

Ulrich Preis/Alberto Povedano Peramato

**Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung
im Tarifautonomiestärkungsgesetz**

HSI-Schriftenreihe
Band 20

Ulrich Preis/Alberto Povedano Peramato

Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifautonomiestärkungsgesetz

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2017 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Herstellung: Kerstin Wilke

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart

Satz: Beltz Bad Langensalza GmbH, Bad Langensalza

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany 2017

ISBN 978-3-7663-6657-3

Alle Rechte vorbehalten,
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung
und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe,
auch einzelner Teile.

www.bund-verlag.de

Vorwort

Im August 2014 trat das Tarifautonomiestärkungsgesetz in Kraft, mit dem der Gesetzgeber neben der Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns nach langer Zeit mal wieder Hand an das Tarifvertragsgesetz gelegt hat.

Hauptzielrichtung des neuen Gesetzes ist es, die Allgemeinverbindlicherklärung zu erleichtern – gerade in Branchen, in denen die Tarifbindung nachlässt. Vor diesem Hintergrund setzt sich das Gutachten inhaltlich mit der Frage der materiell-rechtlichen Voraussetzungen sowie mit dem Verfahren zur Erteilung einer Allgemeinverbindlicherklärung auseinander. Verfassungsrechtlich ist der Wegfall des 50 %-Quorums unproblematisch, so die Verfasser. Die mögliche Berücksichtigung tarifgemäß ausgestalteter Arbeitsverhältnisse bei der Beurteilung der Relevanz eines Tarifvertrages ist insofern nachdrücklich zu begrüßen. Eine besondere Rolle in der Neufassung des § 5 TVG spielen Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen, für die spezielle Regelungen vorgesehen sind. Auch die Europa- und Völkerrechtskonformität der deutschen Rechtslage wird von den Gutachtern fundiert begründet. Das Gutachten steht damit auch im Zusammenhang mit der jüngeren problematischen Rechtsprechung des BAG zur Allgemeinverbindlichkeit von Sozialkassentarifverträgen in der Bauwirtschaft, die noch zu der alten Rechtslage ergangen ist.

Es bleibt zu hoffen, dass die Allgemeinverbindlicherklärung künftig verstärkt genutzt wird, um soziale Errungenschaften der Sozialpartner möglichst vielen Arbeitnehmern zugänglich zu machen. In diesem Sinne wünschen wir eine anregende Lektüre.



Dr. Thomas Klebe



Dr. Johannes Heuschmid

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
1. Teil: Einleitung	11
A. Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung	11
B. Rechtstatsächliche Situation	12
C. Überblick über Ziele und Änderungen des TASG	14
D. Allgemeines zur AVE	14
I. Begriff und Rechtsnatur	15
II. Funktionen	15
1. Gewährleistung angemessener Mindestarbeitsbedingungen....	15
2. Stützung der Tarifautonomie	16
3. Sicherung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen..	18
4. Ordnungs- und Wettbewerbsfunktion.....	18
III. Verfassungskonformität von § 5 TVG a. F.	20
IV. Ausgestaltung der Tarifautonomie	21
2. Teil: Das neue Recht der AVE im TASG	24
A. Materielle Voraussetzungen für die Erteilung.....	24
I. Wegfall des 50 %-Quorums	24
1. Sinn und Zweck des 50 %-Quorums	25
2. Verfassungsrechtliche Gebotenheit des Quorums.....	26
a. Literatur	27
b. Rechtsprechung.....	27
c. Quorum im Lichte des „Ausgestaltungskorridors“	29
d. Praktische Aspekte	30
e. Abschließende Bewertung.....	32
3. Zwischenergebnis	33
II. § 5 TVG n. F.	33
1. Allgemeines	33
a. Regelungssystematik.....	34
aa. § 5 Abs. 1 TVG	35
bb. § 5 Abs. 1a TVG	35
cc. Verhältnis zwischen Absatz 1 und Absatz 1a.....	36
b. „Öffentliches Interesse“	37

2. Regelbeispiele.....	38
a. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG.....	38
aa. Voraussetzungen.....	38
(1) Geltungsbereich.....	39
(2) Überwiegende Bedeutung für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen.....	40
(a) „Tarifgemäße Ausgestaltung“ der Arbeits- verhältnisse.....	40
(b) „Überwiegende“ Bedeutung.....	43
(c) Gestaltung der Arbeitsbedingungen.....	44
bb. Kritik.....	44
cc. Zwischenergebnis.....	45
b. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG.....	46
aa. Hintergrund.....	46
bb. Voraussetzungen.....	47
cc. Kritik.....	48
dd. Zwischenergebnis.....	52
c. Wirkung, § 5 Abs. 4 S. 1 TVG.....	52
aa. Grundsatz.....	52
bb. Tarifkonkurrenz.....	52
cc. Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes.....	53
3. § 5 Abs. 1a i. V. m. § 5 Abs. 4 S. 2 TVG.....	54
a. Allgemeines.....	54
aa. Gemeinsame Einrichtungen.....	54
(1) Begriff.....	54
(2) Zielsetzung.....	55
(3) Rechtliche Ausgestaltung.....	57
bb. Angewiesenheit auf AVE.....	57
b. Voraussetzungen (unter Berücksichtigung von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG).....	58
aa. Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung.....	59
(1) Zusammenhängende Tarifverträge.....	59
(2) „Mischtarifverträge“.....	60
bb. Sicherung der Funktionsfähigkeit.....	64
cc. Aufzählung zulässiger Gegenstände (§ 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 1–5 TVG).....	64
(1) Erholungsurlaub, Urlaubsgeld oder zusätzliches Urlaubsgeld (Nr. 1).....	66
(2) Betriebliche Altersversorgung (Nr. 2).....	66

(3) Ausbildungsvergütung und Ausbildung in überbetrieblichen Bildungsstätten (Nr. 3)	67
(4) Zusätzliche betriebliche oder überbetriebliche Vermögensbildung (Nr. 4).....	67
(5) Lohnausgleich bei Arbeitszeitausfall, Arbeitszeitverkürzung oder Arbeitszeitverlängerung (Nr. 5).....	68
dd. Auswahlentscheidung, § 5 Abs. 1a S. 3 TVG.....	69
c. Spezielle Wirkungsweise, § 5 Abs. 4 S. 2 TVG.....	71
aa. Anlass für § 5 Abs. 4 S. 2 TVG	71
bb. Erläuterung und Umfang.....	72
(1) § 5 Abs. 4 S. 2 TVG und Einschränkungsklauseln..	73
(2) § 5 Abs. 4 S. 2 TVG und Günstigkeitsprinzip.....	73
d. Kritik.....	74
aa. § 5 Abs. 1a TVG	74
bb. § 5 Abs. 4 S. 2 TVG	76
(1) Eingriff in Rechte Dritter.....	76
(2) Rechtfertigung.....	78
(a) Legitimes Ziel.....	78
(b) Geeignetheit	78
(c) Erforderlichkeit.....	78
(d) Angemessenheit	79
(3) Zwischenergebnis	80
B. Verfahren für die Erteilung der AVE	81
I. Gemeinsamer Antrag der Tarifvertragsparteien.....	81
1. Allgemeines	81
2. Darlegungslast.....	82
3. Rücknahme des Antrags	83
II. Schlüssigkeitsprüfung und Bekanntmachung des Antrags	84
III. Beteiligung der Betroffenen	84
IV. Beteiligung des Tarifausschusses.....	84
V. Einspruch einer obersten Landesarbeitsbehörde.....	85
VI. Entscheidung des BMAS.....	86
1. Ermessen	86
2. Bedeutung der Regelbeispiele.....	86
3. Abwägungsentscheidung	87
4. Umfang der Prüfung	88
VII. Bekanntmachung im Bundesanzeiger.....	89
C. Beendigung der AVE.....	90
D. Prozessrechtliche Änderungen	91

I.	Prozessrechtliche Situation vor dem TASG.....	91
II.	Ziele der Änderungen	92
III.	Erläuterung zu §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG	92
	1. Antragsbefugnis, § 98 Abs. 1 ArbGG	94
	2. Zuständigkeit, § 98 Abs. 2 ArbGG.....	96
	3. § 98 Abs. 3 ArbGG	97
	4. § 98 Abs. 4 ArbGG	97
	a. Inhalt	97
	b. Umfang der gerichtlichen Überprüfung.....	98
	5. § 98 Abs. 5 ArbGG	99
	6. § 98 Abs. 6 ArbGG	100
	7. Verfahren bei zwischen § 5 Abs. 1 und Abs. 1a TVG aufgeteilter AVE.....	102
E.	Europa- und Völkerrechtskonformität	102
I.	Unionsrecht.....	103
	1. Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV	104
	a. Allgemein	104
	b. Transparenzpflicht, Art. 56 AEUV	105
	2. Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV	107
	3. Kartellverbot, Art. 101 AEUV	107
	4. Art. 28 GRC.....	108
	5. Zwischenergebnis.....	108
II.	Völkerrecht, insbesondere Art. 11 EMRK.....	109
	1. Rechtssache „Geotech“	109
	a. Sachverhalt	110
	b. Entscheidung.....	110
	c. Bewertung	111
	2. § 5 TVG n. F.	111
	3. Zwischenergebnis.....	113
3. Teil:	Ergebnisse	114

1. Teil: Einleitung

Das „Tarifautonomiestärkungsgesetz“¹ („TASG“) hat in der Öffentlichkeit viel Aufsehen erregt. Grund dafür war vor allem der mit dem TASG eingeführte flächendeckende gesetzliche Mindestlohn. In dessen Schatten ist aber auch das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen („AVE“) weitreichend reformiert worden. Dabei wurden nicht nur Änderungen unmittelbar an den materiellen Voraussetzungen einer AVE gemäß § 5 TVG vorgenommen, sondern auch bezüglich des behördlichen Erteilungsverfahrens. Schließlich wurde der gerichtliche Rechtsschutz hinsichtlich der AVE innerhalb eines neuen arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens im Arbeitsgerichtsgesetz (§§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG) gebündelt.

A. Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung

Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens zum TASG wurde deutlich, dass die Änderungen des Rechts der AVE auf Unsicherheiten und Kritik stoßen würden. Grund dafür ist nicht nur, dass das Instrument bereits in der Vergangenheit Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Auseinandersetzungen und wissenschaftlicher Diskussionen gewesen ist, sondern auch der massive rechtstatsächliche Wandel innerhalb der Arbeits- und Tarifstrukturen.² Der Wirbel um § 5 TVG n. F. hat sich auch nach gut zwei Jahren seit Inkrafttreten des TASG noch nicht gelegt, was durch die jüngst erstmalig zugelassene Revision zum BAG³ bezüglich einer AVE, die unter den durch das TASG geltenden Voraussetzungen erteilt worden ist, deutlich wird. Zugleich ergehen auch aktuell noch äußerst praxisrelevante Urteile zu § 5 TVG a. F.,⁴ deren Wirkung auf die aktuelle Rechtslage zu prüfen ist.

Dies alles hat das Hugo-Sinzheimer-Institut zum Anlass genommen, eine rechtsgutachterliche Stellungnahme zum neuen Recht der AVE und einigen aus der Reform erwachsenden Rechtsproblemen anzuregen. Im Vordergrund des Gut-

¹ Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie, BGBl. I S. 1348.

² Vgl. *Dingeldey/Warsewa*, WSI-Mitteilungen 2016, 409, 412.

³ Vgl. etwa die Zulassung der Revision durch das LAG Berlin-Brandenburg 21.7.2016 – 14 BvL 5007/15, PM Nr. 31/16.

⁴ Vgl. aktuell BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, 10 ABR 48/15, PM 50 und 51/16.

achtens soll dabei der Leitgedanke stehen, der im Hinblick auf die Änderungen des Rechts der AVE geäußerten Kritik nachzugehen, um potentielle Unsicherheiten bestenfalls ausräumen zu können.

Da die Reform der AVE sämtliche Bereiche – vom Antragsverfahren über die materiellen Voraussetzungen bis zum nachgelagerten arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz – betroffen hat, soll auch in der nachfolgenden Untersuchung auf alle relevanten Fragestellungen eingegangen werden. Dabei wird in gewisser Hinsicht eine chronologische Reihenfolge verfolgt. Nachdem im 1. Teil einige einleitende Ausführungen zu der das TASG veranlassenden rechtstatsächlichen Situation und zu der AVE im Allgemeinen gemacht worden sind, schließt sich im 2. Teil das Kernstück der Untersuchung an. Dort soll zunächst der Frage nachgegangen werden, ob der Gesetzgeber zulässigerweise auf das nach alter Rechtslage erforderliche 50 %-Quorum verzichten durfte (A. I.). Es folgen Erläuterungen zu den nunmehr maßgeblichen materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer AVE (A. II.), die sich seit dem 14.8.2014 in den § 5 Abs. 1, Abs. 1a TVG finden. Im nächsten größeren Komplex werden die neuen Verfahrenserfordernisse untersucht (B.), bevor auf Einzelheiten zum neuen arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren über die Wirksamkeit der AVE eingegangen wird (D.). Als letzter inhaltlicher Komplex soll das neue Recht der AVE auch an unions- und völkerrechtlichen Anforderungen gemessen werden (E.). Die in der Untersuchung gefundenen Ergebnisse werden dann schließlich im 3. Teil thesenartig zusammengefasst.

B. Rechtstatsächliche Situation

Für die Erfassung des Themas und insbesondere der durch das TASG statuierten Änderungen ist die sich erheblich wandelnde rechtstatsächliche Situation von enormer Wichtigkeit.

Seit mehr als 20 Jahren kann innerhalb des in Deutschland bestehenden Tarifsystems, das nach wie vor auf den branchenbezogenen Tarifvertrag als zentrales Instrument für die breite Regulierung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer setzt, ein schleichender Erosionsprozess festgestellt werden.⁵ Eine immer weiter fragmentierte Betriebs-, Unternehmens- und auch Tariflandschaft⁶ hat zur Folge, dass die Bedeutung von Tarifverträgen zur Ordnung des Arbeitslebens abgenom-

⁵ *Bispinck/Schulten*, WSI-Mitteilungen 2012, 484; vgl. auch *Dingeldey/Warsewa*, WSI-Mitteilungen 2016, 409, 412.

⁶ *Nielebock*, FS Bepler (2012), S. 181, 182.

men hat.⁷ Dies lässt sich deutlich an einer kontinuierlich rückläufigen Tarifbindung ablesen. Laut IAB-Betriebspanel arbeiteten 2015 nur noch 59 % (Westdeutschland) bzw. 49 % (Ostdeutschland) der Beschäftigten in einem tarifgebundenen Betrieb, davon 8 % (West) bzw. 12 % (Ost) in einem Betrieb, der an einen Firmentarifvertrag gebunden ist.⁸ Als Ursache für diese Zahlen sieht der Reformgesetzgeber unter anderem den Wandel der Arbeitswelt von der Industrie- hin zu einer Dienstleistungsgesellschaft.⁹ Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden fällt es wegen stetig sinkender Mitgliederzahlen strukturell immer schwerer, ihre Tarifpartnerschaft wirkungsvoll und zum Wohle ihrer Mitglieder umzusetzen. Dies wirkt sich in der Konsequenz äußerst nachteilig auf die Entwicklung der Arbeitsbedingungen aus, da den Tarifparteien insoweit eine Schlüsselrolle für deren kontinuierliche Anpassung an die sozioökonomischen Gegebenheiten des Arbeitsmarktes zukommt.

Ein weiterer Indikator für die Erosion des Tarifvertragssystems¹⁰ ist der Rückgang der Nutzung der AVE in den letzten beiden Jahrzehnten.¹¹ Große traditionelle Branchen, etwa das Hotel- und Gaststättengewerbe sowie der Einzelhandel, sind in diesem Zeitraum aus den Voraussetzungen der AVE herausgefallen.¹² Am Stichtag des 1.7.2016 waren von rund 71 900 Tarifverträgen lediglich 490 allgemeinverbindlich.¹³ In quantitativer Hinsicht kommt der AVE damit in der Tarifpraxis nur noch geringe Bedeutung zu.¹⁴ Problematisch ist aus Sicht der Tarifvertragsparteien, dass die Schwierigkeiten, die Voraussetzungen der AVE – vor allem das Erreichen des 50 %-Quorums – in ausreichendem Maße darzulegen, in der jüngeren Vergangenheit immer größer geworden sind.¹⁵ Das zeigen auch signifikant die jüngsten Urteile des BAG zur alten Rechtslage. Zuletzt hatten wohl auch die Tarifpartner der Baubranche es nicht vermocht, den 10. Senat vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 TVG a. F. zu überzeugen.¹⁶

Da es grundsätzlich nach wie vor den Tarifvertragsparteien obliegt, angemessene Arbeitsbedingungen zu vereinbaren, in der sozialen Realität der Bundesrepublik Deutschland derzeit allerdings weder die individuelle noch die kollektive Privat-

⁷ BT-Drs. 18/1558, S. 26.

⁸ *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitteilungen 2016, 283.

⁹ BT-Drs. 18/1558, S. 30.

¹⁰ Vgl. *Schulten*, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 90.

¹¹ Vgl. *Bispinck/Schulten*, WSI-Mitteilungen 2012, 484; ähnlich *Nielebock*, FS Bepler (2012), S. 181, 183, m.w.N.

¹² *Nielebock*, FS Bepler (2012), S. 181, 183.

¹³ Siehe www.bmas.de/Themen/Arbeitsrecht/Tarifvertraege.

¹⁴ *ErfK/Franzen*, TVG, § 5 Rn. 3.

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 65.

¹⁶ Siehe BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, 10 ABR 48/15, PM 50 und 51/16.

autonomie in allen Bereichen das Aushandeln von hinreichenden materiellen Arbeitsbedingungen absichert¹⁷, gibt es seit längerem Bereiche und Branchen, die nicht angemessen an der an sich positiven gesamtwirtschaftlichen Lage partizipieren.

C. Überblick über Ziele und Änderungen des TASG

Die soeben geschilderte rechtstatsächliche Situation, insbesondere die kontinuierlich abnehmende Tarifbindung und die sich in letzter Zeit immer weiter fragmentierende Tariflandschaft, bedroht die grundrechtlich geschützte und sozialpolitisch wünschenswerte Tarifautonomie. Diese Umstände bedrohen auch die wirkungsvolle Realisierung der Tarifpartnerschaft von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, was sich in der Konsequenz negativ auf die Entwicklung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer auswirkt.

Um dieser Entwicklung entgegenzuwirken, hat sich der Gesetzgeber entschlossen, die AVE von Tarifverträgen als Instrument zur Absicherung der Tarifautonomie und angemessener Arbeitsbedingungen zu stärken.¹⁸ Zu diesem Zweck sieht der Reformgesetzgeber durch das TASG eine Erleichterung der Tarifnormerhebung über den Weg der AVE vor,¹⁹ die bereits im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens hervorgehoben wurde, um die positive Tarifpartnerschaft abzusichern und den Druck auf die herkömmlichen Tarifstrukturen zu senken.²⁰ Beflügelt wurde diese Entscheidung von den äußerst positiven Erfahrungen, die mit dem Instrument in diesem Zusammenhang im europäischen Ausland gemacht worden sind.²¹

D. Allgemeines zur AVE

Bevor die durch das TASG erfolgten Änderungen *en Detail* erläutert werden, soll zunächst ein kurzer Überblick über das Instrument der AVE gegeben werden. Diese allgemeine Vergewisserung erscheint umso gebotener, da sie als Bezugs-

¹⁷ Treber, FS Beppler (2012), S. 557.

¹⁸ BT-Drs. 18/1558, S. 26 f.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 26.

²⁰ Stellungnahme Bundesrat, BT-Drs. 18/1558, S. 61.

²¹ Ausführlich zu der Bedeutung der AVE für die Tarifvertragssysteme anderer europäischer Staaten *Schulten*, WSI-Mitteilungen 2012, 485 ff.; zu der Situation in den Niederlanden *Rojer/van der Heldt*, WSI-Mitteilungen 2012, 525 ff.; zu der Situation in Frankreich *Dufresne/Maggi-Germain*, WSI-Mitteilungen 2012, 534 ff.

punkt für die Erörterung der mit den Änderungen einhergehenden und zum Teil diffizilen rechtlichen Problemen dienen soll.

I. Begriff und Rechtsnatur

Die AVE von Tarifverträgen ist ein Normerstreckungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtssetzung, der aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitet wird²² und einfachgesetzlich in § 5 TVG verankert ist. Der von der zuständigen Behörde²³ im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag findet gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 TVG auch auf ungebundene Arbeitsverhältnisse innerhalb seines Geltungsbereichs Anwendung.

II. Funktionen

Die Vergewisserung der Funktionen der AVE ist zum einen geboten, da sich aus ihnen unmittelbare Schlüsse hinsichtlich der Voraussetzungen und Wirkungen des Instruments ziehen lassen. Andererseits sind den Funktionen der AVE zugleich das legitime Ausgestaltungsziel bzw. – soweit durch die Normerstreckung Grundrechte Dritter betroffen sind – das Eingriffsziel der anzustellenden verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu entnehmen.²⁴ Mithin stecken Sinn und Zweck unmittelbar den weiteren Prüfungsmaßstab ab.²⁵ Allgemeine Ansicht ist, dass der AVE von Tarifverträgen mehrere fundamentale Funktionen beizumessen sind.²⁶

1. Gewährleistung angemessener Mindestarbeitsbedingungen

Einhelliger Konsens ist zunächst, dass eine AVE Mindestarbeitsbedingungen in ihrem Geltungsbereich statuiert, sofern von staatlicher Seite die ansonsten individualvertraglich geltenden Arbeitsbedingungen nicht als ausreichend erachtet werden.²⁷ Ziel soll dabei die Gewährleistung angemessener Arbeitsbedingungen sein, die insbesondere auch nicht organisierten Außenseiter-Arbeitnehmern so-

²² BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322; BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79, BVerfGE 55, 7.

²³ In aller Regel ist das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) für die Tarifnormerstreckung zuständig.

²⁴ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 6.

²⁵ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 6.

²⁶ Ausführlich Wonneberger, Funktionen der AVE, S. 69 ff.

²⁷ 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; ErfK/Franzen, TVG, § 5 Rn. 1; Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 6; Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 1.

wie Arbeitnehmern, die bei nicht organisierten Arbeitgebern beschäftigt sind, zu Gute kommen.²⁸ Hieraus resultieren auch die der AVE allgemein zuerkannte soziale Schutzfunktion sowie Schutzwirkung.²⁹ Dieser Befund trifft nicht nur auf Deutschland zu. Vielmehr sichert die AVE in zahlreichen europäischen Ländern eine hohe Verbreitung von Tarifverträgen ab, die wiederum essentiell für die Sicherung angemessener Arbeitsbedingungen ist.³⁰

2. Stützung der Tarifautonomie

Da der Staat alternativ zu der Geltungserstreckung von bestehenden tariflichen Normen auch eigene Regelungen treffen könnte,³¹ sichert das Instrument der AVE zugleich die Tarifautonomie. Durch die Bevorzugung der Geltungserstreckung bestehender tariflicher Normen vor eigener, originär staatlicher Normsetzung wird deutlich, dass den Tarifparteien die primäre Rechtssetzungskompetenz im Hinblick auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG zukommen soll.³² Zudem erfolgt die staatliche Rechtssetzung im Rahmen der AVE eines Tarifvertrages nicht dahingehend, dass der Staat selbst die Qualität von Arbeitsbedingungen festlegt. Vielmehr wird der von den Tarifvertragsparteien – unter genuiner Nutzung der Tarifautonomie – gefundene Kompromiss in Gestalt des konkreten Tarifvertrags zum Gegenstand der AVE gemacht.³³ Änderungen inhaltlicher Natur sind dem Staat weder möglich noch von ihm beabsichtigt.

Daneben ist hervorzuheben, dass die Tarifautonomie nur ihrer designierten Rolle gerecht werden kann, sofern die geschlossenen Tarifverträge eine spürbare Wirkung entfalten. In Zeiten abnehmender Tarifgeltung kraft mitgliederschaftlicher Legitimation können gerade staatliche Abstützungsinstrumente, vor allem die

²⁸ BAG 28.3.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781; NK-ArbR/Forst, TVG, § 5 Rn. 17; Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 6; Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 4.

²⁹ Vgl. BAG 24.1.1979 – 4 AZR 377/77, AP TVG § 5 Nr. 16; Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 6; Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 3; Kempen/Zachert/Seifert, TVG, § 5 Rn. 6; Wiedemann, RdA 1987, 262, 265 f.

³⁰ Ausführlich Schulten, WSI-Mitteilungen 2012, 485.

³¹ Dies wurde beispielsweise mit der Einführung des flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohns getan.

³² Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 3; vgl. auch Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 6.

³³ Nielebock, FS Bepler (2012), S. 181, 185.

AVE, einem Flächentarifvertrag zu dieser Wirkungsweise verhelfen.³⁴ Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht in jüngerer Zeit bestätigt.³⁵

Die Einschätzung, dass § 5 TVG die Tarifautonomie abstütze, wird nicht von allen Akteuren geteilt. Vereinzelt wird der AVE sogar eine diametral der Tarifautonomie zuwiderlaufende Wirkung unterstellt. So stärke sie die Tarifautonomie nicht, sondern trete vielmehr faktisch an die Stelle notwendiger Tarifbindung, insbesondere auf Arbeitgeberseite, und gefährde damit die Tarifautonomie.³⁶ Dieser Sichtweise kann ein gewichtiges Argument entgegengehalten werden. Ein Grund für Arbeitgeber, dem tarifschließenden Verband fernzubleiben, ist die Möglichkeit, für die Arbeitnehmer im Verhältnis zum Tarifvertrag ungünstigere Arbeitsbedingungen zu vereinbaren. Sofern jedoch das Unterbieten der tariflichen Arbeitsbedingungen durch eine AVE des Tarifvertrages unmöglich gemacht wird, entfällt dieser Hauptanreiz, einer etwaigen Mitgliedschaft fernzubleiben. Vielmehr wird sogar der entgegengesetzte Anreiz verstärkt, auf die ohnehin geltenden allgemeinverbindlichen Tarifnormen per Mitgliedschaft in der tarifschließenden Koalition Einfluss nehmen zu können.³⁷ Dieser Befund kann auch durch einen europäischen Vergleich belegt werden. In zahlreichen Ländern fungiert die AVE zur Absicherung einer hohen Tarifbindung.³⁸ Zudem zeigt der Blick auf diese europäischen Beispiele, dass der anhaltende Prozess der Erosion des deutschen Tarifvertragssystems kein zwangsläufiger ist, sondern ihm vielmehr durch gezielte politische Intervention Einhalt geboten werden kann.³⁹ Damit ist festzuhalten, dass die AVE die Tarifautonomie nicht konterkariert, weil sie eine arbeitgeberseitige Tarifbindung unattraktiver macht. Im Gegenteil kann die AVE Anreize setzen, um den Koalitionen ihre Mitgliederbasis zu erhalten oder sie gar zu erhöhen.

³⁴ Vgl. *Schulten*, WSI-Mitteilungen 2012, 485, 486 f.; vgl. auch *Hanau*, SR 2011, 3, 4: „Die AVE zielt vor allem auf die Einbeziehung nicht tarifgebundener Arbeitgeber, um den Tarifvertrag vor Aushöhlung zu schützen“.

³⁵ Vgl. BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NZA 2007, 42, 45 f.: „[Durch die staatliche Tarifnormerstreckung] wird die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte, im öffentlichen Interesse liegende [...] autonome Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen abgestützt, indem den Tarifentgelten zu größerer Durchsetzungskraft verholfen wird [...]“.

³⁶ BDA, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 13.

³⁷ *Nielebock*, FS *Beppler* (2012), 181, 188; vgl. auch BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79, BVerfGE 55, 7, das den Nachteil eines Außenseiter-Arbeitgebers bezüglich der verbandsinternen Willensbildung der Koalition beschreibt.

³⁸ *Schulten*, WSI-Mitteilungen 2012, 485.

³⁹ *Bispinck/Schulten*, WSI-Mitteilungen 2012, 484.

3. Sicherung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen

Ebenfalls anerkannt ist die besondere Bedeutung der AVE bezüglich der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen der Tarifvertragsparteien im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG.⁴⁰ Da die Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen in aller Regel – kurzgefasst⁴¹ – eine übergreifende tarifliche Sozialpolitik verfolgen, benötigen sie die tarifliche Ausweitung sowie die zwingende Wirkung gegenüber Ungebundenen im Wege der AVE. Die Tarifnormerstreckung führt dazu, dass die Lasten der gemeinsamen Einrichtung solidarisch von allen Arbeitgebern gestemmt⁴² und im Gegenzug alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber innerhalb des Geltungsbereichs ungeachtet der Tarifbindung in den Genuss der jeweiligen Leistungen kommen (z. B. Erstattung von Urlaubs- und Ausbildungsvergütungen).⁴³ Demnach werden sozialpolitisch konsentrierte dezentrale Sozialkassenverfahren erst durch das Instrument der AVE ermöglicht.⁴⁴ Vor dem Hintergrund des durch das TASG neu eingefügten § 5 Abs. 1a TVG, der gerade die AVE zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen betrifft, soll auf diese Thematik noch an anderer Stelle vertieft eingegangen werden.⁴⁵

4. Ordnungs- und Wettbewerbsfunktion

Umstritten ist, ob der AVE auch eine ordnende und wettbewerbsbeschränkende Funktion zukommt. Diesbezüglich ist zunächst zu konstatieren, dass die mit der AVE einhergehende *faktische* Ausweitung der Kartellwirkung des betroffenen Tarifvertrages allgemein anerkannt wird.⁴⁶ Neben dieser faktischen Wirkung wird der AVE überwiegend aber auch eine insoweit intendierte Zielrichtung beigegeben: Soweit die Rechtsnormen eines Tarifvertrages für allgemeinverbindlich erklärt worden sind, dürfen die so geschaffenen Arbeitsbedingungen nicht mehr individualvertraglich unterboten werden. Im Ergebnis werden damit organisierte Arbeitsvertragsparteien vor Wettbewerb „nach unten“ durch nicht organisierte Akteure geschützt (sog. „Schmutzkonkurrenz“).⁴⁷ Zugleich wird Arbeitgebern ein erheblicher Anreiz genommen, nicht organisierte Arbeitnehmer zu beschäftigen sowie sich selbst ihrer Tarifbindung zu entledigen, indem sie aus den

⁴⁰ Statt aller *Böttcher*, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 67.

⁴¹ Ausführlicher unter 2. Teil A. II. 3. A. aa und bb.

⁴² Vgl. BAG 28.3.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781; *ErfK/Franzen*, TVG, § 5 Rn. 1.

⁴³ Statt aller vgl. *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2.

⁴⁴ *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2.

⁴⁵ Siehe 2. Teil A. II. 3.

⁴⁶ *Buchner*, ZfA 2004, 229, 235; vgl. auch *ErfK/Franzen*, TVG, § 5 Rn. 2; *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 6.

⁴⁷ Vgl. *Schulten*, WSI-Mitteilungen 2012, 485, 487; konkret für das Baugewerbe vgl. *Asshoff/Sahl/Stang*, FS 50 Jahre ZVK-Bau, S. 15, 24.

jeweiligen Koalitionen austreten.⁴⁸ Den Bogen zum Gesamtkontext spannend lässt sich feststellen, dass die AVE aufgrund der Unterbindung von individualvertraglichem Außenseiterwettbewerb wiederum die Tarifautonomie schützt.⁴⁹ Diese Sichtweise wird nicht nur vom BVerfG geteilt,⁵⁰ sondern auch im europäischen Vergleich bestätigt. Insoweit begrüßen viele europäische Arbeitgeberverbände die AVE zur Schaffung eines geordneten Wettbewerbsrahmens und zur Verhinderung von Lohndumping und Schmutzkonzurrenz.⁵¹ Es lasse sich gar eine positive Korrelation zwischen hoher Verbreitung der AVE sowie hohem Organisationsgrad von Arbeitgebern in Koalitionen feststellen.⁵²

Vereinzelt wird die wettbewerbspezifische Funktion der AVE abgestritten.⁵³ Angeführt wird einerseits, dass das Tarifvertragsgesetz und die AVE als arbeitsrechtliches Instrument lediglich arbeitnehmerschützende Interessen – vor allem den Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessenen Arbeitsbedingungen – verfolgen⁵⁴ und nicht der Gestaltung von Unternehmerrechtsbeziehungen dienen würden.⁵⁵ Zudem spreche die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für diese Sichtweise, wonach die Nichteinhaltung eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags kein unlauterer Wettbewerb sei.^{56,57}

Hiergegen lässt sich einwenden, dass die Beantwortung der Frage, ob ein Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften des UWG vorliegt, noch nichts über die Funktionen der AVE aussagt.⁵⁸ Vielmehr hat jede Regelung, die die Wirkungen eines Tarifvertrags tangiert, geradezu zwangsläufig wettbewerbsrechtliche Konsequenzen. Wenn aber zwischen der Wirkung und der Funktion von § 5 TVG

⁴⁸ BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255; BVerwG 3.11.1988 – 7 C 115.86, NJW 1989, 1495, 1498; Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 6 f., m. w. N; Nielebock, FS Bepler (2012), S. 181, 185; Wiedemann/Wank, TVG, § 5 Rn. 5; Zachert, NZA 2003, 132, 132 f.

⁴⁹ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 7.

⁵⁰ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NZA 2007, 42, 45 f.: „Schließlich darf der Gesetzgeber die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen, indem er Regelungen schafft, die bewirken, dass die von den Tarifparteien ausgehandelten Löhne und Gehälter auch für Nichtverbandsmitglieder mittelbar zur Anwendung kommen“.

⁵¹ Bispinck/Schulten, WSI-Mitteilungen 2012, 484.

⁵² Schulten, WSI-Mitteilungen, 2012, 485, 492 f.

⁵³ Buchner, ZfA 2004, 229, 235; ErfK/Franzen, TVG, § 5 Rn. 2; Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 17.

⁵⁴ ErfK/Franzen, TVG, § 5 Rn. 2.

⁵⁵ Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 17.

⁵⁶ BGH 3.12.1992 – I ZR 276/90, AP UWG § 1 Nr. 10.

⁵⁷ Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 17.

⁵⁸ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 7.

differenziert wird, vermag dies inhaltlich nicht zu überzeugen, sondern wirkt formalistisch und gekünstelt.⁵⁹

Die Kritiker meinen weiter, die zwangsläufig eintretende faktische Kartellwirkung, die von dem allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag ausgeht, dürfe von der die Tarifnormerstreckung anordnenden Behörde nicht als Zweck verfolgt werden.⁶⁰ Auch dieser Standpunkt kann letztlich nicht überzeugen. Richtigerweise muss die zuständige Behörde vor einer Entscheidung sämtliche Wirkungen des eingesetzten Mittels bedenken.⁶¹ Zugleich ist jedoch in Erinnerung zu rufen, dass bereits der Abschluss eines Tarifvertrages für die beiderseits Gebundenen eine Kartellwirkung entfaltet, welche durch die AVE – wie dargelegt – jedenfalls faktisch auf die Ungebundenen ausgeweitet wird. Vor dem Hintergrund, dass die intendierte Steuerung des Lohnkostenwettbewerbs durch das Instrument der AVE im Sinne der Schaffung von Mindestarbeitsbedingungen für Ungebundene als wünschenswert eingestuft wird, ist unklar, warum die Kartellwirkung der Tarifnormerstreckung lediglich ein unbeabsichtigter Reflex und nicht ebenfalls ein angestrebtes Ziel von § 5 TVG darstellen soll.⁶² Damit ist im Ergebnis mit der überwiegenden Meinung eine Ordnungs- und Wettbewerbsfunktion der AVE anzuerkennen.

III. Verfassungskonformität von § 5 TVG a. F.

Seit die AVE von Tarifverträgen in § 5 TVG verankert wurde, sind immer wieder vereinzelt kritische Stimmen zu hören, die ganz grundsätzlich die Verfassungskonformität der Norm und des Instruments anzweifeln. Bevor an anderer Stelle gezielt auf die die Neuerungen betreffenden Kritikpunkte eingegangen wird, sollen zunächst diese grundsätzlichen Bedenken gegen die AVE ausgeräumt werden.

So wurde vorgebracht, die AVE stelle eine Rechtsverordnung im Sinne von Art. 80 GG dar, die aber den diesbezüglichen Anforderungen nicht genüge. Insbesondere sei kein ausreichendes Maß an demokratischer Legitimation für die staatliche Normerstreckung gegeben (Art. 20 Abs. 2 GG).⁶³ Ferner werde durch einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag die Koalitionsfreiheit von Außenseitern, Andersgebundenen und konkurrierenden Koalitionen gemäß Art. 9 Abs. 3 GG verletzt. Schließlich sei das Erteilungsverfahren so intransparent, dass es rechtsstaatlichen Anforderungen im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG nicht mehr genüge.

⁵⁹ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 7.

⁶⁰ ErfK/Franzen, TVG, § 5 Rn. 2.

⁶¹ Vgl. nur Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 7.

⁶² Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 7.

⁶³ Vgl. BVerwG 6.6.1958 – VII CB 187.57, NJW 1958, 1794; Bettermann, RdA 1959, 253.

Diese Kritikpunkte hat das Bundesverfassungsgericht mit seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1977⁶⁴ entkräftet. Es stellte fest, die AVE sei ein Rechtssetzungsakt eigener Art, der aus Art. 9 Abs. 3 GG hergeleitet werde und daher nicht an Art. 80 GG zu messen sei. Eine Verletzung des Demokratieprinzips liege nicht vor, da die staatliche Beteiligung über das BMAS eine in diesem Zusammenhang ausreichende demokratische Legitimation darstelle. Die negative Koalitionsfreiheit von erfassten Außenseitern sei nicht verletzt, weil auf sie kein Beitrittszwang ausgeübt werde. Auch liege keine Verletzung der positiven Koalitionsfreiheit von Andersgebundenen vor, da es keinen generellen Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages gebe. Vielmehr sei eine etwaige Tarifkonkurrenz nach den allgemein geltenden Regeln des Tarifrechts aufzulösen. Die Koalitionsfreiheit konkurrierender Koalitionen sei nicht über Gebühr beeinträchtigt, da eine AVE ihr koalitionspezifisches Handeln nicht unmöglich mache. Schließlich seien die Anforderungen an die Transparenz des Erstreckungsverfahrens noch gewahrt, obschon das BVerfG hier ausdrücklich Verbesserungsbedarf sah. Später hat das BVerfG auch eine AVE von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen ausdrücklich als mit dem GG vereinbar qualifiziert⁶⁵ und dies – sowie seine AVE-Rechtsprechung insgesamt – mehrfach bestätigt.⁶⁶

IV. Ausgestaltung der Tarifautonomie

Bevor nun schließlich auf „das neue Recht der AVE nach dem TASG“ eingegangen wird, sollen die Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der Tarifautonomie verdeutlicht werden. Dabei geht es um die Frage, welchen verfassungsrechtlichen Vorgaben der Gesetzgeber unterworfen ist, wenn er zu gesetzlichen Ausgestaltungen der Tarifautonomie schreitet. Da das im Folgenden entwickelte Prüfprogramm im weiteren Verlauf der Ausarbeitung mehrfach zum Einsatz kommt, soll es an dieser Stelle in abstrakter Form „vor die Klammer“ gezogen werden.

Allgemeiner Ansicht entspricht es, dass die aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitete Tarifautonomie als zumindest partiell normgeprägtes Grundrecht einer gesetzgeberischen Ausgestaltung bedarf.⁶⁷ Diese Ausgestaltungsbedürftigkeit hat zur Folge,

⁶⁴ BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255.

⁶⁵ BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, NJW 1981, 215.

⁶⁶ BVerfG 10.9.1990 – 1 BvR 561/89, NZA 1992, 125; BVerfG 18.7.2000 – 1 BvR 948/00, NZA 2000, 948.

