt sich, ob eine tarifschließende Gewerkschaft wirklich einen Personalapparat braucht, um „wirtschaftliche Entwicklungen und sonstige Rahmenbedingungen zu beobachten und zu prognostizieren“. Das ist in Zeiten offener Kommunikation von Forschungsergebnissen zur Konjunktur- und Branchenentwicklung nicht zwingend. Man muss keinen eigenen Hausökonom besetzen, um die konjunkturelle Entwicklung abzuschätzen und daran seine Forderungen auszurichten.

b) Verwaltungsapparat zur Überwachung und Absicherung der Tarifvertragsdurchführung

Ebenso wenig überzeugt das zweite Erfordernis, nach welchem „die tatsächliche Durchführung eines Tarifvertrags überwacht und abgesichert“ werden muss. So etwas ist sicher hilfreich, aber das deutsche Arbeitsrechtssystem ist darauf angelegt, dass derjenige, der Ansprüche innehat, diese selbst geltend macht. Arbeitnehmer mit unerfüllten tarifvertraglichen Ansprüchen überwachen deren Erfüllung in aller Regel selbst und machen sie auch selbst geltend – gelegentlich mithilfe von Gewerkschaftsjuristen, die übrigens meist nicht der eigenen Gewerkschaft angehören, sondern der DGB Rechtsschutz GmbH.

c) Verwaltungsapparat zur verbandsinternen Durchsetzung und Vermittlung tariflicher Verhandlungsergebnisse

Zweifelhaft ist auch die gerichtliche Forderung, nach der die Gewerkschaft in der Lage sein muss, ein tarifliches Verhandlungsergebnis verbandsintern zu vermitteln und durchzusetzen. Auch hier fragt sich, ob es dafür eigener personeller Ausstattung bedarf. Das ist zumindest für die beiden vornehmsten Tarifinhalte Arbeitsentgelt und Arbeitszeit nicht einzusehen; so etwas lässt sich heutzutage online recht schlank vorbereiten, diskutieren und kommunizieren, ohne dass beispielsweise das wichtige Merkmal der demokratischen Binnenverfassung zu leiden hätte.

⁴² Hier reiche dann „auch ein relativ kleiner, zentralisierter Apparat“, um „Tarifverhandlungen effektiv zu führen, die Durchführung von Tarifverträgen zu überwachen und abzusichern sowie die Mitglieder zu betreuen“, BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04 (Fn. 16), Rn. 53, unter „Vgl.“-Verweis auf BAG 16.1. 1990 – 1 ABR 10/89 (Fn. 7), B IV 3. In diesem Sinne auch BAG 14.12. 2004 – 1 ABR 51/03 (Fn. 6), B III 2 e.

Insgesamt drängt sich der Eindruck einer behördenartigen Vorstellung von Gewerkschaftsorganisation auf. Eine Gewerkschaft kann natürlich ihre Mitglieder in Einzelfragen rechtlich beraten (auch wenn die DGB-Gewerkschaften das, wie gesagt, nicht selbst tun, sondern ausgegliedert haben), und sie kann auch hoch komplizierte Tarifwerke nach dem Muster des TVöD schaffen, dessen redaktionelle Begleitung und Anpassung ein ganzes Heer an Beratern erfordert. Nur wird man das nicht als Grundbedingung für Tarifvertragsarbeit ansehen können. Vielmehr muss es hinsichtlich der organisatorischen Eigenständigkeit dabei bleiben, dass die Gewerkschaftsmitglieder in der Vereinigung Ansprechpartner haben und dass Unternehmen und Arbeitgeberverbände für den Tarifvertragsschluss Verhandlungspartner finden⁴³. Auch für diese Aufgaben ist zu beachten, dass im Zeitalter der Telekommunikation eine ständige Vor-Ort-Präsenz der professionellen oder ehrenamtlichen Mitarbeiter nicht erforderlich ist⁴⁴.

2. Eigenständigkeit des Verwaltungsapparats

a) Formulierung des Erfordernisses der Eigenständigkeit des Verwaltungsapparats durch das BAG

Des Weiteren muss eine Vereinigung, um tariffähig zu sein, laut GKH-Beschluss von 2010 „über loyale Mitarbeiter“ verfügen, „die ihr und ihren Mitgliedern im Konfliktfall verpflichtet sind und nicht dem bestimmenden Einfluss Dritter unterliegen“. Entsprechendes gilt nach Meinung der Richter, wenn eine Arbeitnehmervereinigung im Wesentlichen vom Aufbau einer eigenen Organisation absieht und sich hierfür der Einrichtungen und des Personals einer anderen Arbeitnehmervereinigung bedient. Hintergrund war die wesentliche Unterstützung, welche die GKH von der (tariffähigen) CGM erhalten hatte. Das BAG erklärte, eine Arbeitnehmervereinigung dürfe nicht zum „verlängerten Arm“ derjenigen Vereinigung werden, deren Organisation sie sich bediene. Das war bei der GKH zweifelhaft, weil diese keine hauptamtlichen Mitarbeiter und keine Geschäftsstelle hatte, sondern aufgrund einer Rahmenvereinbarung Verwaltungseinheiten der CGM nutzte, welche teilweise hauptamtliche Arbeitnehmer zugunsten der GKH freigestellt hatte, und deren 17 Sekretariate die GKH unterstützten. Das BAG erklärte, daraus könne

„nicht auf eine hinreichende organisatorische Leistungsfähigkeit der GKH geschlossen werden. Erforderlich hierfür (seien) vielmehr Angaben zu den die Gewerkschaftsarbeit Leistenden, seien diese haupt- oder ehrenamtlich tätig“⁴⁵.

43 In diesem Sinne auch, wenngleich zurückhaltender, *Henssler* (Fn. 6), S. 47 f.

44 *C. Meyer*, DB 2014, 953, 954.

45 BAG 5.10. 2010 – 1 ABR 88/09 (Fn. 35), Rn. 50.

Es existierten „so enge personelle Verflechtungen mit der CGM, dass Zweifel an der Eigenständigkeit der GKH“ bestünden⁴⁶.

b) Unabhängigkeit einer Koalition und Eigenständigkeit ihres Verwaltungsapparats

Auffällig ist, dass das BAG das Tatbestandsmerkmal der organisatorischen Eigenständigkeit für die Tariffähigkeit mehr behauptet als begründet. Die These des Gerichts, man brauche „loyale Mitarbeiter“, die „im Konfliktfall“ zur Organisation stehen, provoziert die Gegenfrage, um welchen Konfliktfall es denn hier geht.

Im Konflikt mit dem sozialen Gegenspieler kann es nämlich hilfreich sein, Teil eines starken Zusammenschlusses zu sein oder von einer verbundenen Organisation im Streitfall zu profitieren. Es kann also nur – wie das BAG selbst sagt – um den Schutz vor „dem bestimmenden Einfluss Dritter“ gehen. Damit aber entspricht die vom Gericht geforderte Eigenständigkeit exakt dem bereits bekannten Merkmal der „Unabhängigkeit“ der Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG. Dieses Merkmal der allgemeinen Unabhängigkeit (also nicht der Gegnerunabhängigkeit, die gesondert auf die Distanz vom jeweiligen sozialen Gegenspieler abstellt und diese sichert) wird vor allem auf die organisatorische Verflechtung oder Ausrichtung auf politische, religiöse oder sonstige weltanschauliche Organisationen bezogen. Dabei betont man meist, dass die Unabhängigkeit nicht absolut bestehen muss, sondern dass eine entsprechende inhaltliche Ausrichtung zugelassen ist, und dass es letztendlich um die Sicherstellung eigenständiger Willensbildung gehe⁴⁷.

Damit ist gleichzeitig dargelegt, dass das vom BAG nun formulierte Erfordernis der organisatorischen Eigenständigkeit zumindest überzogen formuliert ist. Eine personelle und politische Verbundenheit der Koalition mit anderen – auch und gerade gewerkschaftlichen – Organisationen kann stärkend wirken, denkt man nur einmal an den Zusammenschluss der größeren Gewerkschaften im DGB und deren Kooperation in der DGB

46 BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 (Fn. 35), Rn. 51, mit ins Einzelne gehenden Ausführungen zu bestimmten Personen, insbesondere zum damaligen GKH-Bundesgeschäftsführer und seinem Vorgänger.

47 So Schubert, in: *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert* (Fn. 3), § 2 Rn. 70; ähnlich betonen Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 2 Rn. 88 f., es gehe darum, dass die Koalition die Interessen ihrer Mitglieder ohne verfälschenden Einfluss von außen wahrnimmt. Freilich wird die allgemeine Unabhängigkeit von Dritten (als Sondergesichtspunkt in Unterscheidung von der Gegnerunabhängigkeit und der Gegnerfreiheit) nicht überall näher beleuchtet, siehe etwa Scholz, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, 35. Ergänzungslieferung 1999, Art. 9 GG Rn. 208; Dieterich/Linsenmaier, in: *ErfK* (Fn. 2), Art. 9 GG Rn. 25.

Rechtsschutz GmbH. Auch die personellen Überschneidungen bei der Besetzung von Führungspositionen in politischen Parteien und Gewerkschaften lässt sich vor diesem Hintergrund nicht beanstanden. Prüfungsmaßstab für die Eigenständigkeit muss vielmehr, wie gesagt, tatsächlich die eigenständige Willensbildung sein. Wenn die personellen Überschneidungen – gegebenenfalls vermittelt durch Arbeitsverhältnisse – so weit wirken, dass die gewerkschaftliche Organisation nicht mehr auf selbständige Entscheidungsprozesse schließen lässt, dann mangelt es an der Koalitions- und demnach auch an der Gewerkschaftseigenschaft, womit dann auch die Tariffähigkeit fehlt⁴⁸.

Mit anderen Worten hätte im Fall der GKH untersucht werden müssen, ob diese über so viel Eigenständigkeit in der Willensbildung verfügt, dass das Merkmal der Koalition erfüllt ist. Angesichts der fast vollständigen personellen Verflechtung mit und Abhängigkeit von der CGM hätte man das wohl verneinen können, so dass die Entscheidung im Ergebnis zutreffend erscheint. Trotzdem bleibt es dabei, dass das vom BAG 2010 neu geschaffene Merkmal der Eigenständigkeit einer Organisation nicht hätte gesondert formuliert werden dürfen, sondern dass es tatsächlich um die Frage der Unabhängigkeit als Koalitionsmerkmal im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG ging.

V. Zum Konzept der unteilbaren Tariffähigkeit

1. Ablehnung der Möglichkeit partieller Tariffähigkeit durch die Rechtsprechung

Laut BAG ist die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung für den von ihr „beanspruchten Zuständigkeitsbereich ... einheitlich und unteilbar“. Die Durchsetzungsmacht und die organisatorische Leistungsfähigkeit müssen sich dabei auf einen „zumindest nicht unerheblichen Teil des beanspruchten Zuständigkeitsbereichs“ beziehen⁴⁹. Zudem lehnen die Richter eine partielle, auf bestimmte Regionen, Berufskreise oder Branchen beschränkte Tariffähigkeit ab⁵⁰. Dieses Konzept der partiellen Tarif-

48 Entgegen *Greiner*, NZA 2011, 825, 826, kann man in einer solchen offenen Vorgehensweise nicht die Gründung von „Tarnorganisationen“ sehen, ebenso wenig können Kooperationsmodelle zwischen Schwestergewerkschaften als solche bereits eine kritische Bewertung erfahren. Dasselbe gilt für die polemische Ablehnung der Nutzung eines Verbands durch andere Verbände „als tarifrechtliches Mutterschiff“ seitens *D. Ulber*, RdA 2011, 353, 358.

49 BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04 (Fn. 16), Rn. 56.

50 Eingehend BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04 (Fn. 16), Rn. 58, wo sich das Gericht insbesondere wendet gegen *Rieble*, Festschrift Wiedemann, 2002, S. 519, 529 ff. Gegen eine differenzierende Handhabung der Tariffähigkeit bereits vorher BAG 14.12. 2004 – 1 ABR 51/03 (Fn. 6), B III 2 e, aa. Ebenso wie das BAG die heute herrschende Ansicht, siehe etwa *Franzen*, in: *ErfK* (Fn. 2), § 2 TVG

fähigkeit wird in der Literatur vertreten, um Gewerkschaften nicht nach einem Alles-oder-Nichts-Prinzip die Tariffähigkeit ganz oder gar nicht zuzusprechen. Stattdessen soll Tariffähigkeit in all denjenigen (Teil-) Bereichen der Zuständigkeit angenommen werden, in denen die Gewerkschaften Druck auf die Arbeitgeberseite ausüben können⁵¹. Das hat mit Blick auf die Effektivierung der Tarifautonomie sicherlich Vorzüge, weil einer Gewerkschaft in den (Teil-) Bereichen ihrer Durchsetzungsmacht die Tarifschlussbefugnis zugestanden wird. Andererseits ist klar, dass ein solcher Differenzierungszwang immer wieder zur Einzel- und Teilbereichsprüfung zwingt, dass er stärker den Wechselfällen der Wirkmachtverhältnisse unterworfen ist und somit zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt⁵². Vor diesem Hintergrund ist es zumindest gut nachvollziehbar, dass sich das BAG zur Verteidigung seiner Konzeption vor allem auf den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit stützt. Die einheitliche Beurteilung der Tarif-

Rn. 13; *ders.*, Tarifzuständigkeit und Tariffähigkeit im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, BB 2009, 1472 ff.; *Schubert*, in: *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert* (Fn. 3), § 2 Rn. 99; tendenziell ebenso *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257, 264 f., die aber eine gesetzliche Regelung zum räumlichen Bezugsrahmen für die Tariffähigkeitsprüfung wünschen.

51 *Rieble*, Festschrift Wiedemann, 2002, S. 519, 529 ff.; *ders.*, BB 2004, 885, 887 f.; in diesem Sinne auch bereits eine kurze Äußerung bei *Dütz*, Zur Entwicklung des Gewerkschaftsbegriffs, DB 1996, 2385, 2388 f. (notwendige Beschränkung der Mächtigkeitsprüfung auf einen bestimmten tarifvertraglichen Geltungsbereich); LAG Frankfurt am Main 19.10.1962 – 5 TaBV 2/62, BB 1963, 1016 = DB 1964, 702 (Abstellen auf die Mitgliederzahlen in unterschiedlichen Bundesländern ohne nähere Begründung). Weitere Konzepte, nach denen eine hinreichende mitgliedschaftliche Grundlage für jeden Tarifvertrag von Fall zu Fall zu prüfen ist, stellen neben *Rieble* auch *Ricken* und *Henssler* vor. Nach *Ricken*, Autonomie und tarifliche Rechtsetzung, 2006, S. 161 ff., 167, 323, handelt es sich dabei allerdings nicht um eine Frage der Tariffähigkeit, sondern um eines von zwei Elementen der Tarifzuständigkeit (das zweite Element ist die satzungsrechtliche Grundlage für die betreffende Tarifnormsetzung). Demgemäß kann ein Tarifvertrag nur gelten, wenn sich die mitgliedschaftliche Legitimation auf ihn bezieht, was bedeutet, dass eine Gewerkschaft im Geltungsbereich des Tarifvertrags hinreichend Mitglieder haben muss. Laut *Henssler* (Fn. 6), S. 71 ff. (unter Verweis auf *Ricken*), ist es dementsprechend denkbar (wenn man die von *Henssler* präferierte Inhaltskontrolle von Tarifverträgen nicht durchführen will, siehe dort S. 54 ff.), eine Einschränkung der Tarifzuständigkeit immer dann anzunehmen, wenn der Organisationsgrad im jeweiligen Geltungsbereich eines Tarifvertrags nicht hinreichend ist.

