
Stärkung der Tarifbindung durch erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung

Volker Rieble

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

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

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

I. TVG-Änderungen durch das „TASG“

1. Verzicht auf Tarifrepräsentativität zur Allgemeinverbindlicherklärung

a) Abschwellige Tarifbindung und Faktenignoranz

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

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

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

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

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

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

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

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

1 S. 288.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Kollektives Recht auf Wirkungsmacht?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 5 Abs. 1 Satz 2 TVG lautet nunmehr:

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

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

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

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

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

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

3. Gemeinsamer Antrag der Tarifparteien

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

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

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

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

4. Beibehaltung des Tarifausschusses – aber Ausweichmöglichkeit auf das AEntG

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

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

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

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

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

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

6. Rechtsschutzmodifikation: Normkontrollverfahren nach § 98 ArbGG

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

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

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

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

7. Folgenabschätzung?

a) Kumulation staatlicher Tarifzugriffe

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

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

b) Ende mancher „Geschäftsmodelle“

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

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

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

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

c) **Bisherige Mindestlohnwirkungen im Baugewerbe**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Zur Tarifbindung führt die Studie aus:

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

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

d) Mitgliederschwund der Baugewerkschaft

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

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

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

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

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

26 <http://www.zdb.de/zdb-cms.nsf/id/756-432-beschaeftigte-im-bauhauptgewerbe-in-2013-de>; <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Wirtschaftsbereiche/Bauen/Baugewerbe/Baugewerbe.html>; www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/download/zeitreihen/ZR069.xls (17.9.2014).

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

8. Systemwechsel zur staatsgestützten Tarifherrschaft

a) Freiwillige Tarifbindung als Funktionselement der Tarifautonomie

aa) Grundsatz

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

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

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

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

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

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

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

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

30 BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96; BVerfG 18.12.1974 – 1 BvR 259/66, BVerfGE 38, 281, 303.

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

32 BGH 24.10.1988 – II ZR 311/87, BGHZ 105, 306 = NJW 1989, 1724 (Garantiefonds); bestätigt durch BGH 8.10.1997 – IV ZR 220/96, BGHZ 136, 394 = NJW 1998, 454 und BGH 28.11.1994 – II ZR 11/94, BGHZ 128, 93 ff. = NJW 1995,

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

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

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

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

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

bb) Tariferstreckung durch den Staat

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

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

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

II. Tarifrrechtliche Wirkung intensivierter Allgemeinverbindlichkeit

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

1. Mindestlohnvorgaben nach dem AEntG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tarifverträge unbeschadet zu lassen. So enthält die Neunte Baugewerbearbeitsbedingungenverordnung vom 24.10. 2011 einen weitreichenden Ausnahmekatalog in § 2, der nicht mehr nur darauf abstellt, ob die betroffenen Arbeitgeber unter den Geltungsbereich des fremden Tarifvertrags fallen, sondern verlangt, dass sie Mitglied der tarifschließenden fremden Verbände und damit tarifgebunden sind. Insofern lässt sich fragen, ob damit nicht ein system- und verfassungswidriger Eintrittsdruck ausgelöst oder unzulässig nach der Verbandsmitgliedschaft „diskriminiert“ wird. Das betrifft die individuelle Koalitionsfreiheit der betroffenen Nichtverbandsmitglieder.

2. Einfache Allgemeinverbindlicherklärung

a) Tarifverdrängung durch Tarifkonkurrenz

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

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

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

40 Vgl. *Jacobs* (Fn. 10), S. 286 ff.

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

42 BAG 8.10. 2008 – 5 AZR 8/08, NZA 2009, 98 Rn. 12 allerdings *obiter*, weil der Haustarif den allgemeinverbindlichen verdrängte; BAG 25.7. 2001 – 10 AZR 599/00, NZA 2002, 1406: Vorrang des allgemeinverbindlichen Bautarifs vor dem Tarifvertrag der holz- und kunststoffverarbeitenden Industrie Sachsen-Anhalt in einem Fenstermontagebetrieb; *Wank*, in: *Wiedemann*, Tarifvertrags-

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

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

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

b) Behinderung abweichender Tarifabschlüsse

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

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

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

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

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

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

Ein solcher Arbeitgeberverband

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Verwandtschaft mit der Tarifeinheit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Folge- und Fernwirkungen?

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

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

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

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

a) Mittelbare Folgen für das Tarifsysteem

aa) Einfluss auf das Tarifabschlussverhalten der Parteien des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages

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

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

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

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

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

bb) Staatseinfluss auf die Tarifregelung

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

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

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

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

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

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

b) Folgewirkungen für die freiwillige Mitgliedschaft

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

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

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

5. Streit um das aktuelle AEntG

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

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

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

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

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

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

Die Divergenz besteht in dieser Rechtfertigungsabwägung:

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

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

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

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

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

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

6. Vereinbarkeit mit Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie

a) Statusfreiheiten

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

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

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

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

64 BVerfG 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, BVerfGE 58, 233 = NJW 1982, 815 (DAV); anderer Ansicht im Sinne eines Gründungshemmnisses *Henssler*, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, 2006, S. 31 f. mit weiteren Nachweisen; *Richardt*, Der CGM-Beschluss des ArbG Stuttgart: Tariffähigkeit und Tarifzensur, NZA 2004, 1025, 1028; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 433 ff.