⁶⁷ Vgl. nur *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 23.

dass Art. 9 Abs. 3 GG eine besondere Gewährleistungsgarantie enthält,⁶⁸ welche das Gebot an den Gesetzgeber richtet, ein einfachrechtliches Instrumentarium zur Gewährleistung eines funktionierenden Tarifvertragssystems bereitzustellen. Anders formuliert, trifft den Gesetzgeber eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht, die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems durch seine legislatorische Ausgestaltung zu erhalten.⁶⁹ Entscheidende verfassungsrechtliche Grenzen für diese Ausgestaltung von Art. 9 Abs. 3 GG sind insoweit das Untermaß- und das Übermaßverbot.⁷⁰

Das Untermaßverbot beschreibt hierbei plastisch ausgedrückt die *untere* Grenze dessen, was der Gesetzgeber umsetzen muss, um die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems angemessen herzustellen und zu erhalten.⁷¹ Welche Maßnahmen der Gesetzgeber dafür konkret wählt, steht weitestgehend zu seiner Disposition, da das BVerfG der Legislative insoweit eine erhebliche Einschätzungs-, Prognose- und Gestaltungsfreiheit zugesteht.⁷² Gleichzeitig ist der Gesetzgeber mit Blick auf gegebenenfalls tangierte Rechtsgüter Dritter verpflichtet, mit den getroffenen Regelungen nicht über das für die Erreichung dieses Ziels Erforderliche hinauszugehen.⁷³ Diese zweite Erforderlichkeitsprüfung beschreibt das Übermaßverbot. Mithin muss sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Tarifautonomie innerhalb dieses „Gestaltungskorridors“ – zwischen Untermaß- und Übermaßverbot – bewegen, dessen konkrete Grenzen im Einzelfall anhand der mit der Regelung verfolgten Ziele zu bestimmen sind. Für die hier zu thematisierende Ausgestaltung der Tarifautonomie durch Anpassungen der AVE sind mithin die bereits erörterten Funktionen dieses Instruments⁷⁴ für die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung maßgeblich:

- die Sicherstellung angemessener Mindestarbeitsbedingungen,
- die Abstützung der Tarifautonomie durch die Sicherstellung einer entsprechenden Durchschlagskraft von Tarifverträgen,

⁶⁸ Diese wird teilweise als institutionelle, teilweise als auxiliär-leistungsrechtliche Schutzdimension bezeichnet, vgl. *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 24, m. w. N.

⁶⁹ *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 24.

⁷⁰ Vgl. ausführlich *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 24 ff.

⁷¹ Stern/*Dietlein*, Staatsrecht IV/1, S. 2053.

⁷² Vgl. BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NZA 2007, 42, Rn. 92; BVerfG, 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, NZA 2001, 777, 779, m. w. N.; *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe) 2, 24; ausführlich zu der legislativen Einschätzungsprärogative im Arbeitsrecht *Ulber*, NZA 2016, 619.

⁷³ Vgl. *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 24.

⁷⁴ Siehe 1. Teil D. II.

- die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen sowie
- der Schutz der Ordnungs- und Wettbewerbsfunktion von Tarifverträgen.

Gleichzeitig ist jedoch zu betonen, dass dem Gesetzgeber die Freiheit zuzuerkennen ist, selbsttätig öffentliche Interessen zu identifizieren.⁷⁵

Der soeben ausgebreitete Prüfansatz soll im weiteren Verlauf des Gutachtens an den relevanten Stellen wiederaufgegriffen werden.

⁷⁵ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 26.

2. Teil: Das neue Recht der AVE im TASG

Die Voraussetzungen für die Erteilungen einer AVE haben sich durch die Änderungen in § 5 TVG weitreichend verändert.

A. Materielle Voraussetzungen für die Erteilung

Mit Inkrafttreten des TASG sind die Voraussetzungen für die Erteilung einer AVE grundlegend verändert worden. Das bereits nach alter Rechtslage erforderliche „öffentliche Interesse“ an der AVE, das in der Vergangenheit vor allem durch die Rechtsprechung ausgeformt worden ist und mit den soeben angesprochenen Funktionen der AVE eng zusammenhängt, findet sich nunmehr in konkretisierter Form in den beiden Regelbeispielen des § 5 Abs. 1 S. 2 TVG sowie in § 5 Abs. 1a TVG für Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen.

Bevor die nunmehr maßgeblichen Voraussetzungen erläutert und analysiert werden, soll zunächst der Wegfall des nach alter Lage für die AVE erforderlichen 50 %-Quorums in den Fokus genommen werden.

I. Wegfall des 50 %-Quorums

Eine der erheblichsten Veränderungen des Rechts der AVE ist der Wegfall des nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG a. F. erforderlichen 50 %-Quorums. Eine Tarifnormerstreckung war danach nur möglich, wenn die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigten. Eine Ausnahme von diesem Erfordernis konnte allenfalls bei einem sozialen Notstand gemacht werden (§ 5 Abs. 1 S. 2 TVG a. F.).⁷⁶ Daher führte das starre Quorum in Zeiten stetig abnehmender Tarifbindung dazu, dass Tarifverträge immer seltener für allgemeinverbindlich erklärt werden konnten.⁷⁷ Dies hat der Reformgesetzgeber zum Anlass genommen, die AVE wieder zu einem praktikableren Instrument zu gestalten, indem das starre 50 %-Quo-

⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 48.

⁷⁷ Vgl. auch BT-Drs. 18/1558, S. 49.

rum gestrichen wurde.⁷⁸ An dessen Stelle tritt nunmehr ein konkretisiertes öffentliches Interesse.⁷⁹

Ob der Reformgesetzgeber zulässigerweise auf das Quorum verzichten durfte, wird kontrovers diskutiert. Entscheidend mit dieser Frage hängt zusammen, welchem Zweck das Quorum in § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG a. F. diene (1.). Vor diesem Hintergrund soll dann geklärt werden, ob das Quorum für die Zulässigkeit der AVE verfassungsrechtlich geboten ist (2.). Schließlich soll das Quorum im Lichte des dargestellten⁸⁰ Ausgestaltungskorridors innerhalb der Tarifautonomie abschließend bewertet werden (3.).

1. Sinn und Zweck des 50 %-Quorums

Seit der Einfügung des Quorums in den Tatbestand von § 5 TVG a. F. auf Verlangen der Alliierten Militärregierung⁸¹ ist umstritten, welchen Zweck diese Voraussetzung in Bezug auf die AVE verfolgt.

Nach einer verbreiteten Auffassung werde durch das Quorum eine gewisse Repräsentativität des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages sichergestellt.⁸² Einer anderen Ansicht entspricht, dass die 50 %-Hürde die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber vor einer „Majorisierung“ durch die tarifgebundenen Arbeitgeber schützen soll, die nur eine Minderheit der Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigen.⁸³ Bereits unmittelbare verfassungsrechtliche Bedeutung will dem Quorum eine weitere Ansicht beimessen: Dadurch, dass mindestens 50 % der Arbeitnehmer von dem Tarifvertrag erfasst sein müssen, werde der Eingriff in die Berufsausübungs- und Vertragsfreiheit etwaiger Außenseiter gerechtfertigt und mithin der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt. Diejenigen Arbeitgeber, die sich für die originäre Tarifgeltung entschieden hätten, müssten ein maßgebliches arbeitsmarktpolitisches Gewicht aufweisen, um die Unterbindung des Außenseiterwettbewerbs zu rechtfertigen.⁸⁴

⁷⁸ Vgl. *Bepler*, Gutachten zum 70. DJT, B 113.

⁷⁹ Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 26 f.; siehe dazu 2. Teil A. II. 2. und 3.

⁸⁰ Siehe 1. Teil D. IV.

⁸¹ Vgl. *Hanau*, SR 2011, 3, 4.

⁸² BVerwG 28.1.2010 – 8 C 19.09, NZA 2010, 718; *Büdenbender*, RdA 2000, 193, 196; *ErfK/Franzen*, TVG, § 5 Rn. 11; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Band I, S. 892; *Kempen/Zachert/Seifert*, TVG, § 5 Rn. 46.

⁸³ *Ansey/Koberski*, AuR 1987, 230, 232; *Däubler/Lakies*, TVG, § 5 Rn. 99; *Koberski/Claasen/Menzel*, TVG, § 5 Rn. 51; *Sodan/Zimmermann*, ZfA 2008, 526, 569; *Wonneberger*, Funktionen der AVE, S. 68.

⁸⁴ *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2008, 433, 434; *Jacobs*, GS Walz (2007), S. 298, 304; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 5 Rn. 120; *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 833.

Teilweise wird vertreten, das Quorum sichere – kombinierend – einerseits die Repräsentativität des Tarifvertrages, die wiederum die „Richtigkeit“ des Tarifvertrages indiziere⁸⁵, gleichzeitig diene es auch dem Schutz vor Majorisierung der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber.⁸⁶ Die Sicherstellung einer nicht unerheblichen Repräsentativität des Tarifvertrags sei erforderlich, um die faktische Unterbindung des Außenseiterwettbewerbs durch die Tarifnormerstreckung zu rechtfertigen.⁸⁷

Im Grundsatz ist die letztgenannte Auffassung aner kennenswert, die mehrere Funktionen des Quorums anspricht. In der Tat kann eine hohe mitgliedschaftliche Tarifbindung an einen Tarifvertrag dessen innere Richtigkeit indizieren. Gleichwohl ist eine gewichtige Einschränkung vorzunehmen. Wie bereits eingangs erläutert, stellt die Unterbindung von Außenseiterwettbewerb nach hier und auch überwiegend vertretener Ansicht⁸⁸ nicht lediglich eine ungewollte, faktische Folge der AVE dar, sondern ist vielmehr als eine ihrer immanenten Funktionen zu qualifizieren. Dies berücksichtigend lässt sich der Wettbewerbsschutz nicht als Argument für die verfassungsrechtliche Unerlässlichkeit des 50 %-Quorums ins Feld führen. Wenn die wettbewerbsbeschränkende Wirkung nicht Reflex, sondern Ziel der AVE ist, muss diese Wirkung nicht über die Erreichung einer gewissen Mindestrepräsentativität eingeschränkt werden. Im Gegenteil wird das Ziel, Außenseiterwettbewerb durch eine AVE zu unterbinden und so die Tarifautonomie zu schützen, umso dringlicher, je größer die Relevanz des Außenseiterwettbewerbs aufgrund geringer Tarifbindung ist. Vor diesem Hintergrund schützt das 50 %-Quorum die AVE nicht, sondern läuft ihrem Zweck zuwider.⁸⁹

2. Verfassungsrechtliche Gebotenheit des Quorums

Unter Berücksichtigung der vorgenommenen Zweckbestimmung ist nun der Frage nachzugehen, ob der Gesetzgeber zulässigerweise in § 5 TVG n. F. auf das 50 %-Quorum verzichten durfte. Entscheidend in diesem Zusammenhang ist dabei, ob diese Voraussetzung für die AVE in verfassungsrechtlicher Hinsicht unerlässlich ist. Wie bereits im Rahmen der Zweckbestimmung angeklungen, ist auch diese Frage umstritten. Nachdem die Meinungen innerhalb der Literatur dargestellt wurden (a.), wird ein Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG zur

⁸⁵ Hierzu *Preis/Greiner*, Ausschussdrucks. 16(11)771, S. 15 ff.

⁸⁶ Vgl. *Zachert*, NZA 2003, 132, 135; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 152 f.

⁸⁷ *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 153.

⁸⁸ Vgl. 1. Teil D. II. 4.

⁸⁹ *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 21.

AVE geworfen, aus der sich wertvolle Hinweise entnehmen lassen (b.). Da sich der Gesetzgeber ausdrücklich auch auf rechtstatsächliche Gegebenheiten bei seiner AVE-Reform berufen hat, sollen praktische Aspekte beleuchtet werden (c.), bevor zur verfassungsrechtlichen Gebotenheit des Quorums Stellung bezogen wird (d.).

a. Literatur

Innerhalb des arbeitsrechtlichen Schrifttums gehen die Meinungen dazu auseinander, ob das Quorum verfassungsrechtlich geboten ist. Teilweise wird dies bejaht, da bereits eine Reduzierung des 50 %-Quorums einen verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigenden Eingriff in die Berufsausübungs-, Vertrags- sowie Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber darstelle, weshalb es in seiner konkreten Höhe verfassungsrechtlich geboten sei.⁹⁰ Demgegenüber geht eine verbreitete Ansicht davon aus, das in § 5 TVG a. F. enthaltene Quorum sei jedenfalls der Höhe nach verfassungsrechtlich nicht zwingend.⁹¹ Insoweit hänge eine etwaige Repräsentativität nicht strikt an der Erfassung der absoluten Mehrheit. Einer vollständigen Abschaffung stehe allerdings die Legitimation gegenüber den Außenseitern entgegen, die durch ein angemessen hohes Quorum vermittelt werde.⁹² Teilweise wird erwogen, jedwedes starre quantitative Quorum zu streichen, die AVE aber wiederum an alternative Repräsentativitätskriterien zu knüpfen.⁹³ Schließlich wird auch der vollständige Verzicht auf ein Repräsentativitätskriterium als verfassungsrechtlich geboten erachtet. Wie bereits bei der Zweckbestimmung des Quorums angedeutet, bestehe nach dieser Ansicht ein Bedürfnis nach staatlichen Unterstützungsmaßnahmen gerade dann, wenn die Tarifbindung besonders niedrig ist.⁹⁴

b. Rechtsprechung

Der hier maßgeblichen Rechtsprechung des BVerfG können sachdienliche Hinweise hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Gebotenheit eines Mindestquo-

⁹⁰ *Löwisch/Rieble*, TVG, § 5 Rn. 120; *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 833; ähnlich auch *BeckOK-ArbR/Giesen*, TVG, § 5 Rn. 7.

⁹¹ *Bepler*, Gutachten zum 70. DJT, B 116; *Dieterich*, NZA-Beil. 2011, 84, 88; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Band I, S. 892; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 430; *Zachert*, NZA 2003, 132, 134 f.

⁹² Deshalb ein 25 %-Quorum als zulässig erachtend *Bepler*, Gutachten zum 70. DJT, B 116; ähnlich auch *Zachert*, NZA 2003, 132, 134.

⁹³ *Hanau*, SR 2011, 3, 10 f.

⁹⁴ *Bepler*, Gutachten zum 70. DJT, B 115; *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 25 ff.; *Henssler*, RdA 2015, 43, 51.

rums für die Zulässigkeit der AVE entnommen werden.⁹⁵ Dabei sprechen gewichtige Indizien für die letztgenannte Ansicht in der Literatur, nach der die AVE keines zwingenden Mindestrepräsentativitätskriteriums bedarf.

Insoweit wurde in den beiden Entscheidungen, die unmittelbar die Verfassungsmäßigkeit der AVE betrafen,⁹⁶ nicht auf das Quorum abgestellt.⁹⁷ Entscheidender Faktor bei jedweder staatlicher Rechtssetzung könne nicht die mehrheitliche Billigung oder Repräsentativität des Tarifvertrags sein. Maßgeblich müsse vielmehr die Frage sein, ob das rechtssetzende Organ über eine hierfür ausreichende demokratische Legitimation gegenüber den Betroffenen verfüge.⁹⁸ Für die durch das BMAS erlassene AVE hat das BVerfG diese Frage zutreffenderweise in seiner ersten Grundsatzentscheidung bejaht und in der Folge bestätigt.⁹⁹ Innerhalb dieser Grenze sei aus verfassungsrechtlicher Sicht dann auch nicht mehr erheblich, ob die staatliche Normerstreckung von der Mehrheit der Betroffenen geteilt werde oder nicht.¹⁰⁰

Nimmt man zudem eine spätere Entscheidung des BVerfG in ähnlichem Zusammenhang in das Blickfeld, lassen sich weitere gewichtige Indizien finden, die gegen die verfassungsrechtliche Gebotenheit des Quorums sprechen.¹⁰¹ In seinem Nichtannahmebeschluss hinsichtlich der Verfassungskonformität von § 1 Abs. 3a AEntG a. F. (heute § 7 AEntG)¹⁰² bediente sich das BVerfG einiger seiner Erwägungen, die es im Rahmen der Entscheidungen bezüglich der AVE entwickelt hatte. Dem Gesetzgeber stehe es frei, „eine andere Rechtsform als die in § 5 TVG geregelte AVE“ für die Tarifnormerstreckung auf Außenseiter zu wählen. Durch die staatliche Mitwirkung im Rahmen der Verordnungsgebung sei die Geltungserstreckung – wie bei der AVE – in hinreichendem Maße demokratisch legitimiert. Es ließ lediglich ausdrücklich dahinstehen, ob „etwas anderes gelten könnte, wenn der Geltungsbereich des Tarifvertrages auf Außenseiter erstreckt würde, der von im konkreten Bereich völlig unbedeutenden Koalitionen abge-

⁹⁵ Vgl. *Hanau*, SR 2011, 3, 9 ff.

⁹⁶ BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255; BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79, NJW 1981, 215.

⁹⁷ *Hanau*, SR 2011, 3, 9 f.

⁹⁸ *Strippelmann*, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 172; *Zachert*, NZA 2003, 132, 134.

⁹⁹ BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255; bestätigt etwa von BVerfG 18.7.2000 – 1 BvR 948/00, NZA 2000, 948, 949; zustimmend *Greiner*, FS v. Hoyningen-Huene, S. 103, 119; *Strippelmann*, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 172.

¹⁰⁰ Vgl. *Strippelmann*, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 172.

¹⁰¹ Vgl. ausführlich *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 21 ff.

¹⁰² BVerfG 18.7.2000 – 1 BvR 948/00, NZA 2000, 948.

geschlossen wurde“¹⁰³. Mit anderen Worten sprach das Gericht von einer Konstellation, in der ein nicht repräsentativer Minderheitstarifvertrag erstreckt werden soll. Der in dieser Passage gewählte Wortlaut („völlig unbedeutenden Koalitionen“) spricht dafür, dass das BVerfG hier auf absolut marginale Tarifabschlüsse abzielte. Diese mangels Entscheidungserheblichkeit nicht erforderliche Aussage zeigt deutlich, dass die Karlsruher Richter die verfassungsrechtliche Zulässigkeit staatlicher Tarifnormerstreckung – unbedeutend, ob qua AVE oder nach dem AEntG – an keine Mindestrepräsentativität des Tarifvertrags und erst recht nicht an das 50 %-Quorum binden.¹⁰⁴

c. Quorum im Lichte des „Ausgestaltungskorridors“

Wie einleitend erörtert¹⁰⁵, muss sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Tarifautonomie zwischen Untermaß- und Übermaßverbot bewegen. Er hat demnach einerseits die *mindestens* für die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems erforderlichen Maßnahmen zu treffen, ohne die Grenze des *höchstens* – im Hinblick auf tangierte Rechte Dritter – Erforderlichen zu überschreiten.

Sofern das 50 %-Quorum als Ausdruck des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes¹⁰⁶ bzw. zum Schutz kollidierender Verfassungsrechte¹⁰⁷ qualifiziert wird, nehmen solche Sichtweisen stark das Übermaßverbot in den Blick. Ignoriert wird jedoch das ranggleiche Untermaßverbot des „Ausgestaltungskorridors“.¹⁰⁸ Dass das 50 %-Quorum nicht die äußerste – im Sinne einer Mindestschwelle – vom Gesetzgeber verfassungsrechtlich zulässige Ausgestaltung der AVE darstellen kann, wird dadurch deutlich, dass in diesem Fall der Gesetzgeber auf rechtstatsächliche Entwicklungen allenfalls mit einer Erhöhung des Quorums reagieren könnte. Vor dem Hintergrund stetig abnehmender Tarifbindung und einer zersplitterten Tariflandschaft könnte die Legislative damit entweder gar nicht reagieren oder sie müsste kontraproduktive Maßnahmen in Form einer weiteren Erhöhung des Repräsentativitätserfordernisses ergreifen.¹⁰⁹ In der Konsequenz wären die mit der AVE verfolgten Ziele, die soziale Absicherung der Außenseiter-Arbeitnehmer, die Sicherung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen sowie der Schutz der Tarifautonomie vor Außenseiterwettbewerb¹¹⁰

¹⁰³ BVerfG 18.7.2000 – 1 BvR 948/00, NZA 2000, 948, 949.

¹⁰⁴ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 23.

¹⁰⁵ Siehe 1. Teil D. IV.

¹⁰⁶ Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 120.

¹⁰⁷ Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 358.

¹⁰⁸ Vgl. Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 25.

¹⁰⁹ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 25.

¹¹⁰ Siehe 1. Teil D. II.

in Zeiten abnehmender Tarifbindung, trotz gerade dann wachsenden Bedürfnisses,¹¹¹ nicht mehr erreichbar.¹¹² Dies kann prägnant am Beispiel von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen illustriert werden: Das Bedürfnis, eine Regelung über eine gemeinsame Einrichtung für allgemeinverbindlich zu erklären, steigt sukzessive, je geringer der Grad der mitgliederschafflich erfassten Arbeitsverhältnisse in einer Branche ist,¹¹³ da nur so das für die Funktionsfähigkeit notwendige Gleichgewicht zwischen Beiträgen und Leistungen aufrecht erhalten und die sozialstaatliche wünschenswerte Abmilderung branchenspezifischer Nachteile erreicht werden kann.¹¹⁴ Demnach erweist sich ein Mindestquorum in Zeiten steigenden Bedarfs nach staatlicher Unterstützung tarifautonomer Rechtssetzung zwar aus Sicht des Übermaßverbots überzeugend, aber unter Berücksichtigung des Untermaßverbots als kontraproduktiv.¹¹⁵ Insoweit nimmt es dem Staat die Möglichkeit, die AVE gerade dann als Schutzinstrument auszugestalten, wenn das Bedürfnis aufgrund sinkender Tarifbindung am größten ist.¹¹⁶

d. Praktische Aspekte

Die bereits unter Punkt c. angesprochene rechtstatsächliche Situation ist nicht nur aus Perspektive des verfassungsrechtlichen Untermaßverbots in Bezug auf das Quorum problematisch. Vielmehr weist das Quorum bereits *per se* erhebliche praktische Schwächen auf, die im Folgenden aufgezeigt werden sollen.¹¹⁷

Die eine AVE beantragenden Tarifvertragsparteien sahen sich in der Vergangenheit mit der großen Schwierigkeit konfrontiert, rechtssicher festzustellen, wie viele Arbeitgeber und Arbeitnehmer konkret in den Geltungsbereich des Tarifvertrages fielen, um die Erreichung des Quorums darzulegen.¹¹⁸ Erforderliches Zahlenmaterial konnte fast ausschließlich über statistische Befragungen und Erhebungen externer Quellen¹¹⁹ gewonnen werden. Den Tarifvertragsparteien fehlten in aller Regel die Mittel und auch die (datenschutz-)rechtlichen Befugnisse, um eigenständig belastbare Erkenntnisse zu gewinnen, mit der die Erreichung

¹¹¹ Vgl. Wiedemann/Wank, TVG, § 5 Rn. 75.

¹¹² Vgl. Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 25.

¹¹³ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 11.

¹¹⁴ Dazu ausführlich unter 2. Teil A. II. 3. a.

¹¹⁵ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 26.

¹¹⁶ Bepler, Gutachten zum 70. DJT, B 115; Greiner, FS v. Hoyningen-Huene (2014), 103, 119; Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 174; zustimmend Nielebock, FS Bepler (2012), 181, 186; ähnlich auch Stellungnahme Schulten, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 90.

¹¹⁷ Ausführlich auch Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 153 ff.

¹¹⁸ Vgl. Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 131: exakte Feststellung ist „unmöglich“.

¹¹⁹ Etwa das bereits erwähnte IAB-Betriebspanel.

des 50 %-Quorums dargetan werden konnte. Sie konnten insoweit nur auf öffentlich zugängliche Auswertungen oder auf ihre, teilweise die Situation nicht vollständig abbildenden, internen Mitgliederzahlen rekurrieren.

Zudem litt das Quorum des § 5 TVG a. F. auch an einer in materieller Hinsicht erheblichen Schwäche, weil einzig die bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer Berücksichtigung fanden. Aus diesem Wert allein lässt sich aber noch nicht auf die gesamte Akzeptanz eines Tarifvertrages im fachlichen und persönlichen Geltungsbereich schließen.¹²⁰ Außen vor gelassen bleibt bei einer so engen Betrachtungsweise eine tarifgemäße Beschäftigung etwa aufgrund von Bezugnahmeklauseln oder Anschlussstarifverträgen. Dies war insbesondere dann sachwidrig, wenn vereinbarte Bezugnahmeklauseln und Anschlussstarifverträge die etwaigen Tarifnormen inhaltsgleich auf die Arbeitsverhältnisse zur Anwendung brachten.¹²¹

Zudem ist in Zeiten abnehmender Tarifbindung ein immer wichtiger werdender Aspekt, ob sich eine faktische Marktakzeptanz des Tarifvertrages auf anderen Wegen zeigt, etwa durch die individualvertragliche Übernahme tariflicher Arbeitsbedingungen.¹²² Insoweit kann keine zwingende Korrelation allein zwischen mitgliedschaftlicher Tarifbindung und tariflicher Ausgestaltung der Einzelarbeitsverhältnisse hergestellt werden.¹²³ Dies blieb innerhalb des Quorums nach § 5 TVG a. F. gänzlich unberücksichtigt. Eine solche faktische Orientierung am Tarifvertrag kann beispielsweise gegeben sein, wenn sich die Höhe des individualvertraglich vereinbarten oder faktisch gezahlten Arbeitsentgelts auf Höhe des Tariflohns bewegt. Weiterhin lässt sich eine faktische Orientierung am Tarifvertrag neben der Übernahme von Kernarbeitsbedingungen auch durch anderweitige Ausgestaltungen erkennen. So spricht etwa vieles für eine faktische Orientierung an einen Tarifvertrag, wenn dieser beispielsweise die Einführung von bestimmten flexiblen Arbeitszeitmodellen (etwa durch Arbeitszeitkonten) vorsieht und diese Instrumentarien dann in der Folge auch von Außenseiterarbeitgebern, etwa in Form betrieblicher Übung, angewendet werden.¹²⁴ Die zuvor angesprochenen Probleme, belastbares Zahlenmaterial vorlegen zu können, denen sich die antragstellenden Tarifvertragsparteien ausgesetzt sahen, kulminieren naturgemäß bei der Frage nach der anderweitigen faktischen Orientierung an einen Tarifver-

¹²⁰ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 20; ErfK/Schlachter, AEntG, § 7 Rn. 8; zustimmend Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 173.

¹²¹ Vgl. Jöris, NZA 2014, 1313, 1314.

¹²² Vgl. Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2016, 283.

¹²³ Für die Arbeitgeberseite prägnant Jöris, NZA 2014, 1313, 1314: „Verbandsabstinenz bedeutet jedoch keineswegs automatisch Tarifabstinenz“.

¹²⁴ Vgl. auch Jöris, NZA 2014, 1313, 1314.

trag, da sich eine solche Marktakzeptanz ausschließlich über Befragungen oder ausführliche Statistikauswertungen herausfinden lassen, die wiederum mit erheblichem Aufwand verbunden sind. All diese Aspekte wurden innerhalb des 50 %-Quorums des § 5 TVG a. F., das sich ausschließlich an der Tarifbindung gemäß § 3 Abs. 1 TVG orientierte, gänzlich ignoriert.

e. Abschließende Bewertung

Nach allem Gesagten kann zunächst konstatiert werden, dass das Quorum seinem Zweck, der Sicherstellung einer gewissen Repräsentativität des zu erstreckenden Tarifvertrages, aufgrund der aufgezeigten Schwächen praktisch oftmals gar nicht gerecht werden konnte. Aber selbst wenn man dem Quorum einen Schutz vor Majorisierung beimessen möchte, kann hieraus noch keine Aussage über dessen verfassungsrechtliche Gebotenheit im Rahmen der AVE entnommen werden.¹²⁵ Vielmehr hat die Analyse der Rechtsprechung des BVerfG gezeigt, dass es für die Zulässigkeit staatlicher Rechtssetzung vor allem auf eine ausreichende demokratische Legitimation gegenüber den Betroffenen ankommt, die für die AVE – wegen der erforderlichen Beteiligung des BMAS – stets bejaht worden ist.¹²⁶

Dieser Befund wird bestätigt, wenn man bedenkt, dass das Quorum weder in § 5 TVG a. F. noch im neuen Recht der AVE die einzige Voraussetzung für die Tarifnormerweiterung darstellt. Es bleibt dabei, dass für die AVE – unter anderem – ein öffentliches Interesse sprechen muss,¹²⁷ das von den Tarifvertragsparteien darzulegen und dessen Vorliegen durch das BMAS abschließend zu prüfen ist.¹²⁸ Dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot wird außerdem durch die prozessualen Anforderungen an eine AVE-Erteilung¹²⁹ Rechnung getragen,¹³⁰ die durch das TASG noch weiter abgesichert worden sind.¹³¹

¹²⁵ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen, S. 171 f.

¹²⁶ BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255; BVerfG 18.7.2000 – 1 BvR 948/00, NZA 2000, 948, 949; zustimmend *Greiner*, FS v. Hoyningen-Huene (2014), S. 103, 119; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen, S. 172; vgl. aber BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, 10 ABR 48/15, PM 50 und 51/16.

¹²⁷ *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 26.

¹²⁸ Siehe für die Darlegung der Tarifvertragsparteien 2. Teil B. I. 2.; für die Prüfung des BMAS siehe 2. Teil B. VI.

¹²⁹ Etwa das zwingend erforderliche Einvernehmen des Tarifausschusses, vgl. § 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 1a S. 1 TVG.

¹³⁰ Vgl. BAG 28.3.1990 – 4 AZR 536, AP Nr. 25 zu § 5 TVG; *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 27.

¹³¹ Hervorzuheben ist der nunmehr erforderliche gemeinsame Antrag der Tarifvertragsparteien, dazu siehe unter 2. Teil B. I.

Zudem ist das sich durch das Quorum geäußerte Repräsentativitätserfordernis vor dem Hintergrund der dargestellten grundsätzlichen Ziele der AVE, allen voran dem Schutz von Außenseiter-Arbeitnehmern, der Tarifautonomie, sowie der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen, in Zeiten abnehmender Tarifbindung kontraproduktiv und verschließt dem Gesetzgeber erforderliche Ausgestaltungsräume, die ihm wegen seines weitgehenden Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums¹³² zustehen.

3. Zwischenergebnis

Mithin ist festzustellen, dass der Reformgesetzgeber zulässigerweise in § 5 TVG n. F. auf das 50 %-Quorum verzichten durfte.¹³³

II. § 5 TVG n. F.

1. Allgemeines

§ 5 TVG n. F. lautet wie folgt:

(1) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann einen Tarifvertrag im Einvernehmen mit einem aus je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bestehenden Ausschuss (Tarifausschuss) auf gemeinsamen Antrag der Tarifvertragsparteien für allgemeinverbindlich erklären, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Die Allgemeinverbindlicherklärung erscheint in der Regel im öffentlichen Interesse geboten, wenn

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

(1a) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann einen Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss auf gemeinsamen Antrag der Tarifvertragsparteien für allgemeinverbindlich erklären, wenn der Tarifvertrag die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen durch eine gemeinsame Einrichtung mit folgenden Gegenständen regelt:

- 1. den Erholungsurlaub, ein Urlaubsgeld oder ein zusätzliches Urlaubsgeld,*
- 2. eine betriebliche Altersversorgung im Sinne des Betriebsrentengesetzes,*

¹³² Siehe dazu ausführlich Ulber, NZA 2016, 619.

¹³³ So auch Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 175.

3. die Vergütung der Auszubildenden oder die Ausbildung in überbetrieblichen Bildungsstätten,
4. eine zusätzliche betriebliche oder überbetriebliche Vermögensbildung der Arbeitnehmer,
5. Lohnausgleich bei Arbeitszeitausfall, Arbeitsverkürzung oder Arbeitszeitverlängerung.

Der Tarifvertrag kann alle mit dem Beitragseinzug und der Leistungsgewährung in Zusammenhang stehenden Rechte und Pflichten einschließlich der dem Verfahren zugrunde liegenden Ansprüche der Arbeitnehmer und Pflichten der Arbeitgeber regeln. § 7 Absatz 2 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes findet entsprechende Anwendung.

(2) Vor der Entscheidung über den Antrag ist Arbeitgeber und Arbeitnehmern, die von der Allgemeinverbindlicherklärung betroffen werden würden, den am Ausgang des Verfahrens interessierten Gewerkschaften und Vereinigungen der Arbeitgeber sowie den Obersten Arbeitsbehörden der Länder, auf deren Bereich sich der Tarifvertrag erstreckt, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme sowie zur Äußerung in einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung zu geben.

(3) Erhebt die Oberste Arbeitsbehörde eines beteiligten Landes Einspruch gegen die beantragte Allgemeinverbindlicherklärung, so kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales dem Antrag nur mit Zustimmung der Bundesregierung stattgeben.

(4) Mit der Allgemeinverbindlicherklärung erfassen die Rechtsnormen des Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Ein nach Absatz 1a für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag ist vom Arbeitgeber auch dann einzuhalten, wenn er nach § 3 an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist.

(5) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages im Einvernehmen mit dem in Absatz 1 genannten Ausschuss aufheben, wenn die Aufhebung im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Die Absätze 2 und 3 gelten entsprechend. Im übrigen endet die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages mit dessen Ablauf.

(6) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann der Obersten Arbeitsbehörde eines Landes für einzelne Fälle das Recht zur Allgemeinverbindlicherklärung sowie zur Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit übertragen.

(7) Die Allgemeinverbindlicherklärung und die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit bedürfen der öffentlichen Bekanntmachung. Die Bekanntmachung umfasst auch die von der Allgemeinverbindlicherklärung erfassten Rechtsnormen des Tarifvertrages.

a. Regelungssystematik

Der Reformgesetzgeber hat nicht nur das zuvor nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG a. F. erforderliche Quorum gestrichen. Er hat darüber hinaus weitreichende Veränderungen an der Regelungssystematik von § 5 TVG n. F. vorgenommen.

aa. § 5 Abs. 1 TVG

Während nach alter Fassung das öffentliche Interesse und das Quorum kumulative Voraussetzungen der AVE waren, findet sich in § 5 Abs. 1 S. 1 TVG n. F. nunmehr die Aussage, dass ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt werden kann, „wenn die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint“. Daran schließen sich die beiden vielbeachteten neuen Regelbeispiele in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–2 TVG an. Sind deren Voraussetzungen erfüllt, hat das zur Folge, dass die AVE „in der Regel im öffentlichen Interesse geboten“ erscheint. Ausreichend ist dafür, dass alternativ eines der Regelbeispiele vorliegt („oder“).

Aus der Neuregelung von § 5 Abs. 1 TVG lassen sich bereits mehrere Schlüsse ziehen. Zum einen hat der Gesetzgeber das zuvor in § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TVG a. F. verortete öffentliche Interesse mit einer in materieller Hinsicht gleichen Formulierung auch nach neuem Recht beibehalten. Das spricht dafür, dass die von der Rechtsprechung gemachten Konkretisierungen zu § 5 TVG a. F. bezüglich des öffentlichen Interesses auch nach neuer Rechtslage anwendbar sind.¹³⁴ Zum anderen sorgt die neue Regelungssystematik technisch dafür, dass § 5 Abs. 1 S. 1 TVG gewissermaßen als Grundtatbestand¹³⁵ zu verstehen ist, der durch § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2 TVG konkretisiert wird. Grundtatbestand und Regelbeispiele ergänzen sich damit: Sofern die Voraussetzungen des konkretisierten öffentlichen Interesses nicht vorliegen, können die Tarifvertragsparteien – freilich unter größerem Abwägungsaufwand für das BMAS¹³⁶ – die AVE noch nach § 5 Abs. 1 S. 1 TVG beantragen, dessen „nicht konkretisiertes“ öffentliches Interesse dann an den Vorgaben der Rechtsprechung zu messen ist.

bb. § 5 Abs. 1a TVG

Neu ist zudem die in § 5 Abs. 1a TVG enthaltene Sonderregelung für die AVE eines Tarifvertrages über bestimmte gemeinsame Einrichtungen. Danach kann das BMAS einen Tarifvertrag über bestimmte gemeinsame Einrichtungen für allgemeinverbindlich erklären, wenn die AVE – in Anerkennung der BAG-Rechtsprechung¹³⁷ – „zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit“ erforderlich ist. Die Auslagerung in den neuen Absatz 1a macht deutlich, dass der Tatbestand unabhängig von den Voraussetzungen des Absatzes 1, insbesondere der Regelbeispiele, zu

¹³⁴ Vgl. *Thüsing*, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 59 ff.

¹³⁵ NK-ArbR/*Forst*, § 5 TVG Rn. 80 ff.: „Generalklausel“.

¹³⁶ Dazu 2. Teil B. VI. 3.

¹³⁷ BAG 24.1.1979 – 4 AZR 377/77, AP TVG § 5 Nr. 16; BAG 28.3.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781.

sehen ist.¹³⁸ Obwohl sich die gewählte Formulierung in Absatz 1a von Absatz 1 S. 1 und 2 unterscheidet und die Regelung über gemeinsame Einrichtungen in einem eigenen Absatz statuiert wurde, handelt es sich in materieller Hinsicht gleichwohl um ein Regelbeispiel in Relation zu § 5 Abs. 1 S. 1 TVG.¹³⁹ Dies lässt sich aus der Formulierung ableiten, das öffentliche Interesse an der AVE eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung im Sinne von § 5 Abs. 1a TVG bestehe „grundsätzlich“.¹⁴⁰

cc. Verhältnis zwischen Absatz 1 und Absatz 1a

Zum Teil wurde aus dem Katalogtatbestand des § 5 Abs. 1a TVG geschlossen, Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen könnten nur über diesen Absatz für allgemeinverbindlich erklärt werden. Absatz 1a sei insoweit eine abschließende Sonderregelung.¹⁴¹ Diese Sichtweise kann aus zwei Gründen nicht überzeugen. Zum einen sagt eine Qualifizierung als „Sonderregelung“ in systematischer Hinsicht noch nichts darüber aus, ob diese für den behandelten Gegenstand abschließend ist.¹⁴² Zweitens soll § 5 Abs. 1a TVG inklusive seines Gegenstandskatalogs bestimmte sozialpolitisch erwünschte gemeinsame Einrichtungen bezüglich der Voraussetzungen – und i. V. m. § 5 Abs. 4 S. 2 TVG auch hinsichtlich der Wirkungsweise – der AVE privilegieren.¹⁴³ Mit Blick auf verfassungsrechtliche Gesichtspunkte, die noch ausführlich behandelt werden sollen,¹⁴⁴ hat der Gesetzgeber daher § 5 Abs. 1a TVG bewusst eng gehalten. Soweit aber ein Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung mit einem nicht in § 5 Abs. 1a TVG genannten Gegenstand vorliegt, der gleichwohl auf die AVE angewiesen ist, würde eine abschließende Sonderregelung einen schweren Eingriff in die Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien nach sich ziehen.¹⁴⁵ Daher soll auch nach dem

¹³⁸ Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 182; a. A. wohl Erk/Franzen, TVG, § 5 Rn. 14c: „ermessensbegrenzende Leitlinie“.

¹³⁹ Vgl. Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 182.

¹⁴⁰ BT-Drs. 18/1558, S. 49.

¹⁴¹ Vgl. DGB-Bundesvorstand, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 39: „Zum anderen wird gar im Umkehrschluss aus der abschließenden Spezialregelung geschlossen, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung nach Abs. 1 nicht mehr möglich ist“.

¹⁴² Dies kann an einem Beispiel illustriert werden: So stellt auch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) eine Sonderregelung zum Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) dar. Naturgemäß können aber Befristungen im Hochschulbereich stets auch unter den Voraussetzungen des TzBfG erfolgen.

