

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August-Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



**Sonderausgabe aus Anlass des 7. Tarifsymposiums der Bauwirtschaft:
»Stärkung der Tarifautonomie«**

| | | |
|--|-------|----|
| Geleitwort: Tarifautonomie – Tragende Säule der Wirtschaftsordnung | | |
| <i>Yasmin Fahimi</i> | Seite | 1 |
| Stärkung der Tarifautonomie! Aber wie? | | |
| <i>Manfred Walser</i> | Seite | 2 |
| Verfassungsrechtliche und konzeptionelle Fragen der AVE | | |
| <i>Martin Franzen</i> | Seite | 14 |
| Gesetzliche Anreize für die Verbandsmitgliedschaft zur Stärkung der Tarifbindung | | |
| <i>Olaf Deinert</i> | Seite | 24 |
| Tarifautonome Gestaltung der betrieblichen Altersversorgung | | |
| <i>Christian Rolfs</i> | Seite | 33 |
| Verfassungsmäßigkeit der Verpflichtung zur überbetrieblichen Ausbildung in der Ausbildungsordnung für die Bauwirtschaft | | |
| <i>Martin Burgi</i> | Seite | 42 |
| Zusammenfassungen (Abstracts) | Seite | 43 |

Tarifautonomie – Tragende Säule der Wirtschaftsordnung

Die Sozialpartnerschaft ist eine der tragenden Säulen der Sozial- und Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Sie fußt auf der verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie, die den Tarifvertragsparteien das Recht garantiert, in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich Arbeitsbedingungen grundsätzlich autonom und damit frei von staatlicher Einflussnahme zu regeln.

Daneben trägt auch der Staat Verantwortung für die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Deutschland. Auch dann, wenn der Staat regelnd tätig wird, können Räume für die Sozialpartner geschaffen werden: Entweder indem der Staat auf Vorschläge oder Regelungen der Sozialpartner aufsetzt und ihnen allgemeine Gültigkeit verleiht. Oder indem staatliche Regelungen geöffnet werden für individuelle Lösungen der Sozialpartner – individuelle Lösungen, die den Bedürfnissen der jeweiligen Branche besser Rechnung tragen als eine gesetzliche Regelung.

Die Sachnähe und -kompetenz der Sozialpartner fruchtbar zu machen, ihnen Räume für sozialpartnerschaftliche Lösungen zu schaffen, ist dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales ein wichtiges Anliegen. Dies zeigt eine ganze Reihe von Gesetzesinitiativen aus dieser Legislaturperiode, wovon hier lediglich drei genannt werden sollen.

Zunächst der allgemeine Mindestlohn: Die Einstiegshöhe von 8,50€ wurde zwar politisch gesetzt. Jede weitere Anpassung ergibt sich jedoch nicht aus einer Entscheidung des Bundestages oder Berechnungen des Ministeriums, sondern fußt auf einer Entscheidung der Mindestlohnkommission. Die Kommission setzt sich zusammen aus Vertretern der Arbeitgeberverbände und der Gewerkschaften. Dadurch wird sichergestellt, dass der Mindestlohn von Expertinnen und Experten der Tarifvertragsparteien festgelegt wird, die aus ihrer täglichen Praxis das Arbeits- und Wirtschaftsleben kennen.

Mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz wurde nicht nur der allgemeine Mindestlohn eingeführt, es wurde auch das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung gestärkt. Unter anderem wurde das starre 50%-Quorum gestrichen und durch ein konkretisiertes öffentliches Interesse ersetzt. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen ist nun gesondert geregelt. Hier-

zu gehört auch, dass allgemeinverbindliche Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen Vorrang gegenüber anderen Tarifverträgen innerhalb der Branche genießen. Mit diesen Maßnahmen wird tarifvertraglichen Regelungen zu mehr Durchsetzungskraft verholfen. Darüber hinaus sind die Möglichkeiten der Geltungserstreckung von Tarifverträgen durch eine Rechtsverordnung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz erweitert worden. Branchenmindestlöhne sind damit nun in allen Branchen möglich, was Raum schafft für eine breitere Anwendung tarifvertraglicher Regelungen.

Gleiches gilt in Bezug auf den vorliegenden Entwurf des Betriebsrentenstärkungsgesetzes. Auch hier setzt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales auf Tarifautonomie. Mit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz wird der Gestaltungsspielraum für Altersvorsorge-Tarifverträge ausgeweitet. Die neue Regelung zur reinen Beitragszusage gestattet es, die finanzielle Planbarkeit von Betriebsrentenzusagen für Arbeitgeber zu erhöhen. Die Sozialpartner bestimmen dabei selbst, ob sie mehr Chancen auf dem Kapitalmarkt nutzen und die damit verbundenen Risiken eingehen wollen. Der Regelungsraum Tarifvertrag ist hierbei ein ganz zentrales Element.

Den Weg, tarifvertraglichen Lösungen Vorrang vor staatlichen Regelungen einzuräumen, will das Bundesministerium für Arbeit und Soziales – wo sachlich sinnvoll und rechtlich möglich – weitergehen. Zu berücksichtigen ist hierbei allerdings, dass dieser Vorrang für tarifvertragliche Regelungen mit der Stärke der Sozialpartner korrespondiert. Sozialpartner brauchen, um für ihre Branche passgenaue und angemessene Lösungen zu erarbeiten, ausreichenden Rückhalt in ihrer Branche. Vor diesem Hintergrund muss die tendenziell abnehmende Tarifbindung Sorge bereiten. In Westdeutschland ist die Tarifbindung von über 70% Anfang der 2000er Jahre auf unter 60% gesunken. In Ostdeutschland liegt die Tarifbindung noch deutlich niedriger. Auch wenn diese Betrachtung der Tarifbindung sehr global ist und wenig über einzelne Branchen aussagt, muss es das gemeinsame Ziel von Sozialpartnern und Politik sein, die Entwicklung der Tarifbindung in den letzten Jahren ins Positive zu kehren und die Tarifbindung wieder zu stärken.

*Staatsekretärin Yasmin Fahimi,
Bundesministerium für Arbeit und Soziales*

Stärkung der Tarifautonomie! Aber wie? – Eine Betrachtung mit besonderer Berücksichtigung gemeinsamer Einrichtungen

Dr. Manfred Walser, LL.M., SOKA-BAU Wiesbaden

I. Einleitung und Rückblick auf das Tarifsymposium 2017

Das Thema »Stärkung der Tarifautonomie« des diesjährigen – siebten – Symposiums der Tarifvertragsparteien der Bauwirtschaft lockte am 16.2.2017 rund 140 Gäste aus Wissenschaft, Politik, Rechtsprechung und Praxis nach Berlin. Das mag verwundern, mangelt es doch nicht an Veranstaltungen mit vergleichbarer thematischer Ausrichtung. Dass dieses Interesse aber dennoch gerechtfertigt war, haben die hochkarätigen Vorträge und die durchaus kontroversen Diskussionen während des Symposiums gezeigt. Ergebnis des Symposiums ist auch dieses Heft, das einige der auf dem Symposium gehaltenen Vorträge zusammenstellt.

Bevor nun im vorliegenden Beitrag in erster Linie die Rolle von gemeinsamen Einrichtungen im System der deutschen Arbeitsbeziehungen beleuchtet wird, soll zunächst auf das Symposium zurückgeblickt werden, womit auch ein Ausblick darauf verknüpft ist, was die Leserinnen und Leser in dieser Sonderausgabe von »Soziales Recht« zu erwarten haben.

Manfred Purps, Vorstandsmitglied von SOKA-BAU, strich in seiner Begrüßung die Wichtigkeit der Tarifautonomie für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen heraus. Auf die Errungenschaften zur Verbesserung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Tarifautonomie in der aktuellen Legislaturperiode – unter anderem das Tarifautonomiestärkungsgesetz¹, aktuell aber auch das Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz² – verwies auch Staatssekretärin *Yasmin Fahimi*, Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), in ihrer Eröffnungsrede, wobei sie zudem hervorhob, dass vor allem die Tarifvertragsparteien selbst die Tarifautonomie mit Leben füllen müssen – wie in ihrem Beitrag auf der vorstehenden Seite zu lesen ist.

Vor diesem Hintergrund befassten sich die Referentinnen und Referenten unter Moderation von Prof. Dr. Dr. hc. *Ulrich Preis*, Universität zu Köln, schwerpunktmäßig mit zwei Themenblöcken: den Grundlagen und Rahmenbedingungen der Tarifautonomie auf der einen Seite sowie Fragen zur betrieblichen Altersversorgung und zur beruflichen Ausbildung, also den Tarifynhalten, auf der anderen Seite.

Prof. *Franz Josef Düwell*, Vors. Richter am BAG aD., erläuterte zunächst den Rechtsrahmen, in dem sich gemeinsame Einrichtungen von Tarifvertragsparteien bewegen. Danach folgte ein Blick auf die Reformen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz zum einen aus wissenschaftlicher und verfassungsrechtlich geprägter Perspektive durch Prof. Dr. *Martin Franzen*, Ludwig-Maximilians-Universität München, sowie durch Ministerialdirektorin *Maria Britta Loskamp*, BMAS, welche die Sichtweise des Ministeriums verdeutlichte und die praktische Durchführung des Gesetzes erläuterte. Schließlich richtete Prof. Dr. *Olaf Deinert*, Georg-August-Universität Göttingen, den Blick in die Zukunft und tastete die Potenziale für eine Weiterentwicklung und Stärkung der Tarifautonomie ab, insbesondere hinsichtlich einer Stärkung der Verbandsbindung auf Arbeitgeberseite. Am Nachmittag bewertete zunächst Prof. Dr. *Christian Rolfs*, Universität zu Köln, die Reform der betrieblichen Altersversorgung durch das geplante Betriebsrentenstärkungsgesetz. Zum Abschluss untersuchte Prof. Dr. *Martin Burgi*, Ludwig-Maximilians-Universität München, die Frage, ob die in der Ausbildungsordnung für die

1 Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) v. 11.8.2014, BGBl. I, S. 1348.

2 Gesetz zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe, am 26.1.2017 im Bundestag verschiedet, aber bei Redaktionsschluss noch nicht veröffentlicht, BT-Drs. 18/10631.

Bauwirtschaft vorgesehene Verpflichtung, einen Teil der Ausbildung in überbetrieblichen Ausbildungsstätten durchzuführen, mit dem Grundgesetz vereinbar ist – und kam zu einem positiven Ergebnis.

So schwer es ist, um eine solche Veranstaltung eine Klammer setzten, so deuten die vorstehenden Ausführungen doch an, worin diese bestehen könnte: Darin, dass eine Stärkung der Tarifautonomie sinnvoll und erforderlich ist, waren sich nämlich alle Vortragenden einig. In welcher Form das passieren soll, und vor allem, wie weit die Rolle des Staates dabei geht, war dagegen lebhaft umstritten. Damit ist auch das Spannungsfeld – und damit die Berechtigung – dieser Veranstaltung definiert. Wie weit kann/soll die staatliche Unterstützung der Tarifautonomie gehen? Wie weit geht die Verantwortung der Koalitionen für »ihre« Tarifautonomie? Welche Tarifinhalte muss eine funktionierende Tarifautonomie abdecken?

Auch wenn in diesem Heft nicht alle diese Fragen abschließend beantwortet werden können, tauchen sie doch in der einen oder anderen Form in allen Beiträgen auf, dabei zeigen sich durchaus erhebliche Abweichungen in der Einschätzung, Bewertung und Gestaltung der Lösungsansätze.

Der vorliegende Beitrag richtet seinen Blick vor allem auf die gemeinsamen Einrichtungen von Tarifvertragsparteien und ihr Potenzial, die Tarifautonomie zu stärken. Er nimmt dabei auch viele Gedanken auf, die Prof. *Franz Josef Düwell* in seinem Referat zum diesjährigen Tarifsymposium zum Ausdruck gebracht hat.

II. Stärkung der Tarifautonomie – aber wie?

Auch wenn die Tarifautonomie in der Geschichte der Bundesrepublik nicht immer unumstritten war, erinnert sei etwa an die Debatte um die so genannten »betrieblichen Bündnisse für Arbeit« in den 1990er und frühen 2000er Jahren,³ so zeigt sich in den vergangenen Jahren wieder ein deutlich stärkeres Bekenntnis zur Tarifautonomie quer durch (fast) alle politischen Lager. Niederschlag hat dies sowohl im Koalitionsvertrag als auch in der legislativen Umsetzung in der aktuellen Legislaturperiode gefunden. Auf die verschiedenen Gesetze wird in den Beiträgen in diesem Heft intensiv eingegangen. Über

die Ursachen kann man spekulieren, sie stehen aber sicherlich in einem Zusammenhang mit einer zunehmenden Ausdifferenzierung der Arbeitswelt und einer damit einhergehenden Notwendigkeit der Regulierung, die – so sieht es auch die Verfassung in Art. 9 Abs. 3 GG vor – in erster Linie durch tarifvertragliche Gestaltung erfolgen soll.

Dem politischen Programm folgt jedoch unmittelbar die empirische Erkenntnis, dass die Tarifautonomie in vielen Bereichen noch immer erheblich geschwächt ist – betrachtet man nur die Zahlen der Gesamtwirtschaft, so zeigt sich ein deutlicher Rückgang der Tarifbindung, der noch immer nicht gebremst scheint. In Westdeutschland sind nur noch knapp 59% der Arbeitnehmer in tarifgebundenen Betrieben beschäftigt, in Ostdeutschland sind es bereits weniger als die Hälfte (49%).⁴ Diese, auf die Beschäftigten bezogene Zahl, stellt sich noch deutlich düsterer dar, wenn man nur die tarifgebundenen Betriebe in den Blick nimmt. Dann ist nämlich weniger als ein Drittel tarifgebunden (31% in West- und 21% in Ostdeutschland).⁵ In der Bauwirtschaft sind die Zahlen positiver. Das IAB kommt bezogen auf das gesamte Baugewerbe auf eine Tarifbindung von 69% in West- und 61% in Ostdeutschland.⁶ Worin die Ursachen dieser stabileren Tarifstrukturen liegen könnten, wird auch Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung sein.

III. Hintergrund: Die rechtliche Gestaltung von gemeinsamen Einrichtungen

1. Rechtsgrundlage

Grundlage der Möglichkeit, gemeinsame Einrichtungen zu errichten, ist § 4 Abs. 2 TVG, der durch das Tarifvertragsgesetz vom 9.4.1949⁷ neu eingeführt worden ist. In der Weimarer Republik hat die Verordnung über Tarif-

³ Vgl. ausführlich zu den Hintergründen *Rehder*, Betriebliche Bündnisse, Frankfurt aM. 2003 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2001); zur Debatte und rechtlichen Bewertung: *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, Frankfurt aM. 2015 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 2014), S. 77 ff., 260 ff. mwN.

⁴ *Ellguth/Kohaut*, WSI Mitt. 2016, 283, 284.

⁵ *Ellguth/Kohaut*, WSI Mitt. 2016, 283, 285.

⁶ *Ellguth/Kohaut*, WSI Mitt. 2016, 283, 284.

⁷ WiGBl. 1949, S. 55 f.

verträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23.12.1918 (TVVO)⁸ dagegen noch keine gemeinsamen Einrichtungen vorgesehen. Erste Versuche, solche Einrichtungen zu bilden, haben Tarifvertragsparteien allerdings auch schon in der Weimarer Republik unternommen. Betrachtet man § 4 Abs. 2 TVG, wird schnell klar, vor welchem Hintergrund diese Norm entstanden ist. Sie nennt anstelle einer ausführlichen Definition des Begriffs »gemeinsame Einrichtung« zwei Beispiele, nämlich Lohnausgleichskassen und Urlaubskassen. Die Tarifvertragsparteien der Bauwirtschaft befanden sich zum Zeitpunkt der Schaffung des Tarifvertragsgesetzes gerade im Prozess der Errichtung einer Urlaubskasse.⁹ Insofern ist bemerkenswert, dass der im März 1948 im Zentralamt für Arbeit in Lemgo vorgelegte Referentenentwurf für eine Verordnung über den Tarifvertrag (der sog. Lemgoer Entwurf) noch keine Bestimmung über gemeinsame Einrichtungen enthielt.¹⁰ Selbst in der Begründung zu dem Entwurf findet sich keine entsprechende Erwähnung.¹¹ Die Formulierung des heutigen § 4 Abs. 2 TVG geht vielmehr zurück auf einen Vorschlag von *Nipperdey*, wobei in seinem Entwurf lediglich von *Einrichtungen* und nicht von *gemeinsamen* Einrichtungen die Rede war.¹² Diese Ergänzung wurde durch *Herschel*¹³ vorgeschlagen und fand schließlich auch Eingang in den Text.¹⁴ Das Engagement in dieser Hinsicht durch *Herschel* ist kein Zufall, denn ursprünglich war gar nicht geplant, dass die Tarifvertragsparteien das Urlaubsverfahren in der Bauwirtschaft selbstständig über eine gemeinsame Einrichtung durchführen. Vielmehr wollten sie an die Ferienkassen- und Urlaubsmarkenregelungen aus der Weimarer Republik und der NS-Zeit anknüpfen und diese über die Postverwaltung abwickeln.¹⁵ Die Verhandlungen zwischen der Postverwaltung und den Tarifvertragsparteien der Bauwirtschaft leitete damals *Herschel*.¹⁶ So war es dann offenbar auch er, der den Tarifvertragsparteien riet, die Urlaubsregelung in der Bauwirtschaft selbstständig über eine gemeinsame Einrichtung abzuwickeln.¹⁷

Die wesentliche Neuerung durch § 4 Abs. 2 TVG war, dass tarifvertragliche Normen über gemeinsame Einrichtungen unmittelbar und zwingend für die Satzung der Einrichtung und das Verhältnis der Einrichtung zu den tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern wirken. Arbeitgeber und Arbeitnehmern können damit durch Tarifvertrag unmittelbare Rechte bzw. Pflichten

gegenüber der gemeinsamen Einrichtung gewährt bzw. auferlegt werden. Erfasst sind allerdings nur tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer, womit offensichtlich ein Bezug zu § 3 Abs. 1 TVG hergestellt wird. Voraussetzung ist also die Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband oder einer Gewerkschaft. Außenseiter können schon aufgrund der fehlenden Tarifmacht der Tarifvertragsparteien nicht erfasst sein. Auch stellen Normen über gemeinsame Einrichtungen regelmäßig keine Betriebsnormen iSv. § 3 Abs. 2 TVG dar,¹⁸ weshalb die beiderseitige Tarifgebundenheit Voraussetzung ist. In bestimmten Konstellationen kann dies allerdings auch anders sein, wenn nämlich die Normen darauf ausgelegt sind, als Betriebsnormen zu wirken.¹⁹ Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln sind jedenfalls ausgeschlossen, weil sie einen Vertrag zulasten Dritter (also der gemeinsamen Einrichtung) darstellen würden.²⁰ Sollen Dritte normativ erfasst werden, geht das nur über eine Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags über § 5 TVG oder die §§ 7 bzw. 7a AEntG. Möglich ist allenfalls, dass die Tarifvertragsparteien schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen der gemeinsamen Einrichtung und Dritten zulassen.

8 RGBl. 1918 I, S. 1456.

9 Vgl. *Blumensaat*, in: *Gemeinnützige Urlaubskasse für die Bauwirtschaft* (Hrsg.), 25 Jahre *Gemeinnützige Urlaubskasse für die Bauwirtschaft*, Wiesbaden 1974, S. 7, 17 ff.

10 Abgedruckt in *ZfA* 1973, 130 ff.; vgl. zur Entwicklung außerdem *Blanke/Er/Mückenberger/Stascheid* (Hrsg.), *Kollektives Arbeitsrecht, Quellentexte zur Geschichte des Arbeitsrechts in Deutschland*, Bd. II: 1933 bis zur Gegenwart, Hamburg 1975.

11 Vgl. *Materialien zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes*, *ZfA* 1973, 129 ff.

12 Vgl. *Blumensaat*, in: *Gemeinnützige Urlaubskasse für die Bauwirtschaft* (Fn. 9), S. 7, 15 f.

13 Prof. Wilhelm Herschel (1895–1986), Habilitation 1940 in Halle (Saale), während der NS-Zeit und bis 1946 Professor und Direktor des Instituts für Arbeitsrecht der Universität Halle, ab 1946 Ministerialdirektor im Zentralamt für Arbeit der britischen Besatzungszone, ab 1947 Ministerialdirektor in der Verwaltung für Wirtschaft in Frankfurt aM. und ab 1949 Ministerialdirektor im Bundesministerium für Arbeit.

14 *Materialien zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes*, *ZfA* 1973, 129 ff.

15 Vgl. im Detail *Kalkbrenner*, *RABl.* 1936, 281 ff.

16 *Blumensaat*, in: *Gemeinnützige Urlaubskasse für die Bauwirtschaft* (Fn. 9), S. 7, 14 f.

17 *Blumensaat*, in: *Gemeinnützige Urlaubskasse für die Bauwirtschaft* (Fn. 9), S. 7, 17.

18 Vgl. *Bayreuther/Deinert*, *RdA* 2015, 129, 136.

19 Vgl. *Löwisch/Rieble*, *Tarifvertragsgesetz*, 4. Aufl., München 2017, § 1 Rn. 576.

20 *Löwisch/Rieble* (Fn. 19), § 1 Rn. 577.

Heute haben sich gemeinsame Einrichtungen in unterschiedlichen Branchen etabliert,²¹ die größte Bedeutung entfalten sie aber nach wie vor in der Bauwirtschaft.²² Dies hat im Laufe der Jahre Niederschlag in unterschiedlichen gesetzlichen Normen gefunden. So regelt etwa § 2 Abs. 1 Nr. 4b ArbGG die ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien. Auch sieht das Altersteilzeitgesetz eine spezielle Regelung für Ausgleichskassen in § 9 Abs. 1 AltTZG vor. Eine umfassende Regelung enthält ferner das AEntG, das die Beitragspflicht für in- und vor allem auch ausländische Arbeitgeber verbindlich macht, die im Falle einer vorübergehenden Entsendung ihrer Arbeitnehmer einer Teilnahmepflicht an gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien unterliegen, sofern diese Tarifverträge allgemeinverbindlich erklärt sind (§ 3 AEntG). Schließlich hat der Gesetzgeber in der aktuellen Legislaturperiode mit § 5 Abs. 1a TVG im Rahmen des Tarifautonomiestärkungsgesetzes von 2014 die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen erheblich erleichtert. Eine solche Allgemeinverbindlicherklärung bezweckt nach ausdrücklicher Formulierung der Norm die Sicherung der Funktionsfähigkeit einer solchen gemeinsamen Einrichtung. Voraussetzung ist – wie im Fall von § 5 Abs. 1 TVG auch –, dass ein gemeinsamer Antrag der Tarifvertragsparteien vorliegt und die Allgemeinverbindlicherklärung im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss erfolgt. Außerdem soll der Tarifvertrag die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen vorsehen. Das bedeutet allerdings nicht – entgegen der aktuellen Praxis im BMAS –, dass § 5 Abs. 1a TVG auf Tarifverträge beschränkt ist, welche das Verfahren über den Beitragseinzug oder die Leistungsgewährung regeln.²³ Der Gesetzgeber hat in der Begründung ausdrücklich festgehalten, dass auch materielle Normen von § 5 Abs. 1a TVG erfasst sein sollen.²⁴ Eine einschränkende Sichtweise macht weder aus systematischen noch teleologischen Gesichtspunkten Sinn. Würde nämlich lediglich das Verfahren für allgemeinverbindlich erklärt, bliebe bloß eine leere Hülle. Die Bestimmung zählt dann fünf Fallgruppen von gemeinsamen Einrichtungen auf, die im Rahmen von § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden können. Die Aufzählung ist abschließend.²⁵ Allerdings bedeutet das selbstverständlich nicht, dass andere

Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen nicht ebenfalls für allgemeinverbindlich erklärt werden können.²⁶ Sie müssen dann aber die höhere Hürde des § 5 Abs. 1 TVG nehmen.

Wesentliche Neuerung durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz war nicht nur die Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen, vielmehr stellt die Reform in § 5 Abs. 4 S. 2 TVG auch klar, dass ein Tarifvertrag, der nach § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärt worden ist, auch dann eingehalten werden muss, wenn ein Arbeitgeber nach § 3 TVG an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist. Eine solche Allgemeinverbindlicherklärung erzeugt also Verdrängungswirkung.²⁷ Dies ist insofern bedeutsam, als das Verhältnis von autonom nach § 3 TVG wirkenden Tarifverträgen zu allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen nach § 5 TVG umstritten ist. Die Rechtsprechung wendet hier in erster Linie das Spezialitätsprinzip an.²⁸ Anders war dies allerdings schon vor der Reform ausdrücklich dann, wenn ein Tarifvertrag unter den Geltungsbereich des AEntG fällt.²⁹ Durch die Reform wurde daher ein erheblicher Anreiz zur »Flucht« in einen anderen Tarifvertrag bzw. sogar Firmentarifvertrag beseitigt.

2. Organisationsweise

Eine Legaldefinition gemeinsamer Einrichtungen findet sich weder im TVG noch in den übrigen genannten Normen. Daher war es an der Rechtsprechung, einen Kriteri-

21 Vgl. Heuschmid, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016 (im Folgenden: Däubler, TVG), § 1 Rn. 1125 ff.

22 Vgl. etwa Strippelmann, Rechtsfragen der gemeinsamen Einrichtungen, Berlin 2016 (zugl. Bonn, Univ., Diss. 2015/16), S. 13 f.

23 Preis/Povedano Peramato, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifautonomiestärkungsgesetz, HSI-Schriftenreihe Bd. 20, Frankfurt aM. 2017, S. 60 ff.

24 BT-Drs. 18/1558, S. 49.

25 Franzen, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017 (im Folgenden: ErfK), § 5 TVG Rn. 14b.

26 BT-Drs. 18/1558, S. 49.

27 Vgl. dazu und zur Verfassungskonformität der Regelung Preis/Povedano Peramato, Allgemeinverbindlicherklärung (Fn. 23), S. 76 ff.; zum selben Ergebnis kommt Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen (Fn. 22), S. 196; Franzen, in diesem Heft, 14, 18 ff.; iE. wohl auch Frost, RdA 2015, 25, 33; Löwisch/Rieble (Fn. 20), § 5 Rn. 325 f.

28 Vgl. nur BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 352 f.; Däubler, TVG-Zwanziger (Fn. 21), § 4 Rn. 926 ff.; Seifert, in: Kempen/Zachert (Begr.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Frankfurt aM. 2014, § 5 TVG Rn. 82.

29 Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität, München 2011 (zugl. Köln, Univ., Habil. 2009), S. 363 f.

enkatalog zu entwickeln, aufgrund dessen der Rahmen für gemeinsame Einrichtungen gebildet wird. Demnach ist eine gemeinsame Einrichtung.³⁰

- eine durch Tarifvertragsparteien geschaffene
- paritätisch verwaltete Organisation,
- die von den Tarifvertragsparteien abhängt
- und deren Zweck in einem Tarifvertrag festgelegt ist.

