

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



Abhandlung

Die Sicherung der Allgemeinverbindlichkeit bei gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien

Prof. Dr. Stefan Greiner

Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hanau

Prof. Dr. Ulrich Preis

Reform der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen als Gestaltungsaufgabe

Sinkende Mitgliederzahlen bei den Gewerkschaften, die erst seit kurzem durch einen Gegentrend wieder aufgefangen werden, Verbandsflucht der Arbeitgeber und OT-Mitgliedschaften bewirken, dass die Fähigkeit des Flächentarifvertrages zur normativen Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen schwindet. Nicht von ungefähr kommt es daher, dass der Deutsche Juristentag sich in diesem Jahr mit der Stärkung der Tarifautonomie befassen wird. Ein wichtiges Instrument zur Gewährleistung der Normierungskraft des Flächentarifvertrages ist die Allgemeinverbindlicherklärung, um so die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in das normative Gefüge einzubeziehen. Darüber hinaus ist die Allgemeinverbindlicherklärung letztlich das Mittel, um die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, die ein wichtiger Baustein deutscher Tarif- und Sozialpolitik sind, funktionsfähig zu machen. Dieser, wie es scheint, in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland gut funktionierende Mechanismus ist allerdings seinerseits in die Krise geraten. Erinnerung sei etwa an die Blockade der Allgemeinverbindlicherklärung des Bau-Mindestlohntarifvertrages kurz nach Inkrafttreten des Entsendegesetzes, auf die die Politik mit der Einführung der Verordnungsermächtigung reagierte, die sich heute in § 7 AEntG findet. Auch die Auseinandersetzungen um die Post-Mindestlohnverordnung, die am Ende dazu führten, dass die Verordnung wegen eines Verfahrensfehlers vom BVerwG kassiert wurde,¹ dürfen in diesem Zusammenhang erwähnt werden. Vor allem aber führen sinkende Organisationsgrade zur Gefahr, dass das 50%-Quorum in § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG verfehlt wird. Ohne dass an dieser Stelle Ursachenforschung betrieben werden kann, ist jedenfalls festzustellen, dass die Zahl allgemeinverbindlicher Tarifverträge von 1991 bis 2011 von 622 auf 495 gesunken ist, was gerade noch 1,5% der Tarifverträge ausmacht. Die dadurch angestoßene Diskussion um eine Senkung oder gar Abschaffung des Quorums hat die Große Koalition aufgegriffen und verspricht im Koalitionsvertrag eine Neuausrichtung der Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen.² Danach soll nicht mehr starr am

50%-Quorum festgehalten werden. Künftig soll es allein auf ein öffentliches Interesse für die Allgemeinverbindlicherklärung ankommen. Dieses soll insbesondere dann gegeben sein,

- wenn es um die Sicherung der Funktionsfähigkeit einer gemeinsamen Einrichtung geht,
- wenn die effektive tarifliche Normsetzung bei wirtschaftlichen Fehlentwicklungen gesichert werden soll oder
- (hier tauchen die 50% wieder auf) wenn die Tarifvertragsparteien eine Tarifbindung von 50% glaubhaft darlegen.

Außerdem soll die Wirksamkeitskontrolle von Allgemeinverbindlicherklärungen und Mindestlohnverordnungen bei der Arbeitsgerichtsbarkeit konzentriert werden.

Über die geplanten Veränderungen des Tarifrechts wird nunmehr diskutiert werden müssen. Aus diesem Grund hat sich die Redaktion entschlossen, das im November 2011 auf Ersuchen der SOKA-BAU erstellte Gutachten von *Hanau*, *Preis* und *Greiner* zur Sicherung der Allgemeinverbindlichkeit bei gemeinsamen Einrichtungen, das sich diesem Fragenkreis umfassend annimmt, nachfolgend zu veröffentlichen. Das Gutachten untermauert die zentrale These, die dem Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD zugrunde liegt, wonach das 50%-Quorum verzichtbar ist, zumindest dann, wenn es um die Sicherung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen geht. Es sollte daher in der weiteren Diskussion im Vorfeld einer gesetzlichen Neuregelung die gebührende Aufmerksamkeit finden.

Olaf Deinert

Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht

der Georg-August-Universität Göttingen

1 BVerwG 28.1.2010 – 8 C 19.09 – BVerwGE 136, 54 = NZA 2010, 718.

2 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode vom November 2013 (»Deutschlands Zukunft gestalten«) unter 2.2 (»Gute Arbeit – Modernes Arbeitsrecht«).

Die Sicherung der Allgemeinverbindlichkeit bei gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien

Professor Dr. Stefan Greiner, Bonn

Professor Dr. Dres. h.c. Peter Hanau, Köln

Professor Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis, Köln

I. Einleitung

1. Zwecke der Allgemeinverbindlichkeit und der gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien

Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG und das Institut der gemeinsamen Einrichtungen der Tarifparteien sind in vielfältiger Weise verwoben und aufeinander bezogen. Die gemeinsamen Einrichtungen sind einerseits Ergebnis tarifautonomer Gestaltung.

Sofern Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen – wie die Sozialkassen-Tarifverträge des Baugewerbes – eine übergreifende tarifliche Sozialpolitik verfolgen, benötigen sie aber, um ihre Zielsetzung und Wirkkraft zu entfalten, staatlicher Anerkennung im Wege der Ausweitung der zwingenden Wirkung durch Allgemeinverbindlicherklärung: Erst die Allgemeinverbindlicherklärung verteilt die Belastung mit Beiträgen zu den gemeinsamen Einrichtungen gleichmäßig auf die verbandsangehörigen und nicht verbandsangehörigen Arbeitgeber.¹ Dadurch wird die sozialpolitisch wünschenswerte Durchführung »dezentraler« Sozialkassenverfahren erst ermöglicht,² Beitrags- und Leistungsseite werden in ein Gleichgewicht gebracht. Beispielhaft führt das Gesetz in § 4 Abs. 2 TVG Urlaubs- und Lohnausgleichskassen als gemeinsame Einrichtungen auf.

Die Verzahnung beider Institute regelt das TVG. Im Rahmen der durch § 1 TVG eröffneten Normsetzungskompetenz können Tarifvertragsparteien die Errichtung, Erhaltung und Benutzung gemeinsamer Einrichtungen regeln. Gemäß § 4 Abs. 2 TVG gelten die Tarifnormen über die gemeinsame Einrichtung nicht nur für die im Rahmen des § 3 Abs. 1 TVG tarifgebundenen Parteien, sondern auch unmittelbar und zwingend für die Satzung dieser Einrichtung und das Verhältnis der Einrichtung zu den tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Die gemein-

samen Einrichtungen sind verselbständigte Organisationen der Tarifvertragsparteien; sie sind von den Tarifvertragsparteien geschaffen und von ihnen abhängig. Ihr Zweck und ihre innere Organisationsstruktur werden durch Tarifvertrag festgelegt.³ In der Regel sind alle Kontroll- und Verwaltungsorgane der gemeinsamen Einrichtungen paritätisch besetzt.

Der Allgemeinverbindlicherklärung kommt besondere Bedeutung im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen zu: Die nicht organisierten sollen gemeinsam mit den organisierten Arbeitsvertragsparteien solidarisch (Beitrags-)Lasten tragen, um die zentralen Leistungen (zum Beispiel Urlaubskassen, Rentenbeihilfe, Berufsbildung) einheitlich gewähren zu können.⁴ Die Funktion gemeinsamer Einrichtungen liegt darin, dass bestimmte Leistungen von allen Arbeitgebern der Branche gemeinsam getragen werden, zu deren Leistung sie einzeln nicht in der Lage wären; dem entspricht, dass auch alle Arbeitnehmer – unabhängig von der Tarifbindung ihrer Arbeitgeber – Anteil an den Leistungen haben sollen.

Durch verschiedene rechtliche und tatsächliche Entwicklungen gerät die Funktionsfähigkeit der Allgemeinverbindlichkeit in Gefahr. Davon ist – in Ansehung der engen Verzahnung – auch das Institut der gemeinsamen Einrichtung betroffen. Die SOKA-BAU hat uns deshalb um ein Rechtsgutachten ersucht, das die Weiterentwicklung des deutschen Tarifrechts im Bereich der Allgemeinverbindlicherklärung analysiert. So ist – nach Analyse der

1 Vgl. BAG, 28.3.1990 – 4 AZR 536/89 – AP TVG § 5 Nr. 25; *Franzen*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 14. Aufl., München 2014, § 5 Rn. 1.

2 BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 u.a. – BVerfGE 55, 7, 23 f.; BVerwG, 3.11.1988 – 7 C 115/86 – AP TVG § 5 Nr. 23.

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

4 BAG, 28.3.1990 – 4 AZR 536/89 – AP TVG § 5 Nr. 25; *ErfK-Franzen* (Fn. 1), § 5 Rn. 1; *Lakies*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, § 5 Rn. 11; *Wiedemann*, RdA 1987, 262, 266.

wesentlichen tarifrechtlichen und tarifpolitischen Entwicklungen – zu prüfen, wie die Rechtsvorschriften des TVG fortentwickelt werden können.

2. Die SOKA-BAU

Die gemeinsamen Einrichtungen der Bauwirtschaft besitzen die größte Bedeutung und sind der Prototyp des § 4 Abs. 2 TVG. Die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG (ZVK) ist in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) in der Rechtsform eines Vereins mit eigener Rechtspersönlichkeit kraft staatlicher Verleihung (§ 22 BGB) organisiert. Nach außen treten diese als Sozialkassen der Bauwirtschaft (»SOKA-BAU«) auf. Rechtsgrundlage für die Beziehungen zwischen den gemeinsamen Einrichtungen und den Baubetrieben sind mehrere allgemeinverbindliche Flächentarifverträge. Zur Durchführung des Urlaubskassenverfahrens, des Berufsbildungsverfahren und des Rentenbeihilfeverfahrens werden von den Arbeitgebern Beiträge erhoben. Die ULAK ist gemäß § 3 Abs. 3 des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe Einzugsstelle für die Beiträge; sie zieht insbesondere auch die Beiträge der ZVK ein.

Grund für ihre Errichtung sind die besonderen Produktionsbedingungen im Baugewerbe. Diese führen dazu, dass der betriebsbezogene Ansatz des BUrlG für Arbeitnehmer der Bauwirtschaft nicht sinnvoll ist. Die für das BUrlG maßgebende hohe Quote unterjähriger Arbeitsverhältnisse – vielfach diskutiert unter dem Stichwort »Fluktuation im Baugewerbe« – und häufige Arbeitgeberwechsel sorgen dafür, dass der Arbeitnehmer keinen zusammenhängenden Urlaubsanspruch erwerben kann; damit wird der Leitgedanke des § 7 Abs. 2 BUrlG konterkariert. Auch aus Sicht des Arbeitgebers kann es misslich sein, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis für ein am Ende doch nur acht Monate währendes Projekt abgeschlossen zu haben, da gemäß § 4 BUrlG der volle Urlaubsanspruch nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben wird. Dies wirft finanzielle Probleme auf Seiten des Arbeitgebers auf, besonders wenn – wie im gewählten Beispiel – der Arbeitnehmer nicht ein volles Jahr bei demselben Arbeitgeber beschäftigt bleibt.

Der Gesetzgeber hat dieser besonderen Situation Rechnung getragen und in § 13 Abs. 2 BUrlG bestimmt, dass für das Baugewerbe oder sonstige Wirtschaftszweige durch Tarifvertrag von den vorstehenden Vorschriften über die

in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG vorgesehene Grenze hinaus abgewichen werden kann, soweit dies zur Sicherung eines zusammenhängenden Jahresurlaubs für alle Arbeitnehmer erforderlich ist. Die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes haben mit der Schaffung der Urlaubskasse (ULAK) als gemeinsame Einrichtung diese Öffnungsklausel genutzt und ein vom BUrlG abweichendes, nämlich gewerbebezogenes Verfahren konzipiert. Das so genannte Urlaubskassenverfahren sieht vor, dass der gewerbliche Arbeitnehmer seine Urlaubsansprüche bei verschiedenen Arbeitgebern in der Bauwirtschaft anspart und zu gegebener Zeit gegenüber dem aktuellen Arbeitgeber geltend machen kann. Um den jeweils den Urlaub gewährenden Arbeitgeber nicht über Gebühr zu belasten, zahlen alle Arbeitgeber an die ULAK einen bestimmten Prozentsatz des Lohnes als Beitrag, mit dem die Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer dann finanziert werden.

Die ULAK wird auch vom AEntG erfasst, das die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen durch Rechtsverordnung nach § 7 auch dann ermöglicht, wenn das 50 %-Quorum des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG nicht erreicht wird. Die ULAK ist aber so in die anderen allgemeinverbindlichen Tarifverträge der Bauwirtschaft eingebunden, dass sie letztlich auch von dem 50 %-Quorum erfasst wird.⁵

Neben der ULAK gibt es noch zwei weitere gemeinsame Einrichtungen für das Urlaubskassenverfahren, die für die Länder Berlin bzw. Bayern zuständig sind. Es handelt sich zum einen um die Gemeinnützige Urlaubskasse des Bayerischen Baugewerbes e.V. und zum anderen um die Sozialkasse des Berliner Baugewerbes.

Zentrale Bedeutung hat das inländische Urlaubskassenverfahren mit einem Gesamtleistungsumfang von über 1,6 Milliarden Euro. Die ULAK führt für jeden gewerblichen Arbeitnehmer ein Urlaubskonto basierend auf dem Naturalurlaubsanspruch und dem auf dem individuellen Bruttolohn basierenden Urlaubsvergütungsanspruch. Die ULAK erstattet dem Arbeitgeber die gewährte Urlaubsvergütung, sofern hierauf nach dem Tarifvertrag ein Anspruch bestand. Leistet der Arbeitgeber die Urlaubsvergütung nicht, hat der Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Abgeltung gegenüber der ULAK.

Neben den drei Urlaubskassen gibt es die 1957 gegründete Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (ZVK-

⁵ Dazu Preis/Temming, Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts, Frankfurt am Main 2006, S. 156 ff.

Bau). Sie ist als Aktiengesellschaft organisiert und gewährt Beihilfen zur Rente aus der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung. Grundlage ist der allgemeinverbindliche Tarifvertrag über Rentenbeihilfen im Baugewerbe, der die im Baugewerbe typischen Ausfälle bei der gesetzlichen Rente schließt. Im Baugewerbe herrscht eine diskontinuierliche Beschäftigung, die zwangsläufig zu Lücken in der Rentenbiographie führt. Darüber hinaus ermöglicht das Rentenbeihilfverfahren, dass bei einem Arbeitgeberwechsel innerhalb des westdeutschen Baugewerbes angesammelte Anwartschaften von einem zum anderen Arbeitgeber »mitgenommen« werden können (branchenbezogene Portabilität). Dadurch wird erst ermöglicht, dass die Beschäftigten einen Anspruch auf (über)betriebliche Altersversorgung erwerben.

Im Rahmen des Berufsbildungsverfahrens sind die Arbeitgeber des Baugewerbes verpflichtet, einen Beitragsanteil für die Berufsbildung zu leisten, und zwar unabhängig davon, ob sie selber ausbilden. Der Beitrag ist gewissermaßen eine branchenbezogene Ausbildungsplatzabgabe. Die ULAK erstattet den ausbildenden Betrieben dann einen erheblichen Teil der Ausbildungsvergütung.

3. Die besondere Funktion der gemeinsamen Einrichtungen

Die Funktion gemeinsamer Einrichtungen ist darin zu sehen, dass bestimmte Leistungen von allen Arbeitgebern gemeinsam getragen werden, zu deren Erfüllung sie einzeln nicht in der Lage wären. Insbesondere in Branchen mit hoher Fluktuation der Arbeitskräfte geht es darum, die Erfüllung von Arbeitnehmeransprüchen durch Schaffung zentraler Institutionen sicherzustellen und in zentralen Regelungsfragen aus dem einzelnen Arbeitsverhältnis zu lösen. Es kommt zu einer Form des gemeinsamen Lastenausgleichs. Die Einrichtungen bilden insoweit eine Art »Gesamtarbeitgeber« oder funktionalen Arbeitgeber.⁶

Schon dies erschließt, dass die in § 4 Abs. 2 TVG geregelten Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien sich nach Funktion und rechtlicher Ausgestaltung erheblich von anderen Regelungsgegenständen in Tarifverträgen unterscheiden. Die Vorschrift erweitert die Normsetzungsmöglichkeiten der Tarifparteien.

Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien erfüllen eine Schutzfunktion von hoher Bedeutung. Alle drei Verfahren, die in der SOKA-BAU zusammengefasst

sind, das Berufsbildungs-, Rentenbeihilfe- und Urlaubskassenverfahren, haben eine sozialstaatlich herausragende Bedeutung und in vieler Hinsicht seit Jahrzehnten Pilotfunktion, insbesondere zur Sicherstellung berechtigter Urlaubs- und Rentenansprüche sowie zur Förderung qualifizierter Berufsbildung.

In Anerkennung dieser Funktionen, denen in besonderem Maße eine sozialstaatsentlastende Wirkung zukommt, hat der Gesetzgeber in § 4 Abs. 2 TVG den Rechtsnormen über gemeinsame Einrichtungen eine ganz besondere Wirkungsweise zugestanden.

Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen sind auf eine einheitliche Breitenwirkung in der jeweiligen Branche und somit gewissermaßen auf ihre Allgemeinverbindlicherklärung angelegt. Grundlage solcher Tarifnormen sind deswegen Verbandstarifverträge, die nahezu immer gemäß § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist von zentraler Bedeutung, weil ohne die Erstreckung auf die Außenseiter das Ziel der gemeinsamen Einrichtung wegen der Wettbewerbsverzerrung auf Arbeitgeber- wie auf Arbeitnehmerseite nicht erreicht werden könnte.⁷ Idealtypisch sollen sämtliche Arbeitnehmer und Arbeitgeber der Branche Ansprüche auf Leistungen der gemeinsamen Einrichtungen erhalten. Korrespondierend werden das sozialpolitische Ziel und eine Äquivalenz von Beiträgen und Leistungen nur dann erreicht, wenn auch die Arbeitgeber unabhängig von ihrer Tarifbindung in die Beitragspflicht und die Leistungsgewährung der gemeinsamen Einrichtung einbezogen werden. Dieses Ziel wurde bislang durch die verbreitete Allgemeinverbindlicherklärung der Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen erreicht.

4. Die Gefährdung der gemeinsamen Einrichtungen

a) 50%-Quorum

Eine fundamentale Gefährdung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen liegt darin, dass § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG als allgemeine Voraussetzung der Allge-

⁶ Preis, *Kollektives Arbeitsrecht*, 3. Aufl., Köln 2012, § 95 V; *Otto/Schwarze*, ZfA 1995, 639, 655 m.w.N.

⁷ *Hauck*, FS Schaub, 1998, S. 263 f.; *Däubler*, *Tarifvertragsrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 1126; *Koberski/Asshoff/Hold*, *Arbeitnehmer-Entsendegesetz*, 3. Aufl., München 2011, § 1 AEntG Rn. 12 ff.; *Hanau*, FS Everling, 1995, S. 415, 428.

meinverbindlicherklärung ein 50 %-Quorum statuiert: Für allgemeinverbindlich erklärt werden kann ein Tarifvertrag demnach, wenn die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 vom 100 der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Unabhängig von der Entwicklung zu einem tarifpluralen Regelungssystem werden als unmittelbare Konsequenz des Quorums die staatlichen Einflussmöglichkeiten durch das Mittel der Allgemeinverbindlicherklärung reduziert, wenn die Tarifbindung auf Arbeitgeberseite abnimmt. Das Bedürfnis nach staatlichen Einflussmöglichkeiten steigt andererseits geradezu, je schwächer die Tarifbindung sich darstellt. Auch hier wird das Ineinandergreifen von staatlicher Regelungsverantwortung und staatsentlastender tarifautonomer Regelungsverantwortung deutlich: Wo die tarifautonome Regelungspraxis infolge sinkender Tarifbindung Defizite aufweist, steigt die Notwendigkeit staatlicher Gestaltungsentscheidungen. Dies gilt, wie zu zeigen sein wird, insbesondere für die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien.

Insofern ist die Wirkungsweise des 50 %-Quorums schon im Ansatz höchst fragwürdig: Die staatliche Möglichkeit der Einflussnahme wird gerade von der besonders hohen Tarifbindung auf Arbeitgeberseite abhängig gemacht. Situationen, in denen staatliche Regulierung besonders geboten und erforderlich ist, können somit nicht angemessen erfasst werden. Auf diese Weise entfaltet das 50 %-Quorum geradezu eine kontraproduktive Wirkung. Es wird deshalb zu prüfen sein, inwieweit auch unter sich wandelnden Rahmenbedingungen – Entwicklung zur Tarifpluralität, sinkender Tarifbindung auf Arbeitgeberseite – am Quorum festzuhalten ist.

Dass diese Fragestellung brisant und hoch aktuell ist, zeigen aktuelle Entscheidungen⁸ und anhängige Gerichtsverfahren, in denen die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung wegen vermeintlicher Verfehlung des Quorums infrage gestellt wird. Insbesondere wird gegenwärtig in mehreren Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Berlin die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung der Sozialkassen-Tarifverträge des Baugewerbes angegriffen, so dass eine unmittelbare Notwendigkeit besteht, die im Folgenden (unter IV.) darzulegenden Maßnahmen zur Absicherung der Allgemeinverbindlichkeit bei rückläufiger Tarifbindung in den Blick zu nehmen.

b) Tarifpluralität

Nachdem das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 7.7.2010⁹ die Tarifpluralität in den Betrieben akzeptiert und sich damit von dem »monistischen« Tarifsysteem der letzten Jahrzehnte abgekehrt hat, ist die skizzierte Wirkungsweise der gemeinsamen Einrichtungen auch noch aus anderem Blickwinkel infrage gestellt. Je nachdem, welche Funktion und Wirkungsweise der Allgemeinverbindlicherklärung in einem »pluralen« Tarifvertragsystem zugewiesen wird, besteht die Gefahr, dass die Allgemeinverbindlicherklärung künftig als Mittel zur Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen innerhalb einer Branche geschwächt wird. Kern der Neuausrichtung ist die Abkehr vom Einheitsprinzip und die Akzeptanz konkurrierender tariflicher Regelungen innerhalb eines Betriebes. Dies könnte zur Folge haben, dass eine ihrer Wirkungsintention nach eng verstandene Allgemeinverbindlicherklärung nicht mehr die Wirkung einer breiten Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen innerhalb einer Branche erzielen könnte. Besondere Auswirkungen hat dies für die Wirkungsweise der gemeinsamen Einrichtungen, deren Breitenwirkung über das Mittel der Allgemeinverbindlicherklärung bei dieser Sichtweise künftig partiell nicht mehr realisierbar sein könnte.

Auch die frühere Rechtsprechung zur obligatorischen Tarifeinheit war für die allgemeinverbindlichen Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen nicht unproblematisch, da das für die Tarifeinheit maßgebliche Spezialitätsprinzip zur Verdrängung allgemeinverbindlicher Tarifverträge führen konnte.¹⁰ Dies hatte auch zur Folge, dass die Allgemeinverbindlicherklärung den Geltungsbereich spezieller Tarifverträge ausklammerte.

Die Tarifpluralität kann nicht zur Verdrängung allgemeinverbindlicher Tarifverträge führen, aber zu ihrer Beschränkung auf durch Mitgliedschaft an den Tarifvertrag oder gar nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Das ist aber mit dem Zweck der gemeinsamen Einrichtungen und ihren Funktionsvoraussetzungen unvereinbar.