¹⁴³ Dazu näher unter 2. Teil A. II. 3.

¹⁴⁴ Vgl. 2. Teil A. II. 3. d.

¹⁴⁵ Vgl. DGB-Bundesvorstand, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 39.

ausdrücklich geäußerten gesetzgeberischen Willen in diesem Fall noch eine AVE unter den Voraussetzungen von § 5 Abs. 1 TVG möglich sein.¹⁴⁶ Mithin sind Tarifverträge gemeinsamer Einrichtungen nicht abschließend auf § 5 Abs. 1a TVG beschränkt.¹⁴⁷ Vielmehr verbleibt den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit, Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen unter den strengerem Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 TVG (und mit der regulären Wirkungsweise nach § 5 Abs. 4 S. 1 TVG) zu beantragen.¹⁴⁸ Damit kann es zukünftig zu – gewissermaßen „doppeltlegitimierten“ – AVE von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen kommen, die, soweit es zur Funktionserhaltung nötig ist, nach § 5 Abs. 1a TVG (i. V. m. § 5 Abs. 4 S. 2 TVG) und darüber hinaus nach § 5 Abs. 1 TVG erfolgen.

b. „Öffentliches Interesse“

Im Folgenden soll auf das „öffentliche Interesse“ eingegangen werden, das – wie nach alter Rechtslage¹⁴⁹ – entscheidendes Merkmal für die Geltungserstreckung ist. In verfassungsrechtlicher Hinsicht stellt es das „legitime Ziel“ des Eingriffs bzw. der Ausgestaltung dar, das bei jedem die Tarifautonomie betreffenden staatlichen Handeln erforderlich ist.¹⁵⁰

Als unbestimmter Rechtsbegriff bedarf das öffentliche Interesse der näheren Konkretisierung.¹⁵¹ Für den hier interessierenden Fall der AVE ist als Ausgangspunkt insoweit die mit der konkreten Tarifnormerstreckung verfolgte Zielrichtung entscheidend,¹⁵² so dass die Bandbreite möglicher „öffentlicher Interessen“ groß ist.¹⁵³ Rekuriert werden kann dabei zunächst – wegen der insoweit gleichlautenden Formulierung in § 5 TVG n. F.¹⁵⁴ – auf die eingangs diskutierten Funktionen der AVE, die von der Rechtsprechung entwickelt worden sind.¹⁵⁵ Gleichzeitig betonen die Gerichte aber insofern die Freiheit der Legislative, eigenständig legitime öffentliche Interessen zu identifizieren,¹⁵⁶ was auch der Verwaltungspraxis

¹⁴⁶ BT-Drs. 18/1558, S. 49.

¹⁴⁷ Forst, RdA 2015, 25, 30; Däubler/Heuschmid, TVG, § 1 Rn. 1140.

¹⁴⁸ So auch Forst, RdA 2015, 25, 30; zustimmend Däubler/Heuschmid, TVG, § 1 Rn. 1140.

¹⁴⁹ Vgl. Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 26.

¹⁵⁰ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 26.

¹⁵¹ Vgl. ausführlich Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 169 ff.

¹⁵² Wonneberger, Funktionen der AVE, S. 70 f.

¹⁵³ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 26.

¹⁵⁴ Siehe 2. Teil A. II. 1. a.

¹⁵⁵ Vgl. 1. Teil D. II.

¹⁵⁶ Vgl. nur BAG 28.3.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781, 782, m.w.N.; Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 26.

entspricht.¹⁵⁷ Dies hat der Reformgesetzgeber zum Anlass genommen, durch die neu eingefügten Regelbeispiele innerhalb von § 5 Abs. 1 S. 2 TVG zwei Tatbestände einfachgesetzlich zu fixieren, die ein öffentliches Interesse an der AVE begründen können. Wie noch gezeigt werden soll, handelt es sich dabei um Fallgruppen, die zumindest in großen Teilen an zuvor von der Rechtsprechung gebilligte öffentliche Interessen angelehnt sind. Ob schlussendlich ein öffentliches Interesse für die konkrete AVE gegeben ist¹⁵⁸, entscheidet das BMAS im Einzelfall anhand einer Abwägung der mit der etwaigen Tarifnormerstreckung tangierten Interessen aller Beteiligten und Betroffenen.¹⁵⁹

Nun soll die Aufmerksamkeit auf die beiden, das öffentliche Interesse gesetzlich näher konkretisierenden Regelbeispiele gelenkt werden.

2. Regelbeispiele

a. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG

Das erste Regelbeispiel, das das „konkretisierte öffentliche Interesse“ belegen soll, ist erfüllt, wenn *„der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat“*.

§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG ist als quantitatives Regelbeispiel zu verstehen. Gleichwohl wurden die rechtstatsächlichen Schwierigkeiten, die letztlich zur Streichung des vormals zu erfüllenden 50 %-Quorums geführt haben, vom Reformgesetzgeber im Rahmen des neuen Regelbeispiels berücksichtigt. Dies wird dadurch deutlich, dass das Vorliegen des Regelbeispiels nicht von einer starren Mindestgrenze tarifgebundener Arbeitsverhältnisse abhängig gemacht wird.

aa. Voraussetzungen

Für das Vorliegen des Regelbeispiels muss der Tarifvertrag „in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung“ erlangt haben.

¹⁵⁷ Thüsing, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 60; vgl. Wiedemann/Wank, TVG, § 5 Rn. 69; näher auch Zachert, NZA 2003, 132, 135 ff.

¹⁵⁸ Nicht ausreichend ist, dass einer AVE keine öffentlichen Interessen entgegenstehen, NK-ArbR/Forst, TVG, § 5 Rn. 81; JKOS/Oetker, § 6 Rn. 105.

¹⁵⁹ Vgl. MüHdb-ArbR/Löwisch/Rieble, § 268 Rn. 77; siehe dazu 2. Teil B. VI. 3.

(1) Geltungsbereich

Zunächst ist zu klären, wie das Tatbestandsmerkmal „Geltungsbereich“ auszulegen ist. Damit hängt die praktisch relevante Frage zusammen, welche Auswirkungen die von den Tarifparteien oftmals vorgenommenen Geltungsbereichsbeschränkungen der AVE (sog. „Einschränkungsklauseln“) auf die Bewertung der Bedeutung des Tarifvertrages haben. Konkret geht es darum, ob die tarifautonome Begrenzung des Anwendungsbereiches der AVE dazu führt, dass die so ausgenommenen Arbeitsverhältnisse auch hinsichtlich der „überwiegenden Bedeutung“ eines Tarifvertrages unberücksichtigt bleiben müssen. Der Gesetzgeber hat sich zu dieser Fragestellung ausdrücklich, wenn auch nicht ganz eindeutig, eingelassen: Einerseits seien etwaige Einschränkungsklauseln, wie auch bereits im Rahmen des 50 %-Quorums nach alter Rechtslage, zu berücksichtigen.¹⁶⁰ Andererseits seien *„für die überwiegende Bedeutung des Tarifvertrags nunmehr sämtliche Arbeitsverhältnisse, die tarifgemäß ausgestaltet sind, heranzuziehen“*¹⁶¹. Zudem habe das BMAS bezüglich des öffentlichen Interesses nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG einzubeziehen, ob die Tarifvertragsparteien dargelegt hätten, dass der Tarifvertrag *„in seinem Geltungsbereich“* überwiegende Bedeutung für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen erlangt hat.¹⁶²

Das BAG hat jüngst zu § 5 TVG a. F. hinsichtlich der Berechnung des 50 %-Quorums erstmalig entschieden, *„die in der jeweiligen AVE vorgenommene Einschränkung des betrieblichen Geltungsbereichs bei der Berechnung der 50 %-Quote“* dürfe nicht berücksichtigt werden und wick damit überraschenderweise von seiner langjährigen gegenteiligen Rechtsprechung ab.¹⁶³ Nach Ansicht des 10. Senats komme es nunmehr entscheidend auf den originären betrieblichen Geltungsbereich des Tarifvertrages an.

Die besseren Argumente sprechen nach hier vertretener Auffassung jedoch dafür, eine in Ausübung der Tarifautonomie getroffene Beschränkung des Geltungsbereichs der AVE auch bei der Frage der „überwiegenden Bedeutung“ im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG zu berücksichtigen. Zum einen hat der Gesetzgeber diese Art des Umgangs mit Einschränkungsklauseln ausdrücklich in seinen gesetzgeberischen Willen aufgenommen und sich dabei auf die langjährige alte Rechtsprechung des BAG zu § 5 TVG a. F. gestützt.¹⁶⁴ Zum anderen ist die Einbeziehung von Arbeitsverhältnissen in die Beurteilung der Bedeutung des

¹⁶⁰ BT-Drs. 18/1558, S. 48 f.

¹⁶¹ BT-Drs. 18/1558, S. 48.

¹⁶² BT-Drs. 18/1558, S. 48.

¹⁶³ BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, PM 50/16.

¹⁶⁴ BT-Drs. 18/1558, S. 48.

Tarifvertrages, die jedoch über die Einschränkungsklausel ohnehin vom Geltungsbefehl der potentiellen AVE ausgeschlossen sind, auch sachlich nicht überzeugend.¹⁶⁵ Dass diese Arbeitsverhältnisse auf einer ersten Ebene des AVE-Verfahrens herangezogen werden sollen, auf die die dann erstreckten Tarifnormen jedoch wegen der Einschränkungsklausel überhaupt keine Anwendung finden, erscheint als widersinniger Formalismus. Beide Ebenen, die Bedeutung des Tarifvertrages und die spätere Wirkungsweise der AVE, sind miteinander verwoben und folglich als Einheit zu betrachten. Vor diesem Hintergrund ist es deshalb zweckdienlicher, für die Berücksichtigungsfähigkeit von Arbeitsverhältnissen bezüglich der „überwiegenden Bedeutung“ im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG, auch den späteren Umfang des anzuordnenden Geltungsbefehls der AVE unter Zugrundelegung etwaig vereinbarter Einschränkungsklauseln der Tarifvertragsparteien einzubeziehen.

(2) Überwiegende Bedeutung für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen

Entscheidende Voraussetzung für das Vorliegen von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG ist, dass der Tarifvertrag „für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat“.

(a) „Tarifgemäße Ausgestaltung“ der Arbeitsverhältnisse

Nach alter Rechtslage wurde die Erreichung des 50 %-Quorums allein auf Grundlage der Anzahl der Beschäftigten in an den Branchentarifvertrag gebundenen Betrieben beurteilt, weshalb inhaltsgleiche (Firmen-)Anschlussstarifverträge nicht berücksichtigt werden konnten. Diese erhebliche Schwäche des Quorums aus § 5 TVG a. F. wird im neuen Regelbeispiel beseitigt. Für die Bestimmung der Bedeutung eines Tarifvertrages wird nicht mehr ausschließlich auf die mitgliedschaftliche Bindung abgestellt, wobei diese auch nach neuer Rechtslage der erste Indikator für die Bedeutung des Tarifvertrages bleiben soll.¹⁶⁶ Berücksichtigt werden jedoch in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG erstmals „tarifgemäß ausgestaltete“ Arbeitsverhältnisse.¹⁶⁷ Damit werden nunmehr auch Arbeitsverhältnisse erfasst, die unter einen inhaltsgleichen Anschlussstarifvertrag fallen oder die eine arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den etwaigen Tarifvertrag haben.¹⁶⁸ Schließlich

¹⁶⁵ So aber BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, PM 50/16.

¹⁶⁶ BT-Drs. 18/1558, S. 48 f. („in erster Linie“).

¹⁶⁷ BT-Drs. 18/1558, S. 48.

¹⁶⁸ BT-Drs. 18/1558, S. 48.

– und dies dürfte die bemerkenswerteste Neuerung sein – ist auch die „*anderweitige Orientierung des Arbeitsverhältnisses an [die] tariflichen Regelungen*“ für die Beurteilung der Bedeutung eines zu erstreckenden Tarifvertrages beachtlich.¹⁶⁹ Dies stellt vor dem Hintergrund der eingangs geschilderten rechtstatsächlichen Negativentwicklungen eine erhebliche Verbesserung dar. Die „*anderweitige Orientierung*“ ist ein Kriterium, das der praktischen Wirklichkeit gerecht wird. Denn obwohl die mitgliedschaftliche Bindung an Tarifverträge abnimmt, ist die tatsächliche Bedeutung von Branchentarifverträgen in vielen Branchen im Sinne einer Vorbild- und Orientierungswirkung für individualvertragliche Abreden ungebrochen hoch.¹⁷⁰ Diese Tendenz kann mit der von einem Tarifvertrag ausgehenden und bereits angesprochenen Wettbewerbs- und Ordnungswirkung erklärt werden, die unabhängig von der Tarifbindung im Sinne von § 3 Abs. 1 TVG wirkt.

Damit ist noch zu klären, in welchen Fällen eine berücksichtigungsfähige „*anderweitige Orientierung*“ an den Tarifvertrag im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG angenommen werden kann.

Der Hauptfall einer „*anderweitigen Orientierung*“ wird dann vorliegen, wenn es zu einer individualvertraglichen Übernahme des Tarifvertrages – inklusive inhaltsgleicher AGB, einer inhaltsgleichen Weitergeltung gemäß § 613a Abs. 1 S. 2 BGB oder im Wege betrieblicher Übung¹⁷¹ – kommt.

Fraglich ist, ob auch die Übernahme nur einzelner tariflicher Arbeitsbedingungen in diesem Sinne ausreichend ist. Dafür könnte sprechen, dass die Kernarbeitsbedingungen grundsätzlich auch den wesentlichen materiellen Gehalt eines Tarifvertrags ausmachen.¹⁷² Um ein gebotenes Maß an Rechtssicherheit und (gerichtlicher) Überprüfbarkeit zu gewährleisten, können aber von vornherein nur solche Kriterien eine Rolle spielen, die sich objektiv überprüfen lassen. Bei den durch zahlreiche Statistiken¹⁷³ und repräsentative Befragungen¹⁷⁴ erfassten Kernarbeitsbedingungen ist eine insoweit ausreichende Überprüfbarkeit gegeben. Dies umfasst beispielsweise Entgelt, Urlaub, Altersversorgung, aber auch Arbeitszeit und

¹⁶⁹ BT-Drs. 18/1558, S. 48 f.

¹⁷⁰ Die Wichtigkeit, formal nicht tarifgebundene Betriebe für die tatsächliche Bedeutung eines Flächentarifvertrags zu berücksichtigen, heben auch *Ellguth/Kohaut* (WSI-Mitteilungen 2016, 283) hervor.

¹⁷¹ NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 88; vgl. auch *Jöris*, NZA 2014, 1313, 1314.

¹⁷² Im Ergebnis bezüglich einzelner Arbeitsbedingungen zwar a.A. *ErfK/Franzen*, TVG, § 5 Rn. 14, der aber auch eine Anlehnung an „*wesentliche Regelungsbereiche*“ des Tarifvertrages ausreichen lassen will.

¹⁷³ Beispielsweise Statistisches Bundesamt, Verdienste und Arbeitskosten, Tarifbindung in Deutschland (2010).

¹⁷⁴ Zu nennen ist insbesondere das jährliche IAB-Betriebspanel.

verwendete Arbeitszeitmodelle.¹⁷⁵ Entscheidend ist jedoch in systematischer Hinsicht, dass die „anderweitige Orientierung“ in ihrer Aussagekraft den anderen berücksichtigungsfähigen Kriterien – vor allem der mitgliederschaftlichen Tarifbindung und dem Abschluss inhaltsgleicher Anschlussstarifverträge – jedenfalls annähernd entsprechen muss. Das führt dazu, dass sich die anderweitige Orientierung nicht aus der Inbezugnahme bzw. der individualvertraglichen Übernahme nur unbedeutender tariflicher Regelungen ergeben kann. Folglich dürfte die Beurteilung, ob die Übernahme einzelner Arbeitsbedingungen an einen Tarifvertrag für eine „tarifgemäße Ausgestaltung“ ausreichend ist, davon abhängen, welcher Tarifvertrag im Einzelfall konkret in Rede steht. Während die individualvertragliche Übernahme des Tarifentgelts eines reinen Entgelttarifvertrages bereits durchaus eine entscheidende Orientierung am Tarifvertrag wird illustrieren können, kann dies bei einem zahlreiche verschiedene Regelungsbereiche umfassenden Rahmen- bzw. Manteltarifvertrag nicht ohne Weiteres angenommen werden. Einen Hinweis dafür, dass im Einzelfall bereits die Übernahme einzelner Kernarbeitsbedingungen in diesem Zusammenhang wird ausreichen können, enthält der Verweis des Gesetzgebers auf § 4 VerdStatG hinsichtlich der Frage, wie die überwiegende Bedeutung festgestellt werden soll.¹⁷⁶ Danach können zukünftige Erhebungen auch Angaben über die von einem Arbeitgeber „angewandte Vergütungsvereinbarung“ in der Statistik erfassen. Wenn damit für die Überprüfung des Vorliegens von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG auf § 4 VerdStatG recurriert werden soll, der Auskünfte nur über die Vergütungsvereinbarung enthält, spricht das dafür, dieses Kriterium im Rahmen von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG entsprechend zu berücksichtigen.

Für den Fall, dass nicht der gesamte Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt werden soll, sondern nur einzelne Tarifnormen, muss die überwiegende Bedeutung des Tarifvertrages gerade auch für diese Tarifnormen bestehen.

Damit lässt sich als Zwischenergebnis festhalten, dass sich die „anderweitige Orientierung“ jedenfalls aus der Inbezugnahme bzw. individualvertraglichen Übernahme des gesamten Tarifvertragsinhalts oder wesentlicher Regelungsbereiche entnehmen lässt.¹⁷⁷ Sofern das Arbeitsverhältnis nur bezüglich einzelner tariflicher Arbeitsbedingungen „tarifgemäß ausgestaltet“ ist, sprechen gute Gründe dafür, die Berücksichtigungsfähigkeit im Rahmen von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG davon abhängig zu machen, ob diese überhaupt Gegenstand der beantragten

¹⁷⁵ Vgl. für den Nachweis der Verwendung eines bestimmten tariflichen Arbeitszeitkontomodells den Schlussbericht des IAQ zur Fortführung und Vertiefung der Evaluation des Saison-Kurzarbeitergeldes (Stand März 2011), S. 64.

¹⁷⁶ BT-Drs. 18/1558, S. 70.

¹⁷⁷ So auch ErfK/*Franzen*, TVG, § 5 Rn. 14.

AVE sind und ob diesen Arbeitsbedingungen mit Blick auf den konkreten Tarifvertrag ein entscheidendes Gewicht beigemessen werden kann.

(b) „Überwiegende“ Bedeutung

Die nächste praktisch äußerst wichtige Frage ist, wann eine zahlenmäßig¹⁷⁸ „überwiegende“ Bedeutung des Tarifvertrages für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen anzunehmen ist. Zunächst ergibt sich diesbezüglich aus dem ausdrücklichen gesetzgeberischen Verzicht auf das 50 %-Quorum jedenfalls, dass dieses nicht über eine dahingehende Auslegung des Tatbestandsmerkmals „überwiegende Bedeutung“ in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG wieder eingeführt werden soll.¹⁷⁹ Richtigerweise darf ausgehend von der Gesetzesbegründung nach neuer Rechtslage die Bejahung von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG daher nicht daran geknüpft sein, dass mehr als 50 % der Arbeitsverhältnisse innerhalb des Geltungsbereichs mitgliederschäftlich an den Tarifvertrag gebunden sind.¹⁸⁰ Es verbleibt jedoch – dem allgemeinen Wortsinn von „überwiegend“ entsprechend – dabei, dass die Anzahl der Arbeitsverhältnisse, die sich in der soeben beschriebenen Weise an dem Tarifvertrag orientieren, größer sein muss als die Anzahl der Arbeitsverhältnisse, bei denen das nicht der Fall ist.¹⁸¹ Anderenfalls lässt sich nicht der für die Konkretisierung des öffentlichen Interesses erforderliche Schluss ziehen, der Tarifvertrag habe sich in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen durchgesetzt.¹⁸² Für ein anderes Verständnis der „überwiegenden“ Bedeutung, insbesondere dass sich der Tarifvertrag nur in Relation zu konkurrierenden Tarifverträgen durchgesetzt haben müsse,¹⁸³ fehlt es insoweit an einem dahingehenden legislatorischen Ansatzpunkt.¹⁸⁴

¹⁷⁸ NK-ArbR/Forst, TVG, § 5 Rn. 87.

¹⁷⁹ BT-Drs. 18/1558, S. 48; NK-ArbR/Forst, TVG, § 5 Rn. 87; nicht „durch die Hintertür“; *Henssler*, RdA 2015, 43, 51; *Däubler/Lakies*, TVG, § 5 Rn. 111; *Schaub/Treber*, § 205 Rn. 16.

¹⁸⁰ Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 48 f.

¹⁸¹ *ErfK/Franzen*, TVG, § 5 Rn. 14; *Jöris*, NZA 2014, 1313, 1315; vgl. auch *Strippelmann*, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 176.

¹⁸² Vgl. BT-Drs. 18/2010 (neu), S. 16.

¹⁸³ Vgl. NK-ArbR/Forst, TVG, § 5 Rn. 87, der ein „erhebliches“ Verhältnis zwischen der Anzahl der tariflich ausgestalteten Arbeitsverhältnisse und der Gesamtzahl an Arbeitsverhältnissen fordert.

¹⁸⁴ Vgl. *HWK/Henssler*, TVG, § 5 Rn. 14; ähnlich auch *Jöris*, NZA 2014, 1313, 1315.

(c) Gestaltung der Arbeitsbedingungen

Weitestgehend unbeachtet ist geblieben, dass der Tarifvertrag „für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen“ überwiegende Bedeutung erlangt haben muss. Damit ist bereits im Wortlaut von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG neben der quantitativen auch eine qualitative Dimension des Tarifvertrages angelegt. Dem Wortlaut nach soll nicht bereits ein irgendwie gearteter Tarifvertrag für eine AVE nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG in Betracht kommen, solange sich dieser zumindest überwiegend durchgesetzt hat. Vielmehr ist – in Anlehnung an eine der durch die Rechtsprechung legitimierten Funktionen der AVE¹⁸⁵ – im Rahmen des ersten Regelbeispiels erforderlich, dass der Tarifvertrag der Sicherung angemessener Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer dient.

Für diese Sichtweise spricht auch, dass die Gesetzesbegründung das Verhältnis zwischen Regelbeispiel und Funktionen der AVE ausdrücklich adressiert: Sofern sich ein Tarifvertrag „überwiegend durchgesetzt“ habe, sei sichergestellt, dass die AVE geeignet ist, für die „Arbeitnehmer angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern“.¹⁸⁶ Dadurch macht der Gesetzgeber deutlich, dass § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG in enger Verbindung zu dem Ziel der AVE steht, angemessene Arbeitsbedingungen innerhalb einer Branche zu gewährleisten.

Mithin ist für das Vorliegen des ersten Regelbeispiels erforderlich, dass sich der Tarifvertrag in quantitativer Hinsicht in seinem Geltungsbereich durchgesetzt hat und qualitativ der Sicherung angemessener Arbeitsbedingungen dient.

bb. Kritik

Kritisiert wurde bezüglich des Wortlauts von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG, dass die AVE bereits im öffentlichen Interesse geboten erscheine, wenn der Tarifvertrag in der beschriebenen Art und Weise überwiegende Bedeutung erlangt hat. Die Emanzipation der AVE vom Erfordernis erheblicher Gemeinwohlbelange und das alleinige Abstellen auf die quantitative Bedeutung eines Tarifvertrages würden die Rechte der Außenseiter sowie konkurrierender Gewerkschaften verletzen.¹⁸⁷ Aufgrund der „geringen Anforderungen“ an das öffentliche Interesse wird

¹⁸⁵ Vgl. BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255.

¹⁸⁶ BT-Drs. 18/1558, S. 49.

¹⁸⁷ *Thüsing*, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 52, 61; vgl. auch BDA, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 13; *Jöris*, NZA 2014, 1313, 1318.

daher teilweise auch die Verfassungskonformität von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG in Abrede gestellt.¹⁸⁸

Zuzustimmen ist den Kritikern insoweit, dass die überwiegende Bedeutung eines Tarifvertrages für sich genommen noch kein öffentliches Interesse an einer AVE begründen kann. Allein die quantitative Bedeutung des Tarifvertrages stellt in der Tat keinen Gemeinwohlbelang dar. Die entgegengesetzte Sichtweise würde gar zu einem Zirkelschluss führen: Eine AVE wäre bereits möglich, sofern ein Tarifvertrag überwiegende Bedeutung hat; die AVE würde zu einer noch größeren Bedeutung des Tarifvertrages führen, so dass in der Folge die Erteilung einer AVE stets gerechtfertigt bliebe.

Die geäußerte Kritik ist ebenfalls vor der dargetanen Argumentation gerechtfertigt, gerade eine geringe Tarifbindung erfordere oftmals eine staatliche Intervention in Form der AVE, um angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern sowie die Tarifautonomie abzustützen.¹⁸⁹

Nach der hier vertretenen Auffassung liegt der Kritik aber ein unvollständiges Verständnis von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG zugrunde. Wie bereits erörtert, ist in dem Regelbeispiel auch das Erfordernis einer qualitativen Dimension des Tarifvertrages angelegt. Erforderlich ist insoweit neben der quantitativen Bedeutung des Tarifvertrages auch, dass dieser der Sicherung angemessener Arbeitsbedingungen dient. Die Kritik, die unter den darin angenommenen Prämissen durchaus angebracht wäre, kann durch diese Auslegung von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG ausgeräumt werden.

cc. Zwischenergebnis

Im Ergebnis setzt § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG nach seinem Wortlaut und der Gesetzesbegründung mithin einerseits in quantitativer Hinsicht voraus, dass der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich „überwiegende Bedeutung“ erlangt hat, andererseits verlangt die Norm in qualitativer Sicht, dass er die Absicherung angemessener Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer bezweckt. Die Anforderungen an die Darlegung der Tarifvertragsparteien sind nach dem gesetzgeberischen Willen und aufgrund der durch das BMAS stets vorzunehmenden objektiven Prüfung der Voraussetzungen der AVE nicht über Gebühr hoch anzusetzen. Insoweit ausreichend ist, dass unter Rekurs auf die eigenen Mitgliederzahlen und

¹⁸⁸ Vgl. BeckOK-ArbR/*Giesen*, TVG, § 5 Rn. 7; *Strippelmann*, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 175 ff.

¹⁸⁹ Vgl. 1. Teil D. II. 2.

weitere öffentlich zugängliche statistische Quellen die Erfüllung der Voraussetzungen überwiegend wahrscheinlich ist.

Beispiele:

Die überwiegende Bedeutung im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG ist beispielsweise anzunehmen, wenn sich aus dem IAB-Betriebspanel ergibt, dass die mitgliedschaftliche Tarifbindung an den Flächentarifvertrag bei 45 % liegt und sich weitere 10 % der Arbeitsverhältnisse anderweitig am Flächentarifvertrag orientieren. Vor dem Hintergrund, dass es in erster Linie auf die mitgliedschaftliche Tarifbindung ankommen soll¹⁹⁰ und um Missbrauchsfälle zu verhindern, wird es hingegen nicht ausreichen, wenn ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt werden soll, an den mitgliedschaftlich nur 2 % der Arbeitsverhältnisse gebunden sind, den dann aber mehr als 50 % der Arbeitgeber (einseitig) in Bezug nehmen bzw. anderweitig individualvertraglich anwenden.

b. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG

aa. Hintergrund

Das zweite Regelbeispiel zielt ausgehend vom Wortlaut, der der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1977 nachgezeichnet ist,¹⁹¹ stark auf das weitere mit dem TASG übergeordnet verfolgte und der AVE immanente Ziel, die Tarifautonomie zu schützen. Die Gründe für das das öffentliche Interesse konkretisierende Regelbeispiel werden prägnant in der Gesetzesbegründung zusammengefasst:

„Durch das starre 50-Prozent-Quorum wurde in Zeiten sinkender Tarifbindung die Nutzung des Instruments der Allgemeinverbindlicherklärung gehemmt. Gerade in Gebieten oder in Wirtschaftszweigen, in denen der Verbreitungsgrad der Tarifverträge gering und der Organisationsgrad der Tarifvertragsparteien schwach ist, kann aber ein besonderes Bedürfnis bestehen, eine bedrängte tarifliche Ordnung zu stützen und damit in diesen Bereichen angemessene Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. Die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages soll daher künftig nach § 5 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 auch dann möglich sein, wenn der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich zwar keine überwiegende Bedeutung erlangt hat, die Tarifvertragsparteien aber darlegen können, dass die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen die Sicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung verlangen.“¹⁹²

¹⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 48.

¹⁹¹ BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2256.

¹⁹² BT-Drs. 18/1558, S. 49.

Wenn damit kritisiert wird, die hinter der Tarifnormerstreckung stehende Intention sei nicht erkennbar,¹⁹³ können diese Bedenken bereits unter Rückgriff auf die Gesetzesbegründung nicht durchgreifen.

bb. Voraussetzungen

§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG besteht vor allem aus unbestimmten Rechtsbegriffen.¹⁹⁴ Voraussetzung für eine AVE nach Nr. 2 ist eine „wirtschaftliche Fehlentwicklung“, deren Folgen die „Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung“ gefährdet und daher „eine AVE verlangt“. Anhaltspunkte dafür, was unter einer wirtschaftlichen Fehlentwicklung im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG zu verstehen ist, lassen sich zunächst der Gesetzesbegründung entnehmen:

„Von einer solchen wirtschaftlichen Fehlentwicklung kann insbesondere ausgegangen werden, wenn die Aushöhlung der tariflichen Ordnung den Arbeitsfrieden gefährdet. Auch kann von Bedeutung sein, ob in Regionen oder Wirtschaftszweigen Tarifstrukturen erodieren. In einem solchen Fall ist die durch Artikel 9 Absatz 3 des Grundgesetzes gewährleistete Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien im besonderen Maße beeinträchtigt.“¹⁹⁵

Diese unbestimmten Rechtsbegriffe lassen sich vor dem Hintergrund des Zwecks der AVE im Allgemeinen und der konkreten rechtstatsächlichen Situation, der das TASG entgegenwirken will, konkretisieren. Im Vordergrund des zweiten Regelbeispiels dürfte daher stehen, dass die Tarifvertragsparteien aufgrund sinkender Tarifbindung ihren Tarifverträgen ohne die staatliche Intervention nicht zu einer nennenswerten Geltung verhelfen können. In einem solchen Fall wird dann gerade die bezweckte Ordnungs- und Wettbewerbsfunktion des Tarifvertrages¹⁹⁶ ausgehöhlt. Damit könnte eine Aushöhlung der tariflichen Ordnung dann angenommen werden, wenn – unter Berücksichtigung von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG – nicht einmal mehr eine „anderweitige Orientierung“ der Arbeitsverhältnisse an den Tarifvertrag erfolgt. Die dann erfolgende Abkopplung der tatsächlich in der Branche vorherrschenden Arbeitsbedingungen vom Tarifvertrag kann in diesem Fall als Indiz für eine Negativabweichung angesehen werden, der § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG gerade entgegenwirken soll. Von einer „Erosion von Tarifstrukturen“

¹⁹³ *Bepler*, Gutachten zum 70. DJT, B 114.

¹⁹⁴ Vgl. *ErfK/Franzen*, TVG, § 5 Rn. 14a.

¹⁹⁵ BT-Drs. 18/1558, S. 49.

¹⁹⁶ Vgl. 1. Teil D. II. 4.

im Sinne des Regelbeispiels ist auszugehen, wenn die von den Tarifpartnern geschlossenen Tarifverträge nicht mehr sinnvoll zur Ordnung des tariflichen Geltungsbereichs beitragen können.

Damit stehen – wie bei Nr. 1 – auch im zweiten Regelbeispiel der Schutz der Tarifautonomie sowie die Gewährleistung angemessener Arbeitsbedingungen als Voraussetzungen für die AVE im Vordergrund. Der weitgehende Verzicht auf eine quantitative Voraussetzung in Bezug auf den Tarifvertrag wird durch das objektive Erfordernis einer gravierenden wirtschaftlichen Fehlentwicklung kompensiert. Diese muss so erheblich sein, dass sie für die Absicherung der Wirksamkeit der wirtschaftlichen Fehlentwicklung eine AVE „verlangt“, sprich erforderlich macht.¹⁹⁷

cc. Kritik

Auch bezüglich § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG gibt es Kritik und teilweise auch Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität.

Vor dem Hintergrund des unbestimmte Rechtsbegriffe enthaltenden Tatbestands genüge § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG nicht den Anforderungen einer hinreichend bestimmten Norm.¹⁹⁸ Es sei daher nicht möglich, das Regelbeispiel juristisch plausibel zu subsumieren.¹⁹⁹ Wegen der Unbestimmtheit sei § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG insgesamt verfassungswidrig.²⁰⁰

Den Kritikern ist insoweit zuzustimmen, als der Tatbestand des Regelbeispiels aus unbestimmten Rechtsbegriffen besteht. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe führt jedoch nicht *per se* dazu, dass das Regelbeispiel das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot eines Gesetzes verletzt, was auch das BVerfG in ständiger Rechtsprechung betont.²⁰¹ Die Verwendung von ihrem Wortsinn nach nicht eindeutigen Begriffen ist in allen Rechtsgebieten unentbehrlich.²⁰² Insoweit zwingt das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot den Gesetzgeber nicht, „*Gesetzestatbestände stets mit genau erfassbaren Maßstäben zu umschreiben*“. Erforderlich sei insoweit nur, dass der Gesetzgeber seine Regelungen so bestimmt fasst, „*wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den*

¹⁹⁷ Vgl. Strippelmann, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 178.

¹⁹⁸ BeckOK-ArbR/Giesen, TVG, § 5 Rn. 14; Henssler, RdA 2015, 43, 51.

¹⁹⁹ Reichold, NJW 2014, 2534, 2536.

²⁰⁰ Vgl. Strippelmann, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 177 ff.

²⁰¹ BVerfG 24.11.1981 – 2 BvL 4/80, NJW 1982, 1275; BVerfG 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10, NVwZ 2013, 1468, 1473; BVerfG 3.9.2014 – 1 BvR 3353/13, NVwZ 2014, 1571; vgl. auch BVerfG 8.1.1981 – 2 BvL 3/77, NJW 1981, 1311.

²⁰² BVerfG 24.11.1981 – 2 BvL 4/80, NJW 1982, 1275.

*Normzweck möglich ist“.*²⁰³ Das BVerfG prüft dann in diesem Zusammenhang, ob hinsichtlich einer Regelung eine unerträgliche Rechtsunsicherheit besteht bzw. zu erwarten ist.²⁰⁴ Maßgeblich ist dabei, dass in zumutbarer Weise mit herkömmlichen juristischen Methoden festgestellt werden kann, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die Rechtsfolge vorliegen.²⁰⁵ Von diesen Grundsätzen ausgehend ist daher zu prüfen, ob § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG durch Auslegung ein ausreichend bestimmbarer und praktikabler Tatbestand zu entnehmen ist. Unter Rückgriff auf Regelungssystematik und Gesetzesbegründung lässt sich – wie dargestellt²⁰⁶ – ein subsumierbarer und mithin dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot genügender Tatbestand des zweiten Regelbeispiels ermitteln.

Des Weiteren wird – ähnlich zu Nr. 1 – moniert, dass die Anforderungen, vor allem an das öffentliche Interesse, in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG zu gering seien und deshalb der Eingriff in tangierte Rechtsgüter der Außenseiter, vor allem die negative Koalitionsfreiheit sowie die Berufsfreiheit, nicht zu rechtfertigen sei. Diese Gefahr werde dadurch verstärkt, dass der Wortlaut Bezug auf den Begriff „Fehlentwicklung“ nimmt, der weit sei und mithin in potentiell jede Richtung verstanden werden könne.²⁰⁷

Zuzugeben ist, dass auch der Wortlaut des zweiten Regelbeispiels im Hinblick auf die Anforderungen offen ist. Insoweit hätte eine andere Formulierung bereits für sich genommen Klarheit schaffen können. Dennoch vermögen die Bedenken bezüglich zu geringer Anforderungen des zweiten Regelbeispiels im Ergebnis nicht durchzuschlagen. Ebenso wenig wie die AVE nach Nr. 1 allein wegen einer quantitativ überwiegender Bedeutung des Tarifvertrages erteilt werden kann, reicht es aus, dass eine irgendwie geartete wirtschaftliche Fehlentwicklung vorliegt, um das öffentliche Interesse an der AVE nach Nr. 2 zu begründen. Anknüpfungspunkt für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung bleibt in beiden Fällen stets das öffentliche Interesse in Form der legitimen, mit der AVE verfolgten Ziele. Dies ergibt sich aus der Regelungssystematik innerhalb von § 5 TVG n. F. sowie den Ausführungen der Gesetzesbegründung. Für § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG ist dabei vornehmlich auf die Absicherung der „Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung“, also die Sicherung der Tarifautonomie abzustellen. Ebenso

²⁰³ BVerfG 26.9.1978 – 1 BvR 525/77, NJW 1978, 2446; BVerfG 24.11.1981 – 2 BvL 4/80, NJW 1982, 1275; BVerfG 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10, NVwZ 2013, 1468, 1473.

²⁰⁴ Vgl. BVerfG 24.11.1981 – 2 BvL 4/80, NJW 1982, 1275, 1276.

²⁰⁵ Vgl. BVerfG 3.9.2014 – 1 BvR 3353/13, NVwZ 2014, 1571; BVerfG 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10, NVwZ 2013, 1468, 1474, m. w. N.

²⁰⁶ 2. Teil A. II. 2. b. bb.

²⁰⁷ Vgl. Forst, RdA 2015, 25, 30; ähnlich Henssler, RdA 2015, 43, 51.

denkbar und legitim ist es, mit der AVE die Absicherung angemessener Arbeitsbedingungen für Außenseiter in Anbetracht einer wirtschaftlichen Fehlentwicklung zu verfolgen. Entscheidend ist nur, dass stets mindestens eines der legitimen Ziele der AVE vorliegt, die bereits nach alter Rechtslage ein öffentliches Interesse an ihr begründet haben.²⁰⁸ Auch die Äußerung, die Anknüpfung an eine „wirtschaftliche Fehlentwicklung“ würde die Anforderungen für eine AVE zu sehr absenken, weil sich darunter – abhängig von der Perspektive – nahezu jede Veränderung subsumieren lasse,²⁰⁹ lässt sich ausräumen.²¹⁰ Wie bereits bei der Erläuterung der Voraussetzungen beschrieben, reicht nicht jede irgendwie geartete und vielleicht nur aus subjektiver Sicht gegebene wirtschaftliche Fehlentwicklung. In diesem Fall würde das zweite Regelbeispiel als Einfallstor für Missbrauchsfälle fungieren. Dies ist jedoch weder vom Gesetzgeber intendiert, noch ergibt es sich aus dem Tatbestand. Vielmehr muss die wirtschaftliche Fehlentwicklung im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG einen Grad erreichen, der die AVE zur Sicherung des entsprechenden Gemeinwohls gerade „verlangt“, also erforderlich macht bzw. als geboten erscheinen lässt.²¹¹ Da den Antragstellern die Darlegung eines solchen Sachverhalts, die letztendlich von Amts wegen zu erfolgende Prüfung aber der zuständigen Behörde obliegt, muss eine solche wirtschaftliche Fehlentwicklung auch objektiv nachprüfbar und nicht nur – wie zum Teil befürchtet²¹² – Ergebnis eines bestimmten subjektiven Vorverständnisses sein.

