

## **Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts**

---

## **ZAAR Schriftenreihe**

Herausgegeben von  
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 42

---

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble  
(Herausgeber)

## **Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts**

8. ZAAR-Tagung  
Hamburg, 2. September 2016



ZAAR Verlag München 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2017 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht  
Destouchesstraße 68 | 80796 München  
[www.zaar.uni-muenchen.de](http://www.zaar.uni-muenchen.de) | [info@kaar.uni-muenchen.de](mailto:info@kaar.uni-muenchen.de)

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH  
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847  
ISBN 978-3-939671-37-4

## Vorwort

Das Tarifvertragsrecht kommt nicht zur Ruhe. Während die Tarifeinheit in den letzten Jahren intensiv (aus-) diskutiert wurde, haben Gesetzgeber und Rechtsprechung an deren 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 nichtorganisierte 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.

Wir möchten Sie einladen, diese Fragen mit uns zu diskutieren

München, September 2016

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Matthias Jacobs

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble



---

<b>Inhalt</b>	<b>Seite</b>
Vorwort .....	5
Inhalt .....	7
Autoren .....	9
Abkürzungen .....	11
 <i>Oliver Ricken</i>	
Stichtagsregelungen in Sanierungstarifverträgen – Belastungen für Außenseiter .....	15
Diskussion .....	41
 <i>Martina Benecke</i>	
Regulierung der OT-Mitgliedschaft – Schutz des Tarifvertrags vor Fremdbestimmung? .....	45
Diskussion .....	62
 <i>Volker Rieble</i>	
Ausbildungsplatzabgabe von Solo-Selbständigen – personelle Grenzen der Tarifzuständigkeit .....	65
Diskussion .....	85
 <i>Daniel Ulber</i>	
Tarifvertragliche Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung .....	87
Diskussion .....	116
 Sachregister .....	 119



**Autoren**

*Benecke, Martina*, Dr. iur., ordentliche Professorin für Bürgerliches Recht, Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Universität Augsburg

*Ricken, Oliver*, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht, Universität Bielefeld

*Rieble, Volker*, Dr. iur., ordentlicher Professor für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, Ludwig-Maximilians-Universität München und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München

*Ulber, Daniel*, Dr. iur., Privatdozent am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Universität zu Köln



**Abkürzungen**

a.A. ....	anderer Ansicht	BAP.....	Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister
Abs. ....	Absatz, Absätze	BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BBiG .....	Berufsbildungsgesetz
a.F. ....	alte Fassung	Bd. ....	Band, Bände
AG .....	Allgemeine Geschäftsbedingungen	BDE .....	Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft
AP.....	Arbeitsrechtliche Praxis	BeckOK ArbR.	Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht
ArbG.....	Arbeitsgericht	BeckRS .....	Beck-Rechtsprechung
ArbGG .....	Arbeitsgerichtsgesetz	BetrVG.....	Betriebsverfassungsgesetz
Art. ....	Artikel	BGB .....	Bürgerliches Gesetzbuch
AuA.....	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)	BGBI. ....	Bundesgesetzblatt
AÜG.....	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	BMAS .....	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
AÜG-G.....	Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze	BR-Drucks. ....	Bundesrats-Drucksache
Aufl. ....	Auflage	BT-Drucks. ....	Bundestags-Drucksache
AuR .....	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	BVerfG.....	Bundesverfassungsgericht
AWO.....	Arbeiterwohlfahrt	BVerfGE .....	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BAG .....	Bundesarbeitsgericht	BZA.....	Bundesverband Zeitarbeit-Personaldienstleistungen
BAGE.....	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts	bzw. ....	beziehungsweise
BAnZ AT.....	Bundesanzeiger Amtlicher Teil	ca. ....	circa

CGZP .....	Tarifgemeinschaft Christlicher Ge- werkschaften für Zeitarbeit und PersonalService- Agenturen	GRCh.....	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
DB .....	Der Betrieb (Zeit- schrift)	GS .....	Großer Senat
ders. ....	derselbe	GWB.....	Gesetz gegen Wettbewerbsbe- schränkungen
DGB .....	Deutscher Ge- werkschaftsbund	HandwO.....	Handwerksord- nung
DHV .....	Deutscher Han- dels- und Indus- trieangestellten- Verband	Hrsg. ....	Herausgeber
DIW .....	Deutsches Insti- tut für Wirt- schaftsforschung	HSI.....	Hugo Sinzheimer Institut
EMRK .....	Europäische Menschenrechts- konvention	HWO .....	Gesetz zur Ord- nung des Hand- werks
EU .....	Europäische Union	IAB.....	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsfor- schung
EuGH .....	Europäischer Ge- richtshof	i.d.F.....	in der Fassung
EuZA .....	Europäische Zeit- schrift für Arbeitsrecht	IG BAU.....	Industriegewerk- schaft Bauen Agrar Umwelt
EuZW .....	Europäische Zeit- schrift für Wirt- schaftsrecht	IG Metall.....	Industriegewerk- schaft Metall
e.V.....	eingetragener Verein	IGZ.....	Interessenver- band Deutscher Zeitarbeitsunter- nehmen
EzA.....	Entscheidungs- sammlung zum Arbeitsrecht	IHK .....	Industrie- und Handelskammer
f., ff. ....	folgende	i.S.....	im Sinne
Fn.....	Fußnote, Fußno- ten	i.S.v. ....	im Sinne von
gem. ....	gemäß	jM.....	juris Die Monats- schrift
GG.....	Grundgesetz	jurisPR-ArbR .	juris PraxisReport Arbeitsrecht
GmbH .....	Gesellschaft mit beschränkter Haf- tung	KJ.....	Kritische Justiz (Zeitschrift)
		LAG.....	Landesarbeitsge- richt

LAGE.....	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte	TVG.....	Tarifvertragsgesetz
lit. ....	littera	u.a.....	und andere, unter anderem
NachwG.....	Nachweisgesetz	usw. ....	und so weiter
NJW.....	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)	ver.di.....	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
Nr. ....	Nummer, Nummern	vgl.....	vergleiche
NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	VO.....	Verordnung
NZA-RR.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht	VTV.....	Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe
OT.....	ohne Tarifbindung	ZAAR.....	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
RdA.....	Recht der Arbeit (Zeitschrift)	z.B. ....	zum Beispiel
Rn. ....	Randnummer, Randnummern	ZfA.....	Zeitschrift für Arbeitsrecht
s., S. ....	siehe, Seite, Seiten	Ziff.....	Ziffer, Ziffern
SAE.....	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)	ZTR.....	Zeitschrift für Tarifrecht
SeeArbG.....	Seearbeitsgesetz	ZWeR.....	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
SGB.....	Sozialgesetzbuch		
Slg.....	Sammlung		
sog. ....	sogenannte, sogenannte, sogenannten		
Soka.....	Sozialkasse		
SozF.....	Sozialer Fortschritt (Zeitschrift)		
StGB.....	Strafgesetzbuch		
T-Mitglieder ...	Mitglieder mit Tarifbindung		
TV.....	Tarifvertrag		



---

# Stichtagsregelungen in Sanierungstarifverträgen – Belastungen für Außenseiter

Oliver Ricken

Seite

I. Differenzierungsklausel und Stichtagsklausel.....	16
II. Rechtsprechung .....	18
1. Der Fall Nokia Networks .....	18
2. Die Entscheidung der Gerichte .....	19
III. Rechtliche Bewertung von Stichtagsklauseln .....	21
1. Distanzierung von der Diskussion über die Differenzierungsklauseln.....	21
2. Wirksamkeit von Stichtagsregelungen .....	23
a) Das Gleichbehandlungsgebot .....	24
b) Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit .....	26
c) Verstoß gegen die positive Koalitionsfreiheit .....	29
d) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz.....	30
e) Betriebsverfassungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz.....	30
f) Verstoß gegen Wertungen des TVG.....	31
aa) § 3 TVG.....	32
bb) Der Tarifvertrag als Ersatz für die Individualvereinbarung .....	32
cc) Der Tarifvertrag als Ersatz für gesetzliche Regelungen .....	32
3. Zwischenergebnis .....	35
IV. Betriebsverfassungsrechtliche Komponente .....	36
V. Stichtagsklauseln bei Sonderkündigungsschutz.....	37
VI. Resümee.....	39
Diskussion .....	41

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts* (München 2017), S. 15-40

Trotz rückläufigen Organisationsgraden<sup>1</sup> in den Betrieben ist die Bedeutung des Tarifvertrags für die Regelung von Arbeitsbedingungen immer noch sehr hoch.<sup>2</sup> Dies mag daran liegen, dass viele Unternehmen sich bei der Regelung ihrer Arbeitsbedingungen an den Tarifbedingungen orientieren und dieses rechtlich etwa über Bezugnahmeklauseln lösen. Insofern hat es sich mehr oder weniger eingebürgert, dass auch nichtorganisierte Arbeitnehmer darauf vertrauen, nach einem Tarifvertrag behandelt zu werden. Umso größer ist die Empörung, wenn Tarifvertragspartner in den Tarifverträgen Differenzierungen vornehmen, so dass nur Arbeitnehmer, die zu einem bestimmten Zeitpunkt Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft waren, in den Genuss der jeweiligen tariflichen Leistungen kommen. Dies gilt umso mehr, wenn es um solche tarifliche Leistungen geht, die in einem Sanierungsfall dem entsprechen, was man normalerweise in einem Sozialplan findet. Hier wirkt sich dann das Vorenthalten solcher tariflicher Leistungen wie Abfindungen und Überbrückungsgelder besonders belastend aus.