Freilich sollte vorab festgehalten werden, dass die Wirkungsweise der Allgemeinverbindlicherklärung unter pluralen Vorzeichen bei weitem noch nicht geklärt ist. In einer

8 LSG Berlin-Brandenburg, 25.6.2010 – L 1 KR 87/08 – NZA 2011, 88 (Kurzwiedergabe).

9 BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 1068.

10 BAG, 18.10.2006 – 10 AZR 576/05 – AP Tarifverträge: Bau § 1 Nr. 287; dazu mit weiteren Nachweisen Hanau, Soziales Recht, 2011, S. 3, 15 f.

noch näher zu beleuchtenden Äußerung hat insbesondere der frühere Vorsitzende Richter des Vierten Senats des Bundesarbeitsgerichts, *Klaus Bepler*, ausgeführt, dass mit der Entscheidung vom 7.7.2010 nicht zugleich eine implizite Neubewertung der Allgemeinverbindlicherklärung verbunden sei.¹¹ Er regt an, innerhalb eines pluralen Tarifsystems über eine Neubewertung der Allgemeinverbindlicherklärung nachzudenken, die punktuell einer branchenbezogenen Angleichung der Arbeitsbedingungen dienen könnte.¹²

Besonderes Augenmerk wird daher auch den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einer solchen prospektiven Neuausrichtung zu widmen sein. *Bepler* hat bereits auf dieses Problem hingewiesen und es als fraglich, aber nicht völlig ausgeschlossen bezeichnet, dass eine Tarifpluralität durch einen Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages aufgelöst werden kann, weil die Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG durch ein öffentliches Interesse geboten ist. Vielleicht zwingt die neu aufgekommene Verbandspluralität dazu, sich dem Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung ganz anders, sehr viel »hoheitlicher« zu nähern. Hervorzuheben ist, dass *Bepler* diese Möglichkeit offenbar schon auf Grundlage des geltenden Rechts sieht. Eines Tätigwerdens des Gesetzgebers bedarf es seiner Ansicht nach für eine solche Neubewertung der Allgemeinverbindlicherklärung nicht.

II. Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung

Wie die Voraussetzungen und Wirkungen der Allgemeinverbindlicherklärung zu fassen sind, hängt entscheidend von ihrem Sinn und Zweck ab. Dieser stellt das legitime Ausgestaltungsziel¹³ bzw. – soweit es durch die Allgemeinverbindlicherklärung zu Grundrechtseingriffen kommt – Eingriffsziel und damit den Maßstab der stets anzustellenden Verhältnismäßigkeitsprüfung dar. Einhelliger Meinung entspricht insofern, dass durch die Allgemeinverbindlicherklärung für die nicht tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse Mindestarbeitsbedingungen geschaffen werden sollen, soweit der Staat ein Interesse hat, die individualvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen nicht zu akzeptieren.¹⁴

Ebenso wie der Staat hier eigene Regelungen treffen könnte, kann er eine bestehende tarifvertragliche Rege-

lung zum Anlass einer Geltungserstreckung nehmen. Dies trägt dem institutionellen Schutz der Tarifautonomie Rechnung: Die Tarifparteien sollen die primäre Rechtsetzungskompetenz auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen haben.¹⁵ Konsens ist somit, dass der Allgemeinverbindlicherklärung eine soziale Schutzfunktion und Schutzwirkung zukommt.¹⁶ Aus dem Umkehrschluss zu § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG lässt sich folgern, dass das damit verwirklichte soziale Schutzinteresse nicht die Schwelle des sozialen Notstandes erreichen muss. Regelungsziel ist die Gewährleistung angemessener Arbeitsbedingungen im Bereich der nicht organisierten Außen-seiter-Arbeitnehmer und der Arbeitnehmer bei nicht organisierten Arbeitgebern.¹⁷

Jenseits dieser allgemeinen konsentierten Funktion ist umstritten, inwieweit der Allgemeinverbindlicherklärung eine in irgendeiner Hinsicht ordnende und wettbewerbsbeschränkende Funktion zukommt. Allgemein wird anerkannt, dass die Allgemeinverbindlicherklärung *faktisch* zu einer Ausweitung der Kartellwirkungen des Tarifvertrages führt. Vielfach wird der Allgemeinverbindlicherklärung eine derartige Funktion geradezu zuerkannt: Nach weitaus überwiegender Sichtweise soll die Allgemeinverbindlicherklärung die so genannte Schmutzkonzurrenz nicht organisierter gegenüber organisierten Arbeitsvertragsparteien unterbinden. Außen-seiter-Arbeitnehmer sollen ihre Arbeitsleistung nicht individualvertraglich zu niedrigeren Vergütungsbedin-

11 NZA 2010, Beilage 3, 99, 104: »Hierzu soll nur noch einmal darauf hingewiesen werden, dass die Rechtsprechungsänderung, wegen der angefragt wurde, nicht betreffen soll Pluralitäten unter Beteiligung allgemeinverbindlicher Tarifverträge, Pluralitäten im Zusammenhang mit Tarifverträgen über Gemeinsame Einrichtungen und natürlich keine Tarifnormen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen.«

12 NZA 2011, Beilage 2, S. 73, 79.

13 Zur Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff bei Art. 9 Abs. 3 GG: Kemper, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit, Heidelberg 1990, S. 83 ff.; Konzen, SAE 1996, 216, 218 ff.; Kempen, FS Hromadka, 2008, S. 179 ff.; Dieterich, Tarifautonomie und Gesetzgebung, Frankfurt am Main 2003, S. 69 ff.; Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfluralität, München 2010, S. 70 ff.

14 ErfK-Franzen (Fn. 1), § 5 Rn. 1; BAG, 24.1.1979 – 4 AZR 377/77 – AP TVG § 5 TVG Nr. 16; BAG, 28.3.1990 – 4 AZR 536/89 – AP TVG § 5 Nr. 25; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl., München 2012, § 5 Rn. 1.

15 Löwisch/Rieble (Fn. 14), § 5 Rn. 3.

16 BAG, 24.1.1979 – 4 AZR 377/77 – AP TVG § 5 Nr. 16; Löwisch/Rieble (Fn. 14), § 5 Rn. 3 f.; Seifert, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Frankfurt am Main 2014, § 5 Rn. 8; Wiedemann, RdA 1987, 262, 265.

17 BAG, 28.3.1990 – 4 AZR 536/89 – AP TVG § 5 Nr. 25; Löwisch/Rieble (Fn. 14), § 5 Rn. 4.

gungen anbieten können als im Tarifvertrag vorgesehen. Spiegelbildlich sollen Arbeitgeber keinen Vorteil aus der Beschäftigung nicht tarifgebundener Arbeitnehmer oder aus dem Fehlen ihrer eigenen Tarifbindung ziehen können.¹⁸

Legt man diese überzeugende herrschende Meinung zu Grunde, dient die Allgemeinverbindlicherklärung unmittelbar der Funktionserhaltung des Tarifvertragssystems durch Schutz vor Aushöhlung durch individualvertraglichen Außenseiterwettbewerb. Nur vereinzelt wird vertreten, dass diese wettbewerbsspezifische Aufgabe der Allgemeinverbindlicherklärung zu verneinen sei.¹⁹ Das TVG habe allein arbeitsrechtliche Problemstellungen im Blick, diene dem Arbeitnehmerschutz und nicht der Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmen.²⁰ Argumentiert wird insofern auch mit der Rechtsprechung des BGH, wonach die Nichteinhaltung des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages kein unlauterer Wettbewerb sei.²¹

Diese Argumentation verkennt, dass mit der Nichteinbeziehung in den spezifisch wettbewerbsrechtlichen Fokus des UWG noch nichts darüber ausgesagt ist, welche Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung zukommen. Jede arbeitsrechtliche Regelung, die die Rechtswirkungen des Tarifvertrages in den Blick nimmt, hat geradezu zwangsläufig wettbewerbsrechtliche Konsequenzen. Hier zwischen der *Wirkung* des § 5 TVG und seiner *Funktion* zu differenzieren, wirkt gekünstelt und kann nicht überzeugen. Dass die Allgemeinverbindlicherklärung in diesem Sinne *faktisch* die Kartellwirkung des Tarifvertrages durch vollständige Unterbindung des individualvertraglichen Außenseiterwettbewerbs verstärkt, die für den Erlass der Allgemeinverbindlicherklärung zuständige Behörde diese zwangsläufig eintretenden Wirkungen aber »als Zweck nicht verfolgen« darf,²² will nicht einleuchten. Natürlich muss die Behörde sämtliche Wirkungen des eingesetzten Mittels im Blick haben. Ebenso wie der Tarifvertrag für die Arbeitsverhältnisse der beiderseits Tarifgebundenen Kartellwirkung hat, führt seine Ausweitung auf die Arbeitsverhältnisse nicht beiderseits Tarifgebundener durch Allgemeinverbindlicherklärung zwangsläufig zu einer zumindest faktischen Ausweitung der Kartellwirkung. Dass dies nur eine unbeabsichtigte Wirkung, nicht hingegen Ziel des Gesetzes ist, lässt sich nicht begründen. Tatsächlich wird auch der Lohnkostenwettbewerb gesteuert, wenn – wie allgemein konsentiert –

durch Allgemeinverbindlicherklärung eine Untergrenze für die Arbeitsbedingungen bei fehlender kongruenter Tarifbindung gesetzt wird.

Allgemein anerkannt wiederum ist, dass der Allgemeinverbindlicherklärung besondere Bedeutung im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen zukommt. Die nicht organisierten Arbeitsvertragsparteien sollen in Beitragslast und Ansprüche auf Leistungen einer gemeinsamen Einrichtung einbezogen werden.²³ Selbst Löwisch/Rieble gestehen zu, dass »Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen oft ohne den Einbezug der nicht organisierten Arbeitgeber und der bei ihnen beschäftigten, organisierten wie nicht organisierten, Arbeitnehmer nicht funktionieren« würden; ohne Allgemeinverbindlicherklärung blieben sie »sinnlos«.²⁴ Versorgungseinrichtungen seien in wirtschaftlicher Hinsicht auf das Beitragsaufkommen sämtlicher Arbeitgeber angewiesen, damit ein effizientes und wirkungsvolles Arbeiten möglich sei.

Wenn die gemeinsame Einrichtung dazu dient, Individualansprüche aus dem einzelnen Arbeitsverhältnis zu lösen, weil nur so einer besonderen Arbeitnehmerfluktuation in einer Branche Rechnung getragen werden kann, dann ist gerade die brancheneinheitliche Einbeziehung der Arbeitsverhältnisse funktionsnotwendig und auch gesetzgeberisch intendiert.²⁵ In der Tat kann der einer Versicherung nahe kommende Sinn und Zweck einer gemeinsamen Einrichtung mit derartiger Zielsetzung nur erreicht werden, wenn die nicht organisierten Arbeitnehmer und Arbeitgeber einer Branche mit einbezogen werden. Allgemeiner Ansicht entspricht daher, dass bei Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen die Allgemeinverbindlichkeit funktionsnotwendig ist. Nach dem

18 In diesem Sinne BVerwG, 3.11.1988 – 7 C 115/86 – AP TVG § 5 Nr. 23; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, München 1997, S. 885 m.w.N.; *Wank*, in: *Wiedemann*, Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl., München 2007, § 5 Rn. 5; *Wiedemann*, RdA 1987, 262, 265; *Däubler-Lakies* (Fn. 4), § 5 Rn. 6 ff.

19 ErfK-Franzen (Fn. 1), § 5 Rn. 2; *Buchner*, ZfA 2004, 229, 235; *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), § 5 Rn. 14 ff.

20 *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), § 5 Rn. 17.

21 BGH, 3.12.1992 – I ZR 276/90 – AP UWG § 1 Nr. 10; darauf verweisend *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), § 5 Rn. 17.

22 So ErfK-Franzen (Fn. 1), § 5 Rn. 2.

23 BAG, 28.3.1990 – 4 AZR 536/89 – AP TVG § 5 Nr. 25; ErfK-Franzen (Fn. 1), § 5 TVG Rn. 1; *Däubler-Lakies* (Fn. 4), § 5 Rn. 11; *Wiedemann*, RdA 1987, 262, 266.

24 *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), § 5 Rn. 8.

25 *Löwisch/Rieble* (Fn. 14), § 5 Rn. 9.

berühmten Diktum von *Bötticher*²⁶ drängt ein Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen nach Allgemeinverbindlicherklärung. *Kempfen*²⁷ bezeichnet die Allgemeinverbindlicherklärung ebenso anschaulich als »rechtliches Lebenselixier« der gemeinsamen Einrichtungen. Dieser engen Verknüpfung beider Rechtsinstitute kann durch Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung Rechnung getragen werden, dass der geschlossene Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung für allgemeinverbindlich erklärt wird.²⁸

III. Funktionsfähigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung in einem pluralen Koalitions- und Tarifvertragssystem bei Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen

Das deutlichste Beispiel, bei dem die vorstehend beschriebene Verstärkung der generell die Allgemeinverbindlicherklärung tragenden Interessen durch spezifische Besonderheiten des Regelungsgegenstandes zu konstatieren ist, sind die Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, da diese eine branchenweite Vereinheitlichung auch unter Einbeziehung abweichend tarifgebundener Arbeitsverhältnisse funktionsnotwendig erfordern. Dies soll im Folgenden verdeutlicht werden. Zu diesem Zweck sei zunächst ein Blick auf die Charakteristika der gemeinsamen Einrichtungen und ihrer rechtlichen Ausgestaltung im Tarifvertragsgesetz geworfen.

1. Zielsetzung und Funktion gemeinsamer Einrichtungen

Die Entwicklung zu einem pluralen Tarifsysteem, das unterschiedliche Regelwerke innerhalb einer Branche sowie innerhalb eines Betriebes nebeneinander bestehen lässt und Ansprüche konstitutiv von der mitgliederschaftlichen Legitimation eines Tarifvertrages abhängig macht, steht in einem deutlichen Spannungsverhältnis zur Grundintention der gemeinsamen Einrichtung. *Oetker* hat klar herausgearbeitet, dass die Gemeinsame Einrichtung vor allem das Ziel verfolgt, Leistungen aus dem einzelvertraglichen Synallagma mit seinen sachlichen und persönlichen Voraussetzungen zu lösen.²⁹ Insofern stellen Normen über

gemeinsame Einrichtungen eine von anderen tarifvertraglichen Normen deutlich zu trennende Materie dar. Von den in § 1 Abs. 1 TVG genannten Tarifvertragsnormen sind sie klar abzugrenzen:³⁰ Sie bewirken keine inhaltliche Gestaltung bestehender Arbeitsverhältnisse oder der Rechtsverhältnisse im Betrieb. Vielmehr kreieren sie neue Rechtsbeziehungen, indem sie eigenständige Vermögensmassen schaffen, aus denen Leistungen an Arbeitnehmer und Arbeitgeber bewirkt werden. Arbeitnehmerrechte und Arbeitgeberpflichten werden aus dem Arbeitsverhältnis gelöst und letztlich den Tarifvertragsparteien selbst anvertraut.

Der Zweck dieser Ablösung von Ansprüchen und Leistungen aus dem einzelnen Arbeitsverhältnis und aus der Rechtsbeziehung eines einzelnen Arbeitgebers zu einem einzelnen Arbeitnehmer liegt im überindividuellen Lasten- und Risikoausgleich. Im Fokus stehen Leistungen, deren individuelle Erbringung zum Beispiel aus organisatorischen Gründen nicht möglich oder jedenfalls nicht interessengerecht wäre.³¹ Insbesondere ausgeglichen werden Strukturdefizite in bestimmten Branchen. Paradigmatisch ist das Baugewerbe. Die hier feststellbare Mobilität der Arbeitnehmer³² führt dazu, dass in der Leistungsbeziehung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer Ansprüche nicht interessengerecht angesiedelt werden können. Die zutreffende Antwort auf diese Mobilität der Arbeitsverhältnisse ist die Lösung aus dem individuellen Arbeitsverhältnis und die Übertragung auf eine einheitliche branchenbezogene Institution.

2. Rechtliche Ausgestaltung der gemeinsamen Einrichtungen

Aus dieser Zwecksetzung werden in der Literatur weitgehende Folgerungen gezogen. So soll es – abweichend von

26 *Bötticher*, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Heidelberg 1966, S. 67.

27 Soziale Sicherheit durch Sozialpartnerschaft: FS, 2007, S. 77.

28 *Wiedemann-Oetker* (Fn. 18), § 1 Rn. 845; dazu unten III 2 b.

29 So *Wiedemann-Oetker* (Fn. 18), § 1 Rn. 804; zustimmend *Däubler-Henschel/Huschmid* (Fn. 4), § 1 TVG Rn. 1053; *Gamillscheg*, Kollektives ArbR I (Fn. 18), S. 620.

30 Zutreffend *Richardi/Fischinger*, in: *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 15. Aufl., Berlin 2011, Vorb. § 611 BGB Rn. 676.

31 *Wiedemann-Oetker* (Fn. 18), § 1 Rn. 804; *Bötticher*, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (Fn. 26), S. 10 ff.; *Gamillscheg*, Kollektives ArbR I (Fn. 18), S. 619; *Wiedemann*, RdA 1968, 420, 422.

32 Siehe oben I 2.

den in § 1 Abs. 1 TVG genannten Tarifnormen und der herrschenden Rechtsprechung – nicht auf die beiderseitige Tarifbindung ankommen. Nach einer Auffassung soll auch ohne Allgemeinverbindlicherklärung bereits die einseitige Tarifbindung des Arbeitnehmers ausreichen, um Leistungsansprüche zu begründen.³³ Diese Sichtweise setzt beim Wortlaut des § 4 Abs. 2 TVG an, der abweichend von § 4 Abs. 1 TVG die beiderseitige kongruente Tarifbindung nicht voraussetzen scheint. In teleologischer Hinsicht wird darauf verwiesen, dass gerade nicht das einzelne Arbeitsverhältnis ausgestaltet wird, sondern das tariflich geschaffene Rechtsverhältnis zwischen gemeinsamer Einrichtung, Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Der Schutz, den der (gewerkschaftsangehörige) Arbeitnehmer erfährt, soll insbesondere nicht dadurch geschmälert werden, dass er Beschäftigungszeiten bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern zurücklegt.³⁴ Das BAG setzt demgegenüber noch immer die beiderseitige Tarifbindung auch als Voraussetzung für die Begründung von Rechten und Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenüber gemeinsamen Einrichtungen voraus, wenn es an einer Allgemeinverbindlicherklärung fehlt.³⁵ In einer jüngeren Entscheidung, bei der es um das Ausscheiden des Arbeitgebers aus dem betrieblichen Geltungsbereich der Baurarifverträge durch Verschmelzung mit anderen Gesellschaften ging, wurde erneut bestätigt, dass Leistungsansprüche gegen die gemeinsame Einrichtung die Tarifbindung des Arbeitgebers erfordern.³⁶

Gemeinsame Einrichtungen weisen somit über das bipolare Austauschverhältnis der Arbeitsvertragsparteien hinaus.³⁷ Sie sind nicht auf die Regelung von Individualansprüchen und -pflichten beschränkt, sondern gestalten überdies das Binnenrecht der gemeinsamen Einrichtung. Diese erweiterte Regelungskompetenz ist Hintergrund der Spezialregelung in § 4 Abs. 2 TVG. Geht man vom Wortlaut der Norm aus, scheint – in Abgrenzung zu § 4 Abs. 1 TVG – keine beiderseitige Tarifgebundenheit erforderlich zu sein. Ein anderes Ergebnis könnte sich nur ergeben, wenn man das Attribut »tarifgebundene« auch auf den Arbeitnehmer beziehen würde. Die praktische Bedeutung dieser immer noch umstrittenen³⁸ Frage war freilich bislang gering,³⁹ da Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen nahezu stets für allgemeinverbindlich erklärt werden und somit auch die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemäß § 5 Abs. 4 TVG in ihrer Wirkung einbezogen werden.

Jedenfalls die Tarifbindung des Arbeitgebers ist jedoch – da auch der Tarifvertrag kein Vertrag zu Lasten Dritter sein kann – Voraussetzung, soweit dieser zu Beitragsleistungen verpflichtet wird.⁴⁰ Andererseits sollen aber auch Gewerkschaftsmitglieder, die nicht bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber beschäftigt sind, Leistungsansprüche gegen die gemeinsame Einrichtung erwerben. Auch die Höhe der Leistungsansprüche wird an der Beschäftigungszeit in der Branche bemessen – ohne Differenzierung danach, ob die Beschäftigungszeiten bei tarifgebundenen oder nicht tarifgebundenen Arbeitgebern zurückgelegt wurden.⁴¹

Konsequenz ist, dass ohne Allgemeinverbindlicherklärung die tarifgebundenen Arbeitgeber faktisch die Finanzierungslast für solche (tarifgebundenen) Arbeitnehmer übernehmen müssten, die bei nicht verbandsangehörigen Arbeitgebern tätig sind.⁴² Die dagegen vorgebrachten Bedenken⁴³ lassen sich unter Hinweis darauf entkräften, dass der Sozialkassentarifvertrag unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen werden kann, dass es zu seiner Allgemeinverbindlicherklärung kommt.⁴⁴ In diesem Fall erlangt der Tarifvertrag erst mit seiner Allgemeinverbindlicherklärung Wirksamkeit; diese kompensiert dann die fehlende Tarifgebundenheit auf Arbeitgeberseite, so dass auch die nicht organisierten Arbeitgeber wirksam in die Aufbringung des Finanzvolumens der gemeinsamen Einrichtung einbezogen werden.

33 Wiedemann-Oetker (Fn. 18), § 1 Rn. 842; Däubler-Hensche/Heuschmid (Fn. 4), § 1 TVG Rn. 1055.

34 Wiedemann-Oetker (Fn. 18), § 1 Rn. 844.

35 BAG, 5.12.1958 – 1 AZR 89/57 – AP TVG § 4 Ausgleichskasse Nr. 1.

36 BAG, 5.10.1993 – 3 AZR 586/92 – AP BetrAVG Zusatzversorgungskassen § 1 Nr. 42.

37 Oetker, NZA 2010, Beilage 1, 13.

38 Für einseitige Tarifbindung des Arbeitgebers: Buchner, AR-Blattei SD 1550.5 Rn. 297; Gitter, AuR 1968, 144, 145; Däubler-Hensche/Heuschmid (Fn. 4), § 1 Rn. 1055; Kempen/Zachert-Kempen (Fn. 16), § 4 Rn. 244; Wiedemann, RdA 1968, 420, 423; a. A. (für kongruente Tarifbindung) Henssler, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl., Köln 2012, § 1 TVG Rn. 55; § 4 TVG Rn. 22; Böttcher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (Fn. 26), S. 61 f.; Zöllner, Gutachten zum 48. Deutschen Juristentag, München 1970, G 72 ff.

39 Richtig: Oetker, NZA 2010, Beilage 1, 13.

40 Allgemeine Ansicht; etwa Däubler, Tarifvertragsrecht (Fn. 7), Rn. 1153; Kempen/Zachert-Wendeling-Schröder (Fn. 16), § 4 TVG Rn. 157; Wiedemann-Oetker (Fn. 18), § 1 Rn. 843.

