

8. ZAAR-Tagung:
„Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts“



am Freitag, 2. September 2016
in der Bucerius Law School, Hamburg

Das Tarifvertragsrecht kommt nicht zur Ruhe. Während die Tarifeinheit in den letzten Jahren intensiv (aus-)diskutiert wurde, haben Gesetzgeber und Rechtsprechung an anderen Stellen starke Impulse gesetzt. Die seit 2014 erweiterten Möglichkeiten der Allgemeinverbindlicherklärung werden mittlerweile ausgiebig genutzt, und das Bundesministerium für Arbeit und Soziales plant für 2017, die Zeitarbeit noch mehr als bisher tarifvertraglicher Regulierung zu unterwerfen. Zudem hat das BAG in letzter Zeit die Stellung von Nichtorganisierten sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite verschlechtert. Für die Arbeitgeber werden die Anforderungen an Verbandsstrukturen „ohne Tarifbindung“ (OT) zunehmend strenger gehandhabt. Wohl noch größere Probleme haben gewerkschaftlich nicht organisierte Arbeitnehmer zu erwarten. Ihnen können nach der jüngeren BAG-Judikatur in Unternehmenskrisen erhebliche Tarifsozialleistungen vorenthalten werden, selbst wenn sie arbeitsvertraglich die Geltung von Tarifvertragsregeln vereinbart haben. Alle genannten Maßnahmen der (Richter-)Rechtsetzung zielen darauf, Tarifmacht über den Kreis der Koalitionsmitglieder hinaus zu erstrecken. Damit stellen sich Fragen nach dem tarifpolitischen Sinn und nach den entsprechenden rechtlichen Rahmenbedingungen.

I. Stichtagsregelungen in Sanierungstarifverträgen – Belastungen für Außenseiter



Professor Dr. Oliver Ricken (Universität Bielefeld) eröffnete die Tagung mit der Feststellung, dass die Bedeutung von Tarifverträgen trotz rückläufiger Organisationsgrade in den Betrieben hoch sei. Auch nichtorganisierte Arbeitnehmer vertrauten auf eine diesen entsprechende Behandlung. Die Empörung sei immer groß, wenn diese verweigert werde.

Als Instrumente kenne das Tarifrecht Differenzierungsklauseln, deren Zulässigkeit davon abhängen, ob sie unzulässigen Druck für Außenseiter aufbauten, was in jüngeren BAG-Entscheidungen eher verneint werde und die nach herrschender Meinung unzulässigen qualifizierten Differenzierungsklauseln. Beiden sei gemein, dass sie die Belegschaft in zwei Gruppen einteilen. Dagegen würden die hier maßgeblichen Stichtagsregelungen eine Einteilung in drei Gruppen vornehmen: organisierte

Arbeitnehmer vor und nach der Stichtagsregelung sowie die nichtorganisierten Arbeitnehmer. Die letzten beiden seien von der Stichtagsregelung ausgeschlossen. Nachdem diese Klausel an ein Ereignis der Vergangenheit anknüpft, stelle sie eine Sanktion für die unterlassene Organisation dar und schaffe keinen Organisationsanreiz.

Die weiteren Ausführungen erläuterte der Referent anhand der BAG Entscheidung vom 15.4.2015 zu Nokia Networks. Dort bestand ein Transfer- und Sozialtarifvertrag und ein günstigerer Ergänzungstransfer- und Sozialtarifvertrag. Das BAG musste entscheiden, ob Arbeitnehmer, die nicht unter den Geltungsbereich des zweiten Tarifvertrags fielen, dennoch einen Anspruch auf die höhere Abfindung hätten. Allerdings habe sich das Gericht nicht zur Wirksamkeit der Klauseln geäußert, sondern eine tarifliche Bewertung vorgenommen. Maßgeblich sei eine Unterteilung in zwei Gruppen gewesen – vor und nach dem Stichtag. Die Frage der Unwirksamkeit müsse für jede Klausel einzeln geprüft werden. Eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG läge hinsichtlich der Außenseiter nicht vor, da nicht die normative Wirkung des Tarifvertrags, sondern deren Nichteintritt zu der Ungleichbehandlung geführt hätte. Auch die Mitglieder, die erst nach dem Stichtag eingetreten sind, könnten sich nicht auf eine Ungleichbehandlung berufen. Den Tarifparteien stünde eine Einschätzungsprärogative zu. Die Stichtagsklausel sei erforderlich, um die zu erwartenden Belastungen kalkulieren zu können. Damit liege ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vor. Hinsichtlich der Festlegung des Belastungsvolumens käme den Tarifparteien ein weiterer Spielraum zu.

Weiter verletze die Stichtagsklausel auch nicht die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG). Die Bildung von zwei verschiedenen Gruppen sei hier bereits durch den Verfassungsgeber durch die Unterscheidung von negativer und positiver Koalitionsfreiheit angelegt. Außerdem läge auch kein unzulässiger Beitrittsdruck vor, da mittels Beitritt nach dem Stichtag keine Gleichbehandlung mehr erlangt werden könne. Dagegen könnten eventuell die Gewerkschaftsmitglieder, die nach dem Stichtag eingetreten sind, unabhängig von ihrem Eintritt einen Partizipationsanspruch haben. Kennzeichnend für deren Verhältnis sei nämlich die Unterwerfung unter eine tarifpolitische Gestaltungsmacht. Dennoch bestehe kein Anspruch auf ein bestimmtes tarifpolitisches Handeln. Ein Grundrechtsverstoß könne somit erst dann

angenommen werden, wenn die Stichtagsklausel darauf ausgerichtet ist den späten Beitritt zu sanktionieren.