### **I. Differenzierungsklausel und Stichtagsklausel**

Das tarifrechtliche Instrument, um Außenseitern den Zugang zu tariflichen Leistungen, zu erschweren, sind Differenzierungsklauseln oder Stichtagsklauseln. Differenzierungsklauseln sind bekanntlich so ausgestaltet, dass sie als Anspruchsvoraussetzung für die jeweilige tarifliche Leistung die Zugehörigkeit zu der tarifschließenden Gewerkschaft fordern. Dies sind die sogenannten einfachen Differenzierungsklauseln, die es dem Außenseiter aber ermöglichen, arbeitsvertraglich zu vereinbaren, dass er Leistungen erhält, als ob er Gewerkschaftsmitglied wäre.

Da die einfachen Differenzierungsklauseln die Privatautonomie des Außenseiters unangetastet lassen, hat der 4. Senat des BAG derartige einfache Differenzierungsklauseln grundsätzlich als zulässig angesehen.<sup>3</sup> Allerdings sind diese nicht grenzenlos zulässig, sondern ihre Zulässigkeit hängt von den jeweiligen besonderen Einzelumständen ab. Entscheidend ist, ob durch die einfachen Differenzierungsklauseln ein unzulässiger Druck zum Gewerkschaftsbeitritt für den Außenseiter erzeugt wird, was wiederum von der Art und Höhe der Differenzierungen abhängig ist.<sup>4</sup> So-

---

1 Hierzu aktuell: *Hellmich*, Drei im Plus, Gewerkschaftsspiegel, Nr. 1/2016, S. 1; grundlegend: *Jirjahn*, Der Beitrag der Arbeitsmarktökonomik zur Erforschung von Gewerkschaften und Tarifvertragsbeziehungen in Deutschland, Industrielle Beziehungen 2013, 367, 370.

2 Beispielhaft für Bayern: Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e.V. (Hrsg.), Position – Tarifbindung in Bayern, Stand: Oktober 2014, S. 1.

3 BAG 18.3. 2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028.

4 *Bepler*, Probleme um den Sanierungstarifvertrag, AuR 2010, 234, 241.

weit bisher Rechtsprechung hierzu vorliegt, lässt sich aus ihr aber kein allgemeiner Maßstab entwickeln, wann von einem unzulässigen Druck auszugehen ist, wobei in jüngeren Entscheidungen des BAG wohl eher die Tendenz verfolgt wird, dass bei einfachen Differenzierungsklauseln allenfalls in besonderen Ausnahmefällen von einem unzulässigen Druck zum Gewerkschaftsbeitritt auszugehen ist.<sup>5</sup> Dagegen werden qualifizierte Differenzierungsklauseln in Form einer Tarifausschluss- oder Spannenklausel von der ganz herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum für unzulässig angesehen.<sup>6</sup> Spannenklauseln sind dadurch gekennzeichnet, dass sie für den Fall einer Leistung des Arbeitgebers an nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer mit dem Ziel, das Leistungsniveau für diese Arbeitnehmer auf das Tarifniveau anzuheben, das Entstehen eines entsprechend erhöhten Anspruchs für die Gewerkschaftsmitglieder vorsehen.<sup>7</sup> Damit machen Spannenklauseln den tariflichen Anspruch von einer anderweitigen individualvertraglichen Vereinbarung abhängig, was als Überschreitung der Tarifmacht eingeordnet wird.<sup>8</sup> Ebenso als Über-

- 
- 5 BAG 18.3. 2009 – 4 AZR 64/08 (Fn. 3); BAG 22.9. 2010 – 4 AZR 117/09, BeckRS 2011, 69265; insoweit wohl auch: *Moll*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2. Aufl. 2016, Teil 12, Rn. 46d, *Siegfanz-Strauß*, „Boni“ für Gewerkschaftsmitglieder – Feste Grundsätze statt Einzelfalljudikatur, RdA 2015, 266, 268.
- 6 BAG 23.3. 2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920; *Franzen*, Vorteilsregelungen für Gewerkschaftsmitglieder, RdA 2006, 1, 5 f.; *Jacobs*, Die tarifliche Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Festschrift Bauer, 2010, S. 479, 490 f.; *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 1885; *Lunk/Leder/Seidler*, Die tarifvertragliche und schuldrechtliche Besserstellung von Gewerkschaftsmitgliedern, RdA 2015, 399, 402; *Richardi*, Kollektivgewalt, 1968, S. 203 ff.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1687 ff.; *Wiedemann*, Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 290; anderer Ansicht bei maßvollen und transparenten Differenzierungen: *Däubler*, Tarifliche Leistungen nur für Gewerkschaftsmitglieder?, BB 2002, 1643 ff.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 355 ff.; *Leventis*, Tarifliche Differenzierungsklauseln nach dem Grundgesetz und dem Tarifvertragsgesetz, 1974, S. 111 f.; *Mengel/Burg*, in: Thüsing/Braun (Hrsg.), *Tarifrecht*, 2. Aufl. 2016, S. 322 ff.; *Zachert*, Renaissance der tariflichen Differenzierungsklausel?, DB 1995, 322 ff.
- 7 BAG 29.11. 1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175; *Franzen*, RdA 2006, 1, 2 f.; *Jacobs*, Festschrift Bauer, 2010, S. 479, 484.
- 8 BAG 23.3. 2011 – 4 AZR 366/09 (Fn. 6) unter Berufung auf: *Franzen*, RdA 2006, 1, 6; *Bauer/Arnold*, Tarifliche Differenzierungsklauseln – Gewerkschaften auf Abwegen!, NZA 2005, 1209, 1211; *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 1 Rn. 819 f.; *Hartmann/Lobinger*, Die Arbeits- und Wettbewerbsfreiheit als Grenze tarifvertraglicher Vorteilsregelungen, NZA 2010, 421, 424 ff.; *Arnold*, Differenzierungsklauseln – Legitimatorisch betrachtet, Festschrift Picker, 2010, S. 873, 885; *Jacobs*, Festschrift Bauer, 2010, S. 479, 490 ff.

schreitung der Tarifmacht und Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit sind Tarifausschlussklauseln anzusehen, die dem Arbeitgeber unterzagen, die Leistung an nicht und anders Organisierte zu zahlen.<sup>9</sup>

Kennzeichen sowohl der einfachen als auch der besonderen Differenzierungsklausel ist in Bezug auf die Anspruchsberechtigung bei tarifvertraglichen Ansprüchen die Bildung von zwei Gruppen, nämlich der Organisierten und der Nichtorganisierten. Diese klare Differenzierung zwischen zwei Gruppen von Arbeitnehmern ist bei den hier interessierenden Stichtagsregelungen anders gelagert. Bei einer tariflichen Stichtagsregelung wird die tarifliche Leistung von der Gewerkschaftszugehörigkeit zu einem bestimmten, in der Regel vor dem Zeitpunkt des Tarifvertragsabschlusses liegenden Stichtag abhängig gemacht. Es lassen sich dann drei Gruppen identifizieren, nämlich die organisierten Arbeitnehmer, die vor dem Stichtag Gewerkschaftsmitglied waren und damit anspruchsberechtigt sind, die organisierten Arbeitnehmer, die nach dem Stichtag Gewerkschaftsmitglied geworden sind, und die nichtorganisierten Arbeitnehmer. Die besondere Brisanz der Stichtagsklausel resultiert daraus, dass die von der Stichtagsklausel ausgeschlossenen Arbeitnehmer keine Möglichkeit besitzen, durch Gewerkschaftsbeitritt die Anspruchsvoraussetzungen für die bisher ihnen vorenthaltenen Leistungen herzustellen, da in Bezug auf den Stichtag die Anspruchsvoraussetzungen an einen Zustand in der Vergangenheit anknüpfen. Insofern geht von Stichtagsklauseln keine Werbung für einen Gewerkschaftsbeitritt aus, sondern hier wird teilweise die Stichtagsklausel als Sanktion für mangelnde Organisation in der Vergangenheit begriffen.<sup>10</sup>

## II. Rechtsprechung

### 1. Der Fall Nokia Networks

Spätestens seit dem 15.4. 2015 liegt ein klares Votum des Tarifenats des BAG vor, der grundsätzlich Stichtagsklauseln erlaubt.<sup>11</sup> Grundlage war ein Sanierungsfall bei Nokia Solutions and Networks (NSN) in München. Anlässlich einer drohenden Betriebsschließung hatte die Arbeitgeberin zusammen mit dem bei ihr bestehenden Betriebsrat und der zuständigen IG Metall ein Maßnahmenpaket ausgehandelt, mit dem die vollständige Be-

---

9 *Bauer/Arnold*, Rote Karte für qualifizierte Differenzierungsklauseln, NZA 2011, 945, 948 f.; *Deinert*, Negative Koalitionsfreiheit, RdA 2014, 129, 130; *Jacobs*, Festschrift Bauer, 2010, S. 479, 483 f.; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 92 ff., 159; *Treber*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 201 Rn. 22-26; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, 2016, S. 46, 68.

10 *Moll*, in: Henssler/Moll/Bepler (Fn. 5), Teil 12 Rn. 47c.