Die Maßstäbe, welche die Rechtsprechung an diese Definition anlegt, sind großzügig. So existiert im Fall des Gesamthafenbetriebs mit § 1 Abs. 1 Gesamthafenbetriebsgesetz zwar eine eigenständige Rechtsgrundlage und darüber hinaus in § 1 Abs. 2 Gesamthafenbetriebsgesetz ein Erstreckungsautomatismus auf Außenseiter. Dennoch hat das BAG das erstgenannte Kriterium als erfüllt angesehen, da es letztlich Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften sind, die auf Grundlage einer schriftlichen Vereinbarung einen Gesamthafenbetrieb errichten. Auf die Hintergründe dieser Regelung wird weiter unten genauer eingegangen (IV.2.b)ii.). An dieser Stelle sei nur festgehalten, dass für das BAG ein weiteres wichtiges Kriterium für die Annahme des Vorliegens einer gemeinsamen Einrichtung darin liegt, dass der Gesamthafenbetrieb eine eigenständige Organisation aufweist und er paritätisch verwaltet wird.³¹

Hinsichtlich der Rechtsform bestehen keine besonderen Anforderungen. Rechtsträger kann, muss aber keine juristische Person sein. So sind etwa die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) und die Sozialkasse des Berliner Baugewerbes wirtschaftliche Vereine im Sinne von § 22 BGB, die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes wurde zunächst als Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit gegründet, 2007 jedoch aufgrund einer Empfehlung der Aufsichtsbehörde in eine Aktiengesellschaft umgewandelt.³² Das BAG ließ alle Rechtsformen unbeanstandet.³³

Keine gemeinsame Einrichtung liegt dagegen vor, wenn der Einfluss der Tarifvertragsparteien nicht ausreicht. Dieser muss bereits im Tarifvertrag sichergestellt werden.³⁴ Wichtig ist dabei, dass die gemeinsame Einrichtung von beiden Tarifvertragsparteien getragen wird. Es reicht gerade nicht aus, wenn zwar eine Vereinbarung über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung besteht, die Tarifvertragsparteien aber die Hoheit über die Einrichtung entweder Dritten oder auch nur einer Tarifvertragspartei oder einem Arbeitgeber übertragen. Vielmehr muss eine

paritätische Aufsicht und Kontrolle durch die Tarifvertragsparteien gewährleistet sein.³⁵ Dies schließt freilich nicht aus, dass auch unparteiische Dritte in Aufsichtsorgane berufen werden können, welchen bei Stimmgleichheit beispielsweise auch die entscheidende Stimme zukommen kann.³⁶

Im Fall des Gesamthafenbetriebs könnte man auf den Gedanken kommen, dass dieser lediglich eine Arbeitgeberorganisation darstellt, weil er selbst Arbeitgeberraufgaben ausfüllt (dazu unter IV.2.b)ii.). Dieser Ansicht hat sich das BAG jedoch nicht angeschlossen und vielmehr entschieden, dass der Gesamthafenbetrieb unabhängig von den einzelnen Arbeitgebern agiere. Dass er Arbeitgeberfunktionen ausübt, war insofern unschädlich.³⁷

Ausgeschlossen ist dagegen, dass fremde Unternehmen als gemeinsame Einrichtung gewissermaßen beliehen werden.³⁸ Das ist ein wesentlicher Unterschied beispielsweise zur Rechtslage in Frankreich, wo es durchaus üblich ist, dass bestimmte Aufgaben der Tarifvertragsparteien an Unternehmen ausgelagert werden, in deren Gremien dann zwar noch eine gewisse Beteiligung durch die Sozialpartner vorhanden ist,³⁹ welche jedoch nicht dem Verständnis einer paritätischen Verwaltung entsprechen, wie es in Bezug auf gemeinsame Einrichtungen im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG erforderlich ist. Vielmehr müssen die Tarifvertragsparteien die Kontrollfunktion gemeinsam und paritätisch ausüben.

30 Vgl. zu den Kriterien etwa *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen (Fn. 22), S. 17 ff.; *Däubler*, TVG-*Heuschmid* (Fn. 21), § 1 Rn. 1128 ff.

31 BAG, 25.1.1989 – 5 AZR 43/88 – AP Nr. 5 zu § 1 GesamthafenbetriebsG (m. Anm. *Zeuner*).

32 Dazu *Sahl*, NZA-Beil. 2010, 8, 9 f.

33 Vgl. nur kurz nach dem Rechtsformwechsel: BAG, 9.12.2009 – 10 AZR 850/08 – AP Nr. 318 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

34 BAG, 28.4.1981 – 3 AZR 255/80 – AP Nr. 3 zu § 4 TVG Gemeinsame Einrichtungen unter 3.c), wo es im Fall der Versorgungsanstalt der Deutschen Bundespost an einem entsprechenden Einfluss gefehlt hat und daher keine gemeinsame Einrichtung angenommen worden ist.

35 *Zöllner*, in: Deutscher Juristentag (Hrsg.), Verhandlungen zum 48. Deutschen Juristentag in Mainz, München 1970, S. G35 f.; *Böttcher*, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Heidelberg 1966, S. 130.

36 BAG, 25.1.1989 – 5 AZR 43/88 – AP Nr. 5 zu § 1 GesamthafenbetriebsG (m. Anm. *Zeuner*); *Zöllner*, in: Deutscher Juristentag (Fn. 35), S. G37.

37 BAG, 25.1.1989 – 5 AZR 43/88 – AP Nr. 5 zu § 1 GesamthafenbetriebsG.

38 *Löwisch/Rieble* (Fn. 20), § 3 Rn. 234.

39 Vgl. dazu etwa die Rs. EuGH, 17.12.2015 – C-25/14 – NZA 2016, 113 (UNIS).

3. Inhalte gemeinsamer Einrichtungen

Wie bereits oben gezeigt, ist die Definition der gemeinsamen Einrichtungen in § 4 Abs. 2 TVG ausgesprochen vage und beschränkt sich im Wesentlichen auf die Nennung von Beispielen, die aber ausdrücklich nicht abschließend gemeint sind (»usw.«). Das Spektrum der inhaltlichen Ausgestaltung gemeinsamer Einrichtungen ist im Gegenteil ausgesprochen breit. Die inhaltliche Ausgestaltung findet ihre Grenze erst da, wo der tarifautonome Gestaltungsspielraum der Koalitionen endet. Denn auch die Schaffung und Ausgestaltung einer gemeinsamen Einrichtung ist Teil der Ausübung der in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie. Gemeinsame Einrichtungen müssen folglich darauf ausgerichtet sein, Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu fördern⁴⁰ und können insbesondere die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen vorsehen.

Jedenfalls sind die Tarifvertragsparteien nicht auf die in § 5 Abs. 1a S. 1 TVG genannten Inhalte beschränkt.⁴¹ Diese wurden durch den Gesetzgeber lediglich als besonders schützenswert erachtet, da er hinsichtlich solcher gemeinsamen Einrichtungen de facto die gesetzliche Vermutung festgeschrieben hat, dass sie einem öffentlichen Interesse dienen. Insofern ist es auch nicht erforderlich, dass das BMAS bei der Allgemeinverbindlicherklärung zusätzlich noch das Vorliegen eines öffentlichen Interesses prüft. Nur wenn ein solches ausnahmsweise besonders zweifelhaft ist, kann eine Prüfung notwendig werden.

4. Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung für gemeinsame Einrichtungen

Das Diktum von *Böttcher* aus dem Jahre 1966, dass gemeinsame Einrichtungen in besonderem Maße auf die Allgemeinverbindlicherklärung angewiesen seien⁴² wird in fast allen Abhandlungen zu gemeinsamen Einrichtungen an irgendeiner Stelle zitiert.⁴³ Es mag zwar vielleicht nicht auf gar alle gemeinsamen Einrichtungen zutreffen, aber doch auf viele. Unproblematisch und keineswegs eine Überschreitung der Tarifmacht ist es dabei, wenn die Tarifvertragsparteien einen Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung schon bei seinem Abschluss darauf ausrichten, dass er einmal für allgemeinverbindlich erklärt werden soll.⁴⁴ Denn die Erstreckung zieht ihre Legitimation aus dem staatlichen Normsetzungsakt.⁴⁵ Auf der anderen Seite sind die Tarifvertragsparteien aber keines-

wegs verpflichtet, auf eine Allgemeinverbindlicherklärung zu dringen.⁴⁶

Trotz teilweise anderslautender Stimmen in der Literatur ist der Titel des Tarifautonomiestärkungsgesetzes, das die Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung – auch von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen – zum Ziel hatte, damit alles andere als ein Redaktionsversehen. Denn – und das zeigt auch die rechtsvergleichende Forschung⁴⁷ – arbeitsrechtliche Systeme mit einem häufigen Einsatz staatlicher Erstreckungssysteme weisen meistens eine höhere Tarifbindung auf.⁴⁸ Gleichzeitig – und dies ist bemerkenswert – ist in ihnen auch die Wahrscheinlichkeit von Verbandsmitgliedschaften in Arbeitgeberverbänden höher.⁴⁹ Insofern trifft auch der Einwand⁵⁰ nicht, dass durch den Rückgriff auf staatliche Instrumente notwendigerweise das auf mitgliederschaftlicher Legitimation aufbauende Fundament der Tarifbindung verloren gehe. Jedenfalls geben vergleichende Zahlen aus anderen europäischen Ländern keine eindeutig negative Korrelation zwischen Organisationsgrad und Tarifierstreckung her. So ist beispielsweise in Österreich, wo eine faktische Erstreckung der Tarifbindung aufgrund der institutionellen Ausgestaltung automatisch auf alle Arbeitgeber erfolgt,⁵¹ die Mitgliedschaft in Gewerkschaften sogar höher als in Deutschland, wo – trotz Tarifautonomiestärkungsgesetz – Erstreckungsmechanismen nur sehr zaghaft eingesetzt werden.⁵² Aus der sozialwissen-

40 BAG, 22.10.2003 – 10 AZR 13/03 – Nr. 16 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gebäudereinigung unter II.1. (mit zustAnm. *Zachert*).

41 Vgl. auch *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen (Fn. 22), S. 34 ff.

42 *Böttcher*, Gemeinsamen Einrichtungen (Fn. 33), S. 66 f.

43 Ähnlich häufig auch von anderen Autoren vertreten, vgl. etwa *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 100 ff.; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen (Fn. 22), S. 164;

44 *Preis/Povedano Peramato*, Allgemeinverbindlicherklärung (Fn. 23), S. 18.

45 Ausführlich BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA-Beil. 2017, 12.

46 Vgl. BAG, 9.12.2009 – 4 AZR 190/08 – AP Nr. 48 zu § 3 TVG, Rn. 47.

47 Dazu *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, Baden-Baden 2015, S. 163 ff. mwN.

48 Für einen ausführlichen empirischen Vergleich: *Schulten*, WSI Mitt. 2012, 485 ff.

49 Dazu *Deinert*, in diesem Heft, 24, 26; vgl. außerdem *Behrens*, Das Paradox der Arbeitgeberverbände, Berlin 2011 (zugl. Göttingen, Univ., Habil. 2010), S. 200.

50 Vgl. etwa *Forst*, RdA 2015, 25 ff.; *Höpfner*, RdA 2015, 94 ff.; in diese Richtung auch *Franzen*, in diesem Heft, 14, 15 f.

51 Vgl. *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 47), S. 200 ff.

52 Die Zahl der allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge ist seit 2014 sogar gesunken, vgl. die Übersicht des BMAS, abrufbar unter: <http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Tarifvertraege/allgemeinverbindliche-tarifvertraege.html> (31.3.2017).

schaftlichen Forschung lässt sich auf Arbeitgeberseite sogar ableiten, dass Allgemeinverbindlicherklärungen die Wahrscheinlichkeit einer Verbandsmitgliedschaft eher erhöhen als verringern. Die Erklärungsansätze hierzu sind freilich nicht monokausal, ein wichtiger Punkt scheint jedoch zu sein, dass Arbeitgeber, wenn sie der Tarifbindung schon nicht entgehen können, wenigstens über die Tarifinhalte mitbestimmen möchten.⁵³

Blickt man bspw. in den Sozialkassentarifverträgen der Bauwirtschaft auf die dort geregelte Berufsbildung oder Altersversorgung, wird durch die Allgemeinverbindlicherklärung eine ungleiche Belastung der Betriebe vermieden. Gleichzeitig wird damit sozialpolitischen Fragestellungen begegnet. Im Falle des Berufsbildungsverfahrens sind das etwa die Sicherung des Fachkräftenachwuchses und gleichzeitig die Schaffung eines hohen Qualifikationsniveaus. Qualifizierung vermeidet Arbeitslosigkeit, insbesondere wenn auch Geringqualifizierte angesprochen werden, entlastet damit die sozialen Sicherungssysteme und erhöht gleichzeitig die Produktivität. Im Falle der Altersversorgung gilt dies noch unmittelbarer, wie auch die Begründung des zu Redaktionsschluss noch in der Abstimmung befindlichen Betriebsrentenstärkungsgesetzes zeigt⁵⁴. Versorgungslücken können so geschlossen und soziale Sicherungssysteme entlastet werden.

Gerade im letzteren Fall der betrieblichen Altersversorgung ist es augenscheinlich, dass das Ziel einer hohen Verbreitung gerade in kleinbetrieblich strukturierten Branchen wie der Bauwirtschaft nur über eine Allgemeinverbindlicherklärung erreicht werden kann. Denn anders als etwa im ebenfalls in der Bauwirtschaft durchgeführten Urlaubsverfahren geht die Gewährung einer Altersversorgung notwendigerweise mit einer finanziellen Belastung des Arbeitgebers einher. In einer durch hohen Konkurrenzdruck geprägten Branche ist die Kostenvermeidung daher ein naheliegendes Ziel eines Betriebs, um im Wettbewerb bestehen zu können. Durch die Allgemeinverbindlicherklärung werden die einzelnen Betriebe aber von dem Risiko entlastet, durch die Gewährung einer betrieblichen Altersversorgung einen Wettbewerbsnachteil zu erleiden. So wird dann auch der gemeinsamen Einrichtung zur Funktionsfähigkeit verholfen. Aus dieser Warte erscheint es daher auch nicht richtig, hinsichtlich der Frage, ob ein Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung zur Erbringung einer Altersvorsorge nach § 5 Abs. 1a TVG oder aber nach § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinverbind-

lich erklärt werden kann, danach zu unterscheiden, ob das geregelte Versorgungssystem primär auf Kapitaldeckung oder Umlagefinanzierung beruht.⁵⁵ Denn hinsichtlich der Beurteilung ihrer Funktionsfähigkeit muss vor allem der Zweck der gemeinsamen Einrichtung in den Blick genommen werden – und dieser liegt hier im Schutz der Arbeitnehmer vor den Risiken des Alters durch eine möglichst effektiven Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung in der Branche. Die Rechtsprechung hat jedenfalls stets anerkannt, dass der Allgemeinverbindlicherklärung sowohl eine Schutz-, Ordnungs- wie auch eine Wettbewerbsfunktion zukommt.⁵⁶ Alle drei Funktionen kommen hier zum Tragen.

In der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen liegt dabei weder ein Verstoß gegen die positive noch gegen die negative Koalitionsfreiheit. Dies haben sowohl BVerfG⁵⁷, BAG⁵⁸ und EGMR⁵⁹ betont. Der EuGH sieht darüber hinaus keine Verletzung der Grundfreiheiten⁶⁰ und respektiert damit zumindest in diesem Bereich die Koalitionsfreiheit. Diese Aspekte werden an anderer Stelle im Heft erörtert und brauchen daher hier nicht weiter vertieft zu werden.

IV. Bedeutung der gemeinsamen Einrichtungen für die Tarifautonomie

1. Tarifautonomie und gemeinsame Einrichtungen

Tarifautonomie lebt von ihren Inhalten. Dies wird auch aus dem Geleitwort von StS *Fahimi* in diesem Heft deutlich. Hier liegt dann auch das Potenzial, das gemeinsame Einrichtungen zur Entwicklung der Tarifautonomie beitragen können. Sie sind nämlich niemals Selbstzweck,

53 Dazu *Deinert*, in diesem Heft, 24, 26 f.

54 BR-Drs. 780/16.

55 So aber *Rolfs*, in diesem Heft, 33, 35.

56 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 342; BAG, 24.1.1979 – 4 AZR 377/77 – AP Nr. 16 zu § 5 TVG; BVerwG, 3.11.1988 – 7 C 115.86 – AP Nr. 23 zu § 5 TVG; vgl. auch *Preis/Ulber*, FS Kempfen, 2013, S. 15, 26; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, München 1997, S. 885 f.

57 Etwa BVerfG, 20.7.1971 – 1 BvR 13/69 – BVerfGE 31, 297, 302.

58 Zuletzt BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA-Beil. 2017, 12.

59 EGMR, 2.6.2016 – 23646/09 – NZA 2016, 1519.

60 EuGH, 25.10.2001 – C-49/98 ua. – Slg. 2001, I-7831 (Finalarte).

sondern verfolgen qua Definition ein Ziel, das in der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen liegen muss. Wie im Folgenden darzulegen sein wird, können gemeinsame Einrichtungen flexibel auf branchenspezifische Besonderheiten und Entwicklungen reagieren. Gleichzeitig könnten sie ein Instrument darstellen, auf die sich veränderten Herausforderungen des Arbeitsrechts – Stichwort »Arbeiten 4.0« – zu reagieren, weil durch sie überbetriebliche Strukturen und Lastenausgleiche entwickelt werden können und so auf unerwünschte Folgen von Ausdifferenzierung und Partikularisierung reagiert werden kann.

Dennoch soll an dieser Stelle auch nicht verschwiegen werden, dass gemeinsame Einrichtungen in der politischen Debatte teils heftiger Kritik ausgesetzt sind. Die Gründe hierfür sind unterschiedlich und reichen von Fundamentalkritik an der Wirtschaftsregulierung⁶¹ über Konkurrenzdruck bis hin zu Abgrenzungskonflikten zwischen Verbänden. Teilweise wird auch in Zweifel gezogen, dass Allgemeinverbindlicherklärungen an sich eine Stärkung der Tarifautonomie darstellen.⁶² Dagegen spricht jedoch die empirische Erfahrung, wie bereits oben ausgeführt und bei *Deinert* in diesem Heft vertieft dargestellt wird. Das Gegenteil scheint nämlich der Fall zu sein. Jedenfalls gemeinsame Einrichtungen, die auf allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen beruhen, nehmen automatisch eine dominante Position in der Struktur der Arbeitsbeziehungen ihrer Branche ein. Dieser müssen sie sich bewusst sein und ihre Funktion im Sinne der Normunterworfenen ausüben. Das heißt auch, auf neue Entwicklungen und Bedürfnisse zu reagieren.

Der Gesetzgeber hat jedenfalls offensichtlich einen eigenen Wert der gemeinsamen Einrichtungen auch für die Tarifautonomie erkannt, wie die oben dargestellte Reform durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz zur Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung gezeigt hat. Daher soll im Folgenden der Zweck solcher Einrichtungen genauer beleuchtet werden.

2. Zweck und Potenzial von gemeinsamen Einrichtungen

Will man Zweck und Potenzial von gemeinsamen Einrichtungen ausloten, ist es sinnvoll, sie nach ihrer Funktion sowie der Art ihrer Leistungserbringung zu gruppieren. Nachfolgend kann aufgrund der Vielfalt gemeinsamer Ein-

richtungen nur ein grober Überblick gegeben werden. Es kommt dabei freilich zu Überschneidungen und es mag auch nicht jede erfasst sein. Vorweg sei jedenfalls schon einmal erwähnt, dass vielfach davon ausgegangen wird, dass in gemeinsamen Einrichtungen Arbeitgeberpositionen auf eine überbetriebliche Ebene gehoben werden. Dies ist allerdings nur teilweise richtig, wie unten noch genauer darzustellen sein wird. Verbindend ist jedenfalls, dass Risiken und Lasten auf eine überbetriebliche Ebene verlagert werden.

a) Umlagesysteme zum Risiko- und Lastenausgleich sowie zur Sicherung von Ansprüchen: Insbesondere Urlaubs- und Lohnausgleichskassen

Im Fall des von der ULAK durchgeführten Urlaubsverfahrens⁶³ führt ein Betrieb Beiträge in Höhe der entstehenden Urlaubsvergütung, definiert als ein bestimmter Prozentsatz des Bruttolohns, an die ULAK ab. Gewährt er einem Beschäftigten Urlaub, zahlt er die Urlaubsvergütung zwar zunächst an den Beschäftigten aus, erhält dann aber die entsprechenden Kosten von der gemeinsamen Einrichtung zurückerstattet. Idealerweise ist das System für ihn daher weitgehend kostenneutral (abgesehen von einem geringen Verwaltungskostenbeitrag). In einem solchen Fall kommt der Beschäftigte selbst gar nicht mit der gemeinsamen Einrichtung in Berührung. Daher werden insoweit auch keine Arbeitgeberpositionen verlagert. Eine Beitrags- und/oder Leistungsbeziehung zwischen gemeinsamer Einrichtung und dem Arbeitnehmer ist bei solchen gemeinsamen Einrichtungen entweder gar nicht vorhanden oder kommt nur für Sonderfälle in Betracht.

Der Beschäftigte erhält nur dann einen unmittelbaren Anspruch gegenüber der ULAK, wenn er die Branche dauerhaft verlässt und ihm noch Urlaubsansprüche zukommen, wenn verfallener Urlaub entschädigt wird oder wenn im Fall von Arbeitnehmern aus Entsendebetrieben mit Sitz im Ausland, diese während des Entsendezeitraums nicht die gesamten in Deutschland erworbenen Urlaubsansprüche realisieren konnten. In solchen Konstellationen erhal-

61 Vgl. etwa das Zehnte Hauptgutachten der Monopolkommission 1992/1993, BT-Drs. 12/8323, S. 380.

62 Siehe bereits oben, Fn. 50.

63 Im Wesentlichen geregelt im Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) v. 4.7.2002, idFv. 10.6.2016.

ten die Beschäftigten einen Anspruch auf Abgeltung oder Entschädigung direkt gegenüber der gemeinsamen Einrichtung.

Mit diesem Verfahren wird dem Risiko eines Beschäftigten begegnet, dass dieser seinen Jahresurlaub nicht, nicht vollständig und vor allem nicht zusammenhängend (vgl. § 7 Abs. 2 BUrlG) in Anspruch nehmen kann. Hintergrund ist, dass die Beschäftigungsverhältnisse in der Bauwirtschaft häufig nur von kurzer Dauer und Arbeitgeberwechsel häufig sind. Anspruch auf den vollen Jahresurlaub besteht aber nach § 4 BUrlG erst nach sechs Monaten. Der Arbeitnehmerschutz ergibt sich allerdings nicht nur durch die materiellen Ansprüche, die auf überbetrieblicher Ebene organisiert werden. Vielmehr ist es die gemeinsame Einrichtung, die – als neutrale weil paritätisch getragene Institution – ausstehende Beitragsansprüche gegen einen Arbeitgeber notfalls auch gerichtlich durchsetzt. Für den Arbeitnehmer entfällt damit das Prozessrisiko und die Durchsetzung seiner Ansprüche wird effektuiert. Schließlich entfällt für die Arbeitnehmer das Insolvenzrisiko des Arbeitgebers, denn die Beiträge werden gesondert vom Vermögen des Arbeitgebers von der gemeinsamen Einrichtung verwaltet. Dem (insolventen) Arbeitgeber kommen regelmäßig allenfalls noch Ansprüche zu, wenn er bereits entsprechende Leistungen an den Arbeitnehmer erbracht hat.

Gleichzeitig findet jedoch auch auf Arbeitgeberseite ein Risiko- und Lastenausgleich statt. So hat ein Arbeitgeber ausschließlich Beiträge in der Höhe zu entrichten wie unmittelbar Ansprüche durch seine Beschäftigten entstanden sind. Gewährt er Urlaub, erhält er Erstattungen in weitgehend derselben Höhe, wie der Arbeitnehmer Urlaub in Anspruch genommen hat. Er wird somit von dem Risiko entlastet, ggf. den gesamten Jahresurlaub zu gewähren, obwohl der Arbeitnehmer gar nicht das ganze Jahr bei ihm beschäftigt war. Letztlich ist dies für den Arbeitgeber aufkommensneutral. Denn im Falle eines vorzeitigen Ausscheidens des Beschäftigten müsste er sowieso noch offene Urlaubsansprüche finanziell abgelden (§ 7 Abs. 4 BUrlG).

Zudem wird durch die branchenweite Organisation von Ansprüchen ein Wettbewerb über die erfassten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen vermieden, sofern jedenfalls ein Großteil der Branche oder im Fall einer Allgemeinverbindlicherklärung die ganze Branche an den Tarifvertrag gebunden ist. Über das AEntG wirkt diese sog. Ordnungs-

und Wettbewerbsfunktion⁶⁴ auch gegenüber Entsendebetrieben mit Sitz im Ausland.

Aber auch die Portabilität der Arbeitnehmeransprüche selbst kommt letztlich auch der Arbeitgeberseite zugute. Denn sie erleichtert den Arbeitgeberwechsel und führt so zu einer verbesserten Arbeitskräfteallokation ohne dabei die Schutzinteressen der Arbeitnehmer infrage zu stellen. Im Fall der betrieblichen Altersversorgung entfällt auch die Notwendigkeit, den Übertragungswert von Ansprüchen iSv. § 4 Abs. 3 BetrAVG auf den neuen Arbeitgeber zu übertragen.

Noch deutlicher wirkt sich der Lastenausgleich im bereits erwähnten Berufsbildungsverfahren aus, das ebenfalls durch die ULAK, aber auch durch regionale Sozialkassen und in anderen Branchen⁶⁵ durchgeführt wird. Denn hier tragen alle Betriebe der Branche, unabhängig davon, ob sie selbst ausbilden oder nicht, mit ihren Beiträgen zum Berufsbildungssystem bei.⁶⁶ Bilden sie aus, erhalten sie Anspruch auf erhebliche Leistungen. Insgesamt werden durch die ULAK rund 60 % der Kosten einer Ausbildung übernommen. Das macht es attraktiv auszubilden.⁶⁷ Gleichzeitig wird insbesondere durch die Finanzierung von Ausbildungsphasen in überbetrieblichen Ausbildungsstätten im Interesse der gesamten Branche eine hohe Ausbildungsqualität ermöglicht. Insofern werden so auch gesamtwirtschaftliche und sozialpolitische Ziele erreicht.

b) Effizienz- und Qualitätsgewinne

Schließlich führt eine Bündelung diverser Arbeitgeberleistungen zu Effizienzgewinnen auch auf Arbeitgeberseite. Die gemeinsame Einrichtung nimmt dem Arbeitgeber organisatorische Aufgaben ab. Sind die Aufgaben bei einer einzigen gemeinsamen Einrichtung gebündelt oder arbeiten diese zumindest untereinander zusammen, ergeben sich zusätzliche Synergien. Schließlich können durch enge Kooperation mit staatlichen Stellen zusätzliche Vorteile für alle Beteiligten generiert werden und etwaiger durch die

⁶⁴ Vgl. bereits oben, Fn. 56.

⁶⁵ Im Übrigen kennen auch andere Branchen das Urlaubsverfahren, so etwa das Maler- und Lackierhandwerk, das Gerüstbauhandwerk, das Dachdeckerhandwerk.

⁶⁶ Tarifvertrag über die Berufsbildung im Baugewerbe (BBTV) v. 10.12.2014.

⁶⁷ Vgl. zur Verbreitung und Entwicklung der Berufsausbildung in der Bauwirtschaft die aktuelle Studie von *Macherey/Middendorf*, Ausbildungs- und Fachkräftereport der Bauwirtschaft, Wiesbaden 2017.

Sozialkassenverfahren entstandener Verwaltungsaufwand kompensiert werden. So zieht etwa die ULAK auch die Winterbeschäftigungsumlage ein und leitet sie an die Bundesagentur für Arbeit weiter. Dies vermindert Bürokratie und reduziert Verwaltungskosten. Durch enge Kooperationen mit dem Zoll und Sozialversicherungsträgern wird ferner das Risiko von Schwarzarbeit gemindert. Zusätzlich unterstützt die ULAK die Präqualifizierung von Unternehmen, die sich an öffentlichen Vergabeverfahren beteiligen möchten.

Welche Qualitätsgewinne möglich sind, zeigt etwa das Berufsbildungsverfahren, wo die ULAK die Überprüfung und Zertifizierung der überbetrieblichen Ausbildungsstätten nach objektiven Qualitätsstandards organisiert. So wird ein hohes Ausbildungsniveau und eine breite Diversifizierung in der Ausbildung gewährleistet, wie sie etwa ein einzelner Betrieb gar nicht leisten könnte.

c) Überbetriebliche Organisation von Leistungsansprüchen der Beschäftigten und Verlagerung von Arbeitgeberpositionen

i. Aufbrechen klassischer Arbeitsverhältnisse

Im deutschen Arbeitsrecht ist das Verständnis des Arbeitgeberbegriffs ausgesprochen eng.⁶⁸ Dies hat in manchen Branchen schon frühzeitig zu Problemen geführt, weil er der tatsächlichen Organisation der Arbeitsbeziehungen in der Branche nicht gerecht geworden ist. In diesen Branchen wurden daher auch frühzeitig Modelle entwickelt, um diesen Beschränkungen zu entgehen.

Paradebeispiel ist in diesem Zusammenhang der bereits angesprochene Gesamthafenbetrieb, der vor dem Hintergrund entstanden ist, dass in Häfen üblicherweise eine Vielzahl einzelner Betriebe zusammenarbeitet und der Arbeitsanfall in diesem Bereich erheblichen Schwankungen unterliegt. So war es in Häfen zumindest früher üblich, dass Arbeitnehmer zum Be- und Entladen eines Schiffs angeheuert worden sind, wenn dieses in einen Hafen eingelaufen ist. Nach Beendigung der Tätigkeit endete auch das Beschäftigungsverhältnis.⁶⁹ Diese Situation mag im Bereich der Häfen durch einen erhöhten Konzentrationsgrad sowie vor allem einen zunehmenden Automatisierungsgrad abgenommen haben. Aber auch andere Branchen, wie die hier ausführlich dargestellte Bauwirtschaft, sind von kurzfristigen Beschäftigungsverhältnissen und einem hohen Grad an überbetrieblicher

projektbezogener Zusammenarbeit betroffen. Auch dort findet häufig faktisch eine Verbindung eines Beschäftigungsverhältnisses mit einem Auftrag statt.⁷⁰ Deshalb ist es kein Zufall, dass gerade in diesem Bereich eine tarifvertragliche Lösung für diese Situation gefunden worden ist.