Letztlich könne auch ein Verstoß gegen tragende Regelungen des Tarifvertragsgesetzes (TVG) zur Unwirksamkeit führen. In einer Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2007 stellte dies das zentrale Problem dar. § 3 TVG betreffe Fragen der Tarifbindung. Tarifbindung und Anspruchsbereich müssten nicht deckungsgleich sein. Es stelle sich die Frage, ob in Tarifverträgen nur das geregelt werden dürfe, was auch individualvertraglich vereinbar wäre. Dagegen spricht, dass die strukturelle Unterlegenheit der Individualverträge bei Tarifverträgen fehle. Andererseits könnte ein Tarifvertrag auch die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers ausüben. Die missverständliche Aussage des BAG 2009 wurde 2015 wieder relativiert. Das TVG gewähre den Tarifparteien eine mitgliedsbeschränkte Regelungsmacht. Diese kollektiv ausgeübte Privatautonomie rechtfertige jedoch nicht die Ausdehnung auf nichtorganisierte Arbeitnehmer. Nachdem zur Delegationstheorie schon alles gesagt worden sei, werde er hierauf nicht näher eingehen. Die Tarifvertragsparteien verdeutlichten durch die Vereinbarung einer Stichtagsregelung, dass sie kein Ersatz für staatliches Arbeitsrecht schaffen wollten. Zutreffend sei aber die Unterwerfung dieser Klausel unter die AGB-Kontrolle, da dies keinen Rückschluss auf die Ordnungsfunktion zulasse, sondern lediglich Ungleichheiten des Vertragsschlusses ausgleiche. Beschränkten die Tarifvertragsparteien den Anwendungsbereich, gingen Öffnungsklauseln, welche den Gesetzgeber entlasten sollten ins Leere.

Als Zwischenergebnis hielt der Referent folglich fest, dass sich weder aus der Verfassung, noch aus einfachem Gesetz ein Verbot von Stichtagsklauseln in Tarifverträgen ableiten ließe. Dennoch blieben Bedenken: Die Akzeptanz der Tarifvertragsparteien von Stichtagsklauseln in Sozialplantarifverträgen stelle einen Verstoß gegen § 75 BetrVG dar. Dies sei dennoch ein stumpfes Schwert, da der Arbeitnehmer auf individualrechtlicher Ebene keinen Leistungsanspruch habe.

Die Verbesserung der Situation der Gewerkschaftsmitglieder durch den Tarifvertrag sei im Recht angelegt. Die Tarifvertragsparteien könnten selbst entscheiden, welcher Personenkreis von dieser Verbesserung erfasst werden solle. Es sei die Aufgabe der Tarifvertragsparteien, die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten. Die Entscheidung des BAG sollte daher zum Anlass genommen werden die Bezugnahmeklauseln zu überdenken. Nachdem die differenzierte Behandlung auf dem Unterschied zwischen Nichtorganisation und zu später Organisation beruhe, sei die wahrgenommene Ungerechtigkeit kein Problem des Tarifrechts.

Die erste sehr tief gehende Diskussion der Tagung wurde von *Professor Dr. Jakobs* geleitet. Sie begann mit einer vertieften Auseinandersetzung mit Detailfragen der besprochenen Entscheidung des BAG, auch unter der Beteiligung des Vorsitzenden des Tarifsensats des BAG. Außerdem wurden Zeitpunkt und Umstände der Vereinbarung von Differenzierungsklauseln diskutiert, sowie abschließend die Frage der Auslegung von Bezugnahmeklauseln hinsichtlich von Höchstgrenzen erörtert.

II. Regulierung der OT-Mitgliedschaft – Schutz des Tarifvertrags vor Fremdbestimmung?



Der Vortrag von *Professorin Dr. Martina Benecke* (Universität Augsburg) befasste sich mit Außenseitern auf der Arbeitgeberseite. Im Gegensatz zu den Außenseitern auf Arbeitnehmerseite, sei die Stellung als Verbandsmitglied ohne Tarifzugehörigkeit (OT-Mitgliedschaft) meist sehr bewusst gewählt. Diese Arbeitgeber könnten oder wollten nicht an Tarifverträge gebunden sein, aber dennoch die Dienstleistungen des Verbandes in Anspruch nehmen. Damit sei diese Mitgliedschaftsform ein zweischneidiges Schwert: einerseits funktioniere Tarifautonomie nur, wenn Tarifbindung bestehe, andererseits sei neben der positiven auch die negative Koalitionsfreiheit und die Verbandsautonomie anerkannt. Daher sei die OT-Mitgliedschaft seit ihrer Entstehung wirtschaftspolitisch höchst umstritten. Rechtlich sei ihre grundsätzliche Zulässigkeit heute dagegen unproblematisch. Die Zulässigkeit betreffe nicht nur das Trennungsmodell, sondern auch das Stufenmodell, bei welchem derselbe Verband verschiedene Arten der Mitgliedschaft anbiete. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur Zulässigkeit der OT-Mitgliedschaft sei bislang unter dem Stichwort des „Blitzaustritts“ bekannt gewesen. Nachdem dazu bereits alles gesagt sei, werde diese hier nicht vertieft. Interessanter sei dagegen derzeit ein gegenteiliger Fall des BAG aus 2015. Der Arbeitgeber sei bereits 2002 aus dem Arbeitgeberverband ausgetreten. Dennoch wurde er noch 2011 als tarifgebunden behandelt, da dessen Satzung den Rechtsprechungsanforderungen aus 2006 und 2009 an eine OT-Mitgliedschaft nicht genüge. Die Gefahr als OT-Mitglied doch tarifgebunden zu sein führe zu einer gewissen Rechtsunsicherheit. Es stelle sich die Frage, was ein Mitglied denn tun solle um wirksam den Status eines OT-Mitglieds zu erlangen. Weiter wolle sie der These des Themenvorschlags nachgehen, dass die Satzungsanforderungen erschwert worden seien.

