

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag des
Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht

von

Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder

Lehrstuhl für Arbeits-, Unternehmens- und Zivilrecht
Leibniz Universität Hannover

März 2013

Vorwort

Der vorliegende Band enthält ein vom Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht (HSI) bei Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder (Universität Hannover) in Auftrag gegebenes Gutachten zu den aktuell diskutierten rechtlichen Folgen der CGZP-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2010. Das Gutachten arbeitet fundiert heraus, dass die von Teilen der Literatur entwickelte sog. „Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag“ nicht tragfähig ist. So wird etwa die substantielle Bedeutung, die das Konzept der Tariffähigkeit für das ordnungsgemäße Funktionieren der Tarifautonomie besitzt, völlig verkannt. Im Ergebnis muss es deshalb bei der ex tunc Nichtigkeit der CGZP-Tarifverträge mit den entsprechenden juristischen Folgen bleiben.

Aktuell sind mehrere Verfahren anhängig, in denen die gutachterlich behandelten Rechtsfragen eine Rolle spielen. Vor diesem Hintergrund erscheint es nur konsequent, dass die Gerichte der „Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag“ bislang mit der gebotenen Zurückhaltung begegnet sind. Diese Haltung soll durch den vorliegenden Band wissenschaftlich untermauert werden. Zugleich geht es uns darum, die Diskussion um die rechtlichen Folgen der CGZP-Entscheidung weiter zu versachlichen.



Dr. Thomas Klebe, HSI



Prof. Dr. Marlene Schmidt, HSI



Dr. Johannes Heuschmid, HSI

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
I. Einführung	13
1. Der Anspruch auf Differenzentgelt.....	14
2. Kein Anspruch für die Vergangenheit?	14
3. Die Fragestellungen dieser Untersuchung	15
II. Die Grundaussagen der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag	17
1. Die Probleme nichtiger Dauerschuldverhältnisse	17
a) In Vollzug gesetzte Dauerschuldverhältnisse	17
b) Weiterentwicklungsbedarf	18
2. Die Probleme nichtiger Tarifverträge.....	18
a) Bestandschutz und Vertrauensschutz.....	18
b) Besonders schwere Mängel oder entgegenstehende Interessen.	19
c) Keine Differenzierungen zwischen unterschiedlichen Nichtigkeitsgründen	19
d) Rückabwicklungsschwierigkeiten.....	20
3. Konsequenzen und Gang dieser Untersuchung.....	21
III. Die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag als Teil allgemeiner Grundsätze des fehlerhaften Dauerschuldverhältnisses?	22
1. Das Fehlen der Tariffähigkeit und die rechtlichen Folgen	22
2. Die Sonderregeln.....	22
3. Verallgemeinerbarkeit der richterrechtlichen Sonderregeln?	23
4. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	23
a) Hintergrund und Zweck	25
b) Voraussetzungen und Grenzen	25
c) Die Konzeption insgesamt.....	26
d) Konsequenzen für die Verallgemeinerbarkeit.....	27
5. Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis	27
a) Hintergrund und Zweck	28
b) Voraussetzungen und Grenzen	30
c) Die Konzeption insgesamt.....	31
d) Konsequenzen für die Verallgemeinerbarkeit.....	32

6. Allgemeine Grundsätze des fehlerhaften Dauerschuldverhältnisses?	32
a) Der Tarifvertrag als Dauerschuldverhältnis?	33
b) Die Offenheit der gesetzlichen Normierungen.....	33
7. Ergebnis.....	34
IV. Die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag und Art. 9 III GG	36
1. Tariffähigkeit und Tarifautonomie.....	36
a) Der Begriff der Tariffähigkeit.....	36
b) Tariffähigkeit und Richtigkeitsgewähr.....	38
c) Anfechtbarkeit und Nichtigkeit.....	40
d) Formale Elemente der Tariffähigkeit?.....	41
e) Tariffähigkeit und Rechtsfähigkeit	41
f) Zwischenergebnis	42
2. Die Feststellung der Tarifunfähigkeit	43
a) Das Verfahren nach dem ArbGG	43
b) Die Wirkung der gerichtlichen Feststellung	44
c) Die Konsequenzen dieser Normstruktur	45
3. Tariffähigkeit und Vertrauensschutz	46
a) Guter Glaube an die Tariffähigkeit?.....	47
b) Notwendige Stabilitätssicherung?.....	47
4. Ergebnis.....	48
V. Besondere Schwierigkeiten der Rückabwicklung von nichtigen Tarifverträgen als Anlass für die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag	50
1. „Mittelbare“ Abwicklung von nichtigen Tarifverträgen.....	50
a) Möglichkeiten der Lückenfüllung im Arbeitsverhältnis.....	51
b) Tarifunfähigkeit und die von Henssler u. a. vorgestellten Szenarien.....	52
2. Das Differenzentgelt in der Leiharbeit.....	54
a) Die Bestimmung des Entgelts	54
b) Die fehlende Auseinandersetzung von Henssler u. a. mit dem Gleichstellungsgebot nach dem AÜG	55
3. Ergebnis	56
VI. Die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag und die entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen beim tarifdispositiven Gesetzesrecht	58
1. Die Konzeption des tarifdispositiven Gesetzesrechts.....	58
2. Beispiele für tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht	59
3. Einbeziehung der Nichttarifgebundenen	60

4. Richtigkeitsgewähr und tarifdispositives Gesetzesrecht	60
a) Erhöhte Anforderungen an die Tariffähigkeit?	61
b) Andere Vorschläge	61
5. Konsequenzen für die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag	62
6. Die Besonderheiten im AÜG	63
a) Die unionsrechtlichen Vorgaben	64
b) Abweichung vom Gleichstellungsgebot durch Tarifvertrag	66
c) Abweichung vom Gleichstellungsgebot unter Bezugnahme auf einen Tarifvertrag.....	66
7. Ergebnis.....	67
VII. Zusammenfassung und Gesamtergebnis	69
Literatur	75

I. Einführung

Das Bundesarbeitsgericht hatte am 14. Dezember 2010 in einem Verfahren nach §§ 2a I Nr. 4, 97 ArbGG festgestellt, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) keine tariffähige Spitzenorganisation im Sinne des § 2 Abs. 3 TVG ist.¹ Alle rechtlichen Konsequenzen der Entscheidung über die Tarifunfähigkeit der CGZP sind bisher noch nicht abschließend geklärt. Höchststrichterlich entschieden ist jedoch inzwischen, dass die CGZP auf der Basis aller bisherigen Satzungen und damit zu jedem Zeitpunkt seit ihrer Gründung am 11.12.2002 tarifunfähig war.² Diskutiert wurde in den vergangenen Monaten insbesondere die Frage, ob die von der tarifunfähigen CGZP abgeschlossenen und auch in der Praxis angewendeten Tarifverträge unter irgendeinem juristischen Gesichtspunkt trotzdem für die Vergangenheit als rechtswirksam anerkannt werden können. Mit seinen Entscheidungen vom 13.3.2013 hat das BAG entschieden, dass dies nicht der Fall ist und dass ein etwaiges Vertrauen der Verleiher in die Tariffähigkeit der CGZP nicht geschützt ist.³ Die Begründungen dieser Entscheidungen stehen aber noch aus.

¹ BAG – 1 ABR 19/10 –, NZA 2011, 289–300. Gegen diese Entscheidung ist nach Angaben von Rieble Verfassungsbeschwerde eingelegt, deren Verfahrensbevollmächtigter er sei (Rieble, BB 2012, 2945, Fn. 1).

² Das LAG Berlin-Brandenburg hatte am 9.1.2012 – 24 TaBV 1285/11 – (BB 2012, 1733–1740 mit Anm. Bissels) bereits zu mehreren Verfahren entschieden, dass die CGZP auch am 29.11.2004, 16.6.2006 und am 9.7.2008 nicht tariffähig war. Die Nichtzulassungsbeschwerde dagegen hat das BAG mit Beschluss vom 22.5.2012 – 1 ABN 27/12 – zurückgewiesen. Auch gegen diese Entscheidung ist nach Angaben von Rieble Verfassungsbeschwerde eingelegt, deren Verfahrensbevollmächtigter er sei (Rieble, BB 2012, 2945, Fn. 5). In einem anderen Verfahren nach § 97 V ArbGG hat das BAG darüber hinaus festgestellt, dass sich die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg nicht nur auf die genannten Daten bezieht, sondern auch den Zeitraum vom 11.12.2012 bis zum 7.9.2009 erfasst (Beschluss vom 23.5.2012 – 1 AZB 67/11). In einer weiteren Entscheidung vom 23.5.2012 – 1 AZB 58/11 –, NZA 2012, 623 – 625) schließlich wird die Entscheidung vom 14.12.2010 dahingehend konkretisiert, dass die CGZP ab der Satzungsänderung am 8.9.2009 betrachtet worden sei. Im Ergebnis ebenso Löwisch, SAE 2013, S. 11, 13.

³ – 5 AZR 954/11, 5 AZR 146/12, 5 AZR 242/12, 5 AZR 294/12 und 5 AZR 424/12 –, Pressemeldung Nr. 17/13.

1. Der Anspruch auf Differenzentgelt

Geht man mit der neuen Rechtsprechung des BAG und der herrschenden Meinung davon aus, dass diese Tarifverträge wegen der Tarifunfähigkeit der CGZP nichtig und damit von Anfang an unwirksam waren und sind, bestehen nun nicht nur aktuell Ansprüche auf Equal Pay, sondern auch erhebliche Entgelt-nachforderungen von Leiharbeitnehmern ebenso wie entsprechende Nachfor-derungen der Sozialversicherungsträger. Der Anspruch auf Differenzentgelt der Leiharbeitnehmer hat ja immer auch sozialrechtliche Konsequenzen: es sind zu geringe Beiträge abgeführt worden.⁴

Der Anspruch auf Differenzentgelt beruht darauf, dass nach dem AÜG (§§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2) ebenso wie nach der diesen Regelungen zugrunde liegenden unionsrechtlichen Richtlinie 2008/104/EG grundsätzlich ein Gleichstellungsgebot in der Arbeitnehmerüberlassung (Equal Pay und Equal Treatment) gilt. Aus diesem Gebot ergibt sich, dass der Verleiher dem Leiharbeitnehmer für die Verleihzeit die Arbeitsbedingungen gewähren muss, die ein vergleichbarer Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb erhält. Von diesem Grundsatz kann nur durch Bindung an einen wirksamen Tarifvertrag oder im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages durch Bezugnahme auf eben diesen Tarifvertrag abgewichen werden (tarifdispositives Gesetzesrecht).⁵ Bei der Nichtigkeit der CGZP-Tarifverträge ist also keine rechtswirksame Ausnahme vom Gleichstellungsgrundsatz gegeben, es sind damit Ansprüche auf Differenzvergütung für die jeweiligen Einsatzzeiten, bei denen schlechtere Entgelte gezahlt wurden, entstanden (§§ 10 IV 4, 9 Nr. 2 AÜG).

2. Kein Anspruch für die Vergangenheit?

Keine solchen Entgeltansprüche für die Vergangenheit würden hingegen bestehen, wenn man der von Henssler u. a. entwickelten Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag folgen würde, die im vergangenen Jahr der juristischen Öffentlich-

⁴ Zum Stand der Diskussion vor den Sozialgerichten vgl. die Nachweise bei Lambrich/Grünberg, DB 2012, 2868, 2871.

⁵ Inzwischen ist zusätzlich gesetzlich vorgeschrieben, dass eine solche Abweichung durch Tarifvertrag oder durch Bezugnahme auf den Tarifvertrag nur zulässig ist, soweit der Tarifvertrag nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3 a II AÜG festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet. Zudem gilt eine abweichende tarifliche Regelung nach der Neufassung der §§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten 6 Monaten beim Entleiher oder in einem mit diesem verbundenen Unternehmen eingestellt waren.

keit präsentiert wurde und die auf einem Rechtsgutachten im Auftrag des Arbeitgeberverbandes Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) beruht.⁶ Hiernach sollen Tarifverträge tarifunfähiger Parteien anders behandelt werden als sonstige nichtige Vereinbarungen. Soweit ein solcher „fehlerhafter“ Tarifvertrag im Rechtsverkehr bereits angewendet wurde, soll die Nichtigkeit erst ab der gerichtlichen Feststellung der Tarifunfähigkeit wirken. Dies gelte auch im Bereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes.⁷ Für die Differenzvergütung der Leiharbeitnehmer nach §§ 10 IV 4, 9 Nr. 2 AÜG würde dies bedeuten, dass sie erst ab dem 14. Dezember 2010, dem Datum der Entscheidung des BAG zur Tarifunfähigkeit des CGZP, geltend gemacht werden könnten.

3. Die Fragestellungen dieser Untersuchung

Wie dargelegt ist jedenfalls im Ergebnis das Bundesarbeitsgericht der Ansicht, dass es irgendeinen Schutz der CGZP-Tarifverträge für die Vergangenheit gibt, nicht gefolgt. Da die Autoren aber explizit den Anspruch erheben, sich nicht nur auf den Einzelfall zu beziehen, sondern einen Beitrag zu einer „allgemeinen Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag“ erarbeitet zu haben⁸, soll die rechtliche Tragfähigkeit der genannten Rechtsfigur genauer überprüft werden.

Es wird im Folgenden nicht um die Kritik der Autoren an der CGZP-Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 gehen, wie sie in den Anfangskapiteln zur oben genannten Veröffentlichung zur Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag vorgelegt wurden (Teile 1 und 2 des Buches), sondern nur um die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag selbst, also um die tarifrechtliche Folgen von Entscheidungen zur Feststellung der Tarifunfähigkeit einer Koalition (Teil 3, A des Buches).

Außer Betracht bleiben auch die abschließenden Ausführungen bei Henssler u. a. unter Teil 3, B. Hier geht es um Vertrauensschutz gegen Rechtsprechungsänderungen. In der Sache greifen diese Überlegungen die Kritik der Autoren an der CGZP-Entscheidung des BAG unter einem anderem Aspekt wieder auf, indem sie die dort formulierten Anforderungen der Rechtsprechung an die

⁶ Henssler/Höpfner/Orlowski, Der CGZP-Beschluss des Bundesarbeitsgerichts und seine tarifrechtlichen Folgen, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag, Baden-Baden 2012.

⁷ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 64 ff.

⁸ Henssler u. a. (Fn. 6), Vorwort.

Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen als völlig überraschend kritisieren und aus dieser Kritik folgern, dass die Rechtsprechung nur für die Zukunft Geltung beanspruchen könne.⁹

⁹ Inhaltlich sei insofern auf Bayreuther (Anmerkung zu BAG, AP Nr. 6 zu § 2 TVG Tariffähigkeit) und allgemeiner Koch (SR 2012, 159–168) verwiesen, die belegen, dass ein Vertrauensschutz gegenüber der Entscheidung des BAG zur Tariffähigkeit der CGZP gar nicht in Betracht kommen kann, weil das Gericht sich vorher überhaupt noch nicht zur Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation geäußert hatte. Ein wie auch immer gearteter Vertrauensschutz würde hier in der Sache das Vertrauen darauf schützen, dass das BAG so nicht entscheiden würde. A.A. Rieble, BB 2012, 2945–2951.

II. Die Grundaussagen der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag

Da die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag für sich beansprucht und für sich auch beanspruchen kann, juristisch Neuland zu betreten, sollen die wesentlichen Grundaussagen dieses Ansatzes zunächst einmal vorgestellt werden – weitgehend unkommentiert.

1. Die Probleme nichtiger Dauerschuldverhältnisse

Die Schrift von Henssler u. a. setzt in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung bei der Feststellung an, dass nichtige Verträge nach der gesetzlichen Konzeption von Anfang an nichtig sind, dass also die Nichtigkeitsfolge in die Vergangenheit wirkt.¹⁰ Dies gelte auch für Tarifverträge, betonen die Autoren: Sei eine der Tarifvertragsparteien beim Tarifabschluss nicht tariffähig, sei der Tarifvertrag nach einhelliger Meinung unwirksam, weil ihm eine Wirksamkeitsvoraussetzung fehle.¹¹

a) In Vollzug gesetzte Dauerschuldverhältnisse

Von der Anerkennung der Nichtigkeit des Tarifvertrags einer tarifunfähigen Partei sei aber die Frage zu unterscheiden, welche Auswirkungen die „Geltendmachung der Nichtigkeit, insbesondere durch rechtskräftige Feststellung der fehlenden Tariffähigkeit einer Tarifvertragspartei, auf bereits vollzogene Tarifverträge hat.“¹² Hier sei zu bedenken, dass bei in Vollzug gesetzten Gesellschaftsverträgen ebenso wie bei in Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnissen regelmäßig eine Rückwirkung der Nichtigkeit verneint werde. Im Tarifrecht aber fehle es noch an einem konsistenten Umgang mit dem Problem der vollzogenen

¹⁰ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 26. Auf eine Begründung dieser Feststellung wird allerdings verzichtet.

¹¹ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 41 mit zahlreichen Nachweisen.

¹² Henssler u. a. (Fn. 6), S. 42.

Verträge, obwohl auch hier eine Abkehr von der Nichtigkeit von Anfang an aus der „Natur des Vertragstyps“ folge.¹³

b) Weiterentwicklungsbedarf

In konsequenter Fortentwicklung des fehlerhaften, in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnisses, namentlich der Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsvertrages und der fehlerhaften Gesellschaft, sei daher die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag anzuerkennen, die die Nichtigkeit erst ab der rechtskräftigen Feststellung der Tarifunfähigkeit vorsehe.¹⁴

Mit der Frage, ob es wirklich allgemeine Grundsätze des fehlerhaften Dauerschuldverhältnisses mit diesem Inhalt gibt, wird sich Teil III. dieser Ausarbeitung beschäftigen.

2. Die Probleme nichtiger Tarifverträge

Weil der Tarifvertrag nicht nur die Tarifvertragsparteien selbst binde, sondern die tarifgebundenen Arbeitnehmer normativ erfasse, fordere diese Besonderheit des Tarifvertrags zwingend seine „stärkste Stabilität“, argumentieren Henssler u. a. weiter.¹⁵ Dies folge im Kern aus Art. 9 III GG¹⁶ und gelte auch und gerade im Falle der CGZP-Tarifverträge.

a) Bestandsschutz und Vertrauensschutz

Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie im Hinblick auf diese Stabilität könne allein über die Grundsätze des fehlerhaften Tarifvertrags und den dadurch verwirklichten Schutz des Vertrauens in den Bestand und die Gültigkeit eines Tarifvertrages sichergestellt werden.¹⁷ Im Falle der Nichtigkeit eines Tarifvertrages gelte eine Art Rückwirkungsverbot für die Vergangenheit.

Auch bei den für nichtig erklärten CGZP-Tarifverträgen sei das Vertrauen der Tarifunterworfenen zu schützen, denn diese Tarifverträge seien jeweils in Kraft

¹³ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 42.

¹⁴ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 89, ebenso *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht, § 1 TVG, Rn. 21a, § 2 TVG Rn. 3; *Lembke*, NZA 2011, 1062, 1067.

¹⁵ So Henssler u. a. (Fn. 6), S. 44 unter Bezugnahme auf *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht II, 1. Halbband, 1966, § 18 V 1, S. 353, 354.

¹⁶ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 72.

¹⁷ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 89.

getreten und hätten tarif- oder schuldrechtlich auf die Arbeitsverhältnisse zwischen Arbeitnehmern und Zeitarbeitsunternehmen eingewirkt.

Eine Einschränkung wird jedoch gemacht: Arbeitgeber, die selbst Firmentarifverträge mit der CGZP abgeschlossen haben, sollen sich nicht auf die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag berufen können. Sie seien nicht hinreichend schutzwürdig.¹⁸

b) Besonders schwere Mängel oder entgegenstehende Interessen

Eine Ausnahme vom „Rückwirkungsverbot“ der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag sei aber zu machen, wenn besonders schwere Mängel des Tarifvertrages vorliegen oder gewichtige, rechtlich geschützte Interessen eine ex tunc Nichtigkeit erfordern. Hier gelte dasselbe wie bei der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und bei der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis.

Im Falle der CGZP-Tarifverträge sei der Schutz der Tarifverträge für die Vergangenheit nicht wegen entgegenstehender, geschützter Interessen zu verneinen.

Zu bedenken sei zudem, dass das BAG lediglich aus „formalen Gründen“ der CGZP die Tariffähigkeit abgesprochen habe.¹⁹ Die Fähigkeit der CGZP zum Abschluss ausgewogener Tarifverträge, denen eine Richtigkeitsgewähr zukommt, sei nicht in Abrede gestellt worden. An dieser Stelle greifen die Verfasser ihre Kritik an der Entscheidung des BAG vom 10.12.2010²⁰ wieder auf. Der Mangel der CGZP-Tarifverträge wiege deshalb nicht so schwer, dass er einer Bestandskraft der nichtigen Verträge für die Vergangenheit entgegenstehen könne.

c) Keine Differenzierungen zwischen unterschiedlichen Nichtigkeitsgründen

Eine Rückabwicklung kommt nach der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag schließlich weder bei Tarifverträgen, die aufgrund von Willensmängeln nichtig sind, noch bei Tarifverträgen, die mangels Tariffähigkeit oder Tarifizständigkeit unwirksam sind, in Betracht. Vielmehr seien die Nichtigkeitsfolgen eines fehlerhaften, aber im Rechtsverkehr angewandten Tarifvertrages im Grundsatz,

¹⁸ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 63.