52 Deshalb ist *Henssler* (Fn. 6), S. 37 ff., 48 ff. zu widersprechen, der kritisiert, die Haltung des BAG führe zu mangelnder Justiziabilität und permanenter Rechtsunsicherheit. Eine von Fall zu Fall gehende Inhaltsprüfung von Tarifverträgen dürfte diese – in der Tat prinzipiell bestehende Situation – noch erheblich verschärfen.

fähigkeit einer Gewerkschaft bringt einen Zugewinn an Planungssicherheit nicht nur für die betroffene Organisation, sondern auch für ihre (möglichen) Tarifvertragspartner.

2. Beurteilung der Durchsetzungsfähigkeit in Relation zum selbst gewählten Zuständigkeitsbereich

a) Standpunkt des BAG

Wenn das BAG die Durchsetzungsmacht einer Arbeitnehmervereinigung im Hinblick auf den von ihr beanspruchten Zuständigkeitsbereich prüft, setzt es die Tariffähigkeit nicht in der Weise absolut, dass eine Gewerkschaft, die in irgendeinem Segment durchsetzungsmächtig ist, universell und überall tariffähig wird. Vielmehr muss sich die Durchsetzungsmacht eben, wie gesagt, auf einen „zumindest nicht unerheblichen Teil des beanspruchten Zuständigkeitsbereichs“ beziehen⁵³. So gesehen kann man für die BAG-Rechtsprechung durchaus von „relativer Tariffähigkeit“ sprechen⁵⁴.

Daraus ergibt sich für kleine Gewerkschaften, die sich auf Wachstumskurs befinden (oder wähnen), ein besonderes Problem. Haben sie sich in einem ausreichend großen Teilsegment ihres Zuständigkeitsbereichs etabliert und erweitern sie diesen zwecks Expansion, verkleinert sich das genannte Teilsegment, bezogen auf den (neu gefassten) Zuständigkeitsbereich. Sie laufen also Gefahr, ihre Tariffähigkeit zu verlieren⁵⁵.

b) Konsequenzen aus der BAG-Rechtsprechung: Ausgründung von Schwestergewerkschaften sowie Bildung einer Spitzenorganisation

aa) Ausgründung von Schwestergewerkschaften

Das dürfte der Grund dafür sein, dass die christlichen Gewerkschaften, um in Bereiche außerhalb bereits bestehender Zuständigkeit hineinzuwachsen, den Weg über Neugründungen beschritten haben, mittels derer die satzungsrechtliche Position der anerkannt tariffähigen CGM unberührt blieb. Nur so konnten sie das Risiko ausschließen, wegen eines erweiterten Zuständigkeitsbereichs, in dem die „relative“ Durchsetzungskraft geringer

⁵³ BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04 (Fn. 16), Rn. 58.

⁵⁴ Zu Recht ist die Rede von „Relativität der Tariffähigkeit“ bei *Henssler* (Fn. 6), S. 35 f.

⁵⁵ Vgl. *D. Ulber*, RdA 2011, 353, 360. Das Gleiche gilt umgekehrt für Gewerkschaften, deren Einfluss zurückgeht. Diese können, wenn sie um ihre Tariffähigkeit fürchten, ihren Zuständigkeitsbereich auf Bereiche reduzieren, in denen sie weiter stark sind, müssen dabei aber eventuell einen Verzicht auf bestehendes Terrain in Kauf nehmen.

geworden war, die Tariffähigkeit zu verlieren. Sie beschränkten sich darauf, aufstrebenden Schwestervereinigungen organisatorisch unter die Arme zu greifen. Umso übler war der darauf folgende Hase/Igel-Effekt, als das BAG nunmehr das Kriterium der organisatorischen Eigenständigkeit derart neu formulierte, dass auch wegen eben der Verbindungen zur Schwestergewerkschaft die Tariffähigkeit ausgeschlossen wurde. Wie gesagt, hätte das überzogen formulierte Kriterium der organisatorischen Eigenständigkeit meines Erachtens schlicht durch das Kriterium der Unabhängigkeit einer Koalition ersetzt werden müssen⁵⁶. Hier wurde im Ergebnis organisatorische „Entwicklungshilfe“ einer Gewerkschaft für die andere in einem Maß rechtlichen Risiken unterworfen, das prohibitiven Charakter haben kann.

bb) Bildung einer Spitzenorganisation

Eine andere Möglichkeit, in Bereiche außerhalb bereits bestehender Zuständigkeit hineinzuwachsen ohne Gefährdung eigener Tariffähigkeit, sahen die christlichen Gewerkschaften in der Gründung einer Spitzenorganisation, die gemäß § 2 Abs. 3 TVG befugt ist, Tarifverträge zu schließen. Das war die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP). Diese wurde allerdings vom BAG nicht als Spitzenorganisation anerkannt. Dabei stellte das Gericht – obwohl das entsprechend der bis dahin gültigen Rechtsprechung nahe gelegen hätte – nicht auf die Durchsetzungsmacht der CGZP und/oder ihrer Mitgliedsorganisationen im Zuständigkeitsbereich ab. Stattdessen begründete das Gericht überraschend ein neues, im Gesetzestext nicht angelegtes formales Erfordernis für Spitzenorganisationen, welches die CGZP nicht erfüllte. Das BAG verlangte, die Mitgliedsgewerkschaften müssten der Spitzenorganisation ihre Tariffähigkeit vollständig vermitteln, und die satzungsmäßige Zuständigkeit der Spitzenorganisation dürfe nicht über diejenige der Mitgliedsorganisationen hinausgehen. Beides war in der Literatur bis dahin nie gefordert worden und es war bei der CGZP nicht der Fall, so dass ihr die Tariffähigkeit vom BAG per Feststellung nach § 97 ArbGG sogar rückwirkend aberkannt wurde⁵⁷. Der soeben schon ange-

⁵⁶ Siehe oben IV 2 b.

⁵⁷ BAG 14.12. 2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289. Die Anordnung der Rückwirkung dieser Entscheidung über die Tariffähigkeit der CGZP folgte in BAG 23.5. 2012 – 1 AZB 67/11, NZA 2012, 625; BAG 23.5. 2012 – 1 AZB 58/11, NZA 2012, 623; BAG 22.5. 2012 – 1 ABN 27/12, BB 2012, 1471. Kritisch zu alledem, insbesondere zum Widerspruch der neuen Rechtsprechung gegen das Gesetz, *Henssler*, Die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag und ihre Bedeutung für die Wirksamkeit der von der CGZP geschlossenen Verbandstarifverträge, in: Brand/Lembke (Hrsg.), Der CGZP-Beschluss des Bundesarbeitsgerichts, 2012, S. 19, 53 ff.; *Lembke*, CGZP-Sachverhalte vor dem 14.12.2010: Aussetzen oder

sprochene Hase/Igel-Effekt kommt hier besonders deutlich zum Tragen. Dennoch soll nicht behauptet werden, dass die CGZP in jedem Fall hätte als tariffähig angesehen werden müssen. Es ist durchaus denkbar, dass sie beziehungsweise ihre Mitgliedsorganisationen nach den bis dahin gültigen Maßstäben in ihrem Zuständigkeitsbereich nicht über hinreichende Durchsetzungsmacht verfügten – diese Kriterien wären ohne weiteres subsumierbar gewesen⁵⁸. Freilich hätte sich bei Anlegen dieses Maßstabs noch stärker die Frage aufgedrängt, ob ihm auch die DGB-Tarifverträge im Bereich der Leiharbeit genügten. Insgesamt ist der Eindruck unnötig politisierter Rechtsprechung nicht leicht von der Hand zu weisen.

VI. Auswirkungen von Gesetzes- und Richterrechtsänderungen auf die Bewertung der Tariffähigkeit?

Im Folgenden soll, gewissermaßen als Ausblick, noch die aktuellere Entwicklung des Tarifvertragsrechts behandelt werden, nämlich die Frage, ob die von der Großen Koalition geplanten Gesetzesänderungen und das neuere kollektivarbeitsrechtliche Richterrecht des BAG Auswirkungen auf den Begriff der Tariffähigkeit haben.

1. Auswirkungen geplanter Gesetzesänderungen

Im geplanten Gesetzespaket eines Tarifautonomie-Stärkungsgesetzes (TASG, BR-Drucks. 147/14) findet sich eine Vielzahl von Regelungen, die künftig vom Tarifvertragsabschluss abschrecken werden. Das lässt sich wie folgt in Stichworte fassen:

- Die Mindestlohnregelungen werden tendenziell Anreize zum Tarifvertragsschluss entfallen lassen, weil der Grundstandard, der mit dem Stundenentgelt von 8,50 € festgesetzt wird, insbesondere für

Durchentscheiden?, NZA 2011, 1062, 1066 f.; Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 2 Rn. 286 ff., 294 ff. Löwisch, Die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen und ihre Feststellung, SAE 2011, 61; Giesen, Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, 2011, S. 33 ff.; Giesen, FA 2012, 226 ff.; Zustimmung aber bei Schlegel, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen des CGZP-Beschlusses, NZA 2011, 380; Park/Riederer von Paar/Schüren, Arbeits-, sozial- und strafrechtliche Risiken bei der Verwendung von Scheintarifverträgen, NJW 2008, 3670, 3673; Schüren/Wilde, Selbstständige und akzessorische Beitragsansprüche bei nichtigen „Biligtarifverträgen“ in der Leiharbeit, NZS 2009, 303, 305.

⁵⁸ Zu klären wäre lediglich gewesen, ob Gegenstand der Mächtigkeitsprüfung der Spitzenverband, die Mitgliedsverbände oder beide gewesen wären. Umgehungsprobleme wären bei umsichtiger Klärung dieser Frage sicher nicht aufgetreten. Vor diesem Hintergrund lässt sich der Versuch von D. Ulber, RdA 2011, 353, 358 f., die Rechtsprechung zu begründen, nicht nachvollziehen.

Ungelernte oder gering Qualifizierte wirtschaftlich kaum überboten werden kann. Hier ergibt sich, zumindest bei künftiger Kaufkraftangleichung des Mindestlohns, für einige Branchen mit ohnehin geringem Organisationsgrad kaum noch ein Motiv zum Tarifvertragschluss. Dabei werden Tarifverträge, welche dem Mindestlohniveau nahe kommen, nicht als Indizien für Durchsetzungsfähigkeit dienen können.

- Dasselbe gilt auch für diejenigen Tarifverträge, mittels derer in der Übergangszeit nach § 24 MiLoG-E der für Anfang 2015 vorgesehene gesetzliche Mindestlohn bis Ende 2016 unterschritten werden können soll. Freilich fordert für sie § 24 MiLoG-E den Abschluss durch „repräsentative“ Tarifvertragsparteien, womit zusätzlich die Anwendung auf einen Großteil der betroffenen Arbeitnehmer verlangt wird.
- Des Weiteren werden überall dort, wo die Verdrängung von Tarifverträgen durch verbindlich gestellte Tarifverträge angeordnet wird, Anreize zum Abschluss der betreffenden Tarifnormen entfallen. Entsprechende, im Vergleich zum bisherigen Recht weiter greifende Regelungen finden sich im Gesetzespaket „zur Stärkung der Tarifautonomie“ bei § 8 Abs. 2 AEntG-E (siehe insbesondere zur Erweiterung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift § 4 Abs. 2 AEntG-E) sowie bei § 5 Abs. 1, Abs. 4 Satz 2 TVG-E⁵⁹.

Wie auch immer man zu diesen rechtspolitischen Plänen stehen mag, wird deren Umsetzung lediglich mittelbar auf das Tarifgeschehen wirken und nicht die Regeln für die Prüfung der Tariffähigkeit ändern. So werden insgesamt die Anreize zur gewerkschaftlichen Organisation stark verringert, so dass sich vor allem in Niedriglohnsektoren künftig eher weniger Gewerkschaften bilden oder halten werden. Das Gesetzespaket wird also erheblichen Einfluss auf die Tarifabschlussaktivitäten haben, sich aber damit nur mittelbar und nicht unmittelbar auf die Frage der Tariffähigkeit auswirken.

2. Auswirkungen neuerer Richterrechtsregeln auf den Arbeitskampf

Im September 2009 hat der 1. Senat des BAG in seiner „Flashmob“-Entscheidung die Arbeitskampfbefugnisse insbesondere von Gewerkschaften erheblich erweitert. Seiner neuen Ansicht nach hat die Gewerkschaft ein eigenes Recht zur Erfindung von Kampfmitteln und kann hierfür auch

59 Vgl. auch die Erleichterungen beziehungsweise Modifizierungen für die Anwendung von § 3a, § 10 Abs. 4 Satz 3 AÜG gemäß § 3a AÜG-E.

Nichtbelegschaftsmitglieder in die Auseinandersetzung schicken⁶⁰. Damit macht er die bisherige Rechtsprechung obsolet, die nur den Streik und die Aussperrung als Arbeitskampfmaßnahmen zugelassen hat⁶¹. Während der Arbeitskampf bisher der Belegschaft dazu diente, mit eigenem Opfer – Lohnverzicht während Streik und Aussperrung – den Arbeitgeber zum erwünschten angemessenen Tarifvertragsschluss zu bringen, verändert er mit dem „Flashmob“ sein Gesicht. Die Gewerkschaft geht hier kein Risiko ein, denn es werden fremde „Kampfgenossen“ aktiviert, denen der Betrieb und sein Fortbestand gleichgültig sein können. Die Frage, ob dabei tatbestandsmäßige Straftaten begangen werden können, bleibt dabei offen, weil das BAG mittels sehr eigenwilliger Auslegung des Hausfriedensbruch-Paragrafen (§ 123 StGB) zur Straflosigkeit der Flashmob-Randale kommt. Der Arbeitgeber muss demnach, wenn er den „Flashmob“ eindämmen will, sein Hausrecht ausüben, wobei er letztendlich auf Schnelligkeit und Einsatzwillen der Polizei oder privater Sicherheitskräfte beziehungsweise Schlägertrupps angewiesen ist. Die BAG-Entscheidung schafft erhebliche Unsicherheit, weil nicht klar ist, ab welchem Maß der Unerträglichkeit des Eingriffs mit der Unzulässigkeit der Aktion zu rechnen ist. Überraschend hat das BVerfG die Entscheidung für verfassungsmäßig erklärt, wobei die

60 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347 („Flashmob“): „Eine gewerkschaftliche Aktion, bei der die Teilnehmer durch den Kauf geringwertiger Waren oder das Befüllen und Stehenlassen von Einkaufswagen in einem Einzelhandelsgeschäft kurzfristig und überraschend eine Störung betrieblicher Abläufe hervorrufen, ist im Arbeitskampf nicht generell unzulässig ... Regelmäßig unangemessen sind Verletzungen der in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten Rechte wie Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum. Dies gilt nicht in gleicher Weise für den arbeitskampfbedingten Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ... Durch Aktionen der beschriebenen Art wird nicht etwa typischerweise der Straftatbestand des Hausfriedensbruchs im Sinne von § 123 Abs. 1 StGB verwirklicht ... Danach sind ‚Flashmob-Aktionen‘ der streitbefangenen Art nicht generell unangemessen.“ Siehe dazu *Jacobs*, Das neue Arbeitskampfrecht des Bundesarbeitsgerichts, ZfA 2011, 71 ff.; *Kersten*, Neues Arbeitskampfrecht, 2012, S. 66 ff.; *Konzen*, Kampfmittelfreiheit und Flash mob-Aktionen, Festschrift Reuter, 2011, S. 603 ff.; *Löwisch*, Besitzschutz gegen Flashmob, NZA 2010, 209 ff.; *Rehder/Deinert/Callsen*, Atypische Arbeitskampfformen der Arbeitnehmerseite, AuR 2012, 103 ff.; *Rieble*, Das neue Arbeitskampfrecht des BAG, BB 2008, 1506 ff.; *Otto*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Neues Arbeitskampfrecht? 2010, S. 15 ff.; *Giesen*, ebenda, S. 95 ff.