11 BAG 15.4. 2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388.

triebsschließung verhindert werden sollte. In diesem Zusammenhang schloss die Arbeitgeberin mit der IG Metall einen Transfer- und Sozialtarifvertrag, der die Überführung erheblicher Teile der Belegschaft in eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit gemäß § 216b SGB III a.F. vorsah. Der Übertritt in die Transfergesellschaft sollte durch einen dreiseitigen Vertrag erfolgen, in dem auch die monatliche Vergütung und der Anspruch auf Abfindung festgehalten werden. Im Transfer- und Sozialtarifvertrag war u.a. bestimmt, dass die Beschäftigten innerhalb der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit unter Anrechnung der Zahlungen der Agentur für Arbeit ein Monatsentgelt von monatlich 70 % ihres Bruttomonatseinkommens erhalten. Für langgediente Beschäftigte war darüber hinaus ein Abfindungsbetrag in Höhe von einem Jahresgehalt bei einer Höchstgrenze von 110.000 € vorgesehen. Der Arbeitgeber und der Betriebsrat vereinbarten darüber hinaus, dass die Regelungen im Transfer- und Sozialtarifvertrag als Ausgleichsmaßnahmen im Sinne des § 112 BetrVG anerkannt werden. Ursache für die Rechtsstreitigkeiten war ein weiterer Tarifvertrag (Ergänzungstransfer- und Sozialtarifvertrag), in dem die Tarifvertragsparteien des oben genannten Transfer- und Sozialtarifvertrags Sonderregelungen für Beschäftigte vorsahen, die bis einschließlich 23.3.2012 12.00 Uhr Mitglied der IG Metall geworden sind. Dieser weitere Tarifvertrag sah für diese Beschäftigten eine Vergütung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit von monatlich 80 % des Bruttoeinkommens vor. Darüber hinaus war für Arbeitnehmer, die unter den Geltungsbereich des Ergänzungstransfer- und Sozialtarifvertrags fallen, eine um 10.000 € erhöhte Abfindung vorgesehen. Die Frage, die sich daraus ergab, war die, ob Tarifvertragsparteien befugt sind, Regelungen zu treffen, die davon abhängig sind, ob der jeweilige Arbeitnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt Mitglied in der tarifschließenden Gewerkschaft war.

## 2. Die Entscheidung der Gerichte

Der Fall Nokia Networks hat eine ganze Reihe von Klageverfahren ausgelöst und noch in der zweiten Instanz höchst unterschiedliche Entscheidungen hervorgebracht. Während die 10. Kammer des LAG München<sup>12</sup> durch die tarifvertragliche Stichtagsklausel und den mit ihr verbundenen Anspruchsausschluss einen Verstoß sowohl gegen die positive Koalitionsfreiheit in Bezug auf die nach dem Stichtag in die Gewerkschaft eintretenden Arbeitnehmer als auch einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter sah, es jedoch ablehnte, aufgrund eines solchen Verstoßes eine Anpassung nach oben vorzunehmen, haben eine ganze

---

12 LAG München 28.8.2013 – 10 Sa 135/13, juris.

Reihe von anderen Kammern des LAG München<sup>13</sup> die tarifvertragliche Stichtagsregelung für wirksam erachtet. In anderen Verfahren, die nicht den Komplex Nokia Networks betrafen, lassen sich ebenfalls höchst unterschiedliche Auffassungen zur Wirksamkeit von tariflichen Stichtagsregelungen finden.<sup>14</sup>

Die nun vorliegenden Entscheidungen des BAG vom 15.4. 2015<sup>15</sup> bzw. vom 27.1. 2016<sup>16</sup> beschränken sich auf die Frage, ob Arbeitnehmer, die nicht unter den persönlichen Anwendungsbereich des Ergänzungstransfer- und Sozialtarifvertrags fallen, Ansprüche aufgrund einer individualarbeitsrechtlichen Vereinbarung geltend machen können, die bestimmt, dass Arbeitnehmer, die unter den Geltungsbereich des Ergänzungstransfer- und Sozialtarifvertrags fallen, einen Anspruch auf eine höhere Vergütung bzw. eine höhere Abfindungssumme haben. So formuliert erscheint die Frage geradezu abwegig. Sie wird nur dann diskussionswürdig, wenn man erwägt, dass die Beschränkung eines tariflichen Anspruchs auf solche Arbeitnehmer, die zu einem bestimmten Zeitpunkt Mitglied einer Gewerkschaft sind, sich als nichtig erweist. In diesem Fall wären ohne weiteres die tarifgebundenen Arbeitnehmer unabhängig vom Datum ihres Eintritts in die Gewerkschaft anspruchsberechtigt gewesen, um Leistungen auch nach dem Ergänzungstarifvertrag zu fordern. Aber auch für die Außenseiter wären höhere Ansprüche nach dem Ergänzungstarifvertrag in Betracht gekommen, wenn man die Inbezugnahme in den dreiseitigen Verträgen so interpretiert hätte, dass diese sich nicht auf die dann nichtige Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs, also die Stichtagsklausel, bezieht.

Das BAG hat sich zur Wirksamkeit und Interpretation der Verweisungsklausel nicht geäußert. Angesichts der Deutlichkeit ihrer Formulierung wird man die Differenzierung zwischen den Geltungsbereichen der beiden Tarifverträge nur schwerlich als überraschend oder intransparent ansehen können, so dass es tatsächlich auf die tarifliche Bewertung der Stichtagsklauseln ankam.

---

13 LAG München 25.7. 2013 – 4 Sa 166/13, EzA-SD 2013, Nr 25, 16; LAG München 10.2. 2015 – 9 Sa 658/14, juris.

14 LAG Berlin-Brandenburg 18.8. 2015 – 19 Sa 320/15, NZA-RR 2016, 90; LAG Mecklenburg-Vorpommern 8.9.2010 – 3 Sa 80/09, juris; LAG Hamm 12.6. 2012 – 14 Sa 1275/11, LAGE Art. 9 GG Nr. 18.

15 BAG 15.4. 2015 – 4 AZR 796/13 (Fn. 11).

16 BAG 27.1. 2016 – 4 AZR 830/13, BeckRS 2016, 68726.

### III. Rechtliche Bewertung von Stichtagsklauseln

#### 1. Distanzierung von der Diskussion über die Differenzierungsklauseln

In seinen jüngsten Entscheidungen betont das BAG, dass es sich bei der hier vorliegenden Fallgestaltung um etwas anderes als einfache Differenzierungsklauseln handelt. Bei Stichtagsklauseln wird – anders als bei Differenzierungsklauseln – nicht zwischen Mitgliedern einer Gewerkschaft einerseits und Außenseitern andererseits differenziert, sondern es werde zwischen verschiedenen Gruppen von Mitgliedern einer Gewerkschaft differenziert.<sup>17</sup> Es werden also aus der Sicht des BAG nur zwei Gruppen gebildet, nämlich einmal diejenigen, die vor dem Stichtag Gewerkschaftsmitglied waren und einmal diejenigen, die erst nach dem Stichtag der Gewerkschaft beigetreten sind. Da also die Stichtagsklausel auch organisierte Arbeitnehmer von der Leistung ausschließt, handele es sich, so das BAG, nicht um eine Differenzierungsklausel.

Dabei blendet der 4. Senat aus, dass jede Stichtagsklausel, die auf die Gewerkschaftsmitgliedschaft abstellt, gleichzeitig und notwendigerweise nichtorganisierte Arbeitnehmer ausschließt und damit einer Stichtagsklausel letztlich eine Differenzierungsklausel immanent ist.<sup>18</sup>

Wenn aber damit das Thema der Differenzierungsklauseln angesprochen ist, kann hierbei die Rechtsprechung des Großen Senats des BAG aus dem Jahr 1967 nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben.

Damals hatte der Große Senat etwa formuliert, dass die Rechtsnormen der Tarifwerke für Arbeitsverhältnisse der Außenseiter keine begünstigenden oder belastenden Regelungen treffen können.<sup>19</sup> Letztlich argumentierte der Große Senat mit dem schillernden Begriff der Tarifmacht.<sup>20</sup> Die Tarifmacht reiche nicht soweit, dass im Interesse der Stärkung der Organisation der Gewerkschaften und im Interesse der finanziellen Entlastung der Gewerkschaften und der Organisierten die Außenseiter tarifvertraglich anders zu behandeln sind als die Organisierten.<sup>21</sup> Der Große Senat geht dabei in seiner Entscheidung davon aus, dass von den damals einschlägigen Differenzierungsklauseln ein sozial inadäquater Druck auf das Individualgrundrecht der Koalitionsfreiheit der Außenseiter oder der Anders-

---

17 BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13 (Fn. 11), 1391.

18 Kritisch auch: *Greiner*, „Weil nicht sein kann, was nicht sein darf...“ – die Entscheidung des BAG vom 15.4. 2015 zu tarifvertraglichen Stichtagsklauseln, NZA 2016, 10, 11; *Moll*, in: Henssler/Moll/Bepler (Fn. 5), Rn. 47; *Siegfanz-Strauß*, RdA 2015, 266, 268.