In neuerer Zeit hat sich dieses Phänomen jedoch enorm geweitet. Auch in traditionell gewerkschaftlich gut organisierten Branchen mit bislang relativ stabilen Arbeitsverhältnissen wie der Metallindustrie brechen traditionelle Muster der Arbeitsorganisation auf. Das BMW-Werk in Leipzig steht hier als mittlerweile schon klassisches Beispiel Pate.⁷¹ Dort arbeiten in einem damals neu gebauten Werk neben einer relativ kleinen Zahl an Stammarbeitskräften von BMW eine große Zahl an Unternehmen nebeneinander auf dem Gelände zusammen und werden für BMW in Form von Werk- und Dienstverträgen tätig. Diese Unternehmen setzen selbst wiederum häufig Leiharbeiter ein. Die Tarifautonomie steht dabei vor enormen Herausforderungen. Denn an einem Ort wie dem BMW-Werk in Leipzig gilt eben nicht nur ein von BMW und IG Metall vereinbarter Tarifvertrag. Vielmehr existiert ein heterogenes Sammelsurium an tarifvertraglichen Normen unterschiedlicher Branchen und Gewerkschaftszuständigkeiten. Ferner besteht ein großer Block an Arbeitnehmern, die gar nicht von Tarifverträgen erfasst werden.⁷²

Noch deutlicher wird diese Entwicklung bei einem Blick ins Internet. Der Begriff des Crowdfunding hat mittlerweile Eingang in den breiteren Diskurs über die Zukunft des Arbeitsrechts gefunden.⁷³ Vereinfacht beschreibt Crowdfunding das Phänomen, dass ein Arbeitsauftrag im Internet für die »Crowd« – also eine unbestimmte Masse an Personen – ausgeschrieben wird.

68 Vgl. *Däubler*, KJ 2013, 133, 143 f.

69 *Weinkopf*, Der Hamburger Gesamthafenbetrieb, Gelsenkirchen 1992, S. 6 ff.; *Assmann*, Rechtsfragen zum Gesamthafenbetrieb, Köln 1965 (zugl. Köln, Univ., Diss. 1965), S. 1 ff.

70 Vgl. etwa IAB, Evaluation bestehender gesetzlicher Mindestlohnregelungen – Branche: Bauhauptgewerbe, Nürnberg 2011, abrufbar unter: http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Meldungen/evaluation-mindestlohn-bauhauptgewerbe.pdf?__blob=publicationFile (31.3.2017).

71 FAZ Online vom 1.6.2013, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/konjunktur/mindestloehne-tarifflicht-aus-notwehr-12202982.html> (31.3.2017).

72 Ausführlich *Helfen*, Magazin Mitbestimmung 7+8/2011, 20.

73 Vgl. nur Benner (Hrsg.), *Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit*, Frankfurt aM. 2015.

Die Modelle sind dabei höchst unterschiedlich, eine Klassifizierung ist nur schwer möglich.⁷⁴ Bekannt ist etwa das Modell von *Uber*, über das Fahrdienstleistungen abseits von Taxis angeboten werden. Auf der anderen Seite spielt sich das Tätigkeitsfeld von *Amazon Mechanical Turk* vollständig im Internet ab. Dort wird der beständig wachsenden Zahl an sog. »Clickworkern« ein digital zu erfüllende Auftrag gestellt, zu zum Teil niedrigsten Preisen im Cent-Bereich.

Diese Phänomene werden von Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlern zum Teil als Netzwerkökonomie beschrieben.⁷⁵ Die Organisation erfolgt nicht mehr anhand klassischer hierarchischer Strukturen mit eindeutig abgrenzbaren Tätigkeitsbereichen zwischen den Unternehmen. Vielmehr erfolgt eine projektbezogene Organisation in Netzwerken. Das klassische Arbeitsrecht ist hierauf kaum eingestellt und hat bislang noch keine echten Antworten auf diese Entwicklungen gefunden.⁷⁶

Umso mehr lohnt sich der Blick in Branchen, in denen diese neuen Phänomene zur historischen DNA gehören und die funktionierende Modelle zur Bewältigung dieser Herausforderungen gefunden haben. Idealerweise finden sich so Ansätze auch in anderen – insbesondere neuartigen – Branchen zur Gestaltung der Arbeitsbeziehungen.

ii. Echte Übertragung von Arbeitgeberpositionen:

Beispiel der Gesamthafenbetrieb

Im Fall der Hafendarbeit wird⁷⁷ den sich dort stellenden Herausforderungen, insbesondere starken Schwankungen des Arbeitsanfalls bei den einzelnen Hafenbetrieben, der durch die Betriebe selbst kaum beeinflusst werden kann, mit einer echten (temporären) Verlagerungen von Arbeitgeberpositionen auf einen überbetrieblichen Arbeitgeber begegnet. Denn durch die häufig (sehr) kurze Dauer der Arbeitsverhältnisse und häufigen Arbeitgeberwechsel innerhalb des Hafens sind die Arbeitnehmer erheblichen Unsicherheiten ausgesetzt und können kaum Anwartschaften erwerben.⁷⁸

In der Nachkriegszeit wollte man die – in der NS-Zeit gebildeten – Gesamthafenbetriebe im Prinzip erhalten, hat sie aber mit dem Gesamthafenbetriebsgesetz auf eine neue, vollständig veränderte rechtliche Grundlage gestellt. Wie eingangs erwähnt, wird ein Gesamthafenbetrieb zunächst durch eine freiwillige Vereinbarung zwischen Arbeitgeberverbänden oder einzelnen Arbeitgebern und

Gewerkschaften gebildet, dessen Zweck es ist, stetige Arbeitsverhältnisse für die Arbeitnehmer zu ermöglichen (§ 1 Abs. 1 S. 1 Gesamthafenbetriebsgesetz). Dabei wird der Gesamthafenbetrieb selbst nicht erwerbswirtschaftlich tätig (§ 1 Abs. 1 S. 2 Gesamthafenbetriebsgesetz). Er stellt vielmehr eine gemeinsame Einrichtung der beteiligten Arbeitgeberverbände und Gewerkschaft dar. Interessant ist dann der in § 1 Abs. 2 Gesamthafenbetriebsgesetz vorgesehene Automatismus: Sind nämlich bei den Mitgliedern der am Gesamthafenbetrieb teilnehmenden Arbeitgeberverbände oder einzelnen Arbeitgebern mindestens die Hälfte der im Hafen tätigen Arbeitnehmer beschäftigt, werden qua Gesetz auch alle anderen Betriebe Teil dieses Gesamthafenbetriebes.

Praktisch funktioniert ein Gesamthafenbetrieb so, dass ein einzelner Arbeitnehmer mit dem Gesamthafenbetrieb ein Dauerarbeitsverhältnis schließt – der Gesamthafenbetriebe wird dann zum »funktionellen Arbeitgeber«⁷⁹. Der Gesamthafenbetrieb weist den einzelnen Arbeitnehmern an einen Einzelbetrieb zu, dies kann auch nur für eine Schicht erfolgen, womit für diesen Zeitraum mit dem Einzelbetrieb ein Arbeitsverhältnis zustande kommt. Die Arbeitgeberfunktionen einschließlich der Weisungsbefugnis werden solange durch den beschäftigenden Betrieb ausgeübt. Der Gesamthafenbetrieb selbst hat nur noch eine subsidiäre Arbeitgeberstellung inne. Für die Arbeitnehmer liegen die Vorteile auf der Hand: Die Arbeitsverhältnisse werden verstetigt, Anwartschaftszeiten können aufgebaut werden und zwischen den Beschäftigungszeiten können Weiterbildungsangebote etc. in Anspruch genommen werden.

Aber auch auf Arbeitgeberseite ergeben sich wesentliche Vorteile, auch jenseits von Gesichtspunkten der

74 Vgl. etwa *Prassl/Risak*, *Uber*, *Taskrabbit*, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 8/2016.

75 Vgl. etwa *Helfen*, in: *Sydow/Conrad/Sadowski* (Hrsg.), *Managementforschung* 24, Wiesbaden 2014, S. 139 ff.

76 Dazu *Walser*, *Einfluss der Rechtsordnung* (Fn. 3), S. 81 ff.

77 Praktisch finden sich allerdings nur mehr wenige Gesamthafenbetriebe in Deutschland, vgl. außerdem zum Phänomen der »Hafenflucht« *Martens*, *NZA* 2000, 449.

78 *Weinkopf*, *Hamburger Gesamthafenbetrieb* (Fn. 69), S. 6 ff.

79 *Assmann*, *Gesamthafenbetrieb* (Fn. 69), S. 89; die Rechtsfähigkeit des Gesamthafenbetriebs selbst ist allerdings umstritten, üblicherweise besteht aber eine rechtsfähige Organgesellschaft, vgl. etwa *LAG Mecklenburg-Vorpommern*, 24.1.2012 – 5 Sa 185/11 – juris, Rn. 44.

Arbeitszufriedenheit. Durch Gesamthafenbetriebe werden nämlich Schwankungen in der Auftragslage ausgeglichen, die Inanspruchnahme von Kurzarbeit wird erleichtert und die Arbeitnehmer werden außerhalb der Beschäftigungszeiten weiter qualifiziert. Gleichzeitig haben sie Rückgriff auf einen mit der Tätigkeit vertrauten Arbeitskräftepool.

iii. Verlagerung von Leistungsansprüchen auf

überbetriebliche Ebene: betriebliche Altersversorgung

Anders als in den zuvor dargestellten Sozialkassenverfahren zum Urlaub und zur Berufsbildung, wo die unmittelbaren Ansprüche der Beschäftigten gegenüber der gemeinsamen Einrichtung nicht im Vordergrund stehen, ist es selbstverständlich auch möglich, vorrangig den Arbeitnehmern unmittelbare Ansprüche gegenüber der gemeinsamen Einrichtung einzuräumen. Ein prominentes Beispiel ist die in verschiedenen Branchen über diesen Weg durchgeführte betriebliche Altersversorgung. Dabei sind sowohl umlage- wie auch kapitalgedeckte Systeme denkbar. In der Bauwirtschaft hat hier zum 1.1.2016 ein Systemwechsel von einer seit 1957 (teilweise) umlagefinanzierten Rentenbeihilfe zu einer nunmehr vollständig kapitalgedeckten zusätzlichen Altersversorgung stattgefunden.⁸⁰ Eine echte Verlagerung von Arbeitgeberpositionen kann man in diesem Fall jedoch – anders als bei Gesamthafenbetrieben – allenfalls teilweise annehmen, da der Arbeitgeber zumindest *de lege lata* immer noch subsidiär für seine Zusage haften muss (§ 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG).

V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich die Arbeitswelt zunehmend ausdifferenziert und überkommene Vorstellungen des Normalarbeitsverhältnisses in vielen Branchen nicht mehr das prägende Modell der Arbeitsorganisation darstellen. Vielmehr bilden sich zunehmend Netzwerkstrukturen, in denen projektbezogen zusammengearbeitet wird. Es gibt Branchen, in denen Arbeitsmodelle abseits des Normalarbeitsverhältnisses seit jeher bestimmend waren. Die Bauwirtschaft ist ein Beispiel dafür. Die Arbeitsverhältnisse sind dort häufig von kurzer Dauer. Unternehmen arbeiten in Arbeitsgemeinschaften und gemeinsamen Betrieben projektbezogen zusammen. Die Arbeitsstätte wird häufig gewechselt. Verstetigte Arbeitsverhältnisse sind eher die Ausnahme. Auf solche Herausforderungen haben die Tarifvertragsparteien reagiert – nicht nur in der Bauwirtschaft. Gemeinsame Einrichtungen sind dabei ein Lösungsweg, der sich sowohl als förderlich für die Arbeitsbedingungen wie auch die Struktur der Branche herausgestellt hat. Aber – und das ist für die vorliegende Fragestellung besonders relevant – sie haben vor allem auch für stabile Tarifstrukturen in den Branchen gesorgt, in denen sie eingesetzt werden. Angesichts der zunehmenden Partikularisierung der Arbeitsbeziehungen quer durch die Gesamtwirtschaft hinweg hat § 4 Abs. 2 TVG also durchaus das Potenzial, weiterhin und sogar verstärkt als Grundlage für Lösungsmodelle zu fungieren.

⁸⁰ In der Übergangsphase wird es allerdings noch viele Jahre ein Nebeneinander beider Systeme geben.

Verfassungsrechtliche und konzeptionelle Fragen der AVE – Reform durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz*

Prof. Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München

I. Historische Entwicklung

1. Weimarer Republik

a) TVVO

1918 kodifizierte der Gesetzgeber erstmals das Tarifvertragswesen. Nach § 1 TVVO¹ sollten Tarifverträge nur zwischen Tarifgebundenen gelten. Um Tarifverträge auch auf Außenseiter erstrecken zu können, regelte der Gesetzgeber bereits damals das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung in § 2 TVVO: Der Reichsarbeitsminister kann Tarifverträge, die für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen des Berufskreises in dem Tarifgebiet überwiegende Bedeutung erlangt haben, für allgemeinverbindlich erklären. Überwiegende Bedeutung erlangte der Tarifvertrag nach allgemeiner Ansicht, wenn sich im fachlichen und räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags eine gewisse Mehrzahl der Arbeitsverhältnisse tatsächlich nach dessen Bedingungen richtete.² Dabei fällt auf: Der Gesetzgeber nähert sich mit den Änderungen der Allgemeinverbindlicherklärung durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz des Jahres 2014 deutlich dem historischen Vorbild des § 2 TVVO an.

b) Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung

Nach damaligem Verständnis diente die Allgemeinverbindlicherklärung vor allem dem Schutz der tarifgebundenen Arbeitnehmer vor sogenannter Schmutzkonkurrenz.³ Tarifungebundene Arbeitnehmer sind ohne Allgemeinverbindlicherklärung nicht an den Tarifvertrag gebunden. Sie können sich daher zu untertariflichen Bedingungen anbieten und damit für die Arbeitgeber eine günstigere Alternative darstellen. Insbesondere in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit ging damit ein entscheidender Wettbewerbsvorteil zugunsten Tarifungebundener einher. Man führte daher den hohen Grad der Verbreitung allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge auf die hohe Arbeitslosigkeit der

Weimarer Republik zurück. Es sollten so die Nachteile für organisierte Arbeitnehmer begrenzt werden.

c) Verbreitung der Allgemeinverbindlicherklärung

Die Verbreitung erstreckter Tarifverträge erreichte in der Weimarer Republik tatsächlich ihren Höhepunkt. So waren etwa 1929 bereits 1846 Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt worden, was einem Anteil von 20,5 % entsprach.⁴ Zum 1. Oktober 2016 sieht das Bild ganz anders aus: 490 allgemeinverbindliche Tarifverträge machen gerade einmal einen Anteil von 0,68 % aus. Freilich darf man den Unterschied der prozentualen Verbreitung nicht überbewerten. Mittlerweile hat der Anteil an Firmentarifverträgen stark zugenommen und diese verfehlen in aller Regel die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung. Aber selbst in absoluter Hinsicht ist die Anzahl der allgemeinverbindlichen Tarifverträge auf weniger als ein Drittel zurückgegangen.

2. NS-Zeit

Während der NS-Zeit kam der Allgemeinverbindlicherklärung keine Bedeutung zu. Zwar wurden die geltenden Tarifverträge unverändert in Tarifordnungen überführt.⁵ Das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung aber wurde

* Die Vortragsform wurde beibehalten. Für wertvolle Vorarbeiten und Diskussionen danke ich meinem Mitarbeiter, Herrn Ref. iur. Felix Prokop.

1 Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten, RGBl. 1918, S. 1456; abgedruckt in der überarbeiteten Fassung vom 28.02.1928 bei Oetker, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl., München 2007, Geschichte Rn. 8 (im Folgenden: Wiedemann).

2 Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht, 1. und 2. Aufl. 1930, § 27 III 3, S. 273.

3 Seifert, in: Kempen/Zachert (Begr.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Frankfurt aM. 2014, § 5 TVG Rn. 2.

4 Wiedemann-Wank (Fn. 1), § 5 TVG Rn. 7.

5 Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, Baden-Baden 2015 (zugl. Köln, Univ., Habil. 2014), S. 105.

abgeschafft und durch Mindestarbeitsbedingungen aufgrund der sogenannten Tarifordnungen nach § 32 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit⁶ ersetzt.

3. TVG

Nach dem Zweiten Weltkrieg begannen zeitnah die Vorbereitungen für ein neues Tarifvertragsgesetz. In diesem sollte unter anderem die Allgemeinverbindlicherklärung geregelt werden. Sowohl Gewerkschaften als auch Arbeitgeber bekundeten Bedenken. Die Gewerkschaften bemängelten, dass durch die Allgemeinverbindlicherklärung die Außenseiter beitragslos von den Errungenschaften der Gewerkschaft profitieren konnten. Sie wollten die Außenseiter lieber durch mittelbaren Druck zum Verbandsbeitritt bewegen und sie auf diese Weise an den Tarifvertrag binden.⁷ Die Arbeitgeber sahen in der Normerweiterung einen Eingriff in die Vertragsfreiheit und die Tarifautonomie.⁸

Entscheidend waren die Bedenken der Militärregierung der damaligen Bizone. *Herschel* berichtete, dass die Verbindungsoffiziere der Militärregierung die Allgemeinverbindlicherklärung als »undemokratisch und als ein Relikt autoritärer, ja diktatorischer Gelüste«⁹ empfanden. Die Verbindungsoffiziere verhinderten daher das geplante einzige Tatbestandsmerkmal der überwiegenden Bedeutung. Damit hätte sich die Fassung des TVG an der Fassung der TVVO angelehnt. Stattdessen forderten sie ein Quorum in Höhe von 50 % und ein öffentliches Interesse.¹⁰ Sie lehnten es ferner ab, eine Allgemeinverbindlicherklärung unabhängig vom Quorum aussprechen zu können, wenn es die soziale Ordnung erfordert hätte.¹¹ Der Gesetzgeber nutzte allerdings 1952 das Ende des Besatzungsstatuts, um § 5 Abs. 1 S. 2 TVG aF. – also den Dispens vom Quorum bei einem sogenannten »sozialen Notstand« – einzufügen.¹² Insgesamt war die Militärregierung also darauf bedacht, die lohnpolitische Macht des Arbeitsministers zu begrenzen.¹³

4. Fazit

Die Neuregelung aus dem Jahr 2014 kehrt zu der 1949 angestrebten Fassung zurück, die die Militärregierung verhindert hatte. Damit verschwindet der historische Einfluss der Militärregierung auf § 5 TVG aF. Zugleich nähert sich § 5 Abs. 1 TVG seiner Vorgängervorschrift in der TVVO an.

II. Stärkung der Tarifautonomie durch § 5 TVG nF.?

Der Gesetzgeber änderte § 5 TVG durch das Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie.¹⁴ Er begründete die Änderungen folgendermaßen: »Die Ordnung des Arbeitslebens durch Tarifverträge ist in den letzten Jahren deutlich zurückgegangen. Die Arbeitswelt hat sich in einer modernen Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft zunehmend fragmentiert. Dies hat den Tarifvertragsparteien die ihnen durch Artikel 9 Absatz 3 des Grundgesetzes überantwortete Ordnung des Arbeitslebens strukturell erschwert. Zwischen 1998 und 2012 ist in Deutschland die Tarifbindung bezogen auf alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von 74 % auf 58 % gesunken.«¹⁵

Diese Begründung beruht auf folgender Sichtweise: Die Tarifautonomie hat die Ordnungsaufgabe, die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer mit dem Instrument des Tarifvertrags angemessen zu regeln. Vor diesem Hintergrund will der Gesetzgeber die tatsächliche Anwendung tarifvertraglicher Regelungen stärken, wo es sie noch gibt. Fehlen tarifliche Regelungen oder genügen sie nach Einschätzung des Gesetzgebers nicht, soll staatliches Recht die Lücke schließen. Der Gesetzgeber möchte also den Tarifvertrag stärken. Er sieht diesen als geeignetes Mittel an, angemessene Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. Damit betont der Gesetzgeber sehr stark die Ordnungsfunktion der Tarifautonomie. Zwar ist diese Teil der Tarifautonomie, aber sie ist nicht deren einziger Aspekt. Die Tarifverträge könnten dann im Verständnis des Gesetzgebers genauso gut von öffentlich-rechtlichen Körperschaften stammen.

6 RGL. 1934, S. 45.

7 *May*, Die verfassungsmäßige Zulässigkeit der Bindung von Außenseitern durch Tarifverträge, Frankfurt aM. 1989, S. 22.

8 Ebd.

9 So *Herschel*, ZfA 1973, 183, 195.

10 *Wonneberger*, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, Heidelberg 1992 (zugl. Köln, Univ., Diss. 1991), S. 9; *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis (Fn. 5), S. 467.

11 *Wonneberger*, Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen (Fn. 10), S. 10; *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis (Fn. 5), S. 467.

12 *Wonneberger*, Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen (Fn. 10), S. 10.

13 *Seifert*, FS Kempfen, 2013, S. 196, 203.

14 BGBl. 2014 I, S. 1348.

15 BT-Drs. 18/1558, S. 26.

Lobinger nennt dies »Verstaatlichung der Tarifautonomie«¹⁶.

Der Gesetzgeber setzt also die Tarifautonomie gleich mit ihren Produkten, den Tarifverträgen. Damit lässt er aber eine wesentliche Funktionsbedingung der Tarifautonomie außer Acht: Die Tarifautonomie als Grundrecht lebt von ihrer Staatsferne und der Selbsthilfe der Betroffenen. Um die Tarifautonomie zu stärken, müsste die Mitgliederbasis gestärkt werden. Das entspricht dem überwiegenden Verständnis der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübter Privatautonomie.¹⁷ Die Rechtswirkungen des Tarifvertrags werden mitgliederschaftlich durch den Beitritt in die tarifschließenden Koalitionen legitimiert. Es ist aber nicht ersichtlich, inwieweit die Änderungen durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz die mitgliederschaftlich legitimierte Tarifgeltung fördern.

III. Schwächen bei der gesetzgeberischen Konzeption: Konkretisierung des »öffentlichen Interesses« im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 1 TVG durch Regelbeispiele

Mit der Neuregelung will der Gesetzgeber nach seiner Vorstellung die Tarifautonomie, also deren Produkte, stärken. Es sollen mehr Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden können. Dafür verringerte der Gesetzgeber die Anforderungen an die Normerstreckung. Zentrales Tatbestandsmerkmal ist nun ein konkretisiertes öffentliches Interesse, welches nach Ansicht des Gesetzgebers den Rahmen für die Entscheidung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales abstecken soll.¹⁸ § 5 Abs. 1 S. 2 TVG nennt hierfür zwei Regelbeispiele: Das erste setzt die überwiegende Bedeutung des Tarifvertrags mit dem öffentlichen Interesse gleich. Das zweite bejaht das öffentliche Interesse, wenn die Absicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen eine Allgemeinverbindlicherklärung verlangt. Bei Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen stets ein öffentliches Interesse begründet.¹⁹ Er verzichtete daher bei § 5 Abs. 1a TVG darauf, das öffentliche Interesse als eigenes Tatbestandsmerkmal aufzuführen.

1. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG (»überwiegende Bedeutung« des Tarifvertrags)

Nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG soll ein öffentliches Interesse in der Regel bereits dann bestehen, wenn der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat.

a) Ermittlung der überwiegenden Bedeutung

Zur Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der »überwiegenden Bedeutung« können nach der Gesetzesbegründung nun sämtliche Arbeitsverhältnisse herangezogen werden, die »tarifmäßig ausgestaltet« sind.²⁰ Dies erfasst nicht nur Arbeitsverhältnisse, die der mitgliederschaftlichen Tarifbindung unterliegen. Es genügen auch inhaltsgleiche Anschlusstarifverträge, vertragliche Inbezugnahmen und anderweitige Orientierungen an den tariflichen Regelungen. Aber nicht jedes geringfügige Ausmaß an Orientierung ist ausreichend. Es ist erforderlich, dass sich die Regelungen der Arbeitsverhältnisse an den gesamten oder doch wesentlichen Regelungsbereichen des Tarifvertrags orientieren.²¹

»Überwiegende« Bedeutung kommt dem Tarifvertrag dann zu, wenn die Anzahl der Arbeitsverhältnisse, die sich an seinen Regelungen orientieren, größer ist als die Anzahl der Arbeitsverhältnisse, die dies nicht tun.²² Das entspricht bereits der Auffassung zur Rechtslage von 1918²³ und entspricht der Auffassung des heutigen Gesetzgebers: Der Ausschuss für Arbeit und Soziales führt in seiner Empfehlung aus, dass es nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG nicht genüge, wenn sich der Tarifvertrag »bloß relativ im Vergleich zu anderen Tarifverträgen« durchgesetzt habe.²⁴ Im Ergebnis kehrt damit das frühere 50 %-Quorum in verän-

¹⁶ Lobinger, JZ 2014, 810.

¹⁷ Siehe dazu nur Linsenmaier, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017, Art. 9 GG Rn. 55 (im Folgenden: ErfK); programmatisch Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2005 (zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., Habil. 2004), passim.

¹⁸ BT-Drs. 18/1558, S. 48.

¹⁹ BT-Drs. 18/1558, S. 49.

²⁰ BT-Drs. 18/1558, S. 48.

²¹ ErfK-Franzen (Fn. 17), § 5 TVG Rn. 14.

²² ErfK-Franzen (Fn. 17), § 5 TVG Rn. 14.

²³ Vgl. Hueck, Das Recht des Tarifvertrages, Berlin 1920, S. 128.

²⁴ BT-Drs. 18/2010 (neu), S. 16.

derter Form wieder zurück – mit zwei bedeutsamen Unterschieden: Der Bezugsrahmen ist größer und es gibt kein durch Zahlen festgelegtes Quorum.

b) Fehlende Indizwirkung

Der Gesetzgeber setzt in der Neufassung einen hohen Grad an Verbreitung mit einem bestehenden öffentlichen Interesse an der Normerstreckung gleich. Das ist unlogisch; vielmehr ist es gerade umgekehrt: Umso mehr sich der Tarifvertrag aufgrund der hohen Tarifbindung der Arbeitgeber durchgesetzt hat, umso stärker wirkt er ohnehin auf die nicht tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse ein.²⁵ Arbeitnehmerschutz durch Allgemeinverbindlicherklärung ist dann kaum erforderlich. In der Vorgängervorschrift war das Quorum daher eine eigenständige Voraussetzung neben dem Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Interesses. Mit dem Erfordernis des »öffentlichen Interesses« hatte es – anders als nun – rein gar nichts zu tun. Das war auch richtig so. Es handelt sich um unterschiedliche rechtliche Kategorien.

2. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG (»Absicherung der Wirksamkeit tarifvertraglicher Normsetzung«)

a) Zitat aus BVerfG vom 24.5.1977

Das zweite Regelbeispiel ist nicht besser gelungen. Demnach erscheint die Allgemeinverbindlicherklärung in der Regel im öffentlichen Interesse geboten, wenn die Absicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklung eine Allgemeinverbindlicherklärung verlangt. Mit dieser Formulierung hat der Gesetzgeber eine Passage aus der Entscheidung des BVerfG zur Allgemeinverbindlicherklärung aus dem Jahr 1977 übernommen. Der Gesetzgeber zitiert das BVerfG fast wörtlich. Das BVerfG sagte damals: »Dadurch [also durch die Allgemeinverbindlicherklärung – Ergänzung von Verf.] wird die Effektivität der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen gesichert.«²⁶ Der Gesetzgeber hat nur das Wort »Effektivität« durch den Begriff »Wirksamkeit« ausgetauscht.