41 Wiedemann-Oetker (Fn. 18), § 1 Rn. 845.

42 Wiedemann-Oetker (Fn. 18), § 1 Rn. 845.

43 Insbes. Zöllner, Gutachten zum 48. Deutschen Juristentag (Fn. 38), G 74.

44 Wiedemann-Oetker (Fn. 18), § 1 Rn. 845.

3. Funktionaler Zusammenhang von gemeinsamen Einrichtungen und Allgemeinverbindlicherklärung

Diese Folgerungen zeigen deutlich, dass das Institut der Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen vom Gesetzgeber des Tarifvertragsgesetzes von anderen Tarifvertragsnormen deutlich abgesetzt geregelt ist und durch den Verzicht auf das grundsätzliche Erfordernis einer beidseitigen Tarifgebundenheit (§ 4 Abs. 1 TVG) in Anerkennung der sozialstaatlichen Nützlichkeit gemeinsamer Einrichtungen eine erhebliche Privilegierung erfahren hat: Der Gesetzgeber hat mit der gesetzlichen Ausgestaltung im Hinblick auf die Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen deren soziale Nützlichkeit für die Arbeitsbeziehungen anerkannt. Durch die legislatorische Aufwertung der Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen in § 4 Abs. 2 TVG hat der Gesetzgeber des Tarifvertragsgesetzes ein Stück überindividuellen Lastenausgleich und damit überindividueller Gemeinwohlverantwortung, die ansonsten die Schaffung zentraler staatlicher Ausgleichsinstitutionen erfordern würde, den sachnahen und sachkompetenten Tarifvertragsparteien anvertraut.⁴⁵

Aus diesem skizzierten Regelungszweck der gemeinsamen Einrichtungen folgt schlüssig, dass diese auf Allgemeinverbindlicherklärung geradezu angelegt sind.⁴⁶ Ist Inhalt einer gemeinsamen Einrichtung der überindividuelle, brancheneinheitliche Lastenausgleich unter Einbeziehung auch derjenigen Arbeitnehmer, die bei nicht und insbesondere bei abweichend tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sind, entstünde eine deutlich sichtbare Schiefelage, wenn die bei nicht organisierten Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer kraft ihrer Gewerkschaftsmitgliedschaft weiterhin in den Genuss der Leistungen kämen, das bisher wirkungsvolle Mittel der branchenweit wirkenden Allgemeinverbindlicherklärung der Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen aber infolge der pluralen Aufgliederung des Koalitions- und Tarifvertragssystems nicht mehr oder nur noch eingeschränkt umsetzbar wäre. Der Königsweg, der die Quersubventionierung von nicht verbandsangehörigen Arbeitgebern durch verbandsangehörige und somit beitragspflichtige Arbeitgeber vermeidet, nämlich die aufschiebende Bedingung der Allgemeinverbindlicherklärung,⁴⁷ wäre versperrt.

Böttcher hat überzeugend dargelegt, dass die Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen geradezu auf Einbe-

ziehung des gesamten Berufsstandes drängen.⁴⁸ Ihre Zielrichtung ist es, für allgemeinverbindlich erklärt zu werden. Häufig handelt es sich sogar um eine geradezu funktionsnotwendige Voraussetzung der gemeinsamen Einrichtung, wenn nämlich der Organisationsgrad auf Arbeitgeberseite so gering ist, dass eine hinreichende Beitragsaufbringung nur unter Einbeziehung der nicht organisierten Arbeitgeber möglich ist.

Auch das BAG hat dies bereits im Jahre 1990 als besonderes öffentliches Interesse anerkannt, wenn es formuliert:

»Außerdem hat die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, die nicht Entgelt- oder Arbeitszeitfragen, sondern zusätzliche Arbeitgeberleistungen, z.B. Altersversorgung, Berufsbildung, Vermögensbildung, betreffen, gerade im Bereich der Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen eine besondere Bedeutung (BAG Urteil vom 15. Februar 1989 – 4 AZR 499/88 –, nicht veröffentlicht; vgl. auch Zöllner, Verhandlungen des 48. Deutschen Juristentages, Band I, S. G 90 f.; Böttcher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, S. 67). Denn es würde eine Verzerrung der Belastungen drohen, wenn – ohne Allgemeinverbindlicherklärung – die organisierten Arbeitgeber entsprechend den tariflichen Bestimmungen auch Beiträge für die organisierten Arbeitnehmer in nicht tarifgebundenen Unternehmen aufbringen und an die gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien abführen müssten, während die nicht tarifgebundenen Unternehmen selbst für ihre organisierten Arbeitnehmer insoweit keine Leistungen erbringen müssten. Dies liefe letztlich auf eine Subventionierung der nicht tarifgebundenen Unternehmen durch die eigenen tarifgebundenen Wettbewerber hinaus. Eine solche Verzerrung der Belastungen droht zwar vorliegend nicht für den Bereich der Altersversorgung durch Versicherungsverträge, weil die organisierten Verlage jeweils nur für die eigenen Arbeitnehmer Direktbeiträge erbringen müssen. Sie ist aber nicht auszuschließen im Bereich der Zusatzleistungen der Versorgungskasse der deutschen Presse, die von den organisierten Arbeitgebern finanziert wird, § 15 TV Altersversorgung 1986, in deren Genuss aber auch organisierte Arbeitnehmer nicht

⁴⁵ Zum Kompetenzdualismus von staatlicher und tarifautonomer Normsetzung Greiner, Rechtsfragen (Fn. 13), S. 94 ff.

⁴⁶ Böttcher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (Fn. 26), S. 67.

⁴⁷ Wiedemann-Oetker (Fn. 18), § 1 Rn. 845.

⁴⁸ Böttcher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (Fn. 26), S. 67; weiterhin mit gleicher Zielrichtung BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 u.a. – BVerfGE 55, 7, 23; Gamillscheg, Kollektives ArbR I (Fn. 18), S. 620; Däubler-Hensche/Heuschmid (Fn. 4), § 1 TVG Rn. 1061; Wiedemann-Oetker (Fn. 18), § 1 Rn. 849.

organisierter Arbeitgeber kommen können (§ 16 TV Altersversorgung 1986).«⁴⁹

4. Gefährdung der gemeinsamen Einrichtungen bei Tarifpluralität

Bereits an dieser Stelle wird deutlich, dass gemeinsame Einrichtungen und das Rechtsinstitut der Allgemeinverbindlicherklärung, so sehr sie in der Vergangenheit auch funktional aufeinander bezogen waren, in der rechtlichen Ausgestaltung des Tarifvertragsgesetzes doch immer disparat und nicht hinreichend aufeinander abgestimmt waren: Während das Bedürfnis, eine Regelung über eine gemeinsame Einrichtung für allgemeinverbindlich zu erklären, sukzessive steigt, je geringer der Grad der mitgliederschaftlich erfassten Arbeitsverhältnisse in einer Branche ist,⁵⁰ macht § 5 Abs. 1 TVG die Allgemeinverbindlicherklärung generell von dem 50 %-Quorum abhängig.

Die ausgesprochen kontraproduktive Konsequenz liegt darin, dass bei Unterschreiten des 50 %-Quorums in einer Branche nach hergebrachter Sichtweise den Arbeitnehmern die Ansprüche auf Leistungen aus der gemeinsamen Einrichtung – jedenfalls bei Gewerkschaftsmitgliedschaft – unterschiedslos erhalten bleiben, während ausschließlich die tarifgebundenen Arbeitgeber die Beitragslasten tragen müssten. Das Unterschreiten des 50 %-Quorums führt nach bisheriger Sichtweise also zu einer schlagartigen Schieflage von Beitragsvolumen und Leistungsvolumen und letztlich zur Funktionsunfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung. Für die bislang tarifgebundenen Arbeitgeber entstünde ohne Allgemeinverbindlicherklärung ein starker Anreiz, die Tarifbindung durch Verbandsaustritt abzustreifen. Es träte also genau der die Tarifautonomie substantiell gefährdende Effekt ein, den das Rechtsinstitut der Allgemeinverbindlicherklärung gerade ausschließen möchte.

Die Funktion der gemeinsamen Einrichtungen gerät unter den Vorzeichen eines pluralen Systems unter anderem aus diesem Grund in Gefahr. Wenn hier bei wortlautgetreuer Anwendung von § 5 Abs. 4 TVG die anderweitig organisierten Arbeitnehmer von der Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung ausgeklammert bleiben,⁵¹ wird der in den Wirkungsbereich einer gemeinsamen Einrichtung einbezogene Personenkreis unter den Arbeitnehmern erheblich geschmälert. Der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung könnte nicht mehr alle Arbeitsverhältnisse einer Branche gleicher-

maßen erfassen. Es müsste zwischen den mitgliederschaftlich an diesen Tarifvertrag gebundenen, den gar nicht tarifgebundenen und den anderweitig tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen differenziert werden. Die Letztgenannten blieben von der Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung und mithin von der Beitragspflicht zu einer gemeinsamen Einrichtung ausgeschlossen. Ihren sozialstaatlichen Schutzzweck, bestimmte Leistungsansprüche aus dem individuellen Arbeitsverhältnis zu lösen und einer übergreifenden Institution anzuvertrauen, könnten die gemeinsamen Einrichtungen dann nicht mehr erfüllen: Sie leben davon, dass Leistungsansprüche unabhängig vom Arbeitgeberwechsel aufrechterhalten werden. Beschäftigungszeiten bei tarifgebundenen, anderweitig tarifgebundenen und gar nicht tarifgebundenen Arbeitgebern sollen gleichermaßen zu Ansprüchen auf Leistungen der gemeinsamen Einrichtung berechtigen. Würde man Beschäftigungszeiten bei anderweitig tarifgebundenen Arbeitgebern – jedenfalls bei Bestehen einer auch insofern kongruenten Tarifbindung – nicht einrechnen, ergäbe sich ein komplexer und wenig handhabbarer Berechnungsmodus.

Deutlich gravierender als diese eher administrative Folge wäre die Konsequenz, dass eine eng interpretierte Allgemeinverbindlicherklärung die anderweitig tarifgebundenen Arbeitgeber nicht mehr in die Beitragspflicht einbeziehen könnte. Der dargestellte Effekt der Quersubventionierung nicht tarifgebundener Arbeitgeber durch tarifgebundene Arbeitgeber würde akut: Das Bestehen einer beliebig anderen Tarifbindung würde verhindern, dass ein Arbeitgeber von der Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags über die gemeinsame Einrichtung erfasst würde. Er könnte sich durch Herstellung einer abweichenden Tarifbindung jeglicher Beitragspflicht dauerhaft entziehen.⁵² Der aufgezeigte Quersubventionierungseffekt könnte durch das Mittel der Allgemeinverbindlicherklärung nicht mehr wirksam unterbunden werden.

Zugleich entstünde auch an dieser Stelle ein erheblicher »Korruptionsanreiz«: Ist die Herstellung einer abweichenden Tarifbindung ein im Arbeitgeberinteresse liegendes Mittel, um die Wirkung einer Allgemeinverbindlicherklärung

⁴⁹ BAG, 28.3.1990 – 4 AZR 536/89 – NZA 1990, 781.

⁵⁰ Dazu noch ausführlich unten III 4.

⁵¹ Vgl. Hanau, Soziales Recht 2011, 3, 16.

⁵² Oetker, NZA 2010, Beilage 1, 13, 31 sieht darin mit Recht einen »offenen Widerspruch« zur Wirkungsintention der Allgemeinverbindlicherklärung bei gemeinsamen Einrichtungen.

zung des Tarifvertrags über die gemeinsame Einrichtung und damit die Beitragspflicht abzuwenden, entsteht ein deutlicher Anreiz zur Schaffung arbeitgeberabhängiger Scheingewerkschaften. Vergleichbare Fehlentwicklungen haben sich bereits an anderer Stelle gezeigt.⁵³

Das generell bestehende Interesse an einer Allgemeinverbindlicherklärung wird bei Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen mithin durch vielfältige Erwägungen verstärkt: Die Vermeidung des äußerst kontraproduktiven Quersubventionierungseffekts erfordert die Einbeziehung auch abweichend tarifgebundener Arbeitgeber in die Wirkungen der Allgemeinverbindlicherklärung. Zugleich wird damit der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems gedient, indem mögliche Missbrauchsanreize vermieden werden. Überlagert werden diese Erwägungen durch das hochrangige sozialstaatliche Interesse, eine leistungsfähige, tarifautonom begründete Ausgleichsinstitution innerhalb der Branche in ihrer Funktionsfähigkeit zu erhalten.

5. Konsequenzen für die Wirkungsweise der Allgemeinverbindlicherklärung bei gemeinsamen Einrichtungen

Mit Blick auf die dargestellten charakteristischen Merkmale und Wirkungen der Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen stellen diese eine Sondermaterie dar, bei der die Wirkungen der Allgemeinverbindlicherklärung umfassender ausgestaltet werden könnten als bei der Allgemeinverbindlicherklärung im Generellen. Sind die legitimen Ausgestaltungsziele nicht mehr allein der soziale Mindestschutz des gar nicht tarifgebundenen Arbeitnehmers und die Absicherung des Tarifvertragssystems vor aushöhlendem Außenseiterwettbewerb, sondern wird zum Ausgestaltungsziel die Funktionserhaltung einer als sozialstaatlich ausgesprochen nützlich anerkannten Institution, welche die Einbeziehung sämtlicher Arbeitsverhältnisse innerhalb der Branche erfordert,⁵⁴ dann ist auch eine Kollisionsregel verfassungsrechtlich legitimierbar, die zum Zurücktreten konkurrierender mitgliederschaftlicher Tarifbindungen führt. Dies gilt umso mehr, wenn – wie aufgezeigt – auch institutionelle Schutzgehalte des Art. 9 Abs. 3 GG selbst für diese Rechtsfolge streiten.

Diese Einordnung als eine von spezifischen Interessen geprägte Sondermaterie schlägt sich deutlich auch darin nieder, dass namentlich diejenigen Autoren, welche die verpflichtende Tarifeinheit im Übrigen besonders nach-

haltig ablehnen, bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen anders werten.⁵⁵ *Jacobs*, der die Ablehnung der früheren Rechtsprechung zur obligatorischen Tarifeinheit besonders überzeugend begründet hat, ergänzt dies durch eine gleichfalls besonders entschiedene Begründung des ausnahmsweisen Vorrangs des Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen.⁵⁶ Hier sei der Vorrang eines allgemeinverbindlichen vor einem mitgliederschaftlich legitimierten Tarifvertrag ausnahmsweise gerechtfertigt. Die dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG unterliegende Tarifautonomie der Parteien des mitgliederschaftlich legitimierten Tarifvertrages sei durch den Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages über gemeinsame Einrichtungen zwar tangiert, der Eingriff überschreite aber nicht die Grenzen zur Verfassungswidrigkeit. Ein sachlicher Grund, der den Entzug von Regelungsgegenständen durch die Allgemeinverbindlicherklärung rechtfertige, liege in der Sicherung des Zwecks des § 4 Abs. 2 TVG. Im Einzelnen wird das von *Jacobs* so begründet:

»Gemeinsame Einrichtungen konkretisieren die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, wirken aktiv bei der Erhaltung und Förderung des sozialen Schutzes des einzelnen Arbeitnehmers mit (Fürsorge- und Sozialfunktion) und erreichen darüber hinaus einen sozialen Lastenausgleich zwischen den Arbeitgebern einer Branche durch die Übernahme von Aufgaben des einzelnen Arbeitgebers, die dieser alleine nicht erfüllen kann (Ausgleichsfunktion). Durch die gleichmäßige Belastung der erfassten Unternehmen und die Angleichung der Rechtspositionen der Arbeitnehmer dieser Unternehmen stabilisieren sie die soziale Ordnung und sichern die Funktionsfähigkeit bestimmter Branchen (Stabilitätsfunktion). Diese Zwecke des § 4 Abs. 2 TVG gehen ins Leere, wenn nicht sämtliche Arbeitgeber einer Branche in Anspruch genommen werden können: Ein Beitragsvolumen, das geringer als bei einer brancheneinheitlichen Erfassung aller Arbeitgeber ist, beeinträchtigt überdies erheblich die Zweckerfüllung gemeinsamer Einrichtungen, deren Aufgabenwahrnehmung aber auch behindert wird, wenn bestimmte Arbeitgeber nur mit einem Teil ihrer Arbeitnehmer – den nicht von der Tarifkonkurrenz betroffenen – von den

⁵³ Vgl. LAG Köln, 20.5.2009 – 9 TaBV 105/08 – AuR 2009, 316 zur »GNBZ«.

⁵⁴ *Oetker*, NZA 2010, Beilage 1, 13, 21; *Böttcher*, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (Fn. 26), S. 67.

⁵⁵ *Hanau*, Soziales Recht 2011, S. 3, 16 f.

⁵⁶ *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, Berlin 1999, S. 294 ff.

allgemeinverbindlichen Tarifverträgen erfasst würden (§ 5 Abs. 4 TVG). Die gebotene gleichmäßige Behandlung aller Arbeitnehmer wäre nicht möglich, das Beitragsaufkommen zudem empfindlich geschwächt. Ein Indiz, das mindestens mittelbar für den Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen spricht, lässt sich im Übrigen der gesetzlichen Wertung des § 1 b AÜG entnehmen. Nach dessen Satz 2 ist die an sich unzulässige gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betrieben des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden (Satz 1), zwischen Betrieben des Baugewerbes ausnahmsweise gestattet, wenn diese Betriebe von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst werden. Das Kriterium der »Deckungsgleichheit« der Tarifverträge bezweckt – insoweit wie der Vorrang des allgemeinverbindlichen Sozialkassentarifvertrages – eine Sicherung der Finanzkraft der Sozialkassen und damit deren Funktionsfähigkeit, wie der Gesetzgeber für § 12 a AFG, die Vorgängervorschrift des § 1 b AÜG, ausdrücklich anerkannt hat (BT-Drs. 12/7564, S. 3; vgl. auch Düwell, BB 1995, 1084; Sahl/Bachner, NZA 1994, 1065).«

Teile der Literatur erkennen der Allgemeinverbindlicherklärung insbesondere bei gemeinsamen Einrichtungen eine »Ordnungsfunktion« zu,⁵⁷ indem sie die dezentrale, tarifautonome Regelung der Arbeitsbedingungen mit einem Mindestmaß staatlicher Rechtssetzung auf weitere Gebiete ausdehnt. Bei Tarifverträgen, die – etwa bei den Sozialkassen des Baugewerbes – eine übergreifende tarifliche Sozialpolitik verfolgten, diene die Allgemeinverbindlicherklärung der Realisierung dieser sozialpolitischen Ziele,⁵⁸ indem sie die Belastung mit Beiträgen zu den gemeinsamen Einrichtungen gleichmäßig auf die verbandsangehörigen und nicht verbandsangehörigen Arbeitgeber verteilt.⁵⁹ Dadurch werde die sozialpolitisch wünschenswerte Durchführung »dezentraler« Sozialkassenverfahren erst ermöglicht.⁶⁰

Auch *Bepler*⁶¹ hält bei gemeinsamen Einrichtungen eine Sonderregelung für möglich:

»Anders als im Bereich von Inhaltsnormen, die kraft beiderseitiger, durch Mitgliedschaft vermittelter Tarifgebundenheit gelten, spricht in den beiden zuletzt behandelten Bereichen, also insbesondere im Zusammenhang mit allgemeinverbindlichen Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen, vielleicht einiges dafür, dem Gesetzgeber schon aktuell eine nähere Ausgestaltung zu empfehlen. Hier hat das Gesetz den Bereich der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübter Privatautonomie ten-

denziell bereits verlassen. Möglicherweise könnte man hier noch weiter in Richtung auf ein ‚tarifgestütztes Gesetzesrecht‘ gehen. Der Gesetzgeber hat bei § 5 TVG ebenso wie im AEntG eigene Gestaltungsverantwortung übernommen und könnte dies – besonders im Bereich des § 4 Abs. 2 TVG – noch weiter ausbauen. Dabei müsste er wohl aus verfassungsrechtlichen Gründen die Voraussetzungen für die Ausübung seines ‚Normaneignungs- und Normerstreckungsrechtes‘ näher und bestimmter als bisher regeln.

» Eine Qualifizierung als zwingendes Recht, das als Mindestrecht andere Tarifverträge grundsätzlich verdrängt, erscheint denkbar. Ob dafür aber allein die Festlegung ausreicht, ein nach geltendem Recht allgemeinverbindlicher gehe stets nur mitgliederschaftlich legitimierten Tarifverträgen vor, wie dies im Entwurf der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes zum Ausdruck kommt, bleibe dahin gestellt.«

Auch wenn vor der Rechtsprechungswende kein allgemeiner Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen angenommen wurde, fanden sich in der Rechtsprechung schon Einschätzungen, die zur Rechtfertigung eines solchen Vorranges beitragen können. So hob das BVerfG in einer Entscheidung vom 15.7.1980⁶² hervor, dass die Allgemeinverbindlicherklärung der gemeinsamen Einrichtungen des Baugewerbes einen ausreichenden sachlichen Grund darin finde, dass in den von den Regelungen erfassten Berufszweigen hinsichtlich der Fluktuation der Arbeitnehmer besondere Verhältnisse gegeben sind. Ebenso hieß es in einer Entscheidung des BVerwG vom 3.11.1988⁶³, gemeinsame Einrichtungen im Sinne des § 4 Abs. 2 TVG seien häufig von vornherein auf die Einbeziehung aller Angehörigen des betreffenden Berufskreises angelegt. In solchen Fällen könne die Allgemeinverbindlicherklärung zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Einrichtungen erforderlich sein.

57 ErfK-Franzen, (Fn. 1) § 5 TVG Rn. 1; a. A. Löwisch/Rieble, (Fn. 14) § 5 Rn. 3 ff.

58 Kempen/Zachert-Kempen, (Fn. 16) § 5 Rn. 7, 9 ff.; vgl. auch Wiedemann, RdA 1987, 262, 265 f.; Löwisch/Rieble, (Fn. 14) § 5 Rn. 5; Zachert, NZA 2003, 133.

59 Vgl. BAG, 28.3.1990 – 4 AZR 536/89 – AP TVG § 5 Nr. 25; ErfK-Franzen, (Fn. 1) § 5 TVG Rn. 1.

60 BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – BVerfGE 55, 7, 23 f.; BVerwG, 3.11.1988 – 7 C 115/86 – AP TVG § 5 Nr. 23.

61 *Bepler*, NZA 2011, Beilage 2, 73, 79.

62 BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – AP TVG § 5 Nr. 17 (Blatt 450).

63 BVerwG, 3.11.1988 – 7 C 115/86 – AP TVG § 5 Nr. 23 (Blatt 658).

Wie von *Hanau* bereits an anderer Stelle⁶⁴ ausgeführt, war die Notwendigkeit einer einheitlichen Geltung allgemeinverbindlicher Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen trotz partieller Konkurrenz anderer Tarifverträge auch und gerade dem BAG keineswegs fremd. Sie war sogar ein wesentliches Argument für die Tarifeinheit. Allerdings folgte das BAG daraus nicht den einheitlichen Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages, sondern im Gegenteil seine Verdrängung durch speziellere Tarifverträge. Nachdem das BAG den allgemeinen Vorrang spezieller Tarifverträge aufgegeben hat, kann er erst recht nicht mehr die Verdrängung allgemeinverbindlicher Tarifverträge begründen. Vielmehr können die Überlegungen des BAG zur notwendigen einheitlichen Geltung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen nun zur Begründung des Vorranges allgemeinverbindlicher Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen dienen. Aus der sachlich für notwendig erachteten Tarifeinheit ist also nicht mehr die Verdrängung, sondern der Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen abzuleiten.