19 BAG 29.11. 1967 – GS 1/67 (Fn. 7), 192.

20 BAG 29.11. 1967 – GS 1/67 (Fn. 7), 218.

21 BAG 29.11. 1967 – GS 1/67 (Fn. 7), 224.

organisierten ausging und es das Gerechtigkeitsempfinden gröblich verletzte, wenn die Gewährung von Urlaub, Urlaubsentgelt und zusätzlichem Urlaubsgeld von Fragen der Organisationszugehörigkeit abhängig gemacht wird. Dies ist letztlich der Grund, warum der Große Senat den Tarifvertragspartnern im Hinblick auf die in dem Fall einschlägigen Differenzierungsklauseln die Tarifmacht abgesprochen hat.<sup>22</sup> Dabei darf nicht verschwiegen werden, dass es sich bei der vom Großen Senat des BAG geprüften tariflichen Abrede um eine Differenzierungsklausel mit einer Spannenklausel handelte, die vorsah, dass organisierte Arbeitnehmer zusätzliche Ansprüche erwerben, sofern ein Arbeitgeber nichtorganisierten Arbeitnehmern Leistungen gewährt, die über dem für Nichtorganisierte geltenden tariflichen Niveau liegen. Damit sah der Tarifvertrag, der der Fallgestaltung des Großen Senats zugrunde lag, eine Sanktion für den Fall vor, dass sich der Arbeitgeber nicht an die tarifvertraglich vorgesehene Differenzierung zwischen organisierten und nichtorganisierten Arbeitnehmern gehalten hat. Dass dies die Unwirksamkeit einer solchen tariflichen Klausel begründet, dürfte auch heute weitgehend unstrittig sein.<sup>23</sup> Hier ist hervorzuheben, dass bei näherer Betrachtung der Große Senat im Jahr 1967 in einem Fall entschieden hat, in dem aus heutiger Sicht eine Differenzierungsklausel mit einer Spannenklausel kombiniert war. Insofern dürfte sich bei heutiger Diktion der Erkenntnisgewinn aus den Entscheidungsgründen des Großen Senats aus dem Jahr 1967 doch eher beschränken.

In seiner aktuellen Entscheidung hat sich der Tarifsensat einer Deutung, inwieweit die Entscheidung des Großen Senats aus dem Jahr 1967 Bedeutung für die Frage von Stichtagsregelungen erlangt, insoweit entzogen, als er feststellte, dass es sich bei der zu entscheidenden Frage um eine andere Rechtsfrage handelt als die, die der Große Senat zu entscheiden hatte, da die vorliegende Klausel zwischen verschiedenen Gruppen von Gewerkschaftsmitgliedern differenziert und nicht zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Nichtorganisierten. Auf der anderen Seite zieht der 4. Senat zur Begründung seiner Rechtsauffassung zur Stichtagsklausel mehrfach seine Entscheidung aus dem Jahr 2009 heran, in der er entschieden hatte, dass einfache Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen zulässig sind.<sup>24</sup> Dies wirkt in gewisser Weise inkonsequent.

Demgegenüber wird im Schrifttum und teilweise auch von der instanzgerichtlichen Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass Stichtagsklauseln letztlich auch die Wirkung von Differenzierungsklauseln haben, da auch Stichtagsklauseln die Mitgliedschaft der tarifschießenden Ge-

---

22 BAG 29.11. 1967 – GS 1/67 (Fn. 7), 226 und 228.

23 Franzen, RdA 2006, 1, 2 f.; Jacobs, Festschrift Bauer, 2010, S. 479, 484.

24 BAG 18.3. 2009 – 4 AZR 64/08 (Fn. 3).

werkschaft zur Anspruchsvoraussetzung machen.<sup>25</sup> Insofern mag man derartige Stichtagsklauseln auch als qualifizierte Differenzierungsklauseln begreifen, die über den Kreis der Nicht- oder Andersorganisierten hinaus auch bestimmte Kreise von Organisierten ausschließen.

Es fragt sich jedoch, inwieweit die Einordnung der hier vorliegenden Stichtagsklausel als Differenzierungsklausel für die Rechtserkenntnis weiterhilft. Schließlich ist daran zu erinnern, dass es keinen rechtlich vorgegebenen Katalog von zulässigen und unzulässigen Klauseln gibt, sondern vielmehr für jede tarifliche Klausel im Einzelfall zu prüfen ist, ob sie den Vorgaben des TVG und des Art. 9 Abs. 3 GG genügt. Insofern scheint es sinnvoll, die Diskussion über die Stichtagsklausel losgelöst von der Frage zu führen, ob es sich hierbei um Differenzierungsklauseln handelt oder nicht. Dies macht letztlich auch das BAG, indem es – vielleicht fragwürdig – die Stichtagsklausel als etwas anderes als die Differenzierungsklausel auslegt.

## 2. Wirksamkeit von Stichtagsregelungen

Im Hinblick auf Stichtagsklauseln in Tarifverträgen lassen sich eine ganze Reihe von Anhaltspunkten finden, die zur Unwirksamkeit solcher Klauseln führen könnten.

Denkbar ist hier

- eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG,
- ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter,
- ein Verstoß gegen die positive Koalitionsfreiheit im Hinblick auf solche Arbeitnehmer, die erst nach dem Stichtag der Koalition beitreten,
- ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz,
- ein Verstoß gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz,
- oder auch ein Verstoß gegen die Wertungen des TVG.

---

<sup>25</sup> *Corzelli*, Differenzierung nach Gewerkschaftszugehörigkeit – oder doch nicht?, ZTR 2016, 188, 189; *Greiner*, NZA 2016, 10, 13; *Greiner*, Stichtagsklauseln als „getarnte“ Differenzierungsklauseln, jM 2016, 66; *Kalb*, Es lebe der kleine Unterschied – Zur Renaissance der tariflichen Differenzierungsklausel, jM 2015, 107, 111 f.; LAG Hamm 12.6. 2012 – 14 Sa 1275/11 (Fn. 14).

### a) Das Gleichbehandlungsgebot

Durch tarifvertragliche Stichtagsregelungen sieht das BAG das Gleichbehandlungsgebot nicht als verletzt an. Der 4. Senat weist in seiner Entscheidung vom 15.4. 2015 entgegen einer teilweise im Schrifttum vertretenen Auffassung darauf hin, dass Tarifvertragsparteien bei der tariflichen Normsetzung nicht unmittelbar an Grundrechte gebunden seien.<sup>26</sup> Er führt aber im gleichen Zusammenhang aus, dass die Arbeitsgerichte verpflichtet seien, solchen Tarifregelungen die Durchsetzung zu verweigern, die etwa Art. 3 Abs. 1 GG verletzen.

Zur Frage, ob die Tarifvertragsparteien unmittelbar an den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG gebunden sind, gibt es eine ganze Reihe von höchst unterschiedlichen Auffassungen.<sup>27</sup> Der Senat scheint nun aber zu Recht davon auszugehen, dass die Schaffung tariflicher Normen dem Privatrecht zuzuordnen ist, so dass eine unmittelbare Grundrechtsrelevanz zu verneinen ist. Die Grundrechte erlangen aber Bedeutung, wenn über das TVG privatrechtlich geschaffene Normen Verbindlichkeit für die Normunterworfenen erlangen sollen.<sup>28</sup> Hier muss – davon scheint der Senat auszugehen – einer Tarifregelung die Durchsetzung als Teil der Rechtsordnung versagt bleiben, wenn dies zu Ungleichheiten und sachwidrigen Differenzierungen führt, die den Gehalt von Art. 3 Abs. 1 GG verletzen.<sup>29</sup> Dieser Hinweis hätte in Bezug auf Außenseiter eigentlich genügt, um zu dem Ergebnis zu kommen, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch tarifvertragliche Stichtagsklauseln in Bezug auf Außenseiter nicht vorliegt. Schließlich wird der Außenseiter nicht durch

26 BAG 15.4. 2015 – 4 AZR 796/13 (Fn. 11), 1392.

27 Eine strenge Bindung der Tarifvertragsparteien an den Gleichheitsgrundsatz für mit der Tarifautonomie unvereinbar haltend: *Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, Festschrift Schaub, 1998, S. 117 ff.; *Söllner*, Grenzen des Tarifvertrags, NZA 1996, 897, 902 f.; *ders.*, Gleichheit und Gleichbehandlung im Arbeitsrecht – Bemerkungen zum „Feuerwehrurteil“ des Bundesarbeitsgerichts, Festschrift Dieterich, 1999, S. 629, 632 ff.; *Zachert*, Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht: alte Fragen – neue Probleme, AuR 2002, 41, 44; vermittelnd: *Franzen*, Herausnahme von Arbeitnehmern aus dem persönlichen Anwendungsbereich eines Tarifvertrags, RdA 2005, 241, 245; *Gamillscheg* (Fn. 6), S. 676; *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 1 Rn. 585; *Schlachter*, Grundrechtsbindung von Tarifnormen, Jahrbuch des Arbeitsrechts 40 (2003), S. 51, 61; *Schlachter*, Gleichheitswidrige Tarifnormen, Festschrift Schaub, 1998, S. 651, 658, die alle eine Bindung an den Gleichheitssatz annehmen, aber bei dessen Anwendung eine Einschätzungsprärogative einräumen.

28 Zur Erforderlichkeit eines normativen Geltungsbefehls bei privater Rechtsetzung: *Ricken*, Autonomie und tarifliche Rechtsetzung, 2006, S. 114 f. mit weiteren Nachweisen.

