ZFA

G 5266 F

46. Jahrgang
Heft 1/2015
Jan. – März

Begründet
von RA Hermann Franke †

Zeitschrift für Arbeitsrecht

herausgegeben von
Dr. Dr. h.c. Manfred Gentz, Berlin
LAGPräs. Kristina Göhle-Sander, Hamm
RA Dr. Reinhard Göhner, Berlin
Prof. Dr. Martin Henssler, Köln
Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg
Prof. Dr. Abbo Junker, München
Ass. Stefan Lauer, Frankfurt am Main
Prof. Dr. Karl-Georg Loritz, Bayreuth
RA Dr. Luitwin Mallmann, Düsseldorf
VizePräsBAG Dr. Rudi Müller-Glöge, Erfurt
LAGPräs. Dr. Eberhard Natter, Stuttgart
Prof. Dr. Eduard Picker, Tübingen
Prof. Dr. Robert Rebhahn, Wien
Prof. Dr. Reinhard Richardi, Regensburg
Prof. Dr. Dres. h.c. Bernd Rüthers, Konstanz
Thüringer Justizminister a.D. Harald Schliemann, Isernhagen
Prof. Dr. Christine Windbichler, Berlin
Ass. Roland Wolf, Berlin

Online Ausgabe
auf jurion.de

Carl Heymanns Verlag

Art.-Nr. 56366501

ZFA

Zeitschrift für Arbeitsrecht

46. Jahrgang Heft 1/2015 Jan. – März

ISSN 0342-328 X

Inhalt

Martina Benecke
Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes im Jahr 2013 1

Katharina Uffmann
Familienorientierte Beschäftigungsstrukturen in einer sich wandelnden Arbeitswelt – Bestandsaufnahme, ausgewählte Problemlagen und Ausblick 101

Sebastian Kolbe/Volker Rieble
Gemeinsame Einrichtungen als soziale Selbstverwaltung 125

Alexander Stöhr
Vertragsbindung und Vertragsanpassung im Arbeitsrecht (unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Teilzeitanspruchs) 167

Autoren 199

Carl Heymanns Verlag

Redaktionsrat

Karl-Georg Loritz, Roland Wolf

Schriftleitung
Roland Wolf, Thomas Prinz, Franziska Caroline Lerch, Redaktion ZfA, Breite Str. 29, 10178 Berlin-Mitte, Telefon 0 30/20 33-12 10, Telefax 0 30/20 33-22 10, e-mail: redaktion.zfa@arbeitgeber.de, www.wolterskluwer.de/zfa
Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme erwirbt der Verlag vom Verfasser alle Rechte zur Veröffentlichung, auch das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer oder anderer Verfahren. Für Manuskripte, die unaufgefordert eingesandt werden, wird keine Haftung übernommen.

Verlag
Carl Heymanns Verlag – Eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln, Telefon 02 21/9 43 73-70 00, Telefax 02 21/9 43 73-72 01, www.wolterskluwer.de/zfa. Kundenservice: Telefon 0 26 31/8 01-22 22, e-mail: info@wolterskluwer.de

Nachdruck und Vervielfältigung
Nachdrucke, auch auszugsweise, sowie fotomechanische Vervielfältigungen, auch von Teilen dieses Heftes, gleichgültig, in welcher Anzahl, auch für innerbetrieblichen Gebrauch, und die Einspeicherung und Ausgabe des Inhaltes dieses Heftes in Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen sind nicht gestattet.

Bezugsbedingungen
Die Zeitschrift erscheint viermal im Jahr. Jahrespreis € 156,00 zzgl. Versandkosten (€ 8,00 Inland/€ 16,00 Ausland). Einzelheft € 50,00 zzgl. Versandkosten je nach Heftumfang.
Staffelpreise bei einer jährlichen Abnahme von:
3 Abos pro Abo € 140,50; 5 Abos pro Abo € 135,00;
10 Abos pro Abo € 124,00; 15 Abos pro Abo € 119,00;
20 Abos pro Abo € 114,50 zuzüglich Versandkosten.
Aufkündigung des Bezuges bis 15. 11. zum Jahresablauf.

Anzeigen
Anzeigenverkauf: Karsten Kühn, Telefon 02 21/9 43 73-77 97, Fax -1 77 97, E-Mail: kkuehn@wolterskluwer.de
Anzeigendisposition: Stefanie Szillat, Telefon 02 21/9 43 73-74 26, Fax -1 74 26, E-Mail: sszillat@wolterskluwer.de
Die Anzeigen werden nach der Preisliste Nr. 20 vom 1. 1. 2015 berechnet.

Satz
rdz GmbH, Sankt Augustin.

Druckerei
Williams Lea & Tag GmbH, München

Gemeinsame Einrichtungen als soziale Selbstverwaltung

Von PD Dr. *Sebastian Kolbe* und Professor Dr. *Volker Rieble*, München

	Seite
I. Erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung gegen nachlassende Tarifbindung	126
1. Gesetzliche »Stärkung« der Tarifautonomie	126
2. Niedrigere Anforderungen an die Allgemeinverbindlichkeit	127
II. Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien	128
1. Trägerschaft und Grundstruktur	128
2. Zweckbindung der Beitragsmittel	129
III. Aufsicht und Kontrolle über gemeinsame Einrichtungen	132
1. Spezifisch auf die gemeinsame Einrichtung ausgerichtete Kontrollmechanismen	132
a) Aufsicht der Tarifvertragsparteien als Träger der Einrichtung	
b) Mittelbare Kontrolle durch autonom Tarifunterworfene	
[1] Billigkeitskontrolle von Leistungsbestimmungen der gemeinsamen Einrichtung	
[2] Akzeptanzkontrolle durch Verbandsaustritt	
c) Ergebnis: Besondere Missbrauchsgefahren bei gemeinsamen Einrichtungen	
2. Unspezifische Kontrollmechanismen durch allgemeine Anforderungen der Rechtsordnung	137
a) Vergütungsregulierung in (Aktien-)Gesellschaften	
b) Handelsrechtliche Publizitätspflichten	
[1] Kapital- und Versicherungsgesellschaften	
[2] Vereine	
[3] Publizität und Kontrolle gemeinsamer Einrichtungen	
c) Partielle Staatsaufsicht	
[1] Vertikale (vor allem: Versicherungs-)Aufsicht	
[2] Horizontale Missbrauchsaufsicht nach dem Kartellrecht	
3. Ergebnis	151
IV. Aufsichtsrechtliche Implikationen der Allgemeinverbindlicherklärung	151
1. Vertieftes Kontrolldefizit . . .	151
2. . . . und intensivierte Staatsaufsicht	153
a) Abwägungsentscheidung des BMAS	
b) Versicherungsaufsicht	
c) Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht	
d) Sonderaufsicht über den Gesamthafenbetrieb	
3. Soziale Selbstverwaltung und Staatsverantwortung	157
a) Delegation von Staatsmacht und Staatsaufsicht	
b) Schutzpflicht statt Staatsaufsicht bei privater Rechtsetzung	
c) Wirtschaftsaufsicht über gemeinsame Einrichtungen de lege ferenda	
[1] Wirtschaftsaufsicht als zweckmäßiges Schutzinstrument	
[2] Aufsichtsdefizit und Aufsichtsbedarf de lege lata	
V. Ergebnis	165

Sie ist wieder da: In seinem Bemühen, die Tarifautonomie zu stärken, hat der Gesetzgeber die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG wiederentdeckt – und wesentlich reformiert. Die staatliche Tariferstreckung ist leichter geworden, vor allem wenn der Tarifvertrag eine gemeinsame Einrichtung der Tarifparteien betrifft, über die versicherungsförmig Leistungen erbracht werden. Je weniger Voraussetzungen für das »Ob« der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen verlangt werden, umso stärker gerät das »Wie« des Verhaltens der Einrichtungen in den

Blick: Sind die durch Allgemeinverbindlicherklärung zwangsgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer dem Geschäftsgebaren der Einrichtung rechtlos ausgeliefert – oder gibt es Kontrollrechte und Schutzmechanismen?

I. Erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung gegen nachlassende Tarifbindung

1. Gesetzliche »Stärkung« der Tarifautonomie

Mit dem »Tarifautonomiestärkungsgesetz« 2014 greift der Gesetzgeber den Tarifparteien unter die Arme: Ihr Versagen im Niedriglohnsektor[1] soll der allgemeine gesetzliche Mindestlohn bereinigen, dem seit langem verzeichneten Nachlassen der Tarifbindung[2] soll mit staatlicher Tariferstreckung begegnet werden[3].

Ob so die Tarifautonomie als kollektiv-privatautonome Regelung von Arbeitsbedingungen im Normenvertrag[4] gefördert wird, ist zweifelhaft: Deren Kardinalproblem sind die seit Jahren sinkenden Organisationsgrade, in den Gewerkschaften[5] wie in den tariffähigen Arbeitgeberverbänden – und der damit einhergehende Schwund der autonomen Tarifbindung[6]. Selbst die starke IG Metall hält zwar ihre Mitgliederzahlen stabil, doch bleibt sie damit deutlich hinter dem Beschäftigungszuwachs in der Metall- und Elektroindustrie zurück: Betriebe der M+E-Industrie mit mehr als 20 Beschäftigten haben von 2000 bis 2013 6 Prozent an Beschäftigten hinzugewonnen. Die IG Metall hat 14 Prozent ihrer Vollbeitragszahler verloren. Dramatisch fällt die Entwicklung in Sachsen aus: Dort haben Betriebe mit mehr als 20 Beschäftigten 43 Prozent Mitarbeiterzuwachs – die IG Metall indes einen Vollbeitragszahlerverlust von 22 Prozent, so dass sie im Nettoorganisationsgrad von 58 auf 32 Prozent gesunken ist[7].

Auch auf Arbeitgeberseite sind etliche Unternehmen aus den Verbänden ausgetreten[8] oder in die höchstrichterlich anerkannte[9] Mitgliedschaft ohne Tarifbindung gewechselt.

---

1 *C. Picker*, RdA 2014, 25, 27 m. w N. sieht ein »[s]trukturelles Versagen der Tarifautonomie«.

2 Zahlen bei *Rieble*, Stärkung der Tarifbindung durch erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Neue Tarifrechtspolitik?, 2014, S. 67, 69 ff.

3 Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie, BT-Drs. 18/1558, S. 1.

4 Zur Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie statt vieler *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, Grundlagen Rn. 22 ff. mit umfassenden Nachweisen.

5 *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, 2010, S. 12 ff. zeichnet die Entwicklung nach; Zahlen liefert *Schnabel*, NZA-Beilage 3/2011, 56 ff.

6 *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitteilungen 2014, 286. Die Zahlen des IAB werden unterboten von den Erhebungen des Statistischen Bundesamts: Statistisches Bundesamt, Tarifbindung in Deutschland 2010 (2013), online: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/VerdiensteArbeitskosten/Tarifverdienste/Tarifbindung5622103109004.pdf [19. 11. 2014].

7 *Kroemer* (Hrsg. Sachsenmetall), Datenreport Entwicklung und Organisationsgrad der IG Metall, 2014.

8 Zahlen (zum allgemeinen Organisationsgrad) bei *Schnabel*, ZAF 2005, 181, 186 ff.

9 BAG 18. 7. 2006 – 1 ABR 36/05, NZA 2006, 1225 = SAE 2007, 293 mit Anm. *Besgen*, Rn. 27; bestätigt BAG 4. 6. 2008 – 4 AZR 419/07 (*Blitzwechsel*), NZA 2008, 1366 = SAE 2010, 1 mit Anm. *Besgen*, Rn. 27; grundlegend *Buchner*, NZA 1994, 2 ff.

Staatlich angeordnete Tariferstreckung wird diese Entwicklung kaum bremsen, geschweige denn umkehren können[10]. Gestärkt wird also weniger die Tarifautonomie als vielmehr die Tarifgeltung durch Zwang.

2. Niedrigere Anforderungen an die Allgemeinverbindlichkeit

Mittel zu diesem Zweck ist die Änderung des § 5 TVG (nebst Erleichterungen im AEntG): Dass die Allgemeinverbindlicherklärung schon in den letzten Jahren eine große Rolle gespielt hat, lag an der Tariferstreckung nach dem AEntG, der Grundtatbestand im TVG führte ein Nischendasein[11]. Damit sich dieser Zustand ändert, wurden mit dem TAG die Voraussetzungen, unter denen ein Tarifvertrag nach § 5 TVG auch auf Nicht- und Andersorganisierte in seinem Geltungsbereich erstreckt werden kann, deutlich abgesenkt[12]. Anstelle des alten 50-Prozent-Quorums (oder alternativ des sozialen Notstands) verlangt § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG jetzt nur noch das öffentliche Interesse an der Tarifgeltung für die Außenseiter; die konkretisierenden Regelbeispiele in Satz 2 der Vorschrift sind nur Leitlinien und (auch) mit Blick auf die überwiegende Bedeutung der Nr. 1, die funktional das Quorum »ersetzt«, wertungsoffen gefasst.

Materiell[13] voraussetzungslos ist die Allgemeinverbindlicherklärung gar, wenn es um einen Tarifvertrag i. S. d. § 5 Abs. 1a TVG geht, in dem »die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen durch eine gemeinsame Einrichtung« mit bestimmten Gegenständen geregelt ist. Gemeint sind als gemeinsame Einrichtung geführte Kassen, die versicherungsförmig Beiträge von Arbeitgebern einziehen und Leistungen an Arbeitnehmer erbringen. In solchen Fällen setzt die Tariferstreckung nur die Ermessensentscheidung des BMAS (oder eines i. S. d. § 5 Abs. 6 TVG zuständigen Landesarbeitsministeriums) voraus[14], dass Außenseiter in die tarifgestützte Quasi-Sozialversicherung einbezogen werden müssen, um die Funktionsfähigkeit der Kasse zu sichern. Das ist de facto keine Voraussetzung, weil solche Versorgungseinrichtungen wirtschaftlich von vornherein auf eine möglichst breite Risikogemeinschaft angewiesen sind[15]. Rechtspraktisch verhindert die Neufassung des § 5 TVG damit vor allem, dass den bereits existierenden Kassen (insbesondere der SOKA-BAU) die Allgemeinverbindlichkeit als Existenzgrundlage entzogen werden muss, weil der entsprechende Tarifvertrag derart an Ak-

10 Eine Folgenabschätzung mit Blick auf die Attraktivität der Verbandsmitgliedschaft bei Allgemeinverbindlichkeit liefert *Rieble* (Fn. 2), S. 67, 82 ff., der auf S. 98 auf die Zahlen aus Frankreich verweist – dort steht eine beinahe vollständige Tarifbindung qua staatlicher Anordnung einem verschwindend geringen Organisationsgrad gegenüber.

11 Zahlen etwa bei *Bispinck*, Von der Erosion zur Restabilisierung? – Entwicklungstendenzen des deutschen Tarifsystems, in: Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 479, 485 f.

12 Auch dazu *Rieble* (Fn. 2), S. 67, 76 ff.

13 Verfahrensmäßig bleibt als zentrale Hürde die Zustimmung des Tarifausschusses, in dem die Vetoposition der beiden »Bänke« nicht angetastet wurde.

14 Vgl. aber *Rieble* (Fn. 2), S. 67, 125 f. dazu, dass die Anforderungen an diese Ermessensentscheidung und die gerichtliche Kontrolle umso strenger ausfallen müssen, je niedriger die gesetzlichen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung im Übrigen angesetzt werden.

15 *Dieterich/Hanau/Henssler/Oetker/Wank/Wiedemann*, RdA 2004, 65, 74; *Sahl*, NZA-Beilage 2010, 8 f.; *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 5 Rn. 9.

zeptanz verloren hat, dass das Quorum des alten Rechts verfehlt worden wäre[16]. Flankierend schützt § 5 Abs. 4 TVG die gemeinsamen Einrichtungen vor Beitragseinbußen bei Tarifkollision[17].

II. Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien

1. Trägerschaft und Grundstruktur

Die solchermaßen auf Dauer gesicherten Versorgungskassen werden qua Tarifvertrag als gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien institutionalisiert. Tarifrechtlich sind Normen über gemeinsame Einrichtungen i. S. d. § 4 Abs. 2 TVG keine eigene Normenkategorie, sondern sind als Inhalts- oder Betriebsnormen zulässig, ohne dass die Tarifmacht insoweit erweitert würde[18]. Die maßgebende Besonderheit liegt darin, dass die normative Wirkung auch für die Satzung der Einrichtung sowie für die Beitragsbeziehung zwischen Einrichtung und tarifgebundenen Arbeitgebern und die Leistungsbeziehung zwischen Einrichtung und tarifgebundenen Arbeitnehmern greift[19]. Weil über die gemeinsame Einrichtung Mittel eingezogen und verteilt werden sollen, muss sie selbst rechtsfähig sein und also in einer entsprechenden Rechtsform errichtet werden[20]; das verhindert die arbeitsvertragliche Bezugnahme zu Lasten der Einrichtung[21] und ermöglicht – wenn der Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklärt wird – Leistungen exklusiv für Gewerkschaftsmitglieder[22].

Mitglieder einer nach § 4 Abs. 2 TVG selbst tarifgebundenen gemeinsamen Einrichtung können ausschließlich die Tarifparteien sein[23]; sie geben der Einrichtung durch den Tarifvertrag Zweck und Satzung vor und steuern die Tätigkeit der Einrichtung im Rah-

16 *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 5 Rn. 120.

17 Eingehend zu diesem Problem im alten Recht *Oetker*, NZA-Beilage 2010, 13 ff.

18 ErfK/*Franzen*, 15. Aufl. 2015, § 4 TVG, Rn. 23; *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 1 Rn. 497. Eine eigenständige Kategorie von Tarifnormen sehen *demgegenüber* BAG 3. 2. 1965 – 4 AZR 385/63 [II. der Gründe], NJW 1965, 1624 = SAE 1965, 139 mit Anm. *Mayer-Maly*; Däubler/*Deinert*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 4 Rn. 523. In der Sache auch Wiedemann/*Oetker*, TVG, 7. Aufl. 2007, § 1 Rn. 802 f. Wichtig ist die dogmatische Frage mit Blick auf das Erfordernis der Tarifbindung: Die als eigenständig qualifizierten Normen über gemeinsame Einrichtungen sollen nur die Tarifbindung einer Arbeitsvertragspartei voraussetzen; Kempen/Zachert/*Seifert*, TVG, 5. Aufl. 2014, § 4 Rn. 316 ff.

19 Wiedemann/*Wank* (Fn. 18), § 4 Rn. 317 ff.; *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 4 Rn. 24.

20 Wiedemann/*Oetker* (Fn. 18), § 1 Rn. 799; ErfK/*Franzen* (Fn. 18), § 4 Rn. 24.

21 ErfK/*Franzen* (Fn. 18), § 4 Rn. 25; Kempen/Zachert/*Seifert* (Fn. 18), § 4 Rn. 320.

22 Däubler/*Hensche/Heuschmid* (Fn. 18), § 1 Rn. 1015; *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 1 Rn. 1871. Skeptisch hinsichtlich der Praktikabilität Kempen/Zachert/*Seifert* (Fn. 18), § 4 Rn. 320.

23 *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 4 Rn. 332 ff. *Dagegen* sollen nach Kempen/Zachert/*Seifert* (Fn. 18), § 4 Rn. 293 sogar nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer Mitglied der Einrichtung sein können, wenn sie sich dem Tarifvertrag schuldrechtlich unterwerfen.

men ihrer (zwingend) gemeinsamen Trägerschaft[24], wobei in die operative Verwaltung auch Dritte eingeschaltet werden dürfen[25].

Verwaltung meint vor allem, dass die gemeinsame Einrichtung selbst in der Beitragsbeziehung ihre tarifvertraglichen Ansprüche gegen Arbeitgeber geltend macht und durchsetzt und in der Leistungsbeziehung tarifvertragliche Ansprüche der Arbeitnehmer erfüllt. Dabei muss die Höhe der Beiträge und Leistungen nicht im Tarifvertrag festgelegt sein, sondern kann durch die Einrichtung bzw. einen dort installierten Entscheidungsträger im Wege der Leistungsbestimmung nachträglich konkretisiert werden[26]. Um die Beiträge eintreiben zu können, gibt der Tarifvertrag einer Einrichtung oft Auskunftsansprüche und Prüfbefugnisse an die Hand[27]. Meldepflichten des Arbeitgebers können strafrechtlich über den Betrugstatbestand sanktioniert werden[28].