Zum Teil wird kritisiert, dass die AVE ohne einen quantitativen Anknüpfungspunkt unzulässig sei, da der Tarifvertrag in keiner Weise seine Mehrheitsfähigkeit unter Beweis gestellt habe.²¹³

Vor dem Hintergrund des bereits dargestellten Mechanismus', dass ein sozialstaatliches Interesse an der Abstützung des Tarifvertragssystems sowie am Schutz von Außenseiter-Arbeitnehmern durch angemessene Arbeitsbedingungen proportional steigt, je geringer die originäre Tarifbindung in dem Bereich ist,²¹⁴ lässt sich zunächst einmal das praktische Bedürfnis an dem Regelbeispiel

²⁰⁸ Dies kommt ebenfalls in der Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG zum Ausdruck: „Die Erhaltung einer funktionsfähigen Tarifordnung liegt auch im öffentlichen Interesse“, BT-Drs. 18/1558, S. 49.

²⁰⁹ Forst, RdA 2015, 25, 30.

²¹⁰ Vgl. auch BVerfG 24.11.1981 – 2 BvL 4/80, NJW 1982, 1275, 1276.

²¹¹ Ähnlich Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 178.

²¹² Vor allem Forst, RdA 2015, 25, 30, der dieses Verständnis am Beispiel von Niedriglöhnen zur Senkung der Arbeitslosigkeit illustrieren möchte.

²¹³ Forst, RdA 2015, 25, 29; Jöris, NZA 2014, 1313, 1318.

²¹⁴ Vgl. Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 26 f.

nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG begründen. Dieser stellt gerade nicht auf ein quantitatives Kriterium in Bezug auf den Tarifvertrag ab, sondern setzt Prozesse, die zu einer Erosion der Tarifautonomie oder Gefahren für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer führen, als zwingende Voraussetzung fest. Damit ist – anders als bei § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG – auch dann eine AVE möglich, wenn der Tarifvertrag zwar keine hohe quantitative Bedeutung erlangt hat, aber aus anderen Gründen notwendig ist. In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG unbedenklich, soweit der Tarifvertrag trotz geringer sich in Tarifbindung äußernder Akzeptanz als Anknüpfungspunkt für die sozialstaatlich gebotene Absicherung der Tarifautonomie oder der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer darstellt. Auf diese Art und Weise wird das Spannungsverhältnis zwischen (eigenen) sozialstaatlichen Pflichten²¹⁵ und institutionellem Schutz der Tarifautonomie am schonendsten in Einklang gebracht. Der von den Tarifpartnern getroffene Kompromiss in Form des Tarifvertrags wird trotz schwacher Tarifbindung als schützens- und förderungswert erachtet, so dass er als Anknüpfungspunkt einer eigenen Erstreckungsentscheidung genommen wird.²¹⁶

Problematisch ist lediglich noch, dass in Ansehung des Wortlauts von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG die AVE selbst dann möglich zu sein scheint, wenn der jeweilige Tarifvertrag nicht eine größere Zahl von Arbeitsverhältnissen erfasst als ein konkurrierender Tarifvertrag bzw. die Anzahl von Außenseitern überwiegt.²¹⁷ Das BVerfG hatte in seiner Grundsatzentscheidung im Hinblick auf die Beteiligung der Tarifvertragsparteien das „Vorrecht der Verbände“ zur autonomen Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, mit anderen Worten also die Tarifautonomie, hervorgehoben. Wenn aber ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt werden kann, der sich in seinem Geltungsbereich nicht durchsetzen kann, ist dieser nicht im erforderlichen Sinne für die Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geeignet. Die bereits im Jahr 1977 durch das BVerfG aufgestellte Beschränkung, die AVE eines Tarifvertrages einer völlig unbedeutenden Koalition sei rechtswidrig, muss auch für § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG gelten, was der Gesetzgeber auch in der Gesetzesbegründung deutlich gemacht hat.²¹⁸

²¹⁵ Hier konkret die Sicherung angemessener Arbeitsbedingungen.

²¹⁶ Mit diesen Erwägungen den Verzicht auf das 50 %-Quorum rechtfertigend *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 27.

²¹⁷ So auch *Forst*, RdA 2015, 25, 27.

²¹⁸ BT-Drs. 18/1558, S. 49: „Ihre Grenze findet die Stützung der tariflichen Ordnung, wenn der Tarifvertrag von im konkreten Bereich völlig unbedeutenden Koalitionen abgeschlossen worden ist (BVerfG vom 18. Juli 2000, 1 BvR 948/00). Eine schützenswerte autonome Ordnung existiert in diesem Fall nicht“.

Demnach ist § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG verfassungskonform dahingehend auszu-legen, dass auch für dieses Regelbeispiel der Tarifvertrag jedenfalls eine gewisse Bedeutung im Hinblick auf die Organisationszahlen aufweisen muss, die zwar nicht die „überwiegende Bedeutung“ nach Nr. 1 zu erreichen hat, aber gleichzei-tig auch nicht verschwindend gering sein darf.²¹⁹

dd. Zwischenergebnis

Trotz des auf den ersten Blick offenen Wortlauts ist § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG gleichwohl praktikabel. Unter Berücksichtigung von Gesetzesbegründung, Rege-lungssystematik und Zweck des § 5 TVG, insbesondere von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG, lassen sich dessen Voraussetzungen ausreichend konkretisieren, um den verfassungsrechtlichen Vorgaben, die das BVerfG an die Bestimmtheit von Ge-setzen stellt, zu genügen. Das zweite Regelbeispiel ist verfassungsgemäß, sofern man mit der Rechtsprechung des BVerfG verlangt, dass der nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG für allgemeinverbindlich zu erklärende Tarifvertrag zumindest eine gewisse Bedeutung aufweisen muss, damit kein ungerechtfertigter Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützten Positionen Dritter vorliegt.

c. Wirkung, § 5 Abs. 4 S. 1 TVG

aa. Grundsatz

Rechtsnormen von Tarifverträgen, die gemäß § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinver-bindlich erklärt werden, erfassen wie bisher gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 TVG die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer innerhalb des tarifvertraglichen Geltungsbereichs. Haben die Tarifvertragsparteien eine Einschränkung der AVE vorgenommen, ist das BMAS verpflichtet, die Wirkung nach § 5 Abs. 4 S. 1 TVG auch nur insoweit zu statuieren. Diese Tarifnormerstreckung auf Außenseiter ist anerkannt und führt zu vergleichsweise wenigen rechtlichen Problemen.

bb. Tarifkonkurrenz

Erörterungsbedürftig ist hingegen die Situation, dass es innerhalb eines Betriebes aufgrund der AVE zu einer Tarifkonkurrenz, insbesondere mit einem Firmentar-ifvertrag, kommt. Nach Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit kann es nun-mehr grundsätzlich zu einer Konkurrenz zwischen einem mitgliederschaftlich le-gitimierten und einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag kommen.²²⁰ Um das

²¹⁹ Ebenso *Forst*, RdA 2015, 25, 27.

²²⁰ Statt aller *Greiner*, Rechtsfragen, S. 424.

mit der AVE verfolgte Ziel, die Tarifautonomie zu stärken, nicht zu konterkarieren, darf grundsätzlich das Verhältnis von § 3 und § 5 Abs. 4 S. 1 TVG nicht zu Lasten des mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrages aufgelöst werden. Danach beschränkt sich die Wirkung allgemeinverbindlicher Tarifnormen auf die Außenseiter.

cc. Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes

Mittlerweile hat der Gesetzgeber das sog. „Tarifeinheitsgesetz“²²¹ verabschiedet, das nach der Rechtsprechungsänderung zu einer weiteren Abstützung der Tarifautonomie und zur Klärung von Fragen im Zusammenhang mit der Tarifpluralität beitragen soll.²²² Ohne eine umfassende Analyse dieses Gesetzes und seiner Wirkungen vornehmen zu können und trotz der vielfältig geäußerten Kritik ist an dieser Stelle lediglich zu untersuchen, ob das Tarifeinheitsgesetz Auswirkungen auf das neugestaltete Instrument der AVE hat.

Die maßgebliche Kollisionsregel des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG²²³ statuiert die Auflösung etwaiger Tarifkollisionen nach dem sog. betriebsbezogenen Mehrheitsprinzip, wonach sich der Tarifvertrag derjenigen Gewerkschaft durchsetzt, die zum maßgeblichen Zeitpunkt mehr Mitglieder besitzt. Ausweislich der Gesetzesbegründung betrifft die Kollisionsregel jedoch ausschließlich Fälle der Tarifkonkurrenz, die durch originäre Tarifbindung im Sinne von § 3 Abs. 1 TVG und nicht etwa aufgrund einer nach § 5 Abs. 1 TVG erfolgten AVE entstehen.²²⁴ Kommt es also zu einer Kollision zwischen einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag und einem Firmentarifvertrag, führt dies zu Tarifpluralität, da § 4a Abs. 2 S. 2 TVG insoweit nicht einschlägig ist.²²⁵ Damit bleibt es bei dem zuvor dargelegten Verhältnis zwischen mitgliedschaftlich legitimierten und allgemeinverbindlichen Tarifvertrag.

²²¹ Gesetz zur Tarifeinheit, BGBl. I S. 1130; instruktiv dazu Greiner, NZA 2015, 769.

²²² Vgl. ErfK/Franzen, TVG, § 4a Rn. 2.

²²³ § 4a Abs. 2 S. 2 TVG lautet: „Soweit sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden (kollidierende Tarifverträge), sind im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft anwendbar, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat“.

²²⁴ BT-Drs. 18/4062, S. 12; vgl. auch § 4a Abs. 2 S. 1 TVG: „Der Arbeitgeber kann nach § 3 [TVG] an mehrere Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften gebunden sein“.

²²⁵ Vgl. Walser, SR 2016, 109, 127.

3. § 5 Abs. 1a i. V. m. § 5 Abs. 4 S. 2 TVG

a. Allgemeines

Neben der Stärkung der Tarifautonomie und der Sicherung angemessener Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer hat sich der Gesetzgeber bei der Reform der AVE auch der auf sie angewiesenen²²⁶ gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien angenommen. Die Rechtsprechung bejahte schon in der Vergangenheit das öffentliche Interesse an einer Tarifnormerstreckung, wenn sie zur Sicherung der Funktionsfähigkeit einer gemeinsamen Einrichtung erforderlich war und die gemeinsame Einrichtung einen legitimen Zweck verfolgte.²²⁷ Diese richterrechtliche Konkretisierung wurde zum Anlass für die Sonderregelung in § 5 Abs. 1a TVG genommen.²²⁸

aa. Gemeinsame Einrichtungen

(1) Begriff

Während gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien in der breiten Öffentlichkeit grundsätzlich nur wenig Beachtung finden, spielen sie in bestimmten Branchen eine essentielle Rolle. Paradigmatisch, aber nicht exklusiv ist hier die Baubranche zu nennen, in der die größten und praktisch wichtigsten gemeinsamen Einrichtungen zu finden sind.

Trotz des Fehlens einer Legaldefinition handelt es sich bei den in § 4 Abs. 2 TVG ausdrücklich verankerten gemeinsamen Einrichtungen gemeinhin um Institutionen, die von den Tarifvertragsparteien per Tarifvertrag geschaffen werden und in der Folge zu Arbeitgebern und Arbeitnehmern eigene rechtliche Beziehungen unterhalten.²²⁹ Zur Erfüllung des Merkmals „gemeinsam“ ist zumindest erforderlich, dass die Tarifpartner jeweils – abhängig von der gewählten Rechtsform der gemeinsamen Einrichtung²³⁰ – Informations- und Eingriffsrechte wirksam gegen-

²²⁶ Dazu ausführlich sogleich unter 2. Teil A. II. 3. a.

²²⁷ Siehe nur BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79, NJW 1981, 215.

²²⁸ Ausdrücklich heißt es hierzu z. B. in BT-Drs. 18/1558, S. 27: „*Gesondert geregelt wird die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen. Sie können zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung erstreckt werden. Dieser Allgemeinverbindlicherklärung kommt gegenüber anderen Tarifverträgen eine verdrängende Wirkung zu.*“

²²⁹ Ausführlich Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 17 ff., 198.

²³⁰ In der Praxis haben sich als eingetragener Verein oder auch als Aktiengesellschaft organisierte gemeinsame Einrichtungen durchgesetzt. Erforderlich ist jedoch insoweit nur, dass die gemeinsame Einrichtung überhaupt rechtsfähig ist, um die erforderlichen rechtlichen Beziehungen eingehen zu können.

über der gemeinsamen Einrichtung ausüben können. Zudem müssen die Tarifvertragsparteien einen so hinreichend großen Einfluss haben, dass sie die Arbeitsweise der von ihnen getragenen gemeinsamen Einrichtungen an die Vorgaben des konstituierenden Tarifvertrags anpassen können.²³¹

(2) Zielsetzung

Ähnlich wie für die AVE²³² ist auch hinsichtlich der gemeinsamen Einrichtungen die Bestimmung ihrer Zielsetzung erforderlich, um die Wirkungsweise sowie den weiteren Prüfungsmaßstab zu determinieren.

Dabei ist zunächst zu konstatieren, dass die konkrete Zielsetzung naturgemäß von der jeweiligen gemeinsamen Einrichtung abhängt. Gleichwohl haben sich mittlerweile abstrakt-typisierende Funktionen gemeinsamer Einrichtungen herausgebildet, die auf die allermeisten Formen gemeinsamer Einrichtungen zutreffen.

Die wohl wichtigste Funktion einer gemeinsamen Einrichtung ist darin zu sehen, Leistungen aus dem individuellen arbeitsvertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnis zu lösen und auf eine überindividuelle Ebene zu übertragen.²³³ Dabei geht es vornehmlich um Leistungen, die im Hinblick auf das Individualarbeitsverhältnis nicht in interessengerechter Weise, etwa aus organisatorischen Gründen, erbracht werden können.²³⁴ Im Ergebnis sollen damit in bestimmten Branchen bestehende Strukturdefizite ausgeglichen werden. Die beispielsweise im Baugewerbe²³⁵ vorherrschende Mobilität der Arbeitnehmer birgt Gefahren sowohl für Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber im Hinblick auf die Entstehung und Gewährung von Ansprüchen und Leistungen. Diesen Umständen wird durch die Übertragung der Beitrags- und Leistungsgewährung auf eine einheitliche branchenbezogene Institution Rechnung getragen.²³⁶

Allen gemeinsamen Einrichtungen im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG ist gemein, dass sie in sozialpolitisch wünschenswerten Bereichen Defizite ausgleichen und somit sozialstaatsnah agieren. Vor dem Hintergrund dieser „Sozialstaatsnähe“ wurde

²³¹ Ausführlich *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen, S. 20 ff., 198.

²³² Vgl. 1. Teil D. II.

²³³ *Wiedemann/Oetker*, TVG, § 1 Rn. 804; so auch *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 8; *Gamillscheg*, Kollektivarbeitsrecht Band I, S. 620; *Däubler/Heuschmid*, TVG, § 1 Rn. 1127.

²³⁴ *Böttcher*, Gemeinsame Einrichtungen, S. 10 ff.

²³⁵ Ausführlich zu den Besonderheiten des Baugewerbes statt aller *Bauer/Dupré/Wiesehügel*, FS 50 Jahre ZVK-Bau, S. 15 ff.

²³⁶ *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 8.

teilweise dafür plädiert, diejenigen Aufgaben gemeinsamer Einrichtungen, die sozialpolitisch als wünschenswert angesehen werden, auf die Sozialversicherungsträger zu übertragen.²³⁷ Dieser Vorschlag ist jedoch aus mehreren Gründen abzulehnen. Zunächst kann aus verfassungsrechtlicher Sicht argumentiert werden, dass die in Art. 9 Abs. 3 GG verbrieft Tarifautonomie den Koalitionen einen Regelungsbereich einräumt, der Vorrang vor staatlicher Regelungsmacht besitzt.²³⁸ Demnach ist die Durchführung dieser sozialpolitisch erwünschten Aufgaben durch gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien die verfassungsrechtlich schonendere, systemkonsistentere und mithin vorzuziehende Lösung.²³⁹ Zudem würde eine Übertragung der – in aller Regel – branchenbezogenen Aufgaben einer gemeinsamen Einrichtung auf den Sozialversicherungsträger eine Kontroverse bei den Beitragszahlungen auslösen. Insoweit würden dann alle sozialversicherungspflichtigen Beitragszahler, also auch Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die nicht der jeweiligen Branche angehören, herangezogen werden, um die speziellen branchenbezogenen Arbeitgeberleistungen zu stemmen, zu denen der einzelne Arbeitgeber typischerweise finanziell oder organisatorisch nicht alleine in der Lage ist. Demnach würden alle Beitragszahler gleichermaßen die Lasten tragen, obwohl nur ein kleiner, der jeweiligen Branche angehöriger Empfängerkreis in den Genuss der Leistungen kommen könnte.²⁴⁰ Demgegenüber führt ein branchenbezogenes System auf Grundlage eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung zu mehr Gerechtigkeit, da Lastenträger und Leistungsempfänger identisch sind. Schließlich kann gegen die Übertragung der Aufgaben auf die Sozialversicherungsträger angeführt werden, dass es sich bei diesen Aufgaben typischerweise um den Ausgleich branchenspezifischer struktureller Defizite handelt. Die Erarbeitung und Durchführung sachgerechter Lösungen in diesem Zusammenhang wird den branchenkundigen und dadurch sachnahen Tarifvertragsparteien deutlich besser gelingen, als dem Gesetzgeber bzw. dem allgemeinen Sozialversicherungsträger.²⁴¹ Diese Erwägung hat auch den Reformgesetzgeber ausdrücklich zu einigen hier noch zu erörternden Änderungen der AVE motiviert.²⁴²

²³⁷ Giesen, Referat zum 70. DJT, K 104 f.; in diese Richtung auch Forst, RdA 2015, 25, 32 f.

²³⁸ Höpfner, RdA 2015, 94, 95: „Das Leitbild der Tarifautonomie als eine selbstbestimmte, von staatlichen Zwängen freie Regelsetzung hat sich in Deutschland bewährt und gilt es zu erhalten und zu stärken“.

²³⁹ Greiner, FS v. Hoyningen-Huene (2014), S. 103, 121; ebenso Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 187.

²⁴⁰ Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 186.

²⁴¹ NK-ArbR/Forst, TVG, § 5 Rn. 19; Henssler, RdA 2015, 43, 52; Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 186 f.; in diese Richtung auch Giesen, ZfA 2008, 355, 378.

²⁴² BT-Drs. 18/1558, S. 49: „Zugleich wird sichergestellt, dass sozialpolitisch wünschenswerte Einrichtungen durch die sachnahen Tarifpartner und nicht durch den Staat geregelt werden“.

(3) Rechtliche Ausgestaltung

Eine gemeinsame Einrichtung wird durch die entsprechenden tarifvertraglichen Normen konstituiert. Ausgehend von § 4 Abs. 2 TVG liegt die Besonderheit jedoch darin, dass die normative Wirkung dieser Tarifnormen nicht nur zwischen den Tarifgebundenen, sondern auch für die Satzung der Einrichtung, für die Beziehung zwischen gemeinsamer Einrichtung und tarifgebundenen Arbeitgebern sowie zwischen gemeinsamer Einrichtung und tarifgebundenen Arbeitnehmern gilt.²⁴³

Einige wichtige Merkmale gemeinsamer Einrichtungen lassen sich auch aus einem aktuellen Judikat des EGMR²⁴⁴ ableiten, das die Sozialkasse des Baugewerbes (kurz SOKA-BAU) betrifft, aber auf die Grundstruktur vieler gemeinsamer Einrichtungen gleichermaßen zutrifft. Der Betrieb einer gemeinsamen Einrichtung liegt typischerweise im Interesse aller Beschäftigten der jeweiligen Branche und beruht auf dem Grundprinzip der Solidarität. Die von einer gemeinsamen Einrichtung erhobenen Beiträge werden gleichermaßen im Leistungsfall durch sie wieder erstattet, so dass es sich bei dem Verhältnis zwischen Beitrag und Leistung typischerweise um ein Nullsummenspiel handelt. Zudem unterliegen gemeinsame Einrichtungen der strikten Kontrolle durch die öffentliche Hand. Zu nennen ist hier insbesondere die Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BaFin“).

bb. Angewiesenheit auf AVE

Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen waren schon nach § 5 TVG a. F. einer der praktisch wichtigsten Fälle für die Erteilung einer AVE. Der Reformgesetzgeber hat das Verhältnis zwischen gemeinsamer Einrichtung und AVE ebenfalls als Ausgangspunkt der Änderungen in § 5 TVG, vor allem des Neueingefügten Absatz 1a, gemacht:

„Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen müssen zumeist von vornherein darauf angelegt sein, umfassend alle Arbeitgeber im Geltungsbereich zur Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung einzubeziehen. Die Erstreckung solcher Tarifverträge ermöglicht es damit den Tarifvertragsparteien überhaupt erst, ihre Normsetzungsbefugnis auch in Bezug auf die Regelung gemeinsame Einrichtungen wirksam wahrnehmen zu können. Zugleich wird sichergestellt, dass sozialpolitisch

²⁴³ Statt aller Wiedemann/Wank, TVG, § 4 Rn. 317 ff.

²⁴⁴ EGMR 2.6.2016 – Nr. 23646 (Geotech), Kurzübersicht samt Übersetzung in AuR 2016, 301 f.

*wünschenswerte Einrichtungen durch die sachnahen Tarifpartner und nicht durch den Staat geregelt werden.*²⁴⁵

Die beschriebene Funktionsweise gemeinsamer Einrichtungen illustriert deutlich, weshalb die sie konstituierenden Tarifverträge auf eine AVE „drängen“.²⁴⁶

Vor dem Hintergrund wurde die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen nicht lediglich durch eine generell sinkende Tarifbindung gefährdet,²⁴⁷ sondern auch durch die nach alter Rechtslage vermehrt auftretende Verdrängung allgemeinverbindlicher Tarifverträge. Nach der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch das BAG²⁴⁸ wurden aufkommende Konkurrenzfälle zwischen einem mitgliederschäftlich legitimierten Tarifvertrag einerseits und einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag andererseits durch die Rechtsprechung nach dem Spezialitätsprinzip aufgelöst.²⁴⁹ Folge war, dass oftmals die weniger speziellen allgemeinverbindlichen Tarifverträge verdrängt wurden, was insbesondere die gemeinsamen Einrichtungen vor erhebliche Probleme stellte.²⁵⁰ Der vielfach geäußerten Forderung, allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen eine Vorrangwirkung bei Tarifkonkurrenzen einzuräumen²⁵¹, ist der Reformgesetzgeber durch die für AVE nach § 5 Abs. 1a TVG erweiterte Wirkungsweise gemäß § 5 Abs. 4 S. 2 TVG nachgekommen.

b. Voraussetzungen (unter Berücksichtigung von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG)

Auch wenn zum Teil vorgebracht worden ist, durch § 5 Abs. 1a TVG n. F. sei die AVE eines Tarifvertrages über gemeinsame Einrichtungen „voraussetzungslos“ möglich, kann dies so nicht geteilt werden. Zuzustimmen ist insoweit, als dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer AVE für einen Tarifvertrag einer gemeinsamen Einrichtung gesunken sind, da es innerhalb von § 5 Abs. 1a TVG nicht auf eine quantitative Voraussetzung – wie etwa die „überwiegende Bedeutung“ im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG – ankommt. Gleichwohl müssen auch im

²⁴⁵ BT-Drs. 18/1558, S. 49.

²⁴⁶ Vgl. *Bötticher*, Gemeinsame Einrichtungen, S. 67; speziell für das Baugewerbe vgl. *Asshoff*, WSI-Mitteilungen 2012, 541.

²⁴⁷ Vgl. dazu BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, 10 ABR 48/15, PM 50 und 51/16.

²⁴⁸ BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.

²⁴⁹ Vgl. *Hanau*, SR 2011, 3, 15 f., m. w. N.; *Sahl*, NZA-Beil. 2010, 8, 13; a. A. *JKOS/Jacobs*, § 7 Rn. 228: „grundsätzlich zugunsten des tarifautonomen Regelungswerks“.

²⁵⁰ Vgl. BAG 4.12.2002 – 10 AZR 113/02, AP TVG § 4 Nr. 28 Tarifkonkurrenz; ähnlich *Däubler/Heuschmid*, TVG, § 1 Rn. 1141; *JKOS/Jacobs*, § 7 Rn. 235.

²⁵¹ *Däubler/Heuschmid*, TVG, § 1 Rn. 1141, m. w. N.; a. A. vgl. *Löwisch/Rieble*, TVG, § 4 Rn. 289.

Rahmen von § 5 Abs. 1a TVG einige Hürden überwunden werden, ehe die AVE erteilt werden kann.

aa. Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung

Zunächst erforderlich ist das Vorliegen eines „Tarifvertrag[s] über eine gemeinsame Einrichtung“, der „die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen durch eine gemeinsame Einrichtung“ mit den in § 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 1–5 TVG geregelten Gegenständen²⁵² regelt. In diesem Zusammenhang bestehen teilweise Unsicherheiten darüber, wie das Tatbestandsmerkmal „Tarifvertrag“ zu verstehen ist.

(1) Zusammenhängende Tarifverträge

Unklar sei zunächst, ob der Wortlaut einen gesonderten Tarifvertrag meine, der die in Abs. 1a aufgezählten Gegenstände abschließend in sich tarifiert.²⁵³ Diesbezüglich wurde gefordert, dass jedenfalls die bisherige Regelungspraxis der Tarifvertragsparteien bezüglich gemeinsamer Einrichtungen, die in aller Regel durch mehrere Tarifverträge konstituiert würden,²⁵⁴ auch nach neuer Rechtslage möglich bleiben müsse.²⁵⁵ Von entscheidender Wichtigkeit ist demnach, wie ein „Tarifvertrag“ im Sinne von § 5 Abs. 1a S. 1 TVG beschaffen sein muss. Der Wortlaut von Satz 1 ist hinsichtlich dieser ersten Frage nicht eindeutig. Für ein weites Verständnis – das auch die AVE verschiedener aufeinander bezogene Tarifverträge umfasst – spricht jedoch der Wortlaut in § 5 Abs. 1a S. 2 TVG. Danach kann der Tarifvertrag „alle mit dem Beitragseinzug und der Leistungsgewährung in Zusammenhang stehenden Rechte und Pflichten einschließlich der dem Verfahren zugrunde liegenden Ansprüche der Arbeitnehmer und Pflichten der Arbeitgeber regeln“. Zunächst ist hieraus der Schluss zu ziehen, dass sowohl materielle Normen als auch Verfahrensnormen gemeinsamer Einrichtungen ausdrücklich vom Wortlaut des § 5 Abs. 1a TVG erfasst werden. Unter Berücksichtigung der Tarifautonomie, deren Stärkung nicht nur aufgrund des Gesetzestitels als eines der Grundanliegen des Reformgesetzgebers qualifiziert werden muss, kann es dann nicht entscheidend davon abhängen, ob sich die Tarifvertragsparteien innerhalb der ihr zustehenden Regelungsmacht entscheiden, „einen“ Tarifvertrag über

²⁵² Näher dazu sogleich 2. Teil A. II. 3. b. cc.

²⁵³ Zentralverband des Deutschen Handwerks, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 14, 21.

²⁵⁴ Gängig ist etwa eine Aufteilung zwischen Verfahrenstarifverträgen und Tarifverträgen, die die materiellen Regelungen enthalten.

²⁵⁵ Zentralverband des Deutschen Handwerks, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 14, 21; Bundesverband der Tischler und Schreiner, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 109.

gemeinsame Einrichtungen oder aber die für die gemeinsame Einrichtung notwendigen Normen auf Verfahrens- und Inhaltstarifverträge aufzuteilen. Eine engere Sichtweise müsste als nicht zu rechtfertigender Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG der Tarifvertragsparteien gewertet werden, da es bereits an einem legitimen Zweck für diese Begrenzung fehlt. Im Gegenteil hat sich bei einigen gemeinsamen Einrichtungen eine auf verschiedene Tarifverträge aufgeteilte Regelungspraxis nun schon mehrere Jahrzehnte lang bewährt, um den praktischen Bedürfnissen gerecht zu werden. Aus den dargelegten Gründen hat das BAG bereits früh entschieden, dass Verfahrenstarifverträge mit den die zusammenhängenden materiell-rechtlichen Normen enthaltenen Tarifverträgen bezüglich Zwecksetzung und praktischen Auswirkungen einheitlich zu betrachten sind.²⁵⁶

Diese Auslegung überzeugt auch unter Berücksichtigung der Vorrangwirkung nach § 5 Abs. 4 S. 2 TVG, auf die sogleich näher eingegangen werden soll. Die statuierte Vorrangwirkung würde bei einer anderen, engen Sichtweise zu einer unnötigen Gefahr für die Praxis gemeinsamer Einrichtungen führen: Wenn etwa lediglich der Verfahrenstarifvertrag, nicht aber im Zusammenhang stehende materielle Normen über § 5 Abs. 1a TVG erstreckt würden, käme es im Kollisionsfall mit einem anderen Tarifvertrag zu der Situation, dass lediglich der Verfahrenstarifvertrag Vorrang über § 5 Abs. 4 S. 2 TVG erhielte. Übrig bliebe demnach ein sinnentleerter „Verfahrenstorso“ – die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung wäre aufgehoben.²⁵⁷

Daher ist es für die AVE nach Absatz 1a im Lichte des Gesetzeszweckes – der Stärkung der Tarifautonomie und der Sicherung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen – folglich unerheblich, ob es sich um eine Mehrzahl von Tarifverträgen bzw. unterschiedliche Regelungskomplexe von einzelnen Tarifverträgen handelt, die erst zusammen genommen die gemeinsame Einrichtung konstituieren und ihre Funktionsfähigkeit sicherstellen.²⁵⁸

(2) „Mischtarifverträge“

Mit der Frage, was unter einem „Tarifvertrag“ im Sinne von § 5 Abs. 1a S. 1 TVG zu verstehen ist, hängt auch das Problem zusammen, wie mit einem Tarifvertrag zu verfahren ist, der nicht ausschließlich Tarifnormen enthält, die die gemeinsame Einrichtung betreffen, sondern darüber hinaus noch weitere Gegenstände betrifft (im Folgenden: „Mischtarifvertrag“). Dieses Problem hat besondere

²⁵⁶ BAG 24.1.1979 – 4 AZR 377/77, AP TVG § 5 Nr. 16.

²⁵⁷ Vgl. Däubler/Heuschmid, TVG, § 1 Rn. 1140.

²⁵⁸ Forst, RdA 2015, 25, 30; Däubler/Heuschmid, TVG, § 1 Rn. 1140; Schaub/Treber, § 205 Rn. 19.

praktische Relevanz, da es gängige Regelungspraxis der Tarifparteien ist, die konstitutiven Tarifnormen einer gemeinsamen Einrichtung nicht in gesonderten Tarifverträgen, sondern etwa in bestehende Branchen- bzw. Manteltarifverträge zu integrieren.

Der Wortlaut spricht von der Möglichkeit, „einen Tarifvertrag“ über gemeinsame Einrichtungen zu erstrecken. Dies könnte für eine weite Auslegung des Merkmals sprechen. Der Gesetzgeber hätte ohne weiteres in § 5 Abs. 1a TVG den Begriff der „Tarifregelungen über eine gemeinsame Einrichtungen“ wählen können, um zweifelsfrei ein enges Verständnis zu propagieren. Als gewichtiges Argument für eine weite Auslegung kann die Historie der Norm herangezogen werden. Im Ausschuss für Arbeit und Soziales stellte die Fraktion der SPD im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zum TASG die Frage, ob ein Mischtarifvertrag als Ganzes gemäß § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden könne. Dies wurde ausdrücklich vom BMAS bejaht und in die Ausschussdrucksache aufgenommen: *„Auf die Frage der Fraktion der SPD, ob unter § 5 Absatz 1a TVG in der Fassung des Regierungsentwurfs auch Tarifverträge, und zwar als Ganzes, fielen, die ggf. neben anderen Regelungen z. B. Bestimmungen über Urlaubs-, Altersversorgungs- oder Berufsausbildungsleistungen enthielten, die von einer gemeinsamen Einrichtung an die tarifgebundenen Arbeitnehmer oder Arbeitgeber gewährt würden, erklärte das Bundesministerium [für Arbeit und Soziales], dass dies der Fall sei. Unter § 5 Absatz 1a TVG fielen alle Tarifverträge, in denen Aufgaben und Leistungen einer gemeinsamen Einrichtung geregelt seien, auch wenn neben diesen Bestimmungen, die die gemeinsame Einrichtung betreffen, ggf. auch noch andere Arbeitsbedingungen in diesen Tarifverträgen normiert würden.“*²⁵⁹

Für die Beantwortung der Frage muss § 5 Abs. 1a TVG zwingend im Zusammenhang mit der speziellen Wirkungsweise des neu eingefügten § 5 Abs. 4 S. 2 TVG betrachtet werden. Danach ist der nach Absatz 1a für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag vom Arbeitgeber auch dann einzuhalten, wenn er nach § 3 TVG an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist.²⁶⁰ Diese spezielle Wirkungsweise soll dafür sorgen, dass die auf die AVE angewiesenen Tarifnormen gemeinsamer Einrichtungen nicht einfach durch die Bindung des Arbeitgebers an einen anderen Tarifvertrag beseitigt werden können und sorgt so letztlich für eine Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung.²⁶¹ Die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit kann als weiteres Argument dafür gesehen werden, dass Mischverträge als Ganzes gemäß § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich er-

²⁵⁹ BT-Drs. 18/2010 (neu), S. 17.

²⁶⁰ Im Einzelnen sogleich 2. Teil A. II. 3. c.

²⁶¹ So auch Däubler/Heuschmid, TVG, § 1 Rn. 1140.

klärt werden können, obwohl sie auch Tarifnormen enthalten, die nicht unmittelbar das Sozialkassenverfahren betreffen.²⁶² Schließlich muss der Tarifvertrag als Kompromiss der Tarifvertragsparteien verstanden werden, der sich in der Gesamtheit der einzelnen Tarifvertragsnormen widerspiegelt. Dieses Ergebnis tarifautonomer Regelungsbefugnis darf nicht ohne Grund aufgespalten werden.

Eine solche weite Auslegung berücksichtigt jedoch – um an dieser Stelle wieder den „Ausgestaltungskorridor“ zu bemühen – nicht in ausreichendem Maße das verfassungsrechtliche Übermaßverbot: Insoweit kann die spezielle Wirkungsweise eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages über gemeinsame Einrichtungen nach § 5 Abs. 4 S. 2 TVG einen Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie der konkurrierenden Koalitionen darstellen, sofern es tatsächlich zu einer Verdrängung eines anderen Tarifvertrags kommt.²⁶³

Dieser Eingriff lässt sich zwar vor dem Hintergrund der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen und damit im Ergebnis über den bezweckten Schutz der Tarifautonomie rechtfertigen.²⁶⁴ Die Grenze der Rechtfertigungsmöglichkeit würde jedoch dort überschritten werden, wo es zu einer Verdrängung nach § 5 Abs. 4 S. 2 TVG durch Tarifnormen kommt, die in keinem denkbaren Zusammenhang mit der gemeinsamen Einrichtung stehen. Der mit der Verdrängung verbundene Eingriff in die Rechte Dritter könnte in diesem Fall nicht mehr mit der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung und der Abstützung der Tarifautonomie gerechtfertigt werden, da materiell nicht in diesen Kontext fallende Normen diese Ziele nicht für sich auf Ebene der Rechtfertigung in Anspruch nehmen können. Vor diesem Hintergrund spricht das Übermaßverbot dafür, hinsichtlich der Auslegung des Merkmals „Tarifvertrag“ eine Einschränkung dahingehend zu machen, dass nur solche Tarifnormen nach § 5 Abs. 1a (i. V. m. Abs. 4 S. 2) TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden können, die sachnotwendig für die Konstituierung der gemeinsamen Einrichtung, zumindest aber in einem Zusammenhang zu dieser stehen. Unerheblich ist, ob es sich dabei um Verfahrens- oder materielle Tarifnormen handelt,²⁶⁵ sofern die inhaltliche Verknüpfung zu der gemeinsamen Einrichtung besteht und die Norm für die Funktionsfähigkeit eine – auch noch so geringe – Bedeutung aufweist. Der angesprochene erforderliche Zusammenhang muss im Lichte der Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien wiederum weit verstanden werden, um ihrer durch Art. 9

²⁶² Däubler/Heuschmid, TVG, § 1 Rn. 1140.

²⁶³ So bereits Bundesverband der Tischler und Schreiner, Ausschussdrucksache 18(11)148, S. 108; im Einzelnen siehe unter 2. Teil A. II. 3. d. bb.

²⁶⁴ Im Einzelnen siehe 2. Teil A. II. 3. d. bb (2).

²⁶⁵ So bereits DGB-Bundesvorstand, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 39; vgl. Däubler/La-
kies, TVG, § 5 Rn. 126.

Abs. 3 GG geschützten Gestaltungsfreiheit Rechnung zu tragen. Diese wird konkurrenziert, wenn eine einheitliche AVE verhindert und stattdessen nur Teilbereiche eines Tarifvertrages in den Genuss der Erleichterungen nach Absatz 1a kommen. Insbesondere vor dem Hintergrund der Sonderwirkung des § 5 Abs. 4 S. 2 TVG birgt dies erhebliche Gefahren für die Funktionsfähigkeit der Sozialkassen. Der Gesetzgeber versucht dieses Verständnis durch die teilweise Aufzählung von Tarifnormgegenständen zu zeigen, die ohne weiteres unmittelbar nach § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden können: So stelle § 5 Abs. 1a S. 2 TVG klar, dass auch die der gemeinsamen Einrichtung zugrunde liegenden materiellen Ansprüche der Arbeitnehmer erfasst sind,²⁶⁶ also beispielsweise der einer Urlaubskasse zugrundeliegende Urlaubsanspruch. Aus praktischer Sicht kann die Bestimmung dieses „materiellen Anspruchs“ auch von mehreren Tarifnormen abhängig sein, für die dann allesamt der angesprochene Sachzusammenhang besteht. Weiterhin sind auch die „mit der Durchführung des Beitragseinzugs und der Leistungsgewährung im Zusammenhang stehenden Verfahrensvorschriften [...], wie Melde-, Nachweis- und Informationspflichten sowie Prüf- und Auskunftsrechte der gemeinsamen Einrichtung“ von § 5 Abs. 1a TVG erfasst.²⁶⁷ Das Bedürfnis danach, die Aufspaltung der AVE von Tarifverträgen soweit es geht zu vermeiden, lässt sich auch an einer Folgebetrachtung auf Ebene des gerichtlichen Rechtsschutzes zeigen. Insoweit dürfte es zumindest nicht im Sinne der Funktionserhaltung gemeinsamer Einrichtungen sein, wenn die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der AVE aufgrund einer aufgeteilten AVE auch insoweit aufgeteilt werden muss und auch nur zu „teilweise“ rechtmäßigen AVE von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen führt. Aus dem gleichen Grund müssen auch praktisch essentielle Tarifvertragsnormen, etwa über den Geltungsbereich des Tarifvertrags oder In- bzw. Außerkraftsetzungsbestimmungen, nach Absatz 1a für allgemeinverbindlich erklärt werden können, um die Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen nicht ohne Not nachträglich zu gefährden.

Damit lassen sich auf der einen Seite gewichtige Argumente für die Sichtweise anführen, dass Mischtarifverträge insgesamt über § 5 Abs. 1a TVG erstreckt werden dürfen. Zugleich spricht jedoch ein erhebliches verfassungsrechtliches Argument entscheidend dafür, Tarifnormen eines Mischtarifvertrages, die nicht im Zusammenhang mit der gemeinsamen Einrichtung stehen, nicht gemäß § 5 Abs. 1a TVG erstrecken zu können. Folgt man wie hier der zweiten Ansicht, ist zu betonen, dass für die Tarifvertragsparteien daneben die Möglichkeit besteht, die verbleibenden Tarifnormen über § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinverbindlich er-

²⁶⁶ BT-Drs. 18/1558, S. 49.