¹⁹ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 63.

²⁰ BAG – 1 ABR 19/10 –, NZA 2011, 289–300.

also generell auf die Zukunft zu beschränken.²¹ Dies folge wiederum zentral aus der Tatsache, dass die Tarifgebundenen im Zentrum der Überlegungen stehen müssten: sie vertrauten typischerweise auf die Wirksamkeit des Tarifvertrages und müssten in diesem Vertrauen geschützt werden. Bei diesem Vertrauensschutz dürfe es keine Unterscheidung zwischen der Unwirksamkeit eines Tarifvertrages wegen Anfechtung oder aufgrund der fehlenden Tariffähigkeit einer Tarifvertragspartei geben.²² Die Zurückhaltung, die Rechtsprechung und Literatur gegenüber der Anfechtbarkeit von Tarifverträgen zeige, müsse für alle Fälle der Nichtigkeit gelten.

Zu diesen Überlegungen wird im Folgenden unter den Teilen IV. und VI. dieser Ausarbeitung Stellung genommen.

d) Rückabwicklungsschwierigkeiten

Relativ ausführlich wird weiter dargelegt, was alles Gegenstand eines Tarifvertrags sein kann: beispielhaft genannt werden Gehalts- und Lohnregelungen, Altersversorgung, Abfindungen, Arbeitszeitregelungen, Urlaub, Abschlussgebote und Kündigungsverbote, Geltendmachung von Ansprüchen und Ausschlussfristen, sowie Betriebsnormen.²³ Anhand dieser Vielfalt werden dann die Schwierigkeiten der Rückabwicklung all dieser Komponenten eines Arbeitsverhältnisses dargelegt. Betont wird, dass all diese Schwierigkeiten nicht nur bei den typischerweise begünstigenden Tarifverträgen bestünden, sondern auch bei „arbeitnehmerungünstigen“ Tarifverträgen, wie sie im Falle der CGZP-Tarifverträge gegeben seien.²⁴ Wegen der dargelegten Probleme sei eine Anerkennung der Bestandskraft nichtiger Tarifverträge für die Vergangenheit unbedingt zu befürworten.

Zu diesen Argumentationen wird im Folgenden unter Teil V. und Teil VI. Stellung genommen. Dabei geht es unter V. um die Rückabwicklung im Allgemeinen, während Teil VI. das tarifdispositive Gesetzesrecht erfasst, welches für das Abbedingen des Gleichstellungsgebotes nach dem AÜG maßgeblich ist und das durch den von den Autoren verwendeten Begriff „arbeitnehmerungünstiger“ Regelungen juristisch nur sehr unzulänglich erfasst wird.

²¹ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 89.

²² Henssler u. a. (Fn. 6), S. 47 f.

²³ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 49 ff.

²⁴ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 64 ff.

3. Konsequenzen und Gang dieser Untersuchung

Wie in der Einführung dargelegt hätte die Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag in der Leiharbeit erhebliche Konsequenzen. Differenzentgelte zwischen den Bezügen, die sich aus dem nichtigen Tarifvertrag ergeben hatten und den Equal Pay-Entgelten könnten erst ab der rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeit geltend gemacht werden. Entsprechendes würde dann auch für die sozialversicherungsrechtlichen Nachforderungen gelten. Für die Unternehmen in der Leiharbeitsbranche würden aktuell erhebliche Geldbeträge gespart, für die Zukunft würden die Risiken der Vereinbarung und Anwendung nichtiger Tarifverträge erheblich reduziert.

In der folgenden Untersuchung soll deshalb zunächst überprüft werden, ob es überhaupt „allgemeine Grundsätze des fehlenden Dauerschuldverhältnisses“ gibt, wie das die Autoren angeben und ob der Tarifvertrag in diesem Sinne ein Dauerschuldverhältnis ist (Teil III.).

Dann soll untersucht werden, ob die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag wirklich aus Art. 9 III GG legitimierbar ist und welche Bedeutung die Tariffähigkeit im Gesamtsystem der Tarifautonomie hat (Teil IV. der Untersuchung).

Daran anschließend ist zu prüfen, ob und inwieweit es wirklich Schwierigkeiten der Rückabwicklung von nichtigen Tarifverträgen gibt, die ein Abweichen vom gesetzlichen Modell der Nichtigkeit begründen könnten (Teil V.).

Schließlich soll – obwohl und weil sich die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag dazu ausschweigt – untersucht werden, wie sich eine Nichtigkeit ex nunc mit dem tarifdispositiven Gesetzesrecht, das die Entgelte in der Leiharbeit prägt, aber auch sonst im Arbeitsrecht zu verzeichnen ist, vereinbaren lässt (Teil VI.). Dabei soll vor allem geprüft werden, inwieweit hier so schützenswerte entgegenstehende Interessen bestehen, dass sich jedenfalls in diesem Bereich eine Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag verbietet.

Die Untersuchung endet mit einem Resümee (VII.).

III. Die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag als Teil allgemeiner Grundsätze des fehlerhaften Dauerschuldverhältnisses?

Wie eingangs dargelegt, ist inzwischen geklärt, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) keine tariffähige Spitzenorganisation im Sinne des § 2 Abs. 3 TVG ist und dies auch seit ihrer Gründung nie war.²⁵

1. Das Fehlen der Tariffähigkeit und die rechtlichen Folgen

Das Fehlen der Tariffähigkeit führt nach (bisher) allgemeiner Meinung dazu, dass die von einer solchen Organisation abgeschlossenen Tarifvereinbarungen nicht rechtswirksam sein können: Die Tariffähigkeit ist ebenso Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vereinbarung eines Tarifvertrages wie die Rechtsfähigkeit einer Person oder Personengemeinschaft für die Vereinbarung eines sonstigen Vertrages. Dementsprechend ist jeder von einer nicht tariffähigen Vereinigung abgeschlossene Tarifvertrag nichtig.²⁶ Das bedeutet nach der allgemeinen Lehre, dass der Tarifvertrag von Anfang an nicht die nach seinem Inhalt bezweckten Rechtswirkungen entfalten kann, denn der maßgebliche Fehler besteht von Anfang an.

2. Die Sonderregeln

Der Grundsatz, dass nichtige Rechtsgeschäfte von Anfang an unwirksam sind, wird allerdings teilweise durch Sonderregeln eingeschränkt. Gesetzliche Sonderregeln finden sich in erster Linie im Gesellschaftsrecht, etwa in § 277 AktG

²⁵ Vgl. oben Fn. 2 und 3.

²⁶ BAG 13.3.2013, Pressemeldung Nr. 17/13; BAG 15.11.2006 – 10 AZR 665/05 –, NZA 2007, 448, 451; LAG Baden-Württemberg 20.3.2012 – 22 Sa 71/11 –, n.rkr. Az. beim BAG 1 AZB 72/12, DB 2013, 127, 128; Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 TVG Rn. 160; Natter/Gross/Zimmermann, ArbGG, § 97 Rn. 33 ff.; Schaub/Treber, § 198 Rn. 4; Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, § 9 Rn. 119.

und in § 77 GmbHG, wonach die Nichtigkeit zur Anwendung des Abwicklungsrechts führt, nicht zur ex tunc-Unwirksamkeit, oder in § 20 II UmwG, wonach Mängel der Verschmelzung die Wirkung der Eintragung sogar unberührt lassen.

Daneben haben sich aber durch richterliche Rechtsfortbildung in zwei Fällen weitere Sonderregelungen ergeben: bei dem fehlerhaften Gesellschaftsvertrag und bei dem fehlerhaften Arbeitsvertrag soll eine Nichtigkeit regelmäßig nur ex nunc wirken, d. h. nicht für die Vergangenheit gelten.

3. Verallgemeinerbarkeit der richterrechtlichen Sonderregeln?

Henssler u. a. gehen nun von der Annahme aus, dass die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ebenso wie die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis von gemeinsamen rechtlichen Grundüberlegungen getragen wird und dass diese Grundsätze auch auf fehlerhafte Tarifverträge zu beziehen seien. Die genannten Gemeinsamkeiten bestünden in den typischen Abwicklungsschwierigkeiten bei Dauerschuldverhältnissen und den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und des Rückwirkungsverbots.²⁷ Ob dieser Ansatz wirklich überzeugen kann, ist jedoch zweifelhaft. Deshalb sollen im Folgenden zunächst die angeführten richterrechtlichen Sonderregeln, die so genannte Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und die so genannte Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis auf übereinstimmende und übertragungsfähige Grundüberlegungen überprüft werden.

4. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

Die Gründung einer Gesellschaft ebenso wie ihre Auflösung wird in gleicher Weise wie der Beitritt oder der Austritt von Gesellschaftern durch Rechtsgeschäft vollzogen. Dementsprechend unterliegen all diese Aktivitäten den Regelungen über Rechtsgeschäfte. Daraus folgt, dass bei gravierenden Mängeln, die nicht nur Teilbereiche betreffen, die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts festgestellt wird (z. B. bei Willensmängeln, bei Nichtbeachtung von Formvorschriften, bei Gesetzesverstößen). In der Konsequenz ist dann etwa die Gründung der Gesellschaft von Anfang an rechtsunwirksam, sie muss rückabgewickelt werden. Nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist dies jedoch

²⁷ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 26.

nicht so: nach Vollzug des fehlerhaften Gründungsvertrages durch die Aufnahme rechtlicher Aktivitäten nach innen und außen wird die fehlerhafte Gesellschaft wie eine wirksame Gesellschaft betrachtet, soweit dies die allgemeine rechtliche Wertordnung zulässt. Die Rechtsfolgen des Mangels werden auf eine Auflösbarkeit des fehlerhaften Rechtsverhältnisses für die Zukunft reduziert.²⁸

Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft sind zunächst schrittweise durch die Rechtsprechung geprägt worden.²⁹ Später hat sie dann die Literatur dogmatisch verfestigt und differenziert: Insbesondere wurde das Konzept der fehlerhaften Gesellschaft vom Modell der „faktischen Gesellschaft“ abgegrenzt, das als überholt angesehen wird, weil weitgehend Einigkeit darüber besteht, dass es unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie problematisch ist, allein auf ein faktisches Zusammenwirken abzustellen und ganz vom Vorliegen eines irgendwie rechtsförmigen Zusammenwirkens abzusehen.³⁰

Inzwischen ist anerkannt, dass es sich bei der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft um ein klassisches Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung handelt, zum Teil wird – worauf auch Henssler u. a. hinweisen – sogar schon von Gewohnheitsrecht gesprochen.³¹ Dies ist bei einer mehr als 100-jährigen Anwendung eines solchen Konstrukts nicht wirklich verwunderlich. Zumindest die Verbreitung und Üblichkeit der Rechtsfigur wird auch durch das nicht selten verwendete Kürzel „LiG“ für den Begriff Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft illustriert. Auf der anderen Seite ist jedoch zu betonen, dass bis heute vor allem über die Konturen der Rechtsfigur und die Grenzen ihrer Anwendung durchaus kontroverse Ansichten bestehen. So ist auch die nach wie vor nicht versiegte –

²⁸ Erman/Westermann, § 705 Rn. 73.

²⁹ Vgl. z. B. RGZ 123, 102, 106 f. zum Schutz des Rechtsverkehrs bezüglich der Kapitalgrundlage einer GmbH nach Eintragung; RGZ 165, 193, 204 ff. keine „rückwirkende Vernichtung des so im Rechtsverkehr aufgetretenen Gebildes“, hier einer Kommanditgesellschaft; BGHZ 3, 285 ff. zur Auflösung der sog. faktischen Gesellschaft; BGHZ 11, 190 ff. keine sog. faktische Gesellschaft bei Fehlen jeglicher Vertragsgrundlage; BGHZ 55, 5, 9 zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft allgemein und bei der stillen Gesellschaft; BGHZ 75, 214, 217 zur Nichtanwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft bei einem Verstoß gegen das Bundesapothekengesetz.

³⁰ Bamberger/Roth/Schöne, BGB, Bd. 2, § 705 Rn. 84; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht § 6 I 2, S. 138. Auch der rein pragmatische Hinweis auf Abwicklungsschwierigkeiten wird als unzulänglich angesehen, vgl. besonders Soergel/Hadding/Kiefling, § 705 Rn. 85, 86 sowie in diesem Beitrag unten III. 3.

³¹ MüKoBGB/Ulmer, § 705 Rn. 323 ff.; Staudinger/Habermeier, § 705 Rn. 63.

nicht selten monographische – Auseinandersetzung mit dem Thema zu erklären.³²

a) Hintergrund und Zweck

Hintergrund der Erarbeitung und Verwendung der Rechtsfigur der fehlerhaften Gesellschaft ist die Tatsache, dass die Mängel eines Gesellschaftsvertrages nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre an sich dazu führen, dass die rechtlichen Grundlagen der Gesellschaft von Anfang an fehlen. Je länger die Gesellschaft im Rechtsleben agiert hat und je später ihre Mängel erkannt werden, desto mehr stellt sich aber die Frage, ob es wirklich sachgerecht ist, immer eine rückwirkende Abwicklung vorzunehmen. Im Außenverhältnis wurden dagegen zunächst die Grundsätze des Rechtsscheins, also des Schutzes des Rechtsverkehrs zu Gunsten Dritter ins Feld geführt, später wurde auch im Innenverhältnis unter dem Gesichtspunkt eines zu beachtenden Bestandsschutzinteresses der Gesellschafter darauf verwiesen, dass eine rückwirkende Abwicklung zu vermeiden ist.³³

b) Voraussetzungen und Grenzen

Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft wird angewendet, wenn es a) Gründungsmängel der Gesellschaft gibt, die ihrer Rechtswirksamkeit entgegenstehen, wenn b) die Gesellschaft gleichwohl vollzogen, d. h. nach außen aktiv wurde und wenn es c) keine schutzwürdigen Interessen gibt, die einer Anwendung der genannten Lehre entgegenstehen. Letzteres ist der Fall, wenn gewichtige Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen entgegenstehen, z. B. bei einem Verstoß des Gesellschaftszwecks gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB, gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB oder bei der Beteiligung eines Minderjährigen an der Gesellschaft. Die Rechtsprechung hat sich in zahlreichen Rechtsstreitigkeiten vor allem mit dem verbotenen Gesellschaftszweck auseinandersetzen müssen (Steuerhinterziehung, Kartell-

³² Vgl. für das umfangreiche allgemeine Schrifttum damals und heute nur die Hinweise bei *Soergel/Hadding/Kießling*, § 705 vor Rn. 70, die Ausführungen von *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht*, § 2 V 2, S. 152 sowie für die monographische Literatur beispielhaft *Kort*, *Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht*, 1998; *C. Schäfer*, *Die Lehre vom fehlerhaften Verband*, 2002.

³³ *MüKoBGB/Ulmer*, § 705 Rn. 324/325.

verbot, Verstoß gegen berufsrechtliche Vorschriften).³⁴ In all diesen Fällen bleibt es bei einer Abwicklung nach allgemeinen Grundsätzen.³⁵

Obwohl die Rechtsfigur der fehlerhaften Gesellschaft – wie gezeigt – fest etabliert ist, gibt es nach wie vor einzelne Streitfragen über die Anwendung oder Nichtanwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Übertragbarkeit der genannten Grundsätze auf den fehlerhaften Beitritt, die fehlerhafte Übertragung oder den fehlerhaften Austritt.³⁶ Beispielhaft genannt sei weiter die Diskussion um die Frage, ob eine Ausnahme von der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft gemacht werden muss, wenn sich ein Ehegatte ohne eine nach § 1365 BGB erforderliche Zustimmung des Ehepartners mit seinem gesamten Vermögen an einer Gesellschaft beteiligt, weil insoweit der Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie Vorrang genießen könnte.³⁷

c) Die Konzeption insgesamt

Auch die dogmatische Einordnung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist noch in Streit.³⁸ Klar ist jedoch, dass der oben unter II. vorgestellte Ansatz von Henssler u. a., der auf eine Lehre vom fehlerhaften, aber bereits in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnis fokussiert, in diesem Zusammenhang keinen Platz hat. Allein die Tatsache einer längerfristigen Bindung wird zu Recht nicht als maßgebend und auch nicht als ausreichend angesehen. Im Gegenteil: Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft wird insgesamt auch als ein Symbol für die „Eigenständigkeit des Gesellschaftsrechts als Personen- und Organisationsrecht, das in beträchtlichem Umfang von der allgemeinen Vertragslehre abge-nabelt wurde“ bezeichnet.³⁹ Es gelte, die „soziale Wirklichkeit des Verbandes mit den Maßstäben des Vertragsrechts zu versöhnen“.⁴⁰ Andere sprechen von einer „spezifisch gesellschaftsrechtlichen Beurteilung der Rechtsfolgen“ aus der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages.⁴¹ Jedenfalls aber wird betont, dass ge-

³⁴ Staudinger/*Habermeier*, § 705 Rn. 68; Kübler/*Assmann*, Gesellschaftsrecht, § 26 IV, S. 396 ff. Kritisch dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 6 III 3, S. 149 ff.

³⁵ Bamberger/*Roth/Schöne*, § 705 Rn. 86 ff.; MüKoBGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 332 ff.; Soergel/*Hadding/Kießling*, § 705 BGB Rn. 71, 80 ff.

³⁶ Vgl. Baumbach/*Hopt*, HGB, § 105 Rn. 92 ff.; Soergel/*Hadding/Kießling*, § 705 BGB Rn. 89 ff.

³⁷ MüKoBGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 341.

³⁸ Vgl. zum Streitstand MüKoBGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 347 ff.

³⁹ Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, § 2 V, 148.

⁴⁰ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 6 I 1, S. 137.

⁴¹ Soergel/*Hadding/Kießling*, § 705 BGB Rn. 70/71.

rade die Organisation zu einer Überlagerung der zugrundeliegenden Schuldverhältnisse führt.

Die rechtliche Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft ist also zumindest der Doppelnatur von Gesellschaften (Schuldverhältnis und Organisation) geschuldet, eher aber einem dominierenden verbandsrechtlichen Prinzip.⁴² Mit dem Dauerschuldverhältnis hat sie – entgegen der Ansicht von Henssler u. a. – weniger zu tun.

Ebenso hat sich gezeigt, dass die Gedanken des Vertrauensschutzes in Bezug auf die Akteure selbst und erst Recht Überlegungen zum Rückwirkungsverbot hier in keiner Weise eine Rolle spielen.

d) Konsequenzen für die Verallgemeinerbarkeit

Wie soeben dargelegt, lassen sich die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht darauf zurückführen, dass es sich um Dauerschuldverhältnisse handelt. Auch die von Henssler u. a. angeführten Gedanken des Vertrauensschutzes oder eines Rückwirkungsverbotesspielen keine Rolle.

Vielmehr ist für die fehlerhafte Gesellschaft die entstandene Organisation konzeptioneller Anknüpfungspunkt. Dazu kommen Überlegungen des Verkehrs- und Bestandsschutzes.

Hinzukommt, dass die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nach allgemeiner Meinung überhaupt nur zur Anwendung kommen kann, wenn es keine entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen gibt, die Vorrang genießen. Dies steht einer generellen Übertragung immer dann entgegen, wenn eine generelle Interessenanalyse erweist, dass der Verkehrs- und Bestandsschutz nicht vorrangig sind. Darüber hinaus kann im Einzelfall ebenso eine Anwendung ausgeschlossen sein, weil besonders schutzwürdige Interessen von Einzelnen oder der Allgemeinheit in diesem Falle in Rede stehen.

5. Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis

Genauso wie die eben diskutierte Gesellschaft wird auch der Arbeitsvertrag durch Rechtsgeschäft begründet. Dementsprechend ist er ebenso wegen rechtlicher Fehler anfechtbar, auch kann er aus anderen Gründen (fehlende Geschäftsfähigkeit, Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot o. Ä.) nichtig sein. Die Nichtig-

⁴² Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, § 26 I, S. 391; MüKo/Ulmer, § 705 Rn. 355 (so wohl auch Erman/Westermann, § 705 Rn. 74).

keit eines Rechtsgeschäfts führt – wie oben dargelegt – dazu, dass von Anfang an kein rechtswirksames Rechtsgeschäft besteht. Demgemäß kann bei einem Rechtsfehler bei Vertragsschluss, der zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, auch im Arbeitsrecht kein rechtswirksamer Arbeitsvertrag zustande kommen.