2. Zweckbindung der Beitragsmittel

Davon abgesehen entscheidet die gemeinsame Einrichtung – im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen und satzungsmäßigen Vorgaben – über ihre innere Organisation und steuert den Apparat, mit dem sie ihre Aufgaben bestreitet. In diesem Sinne kann die gemeinsame Einrichtung als Arbeitgeberin darüber entscheiden, welcher Mitarbeiter zu welchen Bezügen welche Tätigkeiten ausführt. Solche Entscheidungen im Rahmen der internen Verwaltung wirken gegenüber den tarifunterworfenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht normativ, aber wirtschaftlich, weil alle Kosten für den Betrieb der gemeinsamen Einrichtung aus dem Beitragsaufkommen bestritten oder sonst aus Mitteln aufgebracht werden müssen, die nicht mehr zur Verteilung an die Arbeitnehmer-Destinatäre zur Verfügung stehen.

Deshalb müssen die eingezogenen Beiträge auch ausschließlich (zum Betrieb der gemeinsamen Einrichtung sowie) zur Finanzierung der tarifvertraglich vorgesehenen Leistungen eingesetzt werden[29], dürfen also nicht etwa genutzt werden, um eine zusätzliche unternehmerische Betätigung der Einrichtung quer zu subventionieren[30]. Haftungsrechtlich lässt sich das gewährleisten, wenn zusätzliches unternehmerisches Engagement ausschließlich durch die Beteiligung an separaten Rechtsträgern realisiert wird; freilich wird auch dann das investierte Kapital der vom Tarifvertrag vorgegebenen Leis-

24 *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 4 Rn. 337 m. w. N. auch zur *Gegenansicht*, die etwa Wiedemann/*Oetker* (Fn. 18), § 1 Rn. 793 vertritt: ausreichend sei eine gemeinsame »Herrschaft«.

25 Kempen/Zachert/*Seifert* (Fn. 18), § 4 Rn. 291 f.; *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 4 Rn. 339.

26 Däubler/*Deinert* (Fn. 18), § 4 Rn. 524 für die Beitragsbeziehung. Für die Leistungsbeziehung verlangt Kempen/Zachert/*Seifert* (Fn. 18), § 4 Rn. 314, dass der Tarifvertrag die Leistungsbestimmung »nach Inhalt, Zweck und Ausmaß festlegen« müsse.

27 Am Beispiel der SOKA-BAU *Sahl* (Fn. 15), NZA-Beilage 2010, 8.

28 Vgl. für Falschangaben gegenüber der sozialversicherungsrechtlichen Einzugsstelle BGH 12. 2. 2003 – 5 StR 165/02 [II.3.a. der Gründe], NJW 2003, 1821.

29 Zu dieser Zweckbindung *Zöllner*, Empfiehlt es sich, das Recht der gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (§ 4 Abs. 2 des Tarifvertragsgesetzes) näher gesetzlich zu regeln, gegebenenfalls wie?, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 48. deutschen Juristentages 1970, Gutachten G, S. 87.

30 *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 4 Rn. 358 f.

tungs-Verwendung entzogen. Demgegenüber wickelt die SOKA-BAU IT-Dienstleistungen über die als »Unternehmensbereich von SOKA-BAU«[31] geführte SOKA-IT ab; hier müssten die Beitragsgelder anderweitig gegen Haftungsgefahren aus dem IT-Geschäft abgesichert werden. Insofern kann man die Beitragsmittel treuhänderisch gebunden sehen, weswegen sie allein dem Haftungszugriff der begünstigten Arbeitnehmer ausgesetzt sein dürfen[32]. In der Konsequenz könnten selbst in Relation zum Beitragsaufkommen vernachlässigbare Verbindlichkeiten aus der Zusatztätigkeit ein Insolvenzrisiko für die Einrichtung als Rechtsträger bedeuten. Darin läge eine Gefahr für die Aufgabenwahrnehmung, weil die Insolvenz der gemeinsamen Einrichtung prinzipiell Auflösungsgrund ist, und weil beitragspflichtige Arbeitgeber als Treugeber[33] in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen der gemeinsamen Einrichtung womöglich Aussonderungsrechte (§ 47 InsO[34]) geltend machen und damit die tariflich vorgeschriebene Leistung an die Begünstigten vereiteln könnten.

Lehnt man eine treuhänderische Bindung mit den skizzierten haftungsrechtlichen Folgen ab, kann bereits in der nur potentiellen »Umwidmung« von Beitragsmitteln (zur Haftungsmasse für aufgabenfremde Gläubiger) – jedenfalls bei konkreter Verlustgefahr – eine strafrechtlich relevante Vermögensgefährdung[35] liegen. Aus unserer Sicht ist es in jedem Fall tarifrechtlich geboten, schon die abstrakte Gefahr für die Aufgabenerfüllung der gemeinsamen Einrichtung zu vermeiden[36]: Versicherungen sind aufsichtsrechtlich gezwungen, ihre gebundenen Mittel gegen solche Haftungsgefahren abzuschirmen und sich auf Beteiligungen ohne Nachschussrisiko zu beschränken[37]. Für die zweckgebundenen Mittel gemeinsamer Einrichtungen hat richtigerweise ein vergleichbarer Sicherheitsstandard zu gelten. Weil aber die meisten gemeinsamen Einrichtungen sich selbst im Umlageverfahren refinanzieren, können sie sich nicht darauf berufen, mit einer unter-

31 Vgl. http://www.soka-it.de/soka_it/ueber_uns/ [13. 11. 2014].

32 Für die Beitragsforderungen unter Verweis auf § 851 ZPO *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 4 Rn. 373. Solche zweckgebundenen Ansprüche fallen nicht in die Insolvenzmasse; allgemein dazu MünchKommInsO/*Peters*, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 391.

33 Mit Blick auf das von der Rechtsprechung formulierte Unmittelbarkeitserfordernis könnten ohnehin nur die Arbeitgeber als Treugeber eingestuft werden; vgl. BGH 25. 10. 2001 – IX ZR 17/01 [III.1. der Gründe], BGHZ 149, 100 = NZI 2002, 88 für die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen hinsichtlich des Arbeitnehmeranteils.

34 Allgemein zum Aussonderungsrecht bei Treugut MünchKommInsO/*Ganter* (Fn. 32), § 47 Rn. 354 ff.

35 Allgemein zur »schadensgleichen Vermögensgefährdung« als Nachteil i. S. d. § 266 Abs. 1 StGB etwa MünchKommStGB/*Dierlamm*, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 211 ff.

36 Im Ergebnis ebenso Jacobs/*Krause*/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl. 2013, § 4 Rn. 90, der eine erwerbswirtschaftliche bzw. unternehmerische Tätigkeit selbst als Nebenzweck der Einrichtung für unzulässig hält, weil damit der tarifrechtlich vorgegebene Rahmen der Gestaltung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen überschritten werde.

37 So dürfen Versicherungsunternehmen grundsätzlich keine unternehmerischen Beteiligungen aus gebundenem Vermögen finanzieren, für die sie über die Einlage hinaus haften, vgl. die konkretisierenden Hinweise der BaFin zur Anlage gebundenen Vermögens im Rundschreiben 4/2011 (VA) in den Abschnitten B 3.3 und B 4.9; online abrufbar unter http://www.BaFin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_1104_va_anlagers.html [13. 11. 2014].

nehmerischen Betätigung einen Kapitalstock aufbauen zu wollen. Das liegt außerhalb des Einrichtungszwecks.

Entscheidet man anders und erlaubt die anderweitige unternehmerische Tätigkeit, muss die Einrichtung soweit als möglich die verschiedenen Finanzkreisläufe trennen und etwa Angestellte, die in beiden Bereichen Arbeitsaufgaben übernehmen, zweimal separat vergüten. Bspw. schließt die SOKA-BAU Mehrfacharbeitsverhältnisse (mit ULAK und ZVK) mit Mitarbeitern in übergreifenden Bereichen (Service-Center, Personalabteilung, etc.) ab, um eine Verschiebung von Beitragsmitteln zwischen den beiden Kassen zu verhindern: Die Vergütung dieser Arbeitnehmer wird von beiden Kassen anteilig getragen, wobei sich der jeweilige Anteil danach richtet, in welchem Umfang der Mitarbeiter für die jeweilige Einrichtung tätig wurde[38]. Auf die SOKA-IT lässt sich das mangels eines eigenständigen Rechtsträgers nicht übertragen. Dann aber muss zumindest intern buchhalterisch sichergestellt werden, dass Aufgaben, die derselbe Arbeitnehmer für die zusätzlichen unternehmerischen Tätigkeiten der SOKA wahrnimmt, nicht aus Beitragsmitteln vergütet werden. Ausgeschlossen ist das freilich auf der Vorstandsebene; dort muss – bei einheitlicher Vergütung – rechtsnotwendig die Gesamtverantwortung für alle Bereiche gebündelt werden, eine Vermischung ist damit unvermeidbar. Ohnehin unproblematisch sind Mehrfachorganschaften in verschiedenen gemeinsamen Einrichtungen, solange keine Interessenkonflikte im Raum stehen.

Sollen Beitragsmittel am Finanzmarkt angelegt werden, ist angesichts der Bindung dieser Mittel richtigerweise eine restriktive, auf ein hohes Maß an Sicherheit verpflichtete Strategie geboten. Die gemeinsamen Einrichtungen sollen nicht wie Manager mit fremdem Geld erfolgreich wirtschaften, sondern die Aufgabenerfüllung mit den verfügbaren Beitragsmitteln garantieren. Vor diesem Hintergrund überzeugt der von der ULAK verfolgte Ansatz[39], auch ohne aufsichtsrechtliche Verpflichtung die auf Basis des VAG entwickelten Grundsätze für die Anlage gebundenen Vermögens durch Versicherungsunternehmen einzuhalten. Eine eigene unternehmerische Tätigkeit neben der tarifvertraglichen Aufgabe scheidet damit auch als »Anlageobjekt« aus – dies schon wegen der über die eingelegten Beitragsmittel hinausgehenden Verlustrisiken[40].

Mit Blick auf den zur Aufgabenerfüllung notwendigen Betrieb der gemeinsamen Einrichtung ist der Einrichtungsleitung trotz der Zweckbindung der Beitragsmittel ein weiter Einschätzungsspielraum zuzubilligen. Dementsprechend ist nicht etwa nachzurechnen, ob durch die Zusammenfassung der ULAK und der ZVK-BAU unter dem Dach der SOKA in einer bestimmten Referenzperiode Synergieeffekte gehoben werden konnten. Vielmehr reicht es aus, dass die beiden Kassen solche Effekte und damit eine verbesserte Aufgabenerfüllung ex ante nachvollziehbar erwarten durften. Ähnlich wie Kapitalgesellschaften in soziale Aktivitäten (Stichwort: corporate social responsibility) investieren können, wenn die Unternehmensleitung dafür i. S. d. business judgement rule (vgl. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) letztlich einen finanziellen Vorteil der Gesellschaft erwarten

38 Geschäftsbericht der ULAK für 2013, S. 42. Abrufbar über http://www.SOKA-Bau.de/SOKA-Bau_2011/desktop/de/Medienraum/Publikationen/Geschaeftsbericht/ [22. 10. 2014].

39 Geschäftsbericht der ULAK für 2013 (Fn. 38), S. 22.

40 Nachweis Fn. 37.

darf[41], darf auch die gemeinsame Einrichtung Geld für außenwirksame Aktionen in die Hand nehmen, wenn sie davon eine bessere Erfüllung ihrer Aufgabe erwarten darf – etwa infolge einer gesteigerten Beitragsmoral.

III. Aufsicht und Kontrolle über gemeinsame Einrichtungen

1. Spezifisch auf die gemeinsame Einrichtung ausgerichtete Kontrollmechanismen

a) Aufsicht der Tarifvertragsparteien als Träger der Einrichtung

Ob sich die gemeinsame Einrichtung an diese strengen Vorgaben hält, können Außenstehende kaum überprüfen. Lediglich bestimmte Einrichtungen fallen unter eine thematisch beschränkte Sonderaufsicht durch staatliche Behörden[42].

Kontrollrechte für tarifunterworfene Arbeitgeber und Arbeitnehmer sieht das Gesetz nicht vor. Soweit die Einrichtung in der Beitrags- oder der Leistungsbeziehung eigene Ermessensentscheidungen durch Leistungsbestimmung i. S. d. § 315 BGB trifft, gewährleistet die Billigkeitskontrolle[43] vor den Arbeitsgerichten[44], dass die Ermessensgrenzen beachtet werden[45]. Auch konkurrierende Verbände können die Tätigkeit gemeinsamer Einrichtungen weder besonders überwachen, noch gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen. Denkbar ist allenfalls ein mittelbarer Angriff: nach § 97 ArbGG gegen einen Trägerverband der gemeinsamen Einrichtung oder nach § 98 ArbGG n. F. gegen eine Allgemeinverbindlicherklärung als Rechtsakt[46].

Stattdessen sind Aufsicht und Kontrolle über die gemeinsame Einrichtung exklusiv den Tarifvertragsparteien zugewiesen, deren Kollektivvertrag die Einrichtung stützt[47]. Wie sie ihre Aufsichtsaufgabe wahrnehmen, entscheiden diese Tarifparteien nach dem Regelungskonzept des TVG frei: Sie können die gemeinsame Einrichtung im zugrundeliegenden Tarifvertrag engmaschig regulieren, sich über die Besetzung der Organe der Einrichtung dauerhaft bestimmenden Einfluss auch im operativen Bereich sichern oder sich auf bloße Kontrolle beschränken und ihre Mitglieder ansonsten der Entscheidung der gemeinsamen Einrichtung »ausliefern«.

---

41 Dazu *Mülbert*, AG 2009, 766, 773.

42 Näher dazu 2. c).

43 Zur richterlichen Billigkeitskontrolle von Leistungsbestimmungen nur Staudinger/*Rieble*, BGB, 2009, § 315 Rn. 299 ff.

44 Grundsätzlich findet ein Urteilsverfahren nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. b, Nr. 6 ArbGG statt. Zu abweichenden Zuständigkeiten in Sonderfällen GMP/*Schlewing*, ArbGG, 8. Aufl. 2013, § 2 Rn. 94.

45 Näher sogleich b) [1].

46 Zur besonderen Situation bei Allgemeinverbindlicherklärung noch IV.

47 BAG 25. 1. 1989 – 5 AZR 43/88 [II.2. der Gründe], EzA § 2 ArbGG 1979 Nr. 16 fordert »paritätische Aufsicht und Kontrolle«; nach BAG 10. 8. 2004 – 5 AZB 26/04 [II.3.a. der Gründe], NZA 2005, 128 (LS) ist »[k]onstituierend für eine gemeinsame Einrichtung [. . .] das unmittelbare Kontroll- und Weisungsrecht beider Tarifvertragsparteien«. Zustimmend BGH 14. 12. 2005 – IV ZB 45/04, NZA-RR 2006, 430, Rn. 13 f. Ähnlich etwa Däubler/*Deinert* (Fn. 18), § 4 Rn. 515; Wiedemann/*Oetker* (Fn. 18), § 1 Rn. 795.

b) Mittelbare Kontrolle durch autonom Tarifunterworfene

Das ist mit Blick auf die tarifgestützte Fremdbestimmung der Arbeitgeber in der Beitrags- sowie der Arbeitnehmer in der Leistungsbeziehung nicht zu beanstanden, soweit sich diese der Tarifmacht ihrer Verbände durch freiwilligen Beitritt untergeordnet haben und zudem durch die Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 BGB geschützt werden[48]. Dabei ruht die Rechtfertigungslast vor allem auf der ersten Säule, der Unterwerfung durch Mitgliedschaft[49].

[1] Billigkeitskontrolle von Leistungsbestimmungen der gemeinsamen Einrichtung

Zwar müsste die gemeinsame Einrichtung im Rahmen der gerichtlichen Billigkeitskontrolle dem einzelnen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer Einblick in alle für Beitrags- oder Leistungsentscheidungen relevanten Geschäftsvorgänge gewähren, um die Tatsachengrundlage der eigenen Ermessensentscheidung nachzuweisen[50]. Das gilt aber eben erst im Prozess; vorher wissen die Tarifunterworfenen – wenn sich die Einrichtung nicht aus eigenem Antrieb entscheidet, ihre Beitragspflichtigen und/oder Leistungsberechtigten darüber besonders zu informieren – nicht mehr über deren Geschäftsverhalten als Außenstehende. Dann können bspw. Arbeitgeber kaum einschätzen, ob die Aufgabenerfüllung rechtfertigt, dass der Beitrag angehoben wird. In einer solchen Lage bewirkt die theoretische Möglichkeit, eine Feststellungsklage nach § 315 Abs. 3 BGB[51] »ins Blaue hinein« zu erheben, jedenfalls keine wirksame Kontrolle des Verwaltungshandelns der Einrichtung.

Immerhin gewährleistet das – diesseits der Verwirkung unbefristete[52] – Recht, Leistungsbestimmungen der Einrichtung nach § 315 Abs. 3 BGB kontrollieren zu lassen, dass beitragsrelevante Fehlentwicklungen zugunsten der Beitragszahler korrigiert werden können, so sie denn aufgedeckt werden. Dabei ist der Weg über die Kontrolle der Leistungsbestimmung aus verfahrensrechtlichen Gründen womöglich leichter als der über Schadensersatzansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB. Zwar sind die Beitrags- wie die Leistungsbeziehung Schuldverhältnisse i. S. d. § 241 BGB, indes muss – etwa für die schadensrechtliche Rückabwicklung rechtswidrig überhöhter Beitragszahlungen – jedenfalls die Pflichtverletzung der gemeinsamen Einrichtung vom Beitragspflichtigen nachgewiesen werden, wenn man nicht die Einrichtung beweisbelastet sehen will, weil die Pflichtwidrigkeit ihrem Organisationsbereich zuzuordnen ist[53]. Praktisch bedeutsam werden könnten Schadensersatzansprüche vor allem für Folgeschäden, die über den zuviel entrichteten Betrag hinausgehen; freilich wird sich ein kausaler Zusammenhang gerade mit der Überzahlung kaum darstellen lassen. Anders mag das sein, wenn ein branchenfremdes Unternehmen von der gemeinsamen Einrichtung zu Unrecht in An-

48 *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 4 Rn. 339.

49 Vgl. *Rieble* (Fn. 2), S. 67, 128 f.

50 Dazu, dass Geheimhaltungsinteressen ohne gesetzliche Grundlage keine Beweiserleichterung in Verfahren nach § 315 Abs. 3 BGB rechtfertigen, Staudinger/*Rieble* (Fn. 43), § 315 Rn. 402 ff.

51 Zur Billigkeitskontrolle durch Feststellungsklage Staudinger/*Rieble* (Fn. 43), § 315 Rn. 407 f.

52 Staudinger/*Rieble* (Fn. 43), § 315 Rn. 351 f.

53 Zur Beweislastverteilung bei Ansprüchen aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Schutzpflichtverletzung etwa MünchKommBGB/*Ernst*, 6. Aufl. 2012, § 280 Rn. 146 ff.

spruch genommen und durch die Beitragslast in die Insolvenz getrieben wird. Indes wird es auch in solchen Fällen kaum zur schadensrechtlichen Korrektur kommen, weil sich das Unternehmen vorrangig gegen den Anspruch verteidigen und sich andernfalls nach § 254 Abs. 1 BGB Mitverschulden (von erheblichem Gewicht) vorwerfen lassen muss.