²⁶⁷ BT-Drs. 18/1558, S. 49 f.

klären zu lassen, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen.²⁶⁸ Freilich kommt den auf diesem Weg erstreckten Normen dann nicht die Vorrangwirkung nach § 5 Abs. 4 S. 2 TVG zu.

bb. Sicherung der Funktionsfähigkeit

In Anlehnung an die Rechtsprechung hat der Gesetzgeber als einzige Voraussetzung des neu eingefügten § 5 Abs. 1a TVG statuiert, dass die AVE des Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung „zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit“ erfolgt.²⁶⁹ Wie bereits ausführlich dargelegt, sind die gemeinsamen Einrichtungen auf vielen Ebenen mit dem Instrument der AVE verwoben und auf sie angewiesen.²⁷⁰ Die Notwendigkeit der AVE für die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung ist – kurzgefasst – mithin bereits immer dann zu bejahen, wenn sie eine sozialpolitisch erwünschte²⁷¹ überindividuelle Leistungsgewährung bei brancheneinheitlichem Lastenausgleich zum Gegenstand hat. Ohne die Einbeziehung sämtlicher Arbeitnehmer und Arbeitgeber entstünde eine sozialpolitisch und ökonomisch problematische Schiefelage zwischen Leistungs- und Beitragsseite. Die AVE kann für eine gemeinsame Einrichtung sogar eine praktische Konstituierungsvoraussetzung darstellen, wenn der Organisationsgrad innerhalb einer Branche auf Arbeitgeberseite so niedrig ist, dass eine ausreichende Beitragsbasis lediglich unter Einbeziehung der nicht mitgliedschaftlich gebundenen Arbeitgeber erreicht werden kann.²⁷²

cc. Aufzählung zulässiger Gegenstände (§ 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 1–5 TVG)

Für eine AVE nach § 5 Abs. 1a TVG muss der Tarifvertrag zwingend mindestens einen der in § 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 1–5 TVG genannten Katalogtatbestände betreffen.

Die Katalogtatbestände wurden bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens kritisiert.²⁷³ Zum einen werde aus der Regelung nicht deutlich, ob die Regelungsgegenstände kumulativ oder alternativ im Tarifwerk enthalten sein müssen. Des weiteren dürfe der Katalog nicht abschließend sein, um auch zukünftige Entwicklungen gemeinsamer Einrichtungen abzusichern.

²⁶⁸ Vgl. Däubler/Lakies, TVG, § 5 Rn. 129; siehe auch 2. Teil A. II. 1. a. cc.

²⁶⁹ BT-Drs. 18/1558, S. 49.

²⁷⁰ Statt aller Böttcher, Gemeinsame Einrichtungen, S. 67; siehe auch 2. Teil A. II. 3. a. bb.

²⁷¹ Was sich nach dem Katalogtatbestand des § 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 1–5 TVG richtet, dazu sogleich.

²⁷² Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 10, m.w.N.

²⁷³ Vgl. Zentralverband des Deutschen Handwerks, Ausschussdrucksache 18(11)148, S. 14, 21.

Aus Sicht der Innovationsoffenheit ist ein abschließender Katalog durchaus negativ zu beurteilen.²⁷⁴ Ausgehend von der gesetzgeberischen Intention ist die Aufzählung der Gegenstände jedoch als abschließend anzusehen, um der Rechtsicherheit und den Rechten betroffener Grundrechtsträger Rechnung zu tragen.²⁷⁵ Zu berücksichtigen ist, dass die AVE eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung lediglich voraussetzt, dass diese zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit erforderlich ist. Damit ist die materielle Schwelle im Vergleich zu § 5 Abs. 1 TVG gering. Die nunmehr in den Katalogtatbeständen aufgezählten Gegenstände gemeinsamer Einrichtungen sind allesamt solche, die sich in der Vergangenheit nicht nur als sozialpolitisch wünschenswert,²⁷⁶ sondern auch praktisch bewährt haben.²⁷⁷

Für diese eng formulierten Gegenstände sind etwaige Beeinträchtigungen Grundrechte Dritter eher hinzunehmen, da das dadurch verfolgte Ziel verfassungsrechtlich legitim ist.²⁷⁸ Eine offenere Formulierung, wie etwa *Beppler* vorschlägt,²⁷⁹ wäre wohl ähnlich effektiv gewesen, um sicherzustellen, dass nur solche gemeinsamen Einrichtungen unter den Anwendungsbereich von Absatz 1a fallen, die besonders wünschenswerte und wichtige sozialstaatsnahe Funktionen haben. Auf der anderen Seite sind gemeinsame Einrichtungen, die keinen unter Nr. 1–5 fallenden Gegenstand haben, nicht *per se* von der Möglichkeit einer AVE ausgeschlossen. Diese können nach Ansicht des Gesetzgebers dann noch unter den Voraussetzungen von § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden.²⁸⁰ Damit lässt sich die gewählte Regelungssystematik zwar sozialpolitisch kritisieren. Die legislative Prärogative des Gesetzgebers berücksichtigend, wirkt sich dieser Umstand jedoch nicht auf die Rechtmäßigkeit von § 5 Abs. 1a TVG aus. Letzten Endes ist die enge Katalogisierung der möglichen Gegenstände unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und des Übermaßverbots, vor allem vor dem Hintergrund der Sonderwirkung gemäß § 5 Abs. 4 S. 2 TVG, als nachvollziehbare Begrenzung zu sehen.²⁸¹

²⁷⁴ *Beppler*, Gutachten zum 70. DJT, B 114; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen, S. 183.

²⁷⁵ Im Ergebnis zustimmend *Forst*, RdA 2015, 25, 31.

²⁷⁶ BT-Drs. 18/1558, S. 49.

²⁷⁷ Vgl. *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen, S. 182.

²⁷⁸ Vgl. ausführlich 2. Teil A. II. 3. b. cc.

²⁷⁹ *Beppler*, Gutachten zum 70. DJT, B 113: „Tarifverträge nach § 4 Abs. 2 TVG können für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn sie mit geeigneten und angemessenen Mitteln ein gesetzgeberisches oder allgemein anerkanntes sozialstaatliches Ziel ergänzend verfolgen oder für die betreffende Branche und die dort geltenden Rahmenbedingungen effektiv umsetzen“.

²⁸⁰ BT-Drs. 18/1558, S. 49; ebenso *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen, S. 169.

²⁸¹ Vgl. *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 17.

Sofern zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des TASG Regelungen zu gemeinsamen Einrichtungen bestanden, spricht dieser Umstand bereits für die darauf bezogene Anwendbarkeit von § 5 Abs. 1a TVG. Insoweit soll im Rahmen des öffentlichen Interesses berücksichtigt werden, „ob sich die betreffenden tariflichen Regelungen in der Praxis bewährt haben und ob durch die gemeinsame Einrichtung Leistungen an die Arbeitnehmer gewährt werden, die vom einzelnen Arbeitgeber nicht erfüllt werden könnten (branchenbezogener Anspruchserwerb)“.²⁸² Darüber hinaus gilt für alle Katalogtatbestände in inhaltlicher Hinsicht, dass sich die genaue Definition, Erfassung und Begrenzung der enthaltenen Begriffe aus den jeweiligen Spezialgesetzen ergeben.²⁸³

(1) Erholungsurlaub, Urlaubsgeld oder zusätzliches Urlaubsgeld (Nr. 1)

Nr. 1 betrifft den stark durch das Unionsrecht geprägten²⁸⁴ Begriff des Urlaubs. Erholungsurlaub ist insoweit als Zeitraum zu verstehen, den der Arbeitnehmer zu Erholungs- und Entspannungszwecken erhält.²⁸⁵ Freistellungen des Arbeitnehmers aus anderen Gründen, z. B. Pflege- oder Elternzeit oder Bildungsfreistellung, sind nicht erfasst.²⁸⁶

Urlaubsgeld ist gemäß § 11 BUrlG das reguläre Arbeitsentgelt, das während des Erholungsurlaubs weitergezahlt wird. Demgegenüber stellt das zusätzliche Urlaubsgeld eine gesetzlich nicht geregelte, freiwillige Sonderleistung des Arbeitgebers dar (z. B. „13. Monatsgehalt“).

(2) Betriebliche Altersversorgung (Nr. 2)

Die „betriebliche Altersversorgung“ nach § 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 2 TVG ist im Sinne des BetrAVG zu verstehen. Damit ist der Tatbestand nur erfüllt, wenn die Voraussetzungen des BetrAVG vollständig gegeben sind.²⁸⁷ Dies impliziert eine Durchführung im Rahmen der von § 1b BetrAVG gegebenen Möglichkeiten. Da eine gemeinsame Einrichtung die betriebliche Altersversorgung als eigenständiger Träger durchführen kann und dies in der Praxis auch geschieht, kommen vor allem die Durchführungswege der Unterstützungskasse, des Pensionsfonds und

²⁸² BT-Drs. 18/1558, S. 49.

²⁸³ BeckOK-ArbR/Giesen, TVG, § 5 Rn. 18.

²⁸⁴ Vgl. etwa ErfK/Gallner, BUrlG, § 1 Rn. 5 ff.

²⁸⁵ Vgl. EuGH 20.1.2009 – C-350/06 (Schultz-Hoff), Slg. 2009, I-179, Rn. 26; EuGH 22.11.2011 – C-214/10 (KHS), Slg. 2011, I-11757, Rn. 33.

²⁸⁶ NK-ArbR/Forst, TVG, § 5 Rn. 110.

²⁸⁷ NK-ArbR/Forst, TVG, § 5 Rn. 111.

der Pensionskasse in Betracht. Für die Direktzusage und Direktversicherung muss der Arbeitgeber selber Zusagebender bzw. Versicherungsnehmer sein, so dass die gemeinsame Einrichtung lediglich als intermediäre Zahlstelle fungieren kann.²⁸⁸

(3) Ausbildungsvergütung und Ausbildung in überbetrieblichen Bildungsstätten (Nr. 3)

Die in Nr. 3 erwähnte „Ausbildungsvergütung“ richtet sich nach den §§ 17 ff. BBiG. Eine etwaige Vergütung, die an andere Personengruppen, etwa Praktikanten, Volontäre oder Freiwillige nach dem BFDG, gezahlt wird, ist nicht davon erfasst.²⁸⁹

Wegen der Systematik innerhalb von § 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 TVG ist als „Ausbildung“ die Berufsausbildung im Sinne der §§ 4 ff. BBiG zu verstehen, so dass sonstige Formen der Berufsbildung²⁹⁰ nicht darunter fallen.²⁹¹

Die Einordnung des Tatbestandsmerkmals „Bildungsstätten“ richtet sich nach § 2 BBiG. Damit sind alle Lernorte des § 2 Abs. 1 BBiG²⁹² erfasst. Das Merkmal der Überbetrieblichkeit der Bildungsstätte dient der Abgrenzung einer gemeinsamen Einrichtung von einem einzelnen Ausbildungsbetrieb.²⁹³

(4) Zusätzliche betriebliche oder überbetriebliche Vermögensbildung (Nr. 4)

Der Wortlaut dieses Katalogtatbestandes sieht vor, dass es sich um eine von der reinen Vermögensbildung nach dem 5. Vermögensbildungsgesetz²⁹⁴ abzugrenzende Art der Vermögensbildung handeln muss. Der Wortlaut und auch die Gesetzesbegründung enthalten keine Hinweise darauf, wie die Vermögensbildung konkret ausgestaltet sein muss, so dass der Begriff zunächst weit auszulegen ist. Erforderlich ist jedoch, dass laufend Beiträge abgeführt werden, um Kapital aufzubauen. Daher sind etwa Beiträge für kapitalgedeckte Versicherungen nicht als Vermögensbildung in diesem Sinne zu verstehen, da sie der Risikoabsicherung

²⁸⁸ NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 111.

²⁸⁹ NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 112.

²⁹⁰ Beispielsweise berufliche Fortbildung im Sinne der §§ 53 ff. BBiG oder berufliche Umschulung im Sinne der §§ 58 ff. BBiG.

²⁹¹ Im Ergebnis NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 112.

²⁹² Betriebliche (Nr. 1), schulische (Nr. 2) und außerbetriebliche Berufsbildung (Nr. 3), die gemäß § 2 Abs. 2 BBiG bei der Durchführung der Berufsbildung zusammenwirken sollen.

²⁹³ NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 112.

²⁹⁴ BGBl. I S. 406.

dienen und mithin einen von der Vermögensbildung divergierenden Zweck verfolgen.²⁹⁵

Die „zusätzliche betriebliche“ Vermögensbildung (Nr. 4 Alt. 1) kann – ähnlich zum „zusätzlichen Urlaubsgeld nach Nr. 1 – als freiwillige, gesetzlich nicht zwingende Leistung des Arbeitgebers verstanden werden.²⁹⁶ Hinsichtlich der „überbetriebliche Vermögensbildung“ (Nr. 4 Alt. 2) lassen sich wiederum Parallelen zu den „überbetrieblichen Bildungsstätten“ aus Nr. 3 ziehen. Für diese Auslegung spricht auch die grundlegende Funktion gemeinsamer Einrichtungen, Leistungen aus Praktikabilitäts- und Sachgerechtigkeitserwägungen aus dem Einzelarbeitsverhältnis herauszulösen, sofern der Einzelarbeitgeber, etwa aus organisatorischen Gründen, nicht in der Lage ist, diese eigenständig zu erbringen.²⁹⁷

(5) Lohnausgleich bei Arbeitszeitausfall, Arbeitszeitverkürzung oder Arbeitszeitverlängerung (Nr. 5)

Zweck gemeinsamer Einrichtungen nach Nr. 5 ist, den Arbeitnehmern trotz schwankenden Arbeitsaufkommens ganzjährig eine bestimmte Mindesthöhe ihres Einkommens gewähren zu können, ohne dass der Arbeitgeber dadurch wegen des gestörten Austauschverhältnisses über Gebühr belastet wird.²⁹⁸ Der Wortlaut des 5. Katalogtatbestandes ist offen, so dass der durchzuführende „Lohnausgleich“ auf zwei verschiedenen Wegen denkbar ist. Möglich ist, dass die gemeinsame Einrichtung unmittelbar gegenüber den Arbeitnehmern durch Arbeitszeitveränderungen bedingte Lohnausfälle kompensiert. In diesem Fall gewährt die gemeinsame Einrichtung eine Lohnersatzleistung. Ebenfalls zulässig ist es jedoch, die Leistung in Form einer Lohnkostenerstattung zugunsten des Arbeitgebers zu erbringen. In diesem Fall leistet die gemeinsame Einrichtung unmittelbar an den Arbeitgeber, sofern dieser trotz ausgefallener Arbeitsleistung gleichwohl das vereinbarte Arbeitsentgelt an den Beschäftigten leistet oder er in einer Schlechtwetterperiode auf Kündigungen überschüssiger Arbeitnehmer verzichtet.²⁹⁹

²⁹⁵ NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 113.

²⁹⁶ *Forst*, RdA 2015, 25, 31 f.

²⁹⁷ Vgl. 2. Teil A. II. 3. a. aa. (2).

²⁹⁸ Problematisch ist dies vor allem in Branchen, die stark von den Witterungsverhältnissen abhängig sind, z. B. das Handwerks- oder Baugewerbe.

²⁹⁹ Vgl. NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 114.

dd. **Auswahlentscheidung, § 5 Abs. 1a S. 3 TVG**

Im Rahmen einer AVE nach § 5 Abs. 1a TVG findet gemäß Satz 3 die Regelung aus § 7 Abs. 2 AEntG entsprechende Anwendung. Dies führt dazu, dass das BMAS bei der vorzunehmenden Gesamtabwägung zu prüfen hat, ob der für allgemeinverbindlich zu erklärende Tarifvertrag von den repräsentativeren Tarifvertragsparteien geschlossen worden ist, sofern in einer Branche mehrere Tarifverträge mit zumindest teilweise demselben fachlichen Geltungsbereich zur Anwendung kommen.³⁰⁰ Für die Beurteilung der Repräsentativität ist gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 AEntG einerseits auf die „Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer“ (Nr. 1) sowie auf „die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat“ (Nr. 2), abzustellen.

Bereits in seinem originären Anwendungsbereich, der Tarifnormerstreckung durch Rechtsverordnung, hat § 7 Abs. 2 AEntG vereinzelt Kritik erfahren. Einerseits wurde vorgebracht, das Abstellen auf die Repräsentativität führe zu einer Benachteiligung kleinerer Gewerkschaften.³⁰¹ Dieser Einwand ist grundsätzlich zutreffend. An dieser Stelle muss jedoch berücksichtigt werden, dass eine Auswahlentscheidung jedweder Art stets zu einer Benachteiligung der nicht ausgewählten Partei führt.³⁰² Demnach kann dieser Aspekt nicht maßgeblich für oder gegen die Sachgerechtigkeit des Auswahlkriteriums ins Feld geführt werden. Vielmehr muss entscheidend sein, ob das Auswahlkriterium zu Entscheidungen beiträgt, die objektiv vorhersehbar, berechenbar und nachprüfbar sind, also rechtsstaatlichen Anforderungen genügt.³⁰³ Zudem muss die Auswahlentscheidung dem mit der Auswahl verfolgten Zweck dienen.

Durch die Überprüfung der Repräsentativität wird zunächst sichergestellt, dass die Mehrheitsinteressen der Betroffenen gewahrt werden. Dies ist deshalb zu betonen, weil es im Gegensatz zu § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG nicht auf eine „überwiegende Bedeutung“ des Tarifvertrages im Rahmen von § 5 Abs. 1a TVG ankommt. Die Methode, anhand derer die Repräsentativität beurteilt wird, lässt sich objektiv nachprüfen und genügt mithin rechtsstaatlichen Ansprüchen. Schließlich würde eine Auswahlentscheidung, die anhand eines Vergleichs des Tarifver-

³⁰⁰ BT-Drs. 18/1558, S. 50: die Rede ist von einem Tarifvertrag, der mit dem für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrag über die gemeinsame Einrichtung „konkurriert“.

³⁰¹ *Thüsing*, ZfA 2008, 590, 634 ff.; *Willemsen/Sagan*, NZA 2008, 1216, 1220.

³⁰² *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen, S. 184.

³⁰³ Vgl. *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen, S. 184 f.

tragsinhalts erfolgt, der Grundidee der Tarifautonomie sowie der weitestgehenden staatlichen Zurückhaltung bei der Beurteilung von Tarifinhalten zuwiderlaufen.³⁰⁴ Im Ergebnis ist die Repräsentativität der Tarifvertragsparteien im Geltungsbereich des zu erstreckenden Tarifvertrags ein sachgerechtes Kriterium für die Auswahlentscheidung nach § 5 Abs. 1a S. 3 TVG i. V. m. § 7 Abs. 2 AEntG.³⁰⁵

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist problematisch, dass es potentiell zu Verdrängungen konkurrierender gemeinsamer Einrichtungen kommen kann. Gerade gemeinsame Einrichtungen, die Sozialkassenverfahren durchführen, sind auf die Verbindlichkeit des Tarifvertrages bei den Arbeitgebern angewiesen, da die ansonsten ausbleibenden Beitragszahlungen ihre Existenz gefährden. Dem in diesem Fall vorliegenden Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG der verdrängten gemeinsamen Einrichtung solle dadurch begegnet werden, dass der gemäß § 5 Abs. 1a S. 3 TVG auszuwählende Tarifvertrag „wesentlich bedeutsamer“ als der im Geltungsbereich potentiell verdrängte Tarifvertrag sein müsse.³⁰⁶ Diese einschränkende Auslegung von § 5 Abs. 1a S. 3 TVG ist jedoch nicht überzeugend. Entscheidend muss hier die gesetzlich anerkannte Schutzfunktion gemeinsamer Einrichtungen berücksichtigt werden, die dazu führt, dass ein Tarifvertrag, der die Voraussetzungen von § 5 Abs. 1a TVG erfüllt, auch im Regelfall für allgemeinverbindlich erklärt werden soll. Zudem kommt es ohnehin nur zu einer Verdrängung einer konkurrierenden gemeinsamen Einrichtung, wenn sie den selben Regelungsgegenstand hat, also tatsächlich mit der gemeinsamen Einrichtung „konkurriert“. Der Fall, dass in einer Branche beispielsweise zwei Sozialkassen aufeinandertreffen, deren Funktion die Gewährung einer zusätzlichen Altersversorgung darstellt, ist praxisfern. Die AVE führt damit nicht nur dazu, dass die sozialpolitisch wünschenswerte Funktion der gemeinsamen Einrichtung durch den ausgewählten Tarifvertrag aufrechterhalten wird, sondern grundsätzlich auch zu dem ökonomisch sinnvollen Effekt, dass die Kosten des einzelnen Arbeitgebers durch eine große Gesamtzahl von Beitragszahlern sinken. Damit begünstigt die Auswahlentscheidung im Sinne von § 5 Abs. 1a S. 3 TVG die branchenangehörigen Arbeitgeber auch in wirtschaftlicher Hinsicht.³⁰⁷

³⁰⁴ Vgl. *Sittard*, NZA 2009, 346, 348.

³⁰⁵ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen, S. 184 f.; für die Tarifnormerstreckung nach dem AEntG bereits *Bayreuther*, NJW 2009, 2006, 2008; *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 855 ff.; *Sittard*, NZA 2009, 346, 348.

³⁰⁶ Vgl. *Forst*, RdA 2015, 25, 33; *Henssler*, RdA 2015, 43, 53.

³⁰⁷ Vgl. *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen, S. 185.

c. Spezielle Wirkungsweise, § 5 Abs. 4 S. 2 TVG

aa. Anlass für § 5 Abs. 4 S. 2 TVG

Nach der Rechtsprechung zu § 5 TVG a. F. kam einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag kein genereller Vorrang zu, so dass auftretende Tarifkollisionen nach den damals geltenden „allgemeinen Regeln“ aufgelöst werden mussten.³⁰⁸ Ein vor der Reform von § 5 TVG in der Praxis häufig vorkommendes Problem war daher die Verdrängung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen durch einen konkurrierenden Tarifvertrag.³⁰⁹ Überdies war unklar, ob sich die problematische Situation für gemeinsame Einrichtungen bei Tarifkonkurrenz durch die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch das BAG³¹⁰ weiter verschärfen würde. Dies wurde wegen der eingangs beschriebenen rechtstatsächlichen Situation, vor allem wechselnder Gewerkschaftsmitgliedschaften sowie immer größerem Einfluss der Berufs- und Spartengewerkschaften, befürchtet.³¹¹ Zudem sollten der gesetzlich angeordneten Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip und der daraus resultierenden Möglichkeit von Umgehungsstrategien durch gewillkürte gewerkschaftliche Mehrheitsbildungen vor allem in kleineren Betrieben durch einen gesetzlichen Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen vorgebeugt werden.³¹²

Um ihren primären Zweck, die Gewährung bzw. Sicherstellung von Leistungen an Arbeitnehmer in strukturell defizitären Branchen, erfüllen zu können, müssen gemeinsame Einrichtungen auf ein sicheres Beitragsniveau vertrauen können. Diese Planungssicherheit wurde durch die jederzeit mögliche Verdrängung des konstituierenden Tarifvertrags konterkariert. Eine weitere praktische Gefahr für die gemeinsame Einrichtung war die missbräuchliche Umgehung der Beitragspflicht, etwa durch die Gründung von Scheingewerkschaften.³¹³

Diese Ausgangssituation mit den einhergehenden Unsicherheiten im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen haben den Reformgesetzgeber dazu bewogen, den Fall einer Tarifkonkurrenz unmittelbar im neu einge-

³⁰⁸ BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, NJW 1981, 215.

³⁰⁹ Etwa die Verdrängung der Bautarifverträge durch den Manteltarifvertrag für das Metallhandwerk, vgl. BAG 4.12.2002 – 10 AZR 113/02, AP Nr. 28 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

³¹⁰ BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.

³¹¹ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 5 f., 11 f.

³¹² Vgl. Zentralverband des Deutschen Handwerks, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 150.

³¹³ Siehe etwa LAG Köln 20.5.2009 – 9 TaBV 105/08, AuR 2009, 316.

fügten § 5 Abs. 4 S. 2 TVG zu adressieren und zugunsten des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags zu lösen.³¹⁴

bb. Erläuterung und Umfang

Der durch das TASG neu eingefügte § 5 Abs. 4 S. 2 TVG ordnet an, dass ein nach § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag von einem Arbeitgeber selbst dann einzuhalten ist, wenn dieser gemäß § 3 TVG an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist. Anders als bei § 5 Abs. 4 S. 1 TVG, der lediglich Außenseiter-Arbeitsverhältnisse erfasst, finden die Tarifverträge, die nach § 5 Abs. 1a TVG erstreckt werden, demnach gemäß § 5 Abs. 4 S. 2 auch auf mitgliederschaftlich anderweitig gebundene Arbeitgeber innerhalb des Geltungsbereiches Anwendung.

Zu erörtern ist die Frage, welchen Umfang diese Vorrangwirkung hat. Vor Verabschiedung von § 5 TVG n. F. wurde vielfach ein genereller Vorrang von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen befürwortet.³¹⁵ Der Wortlaut von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG legt indes nahe, dass es nur insofern zu einem angeordneten Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages kommen soll, soweit es zu einer inhaltlichen Überschneidung mit dem mitgliederschaftlich legitimierten Tarifvertrag kommt.³¹⁶ Es kann daher zu der Situation kommen, dass ein Arbeitgeber an zwei gegenstandsverschiedene Tarifverträge gebunden ist. Die Bindung würde dann einerseits auf § 3 Abs. 1 TVG und andererseits auf § 5 Abs. 4 S. 2 TVG beruhen. Dies ist aus verfassungsrechtlicher Sicht besonders hervorzuheben, weil dieses Verständnis den konkurrierenden Tarifvertragsparteien außerhalb des sehr eng gehaltenen Anwendungsbereiches von § 5 Abs. 1a TVG die Möglichkeit zur wettbewerblichen Betätigung belässt.³¹⁷ Die

³¹⁴ BT-Drs. 18/1558, S. 50: „Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung erfolgt mit dem Ziel, die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung durch Einbeziehung aller Arbeitgeber im Geltungsbereich zu sichern. Zu dieser Zielsetzung der Allgemeinverbindlicherklärung stünde es im Widerspruch, wenn die an einen anderen Tarifvertrag gebundenen Arbeitgeber nicht erfasst würden. Ergänzend zu Satz 1 regelt der neu eingefügte Satz 2 daher ausdrücklich, dass sich der Arbeitgeber an den nach Absatz 1a für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag auch dann zu halten hat, wenn er nach § 3 an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist“.

³¹⁵ Nachweise bei Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 188, Fn. 133.

³¹⁶ Umkehrschluss aus der Tatsache, dass der Arbeitgeber den nach Abs. 1a „auch dann“ einzuhalten hat, wenn er an einen anderen Tarifvertrag „gebunden ist“. Eine Verdrängung ist aber nur erforderlich, soweit der „andere“ Tarifvertrag dazu führt, dass der allgemeinverbindliche Tarifvertrag den entsprechenden Arbeitgeber „nicht erfasst“.

³¹⁷ Oetker, NZA-Beil. 2010, 13, 32; zustimmend Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 16 f.

Vorrangwirkung dürfte insbesondere nicht dazu führen, dass es aufgrund der gegenständlich stark begrenzten Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen zu einer Verdrängung eines klassischen Entgelttarifvertrages kommt.³¹⁸

(1) § 5 Abs. 4 S. 2 TVG und Einschränkungsklauseln

Erörterungsbedürftig ist zudem das Verhältnis von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG zu den AVE-Einschränkungsklauseln der Tarifvertragsparteien. Diese wurden teilweise zum Anlass genommen, um Kritik an § 5 Abs. 4 S. 2 TVG zu äußern. Eine tarifautonom getroffene Abgrenzung des Geltungsbereichs könne wegen des aus Art. 9 Abs. 3 GG resultierenden Schutzes nicht durch § 5 Abs. 4 S. 2 TVG konterkariert werden.³¹⁹ Diese Bedenken müssen in der Tat berücksichtigt werden. Nach diesseitigem Verständnis und vom Gesetzgeber wohl auch intendiert, korreliert die Vorrangwirkung mit dem Geltungsbereich der nach § 5 Abs. 1a TVG erfolgten AVE. Beschränken die Tarifvertragsparteien den Wirkungsbereich der AVE, führt dies aus Akzessorietätsgründen automatisch auch zu einer dahingehenden Beschränkung von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG.³²⁰ Anderenfalls würde die neu implementierte Vorrangwirkung, die der Stärkung der Tarifautonomie dienen soll, durch Verwerfungen des fein austarierten Kräftegleichgewichts einzelner Koalitionen und Branchenverbänden ihrem gesteckten Ziel diametral zuwiderlaufen.

(2) § 5 Abs. 4 S. 2 TVG und Günstigkeitsprinzip

Zum Teil wird diskutiert, ob im Rahmen von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG das Günstigkeitsprinzip als Einschränkung der Vorrangwirkung angewendet werden kann.³²¹ Im Hinblick auf § 8 Abs. 2 AEntG wurde bereits in der Vergangenheit argumentiert, die Anwendung des Günstigkeitsprinzips führe zu einer sachgerechten Beschränkung der Vorrangwirkung auf das im Rahmen der Rechtfertigung maximal zulässige Maß und ist insoweit anerkannt.³²² Problematisch ist die Anwendung des Günstigkeitsprinzips auf Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen, wenn dadurch die für die gemeinsamen Einrichtungen unerlässliche Beitragspflicht der Arbeitgeber ausgehebelt werden kann. In diesem Fall würde das Günstigkeitsprinzip dem Zweck von § 5 Abs. 1a i. V. m. Abs. 4 S. 2 TVG, der

³¹⁸ Giesen, ZfA 2008, 355, 377 f.; Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 11 f.; Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 194.

³¹⁹ Vgl. Zentralverband des Deutschen Handwerks, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 149.

³²⁰ Dies forderte bereits der Zentralverband des Deutschen Handwerks, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 150.

³²¹ Bepler, Gutachten zum 70. DJT, B 113; Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 16 f.; Hanau, SR 2011, 3, 17; ähnlich auch Oetker, NZA-Beil. 2010, 13, 24.

³²² Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 195, m.w.N. [Fn. 157].

Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen, entgegenstehen. Auf der anderen Seite kann man fragen, weshalb eine AVE, die ihrem Grundverständnis nach die Absicherung angemessener (Mindest-)Arbeitsbedingungen bezweckt, selbst einzelne günstigere Tarifnormen verdrängen und sich demzufolge negativ auf die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer und auf die Möglichkeiten konkurrierender Tarifvertragsparteien auswirken soll.³²³

Demgegenüber lassen sich jedoch auch gute Gründe gegen die Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips im Rahmen von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG ins Feld führen. Zum einen hat der Gesetzgeber bewusst den Anwendungsbereich von § 5 Abs. 1a TVG durch den Gegenstandskatalog eng umgrenzt. Damit ist das gegenständliche Verdrängungspotential für konkurrierende Tarifvertragsparteien gering und es verbleiben ihnen ausreichend große, zentrale Betätigungsfelder. Diese Gefahr wird zudem in der Praxis weiter durch die tarifautonome Beschränkung des tariflichen Geltungsbereichs minimiert (Einschränkungsklauseln). Als zentrales Argument gegen die Zulassung des Günstigkeitsprinzips spricht schließlich die genuin mit den Neuregelungen bezweckte Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen.³²⁴ Wie bereits dargestellt sind die gemeinsamen Einrichtungen auf eine breite und verlässliche Lastenaufteilung angewiesen. Die Lastenaufteilung funktioniert jedoch nur dann zuverlässig, wenn auch die gewährten Leistungen auf gleichem Niveau liegen. Damit könnte die Zulassung des Günstigkeitsprinzips dieses System konterkarieren. Obwohl für beide Sichtweisen gute Gründe sprechen, soll in den nachfolgenden Ausführungen eine Ablehnung des Günstigkeitsprinzips zugrunde gelegt werden.

d. Kritik

aa. § 5 Abs. 1a TVG

Während in Teilen der Praxis die Erleichterung der AVE eines Tarifvertrages über gemeinsame Einrichtungen begrüßt wurde, da die sozialpolitisch wünschenswerten Aufgaben gemeinsamer Einrichtungen nun auf sichererer Grundlage durchgeführt werden können,³²⁵ hat der neu eingefügte § 5 Abs. 1a TVG zugleich auch Kritik erfahren.

Die zentrale Befürchtung, die mit der Erleichterung der AVE für Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen einherging, ist, dass der „voraussetzungslose“ Absatz 1a den Tarifvertragsparteien die vollständige Disposition über die Tarif-

³²³ Ähnlich *Oetker*, NZA-Beil. 2010, 13, 22.

³²⁴ *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 16 f.; *Oetker*, NZA-Beil. 2010, 13, 22.

³²⁵ DGB-Bundesvorstand, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 39.

normerstreckung gebe. In dem vorgestellten Szenario könne die AVE bereits durch eine auf sie ausgerichtete Ausgestaltung der gemeinsamen Einrichtungen einseitig durch die Tarifvertragsparteien herbeigeführt werden.³²⁶ Damit würden Möglichkeiten für einen missbräuchlichen Gebrauch des Instruments eröffnet.³²⁷ Zudem wird für die AVE nach § 5 Abs. 1a TVG eine Verletzung des Wesentlichkeitsgrundsatzes diskutiert, sofern die Tarifnormerstreckung nunmehr ohne parlamentarische Beteiligung ermöglicht werde.³²⁸

Die Kritik ist teilweise berechtigt. Allein aus der Tatsache, dass die gemeinsame Einrichtung ohne die AVE in ihrer Funktionsfähigkeit gefährdet ist, kann richtigerweise für sich genommen noch kein öffentliches Interesse an einer AVE abgeleitet werden. Dies galt bereits nach § 5 TVG a. F. und hat sich – entgegen mancher anderslautender Äußerungen – auch im Rahmen des neuen § 5 Abs. 1a TVG nicht geändert. Erforderlich ist nach wie vor, dass die gemeinsame Einrichtung in ihrer konkreten Ausgestaltung einen im öffentlichen Interesse liegenden Zweck verfolgt.³²⁹ Dieser kann in der Erfüllung einer gesetzgeberisch anerkannten Funktion gesehen werden,³³⁰ die nunmehr durch den Katalog von § 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 1–5 TVG konkretisiert worden sind.³³¹ Außerdem besteht das öffentliche Interesse selbst bei Vorliegen eines anerkannten Zwecks im Sinne der Nr. 1–5 ausgehend von der Gesetzesbegründung nur „grundsätzlich“,³³² so dass es stets bei der Gesamtabwägung des BMAS bleibt.³³³ Durch das für alle Fälle der AVE-Erteilung erforderliche Prüfungserfordernis und die Letztentscheidungskompetenz des BMAS besteht auch ein ausreichendes Maß an demokratischer Legitimation der Normerstreckung, so dass bereits aus diesem Grund keine Verletzung des Wesentlichkeitsgrundsatzes vorliegt.³³⁴

³²⁶ Vgl. v. Hoyningen-Huene, BB 1986, 1909, 1913.

³²⁷ Vgl. BDA, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 11; Rieble/Kolbe, ZfA 2015, 125.

³²⁸ Vgl. nur NK-ArbR/Forst, TVG, § 5 Rn. 31.

³²⁹ Greiner, FS v. Hoyningen-Huene (2014), S. 103, 120 f.; v. Hoyningen-Huene, BB 1986, 1909, 1911; Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 180 f.; Wonneberger, Funktionen der AVE, S. 92 ff.

³³⁰ Vgl. Wonneberger, Funktionen der AVE, S. 92 ff.

³³¹ BT-Drs. 18/1558, S. 49: „Satz 1 enthält zudem Regelungen zum Inhalt des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrages. Für die in den Nummern 1 bis 5 genannten Regelungsgegenstände ist eine allgemeinverbindlich erklärte tarifliche Regelung sozialpolitisch grundsätzlich erwünscht“.

³³² BT-Drs. 18/1558, S. 49.

³³³ Vgl. Erk/Franzen, TVG, § 5 Rn. 14c; Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 181.

³³⁴ Vgl. BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE, 44, 322; so im Ergebnis bezüglich § 5 Abs. 4 S. 2 TVG auch NK-ArbR/Forst, TVG, § 5 Rn. 31.

bb. § 5 Abs. 4 S. 2 TVG

Bereits im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens wurde die geplante Vorrangwirkung mit dem Argument eines ungerechtfertigten Eingriffs in die positive Koalitionsfreiheit von Andersgebundenen und in die Tarifautonomie konkurrierender Koalitionen kritisiert.³³⁵ Die ebenfalls hinsichtlich der Vorrangwirkung diskutierte Verletzung des Wesentlichkeitsgrundsatzes kann aufgrund der zwingend erforderlichen Beteiligung und Letztentscheidungskompetenz des BMAS – wie schon zuvor bezüglich § 5 Abs. 1a TVG – verneint werden.³³⁶

Bevor im Einzelnen die nunmehr gemäß § 5 Abs. 4 S. 2 TVG angeordnete Vorrangwirkung auf ihre Verfassungskonformität untersucht wird, soll noch generell etwas zu der Legitimität dieser Ausgestaltung gesagt werden: *„Mit Blick auf die dargestellten charakteristischen Merkmale und Wirkungen der Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen stellen diese eine Sondermaterie dar, bei der die Wirkungen der AVE umfassender ausgestaltet werden könnten als bei der AVE im Generellen. Sind die legitimen Ausgestaltungsziele nicht mehr allein der soziale Mindestschutz des gar nicht tarifgebundenen Arbeitnehmers und die Absicherung des Tarifvertragssystems vor aushöhlerndem Außenseiterwettbewerb, sondern wird zum Ausgestaltungsziel die Funktionserhaltung einer als sozialstaatlich ausgesprochen nützlich anerkannten Institution, welche die Einbeziehung sämtlicher Arbeitsverhältnisse innerhalb der Branche erfordert, 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 III GG selbst für diese Rechtsfolge streiten.“*³³⁷

(1) Eingriff in Rechte Dritter

Sofern ein mitgliederschaftlich legitimer Tarifvertrag aufgrund von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG tatsächlich verdrängt wird, liegt ein Eingriff in die positive Tarifvertragsfreiheit des Andersgebundenen und in die Tarifautonomie der betroffenen Koalition vor.³³⁸ Ob eine unrechtmäßige Verletzung der betroffenen Rechte vorliegt, ist damit auf Rechtfertigungsebene zu prüfen. Nach allgemeinen Grundsät

³³⁵ Etwa Zentralverband des Deutschen Handwerks, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 14, 20.

³³⁶ So auch NK-ArbR/Forst, TVG, § 5 Rn. 31.

³³⁷ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 12.

³³⁸ Vgl. NK-ArbR/Forst, TVG, § 5 Rn. 31.

zen kann der Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG nur mit dem Schutz anderer Rechtsgüter mit Verfassungsrang legitimiert werden.³³⁹

Der insoweit maßgebliche Prüfungsmaßstab, vor allem die Anforderungen an die den Eingriff potentiell legitimierenden Rechte, wird durch die Intensität des Eingriffs determiniert,³⁴⁰ die somit im Folgenden zu bestimmen ist.