61 BAG (GS) 28.1. 1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291; BAG (GS) 21.4. 1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292, 306 ff.; eingehend *Kissel* (Fn. 12), §§ 60, 61; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 612; *Otto*, Arbeitskampfrecht, 2006, § 4, Rn. 25 f. Vgl. zur – abzulehnenden – lösenden Aussperrung *Kissel* (Fn. 12), § 52 Rn. 52 ff.

betreffende Kammer nicht einmal den zuständigen 1. Senat des BVerfG befassen wollte⁶².

Es stellt sich die Frage, ob eine Organisation, welche die spezifischen Einflussmöglichkeiten der neuen Kampfbefugnisse nutzen kann, eher als andere Vereinigungen die Anforderungen der Tariffähigkeit erfüllt. Das liegt auf den ersten Blick durchaus nahe, denn das BAG stellt für die Annahme der Tariffähigkeit, wie gesagt, auf die Durchsetzungskraft der Gewerkschaft ab. Diese steigt, wenn die Organisation über eine hinreichende Anzahl militanter Anhänger verfügt, die physisch und intellektuell in der Lage sind, verhältnismäßige Vandalismusaktionen wie im Flashmob-Fall durchzuführen. Nachdem das BAG in der betreffenden Entscheidung auch die Kampfbeteiligung von Nichtmitgliedern erlaubt, gilt dasselbe auch für eine Gewerkschaft, die über genügend Geldmittel verfügt, mittels derer Randalettruppen angeworben werden können, welche entsprechend in Aktion treten.

Diese Überlegung mag auf den ersten Blick etwas zynisch klingen, könnte aber die Folge daraus sein, dass das BAG und das BVerfG in ihren Flashmob-Entscheidungen das staatliche Gewaltmonopol teilweise an die Koalitionen abgegeben haben, die ihre Kräfte nunmehr mittels straffreier Gewalt messen können⁶³. Wenn durch solche – natürlich stets im Sinne der Rechtsprechung verhältnismäßige und somit zugelassene – Vandalismusaktionen hinreichend erhöhter Druck auf die Gegenseite ausgeübt werden kann, ist möglicherweise anzunehmen, dass die Durchsetzungskraft einer Organisation im Sinne der Regeln zur Tariffähigkeit gestärkt ist.

Trotzdem sprechen gewichtige Gründe dagegen. Der erste ist, dass die von den genannten Gerichten betriebene Brutalisierung der Arbeitsbeziehungen meines Erachtens noch nicht Teil der Rechtsordnung geworden ist. Die beiden höchstgerichtlichen Entscheidungen, mit denen außerhalb von Schutzkonstellationen erstmals private Gewalt gerechtfertigt wird, müssen nicht unbedingt die Abkehr jahrzehntelanger vorangegangener entgegengesetzter Judikatur bedeuten. So ist der 1. Senat mit seiner Entscheidung von der Rechtsprechung des Großen Senats abgewichen, weshalb wegen Verstoßes gegen § 45 Abs. 2 ArbGG noch keine Änderung von Richterrecht angenommen werden kann⁶⁴. Zudem ist es durchaus möglich, dass Straf-

62 BAG 22.2. 2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347; BVerfG 9.4. 2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493.

63 BAG 22.2. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 62); BVerfG 9.4. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 62).

64 Siehe die Rechtsprechung des Großen Senats oben Fn. 61; vgl. zur Richterrechtsbildung und zur Richterrechtsänderung nach § 45 Abs. 2 ArbGG *Giesen*, RdA 2014, 78, 85 f.

gerichte beispielsweise die vom BAG behauptete Strafflosigkeit des Flashmob anders bewerten werden. Ebenso ist denkbar, dass beim nächsten Flashmob nicht nur der betroffene Verband (wie dies bei der Flashmob-Entscheidung der Fall war), sondern der geschädigte Betriebsinhaber klagt und so die Prüfung der Grundrechte aus Berufs- und Eigentumschutz (Art. 12, 14 GG) veranlasst, welche der Dreier-Ausschuss des BVerfG verweigert hat.

Der zweite Grund ist, dass man selbst bei Akzeptanz der Flashmob-Judikatur derart an der bisherigen Rechtsprechung zu den Merkmalen der Durchsetzungskraft festhalten kann, dass weiterhin auf die Mitgliederzahl und deren Wirkmacht „kraft Schlüsselstellung im Betrieb“ abzustellen ist, und nicht schlicht auf eine Durchsetzungsmacht, die auch von der Bereitschaft zu verhältnismäßiger Gewalt abhängt. Damit wird zwar möglicherweise das Merkmal der Durchsetzungskraft modifiziert. Bedenkt man jedoch, dass die (eventuell) fehlende seinerzeitige Kampfbereitschaft des Marburger Bundes vom BAG ebenfalls nicht als Merkmal fehlender Durchsetzungskraft angesehen wurde⁶⁵, besteht Hoffnung, dass dies umgekehrt auch hinsichtlich überschießender Militanz gilt. Insgesamt sprechen somit die besseren Gründe dafür, bei Prüfung der Durchsetzungsfähigkeit nicht darauf abzustellen, ob eine Gewerkschaft bereit oder in der Lage ist, durch verhältnismäßige Gewaltausübung im Sinne der Flashmob-Rechtsprechung Druck auszuüben.

VII. Zusammenfassung

1. Tariffähigkeit ist die rechtliche Eignung einer Person oder Vereinigung, Partei eines Tarifvertrags zu sein.
2. Auf Gewerkschaftsseite können nach allgemeiner Ansicht nur Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG tariffähig sein, die darüber hinaus über „Durchsetzungskraft“ verfügen. Die Rechtsprechung hat dieses Erfordernis zu Recht statuiert, da eine nicht durchsetzungsmächtige Vereinigung die Schutz- und Befriedungsfunktion des Tarifvertragssystems nicht unterstützen kann.
3. Schwierigkeiten bereiten die Indizien für und wider gewerkschaftliche Durchsetzungsmacht. Zu Recht stellte das BAG ab 1968 auf Mitgliederzahl und Wirkkraft der Mitglieder im Arbeitskampf ab und erklärte später den Kampfwillen der Organisation für unerheblich. Ein Irrweg war dagegen die Rechtsprechung in der Zeit zwischen 1985 und 2006, welche aus einer Vielzahl von Tarifvertragsschlüssen auf die Durchsetzungsmacht schloss und Ausnahmen nur zuließ für Tarifverträge, die zum Schein, aus Gefälligkeit oder aufgrund arbeitgeberseitigen Diktats geschlossen worden

65 BAG 21.11. 1975 - 1 ABR 12/75 (Fn. 19); siehe oben III 2 a.

waren. Dies führte zu häufigem Argumentieren in Kategorien des Missbrauchs, und die Funktion des Merkmals der Durchsetzungsmacht, nur hinreichend verhandlungsmächtige Organisationen zuzulassen, trat in den Hintergrund. Somit hatte das BAG gute Gründe, als es 2010 im GKH-Beschluss wieder zu den alten Kernindizien Mitgliederzahl und Wirkkraft, insbesondere Schlüsselposition von Mitgliedern, zurückkehrte.

4. Abzulehnen ist dagegen das seit 1990 von der Rechtsprechung entwickelte zusätzliche Erfordernis der eigenständigen Organisation einer Gewerkschaft. Das gilt vor allem für die Verschärfung dieses Erfordernisses durch die Forderung, der gewerkschaftliche Verwaltungsapparat solle in der Lage sein, zwecks Formulierung von Tarifforderungen die wirtschaftlichen Entwicklungen zu prognostizieren, die tatsächliche Durchführung eines Tarifvertrags zu überwachen und Verhandlungsergebnisse verbandsintern zu vermitteln und durchzusetzen. Hier zeigt sich eine behördenartige Vorstellung von Gewerkschaftsorganisation, welche die Ausübung der Tarifautonomie überzogen beschränkt. Gleiches gilt für die zusätzliche Forderung nach Eigenständigkeit des Verwaltungsapparats, die sich im Ergebnis vor allem gegen die Gründungsunterstützung von Schwestergewerkschaften richtet. Dieses Merkmal wird im Kern nicht anders begründet als das allgemeine Merkmal der Unabhängigkeit einer Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG. Es sollte daher entfallen – die Prüfung der koalitionären Unabhängigkeit muss genügen.

5. Das vom BAG vertretene Konzept der unteilbaren Tariffähigkeit, bei welchem die Durchsetzungsfähigkeit in Relation zum selbst gewählten Zuständigkeitsbereich geprüft wird, ist mit Blick auf das Erfordernis der Rechtssicherheit zumindest gut vertretbar. Jedoch führt seine Anwendung – in Verbindung mit den eben genannten Grundsätzen zur organisatorischen Eigenständigkeit – dazu, dass das Wachstum von Gewerkschaftsverbänden durch Ausgründung von Schwestergewerkschaften unnötig gehemmt wird. Dasselbe gilt für die Erschwerung der Expansion durch Gründung von Spitzenorganisationen in den sogenannten CGZP-Entscheidungen. Hier hätte man entsprechend der bis dahin gültigen Rechtsprechung auf die Durchsetzungsmacht der CGZP und/oder ihrer Mitgliedsorganisationen im Zuständigkeitsbereich abstellen müssen. Die neu behauptete Rechtsansicht des 1. Senat des BAG, nach der die Mitgliedsorganisationen der Spitzenorganisation ihre Tariffähigkeit vollständig vermitteln müssen und nach der die Zuständigkeit der Spitzenorganisation nicht über diejenige der Mitgliedsorganisationen hinausgehen darf, ist nicht nachvollziehbar.

6. Nach meiner Einschätzung werden die seitens der Großen Koalition geplanten Gesetzesänderungen keine Auswirkungen auf die Bewertung der Tariffähigkeit haben, auch wenn viele Anreize zum Tarifvertragschluss entfallen. Das gilt wohl auch für die – jüngst vom BVerfG gebillig-

te – Rechtsprechung des BAG zu den erweiterten Kampfbefugnissen („Flashmob“). Diese bewirkt zwar die gesteigerte Durchsetzungsfähigkeit von Gewerkschaften, die bereit und in der Lage sind, mit Hilfe militanter Anhänger verhältnismäßige Vandalismusaktionen im Arbeitskampf durchzuführen. Jedoch ist diese Rechtsprechung des BAG nach meinem Erachten noch nicht als Richterrecht etabliert. Zudem kann man selbst bei Akzeptanz der betreffenden Judikatur derart an der bisherigen Rechtsprechung zu den Merkmalen der Durchsetzungskraft festhalten, dass weiterhin auf die Mitgliederzahl und deren Wirkmacht „kraft Schlüsselstellung im Betrieb“ abzustellen ist.

Diskussion

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Lieber Herr *Giesen*, Sie haben, wie ich meine, diese auf den ersten Blick kohärente, aber auf den zweiten Blick durchaus inkohärente Rechtsprechung sehr schön zusammengefasst. Ich bin auch der Ansicht, dass wir seit 2010 uns des Eindrucks nicht erwehren können, dass das zunächst für CGM positive Urteil nun eine Art von gewerkschaftspolitischer Zuspitzung erfahren hat, dass man nämlich die Unterorganisationen dieser „christlichen“ Gewerkschaft doch zunehmend für tarifunfähig erklärt und das mithilfe von Kriterien, die in der Tat auf den ersten und auch auf den zweiten Blick nicht einleuchten. Zwar war es mit diesen Tarifabschlüssen nicht weit her – wie Sie richtig sagen, waren es nur Anschlussverträge beziehungsweise Gefälligkeitsverträge, und das ist kein valides Kriterium; auf der anderen Seite ist es aber dann doch wieder eine Überspitzung seitens des BAG, hier einen eigenen Behördenapparat zu verlangen und damit vor allem, was ich für sehr sinnvoll hielte, eine organisatorische Bündelung nicht auch anzuerkennen, die den Streik insbesondere seitens dieser kleineren Gewerkschaften erleichtern könnte. Ich habe schon den Eindruck, dass hier die DGB-Gewerkschaften wieder subtil aber deutlich bevorzugt worden sind und den kleinen Gewerkschaften deutliche Stolpersteine in den Weg gelegt werden. Das CGZP-Urteil hat auch noch gezeigt, dass wir mit Rechtsfortbildungen zu rechnen haben, die sich kein Mensch vorstellen konnte; ich frage mich seitdem, was § 2 Abs. 3 TVG eigentlich noch für eine eigenständige Bedeutung hat. Wenn also § 2 Abs. 2 und § 2 Abs. 3 TVG zusammengelesen werden müssen, um das BAG nachvollziehen zu können, dann ist das keine überzeugende Rechtsfortbildung.

Was ich noch einmal fragen möchte – vielleicht ist das ZAAR ja auch zuständig für die Beratung von Kleingewerkschaften: Was machen wir denn falsch als kleine Arbeitnehmerorganisation aus Sicht des BAG, wenn wir keine hauptberuflichen Mitarbeiter haben, aber uns dennoch aktiv in einen Arbeitskampf mit unkonventionellen Mitteln begeben – wäre das vielleicht das Mittel der Wahl? Sie haben es angedeutet, Herr *Giesen*: aus der befriedenden Wirkung herauszugehen und uns eine durch Zerstörungskraft gewonnene Tariffähigkeit zusprechen zu lassen. Das wäre eine kleine Folgewirkung der neuen Rechtsprechung: Strategie und Praxis könnten dadurch angeregt werden.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich meine, das BAG hat nicht unbedingt *pro* DGB entschieden, sondern *contra* CGZP. Diese Entscheidung ist eine Sonderbaustelle, die ich nicht unbedingt hier noch einmal zum Vortragsgegenstand machen möchte. Mich hat es überrascht, dass es neue Kriterien für die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation geben soll, nachdem es allgemeine Kriterien für Gewerkschaften gibt. Das ist im Gesetz nicht angelegt, das war im Verfahren nicht absehbar, das war ein rechtsstaatlicher Verstoß. Ich kenne die Sachverhalte nicht genau, die Organisationsgrundlagen der CGZP sind nie geprüft worden, aber man hätte auf anderen Wegen natürlich zur Tariffähigkeit oder zur Tarifunfähigkeit der CGZP kommen können. Was mich erstaunt hat, war das rechtsstaatswidrige Vorgehen, mit dem neue Kriterien entwickelt wurden, mit Rückwirkung und drittens noch ohne Anhörung der Betroffenen. Die Vorinstanzen hatten in ihren Beschlüssen nur eine geringe Reichweite dieser Beschlüsse selbst vorgesehen und diese Reichweite wurde dann in letzter Instanz noch erweitert gegen den Grundsatz des Festhaltens an den Anträgen. Da kam sehr viel zusammen, was diese ganze Rechtsprechung sehr anrühlich gemacht hat. Meines Erachtens wäre es möglich gewesen, ganz einfach die Tariffähigkeit der CGZP zu prüfen, und ich bleibe dabei, das wäre so oder so ausgegangen. Es ist schwer für mich, das zu beurteilen. Es gibt natürlich Leute, die spekulieren und sagen: „Mit der strengen Anwendung dieser Kriterien auf die CGZP wären auch die DGB-Engagements in diesem Bereich in Gefahr geraten.“ Aber auch das ist eine Frage der Sachverhalte. Es ist wohl so, dass in der Leiharbeit ein geringerer Organisationsgrad Bestand hat.