Das BAG fordere für die Verbandsverfassung einen grundsätzlichen Gleichlauf zwischen Verantwortlichkeit und Betroffenheit, eine Trennung der Befugnisse verschiedener Mitglieder und das die OT-Mitglieder nicht unmittelbar auf tarifpolitische Entscheidungen einflussnehmen. Da die Tarifverträge zwischen den Verbänden ausgehandelt würden und nach § 3 TVG Drittwirkung entfalteten, würde ein Verstoß gegen die logischen Grundsätze des BAG somit zu einem Legitimationsproblem führen. Wegen des gerade beschriebenen Dreiecksverhältnisses sei es schwierig den Bedenken gegen die Tarifbindung etwas Besseres entgegenzuhalten. Die Ansicht des 4. Senats von 2005, die OT-Mitgliedschaft sei ein Problem der Tarifzuständigkeit, da diese allein über die Satzung bestimmt werde, werde heute zu Recht kaum noch vertreten. Die Tarifzuständigkeit unterliege der vollen Verbandsautonomie. Demgegenüber sei die Tarifbindung im Grundsatz gesetzlich regelbar (§ 3 I, III, 5 IV TVG). Allerdings sei die Tarifzuständigkeit der falsche Ansatzpunkt für die Begründung von Individualrechten einzelner Mitglieder. Weiter funktioniere der Vorschlag der Blitzaustrittsrechtsprechung die Vereinssatzung zu korrigieren bei einem bereits so langen zurückliegenden Austritt nicht. Hier zeige sich der Unterschied zwischen

Tarifvertrag und normalen zivilrechtlichen Verträgen. Eine Rückabwicklung sei kaum möglich. Wenn man folglich die OT-Mitgliedschaft an Voraussetzungen knüpfen wolle, ginge dies nur, wenn als Sanktion die Bindung der potentiellen Mitglieder bestimmt werde. Bei der Bewertung und Begründung wolle sie allerdings andere Prioritäten setzen, als eventuell das BAG. Die OT-Mitgliedschaft sei manchmal unerwünscht. Dies sei nicht verwerflich, da der Tarifautonomie insbesondere Art. 9 GG zur Seite stünde. Dies zeige, dass unsere Wirtschaftsordnung darauf abziele, dass die Beteiligten ihre Beziehungen autonom regelten. Dennoch sei sie der Auffassung, dass weder die Tarifautonomie noch ihre Funktionsfähigkeit in ihren Grundfesten erschüttert würden, wenn in einer Verbandssatzung kein vollständiger Gleichlauf zwischen Verantwortung und Betroffenheit bestehe, da sich dies relativ wenig auf die Tarifverträge auswirke. Sie sehe hier in Wahrheit ein verfassungsrechtliches Individualproblem. Da sein Verband Anforderungen nicht erfülle, auf welche das Mitglied kaum Einfluss nehmen kann, werde das einzelne Mitglied in ein Tarifregime gezwungen. Die durch das BAG geforderte Trennung verhindere, dass über einen Tarifvertrag Personen entscheiden, die dessen Konsequenzen nicht selbst trügen. Es gehe folglich auch um den Schutz der T-Mitglieder. Dieser Aspekt sei bislang in der Diskussion vernachlässigt worden. Daher sei nach ihrem Ansatz der praktischen Konkordanz zu fragen, ob der Einfluss des OT-Mitglieds so erheblich ist, dass ein Eingriff in Art. 9 GG gerechtfertigt sei.

Die Referentin stellte im Folgenden die allgemeinen Anforderungen des BAG an die OT-Mitgliedschaft dar. Dies sei einerseits die Mitteilungspflicht gegenüber der Gewerkschaft, wenn während laufender Tarifverhandlungen ein Wechsel in die OT-Mitgliedschaft erfolgte. Andererseits müsse die Grundlage der Trennung in der Verbandsverfassung liegen. Eine Entscheidung des BAG vom letzten Jahr habe klargestellt, dass für die Entscheidung einer wirksamen Trennung von tarifgebundenen und nichttarifgebundenen Arbeitnehmern ausschließlich die Satzung herangezogen werden dürfe., welche erst nach Eintragung in das Vereinsregister Wirkung entfalte. Die Frage, ob diese beiden Voraussetzungen erforderlich seien, müsse verneint werden, da auch eine eindeutige Geschäftsordnung genügen würde. Wegen der Rechtsprechung des BAG, der Transparenz und der Praktikabilität sollte die Festlegung aber in der Satzung erfolgen.