Wichtig ist der Kontext dieser Aussage des BVerfG. Das Gericht erläutert lediglich die allgemeine Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung. Diese besteht darin, dass durch die Allgemeinverbindlicherklärung die von den Tarifparteien ausgehandelten Rechtsnormen auch für

Nichtmitglieder verbindlich werden. Dies führt zur Sicherung der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen. Dies darf die Allgemeinverbindlicherklärung aber nur bewirken – so ausdrücklich das BVerfG – »soweit ein öffentliches Interesse daran besteht.«²⁷ Die vom Gesetzgeber übernommene Aussage entstammt aus allgemeinen Erläuterungen des BVerfG zur Allgemeinverbindlicherklärung. Ein öffentliches Interesse wollte das BVerfG damit gerade nicht beschreiben. Es unterscheidet vielmehr deutlich zwischen einem öffentlichen Interesse und den in diesem Kontext getätigten allgemeinen Erläuterungen über die Funktionsweise der Allgemeinverbindlicherklärung.

b) Sammlung unbestimmter Rechtsbegriffe

Im Übrigen ist das Regelbeispiel des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG ein Sammelsurium unbestimmter Rechtsbegriffe und unklarer Formulierungen: So meint die Wirksamkeit der tariflichen Normsetzung nicht die rechtliche Wirksamkeit, sondern die faktische Wirkung der Tarifverträge.²⁸ Was unter »wirtschaftlichen Fehlentwicklungen« zu verstehen ist, lässt sich weder dem Kontext der Entscheidung des BVerfG entnehmen, noch wird es durch die Gesetzesbegründung klar. Nach der Gesetzesbegründung soll eine wirtschaftliche Fehlentwicklung vorliegen, wenn die tarifliche Ordnung ausgehöhlt und dadurch der Arbeitsfrieden gefährdet wird.²⁹ Es kann aber bereits genügen, dass Tarifstrukturen erodieren.³⁰

Diese Ausführungen zeigen: Der Gesetzgeber verfolgt mit der Neuregelung nicht allein das Ziel, die Arbeitnehmer zu schützen, sondern auch das tarifvertragliche System abzustützen.³¹ Nach überwiegender Auffassung in der Literatur dient die Allgemeinverbindlicherklärung jedoch in erster Linie dem Arbeitnehmerschutz:³² Es sollen für

25 *Bepler*, Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, S. B115; *Henssler*, RdA 2015, 43, 51.

26 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – AP Nr. 15 zu § 5 TVG, Rn. 61 (unter B II 1b bb).

27 Ebd.

28 ErfK-Franzen (Fn. 17), § 5 TVG Rn. 14a.

29 BT-Drs. 18/1558, S. 49.

30 Ebd.

31 *Giesen*, in: Rolfs et al. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (im Folgenden: BeckOK ArbR), Stand: 42. Edition 2016, § 5 TVG Rn. 13.

32 ErfK-Franzen (Fn. 17), § 5 TVG Rn. 1 TVG; BeckOK ArbR-Giesen (Fn. 31), § 5 TVG Rn. 2; *Wiedemann-Wank* (Fn. 1), § 5 TVG Rn. 2.

Arbeitnehmer angemessene Arbeitsbedingungen geschaffen werden. Die Zielrichtung dieses Regelbeispiels ist eng verknüpft mit der bereits dargelegten einseitigen Betonung der Ordnungsfunktion der Tarifautonomie durch den Gesetzgeber.

3. § 5 Abs. 1a S. 1 TVG (Sonderregelung für AVE von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen)

Außerdem ist dem Gesetzgeber die Privilegierung der gemeinsamen Einrichtungen in § 5 Abs. 1a TVG nicht überzeugend gelungen. Er setzt die Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung mit dem öffentlichen Interesse gleich. Es gibt darüber hinaus keine weitere materielle Tatbestandsvoraussetzung. Der Gesetzgeber begründet dies damit, dass für die aufgezählten Regelungsgegenstände »eine allgemeinverbindlich erklärte tarifliche Regelung sozialpolitisch grundsätzlich erwünscht«³³ sei.

Der Gesetzgeber verkürzt damit zumindest auf Tatbestandsebene den Prüfungsumfang. Denn ein öffentliches Interesse ist an sich erst dann gegeben, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung drohende wesentliche Nachteile für eine erhebliche Zahl von Arbeitnehmern abwendet. Erforderlich ist eine Interessenabwägung zwischen den Vor- und Nachteilen der Allgemeinverbindlicherklärung vor dem Hintergrund ihrer Schutzzwecke.³⁴ Der Tatbestand des § 5 Abs. 1a TVG verlangt dies aber nicht. Zwar kann die Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung ein öffentliches Interesse begründen, sie muss es aber nicht zwangsläufig. Erforderlich ist vielmehr, dass der Regelungsgegenstand der gemeinsamen Einrichtung in seiner konkreten Ausgestaltung ein öffentliches Interesse begründet.³⁵

IV. Betroffene Verfassungsprinzipien und Grundrechte

1. Demokratieprinzip

a) Bundesverfassungsgericht

Allgemeinverbindliche Tarifverträge unterwerfen nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien unter fremde Tarifregelungen. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Normsetzungsbefugnis der tarifschließenden Koalitionen bezieht sich aber allein auf deren Mitglieder. Die Tarifnormerstreckung auf

Außenseiter bedarf daher einer gesonderten demokratischen Legitimation. Dies soll § 5 TVG aF. gewährleisten. Das BVerfG hat bei der Allgemeinverbindlicherklärung im Hinblick auf das Demokratieprinzip gewisse Defizite erkannt. So hat der Staat kein eigenständiges Initiativrecht und kann keinen Einfluss auf den Inhalt der Tarifnormen nehmen. Zusätzlich unterwirft er sich in § 5 Abs. 5 S. 3 TVG in Bezug auf die Geltungsdauer der allgemeinverbindlichen Normen dem Willen der Tarifparteien. Aus Sicht des BVerfG gleichen jedoch die »strengen Bedingungen«³⁶ des § 5 TVG aF. das Defizit hinreichend aus und wahren die Interessen der Außenseiter. Mit der Allgemeinverbindlicherklärung nimmt der Staat die von den Koalitionen geschaffene Rechtsordnung in seinen Willen auf, sodass der Geltungsbefehl von ihm ausgeht.³⁷

Wie bislang geht bei der Neufassung der Geltungsbefehl formal vom Staat aus. Fraglich ist allerdings, ob die Allgemeinverbindlicherklärung noch von den »strengen Bedingungen«³⁸ abhängig ist. Dies hat das BVerfG einst in der Entscheidung aus dem Jahr 1977 gefordert. Bedenklich sind vor allem § 5 TVG Abs. 1 Nr. 2 TVG und § 5 Abs. 1a TVG. Unter unklaren Voraussetzungen ermöglicht § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG eine Allgemeinverbindlicherklärung, ohne dass ein Quorum erfüllt oder die Interessen der Außenseiter auf andere Weise berücksichtigt werden müssen. Die Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung nach § 5 Abs. 1a TVG ist zudem keine große Hürde. Das Finanzierungsmodell einer gemeinsamen Einrichtung lässt sich problemlos so zuschneiden, dass sie auf eine Allgemeinverbindlicherklärung geradezu angewiesen ist. Durch die Verschmelzung des öffentlichen Interesses mit der Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen verschwindet im Übrigen auf Tatbestandsebene der Ansatzpunkt für die Berücksichtigung und Wahrung der Interessen der Außenseiter.

Diese Zweifel kann das neu eingeführte Erfordernis des gemeinsamen Antrags der Tarifvertragsparteien nicht ent-

33 BT-Drs. 18/1558, S. 49.

34 ErfK-Franzen (Fn. 17), § 5 TVG Rn. 12.

35 Greiner, FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 103, 120; v. Hoyningen-Huene, BB 1986, 1909, 1911; Strippelmann, Rechtsfragen der gemeinsamen Einrichtungen, Berlin 2016 (zugl. Bonn, Univ., Diss. 2015/16), S. 181. Ähnlich: Rieble, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Neue Tarifrechtspolitik?, München 2014, S. 67, 128.

36 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – AP Nr. 15 zu § 5 TVG, Rn. 75 (unter B II 2 b).

37 Ebd.

38 Ebd.

kräften. Erstens begründet der Gesetzgeber diese Änderung nicht mit Anforderungen aus dem Demokratieprinzip. Er argumentiert vielmehr mit seinem einseitigen Verständnis von der Tarifautonomie. So soll der gemeinsame Antrag der tarifschließenden Parteien gewährleisten, dass die Abstützung der tariflichen Ordnung aus deren Sicht erforderlich erscheine.³⁹ Zweitens können sämtliche Parteien des Tarifvertrags zusammen keine staatlich-demokratische Legitimation gewährleisten. Und eine mitgliederschaftliche Legitimation scheidet aus, weil die Außenseiter gerade keine Mitglieder sind. Drittens bewirkt diese Voraussetzung kaum, dass die Interessen der Außenseiter besser berücksichtigt werden. Bei der Allgemeinverbindlicherklärung stehen sich weniger die gegenläufigen Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenüber, sondern eher die gegenläufigen Interessen der Tarifgebundenen und Nichttarifgebunden. Müssen die tarifschließenden Parteien gemeinsam einen Antrag stellen, so stehen sie in der Regel ohnehin im gleichen Lager. Etwas anderes könnte man lediglich dann annehmen, wenn der Arbeitgeberverband OT-Mitglieder hat, deren Sonderstellung er mit dem Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung untergeben würde.

Insgesamt ist das gemeinsame Antragsersfordernis ohne Einfluss auf die Vereinbarkeit der Allgemeinverbindlicherklärung mit dem Demokratieprinzip.

b) Die Entscheidung des BAG vom 21.9.2016

Eine neue Facette in die Spannung zwischen Demokratieprinzip und Allgemeinverbindlicherklärung bringt die Entscheidung des BAG vom 21.9.2016 ein. Das BAG verlangt auf Grundlage des Demokratieprinzips, dass entweder der zuständige Minister oder sein Staatssekretär sich mit dem Akt der Allgemeinverbindlicherklärung befassen muss. Die Entscheidung rief große Verwunderung unter den Beteiligten hervor. Sie ist aber durchaus nachvollziehbar⁴⁰.

Das Demokratieprinzip erfordere eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den Organen und Amtswaltern, die staatliche Gewalt ausüben. Dabei hängt – so das BAG – die Anforderung an die Höhe des Legitimationsniveaus von der Bedeutung der zu treffenden Entscheidung ab: Je wichtiger die Entscheidung, desto höher müsse das Legitimationsniveau sein.⁴¹ Bei der Allgemeinverbindlicherklärung handelt es sich um einen Akt der Normsetzung, vergleichbar mit einer Rechtsverordnung⁴². Als solcher setzt er die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen und eine eigenverantwortliche Ermessensentscheidung voraus. Daher

verlangt das BAG, dass der zuständige Minister als Leiter des Ministeriums an dem Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung beteiligt ist. Zwei in der Praxis nicht zu vernachlässigende Einschränkungen macht das Gericht dennoch: Zum einen kann der Staatssekretär den Minister in dieser Sache vertreten, da er als politischer Beamter vom Vertrauen des Ministers abhängig ist. Zum anderen genügt für die materielle Zurechenbarkeit, wenn sich aus den Akten die Beteiligung des Ministers oder des Staatssekretärs ergibt.⁴³

2. Art. 9 Abs. 3 GG

a) Negative Koalitionsfreiheit

Mit der negativen Koalitionsfreiheit hat sich das BVerfG vor allem in der zweiten Entscheidung zur Allgemeinverbindlicherklärung aus dem Jahr 1980 befasst. Die negative Koalitionsfreiheit schützt insbesondere davor, zwangsweise Mitglied einer Koalition zu werden. Ferner darf kein erheblicher Druck ausgeübt werden, Mitglied einer Koalition zu werden. In seiner Entscheidung verneinte das BVerfG bereits einen Eingriff. Zum einen werden die Außenseiter weder Mitglied der gemeinsamen Einrichtung noch der jeweils beteiligten Verbänden. Das BVerfG erkennt zwar, dass die Außenseiter keinerlei Möglichkeit haben, die gemeinsame Einrichtung zu kontrollieren. Dadurch könne ein gewisser Druck entstehen, den tarifschließenden Verbänden beizutreten, um Einfluss nehmen zu können. Dieser Druck soll aber nicht so erheblich sein, dass er die negative Koalitionsfreiheit verletzen würde.⁴⁴

In dieser Hinsicht hat sich durch die Einführung des § 5 Abs. 1a TVG nichts geändert. Zwar sind die Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlicherklärung herabgesetzt worden. Die gemeinsamen Einrichtungen entwickeln deswegen keinen größeren Beitrittsdruck. Das BVerfG dürfte bei § 5 Abs. 1a TVG folglich keinen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit sehen.⁴⁵

39 BT-Drs. 18/1558, S. 48.

40 Kritisch aber Greiner, NZA 2017, 98, 100 f.

41 BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA Beil. 2017, 12, Rn. 147.

42 Rechtsverordnungen des Bundes müssen nach Art. 80 Abs. 1 GG durch den Bundesminister erlassen werden; vgl. dazu auch BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA Beil. 2017, 12, Rn. 163.

43 BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA Beil. 2017, 12, Rn. 163 ff.

44 BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – AP Nr. 17 zu § 5 TVG, Rn. 41 f.

45 Ebenso LAG Berlin-Brandenburg, 21.7.2016 – 14 BVL 5007/15 ua. – Rn. 131.

b) Positive Koalitionsfreiheit

Zumindest der Begründungsaufwand des Gerichts dürfte sich unter dem Gesichtspunkt der positiven Koalitionsfreiheit erhöhen. In der ersten Entscheidung aus dem Jahre 1977 verneinte das BVerfG einen Verstoß gegen die positive Koalitionsfreiheit. Dem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag käme kein genereller Vorrang vor dem mitgliederschaftlich legitimierten Tarifvertrag zu.⁴⁶ Nun muss der Arbeitgeber einen nach § 5 Abs. 4 S. 2 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag auch dann einhalten, wenn er nach § 3 TVG an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist.

Soweit hier eine Verdrängungswirkung⁴⁷ entsteht, kann diese verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.⁴⁸ Maßgeblich ist dabei der besondere Zweck der gemeinsamen Einrichtungen. Dieser erfordert in aller Regel, dass alle Arbeitgeber einer bestimmten Branche erfasst werden. Dieser Aspekt rechtfertigt es, dass mitgliederschaftlich legitimierte Tarifverträge ausnahmsweise verdrängt werden. Der Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit ist daher verhältnismäßig.

3. Art. 12 Abs. 1 GG

Das BVerfG sieht in Beitragspflichten zu gemeinsamen Einrichtungen keinen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG. Es fehle an einer objektiv berufsregelnden Tendenz. Sie beschränken weder die freie Berufswahl noch die Berufsausübung. Denn es handle sich nicht um verlorene Abgaben an die Kasse, sondern die Gegenleistung für die in Anspruch genommene Arbeitsleistung der Arbeitnehmer. Gemeinsame Einrichtungen betreffen damit nur den Interessenausgleich der branchenzugehörigen Arbeitgeber untereinander und zu den Arbeitnehmern.⁴⁹

Nicht angesprochen wurde bislang die Arbeitsvertragsfreiheit. Diese wird nach überwiegender Ansicht⁵⁰ als Spezialfall der allgemeinen Vertragsfreiheit von Art. 12 GG gewährleistet. Allerdings dürfte die Eingriffsintensität im Regelfall sehr gering sein. Eingriffe können daher bereits mit vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden.

V. Verfassungskonforme Anwendung

Die wesentlichen Anforderungen der Verfassung folgen also aus dem Demokratieprinzip. Sie wirken sich auf die Anwendung der Neufassung des § 5 TVG aus. Sowohl § 5

Abs. 1 TVG als auch § 5 Abs. 1a TVG müssen einschränkend ausgelegt werden, um diesen Anforderungen zu genügen.

1. Das Tatbestandsmerkmal der »überwiegenden Bedeutung« nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG

Oben wurden bereits die Besonderheiten des Tatbestandsmerkmals der überwiegenden Bedeutung vorgestellt.⁵¹ Anders als beim bisherigen Quorum kommt es nicht mehr auf die Anzahl der bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer an. Einbezogen werden können nun alle Arbeitsverhältnisse, die tarifmäßig ausgestaltet sind. Überwiegende Bedeutung kommt dem Tarifvertrag zu, wenn die Zahl der Arbeitsverhältnisse, die sich an seinen Regelungen orientieren, größer als die Zahl der Arbeitsverhältnisse ist, welche dies nicht tun.

a) Bezugsrahmen des Tatbestandsmerkmal der »überwiegenden Bedeutung«: Geltungsbereich des Tarifvertrags oder Geltungsbereich der AVE?

Eine wesentliche Frage dürfte dabei sein, wie die Formulierung in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG »in seinem Geltungsbereich« zu verstehen ist. Ist die Referenzgröße zur Ermittlung der überwiegenden Bedeutung der Geltungsbereich des Tarifvertrags oder der Geltungsbereich der Allgemeinverbindlicherklärung? Hintergrund dieser Frage ist folgender: Der Geltungsbereich der Allgemeinverbindlicherklärung wird

46 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – AP Nr. 15 zu § 5 TVG, Rn. 85 (unter B II 2 e).

47 § 5 Abs. 4 S. 2 TVG ordnet eine vom Gesetzgeber gewünschte Tarifpluralität an, die nicht nach § 4a TVG aufgelöst wird. Soweit es aber zu einer echten Tarifkonkurrenz kommt, muss diese aufgelöst werden. Eine auflösungsbedürftige Tarifkonkurrenz ist aber nur in Ausnahmesituationen gegeben: Arbeitnehmer und Arbeitgeber müssen kongruent an einen mitgliederschaftlich legitimierten Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung gebunden sein. Wird ein weiterer Tarifvertrag über eine andere gemeinsame Einrichtung nach § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärt, erfasst dieser nach § 5 Abs. 4 S. 1 TVG sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber. Damit kommt es zur echten Tarifkonkurrenz zwischen dem mitgliederschaftlich legitimierten Tarifvertrag und dem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag. Diese Konkurrenz ist unabhängig von § 4a TVG aufzulösen. Für diesen Fall ordnet § 5 Abs. 4 S. 2 TVG an, dass der Arbeitgeber auch an den nach § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag gebunden ist. Damit setzt sich der allgemeinverbindliche Tarifvertrag durch und verdrängt den mitgliederschaftlich legitimierten Tarifvertrag.

48 LAG Berlin-Brandenburg, 21.7.2016 – 14 BVL 5007/15 ua. – Rn. 140.

49 BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – AP Nr. 17 zu § 5 TVG, Rn. 49 f.

50 BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – AP Nr. 129 zu Art. 9 GG, Rn. 78 (unter II 2 a aa); Scholz, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, München 1974 (Stand: 78. EL 2016), Art. 12 GG Rn. 58; Waltermann, Arbeitsrecht, 18. Aufl. München 2016, § 6 Rn. 90.

51 III.1.a).

häufig gegenüber dem Geltungsbereich des Tarifvertrags eingeschränkt. Meist dient dies dazu, Tarifkonkurrenzen zu vermeiden. Fraglich ist, ob diese Einschränkung bei der Ermittlung der überwiegenden Bedeutung des Tarifvertrags zu berücksichtigen ist. Gerade im Baugewerbe würde sich die Referenzgröße teils erheblich unterscheiden.

Das BAG hat diese Frage jüngst eindeutig entschieden: Es stellt allein auf den Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrags ab. Etwaige Einschränkungen bei der Allgemeinverbindlicherklärung berücksichtigt das Gericht bei der Ermittlung des Quorums nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG aF. nicht.⁵²

Diese Entscheidung ist zur früheren Rechtslage ergangen. Aus meiner Sicht kann man sie auf die Neufassung übertragen. Für die Berücksichtigung des Geltungsbereichs der Allgemeinverbindlicherklärung spricht zunächst die Möglichkeit, dass die Allgemeinverbindlicherklärung ganz allgemein dem Geltungsbereich des Tarifvertrags zurückbleiben kann⁵³. Dann erscheint es konsequent, auf einen insoweit engeren Geltungsbereich abzustellen. Zudem spricht der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich davon, dass ein eingeschränkter Geltungsbereich der Allgemeinverbindlicherklärung bei der Ermittlung der »überwiegenden Bedeutung« berücksichtigt werden soll.⁵⁴ Soweit er dies mit der Praxis beim bisherigen Quorum begründet, widerspricht das BAG allerdings ausdrücklich.⁵⁵ Für die Berücksichtigung des Geltungsbereichs des Tarifvertrags spricht jedoch der Zweck des Tatbestandsmerkmals der »überwiegenden Bedeutung«. Dieses soll sicherstellen, dass der Tarifvertrag eine gewisse Akzeptanz in seinem Geltungsbereich erlangt hat und daher den Arbeitsvertragsparteien zumutbar ist. Ferner ist der Wortlaut der Vorschrift recht eindeutig⁵⁶: In § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG heißt es, dass »der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich« überwiegende Bedeutung erlangt haben muss – insoweit ist diese Formulierung nicht weniger deutlich als die frühere Fassung, auf deren Grundlage das BAG judiziert hat.

Daher muss man die Entscheidung des BAG wohl auf die aktuelle Fassung übertragen. Der Gesetzgeber könnte aber § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG ändern. Statt »in seinem Geltungsbereich« könnte es dann heißen »im Geltungsbereich der angestrebten Allgemeinverbindlicherklärung«. Dies dürfte es vereinfachen, die überwiegende Bedeutung des Tarifvertrags darzulegen.

b) Rechtstatsächliche Probleme bei der Ermittlung der überwiegenden Bedeutung

Als weiteres Problem ist das fehlende brauchbare Zahlenmaterial zu nennen. Stellt man auf den Geltungsbereich des zu erstreckenden Tarifvertrags ab, muss man zunächst die Anzahl der darunter fallenden Arbeitnehmer ermitteln. Hierfür helfen die Zahlen des Statistischen Bundesamtes und der Bundesagentur für Arbeit nicht weiter. Sie teilen die Betriebe in Wirtschaftsklassen ein ohne Bezug auf den Geltungsbereich eines bestimmten Tarifvertrags.

In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, wie viele Arbeitnehmer unter den Bezugsrahmen, den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. In einem nächsten Schritt ist festzustellen, wie viele Arbeitsverhältnisse sich in diesem Bezugsrahmen tatsächlich an dem entsprechenden Tarifvertrag orientieren. Bei tarifgebundenen Arbeitgebern darf man wohl davon ausgehen, dass sich sämtliche Arbeitsverhältnisse an dem Tarifvertrag orientieren. Um die Arbeitsverhältnisse bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern zu erfassen, bleiben wohl bloß repräsentative Umfragen. Diese rechtstatsächlichen Probleme dürfte die Neuregelung sogar verschärft haben.

2. Der Versuch einer Konkretisierung des zweiten Regelbeispiels, § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG

Dem zweiten Regelbeispiel wird vorgeworfen, dass es sich in seiner Unklarheit kaum handhaben lässt.⁵⁷ Trotzdem muss der Versuch unternommen werden, die völlig unbestimmten Rechtsbegriffe zu konkretisieren.

a) Regel-Ausnahmeverhältnis zwischen § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG

Das kann zunächst durch eine Vermeidungsstrategie erreicht werden. So spricht vieles dafür, aufgrund der unklaren Regelung von einem Regel-Ausnahmeverhältnis zwischen § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG und § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2

52 BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA Beil. 2017, 12, Rn. 188 ff.; kritisch dazu Greiner, NZA 2017, 98, 100; Klein, AuR 2017, 48, 49.

53 Siehe nur ErfK-Franzen (Fn. 17), § 5 TVG Rn. 9 mwN.

54 BT-Drs. 18/1558, S. 48.

55 BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA Beil. 2017, 12, Rn. 189.

56 Ebenso Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017, § 5 TVG Rn. 186.

57 BeckOK ArbR-Giesen (Fn. 31), § 5 TVG Rn. 14.

TVG auszugehen: Zunächst müssen die Tarifvertragsparteien versuchen, die überwiegende Bedeutung des Tarifvertrags darzulegen. Gelingt dies nicht, kann ergänzend auf § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG zurückgegriffen werden.⁵⁸ Diese Vorgehensweise erleichtert es außerdem eine einschränkende Auslegung des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG zu begründen, die aufgrund der betroffenen Verfassungsgrundsätze erforderlich ist.

b) Gewisse Breitenwirkung des Tarifvertrags

Des Weiteren dürfte erforderlich sein, dass dem Tarifvertrag eine gewisse Breitenwirkung zukommt.⁵⁹ Dies erkennt auch der Gesetzgeber an. Ein Tarifvertrag von völlig unbedeutenden Koalitionen soll nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden können.⁶⁰

c) Gefährdung des Arbeitsfriedens entspricht einem sozialen Notstand im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 2 TVG aF.

Die Gesetzesbegründung sieht eine wirtschaftliche Fehlentwicklung unter anderem dann als gegeben an, wenn die Aushöhlung der tariflichen Ordnung den Arbeitsfrieden gefährdet.⁶¹ Was darunter zu verstehen ist, erschließt sich nicht ohne Weiteres. Denkt der Gesetzgeber etwa an gewalttätige Auseinandersetzungen? Wahrscheinlicher ist, dass damit die Fälle des sozialen Notstandes aufgegriffen werden, die bereits nach der Vorgängervorschrift ohne Einhaltung eines Quorums eine Allgemeinverbindlicherklärung ermöglicht haben. Ein sozialer Notstand nach § 5 Abs. 1 S. 2 TVG aF. war denkbar bei gesundheitsgefährdenden Arbeitsbedingungen, oder wenn die üblicherweise in dem Wirtschaftszweig bezahlte Vergütung die Regelsätze für erwerbsfähige Hilfsbedürftige nach § 19 SGB II unterschritt.⁶² »Arbeitsfrieden« meint demnach nicht nur das gewaltlose Miteinander, sondern auch den sozial angemessenen Umgang untereinander. Bei Entgelttarifverträgen dürfte wegen des geltenden allgemeinen Mindestlohns kaum der Arbeitsfrieden gefährdet sein. Denkbar wäre es bei gesundheitsgefährdenden oder sonstigen unsozialen, die Machtstellung des Arbeitgebers verwerflich ausnützenden Arbeitsbedingungen.

d) Erosion von Tarifstrukturen

In der Begründung des Gesetzentwurfs wird weiter ausgeführt, eine wirtschaftliche Fehlentwicklung liege auch dann vor, wenn in Regionen oder Wirtschaftszweigen Tarifstrukturen erodieren.⁶³ Hier zeigt sich die einseitige Betonung

der Ordnungsfunktion als ein Element der Tarifautonomie. Dagegen beruht eine wesentliche Funktionsbedingung der Tarifautonomie auf der Selbstorganisation der Betroffenen. Dieser Prozess der Selbstorganisation soll gerade ohne staatliche Einflussnahme stattfinden. Es ist daher eigentlich nicht Ziel der Allgemeinverbindlicherklärung, schwächelnde Tarifparteien zu unterstützen.

Giesen formuliert einen interessanten Ansatz: Er kann sich unter der Erosion von Tarifstrukturen am ehesten die Verschiebung von Marktanteilen von tarifgebundenen Arbeitgeber zu nichttarifgebundenen aufgrund von Marktaustritten tarifgebundener Arbeitgeber und gleichzeitiger Expansion tarifungebundener Arbeitgeber vorstellen.⁶⁴ Die beschriebene Entwicklung kann wohl am ehesten auf standortgebundene Tätigkeiten im Niedriglohnbereich zutreffen. Allerdings erscheint zweifelhaft, ob das jemals praktisch relevant werden wird: Bei Entgelttarifverträgen greift der gesetzliche Mindestlohn. Daher dürfte die Erosion von Tarifstrukturen die Allgemeinverbindlicherklärung von Entgelttarifverträgen niemals erforderlich machen.

3. Die Ermessensentscheidung des § 5 Abs. 1a TVG

Die Vorschrift des § 5 Abs. 1a TVG zur Privilegierung eines Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen ist zwei Einwänden ausgesetzt: Es fehlt ein Quorum und die Berücksichtigung von Außenseiterinteressen findet auf Tatbestandsebene keinen Niederschlag.

Allerdings ist § 5 Abs. 1a TVG wie auch § 5 Abs. 1 TVG als Ermessensvorschrift ausgestaltet. Das BMAS kann und muss eine Ermessensentscheidung treffen. Dabei fungieren die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG als ermessensbegrenzende Leitlinien. Das bedeutet, dass über den Wortlaut hinaus der Tarifvertrag bei § 5 Abs. 1a TVG überwiegende Bedeutung erreicht haben muss. Ansonsten können die Repräsentativität und das damit verbundene Indiz der Zumutbarkeit des Tarif-

⁵⁸ ErfK-Franzen (Fn. 17), § 5 TVG Rn. 14a.

⁵⁹ Ebd.

⁶⁰ BT-Drs. 18/1558, S. 49.

⁶¹ Ebd.

⁶² ErfK-Franzen (Fn. 17), 13. Aufl. 2013, § 5 TVG Rn. 14.

⁶³ BT-Drs. 18/1558, S. 49.