Im Einzelnen hieß es schon in einer Entscheidung vom 14.6.1989⁶⁵, der Tarifeinheit sei im Bereich gemeinsamer Einrichtungen der Vorrang zu geben, um tatsächliche Schwierigkeiten bei der Anwendung mehrerer Tarifverträge in einem Betrieb zu vermeiden. Tarifpluralität setze hier eine rechtlich nicht begründbare und tatsächlich nicht durchsetzbare Pflicht zur Offenbarung der Gewerkschaftsmitgliedschaft gegenüber dem Arbeitgeber und der gemeinsamen Einrichtung voraus, die im Streitfall auch noch zu beweisen wäre.

In der folgenden Entscheidung vom 26.1.1994⁶⁶ wurde dies mit besonderem Bezug auf die Sozialkassen des Baugewerbes vertieft. Hier wird erörtert, welche Rechtsfolgen eine Tarifpluralität in diesem Bereich hätte. Dazu heißt es:

»Beschäftigt der tarifgebundene Arbeitgeber in seinem Betrieb auch Arbeitnehmer, die an den spezielleren Tarifvertrag durch ihre Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft tarifgebunden sind, so fände auf deren Arbeitsverhältnis der speziellere Tarifvertrag Anwendung. Er würde den generellen Verbandstarifvertrag verdrängen. Das hätte zur Folge, dass auf die Arbeitsverhältnisse eines Teils der Arbeitnehmer – unabhängig von dessen Größe – der Rahmentarifvertrag und auf die Arbeitsverhältnisse eines anderen Teils der Verbandstarifvertrag anzuwenden wäre.

» Schon dies würde dazu führen, dass es in Abhängigkeit von der Gewerkschaftszugehörigkeit der jeweiligen Arbeitnehmer zu einer wiederholten Änderung der Beitragspflicht zu den Sozialkassen des Baugewerbes käme. Das wiederum hätte zur Folge, dass der Beklagte monatlich feststellen müsse, welche seiner Arbeiter Mitglieder der Gewerkschaft Gartenbau, Land- und Forstwirtschaft sind. Nur für diesen fände nach den Regeln über die Auflösung einer Tarifkonkurrenz der dem Verbandstarifvertrag vorgehende speziellere Rahmentarifvertrag Anwendung. Auch die ZVK könnte ihrerseits ihre Beitragsforderungen nur zutreffend berechnen, wenn ihr die Zahl der jeweiligen Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb des Beklagten bekannt wäre. Ob überhaupt und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Beklagten oder die ZVK von der Gewerkschaftszugehörigkeit der Arbeitnehmer Kenntnis erlangen können, ist zumindest umstritten.«

Die Besonderheiten der gemeinsamen Einrichtungen veranlassten auch den 10. Senat des BAG, sich trotz der Bedenken gegen die Tarifeinheitsrechtsprechung dem 4. Senat anzuschließen.⁶⁷ Die praktischen Probleme bei der Handhabung des Beitragseinzugs der gemeinsamen Einrichtung erschienen ihm so gravierend, dass er trotz offenkundiger dogmatischer Bedenken hier eine Einheitslösung nach dem Spezialitätsprinzip befürwortet. Ein genereller Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags⁶⁸ wurde in den genannten Entscheidungen auch vom 10. Senat in Betracht gezogen. Mit Blick auf die Rechtsposition derjenigen Arbeitnehmer, die an den spezielleren Tarifvertrag gebunden sind, lehnte der 10. Senat diese Position jedoch ab. Eine Entziehung der tarifautonom vereinbarten und mitgliedschaftlich legitimierten Tarifnormen durch die Verdrängung mittels eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags wurde somit nicht akzeptiert. Die spiegelbildliche Konsequenz, auf die jüngst noch einmal *Oetker* deutlich hingewiesen hat,⁶⁹ lag jedoch darin, dass durch die Verdrängungswirkung des spezielleren Tarifvertrags den anderen Arbeitnehmern der Schutz durch den für allgemeinverbindlich erklärten

64 SR 2011, 3. 16 f.

65 BAG, 14.6.1989 – 4 AZR 200/89 – AP TVG § 4 Nr. 16 Tarifkonkurrenz (Blatt 1064).

66 BAG, 26.1.1994 – 10 AZR 611/92 – AP TVG § 4 Nr. 22 Tarifkonkurrenz (Blatt 126).

67 BAG, 22.9.1993 – 7 ABR 26/93 – NZA 1994, 667 ff.

68 Dafür *Müller*, DB 1989, 1970; eingeschränkt auch *Kempen*, in: Soziale Sicherheit und Sozialpartnerschaft, S. 77, 80 f.

69 *Oetker*, NZA 2010, Beilage 1, 13, 17.

Tarifvertrag genommen wurde. Dies wurde zu Recht als mit dem Schutzzweck der Allgemeinverbindlicherklärung nicht vereinbar kritisiert.

Eine weitere Entscheidung des BAG vom 4.12.2002⁷⁰ hält an dem Grundsatz der Tarifeinheit »jedenfalls für die Geltungsbereichsstreitigkeiten der Sozialkassen des Baugewerbes fest.« Auf die Tarifgeltung in jedem einzelnen Arbeitsverhältnis, das heißt auf Tarifpluralität, könne es im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen der Tarifvertragsparteien im Sinne des § 4 Abs. 2 TVG nicht ankommen. Diese auch schon von den zuvor zitierten BAG-Entscheidungen vertretene Auffassung, dass Tarifpluralität mit der Funktion gemeinsamer Einrichtungen unvereinbar ist, überzeugt, muss aber nach der Abkehr der Rechtsprechung von dem allgemeinen Postulat der Tarifeinheit anders gewendet werden. Die funktional erforderliche Tarifeinheit auf diesem Gebiet lässt sich nur herbeiführen, wenn konkurrierende Tarifverträge verdrängt werden.

6. Vergleich mit Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen; Kollisionsregel für Kollektivnormen

Oetker weist darauf hin, dass selbst bei Bejahung der Tarifpluralität die Notwendigkeit einer betriebseinheitlichen Lösung für Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen anerkannt wird.⁷¹ Er erwägt eine Übertragung auf Tarifvertragsnormen über gemeinsame Einrichtungen. Dazu führt er an, dass § 4 Abs. 2 TVG die Tarifbindung bei Normen über gemeinsame Einrichtungen atypisch ausgestalte. Sehe man mit zahlreichen Stimmen im Schrifttum die alleinige Tarifgebundenheit des Arbeitgebers als ausreichend an,⁷² stünden Normen über gemeinsame Einrichtungen den Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen in Tarifverträgen denkbar nahe, so dass in der Tat bereits bei einseitiger Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an mehrere konkurrierende Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen betriebsweit Tarifkonkurrenzen in den Arbeitsverhältnissen entstünden, deren Auflösung nach dem Mehrheitsprinzip – im Einklang mit der überwiegenden Auffassung zur Konfliktlösung bei Kollektivnormen⁷³ – nahe liegt. Jacobs⁷⁴ geht noch weiter und nimmt die Rechtsfolge einer betriebsweiten Tarifkonkurrenz bei Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen stets an.

7. Kein Eingriff in die Koalitionsfreiheit

Eine auch nur gegenständlich punktuelle Verdrängungswirkung des staatlich erstreckten Tarifvertrags gegenüber einem mitgliedschaftlich legitimierten wird verfassungsrechtlich mitunter als Verletzung der individuellen Koalitionsfreiheit sowie der kollektiven Koalitionsfreiheit der tarifschließenden Parteien eingeordnet.⁷⁵

Dies kann nicht überzeugen: Die individuelle Koalitionsfreiheit wird primär als natürliche Beitrittsfreiheit konkretisiert. Die negative Koalitionsfreiheit vermittelt nach überzeugender vorherrschender Auffassung keinen Schutz davor, von fremden Tarifnormen erfasst zu werden.⁷⁶ Die spiegelbildlich zu verstehende positive Koalitionsfreiheit gewährt demgemäß auch keinen Schutz im Sinne einer Gewährleistung individueller Tarifpartizipation.⁷⁷ Richtig ist insofern das Argument, dass eine Koalitionsmitgliedschaft für sich genommen kein Recht auf Tarifpartizipation einräumt;⁷⁸ nach der Konzeption des Tarifvertragsgesetzes ist vielmehr die beiderseitige Tarifgebundenheit nach § 4 Abs. 1 TVG Voraussetzung für die Tarifpartizipation.

Bei der Anordnung der nur punktuellen Verdrängungswirkung eines staatlich erstreckten Tarifvertrags spricht im Übrigen viel dafür, dass es sich noch um Ausgestaltung des Koalitionsgrundrechts (Art. 9 Abs. 3 GG) handelt. Umfasst vom Begriff der Grundrechtsausgestaltung sind auch die Regeln zur Auflösung von Tarifkollisionen.⁷⁹ Dafür sprechen allgemeine Erwägungen wie das Verhältnis von staat-

70 BAG, 4.12.2002 – 10 AZR 113/02 – AP TVG § 4 Nr. 28 Tarifkonkurrenz.

71 Oetker, NZA 2010, Beilage 1, 13, 28.

72 So Buchner, AR-Blattei SD 1550.5 Rn. 297; Gitter, AuR 1968, 144, 145; Däubler-Hensche/Heuschmid, (Fn. 4) § 1 Rn. 1055; Kempen/Zachert-Kempfen, (Fn. 16) § 4 Rn. 244; Wiedemann, RdA 1968, 420, 423; a. A.: für kongruente Tarifbindung: HWK-Hensler, (Fn. 38) § 1 TVG Rn. 55; § 4 TVG Rn. 22; Bötticher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 1966, S. 61 f.; Zöllner, Gutachten zum 48. Deutschen Juristentag, 1970, G 72 ff.

73 Vgl. Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 269 m.w.N. in Fn. 135.

74 Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 294; ders., in: Jacobs/Krause/Oetker (Tarifvertragsrecht, 1. Aufl. 2007), § 7 Rn. 223.

75 Sodan/Zimmermann, ZfA 2008, 526; Thüsing, ZfA 2008, 590, 601 ff., 614 ff.; Willemsen/Sagan, NZA 2008, 1216, 1219.

76 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 352; std. Rspr.; a. A. etwa zuletzt Wisskirchen, FS Buchner, 2009, S. 988, 992 m.w.N.; monographisch May, Die verfassungsmäßige Zulässigkeit der Bindung von Außenseitern durch Tarifverträge, 1989.

77 Näher Greiner, Rechtsfragen, S. 109 f.

78 Oetker, NZA 2010, Beilage 1, 13, 20.

79 Vgl. Greiner, Rechtsfragen, S. 337 ff.; ebenso Oetker, NZA 2010, Beilage 1, 13, 21.

licher und tarifautonomer Normsetzung.⁸⁰ Auch bei der Grundrechtsausgestaltung muss der Gesetzgeber ein legitimes Ziel vorweisen können und gemessen an diesem Ziel verhältnismäßig handeln.⁸¹ Als legitimes Ziel reicht, etwa im Bereich der Mindestentgelte, das soziale Schutzanliegen des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) aus. Dem Gesetzgeber ist in der Identifizierung legitimer Regelungsziele ein großer Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zuzugestehen.

Die verfassungsrechtliche Legitimation der ausnahmsweise branchenbezogenen Vereinheitlichung bei gemeinsamen Einrichtungen liegt in ihrem spezifischen Zweck. *Beppler* hat dies in dem zitierten Passus bereits angesprochen: Der Zweck einer gemeinsamen Einrichtung ist sozialstaatsnah. Es wird eine überindividuelle, vom einzelnen Arbeitsverhältnis abgelöste und aus der individuellen Beziehung der Arbeitsvertragsparteien gelöste Schutzfunktion durch eine zentrale Institution wahrgenommen. Würden die Sozialkassen funktionsunfähig, stünde der sozialstaatliche Gesetzgeber vor der Aufgabe, entsprechende staatliche Institutionen zu schaffen. Es ist schwer vorstellbar, dass sich der Gesetzgeber dieser Aufgabe – jedenfalls politisch – entziehen könnte. Auch wenn man einen grundrechtlich basierten Leistungsanspruch nur schwer begründen kann, ist die Fortschreibung des bewährten Modells der Sozialkassen in den Bereichen Urlaubskassen, Rentenbeihilfe und Berufsbildungsverfahren sozialpolitisch kaum umkehrbar. Im Lichte des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) ist jedenfalls die Fortführung der Aufgaben der Sozialkassen als gesetzgeberische Ausgestaltungsentscheidung legitimierbar. Da Art. 9 Abs. 3 GG die Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen im Arbeitsverhältnis in erster Linie den Koalitionen anvertraut, liegt die wesentlich systemkonformere und die Institution der Tarifautonomie besser verwirklichende Alternative darin, die außerstaatliche Wahrnehmung dieser Aufgabe durch autonom geschaffene Institutionen der Tarifvertragsparteien auch weiterhin zu ermöglichen.

Die gemeinsamen Einrichtungen dienen zudem der wirkungsvollen Gewährleistung eines sozialen Mindestschutzniveaus unabhängig von der Arbeitskräftefluktuation innerhalb einer Branche. Sie lassen sich somit – bei der vom BVerfG vertretenen weiten Auslegung der verfassungsimmanenten Grundrechtsschranken von Art. 9 Abs. 3 GG⁸² – als Ausprägungen der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer sowie des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) interpretieren und können mithin

die Verdrängung konkurrierender Tarifverträge rechtfertigen,⁸³ zumal den konkurrierenden Tarifvertragsparteien außerhalb der sehr spezifischen sozialstaatsnahen – und damit auch nicht im Fokus des Koalitions Wettbewerbs stehenden – Materie der gemeinsamen Einrichtung jede Möglichkeit zur pluralen, wettbewerblichen Entfaltung belassen wird.⁸⁴ Die Beeinträchtigung des mitgliedschaftlich legitimierte Tarifvertrages ist somit im Falle einer punktuellen Verdrängungswirkung des staatlich erstreckten Tarifvertrages höchst minimal: Es wird lediglich eine punktuelle Mindestregelung geschaffen. Im Übrigen bleibt der mitgliedschaftlich legitimierte Tarifvertrag vollumfänglich anwendbar.⁸⁵

8. Annäherung an §§ 7, 8 Abs. 1, 2 AEntG

Die angesichts der Beeinträchtigung der Tarifautonomie konkurrierender Koalitionen in jedem Fall anzustellende verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordert freilich eine zielgenaue und sehr abgewogene Ausgestaltung der Rechtsfolgen auch bei der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen.

Die Verdrängung konkurrierender Tarifverträge muss insbesondere nicht so total sein wie in der früheren Rechtsprechung zugunsten spezieller Tarifverträge angenommen. Denn der aus der Funktionalität der gemeinsamen Einrichtungen abgeleitete Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge muss nicht weitergehen als der Vorrang von Tarifnormen nach § 8 Abs. 1, 2 AEntG.⁸⁶ Das heißt: Auch hier kann gegebenenfalls das Günstigkeitsprinzip gelten,⁸⁷

⁸⁰ Ausführlich *Greiner*, Rechtsfragen, S. 94 ff.

⁸¹ *ErFK-Dieterich/Linsenmaier*, (Fn. 1) Art. 9 GG Rn. 84.

⁸² Exemplarisch vgl. BVerfG, 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 – BVerfGE 100, 271; BVerfG, 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293; vgl. ferner BVerfG, 10.1.1995 – 1 BvF 1/90, 1 BvR 342/90, 1 BvR 348/90 – BVerfGE 92, 26, 38 ff.

⁸³ So auch *Oetker*, NZA 2010, Beilage 1, 13, 21; vgl. weiterhin BVerwG, 3.11.1988 – 7 C 115/86 – NZA 1989, 364, 367 f.; BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – BVerfGE 55, 7, 23 f.

⁸⁴ *Zutr. Oetker*, NZA 2010, Beilage 1, 13, 32.

⁸⁵ *Dazu Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 835 f.

⁸⁶ Vgl. *Hanau*, SR 2011, 3, 17.

⁸⁷ Kritisch allerdings *Oetker*, NZA 2010, Beilage 1, 13, 22 f., der darauf hinweist, dass mit dieser Kombinationslösung, die zur Anwendung des Günstigkeitsprinzips innerhalb eines Betriebes zwingt, all jene praktischen Probleme hinsichtlich des Beitragseinzugs der Urlaubskassen einträten, die den 10. BAG-Senat zuvor zur Anerkennung des Spezialitätsprinzips in derartigen Fällen veranlassten; s. BAG, 26.1.1994 – 10 AZR 611/92 – NZA 1994, 1038, 1041.

und auch hier kann (und muss) der Vorrang auf die Materie der gemeinsamen Einrichtungen beschränkt werden.⁸⁸ Damit ist das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung der Geltungserstreckung nach dem im Arbeitnehmer-Entsendegesetz statuierten Rechtsverordnungsverfahren in der Sache stark angenähert, indem die dort verankerten Gestaltungselemente – Beschränkung auf eine punktuell eingegrenzte, durch besondere sozialstaatliche Regelungsinteressen gekennzeichnete Materie, Statuierung einer allgemeinen Mindestschwelle in Verbindung mit einem Günstigkeitsprinzip – sämtlich auch hier angewandt würden.

In diesem Sinne sieht auch *Oetker* die Grenze der verfassungsrechtlichen Legitimität einer Geltungserstreckung von Tarifnormen grundsätzlich dann erreicht,⁸⁹ wenn das Niveau des erstreckten Tarifvertrages nicht als reines *Mindestschutzniveau* verallgemeinert würde, sondern zugleich Höchststarbeitsbedingungen gesetzt würden. Würde sich der erstreckte Tarifvertrag auch gegenüber einem günstigeren konkurrierenden Tarifvertrag durchsetzen, würden »die Parteien des konkurrierenden Tarifvertrags (...) zudem ohne hinreichend gewichtigen Sachgrund in der Ausübung ihrer Tarifautonomie beeinträchtigt, da selbst einem günstigeren Tarifvertrag die Kraft entzogen würde, die Verpflichtungen aus dem (...) privilegierten Tarifvertrag entfallen zu lassen«. ⁹⁰ Nur bei erhöhten Darlegungen zur Legitimität des verfolgten Zieles komme dann eine umfassende Verdrängungswirkung auch günstigerer konkurrierender Regelungen in Betracht. *Oetker* erwägt das für die als gemeinsame Einrichtung konzipierte umlagefinanzierte Urlaubskasse. Erforderlich sei in jedem Fall der Nachweis, dass die generelle und einschränkungslose Durchsetzung der Beitragspflicht bei allen Arbeitgebern im Geltungsbereich zur Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung »unerlässlich ist«. ⁹¹

Summa summarum: Die Beschränkung auf punktuelle, bereits vom staatlichen Recht abschließend festgelegte Regelungsgegenstände, bei denen ein besonderes soziales Bedürfnis brancheneinheitlicher Geltung ersichtlich ist, kompensiert in der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsbetrachtung die intensiveren, auch konkurrierende Tarifverträge verdrängenden Rechtswirkungen. Abwehrrechtlich geschützte Gewährleistungsgehalte des Art. 9 Abs. 3 GG sind nicht gravierend betroffen, wenn konkurrierenden Tarifvertragsparteien ein breites Betätigungsspektrum außerhalb der spezifischen Materie erhalten bleibt.

Kommt zudem ein Günstigkeitsprinzip auch hinsichtlich der von der staatlichen Geltungserstreckung betroffenen Materie zur Anwendung, fällt die Beeinträchtigung konkurrierender Tarifvertragsparteien so moderat aus, dass sie angesichts des überragenden sozialstaatlichen Regelungsziels der funktionalen Absicherung brancheneinheitlicher Ausgleichsmechanismen zweifellos zu rechtfertigen ist.

Da der Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen aus der Funktionalität der gemeinsamen Einrichtungen abzuleiten wäre, könnte und müsste das Ministerium vor dem Erlass der Allgemeinverbindlicherklärung zwischen den Erfordernissen dieser Funktionalität und dem Schutz konkurrierender mitgliederschäftlich legitimierter Tarifverträge abwägen. Deren Schutz käme eine geringere Bedeutung zu als bisher, da sie nicht im Ganzen verdrängt, sondern nur von den allgemeinverbindlichen Mindestbedingungen über- oder genauer: unterlagert würden.⁹²

Als weiteres, die Verhältnismäßigkeit zusätzlich absicherndes Gestaltungselement könnte ähnlich wie in § 8 Abs. 2 MiArbG ein besonderer Schutz für etablierte Tarifbereiche vorgesehen werden.

9. Handlungsoptionen

a) Gesetzgebung

Die bisherigen Überlegungen beruhen auf Basis des heute geltenden Rechts. Die Betrachtung wendet sich nun den gesetzgeberischen Handlungsoptionen zu: Welche Maßnahmen könnte der Gesetzgeber wählen, um die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen nachhaltig zu stärken?

Wenn der Gesetzgeber sich nicht zur Neuregelung der Allgemeinverbindlicherklärung im Zuge der Einführung eines strikten Mehrheitsprinzips entschließt, sondern es bei der vom BAG eingeführten Tarifpluralität bewenden lässt, ist es im Interesse der Rechtsklarheit sehr zu wünschen, dass, wie von *Bepler*⁹³ angeregt, die weitere Geltung

⁸⁸ ErfK-Schlachter, (Fn. 1) § 7 AEntG Rn. 8, HWK-Tillmanns, (Fn. 38) § 8 AEntG Rn. 4.

⁸⁹ *Oetker*, NZA 2010, Beilage 1, 13, 22.

⁹⁰ *Oetker*, NZA 2010, Beilage 1, 13, 22.

⁹¹ Zu den Problemen des im Übrigen anzustellenden Günstigkeitsvergleichs siehe *Oetker*, NZA 2010, Beilage 1, 13, 22.

⁹² *Hanau*, SR 2011, 3, 17.

⁹³ *Bepler*, NZA 2011, Beilage 2, 73, 79.

der Tarifeinheit mit Vorrang für allgemeinverbindliche Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen geregelt wird. In Anlehnung an § 8 Abs. 1 und 2 AEntG könnte die Formulierung lauten:

»Ein Tarifvertrag nach § 4 Abs. 2 TVG, der durch Allgemeinverbindlicherklärung auf nicht an ihn gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt wird, ist von einem Arbeitgeber auch dann einzuhalten, wenn er an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist.«

Im Unterschied zu den von § 8 Abs. 2 AEntG erfassten Regelungen hätte diese Vorschrift, wenn sie in das TVG aufgenommen wird, keine international-privatrechtliche Wirkung auf Arbeitsverhältnisse, die ausländischen Tarifverträgen unterstehen. Anderes gilt für die Sondermaterie der Urlaubskasse, die bereits heute eine spezielle Regelung in §§ 5 Nr. 3, 8 Abs. 1, 2 AEntG erfahren hat (dazu unten V.).

Eine entsprechende Regelung ist auch für den Fall geboten, dass sich der Gesetzgeber zur (Wieder-)Einführung des Prinzips der Tarifeinheit entschließen sollte.⁹⁴ Auch dann bedarf es einer Kollisionsregel zugunsten allgemeinverbindlicher Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen, weil nicht sichergestellt ist, dass diese in jedem Betrieb Mehrheitstarifverträge sind.

b) Rechtsprechung

Fraglich bleibt, ob die Etablierung dieser umfassenden Vorrangregel zugunsten allgemeinverbindlicher Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen auch im Verhältnis zu einer konkurrierenden mitgliederschaftlichen Tarifbindung zwingend des gesetzgeberischen Tätigwerdens bedarf oder dies auch durch Richterrecht geschehen kann, wenn der Gesetzgeber durch Untätigkeit die Regelung der Tarifpluralität bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen der Rechtsprechung überlässt.