Sie komme nun zu den Kriterien der Abgrenzung. Als Konsequenz für die innere Ausgestaltung eines Arbeitgeberverbandes, der die Trennung von T- und OT-Mitglieder umsetzen wolle, seien die Befugnisse der beiden Mitgliedergruppen klar zu trennen und ein Gleichlauf zwischen Verantwortlichkeit und Betroffenheit zu gewährleisten. Dazu seien einige grundlegende Entscheidungen ergangen: Die Kernthese der Entscheidung von 2008 besage, dass eine unmittelbare Einflussnahme von OT-Mitgliedern auf tarifpolitische Entscheidungen nicht zulässig sei. Die Rechtsprechung habe offengelassen, ob damit ein Wechsel in die OT-Mitgliedschaft zwingend zu einem Verlust der Ämter führe. Von der überwiegenden Literatur werde dies befürwortet. Dagegen seien allgemeine Mitwirkungsrechte ohne Bezug zur Tarifpolitik oder die Gewährung einer Beratenden Stimme statthaft. Mit diesen Präzisierungen habe die Rechtsprechung einiges für die Rechtssicherheit getan. Aus weiteren Entscheidungen des 4. Senats folge, dass dieser grundsätzlich großzügiger erscheine, wenn die Satzung eine geringere Regelungsintensität aufweise. Dies verwundere. Ein Ansatz zu mehr Rechtssicherheit finde sich in einer wenig beachteten Entscheidung von 2014, in der festgehalten wurde, dass Regelungen, welche für die Beschlussfassung über Tariffragen und Arbeitskampfmaßnahmen für OT-Mitglieder das Stimmrecht ausschließen, genügten. Die aktuelle Entscheidung sei restriktiver. Danach dürfen OT-Mitglieder auf die Besetzung tarifpolitischer Gremien keinen, auch nur potentiellen, Einfluss haben.

Letzterer Aspekt sei neu. Außerdem werde wieder aktives und passives Wahlrecht nur den T-Mitgliedern eingeräumt. Diese Kriterien erscheinen relativ vage. In Verbindung mit der schwerwiegenden Konsequenz der möglichen Bindung an Jahre zurückliegende Tarifverträge führe dies zu einem erheblichen Verhältnismäßigkeitsproblem. Sie verstehe nicht warum man bei geringerer Regelungsdichte großzügiger sein solle. Weiter sei aus rechtsstaatlicher Sicht zwar in Ordnung, dass später aufgestellte Kriterien der Rechtsprechung auf ältere Verträge angewandt werden, da die Rechtsprechung lediglich das Recht anwende und dieses nicht schaffe; bei einem 2002 erfolgten Wechsel in die OT-Mitgliedschaft, der Grundlagenentscheidung von 2006 und der Entscheidung von 2008, welche die Kriterien einer Trennung an die Satzung festlegte, bestünden hier aber erhebliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit. Die Darstellung rundete die Analyse der Konsequenzen von Fehlern bei der Satzungsgestaltung ab. Wie bereits erwähnt können Fehler zur Tarifbindung potentieller OT-Mitglieder führen. Dies mache die Gehaltsplanung der betroffenen Unternehmen obsolet und könne erhebliche Nachzahlungen auslösen. Daher stelle sich die Frage, was ein Verband tun könne um seinen Mitgliedern Rechtssicherheit zu gewähren, wenn seine Satzung tatsächlich unzulänglich sei. Aus der aktuellen Entscheidung ließen sich dazu mehrere Anhaltspunkte ableiten. Auch wenn die Austrittserklärung der vorliegenden Entscheidung nicht dahingehend ausgelegt werden konnte, dass ein hilfswieser Austritt aus dem Gesamtverband gewollt war, erscheint dies grundsätzlich möglich zu sein. Eine Nachbesserung der Satzung an die gerichtlichen Vorgaben würde zumindest nachfolgende Tarifverträge ausnehmen. Auch wenn dies in der Entscheidung als in diesem Fall haltlos abgelehnt wurde, könne bei entsprechender Information der Arbeitnehmer Vertrauensschutz bestehen. Außerdem käme noch die Auslegung des Tarifvertrages in Betracht. Sie sei entgegen dem BAG der Ansicht, dass man bei der Aufnahme einer Geltungsbereichsklausel in den Tarifvertrag nicht davon ausgehen könne, diese sei nur deklaratorisch. Es könnten durchaus berechnigte Interessen einer solchen Regelung bestehen. Darüber hinaus erfolge die Bestimmung des Geltungsbereichs subjektiv. Die Konsequenzen für neu eingetretene Mitglieder seien dagegen nicht höchststrichterlich geklärt. Nachdem aber unklar wäre, auf welchen Tarifvertrag sich die Mitgliedschaft beziehen solle, könne ein fehlerhafter OT-Eintritt nicht in eine T-Mitgliedschaft umgedeutet werden. Ein konkludenter Beitritt könne nur dann angenommen werden, wenn ein Handeln als T-Mitglied vorläge. Folglich sei in nahezu allen Fällen eine misslungene OT-Mitgliedschaft wegen Dissens unwirksam. Bei nicht eindeutigen Willenserklärungen sei auch eine Anfechtung möglich.