⁶⁴ BeckOK ArbR-Giesen (Fn. 31), § 5 TVG Rn. 14.

vertrags über gemeinsame Einrichtungen für die Außen-seiter nicht gewährleistet werden. Eine andere Einschätzung erscheint denkbar bei gemeinsamen Einrichtungen, die bereits etabliert sind, und bei denen es lediglich um die Verlängerung der Allgemeinverbindlicherklärung geht. In diesen Fällen würde die Feststellung der »überwiegenden Bedeutung« erhebliche Schwierigkeiten bereiten, weil der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag in der Vergangenheit von allen Arbeitgebern in seinem Geltungsbereich bereits beachtet werden musste und eine Bezugnahme auf den Tarifvertrag daher in der Regel unterbleibt bzw. keinen Mehrwert aufweist.

Ferner genügt für eine Allgemeinverbindlicherklärung nicht, dass diese zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung erforderlich ist. Das BMAS muss stets zusätzlich abwägen, ob der Gewinn an sozialem Schutz für die Arbeitnehmer die Kostenbelastung der nichttarifgebundenen Arbeitgeber überwiegt.⁶⁵

Verfassungsrechtliche Vorgaben erfordern eine sehr enge Auslegung der Sondervorschrift des § 5 Abs. 1a TVG. Diese enge Auslegung ist jedoch besonders unter den weitreichenden Folgen einer Normerstreckung nach dieser Vorschrift gerechtfertigt. Denn nach § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge sind auch dann einzuhalten, wenn der Arbeitgeber bereits nach § 3 TVG an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist.

VI. Fazit

Insgesamt ist die Neuregelung missglückt. Verfassungswidrig ist das Gesetz aber nicht. Unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Vorgaben lässt sich das Gesetz verfassungskonform anwenden. Damit kehrt man weitgehend zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Tarifautonomiestärkungsgesetzes zurück. Die wesentlichen Neuerungen sind bei diesem Verständnis das Erfordernis eines gemeinsamen

Antrags (§ 5 Abs. 1 S. 1 TVG) und die größere Zahl der maßgeblichen Arbeitsverhältnisse bei dem Tatbestandsmerkmal der »überwiegenden Bedeutung« in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG.

Wenn man das nicht möchte, sollte man § 5 TVG besser formulieren. Hierbei sollte man die aus dem früheren Recht bekannten Kategorien des öffentlichen Interesses an der Allgemeinverbindlicherklärung und des Verbreitungsgrads des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrags klar trennen. Beide Kategorien verhalten sich wie kommunizierende Röhren: Je höher der Verbreitungsgrad, desto weniger wird die AVE benötigt; je niedriger der Verbreitungsgrad, desto höher steigen die Anforderungen an das öffentliche Interesse.

Um den erforderlichen Verbreitungsgrad zu beschreiben, könnte man an das Kriterium der »Repräsentativität« anknüpfen⁶⁶. Dieses ist aus dem AEntG bekannt und hat dort die Funktion, eine Auswahl zwischen verschiedenen Tarifverträgen zu ermöglichen. Darum geht es hier nicht in erster Linie, da es vielfach nur einen Tarifvertrag in einer Branche gibt. In diesem Fall dürfte ein Tarifvertrag repräsentativ sein, wenn sich eine erhebliche Anzahl von Arbeitsverhältnissen im Geltungsbereich des Tarifvertrags an diesem orientiert und er somit eine gewisse Leitbildfunktion für die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse in diesem Bereich erlangt hat. Wenn man das für zu unbestimmt hält, sollte man ein Quorum formulieren, das auch deutlich unter 50 % liegen kann; kompensiert wird dies dann durch erheblich gesteigerte Anforderungen an das öffentliche Interesse.

⁶⁵ Vgl. ErfK-Franzen (Fn. 17), § 5 TVG Rn. 17.

⁶⁶ Ebenso bereits Greiner/Hanau/Preis, SR Sonderausgabe 2014, 2, 35.

Gesetzliche Anreize für die Verbandsmitgliedschaft zur Stärkung der Tarifbindung

Prof. Dr. Olaf Deinert, Georg-August-Universität Göttingen

I. Problemlage

Die Verbandstarifbindung hat über viele Jahre hinweg abgenommen.¹ Die direkte Tarifbindung der Beschäftigten ist von 76 % 1998 im Westen und 63 % im Osten auf 60 % im Westen und 47 % im Osten Deutschlands gesunken.² 2014 waren auf Gesamtdeutschland bezogen nur noch 58 % aller Arbeitnehmer direkt tarifgebunden.³ Lediglich 31 % der Betriebe waren in diesem Jahr tarifgebunden.⁴ Ähnlich war es im Folgejahr: 59 % der Beschäftigten in Westdeutschland und 49 % der Arbeitnehmer in Ostdeutschland waren 2015 tarifgebunden, auf Arbeitgeberseite waren es 31 % der Betriebe im Westen und 21 % der Betriebe im Osten.⁵

Der Tarifvertrag droht seine Normierungswirkung zu verlieren, wenn die Verpflichtung zur Gewährung tarifvertraglicher Bedingungen für Arbeitgeber zum empirischen Ausnahmefall wird.⁶ Das gefährdet langfristig die Tarifautonomie als Ganzes. Dabei gilt das deutsche System der Tarifautonomie seit Jahrzehnten als Garant für sozialen Ausgleich und Frieden. Insoweit ist nicht nur eine sozialpolitische Errungenschaft, sondern auch ein System gefährdet, dass die Selbstbestimmung der Akteure des Arbeitslebens gewährleistet⁷ und damit die Einlösung der staatlichen Pflicht zur Schaffung eines effektiven Tarifsystems um der grundgesetzlich gewährleisteten Koalitionsfreiheit willen⁸.

Gerade letztgenannter Gesichtspunkt legt es nahe, über Maßnahmen zur Stärkung des Systems nachzudenken. Die Frage war insbesondere Gegenstand des 70. Deutschen Juristentages in Hannover 2014,⁹ auf dem es zu einer Abstimmung über die Thesen allerdings nicht gekommen ist. Ein wichtiger Aspekt unter dieser Fragestellung betrifft die Tarifbindung auf beiden Seiten des Arbeitslebens. Dabei kann man an den Symptomen ansetzen, wird dadurch die Tarifautonomie allerdings nicht kurieren. Würde gesetzlich die Tarifbindung aller Arbeitgeber und Arbeitnehmer angeordnet, während die Tarifverträge durch Verbände ohne Mitgliederbasis verhandelt würden, wäre das System nicht gerettet, sondern ein anderes, rechtspolitisch sicher nicht Wünschenswerteres.

Ebenso wenig würden obligatorische Verbandsmitgliedschaften helfen, abgesehen davon, dass dies die negative Koalitionsfreiheit¹⁰ verletzen würde. Das Tarifvertragssystem muss vielmehr auf einem Unterbau funktionieren, der Verhandlungsparität für beide Seiten gewährleistet.¹¹ Wie sogleich zu zeigen sein wird, geht dieses System von freiwilligem Beitritt und freiwilliger Tarifunterwerfung aus (II). Das schließt es aber nicht aus, dass Anreize für die Verbandsmitgliedschaft in der Rechtsordnung angelegt sind (III) und gegebenenfalls ausgebaut werden (V) und Fehlanreize beseitigt werden (IV). Denn die Selbstregulierung der Arbeitsbedingungen durch die Akteure des Arbeitslebens auf möglichst breiter Basis schafft eine Tarifbindung aus sich selber heraus im Sinne kollektiver Ausübung der Privatautonomie.¹² Einzuräumen ist, dass an erster Stelle die Verbände selber für eine solche Tarifbindung auf breiter Ebene sorgen

1 Ausf. *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, Baden-Baden 2015, S. 18 ff.

2 WSI, Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik 2016, Düsseldorf 2016, Tab. 1.6.

3 WSI, Statistisches Taschenbuch 2016 (Fn. 2), Tab. 1.7.

4 WSI, Statistisches Taschenbuch 2016 (Fn. 2), Tab. 1.8.

5 *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitt. 2016, 283, 284 f.

6 Vgl. *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 1), S. 40 ff.

7 Vgl. mwN. *Deinert*, in: *Kittner/Zwanziger/Deinert* (Hrsg.), Arbeitsrecht, 8. Aufl., Frankfurt 2015, § 1 Rn. 17 ff. (im Folgenden: *Kittner/Zwanziger/Deinert*).

8 S. BVerfG, 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – AP Nr. 1 zu Art. 9 GG.

9 Vgl. *Beppler*, Stärkung der Tarifautonomie, Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag 2014, München 2014; Referate zum Thema auf dem 70. Deutschen Juristentag 2014, von *Deinert*, S. K 11 ff. und *Giesen*, S. K 61 ff. Vgl. auch zum Thema: *Waltermann*, NZA 2014, 874 ff.; *Reichold*, NJW 2014, 2534 ff.; *Lobinger*, JZ 2014, 810 ff.; ferner die Stellungnahme des DGB, in: AuR 2014, 329 ff. Zusammenfassend: *Höpfner*, RdA 2015, 94 ff.

10 S. Fn. 22.

11 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – AP Nr. 4 zu § 116 AFG.

12 Vgl. BAG, 25.2.1998 – 7 AZR 641/96, NZA 1998, 715, 716; *Söllner*, RdA 1989, 144, 149; *Dieterich*, FS Schaub, 1998, S. 117, 120 ff.; vgl. auch *Franzen*, FS Plicker, 2010, S. 929, 930; *Wendeling-Schröder*, FS Wissmann, 2005, S. 174, 174; *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2005 (zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., Habil. 2004), S. 154; *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2010), S. 455 ff.; *Lobinger*, JZ 2014, 810 ff.

sollten, indem sie eine breite Mitgliederbasis aufbauen.¹³ Insbesondere entspricht es dem Eigeninteresse der Gewerkschaften, auf breiter Mitgliederbasis kollektive Stärke zu entwickeln und so einen – rechtlich erlaubten – Druck auf Arbeitgeber zur Tarifbindung in Gestalt des Abschlusses von Firmentarifverträgen oder des Beitritts zu Arbeitgeberverbänden zu erzeugen. Dennoch kann der Gesetzgeber günstige Rahmenbedingungen schaffen.¹⁴

Die Befassung mit gesetzlichen Anreizen für die Tarifbindung impliziert nicht, dass Justiz und Rechtswissenschaft mit ihrem Geschäft der Gesetzesauslegung nicht angesprochen wären. Wenn im Folgenden gesetzliche Anreize und Fehlanreize behandelt werden, können diese sich auch aus der Wirkung von Normen in der Auslegung einer herrschenden Meinung oder ständigen Rechtsprechung ergeben.

II. Legitimierung der tariflichen Normsetzung durch Verbandsmitgliedschaft

Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet für Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Koalitionsfreiheit. Dadurch ist auch die Koalitionsbetätigungsfreiheit¹⁵ und, als deren wichtigster Aspekt, die Tarifautonomie¹⁶ gewährleistet. Das BVerfG hat daraus bereits früh einen gesetzgeberischen Ausgestaltungsauftrag entwickelt, der die Koalitionsbetätigung mindestens in einem Kernbereich gewährleistet. Die daraus abgeleitete Kernbereichslehre,¹⁷ wonach die Koalitionsbetätigungsfreiheit überhaupt nur im Kernbereich gewährleistet sei, hat das BVerfG im Jahre 1995 ausdrücklich verworfen¹⁸.

Der historische Gesetzgeber hat damit ein relativ offenes Feld vorgefunden, in dem er die Tarifautonomie durch das Tarifvertragsgesetz ausgestalten konnte. Kern des Systems ist dabei die Knüpfung der Tarifbindung an die Mitgliedschaft (bzw. im Fall des Firmentarifvertrages an den Abschluss).¹⁹ Dies wurde freilich von vornherein nur mit Unschärfen durchgehalten.²⁰ Sowohl die Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) als auch die Außenseiterer Streckung von Betriebsnormen und Betriebsverfassungsnormen (§ 3 Abs. 2 TVG) sind Ausdruck dessen.

Die Erstreckung auf Außenseiter ist auch keineswegs mit der negativen Koalitionsfreiheit unvereinbar.²¹ Es gibt zwar ein Recht, einer Koalition fernzubleiben,²² indes keine negative Tarifvertragsfreiheit im Sinne dessen, dass vom

Tarifvertrag verschont bleiben müsse, wer nicht Mitglied des Tarifträgerverbandes sei.²³ In diesem Sinne wurde die Außenseiterer Streckung bei Allgemeinverbindlicherklärung,²⁴ Rechtsverordnungen nach dem Entsendegesetz,²⁵ Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG²⁶ und Nachbindung gem. § 3 Abs. 3 TVG²⁷ gerichtlich gebilligt. Gerade hinsichtlich der Allgemeinverbindlicherklärung hat das BAG kürzlich das Legitimationsproblem ausführlich erörtert.²⁸ Letztlich handelt es sich bei der Frage nach der negativen Tarifvertragsfreiheit allein um das Problem einer Belastung durch Normen, an deren Entstehung der Normunterworfenen nicht mitgewirkt und zu der er niemanden legitimiert hat.²⁹ Diese Frage ist über andere Grundrechte zu lösen.³⁰

Auch der Gedanke der kollektiven Privatautonomie hilft insoweit nicht weiter. Das Modell der kollektiven Privatautonomie beschreibt letztlich nur ein Rechtsprinzip. Es

13 Vgl. *Waltermann*, NZA 2014, 874, 875.

14 Vgl. *Walser*, WSI-Mitt. 7/2013, 1, 8.

15 BVerfG, 6.5.1964 – 1 BvR 79/62 – AP Nr. 15 zu § 2 TVG.

16 BVerfG, 19.10.1966 – 1 BvL 24/65 – BVerfGE 20, 312.

17 BVerfG, 14.4.1964 – 2 BvR 69/62 – AP Nr. 1 zu Art. 9 GG; BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – AP Nr. 15 zu § 5 TVG.

18 BVerfG, 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352.

19 *Hanau*, NZA 2012, 825; *Richardi*, NZA 2013, 408 ff.

20 Vgl. *Hanau*, NZA 2012, 825 ff.

21 *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 1), S. 60 ff.

22 BVerfG, 20.7.1971 – 1 BvR 13/69 – BVerfGE 31, 297, 302; BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 352; BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua. – BVerfGE 50, 290, 367.

23 *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, Frankfurt aM. 2015 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 2014), S. 39 ff.; *Deinert*, RdA 2014, 129, 133 f. mwN.; BGH, 18.1.2000 – KVR 23/98 – NZA 2000, 327, 333; aA. *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie (Fn. 12), S. 127 mwN.; *Schüren*, RdA 1988, 138 ff.; *Neumann*, RdA 1989, 243, 245; *Thüsing*, NZA 2006, 473, 474; *Höfling/Rixen*, RdA 2007, 360, 362 f.; *Bauer/Arnold*, NZA 2005, 1209, 1211; *Kissel*, FS Dieterich, 1999, S. 547 ff.; wohl auch *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017, § 3 Rn. 232; *Höpfner*, ZfA 2009, 541, 570 ff.

24 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – AP Nr. 15 zu § 5 TVG; BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79 – BVerfGE 55, 7.

25 BVerfG, 18.7.2000 – 1 BvR 948/00 – AP Nr. 4 zu § 1 AEntG

26 BVerfG, 3.7.2000 – 1 BvR 945/00 – AP Nr. 36 zu § 4 TVG Nachwirkung; BAG, 15.10.2003 – 4 AZR 573/02 – AP Nr. 41 zu § 4 TVG Nachwirkung.

27 BAG 1.7.2009 – 4 AZR 262/08 – AP Nr. 14 zu § 3 TVG Verbandsaustritt.

28 BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA Beilage 1/2017, 12, Rn. 138 ff.

29 Vgl. ausf. *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, Baden-Baden 2015 (zugl. Köln, Univ., Habil. 2014), S. 360 ff.

30 Vgl. auch *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014 (zugl. Heidelberg, Univ., Habil. 2012), S. 212 ff.; ferner BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 348; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, München 1997, S. 377; *Löwisch/Rieble*, in: *Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., München 2009, § 156 Rn. 27.

erklärt den Gedanken der Tarifautonomie und das Tarifvertragssystem, ist aber kein subsumtionsfähiger Rechtsatz, an den Gerichte, geschweige denn der Gesetzgeber gebunden wären.³¹ Auch die Idee der kollektiven Selbsthilfe schließt eine Stützung der Tarifautonomie durch Außenseiterbindung keineswegs aus.³² Der Gesetzgeber hat dies in der Vergangenheit erkannt, etwa bei Schaffung des AEntG,³³ zuvor bereits mit der Ermöglichung der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG,³⁴ zuletzt im Rahmen des Tarifautonomiestärkungsgesetzes.^{35, 36}

III. Gesetzliche Anreize für die Verbandsmitgliedschaft

1. Mitgliedschaft als Grundlage der Tarifgebundenheit

Das Tarifvertragssystem setzt Verbandsmitgliedschaft voraus.³⁷ Die wichtigsten Rechtsnormen des Tarifvertrages, die Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsnormen sind nur bei beiderseitiger Tarifbindung auf das Arbeitsverhältnis anwendbar. Man könnte sagen, das Tarifvertragssystem sei der Verbandsmitgliedschaft nachgelagert. Man kann es aber auch umgekehrt verstehen: aus der Attraktivität des Tarifvertrages heraus folgt ein Anreiz zur Mitgliedschaft, da diese Voraussetzung für die Tarifwirkung ist. Auf Arbeitgeberseite kann das recht gut, je nach Stärke der Gewerkschaft, funktionieren, vermittelt der Tarifvertrag doch eine Friedensordnung³⁸ und die Verbandsmitgliedschaft Schutz im Rahmen der kollektiven Tarifaufeinandersetzung. Auf Arbeitnehmerseite funktioniert das Knüpfen an das Mitgliedschaftssystem demgegenüber weniger gut als »Organisationshilfe«, weil es mit dem Instrument der arbeitsvertraglichen Bezugnahme durch Außenseiter ein Substitut gibt. Insoweit müssen Differenzierungsklauseln jedenfalls im Rahmen weiterer Reformoptionen (unten V.1.) diskutiert werden.

Nicht unbedingt als Anreiz zum Beitritt, wohl aber als Anreiz zum Verbleib im Verband und damit zum Erhalt der Mitgliedschaft wirkt die Nachbindung gemäß § 3 Abs. 3 TVG.³⁹ Der kurzfristige Verbandsaustritt zum Zwecke des Abstreifens der Tarifbindung erweist sich infolge der Nachbindung als sinnlos, weil auch der künftige Außenseiter bis zum Ende des Tarifvertrages tarifgebunden bleibt. Allerdings wird die Nachbindung verbreitet als Fehlanreiz

gedeutet, weil insbesondere Arbeitgeber aus Furcht vor einer »Ewigkeitsbindung« zur Sicherheit lieber gar nicht eintreten würden. Dem ist an entsprechender Stelle nachzugehen (unten IV.4.).

2. Außenseiterwirkungen

Ein Instrument, das auf den ersten Blick Fehlanreize in Bezug auf die Verbandsmitgliedschaft bewirken könnte, ist die Erstreckung auf Außenseiter, insbesondere durch Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages. Namentlich auf Arbeitnehmerseite liegt der Verdacht nahe, dass die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft an Attraktivität verliert, wenn die Arbeitnehmer wissen, dass sie auch ohne die Mitgliedschaft in den Genuss des Tarifvertrages kommen. Wenn dem tatsächlich nicht so ist, mag das daran liegen, dass Gewerkschaften im Rahmen des Organizing zu vermitteln verstehen, dass die für alle geltenden Arbeitsbedingungen nur durch starke Gewerkschaften erkämpft werden können; im Übrigen mögen auch andere Vorteile aus der Gewerkschaftsmitgliedschaft Anreize entfalten. Für Arbeitgeber hingegen, so lässt die vergleichende Empirie vermuten,⁴⁰ scheint die Außenseiterwirkung Anreize für die Mitgliedschaft zu vermitteln⁴¹, weil Arbeitgeber es offenbar vorziehen, als Mitglieder die Tarifpolitik zu gestalten, wenn sie den Ergebnissen der Tarifpolitik ohnehin nicht entgehen können. Insofern war die Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen im Zuge des Tarif-

31 Krit. zu entspr. Überhöhungen *Wiedemann*, BB 2013, 1397 ff.; *Waltermann*, RdA 2014, 86, 88; *Heuschmid*, KJ 2014, 384, 385 f.; *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 387; *Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert* (Fn. 7), § 1 Rn. 22.

32 *Deinert*, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. K11, K13 ff.

33 Vgl. BR-Drs. 523/95, S. 6.

34 *Greiner/Hanau/Preis*, SR-Sonderausgabe 2014, 2, 6 ff.

35 Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) v. 11.8.2014, BGBl. I 1348.

36 BT-Drs. 147/14, S. 28, 41, 53 f.

37 *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung (Fn. 23), S. 47 f.

38 Gestützt auf die (relative) Friedenspflicht, vgl. BAG, 8.2.1957 – 1 AZR 169/55 – AP Nr. 1 zu § 1 TVG Friedenspflicht; *Reinfelder*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, § 15 Rn. 1 ff.

39 Vgl. BAG, 1.7.2009 – 4 AZR 262/08 – AP Nr. 14 zu § 3 TVG Verbandsaustritt, Rn. 36, 48.

40 *Schulten*, WSI-Mitt. 2012, 485, 493.

41 *Behrens*, Das Paradox der Arbeitgeberverbände, Berlin 2011 (zugl. Göttingen, Univ., Habil. 2010), S. 200; *Bosch/Weinkopf*, WSI-Mitt. 2013, 393, 399 ff.; *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 388.

autonomiestärkungsgesetzes⁴² durchaus ein Schritt in die richtige Richtung.

Einen erheblichen Fehlanreiz kann es bewirken, wenn Außenseiter die Tarifstandards erheblich unterschreiten können. Auf Arbeitnehmerseite spricht man insofern gern von »Schmutzkonkurrenz«,⁴³ die letztlich Druck auf die kollektiv verhandelten Arbeitsbedingungen erzeugen kann. Aber auch auf Arbeitgeberseite ist die Außenseiterkonkurrenz unangenehm, weil sie zu Bedingungen wirtschaften kann, die der tarifgebundene Arbeitgeber nicht hat. Staatliche subsidiäre Gesetzgebung kann insoweit die Tarifautonomie schützen, indem sie eine unterste Grenzlinie zieht, jenseits derer die Konkurrenz durch Außenseiter ausgeschlossen ist. Der Wettbewerb über die Arbeitsbedingungen ist insoweit ausgeschlossen.⁴⁴ Letztlich folgte bereits das AEntG dieser Einsicht. Auch das MiLoG entspricht dieser Erkenntnis. Insofern ist es weder ein Redaktionsversehen noch ein Euphemismus, wenn der Gesetzgeber das Gesetz, dessen Art. 1 das MiLoG enthielt, als Tarifautonomiestärkungsgesetz⁴⁵ bezeichnet hat. Im Gegenteil liegt die unreflektierte Zuschreibung einer Schwächung der Tarifautonomie⁴⁶ jedenfalls im Kontext von Mindestarbeitsbedingungen neben der Sache.

Der Gedanke lässt sich verallgemeinern und ausbauen. Wenn schlechtere Arbeitsbedingungen auf einem Niveau unter dem Tarifvertrag zwar möglich sind, aber nur in maßvollem Umfang, so ist einerseits ein *race to the bottom* ausgeschlossen, andererseits bleibt für Arbeitnehmer ein Anreiz zum Gewerkschaftbeitritt, um noch bessere Arbeitsbedingungen erhalten zu können, und auf Arbeitgeberseite entfällt ein allzu starker Anreiz zum Gebrauchmachen vom Fernbleiberecht. Die entsprechende Norm, die diese Rechtslage in vielfältigen Konstellationen herbeiführt, existiert bereits in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Wenn Tarifverträge ein gesetzliches Leitbild verkörpern, kann die Abweichung davon in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder sog. Einmalverträgen (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB) eine unangemessene Benachteiligung bedeuten. Denn Tarifverträge sind Gesetze iSd. Art. 2 EGBGB. Eine Unvereinbarkeit mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (= Tarifvertrag) könnte man einem Vorschlag aus der Literatur folgend bei einer Tarifunterschreitung um 20 % annehmen.⁴⁷ Die hM.⁴⁸ verschließt sich dem allerdings, weil sie § 310 Abs. 4 S. 3 BGB in sehr eingeschränktem Maße versteht. Danach stehen Tarifverträge den gesetzlichen

Bestimmungen gleich, die nach § 307 Abs. 3 BGB die Inhaltskontrolle eröffnen.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, der Tarifvertrag gelte für Außenseiter ja gar nicht. Der Gesetzgeber hat mit der Bestimmung des § 310 Abs. 4 S. 3 BGB eben genau die Konstellation im Auge gehabt, dass der Tarifvertrag bei eröffnetem Anwendungsbereich mangels Tarifgebundenheit nicht anwendbar ist. Würde die Bestimmung nämlich auf die Tarifgebundenen allein abstellen, machte das keinen Sinn. Denn die Abweichung von zwingenden Bestimmungen des Tarifvertrages ist nach § 4 Abs. 1 TVG nicht möglich, sodass eine Inhaltskontrolle ausscheidet. Dispositive Tarifnormen im Sinne des § 4 Abs. 3 TVG wiederum sind derart selten, dass sie dem Gesetzgeber ebenso wenig als Anwendungsfall vor Augen gestanden haben können wie die Konstellation, dass der Arbeitgeber als Verwendungsgegner vor den vom Arbeitnehmer gestellten Tarifüberschreitungen im Sinne des Günstigkeitsprinzips geschützt werden muss.

Eine »verkappte« Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen wird dadurch nicht bewirkt.⁴⁹ Denn der Tarifvertrag ist ja gerade nicht anwendbar und auch die Abweichung vom Tarifstandard ist möglich, nur eben nicht unbegrenzt. Schon dadurch erledigt sich auch der Einwand eines Verstoßes gegen die negative Koalitionsfreiheit,⁵⁰ ganz abgesehen davon, dass diese, wie gezeigt (so. II), nicht auch eine negative Tarifvertragsfreiheit impliziert. Nach allem ist zu konstatieren, dass das geltende Gesetz bereits ein erhebliches Anreizpotenzial für den Verbandsbeitritt enthält, das durch die hM. jedoch bislang paralyisiert wird.⁵¹

42 So. Fn. 35.

43 Vgl. aber auch BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 323.

44 Preis/Ulber, FS Kempfen, 2013, S. 15, 20.

45 So. Fn. 35.

46 So etwa Lobinger, JZ 2014, 810, 812 ff.; Wolf, BB 21/2014, S. I.

47 Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert (Hrsg.), AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2014, § 307 Rn. 288; Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert (Fn. 7), § 11 Rn. 188.

48 MWN. Klumpp, in: Clemenz/Kreft/Krause (Hrsg.), AGB-Arbeitsrecht, Köln 2013, § 307 Rn. 35; ferner Krause, in: Staudinger, Berlin 2013, Anh zu § 310 Rn. 182; Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017, §§ 305–310 BGB Rn. 39 (im Folgenden: ErfK).

49 AA. Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., München 2003, Rn. 269; Bayreuther, RdA 2003, 81, 82 ff.; Henssler, RdA 2002, 129, 136

50 Etwa ErfK-Preis (Fn. 48), §§ 305–310 BGB Rn. 39.

51 Deinert, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. K11, K46 ff.; aA. Bepler, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. B81.

IV. Fehlanreize

1. Sozialrechtliche Zumutbarkeit von Arbeit

Die vorgenannte Angemessenheitsgrenze im Rahmen der Inhaltskontrolle bei Tarifunterschreitung durch Außenseiter würde ein weiteres Problem zumindest entschärfen. Ein erheblicher Fehlanreiz geht nämlich vom Zumutbarkeitsrecht aus.