65 BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, NZA 2001, 777, 778: „Geschützt ist auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen.“ – mit weiteren Nachweisen.

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

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

Und:

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

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

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

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

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

Das BVerfG weist Gewerkschaften die Aufgabe zu, jene

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

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

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

69 BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365 = NZA 1995, 754 unter C I 1 c der Gründe; *Däubler*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 130; *Rüfner*, Verantwortung des Staates für die Parität der Sozialpartner?, RdA 1997, 130; *Lieb*, Anmerkung zu BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1-4/87, 1 BvR 1421/86, JZ 1995, 1169, 1174 ff.; *Kreßel*, Neutralität des Staates im Arbeitskampf, NZA 1995, 1121; *Otto*, Zur Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen, JURA 1997, 18.

70 BVerfGE 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66, BVerfGE 38, 281, 303; *Löwisch/Rieble*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 155 Rn. 93 ff.; *Müller*, Die rechtliche, die rechtspolitische und die gesellschaftspolitische Problematik des Arbeitnehmerkammerwesens, DB 1980, 91. Auf Arbeitgeberseite soll das anders sein: BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312 = NJW 1966, 2305 („Handwerksinnungen“).

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

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

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

72 BAG 16.1. 1990 – 1 ABR 10/89, NZA 1990, 623; zu dieser Gewerkschaft deren Internetauftritt, abzurufen unter www.cgbce.org (17.8. 2012).

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

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

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

Das BVerfG hat die autonome Zwecksetzung im Mitbestimmungsurteil prägnant formuliert:

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

Ähnlich hat das BVerfG 1954 gesagt:

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

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

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

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

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

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

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

77 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvL 779/85, BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809, dazu meine Anmerkung in EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97.

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

79 BAG 9.12.2009 – 4 AZR 190/08, NZA 2010, 712, 717: „Eine solche ‚Zwangstarifgemeinschaft‘ stellte jedoch einen Eingriff in das Grundrecht der den Tarifvertrag abschließenden anderen Gewerkschaft sowie der hieran beteiligten Arbeitgeberseite dar. Der Abschluss eines Tarifvertrags ist Teil der durch Art. 9 Absatz 3 GG gewährleisteten Abschlussfreiheit der Tarifvertragsparteien. Diese umfasst auch das Recht, die Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Tarifverträge überhaupt, mit einem bestimmten Gegenspieler oder unter bestimmten Bedingungen abzulehnen ... Die Auswahlfreiheit hinsichtlich des Vertragspartners gilt für Arbeitnehmerkoalitionen wie auf der Arbeitgeberseite für die Arbeitgeberverbände und den einzelnen Arbeitgeber gleichermaßen. Die Pflicht zur Einbeziehung einer weiteren Tarifvertragspartei ist damit nicht zu vereinbaren und berücksichtigt die Gegnerschaft von konkurrierenden Gewerkschaften nur unzureichend.“ Ähnlich BAG 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424 sogar für einen Zuordnungstarifvertrag nach § 3 BetrVG, der als betriebsverfassungsrechtliche Norm notwendig betriebseinheitlich gelten muss.

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

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

b) Tarifaufonomie

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

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

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

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

prüfung als solche durch eine weitgehende sozialstaatliche Ausgestaltungsermächtigung aufweichen.

aa) Schutz der autonomen Tarifgeltung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Kernbereich der Arbeitsbedingungen

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

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

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

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

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

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

7. Rechtfertigung intensivierter Allgemeinverbindlicherklärung?

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

a) Zulässige Gemeinwohlziele der Allgemeinverbindlicherklärung

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

Das AEentG nennt in § 1 als Gesetzeszweck:

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

88 *Henssler*, Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 1, 12; ähnlich *Sodan/Zimmermann*, ZfA 2008, 526, 565. Ähnlich BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 284 f. = NZA 1996, 1157, 1158.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Allgemeinverbindlicherklärung und „Tarifzensur“

aa) Keine Bewertung von Tarifinhalten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Schutz vor Tarifversagen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) **Entwicklungsfähigkeit der Tarifverbände und der Tarifpolitik**

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

aa) **Potenzielle Tarifverträge**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Austrocknungsverbot

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cc) Abstandsgebot

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

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

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

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

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

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

dd) Abwägung im Einzelfall

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

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

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

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

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

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

122 *Giesen*, ZfA 2008, 355, 375.

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

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

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

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

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

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

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

III. Rechtsstaatliche Legitimationsanforderungen

1. Formale Legitimation durch staatlichen Rechtssetzungsakt

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

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

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

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

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

2. „Materiale“ Legitimation durch Geltungsrepräsentativität

a) Traditionelles 50-Prozent-Quorum

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Kein striktes Verfassungsgebot

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

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

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

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

IV. Sonderfall gemeinsame Einrichtung

1. Gesteigerte Wirkung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Funktionale Selbstverwaltung nur unter „demokratischer“ Binnenlegitimation

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Thesen

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

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

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

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

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

besondere muss das tariffremde Ausgabeverhalten einer Rechnungsprüfung unterliegen.

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