Dabei ist zunächst zu konstatieren, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich von § 5 Abs. 1a (und damit auch von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG) durch den abschließenden Katalogtatbestand außerordentlich eng gefasst hat. Bei allen dort enthaltenen Gegenständen handelt es sich um solche, die aus sozialstaatlicher Sicht erhebliche Wichtigkeit besitzen und sich zudem in der Vergangenheit bewähren konnten. Außerdem können nach hier vertretener Ansicht nur die Tarifnormen nach § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden, die mit der Konstituierung oder Funktion der gemeinsamen Einrichtung im Zusammenhang stehen. Weiterhin hat § 5 Abs. 4 S. 2 TVG nach hier zugrunde gelegter Ansicht nicht *per se* die vollständige Verdrängung konkurrierender Tarifverträge zur Folge. Vielmehr geht der allgemeinverbindliche Tarifvertrag nur insoweit vor, als es für die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung erforderlich ist.³⁴¹ Das führt in der Folge dazu, dass die klassischen Anwendungsfelder der Tarifvertragsparteien, etwa eine Norm über Tarifentgelt, in aller Regel nicht aufgrund von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG verdrängt werden wird.³⁴² Damit verbleibt den konkurrierenden Tarifvertragsparteien ein ausreichend großes Betätigungsfeld außerhalb des engen Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1a TVG.

All diese Punkte berücksichtigend ist der von der Vorrangwirkung ausgehende Eingriff in die konfligierenden Rechte Dritter als vergleichsweise gering zu qualifizieren.³⁴³ Es bleibt zu prüfen, ob dieser potentiell von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG ausgehende Eingriff zu rechtfertigen ist.

³³⁹ Vgl. nur BVerfG 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, NZA 2005, 153, 154.

³⁴⁰ So auch *Strippelmann*, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 189.

³⁴¹ Ähnlich auch *Strippelmann*, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 189, der die Funktion der Vorrangwirkung letztlich darin sieht, dass sie zu einer umfassenden Beitragspflicht der Arbeitgeber innerhalb des Geltungsbereiches führe, im Übrigen jedoch eine anderweitige Tarifbindung zulasse.

³⁴² Vgl. *Giesen*, *ZfA* 2008, 355, 377 f.; zustimmend *Strippelmann*, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 189.

³⁴³ Vgl. *Strippelmann*, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 190.

(2) Rechtfertigung

(a) Legitimes Ziel

Das mit § 5 Abs. 4 S. 2 TVG verfolgte Ziel liegt in der Sicherung der Funktionsfähigkeit bestimmter, sozialpolitisch als besonders wünschenswert erachteter gemeinsamer Einrichtungen.³⁴⁴

(b) Geeignetheit

Die Vorrangwirkung fördert jedenfalls die Möglichkeit, dass dieses legitime Ziel erreicht wird und ist somit geeignet im verfassungsrechtlichen Sinn.

(c) Erforderlichkeit

Die Vorrangwirkung muss für die Sicherung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen erforderlich sein. Dies wäre zu verneinen, wenn auch ohne § 5 Abs. 4 S. 2 TVG die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen einem mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrag vorgingen. Wie bereits angesprochen, gibt es nach alter wie auch nach neuer Rechtslage keinen generellen Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge vor anderen Tarifverträgen.³⁴⁵ Dies gilt auch – wie bereits zuvor für § 5 Abs. 1 TVG festgestellt – unter Berücksichtigung des Tarifeinheitsgesetzes.³⁴⁶ Auch der durch die Rechtsprechung aufgegebenen Grundsatz der Tarifeinheit führt nicht zu einem generellen Vorrang eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages, sondern eröffnet vielmehr die Möglichkeit von Tarifpluralitäten innerhalb eines Betriebes.

Schließlich führt auch die Möglichkeit, durch Einschränkungsklauseln Verdrängungen zu verhindern bzw. Tarifkonkurrenzen aufzulösen,³⁴⁷ nicht dazu, dass § 5 Abs. 4 S. 2 TVG obsolet wird. Wenngleich die tarifautonome Vereinbarung von Einschränkungsklauseln äußerst begrüßenswert ist, um *ex ante* sichtbare Kollisionen und Verdrängungen präventiv zu verhindern, können Einschränkungsklauseln nicht vor sämtlichen, sich gegebenenfalls erst im Nachhinein ergebenden Drucksituationen für die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung schützen. Im Ergebnis ist die Vorrangwirkung nach § 5 Abs. 4 S. 2 TVG damit für die Zielerreichung erforderlich, um dem verfassungsrechtlichen Untermaßverbot

³⁴⁴ Vgl. 2. Teil A. II. 3. c. aa.

³⁴⁵ Statt aller BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, NJW 1981, 215, 216; Däubler/Lakies, TVG, § 5 Rn. 191.

³⁴⁶ Siehe 2. Teil A. II. 2. c. cc.; BT-Drs. 18/4062, S. 12; vgl. auch § 4a Abs. 2 S. 1 TVG: „Der Arbeitgeber kann nach § 3 [TVG] an mehrere Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften gebunden sein“.

³⁴⁷ Zentralverband des Deutschen Handwerks, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 149.

im Hinblick auf die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen Genüge zu tun.

(d) Angemessenheit

Schließlich muss § 5 Abs. 4 S. 2 TVG angemessen sein, was anhand einer Abwägung der kollidierenden Verfassungsgüter zu beurteilen ist. In die Abwägung ist auch die weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers einzubeziehen.

Sofern es zu einer Verdrängung tarifvertraglicher Normen kommt, sind die gemäß Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie der konkurrierenden Koalitionen sowie die positive Koalitionsfreiheit der an den verdrängten Tarifvertrag gebundenen Betroffenen beeinträchtigt.³⁴⁸

Bei den von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG erfassten Tarifverträgen handelt es sich ausnahmslos um solche, die überragende sozialstaatliche Funktionen erfüllen und sich in der Vergangenheit bewährt haben.³⁴⁹ Da sie für angemessene (Mindest-) Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer sorgen, streitet das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) für die Sicherung der Funktionsfähigkeit jedenfalls solcher gemeinsamen Einrichtungen, die unter § 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 1–5 TVG fallen.³⁵⁰

Die statuierte Vorrangwirkung unterbindet zudem mögliche Missbrauchsfälle, allen voran die Möglichkeit, sich der Beitragspflicht durch kollusive Gründung einer Scheingewerkschaft zu entziehen.³⁵¹

Ebenfalls für die Angemessenheit spricht, dass die Vorrangwirkung nach hier vertretener Auffassung nur dort zu einer punktuellen Verdrängung eines mitgliederschäftlich legitimierten Tarifvertrages führt, wo es zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung kommt. Das ist vor allem bei sich gegenständlich überschneidenden Tarifnormen der Fall.³⁵² In der Konsequenz wird das Hauptbetätigungsfeld konkurrierender Tarifvertragsparteien, insbesondere der Abschluss von Entgelttarifverträgen, von den gegenständlich speziellen Tarifnormen gemeinsamer Einrichtungen in aller Regel nicht tangiert.³⁵³ Dieser Befund wird noch dadurch untermauert, dass Kol-

³⁴⁸ Vgl. 2. Teil A. II. 3. d. bb. (1).

³⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 49.

³⁵⁰ Ähnlich Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 16.

³⁵¹ Giesen, ZfA 2008, 355, 377 f.; Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 11 f.; Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 194.

³⁵² Ähnlich Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 185.

³⁵³ Giesen, ZfA 2008, 355, 377; Strippelmann, Gemeinsame Einrichtungen, S. 197; ähnlich DGB, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 39.

lisionen oftmals ohnehin in der Praxis durch die Vereinbarung von Einschränkungsklauseln vermieden werden. Eingriffe in die Tarifautonomie und in die positive Koalitionsfreiheit aufgrund der Verdrängungswirkung nach § 5 Abs. 4 S. 2 TVG werden mithin nicht nur äußerst selten vorkommen, sondern beschränken sich zudem auf einen Umfang, der die weitreichendste Aufrechterhaltung der mitgliedschaftlich legitimierten Tarifverträge sicherstellt.

Dem Schutz der Mehrheitsinteressen vor einer Verdrängung durch einen Minderheitstarifvertrag wird gemäß § 5 Abs. 1a S. 3 TVG i. V. m. § 7 Abs. 2 AEntG wirkungsvoll Rechnung getragen,³⁵⁴ so dass die Vorrangwirkung auf eine objektiv überprüfbare quantitative Grundlage zurückgeführt werden kann.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die abschließende Entscheidungskompetenz über die Erteilung einer AVE mit der Sonderwirkung des § 5 Abs. 4 S. 2 TVG stets dem BMAS zukommt, das auf etwaige Besonderheiten des Einzelfalls sachgerecht reagieren kann.

Zusammenfassend sprechen überzeugende Gründe dafür, dass die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Gesamtschau zugunsten der Vorrangwirkung ausfällt. Sie ist erforderlich, um die sozialstaatlich erwünschten gemeinsamen Einrichtungen in ihrer Funktionsfähigkeit abzusichern und vor missbräuchlichen Umgehungsstrategien zu schützen. Dabei wird dieses Ziel durch die gesetzliche Anordnung einer punktuellen Vorrangwirkung deutlich schonender erreicht als durch einen gesetzlich angeordneten generellen Vorrang von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen. Der Gesetzgeber bewegt sich also in den durch den „Ausgestaltungskorridor“ vorgezeichneten Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit. § 5 Abs. 4 S. 2 TVG ist mithin verfassungsgemäß und sachgerecht, um den praktischen Problemen gemeinsamer Einrichtungen zu begegnen.

(3) Zwischenergebnis

Damit sprechen gute Argumente für die Verfassungskonformität von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG unter Zugrundelegung der angesprochenen Prämissen, vor allem dem engen Anwendungsbereich und der nur punktuellen Verdrängungswirkung im Einzelfall.

³⁵⁴ Forst, RdA 2015, 25, 26 f., 33 f.; HWK/Henssler, TVG, § 5 Rn. 19; ähnlich auch Schaub/Treber, § 205 Rn. 8.

B. Verfahren für die Erteilung der AVE

Das Verfahren für die Erteilung der AVE eines Tarifvertrages richtet sich auch im TASG nach § 5 TVG sowie der Verordnung zur Durchführung des Tarifvertragsgesetzes³⁵⁵ (TVGDV). Im Folgenden sollen sämtliche Verfahrensschritte der AVE eines Tarifvertrages dargestellt werden. Besonderes Augenmerk wird auf die Neuerungen durch das TASG und daraus resultierende Fragestellungen gelegt. Vorweg kann gesagt werden, dass dem im Gesetzgebungsverfahren aus praktischer Sicht geäußerten Bedürfnis, das Erstreckungsverfahren zu beschleunigen,³⁵⁶ wohl nicht entsprochen worden ist. Gestärkt wurde hingegen die Transparenz des Verfahrens,³⁵⁷ dessen einzelne Stadien zukünftig im Bundesanzeiger bekannt gemacht werden müssen, in dem am Ende auch der Tarifvertrag als solcher enthalten sein muss (§ 5 Abs. 7 S. 2 TVG). Im Einzelnen:

I. Gemeinsamer Antrag der Tarifvertragsparteien

1. Allgemeines

Bereits in der Vergangenheit war es gängige Praxis, dass die Tarifpartner den Antrag auf AVE bei der zuständigen Behörde gemeinsam stellten.³⁵⁸ Dieses Erfordernis ist durch das TASG nun gesetzlich vorgeschrieben und gilt gleichermaßen für die AVE nach § 5 Abs. 1 TVG wie nach § 5 Abs. 1a TVG. Dadurch, dass nunmehr stets beide Tarifpartner die AVE für erforderlich halten müssen, trägt der Gesetzgeber der Funktion der AVE als Instrument zur Abstützung der Tarifautonomie Rechnung.³⁵⁹ Zugleich sollen – im Zusammenspiel mit dem Einvernehmen des Tarifausschusses – die Richtigkeitsgewähr des zu erstreckenden Tarifvertrages gesichert und Missbrauchsgefahren reduziert werden.³⁶⁰

Antragsteller können nur die Tarifvertragsparteien des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrages gemeinsam sein.³⁶¹ Das Merkmal „gemeinsam“ ist insoweit wie im Rahmen von § 7 Abs. 1 S. 1 AEntG zu bewerten, so dass eine Tarifvertragspartei alleine das Verfahren nicht initiieren kann.³⁶² Nicht zwingend erforder-

³⁵⁵ Verordnung v. 23.12.1988, BGBl. I 1989, S. 77.

³⁵⁶ Zentralverband des Deutschen Handwerks, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 20.

³⁵⁷ Vgl. dazu *Forst*, RdA 2015, 25, 26.

³⁵⁸ *Nielebock*, FS Bepler (2012), S. 181, 182.

³⁵⁹ BT-Drs. 18/1558, S. 48.

³⁶⁰ So bereits ausdrücklich für das Einvernehmen des Tarifausschusses *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 27.

³⁶¹ BeckOK-ArbR/*Giesen*, TVG, § 5 Rn. 20.

³⁶² ErfK/*Schlachter*, AEntG, § 7 Rn. 4; für § 5 TVG auch BeckOK-ArbR/*Giesen*, TVG, § 5 Rn. 20.

lich ist ein gemeinsam verfasstes und unterschriebenes Antragsdokument. Vielmehr reicht es aus, dass jeweils inhaltlich übereinstimmende Anträge vorliegen oder dass sich ein Tarifpartner jeweils dem Antrag des Anderen anschließt.³⁶³ Ebenfalls zulässig ist, dass eine Tarifvertragspartei die andere Partei vertritt.³⁶⁴

Adressat des Antrags ist grundsätzlich das BMAS, es sei denn, es hat die Zuständigkeit gemäß § 5 Abs. 6 TVG i. V. m. § 12 TVGDV an die oberste Arbeitsbehörde eines Bundeslandes delegiert.

In zeitlicher Hinsicht ist der Antrag unbefristet möglich.³⁶⁵ Auch ein gemäß § 4 Abs. 5 TVG nur noch nachwirkender Tarifvertrag kann Gegenstand des Antrags auf AVE sein.³⁶⁶ Obwohl keine bestimmte Form für den Antrag vorgeschrieben ist, dürfte schon im eigenen Interesse stets eine schriftliche Antragstellung erfolgen.

2. Darlegungslast

Inhaltlich muss der Antrag die genaue Bezeichnung des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrags enthalten. Unmittelbar aus dem Wortlaut von § 5 TVG n. F. wird allerdings nicht deutlich, welche Anforderungen an die Darlegungslast der Antragsteller zu stellen sind. Dies ist insbesondere unglücklich, da die Schwierigkeit der Tarifvertragsparteien in diesem Zusammenhang bereits ein großes Manko des 50 %-Quorums nach alter Rechtslage darstellte,³⁶⁷ was jüngst wieder eindrucksvoll durch das BAG gezeigt worden ist, das die AVE des Verfahrenstarifvertrags der Sozialkassen des Baugewerbes aus diesem Grund für unwirksam erachtet hat.³⁶⁸ Grundsätzlich, so die Gesetzesbegründung, müssen die Tarifvertragsparteien darlegen, dass das Vorliegen der Voraussetzungen der AVE überwiegend wahrscheinlich erscheint.³⁶⁹ Demnach muss aus dem Inhalt des Antrags mehr dafür als dagegen sprechen. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber lediglich betont, dass die Antragsteller sich auf öffentlich zugängliches Datenmaterial berufen dürfen; ausdrücklich genannt wird das IAB-Betriebspanel, um eine etwaige Bedeutung des Tarifvertrags darzulegen. Da die mitgliedschaftliche Tarifbindung gemäß § 3 Abs. 1 TVG der erste Indikator im Rahmen des Regelbeispiels bleiben soll, müssen die Antragsteller insoweit auch weiterhin auf ihre koalitions-eigenen Datenbestände zurückgreifen. Der Rekurs der Tarifver-

³⁶³ BeckOK-ArbR/*Giesen*, TVG, § 5 Rn. 20.

³⁶⁴ *Forst*, RdA 2015, 25, 27.

³⁶⁵ HWK/*Henssler*, TVG, § 5 Rn. 20.

³⁶⁶ BeckOK-ArbR/*Giesen*, TVG, § 5 Rn. 20.

³⁶⁷ Vgl. 2. Teil A. I. 2. d.

³⁶⁸ BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, 10 ABR 48/15, PM 50 und 51/16.

³⁶⁹ Vgl. ausdrücklich für § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG BT-Drs. 18/1558, S. 49.

tragsparteien auf öffentlich zugängliche Statistiken wird aber vor allem vor dem Hintergrund relevant werden, dass nunmehr für die überwiegende Bedeutung neben der mitgliederschaftlichen Tarifbindung auch „tarifmäßig ausgestaltete“ Arbeitsverhältnisse im Rahmen von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG berücksichtigungsfähig sind. Diese lassen sich nur über statistische Erhebungen und Befragungen erfassen. Strengere Anforderungen können schon deshalb nicht an die Tarifvertragsparteien gestellt werden, da diesen in aller Regel die Mittel, vor allem aber die (datenschutz-)rechtlichen Befugnisse fehlen, um belastbares Datenmaterial in Eigenregie erheben zu können. Daher wird in den Gesetzesmaterialien auch die umfassende Prüfungskompetenz und -pflicht des BMAS in diesem Zusammenhang hervorgehoben,³⁷⁰ wobei sogar der Behörde die Befugnis zu einer sorgfältigen Schätzung eingeräumt wird.³⁷¹

Im Rahmen von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG müssen die Antragsteller einen Sachverhalt darlegen, der eine im beschriebenen Sinn gegebene wirtschaftliche Fehlentwicklung beschreibt, die eine AVE notwendig macht.

Für § 5 Abs. 1a TVG ist schließlich erforderlich, Angaben zu der etwaigen gemeinsamen Einrichtung, insbesondere zu ihrem Gegenstand, zu machen und darzustellen, weshalb eine AVE für ihre Funktionsfähigkeit erforderlich ist. Für Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen gilt zudem, dass die Tarifvertragsparteien ausdrücklich die AVE sowohl nach § 5 Abs. 1a TVG und – für den Fall, dass das BMAS die Voraussetzungen nicht als erfüllt ansieht – hilfsweise auch nach § 5 Abs. 1 TVG beantragen können. In diesem Fall sind die Antragsteller gehalten, darzulegen, dass die Voraussetzungen beider Tatbestände erfüllt sind.

3. Rücknahme des Antrags

Die Antragsteller sind berechtigt, den Antrag auf AVE in jedem Stadium des Verfahrens zurückzunehmen.³⁷² Diskutiert wird in diesem Zusammenhang nur, ob ein gemeinsam gestellter Antrag auch nur gemeinsam wieder zurückgenommen werden kann. Ausgehend von der Gesetzesbegründung, die durch das Erfordernis eines gemeinsamen Antrags sicherstellen will, dass alle Parteien die AVE für erforderlich erachten, muss im Umkehrschluss jede Partei allein zur

³⁷⁰ Wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes soll eine Begründung sogar entbehrlich, aber zu empfehlen sein, vgl. BeckOK-ArbR/*Giesen*, TVG, § 5 Rn. 20; ähnlich auch *Wiedemann/Wank*, TVG, § 5 Rn. 79.

³⁷¹ BT-Drs. 18/1558, S. 49; *Schaub/Treber*, § 205 Rn. 17; vgl. auch *Jöris*, NZA 2014, 1313, 1315.

³⁷² *Forst*, RdA 2015, 25, 28; zur alten Rechtslage bereits *Löwisch/Rieble*, TVG, § 5 Rn. 145; *Wiedemann/Wank*, TVG, § 5 Rn. 81, m.w.N.

Rücknahme berechtigt sein. Ansonsten wäre ab dem Zeitpunkt des eingereichten Antrags das Kriterium der Gemeinsamkeit ausgehöhlt, sofern die jeweilige Partei nicht mehr für sich genommen auf geänderte Umstände reagieren könnte.³⁷³

II. Schlüssigkeitsprüfung und Bekanntmachung des Antrags

Ordnungsgemäß eingegangene Anträge prüft das BMAS dahingehend, ob die Voraussetzungen einer AVE nach § 5 TVG offensichtlich nicht vorliegen. In diesem Fall weist die Behörde den Antrag bereits unmittelbar gemäß § 4 Abs. 2 TVGDV ab.³⁷⁴

Sofern die Schlüssigkeitsprüfung nicht die offensichtliche Unzulässigkeit des Antrags offenlegt, macht die Behörde den Antrag gemäß § 4 Abs. 1 TVGDV im Bundesanzeiger bekannt. Diese Bekanntmachung muss den Hinweis enthalten, dass die AVE des Tarifvertrages auch rückwirkend erfolgen kann (§ 4 Abs. 1 S. 1 TVGDV).

III. Beteiligung der Betroffenen

Zugleich wird in der Bekanntmachung gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 TVGDV eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme für Betroffene bestimmt, die mindestens drei Wochen ab dem Tag der Bekanntmachung betragen muss. Innerhalb dieser Frist können potentiell von der AVE betroffene Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach § 5 TVGDV eine Abschrift des Tarifvertrages gegen Selbstkosten verlangen.

Den beteiligten Tarifvertragsparteien sowie den Landesarbeitsministerien der Länder, die von dem zu erstreckenden Tarifvertrag betroffen sind, wird schließlich der Wortlaut der Bekanntmachung durch das BMAS mitgeteilt.

IV. Beteiligung des Tarifausschusses

Der Antrag bedarf nach wie vor gemäß § 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 1a S. 1 TVG des Einvernehmens mit dem Tarifausschuss.³⁷⁵ Zu diesem Zweck beruft das BMAS den Tarifausschuss gemäß § 6 Abs. 1 TVGDV zu einem Verhandlungstermin ein, der nach Ablauf der Frist zur Stellungnahme des § 4 Abs. 2 TVGDV liegt (§ 6 Abs. 1

³⁷³ Forst, RdA 2015, 25, 28; a. A. ohne nähere Begründung BeckOK-ArbR/Giesen, TVG, § 5 Rn. 20, wonach der gemeinsam gestellte Antrag auch nur gemeinsam zurückgenommen werden könne.

³⁷⁴ Beispiel für offensichtliche Unzulässigkeit: eine schuldrechtliche Vereinbarung soll für allgemeinverbindlich erklärt werden, MüHdb-ArbR/Löwisch/Rieble, § 268 Rn. 70.

³⁷⁵ Dieser besteht auch nach der Neufassung des TVG aus jeweils drei Vertretern der Spitzenorganisationen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, also BDA und DGB (vgl. Wiedemann/Oetker, TVG, § 12 Rn. 1 ff.).

S. 2 TVGDV). Der Verhandlungstermin des Tarifausschusses wird gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 TVGDV ebenfalls im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Auch nach aktueller Rechtslage bedarf der dem Antrag stattgebende Beschluss des Tarifausschusses gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 TVGDV der einfachen Mehrheit der Stimmen seiner Mitglieder. Die daraus resultierende Gefahr eines faktischen Vetorechts einzelner Spitzenverbände, auf die zum Teil hingewiesen worden war,³⁷⁶ besteht damit theoretisch zwar weiterhin, ist aber aufgrund des mittlerweile zwingend erforderlichen gemeinsamen Antrags der gemeinsamen Tarifvertragsparteien auf ein hinnehmbares Niveau geschmälert. Insoweit ist aus praktischer Sicht darauf hinzuweisen, dass sich die Mitglieder des Tarifausschusses gut überlegen werden, ob und weshalb sie sich gegen die durch den gemeinsamen Antrag bekundete Entscheidung der von ihnen repräsentierten Interessengruppen stellen wollen.³⁷⁷

Der getroffene Beschluss des Tarifausschusses ist gemäß § 3 Abs. 2 TVGDV schriftlich niederzulegen und zu unterzeichnen. Sofern der Tarifausschuss sein Einvernehmen mit dem Antrag auf AVE erteilt hat, kann das BMAS mit der eigentlichen Prüfung des Antrags beginnen. Anderenfalls muss der Antrag bereits aus diesem Grund abgelehnt werden.

V. Einspruch einer obersten Landesarbeitsbehörde

Unverändert steht den von der beantragten AVE potentiell betroffenen Landesarbeitsbehörden gemäß § 5 Abs. 3 TVG ein Einspruchsrecht zu. Wird ein solcher erhoben, ist die AVE zusätzlich noch an die Zustimmung der Bundesregierung gebunden, die vom BMAS eingeholt werden muss. Dass diese auf dem Papier als reine Formalie wirkende Voraussetzung durchaus weitreichende Folgen haben kann, wurde jüngst durch das BAG gezeigt, das die AVE der Sozialkassentarifverträge des Baugewerbes – unter anderem – aus diesem Grund für unwirksam erklärt hat.³⁷⁸ Dabei war die Zustimmung der Bundesregierung im Anschluss an den Einspruch des Freistaates Sachsen nur in einem der Verfahren durch den zuständigen Minister für Arbeit und Soziales erfolgt, weshalb die erforderliche „Befassung des zuständigen Ministers für Arbeit und Soziales“ auch nur in diesem Fall vorgelegen habe.³⁷⁹

³⁷⁶ Vgl. *Schulten*, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 90.

³⁷⁷ Vgl. *Büdenbender*, RdA 2000, 193, 202; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 79 m.w.N.; ähnlich *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtungen, S. 179.

³⁷⁸ BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, 10 ABR 48/15, PM 50 und 51/16.

³⁷⁹ BAG 21.9.2016 – 10 ABR 48/15, PM 51/16, S. 2.

VI. Entscheidung des BMAS

Nicht nur die soeben angesprochenen, überraschenden aktuellen Entscheidungen des BAG³⁸⁰ zeigen, dass die Rechtmäßigkeit der Tarifnormerstreckung an eine persönliche und zustimmende Befassung des demokratisch legitimierten Bundesministers für Arbeit und Soziales bzw. seines Staatssekretärs geknüpft ist.³⁸¹ Ob das BAG in seinen letzten Entscheidungen – abgesehen von der notwendigen Einholung der Zustimmung der Bundesregierung bei Einspruch eines Landesarbeitsministeriums – weitergehende Anforderungen an die gebotene Befassung des BMAS statuiert hat, werden erst die Entscheidungsgründe zeigen.

1. Ermessen

Nach derzeitiger Rechtslage kann jedenfalls festgestellt werden, dass das BMAS weiterhin eine Ermessensentscheidung³⁸² trifft, bei der der Behörde ein weiter Beurteilungsspielraum einzuräumen ist. Dies ergibt sich, wie die Rechtsprechung in der Vergangenheit stets betont hat, aus dem insoweit gleichgebliebenen Wortlaut von § 5 Abs. 1 S. 1 TVG, wonach die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheinen muss.³⁸³ Unverändert bleibt damit im Mittelpunkt der Prüfung des BMAS, ob für die AVE ein öffentliches Interesse besteht³⁸⁴, was das BMAS stets selbsttätig zu beurteilen hat.³⁸⁵

2. Bedeutung der Regelbeispiele

Maßgebliche Aussagekraft für die Beantwortung dieser Frage werden zukünftig die Regelbeispiele gemäß § 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 1a TVG haben. Sie sollen den „Rahmen“ für die Prüfung des „konkretisierten“ öffentlichen Interesses abstecken und ihnen soll „besondere Bedeutung“ für die Beurteilung zukommen.³⁸⁶ Zugleich ist zu betonen, dass diese „besondere Bedeutung“ keine – wie befürchtet – ausschließliche darstellt. Das BMAS soll insoweit nach dem Willen des Gesetzgebers stets eine „Abwägungsentscheidung“ zum öffentlichen Interesse treffen, in der dann das Vorliegen eines Regelbeispiels in gebotener Weise Berücksichtigung

³⁸⁰ BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, 10 ABR 48/15, PM 50 und 51/16.

³⁸¹ Hierzu bereits BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2256 f.

³⁸² BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255: „eigenes pflichtgemäßes Ermessen“; BAG 28.3.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781; ausführlich *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 162 ff.

³⁸³ Vgl. nur BAG 28.3.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781, m. w. N.

³⁸⁴ BT-Drs. 18/1558, S. 48.

³⁸⁵ Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 70.

³⁸⁶ BT-Drs. 18/1558, S. 48.

finden müsse.³⁸⁷ Damit haben es die Antragsteller entgegen teilweiser Befürchtungen³⁸⁸ nicht allein in der Hand, die AVE für Tarifverträge durch die Darlegung der Erfüllung der Regelbeispiele durchzusetzen.³⁸⁹

Sprechen demnach bei Vorliegen eines Regelbeispiels nach § 5 Abs. 1 S. 2 TVG bzw. § 5 Abs. 1a TVG keine zwingenden Belange gegen die Normerweiterung und sind auch die weiteren Voraussetzungen gegeben, ist in einem solchen Fall dem dargetanen konkretisierten öffentlichen Interesse Rechnung zu tragen und die AVE zu erteilen.³⁹⁰ Liegen die Voraussetzungen der AVE hingegen nicht vor, kann das BMAS sie auch nicht erteilen.³⁹¹

3. Abwägungsentscheidung

Ergibt die Prüfung des BMAS, dass ein öffentliches Interesse an der beantragten AVE besteht, hat es grundsätzlich noch zu prüfen, ob dieses Interesse in einer Abwägung mit konfligierenden Interessen überwiegt.³⁹² Zu berücksichtigen sind neben den Interessen der beteiligten Tarifvertragsparteien und den unmittelbar von der Tarifnormerweiterung betroffenen Außenseitern bzw. Andersgebundenen (im Fall von § 5 Abs. 1a TVG) auch betroffene Interessen der Allgemeinheit.³⁹³

Die Regelungssystematik von § 5 TVG n. F. hat jedoch insofern ein graduell abgestuftes Abwägungsprogramm des BMAS zur Folge: Liegt eines der Regelbeispiele vor, soll die AVE nach dem Willen des Gesetzgebers in aller Regel erteilt werden, sofern nicht gewichtige Gründe dagegen sprechen. Liegen die Voraussetzungen von § 5 Abs. 1 S. 2 bzw. § 5 Abs. 1a TVG hingegen nicht vor, muss das BMAS noch genauer abwägen, ob überhaupt ein öffentliches Interesse an der AVE gegeben ist. Zudem kann in der Abwägung des BMAS Berücksichtigung finden, ob ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt werden soll, der sich in der Vergangenheit bereits im Rahmen einer AVE bewährt hat.³⁹⁴ Diese Berücksichtigung kann zwar nicht in einer Form von materiellem Bestandsschutz erfolgen. Sofern es sich aber um Tarifverträge handelt, die sich in langer Tradition

³⁸⁷ BT-Drs. 18/1558, S. 48: Es müsse „insbesondere einzubeziehen sein“, wenn etwa die überwiegende Bedeutung eines Tarifvertrages i. S. v. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG vorliege.

³⁸⁸ Vgl. die Anfrage des Bundesrates, BT-Drs. 18/1558, S. 65 f.

³⁸⁹ Vgl. BT-Drs. 18/1558; S. 70; speziell zu § 5 Abs. 1a TVG *Strippelmann*, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 181 f.

³⁹⁰ Vgl. MüHdb-ArbR/*Löwisch/Rieble*, § 268 Rn. 75.

³⁹¹ Vgl. nur *Nielebock*, FS *Bepler* (2012), S. 181, 185.

³⁹² Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 48 f.; MüHdb-ArbR/*Löwisch/Rieble*, § 268 Rn. 77.

³⁹³ Vgl. NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 82 ff.; MüHdb-ArbR/*Löwisch/Rieble*, § 268 Rn. 78 ff.; *Wiedemann/Wank*, TVG, § 5 Rn. 184.

³⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 49.

positiv auf die Tarifsituation und die Arbeitsbedingungen ausgewirkt haben, ist die Behörde durchaus befugt, dies im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen.³⁹⁵

4. Umfang der Prüfung

Unsicherheiten herrschen auch darüber, wie umfangreich und vor allem auf welcher Tatsachengrundlage das BMAS das Vorliegen des öffentlichen Interesses zu prüfen hat.³⁹⁶

Anders als die Antragsteller, die nur auf begrenzte Ressourcen und Erkenntnisquellen für die Darlegung der Voraussetzungen zurückgreifen können,³⁹⁷ ist das BMAS verpflichtet, nicht nur die von den Antragstellern erhaltenen Informationen und Daten zu überprüfen,³⁹⁸ sondern auch sämtliches zum Stichtag der AVE-Erteilung,³⁹⁹ mit vertretbarem Aufwand⁴⁰⁰ verfügbare Datenmaterial auszuwerten und zu berücksichtigen.⁴⁰¹ Das beinhaltet neben allen öffentlich zugänglichen Quellen⁴⁰² auch den Rekurs auf behördeninterne und gegebenenfalls unter Inanspruchnahme von Amtshilfe erhältliche Informationen,⁴⁰³ um eine möglichst vollständige Informationsgrundlage für die Entscheidung zu schaffen. Zudem berief sich die Bundesregierung auf eine mit dem TASG erfolgte Änderung des Verdienststatistikgesetzes⁴⁰⁴ (VerdStatG), die es zukünftig ermögliche, im Rahmen von regelmäßigen statistischen Verdienststrukturerhebungen auch Daten über die vom Arbeitgeber „angewandte Vergütungsvereinbarung“ zu erfassen (§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VerdStatG).⁴⁰⁵ Dieser Rekurs auf das VerdStatG spricht dafür, dass eine „anderweitige Orientierung“ an den Tarifvertrag im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG nach Ansicht des Gesetzgebers bereits dann angenommen werden kann, sofern einzelne tarifliche Kernarbeitsbedingungen – insbesondere

³⁹⁵ Hinsichtlich des öffentlichen Interesses an sich bereits praktisch bewährter Tarifnormen vgl. BAG 28.3.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781, 782, m. w. N.

³⁹⁶ Vgl. die Anfrage des Bundesrates, BT-Drs. 18/1558, S. 65 f.; *Nielebock*, FS Bepler (2012), S. 181, 195.

³⁹⁷ Siehe 2. Teil B. I. 2.

³⁹⁸ Vgl. *Löwisch/Rieble*, TVG, § 5 Rn. 132.

³⁹⁹ VG Düsseldorf 16.11.2010 – 3 K 8653/08, ZTR 2011, 87.

⁴⁰⁰ Vgl. BAG 22.10.2003 – 10 AZR 13/03, AP § 1 TVG TV: Gebäudereinigung Nr. 16.

⁴⁰¹ NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 81.

⁴⁰² Etwa das jährliche IAB-Betriebspanel.

⁴⁰³ NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 81: Bundesagentur für Arbeit, Handwerkskammern, Zollbehörden und statistische Ämter.

⁴⁰⁴ BGBl. I S. 3291.

⁴⁰⁵ BT-Drs. 18/1558, S. 70.

das gezahlte Entgelt – Einzug in die fraglichen Arbeitsverhältnisse erhalten haben.

Zugleich ist zu konstatieren, dass das öffentliche Interesse ein objektiv nach wie vor nur schwer greifbares Kriterium darstellt. Das führt dazu, dass das BMAS auch unter größter Anstrengung nicht immer eine eindeutige Einschätzung wird abgeben können. Hieran hat sich auch durch die neu eingefügten Regelbeispiele mit insoweit ebenfalls ausfüllungsbedürftigen Begriffen nichts geändert. Aus diesen Gründen hat nicht nur die Rechtsprechung dem BMAS eine typisierende Betrachtungsweise zugestanden,⁴⁰⁶ sondern auch der Reformgesetzgeber ausdrücklich die Möglichkeit zugelassen, im Bedarfsfall eine sorgfältige Schätzung auf Grundlage des zur Verfügung stehenden Datenmaterials ausreichen zu lassen.⁴⁰⁷ Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber dem BMAS auch die Einschätzungsprärogative für den Fall zukommen lassen will, dass die Gebotenheit der Tarifnormerstreckung nach Auswertung aller Erkenntnisquellen zweifelhaft bleibt. Dann kann die Behörde die AVE gleichwohl aussprechen.⁴⁰⁸ An dieser Stelle tritt der dem BMAS eingeräumte Beurteilungsspielraum besonders deutlich hervor.

VII. Bekanntmachung im Bundesanzeiger

Konstitutiv für die Wirksamkeit der AVE (und ihrer Aufhebung) ist gemäß § 5 Abs. 7 S. 1 TVG die öffentliche Bekanntmachung im Bundesanzeiger.⁴⁰⁹ Durch das TASG hinzugekommen ist das Erfordernis nach § 5 Abs. 7 S. 2 TVG, wonach die Bekanntmachung nunmehr auch alle von der AVE erfassten Rechtsnormen des Tarifvertrages umfassen muss. Dadurch sollen alle Betroffenen unmittelbar feststellen können, ob und welche Rechtsnormen letztlich erstreckt worden sind, so dass die Transparenz des AVE-Verfahrens weiter verbessert worden ist.⁴¹⁰ Dieser Umstand spricht auch dafür, dass die Bekanntmachung die Angabe erfordert, auf welcher Grundlage – § 5 Abs. 1 oder § 5 Abs. 1a TVG – die AVE beruht. Anderenfalls wäre für Betroffene nicht unmittelbar ersichtlich, ob Tarifnormen nach § 5 Abs. 1a TVG mit der besonderen Wirkungsweise des § 5 Abs. 4 S. 2 TVG für allgemeinverbindlich erklärt worden sind.⁴¹¹

⁴⁰⁶ BVerfG 10.9.1991 – 1 BvR 561/89, NZA 1992, 125; so auch Däubler/Lakies, TVG, § 5 Rn. 112.

⁴⁰⁷ Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 156, m. w. N.

⁴⁰⁸ NK-ArbR/Forst, TVG, § 5 Rn. 81.

⁴⁰⁹ Die AVE (und ihre Aufhebung) „bedarf“ gemäß § 5 Abs. 7 S. 1 TVG der öffentlichen Bekanntmachung.

⁴¹⁰ BT-Drs. 18/1558, S. 50.

⁴¹¹ So auch Däubler/Lakies, TVG, § 5 Rn. 129.

C. Beendigung der AVE

Gleich geblieben ist dem Grunde nach die Beendigung der AVE. Gemäß § 5 Abs. 5 S. 3 TVG enden die Wirkungen der AVE grundsätzlich mit deren Ablauf. Spielbildlich zum Verfahren für die Erteilung kann das BMAS die Aufhebung der AVE gemäß § 5 Abs. 5 S. 1 TVG im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss aufheben, wenn die Aufhebung im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Damit kommt der Behörde auch hinsichtlich dieser Ermessensentscheidung ein weiter Beurteilungsspielraum zu.

Wichtigster praktischer Fall eines öffentlichen Interesses an der Aufhebung der AVE ist der Wegfall ihrer Voraussetzungen. Grundsätzlich davon umfasst sind sowohl die Konstellation, dass die AVE von Anfang an mangelbehaftet war, als auch der spätere Wegfall der Voraussetzungen aufgrund geänderter Umstände.⁴¹² Ein praktisch wichtiges Problem ist, welche Auswirkungen die nachträgliche Unwirksamkeit von Teilen des erstreckten Tarifvertrages auf die AVE hat. Eine Ansicht nimmt in diesem Fall stets die Nichtigkeit der AVE an.⁴¹³ Diese Sichtweise berücksichtigt jedoch nicht in ausreichendem Maße die Möglichkeit, auch nur einzelne Rechtsnormen eines Tarifvertrages für allgemeinverbindlich zu erklären. Differenzierende Lösungsansätze machen die Auswirkungen auf die AVE richtigerweise davon abhängig, inwieweit der erstreckte Tarifvertrag von der Unwirksamkeit betroffen ist.⁴¹⁴ Eindeutig ist dabei der Fall, dass der erstreckte Tarifvertrag insgesamt unwirksam ist, da in diesem Fall kein erstreckbarer Anknüpfungspunkt mehr für die AVE vorhanden ist. Sind nur Teile des Tarifvertrages unwirksam, sprechen gute Gründe dafür, auch nur eine insoweit reichende Teilnichtigkeit der AVE anzunehmen. Primär ist zu berücksichtigen, dass die geltungserhaltende Auslegung als Grundsatz des Tarifrechts anerkannt ist.⁴¹⁵ Etwas anderes muss nur dort gelten, wo die AVE der verbliebenen Tarifnormen inhaltlich keinen Sinn mehr machen würde.⁴¹⁶ Dieser Ansatz trägt der Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien am weitesten Rechnung und schützt zugleich die Betroffenen vor einer Erfassung durch unpraktikable und unangemessene Tarifnormen.