Viel spricht dafür, dass die dargestellte Kollisionsregel zugunsten des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags auch richterrechtlich begründet werden könnte. Dies gilt jedenfalls, wenn man sich auf den bisherigen Standpunkt der Rechtsprechung stellt, dass auch die viel weitergehende Gestaltungsentscheidung hinsichtlich der Ausformung der Rechtsfolgen von Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität durch Richterrecht getroffen werden konnte. Die Regelung der Detailfrage des Verhältnisses von allgemeinverbindlichem Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung und konkurrierendem, mitgliederschaftlich legitimiertem Tarif-

vertrag bleibt in ihrer Breite und Intensität erheblich hinter der richterrechtlichen Entscheidung dieses Grundproblems zurück. Freilich ist die bisherige Rechtsprechung zur Tarifeinheit im Betrieb insbesondere unter Hinweis auf die Überschreitung der richterlichen Rechtsfortbildungskompetenz verbreitet kritisiert worden.⁹⁵

Auch wenn man diese Kritik zugrunde legt, müsste die Bewertung hinsichtlich der Kollisionsfrage bei gemeinsamen Einrichtungen indes anders ausfallen. Dafür sprechen mehrere Gründe: Zunächst ist festzuhalten, dass die tarifrechtlichen Kollisionsprinzipien nach allgemeiner Ansicht im TVG keine Ausgestaltung erfahren haben. Es handelt sich um eine Gesetzeslücke.⁹⁶ Diese Lücke muss zwangsläufig in die eine oder in die andere Richtung geschlossen werden. Im Falle einer Tarifkonkurrenz können nicht beide konkurrierenden Normen gleichermaßen zur Anwendung gebracht werden. Die Normkollision ist gestaltend aufzulösen. Trifft der erkennende Richter diese Gestaltungsentscheidung, handelt es sich um Rechtsfortbildung *extra legem*, nicht um Rechtsfortbildung *contra legem*. Die sich an anderer Stelle – beim 50 %-Quorum – stellende Frage einer Rechtsfortbildung *contra legem*⁹⁷ stellt sich hier mithin nicht. Die Grenzen, die der erkennende Richter bei der Rechtsfortbildung *extra legem* beachten muss, lassen sich mit seiner Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 GG) umreißen: Anders als der Gesetzgeber hat die Judikative nicht die demokratische Legitimation, neue Normensysteme zu kreieren.⁹⁸ Die lückenschließende Rechtsfortbildung *extra legem* muss sich daher an Grundprinzipien der Verfassung oder an – nicht notwendigerweise analogiefähige – Regelungsvorbilder im einfachen Recht halten können.⁹⁹

Insofern ist von hoher Bedeutung, dass der Gesetzgeber mit §§ 7, 8 Abs. 1, 2 AEntG ein derartiges Regelungsvorbild geschaffen hat. Demnach kann einer Tarifregelung angesichts ihres besonderen sozialstaatlichen Regelungsgegenstandes unbedingter Vorrang auch gegenüber kollidierenden, mitgliederschaftlich legitimierten Tarifverträgen eingeräumt werden. Dies jedenfalls, wenn die tatbestandlichen Vorausset-

94 Siehe den Regelungsvorschlag in: »Deutschlands Zukunft gestalten« Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD 18. Legislaturperiode unter 2.2.

95 Namentlich *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 373 ff.

96 *Säcker/Oetker*, ZfA 1993, 1, 8; *Hromadka*, NZA 2008, 384, 386.

97 Siehe unter IV 7 a.

98 *Preis*, RdA 1989, 327, 335.

99 *Preis*, RdA 1989, 327, 335 f.

zungen und Wirkungen der §§ 7, 8 Abs. 1, 2 AEntG beachtet werden: Repräsentativität des Tarifvertrages, Beschränkung auf einen punktuellen Regelungsgegenstand mit der genannten Charakteristik sowie Anerkennung des Günstigkeitsprinzips im Verhältnis zu konkurrierenden mitgliederschäftlich legitimierten Tarifvertragsnormen.

Mag man diese spezielle Regelung angesichts ihres spezialgesetzlichen, eingegrenzten Gegenstandes auch nicht für analogiefähig im engeren Sinn halten,¹⁰⁰ liegt darin gleichwohl ein gesetzliches Konzept, an das sich die Judikative bei der in jedem Fall erforderlichen Lückenschließung in vergleichbaren Fällen anlehnen kann.¹⁰¹ Soll die Gesetzesbindung des Richters dabei möglichst optimal realisiert werden, spricht viel dafür, eine möglichst enge Anlehnung an diese vergleichbare Kollisionsregel zu suchen. Die berechtigten methodischen Bedenken hinsichtlich eines gänzlich frei und ohne Regelungsvorbild im geschriebenen Recht ausgestalteten Tarifeinheitsprinzips¹⁰² lassen sich somit auf die viel stärker gegenständlich fokussierte Kollisionsregel nicht übertragen, jedenfalls sofern diese sich eng an dem gesetzlichen Vorbild der §§ 7, 8 Abs. 1, 2 AEntG orientiert.

Im Übrigen ist selbst das Vorliegen der Voraussetzungen einer *gesetzesübersteigenden* Rechtsfortbildung begründbar: Es entspricht einer – wie dargestellt – nahezu allgemeinen Rechtsauffassung, dass Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen auf ihre Allgemeinverbindlicherklärung hin angelegt sind. Ferner wird allgemein konzidiert, dass die Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen die brancheneinheitliche Einbeziehung aller Arbeitsverhältnisse erfordert. Legt man dieses Meinungsbild zugrunde, lässt sich aus dem breiten Konsens in Rechtsprechung und Literatur eine zusätzliche Legitimation zur ausgestaltenden Lückenschließung im dargestellten Sinne ableiten.

IV. Die Sicherung der Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit

1. Einleitung

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG setzt die Allgemeinverbindlicherklärung außer im Fall eines sozialen Notstandes voraus, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifver-

trages fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Nach einer Ansicht soll dies sicherstellen, dass nur solche Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden können, welche über eine gewisse Repräsentativität in ihrem Verbreitungsgebiet verfügen.¹⁰³ Dieser allgemeine Gedanke der Repräsentativität ist nicht strikt an die absolute Mehrheit von 50 % gebunden, wie auch viele ausländische Beispiele zeigen.

Eine Gegenauffassung wird besonders von *Löwisch/Rieble* vertreten:

»Mit dem 50-Prozent-Quorum wird dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen: Die Allgemeinverbindlicherklärung beschränkt die Berufsausübungs- und Vertragsfreiheit vor allem der nichtorganisierten Arbeitgeber. Das ist nicht mehr hinnehmbar, wenn diese die Mehrheit der Arbeitsverhältnisse stellen und sich damit gegen das Tarifvertragssystem, jedenfalls gegen die Tarifbedingungen des für die Allgemeinverbindlichkeit in Betracht kommenden Tarifvertrages entschieden haben. Hat sich ein Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich am Arbeitsmarkt nicht durchgesetzt, belegt das die fehlende Akzeptanz und damit die fehlende Zumutbarkeit seiner Arbeitsbedingungen. Das 50-Prozent-Quorum sichert so wenigstens einen Rest Außenseiterwettbewerb, der die Tarifmacht beschränkt. Diese Hürde ist nicht besonders hoch, weil die großen Arbeitgeber mit ihren großen Belegschaften regelmäßig tarifgebunden sind und so die kleinen mittleren Unternehmen dominieren. Umgekehrt ist es aber dann auch gerechtfertigt, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung (vorbehaltlich des sozialen Notstandes) scheitert, wenn nicht einmal das 50-Prozent-Quorum erreicht ist (nicht überzeugend: Zachert, NZA 2003, 134, der ein bisschen weniger als 50 % vorschlägt). So müsste es etwa ohne weiteres hingenommen werden, dass die gemeinsamen Einrichtungen des Baugewerbes zu schließen sind, wenn das Quorum unterschritten wird.«¹⁰⁴

100 Oetker, NZA 2010, Beilage 1, 13, 31.

101 In diese Richtung auch Oetker, a. a. O.: § 8 Abs. 2 AEntG spreche dafür, dass es Gründe geben kann, »die Bindungen an einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag nicht bereits allein deshalb entfallen zu lassen, weil der Arbeitgeber an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist.«

102 Näher Jacobs, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität, 1999, S. 373 ff.

103 ErfK-Franzen, (Fn. 1) § 5 TVG Rn. 11; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 892. Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010, S. 153, hält eine »nicht unerhebliche Repräsentativität« für erforderlich. Nach Zachert, NZA 2003, 132, 134, könnte die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit eine Außenseitermehrheit dadurch gerechtfertigt werden, dass ansonsten die Anwendung der tariflichen Standards als Ausdruck der Schutzfunktion der Allgemeinverbindlicherklärung gefährdet wäre.

104 Löwisch/Rieble, (Fn. 14) § 5 Rn. 120.

Im Gegensatz zu der damit suggerierten Aussagekraft des Quorums steht, dass es die faktische Akzeptanz und Marktförmigkeit des Tarifvertrags nur höchst unvollkommen abbildet: Auffällig ist zunächst, dass – anders als in § 7 Abs. 2 AEntG – allein auf die Legitimation im Arbeitgeberlager abgestellt wird. Durchaus sachgerecht wird dabei nicht nach der bloßen Anzahl der legitimierenden Unternehmen, sondern nach ihrer wirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Bedeutung gefragt. Die Zahl der jeweils beschäftigten Arbeitnehmer ist für diese Aspekte ein aussagekräftiges Kriterium. Die Vorschrift dient dazu, die Allgemeinverbindlicherklärung eines im Arbeitgeberlager schwach legitimierten Minderheitstarifvertrages zu verhindern. Letztlich wird dadurch eine Konkretisierung des »öffentlichen Interesses« (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG) dahingehend vorgenommen, dass in der Regel nur ein im Arbeitgeberlager mehrheitlich legitimer Tarifvertrag ein hinreichendes »öffentliches Interesse« an einer Allgemeinverbindlicherklärung auslösen kann.¹⁰⁵

Bedenklicher stimmt, dass es auf die tatsächliche normative Tarifgeltung kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit nicht ankommt; die Gewerkschaftszugehörigkeit und damit die Akzeptanz des Tarifvertrages im Arbeitnehmerlager sind irrelevant.¹⁰⁶ Auch die Tatsache, dass häufig zahlreiche Arbeitnehmer gegenüber nicht tarifgebundenen Arbeitgebern den Abschluss von Arbeitsverträgen erreicht haben, die den Tarifvertrag in Bezug nehmen, oder sie sogar in Anknüpfung an das Tarifniveau einzelvertraglich übertarifliche Leistungen durchsetzen konnten, wird in die Betrachtung nicht einbezogen, obwohl sie für die Marktakzeptanz des Tarifvertrages von hoher Aussagekraft ist. Die faktische Tarifanwendung durch nicht organisierte Arbeitgeber infolge von Bezugnahmeklauseln bleibt also unbeachtlich, mag sie auch deutlicher Ausdruck der Marktadäquanz der Tarifbedingungen sein. Die Literaturauffassung, die das 50 %-Quorum als Ausdruck der Marktakzeptanz eines Tarifvertrages rühmt, und daraus seine verfassungsrechtliche Gebotenheit ableitet, blendet diese Aspekte zu Unrecht aus. Zutreffend wird in der Literatur zudem darauf hingewiesen, dass rechtspolitisch der Druck auf das 50 %-Quorum infolge der zunehmenden Zahl von »OT-Mitgliedschaften« steigt;¹⁰⁷ dies gilt in besonderer Weise für Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen.

Im Vordergrund der Betrachtung steht dagegen das öffentliche Interesse (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG). Die Allgemeinverbindlicherklärung muss im öffentlichen Interes-

se geboten sein. Der Begriff ist freilich sehr offen; es sind gesamtwirtschaftliche Daten, die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse und die Eigenarten der jeweiligen Branche einzubeziehen.¹⁰⁸ Was als öffentliches Interesse anzuerkennen ist, hängt entscheidend vom Schutzzweck der Allgemeinverbindlicherklärung ab. Sieht man ihn zutreffend mit der überwiegenden Ansicht in der institutionellen Absicherung des Tarifvertragssystems, kann ein öffentliches Interesse bereits legitimiert werden, wenn etwa eine Zunahme der nicht tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse zu konstatieren ist. Dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales wird ein außerordentlich weiter Beurteilungsspielraum zugestanden.¹⁰⁹ Mit Recht wird in Rechtsprechung und Literatur sogar als deutlichstes Beispiel die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung angeführt.¹¹⁰

Im Umkehrschluss aus § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG folgt jedenfalls deutlich, dass die Schwelle eines sozialen Notstandes nicht erreicht sein muss, um ein öffentliches Interesse annehmen zu können. Es geht um die Abwendung von Nachteilen für eine nicht unerhebliche Zahl von Arbeitnehmern. Ein öffentliches Interesse wäre demnach zu verneinen, wenn der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung auch ohne sie bereits erreicht wäre, etwa die weit überwiegende Zahl von Arbeitsverhältnissen schon mitgliederschaftlich dem Tarifvertrag unterfiele.¹¹¹

2. Sinn und Zweck des 50 %-Quorums

Die Funktion des 50 %-Quorums in § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG ist streitig: Einer starken Auffassung entspricht, dass das Quorum eine gewisse Repräsentativität des allge-

105 Zum Schutzzweck des Quorums weiterhin Däubler-Lakies, (Fn. 4) § 5 Rn. 88; Wonneberger, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung, 1992, S. 68; Kempen/Zachert-Kempen (Fn. 16), § 5 Rn. 29.

106 Wiedemann-Wank, (Fn. 18) § 5 Rn. 64.

107 Wiedemann-Wank, (Fn. 18) § 5 Rn. 64a; vgl. dazu auch Gartz, NZA 2000, Beilage 24, S. 6, 9.

108 BAG, 24.1.1979 – 4 AZR 377/77 – AP TVG § 5 Nr. 16; BAG, 28.3.1990 – 4 AZR 536/89 – AP TVG § 5 Nr. 25; BAG, 20.10.2003 – 10 AZR 13/03 – AP GG Art. 9 Nr. 121; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 894; Wiedemann-Wank, (Fn. 18) § 5 Rn. 68.

109 BVerwG, 3.11.1988 – 7 C 115/86 – NJW 1989, 1495; BAG, 22.10.2003 – 10 AZR 13/03 – AP TVG § 1 Nr. 16 Tarifverträge: Gebäudereinigung; Wiedemann-Wank, (Fn. 18) § 5 Rn. 70 m.w.N.; kritisch insofern Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 894 ff.; vgl. auch Wonneberger, Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 69 ff.

110 BAG, 24.1.1979 – 4 AZR 377/77 – AP TVG § 5 Nr. 16; BAG, 28.3.1990 – 4 AZR 536/89 – AP TVG § 5 Nr. 25; Wiedemann-Wank, (Fn. 18) § 5 Rn. 69.

111 Deutlich Wiedemann-Wank, (Fn. 18) § 5 Rn. 72.

meinverbindlichen Tarifvertrages sicherstellen soll.¹¹² Teilweise wird die Funktion in einem Schutz nicht tarifgebundener Arbeitgeber vor »Majorisierung« durch tarifgebundene Arbeitgeber gesehen, welche nur die Minderheit der Arbeitnehmer im Geltungsbereich beschäftigen.¹¹³ Teilweise wird auf das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip verwiesen: Die Einschränkung der Berufsfreiheit der nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien durch die Allgemeinverbindlicherklärung sei nur dann verhältnismäßig und gerechtfertigt, wenn sich die Mehrheit der Arbeitgeber im Geltungsbereich für die Geltung des Tarifvertrages entschieden habe; dies ist im Sinne einer qualitativen Mehrheit zu verstehen: Die Arbeitgeber, die sich für die Tarifgeltung entschieden haben, müssen besonderes arbeitsmarktpolitisches Gewicht aufweisen.¹¹⁴

Mit *Zachert*¹¹⁵ und *Sittard*¹¹⁶ wird man im Ansatz mehrere Funktionen des Quorums anerkennen können: Eine hohe Tarifbindung kann ein starkes Indiz für die innere Richtigkeit des Tarifvertrages sein.¹¹⁷ *Sittard* leitet daraus ab, dass die Repräsentativität von entscheidender Bedeutung sei, weil sie die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages widerspiegle. Weiterhin diene das Kriterium kumulativ auch dem Majorisierungsschutz der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber: Es werde verhindert, dass eine unbedeutende Minderheit mit staatlicher Hilfe der Mehrheit einen Tarifvertrag aufoktroyiere. Argumentiert wird damit, dass die faktische Unterbindung des Außenseiterwettbewerbs nur zu rechtfertigen sei, wenn der Tarifvertrag nicht unerhebliche Repräsentativität aufweise.¹¹⁸

Bereits hier ist jedoch auf eine wichtige Einschränkung hinzuweisen: Wenn man – wie es überwiegender Auffassung und auch hier vertretener Ansicht entspricht¹¹⁹ – den Wettbewerbsschutz nicht nur als faktischen Reflex der Allgemeinverbindlicherklärung versteht, sondern als ihr intendiertes Ziel, lässt sich aus der wettbewerbsunterbindenden Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung kein durchgreifendes Argument für die verfassungsrechtliche Unerlässlichkeit des 50%-Quorums gewinnen: Ist die Unterbindung des Außenseiterwettbewerbs keine missliche und nach Möglichkeit zu vermeidende Folge der Allgemeinverbindlicherklärung, sondern geradezu ihr Ziel, dann lässt sich aus der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung nicht ableiten, dass die Allgemeinverbindlicherklärung durch ein 50%-Quorum beschränkt werden müsste. Vielmehr ist es genau umgekehrt: Die intendierte Zielsetzung, Außenseiterwettbewerb zu unterbinden, wird umso dringlicher, je mehr der Außenseiterwettbewerb

infolge einer rückläufigen Tarifbindung an Bedeutung und Relevanz zunimmt. Hat die Aushöhlung der Tarifautonomie durch Außenseiterwettbewerb schon ein gravierendes Ausmaß erreicht, so sichert das 50%-Quorum den Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung nicht mehr ab, sondern steht ihm vielmehr entgegen.

3. Verfassungsrechtliche Gebotenheit des 50%-Quorums?

a) Die Allgemeinverbindlicherklärung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Bevor sich die Darstellung der damit bereits angeklungenen Frage zuwendet, inwieweit das 50%-Quorum ein verfassungsrechtlich unerlässliches Tatbestandsmerkmal der Allgemeinverbindlicherklärung ist, ist darstellend in den Blick zu nehmen, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung die Verfassungskonformität der Allgemeinverbindlicherklärung in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung bewertet hat. Daraus lassen sich wertvolle Rückschlüsse ziehen, welche gestalterischen Möglichkeiten de lege ferenda verfassungsrechtlich vorstellbar sind.

aa) BVerfG v. 24.5.1977

Grundlegend ist insofern ein Beschluss des 2. Senats vom 24.5.1977,¹²⁰ in dem die Verfassungskonformität der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG anerkannt wurde. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen sei im Verhältnis zu den ohne sie nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ein Rechtsetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtsetzung, der seine eigenständige Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG finde; an den verfassungsrechtli-

112 *Kempen/Zachert-Kempen*, (Fn. 16) § 5 Rn. 29; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 892; *ErfK-Franzen* (Fn. 1) § 5 TVG Rn. 11; *Büdenbender*, RdA 2000, 193, 196.

113 *Däubler-Lakies*, (Fn. 4) § 5 Rn. 88; *Ansey/Koberski*, AuR 1987, 230, 232; *Sodan/Zimmermann*, ZfA 2008, 526, 569.

114 In diesem Sinne *Jacobs*, in: *Gedächtnisschrift f. Walz*, 2007, 298, 304; *ErfK-Franzen*, (Fn. 1) § 5 TVG Rn. 11.

115 *NZA* 2003, 132, 135.

116 *Sittard*, *Tarifnormerstreckung*, 2010, S. 152 f.

117 *Sittard*, *Tarifnormerstreckung*, S. 153.

118 *Sittard*, *Tarifnormerstreckung*, S. 153.

119 Siehe oben II.

120 *BVerfG*, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – *BVerfGE* 44, 322.

chen Voraussetzungen für den Erlass von Rechtsverordnungen (Art. 80 GG) könne er nicht gemessen werden.

Die allgemeinverbindlichen Tarifnormen seien durch das Zusammenspiel von tarifautonomer Regelung und staatlicher Mitwirkung gegenüber den Außenseitern »noch ausreichend demokratisch legitimiert«. Der Staat habe sich seines in den Grenzen des Kernbereichs der Koalitionsfreiheit fortbestehenden Normsetzungsrechts nicht völlig entäußert. Da sich die Normsetzungsbefugnis der Koalitionen grundsätzlich nur auf die Mitglieder der tarifvertragsschließenden Parteien erstreckt, müsse bei der Allgemeinverbindlicherklärung eine zusätzliche Legitimation der Tarifgeltung hinzutreten; dies sei mit der Allgemeinverbindlicherklärung aus öffentlichem Interesse der Fall.

Die individuell-positive Koalitionsfreiheit werde nicht verletzt: Sofern der Anreiz, sich als bisher nicht organisierter Arbeitgeber oder Arbeitnehmer mit anderen zu einer Koalition zusammenzuschließen oder einer konkurrierenden Koalition beizutreten, infolge der Allgemeinverbindlicherklärung und ihrer Auswirkungen vermindert werden sollte, handele es sich um faktische Auswirkungen, die das Grundrecht der Koalitionsfreiheit nicht unmittelbar rechtlich trafen.

Auch das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit, »sofern es sich aus Art. 9 Abs. 3 GG ergeben sollte«, stehe der gesetzlichen Regelung über die Allgemeinverbindlicherklärung von tariflichen Inhaltsnormen nicht entgegen. Die Freiheit, sich einer anderen als der vertragsschließenden oder keiner Koalition anzuschließen, werde durch sie nicht beeinträchtigt, Zwang oder Druck in Richtung auf eine Mitgliedschaft nicht ausgeübt.

bb) BVerfG v. 15.7.1980

Eine Entscheidung des BVerfG vom 15.7.1980¹²¹ führt diese Rechtsprechung mit Blick auf die Allgemeinverbindlicherklärung von Sozialkassen-Tarifverträgen des Baugewerbes bruchlos fort. Stärker betont wird hier der Aspekt des faktischen Beitrittsdrucks: Das Fehlen eines Mitgliedschaftsverhältnisses habe für den von der Allgemeinverbindlicherklärung betroffenen Außenseiter-Arbeitgeber den Nachteil, dass er die ordnungsgemäße Wahrnehmung seiner Interessen durch die gemeinsamen Einrichtungen, anders als organisierte Arbeitgeber, nicht mittelbar durch Teilhabe an der verbandsinternen Willensbildung der Koalition kontrollieren könne.

Soweit sich daraus ein gewisser Druck ergebe, Mitglied einer Koalition zu werden, sei dieser aber »nicht so erheblich, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt würde«. Gemildert werde der faktische Beitrittsdruck überdies dadurch, dass die gegenseitige Kontrolle der Sozialpartner auch den Außenseitern zugute komme.