Ist das Arbeitsverhältnis allerdings vollzogen, hat also ein Leistungsaustausch stattgefunden, gelten hier nach der Rechtsprechung, die von der Literatur im Grundsatz befürwortet wird – ähnlich wie bei der vollzogenen Gesellschaft – Sonderregeln.⁴³ In den Worten des BAG⁴⁴: Ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis wird für den Zeitraum, in dem es trotz der ihm anhaftenden Mängel in Vollzug gesetzt war, wie ein fehlerfrei zustande gekommenes Arbeitsverhältnis behandelt.“ Eine Rückabwicklung der gewährten Leistungen kommt also nicht in Betracht, insbesondere kann der Arbeitnehmer für die Vergangenheit die vereinbarte Vergütung behalten. Ebenso standen und stehen ihm im Falle einer Erkrankung in der Vergangenheit Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu.⁴⁵ Auch alle sonstigen Regelungen des Arbeitnehmerschutzes (Urlaub etc.) gelten.

Für die Zukunft können sich die Parteien aber ohne weiteres durch eine einfache Erklärung voneinander trennen. Das Kündigungsschutzgesetz oder andere Regeln zum Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses greifen nicht, weil aktuell kein rechtswirksames Arbeitsverhältnis besteht.⁴⁶

Ebenso wie im Falle der fehlerhaften Gesellschaft sind aber auch beim fehlerhaften Arbeitsverhältnis besondere Grenzen der Anwendbarkeit dieser Rechtsfigur zu beachten, wenn grundlegende rechtliche Wertungen die Nichtigkeit auch für die Vergangenheit erfordern (dazu genauer unter b).

a) Hintergrund und Zweck

Anders als im Gesellschaftsrecht wird im Arbeitsrecht sowohl der Begriff „faktisches Arbeitsverhältnis“ als auch der Begriff „fehlerhaftes Arbeitsverhältnis“ verwendet, allerdings nicht selten mit dem Hinweis, dass der letztgenannte Begriff eigentlich besser sei.⁴⁷ Dahinter steht jedoch keine besondere Konzeption: im Gegenteil besteht inzwischen Einvernehmen darüber, dass es – ebenso wie im Gesellschaftsrecht – eines zwar gestörten, aber doch real existierenden

⁴³ Vgl. für die ganz h. M. Palandt/*Weidenkaff*, Einf. vor § 611 Rn. 29, § 611 Rn. 22, 23; *ErfK/Preis*, § 611 BGB Rn. 145 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

⁴⁴ BAG 27.7.2010 – 3 AZR 317/08 –, AP Nr. 3 zu § 4 BBiG, Rn. 26.

⁴⁵ BAG 15.1.1986 – 5 AZR 237/84 –, NZA 1986, 561, 562.

⁴⁶ *ErfK/Preis*, § 611 BGB Rn. 147; *Schaub/Linck*, § 34 III 2, S. 248, Rn. 48 ff.

⁴⁷ So z. B. BAG 3.11.2004 – 5 AZR 592/03 –, NZA 2005, 1409–1411.

Vertragsschlusses als Grundlage bedarf und dass z. B. eine Arbeitsleistung allein nicht ausreicht, um ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis zu begründen⁴⁸ – insofern erscheint der Begriff „faktisch“ tatsächlich als etwas irreführend.⁴⁹

Maßgeblicher Grund für die Rechtsfigur des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses sind die arbeitsrechtsspezifischen Schwierigkeiten der Rückabwicklung nach den Grundsätzen des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff BGB).⁵⁰ Die Parteien des Arbeitsvertrags schulden einander nach § 611 BGB die Leistung der vereinbarten Dienste und im Gegenzug die Gewährung der vereinbarten Vergütung als Hauptpflichten. Selbstverständlich kann die Leistung der Dienste, die verausgabte Arbeitskraft nicht im Sinne von § 812 I 1 BGB tatsächlich herausgegeben werden. Wie ist es aber mit dem dann anwendbaren § 818 II BGB, wonach deren „Wert zu ersetzen“ ist? Hier müsste der Nutzen der Arbeit für den Arbeitgeber zugrunde gelegt werden, dessen Ermittlung aber regelmäßig auf große Schwierigkeiten stößt. Die Bestimmung der Differenz zwischen vereinnahmtem Arbeitsentgelt und Wertersatz im oben genannten Sinne birgt jedenfalls die Gefahr neuer Konflikte. Auch die Rückgabe der erhaltenen Vergütung durch den Arbeitnehmer ist nicht problemlos, jedenfalls in einigen Fällen könnte sich der Arbeitnehmer auf einen Wegfall der Bereicherung (§ 818 III BGB) berufen.

Vertragliche Nebenpflichten und Leistungen des Arbeitgebers, die er aus Arbeitnehmerschutzgesichtspunkten zu erbringen hatte, können ebenfalls nicht rückabgewickelt werden, ohne neue Rechtsprobleme aufzuwerfen. Sollte wirklich der Arbeitnehmer der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle verlustig gehen, weil der Arbeitgeber in dieser Zeit nicht von der Arbeitsleistung profitieren konnte? Das wäre ein erheblicher Eingriff in das Konzept des Arbeitnehmerschutzes, das dem gesamten Arbeitsrecht zugrunde liegt. Ähnlich ist es bei zahlreichen anderen Vorschriften zum Arbeitnehmerschutz.

Alles in allem zeigt sich, dass die Besonderheit des Arbeitsverhältnisses, eine Leistung zum Vertragsgegenstand zu haben, die untrennbar mit dem Menschen verbunden ist, eine Rückgewähr der jeweils empfangenen Leistungen so problematisch macht, dass hier Sonderregelungen erforderlich sind. Grundlage der Konzeption des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses sind also im Kern das personenrechtliche Element dieses Vertragsverhältnisses und der Arbeitnehmerschutz.

⁴⁸ Ausführlich zur Entwicklung Münchner Handbuch/*Richardi/Buchner*, § 34 Rn. 40.

⁴⁹ *ErfK/Preis*, § 611 BGB Rn. 145; *Kittner/Zwanziger/Deinert-Becker*, § 21 Rn. 4, 5.

⁵⁰ *Krause, Arbeitsrecht*, § 6 Rn. 26 ff.

b) Voraussetzungen und Grenzen

Für die Geltung der Rechtsfigur des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses ergeben sich drei maßgebliche Voraussetzungen:

- Es muss tatsächlich ein Vertrag geschlossen worden sein, der sich dann allerdings als nichtig erwiesen hat. Mit dieser Voraussetzung soll das fehlerhafte Arbeitsverhältnis von einer rein faktischen Arbeitsaufnahme abgegrenzt werden.
- Der Vertrag muss auch vollzogen worden sein. Wie oben zitiert, formuliert das BAG „ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis wird für den Zeitraum, in dem es trotz der ihm anhaftenden Mängel in Vollzug gesetzt war, wie ein fehlerfrei zustande gekommenes Arbeitsverhältnis behandelt“.⁵¹ Daraus folgert die h. M., dass dann, wenn zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Vergangenheit das Arbeitsverhältnis außer Vollzug gesetzt wird und die Arbeit auch nicht wieder aufgenommen wird, das fehlerhafte Arbeitsverhältnis nur vom Beginn des Vollzuges bis zu dessen Ende anzuerkennen ist.⁵² Daraus lässt sich entnehmen, dass es bei der Rechtsfigur des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses mehr als bei der Rechtsfigur der fehlerhaften Gesellschaft auf das typische Vorhandensein von Schwierigkeiten der Rückabwicklung ankommt. Bestehen diese nicht (mehr), gibt es auch keinen Spielraum für die Anwendung von Sonderregeln.
- Schließlich muss es sich um Nichtigkeitsgründe handeln, die von ihrer rechtlichen Beschaffenheit und Wertigkeit geeignet sind, das fehlerhafte Arbeitsverhältnis für die Vergangenheit rechtlich wie ein reguläres Arbeitsverhältnis zu behandeln. Es gibt Mängel, die so gewichtig sind, dass rechtlich nicht einmal die vergangenheitsbezogene und vorübergehende Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses hingenommen werden darf. Solche Mängel liegen vor, wenn die Arbeitsleistung selbst sittenwidrig ist (dies wurde z. B. entschieden für einen Arbeitsvertrag, der Geschlechtsverkehr auf der Bühne zum Gegenstand hatte)⁵³ oder wenn sie gegen besonders wichtige Gesetzesregeln verstößt, wie dies etwa der Fall ist, wenn jemand als angestellter Arzt arbeitet, ohne dass die erforderliche Approbation vorliegt oder erteilt werden kann.⁵⁴ Ebenso kann auch ein Vertrag, der geschlossen wird, um einen Betrieb entgegen § 7 HandwO eine Eintragung in die Handwerksrolle zu ermöglichen, keine – auch keine nur begrenzte – rechtliche Akzeptanz genießen. Das BAG formuliert hierzu wörtlich: „Die durch das Verbotsgesetz beabsichtigte Spezial- und Generalprävention schließt es aus, wirksame vertragliche Ansprüche für die Vergangenheit

⁵¹ BAG 27.7.2010 – 3 AZR 317/08 –, AP Nr. 3 zu § 4 BBiG, Rn. 26.

⁵² BAG 3.12.1998 – 2 AZR 754/97 –, NZA 1999, 584–586; Krause, Arbeitsrecht, § 6 Rn. 28.

⁵³ BAG 1.4.1976 – 4 AZR 96/75 –, AP Nr. 34 zu § 138 BGB.

⁵⁴ So BAG 3.11.2004 – 5 AZR 592/03 –, AP Nr. 25 zu § 134 BGB; Preis, Individualarbeitsrecht, § 23, S. 317.

anzuerkennen.⁵⁵ Auch Arbeitsverträge, die mit Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen Personen geschlossen werden, werden in diesem Zusammenhang genannt.⁵⁶ Als Grund wird hier hervorgehoben, dass ansonsten der Minderjährigenschutz leer zu laufen drohe. Z. T. wird die Nichtanwendbarkeit der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsvertrag auch bereits bei vorwerfbarem Verhalten bei Vertragsschluss befürwortet.⁵⁷ In jedem Einzelfall wird eine Abwägung zwischen der Bedeutung der verletzten Rechtsgüter und den Problemen bei der Rückabwicklung der missglückten Vertragsbeziehung vorzunehmen sein.

c) Die Konzeption insgesamt

Über die Konzeption und Legitimation der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis wird weniger gestritten als um die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft. Es besteht – wie erwähnt – Einigkeit in der Ablehnung einer rein faktischen Sicht des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses. Die früher maßgeblichen Lehren, die auf eine konkrete Ordnung des Betriebes oder durch eine Eingliederung in eine Gemeinschaft geprägt wurden, sind ebenso abgelehnt worden, wie die Annahme der Gründung eines Arbeitsverhältnisses allein auf die Arbeitstätigkeit.⁵⁸

Als maßgeblich steht heute im Mittelpunkt, dass die unwiderrufliche Inkorporation der Arbeitsleistung in das Vermögen des Arbeitgebers den Lebenssachverhalt prägt.⁵⁹ Hinzu kommt, dass die Besonderheit des Arbeitsverhältnisses, eine Leistung zum Vertragsgegenstand zu haben, die untrennbar mit dem Menschen verbunden ist, eine Rückgewähr der jeweils empfangenen Leistungen auch und gerade in Bezug auf Arbeitnehmerschutzregelungen so problematisch macht, dass hier Sonderregelungen erforderlich sind. Grundlage der Konzeption des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses sind also im Kern das personenrechtliche Element dieses Vertragsverhältnisses und der Arbeitnehmerschutz.

⁵⁵ BAG 18.3.2009 – 5 AZR 355/08 –, NZA 2009, 663, 665.

⁵⁶ Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching/Joussen, Arbeitsrecht, § 611 BGB Rn. 130 mit weiteren Nachweisen. Ausführlich auch Münchner Handbuch/Richardi/Buchner, § 34 Rn. 44 ff.

⁵⁷ Besonders deutlich Joussen, NZA 2006, 963–967, im Ansatz aber auch BAG 3.12.1998 – 2 AZR 754/97 –, NZA 1999, 584–586 unter Rn 19.

⁵⁸ Vgl. ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen Staudinger/Richardi/Fischinger, § 611 BGB Rn. 304 f.

⁵⁹ Staudinger/Richardi/Fischinger, § 611 BGB Rn. 307.

d) Konsequenzen für die Verallgemeinerbarkeit

Es hat sich gezeigt, dass sich die Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses ebenso wenig wie die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft darauf zurückführen lassen, dass es sich um Dauerschuldverhältnisse handelt. Während bei der fehlerhaften Gesellschaft die entstandene Organisation konzeptioneller Anknüpfungspunkt ist, besteht dieser beim fehlerhaften Arbeitsverhältnis in dem personenrechtlichen Element dieses Vertragsverhältnisses und im unverzichtbaren Arbeitnehmerschutz.⁶⁰

Ebenso ist deutlich geworden, dass im Arbeitsrecht besonderer Wert darauf gelegt wird, dass wirklich Abwicklungsschwierigkeiten in Rede stehen. Auch dieses Element ist beim nichtigen Tarifvertrag typischerweise nicht gegeben. Der Tarifvertrag selbst muss nämlich nicht rückabgewickelt werden; auch die von ihm (mit-)gestalteten Arbeitsverhältnisse verlieren ihre rechtliche Basis nicht. Durch den nichtigen Tarifvertrag entsteht lediglich eine Lücke im Arbeitsvertrag, der mit dem gesetzlichen Arbeitnehmerschutzrecht, den individualvertraglichen Regelungen und der ergänzenden Vertragsauslegung ausgefüllt werden kann.⁶¹ Einer besonderen Lehre bedarf es dazu nicht.

Eine Gemeinsamkeit gibt es allerdings: ebenso wie die Rechtsfigur von der fehlerhaften Gesellschaft nur zur Anwendung kommen kann, wenn es keine entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen gibt, die Vorrang genießen, gilt dies auch für die Rechtsfigur des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses. Gerade in diesem Punkt hat allerdings die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag im Sinne von Henssler u. a. erhebliche Lücken. So setzt sie sich nicht damit auseinander, dass beim Fehlen der Tariffähigkeit erhebliche entgegenstehende rechtliche Interessen zu berücksichtigen sind, sodass auch eine nur vorübergehende rechtliche Akzeptanz der Tarifverträge nicht in Betracht kommt. Erst recht gilt dies, wenn tarifdispositives Gesetzesrecht in Rede steht, wie dies beim AÜG der Fall ist.

6. Allgemeine Grundsätze des fehlerhaften Dauerschuldverhältnisses?

Ein Dauerschuldverhältnis wird dadurch geprägt, dass während seiner Laufzeit kontinuierlich neue Leistungs-, Neben- und Schutzpflichten entstehen. Beispiele für gesetzlich kodifizierte Dauerschuldverhältnisse sind außer den hier schon diskutierten Arbeits- und Gesellschaftsverhältnissen Miete, Pacht

⁶⁰ Ebenso Rieble, BB 2012, 2945, 2948.

⁶¹ Genauer unten Teil V.

und Leihe; viele andere Schuldverhältnisse können sowohl als Dauerschuldverhältnisse gestaltet sein als auch nur zum einmaligen Leistungsaustausch genutzt werden.⁶²

a) Der Tarifvertrag als Dauerschuldverhältnis?

Dass der Tarifvertrag ein Dauerschuldverhältnis in diesem Sinne ist, muss bezweifelt werden.⁶³

Im schuldrechtlichen Teil, d. h. in Bezug auf das Verhältnis der Tarifvertragsparteien untereinander, kann man möglicherweise von einem Dauerschuldverhältnis sprechen. Um dieses Verhältnis geht es Henssler u. a. aber explizit nicht.

Anders als alle genannten Vertragsverhältnisse begründet der Tarifvertrag in seinem maßgeblichen normativen Teil aber keinerlei Vertragsbeziehungen, sondern er gestaltet nur den Inhalt von Arbeitsverhältnissen, gegebenenfalls gestaltet er diesen Inhalt um. Dies ist in verschiedenen rechtlichen Varianten möglich. Regelmäßig gilt der Tarifvertrag entweder nach § 4 I TVG unmittelbar und zwingend oder er findet Anwendung, weil die Arbeitsvertragsparteien ihn in Bezug genommen haben. Auch eine Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG oder eine Anwendung der Mindestlohnregeln des AEntG kann zur tarifvertraglichen (Um-)Gestaltung von Arbeitsverhältnissen führen.

b) Die Offenheit der gesetzlichen Normierungen

Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses, der von der Rechtsprechung und Lehre entwickelt worden war und zunächst nur in Sonderregeln außerhalb des BGB Verwendung fand, hat inzwischen Eingang in die Rechtsregeln des BGB gefunden.⁶⁴ Als Lösungsmöglichkeit vom Dauerschuldverhältnis hat der Gesetzgeber in § 314 BGB die Kündigung vorgesehen und insoweit besondere Anforderungen formuliert. Spezialgesetzliche Regelungen, etwa für das Arbeitsrecht das Kündigungsschutzgesetz, gehen dieser Norm immer vor.

In § 313 III 2 BGB wird für den Fall der Störung der Geschäftsgrundlage bestimmt, dass für Dauerschuldverhältnisse an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur Kündigung tritt.

⁶² Palandt/*Grüneberg*, § 314 BGB Rn. 2. Zur Vielfalt der Möglichkeiten in diesem Bereich vgl. insbesondere MüKo-BGB/*Gaier*, § 314 Rn. 5 ff.

⁶³ Ebenso Stein, FS Kempen, S. 88, 95.

⁶⁴ Palandt/*Grüneberg*, § 134 BGB Rn. 2; Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2008, § 15 Rn. 52 ff.

Diese Normstruktur macht deutlich, dass als Regelfall für die Lösung von einem Dauerschuldverhältnis die zukunftsorientierte Kündigung zu sehen ist.

Ansätze dafür, dass auch bei einer Nichtigkeit des Vertrages nur eine Lösung für die Zukunft möglich sein soll, lassen sich aus dieser Normstruktur hingegen nicht entnehmen. Deshalb lässt die Rechtsprechung auch bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen den Rücktritt durchaus zu, wenn es sachgerecht ist und die Interessenlage, insbesondere die Interessen der Beteiligten dies erfordern.⁶⁵

7. Ergebnis

Dies alles führt dazu, dass sich eine Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag nicht damit begründen lässt, dass der Tarifvertrag ein Dauerschuldverhältnis ist und dass fehlerhafte Dauerschuldverhältnisse im Falle ihres Vollzugs im Allgemeinen nur zukunftsbezogen auflösbar wären.

Der Tarifvertrag ist zwar auf eine gewisse Dauer angelegt, aber er begründet in seinem normativen Teil kein Schuldverhältnis, sondern gestaltet lediglich die Arbeitsverhältnisse der Tarifunterworfenen bzw. derjenigen Arbeitnehmer, die den Tarifvertrag in Bezug genommen haben. Insofern fehlt der genannten Lehre schon die rechtliche Grundlage, denn ein Dauerschuldverhältnis liegt gar nicht vor.

Selbst wenn man den Tarifvertrag aber als Dauerschuldverhältnis ansehen wollte, lassen sich keine allgemein gültigen Grundsätze für alle Dauerschuldverhältnisse in Bezug auf ihre Bestandskraft für die Vergangenheit erkennen.

Zwar zeigen die Rechtsfigur der fehlerhaften Gesellschaft wie auch die Rechtsfigur des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses, dass die Rechtsprechung und Literatur nicht blind ist für die Schwierigkeiten der Rückabwicklung von komplexen Rechtsverhältnissen. Es bestehen also Korrekturmöglichkeiten, die jedoch an strenge Voraussetzung gebunden werden, weil sie vom gesetzlichen Modell abweichen.

Zunächst müssen Rückabwicklungsschwierigkeiten jedenfalls typischerweise bei der jeweilig zu entscheidenden Konstellation auch tatsächlich bestehen. Dies ist im Falle der Nichtigkeit eines Tarifvertrages mehr als zweifelhaft, weil eine Rückabwicklung wie im Falle der Abwicklung einer fehlerhaften Gesellschaft oder eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses weder typischerweise erfolgt, noch notwendig ist.⁶⁶

⁶⁵ BGH 19.2.2002 – X ZR 166/99 –, NJW 2002, 1870–1872; Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, § 15 Rn. 52 ff.

⁶⁶ Vgl. genauer unten Teil V.

Um vom gesetzlichen Modell der Nichtigkeit ex tunc und der entsprechenden kompletten Rückabwicklungsnotwendigkeit abzuweichen, bedarf es zusätzlich einer Legitimation, die über die – eben angeführten – praktischen Schwierigkeiten hinausgeht. Bei der fehlerhaften Gesellschaft ist dies die Anerkennung der Organisation, bei dem fehlerhaften Arbeitsverhältnis sind dies die personalen Elemente und der Arbeitnehmerschutz. Solche Legitimationen sind bei einem Tarifvertrag, der wegen der Tarifunfähigkeit einer Tarifvertragspartei nichtig ist, kaum denkbar.⁶⁷

Weiter ist danach zu differenzieren, von welcher rechtlichen Qualität die Mängel des in Rede stehenden Rechtsgeschäfts sind. Der von Henssler u. a. verwendete Begriff der Fehlerhaftigkeit verdeckt die rechtlichen Differenzierungen eher als dass er sie verdeutlichte. Stattdessen „erfinden“ die Autoren in Bezug auf das BAG-Urteil vom 14.12.2010⁶⁸ die Tarifunfähigkeit wegen „lediglich formaler Gesichtspunkte“, die keinen schweren Mangel darstellen könne.⁶⁹ Dies überzeugt nicht.