29 So schon *Franzen*, Unzulässigkeit einer Differenzierungsklausel mit Stichtagsregelung, RdA 2008, 304, 306.

die Rechtsnormwirkung des Tarifvertrags belastet, sondern der Außenseiter erfährt seine Belastung dadurch, dass eine für ihn geltende Bezugnahmeklausel auf eine tarifliche Bestimmung verweist, deren persönliche Voraussetzungen der Außenseiter nicht erfüllt. Es ist also nicht die normative Wirkung des Tarifvertrags, die zu der Belastung führt, sondern der Mechanismus der Bezugnahmeklausel, der den Außenseiter von der höheren Leistung ausnimmt.

Im Hinblick auf Außenseiter kann also von einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG keine Rede sein. Denkbar erscheint dies jedoch im Hinblick auf solche Gewerkschaftsmitglieder, die erst nach dem Stichtag ihre Mitgliedschaft begründet haben. Insofern prüft auch das BAG zu Recht eine Verletzung des Gleichheitssatzes durch die Tarifvertragsparteien.<sup>30</sup> Als Maßstab dient die Frage, ob eine Gruppe von Regelungsadressaten im Vergleich zu anderen unterschiedlich behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Diesen allgemein gültigen Prüfungsmaßstab relativiert dann das BAG, indem es den Tarifvertragsparteien eine Einschätzungsprärogative zuweist, weil die Tarifvertragsparteien selbst Grundrechtsträger der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie seien. Von daher seien die Tarifvertragsparteien nicht verpflichtet, jeweils die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung zu wählen, sondern es genüge, wenn für die gefundene Regelung ein sachlich vertretbarer Grund vorliegt.<sup>31</sup>

Dass überhaupt Stichtagsregelungen in Tarifverträge aufgenommen werden können, dürfte unstrittig sein.<sup>32</sup> Dass aber die Mitgliedschaft in einer tarifschließenden Vereinigung als Anknüpfungspunkt für den Stichtag gewählt wird, ist der entscheidende Eckpunkt. Diese Stichtagsfestsetzung bezogen auf die Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft darf nicht willkürlich sein, sondern es muss für sie einen sachlichen Grund geben. Dieser orientiert sich an dem Zweck der getroffenen Regelung. Der Zweck wird wiederum durch den Regelungsgegenstand des Tarifvertrags vorgegeben. Bei einem Sozialplantarifvertrag geht es darum, wirtschaftliche und soziale Nachteile zu mindern und mit den Leistungen einen Übergangszeitraum bis zu einer anderweitigen Anschlussbeschäftigung

---

30 BAG 15.4. 2015 – 4 AZR 796/13 (Fn. 11), 1392.

31 BAG 15.4. 2015 – 4 AZR 796/13 (Fn. 11), 1392 unter Berufung auf ständige Rechtsprechung; BAG 11.12. 2013 – 10 AZR 736/12, NZA 2014, 669; BAG 30.10. 2008 – 6 AZR 712/07, NZA 2009, 214.

32 BAG 25.6. 2003 – 4 AZR 405/02, NZA 2004, 215; BAG 16.5. 2012 – 10 AZR 256/11, NZA 2013, 112.

oder bis zum Eintritt in den Ruhestand zu überbrücken.<sup>33</sup> Vor diesem Hintergrund leuchtet zunächst nicht ein, wie eine an die Gewerkschaftsmitgliedschaft anknüpfende Stichtagsregelung sich für diesen Zweck sachlich rechtfertigen lässt.<sup>34</sup> Der Tarifsenaat findet die Begründung in dem Umstand, dass durch eine derartige Stichtagsregelung das Gesamtvolumen des Tarifvertrags planbar gemacht werde, da mit einer Stichtagsregelung, die an einen Zeitpunkt vor Abschluss des Tarifvertrags anknüpft, der Kreis der anspruchsberechtigten Personen bestimmt wird und hieraus sich das maximale Volumen des Tarifvertrags ergibt.<sup>35</sup> Der Senaat lehnte es ausdrücklich ab, dass Stichtagsregelungen nur zu rechtfertigen sind, wenn dadurch besondere Belastungen der Personen, die zu einem bestimmten Stichtag Gewerkschaftsmitglied waren, kompensiert werden. Dies ist insoweit konsequent, als man die Überbrückungsfunktion sozialplanähnlicher Tarifwerke in den Vordergrund stellt. Insgesamt aber gesteht der Tarifsenaat den Tarifvertragsparteien für die sachliche Rechtfertigung einer Stichtagsregelung einen weiten Spielraum zu.

Es bleibt also allein die Bestimmbarkeit des Sozialplanvolumens, die als sachliche Rechtfertigung für eine Stichtagsklausel in Betracht kommt. Hier stellt sich aber schon die Frage, ob dieser Gesichtspunkt bei den konkreten Tarifverhandlungen überhaupt eine Rolle gespielt hat. Angesichts der vereinbarten Aufschläge für die Gewerkschaftsmitglieder, die bis zu einem bestimmten Stichtag Gewerkschaftsmitglied waren, erscheint es fraglich, ob im Vorhinein ein bestimmtes Volumen feststand, das es zu verteilen galt. Trotzdem wird man nicht umhin kommen, in der mit der Stichtagsklausel verknüpften Kalkulierbarkeit der Belastungen ein rechtlich anerkanntes Interesse der Tarifvertragsparteien zu sehen, den Kreis der anspruchsberechtigten tarifgebundenen Arbeitnehmer bestimmen zu wollen. Dass diese Kalkulierbarkeit auch auf anderem Wege herzustellen wäre, wird man kaum als Grund ansehen können, um die tarifliche Vereinbarung von Stichtagsklauseln als willkürlich anzusehen.

## **b) Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit**

Neben der Frage der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots ist darüber hinaus ebenfalls fragwürdig, ob die tarifliche Stichtagsregelung unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit als unwirk-

---

33 Allgemein zum Sozialplantarifvertrag: *Bayreuther*, Konsolidierungstarifvertrag und freiwilliger Tarifsozialplan als Regelungsinstrumente in der Unternehmenskrise, NZA 2010, 378; *Bepler*, AuR 2010, 234.

34 So hat Franzen (RdA 2008, 304, 307) schon vor einigen Jahren darauf hingewiesen, dass rein organisationspolitische Gesichtspunkte keine Differenzierung zwischen Tarifgebundenen erlauben.

35 BAG 15.4. 2015 – 4 AZR 796/13 (Fn. 11), 1393.

sam anzusehen ist. Auch dies verneint der Tarifsenaat – meines Erachtens zu Recht.

Hier ist naturgemäß zunächst die Situation der Außenseiter in den Blick zu nehmen, also der Arbeitnehmer, die nicht Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft sind. Durch die Vereinbarung tariflicher Stichtagsklauseln wird aber deren Rechtsposition weder verschlechtert noch verbessert. Die Rechtsnormen des Tarifvertrags finden gerade auf diesen Personenkreis keine Anwendung. Insofern kann die Normwirkung die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer auch nicht beeinträchtigen. An keiner Stelle in der Rechtsordnung findet sich eine Regelung, die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern *per se* einen Anspruch auf Gleichbehandlung gibt. Dies lässt sich auch nicht aus der negativen Koalitionsfreiheit herleiten. Vielmehr weist das BAG zu Recht darauf hin, dass es diesem Personenkreis unbenommen sei, im Wege der Privatautonomie das Ergebnis zu erzielen, das gelten würde, wenn der Arbeitnehmer tarifgebunden wäre.<sup>36</sup> Die Arbeitsvertragsparteien sind keineswegs daran gehindert, eine Bezugnahme Klausel so zu formulieren, dass unabhängig von der persönlichen Anspruchsvoraussetzung der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft die tariflichen Arbeitsbedingungen auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden. Insofern ist letztlich schon kein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter ersichtlich, da die tarifliche Stichtagsklausel als solche nicht auf ihren Rechtskreis einwirkt.<sup>37</sup>

Für Außenseiter ist die Stichtagsklausel auch nicht geeignet, unzulässigen Druck zum Beitritt in die tarifschließende Gewerkschaft hervorzurufen, da der Arbeitnehmer auch bei einem Beitritt von der Leistung, die unter die Stichtagsklausel fällt, ausgeschlossen bleibt, da das Beitrittsdatum nach dem Stichtag liegt.

Dass das Tarifniveau oberhalb eines im Wege der Individualvereinbarung vereinbarten Niveaus liegt, begründet als solches ebenfalls keinen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit. Es war der Verfassungsgeber selbst, der von einem unterschiedlichen Niveau der individualvertraglichen und kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen ausgegangen ist, und gerade deshalb die Koalitionsfreiheit geschaffen hat, also die Möglichkeit, durch Ausübung positiver Koalitionsfreiheit das niedrige Niveau eines Individualvertrags zu verlassen und stattdessen in den Genuss eines Tarifvertrags zu kommen. Wollte man aus der bloßen Existenz einer Besserstel-

---

36 BAG 15.4. 2015 – 4 AZR 796/13 (Fn. 11), 1393.

37 In Bezug auf Differenzierungsklauseln weist auch das BAG darauf hin, dass der von differenzierenden Tarifregelungen ausgehende Anreiz zum Beitritt einer Koalition sich ohne weiteres durch die Gestaltung der Verweisungsklausel gänzlich minimieren lasse (BAG 21.8. 2013 – 4 AZR 861/11, NZA-RR 2014, 201, 204).

lung von Tarifgebundenen gegenüber Nichttarifgebundenen eine Verfassungswidrigkeit ableiten, wäre die Koalitionsfreiheit geradezu obsolet. Schließlich formuliert der Senat in diesem Punkt sehr klar:

„Will ein Arbeitnehmer am Inhalt eines Kollektivvertrags partizipieren, muss er, wenn er in den individuellen Vertragsverhandlungen seine Interessen nicht durchsetzen kann, in die tarifschließende Gewerkschaft eintreten“.<sup>38</sup>

Dies ist die Weichenstellung, die der Grundgesetzgeber bei der Regelung der Koalitionsfreiheit vor Augen hatte, was notwendigerweise zur Folge hat, dass eine Differenzierung zwischen Nichtorganisierten und Organisierten keine Verfassungswidrigkeit der Differenzierung begründet.