Besonders hervorzuheben ist, dass das BVerfG in beiden Entscheidungen zur Rechtfertigung der Verfassungsmäßigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung nicht auf das Quorum abstellt.

cc) BVerfG zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Tariftreuregelung

Auch in späteren Entscheidungen in ähnlichem Zusammenhang hat das BVerfG das Quorum des § 5 TVG oder überhaupt ein Quorum nicht zu den Voraussetzungen einer Erstreckung von Tarifverträgen auf nicht-tarifgebundene Arbeitgeber gezählt.

So hat das Bundesverfassungsgericht am 11.7.2006¹²² die Rechtsprechung zu der Allgemeinverbindlicherklärung mit knapper Begründung auf eine Tariftreuregelung des Berliner Vergabegesetzes angewandt, durch die öffentliche Auftraggeber verpflichtet wurden, die Vergabe öffentlicher Aufträge unter anderem im Baubereich von »Tariftreuerklärungen« der Auftragnehmer abhängig zu machen. Die Problematik ist insoweit vergleichbar, als durch die Verpflichtung zur Tariftreue die tariflich festgesetzten Entgelte faktisch zu Mindestentgelten auch für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer/Arbeitgeber werden. Da in dieser Entscheidung lediglich die konsequente Fortentwicklung der dargestellten Rechtsprechungstradition liegt, muss die teilweise empörte Reaktion der Literatur¹²³ verwundern.

Das BVerfG meint, die gesetzliche Tariftreueverpflichtung berühre bereits nicht den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG. Insbesondere sei die negative Koalitionsfreiheit nicht betroffen. Die Koalitionsfreiheit umfasse »das Recht des Einzelnen, einer Koalition fernzubleiben«. Sie schütze die Nichtorganisierten vor Zwang oder Druck, nicht aber vor einem »bloßen Anreiz«, einer Organisation beizutreten. Durch die Tariftreueverpflichtung werde weder rechtlicher noch faktischer Beitrittszwang oder erheblicher Beitrittsdruck ausgeübt.

121 BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – BVerfGE 55, 7.

122 BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202.

123 Insbesondere Rieble, NZA 2007, 1.

Das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit schützt nicht dagegen, dass der Gesetzgeber die Ergebnisse von Koalitionsvereinbarungen als »Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen« nehme. Besonders weitgehend geschehe das bei der verfassungsrechtlich zulässigen Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen. Allein dadurch, dass jemand den Vereinbarungen fremder Tarifvertragsparteien unterworfen werde, sei ein spezifisch koalitionsrechtlicher Aspekt nicht betroffen. Die Tarif-treuregelung wird letztlich als milderes Mittel gegenüber einer – auch den Bereich privater Auftraggeber erfassenden – Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages identifiziert.

Diese Entscheidung geht nicht auf die Frage ein, ob Tarifverträge, für die Tariftreue verlangt wird, bestimmte Voraussetzungen erfüllen müssen. Ein Quorum wurde weder vom Berliner Vergabegesetz noch vom BVerfG verlangt.

dd) BVerfG zur Verfassungskonformität des

§ 1 Abs. 3a AEntG a. F.

Durch Kammerbeschluss v. 18.7.2000¹²⁴ hat das BVerfG – bereits nach Aufgabe der »Kernbereichsrechtsprechung«¹²⁵ – diese Sichtweise auf das Verfahren der Geltungserstreckung eines Tarifvertrags nach § 1 Abs. 3a AEntG übertragen und eine diesbezügliche Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Die Geltungserstreckung durch Erlass einer auf § 1 Abs. 3a AEntG a. F. (heute: § 7 AEntG) gestützten Rechtsverordnung verstoße weder gegen die positive noch gegen die negative Koalitionsfreiheit. Weder werde dadurch eine Zwangsmitgliedschaft in den tarifvertragsschließenden Verbänden begründet noch werde es unmöglich gemacht, sich anderweitig als Koalition zusammenzuschließen. Entstehe durch die Geltungserstreckung ein mittelbarer Druck, zur Wahrnehmung von Einflussmöglichkeit Mitglied einer der tarifvertragsschließenden Parteien zu werden, sei dieser nicht so erheblich, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt würde. Insofern seien dieselben Maßstäbe wie bei einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG anzulegen.

Allein die Wahl einer anderen Rechtsform für die Erstreckung eines Tarifvertrages auf Außenseiter ändere an den verfassungsrechtlichen Anforderungen nichts. Wie bei der Allgemeinverbindlicherklärung Sorge auch hier die staatliche Mitwirkung an der Geltungserstreckung für hinreichende demokratische Legitimation.

Ausdrücklich dahinstehen lässt das Gericht lediglich, ob »etwas anderes gelten könnte, wenn der Geltungsbereich eines Tarifvertrages auf Außenseiter erstreckt würde, der von im konkreten Bereich völlig unbedeutenden Koalitionen abgeschlossen wurde«, kurz gesagt also ein nicht »repräsentativer« Minderheits-Tarifvertrag, wobei die Wortwahl des Gerichts darauf hindeutet, dass hier nur Tarifabschlüsse von marginaler Bedeutung gemeint sind. Deutlicher kann gar nicht gesagt werden, dass die Erstreckung von Tarifverträgen durch Staatsakt auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer verfassungsrechtlich nicht an eine bestimmte Quote und schon gar nicht an ein 50 %-Quorum gebunden ist.

b) Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung de lege ferenda

Ist nach dem Gesagten die gegenwärtige Ausgestaltung der Allgemeinverbindlicherklärung verfassungsrechtlich unbedenklich, aber nicht geboten, ist ihre Fortentwicklung der Voraussetzungen genau an folgenden verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkten zu messen: Zum einen muss die Allgemeinverbindlicherklärung auch künftig das Untermaß einer die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems erhaltenden Ausgestaltung der Tarifautonomie wahren, zum anderen muss diese Ausgestaltung verhältnismäßig mit Blick auf konfligierende Rechtsgüter und Interessen sein. Hier ist namentlich die Berufsfreiheit der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber zu beachten.

aa) Die Ausgestaltung der Tarifautonomie

Nach einhelliger Auffassung bedarf die Tarifautonomie als zumindest partiell normgeprägtes Grundrecht¹²⁶ der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber: Aus sich selbst heraus, kraft »natürlicher Freiheit«¹²⁷ können die Tarifvertragsparteien keine Tarifnormen im Sinne materieller Gesetze kreieren. Die unmittelbare und zwingende Wirkung für die Arbeitsverhältnisse der beiderseits tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien wird erst durch die einfachgesetzliche Anordnung in § 4 Abs. 1 TVG getrof-

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

125 Vgl. BVerfG, 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352; anders noch BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 224 m.w.N.

126 Vgl. *Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, 2007, passim.

127 Zum Begriff ausführlich *Greiner*, Rechtsfragen, S. 89.

fen. Aus dieser Ausgestaltungsbedürftigkeit folgt eine institutionelle¹²⁸ teilweise auch als auxiliär-leistungsrechtliche¹²⁹ Schutzdimension bezeichnete Gewährleistungsrichtung des Art. 9 Abs. 3 GG. Wie bei allen derartigen Garantien ist dem Grundgesetz das Gebot an den Gesetzgeber zu entnehmen, ein funktionsfähiges einfachrechtliches Normensystem zu schaffen. Art. 9 Abs. 3 GG ist konkret der verfassungsrechtliche Auftrag zu entnehmen, diejenigen einfachrechtlichen Instrumentarien bereit zu stellen, die für ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem unerlässlich sind. Den Gesetzgeber trifft eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht, die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems zu erhalten. Bei der Umsetzung dieses Zieles gesteht das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber – ersatzweise dem »Hilfsgesetzgeber« Bundesarbeitsgericht – eine erhebliche Gestaltungsfreiheit zu.¹³⁰

Die entscheidende Grenze im Hinblick auf Gewährleistungsgehalte des Art. 9 Abs. 3 GG, die dabei beachtet werden muss, ist das so genannte Untermaßverbot.¹³¹ Der Gesetzgeber muss Regelungen schaffen, die den tarifautonomen Verhandlungsprozess in angemessener Weise funktionsfähig erhalten und abstützen.¹³² Zur Realisierung dieses sehr globalen Zieles muss der Gesetzgeber hinreichende Mittel wählen, die zur Zielerreichung geeignet sind.

bb) »Gestaltungskorridor« zwischen Unter- und

Übermaßverbot

Es ist charakteristisch für die Prüfung der Wahrung eines Untermaßverbotes, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung insoweit gewissermaßen umgekehrt wird: Der Gesetzgeber ist durch den Grundsatz der Erforderlichkeit in der Gestaltungsintensität nicht nur »nach oben« beschränkt, sondern zugleich gehalten, dass zur Zielerreichung mindestens Erforderliche auch umzusetzen. Gerade die Prüfungsstufe der Erforderlichkeit verdeutlicht damit den besonderen Charakter eines Untermaßverbotes: Mit Blick auf konfligierende Verfassungsgüter darf der Gesetzgeber über das Erforderliche nicht hinausgehen (Übermaßverbot), zugleich verpflichtet ihn das Untermaßverbot, die zur Funktionserhaltung des Tarifvertragssystems erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Unter- und Übermaßverbot begrenzen mithin einen gestalterischen Korridor, innerhalb dessen der Gesetzgeber diejenigen Maßnahmen treffen muss, die – auch unter Einbeziehung sich wandelnder tatsächlicher Umstände – zur Verwirklichung des Verfassungsziels einer funkti-

onsfähigen Tarifautonomie geeignet und erforderlich sind. Dabei kommt ihm der bereits beschriebene erhebliche Einschätzungs-, Prognose- und Gestaltungsspielraum zu.¹³³

In verfassungsrechtlicher Hinsicht scheint es verfehlt, die Allgemeinverbindlicherklärung als *Eingriff* in die Tarifautonomie zu charakterisieren.¹³⁴ Die Allgemeinverbindlicherklärung dient der Abstützung des Tarifvertragssystems gegenüber der Aushöhlung durch Außenseiterwettbewerb. Insofern steht die Allgemeinverbindlicherklärung sehr wohl »im Dienst des Tarifvertrags«. ¹³⁵ Nach BAG vom 28.3.1990¹³⁶ ist ein öffentliches Interesse gegeben, »wenn damit ein anerkanntes Interesse des Gesetzgebers nachvollzogen wird«. Von verfassungsimmanenten Regelungszielen ist hier keine Rede. All dies spricht für eine Einordnung als Grundrechtsausgestaltung.

cc) 50 %-Quorum als Ausdruck des Übermaßverbotes

Inwieweit das 50 %-Quorum des § 5 Abs. 1 TVG die einzige im Rahmen dieses »Gestaltungskorridors« vorstellbare Ausgestaltung ist, ist im Schrifttum umstritten, während sich, wie dargestellt, der Rechtsprechung des BVerfG dafür keine Anhaltspunkte entnehmen lassen. *Löwisch/Rieble*¹³⁷ bejahen dies: Das 50 %-Quorum sei Ausdruck des Übermaßverbotes. Eine Absenkung des Quorums ist aus dieser Perspektive nicht vorstellbar, da ansonsten in unver-

128 Vgl. BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 368; BVerfG, 10.1.1995 – 1 BvF 1/90, 1 BvR 342/90, 1 BvR 348/90 – BVerfGE 92, 26, 41, Regelungen, »die erst die Voraussetzung für eine Wahrnehmung des Freiheitsrechts bilden«; vMKS/*Kemper* (Kommentar zum Grundgesetz:GG, 6. Aufl. 2010), Art. 9 III Rn. 138 (»Institutsgarantie«); für eine explizit »institutionelle« Deutung bereits *Scheuner*, Der Inhalt der Koalitionsfreiheit, 1960, S. 36 ff.; *Schnorr*, Öffentliches Vereinsrecht, § 16 VereinsG Rn. 7 f.; *ders.*, in: FS f. Molitor, S. 251; weiterhin Verwendung dieser Begrifflichkeit bei Sacker, Grundprobleme, 1969, S. 33 ff., 37; *Biedenkopf*, S. 105; auch (unentschieden) BK/v. *Münch*, Stand: November 2013, Art. 9 Rn. 114 m.w.N.; krit. zum Begriff vMKS/*Kemper*, Art. 9 III Rn. 95; *ders.*, Koalitionsfreiheit, S. 15 ff., 23 f.

129 *Sachs/Höfling* (Grundgesetz, 6. Aufl. 2011), Art. 9 Rn. 6, »auxiliäre leistungsrechtliche Dimension der Verfassungsbestimmung«.

130 Vgl. BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202, unter B II 2 c bb; BVerfG, 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293, 307 m.w.N.

131 Vgl. *Erk-Dieterich/Linsenmaier*, (Fn. 1) Art. 9 GG Rn. 86; *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl., 2007, S. 151 ff.; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 650 ff.

132 *Stern/Dietlein*, Staatsrecht IV/1, 2006, S. 2053 m.w.N.

133 Vgl. BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202, unter B II 2 c bb; BVerfG, 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293, 307 m.w.N.

134 So aber *Löwisch/Rieble*, 2. Aufl. 2000, § 5 Rn. 3: »mildester Eingriff in die Tarifautonomie«.

135 A. A. *Löwisch/Rieble*, 2. Aufl. 2000, § 5 Rn. 3.

136 AP TVG § 5 Nr. 25.

137 *Löwisch/Rieble*, § 5 TVG Rn. 41.

hältnismäßiger Weise in die Berufsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber eingegriffen werde. Diese Perspektive nimmt sehr einseitig nur das Übermaßverbot in den Blick, blendet hingegen die zumindest ebenso gewichtige verfassungsrechtliche Vorgabe des Untermaßverbotes zur Erhaltung einer funktionsfähigen Tarifautonomie schlicht aus.

Inwieweit eine staatliche Geltungserstreckung von Tarifnormen auf Außenseiter-Arbeitsverhältnisse auch ohne Einhaltung des 50 %-Quorums verfassungsrechtlich vorstellbar scheint, wurde rechtspolitisch und verfassungsrechtlich in der Debatte um die Einführung des § 1 Abs. 3a AEntG a. F. intensiv diskutiert. Nach *Sittard* bestehen »Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines Verzichts auf das 50 %-Quorum«. ¹³⁸ Die Vorschrift garantiere, dass der erstreckte Tarifvertrag eine gewisse Repräsentativität aufweise und schütze die Außenseiter-Arbeitgeber vor Majorisierung (durch eine Minderheit). Es fehle an einem starken Indiz für die Richtigkeit des zu erstreckenden Tarifvertrags, wenn auf das 50 %-Quorum verzichtet werde. Das Quorum diene dem Schutz kollidierender verfassungsrechtlicher Interessen.

Bei einem – somit implizit doch für möglich gehaltenen – Verzicht auf das 50 %-Quorum erwägt *Sittard* die Repräsentativität »als einzig geeigneten Anknüpfungspunkt einer Auswahlentscheidung«. ¹³⁹ Gleichwohl sei der Verzicht auf eine feste Quote nicht überzeugend, weil dadurch der Majorisierungsschutz und die Realisierung der Richtigkeitsgewähr vernachlässigt würden. ¹⁴⁰ Repräsentativität werde schließlich nicht dadurch verwirklicht, dass der Tarifvertrag nur die einfache Mehrheit der Arbeitsverhältnisse in der Branche erfasse. Auch für die Repräsentativität biete sich das 50 %-Quorum als Maßstab an; *Sittard* schließt freilich auch ein etwas niedrigeres Quorum als Maßstab für die Repräsentativität nicht aus.

All diese Erwägungen nehmen stark die kollidierenden Verfassungsgüter in den Blick. Dies hat zweifellos seine Berechtigung. Natürlich spricht es für die Richtigkeitsgewähr, für die Marktconformität und inhaltliche Angemessenheit eines Tarifvertrages, wenn eine hohe Zahl arbeitsmarktpolitisch bedeutender Arbeitgeber mit zahlreichen Arbeitnehmern den Tarifvertrag durch Herstellung mitgliederschaftlicher Tarifbindung akzeptiert haben.

dd) 50 %-Quorum und Untermaßverbot

Diese Verabsolutierung des 50 %-Quorums ignoriert jedoch die andere Seite des aufgezeigten »verfassungsrecht-

lichen Korridors«: Wäre mit dem 50 %-Quorum die äußerste verfassungsrechtliche Grenze der Zulassung der Allgemeinverbindlicherklärung markiert, wäre sie – mit anderen Worten – aus Sicht des Übermaßverbotes unverzichtbare Mindestschwelle für die Allgemeinverbindlicherklärung, käme gestalterisch also allenfalls eine *Erhöhung* des Quorums in Betracht, so ergäbe sich zwangsläufig die Konsequenz, dass staatliche Stellen in Zeiten einer abnehmenden Tarifbindung auf Arbeitgeberseite und einer pluralistischen Aufsplitterung des Koalitions- und Tarifvertragssystems zur Untätigkeit verurteilt wären. Der seinerseits Verfassungsrang genießende Schutzzweck der Allgemeinverbindlicherklärung, das Tarifvertragssystem in seiner Funktionsfähigkeit abzustützen, könnte nicht mehr realisiert werden, sobald in einer Branche die Tarifbindung der Arbeitgeber unter die 50 %-Marke absinkt.

Nach hier vertretener Auffassung wird die starre Fixierung des 50 %-Quorums daher den verfassungsrechtlichen Anforderungen nur einseitig gerecht. Akzeptiert man die Regelungsziele der Allgemeinverbindlicherklärung – sozialer Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer, Gewährleistung der Funktion gemeinsamer Einrichtungen, nach überwiegender Auffassung darüber hinaus Schutz des Tarifvertragssystems vor Außenseiterwettbewerb – so erlangen diese Schutzziele umso größere Bedeutung, je *geringer* die Tarifbindung im Arbeitgeberlager ist. Wie in einem System kommunizierender Röhren steigt die Notwendigkeit staatlicher Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, je geringer sich die Tarifbindung und je funktionsgestörter sich damit der tarifautonome Regelungsprozess darstellen. ¹⁴¹ Genau darin kommt der »Kompetenzdualismus« ¹⁴² staatlicher und tarifautonomer Normsetzung auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen plastisch zum Ausdruck.

Könnte der staatliche Gesetzgeber auf diese Entwicklung durch eigene Gesetzgebung reagieren – etwa die Festsetzung gesetzlicher Mindestentgelte oder im Bereich der

¹³⁸ *Sittard*, Tarifnormerestreckung, S. 358.

¹³⁹ *Sittard*, Tarifnormerestreckung, S. 361; so auch *Dieterich*, in: Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S. 124; *Bieback/Kocher*, in: Tarifgestützte Mindestlöhne, S. 67 ff.; *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007, 87, 121 f.; weitere Nachweise bei *Sittard*, Tarifnormerestreckung, Fn. 2174.

¹⁴⁰ *Sittard*, Tarifnormerestreckung, S. 363.

¹⁴¹ Prägnant *Wiedemann-Wank*, § 5 Rn. 77 (zu § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG): »Gerade in Gebieten oder Wirtschaftszweigen, deren Organisationsgrad schwach ist, können aber die Arbeitsbedingungen besonders zu wünschen übrig lassen.«

¹⁴² *Greiner*, Rechtsfragen, S. 94 ff.; *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 837 f.

gemeinsamen Einrichtungen die Schaffung staatlicher Institutionen, die deren Aufgaben und Funktionen übernehmen –, so liegt der den institutionellen Gewährleistungen des Art. 9 Abs. 3 GG viel eher entsprechende Mechanismus auch hier darin, ein tarifautonom legitimierte Regelungsgebilde zum Anknüpfungspunkt einer staatlichen Geltungserstreckung zu nehmen. Da der Staat sich damit einer eigenen Festsetzung des Wertverhältnisses im arbeitsvertraglichen Synallagma enthält, ist dieser Vorgang mit Blick auf die institutionellen Gewährleistungen der Tarifautonomie weitaus milder¹⁴³ und gegenüber rein staatlichen Rahmenvorgaben hinsichtlich der materiellen Arbeitsbedingungen vorzugswürdig.¹⁴⁴ Es handelt sich somit um eine zurückgenommene, die institutionelle Gewährleistung der Tarifautonomie respektierende Variante ausgestaltender staatlicher Rechtsetzung.¹⁴⁵

Steigt nun der Bedarf nach staatlicher Regulierung proportional zur abnehmenden Tarifbindung, erweist sich das 50 %-Quorum – so sinnvoll und überzeugend es aus Sicht des Übermaßverbotes, also kollidierender Verfassungsgüter, auch ist – aus Sicht des Untermaßverbotes als höchst kontraproduktiv: Es nimmt dem Staat gerade dann die Handlungsmöglichkeiten, wenn die Notwendigkeit zu staatlichem Handeln besonders groß ist. Nimmt man dieses grundlegende Spannungsverhältnis von verfassungsrechtlich gesichertem Gestaltungsauftrag aus Art. 9 Abs. 3 GG und kollidierender Berufsausübungsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber in den Blick, ließe sich auch eine Verschiebung des Akzents vom bislang überbetonten Übermaßverbot zum Untermaßverbot begründen – selbst ein vollständiger Verzicht auf das Quorum wäre legitimierbar.

ee) 50 %-Quorum und »öffentliches Interesse«

Dies gilt umso mehr, als das Quorum bei weitem nicht das einzige Tatbestandsmerkmal der Allgemeinverbindlicherklärung darstellt. Das dominierende Merkmal ist vielmehr das »öffentliche Interesse«. Dieses öffentliche Interesse bezeichnet das verfassungsrechtlich bei jeder Ausgestaltung und jedem Eingriff grundlegende und die Verhältnismäßigkeitsprüfung prägende »legitime Ziel« des Gesetzgebers.

Staatliches Handeln, das die Tarifautonomie ausgestaltet, und somit insbesondere auch die staatliche Geltungserstreckung eines Tarifvertrages, bedarf eines legitimen Ausgestaltungszwecks; ferner muss eine geeignete, erforderliche und – gemessen an den Reflexwirkungen im negatorischen Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG – angemessene Aus-

gestaltung gefunden werden.¹⁴⁶ Erfüllt eine Regelung diese Vorgaben, sind zugleich die damit verbundene Beeinträchtigung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und die allgemeine respektive unternehmerische Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG) gerechtfertigt.¹⁴⁷ Damit ist klargestellt, dass jegliches die Tarifautonomie ausgestaltendes Handeln eines hinreichenden »öffentlichen Interesses« bedarf, so dass es sich bei § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG lediglich um eine exemplarische Regelung dieses allgemeinen verfassungsrechtlichen Erfordernisses handelt.

Die Bandbreite vorstellbarer »öffentlicher Interessen« ist dabei groß: In Betracht kommen namentlich der soziale Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer vor sozial unverträglichen Arbeitsbedingungen¹⁴⁸ oder der Schutz der sozialen Sicherungssysteme.¹⁴⁹ Ferner kommt der Schutz der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems durch Beschränkung des entgeltbezogenen Außenseiterwettbewerbs in Betracht.¹⁵⁰ Die Rechtsprechung betont auch insofern die Freiheit des Gesetzgebers bei der Identifizierung legitimer öffentlicher Interessen.