Der zivil-[54] und arbeitsrechtliche[55] Trend, Schutz durch Transparenz zu gewährleisten, hat die gemeinsame Einrichtung nicht erreicht: Das Gesetz kennt zwar besondere Informationspflichten für Versicherer nach § 7 VVG i. V. m. §§ 1 ff. VVG-InfoV, die sich »verbraucherschutztypisch« auf den Vertragsinhalt und ergänzende Rahmendaten beschränken. Um die Kontrolle des Versicherers geht es dabei aber nicht: Auch wenn der Versicherungsnehmer nach § 1 Abs. 1 Nr. 21 VVG-InfoV auf die Aufsicht und die Möglichkeit einer Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde hinzuweisen ist, ist die Kontrolle des Geschäftsverhaltens des Versicherers Aufgabe der staatlichen Versicherungsaufsicht[56]. Die besonderen Transparenzanforderungen, die die Rechtsprechung für Preisanpassungen durch Leistungsbestimmung in Dauerschuldverhältnissen wie Verträgen über die Lieferung von Energie entwickelt hat[57], sind Element der AGB-Kontrolle und damit wegen § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB nicht auf die tarifvertraglich geordneten Beitrags- und Leistungsbeziehungen der gemeinsamen Einrichtung übertragbar. Notwendig könnten solche individuellen Ansprüche ohnehin nur dann sein, wenn eine gemeinsame Einrichtung nicht bereits besonderen Publizitätspflichten unterliegt, die das Transparenzbedürfnis hinreichend abdecken. Das ist jedenfalls für Versorgungseinrichtungen der Fall; daneben ist ein Regelungsbedürfnis nicht zu erkennen, weil das wesentliche Transparenzziel, eine Feststellungsklage nach § 315 BGB vorzubereiten, weitestgehend verfehlt wird[58]. Leisten könnte das womöglich eine Pflicht zur Rechnungslegung i. S. v. § 666 BGB gegenüber den Beitragspflichtigen[59]; nur ist die Vorschrift allenfalls im Verhältnis der Einrichtungsleitung zu den Mitgliedern der Einrichtung (analog) anwendbar[60], mangels vergleichbarer Interessenlage aber nicht in der Beitragsbeziehung[61]: Die auftragsrechtlichen Rechenschaftspflichten reagieren auf die fremdnützige Tätigkeit des Auftragnehmers. Weil er im Interesse des Auftraggebers wirkt, soll sich dieser als wirtschaftlich betroffene Partei über Änderungen seiner Rechtsstellung informieren können[62]. Parallel dazu wird die Einrichtungsleitung nur im Interesse der Mitglieder tätig, nicht aber im Interesse der beitragspflichtigen Arbeitgeber. Dann aber scheidet – trotz des

54 Vgl. etwa *Kolbe*, JZ 2013, 441 ff.

55 Zur arbeitsrechtlichen Komponente des Risikobegrenzungsgesetzes *Thüsing*, ZIP 2008, 106 ff.

56 Zur Versicherungsaufsicht noch 2. c) [1].

57 Dazu m. w. N. Staudinger/*Rieble* (Fn. 43), § 315 Rn. 261.

58 Vgl. noch 2. b) [3].

59 BVerfG 15. 7. 1980 – 1 BvR 24/74, 439/79 (*Allgemeinverbindlicherklärung II*) [B.II.2.a. der Gründe], BVerfGE 55, 7 = NJW 1981, 215 verweist auf entsprechende Überlegungen *Kurt Ballerstedts*.

60 Ist die Einrichtung als Verein organisiert, schreibt § 27 Abs. 3 BGB die Anwendung des § 666 BGB in diesem Verhältnis ohnehin vor.

61 Schon *Zöllner* (Fn. 29), S. 96.

62 Zum Normzweck etwa MünchKommBGB/*Seiler* (Fn. 53), § 666 Rn. 1.

Treuhandcharakters der Beitragsbeziehung[63] – eine Rechnungslegungspflicht aus Treu und Glauben aus. Die weithin anerkannten Rechenschaftspflichten des Treuhänders[64] stützen sich entscheidend auf die (zumindest auch) fremdnützige Tätigkeit des Rechenschaftspflichtigen[65], mithin auf denselben Gedanken, der auch hinter § 666 BGB steht. Lehnt man dessen auch nur analoge Anwendung ab, darf diese Entscheidung nicht über § 242 BGB unterlaufen werden.

[2] Akzeptanzkontrolle durch Verbandsaustritt

Damit greift für die mittelbare Kontrolle der gemeinsamen Einrichtungen vor allem der Steuerungs- und Kontrollmechanismus des Tarifvertragsrechts: die »Abstimmung mit den Füßen« durch freien Verbandsein- und -austritt. Obwohl sich die Lastwirkungen der gemeinsamen Einrichtungen zentral aus der freiwilligen Unterwerfung unter die Tarifmacht der Trägerverbände erklären, bleibt zu bedenken, dass über die Verbandsmitgliedschaft zumindest keine unmittelbare Reaktion auf das Geschäftsverhalten der Einrichtung möglich ist: So bleiben ehemalige Mitglieder auch nach einer »Tarifflucht« durch Verbandsaustritt nach § 3 Abs. 3 TVG an den Tarifvertrag gebunden, der die gemeinsame Einrichtung konstituiert. Zudem bleiben ausgetretene Arbeitgeber auch nach dem Ende der Nachbindung beitragspflichtig, weil auch Normen über gemeinsame Einrichtungen gem. § 4 Abs. 5 TVG nachwirken[66]. Dass dann zumindest im Einvernehmen mit dem jeweils begünstigten Arbeitnehmer durch arbeitsvertragliche Abrede das Einzelarbeitsverhältnis aus dem Zugriff der Einrichtung gelöst werden könnte, ist nur eine Mindermeinung[67].

Darüber hinaus verlieren ehemalige Arbeitgeberverbandsmitglieder mit dem Ende des Tarifvertrags den Schutz der Friedenspflicht, können also auf Abschluss eines Anschlusstarifvertrags bestreikt werden, der zurück zur gemeinsamen Einrichtung führt. Auf tatsächlicher Ebene kommt hinzu, dass die Entscheidung für den Verbandsaustritt unattraktive Nebenfolgen haben kann, die den Austritt als Mittel zur Disziplinierung gemeinsamer Einrichtungen zumindest teilweise faktisch entwerten: Nicht zuletzt geht mit der Verbandsmitgliedschaft notwendig jeder Einfluss auf die Tarifwillensbildung verloren. Dass ausgetretene Unternehmen das Tarifergebnis auch über die Bezugnahme im Arbeitsvertrag nutzen können, ist dann unzureichend, wenn die Interessen des Unternehmens in dem Tarifwerk nicht (mehr hinreichend) abgebildet werden.

Dieser autonome Korrekturmechanismus des Tarifvertragsrechts – Austritt bei Unzufriedenheit – versagt für gemeinsame Einrichtungen, wenn der sie konstituierende Tarifvertrag wie im Regelfall für allgemeinverbindlich erklärt ist[68].

---

63 Hierzu bereits II. 2.

64 M. w. N. etwa MünchKommBGB/*Krüger* (Fn. 53), § 259 Rn. 3 ff., 9.

65 Auch hierzu MünchKommBGB/*Krüger* (Fn. 53), § 259 Rn. 6, 14.

66 Schon *Bötticher*, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 1966, S. 67.

67 *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 4 Rn. 699 f. *Dagegen* etwa Däubler/*Hensche/Heuschmid* (Fn. 18), § 1 Rn. 1065; Wiedemann/*Oetker* (Fn. 18), § 1 Rn. 840; Kempen/Zachert/*Seifert* (Fn. 18), § 4 Rn. 308.

68 Dazu eingehend IV.

c) Ergebnis: Besondere Missbrauchsgefahren bei gemeinsamen Einrichtungen

Dass die Kontrolle der gemeinsamen Einrichtung damit letztlich nur den Tarifvertragsparteien als Einrichtungsträgern obliegt, ist insofern problematisch, als diese zugleich – etwa durch paritätisch besetzte Organe – bestimmenden Einfluss auf die Einrichtung ausüben können und damit letztlich eigenes Verwaltungshandeln überwachen. Die spezifische Gefahr der gemeinsamen Einrichtung liegt weniger darin, dass die Einrichtungsleitung als Agent gegen die Interessen der Tarifparteien als Prinzipale handelt. Das Problem ist vielmehr, dass die Tarifparteien ihren Einfluss nutzen könnten, um (das Beitragsaufkommen und damit letztlich) die Einrichtung im eigenen Interesse und entgegen der tarifvertraglich vorgegebenen Aufgabe zu missbrauchen.

Das könnte dann dazu führen, dass die Einrichtung

– systematisch Überschüsse erwirtschaftet, die nicht in der Leistungsbeziehung verteilt werden, sondern in den Verwaltungsapparat der Einrichtung »investiert«, obschon jegliche aus den Beiträgen generierten Erträge den Destinatären zufließen müssen[69],

– von bestimmten Unternehmen keine Beiträge einfordert, weil die Trägerverbände ein tarifpolitisch induziertes Verschonungsinteresse durchsetzen,

– Posten nicht nach dem Leistungsprinzip vergibt, sondern etwa als Belohnung für vergangene Erfolge als Verbandsfunktionär,

– ihr Vergütungssystem an den Interessen solch »verdienter Kräfte« ausrichtet, statt es nach Marktkriterien zu ordnen, oder

– Beitragsgelder in eine zusätzliche unternehmerische Tätigkeit fließen lässt, und sei es nur, weil ausschließlich aus Beitragsmitteln vergütete Arbeitnehmer (untergeordnete) Aufgaben im aufgabenfremden Bereich wahrnehmen.

An der gesetzlichen Sozialversicherung lässt sich belegen, dass die einvernehmliche Besetzung verantwortlicher Posten ohne ernstzunehmende Wahl (dort: Friedenswahl i. S. v. § 46 Abs. 2 SGB IV, vor allem im Kosteninteresse[70]) mit entsprechender Auseinandersetzung auch über Personen eine festgefügte Nomenklatura wachsen lassen kann. Solche Strukturen wiederum begünstigen überhöhte Vergütungen und Aufwandsentschädigungen[71], soweit diese nicht detailliert gesetzlich vorgezeichnet sind[72]. Wenn aber in der staatlich kontrollierten[73] gesetzlichen Sozialversicherung Exzesse vorkommen, obschon dort angesichts eines besonderen Transparenzbedürfnisses der Öffentlichkeit Vorstandsvergütungen nach § 35a Abs. 6 Satz 2 SGB IV personenbezogen veröffent-

69 Für Gewinne aus der Anlage von Beitragsmitteln Kempen/Zachert/*Seifert* (Fn. 18), § 4 Rn. 299.

70 Vgl. zur Friedenswahl BSG 15. 11. 1973 – 3 RK 57/72, BSGE 36, 242 = SozR Nr. 1 zu § 7 SVwG.

71 *Gaßner/Klass*, PhamR 2002, 356, 360; *v. Hammerstein/Vagt*, NZS 2006, 398, 400 zitieren eine Pressemitteilung des Bundesversicherungsamtes vom 19. 5. 2003, der zufolge die Gehälter der Vorstände der gesetzlichen Krankenkassen nur »ganz überwiegend« angemessen und nicht zu hoch gewesen sein sollen.

72 Vgl. *Steinmeyer*, NZS 2013, 361, 362, der sich auf den jüngsten Streit über Vorstandsgehälter in der Sozialversicherung bezieht.

73 Überblick bei *Steinmeyer* (Fn. 72), NZS 2013, 361 ff.

licht werden müssen[74], sind sie in den strukturell ähnlichen, aber kaum überwachten tarifgestützten »Branchen-Sozialversicherungen« nicht auszuschließen.

Um das klarzustellen: Von Missständen in den gemeinsamen Einrichtungen der aktuellen Rechtspraxis haben wir keine konkrete Kenntnis. Dass mitunter eine auffällige Diskrepanz zwischen den von der SOKA-BAU erhobenen Urlaubskassenbeiträgen und erstatteter Urlaubsvergütung beanstandet wird[75], ist kein Beweis für Fehlverhalten und findet im geprüften (!) Jahresabschluss der ULAK keine Stütze. Darum geht es aber auch nicht: Aufsicht und Kontrolle sind präventiver Schutz, müssen und dürfen nicht nur dazu dienen, eingetretene Rechtsverstöße zu beseitigen, sondern bieten Gewähr dafür, dass künftige Fehlentwicklungen von vornherein vermieden werden. Dass Überwachungsdruck verhaltenssteuernde Wirkung entfaltet, lässt sich ernstlich nicht bestreiten. Deshalb lastet dieser Druck auf dem Persönlichkeitsrecht natürlicher Personen[76], und deshalb können Organisationen durch solchen Druck zu rechtstreuem Verhalten bewegt werden: Letzteres ist eine wesentliche Funktion staatlicher Aufsicht, gleich ob im öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Bereich.

2. Unspezifische Kontrollmechanismen durch allgemeine Anforderungen der Rechtsordnung

Weil ein »internes Kontrollsystem«, das zentral auf die Aufsicht durch die Tarifvertragsparteien als Träger der gemeinsamen Einrichtung setzt und den Tarifunterworfenen nur mittelbar erlaubt, auf das Verwaltungshandeln der Einrichtung zu reagieren, solchen Gefahren nach der eigenen Funktionslogik nur unzureichend begegnen kann, ist die Frage nach »externen Kontrollmechanismen« aufgeworfen.

Dabei zeigt sich ein unausgewogenes Bild: Zwar wirken allgemeine Anforderungen der Rechtsordnung vielfach den skizzierten Missbrauchsgefahren bei gemeinsamen Einrichtungen[77] entgegen, regulieren etwa die Vergütungsstrukturen oder schaffen Transparenz mit Blick auf das Verwaltungshandeln der Einrichtung und effektuieren so deren mittelbare Kontrolle durch die Tarifunterworfenen. Nicht zu erkennen sind indes Instrumente, die gerade auf die gemeinsame Einrichtung als solche und die ihr immanenten Risiken für tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer zielen.

a) Vergütungsregulierung in (Aktien-)Gesellschaften

Belegen lässt sich dieser Befund etwa anhand des Gesellschaftsrechts: Weil die gemeinsame Einrichtung Zuordnungspunkt von Rechten sein muss[78], wird sie in der Praxis regelmäßig als juristische Person errichtet. Häufig sind Kapitalgesellschaften und rechtsfähige (wirtschaftliche) Vereine. Zentrales Beispiel ist auch hier die SOKA-BAU, beste-

74 Zur Verhältnismäßigkeit der Regelung trotz des entgegenstehenden Persönlichkeitsrechts der Betroffenen BVerfG 25. 2. 2008 – 1 BvR 3255/07, NJW 2008, 1435, Rn. 29 ff.

75 *Rieble* (Fn. 2), S. 67, 130.

76 BGH 25. 4. 1995 – VI ZR 272/94 (KG) [III.2. der Gründe], NJW 1995, 1955; BAG 7. 10. 1987 – 5 AZR 116/86 [II.2. der Gründe], NZA 1988, 92; LG Bonn 16. 11. 2004 – 8 S 139/04, NJW-RR 2005, 1067.

77 Soeben 1. c).

78 Bereits II. 1.

hend aus der ULAK als rechtsfähigem wirtschaftlichem Verein und der ZVK AG[79], die bis 2007 als großer Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit organisiert war[80].

Steuerungswirkungen, die gerade für die gemeinsame Einrichtung von Interesse sind, entfalten hier vor allem die mit dem VorstAG[81] deutlich geschärften Vorgaben, die der Aufsichtsrat der AG nach § 87 AktG für die Vorstandsvergütung zu beachten hat. In der SE gilt wegen der Verweisung in Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO Entsprechendes, indes spielt diese Rechtsform für die gemeinsamen Einrichtungen (bislang) keine Rolle. Für den fakultativen Aufsichtsrat in der GmbH gilt § 87 AktG nicht; für die mitbestimmte GmbH ist die Rechtslage umstritten[82], was angesichts der tendenziell geringen Arbeitnehmerzahlen in gemeinsamen Einrichtungen hier außer Acht bleiben kann. In der damit allein interessierenden AG sollen die Vorstandsvergütungen

- der Höhe nach begrenzt sowie
- transparent festgesetzt werden und
- Anreize zu einer nachhaltigen Entwicklung des Unternehmens setzen[83].

Der Sache nach geht es um – nach § 116 Satz 3 AktG haftungsbewehrte – Leitlinien für die Verhandlungen über den Anstellungsvertrag des Vorstandsmitglieds, die für alle Neuverträge nach Inkrafttreten des VorstAG, aber auch für jede vergütungsrelevante Änderung von Altverträgen nach diesem Zeitpunkt zu beachten sind[84]. In der Konsequenz wirkt § 87 AktG i. d. F. des VorstAG zumindest partiell – nämlich begrenzt auf die Vorstandsvergütung – gerade bei gemeinsamen Einrichtungen eröffneten Missbrauchspotentialen entgegen.

Als wirksames Instrument der Kontrolle des Verwaltungshandelns lassen sich diese Governance-Vorgaben gleichwohl nicht einstufen: Bezugspunkt und Schutzgut des § 87 AktG ist das Unternehmenswohl[85], nicht aber das Interesse der Kunden bzw. im Kontext der gemeinsamen Einrichtung: der Tarifunterworfenen. Obwohl das VorstAG seine »gesellschaftspolitische Legitimation« vor allem aus der jüngsten Finanzkrise zieht, ist der Schutz von Außenseitern rechtsdogmatisch Sache des (im hier untersuchten Zusammenhang: Versicherungs-)Aufsichtsrechts[86].

---

79 Knapper Überblick zur Entstehungsgesichte bei *H. Koch*, Die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 1994, Rn. 6 ff., 29 ff.

80 Nach *Sahl* (Fn. 15), NZA-Beilage 2010, 8, 9 f. erfolgte der Rechtsformwechsel auf Betreiben der BaFin als (Versicherungs-)Aufsichtsbehörde.

81 Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31. 7. 2009, BGBl. I 2009, S. 2509.

82 Gegen eine Anwendung des § 87 AktG etwa *Rieble/Schmittlein*, Vergütung von Vorständen und Führungskräften, 2011, Rn. 38 f. m. w. N.

83 Näher zu den Zielen des VorstAG *Rieble/Schmittlein* (Fn. 82), Rn. 5 ff.

84 Zum zeitlichen Anwendungsbereich des § 87 AktG n. F. *Rieble/Schmittlein* (Fn. 82), Rn. 72 ff.

85 *Binder*, Steuerung und Kontrolle von Vergütungssystemen durch die BaFin, in: Rieble/Junker/Giesen, Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und arbeitsrechtliche Entgeltsysteme, 2011, S. 63, 73.

86 Dazu sogleich c) [1].

b) Handelsrechtliche Publizitätspflichten

Effektuiert wird die mittelbare Kontrolle durch die Tarifunterworfenen, soweit gemeinsame Einrichtungen von sich aus Einblick in ihr Geschäftsverhalten gewähren[87] (müssen) und damit insbesondere ermöglichen, anhand einer Gegenüberstellung der Einnahmen und Ausgaben der Kasse die Beitragsforderungen in ihrer Gesamtheit zu prüfen.

[1] Kapital- und Versicherungsgesellschaften

Dabei sind sämtliche Kapitalgesellschaften nach den §§ 264 ff., 325 ff. HGB publizitätspflichtig, ebenso Versicherungsunternehmen i. S. d. § 7 Abs. 1 VAG[88] (und Pensionsfonds) unabhängig von ihrer Rechtsform, §§ 341 ff. HGB. Wirtschaftliche Vereine (jedenfalls soweit sie durch Konzession rechtsfähig sind[89]) können nach den §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 3 PublG vergleichbaren Publizitätsanforderungen unterliegen. Grundsätzlich müssen dann der Jahresabschluss i. S. d. § 242 HGB, also Bilanz und Gewinn-und-Verlust-Rechnung, sowie ein Anhang und ein Lagebericht (extern geprüft und) veröffentlicht werden. Die gesetzlich geforderte Detailtiefe hängt für Kapitalgesellschaften davon ab, wie das Unternehmen in die Größenkriterien des § 267 HGB einzuordnen ist[90], sofern nicht mit Blick auf den Unternehmensgegenstand Sondervorschriften greifen. Für gemeinsame Einrichtungen werden insbesondere die §§ 341 ff. HGB praktisch, die sich auf Versicherungsunternehmen und Pensionsfonds beziehen[91]; hierzu rechnen etwa:

– Die ZVK der Bauwirtschaft mit einer Bilanzsumme[92] von 4,2 Mrd. Euro und einem Beitragsvolumen von 416 Mio. Euro[93].

– Die Zusatzversorgungskasse des Gerüstbaugewerbes VVaG mit einer Bilanzsumme von 87 Mio. Euro und einem Beitragsvolumen von 4 Mio. Euro[94].

– Die Zusatzversorgungskasse des Dachdeckerhandwerks VVaG mit einer Bilanzsumme von 572 Mio. Euro und einem Beitragsvolumen von 44 Mio. Euro[95].

---

87 So schreibt etwa die Satzung der ULAK vor, dass die für die AG geltenden Bilanzierungsvorschriften (und damit die entsprechenden Publizitätsanforderungen) beachtet werden sollen; vgl. den Geschäftsbericht der ULAK 2013 (Fn. 38), S. 35.

88 § 7 Abs. 1 VAG entspricht § 8 Abs. 2 VAG i. d. F. des Reg-E eines Gesetzes zur Modernisierung der Finanzaufsicht über Versicherungen, vgl. BR-Drucks. 430/14.

89 *Segna*, Publizitätspflicht eingetragener Vereine?, DB 2003, 1311, 1312 m. w. N.

90 Zur Bedeutung der Größenklassen etwa MünchKommHGB/*Reiner*, 3. Aufl. 2013, § 267 Rn. 1.

91 Näher zum Anwendungsbereich der §§ 341 ff. HGB etwa MünchKommHGB/*Hommel/Pauly-Grundmann/Feist* (Fn. 90), § 341 Rn. 12 ff.