Ein anderer Gesichtspunkt könnte allerdings eine Differenzierung zwischen Organisierten untereinander sein. Stichtagsklauseln schließen auch Personenkreise von tariflichen Leistungen aus, obwohl diese Personenkreise tarifgebunden sind. Man könnte erwägen, ob durch die Vorenthaltung bestimmter tariflicher Leistungen aufgrund von Stichtagsklauseln Gewerkschaftsmitglieder abgestraft werden, weil sie zu spät der Koalition beigetreten sind. Von daher stellt sich die Frage, ob tarifgebundene Arbeitnehmer einen Anspruch darauf haben, unabhängig von ihrem Eintrittsdatum in die Gewerkschaft von allen tariflichen Leistungen partizipieren zu dürfen. Damit ist das Problem angesprochen, ob durch die Tarifvertragsparteien die Gewerkschaftsmitgliedschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Anspruchsvoraussetzung gemacht werden darf. Dass die Gewerkschaftsmitgliedschaft und damit die aus ihr für die Arbeitnehmerseite folgende Tarifgebundenheit Anspruchsvoraussetzung sein kann, hat der Gesetzgeber selbst im TVG vorgegeben. Die Frage spitzt sich also darauf zu, ob innerhalb der Gewerkschaftszugehörigkeit noch differenziert werden darf oder ob ein Gewerkschaftsmitglied unabhängig von der Dauer seiner Gewerkschaftszugehörigkeit einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit den übrigen Gewerkschaftsmitgliedern hat.

Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es keine Regelung gibt, die Tarifvertragsparteien untersagt, an die Gewerkschaftsmitgliedschaft als Anspruchsvoraussetzung anzuknüpfen. Darüber hinaus ist nicht jedes Anknüpfen an die zu einem bestimmten Zeitraum bestehende Gewerkschaftsmitgliedschaft als Sanktion für die übrigen Gewerkschaftsmitglieder zu werten, da mit der Anknüpfung auch eine Kompensation vorher erlittener Vermögensopfer verbunden sein kann, wie dies gerade bei Sanie-

---

38 BAG 15.4. 2015 – 4 AZR 796/13 (Fn. 11) unter Bezugnahme auf *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 1, Rn. 1861; ähnlich *Giesen*, Tarifbonus für Gewerkschaftsmitglieder?, NZA 2004, 1317 f.; *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 199; *Lobinger/Hartmann*, Einfache Differenzierungsklauseln als Prüfstein interessengerechter Vertragsauslegung und konsistenter Systembildung, RdA 2010, 235, 239.

nungstarifverträgen möglich erscheint. Außerdem besteht für Gewerkschaftsmitglieder letztlich kein Anspruch auf eine bestimmte inhaltliche Ausgestaltung von Tarifverträgen durch die Gewerkschaft. Das Tarifmodell des TVG basiert schließlich gerade auf einem Unterwerfen unter die tarifliche Gestaltungsmacht der Koalition und weist die Einflussnahme der Koalitionäre auf diese Gestaltung der innerverbandlichen Willensbildung zu. Kennzeichnend für die Tarifbindung, die durch die Gewerkschaftsmitgliedschaft vermittelt wird, ist damit das Unterwerfen unter die fremde Rechtsetzungsmacht.<sup>39</sup> Das bedeutet aber auch, dass das Gewerkschaftsmitglied keinen Anspruch auf ein bestimmtes tarifpolitisches Handeln seiner Gewerkschaft haben kann.

Insofern ist von einer Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragspartner auszugehen, die erst dann die Grenze des Art. 9 Abs. 3 GG überschreitet, wenn sie darauf ausgerichtet ist, ihre eigenen Gewerkschaftsmitglieder zu sanktionieren, weil sie in der Vergangenheit der Gewerkschaft ferngeblieben waren. Man wird aber regelmäßig das Anknüpfen an die Gewerkschaftsmitgliedschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht automatisch als Sanktion für einen zu späten Eintritt in die Gewerkschaft sehen können. Folgerichtig wird man hierin auch keine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit von Gewerkschaftsmitgliedern sehen können.

### c) Verstoß gegen die positive Koalitionsfreiheit

Ebenso wenig lässt sich aber auch das Vorenthalten tariflicher Ansprüche für neue Gewerkschaftsmitglieder als Verstoß gegen deren positive Koalitionsfreiheit deuten. Dies könnte man allenfalls unter dem Aspekt diskutieren, dass ein Gewerkschaftsmitglied Anspruch auf normative Geltung der von seiner Gewerkschaft abgeschlossenen Tarifverträge in voller Breite hat, er also potenziell verlangen kann, dass alle Tarifverträge auf ihn Anwendung finden. Ob Art. 9 Abs. 3 GG überhaupt ein bestimmtes Tarifvertragssystem vorgibt und insbesondere das geltende Tarifvertragssystem als solches so garantiert, dürfte zweifelhaft sein. Unabhängig davon gilt auch hier, dass die Koalitionsfreiheit des Einzelnen keinen Anspruch auf ein bestimmtes tarifliches Regelungsnetz vermittelt, sondern allein einen Anspruch darauf, am Regelungsgehalt von Kollektivverträgen, bei denen die eigene Vereinigung beteiligt war, potenziell zu partizipieren. Insofern steht es den Tarifvertragsparteien frei, den Inhalt von Tarifverträgen auszugestalten. Dies betrifft auch und gerade den persönlichen Anwendungsbereich von Tarifverträgen.

---

39 Löwisch/Rieble (Fn. 6), § 3 Rn. 1; Rieble/Klumpp, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 177 Rn. 1.

#### **d) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz**

Verlässt man die Ebene des Grundgesetzes, so sind gegen Stichtagsklauseln auch einfachgesetzliche Bedenken geäußert worden. So hatte sich der Tarifenat auch mit dem Einwand auseinanderzusetzen, dass Stichtagsklauseln dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechen. Hier hat das BAG auf seine bisherige Rechtsprechung verwiesen, wonach der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zur Anwendung gelangt, wenn Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis unter den Bedingungen eines strukturellen Gleichgewichts vereinbart werden.<sup>40</sup>

Daraus folgt für die tarifgebundenen Arbeitnehmer, die aufgrund der Stichtagsregelung nicht unter den Anwendungsbereich des Ergänzungstarifvertrags fallen, dass diese sich nicht auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen können, da ihre unterschiedliche Behandlung auf einer tarifautonomen Gestaltung beruht. Die Tarifautonomie ist schließlich gerade darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Vergütungen und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.<sup>41</sup> Insoweit fehlt jegliches Bedürfnis dafür, tarifvertragliche Arbeitsbedingungen einer Kontrolle zu unterstellen, die mit der Anwendung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes verbunden wäre.

Dies gilt auch für die Außenseiter, bei denen der Anspruch auf die im Tarifvertrag niedergelegten Leistungen über den dreiseitigen Vertrag vermittelt wird. Dieser dreiseitige Vertrag knüpft unmittelbar an die tariflichen Regelungen an und macht sie individualarbeitsrechtlich zum Inhalt der mit den Außenseitern bestehenden Arbeitsverhältnisse. Die Differenzierung beruht aber letztlich auf einer tarifvertraglichen Weichenstellung, so dass damit ebenfalls von einem strukturellen Gleichgewicht auszugehen ist, mit der Folge, dass die Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes ausscheidet.

#### **e) Betriebsverfassungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz**

Gerade bei Sanierungstarifverträgen, die einen sozialplanähnlichen Inhalt haben und daher vorrangig durch die Betriebsparteien zu vereinbaren sind, liegt der Gedanke nicht fern, den Sozialplantarifvertrag, der an die Stelle eines Standardsozialplans tritt, denselben rechtlichen Anforderun-

---

<sup>40</sup> Vgl. BAG 21.5. 2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115, 119.

<sup>41</sup> BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 zu C I 3 b, aa der Gründe; BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365 zu C I 1 c der Gründe.

gen wie denen des Sozialplans zu unterstellen. Für den Sozialplan gilt der betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz des § 75 BetrVG. Insofern liegt die Erwägung nicht fern, Stichtagsklauseln an § 75 Abs. 1 BetrVG zu messen. Im Rahmen eines Sozialplans wäre die Privilegierung von bestimmten Gewerkschaftsmitgliedern durch Stichtagsklauseln unzulässig. Dies sieht auch der 4. Senat so und verweist insofern auf die Rechtsprechung des 1. Senats.<sup>42</sup>

Gegenständlich ist allerdings eine tarifliche Regelung. Dieser tariflichen Regelung steht nicht entgegen, dass auch die Betriebspartner nach den §§ 111 ff. BetrVG Sozialpläne vereinbaren können. Durch die Vorschriften des BetrVG wird gerade keine Sperrwirkung für die Tarifvertragsparteien begründet.<sup>43</sup> Dies wäre vor dem Hintergrund der Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG auch unzulässig. Insofern ist dem 4. Senat zu folgen, dass sowohl ein Tarifvertrag mit sozialplanähnlichem Inhalt als auch ein für alle Arbeitnehmer des Betriebs unabhängig von ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit geltender Sozialplan nebeneinander bestehen können.