Im Gegensatz dazu werden ansonsten jedoch Differenzierungen abgelehnt, insbesondere die Differenzierung zwischen der möglichen Nichtigkeit wegen Anfechtbarkeit und der bestehenden Nichtigkeit etwa wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit.⁷⁰ Das überzeugt nicht, denn immerhin ist ein anfechtbares Rechtsgeschäft voll rechtswirksam, wenn es nicht angefochten wird oder nicht mehr angefochten werden kann.

Zudem spielt es eine wesentliche Rolle für die Möglichkeit einer Abweichung vom gesetzlichen Modell, ob rechtlich geschützte Interessen der Beteiligten, Dritter oder der Allgemeinheit entgegenstehen.

Zu prüfen bleibt damit, ob besondere Gründe, die tarifvertragsrechtsspezifisch sind, für die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag sprechen können und ob im hier diskutierten Fall der Leiharbeit und der tarifvertraglichen Abweichung vom Gleichstellungsgebot nach dem AÜG solche Gründe ebenfalls gelten können und hinreichend sind.

Dabei geht es zunächst und im Besonderen darum, genauer darzulegen, welches Konzept der Tarifunfähigkeit im Gesamtsystem der Tarifautonomie nach Art. 9 III GG zugrunde liegt.

⁶⁷ Vgl. genauer unten Teil IV. und VI.

⁶⁸ BAG – 1 ABR 19/10 –, NZA 2011, 289–300.

⁶⁹ Vgl. oben II B 2.

⁷⁰ Vgl. oben II B 3.

IV. Die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag und Art. 9 III GG

Wie eingangs dargelegt, geht die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag davon aus, mit der ex nunc-Nichtigkeit der Tarifverträge, die tarifunfähige Gewerkschaften abgeschlossen haben, der notwendigen Bestandskraft von Tarifverträgen und damit letztlich der Tarifautonomie zu dienen. Die Stabilität existierender Tarifverträge und das (vermutete) Vertrauen der Tarifunterworfenen auf diese Tarifverträge werden deutlich höher bewertet als die Bedeutung der Tariffähigkeit selbst für die Tarifautonomie.

1. Tariffähigkeit und Tarifautonomie

Die ganz herrschende Meinung sieht die Bedeutung der Tariffähigkeit für die Tarifautonomie ganz anders: die Tariffähigkeit wird als Wirksamkeitsvoraussetzung des Tarifvertrags gesehen, tarifunfähigen Gewerkschaften wird jede Befugnis zur Schaffung normativ wirkender Tarifverträge abgesprochen.

a) Der Begriff der Tariffähigkeit

Die Tariffähigkeit wird weder in Art. 9 III GG noch im TVG definiert;⁷¹ das Tarifvertragsgesetz bestimmt lediglich in § 2 TVG, wer überhaupt Partei eines Tarifvertrages sein kann. Dies sind auf der einen Seite eine Gewerkschaft oder eine gewerkschaftliche Spitzenorganisation und auf der anderen Seite ein einzelner Arbeitgeber, ein Arbeitgeberverband oder eine Arbeitgeberspitzenorganisation sowie eine Innung.⁷²

Auch in anderen gesetzlichen Regelungen findet sich keine Definition des Begriffes. Vielmehr wird er in §§ 2a I Nr. 4, 97 I, V 1 ArbGG als bekannt vorausgesetzt und es werden nur die prozeduralen Regeln zur Feststellung der Tariffähigkeit festgelegt.

⁷¹ Anders als im Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes von Hugo Sinzheimer aus dem Jahre 1916 (vgl. dazu Richardi, Koalitionsfreiheit und Tariffähigkeit, FS Wißmann, 2005, 159–173).

⁷² Hier sind Sonderregeln zu beachten, vgl. BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65 –, BVerfGE 20, 312, 320.

Die Regelungen im Einigungsvertrag von 1990⁷³ enthalten jedoch eine Annäherung an den Begriff der Tariffähigkeit, sie geben insoweit den Stand der Rechtsprechung wieder. Es heißt dort wörtlich:

„Tariffähige Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände müssen frei gebildet, gegnerfrei, auf überbetrieblicher Grundlage organisiert und unabhängig sein sowie das geltende Tarifrecht als für sich verbindlich anerkennen; ferner müssen sie in der Lage sein, durch Ausüben von Druck auf den Tarifpartner zu einem Tarifabschluss zu kommen.“

Diese Formulierungen haben durch das Zustimmungsgesetz des Bundestages vom 25.6.1990⁷⁴ Aufnahme in den Willen des Gesetzgebers gefunden. Aber die ganz herrschende Meinung geht zu Recht davon aus, dass sie dadurch nicht zum materiellen Gesetz geworden sind und eine Legaldefinition der Tariffähigkeit bieten.⁷⁵ Vielmehr entspricht es der allgemeinen Meinung, dass es nach wie vor Aufgabe der Gerichte ist, den unbestimmten Rechtsbegriff der Tariffähigkeit durch Auslegung im Lichte des Art. 9 III GG zu bestimmen.⁷⁶ Allerdings haben die Gerichte dabei durchaus auch die im Zustimmungsgesetz vom 25.6.1990 zum Ausdruck kommende, von den Gesetzgebungsorganen der Bundesrepublik Deutschland getragene Willensbekundung zu beachten.⁷⁷

Tariffähigkeit bedeutet nach der ständigen Rechtsprechung des BAG und der herrschenden Meinung in der Literatur die rechtliche Fähigkeit, mit dem sozialen Gegenspieler durch Tarifverträge Arbeitsbedingungen mit der Wirkung zu regeln, dass sie für die tarifgebundenen Personen unmittelbar und unabdingbar wie Rechtsnormen gelten.⁷⁸ Auch Henssler u. a. akzeptieren – wie eingangs dargelegt – diese Grundposition.⁷⁹

⁷³ Staatsvertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18.5.1990, A III 2.

⁷⁴ BGBl II, 518.

⁷⁵ BAG 6.6.2000 – 1 ABR 21/99 –, NZA 2001, 156 ff.; BAG 2006 – 1 ABR 58/04 –, NZA 2006, 1112 ff.

⁷⁶ Vgl. BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 –, NZA 2011, 300–306; BVerfG 20.10.1981 – 1 BvR 404/78 –, AP Nr. 31 zu § 2 TVG; BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65 –, AP Nr. 24 zu § 2 TVG; Wiedemann/Oetker, Tarifvertragsgesetz, § 2 Rn. 6, 201 ff.

⁷⁷ BAG 6.6.2000 – 1 ABR 21/99 –, NZA 2001, 156, 159.

⁷⁸ BAG 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 –, AP Nr. 36 zu § 2 TVG; BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 –, NZA 2011, 300–306; BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65 –, AP Nr. 24 zu § 2 TVG; Erk/Franzen, § 2 TVG Rn. 4; Ulber, RdA 2011, 353–362.

⁷⁹ Henssler u. a. (Fn.6), S. 41.

Die Tariffähigkeit muss immer für alle im Tarifwesen handelnden Personen gegeben sein, auf der Arbeitnehmerseite für die einzelne Gewerkschaft ebenso wie für eine Spitzenorganisation. Bei den Spitzenorganisationen ist zu differenzieren: sie können entweder nach § 2 II TVG im Namen der ihnen angeschlossenen Verbände handeln oder aufgrund einer von ihren tariffähigen Mitgliedsverbänden abgeleiteten Tariffähigkeit gemäß § 2 III TVG. Eine Spitzenorganisation verfügt nach der Rechtsprechung des BAG weder nach § 2 II TVG noch nach § 2 III TVG über eine eigene, originäre Tariffähigkeit. Diese leitet sie ausschließlich von ihren Mitgliedern ab. Die Spitzenorganisation kann zwar selbst Partei eines Tarifvertrags sein, sie wird dabei aber ausschließlich für ihre Mitgliedsverbände tätig. Diese können der Spitzenorganisation deren Tariffähigkeit daher nur im Rahmen ihrer eigenen Tariffähigkeit vermitteln.⁸⁰

b) Tariffähigkeit und Richtigkeitsgewähr

Hinter der Konzeption der Tariffähigkeit stehen folgende Überlegungen: Die Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberseite durch die Möglichkeit kollektiven Handelns auszugleichen und so ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln von Entgelten und anderen Arbeitsbedingungen zu bewirken. Nur in den Fällen, in denen tatsächlich ein annäherndes Verhandlungsgleichgewicht gegeben ist, kann ein vertragstypisches gleichgewichtiges Aushandeln erfolgen. Nur unter diesen Bedingungen haben die Tarifverträge eine „Richtigkeitsgewähr“⁸¹ für ihren Geltungsbereich, wie sie dem Grundgedanken der Vertragsfreiheit entspricht. Die Bedeutung der Tariffähigkeit bestimmt sich also funktional nach der Fähigkeit des Verbandes, über eine echte Verhandlungsstärke und Umsetzungsmacht zu verfügen.

Um in diesem Sinne tariffähig zu sein, muss eine Arbeitnehmervereinigung bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Dazu gehören vor allem – aber nicht nur – die direkte Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler (soziale Mächtigkeit) und eine ausreichende organisatorische Leistungsfähigkeit, denn nur so kann ein Gleichgewicht der Kräfte gewährleistet werden. Indikatoren für

⁸⁰ BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 –, NZA 2011, 300–306, Rn. 71 ff. Vgl. auch Waltermann, Arbeitsrecht, § 26 Rn. 573, 576.

⁸¹ Ob man wirklich von einer Richtigkeitsgewähr sprechen kann oder ob der Begriff der Richtigkeitsvermutung oder Richtigkeitschance korrekter ist, soll in diesem Zusammenhang dahinstehen. Die Richtigkeitsgewähr ist der übliche Begriff. Er signalisiert, dass es um das Ziel der Schaffung des Verhandlungsgleichgewichts und die Autonomie der Tarifvertragsparteien geht. Kritisch zu diesem Begriff Waltermann, Arbeitsrecht § 27 Rn. 646a, und FS Bepler, 569–584.

die soziale Mächtigkeit sind vor allem die Anzahl der Mitglieder und deren Durchsetzungsfähigkeit in einer Branche, bereits erzielte tarifliche Erfolge und eine hinreichende finanzielle und organisatorische Ausstattung der Vereinigung.⁸²Zur Druckausübung gehört regelmäßig auch die Fähigkeit, Arbeitskämpfe glaubwürdig anzudrohen und notfalls durchzuführen.

Der Gesetzgeber geht in zahlreichen Bereichen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts davon aus, dass die bestehenden Tarifverträge tatsächlich auf der Basis eines annähernden Verhandlungsgleichgewichts entstanden sind und von daher über eine Richtigkeitsgewähr für ihren Geltungsbereich verfügen. Dies zeigt sich zum einen und vor allem in der Tatsache, dass der Gesetzgeber nicht selten Arbeitnehmerschutzrechte tarifdispositiv ausgestaltet – in neuerer Zeit häufiger als früher.⁸³ Zum anderen wird die Überprüfung von Arbeitsverträgen nach den Grundsätzen der AGB-Kontrolle (§§ 307–309 BGB) zurückgenommen, sofern in diesen Verträgen der je einschlägige Tarifverträge übernommen wird (§ 310 IV BGB). Auch die Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte nach § 87 I BetrVG werden relativiert, wenn die an sich mitbestimmungspflichtige Maßnahme durch Tarifvertrag geregelt ist. Gemäß § 77 III BetrVG können Arbeitsentgelte oder sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand von Betriebsvereinbarungen sein. Das alles macht deutlich, dass im deutschen System der Arbeitnehmerrechte der Tarifvertrag eine höchst prominente Rolle einnimmt. Diese Rolle kann der Tarifvertrag nur spielen, wenn er auf der Basis der Parität der Verhandlungsparteien und auf dem System von Druck und Gegendruck, also auf funktionierenden Vertragsbedingungen aufbaut. Zu diesen Vertragsbedingungen gehört essentiell die Tariffähigkeit der beteiligten Arbeitnehmervereinigung.

Die Literatur ist – wie bereits mehrfach betont – der Ansicht des BAG, dass die Tariffähigkeit im engeren Sinne Wirksamkeitsvoraussetzung für die Schaffung eines Tarifvertrages ist, gefolgt, weil die Grundkonzeption des Tarifrechts, die Schaffung eines annähernden Verhandlungsgleichgewichts, um Entgelte und Arbeitsbedingungen autonom aushandeln zu können, auf große Akzeptanz stößt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Autoren eher der Delegationstheorie,

⁸² BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 –, NZA 2006, 1112, 1116 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; Richardi/Bayreuther, Kollektives Arbeitsrecht, § 3 Rn. 4 ff.; Ausführlich auch Koop, Das Tarifvertragssystem, S. 110 ff. Kritisch aber Henssler, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, 2006.

⁸³ Vgl. dazu ausführlicher unten Teil VI.

dem verbandsrechtlichen/mitgliedschaftlichen Verständnis oder dem Konzept der Rechtszuweisung folgen.⁸⁴

c) Anfechtbarkeit und Nichtigkeit?

Tarifunfähigen Gewerkschaften wird von der Rechtsprechung „die rechtliche Befugnis angesprochen, Tarifverträge abzuschließen“, denn die Tariffähigkeit ist die unverzichtbare Voraussetzung für den rechtswirksamen Abschluss eines Tarifvertrages.⁸⁵ Dem entspricht die „Unheilbarkeit“ der von Tarifunfähigen abgeschlossenen Tarifverträge. Auch ein guter Glaube an die Tariffähigkeit wird nicht geschützt, weil dies dem Konzept der Wirksamkeitsvoraussetzung widerspricht.⁸⁶ Das wird auch von der ganz überwiegenden Mehrheit in der Literatur so gesehen.⁸⁷

Anders ist die Situation in Bezug auf die Anfechtbarkeit. In der Literatur wird insoweit verbreitet davon ausgegangen, dass der Rechtsnormencharakter von Tarifverträgen in der Regel der Anfechtbarkeit von Tarifverträgen gemäß §§ 119 ff. BGB ganz entgegensteht, dass aber jedenfalls die Folgen der Anfechtung für die Vergangenheit zu relativieren sind.⁸⁸ Henssler u. a. nehmen diese Argumente zur Anfechtung von Tarifverträgen zum Anlass, Entsprechendes auch für die Nichtigkeit wegen Tarifunfähigkeit zu postulieren. Begründet wird dies damit, dass es unzulässig sei, nach unterschiedlichen Nichtigkeitsgründen zu differenzieren.

Das überzeugt nicht: Die Anfechtung einerseits und die Nichtigkeit etwa wegen Gesetzesverstößes, wegen Sittenwidrigkeit oder – wie hier – wegen fehlender rechtlicher Handlungsbefugnisse andererseits sind in der rechtlichen Qualität unterschiedlich.⁸⁹ Bei der Anfechtung haben es die Vertragsparteien in der Hand, über Ausübung oder Nicht-Ausübung des Anfechtungsrechts über das

⁸⁴ Zu den verschiedenen Ansätzen in Bezug auf den Geltungsgrund der Tarifautonomie vgl. Koop, Das Tarifvertragssystem, S. 231 ff.; Stütze, Die Kontrolle der Entgelt Höhe im Arbeitsrecht, S. 344 ff.

⁸⁵ BAG vom 13.3.2013, Pressemitteilung Nr. 17/13; BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 –, NZA 2006, 1112, 1116 (Rn. 43).

⁸⁶ Vgl. BAG 15.11.2006 – 10 AZR 665/05 –, NZA 2007, 448–453, Leitsatz 1 und Rn. 23 mit zustimmender Anm. Jacobs in AP Nr. 34 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; LAG Berlin-Brandenburg, 22.8.2012 – 4 Sa 960/12 –, DB 2013, 71, 72, Leitsatz 1 jeweils mit weiteren Nachweisen. Neuestens ausführlicher Stein, FS Kempen, S. 88, 90 f.

⁸⁷ Wiedemann/Oetker, § 2 Rn. 15; Däubler/Peter, § 2 Rn. 160 ff.; Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 1340; Richardi/Bayreuther, Kollektives Arbeitsrecht, § 3 Rn. 7 ff.

⁸⁸ Wiedemann/Thüsing, § 1 Rn. 327 ff.; Däubler/Reim/Nebe, § 1 Rn. 179 ff.

⁸⁹ Palandt/Ellenberger, Überbl. vor § 104 BGB Rn. 26 ff.

Schicksal des Rechtsgeschäfts zu entscheiden, bei den anderen Nichtigkeitsfällen ist dies nicht der Fall.

Eine Disposition der Vertragspartner eines Tarifvertrages ist im Falle der Tarifunfähigkeit einer Tarifvertragspartei gerade nicht gegeben. Eine Befugnis im oben genannten Sinne kann man sich nicht selbst zuweisen.

Die Tariffähigkeit besteht nicht (nur) im Interesse der Parteien selbst, sondern sie ist Voraussetzung für die Teilnahme am Tarifwesen.

d) Formale Elemente der Tariffähigkeit?

Die Tarifunfähigkeit der Spitzenorganisation CGZP halten Henssler u. a. zudem – wie dargelegt – nur für einen formalen Aspekt der Tariffähigkeit, der die Durchsetzungskraft der Organisation und die davon abhängigen Richtigkeitsgewähr nicht negativ beeinflussen könne.

Eine in formale und materielle Elemente gespaltene Tariffähigkeit gibt es jedoch nicht. Im Gegenteil entspricht es der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass die Tariffähigkeit hohe Anforderungen an die Durchsetzungsfähigkeit stellt, dann aber auch für das gesamte Tarifverhalten gilt, also nicht teilbar ist.⁹⁰ Nach diesen Grundsätzen kann eine Gewerkschaft auch dann die volle Tariffähigkeit für sich beanspruchen, wenn sie in einzelnen Regionen oder bei einzelnen Personengruppen o. Ä. nicht so durchsetzungsstark ist wie ansonsten. Allein maßgeblich ist, dass bei einer Gesamtbetrachtung Durchsetzungsfähigkeit anzunehmen ist.

Im Übrigen verlangt das BAG gerade auch für die im Falle der CGZP relevanten Spitzenorganisationen, die nur eine von den Mitgliedsgewerkschaften vermittelte Tariffähigkeit haben, Durchsetzungsfähigkeit.⁹¹ Dem Gericht geht es explizit darum, zu vermeiden, dass der Spitzenorganisation nicht die volle Tariffähigkeit der Mitgliedsgewerkschaften vermittelt wird. Auch hier geht es also um Durchsetzungsstärke und nicht um irgendwelche Formalitäten.

e) Tariffähigkeit und Rechtsfähigkeit

Die Versagung der Tariffähigkeit führt aber nicht zu Defiziten bei der Rechtsfähigkeit der betreffenden Arbeitnehmervereinigung, denn beide „Fähigkeiten“

⁹⁰ Vgl. BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 –, NZA 2011, 289–300, Rn. 80 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

⁹¹ BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 –, NZA 2011, 289–300.

haben einen unterschiedlichen Bezugspunkt:⁹² Die Rechtsfähigkeit als die Fähigkeit, überhaupt selbständiger Träger von Rechten und Pflichten zu sein, steht nur natürlichen Personen „automatisch“ zu (§ 1 BGB lautet: *Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.*). Zusammenschlüsse von Menschen bekommen ihre Rechtsfähigkeit hingegen erst durch das Recht zugewiesen. Ob dies der Fall ist, richtet sich vor allem nach der Art und Weise der Organisation. Ist eine Arbeitnehmervereinigung etwa als rechtsfähiger Verein verfasst, hat sie die volle Rechtsfähigkeit. Das sagt aber nichts über ihre Tariffähigkeit aus.

Die Tariffähigkeit ähnelt der Rechtsfähigkeit insofern, als sie es sich in beiden Fällen um ganz grundlegende Voraussetzungen rechtlicher Handlungsmöglichkeiten handelt. Eine nicht rechtsfähige Personengruppe kann nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein, eine nicht tariffähige Arbeitnehmervereinigung kann nicht rechtswirksame Tarifverträge abschließen.

Die Rechtsfähigkeit unterscheidet sich von der Tariffähigkeit aber durch die unterschiedliche Reichweite und Zielrichtung: rechtsfähige Personengruppen sind als Gruppe generell rechtlich aktionsunfähig, nicht tariffähige Arbeitnehmervereinigungen können zwar keine Tarifverträge abschließen, aber durchaus andere Vereinbarungen treffen. Das BAG betont, dass die Vereinigung, sofern sie Rechtsfähigkeit besitzt, durchaus mit einem Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband schuldrechtliche Vereinbarungen schließen kann. Wörtlich heißt es weiter:

„Derartigen Vereinbarungen kommen aber nicht die normativen Wirkungen eines Tarifvertrages zu. Sie bedürfen vielmehr der vertraglichen Umsetzung in das Individualarbeitsverhältnis.“⁹³

f) Zwischenergebnis

Insgesamt erweist sich, dass die Rechtsprechung und die ganz herrschende Meinung in der Literatur zu Recht davon ausgehen, dass die Tariffähigkeit eine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Tarifvertrag ist, weil sie von entscheidender Bedeutung für die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages ist. Nur die Tariffähigkeit gibt die Kompetenz zum Abschluss von normativ wirkenden Tarifverträgen. Das Fehlen dieser Kompetenz führt deshalb nicht nur zu einer Anfechtbarkeit des Tarifvertrages, sondern zu dessen Nichtigkeit von Anfang an.