Sowohl im Grundsicherungsrecht (§ 10 SGB II) als auch im Arbeitsförderungsrecht (§ 140 SGB III) wird nichtorganisierten Arbeitslosen im Rahmen der Zumutbarkeit angesonnen, auch untertariflich vergütete Beschäftigungen aufzunehmen.⁵² Gerade im Grundsicherungsrecht besteht überhaupt kein Anreiz zur Bemühung um eine höhere Vergütung, weil Aufstockungsleistungen bereits einkalkuliert werden.⁵³ Der Sache nach läuft das auf Lohnsubventionen bei unteren Einkommen hinaus.⁵⁴ Der gesetzliche Mindestlohn hat insoweit ersichtlich kaum Entlastung gebracht.⁵⁵ Im Wettbewerb um Arbeitsplätze läuft diese Lage im Übrigen auf eine Benachteiligung Organisierter hinaus. Würden von vornherein allein tarifliche Arbeitsbedingungen als zumutbar definiert, entfielen Wettbewerbsnachteile für organisierte Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Eine unzulässige staatliche Erstreckung von Tarifbedingungen wäre damit nicht verbunden, denn Außenseiter könnten weiterhin zu untertariflichen Bedingungen kontrahieren. Der Staat verzichtete lediglich darauf, Arbeitslose zu Lasten der Tarifgebundenen in die Arme tarifungebundener Arbeitgeber zu treiben.⁵⁶

Freilich schafft dies auch noch nicht aus sich heraus einen Anreiz zum Verbandsbeitritt. Denn für Arbeitnehmer entfällt ein wichtiger Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt, wenn sie als Außenseiter in ihrer Verhandlungsmacht gestärkt werden, weil sie sich auf untertarifliche Arbeitsbedingungen ohne Gefährdung der Sozialleistung nicht einlassen müssen. Insofern gilt es einen Kompromiss zu suchen, indem auch maßvolle Tarifunterschreitungen als zumutbar betrachtet werden. Maßvoll deshalb, weil sonst der Konkurrenzdruck auf Außenseiter auf Arbeitgeberseite wieder zu groß würde. Auch insofern scheint die 80 %-Grenze, die im Kontext von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB diskutiert wird, durchaus treffend.⁵⁷

2. Tarifdispositive Gesetze

Der Gesetzgeber hat an verschiedenen Stellen tarifdispositive Gesetze geschaffen, von denen die Tarifvertragsparteien

auch zum Nachteil des Arbeitnehmers abweichen können. Beispiele finden sich etwa im Urlaubsrecht (§ 13 Abs. 1 S. 1 BUrlG), im Arbeitszeitrecht (§ 7 Abs. 1, 2, 2a, § 12 ArbZG) oder im Arbeitnehmerüberlassungsrecht (künftig § 8 AÜG nF.). Das schafft zunächst Anreiz auch für Arbeitgeber zum Abschluss von Tarifverträgen, weil sie so auf die eigenen Unternehmen oder Branchen zugeschnittene Lösungen verhandeln können.⁵⁸ Die Mitgliedschaft in Verbänden wird dadurch aber nicht zwingend gefördert, solange Arbeitgeber auch durch Haustarifverträge oder durch Bezugnahmen auf Tarifverträge von der gesetzlichen Regelung abweichen können, wie dies fast immer bei tarifdispositivem Recht der Fall ist. Freilich erlaubt die Bezugnahme nicht, auch den Inhalt von Tarifverträgen zu gestalten, wodurch immerhin ein kleiner Anreiz zum Verbandsbeitritt entstehen kann. Insgesamt können solche tarifdispositiven Gesetze allerdings ambivalent wirken.⁵⁹ Da sie auch Verschlechterungen der Rechtslage zulasten des Arbeitnehmers erlauben, können sie im Ergebnis auf eine Preisgabe des Regelungsziels hinauslaufen. Dann wiederum stellt sich die Frage, ob die Regelung nicht am Untermaßverbot scheitern muss, sofern sie in Ausübung einer staatlichen Schutzpflicht geschaffen wurde.⁶⁰ Insofern ist eine gründliche Inventur der bisher bestehenden tarifdispositiven Gesetze angezeigt.⁶¹

Ziel tarifdispositiven Gesetzesrechts kann daher allenfalls eine Modifizierung des Schutzregimes sein, nicht aber die konsequente Verschlechterung der Rechtslage.⁶² Entsprechend war es Zweck der Tarifdispositivität des leiharbeitrechtlichen Gleichstellungsgrundsatzes, eine andere Form des Arbeitnehmerschutzes durch kontinuierliche

52 Vgl. BSG, 21.7.1981 – 7 RAr 1/80; *Bender*, in: Gagel (Begr.), SGB II / SGB III, München 2009 (Stand: 64. EL Dezember 2016) (im Folgenden: Gagel), § 10 SGB II Rn. 33 ff.; *Winkler*, ebd., § 159 SGB III Rn. 267.

53 Vgl. *Preis/Ulber*, FS Kempfen, 2013, S. 15, 32; *Giesen*, FS Kempfen, 2013, S. 216, 220

54 *C.Picker*, RdA 2014, 25, 27; *Waltermann*, NZA 2013, 1041, 1045 f.

55 IAB-Kurzbericht 19/2015, 4; IAB, Aktueller Bericht 1/2016, 2.

56 *Deinert*, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. K11, K54.

57 *Walser/Deinert*, AuR 2015, 386, 389.

58 *Gamillscheg*, KAR I (Fn. 30), S. 699.

59 *Gamillscheg*, KAR I (Fn. 30), S. 698 f.; *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung (Fn. 23), S. 365 f.

60 *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht (Fn. 12), S. 328 ff.

61 *Beppler*, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. B61 ff.; *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 1), S. 93 ff.

62 Vgl. *Kohte*, FS Beppler, 2012, S. 286, 299 ff.; *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung (Fn. 23), S. 365.

Bezahlung der Leiharbeiter zu gewährleisten, nicht aber die Nutzung des Instruments des Tarifvertrags zum Zwecke der Verbilligung von Arbeitskräften.⁶³ Die Praxis mindestens bis zur CGZP-Entscheidung des BAG,⁶⁴ die auf bloße Unterschreitung des Gleichstellungsgrundsatzes ausgerichtet war, muss daher als Fehlentwicklung bezeichnet werden.⁶⁵ Gerade dieses Beispiel zeigt aber, dass die Problematik des tarifdispositiven Gesetzesrechts nicht in der Eröffnung der Tarifmacht für Abweichungen vom gesetzlichen Schutz als solcher liegt, sondern in der Möglichkeit, durch Bezugnahme von solchen Tarifverträgen Gebrauch zu machen. Eine »Gewerkschaft«, die beliebig Arbeitnehmerrechte ohne Kompensation preisgibt, wird wenig Mitglieder finden bzw. behalten und ihr »Tarifvertrag« dementsprechend nach § 3 TVG kaum Anwendung finden. Wenn dies aber dadurch überspielt wird, dass der Arbeitgeber kraft seiner überlegenen Verhandlungsmacht das so einmal geschaffene Instrument durch Bezugnahme im Arbeitsvertrag nutzen kann, entfällt dieser Fliehkraftregler.

Der richtige Weg kann daher nur darin liegen, die Bezugnahmemöglichkeit einerseits auf solche Arbeitgeber zu beschränken, die an den Tarifvertrag gebunden sind, andererseits diesen aber die Bezugnahme zu gestatten, damit organisierte Arbeitnehmer nicht infolge ihrer Verbandsmitgliedschaft systematisch schlechter gestellt werden als Außenseiter.⁶⁶ Unter den Bedingungen der Tarifeinheit nach § 4a Abs. 2 TVG wäre ein *race to the bottom* weitgehend ausgeschlossen, da nicht anzunehmen ist, dass eine Organisation, die motivationslose Verschlechterungen vereinbart, in einer nennenswerten Zahl von Betrieben die Mehrheitsgewerkschaft darstellen könnte.

Konsequenz wäre freilich, dass eine Abweichung durch Firmentarifvertrag immer noch möglich bliebe. Firmentarifverträge generell auszuschließen wäre umgekehrt auch nicht sachgerecht. Eine die Verbandsmitgliedschaft stärkende Lösung könnte darin liegen, Abweichungen durch Haustarifvertrag nur dann zuzulassen, wenn der Arbeitgeber ebenfalls an einen Flächentarifvertrag gebunden ist, der eine Abweichung gestattet, sodass sich eine Tarifkonkurrenz ergibt, die zugunsten des spezielleren Firmentarifvertrages aufzulösen ist.⁶⁷

3. Nachbindung

Ein Fehlanreiz wird auch der Nachbindung an den Tarifvertrag nachgesagt.⁶⁸ Arbeitgeber treten, so wird behauptet,

dem Arbeitgeberverband aus Furcht vor einer Ewigkeitsbindung nicht bei. Interessanterweise taucht diese Motivationslage in der sozialwissenschaftlichen Literatur zur Frage nach den Gründen der Verbandsabstinenz von Arbeitgebern⁶⁹ allerdings nicht auf. Die Annahme ist auch wenig plausibel. Grundsätzlich kann ein Arbeitgeber kein natürliches Interesse daran haben, sich der Tarifgebundenheit zu unterwerfen. Wer bessere Bedingungen gewähren will, um am Markt die besten Arbeitskräfte zu bekommen, kann dies auch freiwillig machen, ohne an einen Tarifvertrag gebunden zu sein. Wenn Arbeitgeber dem Verband beitreten, wird dies deshalb sein, weil sie Schutz durch den Verband bei Tarifaueinandersetzungen suchen oder andere Vorteile in der Verbandsmitgliedschaft sehen. Im erstgenannten Fall ist kaum anzunehmen, dass sie auf diesen Schutz verzichten, um sich für eine ferne Zukunft vor einer vermeintlichen Ewigkeitsbindung zu schützen. Für den zweitgenannten Fall, von dem kaum anzunehmen ist, dass es sich um eine häufig auftretende Gestaltung handelt, bieten derzeit viele Verbände die OT-Mitgliedschaft an.

Ohnehin aber ist die These aus einem anderen Grunde wenig plausibel.⁷⁰ Gerade kleine und mittlere Arbeitgeber sind oftmals erstaunlich desorientiert über die Geltung arbeitsrechtlicher Normen, wie am Beispiel der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes nachgewiesen wurde.⁷¹ Dass sie gerade über die spezielle Regelung des § 3 Abs. 3 TVG besser im Bilde sind, liegt fern. Es mag allerdings sein, dass publikumswirksame Kritik an der vermeintlichen Ewigkeitsbindung in Einzelfällen bekannt wird, dann aber ist es ein selbst geschaffenes Problem, wenn man diejenigen, denen man etwas verkaufen möchte (die Mitgliedschaft) zunächst davon überzeugt, dass die Ware Fehler hat.

63 Vgl. BT-Drs. 15/25, S. 38 ff.

64 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289.

65 Vgl. etwa *Deinert*, RdA 2014, 65, 68 f. mwN.

66 *Walser/Deinert*, AuR 2015, 386, 390.

67 *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 1), S. 96 ff.; *Deinert*, RdA 2014, 65, 72 ff.

68 *Bepler*, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. B50 ff.; *Höpfner*, RdA 2015, 94, 96; vgl. bereits *Dieterich ua.*, RdA 2004, 65, 76; zust. *Giesen*, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. K61, K88 f.; *Reichold*, NJW 2014, 2534, 2537; *Loebinger*, JZ 2014, 810, 820.

69 Dazu *Behrens*, WSI-Mitt. 2013, 473, 474 f.

70 Zum Folgenden ausf. *Deinert*, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. K11, K23 ff.

71 *Pfarr/Bothfeld/Kimmich/Peucker/Ullmann*, BB 2003, 2061.

Eine andere Frage ist die, ob eine (theoretische) Ewigkeitsbindung verfassungswidrig wäre, ob uU. von ihr auch ein unwiderstehlicher Zwang zum Verbleib im Verband ausgeht.⁷² Freilich lässt sich bereits nach geltendem Recht argumentieren, dass die Nachbindung entsprechend dem Rechtsgedanken aus § 624 BGB auf fünf Jahre begrenzt sei⁷³ und so eine Selbstentäußerung durch unbegrenzte vertragliche Bindungen ausgeschlossen wird. Danach schließt sich dann die Nachwirkung bis zur Ersetzung der tariflichen Regelungen durch andere Abmachungen an.⁷⁴ Die Dauer der Nachbindung gesetzlich noch weiter zu verkürzen, liefe letztlich auf einen Fehlanreiz hinaus, weil auf diese Weise entgegen dem Konzept der Nachbindung (so. III.1.) Tarifflicht begünstigt würde.

V. Weitere Reformoptionen

Neben der Aufrechterhaltung und Effektivierung vorhandener Anreize für die Verbandsmitgliedschaft und der Bekämpfung von Fehlanreizen sind verschiedene weitere Instrumente zur Stärkung der Verbandsmitgliedschaft denkbar.

1. Überblick

Wenn Tarifverträge auch von den Tarifgebundenen nicht mehr eingehalten werden, verliert der Tarifvertrag seine Kartellfunktion und macht die Verbandsmitgliedschaft unattraktiv. Die Rechtsordnung muss dementsprechend effektive Instrumente zur Rechtsdurchsetzung bereithalten.⁷⁵ So kann man beispielsweise über Tarifbruchbeseitigungsklagen ebenso nachdenken⁷⁶ wie über die Förderung autonomer Rechtsdurchsetzung durch gemeinsame Einrichtungen.⁷⁷

Wie ein Blick auf § 3 Abs. 3 TVG zeigt, will das TVG konzeptionell der Tarifflicht durch Verbandsaustritt entgegenwirken. Kontraproduktiv wirkt vor diesem Hintergrund die großzügige Zulassung des strategisch vorbereiteten Tarifausstiegs⁷⁸ durch OT-Mitgliedschaften^{79, 80} sowie die Möglichkeit der vorherigen Vereinbarung abweichender Bedingungen nach § 4 Abs. 5 TVG für den Nachwirkungszeitraum bei Ende der Tarifbindung^{81, 82}.

Verbände lassen sich auch stärken, indem die Rechtsordnung die Exklusivität des durch sie vorgehaltenen Gutes gewährleistet. Ein erster Ansatzpunkt liegt in der Ausrich-

tung der Tarifbindung an die Verbandsmitgliedschaft, die freilich durch die Möglichkeit der Bezugnahme auf den Tarifvertrag letztlich keine Exklusivität hat. Der Nachfrage nach Mitgliedschaft in Gewerkschaften förderlich wäre daher in jedem Fall die Möglichkeit, eine solche Exklusivität durch Differenzierungsklauseln herzustellen.⁸³ Wie an anderer Stelle bereits ausgeführt, überzeugt die bisherige Rechtsprechung, die Spannenklausel ablehnt,⁸⁴ nicht und sie ist auch verfassungsrechtlich nicht geboten.⁸⁵

Umgekehrt kann aber auch die Tarifwirkung für Außen-seiter stimulierend auf die Verbandsmitgliedschaft wirken (so. III.2.). Dieser Gedanke lässt sich nach Vorbildern in Frankreich, Spanien, Portugal und Österreich fortentwickeln für »weiße Flecken« auf der Tariflandkarte, indem rechtspolitisch eine Erweiterungserklärung des Tarifvertrages ermöglicht wird.⁸⁶ Ein Tarifvertrag könnte dann auch außerhalb seines räumlichen oder fachlichen Geltungsbereichs die Arbeitsbedingungen normieren. Das schafft Anreiz für Arbeitgeber, sich am Tarifgeschäft zu beteiligen, um eigenständige Regelungen zu erreichen.

72 Vgl. Höpfner (Fn. 29), S. 391 ff.

73 So etwa Däubler, NZA 1996, 225, 227; ferner Walser, Einfluss der Rechtsordnung (Fn. 23), S. 147; Deinert/Walser, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 1), S. 133 ff.; Kittner, AuR 1998, 469, 471; für eine Analogie zu § 160 HGB Höpfner (Fn. 29), S. 399 ff.; Oetker, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl., München 2007, § 3 Rn. 94 geht von einer Begrenzung auf zwei Jahre analog § 39 BGB aus.

74 BAG, 6.7.2011 – 4 AZR 424/09 – DB 2012, 410, Rn. 45.

75 Ausf. dazu Bepler, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. B32 ff.; vgl. Deinert/Walser, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 1), S. 262 ff.

76 Deinert, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. K11, K 19 ff.

77 Bepler, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. B35 ff.

78 Insg. Behrens, WSI-Mitt. 2013, 473, 477 ff.; vgl. Deinert/Walser, AuR 2015, 386, 387, 389.

79 Zur Zulässigkeit insb. BAG, 18.7.2006 – 1 ABR 36/05 – AP Nr. 19 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; vgl. auch BAG, 4.6.2008 – 4 AZR 316/07 – AP Nr. 37 zu § 3 TVG.

80 Krit. Deinert/Walser, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 1), S. 28 ff., 76 ff.; Deinert, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. K11, K28 ff.

81 Zu dieser Möglichkeit BAG, 22.10.2008 – 4 AZR 789/07 – NZA 2009, 265; BAG, 1.7.2009 – 4 AZR 250/08 – AP Nr. 51 zu § 4 TVG Nachwirkung.

82 Deinert, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. K11, K32 ff.

83 Deinert, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. K11, K 48 ff.; aA. Giesen, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. K61, K90 ff. Zur grundsätzlichen Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – AP Nr. 41 zu § 3 TVG.

84 BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – NZA 2011, 920.

85 Deinert, RdA 2014, 129, 131; weitere Kritik bei Deinert/Walser, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 1), S. 78 ff.; Schubert, ZTR 2011, 579 ff.; Däubler/Heuschmid, RdA 2013, 1 ff.; vgl. auch Kocher, NZA 2009, 119 ff.

86 Deinert/Walser, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 1), S. 194 ff.

2. Insbesondere: Weitergeltung nach Betriebsübergang

Grundsätzlich gelten kollektivrechtliche Rechte und Pflichten beim Betriebserwerber fort, wenn er nicht an andere Kollektivverträge gebunden ist. § 613a Abs. 1 S. 3 Alt. 2 BGB erlaubt aber eine Abweichung durch Bezugnahme auf einen Tarifvertrag, der beim Erwerber gelten könnte. Das ist europarechtlich problematisch, weil der Betriebsübergang so genutzt werden kann, um eine Absenkung des tariflichen Schutzes zu erreichen.⁸⁷ Dies ließe sich dahingehend beschränken, dass die Abweichung vom Kollektivvertrag während der einjährigen Veränderungssperre nur zulässig ist, wenn und solange der Betriebserwerber selber tarifgebunden ist. Dadurch entsteht ein Anreiz zur Verbandsmitgliedschaft, wenn der Betriebserwerber durch Bezugnahme die Bindung an die bisherigen Kollektivverträge abstreifen möchte. Die negative Koalitionsfreiheit⁸⁸ ist dadurch nicht berührt. Richtiger Ausgangspunkt muss sein, dass die Fortgeltung der Kollektivverträge im Interesse des Arbeitnehmerschutzes gesetzlich angeordnet ist. Wenn der Gesetzgeber eine Ausnahme zulässt, falls dieser Schutz im Wege der Selbstregulierung anderweitig gewährleistet ist, kann er dies auf diejenigen beschränken, die sich dafür entschieden haben, an diesem autonomen System teilzunehmen. Ein unwiderstehlicher Beitrittsdruck geht von einem solchen Anreiz nicht aus.

3. Soloselbstständige ohne Tarifbindung

Auf Arbeitnehmerseite kann sich erheblicher Druck auf die Arbeitsbedingungen durch den Einsatz von Soloselbstständigen ergeben, und zwar auch und gerade in den Fällen, in denen echte Selbstständigkeit vorliegt.⁸⁹ Die tarifvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen dieser Soloselbstständigen kann im Interesse sowohl der Selbstständigen selber als auch der übrigen Arbeitnehmer liegen, damit Unterbietungswettbewerb ausgeschaltet wird. § 12a TVG öffnet partiell diese Möglichkeit durch Erweiterung der Tarifmacht auf Arbeitnehmerähnliche. Die Voraussetzungen, die eine arbeitnehmerähnliche Person erfüllen muss, um in den Anwendungsbereich der Bestimmung zu gelangen, sind allerdings relativ eng. Von daher bietet es sich an, im Interesse einer Stärkung der Verbände, als auch des Schutzes der Selbstständigen, die Regelung des § 12a TVG vorsichtig zu erweitern. Insoweit liegt es nahe, solche

Soloselbstständigen in die Tarifmacht einzubeziehen, die in die betriebliche Organisation eines anderen Unternehmens eingebunden sind.⁹⁰ Damit würde ein Stück weit einer Forderung des Europäischen Parlaments⁹¹ entsprochen. Das Unionsrecht steht einer solchen Lösung nicht entgegen. Der EuGH hat in der Entscheidung FNV Kunsten Informatie en Media entschieden, dass Tarifverträge für »Scheinselbstständige« vom Kartellverbot ausgenommen sind.⁹² Es kann insoweit offenbleiben, ob damit arbeitnehmerähnliche Personen gemeint sind⁹³ oder solche, die zwar nach nationalem Recht als Selbstständige anzusehen sind, jedoch dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff unterfallen⁹⁴. Wäre die letztgenannte Deutung richtig, würde dies bedeuten, dass ein Orchestermusiker nach den Vorstellungen des EuGH durch die Eingliederung in das Orchester als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts anzusehen ist. Ein Regaleinrichter beispielsweise wäre in diesem Fall dann wohl kaum anders zu qualifizieren. Sicher ist es richtig, dass der Tarifvertrag in diesen Konstellationen nicht als Mittel zur Errichtung unzulässiger Kartelle genutzt werden darf.⁹⁵ Allerdings ist ein Tarifvertrag, der auf den sozialen Schutz dieser Selbstständigen gerichtet ist, der Sache nach ein Tarifvertrag und nicht Instrument zur Umgehung des Kartellverbotes. Diese Kartelle sind gerade zulässig.

4. Insbesondere: »Mitbestimmungsvermeidung durch Tariftreue«

Der Kartelleffekt des Tarifvertrages versagt, soweit der Arbeitgeber nicht tarifgebundenen ist. Aus gutem Grund haben die Bundesländer daher seinerzeit durch die Tarift-

⁸⁷ Walser, Einfluss der Rechtsordnung (Fn. 23), S. 211. Allg. zur Frage einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch Ablösung von Kollektivverträgen beim Betriebsübergang EuGH, 6.9.2011 – C-108/10 – NZA 2011, 1077 (Scattolon).

⁸⁸ So. Fn. 22.

⁸⁹ Walser, Einfluss der Rechtsordnung (Fn. 23), S. 247 ff.

⁹⁰ Deinert, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. K11, K36.

⁹¹ Europäisches Parlament, Dok. A7-0459/2013.

⁹² EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (FNV Kunsten Informatie en Media).

⁹³ So Heuschmid/Hlava, Anm. zu EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – AuR 2015, 193, 194 f.

⁹⁴ So Fuchs, ZESAR 2016, 297, 303 f.; Rieble, ZWeR 2016, 165, 169 ff.

⁹⁵ Rieble, ZWeR 2016, 165, 172 ff.

reuegesetzgebung versucht auszuschließen, dass ein Fehlanreiz in Bezug auf die Verbandstarifbindung im Rahmen öffentlicher Aufträge durch Berücksichtigung des günstigsten Angebots entsteht. Der EuGH hat dem bekanntlich einen Riegel vorgeschoben durch die Entscheidung in der Rechtssache *Rüffert*.⁹⁶ Beanstandet wurde insbesondere, dass dieses System auf öffentliche Aufträge beschränkt sei und daher letztlich nicht umfassend wirken könne. Daraus allerdings den Umkehrschluss zu ziehen, dass Tariftreue bei sämtlicher Auftragsvergabe, auch in der Privatwirtschaft, zu fordern sei, liefe auf eine systemwidrige Erweiterung der Tarifgebundenheit hinaus. Das dürfte auch ein problematischer Eingriff in den Kernbestand der Unternehmerfreiheit sein.

Möglich erschiene aber, dass private Unternehmer selber von ihren Auftragnehmern Tariftreue einfordern. Das werden sie aus Eigeninteresse an günstigen Bedingungen allerdings nicht machen. Es fragt sich damit, ob es nicht einen Anreiz geben könnte, dass Private von ihren Auftraggebern Tariftreue fordern. Dies ließe sich gut kombinieren mit dem Interesse der Betriebsräte von Auftraggebern nach einer Mitbestimmung bei Onsite-Werkverträgen, um einem Druck auf die betrieblichen Arbeitsbedingungen zu begegnen.⁹⁷ Würde der Gesetzgeber ein Mitbestimmungsrecht über den Einsatz von Onsite-Werk- oder Dienstvertragskräften in § 99 BetrVG installieren, könnte dieses für den Fall ausgeschlossen werden, dass der Auftragnehmer tarifgerechte Bedingungen entsprechend dem Tarif des Einsatzbetriebes gewährt. Dabei müssen die Tarifbedingungen der Einsatzbranche die maßgebliche Bezugsgröße sein, weil es um den Druck auf die Bedingungen dieser Branche geht. Erzwingen werden kann die Gewährung der Bedingungen der Einsatzbranche allerdings nicht, es kommt dann »nur« zur Mitbestimmung. Hinsichtlich eines Zustimmungsverweigerungsrechts müsste dieses dann mit Rücksicht auf die Tarifautonomie der entsendenden Branche auf den Fall beschränkt werden, dass der Vertragsarbeitgeber auch nicht bereit ist, die Bedingungen seiner Branche einzuhalten.⁹⁸

Auch durch eine solche Regelung entsteht kein unzulässiger Beitrittszwang für den Auftragnehmer, sodass die negative Koalitionsfreiheit nicht berührt ist. Auch unionsrechtlich wäre eine solche Regelung mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar. Grenzen könnten sich nach der Rechtsprechung des EuGH in Sachen *Bundesdruckerei*⁹⁹

und *RegioPost*¹⁰⁰ allein ergeben, wenn das Fremdpersonal ausschließlich im Ausland tätig ist.

VI. Fazit

Das Tarifvertragssystem fußt maßgeblich auf durch Mitgliedschaft legitimierten Rechtsnormen, schließt Außen-seiterwirkungen aber nicht aus. Diese können gerade auf Arbeitgeberseite auch Anreiz zum Verbandsbeitritt bewirken. In diesem Sinne liegt es nahe, den Tarifvertrag als Leitbild bei der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen heranzuziehen. Das sollte im Übrigen kombiniert werden mit dem grundsicherungsrechtlichen und dem arbeitsförderungsrechtlichen Zumutbarkeitsrecht in dem Sinne, dass Arbeitsbedingungen, die mehr als 20 % hinter den tariflichen Bedingungen zurückbleiben, als grundsätzlich unzumutbar anzusehen sind.

Die Möglichkeit, tarifvertraglich von den gesetzlichen Regelungen abzuweichen, kann auch dafür genutzt werden, Anreiz für die Verbandsmitgliedschaft auf Arbeitgeberseite zu schaffen, indem diese Möglichkeit den organisierten Arbeitgebern vorbehalten bleibt und eine Bezugnahme durch Außenseiter für die Gesetzesabweichung nicht genügt.

Kein Fehlanreiz für die Verbandsmitgliedschaft geht hingegen von § 3 Abs. 3 TVG über die Nachbindung aus, im Gegenteil.

Demgegenüber sollte der Gesetzgeber die Verbandsmitgliedschaft nicht zusätzlich dadurch unter Druck setzen, dass er Tarifflicht erleichtert. In diesem Sinne kann die Abweichung durch Tarifvertrag während der einjährigen Veränderungssperre nach Betriebsübergang auf organisierte Arbeitgeber beschränkt werden, die Tarifmacht in personeller Hinsicht auf Soloselbstständige, die in die betriebliche Organisation des Auftraggebers eingegliedert sind, erweitert werden und schließlich ein System der Tariftreue über das Anreizsystem der Mitbestimmungsvermeidung etabliert werden.

⁹⁶ EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008 I-1989 (*Rüffert*).

⁹⁷ *Deinert*, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 9), S. K11, K42

⁹⁸ Vgl. zum Ganzen *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (Fn. 1), S. 115 ff.

⁹⁹ EuGH, 18.9.2014 – C-549/13 – NZA 2014, 1129 (Bundesdruckerei).

¹⁰⁰ EuGH, 17.11.2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (*RegioPost*).

Tarifautonome Gestaltung der betrieblichen Altersversorgung – Zum Entwurf des Betriebsrentenstärkungsgesetzes

Prof. Dr. Christian Rolfs, Universität zu Köln

Ende 2016 hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und anderer Gesetze in das parlamentarische Verfahren eingebracht. Er eröffnet den Tarifvertragsparteien neue Gestaltungsspielräume und gestattet es ihnen ua., anstelle einer definierten Leistungszusage eine reine Beitragszusage zu vereinbaren, bei der die spätere Leistung von der Entwicklung des angelegten Kapitals abhängig ist. Machen die Tarifvertragsparteien hiervon Gebrauch, entlasten sie zugleich die Arbeitgeber von ihrer verschuldensunabhängigen Einstandspflicht.

I. Einleitung

In ihrem Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode hatten CDU/CSU und SPD vereinbart, die betriebliche Altersvorsorge zu stärken. Sie soll auch für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Klein- und Mittelbetrieben selbstverständlich werden.¹ Vereinbart wurde die Prüfung, inwieweit mögliche Hemmnisse bei den kleinen und mittleren Unternehmen abgebaut werden können.² Schon bald danach hatte das Bundesministerium der Finanzen bei dem Würzburger Ökonomen *Dirk Kiesewetter* ein entsprechendes steuerrechtliches Gutachten in Auftrag gegeben, das dieser 2016 erstattet hat.³ *Peter Hanau* und *Marco Arteaga* sind dann zu Beginn des vergangenen Jahres vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales um ein arbeitsrechtliches Gutachten gebeten worden, das sie ebenfalls bereits im Frühjahr 2016 vorlegen konnten.⁴ Auf dieser Basis haben die beiden Ministerien einen Gesetzentwurf erarbeitet, der am 30.12.2016 dem Bundesrat zur Beschlussfassung zugeleitet worden ist.⁵ Bei Abschluss dieses Manuskripts waren die parlamentarischen Beratungen noch nicht abgeschlossen.