So gesehen ist das 50 %-Quorum lediglich als Argumentationshilfe für die Begründung eines öffentlichen Interesses zu deuten: Haben sich die Arbeitgeber einer Branche mehrheitlich für die mitgliedschaftliche Bindung an einen bestimmten Tarifvertrag entschieden, wird das öffentliche Interesse an der Tarifnormerstreckung durch diese marktförmige Auswahlentscheidung der tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien positiv beeinflusst, ohne dass damit das »öffentliche Interesse« schon indiziert wäre. Die Wahrung des 50 %-Quorums erleichtert damit der staatlichen Exekutive die Darlegung des öffentlichen Interesses an der Tarifnormerstreckung. Fehlt es an der Verwirklichung des 50 %-Quorums, ist damit jedoch

143 A. A. Giesen, ZfA 2008, 355, 373 ff., der mit Blick auf eine »Neutralitätspflicht« des Staates der staatlichen Entgeltfestsetzung den Vorzug gibt.

144 Greiner, Rechtsfragen, S. 414.

145 Greiner, a. a. O.

146 So im Ansatz – bei anderem Ergebnis – auch Giesen, ZfA 2008, 355, 368 m.w.N.

147 Vgl. nur BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202; Preis/D. Ulber, NJW 2007, 465, 469 ff.; eine Rechtfertigung auch insoweit verneinend Thüsing/Lembke, ZfA 2007, 87, 117.

148 Vgl. BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322.

149 BVerfG, 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293; BVerfG, 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609.

150 BVerfG, 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293; BVerfG, 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609.

noch kein Negativurteil hinsichtlich des potentiellen Vorliegens eines öffentlichen Interesses gesprochen: Mögen auch die Anforderungen an die Darlegung eines öffentlichen Interesses steigen, wenn das 50 %-Quorum nicht erfüllt ist, bleibt diese Darlegung dennoch möglich. Mit Blick auf den dargestellten Mechanismus, dass das sozialstaatliche Interesse an einer Abstützung des Tarifvertragssystems, am sozialen Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer und an der Sicherung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen proportional steigt, je *geringer* die Tarifbindung sich darstellt, lässt sich mit genau diesen Argumenten das öffentliche Interesse gerade in einer Situation geringerer Tarifbindung bejahen.

Nur ergänzend sei hinzugefügt, dass auch die prozeduralen Anforderungen – insbesondere das Einvernehmen des Tarifausschusses (§ 5 Abs. 1 Satz 1 TVG) – im Fall der Allgemeinverbindlicherklärung ein zusätzliches, die Richtigkeitsgewähr des erstreckten Tarifvertrages sicherndes Korrektiv darstellen. Auch diese zusätzliche Absicherung trägt bei § 5 TVG – anders als etwa beim Rechtsverordnungsverfahren nach § 7 AEntG – dazu bei, dass die inhaltliche »Richtigkeit« des erstreckten Tarifvertrages gesichert bleibt, auch wenn die mitgliedschaftliche Bindung sich als schwach erweist. Da das Verfahren nach § 7 AEntG auf dieses prozedurale Korrektiv verzichtet, ist hier die »Repräsentativität« von erheblich höherer Bedeutung als bei § 5 TVG mit seinen zusätzlichen prozeduralen Anforderungen. Auch dieser Umstand trägt in dem aufgezeigten Konflikt von Untermaß- und Übermaßverbot dazu bei, dass ein Verzicht auf das 50 %-Quorum verfassungsrechtlich zulässig ist.

Dass diese Perspektive auch dem Gesetzgeber nicht fremd ist, zeigt ein Blick auf vergleichbare Konstellationen, in denen bereits gesetzgeberisch ähnlich entschieden wurde: Am deutlichsten scheint dabei das MiArbG. Dieses verlangt in § 1 Abs. 2 für die Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten, dass in dem Wirtschaftszweig bundesweit die an Tarifverträge gebundenen Arbeitgeber weniger als 50 % der unter den Geltungsbereich dieser Tarifverträge fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Die durch Staatsakt erlassenen Mindestarbeitsentgelte haben Vorrang vor konkurrierenden Tarifverträgen, soweit diese nicht nach § 8 Abs. 2 Bestandsschutz genießen. Für die Mindestarbeitsentgelte gelten die gesetzlichen Vorschriften über den Tarifvertrag sinngemäß.

4. Das 50 %-Quorum als Hemmnis bei der Bewältigung der Tarifpluralität

Dies zeigt sehr deutlich, dass jedenfalls hinsichtlich bestimmter Schutzmaterien die Notwendigkeit einer staatlichen Korrektur genau in Umkehrung des 50 %-Quorums proportional steigt, je schwächer die Tarifbindung sich darstellt. Insbesondere betrifft das die sozialstaatlichen und persönlichkeitsrechtsschützenden Mindestarbeitsbedingungen.

Es ist daher unbedenklich, wenn der Gesetzgeber auch dort, wo die Tarifbindung keine starke Akzeptanz des Tarifvertrages erkennen lässt, den Tarifvertrag zum Anknüpfungspunkt für eine sozialstaatlich gebotene Absicherung der Arbeitnehmer nimmt. So bringt er seine sozialstaatlichen Pflichten in bestmöglichen Einklang mit der institutionellen Absicherung der Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 GG: Trotz schwacher Tarifbindung erachtet er das Wirken der Tarifpartner als so schützens- und förderungswert, dass er es zum Anknüpfungspunkt einer eigenen Erstreckungsentscheidung nimmt.

Aus den dargelegten Gründen besteht ein besonderes Bedürfnis, den Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen gerade dann abzusichern, wenn die Tarifbindung an ihn schwach ist, die 50 %-Schwelle also unterschritten wird. Das Missverhältnis von Beiträgen und Leistungen¹⁵¹ ist umso stärker ausgeprägt, je geringer die mitgliedschaftliche Bindung des Tarifvertrages ist. Die Notwendigkeit eines staatlichen Korrektiveingriffs steigt auch in diesem Fall mit Blick auf die genannte Funktionsweise der gemeinsamen Einrichtungen, je schwächer die Tarifbindung ist. Ebenso wie auf dem Gebiet der Mindestarbeitsbedingungen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz ist daher die Koppelung an ein Mindestquorum entsprechend § 5 TVG für die gemeinsamen Einrichtungen geradezu kontraproduktiv und sachwidrig. Es wäre ein sinnvoller Schritt, in einer spezialgesetzlichen Ausgestaltung der Geltungserstreckung zu verdeutlichen, dass bei Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen dieses Erfordernis keine Rolle spielt.

Die Alternativen des Gesetzgebers wären – sozialstaatlich schwer vertretbar – auf jegliche Regelung zu verzichten oder durch Gesetz neue Ausgleichsinstitutionen zu schaffen – gewissermaßen gesetzliche Sozialkassen. Es ist

¹⁵¹ Sieben oben I 3.

jedoch eine in hohem Maße legitime und die Tarifautonomie achtende Gestaltungsentscheidung, stattdessen trotz schwächerer Tarifbindung auf die Sachkompetenz der Tarifparteien zu vertrauen und die zwar schwach legitimierte, aber gleichwohl vorhandene tarifliche Regelung zum Anknüpfungspunkt einer Geltungserstreckung zu nehmen.

All dies spricht dafür, dass der Vorrang repräsentativer Tarifverträge nicht von einer bestimmten Quote tarifgebundener Arbeitgeber oder Arbeitnehmer abhängen muss. Entscheidend ist nicht eine Quote, sondern die sozialpolitische Notwendigkeit, die im MiArbG sogar dazu führen kann, dass das *Nichterreichen* der Quote zur Voraussetzung einer originär staatlichen Festsetzung von Arbeitsbedingungen wird. Eine solche sozialpolitische Notwendigkeit kann sich aus dem Fehlen angemessener Mindestarbeitsbedingungen ergeben, aber, wie das Beispiel der Tariftreue¹⁵² zeigt, auch aus der Gefährdung eines ganzen Tarifsystems durch außertarifliche Unterbietung. Ebenso liegen in Rechtsprechung und Schrifttum, wie vorstehend dargelegt, überwältigende und kaum strittige Aussagen über die Notwendigkeit einer einheitlichen Geltung gemeinsamer Einrichtungen jedenfalls in den Bereichen des Arbeitslebens vor, in denen eine starke Fluktuation von Arbeitnehmern besteht. Der Gesetzgeber steht bei dem Erlass einer solchen Vorrangregelung damit weniger vor der Frage ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit als vor der Frage ihrer Ausgestaltung im Einzelnen.

Bei der Entscheidung über eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen kann es der Gesetzgeber dem Bundesministerium überlassen, die Notwendigkeit ihres Vorranges vor konkurrierenden Tarifverträgen abzuwägen. Entsprechend der bisherigen Praxis kann es dem Bundesministerium im Rahmen seines weiten Ermessens auch überlassen werden, im Einzelnen festzulegen, wie weit der Vorrang der Geltungserstreckung gehen soll. Die bisherige Einschränkungspraxis wäre nur dadurch einer Änderung zu unterziehen, dass nicht mehr von einem Vorrang spezieller vor allgemeinverbindlichen Tarifverträgen auszugehen ist, sondern eine Abwägung der verschiedenen Interessen stattzufinden hat. All dies lässt sich in Anlehnung an §§ 7, 8 Abs. 1, 2 AEntG regeln, allerdings im TVG und ohne die international privatrechtliche Wirkung des AEntG.

5. Europäische Vorgaben und Beispiele

a) Europarecht

Dem europäischen Recht ist die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen vertraut. Es verlangt sie in einigen Fällen sogar, ohne besondere Voraussetzungen zu nennen. Art. 3 der so genannten Entsenderichtlinie 96/71/EG verlangt von den Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass in ein anderes Mitgliedsland entsandten Arbeitnehmern bezüglich bestimmter Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantiert werden, die durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften oder durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche festgelegt sind. Art. 3 Abs. 8 stellt klar, dass unter »für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen« solche zu verstehen sind, die von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind. In der Rechtsprechung des EuGH wird das Erfordernis der Allgemeinverbindlichkeit besonders hervorgehoben. So hat es in einer Entscheidung vom 3.4.2008¹⁵³ dazu geführt, dass die Anwendung der deutschen nicht allgemeinverbindlichen Tariftreuregelungen auf entsandte Arbeitnehmer für unzulässig erklärt wurde. In einem Urteil des EuGH vom 18.12.2007¹⁵⁴ wurde die Anwendung schwedischer Tarifverträge auf nach Schweden entsandte Arbeitnehmer mangels Allgemeinverbindlichkeit für unzulässig erklärt.

Art. 153 Abs. 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ermächtigt Tarifverträge in den Mitgliedstaaten sogar zur Durchführung europäischer Richtlinien. Die Rechtsprechung des EuGH hat klargestellt,¹⁵⁵ dass es sich dabei um allgemeinverbindliche Tarifverträge handeln muss.¹⁵⁶ Wenn die Mitgliedstaaten die Ver-

152 Vgl. BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – AP GG Art. 9 Nr. 129.

153 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – NZA 2008, 537 (Rüffert).

154 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – NZA 2008, 159 (Laval).

155 EuGH, 18.12.2008 – C-306/07 – Slg 2008, I-10279-10321 (Andersen) Rn. 26, 27.

156 Ein mit alledem unvereinbarer Ausreißer ist ein Urteil des EuGH, 9.3.2006 – C-499/04 – NZA 2006, 376 (Werhof) geblieben, nach dem aus der in Art. 11 EMRK gewährleisteten negativen Koalitionsfreiheit abzuleiten sei, dass der Übernehmer eines Betriebes nicht an eine dynamische arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge gebunden sei. Ein neues Urteil des EuGH, 11.2.2010 – C-405/08 – EuZW 2010, 258 (in diese Richtung auch schon BAG, 23.9.2009 – 4 AZR 331/08 – DB 2010, 2112) ist darüber kommentarlos hinweggegangen; es sei zulässig, eine Richtlinie durch einen Tarifvertrag umzusetzen, dem eine Gruppe von Arbeitnehmern unterliegt,

wirklichung einer Richtlinie den Sozialpartnern überlassen, müsse dies auch für die Arbeitnehmer gelten, die keiner Gewerkschaft angehören. Folglich stehe eine Richtlinie (im Anlassfall 91/533 EWG) einer nationalen Regelung nicht entgegen, nach der ein Arbeitnehmer, der nicht Mitglied der Gewerkschaft ist, die den Tarifvertrag zur Umsetzung dieser Richtlinie geschlossen hat, allein aus diesem Grund nicht daran gehindert ist, nach dem betreffenden Tarifvertrag den von der Richtlinie vorgesehenen Schutz in vollem Umfang in Anspruch zu nehmen.

Eine besondere Bedeutung misst der EuGH allgemeinverbindlichen Tarifverträgen über einen Betriebsrentenfonds zu, also einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifparteien. In den einschlägigen Passagen der Leitsätze einer Entscheidung vom 21.9.1999¹⁵⁷ heißt es:

- » In diesem Zusammenhang fällt eine in Form eines Tarifvertrags geschlossene Vereinbarung, durch die in einem bestimmten Wirtschaftszweig ein Zusatzrentensystem geschaffen wird, das durch einen Rentenfonds verwaltet wird, bei dem die Mitgliedschaft durch den Staat verbindlich vorgeschrieben werden kann, aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag. Ein solches System soll in seiner Gesamtheit ein bestimmtes Rentenniveau für alle Arbeitnehmer dieses Wirtschaftszweigs gewährleisten und trägt daher unmittelbar zur Verbesserung einer der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer, nämlich ihrer Entlohnung, bei.
- » Das ausschließliche Recht eines Betriebsrentenfonds, die Zusatzrenten in einem bestimmten Wirtschaftszweig zu verwalten, und die sich daraus ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen können nach Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag als Maßnahme gerechtfertigt werden, die zur Erfüllung einer im allgemeinen Interesse liegenden besonderen sozialen Aufgabe erforderlich ist, mit der dieser Fonds betraut ist.«
Die Rn. 103–111 begründen das so:
- » 103 Artikel 90 Absatz 2 soll dadurch, daß er unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von den allgemeinen Vorschriften des Vertrages zulässt, das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- oder Sozialpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes in Einklang bringen (Urteile vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223, Randnr. 12, und vom 23. Oktober 1997 in der Rechtssache C-157/94, Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699, Randnr. 39).

- » 104 Unter Berücksichtigung dieses Interesses der Mitgliedstaaten kann es diesen nicht verboten sein, bei der Umschreibung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, mit denen sie bestimmte Unternehmen betrauen, die eigenen Ziele ihrer staatlichen Politik zu berücksichtigen und diese durch Verpflichtungen und Beschränkungen zu verwirklichen zu suchen, die sie diesen Unternehmen auferlegen (Urteil Kommission/Niederlande, Randnr. 40).
- » 105 Das im Ausgangsverfahren betroffene Zusatzrentensystem erfüllt aber im Rentensystem in den Niederlanden wegen der auf der Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns berechneten äußerst geringen Höhe der gesetzlichen Rente eine wesentliche soziale Funktion.
- » 106 Darüber hinaus ist die Bedeutung der den Zusatzrenten zugewiesenen sozialen Funktion kürzlich dadurch anerkannt worden, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber die Richtlinie 98/49/EG des Rates vom 29. Juni 1998 zur Wahrung ergänzender Rentenansprüche von Arbeitnehmern und Selbständigen, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. L 209, S. 46), erlassen hat.
- » 107 Ferner ist der Tatbestand des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages nicht erst dann erfüllt, wenn das finanzielle Gleichgewicht oder das wirtschaftliche Überleben des mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmens bedroht ist. Vielmehr genügt es, daß ohne die streitigen Rechte die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben gefährdet wäre, wie sie sich aus den ihm obliegenden Verpflichtungen und Beschränkungen ergeben, oder daß die Beibehaltung dieser Rechte erforderlich ist, um ihrem Inhaber die Erfüllung seiner im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen (Urteil vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91, Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Randnr. 14 bis 16, und Urteil Kommission/Niederlande, Randnr. 53).
- » 108 Bei Wegfall des ausschließlichen Rechts des Fonds, das Zusatzrentensystem für alle Arbeitnehmer eines bestimmten Wirtschaftszweigs zu verwalten, würden sich die Unternehmen, die junges und gesundes Personal mit nicht gefährlichen Tätigkeiten beschäftigen, bei privaten Versicherern um günstigere Versicherungsbedingungen bemühen. Das fortschreitende Aus-

obwohl sie der an diesem Vertrag beteiligten Gewerkschaft nicht angehören und ihre Berufsgruppe von dieser Gewerkschaft nicht vertreten wird. Siehe auch *Kamanabrou*, Erga-Omnnes-Wirkung von Tarifverträgen, 2011, S. 80 f.: Soweit völkerrechtliche Vereinbarungen die negative Koalitionsfreiheit garantieren, schützen sie nicht vor der Normsetzung fremder Tarifparteien.

¹⁵⁷ EuGH, 21.9.1999 – C-67/96 – EAS Teil C EG-Vertrag Art. 85 Nr. 5 (Albany).

scheiden von »guten« Risiken beließe dem Betriebsrentenfonds die Verwaltung eines wachsenden Anteils von »schlechten« Risiken, was zu einer Erhöhung des Aufwands für die Renten der Arbeitnehmer, insbesondere derjenigen kleiner und mittlerer Unternehmen mit einem älteren, gefährliche Tätigkeiten ausübenden Personal, führen würde, denen der Fonds zu annehmbaren Kosten keine Renten mehr anbieten könnte.

- › 109 Dies würde um so mehr gelten, wenn das ausschließlich vom Fonds verwaltete Zusatzrentensystem wie in den Ausgangsverfahren durch einen erhöhten Grad an Solidarität gekennzeichnet ist, und zwar insbesondere wegen der Unabhängigkeit der Beiträge vom Risiko, der Verpflichtung, alle Arbeitnehmer ohne vorherige ärztliche Untersuchung aufzunehmen, der Fortsetzung der Begründung von Rentenansprüchen unter Befreiung von der Beitragszahlung bei Arbeitsunfähigkeit, der Übernahme von vom Arbeitgeber bei dessen Konkurs geschuldeten Beitragsrückständen durch den Fonds sowie der Indexierung der Höhe der Renten zur Erhaltung ihres Wertes.
- › 110 Derartige Zwänge, die die vom Fonds erbrachte Dienstleistung weniger wettbewerbsfähig als eine vergleichbare von Versicherungsgesellschaften erbrachte Dienstleistung machen, tragen nämlich dazu bei, das ausschließliche Recht dieses Fonds zur Verwaltung des Zusatzrentensystems zu rechtfertigen.
- › 111 Nach alledem könnte die Entziehung des dem Fonds übertragenen ausschließlichen Rechts dazu führen, daß es ihm unmöglich würde, die ihm übertragenen Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unter wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen zu erfüllen, und daß sein finanzielles Gleichgewicht gefährdet würde.«

Dies sind also genau die Überlegungen, mit denen auch die vorstehend dargestellte deutsche Rechtsprechung die Allgemeinverbindlichkeit gemeinsamer Einrichtungen gerechtfertigt hat. Allerdings äußert sich der EuGH nicht zu den Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung, so dass diese von den Mitgliedstaaten selbst festzulegen sind. Klar ist immerhin, dass europäische Grundrechte der Allgemeinverbindlichkeit nationaler Tarifverträge nicht entgegenstehen, denn sonst könnte das europäische Recht nicht an eine nationale Allgemeinverbindlichkeit anknüpfen.

b) Rechtsvergleichung

Da die Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit national zu bestimmen sind, ist es von Interesse, wie sie in anderen europäischen Ländern geregelt werden.¹⁵⁸ Die Rechtsvergleichung hat ein eindeutiges Ergebnis: Soweit

andere europäische Länder eine Allgemeinverbindlicherklärung kennen, müssen die beteiligten Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände repräsentativ sein. Die Merkmale eines repräsentativen Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberverbandes werden wie folgt bestimmt:

- › Belgien (S. 147, 148, 154)¹⁵⁹:
Repräsentativ sind die branchen- und berufsübergreifenden nationalen Gewerkschaftsdachverbände, die in übergeordneten Räten vertreten sind und mehr als 50.000 Mitglieder haben, sowie Gewerkschaften, die diesen Dachverbänden angehören. Die Anforderungen an repräsentative Arbeitgeberverbände sind ähnlich. Die ILO hat Belgien mehrfach aufgefordert, die Kriterien zu ändern, weil sie nicht objektiv seien.
- › Finnland (S. 317):
Ein repräsentativer Tarifvertrag liegt vor, wenn mindestens die Hälfte der Arbeitnehmer der Branche von ihm erfasst wird.
- › Frankreich (S. 187, 196):
Kriterien der Repräsentativität von Gewerkschaften sind Achtung der republikanischen Werte, Unabhängigkeit, finanzielle Transparenz, Mindestbestandsdauer von zwei Jahren, Erfolg bei Wahlen zu Arbeitnehmervertretungen, Einfluss, Mitgliederzahl und Mitgliedsbeiträge. Eckpfeiler ist der Wahlerfolg. Auf Betriebs- und Unternehmensebene ist eine Gewerkschaft repräsentativ, wenn sie mindestens 10 % der abgegebenen gültigen Stimmen bei der Wahl zur Arbeitnehmervertretung erhalten hat. Auf Branchenebene reichen 8 % der Stimmen aus. Eine gesetzliche Regelung der Repräsentativität von Arbeitgeberverbänden fehlt.
- › Griechenland (S. 332):
Die Allgemeinverbindlicherklärung setzt voraus, dass 51 % der Arbeitnehmer der Branche oder des Berufs bei bereits tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sind.
- › Niederlande (unveröffentlichtes Manuskript von Prof. Verhulp, 2011):
Voraussetzung der Allgemeinverbindlicherklärung ist, dass die bereits an den Tarifvertrag gebundenen Arbeitgeber 55–60 % der Arbeitnehmer in dem Sektor beschäftigen.
- › Luxemburg (S. 341, 342, 346):
Auch in Luxemburg wird für die Gewerkschaften vor allem auf die Ergebnisse der Wahlen zu den Berufsvertretungen der Arbeitnehmer abgestellt. Sie müssen durchschnittlich mindestens 20 % der Stimmen erhalten.

¹⁵⁸ Dazu die aktuelle Übersicht bei *Kamanabrou*, a. a. O., S. 140 ff.; auch *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfluralität, 2010; *Junker*, ZfA 2011, S. 299 ff.

¹⁵⁹ Seitenangaben beziehen sich auf das Werk von *Kamanabrou*, a. a. O.

- › Polen (S. 352):
Repräsentativ sind Gewerkschaften, die wenigstens 300.000 Arbeitnehmer vertreten oder mindestens 10 %, aber nicht weniger als 10.000 der vom Tarifvertrag erfassten Arbeitnehmer zu ihren Mitgliedern zählen.
- › Spanien (Junker, ZfA 2011, S. 319):
In Spanien sind bestimmte (so genannte statutarische) Tarifverträge automatisch allgemeinverbindlich, die von den repräsentativsten Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden abgeschlossen werden. Diese Gewerkschaften müssen bei den letzten Wahlen zu den gesetzlichen Arbeitnehmervertretungen mindestens 10 % aller Sitze erlangt haben. Die Mitglieder des korrespondierenden Arbeitgeberverbandes müssen mindestens 10 % der Arbeitnehmer im angestrebten tariflichen Geltungsbereich beschäftigen.
- › Tschechien (S. 371):
Die Allgemeinverbindlicherklärung bezieht sich hier stets auf eine bestimmte Branche. Sie muss erfolgen, wenn entweder die Mitglieder des Arbeitgeberverbandes die höchste Zahl von Arbeitnehmern in der betreffenden Branche beschäftigen oder die Gewerkschaft die höchste Anzahl von Arbeitnehmern erfasst.
- › Ungarn (S. 380 f.):
Auch hier ist eine Allgemeinverbindlicherklärung repräsentativer Branchenverträge möglich. Ein Arbeitgeberverband soll insbesondere als repräsentativ angesehen werden, wenn er anhand seiner Mitgliederzahlen, seiner Marktposition und der Anzahl der bei seinen Mitgliedern beschäftigten Arbeitnehmer der in seinem Betätigungsfeld wichtigste Verband ist. Eine Gewerkschaft gilt als repräsentativ, wenn sie aufgrund ihrer Mitgliederzahlen und ihres Rückhalts bei den Arbeitnehmern als die in ihrem Tätigkeitsbereich bedeutendste Gewerkschaft anzusehen ist (§ 34 Abs. 3 AGB), wobei der Rückhalt bei den Arbeitnehmern den Ergebnissen der letzten Betriebswahlen zu entnehmen ist (§ 34 Abs. 4 AGB).