Abschließend komme sie zu der Ansicht, dass die Rechtsprechung des BAG geeignet sei den Schutz des Tarifvertrags vor Fremdbestimmung zu gewährleisten. Es sei aber fraglich ob sie nicht überschießend eingreife. Wegen der durch diese Rechtsprechung geschaffenen Rechtssicherheit werde die OT-Mitgliedschaft uninteressant.

Zu Beginn der anschließenden Diskussion wurde die Frage aufgeworfen, warum Tarifverbände und unabhängige Verbände unter einem Dach gemischt würden. Des Weiteren wurde die Auffassung kontrovers diskutiert, dass die Qualifikation des, nach der jeweiligen Satzung zugelassenen, Abstimmens eines OT-Mitglieds als konkludenten Tarifbeitritt anzusehen sei. Diese Diskussionsthemen wurden mit der Auseinandersetzung mit der Frage, wie weit der Gleichlauf zwischen Verantwortung und Beteiligung getrieben werden könne abgerundet.

III. Tarifliche Ausbildungsplatzabgabe zu Lasten Soloselbständiger



Nach der Mittagspause erfolgte ein Paradigmenwechsel. Im Gegensatz zum Vormittag sollte nun keine Rechtsprechung mehr analysiert, sondern die Grenzen der Rechtssetzung analysiert werden. Die im Ausland meist auf völliges Unverständnis stoßende Thematik der Tarifbindung von nicht tarifgebundenen Personen wurde von *Professor Dr. Volker Rieble* konzipiert. Nachdem dieser aus persönlichen Gründen kurzfristig verhindert war, übernahm *Professor Dr. Richard Giesen* (ZAAR München) den Vortrag. Gegen Ende werde er an manchen Stellen mit *Professor Dr. Rieble*, dem Verfasser des späteren schriftlichen Tagungsbeitrags, in einen Dialog treten, da er nicht in allen Punkten mit ihm übereinstimme.

Die tarifliche Ausbildungsplatzabgabe sei ein noch relativ junges Phänomen. Die Tarifvertragspartner bildeten nach § 4 II TVG bei einigen Ausbildungsberufen eine gemeinsame Einrichtung, welche Geld von den Beitragspflichtigen einzieht und an die Ausbilder wieder ausschüttet. Über eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1a TVG werden auch „Betriebe“ in Gestalt von Soloselbständigen, die keine Angestellten haben, nennenswert beitragspflichtig. Die Mindestbeiträge liegen um die 800 €. Dies sei gerade für in Teilzeit oder im Alter tätige Handwerker sehr schmerzlich. Grundsätzlich sei die Finanzierung der Ausbildung auch durch Nichtausbildungsbetriebe eine gute Sache. Als Grundlage für diese Umverteilung sehe er ein ständisches Denken. Demnach stelle sich die Frage, wer eigentlich für die Ausbildung zuständig sei. Hier liege eine hybride Situation vor. Zwischen Tarifvertrag und Allgemeinverbindlicherklärung – also zwischen Sozialpartner und Staat. Weiter sei in der Ökonomie schon lange bekannt, dass es eine Tendenz gebe die eigene Organisation zu fördern. In Deutschland ist diese Lage besonders brisant, da die Handwerksbetriebe nicht die gleichen Beiträge in Sozialversicherung und Altersversorgung zahlten. Es könne sinnvoll sein, dies durch einen Tarifvertrag zu ändern. Damit könne Scheinselbständigkeit und wirtschaftliche Ungleichheit bekämpft werden.

Die Analyse der vorliegenden Beispielstarifverträge zeige, dass in allen der Betrieb trotz fehlender Rechtsfähigkeit belastet wird. Der Betrieb sei als Organisationseinheit mangels Rechtsfähigkeit nie Adressat. Diese Verpflichtung sei aber in allen Beispielregelwerken zu finden. Dies widerspreche der Regelung der Tarifbindung und Tarifgeltung nach § 3 I, 4 I TVG. Die gemeinsamen Einrichtungen in § 4 II TVG seien hier die einzige Ausweitung. Seiner Auffassung nach habe das Arbeitsgericht Lieburg zurecht darauf hingewiesen, dass Arbeitgeber nur solche Personen seien, welche Beschäftigte hätten. Dagegen werden teils in der Literatur auch Personen als tariffähig eingestuft, die noch keine Angestellten haben. Die BAG Entscheidung auf die sich dies stützte nahm die Tariffähigkeit von einer Gesellschaft an, die noch keine Angestellten hatte, aber welche wollte. Die Tarifgebundenheit trat dann aber erst mit Abschluss des ersten Arbeitsverhältnisses ein. Zu dem hier vorliegenden Fall fehle die Parallele. Durch eine Auslegung gegen den

Wortlaut des § 4 TVG hat aber auch das LAG Köln keine Bedenken gegen die Heranziehung Soloselbständiger geltend gemacht.

Als Zwischenfazit lasse sich festhalten, dass ein Arbeitgeber nötig sei und nicht nur eine Person, welche die Einstellung von Arbeitnehmern beabsichtige. Weiter sei kein Rückschluss von dem Betrieb auf die Tarifgeltung möglich, auch wenn der Betrieb ein wichtiges Merkmal der Tarifgeltung darstelle. Soloselbständige seien aber weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer.