92 Diese und die folgenden Zahlen beziehen sich jeweils auf das Berichtsjahr 2013.

93 Geschäftsbericht 2013; abrufbar über http://www.soka-bau.de/soka-bau_2011/desktop/de/Medienraum/Publikationen/Geschaeftsbericht/ [24. 11. 2014].

94 Geschäftsbericht 2013; abrufbar über https://www.sokageruest.de/documents/10136/104332/-2013+-+Gesch%C3 %A4ftsbericht+SOKA.pdf [24. 11. 2014].

95 Jahresabschluss 2013, veröffentlicht im Bundesanzeiger; abrufbar über www.bundesanzeiger.de [24. 11. 2014].

– Die Zusatzversorgungskasse des Maler- und Lackiererhandwerks VVaG mit einer Bilanzsumme von 917 Mio. Euro und einem Beitragsvolumen von 59 Mio. Euro[96].

– Das Zusatzversorgungswerk für Arbeitnehmer in der Land- und Forstwirtschaft – ZLF VVaG mit einer Bilanzsumme von 228 Mio. Euro und einem Beitragsvolumen von 3,5 Mio. Euro[97].

Insoweit verzeichnen jedenfalls größere Pensionskassen Bilanzsummen und »Umsatzerlöse«[98] im mehrstelligen Millionen-Bereich, unterliegen freilich ohnehin größenunabhängigen Publizitätsanforderungen[99].

[2] Vereine

Gemeinsame Einrichtungen, die rechtlich nicht als Versicherungsunternehmen qualifizieren[100], sind – wie bspw. die ULAK, das Ausbildungsförderwerk Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau e. V. (AuGaLa) oder die Gemeinnützige Urlaubskasse für das Maler- und Lackiererhandwerk e. V. – regelmäßig als Vereine organisiert.

Für wirtschaftliche Vereine i. S. d. § 22 BGB setzt die Publizitätspflicht ein, wenn sie die vergleichsweise anspruchsvollen Größenkriterien des § 1 Abs. 1 PublG erfüllen. Die ULAK (Bilanzsumme und Beitragsvolumen von jeweils knapp unter 2 Mrd. Euro[101]) nimmt diese Hürde ohne weiteres, kleinere Einrichtungen bleiben vielfach darunter[102]. Sind die Einrichtungen – wie etwa die UK des Maler- und Lackiererhandwerks, die AuGaLa oder die Sozialkasse des Gerüstbaugewerbes – als nichtwirtschaftliche »Idealvereine« ins Vereinsregister eingetragen, kommt es darauf ohnehin nicht an. Dann kommt allenfalls noch eine Konzernrechnungslegungspflicht nach § 11 PublG in Betracht, sofern die gemeinsame Einrichtung beherrschenden Einfluss auf andere Unternehmen ausüben kann[103].

Dabei hängt die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Verein[104] mit Blick auf die gemeinsamen Einrichtungen, die sich für den BGB-Verein

96 Jahresabschluss 2013, veröffentlicht im Bundesanzeiger; abrufbar über www.bundesanzeiger.de [24. 11. 2014].

97 Geschäftsbericht 2013; abrufbar über http://www.zla.de/pdf/Geschaeftsbericht_ZLF_2013.pdf [24. 11. 2014].

98 Bei der gemeinsamen Einrichtung kann nur das Beitragsaufkommen die insoweit maßgebende Referenzgröße sein.

99 MünchKommHGB/*Hommel/Wittmann/Berndt* (Fn. 90), § 341a Rn. 2.

100 Näher am Beispiel der ULAK unter c) [1] [b].

101 Geschäftsbericht 2013 (Fn. 38).

102 Bspw. gibt die AuGaLa für 2012 ein Gesamtmittelaufkommen von »nur« 11,3 Mio. Euro an; http://www.augala.de/haushalt.aspx [24. 11. 2014]. Auch das Beitragsvolumen der SOKA des Gerüstbaugewerbes bleibt mit 119 Mio. Euro (https://www.sokageruest.de/kennzahlen [24. 11. 2014]) hinter den Anforderungen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 PublG zurück.

103 Vgl. für den ADAC e. V. *Niehus*, Konzernrechnungslegungspflicht von Groß-Vereinen, DB 2003, 1125 ff. *Gegen* eine Konzernrechnungslegungspflicht des ADAC e. V. nach dem PublG aber LG München I 30. 8. 2001 – 17 HKT 23689/00, DB 2003, 1316. Dazu, dass die Mehrheitsbeteiligung des Vereins alleine keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb konstituiert, BGH 29. 9. 1982 – I ZR 88/80 »ADAC« [II.1.b. der Gründe], BGHZ 85, 84 = NJW 1983, 569.

104 Zu dieser Abgrenzung statt vieler Staudinger/*Weick*, BGB, 2005, § 21 Rn. 2 ff.

als Rechtsform entscheiden können (in der Praxis betrifft das vor allem die Urlaubs- und Lohnausgleichskassen), letztlich davon ab, ob die Einrichtung zusätzliche unternehmerische Tätigkeiten (nach ihrer Satzung aufnehmen will und tatsächlich) entfaltet. Zwar können auch Vereine ins Vereinsregister eingetragen werden, die neben dem ideellen Hauptzweck dienende wirtschaftliche Nebenzwecke verfolgen. Dieses »Nebenzweckprivileg«[105] greift aber nicht mehr, wenn die Verbindung zwischen den beiden Zwecken allein darin besteht, den ideellen Hauptzweck durch Erträge aus einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu finanzieren[106]. Das ist die typische Intention der wirtschaftlich tätigen Sozialkasse[107].

Damit folgt aus dem hier entwickelten tarifrechtlichen Verbot einer unternehmerischen Zusatztätigkeit gemeinsamer Einrichtungen[108] – gewissermaßen als »Nebenwirkung« – eine Einschränkung der Publizitätserfordernisse für als Verein organisierte Sozialkassen. Sie können unserer Ansicht nach nur als Idealverein rechtlich zulässig betrieben werden und unterliegen damit nicht dem PublG. Aus der Perspektive des Gläubigerschutzzwecks der Publizitätsvorschriften[109] ist das nur folgerichtig, weil die (im Vergleich zu denen für den Idealverein) strengeren Normativbestimmungen für wirtschaftliche Vereine vor allem Gläubigerschutzinteressen bedienen, die mangels einer Teilnahme des Idealvereins am Erwerbsverkehr nicht berührt sind[110]. Auch hieran zeigt sich, dass die allgemeinen Anforderungen der Rechtsordnung, hier die Normativbestimmungen für juristische Personen des Privatrechts, nicht auf die gemeinsame Einrichtung ausgelegt sind und eben deshalb keine ausreichende Kontrolle erlauben. Gleichwohl lassen sich konkrete Transparenzanforderungen für als Idealverein geführte Einrichtungen weder methodisch nachvollziehbar aus dem Tarifrecht entwickeln[111], noch kommt angesichts der primär auf Gläubigerschutzaspekte fokussierten Normativbestimmungen eine Analogie in Betracht.

[3] Publizität und Kontrolle gemeinsamer Einrichtungen

Die handelsrechtlichen Offenlegungspflichten und die dadurch eröffneten Informationsmöglichkeiten der Öffentlichkeit sind eine wesentliche Säule der Kontrolle aller (offenlegungspflichtigen) Wirtschaftsteilnehmer[112], können und sollen ein »seriöses« Geschäftsverhalten fördern[113]. Das könnte insbesondere für gemeinsame Einrichtungen

105 Zu ihm etwa BGH 29. 9. 1982 – I ZR 88/80 »ADAC« [II.1.c. der Gründe], BGHZ 85, 84 = NJW 1983, 569; Staudinger/*Weick* (Fn. 104), § 21 Rn. 12 ff.

106 Soergel/*Hadding*, BGB, 13. Aufl. 2000, §§ 21, 22 Rn. 36.

107 Exemplarisch der Geschäftsbericht der ULAK 2013 (Fn. 38), S. 4: »Zur Förderung der Vereinszwecke darf der Verein Dienstleistungen auch Dritten anbieten, um damit Erträge zu erwirtschaften, die zur Erfüllung der Vereinszwecke verwendet werden.«

108 Zu diesem Verbot II. 2.

109 Sogleich [3].

110 Vgl. Staudinger/*Weick* (Fn. 104), § 21 Rn. 13.

111 *Anders Zöllner* (Fn. 29), S. 97, der in der Sache mit der besonderen, auch gesellschaftlichen Bedeutung der gemeinsamen Einrichtungen argumentiert.

112 Vgl. MünchKommHGB/*Fehrenbacher* (Fn. 90), § 325 Rn. 6.

113 Auch dazu MünchKommHGB/*Fehrenbacher* (Fn. 90), § 325 Rn. 7.

von Bedeutung sein, weil sich anhand von Beitragseinnahmen und Ausgaben zumindest überprüfen lässt, wie die eingezogenen Gelder verwendet werden. Weiter müssen im Anhang nach § 285 Nr. 9 HGB (ggf. i. V. m. § 341a HGB oder § 5 Abs. 2 Satz 2 PublG) die Bezüge der Organmitglieder offengelegt werden – allerdings wird zumindest für kleinere Organe regelmäßig die Befreiung nach § 286 Abs. 4 HGB (ggf. i. V. m. § 341a HGB oder § 5 Abs. 2 Satz 2 PublG) im Datenschutzinteresse der einzelnen Organmitglieder greifen[114].

Mit Blick auf die spezifischen Missbrauchsgefahren bei der gemeinsamen Einrichtung bieten diese Angaben entscheidende Anhaltspunkte. Indes gehen sie an den Sonderkontrollerfordernissen bei der gemeinsamen Einrichtung vorbei und können keine ausreichende Kontrolle des Verwaltungshandelns der Einrichtung gewährleisten: Hinter der handelsrechtlichen Publizität steht die Idee einer mittelbaren Kontrolle über den Markt; zugespitzt geht es um den Schutz der Gläubiger (und anderer Stakeholder) durch Transparenz[115]. Weil sich die übrigen Marktteilnehmer über das Geschäftsverhalten möglicher oder aktueller Partner informieren können, haben sie die Möglichkeit, ihre Vertragspartnerwahlfreiheit effektiv auszuüben – und sich für einen anderen Geschäftspartner, Arbeitgeber, Lieferanten, Abnehmer oder Hersteller zu entscheiden.

Diese Möglichkeit besteht für die tarifunterworfenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit Blick auf die gemeinsame Einrichtung aber nicht ohne weiteres[116]. Eine unmittelbare Reaktion erlaubt ihnen vor allem die Feststellungsklage gegen Leistungsbestimmungen der Einrichtungen[117]. Für die dabei entscheidende Billigkeitskontrolle kommt es dann darauf an, ob der Beitrag in einem angemessenen Verhältnis zu den tariflichen Ausgaben festgesetzt wurde. Das ist womöglich zweifelhaft, wenn eine Kasse über Jahre Gewinne erwirtschaftet, aber gleichwohl den Beitrag anheben will. Ob aber die unangemessen hohe Vergütung einzelner Organträger, selbst wenn sie anhand der offengelegten Daten nachvollzogen werden könnte, die Schwelle der Beitragsrelevanz erreicht, ist angesichts des ggf. hohen Beitragsvolumens fraglich. Bei der gesetzlichen Sozialversicherung bleiben auch stark überhöhte Entgelte deutlich unter dieser Schwelle[118]; bei einer sozialversicherungsartigen Versorgungseinrichtung für eine ganze Branche ist das ebenfalls zu erwarten.

Nicht zu unterschätzen und ein wesentlicher Baustein im Kontrollinstrumentarium ist aber die Öffentlichkeitswirkung, die durch die Publizitätsanforderungen in jedem Fall gewährleistet wird. Auch wenn Fehlentwicklungen nicht oder nicht hinreichend sanktioniert werden, sind sie in publizitätspflichtigen Einrichtungen doch für jedermann sichtbar.

---

114 Zu den Voraussetzungen der Befreiung MünchKommHGB/*Poelzig* (Fn. 90), § 286 Rn. 66 ff.

115 MünchKommHGB/*Fehrenbacher* (Fn. 90), § 325 Rn. 7.

116 Dazu bereits 1. b) [2].

117 Hierzu 1. b) [1].

118 *V. Hammerstein/Vagt* (Fn. 71), NZS 2006, 398, 399 f.

c) Partielle Staatsaufsicht

[1] Vertikale (vor allem: Versicherungs-)Aufsicht

[a] Versicherungsaufsicht in der betrieblichen Altersversorgung

Partiell begegnet das geltende Recht besonderen Gefahren, die von einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien ausgehen, mit Staatsaufsicht. In der vertikalen Dimension betrifft das zunächst die Versicherungsaufsicht der BaFin[119] über Einrichtungen, die als Versicherungsunternehmen i. S. d. § 1 VAG, Pensionskasse i. S. d. § 118 VAG oder Pensionsfonds i. S. d. § 112 VAG einzustufen sind[120]. Wesentliche Aufsichtsmaßnahme (neben Versagung und Entzug einer erforderlichen Genehmigung) ist die Anordnung nach § 81 Abs. 2 Satz 1 VAG[121], ein Verwaltungsakt gegenüber den beaufsichtigten Versicherern, der zwangsweise durchgesetzt werden kann[122]. Weit reichen die Befugnisse der BaFin vor allem im Bereich der Vergütung: Nach § 64b VAG[123] i. V. m. der VersVergV erfasst das Aufsichtsrecht die Gestaltung der Vergütungsstrukturen und der entsprechenden Organisationsgrundsätze in nahezu allen Details[124]. § 81b Abs. 1a VAG[125] erlaubt aufsichtsrechtliche Weisungen mit zivilrechtlicher, etwa anspruchsvernichtender Wirkung.

In der betrieblichen Altersversorgung spielen solche gemeinsamen Einrichtungen von Tarifvertragsparteien eine gewisse Rolle: Neben der ZVK-BAU werden bei der BaFin bspw. die Zusatzversorgungskasse des Maler- und Lackiererhandwerks und das Zusatzversorgungswerk für Arbeitnehmer in der Land- und Forstwirtschaft (ZLF) als Pensionskassen geführt[126] – zwei gemeinsame Einrichtungen, die als VVaG organisiert sind. Als Rechtsform für gemeinsame Einrichtungen ist der VVaG insoweit problematisch[127], als die Mitgliedschaft ein Versicherungsverhältnis zum Verein voraussetzt (§§ 15, 20 Satz 2 VAG[128]), während andererseits das TVG nur die Tarifvertragsparteien als Mitglieder erlaubt[129]. Um den VVaG nutzen zu können, müssen die Tarifverbände also Versi-

119 Zur Zuständigkeit der BaFin vgl. § 146 VAG – allerdings erlaubt § 147 VAG teilweise die Übertragung der Aufsicht auf Landesbehörden. In der Sache weitestgehend unverändert §§ 320, 321 RegE-VAG (Fn. 88).

120 I. d. F. des RegE-VAG (Fn. 88), wären – in der Sache unverändert – Versicherungsunternehmen weiterhin in § 1 VAG, Pensionskassen in § 232 VAG und Pensionsfonds in § 236 VAG geregelt.

121 Die sachlich entsprechende Vorschrift in § 298 Abs. 1 RegE-VAG (Fn. 88) spricht nicht von »Anordnungen«, sondern von »Maßnahmen«. Ein sachlicher Unterschied ist damit nicht beabsichtigt, vgl. BR-Drs. 430/14, S. 339.

122 Einen Überblick über die Maßnahmen der Versicherungsaufsicht bietet MüchKommVVG/*Gause*, 2010, Systematische Einführung in das Aufsichtsrecht Rn. 306 ff.

123 Weitgehend unverändert § 25 RegE-VAG (Fn. 88); freilich soll die Verordnungsermächtigung in § 34 Abs. 2 RegE-VAG »ausgelagert« werden.

124 *Binder* (Fn. 85), S. 63, 95.

125 Entspricht § 25 Abs. 4 RegE-VAG (Fn. 88).

126 Unternehmensdatenbank unter https://portal.mvp.BaFin.de/database/InstInfo/ [17. 11. 2014].

127 *Zu streng Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 4 Rn. 328: »keine taugliche Rechtsform«.

128 Sachlich unverändert in §§ 171, 176 Satz 2 RegE-VAG (Fn. 88).

129 Näher II. 1.

cherungsnehmer in einer besonderen Fremdversicherung zugunsten der begünstigten Arbeitnehmer werden[130]; für die Mitgliedschaft reicht die Fremdversicherung aus[131].

Soweit die Einrichtungen als eigenständige Rechtsträger selbst Finanzmittel sammeln und den Arbeitnehmern ein Rechtsanspruch auf die Leistungen der Versorgungseinrichtung zusteht, greift das VAG[132]. Damit können die Tarifparteien die Staatsaufsicht umgehen, indem sie Rechtsansprüche der Arbeitnehmer in der tarifvertraglich vorgegebenen Satzung der Einrichtung ausschließen. Rechtsnachteile an anderer Stelle sind bei solchen Fluchten nicht zu befürchten: Betriebsrentenrechtlich sind solche Einrichtungen zwar keine Pensionskassen oder Pensionsfonds – indes Unterstützungskassen[133], die gleichfalls der betrieblichen Altersversorgung i. S. v. § 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 TVG zuzuordnen sind. Aus Sicht der begünstigten Arbeitnehmer fehlt zwar der formelle Rechtsanspruch, das BAG hat aber für klagbare Rechte der Destinatäre und vor allem für eine umfassende Ausfallhaftung des Arbeitgebers gesorgt[134], so dass kein Unverbindlichkeitsrisiko besteht. Auch steuerrechtlich droht den Arbeitnehmern kein Unheil: Zwar werden in der Ansparphase nur Beiträge des Arbeitgebers zu Pensionskassen oder -fonds steuerlich gefördert, etwa nach § 3 Nr. 63 EStG oder über Sonderausgabenabzug nach § 10a EStG bzw. die Altersvorsorgezulage i. S. d. §§ 79 ff. EStG[135]. Dabei geht es in der Sache aber »nur« um einen Aufschub, weil in der Versorgungsphase die nachgelagerte Besteuerung des § 22 Nr. 5 EStG greift[136]. Bei der Versorgung durch die Unterstützungskasse ergibt sich in der Sache kein entscheidender Unterschied. Steuerbares Arbeitsentgelt soll dem Arbeitnehmer hier (mangels formellen Rechtsanspruchs) noch nicht in der Ansparphase zufließen, sondern erst mit den späteren Leistungen der Kasse[137].

Im Ergebnis müssen die Tarifvertragsparteien bei ihrer Entscheidung über den formellen Rechtsanspruch der Destinatäre keine Rücksicht auf unerwünschte Folgewirkungen nehmen, können ihre Wahl also ganz daran ausrichten, ob die Versicherungsaufsicht greifen soll. Das hat den merkwürdigen Effekt, dass die gemeinsame Einrichtung als Unterstützungskasse aufsichtsfrei exakt dieselbe Tätigkeit entfalten kann, die sie als Pensionskasse unter Staatsaufsicht ausführen müsste. Ob der formelle Ausschluss des Rechtsanspruchs gegen die Kasse – gerade mit Blick auf die Rechtsentwicklung zur Unterstützungskasse – diesen Rechtsunterschied trägt, kann man bezweifeln. Das gilt

---

130 *Zindel*, SdL 2003, 216, 218.

131 MünchKommVVG/*Langheid* (Fn. 122), Systematische Einführung in das Aufsichtsrecht Rn. 346.

132 Vgl. Schaub/*Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl. 2013, § 84 Rn. 117 f.

133 Dazu, dass sich Pensions- und Unterstützungskassen i. S. d. BetrAVG rechtlich (nur) dadurch unterscheiden, dass die Arbeitnehmer lediglich bei der Pensionskasse einen formellen Leistungsanspruch haben, Blomeyer/*Rolfs*/Otto, BetrAVG, 5. Aufl. 2010, § 1 Rn. 221.

134 Näher Blomeyer/*Rolfs*/Otto (Fn. 133), Anhang zu § 1 Rn. 962 ff. m. w. N.

135 Überblick zu den steuerrechtlichen Erleichterungen für Arbeitnehmer bei betrieblicher Altersversorgung bei Blümich/*Erhard*, EStG, KStG, GewStG, 123. Aufl. 2014, § 3 EStG Nr. 63 Rn. 1 ff.