Für meine Begriffe ist der Fehler woanders gemacht worden, nämlich ganz zu Beginn, als man das Unterschreiten des gesetzlichen Entgeltlevels durch den Tarifvertrag zugelassen und auf diese Weise extreme Abschreckung betrieben hat für ein gewerkschaftliches Engagement. Damit sind wir eigentlich beim Vortragsthema von *Volker Rieble*. Wenn ich als Gesetzgeber ein Entgeltlevel oder ein Niveau an Arbeitsbedingungen einziehe und das durch gewerkschaftliche Leistungen unterschritten werden kann, brauche ich mich nicht zu wundern, wenn sich später niemand organisiert. Das ist der Webfehler, das ist das Anliegen, welches *Volker Rieble* heute hatte, was ich auch in meiner Wortmeldung hatte. Wir müssen erkennen, dass wir die koalitionsfähige Aktivität und die staatliche Aktivität voneinander trennen müssen. Beide haben eigene Funktionen und unterliegen auch eigenen Kontrollmechanismen. Ich habe auch diese Tendenz, dass wir nach Möglichkeit versuchen sollten, die Koalitionen stark zu halten. Aber dort, wo sie nicht stark sind, muss der Staat ehrlich Verantwortung übernehmen. Man darf nicht durch ein institutionelles Vakuum, das durch nicht kontrollierte Organisationen gefüllt wird, zu einer Pseudoord-

nung zu kommen. Das ist der eigentliche Fehler, der in der Leiharbeit gemacht wurde.

Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg:

Nur ein kleiner Hinweis. Wir sollten bei der Verschärfung der Anforderungen an die Tariffähigkeit die Rückwirkungen auf die Betriebsverfassung im Auge haben. Das BAG steht ja immer noch auf dem Standpunkt, es gäbe einen einheitlichen Gewerkschaftsbegriff, der von der Tariffähigkeit abhängt. Verschärft man die Anforderungen an die Tariffähigkeit, hat man niemanden mehr außer dem Arbeitgeber und der Mehrheitsgewerkschaft, der einmal sagen kann: „Da läuft etwas falsch, da mache ich ein Verfahren geltend.“ Das fällt alles weg. Zumindest sollte man bei der ganzen Sache argumentieren: Wenn schon, dann trennt endlich den Gewerkschaftsbegriff für die Tarifvertragsordnung und für die Betriebsverfassung.

Richard Giesen:

Was natürlich Probleme gibt, wenn man dann auflösen möchte, das Vorrangproblem Tarifvertragsregelung – Betriebsvereinbarung. Dort müsste man gegebenenfalls einen Sonderweg beschreiten.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Nur eine kurze Frage: Ich habe in Deinem Beitrag eine Analyse der Arbeitgeberverbände vermisst. Es gibt neuerdings Arbeitgeberverbände, die von DGB-Gewerkschaften eigens gegründet werden, um Tarifverträge abzuschließen. Ich nenne hier den Zweckverband in der Weiterbildung. Man greift Fördermittel nach dem SGB III ab, indem man einen gewerkschaftshörigen Arbeitgeberverband gründet. Der erste Tarifvertrag dieses Arbeitgeberverbands ist von *Edgar Schramm* auf Arbeitgeberseite unterzeichnet, der seinerseits Geschäftsführer des DGB-Bildungswerks ist, also eine Art In-Sich-Geschäft abgeschlossen hat. Kann man sagen, dass das Gefälligkeitstarifverträge sind? Führt das zur Unwirksamkeit oder machen wir das nur über die Gegnerunabhängigkeit?

Richard Giesen:

Ich meine, dass schaffen wir über die Gegnerunabhängigkeit, das ist ein Problem, das wir häufig hatten bei gemeinsamen Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 TVG. Sie können dazu instrumentalisiert werden, die Gegenseite zu finanzieren. Das Ganze kann auch einmal umgekehrt sein. Wenn wir eine – mit welchen Mitteln auch immer – wirtschaftlich starke Gewerkschaft haben, ist es möglich, dass Gelder Richtung andere Seite aus der Gewerkschaft in die Arbeitgeberseite gehen. Nur sehe ich darin kein neues rechtliches Problem. Mein Plädoyer wäre in diesem Fall – genau wie Du es auch schon angedeutet hast –, auf die Koalitionsmerkmale nach Art. 9 Abs. 3 GG zurückzugreifen und keine neuen Merkmale für Tariffähigkeit zu entwickeln. Das bedeutet dann, wenn der Fall so ist, wie Du ihn geschildert hast, dass diesem Arbeitgeberverband mangels Gegnerunabhängigkeit sicherlich die Koalitionseigenschaft nach Art. 9 Abs. 3 GG fehlt. Damit wäre die Folgefrage der Tariffähigkeit auch schon geklärt.

Europäische Prägung des Tarifrechts?

Abbo Junker

Seite

I. Einleitung.....	174
II. Bezugnahmeklauseln im Visier des EuGH.....	174
1. Werhof/Freeway Traffic Systems.....	175
2. Alemo-Herron/Parkwood Leisure	177
III. Kritik der Entscheidung Alemo-Herron.....	179
1. Anpassungsinteresse des Betriebserwerbers	180
2. Unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh).....	181
3. Vorschlag des Generalanwalts.....	183
4. Prognose: Wie geht es weiter?	184
IV. Auswirkungen auf das deutsche Recht	185
1. Unterschiede zur Rechtslage in England	186
2. Vertragsrechtliche Lösungsmöglichkeiten.....	187
V. Zusammenfassung.....	188
Diskussion	190

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Neue Tarifrechtspolitik?* (München 2014), S. 173-189

I. Einleitung

Mein Vortrag beginnt in Lewisham, einem der 32 Stadtbezirke von London. Lewisham hat ungefähr so viele Einwohner wie die Stadt Augsburg, allerdings – wir sind in London – verdichtet auf 25 % der Fläche. Die kommunalen Freizeiteinrichtungen von Lewisham waren ursprünglich in einer eigenen Abteilung des Stadtbezirks zusammengefasst, dem Leisure Department. Es wurde vor zwölf Jahren durch Beschluss des Bezirksrats privatisiert: Der Stadtbezirk Lewisham übertrug das Leisure Department auf den privaten Betreiber CCL Limited, der das Gesamtpaket schon zwei Jahre später an ein anderes privates Unternehmen weiterreichte, die Parkwood Leisure Limited¹.

Kurz nachdem die Freizeiteinrichtungen nebst Personal auf Parkwood Leisure übergegangen waren, trat für kommunale Bedienstete eine Tariflohnerhöhung in Kraft. Sie war ausgehandelt worden zwischen den Gewerkschaften und den kommunalen Arbeitgebern, die im National Joint Council for Local Government Services (NJC) zusammengeschlossen sind. Parkwood Leisure fühlte sich an den Tarifabschluss nicht gebunden und verweigerte den Angestellten des Leisure Department die Lohnerhöhung. *Mark Alemo-Herron* und 23 weitere Arbeitnehmer klagten auf Zahlung der Lohndifferenz. Es folgte eine fünfjährige Odyssee des Rechtsstreits durch die britischen Instanzen, die zu einem Vorabentscheidungsersuchen des Supreme Court of the United Kingdom führte².

II. Bezugnahmeklauseln im Visier des EuGH

Mark Alemo-Herron und die 23 anderen Arbeitnehmer beriefen sich auf eine Klausel in ihren Arbeitsverträgen, die wie folgt lautet:

„Während der Dauer Ihres Arbeitsverhältnisses mit dem Stadtbezirk Lewisham richten sich die Arbeitsbedingungen nach den vom NJC periodisch ausgehandelten Tarifverträgen; diese werden durch Vereinbarungen auf lokaler Ebene ergänzt, die von den *Negotiating Committees* (Verhandlungsausschüssen) des Stadtbezirks Lewisham geschlossen werden.“³

-
- 1 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11, NZA 2013, 835 Rn. 9 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure); Generalanwalt *Cruz Villalón*, Schlussantrag 19.2. 2013 EuGH – C-426/11, Rn. 7 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure), abzurufen unter <http://eur-lex.europa.eu>.
 - 2 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 14-16 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure); Generalanwalt *Cruz Villalón*, Schlussantrag 19.2. 2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 12-14 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).
 - 3 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 10 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure); Generalanwalt *Cruz Villalón*, Schlussantrag 19.2. 2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 8 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).

Ein deutscher Anwalt hätte vielleicht vorgetragen, aus der Formulierung „Während der Dauer Ihres Arbeitsverhältnisses mit dem Stadtbezirk Lewisham“ lasse sich im Wege der Vertragsauslegung schließen, dass die Klausel einen privaten Erwerber des Betriebsteils „Freizeiteinrichtungen“ nicht binden solle; das gelte umso mehr, als im zweiten Halbsatz der Klausel auf ergänzende, nur für den Stadtbezirk ausgehandelte Vereinbarungen verwiesen werde⁴. Jedoch findet sich weder vor dem Employment Tribunal noch vor dem Employment Appeal Tribunal, dem Court of Appeal oder dem Obersten Gerichtshof des Vereinigten Königreichs ein entsprechender Vortrag⁵.

Stattdessen stellte Parkwood Leisure seine Verteidigung gegen den Lohn-erhöhungsanspruch ganz darauf ab, dass der National Joint Council eine Plattform für gemeinsame Tarifverhandlungen von Gewerkschaften und kommunalen Arbeitgebern sei, an der sich ein privates Unternehmen nicht beteiligen könne, selbst wenn es das wolle. Es könne nicht richtig sein, so argumentierte Parkwood Leisure, dass ein Unternehmen durch eine dynamische arbeitsvertragliche Bezugnahme an künftige Tariflohn erhöhungen gebunden sei, auf die es schon von Rechts wegen keinen Einfluss nehmen könne, weil ihm die Mitgliedschaft in dem Tarifverhandlungsorgan verwehrt sei⁶.

1. Werhof/Freeway Traffic Systems

Mit diesem Vortrag stach Parkwood Leisure in ein Wespennest, denn die Wirkung dynamischer Verweisungsklauseln nach einem Betriebsübergang wird auf den britischen Inseln seit langem diskutiert⁷. Der Auslöser war eine – in Großbritannien viel stärker als in Deutschland beachtete – Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2006 in der Rechtssache Wer-

4 Siehe in dieser Richtung *Thüsing*, Zur dynamischen Bezugnahme nach Betriebsübergang, EWIR § 613a BGB Nr. 5/2013, 543, 544.

5 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 14-16 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure); Generalanwalt *Cruz Villalón*, Schlussantrag 19.2. 2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 12-14 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).

6 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 12 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure); Generalanwalt *Cruz Villalón*, Schlussantrag 19.2. 2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 11 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).

7 Siehe nur *Upex/Ryley*, TUPE: Law and Practice, 2006, Rn. 3.81, 3.82; aus deutscher Sicht *Eisele*, Die Richtlinie zum Betriebsübergang und ihre Umsetzung im englischen Recht – Eine rechtsvergleichende Analyse, Diss. Tübingen 2003, S. 203 ff.; *Rauch*, Der Betriebsübergang (transfer of undertakings) im englischen Arbeitsrecht, in: Junker (Hrsg.), Betriebsübergang in Europa, 2009, S. 67, 88.

hof/Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG⁸. Den Ausgangspunkt dieser Entscheidung bildete die frühere Rechtsprechung des BAG, wonach eine dynamisch formulierte Bezugnahme als sogenannte Gleichstellungsabrede auszulegen war mit der Folge, dass bei einem Betriebsübergang die Dynamik der arbeitsvertraglichen Klausel wegfiel⁹.

Das LAG Düsseldorf, das in den „Nuller Jahren“ die Vorlage arbeitsrechtlicher Fragen an den EuGH als eine Art Hobby betrieb, war mit der Rechtsprechung des BAG nicht einverstanden und legte dem Gerichtshof die Frage vor, ob Art. 3 der Betriebsübergangsrichtlinie¹⁰ die dynamische Fortgeltung tarifvertraglich geregelter Arbeitsbedingungen vorschreibe. Die 3. Kammer des EuGH verneinte am 9.3. 2006 diese Frage mit der Begründung, die Richtlinie habe zwar den Schutz der Arbeitnehmeransprüche bei einem Betriebsübergang zum Ziel¹¹, aber das gelte nur für die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer, die am Tag des Übergangs bestehen: „Bloße Erwartungen und hypothetische Vergünstigungen, die sich aus zukünftigen Entwicklungen der Kollektivverträge ergeben könnten“, wolle die Richtlinie nicht schützen¹². Außerdem könnten, auch wenn gemäß dem Ziel der Betriebsübergangsrichtlinie die Interessen der vom Übergang betroffenen Arbeitnehmer zu schützen seien, die Interessen des Betriebserwerbers nicht unberücksichtigt bleiben, der in der Lage sein müsse, „die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen“¹³.

Mit dem Urteil Werhof war somit im Jahr 2006 entschieden, dass das Unionsrecht eine dynamische Fortgeltung der arbeitsvertraglich in Bezug

-
- 8 EuGH 9.3. 2006 – C-499/04, Slg. 2006, I-2397 = NZA 2006, 376 (Werhof/Freeway Traffic Systems); siehe zu diesem Urteil *Junker/Aldea*, Europäisches Arbeitsrecht 2005/2006, RIW 2007, 1, 3-4; *Franzen*, Die jüngere Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, EuZA 1 (2008), 1, 23; *Sutschet*, Werhof reloaded – Oder: kommt die Gleichstellungsabrede nach England?, RdA 2013, 28, 29.
 - 9 BAG 14.2. 1973 – 4 AZR 176/72, BAGE 25, 34 = AP Nr. 6 zu § 4 TVG Nachwirkung mit Anmerkung *Wiedemann* = RdA 1973, 206; BAG 19.3. 2003 – 4 AZR 331/02, BAGE 105, 284 = AP Nr. 33 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2003, 1207.
 - 10 Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.3. 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (Amtsblatt EG 2001 L 82/16).
 - 11 EuGH 9.3. 2006 – C-499/04 (Fn. 8), Rn. 25 (Werhof/Freeway Traffic Systems) unter Berufung auf EuGH 10.2. 1988 – 324/86, Slg. 1988, 739 Rn. 9 (Daddy's Dance Hall); EuGH 25.7. 1991 – C-362/89, Slg. 1991, I-4105 = NZA 1993, 137 Rn. 9 (d'Urso/Ercole Marelli).
 - 12 EuGH 9.3. 2006 – C-499/04 (Fn. 8), Rn. 29 (Werhof/Freeway Traffic Systems).
 - 13 EuGH 9.3. 2006 – C-499/04 (Fn. 8), Rn. 31 (Werhof/Freeway Traffic Systems).

genommenen Tarifverträge nicht gebietet¹⁴. In der Rechtssache Alemo-Herron/Parkwood Leisure stellt sich indessen die umgekehrte Frage, ob das Unionsrecht einer dynamischen Fortgeltung, die im Arbeitsrecht eines Mitgliedstaats angeordnet wird, entgegensteht.