II. Überblick über die beabsichtigten Änderungen

Der Gesetzentwurf sieht umfangreiche Änderungen nicht nur im Betriebsrentengesetz vor. Entsprechend dem weit gesteckten Ziel einer Stärkung der zweiten Säule der Altersvorsorge stellen erweiterte steuerrechtliche Förderungen und Anreize für Geringverdiener in Form der Nichtanrechnung betrieblicher Zusatzrenten auf bestimmte Sozialleistungen weitere zentrale Bausteine des Entwurfs dar. Im Überblick:

1. Den Sozialpartnern wird die Möglichkeit eröffnet, auf tarifvertraglicher Grundlage »reine Beitragszusagen« einzuführen. Die Verpflichtung des Arbeitgebers erschöpft sich darin, den zugesagten Beitrag an den externen Versorgungsträger (Versicherungsunternehmen, Pensionskasse oder Pensionsfonds) zu entrichten (»pay and forget«). Weder er noch der externe Träger garantieren eine bestimmte, aus diesen Beiträgen resultierende, Mindestleistung, auch nicht im Falle der Entgeltumwandlung.⁶ Die Rentenanwärter werden lediglich laufend über den Stand ihres Altersvorsorgekontos und die sich daraus ergebende monatliche Rente unterrichtet, stets verbunden aber mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass diese Beträge nicht garantiert sind und sich

1 *Nahles*, BetrAV 2014, 405, 406.

2 Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode vom 16.12.2013, S. 52.

3 *Kiesewetter/Grom/Menzel/Tschinkel*, Optimierungsmöglichkeiten bei den bestehenden steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Förderregelungen der betrieblichen Altersversorgung, Würzburg 2016.

4 *Hanau/Arteaga*, Rechtsgutachten zu dem »Sozialpartnermodell Betriebsrente« des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Köln März 2016.

5 Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und anderer Gesetze, BR-Drs. 780/16.

6 BR-Drs. 780/16, S. 36.

bis zum Rentenbeginn verringern oder erhöhen können (»defined ambition«).⁷ Die Kapitalanlage und das Risikomanagement der externen Träger werden durch die Versicherungsaufsicht der BaFin eng begleitet.

2. Soweit die Arbeitnehmer diese Form der betrieblichen Altersversorgung durch Entgeltumwandlung selbst finanzieren, müssen die Arbeitgeber hierzu einen Zuschuss in Höhe von mindestens 15 % leisten. Dies entspricht ihrer pauschalierten Ersparnis der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung abzüglich der eigenen Verwaltungskosten.
3. Unabhängig von oder in Kombination mit diesem »Sozialpartnermodell Betriebsrente« können die Tarifvertragsparteien künftig Modelle vereinbaren, die eine automatische Entgeltumwandlung seitens der Beschäftigten vorsehen (»Opting-Out«- bzw. »Optionsmodelle«).
4. Im Einkommensteuergesetz wird mit dem bAV-Förderbetrag in § 100 EStG-E ein neues steuerliches Fördermodell spezifisch für Geringverdiener eingeführt.⁸
5. Die Höchstbeträge für steuerfreie Zahlungen an Direktversicherer, Pensionskassen und Pensionsfonds werden vereinheitlicht und zugleich deutlich angehoben, nämlich auf nunmehr 8 % der Beitragsbemessungsgrenze (das entspräche 2017 einem Betrag von 6.096 € pa.). Zugleich wird das steuerliche Verwaltungsverfahren vereinfacht.
6. Im Sozialrecht werden neue Anreize für den Auf- und Ausbau einer betrieblichen Altersversorgung insbesondere bei Geringverdienern gesetzt. So wird in der Grundversicherung im Alter und bei Erwerbsminderung die Nichtanrechnung von Zusatzrenten neu geregelt. Im Bereich der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung wird die insbesondere auf Geringverdiener zugeschnittene Möglichkeit der betrieblichen Riester-Förderung verbessert.⁹

III. Das »Sozialpartnermodell Betriebsrente«

1. Von der Leistungs- zur Beitragszusage

Das Betriebsrentengesetz definiert betriebliche Altersversorgung bislang primär als Ansprüche auf *Leistungen* der Alters-, Invaliditäts- und/oder Hinterbliebenenversorgung (§ 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG). Solche leistungsorientierten Zusagen (»defined benefit«) entsprachen beim Inkrafttreten des

Gesetzes Mitte der 1970er-Jahre der betrieblichen Praxis. 1999 wurden dann beitragsorientierte Leistungszusagen (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG)¹⁰, drei Jahre später¹¹ auch Beitragszusagen mit Mindestleistung (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG) in das Betriebsrentengesetz aufgenommen. Letztere sind vornehmlich auf die Versorgung durch Pensionsfonds zugeschnitten: Der Arbeitgeber erfüllt seine Verpflichtung zwar grundsätzlich dadurch, dass er die versprochenen Beiträge an den externen Versorgungsträger entrichtet; er steht aber ergänzend auch dann für die Leistungen ein, wenn der Träger ein negatives Kapitalanlageergebnis erwirtschaftet. *Wolfgang Blomeyer* hat hierfür das vielzitierte Bild von der »Gazelle mit Klumpfuß« geprägt.¹² »Reine Beitragszusagen« (»defined contribution«) sind danach zwar nicht verboten, stellen aber keine betriebliche Altersversorgung dar.¹³ Dies bedeutet erhebliche arbeits-, sozial- und steuerrechtliche Nachteile und ist deshalb kaum praktikabel.

2. Die »reine Beitragszusage«

Die neue Nr. 2a des § 1 Abs. 2 BetrAVG will nun erstmals den Weg für eine reine Beitragszusage eröffnen, allerdings nur auf tarifvertraglicher Basis und nur bei Einschaltung eines externen Versorgungsträgers. Betriebliche Altersversorgung liegt danach auch dann vor, wenn der Arbeitgeber durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung verpflichtet wird, Beiträge zur Finanzierung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung an einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung nach § 22 zu zahlen; die Pflichten des Arbeitgebers nach § 1 Abs. 1 S. 3, § 1a Abs. 4 S. 2, den §§ 1b bis 6 und § 16 sowie die Insolvenzsicherungspflicht (§§ 7 bis 15) bestehen nicht.

a) Tarifvertragliche Verpflichtung

Eine reine Beitragszusage kann nur in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines solchen in einer Betriebs- oder Dienst-

⁷ BR-Drs. 780/16, S. 54.

⁸ Vgl. hierzu *Kiesewetter/Grom/Menzel/Tschinkl*, BetrAV 2016, 650, 651 f.

⁹ BR-Drs. 780/16, S. 25 f.

¹⁰ Rentenreformgesetz 1999 v. 16.12.1997, BGBl. I, S. 2998.

¹¹ Altersvermögensgesetz v. 26.6.2001, BGBl. I, S. 1310.

¹² *Blomeyer*, BetrAV 2001, 420, 430.

¹³ BAG, 7.9.2004 – 3 AZR 550/03 – AP Nr. 15 zu § 1 BetrAVG Gleichberechtigung; BAG, 12.6.2007 – 3 AZR 186/06 – AP Nr. 47 zu § 1 BetrAVG; BAG, 11.12.2007 – 3 AZR 249/06 – AP Nr. 1 zu § 2 AGG.

vereinbarung vereinbart werden. Rechtspolitisch mag man bezweifeln, ob auf diese Weise tatsächlich gerade in kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) die Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung gefördert werden kann, sind diese doch wesentlich seltener tarifgebunden als große Unternehmen.¹⁴ Immerhin wird so (und durch die Beteiligung der Sozialpartner an der Durchführung und Steuerung, § 21 Abs. 1 BetrAVG-E) sichergestellt, dass die Gewerkschaften Einfluss sowohl auf die Versorgungsordnung als auch die Kapitalanlage haben. Gleichwohl bleiben Unklarheiten:

Grundsätzlich ist für die Geltung einer Tarifnorm die beiderseitige Tarifbindung der Arbeitsvertragsparteien erforderlich (§ 4 Abs. 1 TVG). Da nicht nur die Tarifbindung der Arbeitgeber, sondern auch die Gewerkschaftsmitgliedschaft der Arbeitnehmer in KMU tendenziell schwächer ausgeprägt ist,¹⁵ gelten die tarifvertraglichen Regelungen unmittelbar und zwingend nur für vergleichsweise wenige Arbeitsverhältnisse. Die Tarifbindung des Arbeitnehmers ist auch nicht nach § 3 Abs. 2 TVG entbehrlich, weil Regelungen betreffend die betriebliche Altersversorgung keine Betriebsnormen im Sinne dieser Vorschrift sind.¹⁶ Sie kann, ebenso wie die fehlende Tarifbindung des Arbeitgebers, allerdings durch die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages (§ 5 TVG) überwunden werden, die seit 2014 schon dann möglich ist, wenn sie im öffentlichen Interesse geboten erscheint (§ 5 Abs. 1 TVG). Der Gesetzentwurf geht davon aus, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung auch unter den erleichterten Voraussetzungen des § 5 Abs. 1a TVG erfolgen kann.¹⁷ Das erscheint zweifelhaft. Denn das Sozialpartnermodell basiert auf dem Prinzip der individuellen Anwartschaftsdeckung. Zur »Sicherung der Funktionsfähigkeit« der Versorgungseinrichtung kann eine Allgemeinverbindlicherklärung hier nicht erforderlich sein. *Gregor Thüsing* hat im Rahmen der Sachverständigenanhörung im Deutschen Bundestag ausdrücklich auf dieses Problem hingewiesen und eine Änderung von § 5 Abs. 1a TVG angeregt.¹⁸ Verfahrensrechtlich ist nicht nur ein gemeinsamer Antrag der Tarifvertragsparteien, sondern auch das Einvernehmen des Tarifausschusses erforderlich. Ohne die Billigung seitens der Arbeitgeberverbände ist dieser Weg also versperrt. Praktisch ganz im Vordergrund stehen wird daher die nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern durch § 24 BetrAVG-E eröffnete Möglichkeit, die Anwendung der einschlägigen tariflichen Regelung vertraglich zu vereinbaren.

Ein Kontrahierungszwang der Versorgungseinrichtungen soll dabei allerdings nicht bestehen.¹⁹

b) Betriebs- oder Dienstvereinbarung aufgrund Tarifvertrages

Allerdings lässt § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG-E es auch zu, dass die Verpflichtung des Arbeitgebers auf einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung beruht, die ihrerseits tarifvertraglich basiert ist. In diesen Fällen ist die Tarifbindung des Arbeitnehmers zweifelsohne entbehrlich, weil für die unmittelbare und zwingende Wirkung der Betriebs- oder Dienstvereinbarung unerheblich (vgl. § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG, § 73 BPersVG). Erforderlich bleibt aber die Tarifbindung des Arbeitgebers, denn nur sie vermittelt die Geltung des Tarifvertrages über die betriebsverfassungsrechtliche Tarifnorm (§ 3 Abs. 2 TVG). Notwendig ist zudem die Existenz eines Betriebsrates, an der es in vielen kleineren Betrieben fehlt. Wie weit die Regelungsmacht der Betriebsparteien reicht, hängt wesentlich vom Inhalt des Tarifvertrages ab: Sieht dieser keine zwingende Beteiligung des Arbeitgebers an den Kosten der betrieblichen Altersversorgung vor, kann auch der Betriebsrat eine solche nicht erzwingen. Sein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG reicht hierzu nicht aus.²⁰ Stellt der Arbeitgeber nicht »freiwillig« hierfür einen Dotierungsrahmen zur Verfügung, können in der Betriebsvereinbarung nur verfahrensrechtliche Regelungen zur Entgeltumwandlung vereinbart werden; immerhin trifft den Arbeitgeber dann kraft Gesetzes die Pflicht zur Aufstockung des Umwandlungsbetrages um mindestens 15 % (§ 23 Abs. 2 BetrAVG-E). Nicht einmal eine Umwandlungspflicht der Arbeitnehmer oder ein opt-out-Modell

14 *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017, Einl. Rn. 13.

15 *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), Einl. Rn. 7.

16 Vgl. BAG, 14.4.2015 – 1 ABR 66/13, AP Nr. 143 zu § 99 BetrVG 1972 zu einer tariflichen Vergütungsordnung; *Franzen* in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017, § 1 TVG Rn. 47.

17 BR-Drs. 780/16, S. 28.

18 Ausschuss-Drs. 18(11)971, S. 68; dort ausdrücklich unter Hinweis auch auf SOKA-BAU.

19 BR-Drs. 780/16, S. 42; vgl. *Kiesewetter/Grom/Menzel/Tschinkl*, BetrAV 2016, 650, 650.

20 BAG, 12.6.1975 – 3 ABR 13/74, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; BAG, 12.6.1975 – 3 ABR 137/75 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; BAG, 15.2.2011 – 3 AZR 35/09 – AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Auslegung; BAG, 11.12.2001 – 3 AZR 128/01 – AP Nr. 43 zu § 1 BetrAVG Unterstützungskassen.

sind rechtlich zulässig,²¹ sie sind dem Tarifvertrag vorbehalten (§ 20 Abs. 2 BetrAVG-E). Die Tarifvertragsparteien haben aber die Möglichkeit, vorzusehen, dass der Arbeitgeber regelmäßig einen bestimmten Betrag für die betriebliche Altersversorgung seiner Beschäftigten aufwenden muss, und können dann lediglich die konkrete Verwendung dieses Betrages den Betriebsparteien überlassen. Einen ähnlichen Weg ist beispielsweise die Chemieindustrie bereits gegangen.²²

c) Zahlung von Beiträgen an einen externen Versorgungsträger

Der Arbeitgeber muss verpflichtet sein, Beiträge an eine Direktversicherung, eine Pensionskasse oder einen Pensionsfonds »nach § 22« zu zahlen. Diese Verknüpfung der reinen Beitragszusage mit dem Sozialpartnermodell macht deutlich, dass sie nur in diesem spezifischen Zusammenhang als betriebliche Altersversorgung zulässig ist. Es stehen weder andere Durchführungswege (unmittelbare Versorgungszusage, Unterstützungskasse) noch eine Verknüpfung mit den klassischen Instrumentarien von Leistungszusagen (etwa dem Insolvenzschutz oder der Anpassungsprüfungspflicht) zur Verfügung.

d) Entgeltumwandlung

Die reine Beitragszusage kann arbeitgeber- oder mischfinanziert sein. Eine rein arbeitnehmerseitige Finanzierung ist ausgeschlossen. Der Arbeitgeber kann entweder durch Tarifvertrag zur Zahlung von Beiträgen verpflichtet werden, sich arbeitsvertraglich oder durch (insoweit freiwillige, nicht erzwingbare) Betriebsvereinbarung hierzu bereit erklären. Der Arbeitnehmer hat aus § 1a BetrAVG einen Anspruch auf Entgeltumwandlung. Macht er diesen geltend, kann der Arbeitgeber künftig verlangen, dass die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung über eine Versorgungseinrichtung nach § 22 BetrAVG-E erfolgt, § 1a Abs. 1 S. 3 BetrAVG-E. Soweit die Altersversorgung durch Entgeltumwandlung (deferred compensation) erfolgt, hat der Arbeitgeber hierzu einen Zuschuss zu leisten. § 23 Abs. 2 BetrAVG-E bestimmt hierzu, dass im Falle einer Entgeltumwandlung zur reinen Beitragszusage im Tarifvertrag zu regeln ist, dass der Arbeitgeber mindestens 15 % des umgewandelten Entgelts zusätzlich als Arbeitgeberzuschuss an die Versorgungseinrichtung weiterleiten muss, soweit er durch die Entgeltumwandlung Sozialversicherungsbeiträge einspart. Der Arbeitgeber soll nicht

wirtschaftlich davon profitieren, dass wegen der Entgeltumwandlung seiner Arbeitnehmer die von ihm zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung geringer ausfallen.²³ Die Differenz zu den tatsächlich vom Arbeitgeber zu tragenden Beiträgen zur Sozialversicherung (je nach Umlage der Gesetzlichen Unfallversicherung ca. 19 % bis 20 %) bildet pauschal die eigenen Verwaltungskosten des Arbeitgebers ab.²⁴

Im Tarifvertrag kann der Arbeitgeberzuschuss allerdings auch auf einen höheren Wert festgesetzt werden, die im Gesetz genannten 15 % des umgewandelten Arbeitsentgelts stellen lediglich die legislative Untergrenze dar. Der Zuschuss ist nur insoweit zu leisten, als durch die Entgeltumwandlung tatsächlich Sozialversicherungsbeiträge eingespart werden, also zB. nicht bei der Umwandlung von Arbeitsentgelt oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze oder von Personen, die versicherungsfrei beschäftigt werden.

Steuer- und sozialversicherungsrechtlich gelten für den Arbeitgeberzuschuss die gleichen Regelungen wie für die restlichen mittels Entgeltumwandlung finanzierten Beiträge des Arbeitgebers an eine Direktversicherung, eine Pensionskasse oder einen Pensionsfonds zum Aufbau einer kapitalgedeckten betrieblichen Altersversorgung (zB. Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 63 EStG, Förderung nach §§ 10a, 79 ff. EStG sowie Betriebsausgabenabzug beim Arbeitgeber).²⁵

Als problematisch könnte sich das unabhängig vom Durchführungsweg geltende und nicht tarifdispositive (vgl. § 19 Abs. 3 BetrAVG-E) Gebot der »Wertgleichheit« (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG) zwischen dem umgewandelten Arbeitsentgelt und der erlangten Versorgungsanwartschaft erweisen. Gelingt es nämlich dem Versorgungsträger nicht, zumindest eine die Verwaltungskosten deckende Rendite zu erwirtschaften, erhält der Arbeitnehmer als Rentner weniger, als er Jahre und Jahrzehnte zuvor als Arbeitsentgelt zu beanspruchen gehabt hätte. Dass er einen tatsächlichen Verlust erleidet, ist zwar wegen der mindestens 15 %igen

21 Rolf's, in: Blomeyer/Rolf's/Otto (Hrsg.), Betriebsrentengesetz, 6. Aufl., München 2015 (im Folgenden: BRO), § 1 Rn. 137; Kisters-Kölkes, FS Höfer, 2011, S. 107, 114 f.; Rolf's, BetrAV 2014, 212, 212; aA. Andresen/Cisch, in: Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., München 2009 (im Folgenden: MünchArbR), § 142 Rn. 45; Neufeld/Knitter, BB 2013, 2421, 2424.

22 Rolf's, NZA-Beil. 2010, 139, 143.

23 Hanau, NZA 2016, 577, 581; Hanau/Arteaga, DB 2015, 2447, 2449.

24 BR-Drs. 780/16, S. 41.

25 BR-Drs. 780/16, S. 42.

Aufstockung seitens des Arbeitgebers extrem unwahrscheinlich, aber nicht völlig ausgeschlossen. Nur der amtlichen Begründung,²⁶ nicht aber dem Gesetzestext selbst, lässt sich entnehmen, dass Wertgleichheit unabhängig von der Höhe der späteren Rentenleistungen schon dann besteht, wenn der vom Arbeitgeber zu leistende Beitrag an die Versorgungseinrichtung dem umgewandelten Entgeltbetrag nach Abzug möglicher Steuern und Sozialversicherungsbeiträge entspricht.

3. Die aus der reinen Beitragszusage resultierenden Leistungen

a) Tarifvertragliche Gestaltungsfreiheit

Der Gesetzgeber überlässt den Tarifvertragsparteien bei ihrer Gestaltung der betrieblichen Altersversorgung weitgehende Freiheit. Dies betrifft neben der inhaltlichen Regelung auch den Geltungsbereich des Tarifvertrages: Sie können darüber befinden, ob das Versorgungswerk nur für tarifgebundene Arbeitgeber oder auch für solche ohne Tarifbindung geöffnet sein soll.²⁷ Sie sind zudem frei darin, den räumlichen, den betrieblich-fachlichen und/oder den persönlichen Geltungsbereich des Versorgungstarifvertrages abweichend vom jeweils geltenden Manteltarifvertrag festzulegen. Dadurch können sie ihr Versorgungswerk beispielsweise auch für branchenfremde Arbeitgeber öffnen. Einige Rahmenbedingungen führen jedoch dazu, dass sich die Versorgungsordnungen des Sozialpartnermodells wesentlich von den bisher bekannten Leistungsordnungen unterscheiden werden.

b) Keine garantierten Leistungen

Alleiniger Schuldner der Versorgungsleistungen ist der externe Versorgungsträger. Den Arbeitgeber trifft keine, nicht einmal eine subsidiäre, Einstandspflicht. § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG gilt ausdrücklich nicht. Die Verpflichtung des Arbeitgebers erschöpft sich darin, die geschuldeten Beiträge an den Versorgungsträger zu entrichten. Mit deren Zahlung hat er die ihm obliegende Schuld erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB).

Der wichtigste Unterschied gegenüber den bekannten Versorgungsstrukturen dürfte darin bestehen, dass eine garantierte Leistung nicht zugesagt werden darf. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem BetrAVG, aber aus den aufsichtsrechtlichen Regelungen des novellierten VAG. § 244b Abs. 1 Nr. 1 VAG-E sieht vor, dass Pensionsfonds, Pensionskassen und andere Unternehmen der Lebensversicherung reine

Beitragszusagen nur dann durchführen dürfen, wenn sie dafür keine Verpflichtungen eingehen, die garantierte Leistungen beinhalten. Den Unternehmen ist also sogar eine »Null-Zins-Garantie« untersagt. Dieser Aspekt war im Vorfeld der Beratungen intensiv diskutiert worden.²⁸ Nicht wenige sehen im Verzicht auf jedwede Leistungsgarantie einen Tabubruch.²⁹ Jede Leistungsgarantie hätte nach der Richtlinie 2009/138/EG³⁰ unweigerlich die Geltung der »Solvency II«-Regeln mit ihren strengen Anforderungen ua. an die Kapitalausstattung der Versorgungsträger zur Folge gehabt. Diese wären in der derzeitigen Niedrigzinsphase über einen langen Zeitraum, in dem sich das Sozialpartnermodell zunächst einmal etablieren muss und Anlaufkosten verursacht, von nahezu keinem Unternehmen erfüllbar gewesen. Würde der Gesetzgeber eine Garantie auch nur gestatten, hätte dies praktisch die Monopolisierung der betrieblichen Altersversorgung bei der *Allianz* zur Folge.

c) Lebenslange Altersleistungen

Bei einer reinen Beitragszusage hat der externe Versorgungsträger auf der Grundlage des planmäßig zuzurechnenden Versorgungskapitals laufende Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu erbringen (§ 22 Abs. 1 BetrAVG-E). Einmalige Kapitaleistungen sind also ausgeschlossen,³¹ ebenso zeitlich befristete Renten. Wie sich aus § 244b Abs. 1 Nr. 2 VAG-E ergibt, bezieht sich diese Beschränkung aber (wohl) nur auf die *Altersleistung*.

Die Höhe der Rente ist volatil und hängt entscheidend vom Kapitalanlageergebnis des Versorgungsträgers ab. In der Anwartschaftsphase wird der Berechtigte mindestens einmal jährlich über die Höhe des planmäßig zuzurechnenden Versorgungskapitals und die Höhe der lebenslangen Zahlung, die sich ohne weitere Beitragszahlung allein aus diesem Versorgungskapital ergäbe, informiert (§ 41 Abs. 1 Nr. 1 PFAV-E). Bei Rentenbeginn wird die anfängliche Höhe durch

26 BR-Drs. 780/16, S. 36.

27 Vgl. *Buntenbach*, BetrAV 2015, 95, 96; *Rößler*, DB 2017, 367, 368.

28 *Hanau*, NZA 2016, 577, 580 f.; *Hanau/Arteaga*, DB 2015, 613, 618 f.; *Ulbrich*, BB 2016, 2363, 2365 f.; *Wohlleben*, BetrAV 2016, 398, 401.

29 Vgl. *Hanau/Arteaga*, DB 2015, 2447, 2449.

30 Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl. Nr. L 335/1, ber. 2014 Nr. L 219/66.

31 Vgl. *Rößler*, DB 2017, 367, 369.

Verrentung des vorhandenen Versorgungskapitals mit einem vorsichtigen Rechnungszins und unter Zugrundelegung der einschlägigen Sterbetafeln berechnet. Entwickelt sich die Kapitalanlage besser als kalkuliert, ist die Rente ab einem Deckungsgrad von 125 % nach oben anzupassen; erreicht das Anlageergebnis den kalkulierten Rechnungszins nicht, muss die Rente abgesenkt werden (§ 38 Abs. 1 PFAV-E). Durch diese »Puffer« wird erreicht, dass eine Anpassung (va. eine solche nach unten) der Ausnahmefall bleibt. Eine Anpassungsprüfung nach § 16 BetrAVG findet nicht statt; die Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist durch § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG-E ausdrücklich ausgenommen.

d) Leistungen bei Invalidität und Tod

Leistungen bei Invalidität und an Hinterbliebene sind gesetzlich nicht zwingend vorgeschrieben, können aber tarifvertraglich vereinbart werden.³² Dem Versorgungsträger kann auch das Recht eingeräumt werden, verschiedene Tarife anzubieten und dem Arbeitnehmer so die Wahl zu lassen, ob er nur das Altersrisiko oder auch die übrigen Risiken mitversichern möchte.

4. Die Behandlung der Anwartschaft und des Anspruchs durch den Versorgungsträger

a) Unverfallbarkeit, Übertragbarkeit, vorzeitige Inanspruchnahme der Rente

Die auf den gezahlten Beiträgen beruhende Anwartschaft auf Altersrente ist sofort unverfallbar (§ 22 Abs. 2 S. 1 BetrAVG-E). Hinsichtlich des Verfalls von Anwartschaften auf Invaliditäts- und Todesfallleistungen steht den Tarifvertragsparteien dagegen im Rahmen des § 19 Abs. 1 BetrAVG-E ein Gestaltungsspielraum zu, sie können insbesondere die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft abweichend von § 2 BetrAVG berechnen. Darin liegt kein Verstoß gegen die Mobilitäts-Richtlinie 2014/50/EU, weil deren Art. 4 nur für Anwartschaften auf Altersleistungen gilt (Art. 2 Abs. 3 RL 2014/50/EU).³³ Die Tarifvertragsparteien müssen jedoch sicherstellen, dass die Anwartschaften ausgeschiedener Arbeitnehmer nicht schlechter behandelt werden als diejenigen der aktiven Beschäftigten (§ 2a BetrAVG in der ab 1.1.2018 geltenden Fassung). § 22 Abs. 2 S. 2 BetrAVG-E bringt dies mit seiner Anordnung, dass die Erträge der Versorgungseinrichtung auch den ausgeschiedenen Arbeitnehmern zugutekommen müssen, nicht ganz präzise zum Ausdruck.³⁴

Die Anwartschaft ist weder übertragbar, noch beleihbar, noch veräußerbar (§ 22 Abs. 4 BetrAVG-E). Sie darf vorzeitig nur verwertet werden, wenn der Versorgungsträger Anwartschaften oder laufende Leistungen bis zur Wertgrenze des § 3 Abs. 2 S. 1 BetrAVG abfindet. § 22 Abs. 3 Nr. 1 BetrAVG-E verschafft dem Arbeitnehmer gegenüber der Versorgungseinrichtung das Recht, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Versorgung mit eigenen Beiträgen fortzusetzen oder innerhalb eines Jahres das gebildete Versorgungskapital auf die neue Versorgungseinrichtung, an die Beiträge auf der Grundlage einer reinen Beitragszusage gezahlt werden, zu übertragen. Die Vorschriften über den Auskunftsanspruch (§ 4a BetrAVG), die vorzeitige Inanspruchnahme der Betriebsrente (§ 6 BetrAVG) und die Verjährung (§ 18a BetrAVG) gelten gegenüber der Versorgungseinrichtung entsprechend.

b) Keine Insolvenzversicherung

Zu den im Vorfeld des Gesetzentwurfs am intensivsten diskutierten Themen gehörte die Insolvenzversicherung. Lange Zeit war ein »PSV II« oder eine andere Garantieeinrichtung im Gespräch.³⁵ Aus vielfältigen Gründen hat der Entwurf letztlich auf eine solche Sicherung konsequenterweise verzichtet: Die (gewöhnlich durch § 7 BetrAVG abgesicherte) Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers ist auf die Anwartschaft ohne Auswirkungen, weil der Arbeitgeber mit der Zahlung der Beiträge an die Versorgungseinrichtung von seiner Schuld vollständig frei wird. Die Leistungsfähigkeit der Versorgungseinrichtung wird von der Insolvenzversicherung der betrieblichen Altersversorgung ohnehin nicht erfasst, wie der fehlende Schutz bei Pensionskassen und unbeschädigten Direktversicherungen belegt. Da der Versorgungsträger überdies keine Leistungen garantieren darf, können auch keine Leistungsansprüche der Berechtigten ausfallen. Ob dies mit Unionsrecht, namentlich Art. 8 der Arbeitnehmerschutz-

³² Vgl. Rößler, DB 2017, 367, 369.