136 Blomeyer/Rolfs/*Otto* (Fn. 133), StR Rn. 11 f. Das gilt entgegen BFH 26. 11. 2002 – VI R 161/01 [II.4. der Gründe], BFHE 201, 130 = DStRE 2003, 332 auch bei Abführung von Beiträgen an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien, vgl. *Zindel* (Fn. 130), SdL 2003, 216, 219 ff.

137 Blomeyer/Rolfs/*Otto* (Fn. 133), StR B Rn. 62.

besonders für gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien: Während der einzelne Arbeitgeber die Aufsicht immer auch durch die unmittelbare Versorgungszusage vermeiden kann, sind solche Einrichtungen von vornherein externe Leistungsträger.

Vor diesem Hintergrund sollte zumindest für die Interessenabwägung bei einer Allgemeinverbindlicherklärung entscheidend berücksichtigt werden, ob eine gemeinsame Einrichtung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung »zur Versicherungsaufsicht optiert« hat[138]. Wenn § 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 TVG den Bereich der betrieblichen Altersversorgung einschränkungslos anführt, spricht das zwar eher gegen eine Differenzierung nach Durchführungswegen. Indes ist bei der Entscheidung des BMAS über das öffentliche Interesse die besondere staatliche Schutzpflicht bei der Allgemeinverbindlicherklärung angesprochen, die vor allem auf den Schutz der Tarifaußenseiter zielt[139]. Von solchen rechtsstaatlichen und also verfassungsrechtlichen Anforderungen kann das einfache Gesetz keinen Dispens erteilen. Dann aber muss das aufsichtsrechtliche Schutzniveau berücksichtigt werden, wenn es zu entscheiden gilt, ob die Rechte der Tarifaußenseiter auch angesichts der Verwaltungsbefugnisse einer gemeinsamen Einrichtung ausreichend gewahrt sind.

Soweit die gemeinsame Einrichtung in die betriebliche Altersversorgung eingeschaltet ist, greift neben der (möglichen) nationalrechtlichen Aufsicht nach dem VAG zugleich die unionsrechtliche nach der EIOPA-Verordnung[140]. Zwar ist EIOPA vor allem damit betraut, die Aufsichtspraxis in den einzelnen Mitgliedstaaten (auf der Metaebene zu überwachen und) zu harmonisieren; im Ausnahmefall kann die EU-Behörde aber verbindliche Weisungen an einzelne Versicherungsunternehmen erteilen[141].

[b] Vertikalaufsicht im Übrigen

Demgegenüber unterliegen gemeinsame Einrichtungen jenseits der betrieblichen Altersversorgung in aller Regel nicht der Versicherungsaufsicht. Die Urlaubskassen der Bauwirtschaft oder des Maler- und Lackiererhandwerks wirken zwar der Sache nach ähnlich einer Versicherung der Arbeitgeber »gegen Urlaubsvergütungen«. Im (aufsichts-)rechtlichen Sinne geht es aber nicht um Versicherungen, weil es an der Übernahme eines besonderen »Risikos«[142] fehlt, von dem sich die Arbeitgeber gegen eine Prämie freistellen lassen könnten. Stattdessen werden die Kosten der Urlaubsvergütung auf die Arbeitgeber der Branche umgelegt. Dabei fehlt das entscheidende aleatorische Versicherungselement, das Moment der Unsicherheit mit Blick auf das Risiko also. Zwar reicht es aus, wenn sich diese Ungewissheit nicht auf das »Ob« der Risikoverwirklichung bezieht,

138 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1755; *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 5 Rn. 190.

139 Zu dieser Schutzpflicht noch IV. 3. b).

140 VO (EU) Nr. 1094/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), ABl. EU 2010 Nr. L 331, S. 48 ff. Näher zu Arbeitsweise und Befugnissen der unionsrechtlichen Versicherungsaufsicht etwa *Goldmann/Purnhagen*, VersR 2012, 29.

141 *Bürkle*, VersR 2014, 529, 530.

142 Zum aufsichtsrechtlichen Begriff des Versicherungsgeschäfts etwa MünchKommVVG/*Grote*, 2010, Systematische Einführung in das Aufsichtsrecht Rn. 74 ff. Allgemein zu den Voraussetzungen eines Versicherungsgeschäfts weiter BVerwG 29. 9. 1992 – 1 A 26/91, NJW-RR 1993, 289.

sondern lediglich auf das »Wann« oder die Höhe des »Schadens«[143]. Erforderlich ist aber stets, dass diese Unsicherheitsfaktoren die Schwelle der versicherungsmäßigen Relevanz übersteigen; daran fehlt es, wenn sich die abgedeckten Risiken »mehr oder weniger regelmäßig« realisieren[144] und damit ex ante prognostiziert werden können. Letzteres trifft auf das Urlaubskassenverfahren zu: Den Arbeitgebern der Baubranche entstehen keine »Zufallskosten«, vielmehr ist der Aufwand für die tariflichen Urlaubsvergütungen von vornherein sicher kalkulierbar; fraglich ist allein, wie dieser Aufwand auf die verschiedenen Arbeitgeber verteilt werden soll.

Soweit Einrichtungen – sei es im Rahmen der tarifvertraglichen Aufgaben (etwa bei der Vermögensbildung für Arbeitnehmer, § 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 4 TVG), sei es im Rahmen einer weiteren unternehmerischen Tätigkeit – auch Kreditgeschäfte oder Finanzdienstleistungen i. S. d. KWG betreiben, greift grundsätzlich die Institutsaufsicht der BaFin, § 6 Abs. 1 KWG. Wenn solche Geschäfte für die Einrichtung nur eine untergeordnete Rolle spielen, können freilich die Voraussetzungen des § 2 Abs. 4 KWG erfüllt sein, so dass die BaFin im Einzelfall von der entsprechenden Befreiungsermächtigung Gebrauch machen kann[145].

[2] Horizontale Missbrauchsaufsicht nach dem Kartellrecht

[a] Gemeinsame Einrichtung als Instrument zur Bündelung von Unternehmensfunktionen

Gemeinsame Einrichtungen, die als branchenweite Quasi-Sozialversicherung[146] mit erheblicher Finanzkraft entsprechende Marktmacht entfalten, könnten weiter der Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden unterliegen. Dann droht neben aufsichtsrechtlichen Untersagungsverfügungen oder Bußgeldern auch eine zivilrechtliche Haftung, und zwar nicht nur der Einrichtung, sondern auch der natürlichen Personen in der Einrichtungsleitung[147].

Dabei liegt das kartellrechtliche Problem nicht darin, dass in der Einrichtung Markt(nachfrage)funktionen der beitragspflichtigen Arbeitgeber »gebündelt« werden, denn dieser Effekt ist durch die Tarifautonomie gedeckt, die grundsätzlich die kartellierende Wirkung von Tarifverträgen gegen Unionsrecht und GWB abschirmt[148]. Als aus eigener Kraft marktmächtiges oder -beherrschendes Unternehmen unterfällt die gemeinsame Einrichtung aber womöglich selbst der kartellrechtlichen Missbrauchs- und insbesondere Diskriminierungskontrolle nach den Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 GWB[149]. Das

143 MünchKommVVG/*Grote* (Fn. 142), Systematische Einführung in das Aufsichtsrecht Rn. 82.

144 Zur Schadensversicherung BVerwG 19. 6. 1969 – I A 3.66 [1. und 2. der Gründe], BVerwGE 32, 196 = NJW 1969, 1978.

145 Nach Boos/Fischer/Schulte-Mattler/*Schäfer*, KWG, 4. Aufl. 2012, § 2 Rn. 41 erteilt die BaFin die Freistellung vor allem dann, wenn Bankgeschäfte nur als Hilfs- oder Nebengeschäft von untergeordneter Bedeutung betrieben werden.

146 Vgl. *Rieble* (Fn. 2), S. 67, 127.

147 Zu dieser Haftung der Geschäftsleiter etwa *Hack/dos Santos Goncalves*, DB 2014, 2581 f.

148 *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 4 Rn. 367. Allgemein zum Kartellprivileg von Tarifverträgen *Serr*, Privative Tariftreue, 2013, S. 82 ff.; *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 1 Rn. 956 ff. – jeweils m. w. N. Speziell zur unionsrechtlichen Sicht *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410 ff.

149 *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 4 Rn. 368.

kommt insbesondere bei großen Versorgungseinrichtungen wie der SOKA-BAU in Betracht: Dort beliefen sich die Bilanzsummen der in der SOKA zusammengefassten ULAK und ZVK für 2013 auf insgesamt über 6 Mrd. Euro[150].

[b] Gemeinsame Einrichtung als Unternehmen

Unternehmen (und damit Kontrollobjekt) i. S. d. Kartellrechts ist dabei jede selbstständig im geschäftlichen Verkehr tätige Einheit, der Unternehmensbegriff ist funktional zu bestimmen[151]. Dabei kommt es letztlich nicht auf die Unterscheidung zwischen Unionsrecht und deutschem Recht an: Der deutsche Gesetzgeber hat das nationale Recht mit dem EU-Recht harmonisiert, so dass u. a. der Unternehmensbegriff in beiden Rechtsordnungen grundsätzlich identisch auszulegen ist[152]. Mithin können Tarifverbände Unternehmen i. d. S. sein, wenn sie nicht im Rahmen der Tarifautonomie Arbeitsbedingungen regeln, sondern steuernd auf das Verhalten anderer Unternehmen (will sagen: der Arbeitgeber) auf dem Güter- oder Dienstleistungsmarkt übergreifen[153], oder wenn sie selbst wirtschaftliche Tätigkeiten entfalten. Mit Blick auf den mittelbaren Zugriff schützt die gemeinsame Einrichtung wie gesagt die Tarifautonomie. Wenn aber eine von der Gewerkschaft getragene Sozialkasse[154] und die VBL als Anbieterin von Zusatzversorgungsleistungen für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes[155] Unternehmen i. S. d. Kartellrechts sind, könnte das auch für gemeinsame Einrichtungen gelten, die versicherungsförmige Leistungen an Arbeitnehmer erbringen.

Soweit das Spezifikum unternehmerischer Tätigkeit darin gesehen wird, dass eine Leistung um der gewünschten Gegenleistung willen am Markt angeboten würde[156], verfehlen gemeinsame Einrichtungen (im Bereich der tarifvertraglich vorgegebenen Aufgaben) diese Voraussetzung, weil sich ihre Rechte und Verpflichtungen bereits aus dem normativ wirkenden Tarifvertrag ergeben. Indes kann es darauf nicht entscheidend ankommen, wenn andererseits anerkannt ist, dass die Finanzierung des »Unternehmens« keine Rolle spielen soll, so dass auch die beitragsfinanzierte (ehemalige) Bundesanstalt für Arbeit[157] und die umlagefinanzierte VBL[158] funktionales Unternehmen sein können. Erforderlich, aber auch ausreichend ist vielmehr, dass die von einer Versicherungsein-

150 Bereits b).

151 Näheres etwa bei Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, Wettbewerbsrecht: GWB, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 27 ff.

152 Dazu *Ackermann*, Kartellrecht und Arbeitsmarkt: Der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsmarkt, 2010, S. 17 Rn. 6 f.; *Serr* (Fn. 148), S. 97. Einschränkend BGH 6. 11. 2013 – KZR 58/11, BGHZ 199, 1 = NVwZ-RR 2014, 515, Rn. 59.

153 Eingehend und mit Nachweisen zum Meinungsstand *Serr* (Fn. 148), S. 102 ff.

154 Mit dem Beispiel einer Sterbekasse *Serr* (Fn. 148), S. 101 m. w. N.

155 BGH 6. 11. 2013 – KZR 58/11 (*VBL-Gegenwert*), BGHZ 199, 1 = NVwZ-RR 2014, 515, Rn. 47; bestätigt BGH 8. 4. 2014 – KZR 53/12, VersR 2014, 1473, Rn. 33.

156 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 GWB, Rn. 19.

157 EuGH 23. 4. 1991 – Rs. C-41/90 (*Höfner* und *Elser./.Macrotron*), NZA 1991, 447, Rn. 20 ff.

158 BGH 6. 11. 2013 – KZR 58/11 (*VBL-Gegenwert*), BGHZ 199, 1 = NVwZ-RR 2014, 515, Rn. 58 spricht der Umlage in der Sache eine Preisfunktion zu.

richtung erbrachten Leistungen »denen entsprechen, die private Versicherungsunternehmen [. . .] anbieten können« und nicht etwa »als Umsetzung des Grundsatzes der Solidarität zu verstehen sind«[159]. Jedenfalls wenn es nicht zur Allgemeinverbindlicherklärung des zugrundeliegenden Tarifvertrags kommt, muss das für die Altersversorgung durch gemeinsame Einrichtungen nach Modell der ZVK-BAU ebenso bejaht werden wie für die Versorgungsleistungen der ebenfalls tarifgestützten VBL. Solidarelemente wie die Anerkennung von beitragsfreien Zeiten[160] zwingen nicht zu einer anderen Bewertung, solange sie ebenso in Gruppenversicherungsverträgen von freien Versicherern vorgesehen und versicherungsmathematisch einkalkuliert werden können, wenn der Arbeitgeber dies wünscht[161]. Vor diesem Hintergrund werden die Leistungen gemeinsamer Einrichtungen vielfach als marktmäßige Versicherungs- oder Finanzdienstleistung einzustufen sein, insbesondere bei Einrichtungen, die im Bereich der betrieblichen Altersversorgung (§ 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 TVG) oder der Vermögensbildung der Arbeitnehmer (§ 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 4 TVG) tätig werden. Das belegt die »MetallRente«, die als gemeinsames Versorgungswerk der Tarifparteien der Metallindustrie Produkte aus dem Bereich der kapitalgedeckten Altersvorsorge vermittelt (ohne gemeinsame Einrichtung i. S. v. § 4 Abs. 2 TVG zu sein, also ohne normierte Beitrags- und Leistungsbeziehung). Auch für den Lohnausgleich bei Arbeitszeitausfall (§ 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 5 TVG) sind (Zusatz-)Versicherungen am Markt denkbar; das zeigt § 12 AAG, der eine freiwillige (Versicherungs-)Einrichtung der Arbeitgeber eines Wirtschaftszweiges erlaubt. Schließlich könnte die Ausbildung in überbetrieblichen Bildungsstätten (§ 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 Alt. 2 TVG) von freien Schulungsdienstleistern übernommen werden.

Jedenfalls mit Blick auf Wettbewerbsbeschränkungen i. S. v. § 1 GWB – richtigerweise aber nicht hinsichtlich der Anwendbarkeit des Kartellrechts überhaupt[162] – muss es darauf ankommen, ob die gemeinsamen Einrichtungen mit anderen Unternehmen am Markt konkurrieren. Nur wenn die Marktgegenseite zwischen verschiedenen, wirtschaftlich konkurrierenden Anbietern wählen kann[163], lässt sich von einem beschränkbaren Wettbewerb sprechen. Diese Wahlmöglichkeit ist bei gemeinsamen Einrichtungen zumindest eingeschränkt: Zwar können sich tariffreie Arbeitgeber und Arbeitnehmer entscheiden, ob sie einer Tarifpartei beitreten und dann in die gemeinsame Einrichtung eingebunden sind. Tarifgebundene hingegen können sich nur mit Verzögerung aus der gemeinsamen Einrichtung lösen[164]. Unserer Ansicht nach reicht das aus, um von einer Konkurrenz von Einrichtungen mit Versicherungscharakter und privaten Anbietern auszugehen. Der EuGH hat unter anderem darauf abgestellt, dass die ehemalige Bundesanstalt zumindest bei der Vermittlung von Führungskräften eine Beeinträchtigung ihres

159 Mit Blick auf die VBL BGH 6. 11. 2013 – KZR 58/11 (*VBL-Gegenwert*), BGHZ 199, 1 = NVwZ-RR 2014, 515, Rn. 58 unter (angefragter) Aufgabe von BGH 20. 7. 2011 – IV ZR 76/09, BGHZ 190, 314 = NVwZ 2011, 797, Rn. 90 ff.

160 Am Beispiel der ZVK-BAU *Sahl* (Fn. 15), NZA-Beilage 2010, 8, 12.

161 BGH 6. 11. 2013 – KZR 58/11 (*VBL-Gegenwert*), BGHZ 199, 1 = NVwZ-RR 2014, 515, Rn. 49.

162 Zum Ausbeutungsmissbrauch noch IV. 2. c).

163 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann* (Fn. 186), § 1 GWB, Rn. 35.

164 Dazu bereits 1. b) [2].

Monopols geduldet und damit contra legem Wettbewerb zugelassen hat[165]. Im Vergleich dazu sind Marktwirkungen des Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen jedenfalls so lange zu vernachlässigen, als der betreffende Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurde. Keine Rolle spielt insoweit, dass die gemeinsame Einrichtung ihre Körperschaftssteuerbefreiung nach § 5 Abs. 1 Nr. 22 Satz 1 KStG verlieren kann, wenn sie in »unnötigen«, nicht durch die Aufgabenerfüllung gebotenen Wettbewerb zur freien Konkurrenz tritt. Diese mittelbare Steuerung des Marktverhaltens der Einrichtungen verhindert Wettbewerb nicht, sondern setzt ihn voraus.

Schwieriger sind Leistungen einzuordnen, die – wie bspw. die Erstattung von Urlaubsvergütungen durch die ULAK – nur angesichts entsprechender tariflicher (bspw. Urlaubs-)Regelungen sinnvoll erbracht und deshalb nicht ohne weiteres von unabhängigen Unternehmen angeboten werden können. So ergibt sich in der Bauwirtschaft das von der ULAK »versicherte Risiko« erst dadurch, dass der BRTV-Bau Urlaubsansprüche abweichend vom BUrlG nicht von der Beschäftigung bei einem konkreten Arbeitgeber abhängig macht, sondern von der Beschäftigung in der Branche[166]. Der Tarifvertrag erzeugt dasjenige Risiko, das er sodann selbst versichert. Damit stehen als Risikogemeinschaft nur Arbeitgeber der Baubranche zur Verfügung. Vor allem aber richten sich deren Risiken auch und gerade nach dem eigenen Einstellungsverhalten: Nur wer neue Arbeitnehmer einstellt, muss andernorts erarbeitete Urlaubsansprüche erfüllen. Das setzt einen Anreiz, Versicherungen nicht »durchlaufen« zu lassen, sondern nach Möglichkeit strategisch nur dann in Anspruch zu nehmen, wenn das eigene Unternehmen davon profitiert. Insbesondere drängt es sich geradezu auf, solche Verträge bei schlechter Auftragslage möglichst zügig zu beenden, um nicht auch noch die aktuell erfolgreiche Konkurrenz zu subventionieren. Hinzukommt, dass sich das »Risiko Urlaub« bei nahezu jedem Arbeitnehmer auch realisieren wird, so dass ein freies Unternehmen am Markt voraussichtlich mit Preisen operieren müsste, die über den auszubezahlenden Urlaubsvergütungen liegen. Das belegt aus unserer Sicht, dass zumindest Urlaubskassenverfahren wie das der Bauwirtschaft nicht durch freie Versicherer am Markt abgebildet werden können. Es handelt sich um Systeme, die sich sinnvoll nur als Ausprägung des »Grundsatzes der Solidarität« umsetzen lassen.

[c] Marktabgrenzung und Marktstärke gemeinsamer Einrichtungen

Davon zu trennen ist die Frage, ob konkrete gemeinsame Einrichtungen schon auf Grund ihrer Befugnisse aus dem Tarifvertrag und unabhängig von der Allgemeinverbindlicherklärung eine besondere Marktmacht erreichen. Insoweit kommt es auf den jeweiligen Referenzmarkt an, vor allem mit Blick auf die sachliche Marktabgrenzung, die sich nach der funktionalen Austauschbarkeit von Leistungen aus Abnehmersicht

165 EuGH 23. 4. 1991 – Rs. C-41/90 (*Höfner und Elser./.Macrotron*), NZA 1991, 447, Rn. 25. *Kritisch* zu der »geradezu grotesken Situation, dass private Vermittler letztlich nur durch die rechtswidrige Verletzung des Monopols dessen Zurückdrängung erreichen« *Pallasch/Steckermeier*, NZA 1991, 913, 924.