⁹² Zur Debatte um das Verhältnis von Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit und Tariffähigkeit vgl. ausführlicher Wiedemann/Oetker, § 2 Rn. 9 ff.

⁹³ BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 –, NZA 2006, 1112, 1115, Rn. 35.

Ein Fehlen der Tariffähigkeit ist also im oben genannten Sinne ein schwerer Mangel, der auch nicht geheilt werden kann.

Die Bedeutung der Tariffähigkeit für die Tarifautonomie schließt es damit aus, zu einer rechtlichen Korrektur der Nichtigkeitsfolgen zu kommen, auch wenn diese zeitlich begrenzt sind. Ein Tarifvertrag, der von einer tarifunfähigen Organisation abgeschlossen wird, ist anfänglich und bleibt dauerhaft nichtig.

Unter Umständen ist aber daran zu denken, die missglückte Tarifvereinbarung als schuldrechtliche Vereinbarung zu „retten“. Eine solche Vereinbarung hat jedoch rechtlich eine andere Qualität und kann insbesondere nicht normativ wirken.⁹⁴

2. Die Feststellung der Tarifunfähigkeit

Die rechtlichen Vorgaben für die Feststellung der Tariffähigkeit und Tarifunfähigkeit durch die Gerichte bestätigen diese Feststellungen. Sie machen darüber hinaus den besonderen Mechanismus der Kontrolle der Effektivität der Arbeitnehmervereinigungen im Zusammenhang mit der Tarifautonomie unter dem prozeduralen Aspekt deutlich.

a) Das Verfahren nach dem ArbGG

Über die Tariffähigkeit und die Tarifzuständigkeit einer Vereinigung ist ausschließlich im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren nach § 2a I Nr. 4 ArbGG mit den sich aus § 97 ArbGG ergebenden Besonderheiten zu entscheiden. Das besondere Beschlussverfahren dient ebenso wie das Aussetzungsverfahren der Tarifautonomie: jede Arbeitnehmervereinigung kann ohne Zulassungsverfahren am Tarifgeschehen teilnehmen und für ihre Mitglieder Vereinbarungen abschließen, die für sich die Geltung als Tarifvertrag beanspruchen. Das gerichtliche Verfahren stellt im Interesse der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie dazu das notwendige Korrektiv dar.⁹⁵

Das Verfahren kann zum einen jederzeit nach § 97 I ArbGG auf Antrag spezieller Berechtigter eingeleitet werden. Dies sind räumlich und sachlich zuständige Vereinigungen von Arbeitnehmern oder von Arbeitgebern oder die obersten Arbeitsbehörden des Bundes oder eines Landes, auf dessen Gebiet sich die

⁹⁴ Thüsing/Braun/Emmert, 2. Kap., S. 111, Rn. 241.

⁹⁵ BAG 28.1.2008 – 3 AZB 30/07 –, NZA 2008, 489–491; BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 –, NZA 2011, 289–300.

Tätigkeit der Vereinigung erstreckt. Konkret sind dies z. B. konkurrierende Gewerkschaften, betroffene Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände oder auch eine Vereinigung selbst, die gegen Zweifel an ihrer Befugnis zum Abschluss von Tarifverträgen vorgehen möchte.

Möglich ist zum Zweiten, dass ein Gericht ein entsprechendes Verfahren „initiiert“: Hängt die Entscheidung eines Rechtsstreits davon ab, ob eine Vereinigung tariffähig oder tarifzuständig ist oder nicht, hat das Gericht nach § 97 V ArbGG das Verfahren bis zur Erledigung des Beschlussverfahrens gemäß § 2a I Nr. 4 ArbGG auszusetzen. Die Aussetzung des Verfahrens erfolgt in diesem Falle von Amts wegen, es besteht kein Ermessen des Gerichts. Die Aussetzung ist aber nur geboten, wenn die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit der Vereinigung entweder streitig ist oder wenn gegen sie Bedenken bestehen. Bedenken gegen die Tariffähigkeit können sich z. B. aus allgemein zugänglichen Quellen oder der rechtswissenschaftlichen Literatur ergeben. In einem solchen Fall hat das aussetzende Gericht die Bedenken in das Verfahren einzuführen und im Aussetzungsbeschluss näher darzulegen.⁹⁶ Solche Bedenken können sich nach einer neueren Entscheidung bereits dann ergeben, wenn sich aus dem prozessualen Verhalten der einen Seite des Rechtsstreits ergibt, dass sie von der Tariffähigkeit ausgeht, während die andere Seite dies mit Substanz bestreitet. Bei dieser Konstellation wird vertreten, dass auch ohne Antrag der Parteien des Ausgangsverfahrens ein Aussetzungsbeschluss erfolgen muss.⁹⁷

Der Aussetzungsbeschluss ist nach den allgemeinen Regeln im Beschwerdeverfahren anfechtbar. Die Entscheidung über die Entscheidungserheblichkeit ist aber nur begrenzt überprüfbar.⁹⁸

Im Fall der Aussetzung durch das Gericht sind die Parteien des Ausgangsverfahrens auch im Beschlussverfahren gemäß § 2a I Nr. 4 ArbGG antragsberechtigt (§ 97 V 2 ArbGG), können also die Frage der Tariffähigkeit einer Klärung zuführen.

b) Die Wirkung der gerichtlichen Feststellungen

Der Beschluss über die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit erwächst in formelle und materielle Rechtskraft, die sich in subjektiver Hinsicht nicht nur auf die Verfahrensbeteiligten im engeren Sinne, sondern auf jedermann, der von

⁹⁶ BAG 28.1.2008 – 3 AZB 30/07 –, NZA 2008, 489–491 (Leitsatz 4).

⁹⁷ LAG Baden-Württemberg 20.3.2012 – 22 Sa 2012 –, DB 2013, 127, 128. Der Aussetzungsbeschluss des LAG ist mit Beschluss des BAG vom 19.12.2012 – 1 AZB 72/12 (unveröff.) aufgehoben worden.

⁹⁸ BAG 28.1.2008 – 3 AZB 30/07 –, NZA 2008, 489–491 (Leitsatz 5).

dem Tarifvertrag betroffen ist, bezieht.⁹⁹ Auf diese Art und Weise wird verhindert, dass widersprüchliche Gerichtsentscheidungen zur Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit zustande kommen können. Die Regelung in § 9 TVG lässt sich insoweit entsprechend anwenden.¹⁰⁰

Die Entscheidung nach §§ 2a I Nr. 4, 97 ArbGG begründet oder beendet nicht die Tariffähigkeit, sondern stellt ihr Vorliegen oder Fehlen nur fest. Das ergibt sich zum einen aus den Darlegungen zur Bedeutung der Tariffähigkeit für das Funktionieren der Tarifautonomie, aber auch aus der gesetzlichen Formulierung in § 97 V ArbGG selbst: ein Aussetzungsbeschluss, wie er hier vorgeschrieben ist, wäre weitgehend sinnlos, wenn er erst nach der Verkündung der Entscheidung wirken würde. In einem solchen Fall würde die Entscheidungserheblichkeit, die ja unverzichtbare Voraussetzung für das Verfahren nach § 97 V ArbGG ist, wohl kaum vorliegen können.¹⁰¹

c) Die Konsequenzen dieser Normstruktur

Die dargelegte Normstruktur belegt zunächst, dass es jederzeit möglich ist, ein Verfahren zur Feststellung der Tariffähigkeit zu betreiben, wenn man zum Kreis der im Sinne von § 97 I ArbGG Betroffenen zählt, also ein wie auch immer gestaltetes rechtliches Interesse an Klarheit und Rechtssicherheit in dieser Frage hat. Für die Gerichte und Parteien einer beliebigen Rechtsstreitigkeit ist es zudem möglich, die Überprüfung einer Tarifvertragspartei in diesem Sinne zu veranlassen, wenn die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit entscheidungserheblich für einen anhängigen Rechtsstreit ist, z. B. weil die Wirksamkeit eines Tarifvertrages fraglich ist, der einen Anspruch begründen würde. Die Normstruktur belegt an dieser Stelle, dass das Verfahren nach §§ 2 a I Nr. 4, 97 ArbGG nur der Feststellung der Tariffähigkeit oder Tarifunfähigkeit dient, diese aber nicht selbst bewirkt, denn entscheidungserheblich kann in der Regel nur die Frage der schon bestehenden Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer tariflichen Norm sein.

⁹⁹ BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 –, NZA 2006, 1112–1122; LAG Baden-Württemberg 20.3.2012 – 22 Sa 2012 –, DB 2013, 127, 128.

¹⁰⁰ ErfK/*Franzen*, § 2 TVG Rn. 39; ErfK/*Koch*, § 97 ArbGG Rn. 5; Däubler/*Peter*, § 2 Rn. 190; ausführlich Krause, Rechtskrafterstreckung im kollektiven Arbeitsrecht, 1996, S. 324 ff.; Ulber, SR 2012, 141 ff.

¹⁰¹ BAG 15.11.2006 – 10 AZR 665/05 –, NZA 2007, 448–453; LAG Hamm 18.4.2012 – 3 Sa 1598/11; Rieble, BB 2012, 2945, 2948.

Weiter belegt die Wirkung der Entscheidungen nach §§ 2a I Nr. 4, 97 ArbGG gegenüber jedermann, dass es sich hier um ein Verfahren handelt, das den Normcharakter der Tarifverträge betrifft.

Im Verfahren spiegelt sich schließlich die besondere Bedeutung der Tariffähigkeit als Voraussetzung für die Schaffung von Tarifverträgen wider: Die Tariffähigkeit gibt erst die rechtliche Befugnis, wirksame Tarifverträge abzuschließen. Gleichwohl können im Interesse einer freiheitlichen Grundkonzeption alle Arbeitnehmervereinigungen ohne Vorabkontrolle Tarifverhandlungen führen und Tarifverträge vereinbaren. Sie (und ihre Vertragspartner) tragen aber das volle Risiko der Tarifunfähigkeit. Einer solchen Grundstruktur steht jede Art von vergangenheitsbezogenem Schutz von Vereinbarungen diametral entgegen: es gäbe keinerlei Risiko für die Arbeitgeberseite mehr, mit vereinbarungswilligen, aber tarifunfähigen („gelben“) Gruppierungen Kollektivverträge abzuschließen. Das ist im Hinblick auf die die Tarifautonomie des Art. 9 III GG prägenden Prinzipien des Verhandlungsgleichgewichts nicht akzeptabel und würde Anreize für ein Verhalten bieten, das die Tarifautonomie zu zerstören geeignet ist.¹⁰²

3. Tariffähigkeit und Vertrauensschutz

Schließlich hatten Henssler u. a. unter verschiedenen Aspekten den Vertrauensschutz für ihre Argumentationen herangezogen.

Zum einen war ihnen der Schutz vor benachteiligenden (aus ihrer Sicht überraschenden) Entscheidungen des BAG zur Tariffähigkeit wichtig. Dieser Aspekt soll hier – wie bereits eingangs dargelegt¹⁰³ – nicht weiter untersucht werden, weil er sich im Kern auf eine Urteilskritik bezieht und dazu (mehr als) ausreichend Literatur vorliegt.¹⁰⁴

Zum zweiten aber hatten Henssler u. a. hervorgehoben, dass ein Vertrauensschutz für in Vollzug gesetzte Tarifverträge grundsätzlich nötig sei, insbesondere im Interesse der tarifgebundenen Arbeitnehmer. Die von diesen gewünschte und für das Funktionieren der Tarifautonomie notwendige Stabilität der Tarifverträge gründe auf dem Vertrauensschutz.¹⁰⁵

¹⁰² So auch Rieble, BB 2012, 2945, 2948.

¹⁰³ Teil I a. E.

¹⁰⁴ Vgl. nur die zahlreichen Anmerkungen, die in juris zu BAG vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – genannt werden.

¹⁰⁵ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 89.

a) Guter Glaube an die Tariffähigkeit?

Vor dem Hintergrund, dass das gesetzliche System – wie soeben betont – darauf basiert, dass jede Arbeitnehmerkoalition die Chance haben soll, einen Tarifvertrag zu vereinbaren und dass eine gerichtliche Kontrolle entweder nach § 97 I ArbGG oder im Rahmen eines gerichtlichen Aussetzungsbeschlusses nach § 97 V ArbGG erfolgt, ist vom Grundsatz her kein Spielraum für einen Vertrauensschutz in Bezug auf die Tariffähigkeit möglich, vielmehr ist im Zweifelsfall der Rechtsweg zu beschreiten. Oben war dementsprechend bereits dargelegt worden, dass ein guter Glaube an die Tariffähigkeit eben nicht geschützt wird.¹⁰⁶

b) Notwendige Stabilitätssicherung?

Etwas anderes kann auch für einen nach Ansicht von Henssler u. a. notwendigen Stabilitätsschutz nicht gelten. Nach dem gesetzlichen Konzept gewinnen die Tarifverträge ihre Stabilität dadurch, dass sie von einem sozial mächtigen Kollektiv erkämpft und durchgesetzt werden, nicht aber dadurch, dass man auf die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung vertraut und in diesem Vertrauen geschützt wird.¹⁰⁷

Hinzuzufügen ist die Überlegung, dass jedenfalls die Tarifgebundenen, auf deren Interessen die Argumentation von Henssler u. a. stark fokussiert, durchaus wissen oder jedenfalls wissen können, wie stark ihre Vereinigung ist.

Betrachtet man demgegenüber die Seite der Arbeitgeber, so hatten auch Henssler u. a. einen Vertrauensschutz im Falle eines Haustarifvertrages mangels eines Schutzbedürfnisses des unmittelbaren Vertragspartners abgelehnt.¹⁰⁸

Auch für den Arbeitgeberverband dürfte nichts anderes gelten: Warum sollte ein Vertrauen eines solchen Verbandes auf die Tariffähigkeit geschützt werden, wenn das rechtliche System doch gerade die Möglichkeit der freien Verhandlungen mit der Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle vorsieht? Solche Argumente sind in Rechtsstreitigkeiten um die Feststellung der Tarifunfähigkeit von Gewerkschaften auch früher schon vorgetragen worden. Sie wurden jedoch von den Gerichten bisher zu recht nicht anerkannt.¹⁰⁹

¹⁰⁶ S. oben Teil IV. 1. c.

¹⁰⁷ S. oben Teil IV. 1. b.

¹⁰⁸ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 63.

¹⁰⁹ BAG 15.11.2006 – 10 AZR 665/05 –, NZA 2007, 448–453 mit zustimmender Anm. Jacobs in AP Nr. 34 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; zu aktuellen Entscheidungen vgl. LAG Berlin-Brandenburg 22.8.2012 – 4 Sa 960/12 –, DB 2012, 71, 72; LAG Niedersachsen 28.11.2012 – 2 Sa 76/12, Rn. 59.

Nichts anderes gilt auch bei der individualvertraglichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag, der sich als nichtig erweist, weil ihn eine tarifunfähige Arbeitnehmervereinigung abgeschlossen hat. Zutreffend hat insoweit das LAG Niedersachsen¹¹⁰ festgestellt, dass auch ein Arbeitgeber, der sich als „kleines Zeitarbeitsunternehmen“ sieht, nicht von dem Risiko entbunden sein kann, sich bei der Bezugnahme auf einen Tarifvertrag darüber zu informieren, ob Zweifel an der Gültigkeit dieses Tarifvertrages bestehen. Es überzeugt auch, dass demgegenüber nicht auf allgemeine Hinweise von Behörden, wie etwa der Bundesagentur für Arbeit hingewiesen werden kann, um ein schützenswertes Vertrauen zu begründen. Auch insoweit kann ein Vertrauensschutz nicht greifen.

4. Ergebnis

Insgesamt hat sich gezeigt, dass das geltende Tarifrecht nur tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen den Abschluss wirksamer Tarifverträge ermöglicht, weil es bei der Tarifautonomie des Art. 9 III GG maßgeblich darum geht, auf der Ebene von Tarifverhandlungen ein gleichgewichtiges Aushandeln der Arbeitsbedingungen zu ermöglichen und zu bewirken. Vereinbarungen, die von tarifunfähigen Arbeitnehmergruppen abgeschlossen worden sind, sind von der rechtlichen Anerkennung als Tarifvertrag ausgeschlossen: sie haben keine Richtigkeitsgewähr, sondern können vom Verhandlungspartner oktroyiert sein oder es kann sich um Gefälligkeitstarifverträge handeln. Deshalb stehen sie nicht unter dem Schutz von Art. 9 III GG. Tarifunfähige Koalitionen haben nicht die Kompetenz, Tarifverträge abzuschließen.

Die Tariffähigkeit ist dementsprechend eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Tarifvertrages. Fehlt sie, ist der Tarifvertrag nichtig und das von Anfang an. Die Einschränkungen, die für die Wirkung der Anfechtung von Tarifverträgen greifen können, lassen sich auf die Nichtigkeit wegen fehlender Tariffähigkeit nicht übertragen, weil letztere in keiner Weise zur Disposition der Vertragsparteien steht, sondern auch im Allgemeininteresse (Richtigkeitsgewähr) erforderlich ist.

Die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen bezieht sich ebenso wie die Tariffähigkeit von einzelnen Gewerkschaften zentral auf die Durchsetzungsfähigkeit. Es handelt sich nicht um bloße Formalitäten, sondern um die Frage, wer die Befugnis hat, im Tarifbereich rechtsverbindlich zu handeln.

Die Feststellung der Tariffähigkeit oder Tarifunfähigkeit obliegt nach dem deutschen System nicht irgendeiner Behörde, sondern sie erfolgt durch die Gerichte

¹¹⁰ 28.11.2012 – 2 Sa 76/12, Rn. 60.

in einem besonderen Verfahren. Die rechtskräftige Entscheidung der Gerichte bindet jedermann.

Würde man der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag folgen, würde das derzeitige, gut austarierete System zerstört: tarifunfähige Gruppen könnten nach wie vor ohne Vorabkontrolle Tarifverhandlungen durchführen. Im Streitfalle würden aber die Ergebnisse solcher Verhandlungen für die Vergangenheit rechtsbeständig sein, weil die Feststellung der Nichtigkeit ja nur ex nunc wirken soll. Damit gäbe es keinerlei Risiko für die Arbeitgeberseite mehr, mit vereinbarungswilligen, aber tarifunfähigen („gelben“) Gruppierungen Kollektivverträge abzuschließen. Das ist im Hinblick auf die die Tarifautonomie des Art. 9 III GG prägenden Prinzipien des Verhandlungsgleichgewichts nicht akzeptabel und würde Anreize für ein Verhalten bieten, das die Tarifautonomie erheblich gefährden könnte.

Deshalb kann auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten kein, auch kein zeitlich begrenzter, Bestandsschutz für Vereinbarungen tarifunfähiger Gewerkschaften akzeptiert werden.

Ebenso können die Parteien des Individualarbeitsvertrages keinen Vertrauensschutz in Anspruch nehmen, wenn sie auf einen Tarifvertrag Bezug nehmen, der wegen Tarifunfähigkeit nichtig ist. Es ist ihr eigenes Risiko, wenn sie die Tarifverträge von Koalitionen in Bezug nehmen, die nicht tariffähig sind.

V. Besondere Schwierigkeiten der Rückabwicklung von nichtigen Tarifverträgen als Anlass für die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag

Hensler u. a.¹¹¹ gehen schließlich davon aus, dass die reguläre ex tunc-Unwirksamkeit im Falle von Tarifverträgen, gerade auch im Falle der CGZP-Tarifverträge, zu erheblichen Abwicklungsschwierigkeiten führen würde, weshalb auf der Basis der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag richtigerweise von einer ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit dieser Tarifverträge auszugehen sei.

Solche Schwierigkeiten sind allerdings bei einem wegen Tarifunfähigkeit nichtigen Tarifvertrag typischerweise nicht gegeben.

1. Mittelbare „Abwicklung“ von nichtigen Tarifverträgen

Oben¹¹² war bereits dargelegt worden, dass der Tarifvertrag in seinem normativen Teil, der hier allein zur Debatte steht, kein Dauerschuldverhältnis darstellt. Ein nichtiger Tarifvertrag bewirkt auch nicht die Auflösung irgendwelcher in Vollzug gesetzter Schuldverhältnisse, auch nicht der Arbeitsverhältnisse der tarifgebundenen Arbeitnehmer. Er ist lediglich nicht mehr in der Lage, die individualvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen zu überformen (normative Wirkung) oder im Falle der individualvertraglichen Bezugnahme zu prägen. Eine Abwicklung des nichtigen Tarifvertrages, die dem Rückabwickeln eines nichtigen Gesellschaftsvertrages oder eines nichtigen Arbeitsvertrages entspricht, ist weder nötig noch möglich: der nichtige Tarifvertrag wirkt einfach nicht (mehr) auf die Arbeitsverhältnisse ein.