Für Deutschland lässt sich aus alledem entnehmen, dass es für die Allgemeinverbindlicherklärung entscheidend auf die Repräsentativität der am Tarifvertrag beteiligten Verbände ankommt. Ein einheitliches Kriterium für die Repräsentativität gibt es nicht. Die deutsche Quote liegt am oberen Rand der Voraussetzungen, während sich andere Rechtsordnungen mit weit geringeren Zahlen begnügen, wohl auch in Abhängigkeit von dem jeweiligen gewerkschaftlichen Organisationsgrad. Darauf wird zurückzukommen sein (s. im Folgenden 6.).

6. Gesetzgeberische Gestaltungsoptionen

Hervorgehoben sei, dass in dem aufgezeigten Gestaltungskorridor zwischen Untermaßverbot und Übermaßverbot vielfältige Gestaltungsvarianten denkbar sind, unter denen der Gesetzgeber bei vertretbarer Abwägung des angestrebten Regelungsziels mit den eintretenden Negativwirkungen wählen kann: Letztlich bestehen drei Möglichkeiten zur Realisierung des Zieles, die Tarifautonomie durch Allgemeinverbindlicherklärung in Situationen zu stärken, in denen die Tarifbindung auf Arbeitgeberseite das bisherige Quorum nicht erreicht:

Erstens könnte in verfassungskonformer Weise die Höhe des Quorums moderat oder auch deutlicher abgesenkt werden. Damit würde der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems durch Stärkung der Allgemeinverbindlicherklärung gedient; zugleich würden jedoch die mit dem Übermaßverbot in den Blick genommenen gegenläufigen Interessen weiterhin wirkungsvoll geschützt. Praktisch spricht für diesen Ansatz sicher auch, dass er im politischen Raum bereits diskutiert wird.¹⁶⁰

Eine flexiblere Alternative läge *zweitens* darin, auf eine Fixierung des Quorums künftig zu verzichten und auch hier auf den offenen, unbestimmten Begriff der »Repräsentativität« auszuweichen. Für allgemeinverbindlich erklärt werden könnte demnach – bei Bestehen eines öffentlichen Interesses – ein repräsentativer Tarifvertrag. Die Lösung hat die Entwicklungsoffenheit und Flexibilität für sich. Sie ist eine zukunftsichere Ausgestaltung, da – anders als bei einer bloßen Absenkung des Quorums – vermieden wird, dass eine weiter rückläufige Tarifbindung stets gesetzgeberisch nachvollzogen werden muss.

Für die Ersetzung des starren Quorums durch den flexibleren Begriff der Repräsentativität spricht seine umfassende Verankerung in dem Recht der europäischen Länder, die eine Allgemeinverbindlicherklärung kennen (s. oben 5.). Mit § 7 Abs. 2 AEntG ist der Begriff auch schon in das deutsche Recht als Kriterium für die Auswahl unter mehreren Tarifverträgen eingedrungen, während § 7 AEntG sonst keine Voraussetzungen für die Erstreckung tariflicher Mindestarbeitsbedingungen aufstellt. Würde man das Kriterium der Repräsentativität auf die Allgemeinverbindlich-

¹⁶⁰ Vgl. Gesetzesinitiative der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/4437, S. 3: Absenkung auf 40 %.

erklärung nach § 5 TVG übertragen, wäre eine gewisse Systemgerechtigkeit hergestellt: Repräsentativität ist im Rahmen des § 5 TVG immer erforderlich, im Rahmen des § 7 AEntG, in dem es nur um Mindestarbeitsbedingungen geht, dagegen nur bei Tarifkonkurrenz.¹⁶¹

Das Abstellen auf die Repräsentativität würde es auch ermöglichen, die häufig über die mitgliedschaftliche Tarifgebundenheit hinausgehende arbeitsvertragliche Unterstellung unter Tarifverträge einzubeziehen. Dies hat ein Vorbild in der Tarifvertragsverordnung von 1918, die sich für die Allgemeinverbindlicherklärung mit der »überwiegenden Bedeutung« des Tarifvertrages begnügt und damit durchaus bewährt hat.¹⁶²

Bei dieser Variante müsste indes klargelegt werden, dass Kern des Repräsentativitätskriteriums das Ausmaß der Bindung an den jeweiligen Tarifvertrag ist und eine inhaltliche Bewertung nicht entscheidend sein kann. Als Element zur Bestimmung der Repräsentativität könnte gerade in Zeiten zurückgehender mitgliedschaftlicher Tarifbindung auch die Etablierung des Tarifvertrags als Ziel arbeitsvertraglicher Bezugnahmen herangezogen werden.¹⁶³

Schließlich könnte *drittens* auch ein vollständiger Verzicht auf das Quorum verfassungsrechtlich legitimiert werden. Dies folgt aus dem aufgezeigten Zusammenhang, dass die Notwendigkeit staatlicher Korrekturereingriffe proportional steigt, je geringer die Tarifbindung sich darstellt. Indem dadurch die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung massiv gestärkt wird, stellt sich die Beeinträchtigung der gegenläufigen Interessen im Vergleich zu den moderateren Öffnungen des Quorums als deutlich gravierender dar. Für diesen Schritt müssten somit höhere Legitimationsschwellen überwunden werden. Es müsste dargelegt werden können, dass mildere Mittel – eine bloße Absenkung des Quorums oder ein Ausweichen auf das Repräsentativitätskriterium – das legitime Regelungsziel, die Tarifautonomie durch Erweiterung der Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung nachhaltig zu stärken, nicht in gleicher Weise verwirklichen können. Aufgrund des dargelegten Zusammenhangs – steigende Notwendigkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung, je schwächer die Tarifbindung sich darstellt – ist auch dies begründbar.

Für diese Variante hat sich jetzt die Große Koalition von CDU/CSU/SPD in ihrer Koalitionsvereinbarung für die 18. Legislaturperiode entschieden.¹⁶⁴ In Zukunft soll es danach für eine Allgemeinverbindlicherklärung nicht mehr erforderlich sein, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber

mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Ausreichend soll das Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses sein. Dieses sei insbesondere dann gegeben, wenn

- die Funktionsfähigkeit von gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (Sozialkassen) gesichert werden soll,
- die Allgemeinverbindlicherklärung die Effektivität der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen sichert, oder
- die Tarifvertragsparteien eine Tarifbindung von mindestens 50 % glaubhaft darlegen.

Nach diesen Vorschlägen ergibt sich im Umkehrschluss, dass für die Sicherung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen kein Quorum erforderlich sein soll. Dies deckt sich mit der hier entwickelten Auffassung.

7. Sicherung der Allgemeinverbindlicherklärung durch die Judikative?

a) Legitimation als Rechtsfortbildung *contra legem*

Kann nach dem Gesagten der Gesetzgeber in Weiterentwicklung des § 5 TVG vom 50%-Quorum absehen, stellt sich die weitergehende Frage, ob ein derartiger Schritt auch der Rechtsprechung auf Basis des heute geltenden Rechts möglich wäre. Fokussiert man zunächst auf § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG, scheint es sich dabei um eine richterliche Rechtsfortbildung *contra legem* zu handeln, da der klare Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG die kumulative Einhaltung des Quorums neben dem Vorliegen eines hinreichenden öffentlichen Interesses (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG) verlangt. Eine solche ist nur unter engen Voraussetzungen anzuerkennen.

Infolge seiner Bindung an »Gesetz und Recht« (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG) muss der erkennende Richter die Strukturen und Prinzipien des geschriebenen Rechts respektieren. Ihm »fehlt die demokratische Legitimation, eigene Regelungssysteme zu entwerfen«.¹⁶⁵ Ferner fehlt

161 S. Hanau, Soziales Recht, 2011, S. 11.

162 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, II, 1997, S. 893; *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II, 6. Aufl. 1954, S. 486; auch *Hanau*, a. a. O., S. 4.

163 Vgl. zu diesem Aspekt *Hanau*, a. a. O., S. 4.

164 »Deutschlands Zukunft gestalten«, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode.

165 *Preis*, RdA 1989, 327, 335.

ihm die Verwerfungskompetenz hinsichtlich einfachrechtlicher Regelungen. Über den letztgenannten Aspekt hilft freilich das Bundesverfassungsgericht hinweg, wenn es die richterliche Rechtsfortbildung *contra legem* nachträglich billigt und dadurch die in Art. 100 Abs. 1 GG zum Ausdruck gebrachte intrajudikative Kompetenzverteilung *ex post* gewahrt wird.¹⁶⁶

Voraussetzung wäre freilich, dass sich ohne die Rechtsfortbildung *contra legem* ein verfassungswidriger Regelungs-*z*ustand ergäbe, der nur durch richterliche Rechtsfortbildung abgewendet werden kann. Daran lässt sich denken, wenn vor dem Hintergrund geänderter tatsächlicher Umstände zumindest einer der genannten Schutzzwecke der Allgemeinverbindlicherklärung infolge des festgelegten 50%-Quorums leer zu laufen droht. Ließe sich nachweisen, dass infolge des Quorums eine Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen auf breiter Front nicht mehr möglich wäre, läge darin ein durchgreifendes Argument, das aus Art. 9 Abs. 3 GG folgende Untermaßverbot bei bloßem Fortbestand der gesetzlichen Regelung für verletzt zu halten. Auch der erkennende Richter könnte dann das Recht verfassungskonform zur Vermeidung einer andernfalls eintretenden verfassungswidrigen Verletzung des Untermaßverbots fortentwickeln und von der Einhaltung des 50%-Quorums absehen.

Zusätzlich stützen lässt sich dies – insbesondere auch mit Blick auf die Gesetzesbindung der Judikative – durch einen Hinweis auf die gesetzgeberische Tendenz der letzten Jahre, verwandte Regelungen zu schaffen, bei denen auf ein vergleichbares Quorum verzichtet wurde. So hat der Gesetzgeber in § 7 AEntG kein Quorum statuiert, sondern an dessen Stelle den sehr offenen Rechtsbegriff der Repräsentativität¹⁶⁷ gesetzt. Aus dieser legislatorischen Tendenz scheint ein gesetzgeberischer Wille ableitbar, eine Dominanz des öffentlichen Interesses gegenüber der strikten Einhaltung des Mehrheitsquorums anzuerkennen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich nicht um eine breit wirkende Allgemeinverbindlicherklärung ganzer Tarifwerke – also Normenwerke mit Individualnormen zur umfassenden Regelung der Arbeitsbeziehungen innerhalb einer Branche – handelt, sondern ausschließlich um die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages mit einem genau eingegrenzten, sozialstaatlich besonders qualifizierten Regelungsgegenstand.

Genau derartige Fälle nimmt auch § 7 AEntG in den Blick: Konstellationen, in denen das öffentliche Interesse angesichts des tariflich geregelten Gegenstandes so domi-

niert, dass die Geltungserstreckung von überragenden Interessen getragen ist, die gerade dann relevant werden, wenn die Tarifbindung besonders schwach ist. An einen derartigen Mechanismus, der die Allgemeinverbindlicherklärung den in § 7 AEntG erfassten Fällen wertungsähnlich erscheinen lässt, ist insbesondere bei Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen zu denken. Auch jenseits dieser Regelungsmaterien dürften jedoch Regelungsgegenstände vorstellbar sein, bei denen der aufgezeigte Interessenwiderstreit in vergleichbarer Weise ersichtlich ist.

Trotz dieser Erwägungen scheinen die verfassungsrechtlichen und methodischen Bedenken hinsichtlich einer Rechtsfortbildung *contra legem* im Ergebnis nicht überwindbar, zumal das BVerfG in seiner jüngsten Rechtsprechung die Gesetzesbindung der Judikative mit Recht deutlich stärker betont.¹⁶⁸ Angesichts der klaren Gestaltungsentscheidung des Gesetzgebers für ein 50%-Quorum und insbesondere angesichts der dargestellten Vielzahl denkbarer verfassungskonformer Weiterentwicklungen im »Ausgestaltungskorridor« zwischen Untermaß- und Übermaßverbot läge in der richterrechtlichen Überwindung des 50%-Quorums eine bedenkliche Kompetenzüberschreitung der Judikative: Für eine verfassungskonforme Weiterentwicklung muss der Gesetzgeber sorgen, nicht der erkennende Richter.

b) Alternative: Erweiternde Auslegung des § 5 Abs. 1

Satz 2 TVG?

Will man hingegen den Vorwurf einer Rechtsfortbildung *contra legem* vermeiden und eine möglichst wortlaut- und gesetzestreue Anknüpfung finden, liegt es auf der Hand, den unbestimmten Rechtsbegriff des »sozialen Notstandes« (§ 5 Abs. 1 Satz 2 TVG) erweiternd auszulegen. Als sozialer Notstand könnte bereits eine Situation betrachtet werden, in der bewährte Institutionen mit sozialstaatlichen Aufgaben zu versagen drohen, weil gerade die Einhaltung der Tatbestandsvoraussetzungen in Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 der Allgemeinverbindlicherklärung der sie konstituierenden Tarifnormen entgegensteht. Dies jedenfalls, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung zur Funktionserhaltung dieser Institutionen unerlässlich ist.

¹⁶⁶ Vgl. BVerfG, 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 – BVerfGE 34, 269, 292.

¹⁶⁷ Dazu *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 430 ff.

¹⁶⁸ BVerfG, 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07 – NJW 2009, 1469; BVerfG, 25.1.2011 – 1 BvR 918/10 – NJW 2011, 836; dazu instruktiv *Rüthers*, NJW 2011, 1856.

Dafür spricht, dass genau das Bedürfnis staatlicher Geltungserstreckung bei besonders niedriger Tarifbindung die Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG historisch angestoßen hat. Besonders anschaulich bringt Wank¹⁶⁹ es auf den Punkt:

»Die genannten Voraussetzungen der 50 vH.-Klausel und des öffentlichen Interesses waren im Gesetz vom 9.4.1949 auf Verlangen der Militärregierungen festgelegt worden. Diese Fassung des Gesetzes hat sich in der Praxis als zu eng erwiesen, insbesondere für die Verhältnisse in der Landwirtschaft. Dort haben die Arbeitgeberverbände vielfach so geringe Mitgliederzahlen, dass die Zahl der bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer keine 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beträgt. Gerade in Gebieten oder Wirtschaftszweigen, deren Organisationsgrad schwach ist, können aber die Arbeitsbedingungen besonders zu wünschen übrig lassen. Die zwangsweise Ausdehnung eines wenn auch nur für eine kleinere Zahl geltenden Tarifvertrags ist dann angebracht. Dem sucht der durch Gesetz vom 11.1.1952 eingefügte Satz 2 des § 5 Abs. 1 Rechnung zu tragen, indem er für die Allgemeinverbindlicherklärung ausreichen lässt, dass sie zur Behebung eines sozialen Notstands erforderlich erscheint. Ein öffentliches Interesse ist in diesem Fall stets gegeben.«

Will man auch diesen Schritt, der über das bisher enge Verständnis des »Notstand«-Begriffs im Kontext des § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG deutlich hinausgeht,¹⁷⁰ nicht vollziehen, lässt sich aus der Zusammenschau von Satz 1 und Satz 2 jedenfalls entnehmen, dass der Gesetzgeber des Tarifvertragsgesetzes davon ausgeht, dass weder das öffentliche Interesse noch das Quorum verfassungsrechtlich unerlässliche Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung darstellen. Bei extremen Schieflagen und einem erheblich gesteigerten sozialen Handlungsdruck gestattet das Tarifvertragsgesetz es bereits *de lege lata*, von beiden Voraussetzungen abzusehen. Im Erst-recht-Schluss wird man daraus ableiten können, dass auch dann, wenn die Schwelle des sozialen Notstandes noch nicht erreicht ist, der Verzicht zumindest auf *eines* der in Satz 1 normierten Tatbestandsmerkmale möglich scheint, jedenfalls wenn das komplementäre (und ohnehin dominierende)¹⁷¹ Tatbestandsmerkmal des »öffentlichen Interesses« besonders plausibel und nachhaltig dargelegt werden kann.

Mit anderen Worten: Aus dem systematischen Zusammenspiel des Grundtatbestandes (§ 5 Abs. 1 Satz 1 TVG) und Ausnahmetatbestandes des sozialen Notstandes (§ 5 Abs. 1 Satz 2 TVG) lässt sich folgern, dass es sich bei den

in § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG normierten Tatbestandsvoraussetzungen nicht um unabänderliche, starre, in jedem Fall einzuhaltende Anforderungen handelt. Als ungeschriebene »Zwischenstufe« zwischen dem Regelfall des Satzes 1 und dem Ausnahmefall des Satzes 2 lässt sich daher eine Situation vorstellen, in welcher der soziale Handlungsdruck so groß ist, dass auch im Wege richterlicher Rechtsfortbildung vom 50 %-Quorum abgesehen werden kann, da das öffentliche Interesse an der Tarifnormerweiterung im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung bei weitem dominiert.

V. Ergebnisse

1. Der Gesetzgeber überträgt u. a. mit dem Instrument der gemeinsamen Einrichtungen den überindividuellen Lastenausgleich als sozialen Gemeinwohlaspekt den sachnahen und sachkompetenten Tarifvertragsparteien. Die hiermit erfolgende Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) ist für die Frage der richtigen Regelung der Allgemeinverbindlicherklärung von erheblicher Bedeutung.
2. Aus dem überindividuellen Regelungszweck der gemeinsamen Einrichtungen folgt, dass diese auf eine Allgemeinverbindlicherklärung geradezu angelegt sind. Die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung ist damit eine Vorbedingung für die Erhaltung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen. Dies schließt eine Tarifpluralität zwischen allgemeinverbindlichen Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen und anderen Tarifverträgen aus.
3. Dem Gesetzgeber wird empfohlen, in Anlehnung an § 8 Abs. 1 und 2 AEntG eine Kollisionsregel folgenden Inhalts zu schaffen:
»Ein Tarifvertrag nach § 4 Abs. 2 TVG, der durch Allgemeinverbindlicherklärung auf nicht an ihn gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt wird, ist von einem Arbeitgeber auch dann einzuhalten, wenn er an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist.«

¹⁶⁹ Wiedemann-Wank, § 5 Rn. 75.

¹⁷⁰ Vgl. Wiedemann-Wank, § 5 Rn. 75, 77 m.w.N.

¹⁷¹ Siehe oben IV 3 b ee.

4. Viel spricht dafür, dass die dargestellte Kollisionsregel zugunsten des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages auch richterrechtlich begründet werden könnte, zumal sie der ganz überwiegenden Meinung im Schrifttum entspricht. Insofern ist von hoher Bedeutung, dass der Gesetzgeber mit den §§ 7, 8 AEntG ein Vorbild für eine Kollisionsregel in vergleichbaren Fällen geschaffen hat. Mag man diese spezielle Regelung angesichts ihres spezialgesetzlichen, eingegrenzten Gegenstandes auch nicht für analogiefähig im engeren Sinn halten, liegt darin gleichwohl ein gesetzliches Konzept, an das sich die Judikative bei der in jedem Fall erforderlichen Lückenschließung in vergleichbaren Fällen anlehnen kann. Soll die Gesetzesbindung des Richters dabei möglichst optimal realisiert werden, spricht viel dafür, eine möglichst enge Anlehnung an diese vergleichbare Kollisionsregel zu suchen.
5. Das Bedürfnis, eine Regelung über eine gemeinsame Einrichtung für allgemeinverbindlich zu erklären, steigt, je geringer der Grad der infolge mitgliederschaftlicher Tarifbindung erfassten Arbeitsverhältnisse in einer Branche ist. Jedenfalls bei Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen erweist sich das in § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG statuierte 50%-Quorum mithin als interessenwidrig. Es wird von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch nicht verlangt.
6. Innerhalb des verfassungsrechtlich eröffneten Ausgestaltungskorridors bestehen drei Möglichkeiten, die Tarifautonomie durch Allgemeinverbindlicherklärung in Situationen zu stärken:
 - a. Die nach dieser Analyse zu favorisierende Option ist der Verzicht auf die Fixierung des Quorums. Dieses sollte durch den Begriff der Repräsentativität ersetzt werden, der in vielen EU-Mitgliedstaaten Voraussetzung der Allgemeinverbindlichkeit ist und darüber hinaus bereits Eingang in geltendes Europarecht gefunden hat.
 - b. Eine weitere Option wäre, die Höhe des Quorums abzusenken.
 - c. Schließlich könnte auch ein vollständiger Verzicht auf das Quorum verfassungsrechtlich legitimiert werden.Während der Gesetzgeber die Wahl hat, könnte sich die Rechtsprechung nicht über das bisherige Quorum hinwegsetzen.
7. Die Rechtsprechung könnte ohne Konflikt zum bestehenden Gesetzesrecht den unbestimmten Rechtsbegriff des »sozialen Notstandes« (§ 5 Abs. 1 Satz 2 TVG) erweiternd auslegen. Als sozialer Notstand könnte bereits eine Situation betrachtet werden, in der bewährte Institutionen mit sozialstaatlichen Aufgaben zu versagen drohen, weil gerade die Einhaltung der Tatbestandsvoraussetzungen in Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 der Allgemeinverbindlicherklärung der sie konstituierenden Tarifnormen entgegensteht und die Allgemeinverbindlicherklärung zur Funktionserhaltung dieser Institutionen unerlässlich ist.

Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht

- Band 8** Thorsten Kingreen
Soziales Fortschrittsprotokoll – Potenzial und Alternativen
ISBN 978-3-7663-6326-8
- Band 7** Ulrike Wendeling-Schröder
Kritik der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag unter besonderer Berücksichtigung der Tarifverträge tarifunfähiger Gewerkschaften in der Leiharbeit
ISBN 978-3-7663-6282-7
- Band 6** Jens Schubert
Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung – eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen zu der Enforcement-Richtlinie
ISBN 978-3-86194-115-6
- Band 5** Wolfgang Däubler
Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe?
ISBN 978-3-86194-110-1
- Band 4** Bernd Waas
Betriebsrat und Arbeitszeit – Pauschale Abgeltung und Freistellungen über das Gesetz hinaus
ISBN 978-3-86194-092-0
- Band 3** Bernd Waas
Geschlechterquoten für die Besetzung der Leitungsgremien von Unternehmen – Bewertung der aktuellen Entwürfe aus unionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht
ISBN 978-3-86194-080-7
- Band 2** Rüdiger Krause
Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay
ISBN 978-3-86194-071-5
- Band 1** Britta Rehder / Olaf Deinert / Raphaël Callsen
Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen – Rechtliche Bewertung atypischer Arbeitskampfformen und Grenzen der Rechtsfortbildung
ISBN 978-3-86194-056-2