Auch zu dieser Frage äußerte sich der EuGH in der Entscheidung Werhof, allerdings nur in einem *obiter dictum*: Es sei daran zu erinnern – so der EuGH im Jahr 2006 vor Inkrafttreten der Grundrechte-Charta (GRCh) –, dass die Richtlinie im Licht der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts auszulegen sei¹⁵, zu denen auch die Koalitionsfreiheit gehöre; sie umfasse das Recht, einem Arbeitgeberverband fernzubleiben. Würde – so der EuGH weiter – eine dynamische Auslegung der vertraglichen Bezugnahme vorgenommen, müssten nach Betriebsübergang ausgehandelte Tarifverträge auch für einen nicht tarifgebundenen Betriebserwerber gelten, wodurch sein Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit beeinträchtigt werden könne. Dagegen bewirke die damals vom BAG vertretene statische Auslegung der Bezugnahmeklausel, dass der Erwerber durch die künftigen Entwicklungen des Tarifvertrags nicht gebunden sei und somit sein Recht auf negative Vereinigungsfreiheit umfassend gewährleistet werde¹⁶.

2. Alemo-Herron/Parkwood Leisure

Vor dem Hintergrund dieses in Großbritannien stark beachteten *obiter dictums* verlief in den Jahren 2008 bis 2011 der Ausgangsrechtsstreit Alemo-Herron/Parkwood Leisure. Das Employment Tribunal wies die Klage ab, weil nach dem Urteil in der Rechtssache Werhof dynamische Verweisungsklauseln nach einem Betriebsübergang unwirksam seien; das Employment Appeal Tribunal war gegenteiliger Ansicht und gab der Klage statt¹⁷. Der in dritter Instanz entscheidende Court of Appeal war – wie die

14 Junker, Der EuGH zum Arbeitsrecht: Betriebsübergang, Gleichbehandlung und Bestandsschutz, EuZW 2006, 524, 526; Melot de Beauregard, Fluch und Segen arbeitsvertraglicher Verweisungen auf Tarifverträge, NJW 2006, 2522, 2524; Reichold, Zur Fortgeltung von Tarifverträgen gemäß der Betriebsübergangsrichtlinie 77/187/EWG, JZ 2006, 725, 726; Thüsing, Europarechtliche Bezüge der Bezugnahmeklausel, NZA 2006, 473, 475.

15 EuGH 9.3. 2006 – C-499/04 (Fn. 8), Rn. 32 (Werhof/Freeway Traffic Systems) unter Berufung auf EuGH 1.4. 2004 – C-1/02, Slg. 2004, I-3219 = EuZW 2004, 505 Rn. 30 (Borgmann/Hauptzollamt Dortmund).

16 EuGH 9.3. 2006 – C-499/04 (Fn. 8), Rn. 33-36 (Werhof/Freeway Traffic Systems).

17 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 14 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure); Generalanwalt Cruz Villalón, Schlussantrag 19.2. 2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 12 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure); ausführlich zu dem Urteil

erste Instanz – der Auffassung, aus dem Urteil des EuGH vom 9.3. 2006 ergebe sich, dass Art. 3 der Betriebsübergangsrichtlinie den Erwerber nicht an Tarifverträge binde, die nach dem Betriebsübergang zustande gekommen seien¹⁸.

Auch der Supreme Court of the United Kingdom, der seit dem Jahr 2009 in Rechtsstreitigkeiten an die Stelle des House of Lords getreten ist, vernachlässigte das *obiter dictum*, hielt sich an die Kernaussage des Werhof-Urteils und betonte den Unterschied zur Rechtssache Alemo-Herron: Das deutsche Recht, das in dem Urteil Werhof gegenständlich gewesen sei, habe in der Frage des Arbeitnehmerschutzes nach einem Betriebsübergang einen statischen Ansatz verfolgt, der vom EuGH gebilligt worden sei. Dagegen stelle sich im Verfahren Alemo-Herron die Frage, ob ein Mitgliedstaat daran gehindert sei, den Arbeitnehmern im Fall eines Betriebsübergangs in Anwendung des nationalen Vertragsrechts einen dynamischen Schutz zu gewähren¹⁹. Da das Werhof-Urteil diese Frage gerade nicht entschieden habe, sei eine Vorlage an den EuGH geboten.

Vom EuGH „auf den Punkt gebracht“, lautet die Vorlagefrage in der Rechtssache Alemo-Herron: Verstößt eine mitgliedstaatliche Rechtslage, wonach im Fall eines Betriebsübergangs gegenüber dem Betriebserwerber eine dynamische arbeitsvertragliche Bezugnahme durchsetzbar ist, die auf Tarifverträge verweist, die nach dem Zeitpunkt des Übergangs verhandelt und geschlossen wurden, gegen Art. 3 der Betriebsübergangsrichtlinie?²⁰ Entgegen dem Votum des Generalanwalts²¹ bejaht die 3. Kammer des EuGH diese Frage, allerdings mit dem einschränkenden Zusatz „wenn [der Betriebserwerber] nicht die Möglichkeit hat, an den Verhandlungen über diese nach dem [Betriebs-] Übergang abgeschlossenen Tarifverträge teilzunehmen“²².

des Employment Appeal Tribunal: *Berthold*, Dynamische Geltung von Kollektivnormen nach Betriebsübergang, EuZA 3 (2010), 119.

18 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 13 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure); Generalanwalt *Cruz Villalón*, Schlussantrag 19.2. 2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 15 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).

19 Wiedergegeben von Generalanwalt *Cruz Villalón*, Schlussantrag 19.2. 2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 17 f. (Alemo-Herron/Parkwood Leisure); siehe zu dem Vorlagebeschluss auch *Sutschet*, RdA 2013, 28, 31.

20 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 20 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).

21 Generalanwalt *Cruz Villalón*, Schlussantrag 19.2. 2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 59 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).

22 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 38 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).

Die Kernaussage des Urteils, die auch den Leitsatz bildet, lässt sich somit wie folgt zusammenfassen: Das Unionsrecht steht einer dynamischen Verweisung zumindest dann entgegen, wenn der Betriebserwerber keinen Einfluss auf die künftig geltenden Tarifverträge nehmen kann.

III. Kritik der Entscheidung Alemo-Herron

Die Begründung des Urteils, das in seiner Argumentationsschwäche fatal an die Christel Schmidt-Entscheidung unseligen Angedenkens erinnert²³, ist in mehrfacher Hinsicht zu kritisieren. Zunächst einmal diskutiert das Urteil die sekundärrechtliche Zulässigkeit dynamischer Bezugnahme Klauseln unter dem Gesichtspunkt des Günstigkeitsprinzips²⁴, das in Art. 8 der Betriebsübergangsrichtlinie normiert ist und den Mitgliedstaaten erlaubt, in ihrer Gesetzgebung zugunsten der Arbeitnehmer von der Richtlinie abzuweichen²⁵.

Dem liegt unausgesprochen die Prämisse zugrunde, dass dynamische Bezugnahme Klauseln außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie²⁶ zu verorten sind. Diese Prämisse versteht sich nicht von selbst²⁷. Denn auch nach dem Urteil Alemo-Herron gehen etliche Autoren davon aus, dass der Inhalt einer dynamischen Bezugnahme Klausel zu den grundsätzlich übergangsfähigen „Rechten und Pflichten des Veräußerers“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie gehört, und thematisieren auf dieser Basis die Europa- und Verfassungsrechtskonformität der Verweisungsdynamik²⁸. Das scheint mir auch richtig zu sein.

23 EuGH 14.4. 1994 – C-392/92, Slg. 1994, I-1311 (Christel Schmidt); siehe zu dem Argumentationstrick dieser Entscheidung (Ersetzung des Begriffs „Betrieb“ durch den Begriff „Geschäftstätigkeit“) *Junker*, Die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs (§ 613a BGB) nach der „Klarenberg“-Entscheidung des EuGH, SAE 2010, 113, 114.

24 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 23 f. (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).

25 Richtlinie 2001/23/EG (Fn. 10), Art. 8: „Diese Richtlinie schränkt die Möglichkeit der Mitgliedstaaten nicht ein, für die Arbeitnehmer günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen oder für die Arbeitnehmer günstigere Kollektivverträge und andere zwischen den Sozialpartnern abgeschlossene Vereinbarungen, die für den Arbeitnehmer günstiger sind, zu fördern oder zuzulassen.“

26 Richtlinie 2001/23/EG (Fn. 10), Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1: „Die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis gehen aufgrund des Übergangs auf den Erwerber über.“

27 *Franzen*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Arbeitsrecht in den Jahren 2012 und 2013, EuZA 7 (2014), 285, 307.

28 *Commandeur/Kleinebrink*, Das Ende der dynamischen Verweisungsklauseln beim Betriebsübergang, BB 2014, 181; *Mückl*, Alemo-Herron – Ende der Dy-

1. Anpassungsinteresse des Betriebserwerbers

Der erste Begründungsstrang des Urteils rekurriert auf die Aussage der Werhof-Entscheidung, die Betriebsübergangsrichtlinie diene nicht nur dem Schutz der Arbeitnehmerinteressen, sondern solle auch einen gerechten Ausgleich mit den Interessen des Erwerbers herstellen²⁹. Darauf aufbauend macht das Alemo-Herron-Urteil die folgenden, hier wörtlich wiedergegebenen Ausführungen:

„Da es sich um den Übergang eines Unternehmens vom öffentlichen auf den privaten Sektor handelt, ist davon auszugehen, dass die Fortsetzung der Tätigkeit des Erwerbers in Anbetracht der unvermeidlichen Unterschiede, die zwischen diesen beiden Sektoren bei den Arbeitsbedingungen bestehen, beträchtliche Anpassungen erfordert. Eine Klausel, die dynamisch auf ... Kollektivverträge verweist, welche die Entwicklung der Arbeitsbedingungen im öffentlichen Sektor regeln sollen, könnte jedoch den Handlungsspielraum, den ein privater Erwerber benötigt, um diese Anpassungsmaßnahmen zu ergreifen, erheblich einschränken.“³⁰

Diese Aussage ist insofern erstaunlich, als der Daseinszweck der Betriebsübergangsrichtlinie gerade darin besteht, den Handlungsspielraum für dasjenige zu beschränken, was hier beschönigend als „Anpassungsmaßnahmen“ bezeichnet wird. Darüber hinaus ist die Argumentation in zweifacher Hinsicht angreifbar³¹: Zum einen stellt sie auf die spezielle, nicht verallgemeinerungsfähige Tarifsituation des Ausgangsfalls ab, und baut die Argumentation auf dem Spezialfall der Privatisierungen auf³². Zum

namik einer Bezugnahmeklausel bei Betriebsübergang?, ZIP 2014, 207, 209 f.; Seel, Entdynamisierung durch Betriebsübergang? – EuGH begrenzt mit der „Alemo-Herron“-Entscheidung vom 18.07.2013 die Reichweite von Verweisklauseln, öAT 2013, 224, 227; Spielberger, Renaissance der „alten“ Gleichstellungsabrede? – Bezugnahmen auf Tarifverträge, AuA 2014, 90, 91; Willemsen/Grau, Zurück in die Zukunft – Das europäische Aus für dynamische Bezugnahmen nach Betriebsübergang?, NJW 2014, 12, 14.

29 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 25 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure) unter Berufung auf EuGH 9.3. 2006 – C-499/04 (Fn. 8), Rn. 31 (Werhof/Freeway Traffic Systems).

30 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 27, 28 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).

31 Jacobs/Frieling, Keine dynamische Weitergeltung von kleinen dynamischen Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergängen, EuZW 2013, 737, 739; Klein, Die Weitergeltung von kollektivvertraglichen Normen nach der Betriebsübergangsrichtlinie, EuZA 7 (2014), 325, 328; Klauk/Klein, Dynamische Verweisung auf nach dem Betriebsübergang verhandelte und abgeschlossene Tarifverträge („Alemo-Herron“), jurisPR-ArbR 40/2013, Anmerkung 1 (S. 3).

32 Forst, Betriebsübergang: Ende der Dynamik einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag?, DB 2013, 1847, 1850; Jacobs/Frieling, EuZW 2013, 737, 739.

anderen postuliert sie eine – bildlich gesprochen – Vorfahrt für arbeitgeberseitige Anpassungsmaßnahmen, denen Arbeitnehmerinteressen entgegenstehen, die in der zitierten Aussage des Urteils vielleicht hätten angedeutet werden können³³.

Die Kritik darf allerdings nicht so weit gehen wie gewerkschaftsnahe Autoren, die von vornherein bestreiten, dass der Zweck der Betriebsübergangsrichtlinie neben dem Arbeitnehmerschutz auch der gerechte Interessenausgleich von Arbeitnehmern und Betriebserwerbern sein könne³⁴: Gegen dieses Radikalarargument spricht schon, dass die Richtlinie in Art. 3 Abs. 3³⁵ die Möglichkeit vorsieht, die Aufrechterhaltung der tariflichen Arbeitsbedingungen auf ein Jahr zu begrenzen.

2. Unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh)

Der zweite Argumentationsstrang des Alemo-Herron-Urteils setzt bei Art. 16 GRCh an, der lapidar lautet: „Die unternehmerische Freiheit wird nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt.“³⁶ Die Betriebsübergangsrichtlinie sei – so der EuGH – im Einklang mit der unternehmerischen Freiheit auszulegen, die insbesondere die Vertragsfreiheit umfasse. Da es dem Erwerber, um den es im Ausgangsverfahren gehe, verwehrt sei, in der Tarifgemeinschaft des öffentlichen Dienstes mitzuwirken, sei seine Vertragsfreiheit „so er-

33 Zusammenfassend *Junker*, Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2013, RIW 2014, 2, 11.

34 *Heuschmid*, Dynamische Bezugnahme Klausel beim Betriebsübergang, AuR 2013, 500; *Klein*, EuZA 7 (2014), 325, 328; wohl auch *Kovács*, Dynamische Verweisungen im Betriebsübergang – EuGH 18.7. 2013 – C-426/11, Alemo-Herron, Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (Österreich) 2014, 90, 91 („äußerst bedenklich“); *Prassl*, Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law (Case C-426/11 Alemo Herron v Parkwood Leisure), Industrial Law Journal 2013, 434, 439.

35 Richtlinie 2001/23/EG (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3: „Nach dem Übergang erhält der Erwerber die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zur Kündigung oder zum Ablauf des Kollektivvertrags bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zur Anwendung eines anderen Kollektivvertrags in dem gleichen Maße aufrecht, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren.“

Die Mitgliedstaaten können den Zeitraum der Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen begrenzen, allerdings darf dieser nicht weniger als ein Jahr betragen.“

36 Siehe zur Auslegung dieser Vorschrift *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 16 GRCh Rn. 2.

heblich reduziert, dass eine solche Einschränkung den Wesensgehalt seines Rechts auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigen“ könne³⁷.