Wenn aber das BetrVG den Tarifvertragspartnern – was letztlich auch verfassungsrechtlich geboten ist – den ihnen kraft Verfassung zustehenden Regelungsspielraum nicht einschränkt, so ist nicht einzusehen, warum die Beschränkungen, die im BetrVG gelten, auch auf den Tarifvertrag zu übertragen sind. Während die betriebsverfassungsrechtliche Rechtsetzung letztlich durch den Gesetzgeber legitimiert ist, erfährt der Tarifvertrag seine Legitimation aufgrund des freiwilligen Beitritts der Rechtsunterworfenen zu den tarifschießenden Organisationen. Insofern besteht letztlich kein Grund, hier eine Synchronisation der rechtlichen Anforderungen beider höchst unterschiedlicher Gestaltungsinstrumentarien herzustellen.

#### **f) Verstoß gegen Wertungen des TVG**

Letztlich bleibt die Frage, ob die Nutzung von Stichtagsregelungen in Tarifverträgen gegen tragende Wertungen des TVG verstößt. Dies ist insbesondere der Ansatz, der den 4. Senat im Jahr 2007 in anderer personeller Besetzung dazu veranlasst hatte, Klauseln, die eine Tarifierhöhung nur für Arbeitnehmer vorsehen, die an einem bestimmten Stichtag Mitglied der zuständigen Gewerkschaft sind und bleiben, für unwirksam zu erachten.<sup>44</sup>

---

42 BAG 12.2. 1985 – 1 AZR 40/84, NZA 1985, 717.

43 *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 16. Aufl. 2016, § 77 BetrVG Rn. 43 ff., § 87 BetrVG Rn. 14 ff.; *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz, 15. Aufl. 2016, § 77 Rn. 244 ff.; § 87 Rn. 150 ff.

44 BAG 9.5. 2007 – 4 AZR 275/06, NZA 2007, 1439; vgl. hierzu auch *Kamanabrou*, Darf's ein bisschen mehr sein? – Zur Wirksamkeit von Tarifausschlussklauseln, Festschrift Kreuz, 2010, S. 197; *Franzen*, RdA 2008, 304; *Kocher*, Differenzierungsklauseln: Neue Orientierungen, NZA 2009, 119.

Damals ging der Senat davon aus, dass durch Stichtagsklauseln den Arbeitnehmern ein wesentlicher Ertrag eines Gewerkschaftsbeitritts vor-enthalten werde und darüber hinaus Stichtagsklauseln die Regelung des § 3 Abs. 3 TVG beeinträchtigen würden.

#### **aa) § 3 TVG**

Zunächst lässt sich aus § 3 TVG keine Beschränkung der Rechtsetzungsmacht von Tarifvertragsparteien ableiten, nur solche Regelungen zu schaffen, die sich potenziell auch auf alle Arbeitnehmer erstrecken können. § 3 TVG betrifft eine Frage der Tarifbindung. Allerdings ist seit Jahrzehnten anerkannt, dass Tarifbindung und persönlicher Geltungsbereich eines Tarifvertrags nicht unbedingt übereinstimmen müssen. Insofern kann die Regelung zur Tarifbindung nicht dahingehend verstanden werden, dass bei bestehender Tarifbindung ein Anspruch auf die jeweilige tarifliche Leistung besteht.

#### **bb) Der Tarifvertrag als Ersatz für die Individualvereinbarung**

Ein Ansatz, der in diesem Zusammenhang diskutiert wurde, ist die Überlegung, ob der Tarifvertrag, soweit er Rechtsnormen über die Begründung, den Inhalt und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses enthält, auf das beschränkt ist, was auch im Wege des Individualvertrags vereinbart werden könnte. Während aber beim Individualarbeitsvertrag von der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmerseite ausgegangen wird und deshalb die Arbeitsvertragsfreiheit – wie sich anhand von § 310 Abs. 4 BGB belegen lässt – eingeschränkt ist, setzt gerade das Modell des Tarifvertrags voraus, dass beide Vertragsparteien strukturell ebenbürtig sind, so dass den erzielten Vereinbarungen eine Richtigkeitsgewähr zugemessen wird.<sup>45</sup> Demzufolge kann gerade nicht davon ausgegangen werden, dass die Tarifvertragspartner denselben rechtlichen Einschränkungen unterliegen wie die Parteien des Individualarbeitsverhältnisses.

#### **cc) Der Tarifvertrag als Ersatz für gesetzliche Regelungen**

Auch ein weiterer Gedanke wird im Zusammenhang mit den tarifvertraglichen Stichtagsklauseln erwogen. Es stellt sich die Frage, ob im Rahmen eines Tarifvertrags nur solche Regelungen geschaffen werden dürften, die auch der Gesetzgeber schaffen könnte. Dahinter steht der Gedanke, dass im Arbeitsrecht letztlich das Tarifvertragssystem an die Stelle eines Gesetzgebers tritt, der sich darauf beschränkt, in politisch opportunen Fällen

---

45 Allgemein zur Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags: *Krämer*, Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags, 2015, S. 73 ff.; kritisch zur Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen mit Differenzierungen nach Gewerkschaftszugehörigkeit: *Greiner*, jM 2016, 66, 69.

Einzelregelungen zu schaffen, der aber weit davon entfernt ist, ein Arbeitsvertragsrecht zur Verfügung zu stellen. Insofern ist hier die sogenannte Ordnungsaufgabe des Tarifvertrags angesprochen. Hierzu hatte der 4. Senat in einer Entscheidung vom 18.3. 2009<sup>46</sup> einige missverständliche Ausführungen gemacht, die der Senat aber im Zusammenhang mit seinen Entscheidungen zur Stichtagsklausel relativierte.

Nach seiner Entscheidung aus dem Jahr 2009 sollen Tarifverträge aufgrund der Rahmenbedingungen bei Vertragsschluss und aufgrund der Sachnähe der Vertragsparteien angemessene und ausgewogene Regelungen für ihren Geltungsbereich enthalten, die geeignet seien, an die Stelle einer staatlichen Regelung über die betreffenden Arbeitsbedingungen zu treten. Dieses folge u.a. daraus, dass gemäß § 310 Abs. 4 BGB die Tarifverträge aus der Inhaltskontrolle herausgenommen wurden und dies auch für Tarifverträge gilt, die kraft Bezugnahme auf Außenseiter Anwendung finden. Dies sei deshalb gerechtfertigt, weil der Tarifvertrag auch über den Kreis der Mitgliederinteressen hinaus eine Angemessenheitsvermutung in sich trage. Darüber hinaus habe der Gesetzgeber im Zusammenhang mit den zahlreichen gesetzlichen Tariföffnungsklauseln zu erkennen gegeben, dass er die von den Tarifvertragsparteien entwickelten Regelungen auch für die Außenseiter, die nicht tarifgebunden sind, als angemessene Regelungen begreift und sie für geeignet hält, anstelle des staatlichen Arbeitsrechts auf die Arbeitsverhältnisse einzuwirken. Nunmehr verweist der Senat auf die nach dem TVG vorgegebene, auf die Mitglieder beschränkte Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien, die dazu führt, dass die Ordnungsfunktion des Tarifvertrags auf den Kreis der Tarifgebundenen beschränkt bleibt. Auch wenn jetzt der Senat die Ausführungen in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2009 nicht mehr als tragend erachtet, sind dies zwei ganz unterschiedliche Deutungsweisen der Funktion des Tarifvertrags.

Insofern stellt sich die Frage, ob eine solche angeblich im einfachen Recht angelegte Ordnungsfunktion des Tarifvertrags, die sich auch auf Außenseiter erstreckt, dazu führen kann, dass dieser Ordnungsfunktion widersprechende Klauseln als unwirksam anzusehen sind. Mit der Frage nach der Ordnungsfunktion verknüpft ist zwar auch die seit Jahrzehnten kontrovers diskutierte Problematik, inwieweit die tarifvertragliche Rechtsetzung sich eher aus der Delegation staatlicher Befugnisse oder aus der kollektiv ausgeübten Privatautonomie rechtfertigen lässt.<sup>47</sup> Während der

---

46 BAG 18.3. 2009 – 4 AZR 64/08 (Fn. 3).

47 Exemplarisch für die Delegationstheorie: *Gamillscheg* (Fn. 6), S. 557 f.; *Wiedemann*, Die Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien, RdA 1997, 297; dagegen für die Autonomietheorie: BAG 21.7. 2004 – 7 AZR 589/03, EzA § 620 BGB 2002 Altersgrenze Nr. 5; BAG 7.6. 2006 – 4 AZR 316/05, NZA 2007, 343; *Bayreuther*, Tarifautonomie als ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 55 ff.;

Rückgriff auf die kollektiv ausgeübte Privatautonomie nur schwer erklären kann, warum die tarifliche Rechtsetzung sich in ihrer Ordnungsfunktion auch auf die nicht Organisierten, die also ihre kollektive Privatautonomie nicht durch Verbände ausüben lassen, erstrecken soll, ist die These der Delegation eher in der Lage zu erklären, dass tarifliche Rechtsetzung auch einen über den Kreis der Organisierten hinausgehenden Auftrag hat. An dieser Stelle soll dieser seit Jahrzehnten geführte Meinungskampf nicht weiter vertieft werden, denn in Bezug auf die Stichtagsklausel in Tarifverträgen hilft auch ein Verweis auf eine über den Kreis der Organisierten hinausgehende Ordnungsfunktion des Tarifvertrags nicht weiter.