166 Zu diesem Kernelement der tariflichen Urlaubsregelung Däubler/*Hensche/Heuschmid* (Fn. 18), § 1 Rn. 694.

richtet[167]. Die tatsächlichen Daten, anhand derer der i. d. S. maßgebende Markt für die einzelnen Einrichtungen der Praxis zu bestimmen ist, können wir nicht ermitteln. Aus rechtlicher Sicht lässt sich anmerken, dass die typischen versicherungsförmigen Leistungen gemeinsamer Einrichtungen auf einen vergleichsweise engen »Kundenkreis« zugeschnitten sind, welcher der nach Branchen geordneten Tarifzuständigkeit der Einrichtungsträger folgt. Aus der Sicht der »Abnehmer« in dieser Branche spricht das aber nicht gegen die Austauschbarkeit mit Versicherungsprodukten, die einem breiteren Personenkreis offenstehen[168]. Anders gewendet lässt sich ein Wettbewerb etwa der ZVK-BAU mit am Markt angebotenen Produkten zur betrieblichen Altersversorgung von Arbeitnehmern (auch in anderen Branchen) nicht schon deshalb verneinen, weil die Produkte der ZVK nur der Baubranche zur Verfügung stehen. Umgekehrt ist damit noch nicht gesagt, dass der Wettbewerb der Altersversorgungsprodukte auf einem branchenübergreifenden Markt wirkt. Aufklärung verspricht das vom BGH in der »VBL-Gegenwert«-Entscheidung zurückverwiesene Verfahren: Der Kartellsenat hat dem OLG Karlsruhe aufgegeben, den relevanten Markt für Altersversorgungsangebote im öffentlichen Dienst zu bestimmen[169]. Diese Festlegung könnte über den Streitgegenstand hinaus entscheidende Bedeutung für die kartellrechtliche Bewertung der Marktstärke gemeinsamer Einrichtungen erlangen.

[d] Ergänzend: Zusätzliche unternehmerische Tätigkeiten gemeinsamer Einrichtungen
Mit Blick auf zusätzliche unternehmerische Tätigkeiten der gemeinsamen Einrichtungen – sofern man diese entgegen der hier vertretenen Ansicht tarifrechtlich erlauben will[170] – stellen sich die erörterten Fragen anders: Bieten solche Einrichtungen Leistungen am Markt an, die nichts mit ihrer tariflichen Aufgabe zu tun haben, sind sie insoweit Unternehmen und müssen die kartellrechtlichen Verbote und Vorgaben einhalten[171]. Das heißt etwa, dass sie bei entsprechender Marktmacht Kunden nicht nach Verbandszugehörigkeit diskriminieren dürfen, und dass der Arbeitgeberverband seine Mitglieder nicht dazu anhalten darf, nur die Leistungen der gemeinsamen Einrichtung nachzufragen. Freilich dürfte eine besondere Marktstärke kaum einmal erreicht werden: Nimmt man die zusätzlichen Betätigungen der SOKA-BAU im IT- und Immobilienbereich als Beispiel, ist nicht zu erkennen, weshalb die Baubranche insoweit einen eigenen Markt bilden sollte. Selbst soweit IT-Dienstleistungen spezifisch auf den Bereich der Altersversorgung zugeschnitten sind, ergeben sich keine branchenspezifischen Anforderungen der Bauwirtschaft. Damit spricht alles für die funktionale Austauschbarkeit mit allen Produkten auf einem branchenübergreifenden Markt, auf dem die Marktstärke der SOKA überschaubar bleibt.

---

167 Etwa BGH 24. 10. 1995 – KVR 17/94 (KG) (*Backofenmarkt*) [I.2.a. der Gründe], NJW 1996, 595; Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel* (Fn. 151), § 18 GWB, Rn. 32 ff.

168 Vgl. EuGH 12. 9. 2000 – Rs. C-180/98 (*Pavlov u. a.*), Slg 2000, I-6451 = AuR 2001, 77 (LS) Rn. 92: Die Pflichtmitgliedschaft für den Rentenfonds eines Berufsverbands selbständiger Fachärzte verhindert eine Versicherung bei »einem [. . .] Versicherungsunternehmen nach Wahl«.

169 BGH 6. 11. 2013 – KZR 58/11, BGHZ 199, 1 = NVwZ-RR 2014, 515, Rn. 63 und 74.

170 Dazu II. 2.

171 *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 4 Rn. 360.

Kein kartellrechtliches, sondern ein tarifrechtliches Problem ist es schließlich, wenn die gemeinsame Einrichtung Beitragsmittel (oder auch nur im Rahmen der Aufgabenerfüllung erhobene Daten) nutzt, um zu Lasten der Aufgabenerfüllung eine Nebentätigkeit zu unterstützen. Darin liegt zwar ein Missbrauch durch Tarifvertrag übertragener Einflusspotentiale, der aber nichts mit einem Missbrauch von Marktmacht zu tun hat und eben deshalb kein Fall für die Kartellbehörden ist.

3. Ergebnis

Die Kontrolle tarifvertraglich fundierter gemeinsamer Einrichtungen ist nach dem Konzept des Gesetzes weitgehend Sache der Tarifvertragsparteien. Weder die Tarifunterworfenen noch konkurrierende Verbände können wesentlich mehr tun, als veröffentlichte Geschäftsdaten der Einrichtungen einzusehen. Zivilrechtliche Kontrollmechanismen greifen kaum. Steuerungswirkung entfalten immerhin die Möglichkeit vor allem der Beitragszahler, durch Verbandsaustritt »mit den Füßen abzustimmen«, sowie (jedenfalls in bestimmten Einrichtungen) die durch handelsrechtliche Publizitätspflichten bedingte Öffentlichkeit des Verwaltungshandelns. Staatsaufsicht greift partiell, ohne dabei die spezifischen Missbrauchsgefahren bei gemeinsamen Einrichtungen im Blick zu haben.

Zu beanstanden ist das vor allem deshalb nicht, weil sich die tarifunterworfenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch den Verbandsbeitritt freiwillig auch belastenden Regelungen der Tarifvertragsparteien ausgesetzt haben und ihre solchermaßen erteilte Zustimmung durch den Austritt frei widerrufen können. Anders gewendet: Jedenfalls solange die Allgemeinverbindlicherklärung ausbleibt, braucht die gemeinsame Einrichtung (als solche) nicht mehr Aufsicht, als die Tarifvertragsparteien leisten wollen.

IV. Aufsichtsrechtliche Implikationen der Allgemeinverbindlicherklärung

1. Vertieftes Kontrolldefizit . . .

Erstreckt der Staat durch die Allgemeinverbindlicherklärung als Hoheitsakt[172] den Tarifvertrag über die gemeinsame Einrichtung und damit deren drittwirkende Befugnisse auch auf Nicht- und Andersorganisierte, verschieben sich die Parameter dieser Bewertung. Außenseiterwirksame Tarifnormen sind wie staatliche Gesetze am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen[173], bei der Allgemeinverbindlicherklärung gilt das erst

172 Nach dem BVerfG geht es bei der Allgemeinverbindlicherklärung um einen Rechtsetzungsakt eigener Art, dessen verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG zu sehen ist; BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74 (*Allgemeinverbindlicherklärung*) [B.II.1.b. der Gründe], BVerfGE 44, 322 = NJW 1977, 2255 mit Blick auf die Außenseiterwirkung nach § 5 Abs. 4 TVG. Zur einheitlichen Qualifikation der Allgemeinverbindlicherklärung als Rechtsetzung auch gegenüber den Tarifparteien *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 5 Rn. 115 ff.

173 Richtig BAG 8. 12. 2010 – 7 ABR 98/09, NZA 2011, 751 = SAE 2011, 256 mit Anm. *Kolbe*, Rn. 47; *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, S. 256 ff.; Däubler/*Schiek* (Fn. 18), Einleitung Rn. 235; *dagegen* etwa *Vielmeier*, Tarifzensur, 2013, S. 171 f. m. w. N. Gestritten

recht[174]. Dass der gemeinsamen Einrichtung somit ein Verwaltungshandeln mit Lastwirkung gegenüber Zwangstarifgebundenen erlaubt wird, ist mit Blick auf die unter III. entwickelten Ergebnisse bedenklich, weil sich die Außenseiter der Fremdbestimmung durch gerade die Tarifparteien des erstreckten Tarifvertrags nie unterwerfen wollten. Eben darauf aber kommt es an; die Billigkeitskontrolle im Verhältnis zur Einrichtung reicht nicht aus[175]. Zugleich wird so das gegenüber dem Tarifvertrag wirkende Kontrollinstrument des Austritts entwertet: Wer aus einer Tarifpartei flieht, weil er den Tarifvertrag missbilligt, kann so nur die Mitgliedschaft, nicht aber die Tarifgeltung abstreifen. Die autonome Mitgliedschaft verliert damit ihre Legitimationsfunktion.

Das BAG sieht das Kontrolldefizit aus der Perspektive der Außenseiter vor allem unter dem Gesichtspunkt des Eintrittsdrucks in einen der Trägerverbände, mithin als Problem der negativen Koalitionsfreiheit (die gegen diesen niederschwelligen Druck nicht schützt)[176], und verweist mit dem BVerfG[177] auf die wechselseitige Kontrolle der Trägerverbände als sozialer Gegenspieler. Das ist insofern wenig überzeugend[178], als die Trägerverbände zwar nicht allein, wohl aber gemeinsam kontrollfrei agieren können und die gegenseitige Kontrolle gerade dann unzulänglich sein könnte, wenn die gemeinsame Einrichtung besonders viele Außenseiter erreicht. Dann nämlich können die Verbände finanzielle Lasten auf viele Schultern verteilen, so dass die Belastung der eigenen Mitglieder, denen allein die Träger der Einrichtung verantwortlich sind, vergleichsweise niedriger ausfällt. Anders gewendet steigt mit der Allgemeinverbindlicherklärung auch der Anreiz, die gemeinsame Einrichtung zusammen mit dem sozialen Gegenspieler zu missbrauchen.

Das gilt umso mehr, als das Gesetz nach dem Wegfall des Quorums nach § 5 TVG a. F.[179] eine Allgemeinverbindlicherklärung auch dann erlaubt, wenn die Tariferstreckung mehrheitlich Außenseiter erreicht, so dass die geringe autonome Tarifbindung die »Marktüblichkeit« der erstreckten Arbeitsbedingungen ausschließt. Zwar ist richtiger Ansicht nach kein öffentliches Interesse zu erkennen, einen »Minderheitstarifvertrag« für allgemeinverbindlich zu erklären, der sich nicht einmal auf die überwiegende autonome Zustimmung der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in seinem Geltungsbereich stützen kann[180]. Dass aber somit die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 1

---

wird vor allem darüber, ob die mitgliedschaftliche Legitimation gegenüber den nach § 3 Abs. 1 TVG Tarifgebundenen intensivere Eingriffe erlaubt; so etwa ErfK/*Schmidt* (Fn. 18), Einleitung GG, Rn. 46 ff.; *dagegen Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 1 Rn. 581 ff.

174 Däubler/*Schiek* (Fn. 18), Einleitung Rn. 235.

175 Bereits III. 1 und III. 3.

176 Vgl. BAG 28. 3. 1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781 m. w. N. = SAE 1991, 181 mit Anm. *Wolf*.

177 BVerfG 15. 7. 1980 – 1 BvR 24/74, 439/79 (*Allgemeinverbindlicherklärung II*) [B.II.2.a. der Gründe], BVerfGE 55, 7 = NJW 1981, 215.

178 Skeptisch gegenüber der praktischen Wirksamkeit dieser wechselseitigen Kontrolle bereits *Zöllner* (Fn. 29), S. 97, dessen Ansicht nach aber handelsrechtliche Publizität ausreicht, um Transparenz im Außenseiterinteresse herzustellen.

179 Hierzu bereits I. 2.

180 *Rieble* (Fn. 2), S. 67, 128 ff.; in diese Richtung auch ErfK/*Franzen* (Fn. 18), § 5 TVG, Rn. 14c.

Satz 2 Nr. 1 TVG im Rahmen des Abs. 1a als »ermessensbegrenzende Leitlinie«[181] wirken müssten, ist keineswegs ausgemacht: Die Gesetzessystematik spricht gerade dagegen! So oder so bleibt festzuhalten, dass der im wesentlichen interne Kontrollmechanismus bei gemeinsamen Einrichtungen[182] im Fall der Allgemeinverbindlicherklärung für das Außenseiterproblem »blind« ist. Damit fällt das diagnostizierte Kontrolldefizit bei der staatlichen Tariferstreckung deutlich gewichtiger aus.

2. . . . und intensivierte Staatsaufsicht

Als Antwort drängt sich eine intensivierte externe, insbesondere staatliche Kontrolle auf. Dass die Tarifgeltung für Außenseiter auf den hoheitlichen Erstreckungsbefehl zurückgeht, impliziert Staatsverantwortung für den Schutz dieser Nicht- oder Andersorganisierten auch gegen das Verwaltungshandeln der gemeinsamen Einrichtung. Indes: Eine allgemeine Staatsaufsicht greift auch dann nicht, wenn die Einrichtung auf einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag fußt.

a) Abwägungsentscheidung des BMAS

Insbesondere gewährleistet die Entscheidung über das öffentliche Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung, die das BMAS zunächst ex ante zu treffen hat (und dann fortlaufend beobachten und überprüfen muss, weil die Allgemeinverbindlicherklärung jederzeit aufgehoben werden kann[183], wenn das öffentliche Interesse als Voraussetzung entfällt), keine ausreichende Kontrolle der Einrichtungsverwaltung. Der vom BMAS anzulegende Maßstab kann hier nur das öffentliche Interesse an der Tariferstreckung insgesamt sein. Dann aber können »kleinere« Rechtsverletzungen im Verwaltungsalltag der Einrichtung – selbst wenn sie vom BMAS registriert würden – keine entscheidende Rolle spielen, sind mithin faktisch kontrollfrei.

Anders gewendet schließen zwar massive Missbrauchsfälle in einer gemeinsamen Einrichtung eine weitere Allgemeinverbindlicherklärung aus und drängen dazu, eine laufende zu beenden. Insoweit ist auch eine Prüfungsaufgabe des BMAS im Verfahren zur Allgemeinverbindlicherklärung zu bejahen, die ihrerseits von den Arbeitsgerichten im Normenkontrollverfahren des § 98 ArbGG zu prüfen ist. Andererseits beseitigt nicht jedes Fehlverhalten der Einrichtungsverwaltung das öffentliche Interesse am Einbezug der Außenseiter – hier kommt es auf eine Gesamtbewertung an.

b) Versicherungsaufsicht

Mit Blick auf den thematisch eingeschränkten Zweck der Versicherungsaufsicht spielt die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung keine Rolle. Versicherungsgeschäfte, etwa im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung, werden nicht riskanter, wenn auch Tarifaußenseiter beitragspflichtig bzw. leistungsberechtigt sind. Insofern spricht wenig für einen besonderen Außenseiterschutz gerade im Versicherungsaufsichtsrecht – und überrascht es, dass das Gesetz gemeinsame Einrichtungen auf Basis eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags als besonders auf-

181 ErfK/*Franzen* (Fn. 18), § 5 TVG, Rn. 14c.

182 Eingehend III.

183 Hierzu *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 5 Rn. 199 ff.

sichtsbedürftig ansieht: Entsprechende Pensionskassen bleiben von der Deregulierung im Aufsichtsrecht ausgenommen, sie gelten nach § 118b Abs. 4 Var. 3 VAG[184] als »regulierte« Pensionskassen. Das belegt, dass zumindest das VAG den Außenseiterzugriff qua Tariferstreckung als zusätzliche, besondere Gefahr sieht, der aufsichtsrechtlich begegnet werden muss.

c) Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht

Aus der Perspektive des Kartellrechts steigert die Allgemeinverbindlicherklärung den Aufsichtsbedarf erheblich, weil sie der gemeinsamen Einrichtung durch den Zwangsanschluss der gesamten Branche im Geltungsbereich des erstreckten Tarifvertrags eine Monopolstellung verschafft.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass damit i. d. R. auch der für den Wettbewerb geöffnete Markt entfällt, auf dem das Kartellrecht den Schutz von Wettbewerbern sichern könnte. Zwar stehen gemeinsame Einrichtungen, wenn der zugrundeliegende Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist, mit Blick auf ihre Kernaufgaben nicht mehr im Wettbewerb. Tarifunterworfene Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben gerade nicht mehr die Möglichkeit, dieselbe Leistung alternativ über einen anderen Anbieter (etwa einen Versicherer) abzuwickeln[185], weil sie dem Zugriff der gemeinsamen Einrichtung nicht entkommen können. Aber: Dass die Marktgegenseite zwischen verschiedenen, wirtschaftlich konkurrierenden Anbietern wählen kann, mag eine denknotwendige Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen sein[186]. Als Element des Unternehmensbegriffs und damit als Voraussetzung der Anwendbarkeit des Kartellrechts insgesamt lässt sich diese Anforderung aber nicht formulieren, weil das Kartellrecht auch dem Ausbeutungsmissbrauch vorbeugen soll – und zwar gerade dann, wenn Unternehmen mit (auch gesetzlich) gesicherten Monopolen keine Konkurrenz mehr fürchten müssen[187].

Zudem hat der EuGH durch Tarifvertrag installierte Zusatzversorgungseinrichtungen im Bereich der Altersvorsorge trotz staatlich vorgeschriebener Pflichtmitgliedschaft als Unternehmen eingestuft[188], weil diese Einrichtungen die Höhe der Beiträge und Leistungen (und damit die Attraktivität ihres »Angebots«) selbst bestimmen konnten, und weil sie Unternehmen freistellen mussten, die ihre Beschäftigten bei einem privaten Anbieter zu mindestens gleichwertigen Bedingungen versichert hatten. Damit ist insbeson-

184 Ebenso § 233 Abs. 2 RegE-VAG (Fn. 88).

185 Für die VBL betont BGH 6. 11. 2013 – KZR 58/11 (*VBL-Gegenwert*), BGHZ 199, 1 = NVwZ-RR 2014, 515, Rn. 46 f., diesen Aspekt; dazu auch BGH 8. 4. 2014 – KZR 53/12, VersR 2014, 1473, Rn. 39 f. Vergleichbar schließt EuGH 19. 1. 1994 – Rs. C-364/92 (*SAT Fluggesellschaft / Eurocontrol*), NJW 1994, 2344, Rn. 28, die Kartellkontrolle für die Europäische Organisation für Flugsicherheit aus, weil diese Organisation Streckengebühren nur in Zusammenhang mit der zwingend vorgeschriebenen Nutzung von Flugsicherungseinrichtungen und -diensten erhebt.

186 Vgl. Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann* (Fn. 186), § 1 GWB, Rn. 35.

187 *Wolf*, BB 2011, 648, 649.

188 EuGH 21. 9. 1999 – Rs. C-67/96 (*Albany*), AP Nr. 1 zu Art. 85 EG-Vertrag, Rn. 81 ff.; 21. 9. 1999 – Rs. C-115/97 bis 117/97 (*Brentjens'*), NZA 2000, 201, Rn. 81 ff.; 21. 9. 1999 – Rs. C-219/97 (*Drijvende Bokken*), EuR 2000, 403, Rn. 71 ff. Folgeentscheidungen 21. 9. 2000 – Rs. C-222/98 (*van der Woude*) – juris; 3. 3. 2011 – Rs. C-437/09 (*AG2R Prévoyance*), Slg 2011, I-973. Dazu etwa *Stürmer*, ZTR 2000, 293 ff.; *Fleischer*, DB 2000, 821 ff.

dere gesagt, dass kartellrechtliche Unternehmen nicht allein durch die hoheitliche Anordnung von Pflichtmitgliedschaften bzw. eine zwangsweise Anbindung von Außenseitern, wie sie auch die Allgemeinverbindlicherklärung bewirkt, zu Solidareinrichtungen mutieren, auf die das Kartellrecht nicht mehr anwendbar wäre. Auch ändert die Allgemeinverbindlicherklärung nichts an der Zuordnung der gemeinsamen Einrichtungen (und ihrer Beitragsansprüche) zum Privatrecht[189]; das Kartellprivileg des § 130 Abs. 1 Satz 2 GWB für »öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge« ist nicht eröffnet.