Von einer echten Abwicklung kann also nicht die Rede sein. Es entstehen mit dem Fehlen eines wirksamen Tarifvertrages aber Lücken im Arbeitsvertrag, die geschlossen werden müssen.¹¹³ Das Entstehen solcher Lücken und die daraus

¹¹¹ Vgl. Fn. 6., S. 49 ff. und 64 ff.

¹¹² Teil III 6.

¹¹³ Ulber, SR 2012, 141, 152.

resultierenden Konsequenzen kann man allenfalls als mittelbare „Abwicklung“ des nichtigen Tarifvertrages bezeichnen.

a) Möglichkeiten der Lückenfüllung im Arbeitsverhältnis

Ein großer Teil der Lücken, die in den Regelungen der Arbeitsbedingungen und der Arbeitsentgelte entstehen, wenn ein Tarifvertrag nichtig ist, werden entweder durch entsprechende Regelungen im Individualarbeitsvertrag oder durch gesetzliche Regelungen des Arbeitsrechts gefüllt. Eine rechtliche Vorgabe zur Lückenausfüllung ist also regelmäßig gegeben.

Dies gilt in besonderem Maße im Bereich der Leiharbeit. Dort hat ein Tarifvertrag, wie eingangs bereits dargelegt, derzeit praktisch vor allem die Funktion, den Grundsatz des Equal Pay zu vermeiden. Gemäß § 10 IV 1 AÜG ist der Verleiher verpflichtet, für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts zu gewähren. Nach Satz 2 dieser Norm gilt dies nicht, wenn ein auf das Arbeitsverhältnis anzuwendender Tarifvertrag abweichende Regelungen trifft: ist dies der Fall, hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die nach dem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Aus dieser eindeutigen Regel-Ausnahme-Struktur folgt, dass dann, wenn dieser Tarifvertrag nichtig ist, die Regel wieder gilt, so dass nach dem Equal Pay-Grundsatz die Leiharbeitnehmer für die jeweiligen Einsatzzeiten in gleicher Höhe wie die entsprechenden Stammarbeitnehmer des Einsatzbetriebes zu entlohnen sind.¹¹⁴

Bestehen derartig konkrete Regeln nicht, ist in erster Linie § 612 II BGB zu beachten, der vorsieht, dass dann, wenn eine Vergütung nicht bestimmt ist, die taxmäßige Vergütung oder die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist. Während die taxmäßige Vergütung im Arbeitsrecht keine Rolle spielt, weil es dort keine Taxen gibt, hat die übliche Vergütung durchaus praktische Bedeutung und sie bietet die Basis für die Lückenausfüllung. Üblich im Sinne dieser Vorschrift ist die Vergütung, die am gleichen Ort in gleichen oder ähnlichen Gewerben oder Berufen für entsprechende Arbeit unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Dienstleistenden bezahlt zu werden pflegt, wobei für Arbeitnehmer häufig die tarifliche Vergütung die übliche Vergütung ist. Maßgeblich ist damit die verkehrsübliche Vergütung in dem vergleichbaren Wirtschaftskreis.¹¹⁵ Für die hier zu diskutierende Problematik wäre also ein wirksamer

¹¹⁴ So auch Stein, FS Kempen, S. 88, 92.

¹¹⁵ BAG 24.2.2011 – 6 AZR 634/09 –, AP Nr. 57 zu § 611 BGB Kirchendienst; ErfK/Preis, § 612 BGB Rn. 35 ff.

Tarifvertrag in der Branche in den Blick zu nehmen, selbstverständlich nicht der nichtige Tarifvertrag, der die Lücke im Arbeitsvertrag gerissen hat.

Hinsichtlich der Urlaubsregelungen, der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall etc. sind die jeweils gesetzlichen Bedingungen im Bundesurlaubsgesetz, im Entgeltfortzahlungsgesetz etc. zur Lückenausfüllung heranzuziehen.

b) Tarifunfähigkeit und die von Henssler u. a. vorgestellten Szenarien

Henssler u. a. verkennen diese Rechtslage nicht und argumentieren dementsprechend in einem weiteren Schritt vor allem mit solchen denkbaren Elementen eines Tarifvertrages, für die es keine Entsprechung in einem Arbeitnehmerschutzgesetz gibt und die auch nicht ohne weiteres zum üblichen Entgelt im Sinne des § 612 II BGB gerechnet werden können.¹¹⁶ Dabei stellen sie die Risiken für die Arbeitnehmer im Falle der Nichtigkeit in den Mittelpunkt. Nur einige Beispiele:

So wird dargelegt, dass Abfindungen, die in Tarifverträgen für den Fall der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zu gewähren wären, bei Nichtigkeit des Tarifvertrages nicht zu zahlen sind und gegebenenfalls zurückgewährt werden müssen.

Auch eine tarifliche Altersversorgung würde, wenn es für sie keinen Rechtsgrund außerhalb eines nichtigen Tarifvertrages gibt, als ungerechtfertigte Bereicherung anzusehen sein.

Über das BUrlG hinausgehende Urlaubstage könnten zur Verpflichtung der Rückgewähr des gezahlten Urlaubsentgelts und gegebenenfalls eines Urlaubsgeldes führen.

Zu bedenken sei vor allem, dass dem Arbeitnehmer meist die Einrede der Entreicherung gemäß § 818 III BGB verwehrt sei, er sehe sich also vielfältigen Rückzahlungspflichten gegenüber. Der „Sozial- und Existenzschutz des Arbeitnehmers“, vor allem aber die Tatsache, dass dem Arbeitnehmer nicht rückwirkend ein Teil seiner „wirtschaftlichen Lebensgrundlage“ entzogen werden darf, mache die Anerkennung der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag zu einer Notwendigkeit.¹¹⁷

Wesentlich unbestimmter sind die Darlegungen zu den Nachteilen, die die Arbeitgeberseite hat, wenn eine Rückgewähr tariflicher Leistungen ansteht. Es heißt:

¹¹⁶ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 50 ff.

¹¹⁷ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 54.

„Auf der Grundlage eines Tarifvertrages trifft der Arbeitgeber in der Regel erhebliche wirtschaftliche, betriebsbezogene Dispositionen, die einer Rückgängigmachung aus tatsächlichen Gründen kaum zugänglich sind.“ Verwiesen wird auch auf die Schwierigkeit der Rückabwicklung von Kündigungsverzicht und betrieblichen Einrichtungen.¹¹⁸

Viele der dargestellten Probleme sind – bezogen auf die vielfältigen Leistungen, die in Tarifverträgen möglich sind – im Grundsatz zutreffend dargestellt.

Was allerdings verwundert, ist die Tatsache, dass die Verfasser an keiner Stelle darauf eingehen, dass hier Tarifverträge in Rede stehen, die von tarifunfähigen Arbeitnehmervereinigungen abgeschlossen worden sind. Tarifunfähige Arbeitnehmervereinigungen sind – wie dargelegt – dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht durchsetzungsfähig sind, dass sie der Arbeitgeberseite gegenüber nicht über ein hinreichendes Druckpotential und nicht über eine hinreichende Verhandlungsstärke verfügen. Für die Kollektivvereinbarungen, die solche Koalitionen abgeschlossen haben, lässt sich empirisch nicht belegen, dass es typisch wäre, dass dort über dem Branchenniveau liegende Leistungen erreicht werden. So sind auch die CGZP-Tarifverträge nicht deshalb allgemein diskutiert worden, weil sie hervorragende Leistungen für die Leiharbeiter hervor gebracht hätten, sondern deshalb, weil dies eben nicht der Fall war. Es ist davon die Rede, dass die Tarifverträge bis zu 50 Prozent unter den Entgelten in den Entleiherbetrieben gelegen haben.¹¹⁹

Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Szenarien, denen sich Henssler u. a. gewidmet haben, als unrealistisch und als irreführend. Wer Praxisprobleme behauptet, muss sich auch mit den Realitäten in der Praxis auseinandersetzen und nicht mit theoretischen tarifvertraglichen Möglichkeiten daherkommen. Die Gefahr erheblicher Rückzahlungspflichten für die Arbeitnehmer in der Leiharbeit besteht jedenfalls nicht, wenn die Tarifverträge der CGZP von Anfang an nichtig sind, im Gegenteil entstehen dann Ansprüche auf das Differenzentgelt zum Equal Pay.

Es ist den Verfassern vorzuwerfen, dass sie mit Szenarien arbeiten, die allgemein und speziell für die Leiharbeit ganz und gar nicht passen, soweit die Situation der Arbeitnehmer betrachtet wird. Es ist ihnen auch vorzuwerfen, dass sie die Situation der Arbeitgeber und deren Interessen nicht offenlegen, sondern

¹¹⁸ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 54.

¹¹⁹ Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann, § 2 TVG Rn. 50.

eher verschleiern.¹²⁰ Mit einer solchen Interessenanalyse lässt sich ein Abweichen von der gesetzlichen Regelungsstruktur nicht begründen.

2. Das Differenzentgelt in der Leiharbeit

Demgegenüber weist das LAG Berlin-Brandenburg in seinem Urteil vom 22.8.2012¹²¹ darauf hin, um was es bei den Rechtsstreitigkeiten, wegen derer das Gutachten von Henssler u. a. geschrieben und veröffentlicht wurde, tatsächlich geht. Es geht nicht um die Rückabwicklung komplizierter Tarifsysteme, sondern nur darum, dass Ansprüche auf Differenzvergütung nach § 10 IV AÜG zu erfüllen sind. Hier führt die Unwirksamkeit des Tarifvertrages ja nicht einmal zu einem Fehlen der Vergütungsbestimmung, denn § 10 IV AÜG definiert die geschuldete Vergütung.¹²² Wörtlich heißt es: „Die Erfüllung des – von Anfang an bestehenden – Vergütungsanspruchs führt lediglich zu einer Verringerung der Gewinnmarge der Beklagten.“

Dementsprechend konnte das Gericht eine Auseinandersetzung mit der – im Prozess wohl angeführten – Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag dahinstehen lassen. Denn wenn Abwicklungsschwierigkeiten gar nicht bestehen, fehlt es an der Grundlage für die Anwendung der Sonderregeln, die hier unter Teil II. ausführlich dargelegt worden sind.

a) Die Bestimmung des Entgelts

In der Tat sind bei der Nichtigkeit eines Tarifvertrages, der gemäß §§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG vom Gleichstellungsgrundsatz für die Leiharbeitnehmer abweichen wollte, keine schwierigen Austauschvorgänge in der Vergangenheit zu betrachten und zu bewerten. Vielmehr bemisst sich die geschuldete Vergütung für die Einsatzzeiten nun nach dem Equal Pay-Grundsatz bzw. für die Vergangenheit auf die Differenz zwischen gezahlten Entgelt und Equal Pay.

Das konkrete Vergleichsentgelt zu bestimmen, mag in einzelnen Fällen nicht ganz einfach sein. Die dafür notwendige Mühe muss der Arbeitgeber aber nach dem Gesetzesbefehl der Gleichstellung aufbringen und alle Arbeitgeber der Verleihbranche, die nicht einen Tarifvertrag zur Abweichung nutzen, tun dies auch.

¹²⁰ Zu diesen Interessen vgl. Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann, § 2 TVG Rn. 49 ff.

¹²¹ 4 Sa 960/12, n. rkr., Az. beim BAG: 5 AZR 982/12 –, DB 2012, 71, 72.

¹²² Im Übrigen wäre auch in Fällen, die sich so nicht lösen lassen, das Fehlen einer Vergütungsabrede gemäß § 612 II BGB unproblematisch.

Für die Zeiten zwischen den Einsätzen ist die übliche Vergütung für die Leiharbeitsbranche zu leisten.

b) Die fehlende Auseinandersetzung von Henssler u. a. mit dem Gleichstellungsgebot nach dem AÜG

Oben war bereits dargelegt worden, dass die Szenarien, die Henssler u. a. entwickelt haben, um Rückabwicklungsschwierigkeiten zu belegen, nicht realitätskonform sind und den Eindruck erwecken, vorgeschoben zu sein.

Diese Kritik ist in Bezug auf die Leiharbeit zu erweitern: noch gravierender ist, dass in der Konzeption der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag das tarifdispositive Gesetzesrecht im AÜG gar nicht zur Sprache kommt, obwohl es die deutsche Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie prägt und in Literatur und Rechtsprechung auf erhebliche Kritik¹²³ gestoßen ist. Nur einige Beispiele: Ulber hat von einem

„volumfänglichen Versagen des kontradiktorischen Interessenausgleichs zwischen den Tarifvertragsparteien“

gesprochen.¹²⁴ Rieble hat die Situation in der Leiharbeit drastisch so umschrieben:

„Die Zeitarbeit ist eine merkwürdige Branche. Gewerkschaften fassen dort kaum Fuß, der Organisationsgrad ist niedrig. Tarifverträge gibt es zwar, sie haben aber nicht die Funktion, den Arbeitnehmern angemessene Arbeitsbedingungen zu verschaffen – sondern die gesetzliche Gleichstellung zur Stammebelegschaft verschlechternd abzubedingen. Gewerkschaften agieren systemwidrig als Lohnsenker.“¹²⁵

Ähnlich formuliert das LAG Berlin-Brandenburg:

„Die CGZP hat seit ihrer Gründung nichts anderes getan als die Arbeitgeberseite mit Wunschartifverträgen zu versorgen, um eine Absenkung des Lohnniveaus gegenüber dem gesetzlichen Lohnniveau zu erreichen (Schüren in Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 9 Rn. 107, 111, 113 m. w. N.) und tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht zu beseitigen.“

Der Missbrauch der tarifvertraglichen Möglichkeiten in der Leiharbeitsbranche ist im Übrigen der Grund für die mit § 3a AÜG neu geschaffene Möglichkeit der Schaffung einer verbindlichen Lohnuntergrenze durch Rechtsverord-

¹²³ Vgl. z. B. Waltermann, Gutachten B zum 68. DJT, S. 62; ders., FS Bepler, 569, 575.

¹²⁴ Ulber, D., Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 504.

¹²⁵ Rieble, BB 2012, 2177.

nung.¹²⁶ Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat eine entsprechende Verordnung erlassen: dort ist seit dem 1.11.2012 für Westdeutschland ein Stundenlohn von 8,19 Euro und für Ostdeutschland ein Stundenlohn von 7,50 Euro festgelegt. Die Verordnung gilt bis zum 31.10.2013.¹²⁷

Die bei Henssler u. a. nicht diskutierten Probleme des fehlerhaften Tarifvertrags im Bereich des tarifdispositiven Gesetzesrechts werden im Kap. VI. genauer betrachtet.

3. Ergebnis

Zunächst wird bei der von Henssler u. a. entwickelten Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag verkannt, dass der Tarifvertrag selbst gar nicht abzuwickeln ist, weil er in seinem normativen Teil nicht wie ein Vertrag funktioniert; vielmehr sind lediglich die Lücken zu füllen, die das Entfallen eines Tarifvertrages in den von ihm (mit)-gestalteten Arbeitsverhältnissen reißt.

Dabei zeigt sich, dass die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag gerade dort, wo sie vorgibt, sich mit der Praxis auseinanderzusetzen, nicht zu überzeugen vermag. Dies gilt sowohl für das Tarifgeschehen im Allgemeinen als auch – und besonders – für das Tarifgeschehen in der Leiharbeit:

Im allgemeinen Tarifbereich liegt der Schwerpunkt der Darstellung von Henssler u. a. auf der Vielfalt der Tarifverträge sowie auf ihrer Vorteilhaftigkeit für die Arbeitnehmer und darauf, dass diese beim Wegfall solcher Tarifverträge nicht akzeptable Einbußen zu erleiden haben könnten. Nicht beachtet und dargestellt wird, dass derartige Tarifierfolge von tarifunfähigen Arbeitnehmervereinigungen nicht zu erwarten sind, weil diese ja keine Verhandlungsmacht haben, so dass Rückzahlungspflichten für die Arbeitnehmer selten und jedenfalls nicht kompliziert sind.

Im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung wird zudem nicht beachtet und dargestellt, dass dort die Tarifverträge es ermöglichen vom gesetzlich vorgeschriebenen Arbeitnehmerschutz zu Lasten der Arbeitnehmer abzuweichen (tarifdispositives Gesetzesrecht). Wenn ein Tarifvertrag vorliegt, muss der Verleiher dem Leiharbeitnehmer nur das tarifliche Entgelt, nicht aber für den Einsatzfall das gleiche Entgelt, wie dies die Stammbeschäftigten im Einsatzbetrieb bekommen, zahlen. Fehlt ein solcher Tarifvertrag, gilt das Gleichstellungsgebot des

¹²⁶ BGBl. I 2011, S. 642; zur Geschichte dieser Norm vgl. ErfK/*Wank*, § 3a AÜG Rn. 1 ff.

¹²⁷ BAnz. 2011 Nr. 195, S. 4608.

AÜG. Dieses festzustellen und zu zahlen, wirft keine praktischen Schwierigkeiten auf. Es kann lediglich teuer sein für die Verleiher.

Damit erweisen sich die Ausführungen zu den Schwierigkeiten der Rückabwicklung in der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag als substanzlos. Da jedoch – wie dargelegt – in dem Text von Henssler u. a. wenig vom tarifdispositiven Gesetzesrecht im Zusammenhang mit der Tarifunfähigkeit die Rede war, soll abschließend ein Blick auf diese Problematik geworfen werden.

VI. Die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag und die entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen beim tarifdispositiven Gesetzesrecht

Grundsätzlich sind die Gesetze zum Arbeitnehmerschutz einseitig zwingend, d. h. den Arbeitsvertragsparteien ist es nicht erlaubt, von ihnen zu Lasten der Arbeitnehmerseite abzuweichen, wohl aber zu deren Gunsten. Auch ein einvernehmliches Handeln von Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist demgemäß nicht in der Lage, das zwingende Arbeitnehmerschutzrecht zu verschlechtern. Hintergrund ist die Tatsache, dass im Individualrecht nicht nur bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch bei dessen Durchführung ein strukturelles Machtungleichgewicht besteht, das gleiche Verhandlungschancen beim Individualvertrag ausschließt. Unter solchen Bedingungen können die Vertragsparteien nicht über den gesetzlichen Schutz der Arbeitnehmer verfügen.

1. Die Konzeption des tarifdispositiven Gesetzesrechts

Andere Überlegungen gelten beim so genannten tarifdispositiven Gesetzesrecht. Hier gestattet der Gesetzgeber explizit, dass die Tarifvertragsparteien durch Tarifvertrag von gesetzlichen Regelungen auch „nach unten“ abweichen. Hintergrund dieser gesetzlichen Konzeption ist die Vermutung, dass die Tarifverträge ein deutlich größeres Richtigkeitsvertrauen genießen als Individualarbeitsverträge. Außerdem erhofft sich der Gesetzgeber, der die Arbeitnehmerschutzrechte für tarifvertragliche Änderungen öffnet, dass die Tarifvertragsparteien schnell und sachbezogen handeln und flexible, maßgeschneiderte Lösungen bieten.¹²⁸

Im Grundsatz ist die Möglichkeit tarifdispositiven Gesetzesrechts anzuerkennen. Dies gilt schon deshalb, weil die Tarifautonomie ohnehin einen weiten

¹²⁸ Däubler/Schick, TVG, Einleitung Rn. 325; Kempen/Zachert/Kempen, Grundlagen Rn. 287 ff.; Löwisch/Rieble, § 1 TVG Rn. 935 ff; Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 380; Thüsing/Braun/Thüsing, Einl. Rn. 54 ff.; Richardi/Bayreuther, Kollektives Arbeitsrecht, § 5 Rn. 8.

Regelungsbereich der Tarifvertragsparteien eröffnet. Auch die ständige Rechtsprechung des BAG geht im Grundsatz davon aus, dass tarifliche Regelungen in diesem Kontext zulässig sind, wenn sie sachgemäß sind und keiner Seite unzumutbares Übergewicht vermitteln. Allerdings wird in einer neueren Entscheidung¹²⁹ zu Recht betont, dass die tariflichen Abweichungen vom gesetzlichen Arbeitnehmerschutz auch dann, wenn in diesem Sinne die Richtigkeitsgewähr gegeben ist, nicht vom jeweiligen gesetzlichen Gesamtzusammenhang abweichen dürfen und grundsätzliche verfassungsrechtliche Wertungen ebenso berücksichtigen müssen wie einschlägiges Unionsrecht.¹³⁰

Die Zulässigkeit des tarifdispositiven Gesetzesrechts ist gleichwohl auch in Zweifel gezogen worden. Vor allem wird heute verstärkt über die Richtigkeitsgewähr bei den gesetzesabweichenden Tarifverträgen und ihre Folgen diskutiert.¹³¹ Das hat sicher mit der Pluralisierung der Gewerkschaften zu tun, vor allem aber auch mit negativen Erfahrungen aus der Praxis, insbesondere bei der hier diskutierten Arbeitnehmerüberlassung.¹³²

Auf der anderen Seite lässt sich wohl nicht bestreiten, dass die Möglichkeit branchenspezifischer Korrekturen gesetzlicher Regelungen grundsätzlich sinnvoll ist. Es sind aber nach der hier vertretenen Ansicht gerade hier klare Anforderungen an die Durchsetzungsfähigkeit solcher Gewerkschaften zu stellen oder es ist in sonstiger Weise zu sichern, dass keine Gefälligkeitstarifverträge rechtswirksam werden können. Andernfalls ergäben sich erhebliche Probleme für die Praxis und im Hinblick auf die Schutzpflichten des Staates, die aus den Grundrechten der Arbeitnehmer folgen.