³³ Rolf/Kunisch, BetrAV 2016, 383, 383.

³⁴ Ergänzend aber die amtliche Begründung zu dieser Norm, nach der diese gerade der Umsetzung der EU- Mobilitäts-Richtlinie im Sozialpartnermodell dienen soll (BR-Drs. 780/16, S. 40).

³⁵ Hanau/Arteaga, DB 2015, 613, 618; Hanau/Arteaga, DB 2015, 2447, 2450; Melchior, VW 2015, 17; vom Stein, RdA 2015, 272, 274; Ulbrich, BB 2016, 2363, 2365 f.

Richtlinie 2008/94/EG³⁶ sowie der sog. Pensionsfonds-Richtlinie 2003/41/EG³⁷, uneingeschränkt vereinbar ist, bedarf noch näherer Untersuchung.

5. Die Pflichten des Arbeitgebers

Den Arbeitgeber treffen im neuen Sozialpartnermodell nur noch wenige Pflichten. Der Arbeitnehmer behält den gegen ihn gerichteten Anspruch auf Entgeltumwandlung aus § 1a BetrAVG, jedoch ohne die Subsidiärhaftung nach § 1 Abs. 1 S. 3, § 1a Abs. 4 S. 2 BetrAVG. Der Arbeitgeber muss die geschuldeten Beiträge (ggf. einschließlich des Sicherheitsbeitrags nach § 23 Abs. 1 BetrAVG-E) rechtzeitig und vollständig an den externen Versorgungsträger zahlen sowie seine sonstigen tarifvertraglichen (Neben-)Pflichten diesem gegenüber erfüllen (zB. Melde- und Auskunftspflichten). Soweit der Arbeitnehmer Arbeitsentgelt zum Zwecke des Aufbaus einer betrieblichen Altersversorgung durch reine Beitragszusage umwandelt, muss der Arbeitgeber den tarifvertraglichen, mindestens 15%igen, Zusatzbeitrag (§ 23 Abs. 2 BetrAVG-E) entrichten. Die Ansprüche des Arbeitnehmers unterliegen der regelmäßigen Verjährung (§ 18a S. 2 BetrAVG iVm. §§ 195, 199 BGB).

Die übrigen Bestimmungen des BetrAVG finden im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien untereinander keine Anwendung. Das betrifft die Unverfallbarkeit (§§ 1b, 2 BetrAVG) ebenso wie die Übertragung (§ 4 BetrAVG), den Auskunftsanspruch (§ 5 BetrAVG), den Anspruch auf vorzeitige Altersleistungen (§ 6 BetrAVG) und die Insolvenzversicherung (§§ 7 bis 15 BetrAVG). Überträgt der Arbeitnehmer bei einem Arbeitsplatzwechsel seine Versorgungsanswartschaft nach § 4 BetrAVG, kann der neue Arbeitgeber verlangen, dass sie als reine Beitragszusage über eine Versorgungseinrichtung nach § 22 BetrAVG-E durchgeführt wird (§ 4 Abs. 3 S. 5 BetrAVG-E).

6. Aufsichtsrechtliche und organisatorische Regeln für die Versorgungsträger

Anders als bei der auf die Pensionsfonds-Versorgung zugeschnittenen Beitragszusage mit Mindestleistung (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG) gibt es bei der reinen Beitragszusage keine »Ausfallhaftung« des Arbeitgebers bei negativer Rendite des Versorgungsträgers. Der Gesetzgeber versucht daher, durch verschiedene organisatorische Regelungen zu gewährleisten, dass auch im Niedrigzinsumfeld eine

Kapitalstruktur mit einem ausgewogenen Verhältnis von chancenträchtigen risikoreicheren und konservativen festverzinslichen Anlagen gewählt wird. Viele Details hierzu sind derzeit noch offen, weil sowohl das BetrAVG-E als auch das VAG-E Verordnungsermächtigungen zugunsten des BMAS bzw. des BMF enthalten, von denen erst nach Inkrafttreten des Gesetzes Gebrauch gemacht werden kann.

a) Arbeitsrechtliche Bestimmungen

Vereinbaren die Tarifvertragsparteien eine betriebliche Altersversorgung in Form der reinen Beitragszusage, müssen sie sich an deren Durchführung und Steuerung beteiligen (§ 21 Abs. 1 BetrAVG-E). Der Versorgungsträger kann eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien (§ 4 Abs. 2 TVG) sein, muss es aber nicht.³⁸ Dadurch wird den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit eröffnet, auf den Aufbau eigener kostenträchtiger Verwaltungsstrukturen³⁹ zu verzichten und sich der vorhandenen Organisation von Versicherungsunternehmen, Pensionskassen oder Pensionsfonds zu bedienen. Es muss dann aber sichergestellt sein, dass die Sozialpartner im Aufsichtsrat oder in speziellen Gremien der durchführenden Versorgungseinrichtung vertreten sind und dort hinreichende Einflussmöglichkeiten auf das Betriebsrentensystem haben bzw. dieses mit Steuern können. Die Tarifvertragsparteien können dabei Dritte beauftragen, die sie bei der Erfüllung der Beteiligungspflicht vertreten.⁴⁰ Die aufsichtsrechtlichen Rechte und Pflichten der Versorgungsträger und ihrer Organe bleiben von der Beteiligung der Tarifvertragsparteien unberührt.

Zur Absicherung der reinen Beitragszusage soll im Tarifvertrag ein Sicherheitsbeitrag vereinbart werden (§ 23 Abs. 1 BetrAVG-E). Zweck dieses Zusatzbeitrags ist es, die Betriebsrenten zusätzlich abzusichern, zB. dadurch, dass die Versorgungseinrichtung einen höheren Kapitaldeckungsgrad oder eine konservativere Kapitalanlage reali-

36 Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. Nr. L 283/36.

37 Richtlinie 2003/41/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.6.2003 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung, ABl. Nr. L 235/10, ber. ABl. 2004 Nr. L 291/18.

38 Siehe schon *Hanau*, NZA 2016, 577, 580.

39 Vgl. *Hanau/Arteaga*, DB 2015, 613, 615.

40 BR-Drs. 780/16, S. 39 f.

siert; im Rahmen eines kollektiven Sparmodells kann er auch zum Aufbau kollektiven Kapitals verwendet werden.⁴¹ Das legislative »Soll« ist lediglich eine sanktionslose Anforderung an die Tarifvertragsparteien, entsprechende Regelungen zu treffen.

b) Aufsichtsrechtliche Bestimmungen

Aufsichtsrechtlich bestimmt § 244b Abs. 1 VAG-E, dass Unternehmen der Lebensversicherung und Pensionskassen und Pensionsfonds reine Beitragszusagen nur durchführen dürfen, wenn sie 1. dafür keine Verpflichtungen eingehen, die garantierte Leistungen beinhalten, 2. die Allgemeinen Versicherungsbedingungen oder die Pensionspläne eine lebenslange Zahlung als Altersversorgungsleistung vorsehen und 3. festgelegt ist, dass das planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital sowie die darauf entfallenden Zinsen und Erträge planmäßig für laufende Leistungen verwendet werden. Letzteres gilt auch und insbesondere für die Invaliditätsversorgung. Dadurch wird sichergestellt, dass die Erträge des Deckungskapitals entsprechend ihrem Anteil gleichmäßig für die Erhöhung der Anwartschaften und der laufenden Leistungen verwendet werden.

Das im Rahmen der reinen Beitragszusage eingenommene und zu deren Durchführung benötigte Kapital ist von dem übrigen Vermögen des Versorgungsträgers zu trennen. Deshalb ist unter Berücksichtigung der jeweiligen Tarifverträge von den Unternehmen der Lebensversicherung und von Pensionskassen ein gesonderter Anlagestock (§ 125 Abs. 5 VAG) und von Pensionsfonds ein gesondertes Sicherungsvermögen einzurichten (§ 244c VAG-E).

IV. Das Optionsmodell

1. Tarifliche Optionsmodelle

Eine weitere Stärkung der betrieblichen Altersversorgung erhofft sich der Gesetzgeber durch die Einführung tariflicher Optionsmodelle.⁴² Sie sollen vorsehen können, dass der Arbeitnehmer automatisch bestimmte Teile seines Arbeitsentgelts in eine Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung umwandelt, wenn er dieser Umwandlung nicht innerhalb kurzer Frist widerspricht (»opt-out«). Diese Entgeltumwandlung kann mit einer reinen Beitragszusage

verbunden werden, es stehen aber auch die bisher schon bekannten Zusagearten (insbesondere beitragsorientierte Leistungszusage und Beitragszusage mit Mindestleistung) in den bekannten Durchführungswegen zur Verfügung. Solche Optionsmodelle waren nach zutreffender Auffassung auch schon bislang möglich,⁴³ doch war die Praxis angesichts fehlender höchstrichterlicher Bestätigung bislang zurückhaltend.

§ 20 Abs. 2 BetrAVG-E eröffnet den Tarifvertragsparteien nunmehr ausdrücklich die Kompetenz, zu regeln, dass der Arbeitgeber für alle Arbeitnehmer oder für eine Gruppe von Arbeitnehmern des Unternehmens oder einzelner Betriebe eine automatische Entgeltumwandlung einführt, gegen die der Arbeitnehmer ein Widerspruchsrecht hat (Optionssystem). Das Angebot des Arbeitgebers auf Entgeltumwandlung gilt als vom Arbeitnehmer angenommen, wenn er nicht widersprochen hat und das Angebot 1. in Textform und mindestens drei Monate vor der ersten Fälligkeit des umzuwandelnden Entgelts gemacht worden ist und 2. deutlich darauf hinweist, welcher Betrag und welcher Vergütungsbestandteil umgewandelt werden soll und dass der Arbeitnehmer ohne Angabe von Gründen innerhalb einer Frist von mindestens einem Monat nach dem Zugang des Angebots widersprechen und die Entgeltumwandlung mit einer Frist von höchstens einem Monat beenden kann. Nichttarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer können die Anwendung der einschlägigen tariflichen Regelung vereinbaren. Die Regierungsbegründung erläutert, dass die Tarifvertragsparteien zB. alle Arbeitgeber in ihrem Zuständigkeitsbereich verpflichten können, solche Systeme einzuführen; sie können aber auch im Tarifvertrag den Arbeitgebern lediglich – als »wesensgleiches minus« – die Möglichkeit einräumen, solche Systeme unter Bedingungen einzuführen, die im Tarifvertrag festgelegt sind.⁴⁴ Dazu können etwa konkrete Kostenvorgaben im Hinblick auf den durchführenden Versorgungsträger gehören oder die Vorgabe, dass eine Invaliditäts- und Hinterbliebenenabsicherung zum Leistungsspektrum gehören muss.⁴⁵

⁴¹ BR-Drs. 780/16, S. 41.

⁴² Dazu bereits *Hanau/Arteaga*, DB 2015, 613, 620; *Hanau/Arteaga*, DB 2015, 2447, 2451 f.

⁴³ BRO-Rolf's (Fn. 21), § 1 Rn. 134; *Kisters-Kölkes*, FS Höfer, 2011, S. 107, 114; *Neufeld/Knitter*, BB 2013, 2421, 2421.

⁴⁴ Hinsichtlich der absoluten Formulierung des § 20 Abs. 2 S. 1 BetrAVG-E skeptisch *Rößler*, DB 2017, 367, 372.

⁴⁵ BR-Drs. 780/16, S. 39.

2. Optionsmodelle auf betriebsverfassungsrechtlicher Basis

Mit der ausdrücklichen Gestattung tariflicher Optionsmodelle wird solchen auf der Basis einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung implizit eine Absage erteilt. Schon bislang entsprach es hM., dass die Betriebsparteien weder eine obligatorische Entgeltumwandlung noch ein Opt-out-Modell vereinbaren können,⁴⁶ weil darin eine unzulässige Lohnverwendungsabrede läge.⁴⁷

V. Summa

Das neue Sozialpartnermodell Betriebsrente eröffnet den Tarifvertragsparteien interessante Spielräume zur Gestaltung der betrieblichen Altersversorgung. Sie können sogar die bisher auf tariflicher Basis bestehenden Zusagen in das neue Modell umschaffen. Ob und inwieweit sie von den §§ 21 ff. BetrAVG-E tatsächlich Gebrauch machen werden, ist derzeit kaum prognostizierbar. Die Gewerkschaften setzen aktuell eher auf eine Stärkung der gesetzlichen Rentenversicherung,⁴⁸ in der sich beitragsfreie Zeiten (Arbeitslosigkeit, längere Erkrankung, Eltern- und Pflegezeiten etc.) durch steuerliche Zuschüsse leichter ausgleichen lassen und die einen stärker nivellierenden Charakter hat als betriebliche Zusatzrenten. Zudem ist der Verzicht auf garantierte Leistungen ein erheblicher Bruch mit der Tradition der betrieblichen Altersversorgung, der gerade in der Niedrigzinsphase den Mitgliedern nicht leicht schmackhaft gemacht werden kann.⁴⁹ Das Risiko, auf Dauer zunehmend die alten, »besseren« Leistungszusagen zugunsten reiner Beitragszusagen in Tarifverhandlungen zur Disposition stellen zu müssen, ist real.⁵⁰

Für die Arbeitgeber mag die fehlende Subsidiärhaftung der reinen Beitragszusage ein gewisser Anreiz sein, doch spielte diese in der Privatwirtschaft bislang kaum eine Rolle.⁵¹ Kostenrisiken sehen sie mindestens in gleicher Weise in der Rechtsprechung zum BetrAVG (man denke an die Durchsetzung der Diskriminierungsverbote wegen des Geschlechts, wegen einer Teilzeitbeschäftigung, wegen des Alters oder der sexuellen Identität)⁵², im Steuerrecht, aber auch in den notwendigen Zusatzbeiträgen nach § 23 BetrAVG-E und den Kosten der Verhandlungen mit dem Betriebsrat (der uU. externe Sachverständige oder versicherungsmathematische Gutachten einfordert).⁵³ Erst wenn die Tarifpartner großer Branchen sich zum Sozialpartnermodell bekennen, ist dessen weitere Verbreitung wahrscheinlich.

46 BRO-Rolfs (Fn. 20), § 1 Rn. 137; Kisters-Kölkes, FS Höfer, 2011, S. 107, 114 f.; Rolfs, BetrAV 2014, 212, 212; aA. MünchArbR-Andresen/Cisch (Fn. 20), § 142 Rn. 45; Neufeld/Knitter, BB 2013, 2421, 2424.

47 Vgl. BAG, 11.7.2000 – 1 AZR 551/99 – AP Nr. 14 zu § 611 BGB Sachbezüge; Richardi, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, 15. Aufl., München 2016, § 77 Rn. 104.

48 DGB, Pressemitteilung vom 6.9.2016.

49 Vgl. Thüsing, DB 2017 Nr. 3, M5.

50 Deter, AuR 2017, 18, 20; Rolfs, NZA-Beil. 2015, 67, 69; vom Stein, RdA 2015, 272, 274.

51 Einzige Ausnahme: Die Leistungsabsenkung durch die Pensionskasse der Deutschen Wirtschaft (PKDW); dazu BAG, 19.6.2012 – 3 AZR 408/10 – AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Pensionskasse; BAG, 30.9.2014 – 3 AZR 617/12 – AP Nr. 10 zu § 1 BetrAVG Pensionskasse; BAG, 30.9.2014 – 3 AZR 613/12 – AP Nr. 11 zu § 1 BetrAVG Pensionskasse; BAG, 10.2.2015 – 3 AZR 65/14 – AP Nr. 12 zu § 1 BetrAVG Pensionskasse; BAG, 15.3.2016 – 3 AZR 827/14 – AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Pensionskasse.

52 Dazu Rolfs, SR 2013, 41 ff.

53 Vgl. Hanau/Arteaga, DB 2015, 2447, 2447.

Verfassungsmäßigkeit der Verpflichtung zur überbetrieblichen Ausbildung in der Ausbildungsordnung für die Bauwirtschaft*

Prof. Dr. Martin Burgi, Ludwig-Maximilians-Universität München

1. Gemäß den §§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 Berufsbildungsgesetz (BBiG) bzw. (gleichlautend) 26 Abs. 2 S. 1 Handwerksordnung (HwO) kann die (als Verordnung verabschiedete) Ausbildungsordnung vorsehen, »dass Teile der Berufsausbildung in geeigneten Einrichtungen außerhalb der Ausbildungsstätte durchgeführt werden, wenn und soweit es die Berufsausbildung erfordert (überbetriebliche Berufsausbildung)«. Davon hat § 4 der VO Bauwirtschaft vom 2.6.1999¹ Gebrauch gemacht, indem er sämtliche Betriebe der Bauwirtschaft zur Teilnahme an der überbetrieblichen Ausbildung verpflichtet und keine Befreiungsmöglichkeit für Einzelfälle vorsieht, mithin keine Öffnungsklausel enthält.
2. Nach Jahrzehnten unangefochtenen Umgangs mit diesen Regelungen ist in jüngerer Zeit teilweise die Frage formuliert worden, ob § 4 der VO Bauwirtschaft den Rahmen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen überschreitet, ferner, ob nicht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dazu verpflichtet, dass jede einzelne Ausbildungsordnung (und mithin auch die VO Bauwirtschaft) die Teilnahme an einer überbetrieblichen Ausbildung nur dann verpflichtend vorsehen dürfe, wenn sie im Hinblick auf die Umstände eines jeden einzelnen Betriebes »erfordert« ist.
3. Die detaillierte verfassungsrechtliche Prüfung² ergibt, dass die gegenwärtige Regelung der verpflichtenden überbetrieblichen Berufsausbildung in § 4 der VO Bauwirtschaft mit dem Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist. Die darin enthaltenen Regelungen sind durch »vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt«. Denn der überbetrieblichen Ausbildung werden zutreffender Weise vier wichtige Funktionen, die allesamt die Ausbildungsqualität und -fähigkeit steigern, zugeschrieben. So dient sie der *Ergänzung* der Ausbildung im jeweiligen Einzelbetrieb. Sie ermöglicht die *Anpassung* an technische Innovationen, inklusive den ökologischen gesellschaftlichen Fortschritt, sie wirkt *systematisierend* und *intensivierend* durch die pädagogisch unterstützte Aufbereitung und Vermittlung in Lerngruppen und in ungestörter Abfolge; hierdurch wird zugleich die Mobilität der Auszubildenden gestärkt. Schließlich kommt ihr eine *Kooperations-* und *Teamfunktion* zu, und zwar durch den Einsatz speziell konzipierter handlungsorientierter Lehr- und Lernarrangements und besonders qualifizierter Ausbilder.
4. Die getroffene Regelung erweist sich auch als verhältnismäßig. Erhebliche Zweifel bestehen schon daran, dass überhaupt eine Teilgruppe bestehen soll, die dadurch charakterisiert wäre, dass die ihr zugehörigen Betriebe die erforderlichen beruflichen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten, die in einer bestimmten Branche in Einrichtungen der überbetrieblichen Ausbildung vermittelt werden, vollständig durch Ausbildungsmaßnahmen innerhalb der eigenen betrieblichen Ausbildungsstätte vermitteln könnten.
5. Selbst wenn man dies bejaht, ist der bestehenden Regelung ohne Öffnungsklausel jedenfalls die Geeignetheit zu bescheinigen, da die Auszubildenden nach ihrer Rückkehr aus der jeweiligen Maßnahme über *noch mehr* Fertigkeiten, zumindest aber über *noch mehr* Erfahrungen im Zusammenwirken mit Auszubildenden anderer Betriebe verfügen. Die Systematisierungs- und Intensivierungsfunktion sowie die Kooperations- und Teamfunktion legitimieren sodann den Verzicht auf eine

* Der Inhalt des Vortrags ist ausführlich dokumentiert in Burgi, WiVerw 2016, 233. Daher erfolgt an dieser Stelle lediglich eine Zusammenfassung in Thesenform.


1 BGBl. I, S. 1102.

2 Ausführlich mit zahlreichen Nachweisen: Burgi, WiVerw 2016, 233.

- betriebsbezogene Betrachtung als etwaiges milderes Mittel. Die Gesamtabwägung erweist schließlich eine geringe Schwere des Eingriffs bei gleichzeitig erheblichem Gewicht der eingriffsrechtfertigenden Gründe. Allenfalls denkbar wäre es, das Fehlen einer Öffnungsklausel im Hinblick auf einzelne Branchen für unangemessen zu halten.
6. Im Hinblick auf die Bauwirtschaft bestehen aber mehrere Spezifika, die gerade dort die Aufnahme einer Öffnungsklausel nicht verfassungsrechtlich erforderlich werden lassen. Diese Spezifika liegen im hohen Anteil kleinerer und mittlerer Betriebe mit zum Teil großem Spezialisierungsgrad, ferner darin, dass die betriebliche Ausbildung ganz überwiegend nicht stationär erfolgt, überdies witterungsabhängig ist und oftmals nur an sehr wenigen Lernorten ausgeübt werden kann. Zudem sieht die Ausbildungsordnung in den ersten beiden Jahren zahlreiche gemeinsame, dh. berufsübergreifende Inhalte vor.
 7. Die §§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 BBiG, 26 Abs. 2 S. 1 HwO stellen auch im Sinne von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nach »Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung« hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlagen dar. Wie bereits festgestellt, war der Gesetzgeber selbst zu einer Sonderregelung mit Blick auf die (vermeintliche) Teilgruppe der Betriebe mit vollständig eigener Vermittlungsfähigkeit nicht verpflichtet.
 8. Auch eine im Wege einer Art verfassungsüberschießenden Interpretation gewonnene Verpflichtung des Verordnungsgebers zur Aufnahme einer Öffnungsklausel in die Ausbildungsordnung lässt sich diesen beiden gesetzlichen Normen nicht entnehmen.
 9. Da mithin von Verfassungsrechts wegen kein Änderungszwang besteht und die praktischen Abläufe funktionieren, sollten keine normativen Veränderungen in Gang gesetzt werden, die aller Voraussicht nach zusätzliche neue Auslegungsfragen und zusätzliche Verwaltungsverfahren nach sich ziehen würden.


Zusammenfassungen

Walser: Stärkung der Tarifautonomie! Aber wie? – Eine Betrachtung mit besonderer Berücksichtigung gemeinsamer Einrichtungen

 SR Sonderausgabe Mai 2017, S. 2–13

Der Autor berichtet zunächst vom Siebten Tarifsymposium der Tarifvertragsparteien der Bauwirtschaft. Darauf folgend erläutert er den rechtlichen Rahmen, in dem sich gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien nach § 4 Abs. 2 TVG bewegen und führt aus, weshalb sie das Potenzial dazu bieten, die Tarifautonomie zu stärken.

Franzen: Verfassungsrechtliche und konzeptionelle Fragen der AVE – Reform durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz

 SR Sonderausgabe Mai 2017, S. 14–23

Der Beitrag stellt die Reform der Allgemeinverbindlicherklärung durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz von 2014 dar und beleuchtet auf der einen Seite kritisch seine konzeptionelle Ausgestaltung. Auf der anderen Seite bewertet er die Reform aus verfassungsrechtlicher Sicht und kommt insofern zu einem positiven Ergebnis.


Abstracts

Walser: Strengthening Collective Autonomy! But how? – A Reflection considering especially Paritarian Institutions

 SR Special Edition May 2017, pp. 2–13

The author initially summarizes the Seventh Symposium on Collective Autonomy of the social partners in the construction industry. Subsequently he explains the legal framework of paritarian institutions according to § 4 para. 2 TVG and shows the potential of those in strengthening collective autonomy.

Franzen: Constitutional and Conceptual Questions with regard to the General Applicability of Collective Agreements – The Reforms following from the Act on Strengthening Collective Autonomy

 SR Special Edition May 2017, pp. 14–23

The article delineates the reform of the declaration of general applicability of collective agreements in 2014 and critically comments on its conceptual design. Furthermore it assesses the reform with regard to its constitutionality which it confirms as a result.

Deinert: Gesetzliche Anreize für die Verbandsmitgliedschaft zur Stärkung der Tarifbindung

SR SR Sonderausgabe Mai 2017, S. 24–32

Ausgangspunkt der Untersuchung ist die Feststellung, dass die Stärkung der Tarifautonomie auch einer Stärkung der Mitgliederbasis der Verbände bedarf, will man am bestehenden System der Arbeitsbeziehungen in Deutschland festhalten. Im Ergebnis zeigen sich zahlreiche Aspekte, die fördernd auf den Verbandsbeitritt oder -verbleib wirken können – aber auch Fehlanreize. Der Autor nennt positiv neben anderen die Außenseiterbindung, Tarifverträge als Leitbild bei der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen oder die Beibehaltung des Instruments der Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG.

Rolfs: Tarifautonome Gestaltung der betrieblichen Altersversorgung – Zum Entwurf des Betriebsrentenstärkungsgesetzes

SR SR Sonderausgabe Mai 2017, S. 33–41

Die sich im Abschluss befindende gesetzgeberische Initiative zum Betriebsrentenstärkungsgesetz bildet Anlass, das neue »Sozialpartnermodell Betriebsrente« in den Blick zu nehmen. Der Autor sieht durch das Vorhaben interessante Spielräume zur Gestaltung der betrieblichen Altersvorsorge eröffnet. Wesentliche Neuerung ist unter anderem der Übergang von der Leistungs- zur Beitragszusage und die damit einhergehende fehlende subsidiäre Haftung des Arbeitgebers. Es lasse sich gegenwärtig jedoch noch nicht abschätzen, in welchem Ausmaß das neue Modell tatsächlich Verwendung finden wird.

Burgi: Verfassungsmäßigkeit der Verpflichtung zur überbetrieblichen Ausbildung in der Ausbildungsordnung für die Bauwirtschaft

SR SR Sonderausgabe Mai 2017, S. 42–43

Der Beitrag tastet die Vereinbarkeit der in der Ausbildungsordnung für die Bauwirtschaft vorgesehenen Verpflichtung, einen Teil der Berufsausbildung in überbetrieblichen Einrichtungen durchzuführen, mit dem Verfassungsrecht ab. Er kommt zu dem Ergebnis, dass mit der Regelung ein legitimer Zweck verfolgt wird und sie auch verhältnismäßig ist. Dies gilt umso mehr mit Blick auf die Spezifika der Bauwirtschaft.

Deinert: Strengthening Collective Autonomy via Legal Incentives for the Membership in Coalitions

SR SR Special Edition May 2017, pp. 24–32

Starting point of the examination is the statement that strengthening collective autonomy presupposes strengthening membership in coalitions, as long as the current system of industrial relations in Germany shall be maintained. In the end a number of incentives can be detected which foster membership in coalitions – as well as misguided incentives. Positive effects may arise from an extension of the binding nature of collective agreements, collective agreements as a benchmark in the judicial review of standard terms and maintaining the instrument of a continued obligation under the collective agreement according to § 3 para. 3 TVG.

Rolfs: Establishing Occupational Pension Schemes by Collective Agreement – The Draft on the Act on Strengthening Occupational Pension Schemes

SR SR Special Edition May 2017, pp. 33–41

As the legislative initiative on the Act on Strengthening Occupational Pension Schemes has entered into its final stage, the article examines the new »social partners-model of occupational pension schemes«. The author detects interesting options for the design of occupational pension schemes. One substantial innovation of the reform is a shift from systems of defined benefits to defined contributions and the subsequently missing liability of the employer. According to him it is not yet foreseeable to what extent the new model will be actually realised.

Burgi: Constitutionality of the Obligation to Industry-wide Training following from the Ordinance on Vocational Training in the Construction Sector

SR SR Special Edition May 2017, pp. 42–43

The article examines the constitutionality of the obligation to carry out part of the vocational training in industry-wide facilities according to the Ordinance on Vocational Training in the Construction Sector. It comes to the conclusion that this provision pursues a legitimate aim and is proportional. This holds especially true with regard to the specific situation of the construction industry.