Mithin bleiben gemeinsame Einrichtungen trotz der Tariferstreckung der Aufsicht der Kartellbehörden unterworfen, soweit sie ohne Allgemeinverbindlicherklärung als »Unternehmen« Adressat des Kartellrechts wären[190]. Indes verschiebt sich der Fokus dieser Aufsicht: Mangels Wettbewerbs kann es (im Bereich der tarifvertraglichen Aufgabe) nicht mehr um Wettbewerbsbeschränkungen zu Lasten konkurrierender Unternehmen gehen. Wohl aber, oder besser: erst recht, ist nach der Allgemeinverbindlicherklärung der Schutz vor allem der Tarifaußenseiter vor Ausbeutungsmissbrauch durch die Einrichtung als Monopolunternehmen angesprochen. Konkret haben die Kartellbehörden darüber zu wachen, dass die gemeinsamen Einrichtungen

– keine unangemessenen Entgelte durchsetzen. Damit wird eine tarifrechtliche Vorgabe kartellrechtlich kontrolliert und gegebenenfalls sanktioniert, weil gemeinsame Einrichtungen unabhängig von einer Wettbewerbssituation nicht gewinnorientiert wirtschaften dürfen, sondern lediglich die für die Aufgabenerfüllung nötigen Beiträge erheben. Insoweit muss die Kostenkontrolle parallel zu einer – heute durch § 130 Abs. 1 Satz 2 GWB explizit ausgeschlossenen – Überwachung des Kostendeckungsprinzips bei Erhebung öffentlichrechtlicher Gebühren und Beiträge durch die Kartellbehörden[191] funktionieren. In der Sache läuft das auf die Frage hinaus, ob die Einrichtung übermäßig in interne Organisationsstrukturen »investiert«, obschon sie im Interesse der optimalen, kosteneffizienten Aufgabenerfüllung ihre Verwaltung »verschlanken« müsste.

– keine unangemessenen, etwa rechtlich unwirksamen[192] Bedingungen durchsetzen; das könnte bedeuten, dass sich eine Einrichtung bei der Beitragserhebung nicht auf unwirksame Tarifnormen stützen darf, bspw. wenn der Tarifvertrag rechtswidrig rückwirkende Beitragspflichten vorsehen würde[193].

– keine Beitragszahler und/oder Leistungsberechtigten (also keine Teilnehmer der nachgelagerten Marktstufe[194]) diskriminieren, indem etwa im Fall der Allgemeinverbindlich-

189 Noch 3. b).

190 Dazu eingehend III. 2. c) [2] [b].

191 Dazu etwa *Säcker*, NJW 2012, 1105, 1108 f.

192 Vgl. BGH 6. 11. 2013 – KZR 58/11 (*VBL-Gegenwert*), BGHZ 199, 1 = NVwZ-RR 2014, 515, Rn. 65.

193 Zur tarifrechtlichen Zulässigkeit »echter« Rückwirkung (etwa durch Nachzahlungspflichten) im Tarifvertrag *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 1 Rn. 879.

194 Jedenfalls für Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV wird vertreten, dass – trotz der auf andere Unternehmen gemünzten Formulierung des Vertrags (»Handelspartner«) – auch die Endverbraucher in den Schutzbereich des Diskriminierungsverbotes einbezogen sind; Calliess/Ruffert/*W. Weiß*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 102 AEUV, Rn. 59. *Demgegenüber* rekurrieren Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel*, Wettbewerbsrecht: EU, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV, Rn. 375 insoweit auf

keit von (gegebenenfalls: ausgesuchten) verbandsangehörigen Unternehmen ohne sachliche Rechtfertigung keine/geringere Beiträge eingefordert werden.

Kein kartellrechtliches Problem ist demgegenüber die rechtswidrige Inanspruchnahme von Unternehmen, die tarifrechtlich nicht der von der Einrichtung erfassten Branche angehören (praktisch könnte das für Mischunternehmen im Bereich der ohnehin schwierigen Abgrenzung von Bau- und Elektroindustrie werden). Hier überschreitet die Einrichtung zwar ihre tarifrechtlich vorgegebene Zuständigkeit, der Zugriff auf vermeintliche Beitragsschuldner hat aber gerade keinen Bezug zu der qua Tariferstreckung vermittelten Marktmacht. Erst recht ist der Außenseiterzugriff als solcher kein Missbrauch von Marktmacht, weil die gemeinsame Einrichtung insoweit den Tarifvertrag umsetzt und damit in der Diktion des BGH nur »als Erfüllungsgehilfe der Tarifpartner«[195] handelt. Mithin greife das tarifrechtliche Kartellprivileg[196]. Tarifrechtlich überzeugt das nicht, weil der Tarifvertrag keine Grundentscheidung für tariffreie Arbeitnehmer oder für anderstarifgebundene schaffen kann. Der BGH konnte sich auch nicht mit dem neuen § 5 Abs. 1a TVG auseinandersetzen, der zum Entscheidungszeitpunkt nicht in Kraft war. Letztlich konstituiert der BGH ein tarifübersteigendes »Alles-oder-Nichts-Prinzip«, das aus dem Versicherungsgedanken der gemeinsamen Einrichtung folgt.

d) Sonderaufsicht über den Gesamthafenbetrieb

Aufsichtsrechtlicher Sonderfall ist der Gesamthafenbetrieb i. S. v. § 1 Gesamthafenbetriebsgesetz. Er ist der gemeinsamen Einrichtung insoweit funktional vergleichbar (und nach dem BAG als solche zu qualifizieren[197]), als er durch schriftliche Abrede tariffähiger Parteien errichtet wird und zur Erfüllung seiner Aufgabe, »stetige« Arbeitsbedingungen im gesamten Hafen zu gewährleisten, Beiträge und Umlagen unter den »zusammengefassten« Arbeitgebern erheben kann. Dabei wirkt § 1 Abs. 2 Gesamthafenbetriebsgesetz in der Sache wie eine Allgemeinverbindlicherklärung der zugrundeliegenden Vereinbarung[198].

Als Korrektiv dieser außergewöhnlich weitreichenden und durch staatlichen Blanko-Erstreckungsbefehl unterstützten Regelungsmacht der Verbände bzw. Arbeitgeber sieht § 2 Abs. 3 Gesamthafenbetriebsgesetz eine besondere Aufsicht der BA vor, soweit der Gesamthafenbetrieb im Rahmen seiner Aufgaben auch Arbeitsvermittlung leisten muss. Noch weiter geht Abs. 2 der Vorschrift: Regelungen des Gesamthafenbetriebs zur »Erhebung, Verwaltung und Verwendung von Beiträgen und Umlagen« müssen der obersten Aufsichtsbehörde des zuständigen Bundeslandes zur Genehmigung vorgelegt werden. Für diesen Sonderfall kennt das Gesetz also eine besondere Staatsaufsicht,

---

die Generalklausel. Einen vergleichbaren Schutz der Abnehmer wird man auch im Rahmen des § 19 GWB verlangen müssen; zur »Brückenfunktion« der Generalklausel in § 19 Abs. 1 GWB zum Unionsrecht etwa Immenga/Mestmäcker/*Fuchs* (Fn. 151), § 19 GWB, Rn. 82a.

195 BGH 12. 11. 2013 – KZR 19/12, juris; weiter BGH 8. 4. 2014 – KZR 53/12, VersR 2014, 1473, Rn. 34 f.: der Kartellsenat prüft gerade deshalb einen Marktmissbrauch der VBL durch die umfassende Versicherungspflicht, weil diese nicht auf der Tarifbindung beruht, sondern auf einer »originäre[n] Satzungsregelung ohne tarifrechtlichen Ursprung«.

196 Zu diesem III. 2. c) [2] [a].

197 BAG 25. 1. 1989 – 5 AZR 43/88 [II. der Gründe], AP Nr. 5 zu § 1 GesamthafenbetriebsG.

198 *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 4 Rn. 324.

die auf die spezifischen Gefahren des Gesamthafenbetriebs als gemeinsamer Einrichtung zielt. Dabei geht es zwar im Kern »nur« um ein Korrektiv dafür, dass vor der »automatischen Allgemeinverbindlicherklärung« des § 1 Abs. 2 Gesamthafenbetriebsgesetz keine Behörde die zugrundeliegende Vereinbarung und die rechtliche Ausgestaltung des Gesamthafenbetriebs prüfen konnte. Diese ex-ante-Kontrolle leistet im Fall des § 5 TVG auch das BMAS[199].

Gleichwohl geht § 2 Abs. 2 Gesamthafenbetriebsgesetz über die nach dem TVG mögliche Kontrolle hinaus: Hier bezieht sich die Genehmigung nicht auf die Allgemeinverbindlichkeit im Ganzen, sondern auf einzelne Regelungen des Gesamthafenbetriebs – und ist damit auch nicht nur im Ganzen, sondern für Einzelakte widerruflich. Das impliziert eine staatliche Überwachungsaufgabe nicht nur für das große Ganze, sondern gerade auch für punktuelle Entwicklungen der Verwaltungspraxis. Missständen kann durch Widerruf einzelner Genehmigungen begegnet werden; nach den landesrechtlichen Pendants zu §§ 48, 49 VwVfG ist auch ein Teilwiderruf der Genehmigung[200] möglich, wenn der Gesamthafenbetrieb einzelne anstößige Regelungen (etwa zur Höhe der erhobenen Beiträge) in ein Regelungspaket »verpackt« hat. Das belegt, dass bei gemeinsamen Einrichtungen unabhängig von einer besonderen (Versicherungs-)Tätigkeit ein besonderes Bedürfnis besteht, die internen Verwaltungsabläufe und das normativ fundierte Auftreten gegenüber den erfassten Arbeitgebern und Arbeitnehmern kleinteiliger zu kontrollieren, als es die Entscheidung des BMAS über die Aufhebung einer Allgemeinverbindlicherklärung erlaubt.

3. Soziale Selbstverwaltung und Staatsverantwortung

Vor dem Hintergrund einer qua Allgemeinverbindlicherklärung vermittelten »Verwaltungsmacht« gemeinsamer Einrichtungen auch über Tarifaußenseiter stellt sich die Frage nach staatlicher Aufsicht nicht nur mit Blick auf eine besondere Tätigkeit oder Marktmacht der Einrichtung. Schon unabhängig von besonderen Missbrauchsgefahren ist zu klären, ob der vermittelte hoheitliche Zugriff durch den Staat gesteuert und kontrolliert werden muss.

Über den zugrundeliegenden Tarifvertrag kann die gemeinsame Einrichtung normativ begründete Befugnisse gegenüber den Tarifunterworfenen ausüben und entfaltet ihnen gegenüber – schon allein durch ihre Selbstkosten – normativ fundierte wirtschaftliche Lastwirkung. Im Fall der Allgemeinverbindlicherklärung gehen diese Wirkungen nicht nur gegenüber den Tarifaußenseitern auf den staatlichen Erstreckungsbefehl zurück, sondern auch gegenüber den mitgliedschaftlich Tarifgebundenen, die der gemeinsamen Einrichtung ihre autonome Zustimmung nicht mehr durch Austritt entziehen können[201]. Ein legislativer Akt stattet damit die private gemeinsame Einrichtung mit zwar nicht normativen, aber doch normativ fundierten Entscheidungsbefugnissen gegenüber anderen Privaten aus.

---

199 Schon a).

200 Zum Rechtscharakter staatlicher Genehmigungen als Verwaltungsakt etwa *Stelkens*/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 35 Rn. 224.

201 *Rieble* (Fn. 2), S. 67, 128 f.

a) Delegation von Staatsmacht und Staatsaufsicht

Darin kann man eine besondere Form der Delegation hoheitlicher Macht sehen; die gemeinsame Einrichtung wird aus dieser Perspektive zu einem Instrument der »sozialen Selbstverwaltung« – in ihren Konsequenzen zumindest mit Blick auf die Lastwirkungen vergleichbar der funktionalen Selbstverwaltung des öffentlichen Rechts[202]. Dort aber hat das BVerfG[203] klar gesagt, dass autonomes Handeln mit Entscheidungscharakter und Verbindlichkeit auch gegenüber Dritten vor dem Verfassungsgebot der Demokratie (wobei aus der Perspektive des Rechtsstaatsprinzips weitgehend entsprechende Anforderungen formuliert werden können[204]) nur bestehen kann, wenn

– die Satzungs- und also Rechtsetzungsmacht der Selbstverwaltungseinheit qua Parlamentsgesetz hinreichend vorstrukturiert wird, wobei besonders hohe Anforderungen an den Konkretisierungsgrad für intensiv grundrechtsbelastende Regelungen und Regelungen außerhalb der »eigenen Angelegenheiten« der Selbstverwaltungsträger zu stellen sind,

– die autonomen Selbstverwaltungseinheiten eine mikrodemokratische Binnenverfassung aufweisen und

– ihre Befugnisse nur unter der (Rechts-)Aufsicht personell demokratisch legitimierter Amtswalter ausüben.

Diese Anforderungen verfehlt die soziale Selbstverwaltung in den gemeinsamen Einrichtungen sichtbar: Zwar ist die notwendige Programmierung durch Legislativakt (mittelbar: über den erstreckten Tarifvertrag) gewährleistet. »Binnendemokratie« lässt sich in gemeinsamen Einrichtungen aber nicht zur zwingenden Organisationsverfassung erheben, weil die Tarifparteien ihre Organisation paritätisch tragen und damit beherrschen müssen[205]; andernfalls qualifiziert die Einrichtung nicht als solche i. S. d. § 4 Abs. 2 TVG und kann dementsprechend auch keine Befugnisse aus einem (allgemeinverbindlichen) Tarifvertrag herleiten. Partizipative Strukturen auf der Ebene der operativen Verwaltung[206], die Tarifvertrag und Satzung vorsehen könnten, gleichen dieses Defizit nicht aus. Dabei liegt das Problem nicht darin, dass die Nichtorganisierten in eine solchermaßen organisierte Willensbildung nicht integriert werden können: als heterogene, eben nichtorganisierte Gruppe kann ein Tarifvertrag sie nicht zur beteiligungsfähigen Einheit

202 Für eine Parallelwertung insbesondere *Rieble* (Fn. 2), S. 67, 128 ff.; von einer »Selbstverwaltungskörperschaft« spricht auch ErfK/*Franzen* (Fn. 18), § 5 TVG, Rn. 14c.

203 Dazu BVerfG 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98 und 6/98 (*Lippeverband*) [C.I.3.c der Gründe], BVerfGE 107, 59 = NVwZ 2003, 974; 13. 7. 2004 – 1 BvR 1298/94 u. a. (*Notarkassensatzung*) [C.II.2.b der Gründe], BVerfGE 111, 191 = NJW 2005, 45. Weiter BVerfG 9. 5. 1972 – 1 BvR 518/62 und 308/64 (*Facharztbeschluß*) [C.II.3. der Gründe], BVerfGE 33, 125 = NJW 1972, 1504; 14. 12. 1999 – 1 BvR 1327/98 (*Versäumnisurteil*) [C.II.1. der Gründe], BVerfGE 101, 312 = NJW 2000, 347. Einzelheiten zu den Anforderungen etwa bei *Kolbe*, Mitbestimmung und Demokratieprinzip, 2013, S. 187 ff.

204 Dass Rechtsstaat und Demokratie mit Blick auf Ermächtigungsnormen weithin inhaltsgleiche Anforderungen stellen, belegt *Unruh*, Demokratie und »Mitbestimmung« in der funktionalen Selbstverwaltung – am Beispiel der Emschergenossenschaft, VerwArch 92 (2001), 531, 539 f.

205 Bereits II. 1.

206 Die nicht zwingend paritätisch durch die Tarifparteien realisiert werden muss; auch hierzu II. 1.

zusammenfassen[207] – das könnte nur ein Gesetz[208]. Solche Fremdbestimmung der besonders Betroffenen über Außenseiter kennt indes auch die funktionale Selbstverwaltung im öffentlichen Recht. Entscheidend ist vielmehr, dass die rechtlich zwingende paritätische Letztverantwortung der Tarifvertragsparteien ausschließt, eine i. S. d. BVerfG »demokratische« Organisation einzurichten, die hierarchische Ableitungszusammenhänge durch die Selbstbestimmung der Betroffenen ergänzt[209]. Ebenso wenig reicht aus, dass Tarifverbände selbst einer partizipativen Binnenstruktur bedürfen[210], die damit mittelbar auf die gemeinsame Einrichtung durchschlägt, denn jedenfalls auf Arbeitgeberseite lässt sich die Willensbildung im Verband gerade nicht »demokratisch« ordnen[211].

Zudem fehlt es an der Staatsaufsicht über die gemeinsame Einrichtung: Auch soweit eine öffentlichrechtliche Sonderaufsicht greift, zielt diese (mit der singulären Ausnahme des Gesamthafenbetriebs) nie auf die Einrichtung als solche bzw. als »Selbstverwaltungsträger«, sondern auf deren besondere Tätigkeit oder Marktmacht.

b) Schutzpflicht statt Staatsaufsicht bei privater Rechtsetzung

Mithin darf der Staat – gestützt auf seine demokratische Legitimationsbasis – autonomen, in das Staatsgefüge nicht oder zumindest nicht vollständig eingebundenen Einheiten drittwirkendes Handeln nur unter Voraussetzungen erlauben, die bei den gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien nicht erfüllt sind und auch nicht erfüllt werden können[212]. Damit ist auch gesagt, dass das normativ fundierte Verwaltungshandeln der Einrichtungen – nicht nur, aber vor allem – gegenüber den Tarifaußenseitern einer anderen verfassungsrechtlichen Legitimationsbasis, eines anderen »Rechtstitels« i. S. *Ferdinand Kirchhofs*[213], bedarf. Dieser Rechtstitel liegt für die private Rechtsetzung in Tarifverträgen in Art. 9 Abs. 3 GG; das gilt auch für die tarifvertraglich fundierten gemeinsamen Einrichtungen der auch mit Blick auf diese Betätigung grundrechtsgeschützten Tarifvertragsparteien. Selbst die Allgemeinverbindlicherklärung ändert insoweit nichts: Weil die Tarifvertragsparteien als Private den Norminhalt bei der Allgemeinverbindlicherklärung allein formulieren, setzen sie privates Recht, das der Staat nur durch den besonderen Geltungsbefehl nach § 5 TVG anerkennt[214].

In der Konsequenz sind die Zwangs- und Lastwirkungen, die das Verwaltungshandeln gemeinsamer Einrichtungen erzeugt, wie in der Betriebsverfassung[215] nicht öffentlichrechtlicher Natur, sondern privatheteronom. Der Staat darf seine Bürger zwar auch sol-

207 Hierzu *Rieble* (Fn. 2), S. 67, 129 f.

208 Dazu, dass Teilhaberechte für »Betroffene« nur durch Gesetz zugewiesen werden können, *Kolbe* (Fn. 203), S. 79 ff.

209 *Kritisch* zu diesem Ansatz *Kolbe* (Fn. 203), S. 78 ff.

210 Dazu *Kolbe* (Fn. 203), S. 104 m. w. N.

211 Ein Stimmrecht nach dem Prinzip »one company – one vote« wäre hier ersichtlich ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz; *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 2 Rn. 102; MünchArbR/*Rieble/Klumpp*, 3. Aufl. 2009, § 164 Rn. 5 ff.

212 Allgemein zur privaten Rechtsetzung *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung, 1987, S. 507.

213 (Fn. 212), etwa S. 511.

214 *F. Kirchhof* (Fn. 212), S. 211.

215 Zu ihr *Kolbe* (Fn. 203), S. 191 ff.

chen privatrechtlichen Zwängen nicht einfach »ausliefern«, er muss (und darf) die privaten Rechtsetzer aber nicht wie Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung beaufsichtigen, weil der Anerkennungsbefehl, der in der Sache Staatsmacht an die Privaten vermittelt, nicht auf die demokratische Legitimationsbasis des Staates zurückzuführen ist, sondern auf die Grundrechte als Ausgestaltungsauftrag zugunsten privater Freiheit[216]. Während die Staatsaufsicht im öffentlichrechtlichen Bereich aus dem Gebot demokratischer Legitimation folgt, ist sie im privatrechtlichen Bereich ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in Grundrechte der Beaufsichtigten[217]. Das gilt für die gemeinsamen Einrichtungen trotz der Allgemeinverbindlicherklärung des zugrundeliegenden Tarifvertrags wie auch für die Betriebsverfassung trotz der mitgliedschaftlich nicht erklärbaren Normwirkung von Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs. 4 BetrVG[218].

Der notwendige Grundrechtsschutz gegen die privaten Normen ist nicht durch inhaltliche Programmierung und Staatsaufsicht zu gewährleisten, sondern durch begleitende Kautelen zum Geltungsbefehl, die den Grundrechten der Normunterworfenen in ihrer Schutzpflichtendimension Rechnung tragen[219]. Dass der Staat mit der Anerkennung privater Normen Gestaltungen zwingende Wirkung verleihen kann, die er mit staatlichen Normen nicht erreichen könnte[220], ist also nur folgerichtig und belegt kein Legitimationsdefizit. Deshalb führt die Allgemeinverbindlicherklärung von Minderheitstarifverträgen nicht zu einer legitimationslosen »Herrschaft« der gemeinsamen Einrichtung und mittelbar der Tarifvertragsparteien über die Tarifaußenseiter, sondern muss vor deren Grundrechten gerechtfertigt werden[221].