2. Beispiele für tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht

Beispiele für tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht sind § 622 IV BGB, der eine Veränderung der gesetzlichen Kündigungsfristen ermöglicht, § 12 III TzBfG, der eine Veränderung der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeiten ebenso wie der Vorankündigungsfristen für die jeweiligen Arbeitseinsätze im Falle der Arbeit auf Abruf ermöglicht, das Arbeitszeitgesetz, das branchenspezifische Sonderregeln ermöglicht sowie die in diesem Zusammenhang maßgebliche Regelung in §§ 3 I Nr. 3 und 9 Nr. 2 AÜG, wonach ein Tarifvertrag von dem

¹²⁹ BAG 15.8.2012 – 7 AZR 184/11 –, NZA 2013, 45–49, Rn. 15.

¹³⁰ ErfK/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 14; Loth/*Ulber*, NZA 2013, 130–134.

¹³¹ Vgl. z.B. Waltermann, *Tarifautonomie und „Richtigkeitsgewähr“ des Tarifvertrages in der Leiharbeit?*, FS Bepler, 2012, S. 569–584.

¹³² Siehe oben V. 2. b.

Grundsatz des Equal Pay und Equal Treatment in der Leiharbeit abweichen kann.¹³³

3. Einbeziehung der Nichttarifgebundenen

Für all diese Regelungen ist es charakteristisch, dass sie nicht nur die Tarifgebundenen erfassen, sondern im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern gesetzlich explizit die Möglichkeit eröffnen, die Anwendung der tarifvertraglichen Regelungen individualvertraglich zu vereinbaren. Eine für die Arbeitnehmer ungünstige Regelung kann sich also auch für nichttarifgebundene Arbeitnehmer nachteilig auswirken. Dogmatisch ist dies jedoch keine Außenseiterbenachteiligung, weil die Anwendung der Regelung ja immer über die individualrechtliche Vereinbarung legitimiert ist.

Praktisch hat gerade diese Erweiterung der Reichweite des tarifdispositiven Gesetzesrechts Probleme aufgeworfen. In vielen Fällen ist nämlich die Mitgliederzahl der beteiligten Gewerkschaften minimal. Auch hier ist die Leiharbeit ein instruktives Beispiel: Waltermann gibt die Zahl der Organisierten in diesem Bereich mit 0,2 Prozent an.¹³⁴ Allein mit den tarifgebundenen Arbeitnehmern wäre jedenfalls der CGZP kaum ein relevantes Unterbieten des Gleichstellungsgebotes und eine prägende Bedeutung in der Leiharbeitsbranche gelungen.

4. Richtigkeitsgewähr und tarifdispositives Gesetzesrecht

Die Kompetenz der Tarifvertragsparteien, vom gesetzlichen Arbeitnehmerschutzrecht abzuweichen, kann nur gegeben sein, wenn die entsprechenden Tarifverträge eine Richtigkeitsgewähr für die neuen Regelungen im Bereich des jeweiligen Arbeitnehmerschutzgesetzes bieten. Das ist nur der Fall, wenn auf Grund des Verhandlungsgleichgewichts der Tarifvertragsparteien davon auszugehen ist, dass die vereinbarten tariflichen Regelungen den Interessen beider Seiten gerecht werden und keiner Seite ein unzumutbares Übergewicht vermitteln. Deshalb ist auf der Seite der Arbeitnehmervereinigung die Tariffähigkeit unverzichtbar.¹³⁵ Die fehlende Tariffähigkeit ist ein so schwerer Mangel, dass

¹³³ Eine umfassende Auflistung weiterer Regelungen findet sich bei Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 935; genauer zur Regelung im AÜG unten B 2.

¹³⁴ Arbeitsrecht, § 20, S. 178.

¹³⁵ BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 –, NZA 2006, 1112, 1116; BAG 15.8.2012 – 7 AZR 184/11 –, NZA 2013, 45–49, Rn. 27.

auch nach den eigenen Prinzipien in einem solchen Fall die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag nicht greifen kann.¹³⁶

a) Erhöhte Anforderungen an die Tariffähigkeit?

Mehr als die schon jetzt erforderliche soziale Mächtigkeit als Voraussetzung für die Durchsetzungsfähigkeit in den Tarifverhandlungen lässt sich mit Art. 9 III GG nicht begründen. Orientierungspunkt ist das Verhandlungsgleichgewicht, das bei einem Nachweis der sozialen Mächtigkeit gegeben ist. Weitere Kriterien, wie die Repräsentativität für Gewerkschaften, die einen wirksamen Tarifvertrag abschließen dürfen, können einen solchen Nachweis aber erleichtern.¹³⁷

b) Andere Vorschläge

Wenn begründete Zweifel daran bestehen, ob hinreichend verhandlungsstarke Gewerkschaften in einer Branche überhaupt vorhanden sind, spricht viel dafür, den Staat als verpflichtet anzusehen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen wieder an sich zu ziehen.¹³⁸

Zusätzlich in Betracht zu ziehen sind die Überlegungen, die das Schwergewicht auf eine verstärkte rechtliche Kontrolle der tariflichen Abweichung legt, die in der Rechtsprechung mit der Orientierung auf den gesetzlichen Gesamtschutz schon angelegt ist.¹³⁹ Zu bedenken ist hier allerdings, dass bei einem solchen Konzept immer die unzulässige Tarifizensur naheliegt.

Insgesamt sollen all diese Überlegungen aber nicht weiter verfolgt werden. Sie sollen nur als Beleg dafür dienen, dass die rechtswissenschaftliche Diskussion um das tarifdispositive Gesetzesrecht deutliches Problembewusstsein zeigt.

¹³⁶ So explizit auch *Henssler/Willemsen/Kalb*, § 1 TVG Rn. 21a, § 2 TVG Rn. 3; ebenso LAG Berlin-Brandenburg 13.6. 2012 – 24 Sa 213/12.

¹³⁷ Buschmann, FS Richardi, 2007, 93–116; Schlachter/Kauk, AuR 2010, 354–362.

¹³⁸ So z. B. Stütze, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, 2010, S. 391 ff.; Ulber, D., Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010, S. 463 ff.

¹³⁹ Ausführlich dazu – wenn auch für die Leiharbeit ablehnend: Löwisch/Rieble, § 1 TVG Rn. 941.

5. Konsequenzen für die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag

Die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag hingegen setzt sich – wie dargelegt – mit den offen zu Tage tretenden Problemen in diesem Zusammenhang fast nicht auseinander. Sie argumentiert nur damit, dass die gleichen Kriterien für die arbeitnehmergünstigen, wie für die arbeitnehmerungünstigen Tarifverträge gelten könnten und müssten, sodass auch im Bereich des tarifdispositiven Gesetzesrechts die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag Geltung habe.¹⁴⁰

Nachvollziehbar ist das nicht. Oben war bereits dargelegt worden, dass im Falle der Tarifunfähigkeit eine auch nur zeitlich begrenzte Wirksamkeit des nichtigen Tarifvertrags nicht in Betracht kommen kann. Dies war nicht nur mit der zentralen Bedeutung der Tariffähigkeit für das System der Tarifautonomie und seine Risikoverteilung begründet worden. Aus funktionaler Sicht war auch darauf abgestellt worden, dass die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag mit ihrer Fehlertoleranz für die Vergangenheit falsche Anreize setzt. Für einen Arbeitgeber würde kein Risiko darin bestehen, mit einer tarifunfähigen Gewerkschaft nichtige, lohnwucherische Tarifverträge abzuschließen. Von Nachzahlungsansprüchen der Arbeitnehmer bliebe er immer verschont. Das macht es unter Kostengesichtspunkten für Arbeitgeber durchaus attraktiv, sehenden Auges Gefälligkeitstarifverträge mit Pseudo-Gewerkschaften zu versuchen. Das ist mit der durch Art. 9 III GG geschützten Tarifautonomie nicht zu vereinbaren.

Dasselbe Problem ergibt sich bei einer Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag auf tarifdispositives Gesetzesrecht. Hier ist die Situation sogar noch dramatischer, denn hier kann gesetzliches, also demokratisch legitimes Arbeitnehmerschutzrecht abgebaut werden. Kommen in diesem Zusammenhang tarifunfähige Gewerkschaften ins Spiel, gibt es keine Chance, durch eine Gegenwehr gegen unzulässige Verschlechterungszumutungen zu ausgewogenen Lösungen zu kommen. Gilt die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag, dann sind diese nichtigen, gesetzliche Regelungen aushebelnden Verträge jedenfalls für die Vergangenheit als rechtswirksam zu behandeln. Aus diesem Grunde ist auch hier und besonders hier die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag nicht tolerabel. Ihre Anwendung verstieße gegen Grundkonzept des tarifdispositiven Gesetzesrecht und gegen Art. 9 III GG. Sie öffnete zudem dem Missbrauch Tür und Tor.

¹⁴⁰ Henssler u. a. (Fn. 6), S. 64 ff.

Die dargelegten konzeptionellen Probleme des tarifdispositiven Gesetzesrechts, bei dem tarifunfähige Gewerkschaften aktiv werden, haben sich in der Praxis der Leiharbeit bereits in einer Weise bestätigt, die erschreckend ist.

6. Die Besonderheiten im AÜG

Oben wurde bereits dargelegt, dass gerade in der Leiharbeitsbranche erhebliche Probleme durch die Möglichkeiten der Abweichung vom Gleichstellungsgebot durch Tarifvertrag oder unter Bezugnahme auf einen solchen Tarifvertrag gegeben sind, weil dort tarifunfähige Gewerkschaften ein Betätigungsfeld gefunden haben.¹⁴¹

Das war so nicht vorhergesehen. Vielmehr waren früher Befürchtungen der Verleihunternehmen laut geworden, mit dem „mittelbaren Zwang“ zum Abschluss von Tarifverträgen, denen sich Arbeitgeber gegenüber sähen, die eine Verstärkung ihrer Personalkosten anstreben, würden sich Vergütungszuwächse der Arbeitnehmer von bis zu 50 Prozent ergeben, die die Überlebensfähigkeit dieser Unternehmen in Frage stelle.¹⁴² Es wurde sogar eine Verfassungsbeschwerde wegen der Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit erhoben, die das Bundesverfassungsgericht allerdings nicht zur Entscheidung angenommen hat.¹⁴³ Die Überlegungen des Gerichts sind aber ganz im Duktus dieser früheren Überlegungen zur Verbesserung der Situation in der Leiharbeit durch die Tarifregelungen. Es heißt in den Leitsätzen der genannten Entscheidung:

„Die angegriffenen Regelungen sind den Verleihunternehmen auch zumutbar. Denn die vom Gesetzgeber angestrebte steigende Qualität und Akzeptanz von Leiharbeit nützt auch ihnen, da sich hierdurch ihre Wettbewerbsbedingungen und ihre Stellung im Arbeitsmarkt verbessern können.“

Tatsächlich kam alles ganz anders. Die christlichen Gewerkschaften haben die Tarifverträge in der Leiharbeit zur Vereinbarung deutlich verminderter Entgelte genutzt, die als skandalös zu bewerten sind und die auch inzwischen zur gesetzlichen (Teil-)Korrektur geführt haben. So hatte die Bundesregierung nach dem so genannten Schlecker-Skandal¹⁴⁴ im Dezember 2010 ein „Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung vom

¹⁴¹ Vgl. oben V. 2. b.

¹⁴² Lembke, BB 2003, 98, 99.

¹⁴³ BVerfG 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03 –, NZA 2005, 153–156.

¹⁴⁴ Vgl. dazu Düwell/Dahl, DB 2010, 1759, 1760.

Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ eingebracht, das am 24. März 2011 beschlossen wurde.¹⁴⁵

Nicht nur die Vorstellungen des deutschen Gesetzgebers zum Schutz der Leiharbeit stehen in völligem Widerspruch zu der dargestellten Praxis, auch die Europäische Union hatte andere Vorstellungen zur Leiharbeit.

a) Die unionsrechtlichen Vorgaben

Dem deutschen Recht der Arbeitnehmerüberlassung liegt die unionsrechtliche Leiharbeits-Richtlinie 2008/104/EG zugrunde, die eine sozialverträgliche Ausgestaltung der Leiharbeit anstrebt. Es heißt dort in Art. 1:

„Ziel dieser Richtlinie ist es, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gemäß Artikel 5 gesichert wird und die Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden muss, um wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen.“

Im Sinne der sozialverträglichen Ausgestaltung der Leiharbeit wird den Anforderungen des Equal Pay und Equal Treatment eine zentrale Rolle zugewiesen. Dazu heißt es in Art. 5 I:

„Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer entsprechen während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären.“

Gleichzeitig ist es grundsätzlich ermöglicht worden, durch Tarifvertrag von eben diesem Gleichstellungsgrundsatz abzuweichen, jedenfalls was das Entgelt (Equal Pay) betrifft. Art. 5 II lautet:

¹⁴⁵ BGBl. I 2011, S. 642. Maßgebliche Neuregelungen waren die Einfügung des Begriffes „vorübergehend“ als Begrenzung der Überlassungszeit, die sog. Drehtürklausel, die bestimmt, dass eine tarifliche Abweichung vom Gleichstellungsgebot nicht für Leiharbeitnehmer gilt, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 Aktiengesetz bildet, ausgeschieden sind, und schließlich die Lohnuntergrenze des neu eingefügten § 3a AÜG.

„In Bezug auf das Arbeitsentgelt können die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner die Möglichkeit vorsehen, dass vom Grundsatz des Absatzes 1 abgewichen wird, wenn Leiharbeitnehmer, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden.“

Allerdings gilt dies nach Art. 5 III nur „unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“. Wörtlich lautet die Vorschrift:

„Die Mitgliedstaaten können nach Anhörung der Sozialpartner diesen die Möglichkeit einräumen, auf der geeigneten Ebene und nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen Tarifverträge aufrechtzuerhalten oder zu schließen, die unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern, welche von den in Absatz 1 aufgeführten Regelungen abweichen können, enthalten können.“

Aus dieser Normstruktur haben sich juristische Überlegungen zu der Frage ergeben, ob das AÜG den Anforderungen der Richtlinie entspricht. Vor allem wird diskutiert, ob die deutsche Regelung, die ein tarifliches Abweichen ganz generell formuliert („ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen“ und weiter „im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelung vereinbaren“) richtlinienkonform ist.¹⁴⁶ Ebenfalls umstritten ist, ob diesen Anforderungen jedenfalls durch die oben bereits angesprochene Novellierung zur Beseitigung von Missbräuchen, insbesondere durch die Einfügung des § 3a in das AÜG nun genügt wird.¹⁴⁷ Das erscheint aber schon deshalb zweifelhaft, weil es sich lediglich um die Verhinderung von Hungerlöhnen in der Leiharbeit handelt, nicht um eine Regelung, die das gesamte Schutzkonzept der Leiharbeitsrichtlinie widerspiegelt.

Dieses Problem soll hier nicht ausdiskutiert werden. Festzuhalten ist aber jedenfalls, dass eine Entscheidung des EuGH, die in diesem Bereich einen nichtigen Tarifvertrag für die Vergangenheit gleichwohl als wirksam akzeptiert, wie dies die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag vorsieht, kaum vorstellbar ist. Sie würde dem Schutzkonzept der Leiharbeitsrichtlinie und ihrer restriktiven Regelung zu Abweichensmöglichkeiten zu deutlich widersprechen.

¹⁴⁶ Vgl. Ulber, AÜG, Einl. F Rn. 63; ausführlich zu dieser Debatte: Krause, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay, S. 32, 33.

¹⁴⁷ ErfK/Wank, § 3a AÜG Rn. 5.

b) Abweichung vom Gleichstellungsgebot durch Tarifvertrag

Im Bereich des AÜG gilt nach wie vor – wie gezeigt – dass eine Abweichung vom Equal pay- und Equal Treatment-Grundsatz durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages zulässig ist, §§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG. Allerdings gibt es hier (inzwischen) zwei Ausnahmen:

1. ein Tarifvertrag wäre unwirksam, wenn er eine durch Rechtsverordnung bestimmte Lohnuntergrenze gemäß § 3a II AÜG unterschritte, und
2. eine tarifliche Abweichung vom Gleichstellungsgebot gilt nicht für Leiharbeiternehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 Aktiengesetz bildet, ausgeschieden sind (Verbot des Drehtüreffekts).

Vor diesem Hintergrund besteht die Hoffnung, dass sich die Situation in der Leiharbeit verbessern wird. Dies gilt aber nicht nur, nicht einmal in erster Linie wegen der Gesetzesänderungen, sondern vor allem wegen der Initiativen tariffähiger Gewerkschaften zu Branchenzuschlägen zur Sicherung des Equal Pay,¹⁴⁸ die dazu geführt haben, dass sich das Bild von der Leiharbeit als geprägt durch Dumpinglöhne langsam verändert. Es bleibt aber das Problem, dass die Leiharbeit zumindest auch zur Verdrängung von regulären Arbeitsverhältnissen führt.¹⁴⁹

c) Abweichung vom Gleichstellungsgebot unter Bezugnahme auf einen Tarifvertrag

Vereinbaren die Parteien des Individualarbeitsvertrages in der Leiharbeit die Bezugnahme auf einen einschlägigen Leiharbeitstarifvertrag, so wird dadurch das gesetzliche Gleichstellungsgebot – wie gezeigt – gemäß §§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG ebenfalls abbedungen. Dies gilt nicht, wenn der in Rede stehende Tarifvertrag unwirksam ist, wie dies bei den Tarifverträgen der CGZP der Fall ist. Die Inbezugnahme geht in diesem Fall ins Leere, sie hat keine rechtliche Bedeutung.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Schumann AiB 2012, 423–426; Krause, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay, 2012.

¹⁴⁹ Jahn/Weber, IAB-Kurzbericht 2/2013.

¹⁵⁰ LAG Niedersachsen vom 28.11.2012 – 2 Sa 76/12, Rn. 49. Im Ergebnis ebenso LAG Niedersachsen 1.8.2012 – 16 Sa 654/11, Rn. 96; LAG Mecklenburg-Vorpommern 10.7.2012 – 5 Sa 248/11 –, NZA-RR 2012, 584–590; LAG Hamm 23.5.2012 – 3 Sa 1415/11; LAG Schleswig-Holstein 11.10.2012 – 5 Sa 499/11.

Zu Unrecht wird dagegen eingewandt, es stehe den Individualvertragsparteien frei, auf beliebige Regelwerke zu verweisen, auch auf nichtige Tarifverträge.¹⁵¹ Dabei wird auch auf eine Entscheidung des BAG aus dem Jahre 2002 verwiesen.¹⁵² In der Tat eröffnet dort das BAG recht weite Möglichkeiten für die Inbezugnahme, insbesondere die, auf einen Tarifvertrag einer Konkurrenzgewerkschaft zu verweisen. Mit den hier in Rede stehenden Verweisungen auf CGZP-Tarifverträge in der Leiharbeit hat das aber nichts zu tun. Hier sind die Inbezugnahmemöglichkeiten aufgrund der gesetzlichen Vorgaben wesentlich enger: verwiesen werden kann nur auf einen Tarifvertrag, in dessen Geltungsbereich man sich befindet. Ersetzt werden soll durch die Bezugnahme hier nur die fehlende Tarifbindung. Ein nicht geltender Tarifvertrag kann somit nicht wirksam in Bezug genommen werden.

Wenn ein Tarifvertrag in der Leiharbeit nichtig ist, haben Arbeitnehmer, in deren Arbeitsverträgen auf diesen Tarifvertrag verwiesen wird, Anspruch auf Gleichstellung bzw. für die Vergangenheit Ansprüche auf Differenzentgelt nach § 10 IV i. V. m. § 9 Nr. 2 AÜG.¹⁵³

7. Ergebnis

Insgesamt spricht alles dafür, auch und gerade im Falle des tarifdispositiven Rechts der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag die Anerkennung zu verweigern.

Das Fehlen der Tariffähigkeit ist ein so schwerer Mangel im Tariffrecht, dass nach den eigenen Kriterien der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag hier keine Aufrechterhaltung des Tarifvertrags für die Vergangenheit in Betracht kommt.

Eine faktische Abweichungsmöglichkeit nach unten ohne die für die tarifliche Richtigkeitsgewähr maßgebende Tariffähigkeit würde im Übrigen gegen die Schutzpflichten des Staates beim Arbeitnehmerschutz verstoßen.