Außerdem gäben die Normen der konkreten Allgemeinverbindlicherklärung, welche Zugriff auf die Soloselbständigen gewährten einen weiteren Filter. Der Allgemeinverbindlicherklärungsakt habe nochmals seinen persönlichen Geltungsbereich bestimmt. Auch darin seien die Soloselbständigen nicht als Arbeitnehmer erfasst. Es könne folglich von der Rechtmäßigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung ausgegangen werden. Da eine Erklärung, die die Soloselbständigen nicht erfasse nicht wegen diesen rechtswidrig sein könne. Daher sei es auch keine Frage, die nach § 2 a I Nr. 5 ArbGG vorgreiflich entschieden werden müsste. Die Allgemeinverbindlicherklärung könne gesondert vom Tarifvertrag untersucht werden. Materiellrechtlich beruhe diese auf § 5 Abs. 1 a TVG. Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages bestehe aber nur, da sowohl auf Arbeitgeber, als auch auf Arbeitnehmerseite für die Mitglieder verhandelt werde. Regelungen, welche bewusst für Außenstehende gemacht würden, könnten sich nicht auf die Angemessenheits- bzw. Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages berufen. Dies wäre aber die Grundvoraussetzung der Rechtmäßigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung.

Das LAG Köln habe § 4 TVG überspielt. In der Grundrechtsprüfung habe es keinen Verstoß gegen Art. 3 GG festgestellt. Wenn eine Regelung abgelehnt werde könne man diese aber nicht gleichzeitig aus Gleichheitsgesichtspunkten in ihrer Anwendung erweitern.

Abschließend wolle er noch auf das Lieblingsthema von *Professor Dr. Rieble* eingehen – das Kartellrecht. Es könnte ein Verstoß gegen § 1 GWB – das Kartellverbot – oder Art. 101 AEUV vorliegen. Beide seien gleich auszulegen. Mangels Auswirkung auf den Binnenmarkt halte er Letzteres für unwahrscheinlich. Einigkeit bestehe, dass Arbeitnehmer nicht Unternehmer seien. Das Tarifvertragsrecht beruhe auf einem wirtschaftlichen Kartell. Fraglich sei aber auch hier die Stellung der Soloselbständigen. Diese seien zwar Unternehmer, aber nicht am Kartell beteiligt. Er sei geneigt Rieble recht zu geben. Der EuGH nehme nämlich an, dass auch Tarifverträge der Kartellkontrolle unterliegen könnten. Dies gelte nicht bei Arbeitnehmern oder Scheinselbständigen. Ein Soloselbständiger sei nun aber nicht mit der Stellung der Arbeitnehmer vergleichbar.

Rieble halte das Kartellrecht für anwendbar, habe aber gewisse Bedenken. Eine Allgemeinverbindlicherklärung könne nicht als unternehmerisches Handeln qualifiziert werden. Die Anwendung von Kartellrecht auf staatliches Handeln erfolge aber sehr zurückhaltend.

Mit diesen Ausführungen war der Referent bei der letzten Überlegung des Vortrags. Hinsichtlich der Rechtswegzuständigkeit bestehe die Möglichkeit einer Sonderzuständigkeit nach § 2 I Nr. 6 ArbGG 87 S. 2 GWB. Wird dieser nicht gefolgt, seien die Arbeitsgerichte zuständig. Diese müssen entscheiden, ob Soloselbständige wirklich Arbeitgeber seien und es dürfe sich bei dieser Prüfung nicht auf Behauptungen verlassen. Seiner Ansicht nach könne hier kaum ein sic-non-Fall angenommen werden. Sei der Rechtsweg zulässig, müsse im Folgenden die Arbeitgeberbereienschaft genauer geprüft werden. Als Alternative bietet sich für die Soloselbständigen eine negative Feststellungsklage zu den ordentlichen Gerichten (§ 256 ZPO) gegen die Zahlungsaufforderung an.

Die von *Professor Dr. Junker* geleitete Diskussion begann mit einem sehr interessanten Einblick in die gerichtliche Praxis der Sozialkassenverfahren durch einen in diesem Bereich tätigen Richter. Dabei wurde unter anderem betont, dass für den Praktiker die Höhe des Mindestbeitrags entscheidend sei und dass der betroffene Personenkreis zu einem erheblichen Anteil aus Langzeitarbeitslosen bestehe, welche die Soloselbständigkeit nicht freiwillig gewählt hätten. Im Folgenden wurden Details des Vortrags, wie die Begründung der Arbeitgeberstellung Soloselbständiger, kontrovers analysiert und vertieft. Diese Diskussion endete mit einer Vertiefung des kartellrechtlichen Aspekts der Thematik und der Feststellung, dass es eine rechtspolitische Entscheidung sei, ob Soloselbständige an den Ausbildungskosten beteiligt würden.