⁴¹² Auflistung einzelner Mängel bei NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 155 ff.; vgl. zur Aufhebung auch MüHdb-ArbR/*Löwisch/Rieble*, § 268 Rn. 86 ff.

⁴¹³ NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 157.

⁴¹⁴ MüHdb-ArbR/*Löwisch/Rieble*, § 268 Rn. 70, 92.

⁴¹⁵ Vgl. nur BAG 20.7.2000 – 6 AZR 347/99, NZA 2001, 559; Däubler/*Däubler*, TVG, Einleitung Rn. 626 ff.

⁴¹⁶ MüHdb-ArbR/*Löwisch/Rieble*, § 268 Rn. 92.

D. Prozessrechtliche Änderungen

Der Gesetzgeber ist mit der Einführung eines speziellen arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens zur Überprüfung der Wirksamkeit einer AVE⁴¹⁷ vielfachen Forderungen⁴¹⁸ nachgekommen. Jüngst sind bereits die ersten beiden Entscheidungen des BAG nach neuem Prozessrecht ergangen,⁴¹⁹ die belegen, dass die Änderungen zu einer Beschleunigung des Verfahrens geführt haben dürften.

Nach einer kurzen Skizzierung der prozessrechtlichen Situation, die vor Inkrafttreten des TASG bestand (I.) und einem Überblick über die mit der Neuregelung verfolgten Ziele (II.), soll schließlich auf die Einzelheiten des neuen arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG näher eingegangen werden (III.).

I. Prozessrechtliche Situation vor dem TASG

Die vor Inkrafttreten des TASG bestehende prozessuale Situation wurde vielfach als unzureichend wahrgenommen.⁴²⁰ Rechtsschutz im Zusammenhang mit der Frage der Wirksamkeit einer AVE wurde bis zum 14.8.2014 in verschiedenen Verfahren unterschiedlicher Gerichtsbarkeiten gewährt.⁴²¹ Einerseits wurde die Frage der (Un-)Wirksamkeit einer AVE gemäß § 40 Abs. 1 VwGO im verwaltungsgerichtlichen Feststellungsverfahren geklärt.⁴²² Dieses konnte von konkurrierenden Arbeitgeberverbänden⁴²³ und von durch die AVE einbezogenen Einzelarbeitgebern⁴²⁴ angestrengt werden.⁴²⁵ Daneben wurde die Wirksamkeit einer AVE in arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren inzident als Vorfrage für daraus resultierende Ansprüche geprüft.⁴²⁶ Allen früher möglichen Verfahren der unterschiedlichen Fachgerichtsbarkeiten im Hinblick auf die Überprüfung der

⁴¹⁷ Das Verfahren gemäß §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG dient daneben auch der Überprüfung einer Rechtsverordnung i. S. v. §§ 7, 7a AEntG sowie § 3a AÜG.

⁴¹⁸ *Düvell*, NZA-Beil. 2011, 80, 83; *Treber*, FS Bepler (2012), S. 557, 565 ff.; vgl. auch *Nielebock*, FS Bepler (2012), S. 181, 194.

⁴¹⁹ BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, 10 ABR 48/15, PM 50/16 und 51/16.

⁴²⁰ *Maul-Sartori*, NZA 2014, 1305, 1306; *Bader*, NZA 2015, 644 spricht von „gravierenden Schwächen“.

⁴²¹ *Maul-Sartori*, NZA 2014, 1305, 1306; vgl. auch *Nielebock*, FS Bepler (2012), 181, 194 f.

⁴²² Vgl. *Tiedemann*, ArbRB 2014, 385.

⁴²³ BVerwG 28.1.2010 – 8 C 38.09, NZA 2010, 1137.

⁴²⁴ BVerwG 28.1.2010 – 8 C 19.09, NZA 2010, 718; VG Düsseldorf 16.11.2010 – 3 K 8653/08, ZTR 2011, 87; a. A. *Wiedemann/Wank*, TVG, § 5 Rn. 180.

⁴²⁵ *Maul-Sartori*, NZA 2014, 1305, 1306.

⁴²⁶ Prominentes Beispiel etwa BAG 25.6.2002 – 9 AZR 439/01, AP AEntG § 1 Nr. 15.

AVE war gemeinsam, dass über ihre Wirksamkeit lediglich als Vorfrage des jeweiligen Rechtsstreits entschieden wurde⁴²⁷ und sie Rechtskraft lediglich *inter partes* entfalteten.⁴²⁸ Demgegenüber blieb die AVE in materieller Hinsicht von der gerichtlichen Entscheidung stets unberührt.⁴²⁹

II. Ziele der Änderungen

Diese Umstände und Kritikpunkte haben den Gesetzgeber ersichtlich zu der Reform des die Überprüfung der AVE betreffenden Rechtsschutzes motiviert.

Mit der Festlegung der ausschließlichen Zuständigkeit der sachnäheren Arbeitsgerichte⁴³⁰ für die Überprüfung einer AVE solle ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit hergestellt werden.⁴³¹ Das einheitliche Verfahren, dessen Entscheidung für und gegen jedermann gilt und das auf lediglich zwei Instanzen beschränkt ist, ist zudem prozessökonomischer⁴³² und führt zu einer zügigeren Entscheidung.⁴³³ Für diese Zwecke ist das Beschlussverfahren aufgrund seiner Verfahrensgrundsätze, insbesondere der Pflicht zur Amtsermittlung, besonders geeignet.⁴³⁴ Um in dieser Frage besonders schnell Rechtssicherheit zu erlangen und divergierende Entscheidungen zu verhindern, hat der Gesetzgeber bezüglich §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG auf eine Übergangsregelung verzichtet.⁴³⁵ Die Folge ist, dass auch Verfahren, die bereits vor Inkrafttreten des TASG anhängig waren, unter das neue Prozessrecht fallen.⁴³⁶ Diesen Standpunkt vertritt auch die Rechtsprechung, die unmittelbar nach Inkrafttreten des TASG § 98 ArbGG anwandte.⁴³⁷

III. Erläuterung zu §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG

§ 2a Abs. 1 Nr. 5 ArbGG lautet wie folgt:

(1) Die Gerichte für Arbeitssachen sind ferner ausschließlich zuständig für (...)

⁴²⁷ Wiedemann/Wank, TVG, § 5 Rn. 180 f.

⁴²⁸ Vgl. Bader, NZA 2015, 644.

⁴²⁹ Treber, FS Beppler (2012), S. 557, 564.

⁴³⁰ BT-Drs. 18/1558, S. 44.

⁴³¹ BT-Drs. 18/1558, S. 26.

⁴³² BT-Drs. 18/1558, S. 29.

⁴³³ BT-Drs. 18/1558, S. 29.

⁴³⁴ BT-Drs. 18/1558, S. 44.

⁴³⁵ Anders als gemäß § 112 ArbGG für das Verfahren nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 4, 97 ArbGG.

⁴³⁶ BT-Drs. 18/1558, S. 46; vgl. auch NK-ArbR/Ulrici, ArbGG, § 98 Rn. 3.

⁴³⁷ Vgl. BAG 10.9.2014 – 10 AZR 958/13, BeckRS 2014, 73689; BAG 7.1.2015 – 10 AZB 109/14, NZA 2015, 237, 238; LAG Berlin-Brandenburg 17.4.2015 – 2 BVL 5001/14, 2 BVL 5002/14, juris, Rn. 57 ff.

5. die Entscheidung über die Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 des Tarifiertragsgesetzes, einer Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7a des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und einer Rechtsverordnung nach § 3a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes; (...).

§ 98 ArbGG lautet wie folgt:

(1) In den Fällen des § 2a Absatz 1 Nummer 5 wird das Verfahren eingeleitet auf Antrag

1. jeder natürlichen oder juristischen Person oder
2. einer Gewerkschaft oder einer Vereinigung von Arbeitgebern, die nach Bekanntmachung der Allgemeinverbindlicherklärung oder der Rechtsverordnung geltend macht, durch die Allgemeinverbindlicherklärung oder die Rechtsverordnung oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden.

(2) Für Verfahren nach § 2a Absatz 1 Nummer 5 ist das Landesarbeitsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Behörde ihren Sitz hat, die den Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt hat oder die Rechtsverordnung erlassen hat.

(3) Für das Verfahren sind § 80 Absatz 1, 2 Satz 1 und Absatz 3, §§ 81, 83 Absatz 1 und 2 bis 4, §§ 83a, 84 Satz 1 und 2, § 90 Absatz 3, § 91 Absatz 2 und §§ 92 bis 96 entsprechend anzuwenden. Für die Vertretung der Beteiligten gilt § 11 Absatz 4 und 5 entsprechend. In dem Verfahren ist die Behörde, die den Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt hat oder die Rechtsverordnung erlassen hat, Beteiligte.

(4) Der rechtskräftige Beschluss über die Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung oder einer Rechtsverordnung wirkt für und gegen jedermann. Rechtskräftige Beschlüsse von Gerichten für Arbeitssachen im Verfahren nach § 2a Absatz 1 Nummer 5 sind alsbald der obersten Arbeitsbehörde des Bundes in vollständiger Form abschriftlich zu übersenden oder elektronisch zu übermitteln. Soweit eine Allgemeinverbindlicherklärung oder eine Rechtsverordnung rechtskräftig als wirksam oder unwirksam festgestellt wird, ist die Entscheidungsformel durch die oberste Arbeitsbehörde des Bundes im Bundesanzeiger bekannt zu machen.

(5) In den Fällen des § 2a Absatz 1 Nummer 5 findet eine Wiederaufnahme des Verfahrens auch dann statt, wenn die Entscheidung über die Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung oder einer Rechtsverordnung darauf beruht, dass ein Beteiligter absichtlich unrichtige Angaben oder Aussagen gemacht hat. § 581 der Zivilprozessordnung findet keine Anwendung.

(6) Hängt die Entscheidung eines Rechtsstreits davon ab, ob eine Allgemeinverbindlicherklärung oder eine Rechtsverordnung wirksam ist, so hat das Gericht das Verfahren bis zur Erledigung des Beschlussverfahrens nach § 2a Absatz 1 Nummer 5 auszusetzen. Im Falle des Satzes 1 sind die Parteien des Rechtsstreits auch im Beschlussverfahren nach § 2a Absatz 1 Nummer 5 antragsberechtigt.

Die Bündelung der gerichtlichen Überprüfung von AVE bei der Arbeitsgerichtsbarkeit wurde bereits im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens begrüßt,⁴³⁸ da sie schnell zu Klarheit führe, gerichtliche Divergenzen vermeide sowie die Ressourcen der Gerichte schone.⁴³⁹ Dass die Änderungen des Prozessrechts auch in praktischer Hinsicht zu funktionieren scheinen, wird anhand der ersten BAG-Entscheidungen illustriert, die nach neuem Prozessrecht ergangen sind.⁴⁴⁰

Leider hat es der Gesetzgeber versäumt, die Zuständigkeit im Zusammenhang mit einer AVE umfassend der Arbeitsgerichtsbarkeit zuzuweisen.⁴⁴¹ Insoweit sind nur Fragen, die mit der (Un-)Wirksamkeit einer AVE zusammenhängen, Gegenstand von §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG. Der praktisch relevante Fall einer gerichtlichen Überprüfung einer Ablehnung der beantragten AVE ist damit nach wie vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugeordnet.⁴⁴² Auch Rechtsverordnungen gemäß § 11 AEntG und § 11 MiLoG fallen nicht unter den Anwendungsbe-
reich von § 98 ArbGG.⁴⁴³ Ob es sich dabei um ein Versehen des Gesetzgebers handelt, oder – was der klare Wortlaut der Regelungen nahelegt – um eine bewusste Entscheidung, kann im Nachhinein nicht abschließend beurteilt werden. Festzustellen bleibt insoweit nur, dass die Rechtswegkonzentration zu der Arbeitsgerichtsbarkeit einen wichtigen Aspekt des Rechtsschutzes im Zusammenhang mit der AVE nicht umfasst.

Im Folgenden sollen die Neuerungen näher erläutert werden.

1. Antragsbefugnis, § 98 Abs. 1 ArbGG

Absatz 1 regelt die Antragsbefugnis für das Verfahren nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG. Eine Entscheidung über die (Un-)Wirksamkeit der AVE eines Tarifvertrags kann von jeder natürlichen oder juristischen Person (Nr. 1) sowie einer Gewerkschaft oder Vereinigung von Arbeitgebern (Nr. 2) beantragt werden, die nach Bekanntmachung der AVE geltend macht, durch die AVE oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu

⁴³⁸ DGB-Bundesvorstand, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 38.

⁴³⁹ *Düwell*, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 74; vgl auch DGB-Bundesvorstand, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 38.

⁴⁴⁰ BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, 10 ABR 48/15, PM 50/16 und 51/16.

⁴⁴¹ Ebenfalls kritisch *Forst*, RdA 2015, 25, 34; BeckOK-ArbR/*Poeche*, ArbGG, § 98 Rn. 2; NK-ArbR/*Ullrich*, ArbGG, § 98 Rn. 1.

⁴⁴² NK-ArbR/*Ullrich*, ArbGG, § 98 Rn. 1.

⁴⁴³ BT-Drs. 18/1558, S. 44.

werden. Als Antragsteller kommt auch eine Spitzenorganisation i. S. d. § 2 Abs. 3 TVG in Betracht.⁴⁴⁴

Das Tatbestandsmerkmal „in absehbarer Zeit“ ist § 47 Abs. 2 VwGO entlehnt⁴⁴⁵ und wird mithin großzügig gehandhabt.⁴⁴⁶ Dieses auf zukünftig eintretende Beeinträchtigungen abstellende Merkmal wird als eine Kombination aus Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit als auch an die zeitliche Nähe eines etwaigen Beeinträchtigungseintritts verstanden.⁴⁴⁷ Erforderlich ist danach eine nach dem Inhalt der Norm hinreichend wahrscheinliche Interessenbeeinträchtigung.⁴⁴⁸ Der Antrag ist grundsätzlich nur dann unzulässig, wenn der Antragsteller noch nicht in greifbarer Weise beschwert ist bzw. die Beschwer noch unter Bedingungen steht, deren Eintritt nicht voraussehbar ist.⁴⁴⁹ Damit reicht für die Antragsbefugnis im Sinne von § 98 Abs. 1 ArbGG die Möglichkeit einer Rechtsverletzung.⁴⁵⁰

In praktischer Hinsicht ist zu fragen, ob die Tarifvertragsparteien des verfahrensgegenständlichen Tarifvertrages nicht auch originär antragsbefugt in einem die AVE dieses Tarifvertrages betreffenden Verfahren gemäß § 98 ArbGG sein müssen. Absatz 1 enthält nur ausdrückliche Angaben darüber, wer das Verfahren einleiten kann. Ein Argument für eine solche Antragsbefugnis der Tarifvertragsparteien kann in der Regelung des § 98 Abs. 6 S. 2 ArbGG gesehen werden, wonach die Parteien eines Rechtsstreits, das bis zur Erledigung des Beschlussverfahrens nach § 2a Abs. 1 Nr. 5 ArbGG gemäß Abs. 6 S. 1 ausgesetzt werden muss, antragsberechtigt sind. Die Tarifvertragsparteien können dabei in der Sache als die „Beklagten“ eines Verfahrens angesehen werden, das die Wirksamkeit der von ihnen beantragten AVE ihres Tarifvertrages überprüft. Zudem entspricht es dem gesetzgeberischen Willen, möglichst schnell und prozessökonomisch die (Un-)Wirksamkeit der AVE festzustellen, wenn die in diesem Zusammenhang maßgeblichen Beteiligten, also die Tarifvertragsparteien des in Rede stehenden Tarifvertrags, unmittelbar am Verfahren beteiligt werden und ihnen eine originäre Antragsbefugnis eingeräumt wird. Damit lassen sich durchaus Argumente für eine solche Antragsbefugnis der Tarifvertragsparteien im Rahmen eines Verfahrens nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG finden.

⁴⁴⁴ NK-ArbR/*Ulrici*, ArbGG, § 98 Rn. 5.

⁴⁴⁵ BT-Drs. 18/1558, S. 45.

⁴⁴⁶ Vgl. Schoch/Schneider/*Bier/Bier/Gerhardt*, VwGO (29. EL Oktober 2015), § 47 Rn. 48.

⁴⁴⁷ Sodan/*Ziekow/Ziekow*, VwGO (4. Aufl. 2014), § 47 Rn. 180.

⁴⁴⁸ BVerwG 3.11.1993 – 7 NB 3.93, DVBl 1994, 217, 218.

⁴⁴⁹ Vgl. nur OVG Schleswig-Holstein 20.12.1994 – 2 K 4/94, NVwZ-RR, 1995, 690; Schoch/Schneider/*Bier/Bier/Gerhardt*, VwGO (29. EL Oktober 2015), § 47 Rn. 48.

⁴⁵⁰ *Bader*, NZA 2015, 644, 645; NK-ArbR/*Ulrici*, ArbGG, § 98 Rn. 5.

2. Zuständigkeit, § 98 Abs. 2 ArbGG

Gemäß § 98 Abs. 2 ArbGG ist das Landesarbeitsgericht für das Verfahren zuständig, in dessen Bezirk die Behörde ihren Sitz hat, die den Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt hat, was dem Rechtsgedanken von § 17 Abs. 2 ZPO und § 52 Nr. 2 VwGO entspricht. Abweichend von § 8 Abs. 1 ArbGG ist für Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5 ArbGG das LAG als erste Instanz vorgesehen. Dies soll der Verfahrensbeschleunigung und der Ermöglichung schnellerer Rechtssicherheit dienen.⁴⁵¹ Hintergrund dieser Rechtswegkonzentration ist nach dem Willen des Gesetzgebers die zentrale, einheitliche, abschließende und für und gegen jedermann geltende Klärung dieser Frage durch die besonders sachnahen Arbeitsgerichte.⁴⁵² Die Beschränkung auf eine Tatsacheninstanz führt zu einem beschleunigten Verfahren und mithin zu früherer Rechtssicherheit aller Beteiligten.

Der verkürzte Instanzenzug ist aber auch Gegenstand von Kritik. Notwendig in diesem Zusammenhang sei eine ausführliche tatsächliche Aufbereitung, die auch von zwei Tatsacheninstanzen vorgenommen werden solle.⁴⁵³ Die zu erzielende Verfahrensbeschleunigung solle vielmehr durch eine Einbeziehung in den arbeitsgerichtlichen Beschleunigungsgrundsatz, den Verzicht auf eine Güteverhandlung sowie strenge Regeln und enge Fristen zum Tatsachenvortrag gewährleistet werden.⁴⁵⁴ Demgegenüber sprechen nach der hier vertretenen Auffassung gute Argumente für eine Begrenzung auf zwei Instanzen. Zunächst zu berücksichtigen ist, dass die zum Teil erhebliche Dauer der gerichtlichen Verfahren einen die Tarifautonomie schwächenden Schwebezustand zur Folge hat. Damit besteht ein legitimes Interesse daran, diese Beeinträchtigung so weit wie möglich zu begrenzen. Die geforderte und auch erforderliche ausführliche tatsächliche Aufbereitung des Sachverhalts ist wegen des nach § 83 Abs. 1 ArbGG geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes auch im Rahmen von einer Tatsacheninstanz vor den Landesarbeitsgerichten sichergestellt. Damit ist die Konzentration des Verfahrens auf eine Tatsachen- und eine Revisionsinstanz sachgerecht, um dem Bedürfnis nach schneller Rechtssicherheit und Prozessökonomie Rechnung zu tragen.⁴⁵⁵

⁴⁵¹ BT-Drs. 18/1558, S. 45.

⁴⁵² BT-Drs. 18/1558, S. 29.

⁴⁵³ DBB, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 123.

⁴⁵⁴ DGB-Bundesvorstand, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 38.

⁴⁵⁵ Vgl. *Beppler/Hanau*, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 146, zum Verfahren nach § 97 ArbGG, wobei sie diese Erwägungen ausdrücklich auch auf das Verfahren nach § 98 ArbGG erstrecken.

3. § 98 Abs. 3 ArbGG

Gemäß § 98 Abs. 3 S. 1 ArbGG finden die allgemeinen Vorschriften des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens (konkret § 80 Abs. 1, 2 S. 1 und Abs. 3, §§ 81, 83 Abs. 1 und 2 bis 4, §§ 83a, 84 S. 1 und 2, § 90 Abs. 3, § 91 Abs. 2 und §§ 92 bis 96 ArbGG) im Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5 ArbGG entsprechende Anwendung.⁴⁵⁶ Für die prozessuale Vertretung der Beteiligten wird gemäß § 98 Abs. 3 S. 2 ArbGG entsprechend § 11 Abs. 4 und 5 ArbGG grundsätzlich ein Anwaltszwang postuliert. Wer Beteiligter des Verfahrens ist, ergibt sich gemäß § 83 Abs. 3 aus den allgemeinen Regeln.⁴⁵⁷ Dazu zählen neben den tarifschließenden Parteien⁴⁵⁸ auch die gemeinsame Einrichtung selbst in entsprechender Anwendung von § 83 Abs. 3 ArbGG i. V. m. § 98 Abs. 3 S. 1 ArbGG.⁴⁵⁹ Zudem stellt § 98 Abs. 3 S. 3 ArbGG klar, dass die die AVE des Tarifvertrages erklärende Behörde Beteiligte des Verfahrens ist.⁴⁶⁰

4. § 98 Abs. 4 ArbGG

a. Inhalt

§ 98 Abs. 4 ArbGG ist gleich in mehrfacher Hinsicht von großer Bedeutung. Zunächst hervorzuheben ist Satz 1, der – abweichend von § 325 Abs. 1 ZPO⁴⁶¹ – eine *erga omnes* Wirkung des rechtskräftigen Beschlusses über die Wirksamkeit einer AVE statuiert („wirkt für und gegen jedermann“). Zudem müssen dem BMAS alsbald die rechtskräftigen Beschlüsse in vollständiger Form abschriftlich übersendet oder elektronisch übermittelt werden (§ 98 Abs. 4 S. 2 ArbGG).

Schließlich trägt § 98 Abs. 4 S. 3 ArbGG einer erhöhten Transparenz des AVE-Verfahrens Rechnung, indem die Entscheidungsformel des Gerichts durch das BMAS im Bundesanzeiger bekannt gemacht werden muss, soweit die (Un-)Wirksamkeit einer AVE rechtskräftig festgestellt worden ist. Dadurch soll eine erhöhte Rechtssicherheit für die Betroffenen erreicht werden.⁴⁶² Die Bekanntmachung der rechtskräftigen Feststellung der (Un-)Wirksamkeit der AVE ist insbesondere vor

⁴⁵⁶ Die Ausnahmen ergeben sich aus der Eigenart des Streitgegenstandes bzw. des Verfahrens vor dem LAG, vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 44.

⁴⁵⁷ NK-ArbR/*Ulrici*, ArbGG, § 98 Rn. 6.

⁴⁵⁸ Zuletzt LAG Berlin-Brandenburg, 21.7.2016 – 14 BVL 5007/15 u. a., juris, Rn. 63, m.w.N.; *Maul-Sartori*, NZA 2014, 1305, 1309; a. A. ErfK/*Koch*, ArbGG, § 98 Rn. 5.

⁴⁵⁹ So auch LAG Berlin-Brandenburg 21.7.2016 – 14 BVL 5007/15 u. a., juris, Rn. 64, m.w.N.

⁴⁶⁰ BT-Drs. 18/1558, S. 45.

⁴⁶¹ § 325 Abs. 1 ZPO gilt grundsätzlich auch im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren, Nachweise bei *Maul-Sartori*, NZA 2014, 1305, 1306, Fn. 27.

⁴⁶² BT-Drs. 18/1558, S. 45.

dem Hintergrund der möglichen Pflicht zur Aussetzung eines Hauptsacheverfahrens gemäß § 98 Abs. 6 ArbGG von Bedeutung. Sobald das zuständige Arbeitsgericht nach § 2a Abs. 1 Nr. 5 ArbGG rechtskräftig über eine AVE entschieden hat, besteht kein Bedürfnis mehr nach einer Aussetzung in anderen Rechtsachen im Sinne des § 98 Abs. 6 ArbGG bzw. bereits ausgesetzte Verfahren können zeitnah fortgesetzt werden.⁴⁶³

Die durch § 98 Abs. 4 S. 1 ArbGG statuierte *erga omnes* Wirkung ist nicht etwa systemfremd, sondern stellt eine konsequente Fortentwicklung des Rechtsschutzes vor dem Hintergrund des erheblichen Bedürfnisses der Praxis nach Rechts- und Planungssicherheit dar.⁴⁶⁴ Insoweit ähnelt das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren schon bisher in mehreren Punkten dem Verwaltungsgerichtsprozess.⁴⁶⁵ Zudem wird die Wirkungsweise der Bedeutung des Verfahrens nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG gerecht, die über den Kreis der unmittelbaren Verfahrensbeteiligten hinausreicht.⁴⁶⁶ Die *erga omnes* Wirkung und die Bekanntmachung des Beschlusses im Bundesanzeiger haben in praktischer Hinsicht zur Folge, dass das Gericht bei der Tenorierung eines Antrags nach § 98 Abs. 1 ArbGG stets auch eine konkrete inhaltliche Aussage über die (Un-)Wirksamkeit der AVE treffen muss.⁴⁶⁷

b. Umfang der gerichtlichen Überprüfung

Zu erörtern ist, welchen Umfang die gerichtliche Überprüfung im Rahmen eines Verfahrens nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG haben muss. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber mit dem geschaffenen Verfahren eine „besondere Richtigkeitsgewähr“ für die gerichtliche Feststellung der (Un-)Wirksamkeit einer AVE bezwecken will, weshalb das Beschlussverfahren mit *erga omnes* Wirkung ausgewählt worden sei.⁴⁶⁸ Dies spricht entscheidend dafür, dass die Prüfung im Rahmen eines Verfahrens nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG von Amts wegen unter allen möglichen Gesichtspunkten zu erfolgen hat.⁴⁶⁹ Insoweit hat der Ermessens- und Beurteilungsspielraum des BMAS bei der

⁴⁶³ BT-Drs. 18/1558, S. 45 f.

⁴⁶⁴ Vgl. *Düwell*, NZA-Beil. 2011, 80, 83, der eine Parallele zu § 9 TVG sowie § 2a Abs. 1 Nr. 4, 97 Abs. 1 ArbGG zieht.

⁴⁶⁵ Vgl. *Bepler/Hanau*, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 147.

⁴⁶⁶ BT-Drs. 18/1558, S. 45; so auch *Treber*, FS *Bepler* (2012), S. 557, 566.

⁴⁶⁷ *Düwell*, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 75; *Bepler/Hanau*, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 147; ein positives Beispiel ist etwa der Tenor des Beschlusses des LAG Berlin-Brandenburg 17.4.2015 – 2 BVL 5001/14, 2 BVL 5002/14, juris, der neben dem Namen der streitgegenständlichen Tarifverträge auch die Bezeichnung der AVE im Bundesanzeiger enthält.

⁴⁶⁸ BT-Drs. 18/1558, S. 45.

⁴⁶⁹ So etwa *Bepler/Hanau*, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 147.

Entscheidung über die AVE – anders als bei sonstigen Verfahren⁴⁷⁰ – aufgrund der Richtigkeitsgewähr dieses speziellen Verfahrens hier zurückzutreten.⁴⁷¹ Kein Gegenstand des Verfahrens ist die Überprüfung der Tarifzuständigkeit und Tarifmacht der Tarifvertragsparteien, die dem spezielleren Verfahren nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 4, 97 ArbGG zugeordnet sind.⁴⁷²

5. § 98 Abs. 5 ArbGG

Absatz 5 folgt dem Vorbild nach § 97 Abs. 4 ArbGG und erleichtert den Anwendungsbereich einer möglichen Wiederaufnahme des Verfahrens nach Maßgabe von § 98 Abs. 3, § 80 Abs. 2, § 79 i. V. m. den §§ 578 ff. ZPO.⁴⁷³ Diese findet nunmehr auch dann statt, wenn die Entscheidung über die Wirksamkeit einer AVE darauf beruht, „dass ein Beteiligter absichtlich unrichtige Angaben oder Aussagen gemacht habe“ (§ 98 Abs. 5 S. 1 ArbGG). § 581 ZPO⁴⁷⁴ findet gemäß § 98 Abs. 5 S. 2 ArbGG keine Anwendung. Absatz 5 trägt damit der Tatsache Rechnung, dass die arbeitsgerichtliche Entscheidung über die (Un-)Wirksamkeit der Erteilung einer AVE nicht unerheblich von der Richtigkeit der Aussagen der etwaig Beteiligten abhängt. Daher dient Absatz 5 dem rechtsstaatlichen Bedürfnis, eine Entscheidung, die sich *ex post* als nachweislich falsch (weil auf falscher Tatsachengrundlage ergangen) herausstellt, noch einmal revidieren zu können. Auch durch die erleichterte Wiederaufnahmemöglichkeit wird eine erhöhte Richtigkeitsgewähr erreicht.⁴⁷⁵

Zugleich ist zu betonen, dass die rechtskräftige Feststellung der Unwirksamkeit einer AVE nicht der Möglichkeit einer erneuten Erstreckung desselben Tarifvertrags entgegensteht.⁴⁷⁶ Zudem ist die Wirkung von § 98 Abs. 5 ArbGG ausgehend vom klaren Wortlaut („In den Fällen des § 2a Abs. 1 Nr. 5“) auf das neue Beschlussverfahren begrenzt, so dass dadurch kein Wiederaufnahmegrund für

⁴⁷⁰ Dazu sogleich unter 2. Teil D. III. 6.

⁴⁷¹ A. A. HWK/Treber, ArbGG, § 98 Rn. 4, der hinsichtlich des Vorliegens des öffentlichen Interesses nur eine eingeschränkte gerichtliche Kontrolle aufgrund des behördlichen Beurteilungsspielraums annimmt.

⁴⁷² Vgl. Treber, FS Bepler (2012), S. 557, 565.

⁴⁷³ BT-Drs. 18/1558, S. 46.

⁴⁷⁴ § 581 ZPO beschränkt die Zulässigkeit der Restitutionsklage auf Fälle, bei denen der vor Gericht falsch Aussagende diesbezüglich rechtskräftig verurteilt worden ist bzw. das etwaige Strafverfahren aus anderen Gründen (als wegen des Mangels an Beweisen) nicht erfolgen kann.

⁴⁷⁵ Vgl. zu der im Rahmen von § 97 ArbGG ebenfalls erleichterten Wiederaufnahmemöglichkeit Schwab/Weth/Walker, ArbGG, § 97 Rn. 2.

⁴⁷⁶ NK-ArbR/Ulrici, ArbGG, § 98 Rn. 11.

andere bereits rechtskräftig abgeschlossene Verfahren begründet wird, auch soweit die dort getroffene Entscheidung auf der (Un-)Wirksamkeit des Erstreckungsaktes beruht.⁴⁷⁷

6. § 98 Abs. 6 ArbGG

Schließlich statuiert § 98 Abs. 6 S. 1 ArbGG die Pflicht für das Gericht eines Rechtsstreits, dessen Ausgang entscheidungserheblich⁴⁷⁸ von der (Un-)Wirksamkeit einer AVE abhängt, dieses Verfahren bis zur Erledigung des Beschlussverfahrens nach § 2a Abs. 1 Nr. 5 ArbGG auszusetzen. Diese Verpflichtung trifft die Gerichte aller Rechtswege und aller Instanzen gleichermaßen.⁴⁷⁹ Klarstellend hat der Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass die Aussetzungspflicht nicht die Anhängigkeit des Rechtsstreits bei dem aussetzenden Gericht des jeweiligen Rechtswegs berühre.⁴⁸⁰ Die Parteien des ausgesetzten Verfahrens sind gemäß § 98 Abs. 6 S. 2 ArbGG auch im korrelierenden Beschlussverfahren über die Wirksamkeit der AVE antragsberechtigt, wobei sich die Antragsbefugnis ausschließlich im Rahmen des Aussetzungsbeschlusses bewegt.⁴⁸¹

Eine aus praktischer Sicht erörterungsbedürftige Frage ist, wann ein Gericht zur Aussetzung des Verfahrens nach Abs. 6 verpflichtet ist. In diesem Zusammenhang hervorzuheben ist der der zuständigen Behörde unverändert eingeräumte Ermessens- und Beurteilungsspielraum im Hinblick auf das öffentliche Interesse an der AVE.⁴⁸² Aus diesem leitete die Rechtsprechung, die bereits nach alter Rechtslage bei Entscheidungserheblichkeit die Wirksamkeit der AVE von Amts wegen überprüfte,⁴⁸³ eine nur eingeschränkte Überprüfbarkeit der behördlichen Entscheidung ab. Instrukтив hieß es in einer Entscheidung des BAG:⁴⁸⁴ „Eine gerichtliche Überprüfung der behördlichen Entscheidung kommt nur insoweit in Betracht,

⁴⁷⁷ NK-ArbR/Ulrici, ArbGG, § 98 Rn. 11; so wohl auch BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, 10 ABR 48/15, PM 50 und 51/16: „Rechtskräftig abgeschlossene Klageverfahren über Beitragsansprüche werden von der Feststellung der Unwirksamkeit jedoch nicht berührt; eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 580 ZPO ist insoweit nicht möglich“.

⁴⁷⁸ Tatsächlich und nicht nur mögliche Entscheidungserheblichkeit; zu § 97 ArbGG vgl. BAG 28.1.2008 – 3 AZB 30/07, NZA 2008, 489.

⁴⁷⁹ BT-Drs. 18/1558, S. 46.

⁴⁸⁰ BT-Drs. 18/1558, S. 46.

⁴⁸¹ Vgl. zu § 97 ArbGG, BAG 17.4.2012, NZA 2012, 1104; ErfK/Koch, ArbGG, § 97 Rn. 2. Wegen der Ähnlichkeiten zwischen § 97 und § 98 ArbGG sind die Erwägungen übertragbar.

⁴⁸² Vgl. 2. Teil B. VI. 1.

⁴⁸³ Vgl. BAG 25.6.2002 – 9 AZR 405/00, BAGE 101, 375; zuletzt auch BAG 7.1.2015 – 10 AZB 109/14, NZA 2015, 237, Rn. 18.

⁴⁸⁴ BAG 28.3.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781.

als der Behörde wesentliche Fehler vorzuwerfen sind. (...). Bereits im Urteil vom 12. Oktober 1988 (– 4 AZR 244/88 –, nicht veröffentlicht; vgl. auch Urteil vom 15. Februar 1989 – 4 AZR 499/88, nicht veröffentlicht) hat der Senat hervorgehoben, dass ‚ein außerordentlich weiter Beurteilungsspielraum der staatlichen Behörden‘ bei der Prüfung des öffentlichen Interesses besteht. Wenn die getroffene Entscheidung in Anbetracht des Zwecks der Ermächtigung in § 5 TVG und der hiernach zu berücksichtigenden öffentlichen und privaten Interessen schlechterdings unvertretbar und unverhältnismäßig ist, wäre das ein Fall der Überschreitung des Ermessensspielraums. Dementsprechend räumt auch das Bundesverfassungsgericht der zuständigen Behörde bei der Entscheidung der AVE ausdrücklich ein „eigenes pflichtgemäßes Ermessen“ ein (BVerfG AP Nr. 15 zu § 5 TVG). Da das öffentliche Interesse nur geboten erscheinen muss, ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut, dass die Anwendung dieses Begriffes nur in beschränktem Umfang gerichtlich überprüfbar ist. Hinzu kommt, dass jeder AVE ein Verfahren vorausgeht, in dem die Betroffenen gehört werden und in dem ein eigener Tarifausschuss der AVE im Voraus zustimmen muss. Diese verfahrensmäßige Absicherung der Interessenabwägung ist ein ausreichender Schutz, um dem für die AVE zuständigen Minister einen entsprechenden Beurteilungsspielraum einzuräumen, der eine noch weitergehende gerichtliche Kontrolle nicht mehr notwendig macht (Wiedemann, RdA 1987, 262, 267; Hagemeyer/Kempen/Zachert, Zilius, TVG, 2. Aufl., § 5 Rn. 29).“

Das diesen Ausführungen zugrunde liegende Fundament, der behördliche Beurteilungsspielraum hinsichtlich des öffentlichen Interesses, hat sich auch nach neuer Rechtslage nicht verschoben. Zudem ist die vom BAG angesprochene Verfahrensabsicherung durch das TASG in Form von größerer Transparenz und intensiverer Involvierung der Beteiligten noch weiter verbessert worden. Vor diesem Hintergrund sprechen überzeugende Gründe dafür, dass weiterhin der erste Anschein für die Rechtmäßigkeit einer erteilten AVE spricht. Um Missbrauchsgefahren⁴⁸⁵ zu reduzieren und Verzögerungstaktiken⁴⁸⁶ zu unterbinden, ist eine Vorlagepflicht im Sinne des § 98 Abs. 6 S. 1 ArbGG mithin erst dann anzunehmen, wenn das Gericht ernsthafte Zweifel an der Wirksamkeit der AVE hat und der Ausgang des Rechtsstreits ausschließlich von dieser Frage abhängt.⁴⁸⁷ In diesem Zusammenhang hat das BAG bereits entschieden, dass keine Vorlagepflicht bestehe, wenn ein von den Parteien eingelegtes Rechtsmittel unzulässig und dem Rechtsmittelgericht eine Sachprüfung bereits aus diesem Grund verwehrt

⁴⁸⁵ Vgl. Düwvll, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 75; Bepler/Hanau, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 147.

⁴⁸⁶ Vgl. DGB-Bundesvorstand, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 38.

⁴⁸⁷ BAG 17.2.2016 – 10 AZR 600/14, NZA 2016, 782, Rn. 12; BAG 7.1.2015 – 10 AZB 109/14, NZA 2015, 759, Rn. 18 ff.; ErfK/Koch, ArbGG, § 98 Rn. 7; HWK/Treber, ArbGG, § 98 Rn. 10; vgl. auch Bepler/Hanau, Ausschussdrucks. 18(11)148, S. 75.

ist.⁴⁸⁸ In diesem Fall hängt die Entscheidung eines Rechtsstreits richtigerweise nicht im Sinne des § 98 Abs. 6 S. 1 ArbGG davon ab, ob die AVE wirksam ist oder nicht.

Durch das neue Beschlussverfahren des § 98 ArbGG haben sich die Anforderungen an die Zulässigkeit einer Revision nicht verändert. Insoweit gelten die entsprechenden Vorschriften aus ArbGG und ZPO unverändert weiter.⁴⁸⁹

7. Verfahren bei zwischen § 5 Abs. 1 und Abs. 1a TVG aufgeteilter AVE

Da es nach hier vertretener Ansicht bei Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen zu einer Aufteilung der AVE der Tarifnormen zwischen § 5 Abs. 1 und Abs. 1a TVG kommen kann,⁴⁹⁰ ist die Bewältigung dieser Konstellation von besonderer praktischer Wichtigkeit.

Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung einer AVE ist typischerweise immer genau der Erstreckungsakt, aus dem sich die geltend gemachte Rechtsverletzung des Antragstellers ergibt, vgl. § 98 Abs. 1 ArbGG. Führt jedoch die gerichtliche Aufhebung einer AVE materiell dazu, dass die AVE eines anderen Tarifvertrages (etwa des korrespondierenden Verfahrenstarifvertrags) zugleich obsolet würde, spricht das dafür, dass das Gericht beide AVE in seine Überlegungen einbezieht. Insoweit hat das BAG bereits in der Vergangenheit gebilligt, die Überprüfungsverfahren bezüglich eines Verfahrens- und eines Rahmentarifvertrages, die zusammen eine gemeinsame Einrichtung konstituieren, zusammen durchzuführen und zu entscheiden.⁴⁹¹

E. Europa- und Völkerrechtskonformität

Der Einfluss des Unions- und des Völkerrechts auf die deutsche Rechtsordnung wird immer spürbarer.⁴⁹² Dies wird etwa durch eine aktuelle Entscheidung des BVerfG⁴⁹³ illustriert, in der die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes zum wiederholten Male betont worden ist. Aus dieser folge die Pflicht zur völ-

⁴⁸⁸ BAG 17.2.2016 – 10 AZR 600/14, NZA 2016, 782, Rn. 12.

⁴⁸⁹ BAG 17.2.2016 – 10 AZR 600/14, NZA 2016, 782, Rn. 12.

⁴⁹⁰ Vgl. 2. Teil A. II. 1. a. cc.

⁴⁹¹ Vgl. BAG 24.1.1979 – 4 AZR 377/77, AP TVG § 5 Nr. 16.

⁴⁹² Vgl. etwa ausführlich zum Streikrecht *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge (2014).

⁴⁹³ BVerfG 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, NJW 2016, 1295.

kerrechtskonformen Auslegung durch die nationalen Rechtsanwender. Vor dieser Entwicklung kann sich auch das Arbeitsrecht nicht verschließen.

Während es in der Gesetzesbegründung zum TASG nur kurz heißt, „*der Gesetzesentwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen vereinbar*“⁴⁹⁴, erscheint eine ausführlichere Auseinandersetzung zu der Frage geboten, ob das neue Recht der AVE mit supra- und internationalen Rechtsquellen vereinbar ist. Anlass hierzu ergibt sich nicht zuletzt aus mehreren aktuellen Judikaten der jeweiligen Gerichtshöfe, dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), auf die im Folgenden ebenfalls eingegangen werden soll.

I. Unionsrecht

Die AVE ist dem Unionsrecht in vielfacher Hinsicht nicht nur bekannt, sondern auch immanent.⁴⁹⁵ Primär zu nennen ist Art. 155 AEUV, wonach die europäischen Sozialpartner eine Vereinbarung über die in Art. 153 AEUV genannten Gegenstände treffen können, die dann für „allgemeinverbindlich“ erklärt werden kann.⁴⁹⁶ Daneben wird die Bedeutung der AVE innerhalb des Unionsrechts besonders in der Entsenderichtlinie⁴⁹⁷ deutlich. Gemäß Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG werden Mitgliedstaaten verpflichtet, bestimmte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die „durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne des Abs. 8“ festgelegt worden sind, auch für in einen anderen Mitgliedstaat entsandte Arbeitnehmer zu garantieren.⁴⁹⁸ Ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag im Sinne von Art. 3 Abs. 8 RL 96/71/EG ist ein solcher, der von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten ist.

Der EuGH hat in zahlreichen Entscheidungen immer wieder betont, dass das Instrument der AVE im Rahmen des Unionsrechts nicht nur anerkannt ist, sondern

⁴⁹⁴ BT-Drs. 18/1558, S. 29.

⁴⁹⁵ Vgl. *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 28.

⁴⁹⁶ Vgl. *Preis/Sagan/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 72 f.; *Callies/Ruffert/Kreber*, AEUV, Art. 155.

⁴⁹⁷ Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. EG L 18, S. 1–6; vgl. zur Entsenderichtlinie ausführlich *Preis/Temming*, Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts (2005), S. 53 ff.

⁴⁹⁸ Siehe dazu auch *Preis/Sagan/Heuschmid/Schierle*, Europäisches Arbeitsrecht, § 5 Rn. 156 ff.

hat zudem mehrfach seine Bedeutung hervorgehoben.⁴⁹⁹ Vor diesem Hintergrund gilt nach wie vor der Befund, dass die AVE als nationales Tarifnormerstreckungsinstrument grundsätzlich mit unionsrechtlichen Vorschriften vereinbar ist, da ansonsten das Unionsrecht nicht daran anknüpfen könnte.⁵⁰⁰

Untersucht werden muss im Folgenden daher nur, ob und wie sich die Änderungen am Recht der AVE durch das TASG im Hinblick auf das Unionsrecht auswirken.

1. Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV

a. Allgemein

Primär ist in diesem Zusammenhang auf Art. 56 AEUV abzustellen. Die darin enthaltene Dienstleistungsfreiheit steht Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Europäischen Union entgegen. Für die Frage, ob das Instrument AVE damit grundsätzlich im Einklang steht,⁵⁰¹ lassen sich erste diesbezügliche Anhaltspunkte aus dem EuGH-Judikat in der Rechtssache „*Rush Portuguesa*“⁵⁰² entnehmen. Zudem ist der eingangs erwähnte Art. 3 Abs. 1 Spiegelstrich 2 RL 96/71/EG heranzuziehen, der gestattet, dass Mitgliedstaaten einen Anbieter aus einem anderen Mitgliedstaat, der im Inland Leistungen erbringt, dazu verpflichten, seinen Arbeitnehmern ungeachtet des nach Art. 8 Rom I-VO anzuwendenden Rechts die in einem allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag enthaltenen Mindestarbeitsbedingungen zu gewährleisten. Damit gilt grundsätzlich, dass sich die Primärrechtskonformität der AVE aus der Primärrechtskonformität der RL 96/71/EG ergibt.⁵⁰³

Die Konformität von § 5 TVG n. F. ist mit den durch zwei Urteile des EuGH aufgestellten besonderen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung⁵⁰⁴ aufgrund der dem neuen Recht der AVE zugrunde liegenden Änderungen wohl nicht anzuzweifeln. Vielmehr dürften die konkreten Änderungen zu einer

⁴⁹⁹ EuGH 21.9.1999 – C-67/96 (*Albany*), EAS Teil C EG-Vertrag Art. 85 Nr. 5; EuGH 18.12.2007 – C 341/05 (*Laval*), NZA 2008, 159; EuGH 3.4.2008 – C-346/06 (*Rüffert*), NZA 2008, 537; vgl. *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 28 ff.

⁵⁰⁰ *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 30.

⁵⁰¹ Vgl. ausführlich für das Sozialkassenverfahren und die Dienstleistungsfreiheit *Preis/Temming*, Die Urlaubs- und Ausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts, S. 89 ff.

⁵⁰² EuGH 27.3.1990 – C-113/89 (*Rush Portuguesa*), Slg. 1990, I-1417, Rn. 18.

⁵⁰³ NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 24.

⁵⁰⁴ EuGH 24.1.2002 – C-164/99 (*Portugaia Construções*), Slg. 2002, I-787; EuGH 3.4.2008 – C 346/06 (*Rüffert*), Slg. 2008, I-1989.

unionsrechtlichen Absicherung geführt haben, da das Instrument der AVE insoweit verfahrenstechnisch weiter abgesichert worden ist.

b. Transparenzpflicht, Art. 56 AEUV

Relevant für die Vereinbarkeit der Neuregelungen des § 5 TVG n. F. mit unionsrechtlichen Grundsätzen könnte eine aktuelle Entscheidung des EuGH in einem französischen Vorlageverfahren sein, in der die aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot abgeleitete⁵⁰⁵ Transparenzpflicht des Art. 56 AEUV thematisiert wurde.⁵⁰⁶ Dabei ging es um die AVE eines Tarifvertrages, der die Verwaltung eines zusätzlichen Pflichtversorgungssystems zum Gegenstand hatte. In gewisser Hinsicht können diesbezüglich durchaus Parallelen zu den gemeinsamen Einrichtungen in Deutschland gezogen werden. Die Verwaltung des Pflichtversorgungssystems hatten die französischen Tarifvertragsparteien allerdings einem Wirtschaftsteilnehmer ihrer Wahl übertragen. Der EuGH hatte in der Rechtssache *UNIS* moniert, dass etwaige Interessierte nach der französischen Rechtslage eine Frist von nur zwei Wochen hätten, um ihre Stellungnahmen zu der in Rede stehenden AVE einzureichen.⁵⁰⁷ Zudem beschränkte sich der zuständige Minister in der dann durchzuführenden mündlichen Verhandlung lediglich auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle, so dass nicht sämtliche geäußerten Einwände in der Entscheidung vollumfänglich berücksichtigt werden könnten.⁵⁰⁸ Darin erkannte die Fünfte Kammer des EuGH einen Verstoß gegen die Transparenzpflicht des Art. 56 AEUV. Diese verlange einen „angemessenen Grad an Öffentlichkeit, der zum einen eine Öffnung für den Wettbewerb und zum anderen die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind“.⁵⁰⁹ Die Vorlagefrage beantwortete der EuGH deshalb wie folgt:

„Die sich aus Art. 56 AEUV ergebende Transparenzpflicht steht der von einem Mitgliedstaat vorgenommenen Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines von den Arbeitgeberorganisationen und den Arbeitnehmerorganisationen einer Branche geschlossenen Tarifvertrags für sämtliche Arbeitgeber und Arbeitnehmer dieser Branche entgegen, mit dem die Verwaltung eines zusätzlichen Pflichtvorsorgesystems für die Arbeitnehmer einem einzigen, von den Tarifpartnern ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer übertragen wird, ohne dass die nationale Regelung eine angemessene Öffentlichkeit vorsieht, die es der zuständigen Behörde ermöglicht, mitgeteilte

⁵⁰⁵ Vgl. EuGH 17.12.2015 – C-25/14, C-26/14 (*UNIS*), NZA 2016, 113, Rn. 38.

⁵⁰⁶ EuGH 17.12.2015 – C-25/14, C-26/14 (*UNIS*), NZA 2016, 113.

⁵⁰⁷ EuGH 17.12.2015 – C-25/14, C-26/14 (*UNIS*), NZA 2016, 113, Rn. 45.

⁵⁰⁸ EuGH 17.12.2015 – C-25/14, C-26/14 (*UNIS*), NZA 2016, 113, Rn. 45 f.

⁵⁰⁹ EuGH 17.12.2015 – C-25/14, C-26/14 (*UNIS*), NZA 2016, 113, Rn. 39, 44.

Informationen über das Vorliegen eines günstigeren Angebots in vollem Umfang zu berücksichtigen.“⁵¹⁰

Spannt man den Bogen zum deutschen Recht und vor allem zur deutschen Praxis gemeinsamer Einrichtung der Tarifvertragsparteien spricht einiges dafür, dass letztere nicht unmittelbar von der Entscheidung betroffen ist. Die Situation, dass die Tarifvertragsparteien das die Sozialkasse verwaltende Unternehmen „anhand finanzieller und wirtschaftlicher Erwägungen unter anderen Unternehmen“ auswählen, wie das Vorlagegericht die französische Lage beschrieben hatte,⁵¹¹ besteht in Deutschland nicht. Die Sozialkassen werden nach der gesetzgeberischen Intention und auch der gelebten Praxis in Deutschland von den beteiligten Tarifvertragsparteien selber getragen, paritätisch verwaltet und mithin nicht fremdvergeben.⁵¹² Aus diesem Grund besteht in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht bereits kein Anknüpfungspunkt für die Durchführung eines im Sinne von Art. 56 AEUV transparenten Auswahlverfahrens, da nach deutschem Verständnis gemeinsamer Einrichtungen keine Auswahl zu treffen ist. Freilich lassen sich der Rechtssache *UNIS* Anhaltspunkte entnehmen, die dafür sprechen, dass der EuGH die Transparenzpflicht trotz der dargelegten Unterschiede im Streitfall auch auf das Verfahren gemäß § 5 TVG n. F. erstrecken würde. Insbesondere stellen die Luxemburger Richter auf die „Verleihung eines ausschließlichen Rechts“ ab,⁵¹³ dessen weite Definition auch die deutsche AVE-Erteilung erfasst. Sieht man vor diesem Hintergrund den Anwendungsbereich der Transparenzpflicht als eröffnet an, stellt sich die Ausgestaltung des Verfahrens der AVE-Erteilung gemäß § 5 TVG n. F. als mit den Vorgaben vereinbar dar. Gerade die durch das TASG statuierten verfahrensmäßigen Absicherungen zielen auf eine erhöhte Transparenz in sämtlichen Verfahrensstadien. Alle Beteiligten und von der zu erteilenden AVE potentiell Betroffenen werden über die detaillierteren Bekanntmachungen im Bundesanzeiger stets über den Stand des Verfahrens informiert und erhalten mehrfach Gelegenheit zur Stellungnahme.⁵¹⁴ Anders als die nur zweiwöchige Frist zur Stellungnahme in Frankreich kann nach aktueller deutscher Rechtslage demnach eine „angemessene Öffentlichkeit“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH am AVE-Verfahren mitwirken. Zudem ist die für die AVE zuständige Behörde nicht auf eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle in der mündlichen Verhandlung beschränkt, sondern ist vielmehr verpflichtet, sämtliche von der Normerweiterung betroffenen Interessen im Rahmen der Prüfung des öffentlichen Inte-

⁵¹⁰ EuGH 17.12.2015 – C-25/14, C-26/14 (*UNIS*), NZA 2016, 113, Rn. 46.

⁵¹¹ EuGH 17.12.2015 – C-25/14, C-26/14 (*UNIS*), NZA 2016, 113, Rn. 12.

⁵¹² Vgl. 2. Teil A. II. 3. a. aa.

⁵¹³ EuGH 17.12.2015 – C-25/14, C-26/14 (*UNIS*), NZA 2016, 113, Rn. 33 ff.

⁵¹⁴ Siehe 2. Teil B.

resses zu berücksichtigen.⁵¹⁵ Damit liegt selbst bei unterstellter Pflicht zur Einhaltung der Transparenzpflicht aus Art. 56 AEUV kein diesbezüglicher Verstoß hinsichtlich des Verfahrens zur Erteilung einer AVE gemäß § 5 TVG n. F. vor.

Obschon im Sachverhalt des Urteils einige Merkmale der in Rede stehenden französischen Einrichtungen aufgelistet worden sind,⁵¹⁶ lassen sich den Entscheidungsgründen der Rechtssache *UNIS* keine Aussagen darüber entnehmen, dass gemeinsame Einrichtungen aus unionsrechtlichen Gründen eine gewisse Organisationsform oder Arbeitsweise aufweisen müssen.

2. Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV

Selbst wenn man die AVE eines Tarifvertrages als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit⁵¹⁷ und nicht nur als bloße Verkehrsmodalität qualifizieren will, sprechen gute Gründe dafür, dass diese Beschränkung zu rechtfertigen wäre. Insofern dienen die primären Zwecke der AVE⁵¹⁸ allesamt der Wahrung von Arbeitnehmerinteressen, die der EuGH als zwingenden Grund des Allgemeininteresses gebilligt hat.⁵¹⁹ Wie dargelegt, ist die AVE von Tarifverträgen zwar punktuell erleichtert worden, aber nach wie vor an strenge Voraussetzungen geknüpft, so dass die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit auch den verhältnismäßigen Rahmen nicht verlässt.⁵²⁰

3. Kartellverbot, Art. 101 AEUV

Aus der der AVE immanenten Wettbewerbs- und Kartellwirkung, die bereits näher beschrieben worden ist,⁵²¹ könnte sich ein Verstoß gegen das in Art. 101 AEUV verordnete Kartellverbot ergeben. In der Grundsatzentscheidung *Albany*⁵²²

⁵¹⁵ Vgl. 2. Teil B. VI.

⁵¹⁶ EuGH 17.12.2015 – C-25/14, C-26/14 (*UNIS*), NZA 2016, 113, Rn. 12 ff.: kein Gewinnzweck, Grundsatz der Solidarität.

⁵¹⁷ Für diese Sichtweise streiten EuGH 23.5.2007 – C-438/05 (*Viking Line*), Slg. 2007, I-10779; EuGH 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*), Slg. 2007, I-11767.

⁵¹⁸ Die Schaffung von Mindestarbeitsbedingungen, der Schutz der Tarifautonomie, Schutz der Ordnungs- und Wettbewerbsfunktion sowie die Wahrung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen (speziell für § 5 Abs. 1a TVG), vgl. 1. Teil D. II.

⁵¹⁹ Vgl. EuGH 25.10.2001, verb. Rs. C-49/98, u. a. (*Finalarte u. a.*), Slg. 2001, I-7831 ff., Rn. 33, m.w.N.

⁵²⁰ NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 25.

⁵²¹ Siehe 1. Teil D. II. 4.

⁵²² EuGH 21.9.1999 – C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rn. 103 ff.; bestätigt durch EuGH 4.12.2014 – C-413/13 (*FNV Kunsten*), NZA 2015, 55; vgl. *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 29 f.

hat der EuGH jedoch Tarifverträge von Art. 101 AEUV ausdrücklich ausgenommen, so dass ein potentieller Verstoß bereits deswegen zu verneinen ist. Andernfalls wären die sozialpolitischen Ziele, die die Sozialpartner mit dem Abschluss eines Tarifvertrages verfolgen, gefährdet.⁵²³ Mit der gleichen Argumentation lässt sich zugleich begründen, dass auch die Erstreckung eines Tarifvertrags keinen Verstoß gegen Art. 101 AEUV darstellt.⁵²⁴

4. Art. 28 GRC

Hinsichtlich eines möglichen Verstoßes gegen Art. 28 GRC ist zunächst auf den oben dargestellten Befund zu verweisen, dass die unionsrechtliche Anknüpfung des Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG an das Instrument der Tarifnormstreckung im Sinne der AVE zunächst dafür spricht, dass insoweit auch kein Verstoß gegen die Grundrechtecharta vorliegt.⁵²⁵

Daneben bliebe zu fragen, ob in diesem Zusammenhang der Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta gemäß Art. 51 Abs. 1 GRC überhaupt eröffnet ist, was nur bei der Durchführung des Rechts der Union der Fall ist. Der unproblematisch zu bejahende Fall, dass § 5 TVG eine europäische Richtlinie umsetzt, ist nicht gegeben.⁵²⁶ Ob nach neuerer Rechtsprechung jedoch der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta auch in weiteren Fällen eröffnet sein kann und dann gegebenenfalls eine detaillierte Prüfung geboten ist, kann hier nicht abschließend beurteilt werden.

5. Zwischenergebnis

Unter Berücksichtigung der bisher für die AVE konkret einschlägigen Entscheidungen des EuGH lässt sich nach derzeitigem Stand kein Verstoß gegen Unionsrecht feststellen. Insoweit führen die durch das TASG eingetretenen Änderungen an § 5 TVG nicht dazu, dass die nach alter Rechtslage anerkannte Unionsrechtskonformität nunmehr in Zweifel zu ziehen ist. Ob der EuGH zukünftig, etwa aufgrund eines erweiterten Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta, neue Grundsätze im Hinblick auf die AVE aufstellt, kann an dieser Stelle nicht prognostiziert werden.

⁵²³ Vgl. zuletzt EuGH 4.12.2014 – C-413/13 (*FNV Kunsten*), NZA 2015, 55, Rn. 22, m.w.N.

⁵²⁴ NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 26

⁵²⁵ *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014 (Sonderausgabe), 2, 30; zustimmend NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 27.

⁵²⁶ Art. 3 Abs. 1 Spiegelstrich 2 RL 96/71/EG wird nicht in § 5 TVG mit der AVE, sondern in § 3 AEntG umgesetzt wird, vgl. NK-ArbR/*Forst*, TVG, § 5 Rn. 24, m.w.N.

II. Völkerrecht, insbesondere Art. 11 EMRK

Neben dem Unionsrecht nimmt auch das Völkerrecht eine immer größere werdende Bedeutung für das deutsche Arbeitsrecht für sich in Anspruch. Im Mittelpunkt der Betrachtung steht hierbei die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Wie eingangs erläutert, wurde der Einfluss des Völkerrechts auf die nationalen Rechtsordnung stetig ausgeweitet, was in jüngster Zeit durch die OMT-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch in den Blick der breiten öffentlichen Wahrnehmung getreten ist.

Für das kollektive Arbeitsrecht steht Art. 11 EMRK⁵²⁷ im Vordergrund, der die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit beinhaltet. Dessen Absatz 1 lautet: „Jede Person hat das Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.“ Inhaltlich kann Art. 11 Abs. 1 EMRK damit *grosso modo* als Zusammensetzung zwischen Art. 8 und Art. 9 GG angesehen werden. Zusammenfassend hat der EGMR nicht nur unverzichtbare, sondern mittlerweile auch wesentliche Bestandteile gewerkschaftlicher Freiheit anerkannt, u.a. das Recht, eine Gewerkschaft zu gründen bzw. ihr beizutreten, und das Recht auf Kollektivverhandlungen.⁵²⁸

1. Rechtssache „Geotech“

Jüngst hatte auch der EGMR die Gelegenheit, sich über die AVE in Deutschland zu äußern. Es hat dabei die Konformität der Einbeziehung von Außenseiterarbeitgebern in das Sozialkassenverfahren des Baugewerbes *qua* AVE mit Art. 11 Abs. 1 EMRK festgestellt.⁵²⁹ Da der EGMR aber zahlreiche allgemeine Ausführungen über die Reichweite von Art. 11 Abs. 1 EMRK gemacht hat, wird dieser Entscheidung trotz mittlerweile geändertem § 5 TVG weitreichende Bedeutung beigemessen werden müssen. Zu beachten ist insoweit, dass die Judikate aus Straßburg im Wege gebotener und vom BVerfG anerkannter⁵³⁰ konventionsfreundlicher Auslegung des Grundgesetzes⁵³¹ auch unmittelbare Auswirkungen auf die deutsche Rechtsordnung haben.⁵³²

⁵²⁷ Instruktiv zu Art. 11 EMRK siehe NK-ArbR/*Sagan*, EMRK, Art. 11.

⁵²⁸ NK-ArbR/*Sagan*, EMRK, Art. 11 Rn. 12 ff., m.w.N. zu der EGMR-Rechtsprechung.

⁵²⁹ EGMR 2.6.2016 – Nr. 23646/09 (*Geotech*), Rn. 54, abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int> auf Englisch.

⁵³⁰ Vgl. jüngst BVerfG 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, NJW 2016, 1295.

⁵³¹ Näher zum Verhältnis zwischen EMRK und deutschem Recht NK-ArbR/*Sagan*, EMRK, Art. 1 Rn. 24 ff.

⁵³² Vgl. *Buchholtz/Heuschmid*, HSI-Newsletter 2/2016, Anm. zu EGMR 2.6.2016 unter III.

a. Sachverhalt

Konkret ging es im Verfahren vor dem EGMR über die AVE der Sozialkassentarifverträge der Bauwirtschaft nach § 5 TVG a. F. Die Beschwerdeführerin, ein mittelständisches Geotechnik-Unternehmen, wehrte sich gegen die Beitragspflicht i. H. v. 19,8 % des Bruttolohns der Beschäftigten, die aus der sie erfassenden AVE der Sozialkassentarifverträge resultiert. Vor deutschen Gerichten hatte sie mit ihrem Anliegen keinen Erfolg und wurde zur Zahlung der rückständigen Beiträge verurteilt.⁵³³ Schließlich rügte sie vor dem EGMR Verletzungen von Art. 11 Abs. 1 EMRK sowie Art. 1 Protokoll Nr. 1 zur EMRK (Vereinigungsfreiheit sowie Schutz des Eigentums). Die Beitragspflicht zum Sozialkassenverfahren stelle insbesondere einen ungerechtfertigten Eingriff in ihre negative Koalitionsfreiheit dar. Da sie die gleichen Beiträge wie die Mitglieder des Arbeitgeberverbandes entrichtete müsse, aber keine Mitsprachemöglichkeit im Verband habe, sei die Beitragspflicht einer Zwangsmitgliedschaft im Arbeitgeberverband gleichzustellen.

b. Entscheidung

Die Rügen der Beschwerdeführerin hatten vor dem EGMR keinen Erfolg. Nach einstimmiger Ansicht der Straßburger Richter verletzt die AVE der Sozialkassentarifverträge weder das Recht der Beschwerdeführerin auf Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 11 Abs. 1 EMRK noch ihr Eigentumsrecht nach Art. 1 Protokoll Nr. 1 zur EMRK. Dabei verneinte die Fünfte Sektion des EGMR bereits einen Eingriff in Art. 11 Abs. 1 EMRK. Die aus der AVE resultierende Beitragspflicht der Beschwerdeführerin könne zwar einen Anreiz zur Mitgliedschaft im entsprechenden Arbeitgeberverband zur Folge haben, um Einfluss auf das Sozialkassenverfahren nehmen zu können. Damit könne die Beitragspflicht die negative Koalitionsfreiheit berühren.⁵³⁴ In qualitativer Hinsicht könne bei diesem Anreiz jedoch weder von Beitrittsdruck oder gar von Beitrittszwang ausgegangen werden.⁵³⁵ Die Sozialkassentarifverträge der Bauwirtschaft würden auf dem Solidaritätsprinzip beruhen, so dass das Sozialkassenverfahren auch nur funktionsfähig sei, wenn alle Arbeitgeber der Baubranche daran teilnähmen. Das Verfahren diene letztlich auch dem Interesse aller Beschäftigten der Baubranche. Entscheidend sei schließlich, dass die Beitragspflichten durch die Erstattungsansprüche gegen die gemeinsame Einrichtung aufgewogen werden würden.⁵³⁶ Soweit schließlich ein

⁵³³ Vgl. zum Verfahrensgang auch *Buchholtz/Heuschmid*, HSI-Newsletter 2/2016, Anm. zu EGMR 2.6.2016 unter III. 1.

⁵³⁴ EGMR 2.6.2016 – Nr. 23646/09 (*Geotech*), Rn. 53, mit Verweis auf EGMR 27.4.2010 – Nr. 20161/06 (*Vörður Ólafsson*), Rn. 48.

⁵³⁵ EGMR 2.6.2016 – Nr. 23646/09 (*Geotech*), Rn. 54.

⁵³⁶ EGMR 2.6.2016 – Nr. 23646/09 (*Geotech*), Rn. 54.

Eingriff in das Eigentumsrecht der Beschwerdeführerin aus Art. 1 Protokoll Nr. 1 zur EMRK vorliege, sei dieser jedenfalls im Hinblick auf den sozialen Schutz aller Beschäftigten in der Baubranche gerechtfertigt.

c. Bewertung

Die Entscheidung des EGMR ist im Ergebnis zu begrüßen, da sie die vorgezeichnete Linie des EGMR zu Art. 11 Abs. 1 EMRK und der Frage der negativen Koalitionsfreiheit um weitere wichtige Konturierungen bereichert.⁵³⁷ Damit ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit in Betracht kommt, fordert der EGMR in *Geotech* – ähnlich zum BVerfG bezüglich Art. 9 Abs. 3 GG⁵³⁸ – einen „substantiellen“ Beitrittsdruck, der einem Beitrittszwang gleichsteht („*compulsory membership*“).⁵³⁹

Ob der EGMR in *Geotech* einer etwaigen „negativen Tarifvertragsfreiheit“⁵⁴⁰ den Schutz innerhalb von Art. 11 Abs. 1 EMRK versagt hat, lässt sich nicht abschließend beurteilen. Insoweit kann lediglich konstatiert werden, dass sich im Rahmen des Streitgegenständlichen Sozialkassenverfahrens durchaus die Gelegenheit für den EGMR ergeben hätte, die einer AVE immanente Erstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiterarbeitgeber anhand von Art. 11 Abs. 1 EMRK zu überprüfen.⁵⁴¹ Immerhin lässt sich aus dem Schweigen des EGMR der Schluss ziehen, dass dieser die AVE eines Tarifvertrags ganz grundsätzlich im Hinblick auf die EMRK als unproblematisch erachtet.⁵⁴² Ob sich dieser Schluss in zukünftigen Entscheidungen des EGMR auch in ausdrücklicher Form wiederfinden wird, bleibt hingegen offen.

2. § 5 TVG n. F.

Da sich die grundsätzliche Wirkungsweise der AVE nach § 5 TVG n. F. nicht verändert hat, wird eine Verletzung von Art. 11 Abs. 1 EMRK mit ähnlichen Argumenten verneint werden können, die schon für potentielle Grundrechtsverlet-

⁵³⁷ Vgl. schon EGMR 30.6.1993 – Nr. 16130/90 (*Sigurður A. Sigurjónsson*), EAS Art. 11 EMRK Nr. 6; EGMR 27.4.2010 – Nr. 20161/06 (*Vörður Ólafsson*).

⁵³⁸ Vgl. BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2259.

⁵³⁹ EGMR 2.6.2016 – Nr. 23646/09 (*Geotech*), Rn. 53 f.

⁵⁴⁰ Ausführlich *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht (2014).

⁵⁴¹ So auch *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77, 85.

⁵⁴² Vgl. *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77, 85 f.

zungen bemüht worden sind. Zudem ist zu konstatieren, dass der EGMR in *Geotech* nicht auf technische Einzelheiten der AVE eingegangen ist, so dass viel dafür spricht, dass die Entscheidung auch nach § 5 TVG n. F. so ergangen wäre.

Etwas anderes könnte allenfalls noch für die Vorrangwirkung gemäß § 5 Abs. 4 S. 2 TVG für Tarifverträge besonderer gemeinsamer Einrichtungen gelten, die nach § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden. Ausgangspunkt ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Demir und Baykara*, in der die Tarifautonomie und die Möglichkeit eines Arbeitskampfes anerkannt worden sind.⁵⁴³ Eine Einschränkung machte der EGMR 2014 in der Rechtssache *HLS*, bei der das Verbot von Arbeitskämpfen einer Gewerkschaft zum Zwecke der Sicherung des gleichmäßigen Zugangs aller Gewerkschaften zu den Tarifverhandlungen als grundsätzlich zulässig erachtet wurde.⁵⁴⁴ Damit könnte die Vorrangwirkung von § 5 Abs. 4 S. 2 TVG, die die Verdrängung einer konkurrierenden Gewerkschaft zur Folge haben kann, im Hinblick auf die Sicherung des gleichmäßigen Zugangs der Tarifvertragsparteien problematisch sein. Gleichzeitig ist jedoch zu betonen, dass die Entwicklung auf diesem Gebiet aufgrund der erst wenigen einschlägigen Entscheidungen noch weitgehend offen ist. Zudem ist auf ein *obiter dictum* in *Demir und Baykara* hinzuweisen, in dem den Mitgliedstaaten das Recht eingeräumt wurde, repräsentativen Gewerkschaften bezüglich der in Art. 11 Abs. 1 EMRK verbürgten Rechte einen besonderen Status zu gewähren.⁵⁴⁵ Die Vorrangwirkung nach § 5 Abs. 4 S. 2 TVG greift nur für Tarifverträge, die gemäß § 5 Abs. 1a S. 3 TVG i. V. m. § 7 Abs. 2 AEntG von den repräsentativeren Tarifvertragsparteien abgeschlossen worden sind.

Klammert man diesen Aspekt aus, könnte die mit der Vorrangwirkung potentiell einhergehende Verdrängung konkurrierender Tarifverträge im beschriebenen Umfang⁵⁴⁶ einen Eingriff in Art. 11 Abs. 1 EMRK in Gestalt der positiven Koalitionsfreiheit darstellen. Zunächst gilt auch hier, dass der Eintritt dieser Folge wegen des bewusst eng gehaltenen Tatbestands von § 5 Abs. 1a TVG nur äußerst selten und aufgrund der gewählten Wirkung seiner Intensität nach gering ausfällt. Soweit vor diesem Hintergrund dann tatsächlich noch Eingriffe in Art. 11 Abs. 1 EMRK der andersgebundenen Betroffenen in Frage stehen, ist im zweiten Schritt zu fragen, ob diese gemäß Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK gerechtfertigt sind. Danach sind Einschränkungen in Art. 11 Abs. 1 EMRK zulässig, „die gesetzlich

⁵⁴³ EGMR 12.11.2008 – Nr. 34503/97 (*Demir und Baykara*), NZA 2010, 1425; vgl. auch EGMR 21.4.2009 – 68959/01 (*Enerji Yapi-Yol Sen*), AuR 2009, 274.

⁵⁴⁴ EGMR 27.11.2014 – Nr. 36701/09 (*HLS*), AuR 2015, 146.

⁵⁴⁵ EGMR 12.11.2008 – Nr. 34503/97 (*Demir und Baykara*), NZA 2010, 1425, Rn. 154; vgl. auch Däubler/Lorenz, TVG, § 4a Rn. 131; NK-ArbR/Sagan, EMRK, Art. 11 Rn. 13.

⁵⁴⁶ Siehe 2. Teil A. II. 3. c. bb.

vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind (...) zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“. Wie bereits dargelegt, nehmen die unter § 5 Abs. 1a TVG fallenden gemeinsamen Einrichtungen allesamt sozialstaatlich wichtige Aufgaben wahr, die dem Schutz der Rechte der Arbeitnehmer auf angemessene Arbeitsbedingungen dienen. Ohne auf die Einzelheiten der Rechtfertigungsmodalitäten innerhalb von Art. 11 Abs. 2 EMRK an dieser Stelle vertieft eingehen zu können,⁵⁴⁷ sprechen damit gute Gründe dafür, dass sich etwaige Eingriffe in Art. 11 Abs. 1 EMRK mit zwingenden Gemeinwohlbelangen rechtfertigen lassen.

3. Zwischenergebnis

Das neue Recht der AVE steht im Einklang mit der EMRK, insbesondere Art. 11 Abs. 1 EMRK.

⁵⁴⁷ Vgl. ausführlich Franzen/Gallner/Oetker/Schubert, *Europäisches Arbeitsrecht*, EMRK, Art. 11 Rn. 56 ff.

3. Teil: Ergebnisse

1. Der Wegfall des 50 %-Quorums innerhalb von § 5 TVG n. F. ist vor dem Hintergrund der rechtstatsächlichen Situation und seiner praktischen Schwächen nicht nur verfassungskonform, sondern auch sachgerecht.
2. Die offen formulierten Regelbeispiele des § 5 Abs. 1 S. 2 TVG sind geeignet, das bisher einzig durch die Rechtsprechung ausgeformte öffentliche Interesse an einer AVE näher zu konkretisieren.
3. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG führt – entgegen anfänglicher Bedenken – nicht dazu, dass ein Tarifvertrag bereits wegen einer lediglich quantitativen Bedeutung für allgemeinverbindlich erklärt werden kann. Vielmehr muss der Tarifvertrag in qualitativer Hinsicht zu angemessenen Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer beitragen. Vor dem Hintergrund der rechtstatsächlichen Entwicklung ausdrücklich zu begrüßen ist die nunmehr mögliche Berücksichtigung tarifgemäß ausgestalteter Arbeitsverhältnisse. Es lassen sich gute Argumente dafür anführen, dass neben inhaltsgleichen Anschlussstarifverträgen und schuldrechtlichen Bezugnahme Klauseln in einigen Fällen auch die individualvertragliche Übernahme einzelner tariflicher Kernarbeitsbedingungen und -instrumentarien für die Annahme eines zu berücksichtigenden „tarifgemäß ausgestalteten Arbeitsverhältnis“ ausreichend ist. Gleichwohl muss sich der Tarifvertrag – unter Berücksichtigung vereinbarter Einschränkungsklauseln – in seinem Geltungsbereich durchgesetzt haben, damit § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG erfüllt ist.
4. Der zwar im Wortlaut offene Tatbestand von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG ist nicht mangels feststellbarer Voraussetzungen verfassungswidrig. Vielmehr lässt sich das legitime Ziel der AVE aus der Gesetzesbegründung sowie aus der Regelungssystematik bestimmen. Unter der Bedingung, dass die AVE von Tarifverträgen völlig unbedeutender Koalitionen auch nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG ausgeschlossen bleibt, ist auch das zweite Regelbeispiel verfassungskonform.
5. Zu begrüßen ist die Neuregelung der AVE eines Tarifvertrages über gemeinsame Einrichtungen in § 5 Abs. 1a TVG, die mit der Sonderwirkung aus § 5 Abs. 4 S. 2 TVG ausgestattet ist. Diese führt dazu, dass die Funktionsfähigkeit sich bewährter, sozialstaatlich wichtiger gemeinsamer Einrichtungen auch in Zukunft gesichert bleibt. Die Verdrängungswirkung stellt aufgrund ihrer nur engen Wirkweise einen Eingriff in die Rechte Dritter dar, der verfassungs-

rechtlich gerechtfertigt werden kann. Insoweit ist die erhebliche sozialstaatliche Bedeutung der genannten gemeinsamen Einrichtungen und das Erfordernis hervorzuheben, den Mehrheitsinteressen Rechnung tragen zu müssen (§ 5 Abs. 1a S. 3 TVG i. V. m. § 7 Abs. 2 AEntG).

6. Es bleibt dabei, dass dem BMAS die maßgebliche Prüf- und Entscheidungskompetenz für das AVE-Verfahren zukommt. Durch die insoweit identische Formulierung in § 5 TVG n. F. steht der zuständigen Behörde nach wie vor ein weiter Beurteilungsspielraum für das Vorliegen des öffentlichen Interesses zu.
7. Auch das mit dem TASG implementierte Beschlussverfahren zur Überprüfung der Wirksamkeit der AVE vor der Arbeitsgerichtsbarkeit ist zu begrüßen. Der verfolgte Zweck, schneller prozessökonomische Klärungen und damit früher Rechtssicherheit zu erlangen, kann besonders dann erreicht werden, wenn auch die Tarifvertragsparteien des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages sowie eine potentiell betroffene gemeinsame Einrichtung unmittelbar an dem Verfahren beteiligt werden. Im Rahmen von §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG prüfen die Arbeitsgerichte die Wirksamkeit der AVE unter sämtlichen Gesichtspunkten mit Ausnahme der Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien, um der „besonderen Richtigkeitsgewähr“ dieses speziellen Beschlussverfahrens gerecht zu werden.
8. Die Änderungen der AVE sind unions- und völkerrechtskonform. Insbesondere steht einer AVE von Tarifverträgen nach § 5 TVG n. F. nicht die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV oder Art. 11 Abs. 1 EMRK entgegen. Wie sich die Rechtsprechung des EuGH und des EGMR zukünftig entwickelt, bleibt wegen verschiedener Andeutungen der Rechtsprechung jedoch offen.

Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht

- Band 19** Eva Kocher / Jürgen Kädtler / Ulrich Voskamp / Laura Krüger
**Noch verfassungsgemäß?
Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie
und die Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III**
ISBN 978-3-7663-6466-1
- Band 18** Marita Körner
**Wirksamer Beschäftigtendatenschutz im Lichte
der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)**
ISBN 978-3-7663-6637-5
- Band 17** Matthias Jacobs / Matthias Mürder / Barbara Richter
**Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht –
Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH**
ISBN 978-3-7663-6585-9
- Band 16** Wolfgang Däubler
**Tarifverträge zur Unternehmenspolitik?
Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung**
ISBN 978-3-7663-6465-4
- Band 15** Raimund Waltermann
**Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft
aufbauenden Tarifautonomie**
ISBN 978-3-7663-6469-2
- Band 14** Olaf Deinert
Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben
ISBN 978-3-7663-6468-5
- Band 13** Florian Rödl / Raphaël Callsen
Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion
ISBN 978-3-7663-6467-8
- Band 12** Ulrich Preis / Daniel Ulber
**Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz – Der Mindestlohn
als unabdingbarer Sockelanspruch**
ISBN 978-3-7663-6413-5
- Band 11** Ulrike Wendeling-Schröder (Hrsg.)
Die Arbeitsbedingungen des Betriebsrats
ISBN 978-3-7663-6329-9
- Band 10** Monika Schlachter
**Das Verbot der Altersdiskriminierung
und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien**
ISBN 978-3-7663-6389-3

- Band 9** Ingrid Maas / Karl Schmitz / Peter Wedde
Datenschutz 2014
Probleme und Lösungsmöglichkeiten
 ISBN 978-3-7663-6386-2
- 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