An diesem Gedankengang ist zunächst bemerkenswert, dass auf die allgemeine Vertragsfreiheit zurückgegriffen wird und nicht, wie im *obiter dictum* des Urteils Werhof, auf die negative Koalitionsfreiheit des dynamisch gebundenen Betriebserwerbers³⁸. Das ist insofern konsequent, als die Kernaussage des Urteils gerade darauf abstellt, dass es einem privaten Betriebserwerber wie Parkwood Leisure aus Rechtsgründen verwehrt ist, an den Verhandlungen der Tarifgemeinschaft der kommunalen Arbeitgeber mitzuwirken. Dann lässt sich in der Tat gerade nicht argumentieren, dass durch das erzwungene Fernbleiben von der Tarifgemeinschaft die negative Koalitionsfreiheit von Parkwood Leisure beeinträchtigt sei, und es bleibt nur die allgemeine Vertragsfreiheit³⁹.

Der auf Art. 16 GRCh basierende Gedankengang des Alemo-Herron-Urteils verfehlt jedoch den Bezugspunkt der Vertragsfreiheit: Parkwood Leisure hat in Ausübung der Vertragsfreiheit die Freizeiteinrichtungen übernommen und hätte im Rahmen einer *due diligence* die Arbeitsverträge einsehen können, die die fragliche Bezugnahmeklausel enthalten⁴⁰. Da die Betriebserwerberin Parkwood Leisure – in Ausübung der Vertragsfreiheit – freiwillig das Leisure Department mit den aus ihrer Sicht ungünstigen Bezugnahmeklauseln übernommen hat, kann sie gerade unter Berufung auf die Vertragsfreiheit nicht von den daraus resultierenden Bindungen befreit werden, denn die Vertragsbindung ist das notwendige Korrelat der zuvor in zumindest potenzieller Kenntnis der Bezugnahmeklauseln beim Unternehmenskauf ausgeübten Vertragsfreiheit⁴¹.

Angenommen, ein Betriebserwerber muss in einen langfristigen Energielieferungsvertrag eintreten, den der Veräußerer mit einem Dritten ge-

37 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 30 ff., 35 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).

38 Siehe den Text bei Fn. 15.

39 Klauk/Klein, jurisPR-ArbR 40/2013, Anmerkung 1 (S. 3).

40 Forst, DB 2013, 1847, 1850; Klauk/Klein, jurisPR-ArbR 40/2013, Anmerkung 1 (S. 3).

41 Jacobs/Frieling, EuZW 2013, 737, 739; Klein, EuZA 7 (2014), 325, 329; Thüsing, EWIR § 613a BGB Nr. 5/2013, 543, 544; anderer Ansicht Kainer, Gerechter Interessenausgleich und unternehmerische Freiheit: Ende der Dynamik von Bezugnahmeklauseln bei Betriebsübergängen nach Alemo-Herron?, EuZA 7 (2014), 230, 237; Lobinger, EuGH zur dynamischen Bezugnahmeklausel von Tarifverträgen beim Betriebsübergang – Rechtsprechung des BAG erneut zu korrigieren, NZA 2013, 945, 947; Naber/Krois, EuGH zum Schicksal von Bezugnahmeklauseln bei Betriebsübergang – Anpassungsbedarf im deutschen Recht?, ZESAR 2014, 121, 128 („Rückgriff auf Art. 16 GRCh inhaltlich überzeugend“).

geschlossen hat; die jährliche Preisanpassung geschieht durch Bezugnahme auf den Beschluss eines paritätisch besetzten Gremiums, in dem der Betriebserwerber kein Mitglied werden kann: Würden wir in diesem Fall die Preisanpassungsklausel gegenüber dem Betriebserwerber im Wege einer Inhaltskontrolle für unwirksam halten, weil sie seine Vertragsfreiheit verletzt? Doch wohl nur, wenn sich der Betriebserwerber von dieser Bindung nicht in angemessener Zeit lösen kann: Das ist der Gedanke, der im deutschen Privatrecht dem § 309 Nr. 9 BGB (höchstzulässige Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen) und den §§ 624 BGB, 15 Abs. 4 TzBfG zugrunde liegt, wonach ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis, das für länger als fünf Jahre eingegangen ist, gemäß zwingender gesetzlicher Vorschrift nach Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden kann⁴².

3. Vorschlag des Generalanwalts

In diese Richtung geht auch der Entscheidungsvorschlag des Generalanwalts in der Rechtssache *Alemo-Herron*. Der Generalanwalt erkennt zutreffend, dass die bloße Bindung an die im Rahmen des National Joint Council festgelegten Tarifbedingungen nicht zu einer automatischen Verletzung der unternehmerischen Freiheit führt⁴³, und empfiehlt folgende Vorabentscheidung:

„Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG hindert grundsätzlich die Mitgliedstaaten nicht, die Möglichkeit vorzusehen, dass dynamische Klauseln, die auf künftige Kollektivverträge verweisen und zwischen den Parteien des Arbeitsvertrags frei ausgehandelt worden sind, als Folge eines Betriebsübergangs übergehen.

Art. 16 GRCh steht einer nationalen Regelung nicht entgegen, die den Erwerber verpflichtet, die künftigen Tarifbedingungen zu akzeptieren, sofern diese Verpflichtung nicht unbedingt und unabänderlich ist. Es ist Sache des nationalen Gerichts, festzustellen, ob die Verpflichtung nach Maßgabe des nationalen Rechts tatsächlich unbedingt und unabänderlich ist.“⁴⁴

Diese beiden Leitsatz-Vorschläge sind die folgerichtige Antwort auf das berechnete Anliegen von *Parkwood Leisure*:

„Argumentiert man aus dem Blickwinkel der unternehmerischen Freiheit des Betriebserwerbers, müsste man doch zuerst fragen, ob der Betriebserwerber sich von der Bindung an die Tarifverträge des Veräußerers befreien kann ...

42 Hesse, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 4, 6. Aufl. 2012, § 15 TzBfG Rn. 32.

43 Generalanwalt Cruz Villalón, Schlussantrag 19.2.2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 55 (*Alemo-Herron/Parkwood Leisure*); siehe dazu auch *Franzen*, EuZA 7 (2014), 285, 307.

44 Generalanwalt Cruz Villalón, Schlussantrag 19.2.2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 59 (*Alemo-Herron/Parkwood Leisure*).

Erst wenn man festgestellt hat, dass dies nicht oder nur sehr schwer möglich ist, kommt die Verletzung der unternehmerischen Freiheit in Betracht.“⁴⁵

4. Prognose: Wie geht es weiter?

Man kann sich nur wundern, dass das Urteil Alemo-Herron die beiden Leitsätze des Generalanwalts nicht übernommen, sondern sich zu einem Verständnis der Vertragsfreiheit verstiegen hat, das man kaum vertreten kann⁴⁶. Diese Fehlleistung ist ebenso offensichtlich wie die verfehlte Gleichsetzung von „wirtschaftlicher Einheit“ und „wirtschaftlicher Tätigkeit“ in der bereits erwähnten⁴⁷ Christel Schmidt-Entscheidung aus dem Jahr 1994⁴⁸.

Um solche Urteile zutreffend einzuordnen, ist zu bedenken, dass sie nicht „vom EuGH“ als Ganzem stammen, sondern von einer Kammer bestehend aus fünf Richterinnen und Richtern, die bei der nächsten Vorlage ganz anders zusammengesetzt und anderen Einflüssen unterworfen sein kann⁴⁹. Einfluss auf ein Urteil hat insbesondere der Berichterstatter der Kammer. So ist es möglich, dass der Berichterstatter in der Sache Alemo-Herron – wie es wohl auch in der Rechtssache Christel Schmidt der Fall war⁵⁰ – seine eigene Agenda verfolgt hat.

Mein Plädoyer lautet daher, die Kammerentscheidungen, gerade wenn sie spektakulär erscheinen, nicht überzubewerten und vor allem nicht als unveränderliche Marksteine der Rechtsentwicklung anzusehen⁵¹. Vor diesem Hintergrund wage ich die Prognose: Ebenso wie das Urteil Christel Schmidt durch die nachfolgende Entscheidung Ayse Süzen korrigiert und der Tatbestand des Betriebsübergangs auf seinen operablen Kern zurückgeführt wurde⁵², wird auch das krude Verständnis der unternehmerischen

45 Franzen, EuZA 7 (2014), 285, 307.

46 Insoweit zutreffend Klein, EuZA 7 (2014), 325, 328; Forst, DB 2013, 1847, 1849.

47 Siehe den Text bei Fn. 24.

48 EuGH 14.4. 1994 – C-392/92 (Fn. 23), Rn. 17 (Christel Schmidt); siehe zu diesem Urteil Bauer, Outsourcing out? – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 14.4. 1994, BB 1994, 1433; Buchner, Verlagerung betrieblicher Aufgaben als Betriebsübertragung i.S. von § 613a BGB?, DB 1994, 1417.

49 Siehe zu diesem Aspekt von Danwitz, Grundfreiheiten und Kollektivautonomie, EuZA 3 (2010), 6, 7.

50 Siehe dazu Junker, Der EuGH im Arbeitsrecht – Die schwarze Serie geht weiter, NJW 1994, 2527, 2528.

51 Aufschlussreich in dieser Hinsicht von Danwitz, EuZA 3 (2010), 6, 7; siehe auch Winter, Betriebsübergang und Tarifvertragsersetzung – was ergibt sich aus dem Urteil Scattolon?, RdA 2013, 36, 37.

52 EuGH 13.11. 1997 – C-13/95, Slg. 1997, I-1259 = NZA 1997, 433 = SAE 1997, 274 mit Anmerkung Thüsing, Rn. 10 (Ayse Süzen): „Entscheidend für einen

Freiheit in der Rechtssache *Alemo-Herron* durch eine künftige Entscheidung in die vom Generalanwalt vorgezeichneten Bahnen gelenkt werden⁵³.

IV. Auswirkungen auf das deutsche Recht

Nichtsdestotrotz ist das Urteil zunächst einmal in der Welt und somit auf seine Auswirkungen für das deutsche Recht zu untersuchen⁵⁴. Nachdem das BAG seine Rechtsprechung zur Gleichstellungsabrede im Jahr 2005 aufgegeben hat, gelten dynamische Verweisungen in Anwendung des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nach einem Betriebsübergang dynamisch weiter⁵⁵. Die Arbeitnehmer profitieren somit auch bei einem nicht tarifgebundenen Betriebserwerber weiterhin von einer Verbesserung der in Bezug genommenen Tarifbedingungen⁵⁶. Da sich der EuGH im Jahr 2006 in der *Werhof*-Entscheidung nicht verbindlich dazu geäußert hat, ob eine dynamische Fortgeltung der Bezugnahme mit dem Unionsrecht kollidiert, sah das BAG im Jahr 2009 keinen Anlass, aus europarechtlichen Gründen eine Kehrtwendung zu vollziehen⁵⁷.

Nach der Entscheidung in der Rechtssache *Alemo-Herron* aus dem Jahr 2013 besteht in der deutschen Literatur Unsicherheit, ob die Rechtsprechung des BAG weiterhin mit dem Unionsrecht zu vereinbaren ist⁵⁸. Zunächst einmal ist festzustellen, dass der Leitsatz – und damit die rechtlich relevante Aussage des Urteils – nur den Fall erfasst, dass es dem Betriebserwerber aus Rechtsgründen versagt ist, an den Verhandlungen über die nach dem Übergang abgeschlossenen Tarifverträge teilzunehmen⁵⁹. Diese

Übergang i.S. der Richtlinie ist, ob die fragliche Einheit ihre Identität bewahrt, was namentlich dann zu bejahen ist, wenn der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird.“

53 Generalanwalt *Cruz Villalón*, Schlussantrag 19.2.2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 59 (*Alemo-Herron/Parkwood Leisure*).

54 Siehe nur *Thüsing*, „EuGH stellt Rechtsprechung des BAG auf den Kopf“, FAZ Nr. 199 vom 28.8.2013, S. 19.

55 BAG 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, BAGE 116, 326 = AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag mit Anmerkung *Kort* = NZA 2006, 607; BAG 18.4.2007 – 4 AZR 652/05, AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2007, 965 Rn. 26.

56 *Klauk/Klein*, jurisPR-ArbR 40/2013, Anmerkung 1 (S. 3).

57 BAG 23.9.2009 – 4 AZR 331/08, BAGE 132, 169 = AP Nr. 71 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag mit Anmerkung *Reichhold/Ludwig* = NZA 2010, 513.

58 Bejahend *Forst*, DB 2013, 1847; bejahend nur für den Fall, dass der Erwerber Mitglied des tarifschließenden Verbands ist *Kainer*, EuZA 7 (2014), 230, 239; verneinend selbst für den Fall, dass der Betriebserwerber an künftigen Tarifverhandlungen mitwirken kann *Lobinger*, NZA 2013, 945, 947.

59 EuGH 18.7.2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 38 (*Alemo-Herron/Parkwood Leisure*).

Konstellation dürfte in der deutschen Rechtswirklichkeit eher die Ausnahme als die Regel sein, denn bei Betriebsübergängen innerhalb der Privatwirtschaft hat der Betriebserwerber nicht selten die Möglichkeit, dem tarifschließenden Arbeitgeberverband seines Vorgängers beizutreten⁶⁰.

Wie über die dynamische Verweisung zu entscheiden ist, wenn der Betriebserwerber dem tarifschließenden Verband beitreten kann, aber nicht beitreten will, wird durch das Urteil *Alemo-Herron* nicht präjudiziert. Denn in dieser Konstellation spielt, wie in dem *obiter dictum* der Werhof-Entscheidung angesprochen⁶¹, die negative Koalitionsfreiheit des Betriebserwerbers eine Rolle, die der EuGH im *Alemo-Herron*-Urteil (von seinem Standpunkt aus konsequent⁶²) mit keiner Silbe erwähnt. Somit könnte das BAG im Regelfall seine neuere Rechtsprechung zur dynamischen Verweisung fortführen und müsste nur in einer mit dem englischen Fall vergleichbaren Konstellation – etwa bei einer Inbezugnahme des TVöD oder des TV-L und anschließender Privatisierung – ein Vorabentscheidungsersuchen erwägen⁶³.

1. Unterschiede zur Rechtslage in England

Einige Autoren gehen allerdings weiter und verneinen die Übertragbarkeit des Urteils insgesamt, indem sie die Unterschiede des deutschen und des englischen Tarifvertragsrechts hervorheben⁶⁴: In Deutschland sei die Bezugnahmeklausel dem Individualarbeitsrecht zuzuordnen und somit ein Fall des Art. 3 Abs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie, also des Übergangs der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis (was der EuGH freilich, wie gezeigt⁶⁵, mit seinen Günstigkeitsvorstellungen gerade verneint). In England seien die arbeitsvertraglichen Verweisungsklauseln dagegen zwingend erforderlich, um überhaupt eine rechtsverbindliche Wirkung des Tarifvertrags im einzelnen Arbeitsverhältnis zu erzeugen, da keine unmittelbare und zwingende Geltung der Tarifnormen existiert⁶⁶. Englische

60 Bayreuther, in: Dorschbusch/Fischermeier/Löwisch (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2013, § 613a BGB Rn. 57.

61 EuGH 9.3. 2006 – C-499/04 (Fn. 8), Rn. 33-36 (*Werhof/Freeway Traffic Systems*).

62 Siehe den Text bei Fn. 39.

63 *Jacobs/Frieling*, EuZW 2013, 737, 740; anderer Ansicht *Forst*, DB 2013, 1847, 1850; *Klein*, EuZA 7 (2014), 325, 341.

64 *Forst*, DB 2013, 1847, 1848; *Jacobs/Frieling*, EuZW 2013, 737, 739; *Klauk/Klein*, jurisPR-ArbR 40/2013, Anmerkung 1 (S. 3 f.); *Klein*, EuZA 7 (2014), 325, 338.