IV. Tarifvertragliche Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung



Der Beitrag von *Privatdozent Dr. Daniel Ulber* (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf) beleuchtete abschließend das Thema der tarifvertraglichen Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung, welches immer wieder kontrovers diskutiert werde. Er begann seine Ausführungen mit einem Zitat von Peter Schüren, welches eine treffende Metapher für die bislang in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 9 Nr. 2 AÜG geregelte tarifdispositive Gestaltung des Grundsatzes der Gleichstellung sei: „Der Gesetzgeber als Elefant im Porzellanladen des kollektiven Arbeitsrechts“. Den Begriff „Grundsatz der Gleichstellung“ verwende er in Übereinstimmung mit dem neuen § 8 AÜG. Aus tarifrechtlicher Sicht seien zwei Entwicklungen relevant, welche beide im aktuellen Entwurf der Bundesregierung zum neuen AÜG enthalten seien: die

tarifdispositive Gestaltung des Gleichheitssatzes und die Problematik der Regelung der Arbeitnehmerüberlassung sowohl in Tarifverträgen der Verleiher-, als auch in denen der Entleiherbranche. Die heutige Tagung prägte die Sorge, dass Sozialpartner die Arbeitsbedingungen von nicht bei ihnen organisierten Arbeitnehmern beeinflussen könnten. Nachdem die Leiharbeiter kaum organisiert seien, sei deren Situation eher atypisch. Die Interessenvertretung dieser erfolge dennoch durch Tarifverträge. Diese gestatteten trotz fragiler Legitimation erhebliche Abweichungsbefugnisse der Tarifvertragsparteien.

Zum besseren Verständnis des Entwurfs zur Regelung der Leiharbeit nahm der Referent einen kurzen Rückblick auf dessen Entwicklung vor. Dabei konzentrierte er sich auf den Grundsatz der Gleichstellung und die Höchstüberlassungsdauer. Diese seien durch das Änderungsvorhaben zum AÜG zentral betroffen. Tarifverträge seien für die Arbeitnehmerüberlassung bis zur gesetzlichen Änderung 2003 relativ unbedeutend gewesen. Der 5. Senat des BAG habe sich bereits 2004 mit der Frage befasst, ob Tarifverträge wegen des enormen Entgeltgefälles zu den entgeltlich vergleichbaren Stammarbeitnehmern sittenwidrig waren. Mit dieser Entscheidung wurde die Arbeitnehmerüberlassung als eigene Branche anerkannt. Dies habe zur Folge, dass der Kon-

trollmaßstab nicht das Entgeltgefälle zu dem jeweiligen Einsatzbetrieb sei, sondern die dort geltenden Tarifverträge an sich selbst zu messen seien. Weiter habe dies dem Gesetzgeber die Möglichkeit der Anknüpfung für tarifgestützte Mindestlöhne eröffnet. Darauf wolle er in diesem Rahmen nicht weiter eingehen. Man könnte sich fragen, ob eine Branche mit so vielen Tarifverträgen noch einen Mindestlohn benötige. Nachdem in Deutschland der Mindestlohn nie zur Anwendung kommen sollte, schließe sich das nicht aus. Bei Verstoß gegen den Mindestlohn gelte so auch nicht dieser, sondern equal pay. Weitere Bewegung habe die Leiharbeitsrichtlinie gebracht. Der deutsche Gesetzgeber habe auf eine konkretisierende Umsetzung verzichtet und die Bestimmungen in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG übernommen. Dies hatte zur Folge, dass auch den Tarifvertragsparteien unklar war, ob das Merkmal arbeitsplatzbezogen oder arbeitnehmerbezogen auszulegen sei. Letztlich sei die Tariflandschaft noch durch eine weitere Entwicklung komplexer geworden: trotz der tarifvertraglichen Regelungen der Verleiher, treten zunehmend auch die Entleiher in Erscheinung. Seit Abschluss des Koalitionsvertrags sei klar gewesen, dass das AÜG Gegenstand gesetzgeberischer Aktivitäten werden würde. Ergebnis einer breiten rechtspolitischen Debatte sei der nun vorliegende Regierungsentwurf: Die Leiharbeit werde danach vor allem durch eine Höchstüberlassungsdauer und einer Änderung des Gebots der Gleichstellung neugestaltet. In diesem Zusammenhang sei auch die Außenseiterproblematik in Erscheinung getreten, da der Gesetzgeber ursprünglich bestimmte Abweichungen nur tarifgebundenen Arbeitnehmern gestatten wollte. Dieser Weg sei aber im Regierungsentwurf weitgehend, wenn nicht vollständig, aufgegeben worden.

Vor diesem Hintergrund werde man bei der Suche nach Ordnung und Unordnung der Leiharbeit zunächst auf tatsächlicher Ebene fündig. Eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch den Tarifvertrag sehe etwa Richardi als Zweckverfehlung des Tarifvertrags an. Organisationspolitische Interessen und die Tatsache, dass man gegen Leiharbeit so lange nichts einzuwenden habe, als sie keinen negativen Einfluss auf die Stammbesellschaft ausübe, begründeten solche Tarifabschlüsse. Durch diese Tarifverträge würde das Lohnniveau der Leiharbeiter derzeit dauerhaft unter das gesetzliche Niveau gesenkt. Ergänzend zielten manche Tarifverträge auf eine Besserstellung der Leiharbeiter bei längeren Einsatzzeiten ab. Da es in diesen Fällen immer weniger um eine unproblematische Überbrückung von Produktionsspitzen und immer mehr um eine Substitution der Stammbesellschaft gehe. So könne mittels der Arbeitnehmerüberlassung etwa eine zweite Produktionslinie eingeführt werden, die zu günstigerer Produktion beitrage. Die Tarifautonomie der Leiharbeit weise so nach wie vor Funktionsdefizite auf. Ihre Interessen werden wegen vorrangiger anderer Interessen nicht, bzw. nicht uneingeschränkt verfolgt.