Auch die unionsrechtlichen Anforderungen in der Leiharbeitsrichtlinie stehen insoweit der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag entgegen, als sie Regelungen zu Abweichungsmöglichkeiten beim Equal Pay und Equal Treatment sehr streng sind.

¹⁵¹ Löwisch, SAE 2013, 11, 13.

¹⁵² BAG 22.1.2002 – 9 AZR 601/00 –, NZA 1041–1047.

¹⁵³ ErfK/Wank, § 19 AÜG Rn. 6.

Vor allem würde mit der Anerkennung der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag die Risikostruktur im Tarifrecht einseitig zu Lasten der Arbeitnehmerseite verändert. Das Risiko der Arbeitgeberseite, sich den falschen Tarifpartner ausgesucht zu haben, darf nicht, erst recht nicht durch allgemeine Vertrauensschutzüberlegungen, auf die Arbeitnehmerseite verlagert werden. Beachtet man dies nicht, wird ein falscher Anreiz gegeben.

Typisch für das tarifdispositive Recht ist schließlich, dass nichtige Tarifverträge hier keine Rückabwicklungsprobleme aufwerfen wie unter Teil V. dargelegt worden ist.

VII. Zusammenfassung und Gesamtergebnis

Die theoretische Grundlage der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag besteht in der Annahme, dass es allgemeine Regeln für die Abwicklung von in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen gibt und dass diese Regeln auch auf die rechtliche Behandlung nichtiger Tarifverträge anzuwenden seien.

Dies ist unter mehreren Gesichtspunkten unzutreffend:

1. Zunächst lassen sich die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht darauf zurückführen, dass es sich um Dauerschuldverhältnisse handelt. Auch die von Hennsler u. a. angeführten Gedanken des Vertrauensschutzes oder eines Rückwirkungsverbotens spielen keine Rolle. Vielmehr ist für die fehlerhafte Gesellschaft die entstandene Organisation konzeptioneller Anknüpfungspunkt. Zudem wird auf Überlegungen des Verkehrs- und Bestandsschutzes abgestellt.

Hinzukommt, dass die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nach allgemeiner Meinung überhaupt nur zur Anwendung kommen kann, wenn die Fehler nicht von besonderer Schwere sind und wenn es keine entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen gibt, die Vorrang genießen. Dies steht einer generellen Übertragung immer dann entgegen, wenn eine generelle Interessenanalyse ergibt, dass Verkehrs- und Bestandsschutz nicht vorrangig sind. Darüber hinaus kann im Einzelfall ebenso eine Anwendung ausgeschlossen sein, weil besonders schutzwürdige Interessen von Einzelnen oder der Allgemeinheit in diesem Falle in Rede stehen.

Jedenfalls beim Fehlen der zentralen Voraussetzung für die Befugnis zur Schaffung von normativen Tarifvertragsregeln, beim Fehlen der Tariffähigkeit, wird man von einem schweren Fehler in diesem Sinne sprechen müssen. Zudem würde eine Bestandskraft nichtiger Tarifverträge für die Vergangenheit die Interessen der Tarifunterworfenen und der Rechtsordnung verletzen: der besondere Schutz und die Normqualität von Tarifverträgen kann nur gelten, wenn die Richtigkeitsgewähr der Tarifverträge gegeben ist, sie also durch tariffähige Organisationen unter den Bedingungen des Verhandlungsgleichgewichts geschaffen worden sind.

2. Ähnliches gilt im Hinblick auf die Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses. Sie lassen sich ebenso wenig wie die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft darauf zurückführen, dass es sich um Dauerschuldverhältnisse

handelt. Während bei der fehlerhaften Gesellschaft die entstandene Organisation konzeptioneller Anknüpfungspunkt ist, besteht dieser beim fehlerhaften Arbeitsverhältnis in dem personenrechtlichen Element dieses Vertragsverhältnisses und im unverzichtbaren Arbeitnehmerschutz.

Zudem wird im Arbeitsrecht besonderer Wert darauf gelegt, dass wirklich Abwicklungsschwierigkeiten in Rede stehen. Dieses Element ist beim nichtigen Tarifvertrag typischerweise nicht gegeben. Der Tarifvertrag selbst muss nämlich nicht rückabgewickelt werden; auch die von ihm (mit-)gestalteten Arbeitsverhältnisse verlieren ihre rechtliche Basis nicht. Durch den nichtigen Tarifvertrag entsteht lediglich eine Lücke im Arbeitsvertrag, der mit den individualvertraglichen Regelungen, ergänzender Vertragsauslegung und dem gesetzlichen Arbeitnehmerschutzrecht ausgefüllt werden kann. Einer besonderen Lehre bedarf es dazu nicht.

Eine Gemeinsamkeit gibt es allerdings: Ebenso wie die Rechtsfigur von der fehlerhaften Gesellschaft nur zur Anwendung kommen kann, wenn es keine entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen gibt, die Vorrang genießen, gilt dies auch für die Rechtsfigur des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses.

3. Dass der Tarifvertrag überhaupt ein Dauerschuldverhältnis in diesem Sinne ist, muss schließlich bezweifelt werden. Im schuldrechtlichen Teil, d. h. in Bezug auf das Verhältnis der Tarifvertragsparteien untereinander, kann man möglicherweise von einem Dauerschuldverhältnis sprechen. Um dieses Verhältnis geht es Henssler u. a. aber explizit nicht.

Anders als die bisher genannten Vertragsverhältnisse begründet der Tarifvertrag in seinem maßgeblichen normativen Teil aber keinerlei Vertragsbeziehungen, sondern er gestaltet nur den Inhalt von Arbeitsverhältnissen, gegebenenfalls gestaltet er diesen Inhalt um. Dies ist in verschiedenen rechtlichen Varianten möglich. Regelmäßig gilt der Tarifvertrag entweder nach § 4 I TVG unmittelbar und zwingend oder er findet Anwendung, weil die Arbeitsvertragsparteien ihn in Bezug genommen haben. Auch eine Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG oder eine Anwendung der Mindestlohnregeln des AEntG kann zur tarifvertraglichen (Um-)Gestaltung von Arbeitsverhältnissen führen.

Nach alledem fehlt der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag somit die theoretische Basis.

4. Eine weitere Legitimation sieht die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag in Art. 9 III GG. Sie geht davon aus, mit der ex nunc-Nichtigkeit von Tarifverträgen, die tarifunfähige Gewerkschaften abgeschlossen haben, der notwendigen Bestandskraft von Tarifverträgen und damit letztlich der Tarifautonomie zu

dienen. Die Stabilität existierender Tarifverträge und das (vermutete) Vertrauen der Tarifunterworfenen auf diese Tarifverträge werden deutlich höher bewertet als die Bedeutung der Tariffähigkeit selbst für die Tarifautonomie.

Diese Annahme verkennt die substantielle Bedeutung, die die Tariffähigkeit für System und Funktion der Tarifautonomie hat.

Bei der Tarifautonomie des Art. 9 III GG geht es darum, auf der Ebene von Tarifverhandlungen ein gleichgewichtiges Aushandeln der Arbeitsbedingungen zu ermöglichen und zu bewirken. Vereinbarungen, die von tarifunfähigen Arbeitnehmergruppen abgeschlossen worden sind, sind von der rechtlichen Anerkennung als Tarifvertrag ausgeschlossen: sie haben keine Richtigkeitsgewähr, sondern können vom Verhandlungspartner oktroyiert sein oder es kann sich um Gefälligkeitstarifverträge handeln. Deshalb stehen sie nicht unter dem Schutz von Art. 9 III GG. Tarifunfähige Koalitionen haben nicht die Kompetenz, Tarifverträge abzuschließen.

Die Tariffähigkeit ist dementsprechend eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Tarifvertrages. Fehlt sie, ist der Tarifvertrag nichtig und das von Anfang an. Die Einschränkungen, die für die Wirkung der Anfechtung von Tarifverträgen greifen können, lassen sich auf die Nichtigkeit wegen fehlender Tariffähigkeit nicht übertragen, weil letztere in keiner Weise zur Disposition der Vertragsparteien steht, sondern auch im Allgemeininteresse (Richtigkeitsgewähr) erforderlich ist.

5. Diese Überlegungen gelten auch im Hinblick auf die CGZP-Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts. Die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen bezieht sich ebenso wie die Tariffähigkeit von einzelnen Gewerkschaften zentral auf die Durchsetzungsfähigkeit. Es handelt sich nicht um bloße Formalitäten, sondern um die Frage, wer die Befugnis hat, im Tarifbereich rechtsverbindlich zu handeln.

6. Die Feststellung der Tariffähigkeit oder Tarifunfähigkeit obliegt nach dem deutschen System nicht irgendeiner Behörde, sondern sie erfolgt durch die Gerichte in einem besonderen Verfahren. Die rechtskräftige Entscheidung des Gerichts bindet dann aber nicht nur die streitenden Parteien, sondern jedermann.

Würde man der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag folgen, würde das derzeitige, gut austarierte System zerstört: tarifunfähige Gruppen könnten nach wie vor ohne behördliche oder sonstige Vorabkontrolle Tarifverhandlungen durchführen. Im Streitfalle würden aber die Ergebnisse solcher Verhandlungen für die Vergangenheit rechtsbeständig sein, weil die Feststellung der Nichtigkeit ja nur ex nunc wirken soll. Damit gäbe es keinerlei Risiko für die Arbeitgeberseite

mehr, mit vereinbarungswilligen, aber tarifunfähigen („gelben“) Gruppierungen Kollektivverträge abzuschließen. Das ist im Hinblick auf die die Tarifautonomie des Art. 9 III GG prägenden Prinzipien des Verhandlungsgleichgewichts nicht akzeptabel und würde Anreize für ein Verhalten bieten, das die Tarifautonomie zu zerstören geeignet ist.

7. Aus denselben Gründen kann auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten kein, auch kein zeitlich begrenzter, Bestandsschutz für Vereinbarungen tarifunfähiger Gewerkschaften akzeptiert werden.

Ebenso können die Parteien des Individualarbeitsvertrages keinen Vertrauensschutz in Anspruch nehmen, wenn sie auf einen Tarifvertrag Bezug nehmen, der wegen Tarifunfähigkeit nichtig ist. Es ist ihr eigenes Risiko, wenn sie die Tarifverträge von Koalitionen in Bezug nehmen, die nicht tariffähig sind.

8. Die Ausführungen zu den Schwierigkeiten der Rückabwicklung erweisen sich im untersuchten Text von Hensler u. a. als substanzlos.

Zunächst wird – wie erwähnt – bei der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag verkannt, dass der Tarifvertrag selbst gar nicht abzuwickeln ist, weil er in seinem normativen Teil nicht wie ein Vertrag funktioniert; vielmehr sind lediglich die Lücken zu füllen, die das Entfallen eines Tarifvertrages in den von ihm (mit)-gestalteten Arbeitsverhältnissen reißt.

Vor allem aber wird der Inhalt der betrachteten Tarifverträge unzutreffend bestimmt:

Im allgemeinen Tarifbereich liegt der Schwerpunkt der Darstellung von Hensler u. a. auf der Vielfalt der Tarifverträge sowie auf ihrer Vorteilhaftigkeit für die Arbeitnehmer und darauf, dass diese beim Wegfall solcher Tarifverträge nicht akzeptable Einbußen zu erleiden haben könnten. Nicht beachtet und dargestellt wird, dass derartige Tariferfolge von *tarifunfähigen* Arbeitnehmervereinigungen nicht zu erwarten sind, weil diese ja keine Verhandlungsmacht haben, so dass Rückzahlungspflichten für die Arbeitnehmer selten und jedenfalls nicht kompliziert sind.

Im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung wird zudem nicht beachtet und dargestellt, dass dort die Tarifverträge es ermöglichen vom gesetzlich vorgeschriebenen Arbeitnehmerschutz zu *Lasten der Arbeitnehmer* abzuweichen (tarifdispositives Gesetzesrecht): Wenn ein Tarifvertrag vorliegt, muss der Verleiher dem Leiharbeiter nur das tarifliche Entgelt, nicht aber für den Einsatzfall das gleiche Entgelt, wie dies die Stammbeschäftigten im Einsatzbetrieb bekommen, zahlen. Fehlt ein solcher Tarifvertrag oder ist er wegen Tarifunfähigkeit der abschließenden Gewerkschaft nichtig, gilt das Gleichstellungsgebot des AÜG.

Dieses festzustellen und zu zahlen, wirft keine praktischen Schwierigkeiten auf. Es kann lediglich teuer sein für die Verleiher.

9. Die unzulängliche Beachtung wichtiger praktischer Fragen spiegelt sich rechtlich insoweit wider, als in der Konzeption von Henssler u. a. kaum auf die Besonderheit des tarifdispositiven Gesetzesrechts allgemein und in der Leiharbeit eingegangen wird. Tatsächlich spricht aber alles dafür, auch und gerade im Falle des tarifdispositiven Rechts der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag die Anerkennung zu verweigern.

Das Fehlen der Tariffähigkeit ist ein so schwerer Mangel im Tarifrecht, dass nach den eigenen Kriterien der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag hier keine Aufrechterhaltung des Tarifvertrages für die Vergangenheit in Betracht kommt.

Eine faktische Abweichungsmöglichkeit nach unten, ohne die für die tarifliche Richtigkeitsgewähr maßgebende Tariffähigkeit, würde beim tarifdispositiven Gesetzesrecht zudem gegen die Schutzpflichten des Staates beim Arbeitnehmerschutz und damit gegen entgegenstehende rechtliche Pflichten verstoßen. Nach den eigenen Kriterien der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag wäre damit eine Anwendung auf das tarifdispositive Gesetzesrecht ebenfalls nicht möglich.

Auch die unionsrechtlichen Anforderungen in der Leiharbeitsrichtlinie stehen insoweit der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag entgegen, als sie Regelungen zu Abweichungsmöglichkeiten beim Equal Pay und Equal Treatment sehr streng sind.

Schließlich würde mit der Anerkennung der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag die Risikostruktur im Tarifrecht einseitig zu Lasten der Arbeitnehmerseite verändert und ein falscher Anreiz gegeben. Das Risiko der Arbeitgeberseite, sich den falschen Tarifpartner ausgesucht zu haben, darf nicht, erst recht nicht durch allgemeine Vertrauensschutzüberlegungen, auf die Arbeitnehmerseite verlagert werden.

Alles in allem erweist sich die bisherige Zurückhaltung der Gerichte der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag gegenüber als berechtigt. Dies gilt ganz besonders im Bereich des tarifdispositiven Gesetzesrechts.

Literatur

- Bamberger/Roth: Kommentar zum BGB, Bd. 2, 3. Aufl., 2012.
- Baumbach/Hopt: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 35. Aufl., 2012.
- Berg/Kocher/Platow u. a.: Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., 2013.
- Buschmann: Abbau des gesetzlichen Arbeitnehmerschutzes durch kollektives Arbeitsrecht?, FS Richardi, 2007, 93–116.
- Däubler (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl., 2012.
- Dieterich: Koalitions Wettbewerb – Nutzung der Freiheit oder Störung der Ordnung?, GS Zachert, 2010, 532–543.
- Düwell/Dahl: Verhinderung des missbräuchlichen Einsatzes von Arbeitnehmerüberlassung und Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie, DB 2010, 1759–1762.
- Erman: BGB, Kommentar, 13. Aufl., 2011.
- Erfurter Kommentar (Müller-Glöge u.a.): 13. Aufl., 2013.
- Grüneberg/Schuster: Ein Jahr nach Änderung des AÜG, AiB 2013, 78–81.
- Henssler: Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, 2006.
- Henssler/Moll/Beppler: Der Tarifvertrag, 2012.
- Henssler u. a.: Der CGZP-Beschluss des Bundesarbeitsgerichts und seine tarifrechtlichen Folgen, 2012.
- Henssler/Willemsen/Kalb: Arbeitsrecht, Kommentar, 5. Aufl., 2012.
- Hromadka/Maschmann: Arbeitsrecht, Band 2, 5. Aufl., 2010.
- Hueck/Nipperdey: Arbeitsrecht II, 1. Halbband, 1966.
- Jacobs/Krause/Oetker: Tarifvertragsrecht, 2007.
- Jahn/Weber: Zeitarbeit: Zusätzliche Jobs, aber auch Verdrängung, IAB-Kurzbericht 2/2013.
- Joussen: Der Vertrauensschutz im fehlerhaften Arbeitsverhältnis, NZA 2006, 963–967.
- Kempen/Zachert: TVG, 4. Aufl., 2006.
- Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.): Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis, 7. Aufl., 2013.
- Koch: Die Bewältigung von selbst- und fremdbestimmten Rechtsprechungsänderungen durch das Bundesarbeitsgericht, SR 2012, 159–168.
- Koop: Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus, 2009 (Das Tarifvertragssystem).
- Kort: Bestandsschutz fehlerhaften Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998.
- Krause: Rechtskrafterstreckung im kollektiven Arbeitsrecht, 1966.
- Krause: Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2011.

- Krause: Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay, HSI-Schriftenreihe, Band. 2, 2012.
- Kübler/Assmann: Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2006.
- Lambrich/Grünberg: Die CGZP-Tarifverträge auf dem Prüfstand der Sozialgerichtsbarkeit – eine Zwischenbilanz, DB 2012, 2868–2871.
- Lembke: Die „Hartz-Reform“ des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BB 2003, 98–104.
- Lembke: CGZP-Sachverhalte vor dem 14.12.2010: Aussetzen oder Durchentscheiden?, NZA 2011, 1062–1068.
- Löwisch: Folgewirkung der Tarifunfähigkeit der CGZP, SAE 2013, 11–14.
- Löwisch/Rieble: Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl., 2012.
- Loth/Ulber: Grenzen der tarifvertraglichen Abweichungsbefugnis nach § 14 II 3 TzBfG, NZA 2013, 130–134.
- Münchener Handbuch: Arbeitsrecht, Band 1, 3. Aufl., 2009.
- Münchener Kommentar: Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 6. Aufl., 2012; Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, 5. Aufl., 2009.
- Natter/Gross: Arbeitsgerichtsgesetz, 2010.
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., 2013.
- Preis: Individualarbeitsrecht, 4. Aufl., 2012.
- Richardi/Bayreuther: Kollektives Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2012.
- Rieble: CGZP-Tarifunfähigkeit und Vertrauensschutz, BB 2012, 2945–2951.
- Rieble: Tariflose Zeitarbeit? BB 2012, 2177–2183.
- Rolfs/Giesen u. a.: Arbeitsrecht, Kommentar, 2008.
- Schäfer, C.: Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2007.
- Schaub: Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl., 2011.
- Schmidt, K.: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002.
- Schüren/Hamann: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl., 2010.
- Schumann: Tarifverträge zur Leiharbeit in der Metall- und Elektroindustrie, AiB 2012, 423–426.
- Schwarze: Das Recht der Leistungsstörungen, 2008.
- Soergel: Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 11/1, 13. Aufl., 2012.
- Staudinger: Kommentar zum BGB, §§ 705–740, 13. Bearbeitung, 2003; §§ 611–613, Dienstvertragsrecht 1, Neubearbeitung 2011.
- Stein: Fehlerhafte Tarifverträge. Zugleich zur Vorstellung von einem „faktischen“ Tarifvertrag“, in: Schubert (Hrsg.), Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht, FS für Otto Ernst Kempfen, 2013.
- Stütze: Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, 2010.
- Thüsing/Braun: Tarifrecht, 2011.
- Thüsing: AÜG, 3. Aufl., 2012.
- Ulber (Hrsg.): AÜG – Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., 2011.
- Ulber, D.: Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010.
- Ulber, D.: Neues zur Tariffähigkeit, RdA 2011, 353–362.

Ulber, D.: Interomnes-Wirkung und Drittbeteiligung bei Entscheidungen über die Tariffähigkeit, SR 2012, 141–158.
Waltermann: Arbeitsrecht, 16. Aufl., 2012.
Waltermann: Tarifautonomie und „Richtigkeitsgewähr“ des Tarifvertrags in der Leiharbeit, in: FS für Bepler, 2012, S. 569–584.
Wiedemann: Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004.
Wiedemann: Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl., 2007.

Weitere Veröffentlichungen aus der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht

- 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
- Band 5** *Wolfgang Däubler*, Universität Bremen
Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe?
- Band 4** *Bernd Waas*, Goethe-Universität Frankfurt a. M.
Betriebsrat und Arbeitszeit – Pauschale Abgeltung und Freistellungen
über das Gesetz hinaus
- Band 3** *Bernd Waas*, Goethe-Universität Frankfurt a. M.
Geschlechterquoten für die Besetzung der Leitungsgremien von Un-
ternehmen – Bewertung der aktuellen Entwürfe aus unionsrechtlicher
und rechtsvergleichender Sicht
- Band 2** *Rüdiger Krause*, Georg-August-Universität Göttingen
Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung
von Equal Pay
- Band 1** *Britta Rehder/Olaf Deinert/Raphaël Callsen*
Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen –
Rechtliche Bewertung atypischer Arbeitskampfformen und Grenzen
der Rechtsfortbildung