65 Siehe den Text bei Fn. 26.

66 *Sutschet*, RdA 2013, 28, 30; ausführlich *Mecke*, Zur rechtlichen Verbindlichkeit kollektiver Vereinbarungen in England, 1997, S. 151 ff., 159.

Klauseln fielen daher unter den besonderen Schutz des Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie⁶⁷.

Von solchen Beckmessereien ist wenig zu halten, zumal der EuGH selbst die dynamische Verweisung nicht bei Art. 3, sondern beim Günstigkeitsprinzip des Art. 8 der Richtlinie verortet⁶⁸. In beiden Rechtsordnungen handelt es sich um eine arbeitsvertragliche Klausel, und auch in Deutschland wird für die dynamische Wirkung dieser Klausel nicht vorausgesetzt, dass auch nur ein einziger Arbeitnehmer des Betriebs als Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft von der normativen Wirkung des § 4 Abs. 1 TVG erfasst wird⁶⁹ – und wenn das der Fall ist, wirkt die Klausel auch für das Gewerkschaftsmitglied konstitutiv, das heißt rechtsbegründend⁷⁰. Entscheidend ist in beiden Ländern nicht das zugrunde liegende Tarifvertragsrecht, sondern die intendierte Wirkung der dynamischen Klausel, und sie ist in Deutschland und England gleich⁷¹. Das Urteil ist, soweit seine Kernaussage reicht, somit auf Deutschland übertragbar.

2. Vertragsrechtliche Lösungsmöglichkeiten

Folgt man der von mir gewagten Prognose, dass sich auch für die Alemo-Herron-Konstellationen letztlich der vom Generalanwalt vorgestellte Lösungsweg herausmenden wird, richtet sich unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit das Augenmerk auf die Frage, wie der Erwerber eine dynamische Verweisung beenden kann. Auch wenn der Generalanwalt zutreffend anmerkt, dass nur das nationale Gericht diese Frage beantworten könne⁷², stellt er zum englischen Recht die folgende Spekulation an:

„Das englische Recht scheint Parkwood und die Arbeitnehmer, die aus dem übergegangenen Betriebsteil kommen, nicht daran zu hindern, miteinander zu verhandeln und zu vereinbaren, die genannte Klausel aufzuheben oder zu ändern. Wenn dies zutrifft, sind die Einwände, auf die das britische Recht aus der Sicht des Art. 16 GRCh stößt, gegenstandslos. Dies ist jedoch eine Frage, die eine Prüfung des nationalen Rechts erfordert, und die nicht dem Gerichtshof, sondern dem vorlegenden Gericht zukommt.“⁷³

67 Klauk/Klein, jurisPR-ArbR 40/2013, Anmerkung 1 (S. 4).

68 EuGH 18.7. 2013 – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 23 f. (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).

69 Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 3 Rn. 445.

70 BAG 22.10. 2008 – 4 AZR 793/07, BAGE 128, 185 = AP Nr. 67 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2009, 323 Rn. 29; siehe dazu Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2014, Rn. 541.

71 Franzen, EuZA 7 (2014), 285, 306.

72 Generalanwalt Cruz Villalón, Schlussantrag 19.2. 2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 59 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).

73 Generalanwalt Cruz Villalón, Schlussantrag 19.2. 2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 56 f. (Alemo-Herron/Parkwood Leisure).

Diese Erwägungen lassen sich auf das deutsche Recht übertragen: Auch hier hat eine dynamische Bezugnahme keine Ewigkeitsgarantie. Vielmehr besteht die Möglichkeit eines Aufhebungsvertrags, aber auch einer Änderungskündigung durch den Betriebserwerber. Letztere scheitert freilich bei besonders kündigungsgeschützten Arbeitnehmern wie zum Beispiel werdenden Müttern oder Betriebsratsmitgliedern. Gegenüber den anderen Arbeitnehmern muss die Änderungskündigung außerhalb von Kleinbetrieben die strengen Anforderungen erfüllen, welche das BAG in das Kündigungsschutzgesetz hineingelesen hat⁷⁴. Dasselbe Gericht würde somit auf der Basis der Schlussanträge des Generalanwalts zu entscheiden haben, ob nach Maßgabe seiner Rechtsprechung zur Änderungskündigung die dynamische Verweisungsklausel beim Betriebserwerber „tatsächlich unbedingt und unabänderlich ist“⁷⁵. Bejahendenfalls müsste die neuere Rechtsprechung zur Fortgeltung dynamischer Verweisungen bei Betriebsübergang aufgegeben werden.

V. Zusammenfassung

Europäische Prägungen des Tarifrechts folgen paradigmatisch aus der Rechtsprechung des EuGH zur dynamischen Verweisung auf Tarifverträge nach einem Betriebsübergang. Mit der Entscheidung Werhof aus dem Jahr 2006 steht fest, dass das Unionsrecht, insbesondere Art. 3 der Betriebsübergangsrichtlinie, eine dynamische Fortgeltung der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge nicht gebietet. In dem Urteil Alemo-Herron war im Jahr 2013 die umgekehrte Frage zu entscheiden, ob das Unionsrecht einer dynamischen Fortgeltung entgegensteht, die im Arbeitsrecht eines Mitgliedstaats angeordnet wird.

Die auf Vorlage des Obersten Gerichtshofs des Vereinigten Königreichs ergangene Entscheidung lässt sich dahin zusammenfassen, dass das Unionsrecht, nämlich die in Art. 16 GRCh garantierte unternehmerische

74 Vgl. zur „unmöglichen Änderungskündigung“ *Junker*, Die unmögliche Änderungskündigung, SAE 2006, 219; speziell zur „Entdynamisierung“ durch betriebsbedingte Änderungskündigung BAG 18.4. 2007 – 4 AZR 652/05 (Fn. 55), Rn. 35; *Giesen*, Bezugnahmeklauseln – Auslegung, Formulierung und Änderung, NZA 2006, 625, 631 mit dem Argument, eine Umstellung von einer dynamischen auf eine statische Verweisung wirke niemals als eine Entgeltabsenkung.

75 Generalanwalt *Cruz Villalón*, Schlussantrag 19.2.2013 EuGH – C-426/11 (Fn. 1), Rn. 59 (*Alemo-Herron/Parkwood Leisure*). – Wohl nicht in Erfüllung gehen wird der von *Lobinger*, NZA 2013, 945, 947 an das BAG herangetragene Wunsch, auch die Geltung des Tarifvertrags kraft individualvertraglicher Bezugnahme dem § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB zu unterstellen und für diesen Fall die einjährige Sperrfrist als Ausdruck der normativen Wirkung „teleologisch weg-zureduzieren“.

Freiheit, einer dynamischen Verweisung zumindest dann entgegensteht, wenn der Betriebserwerber auf die künftig geltenden Tarifverträge keinen Einfluss nehmen kann. Die Entscheidung betrifft somit nur den Fall, dass der Betriebserwerber aus Rechtsgründen nicht die Möglichkeit hat, an den Verhandlungen über die nach dem Betriebsübergang abgeschlossenen Tarifverträge teilzunehmen. Wie zu entscheiden ist, wenn er an den Verhandlungen teilnehmen kann, aber nicht teilnehmen will, war nicht Gegenstand des Urteils.

Das Urteil *Alemo-Herron* ist schlecht begründet und auch im Ergebnis nicht überzeugend. Überzeugender ist der Vorschlag des Generalanwalts, wonach das Unionsrecht und insbesondere Art. 16 GRCh einer Fortgeltung dynamischer Bezugnahme Klauseln nach einem Betriebsübergang nur dann entgegensteht, wenn die Verpflichtung, die künftig vereinbarten Tarifbedingungen zu akzeptieren, unabänderlich ist. Die effektive Möglichkeit des Betriebserwerbers, sich auf zumutbare Weise von der Verweisungsdynamik zu lösen, ist somit der entscheidende Gesichtspunkt bei der grundrechtlichen Beurteilung dynamischer Klauseln.

Diskussion

Constanze Schmidt, Rheinisch-Westfälische Technische Hochschule Aachen:

Ich möchte ein Statement abgeben als Arbeitnehmerin. Als Zusammenfassung der heutigen Vorträge nehme ich als Arbeitnehmerin für mich mit, dass es wohl darauf ankommt, die Tarifvertragsparteien zu stärken. Europarechtlich gibt es dort verschiedene Wege. Diesen Umstand hat Professor *Junker* leider nicht mitreferiert. Man könnte also auch als Arbeitnehmer möglicherweise gezwungen werden, einer Gewerkschaft beizutreten, wie dies wohl zum Beispiel in Österreich passiert. Diese Vorgehensweise ist im deutschen Recht verfassungswidrig, weil gegen die negative Koalitionsfreiheit verstoßen werden würde. Auf der anderen Seite werden die Regelungen, die wir heute diskutiert haben – Gesetze oder auch Allgemeinverbindlicherklärungen – mir als Nichtmitglied von Gewerkschaften auch irgendwie aufgezwungen. Wenn es also Ziel sein soll, die Tarifvertragsparteien zu stärken, steckt wohl dahinter, dass es mir als Arbeitnehmerin eben nicht egal sein kann, ob der Staat mir etwas durch Gesetz aufzwingt oder ob ich durch Vertrag oder etwa durch Zwangsmitgliedschaft in der Gewerkschaft selbst für mich entscheiden kann – wenn gegebenenfalls auch gezwungenermaßen. Die Tarifvertragsparteien sollten an ihrer PR für die Arbeitnehmer arbeiten, kommt es ihnen darauf an, ihre Mitgliederzahl zu stärken. Sie müssen die Arbeitnehmer also darüber aufklären, dass das Tarifvertragsrecht ausgetrocknet wird, dass das Aushandeln günstiger Arbeitnehmerbedingungen keine Selbstverständlichkeit ist und dass es eben nicht schon irgendjemand für mich als Arbeitnehmer machen wird.

Ich selbst als Arbeitnehmerin fasse noch einmal zusammen: Es ist mir nicht egal, ob der Staat mir etwas erzählt, sondern ich würde eher (zwangsweise) einer Gewerkschaft beitreten.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

In Österreich ist niemand gezwungen, in die Gewerkschaft einzutreten. Im Gegenteil ist das Modell, das *Martin Franzen* uns vorgestellt hat, in Österreich verwirklicht, die *erga-omnes*-Wirkung von Tarifverträgen in Österreich, an der sich niemand stört. Damit haben wir keine Außenseiterproblematik; wenn ich in Österreich vortragen würde, wäre dem Vortrag die Basis entzogen, weil es dort keine Bezugnahmen gibt. Wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist, ist auch die Belegschaft tarifgebunden; ob jemand in der Gewerkschaft ist oder nicht, ist gleich. Wie sich das im Verlauf der

Geschichte der Österreichischen Republik auf die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft auswirkt, müssten uns die österreichischen Kollegen sagen.

Aber noch etwas Zweites: Es gibt in Österreich durchaus eine Zwangsmitgliedschaft, nämlich in der Arbeiterkammer, die auch tariffähig ist. Es entspricht nur einer Abrede zwischen dem Österreichischen Gewerkschaftsbund (ÖGB) und der Arbeiterkammer, dass auf Arbeitnehmerseite Tarifverträge nur vom ÖGB geschlossen werden und nicht von der Arbeiterkammer. Auf der Arbeitgeberseite haben Sie ebenfalls eine Zwangsmitgliedschaft, nämlich in der Wirtschaftskammer. Daran kommen Sie nicht vorbei, und auf der Arbeitgeberseite sind die Wirtschaftskammern Tarifparteien und nicht die Arbeitgeberverbände. Das heißt, Sie haben im Grunde eine hundertprozentige Tarifabdeckung. Für die Anwaltschaft ist das schlecht. 90 % der tariflichen Streitfragen, die sich bei uns stellen, sind in Österreich nicht existent. Wenn ich denke, wie viele Vorträge wir im ZAAR schon gehört haben über Bezugnahme Klauseln – ein Gebiet, das schwieriger und schwieriger wird –, von Anwälten, die sich wahrscheinlich nur mit Bezugnahme Klauseln beschäftigen: In Österreich wäre das brotlose Kunst. Die Arbeitnehmerentsendeproblematik haben sie nicht, die Allgemeinverbindlicherklärung brauchen sie nicht, weil alle Arbeitgeber tarifgebunden sind und deswegen die entsandten Arbeitnehmer auch an diesen Bedingungen beteiligt werden müssen.

Es müsste uns zu denken geben, dass in Österreich, wo es zwar keine geschriebenen Grundrechte gibt, aber sehr wohl eine Vereinigungsfreiheit, niemand dies für verfassungswidrig hält. Das zeigt, wie breit das Spektrum in Europa ist. Wir diskutieren darüber, ob eine *erga-omnes*-Wirkung verfassungswidrig ist, und die Mehrheit würde das bejahen. In Österreich dagegen haben Sie eine Zwangsmitgliedschaft aller Arbeitnehmer im tariffähigen Arbeiterkammersystem und eine Zwangsmitgliedschaft aller Arbeitgeber im tariffähigen Wirtschaftskammersystem. Letzte Bemerkung: Das zeigt, was die Koalitionsfreiheit auf europäischer Ebene alles abbilden muss.

Dr. Hans-Christoph Schimmelpfennig, Noer LLP, München:

Nachdem wir als Anwälte alle nicht nach Österreich gehen wollen: Gut für Anwälte ist, dass die Wechselmöglichkeit, die Sie angesprochen haben, nach einem Betriebsübergang nicht so einfach ist, wie Sie sie beschrieben haben. Denn die Möglichkeit, in den anderen Verband eintreten zu können als Arbeitgeber, ist gerade in den notorisch schwierigen Fällen von Teilbetriebsübergängen mit Ausgliederung in andere Branchen eben nicht gegeben. Da entstehen die Probleme. Wenn ich dann an die Entscheidung Scattolon denke vom EuGH, nach der wir nicht einmal mehr die Möglichkeit haben sollen, durch andere Tarifbedingungen die bestehenden mitge-

genommenen abzulösen, ist die Entscheidung Alemo-Herron im Grunde genommen ein bisschen freundlich in Richtung der Vertragsfreiheit gedacht, vielleicht ein wenig weitgehend. Aber sie liegt auch auf der Linie, dass der EuGH nach meiner Beobachtung – da sind Viking Line und Laval auch Beispiele – das Tarifrecht nicht so hoch hängt wie wir in Deutschland. Da wird ein bisschen anders gemessen und mehr darauf geachtet, dass das ganze Bild stimmt. So gesehen war ich mit der Entscheidung Alemo-Herron bis heute zufriedener als ich es jetzt noch bin, das muss ich zugeben. Wenn man Scattolon dagegen sieht, fand ich es ganz wohltuend, so etwas wenigstens einmal lesen zu dürfen vom EuGH.

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, Rechtsanwaltskanzlei Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, Schliersee und Krefeld:

Herr *Junker*. Ihrem Vortrag entnehme ich den interessanten rechtlichen Gesichtspunkt, dass in rechtlicher Hinsicht auch zu prüfen ist, ob sich der Arbeitgeber in Verfolgung der Rechte aus § 624 BGB auf die Fünf-Jahres-Frist stützen kann, die es ihm erlaubt, die Arbeitsbedingungen, welche sich nach einem Betriebsübergang nach dem alten, beim Veräußerer geltenden Recht dynamisch weiterentwickeln können, durch eine neue angemessene Grundlage zu verändern. Der Arbeitnehmer ist durch § 309 BGB geschützt. Das ist eine Perspektive für den Erwerber, der nicht über ein Berufsleben des übernommenen Arbeitnehmers hinweg an die im abgebenden Betrieb vereinbarte Vertragsgrundlage mit dynamischer Entwicklung gebunden bleiben will, sondern stattdessen flexible und am Erfolg orientierte Arbeitsbedingungen kollektiv und/oder arbeitsvertraglich vereinbaren will.