Es stelle sich daher die Frage ob nicht weniger Schutz durch den Tarifvertrag stattfindet, als nicht viel mehr Schutz vor dem Tarifvertrag erforderlich wäre. Dies werfe eine sehr alte Frage nach den Reaktionsmöglichkeiten auf Basis tarifimmanenter Schranken des tarifdispositiven Gesetzesrechts auf. Der Gedanke finde sich verbreitet im Schrifttum. Es sei letztlich eine Auslegungsfrage, welche Reichweite eine Tariföffnungsklausel habe. Dabei dürfe aber das gesetzgeberische Leitbild des Vergleichs von Entgelt nicht aufgegeben werden. Es bestehe eine Verpflichtung zum Gesamtschutz der Arbeitnehmer. Nachdem die bisherige Regelung des AÜG nur schwer justizierbar sei, teile er den Vorwurf der Einschränkung der Tarifautonomie durch den neuen Weg nicht. Es sei nämlich Aufgabe des Gesetzgebers Unklarheiten über die Reichweite von Abweichungsbefugnissen zu beheben. Vor diesem Hintergrund werde verständlich, warum

sich der Gesetzgeber zu einer grundlegenden Neugestaltung der Tariföffnungsklausel entschieden habe, welche nur ein zeitweises Abweichen von dem Grundsatz der Gleichstellung zulasse. Damit kompensiere er die Defizite der Tarifautonomie.

Es folgte eine Bestandsaufnahme vorhandener tarifvertraglicher Regulierungen sowohl auf Verleiher-, als auch auf Entleiherseite. Bei beiden zeigten sich Abgrenzungs- und Auslegungsschwierigkeiten. Man müsse vorsichtig sein, Bestehendes nicht als einzig Zulässiges anzusehen. Abschließend ging der Referent auf die Auswirkungen des Regierungsentwurfs vom 1.6. 2016 auf das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ein. Dieser werde oft als weitere gesetzliche Regulierung der Leiharbeit verstanden. Aus Sicht der Leiharbeitnehmer würde er es dagegen eher als deregulierende Regulierung bezeichnen.

Nach Art. 1 Abs. 1 b erfolge der Einsatz von Arbeitnehmern nur vorübergehend. Es stelle sich die Frage, wo diese Grenze zu ziehen sei. In Betracht kämen hierbei etwa 18 Monate. Der Referent zweifelt daran, dass eine arbeitnehmerbezogene Höchstgrenze mit der Richtlinie vereinbar sei. Der Gesetzgeber hätte zumindest eine Höchstgrenze für den Begriff „vorübergehend“ regeln müssen. Dem Entwurf fehle hier das Problembewusstsein.

Die Modifikation des Gleichstellungsgrundsatzes (§ 8) durch Tarifvertrag wurde ebenfalls erläutert. § 8 Abs. 2 werde weiter eine Abweichung vom Tarifvertrag zulassen; neu sei jedoch die zeitliche Befristung der Abweichung hinsichtlich des Arbeitsentgelts. Das bestehende System der Branchenzuschlagstarifverträge solle mit dieser Regelung weitergeführt werden. Zeitlich gestaffelt müsse jedoch eine Angleichung des Entgelts erfolgen.

Das Fazit des Referenten war, dass die tarifdispositive Gestaltung des AÜG äußerst problematisch sei. Sei der Gesetzgeber der Auffassung, dass tariflose Zonen reguliert werden müssten, sei das Mittel das Gesetz. Weiterhin ärgerlich sei, dass auch die Neufassung des AÜG den Rechtsrahmen nicht bestimmen werde, obwohl dies leicht möglich gewesen wäre. Er sei der Meinung, dass es besser gewesen wäre, wenn der Gesetzgeber von Anfang an die Verantwortung für das Entgeltgefälle zwischen Stammarbeitnehmern und Leiharbeitnehmern übernommen hätte.

Auch die abschließende Diskussion dieser Tagung wurde von *Professor Dr. Junker* geleitet. Die Ansicht des Referenten wurde von zahlreichen Rednern in weiten Bereichen nicht geteilt. Daher wurde gegen Ende nochmals sehr kontrovers diskutiert. Unter anderem wurde etwa die Regulierung der Höchstüberlassungsdauer des Entwurfs entgegen den Ausführungen des Referenten als gegen die positive Koalitionsfreiheit der Tarifvertragsparteien und Art. 3 GG verstoßend angesehen. Auch die neue Tariföffnungsklausel für Außenseiter in § 1 Abs. 1 b S. 6 wurde angegriffen. Für fraglich erachtet wurde auch, ob die Fremdherrschaft des Entleiherbereiches über den Verleiherbereich tatsächlich mit dem Argument des Referenten gerechtfertigt werden könne, dass im Entleiherbereich eine weniger fragile Lage der Tarifautonomie bestehe. Die Diskussion schloss mit Ausführungen zu der Leiharbeitsrichtlinie, sowie dem systematischen Argument, dass das AÜG und das TVG auf einer Ebene stünden und die getroffenen Abweichungen somit durch den falschen Gesetzgeber erfolgt seien.

Felisa Frey, wissenschaftliche Mitarbeiterin am ZAAR

Im Rahmen der ZAAR Schriftenreihe erscheint demnächst ein Tagungsband, der diese Veranstaltung dokumentiert.