Nicht zu verkennen ist freilich, dass darin eine doppelte Lockerung des rechtsstaatlich vorgesehenen Schutzinstrumentariums liegt, das den Schutz der Außenseiter eigentlich gewährleisten soll: Diese »verlieren« gegenüber dem kraft hoheitlicher Anordnung allgemeinverbindlichen Tarifvertrag zunächst den Schutz des Art. 80 GG, weil der Staat den Tarifparteien mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG einen weiten Regelungsspielraum gelassen hat und den Inhalt auch allgemeinverbindlicher Tarifverträge nicht im wesentlichen selbst bestimmt und damit auch nicht selbst verantwortet[222]. Darüber hinaus kommen sie nicht in den Genuss des Schutzes, den das BVerfG für die Rechtsetzung in funktionalen Selbstverwaltungseinrichtungen verlangt, weil es auch bei der Allgemein-

---

216 Eingehend *F. Kirchhof* (Fn. 212), S. 507 ff., 511 f.

217 Dazu *Isensee*, Der Staat 20 (1981), 161, 170.

218 Zur Betriebsverfassung *Kolbe* (Fn. 203), S. 189 ff.

219 Auch dazu *F. Kirchhof* (Fn. 212), S. 522 ff., 525. Insoweit unklar ErfK/*Schmidt* (Fn. 18), Einleitung GG, Rn. 23, die aber für die Allgemeinverbindlicherklärung richtig die Grundrechtsbindung des BMAS betont.

220 BGH 14. 11. 2007 – IV ZR 74/06, NVwZ 2008, 455, Rn. 36, formuliert dies dahin, dass »den Tarifvertragsparteien größere Freiheiten einzuräumen [sind] als dem Gesetzgeber«.

221 Vgl. bereits *Rieble* (Fn. 2), S. 67, 130: eine entsprechende Allgemeinverbindlicherklärung ist »schlechthin *unverhältnismäßig*«. [Hervorhebung im Original.]

222 Nicht beanstandet durch BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74 (*Allgemeinverbindlicherklärung*) [B.II.2.c. der Gründe], BVerfGE 44, 322 = NJW 1977, 2255; bestätigt BVerfG 15. 7. 1980 – 1 BvR 24/74, 439/79 (*Allgemeinverbindlicherklärung II*) [B.I. der Gründe], BVerfGE 55, 7 = NJW 1981, 215. Zustimmend etwa Maunz/Dürig/*Remmert*, GG, 72. Lieferung 2014, Art. 80 Rn. 48.

verbindlicherklärung um die Anerkennung privat gesetzter Normen geht, nicht aber um eine Delegation staatlicher Rechtsetzungsmacht. In der Summe ist das problematisch, weil die grundrechtliche Legitimation der Tarifvertragsparteien aus Art. 9 Abs. 3 GG auf kollektiver Privatautonomie fußt[223] und sich mithin nur auf die freiwillig beigetretenen Mitglieder (sowie den für gemeinsame Einrichtungen uninteressanten Einzelarbeitgeber als Tarifpartei) bezieht. Das kann indes nicht heißen, dass private Rechtsetzung bei gemeinsamen Einrichtungen ausscheiden müsste und nur die »echte« Delegation an funktionale Selbstverwaltungseinrichtungen mit Staatsaufsicht in Betracht käme, wollte man nicht die gemeinsamen Einrichtungen von vornherein deutlich stärker dem Staat zu- und einordnen und damit den Tarifvertragsparteien diese Form der Koalitionsbetätigung letztlich untersagen.

Mit dieser Radikallösung würde der staatliche Schutzauftrag in unverhältnismäßiger Weise auf Kosten der Koalitions(betätigungs)freiheit realisiert. Schonender – aber gleichwohl ausreichend mit Blick auf den Außenseiterschutz – ist es, die Grenzen für die Anerkennung privatheteronomer Regelungen scharf zu fassen und in »grenznahen« Bereichen verstärkte Schutzmaßnahmen durch begleitende Kautelen zu verlangen: Der Staat kann nur dann zwischen (Eigenverwaltung oder) Delegation und Anerkennung privatheteronomer Rechtsetzung wählen, wenn und soweit das Grundgesetz für letztere Variante einen ausreichenden Rechtstitel vorhält. Hier reicht Art. 9 Abs. 3 GG für das Arbeitsleben zwar sehr weit, erlaubt aber keineswegs, öffentliche Aufgaben schrankenlos auf die Tarifparteien (und ggf. deren gemeinsame Einrichtungen) »abzuwälzen«. So mag der Staat zwar Tarifvertragsparteien erlauben, die gesetzliche Sozialversicherung durch private Normen mit einem zusätzlichen versicherungsförmigen Sozialschutz über gemeinsame Einrichtungen zu ergänzen. Er bleibt aber gleichwohl noch zu eigenen Schutzmaßnahmen verpflichtet, weil die grundrechtlichen und sozialstaatlichen Implikationen der Sozialversicherung über den Bereich der »Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« hinausreichen: Unabhängig davon, ob das Grundgesetz Sozialversicherung verlangt[224], ist jedenfalls eine Gewährleistungsverpflichtung des Staates für die soziale Sicherheit der Bürger anerkannt, deren verfassungsrechtliche Grundlagen im Sozialstaatsprinzip sowie den Art. 2 Abs. 2, 1 Abs. 1 GG liegen[225]. Das gilt ebenso für Materien wie den betrieblichen Umweltschutz, der mit Blick auf mögliche Folgewirkungen für die Allgemeinheit jedenfalls nicht allein den Tarifvertragsparteien »überantwortet« werden kann.

Zudem liegt es nahe, von einer besonders gesteigerten Schutzpflichtverantwortung gerade zugunsten betroffener Außenseiter auszugehen, wenn der Legitimationstitel bis an seine Grenzen ausgereizt wird – wie Art. 9 Abs. 3 GG bei der Allgemeinverbindlicherklärung. Wie der Staat einer Schutzverpflichtung nachkommt, bestimmt er im Rahmen

223 Nachweis Fn. 4.

224 Dazu etwa *Schenkel*, Sozialversicherung und Grundgesetz, 2008, S. 199 ff.

225 Eingehend *Wallrabenstein*, Versicherung im Sozialstaat, 2009, S. 236 ff. sowie S. 377 ff. zur Realisierung des Gewährleistungsauftrags durch die Sozialversicherung. Zum Regelungsauftrag des Sozialstaats weiter *Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 43 ff.

eines weiten Entscheidungsspielraums selbst[226]; Kontrollmaßstab ist das Untermaßverbot: In ihrer Schutzpflichtendimension verlangen die Grundrechte der wirtschaftlich betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, dass der Staat tatsächliche und normative Maßnahmen ergreift, die einen – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessenen und wirksamen Schutz gewährleisten[227]. Geboten ist dabei ein proportionaler Schutz, angemessen in Relation zum Schutzgut, aber auch zu Aktualität und Schwere der drohenden Gefahr[228]. Vor diesem Hintergrund muss unseres Erachtens die Schutzintensität in dem Maße steigen, in dem die Legitimationskraft der Koalitionsfreiheit für die private Rechtsetzung und ihre Folgewirkungen schwindet.

c) Wirtschaftsaufsicht über gemeinsame Einrichtungen de lege ferenda

[1] Wirtschaftsaufsicht als zweckmäßiges Schutzinstrument

Reagieren könnte der Staat dann mit Wirtschaftsaufsicht im Privatrecht oder indem er privatrechtliche Mechanismen installiert, etwa Kontrollrechte und Rechenschaftspflichten oder Ersatzansprüche in Missbrauchsfällen normiert. Kontrollrechte müssten freilich gerade in der Beitrags- und Leistungsbeziehung eröffnet werden, Ersatzansprüche effektiv durchsetzbar sein. Bei der gemeinsamen Einrichtung setzte Letzteres begleitende Publizitätserfordernisse voraus, die das geltende Recht nicht (in ausreichendem Maße) vorhält[229]. Zumindest denkbar wären weiter Anreizsysteme, die gemeinsame Einrichtungen für ein Verwaltungsverhalten im Interesse der Tarifunterworfenen belohnen.

In der Sache steht das Instrumentarium zur Verfügung, mit dem Principal-Agent-Konflikten begegnet werden kann[230]. Dabei liegt die Besonderheit der gemeinsamen Einrichtung darin, dass die problematischen Konflikte weniger zwischen den Mitgliedern der Einrichtung als Prinzipalen und der Einrichtungsleitung auftreten, sondern vielmehr zwischen der Einrichtung insgesamt und den tarifunterworfenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern[231]. Für andere Konstellationen, in denen das Verhalten einer Organisation von einer kleinen Gruppe von Insidern bestimmt und zu Lasten einer deutlich größeren Gruppe von Aufgabenbetroffenen gestaltet werden kann, greift die Rechtsordnung zur Staatsaufsicht, um die Rechte dieser Außenseiter zu schützen. Beispiel sind die Verwertungsgesellschaften, deren Verhalten zwar vor allem von der verhältnismäßig kleinen Gruppe der ordentlichen Mitglieder gesteuert wird, obschon dieses Verhalten

226 Näher dazu sogleich c) [1].

227 Allgemein zum Untermaßverbot etwa BVerfG 28. 5. 1993 – 2 BvF 2/90 u. a. (*Schwangerschaftsabbruch II*) [unter D.I.2. der Gründe], BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751; weiter Maunz/Dürig/*Grzeszick*, GG, Stand: 71. Lieferung 2014, Art. 20 VII, Rn. 126 ff; *Merten*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR III, 2009, § 68 Rn. 81 ff.

228 *Merten* (Fn. 227), § 68 Rn. 87 ff.

229 Näher unter III.

230 Vgl. den Katalog bei *Podszun*, Die Kontrolle der Verwertungsgesellschaften, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, 2014, S. 173, 179.

231 Bereits III. 1. c).

auch die wesentlich größere Gruppe der außerordentlichen Mitglieder und Wahrnehmungsberechtigten[232] betrifft[233].

Für eine parallele Behandlung gemeinsamer Einrichtungen spricht, dass wesentliche Parameter für die Entscheidung, wie der staatliche Außenseiterschutz realisiert werden soll, in beiden Fällen übereinstimmen: So ist bei Großorganisationen, die gemeinsame Einrichtungen wie Verwertungsgesellschaften sein müssen, um ihrer Funktion gerecht zu werden, eine »dezentrale« Kontrolle durch die Aufgabenbetroffenen immer mit starken Unsicherheitsfaktoren behaftet. Je größer der Kreis der Betroffenen, die auf Rechtsverteidigung in Eigenverantwortung verwiesen werden sollen, desto höher die Wahrscheinlichkeit, dass Einzelne trotz obligatorischer Transparenz ihre Rechte eben nicht wahrnehmen. Dazu kommt die verfahrensrechtliche Gefahr divergierender Entscheidungen in einer Vielzahl von Einzelprozessen, die eine eigentlich einheitlich zu beantwortende Rechtsfrage notwendig auseinanderreißen. In einer solchen Situation eröffnen aufsichtsrechtliche Vorgaben deutlich größere Chancen, die beaufsichtigten Wirtschaftseinheiten zu dem erwünschten wettbewerbsanalogen, also quasi-marktmäßigen Verhalten zu bewegen[234].

[2] Aufsichtsdefizit und Aufsichtsbedarf de lege lata

Die mithin erforderliche Wirtschaftsaufsicht über gemeinsame Einrichtungen ist als Beschränkung der Koalitionsbetätigungsfreiheit sowie der Autonomie der gemeinsamen Einrichtungen selbst zu rechtfertigen. Für eine solche Rechtfertigung im Interesse der schutzbedürftigen Außenseiter spricht aus unserer Sicht, dass das fragmentarische Aufsichts- und Kontrollsystem für die gemeinsamen Einrichtungen[235] gerade mit Blick auf die spezifischen Gefahren der gemeinsamen Einrichtungen defizitär ausfällt.

Dieses Kontrolldefizit wird im Vergleich mit der Betriebsverfassung sichtbar: Zwar kennt das BetrVG nur rudimentäre und praktisch wenig wirksame Kontrollrechte der Belegschaft gegenüber dem Betriebsrat[236], eine durchaus wirksame Aufsicht über die Mitbestimmungsträger leisten indes die Gewerkschaften, denen der Gesetzgeber ein entsprechendes »Angebot« unterbreitet[237]. Dieses Angebot richtet sich – und das ist hier entscheidend – nicht nur an Gewerkschaften, deren Mitglieder die Betriebsratsmehrheit stellen, sondern auch an konkurrierende Verbände. Allerdings verengt das BAG den Kreis der potentiellen Kontrolleure auf tariffähige Gewerkschaften[238] – wenn es auch nicht auf die Tarifzuständigkeit ankommen soll – und entwertet so die Kontrollrechte. Demgegenüber sind Aufsicht und Kontrolle über die gemeinsame Einrichtung den Tarifverbänden vorbehalten, auf deren Tarifvertrag die Einrichtung basiert; die Konkur-

232 Zu den Zahlen- und Machtverhältnissen am Beispiel der GEMA *Podszun* (Fn. 230), S. 173, 178 f.

233 *Podszun* (Fn. 230), S. 173, 179, 182 sieht in der Wirtschaftsaufsicht das »passende« Instrument, um das Verhalten von Verwertungsgesellschaften zu steuern.

234 Auch dazu *Podszun* (Fn. 230), S. 173, 208 ff.

235 Eingehend hierzu III.

236 *Kolbe* (Fn. 203), S. 231.

237 Auch hierzu *Kolbe* (Fn. 203), S. 189.

238 BAG 19. 9. 2006 – 1 ABR 53/05, NZA 2007, 518, Rn. 26 ff.; *dagegen Rieble*, RdA 2008, 35, 36 ff.

renz bleibt außen vor[239]. Dass das Betriebsratsamt exzessiv zum persönlichen Vorteil genutzt wird, verhindern zudem § 37 BetrVG als gesetzliche Grenze und der Arbeitgeber, der sich überzogenen Forderungen aus § 40 BetrVG verweigern kann. Auch dieser Steuerungsmechanismus fällt bei den gemeinsamen Einrichtungen aus, weil es gerade die Tarifvertragsparteien sind, die im Missbrauchsfall ein Interesse daran haben, dass sich die gemeinsame Einrichtung über ihre durch die Aufgabe diktierten Vorgaben hinwegsetzt[240].

Vor diesem Hintergrund sind die Parameter, anhand derer die Frage nach einer Rechtfertigung staatlicher Aufsicht beantwortet werden muss, bei der gemeinsamen Einrichtung andere als beim Betriebsrat. Die fehlende Staatsaufsicht über die gemeinsame Einrichtung, die über einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag auch auf Nicht- und Andersorganisierte zugreift, ist mit Blick auf fehlende privatrechtliche Kontrollmechanismen nicht einfach Konsequenz der privatrechtlichen Qualifikation der Einrichtung, sondern beanstandungswürdiges Defizit. Dieser Mangel muss durch andere Steuerungsinstrumente kompensiert werden.

Auch am Vergleich mit dem Gesamthafenbetrieb wird deutlich, wie defizitär das Aufsichtsmodell der gemeinsamen Einrichtung im Übrigen ist. Auch bei der »normalen« gemeinsamen Einrichtung besteht ein vergleichbares Bedürfnis, »Erhebung, Verwaltung und Verwendung« der Beiträge zu überwachen, sobald der zugrundeliegende Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wurde. Dass der Gesamthafenbetrieb Arbeitgeberfunktionen umfassender bündelt als andere gemeinsame Einrichtungen, ist kein Gegenargument, weil die Missbrauchsgefahren nicht diesen Bereich betreffen. Sie ergeben sich gerade bei der nicht (extern) kontrollierten Einziehung und Verwaltung von Finanzmitteln; insoweit sind spezifische Gefahren beim Gesamthafen nicht zu erkennen. Ersichtlich ist hingegen, dass weder die Versicherungs- noch die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht das eigentliche Kontrollbedürfnis befriedigen: Die gemeinsame Einrichtung ist wie jeder Versicherer ein latentes Risiko für alle Versicherten und ihre marktbeherrschende oder doch marktmächtige Stellung ist ein Risiko für andere Marktteilnehmer. Diese Gefahren bestehen aber unabhängig von der besonderen Organisationsform, eine entsprechende Aufsicht bezieht sich dementsprechend auch nicht auf die spezifischen Gefahren der gemeinsamen Einrichtung als solcher.

Die Wirtschaftsaufsicht über gemeinsame Einrichtungen lässt sich nicht praeter legem durchführen; sie bedarf als Grundrechtseingriff gegenüber den Einrichtungen als privaten Gesellschaften einer gesetzlichen Grundlage. Ein Gesetzgeber, der die Tarifautonomie stärkt, indem er die Allgemeinverbindlicherklärung von nahezu allen materiellen Anforderungen befreit, darf nicht ignorieren, dass als praktische Folge vermehrter Allgemeinverbindlicherklärungen Tarifaußenseiter verstärkt dem letztlich kontrollfreien und eben deshalb missbrauchsgeneigten Verwaltungshandeln der gemeinsamen Einrichtungen unterworfen werden.

De lege lata ist festzuhalten, dass die nach alldem »fehlende« Aufsicht über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien nicht als Defizit an demokratischer Kontrolle gesehen werden darf: Hoheitliche Rechtsetzungsmacht üben die gemeinsamen Ein-

239 Bereits III. 1. a).

240 Vgl. die unter III. 1. c). skizzierten Missbrauchsmöglichkeiten.

richtungen nicht aus, insoweit unterscheidet sich die »soziale Selbstverwaltung« des Privatrechts von der funktionalen des öffentlichen Rechts. Zu beanstanden ist »nur« ein Verstoß gegen das Untermaßverbot: Grundrechte der beitragspflichtigen Arbeitgeber und leistungsberechtigten Arbeitnehmer müssen geschützt werden, wenn der Staat seinen Bürgern finanzielle Lasten aus einem tarifvertraglich installierten Zwangsversicherungssystem aufbürdet. Und von einem angemessenen und wirksamen Schutz lässt sich unserer Meinung nach jedenfalls dann nicht mehr sprechen, wenn Aufsicht und Kontrolle mit Blick auf die systemspezifischen Gefahren primär Verbänden zugewiesen werden, die gerade nicht unabhängig sind, sondern im Gegenteil Missbrauchsgefahren in die gemeinsame Einrichtung hineintragen können.

V. Ergebnis

Das Gesamthafenbetriebsgesetz zeigt, wie die Allgemeinverbindlichkeit kollektiv-privatautonom verabredeter gemeinsamer Einrichtungen durch Staatsaufsicht flankiert und damit der Schutz der Rechte der vom staatlichen Erstreckungsbefehl besonders betroffenen Außenseiter gesichert werden kann. Es belegt damit auch, dass gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien spezifische Missbrauchsrisiken bedingen, denen durch Überwachung und Kontrolle der gemeinsamen Einrichtung begegnet werden muss.

Diese Kontrolle findet nicht statt: Zwar unterliegen gemeinsame Einrichtungen mitunter der Staatsaufsicht, aber in keinem (anderen) Fall mit Blick auf die spezifischen Gefahren dieser Einrichtungen. Diese Gefahren ergeben sich aus einer für Außenstehende großenteils intransparenten Verwaltungstätigkeit, die ausschließlich und gerade von den Tarifvertragsparteien überwacht werden soll, die die Einrichtung geschaffen und sodann Gelegenheit und Anreiz haben, die Einrichtung für eigene Zwecke zu missbrauchen. Dass die gemeinsame Einrichtung auch nach einer Allgemeinverbindlicherklärung des zugrundeliegenden Tarifvertrags nicht vergleichbar den funktionalen Selbstverwaltungseinheiten des öffentlichen Rechts Hoheitsmacht ausübt, verhindert zwar, die fehlende Staatsaufsicht als Mangel demokratischer Kontrolle zu beanstanden, beseitigt oder rechtfertigt das Kontrolldefizit aber nicht. Das Gesetz vertraut stattdessen auf die Redlichkeit aller Beteiligten. Dass Kontrolle besser gewesen wäre, leuchtet wohl erst ein, wenn konkrete Missstände aufgedeckt worden sind.

Den Gesetzgeber hat all das nicht gekümmert, als er die Tarifautonomie durch eine Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung »gestärkt« hat. Insbesondere Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen können jetzt nahezu ohne inhaltliche Voraussetzungen auf Tarifaußenseiter erstreckt werden. Das heißt auch, dass die Allgemeinverbindlicherklärung in dem neuen Verfahren nach § 98 ArbGG n. F. kaum mehr ernstlich überprüft werden kann. Und das passt immerhin dazu, dass die Einrichtung später auch weitgehend unkontrolliert arbeitet.