Diese Bestimmungen des § 624 BGB könnten, wenn ich Sie richtig verstanden habe, die Zementierung von Arbeitsbedingungen verhindern.

Die Zementierung kann jedenfalls nicht über § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB verhindert werden. Dies glauben leider nicht wenige Erwerber, die das Gesetz lesen. Die Bestimmung des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB spricht zwar nur von der Jahresfrist, innerhalb deren der Erwerber die arbeitsvertraglichen Rechte nicht verändern darf. Jedoch ist diese Aussage des Gesetzes in der Praxis nichts wert. Es ist in Wirklichkeit eine überflüssige Bestimmung, es sei denn, dass der einzelne Arbeitnehmer durch diese Regelung vor sich selbst geschützt werden soll, falls er gegen sein Eigeninteresse die Zustimmung zu einer seinen Arbeitsvertrag für ihn nachteilig verändernden neuen vertraglichen Bestimmung geben sollte. Eine Änderungskündigung zur Lohnabsenkung oder anderen materiellen Nachteilen des Arbeitnehmers ist in der Rechtsprechung ohnehin nicht durchsetzbar, so dass auch dieser Weg der Veränderung bei Umstrukturierung in der Regel in der Praxis ausfällt. Ist es so, Herr *Junker*, dass Ihr rechtlicher Gedanke,

den Arbeitsvertrag nach fünf Jahren an die neuen Verhältnisse im Erwerberbetrieb auf einer rechtlich sicheren Basis der §§ 309, 624 BGB anzupassen, gar nicht so abwegig ist? Dieser Weg ähnelt übrigens dem Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage mit Vertragsanpassung nach § 313 BGB. Immerhin zeigen Sie einen nicht so sehr geläufigen rechtlichen Ansatz auf.

Abbo Junker:

Ich fange mit Ihrer Frage an, Herr *Lehmann*. Der Generalanwalt hat gesagt, ihm scheine, dass man sich nach englischem Recht durch Aufhebungsvertrag oder Änderungskündigung von den dynamischen Klauseln lösen könne. Das glaube ich auch. Er hat sich aber nicht dazu geäußert, wie realistisch diese Möglichkeit sein muss. Was soll einen Arbeitnehmer bewegen, einen Änderungsvertrag zu schließen, der für ihn nur ungünstig sein kann? Wie schwierig eine Änderungskündigung ist, wissen Sie alle. Der Generalanwalt spielt den Ball zu den nationalen Gerichten zurück. Das BAG muss darüber entscheiden, ob nach deutschem Privatrecht Verweisungsklauseln unbedingt und unabänderlich sind. Dazu muss es seine eigene Rechtsprechung bewerten, wie leicht oder wie schwierig es ist, von der dynamischen Klausel abzuweichen. Das ist eine Zwickmühle. Wenn die Richter sagen: „Es ist gar nicht so schwer, eine Änderungskündigung wirksam zu erklären“, müsste der 2. Senat des BAG seine Rechtsprechung vielleicht ändern. Wenn die Richter sagen: „Eine Änderungskündigung kann wie bisher nur wirksam sein, wenn der Arbeitgeber darlegen kann, dass er ohne die Aufgabe der Verweisungs dynamik in drei Monaten pleite wäre“, könnte *Alemo-Herron* dazu führen, dass die Verweisungs dynamik wegfällt.

Was *Scattolon* betrifft, hat sich *Regine Winter*, Richterin am BAG, dazu sehr plausibel geäußert. Es ist ein spezieller italienischer Sachverhalt, kaum verallgemeinerungsfähig. Wenn Sie mein Plädoyer akzeptieren, schon aus *Alemo-Herron* sei nicht zu viel abzuleiten, gilt das für *Scattolon* umso mehr.

Dr. Clemens Latzel, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Professor *Junker*! Habe ich Ihrem Vortrag die These entnehmen können, dass Art. 16 GRCh deshalb außer Gefahr ist oder zumindest nicht verletzt ist durch die dynamische Fortgeltung von Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang, weil der Erwerber des Betriebs auch vom Betriebsübergang oder vom Erwerb des Betriebs hätte absehen können? Das ist eine Vorfrage. Was fällt denn dann noch unter Art. 16 GRCh oder wann ist die

Schwelle des Wesensgehalts (Art. 52 Abs. 1 GRCh) der unternehmerischen Freiheit erreicht? Der Betriebsübergang ist kein Selbstzweck – dass die Arbeitsverhältnisse übergehen, ist eine vom Gesetzgeber angeordnete kollaterale Folge eines wirtschaftlichen Vorgangs, der unter dem Schutz der unternehmerischen Freiheit steht. Wenn mit dem Erwerb des Betriebs oder des Unternehmens der Übergang der Arbeitsverhältnisse verbunden ist, ist dann nicht irgendwann einmal der Punkt erreicht, an dem der Übergang oder die dynamische Fortgeltung oder was auch immer, was an dem Betriebsübergang dranhängt, so gravierend ist, dass von der Freiheit, einen Betrieb zu erwerben, nichts mehr übrig bleibt, weil es wirtschaftlich unmöglich oder unsinnig wird, einen Betrieb überhaupt noch zu erwerben?

Abbo Junker:

Auf der einen Seite kommt es uns merkwürdig vor, dass jemand bei der *due diligence* genau sieht, was an dynamischer Verweisung auf ihn zukommt, und dann sagt: „Prima, ich übernehme das Unternehmen und berufe mich dann darauf, dass das, was ich freiwillig eingegangen bin, nämlich Unterwerfung unter eine fremde Normsetzungsinstanz, meine Vertragsfreiheit verletzt.“ Auf der anderen Seite steht der gleiche Rechtsgedanke, der dazu führt, dass Sie die außerordentliche Kündigung niemals ausschließen können, da zur Vertragsfreiheit auch die Lösungsfreiheit gehört.

Clemens Latzel:

Wenn Sie noch eine Nachfrage gestatten: Der Betriebserwerber hatte die Bezugnahme Klausel niemals in die Arbeitsverträge hineingeschrieben. Er hat niemals Arbeitsverträge mit den übergegangenen Arbeitnehmern abgeschlossen. Kraft Gesetzes wird er Arbeitgeber für Arbeitnehmer, deren Arbeitsbedingungen sich dynamisch ändern, und er kann daran nichts ändern, außer dass er den Betrieb gar nicht erwirbt.

Abbo Junker:

Genauso ist es: Wenn er die Verweisungsdynamik nicht will, sollte er den Betrieb nicht erwerben. Andere, möglicherweise dynamische Verpflichtungen (etwa aus Energielieferungsverträgen) muss er doch auch übernehmen.

Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München:

Vielen Dank, lieber *Abbo*, für den Vortrag. Ich möchte zwei Bemerkungen machen. Zum einen haben wir oft im Europarecht die Tendenz des EuGH, bei der Auslegung oder beim erstmaligen Herangehen an neue Rechtsnormen, diese zunächst sehr weit auszulegen und dann schränkt der EuGH diese weite Auslegung in späteren Entscheidungen wieder ein. Du hast die Christel Schmidt-Entscheidung erwähnt. Da allerdings gab es doch gewissen politischen Druck, das zu tun. Immerhin wurde die Richtlinie dann auch geändert und vielleicht stand der EuGH dort auch unter politischem Druck. Das ist eine Vorbemerkung.

Zu der Auffassung des Generalanwalts: Ich bin nicht ganz sicher, ob ich Dich und auch den Generalanwalt richtig verstanden habe. Er sagt ja offenbar, dass es Sache des nationalen Rechts ist, wie es dann umgesetzt wird und ob die Verpflichtung unbedingt und unabänderlich ist. Könnte man nicht sagen, dass Art. 16 GRCh gebietet, dass das nationale Recht angemessene Lösungsmöglichkeiten für diese Verpflichtung zur Beendigung der Dynamik bereithalten muss? Wenn das nicht der Fall ist, verstößt eine nationale Regelung gegen Art. 16 GRCh. Das würde in Deutschland bedeuten, dass die Rechtsprechung zur Änderungskündigung möglicherweise erleichtert werden müsste, dass sie nicht mehr so streng bleiben dürfte wie bisher – wir haben hohe Anforderungen an die Zulässigkeit der Änderungskündigung; das BAG lässt das Vereinheitslichungsinteresse allein nicht ausreichen. Nun könnte man sagen: Aufgrund der Alemo-Herron-Entscheidung und Art. 16 GRCh muss der 2. Senat des BAG wenigstens die Anforderungen an die Änderungskündigung zurückfahren, und wir haben also nicht einen vollständigen Wegfall der Verweisungsdynamik, sondern haben die Verpflichtung, hier weniger stark zu kontrollieren. Das wäre meine Frage.

Abbo Junker:

Ich würde zustimmen, wenn sich die Thematik konzentriert auf die „Entdynamisierung durch Änderungskündigung“. Wenn es darum geht, ob sich aus Art. 16 GRCh entnehmen lässt, dass die Anforderungen an eine Änderungskündigung allgemein, auch wenn gar keine Betriebsübergangsrichtlinie im Spiel ist, abzusenken sind, würde ich die Frage verneinen.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Mir hat zu denken gegeben, Dein Hinweis auf Beispiel Energielieferungsverträge. Da haben wir ja Regeln nicht nur im AGB-Recht, sondern auch die Leistungsbestimmung durch Dritte nach § 317 BGB. Da haben wir den Maßstab der Billigkeit, wenn ein Dritter diese Leistungsbestimmung vornimmt, es existiert also die Möglichkeit eines korrigierenden Zugriffs. Das gibt mir dann doch zu denken, wenn Du sagst, das hält nicht richtig, vielleicht hält es doch, weil wir irgendwelche Grenzen doch finden müssen, um einen totalen Kontrollverlust zu verhindern.

Noch eine Bemerkung zu Herrn *Latzel*, der übrigens in der RdA, die jetzt erscheint, einen großartigen Besprechungsaufsatz dazu geschrieben hat: Ich glaube, man kann immer unterschiedlich vorgehen. Man zäumt das Pferd von hinten, von der Seite oder von vorne auf, und immer würde man diese unkontrollierbare Rechtsfolge irgendwie in den Blick nehmen. Das Motto: „Hast die Katze im Sack gekauft, selber schuld“ hat seine Grenzen, denke ich. Das geht wahrscheinlich sogar zusammen mit § 317 BGB-Gedanken. Irgendeine Abschwächung dieses Kontrollverlusts muss es wohl geben und vielleicht ist es das, was wir aus der EuGH-Entscheidung mitnehmen müssen.

Abbo Junker:

Das hat dieselbe Richtung, die *Martin Franzen* eingeschlagen hat, und würde dem Anliegen entsprechen, dass irgendetwas Positives aus der Rechtssache *Alemo-Herron* herauskommen muss. Es bleibt aber dabei: Der Leitsatz der Entscheidung ist neben der Sache; weiterführend sind eher die Schlussanträge des Generalanwalts, so dass man in künftigen Fällen aus diesen Schlussanträgen heraus argumentieren müsste.

Diskussionsteilnehmer

Fischer, Ulrich – Seite 54

Franzen, Martin – Seite 55, 60, 64, 195

Giesen, Richard – Seite 56, 135, 170, 171, 172, 196

Greiner, Stefan – Seite 57

Heider, Benjamin – Seite 134

Hromadka, Wolfgang – Seite 55, 59, 64, 136

Junker, Abbo – Seite 190, 193, 194, 195, 196

Konzen, Horst – Seite 51

Latzel, Clemens – Seite 193, 194

Lehmann, Friedrich-Wilhelm – Seite 62, 136, 192

Löwisch, Manfred – Seite 61, 171

Mayer, Peter – Seite 63

Reichold, Hermann – Seite 169

Rieble, Volker – Seite 135, 138, 171

Schimmelpfennig, Hans-Christoph – Seite 191

Schmidt, Constanze – Seite 190

Schmitt-Rolfes, Günter – Seite 53

Stiller, Klaus-Peter – Seite 58

Sachregister

Alemo-Herron 175

Allgemeinverbindlichkeitserklärung 58, 67

- intensivierte 87
- öffentliches Interesse 76
- Sonder-Allgemeinverbindlichkeitserklärung 78

Außenseiter-Arbeitnehmer 41

Betriebliche Altersversorgung 135

Betriebsübergang 176

- Betriebsübergangsrichtlinie 178
- dynamische Verweisungsklausel 177

Bezugnahmeklauseln 176

Durchsetzungsmacht 141

Gewerkschaftlicher Verwaltungsapparat 156

- Durchsetzung tariflicher Verhandlungsergebnisse 157
- Eigenständigkeit 158
- Tarifvertragsdurchführung 157
- verbandsinterne Durchsetzung 157
- wirtschaftliche Entwicklung 157

Gewerkschaftsbeitritt 42

Koalitionsfreiheit 18, 100

Koalitionsvertrag 16, 51

Mindestlohn 80, 87

Tarifausschuss 78

Tarifautonomie 67, 84, 100

Tarifbindung 53, 67, 84

Tarifeinheit 15, 31, 51, 93, 152

- betriebsweite Verbindlichkeit 31, 37, 45
- Minderheitsinteressen 22
- mitgliedschaftliche Anknüpfung 35

Tariffähigkeit 53, 141

- Durchsetzungsmacht 141

- Gesetzesänderung 164

- organisatorische Eigenständigkeit 156

- Richterrechtsänderung 164

Tarifkonkurrenz 34, 57, 90

- Tarifverdrängung 90

Tarifpluralität 34, 51

Tarifvertrag 32, 53, 96, 150, 173, 180

- Abbedingung tarifdispositiven Gesetzesrechts 152

- Anschlusstarifvertrag 153

- arbeitsvertragliche Bezugnahme 152

- einheitliche Geltung 33

- equal treatment-Gebot 151

- erga-omnes-Wirkung 41, 57, 192
- Legitimation 38
- Leiharbeit 151
- Schutzfunktion 39
- Tarifzuständigkeit 53
- Unteilbare Tariffähigkeit 160**
 - Durchsetzungsfähigkeit 162
- partielle Tariffähigkeit 160
- Schwestergewerkschaft 162
- Spitzenorganisation 163
- Unternehmerische Freiheit 183, 195
- Werhof 175**

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Richard Giesen, Abbo Junker und
Volker Rieble

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- | | |
|---------|---|
| Band 8 | Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9) |
| Band 9 | Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8) |
| Band 10 | Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2 |
| Band 11 | Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9 |
| Band 12 | Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6 |
| Band 13 | Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0 |
| Band 14 | Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7 |
| Band 15 | Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4 |
| Band 16 | Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7 |
| Band 17 | Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4 |
| Band 18 | Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1 |

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

-
- Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
 9. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7
- Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel
 Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4
- Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
 4. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1
- Band 32 Stephan Vielmeier
 Tarifzensur
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8
- Band 33 Funktionswandel der Sozialversicherung – von der
 Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum
 Marktakteur
 10. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5
- Band 34 Stephan Serr
 Privative Tariftreue
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9
- Band 35 Compliance im kollektiven Arbeitsrecht
 5. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5