Durch die tarifvertragliche Stichtagsklausel machen die Tarifvertragsparteien, wie auch sonst bei Regelungen von persönlichen Anwendungsvoraussetzungen tariflicher Bestimmungen, deutlich, dass sie die betreffenden Regelungen auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt wissen wollen und ihre tariflichen Regelungen gerade nicht als Ersatz für ein allgemeingültiges, alle Arbeitnehmer betreffendes staatliches Arbeitsrecht sehen wollen. Dass Tarifvertragsparteien verpflichtet sind, durch Tarifvertrag solche Regelungen zu schaffen, die geeignet wären, anstelle staatlichen Arbeitsrechts zu wirken, ist mit dem Regelungsgehalt von Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar. Im Übrigen ist die Diskussion um die Sparten-tarifverträge, die schließlich zur Regelung des § 4a TVG geführt hat, letztlich nur vor dem Hintergrund zu verstehen, dass Tarifvertragsparteien eben nicht zur Schaffung solcher Regelungen verpflichtet sind, die ebenso wie arbeitsrechtliche Gesetze einen allgemein ausgleichenden Charakter haben. Insofern lässt sich eine Ordnungsfunktion des Tarifvertrags auch nur dort annehmen, wo die Tarifvertragsparteien selbst den Tarifvertrag als allgemeine Regelung für einen mehr oder weniger unbestimmten Personenkreis ausgestaltet haben.

Richtig ist sicherlich, dass der Gesetzgeber des TVG davon abgesehen hat, Bestimmungen eines Tarifvertrags der AGB-Kontrolle zu unterstellen. Daraus lässt sich aber keine allgemeingültige Ordnungsaufgabe der Tarifvertragspartner herleiten. Vielmehr hat der Gesetzgeber damit lediglich das strukturelle Gleichgewicht in der Situation des Vertragsschlusses aufgegriffen.

Und auch aus den häufig verwendeten Tariföffnungsklauseln lässt sich eine allgemeingültige Ordnungsaufgabe der Tarifvertragspartner, die die Vereinbarung von Stichtagsklauseln verbieten würde, nicht ableiten. Mit

---

*Dieterich*, Festschrift Schaub, 1998, S. 117, 121; *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, S. 143 ff.; *Picker*, Tarifmacht und tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik, *ZfA* 1998, 573; *Richardi*, Von der Tarifautonomie zur tariflichen Ersatzgesetzgebung, Festschrift Konzen, 2006, S. 791 f.; *Rieble* (Fn. 6), Rn. 1102 ff.

Tariföffnungsklauseln greift der Gesetzgeber ein in der Praxis vielfach anzutreffendes Tarifgeschehen auf und erklärt die durch die Tarifverträge gefundenen Regelungen über die gesetzlichen Tariföffnungsklauseln auch für Außenseiter als maßgeblich. Tariföffnungsklauseln verpflichten die Tarifvertragsparteien allerdings nicht, überhaupt Regelungen zu treffen, die diese gesetzlichen Tariföffnungsklauseln ausfüllen. Beschränken, wie bei Stichtagsklauseln, die Tarifvertragsparteien ihre tariflichen Regelungen auf bestimmte Personenkreise, so gehen gesetzliche Tariföffnungsklauseln für Nichtorganisierte, die nicht unter den Anwendungsbereich der Tarifklausel fallen, ins Leere. Dann tritt der Fall ein, der vorliegen würde, wenn die Tarifvertragsparteien überhaupt keine tarifliche Regelung getroffen hätten. Schwerlich wird man jedenfalls aus Tariföffnungsklauseln eine Verpflichtung der Tarifvertragsparteien ableiten können, bestimmte Regelungen zu treffen, um den Gesetzgeber zu entlasten.

Ebenso wenig ergeben sich Gesichtspunkte für eine Verpflichtung zur Erstreckung einer tariflichen Regelung auf alle Arbeitnehmer aus § 4a TVG. Auch hierauf hat erst im Januar 2016 der 4. Senat noch einmal hingewiesen.<sup>48</sup> Auch durch die Regelungen des § 4a TVG wird nicht etwa der Mehrheitstarifvertrag auf Andersorganisierte erstreckt, sondern der Gesetzgeber hat ein Nachzeichnungsrecht vorgesehen und damit letztlich die Tarifgeltung davon abhängig gemacht, dass die eigene Gewerkschaft von diesem Recht auch Gebrauch macht. Insofern ist die Feststellung des 4. Senats zutreffend, dass die mit dem Tarifeinheitgesetz verbundenen Änderungen des Tarifrechts gerade nicht den Gewerkschaften programmatisch eine übergreifende Verantwortung für die Ordnung und Verteilungsgerechtigkeit im Betrieb zuweisen, sondern sich diese Ordnungsfunktion allein auf die unmittelbar Tarifgebundenen beschränkt.

### 3. Zwischenergebnis

Insofern lässt sich Folgendes festhalten: Weder aus der Verfassung noch aus einfachem Recht noch aus übergeordneten Rechtsgrundsätzen lässt sich ein Verbot herleiten, Stichtagsklauseln in Tarifverträgen zu vereinbaren, die an die Gewerkschaftsmitgliedschaft von Arbeitnehmern anknüpfen. Solange es dem durch die tariflichen Stichtagsklauseln ausgeschlossenen Personenkreis möglich bleibt, die Leistung etwa einzelvertraglich zu vereinbaren, fehlt es an einem Ansatz, warum Stichtagsklauseln rechtswidrig sein sollen.

Richtig ist, dass Stichtagsklauseln dazu führen, dass ein einheitliches Niveau bei Arbeitsbedingungen in den Betrieben durchbrochen wird. Wo ansonsten durch Bezugnahmeklauseln sichergestellt ist, dass innerhalb der Betriebe Arbeitsbedingungen zumindest ähnlich sind, führt der Ein-

---

48 BAG 27.1.2016 – 4 AZR 830/13 (Fn. 16).

satz von tariflichen Stichtagsklauseln dazu, dass innerhalb der Belegschaften bestimmte tarifgebundene Personenkreise bessergestellt werden. Eine solche Besserstellung, die darauf beruht, dass bei diesem Personenkreis eine lang dauernde Tarifbindung besteht, ist aus meiner Sicht aufgrund des derzeit geltenden Systems der Geltung von Kollektivarbeitsverträgen hinzunehmen, wobei die Ausgestaltung der Stichtagsklausel, insbesondere die Wahl des Stichtags, nicht willkürlich sein darf.<sup>49</sup>

#### **IV. Betriebsverfassungsrechtliche Komponente**

Trotzdem bleiben Bedenken. Diese Bedenken liegen aber aus meiner Sicht nicht so sehr im Tarifrecht, sondern vielmehr im Betriebsverfassungsrecht. Denn es stellt sich die Frage, ob die Betriebsparteien auf die Vereinbarung von Sozialplänen verzichten dürfen, wenn es, wie im vom Tarifenat entschiedenen Fall, zwei Sozialplantarifverträge gab, bei denen einer allein Gewerkschaftsmitglieder privilegierte. Hier ist in Erinnerung zu rufen, dass § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG ausdrücklich die Sperrwirkung des Tarifvorbehalts aufhebt und damit eine Konkurrenz zwischen Sozialplänen und Tarifverträgen anerkennt. Kollidieren Sozialplan und Tarifvertrag, ist die Kollision nach dem Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG aufzulösen. Trotz bestehender tariflicher Regelungen mit sozialplanähnlichen Inhalten bleibt es den Betriebsparteien unbenommen, eigenständige Regelungen, etwa zu Abfindungshöhen, zu vereinbaren und gegebenenfalls die tariflichen Festsetzungen zu korrigieren. Das hätte dann zur Folge, dass jeweils die günstigere Regelung in Bezug auf das einzelne Arbeitsverhältnis Anwendung finden müsste. In dem vom 4. Senat entschiedenen Fall haben sich die Betriebsparteien entschlossen, den vorhandenen allgemeinen Tarifvertrag für die Arbeitnehmer als Ausgleichsmaßnahme im Sinne des § 112 BetrVG anzuerkennen und die für alle betroffenen Beschäftigten geltenden Regelungen abschließend zu übernehmen. Dies geschah in Kenntnis, dass für bestimmte Personengruppen von Arbeitnehmern die Tarifvertragspartner bessere Vereinbarungen getroffen hatten. Hier ist sicherlich darüber nachzudenken, ob in einem solchen Verhalten der Betriebspartner nicht ein Verstoß gegen § 75 Abs. 1 BetrVG zu sehen ist. Denn die Betriebsparteien erkennen damit eine Regelung an, die zumindest geeignet ist, aus Gründen der gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung zu benachteiligen.<sup>50</sup> Allerdings fehlt es grundsätzlich an einer Benachteiligung wegen gewerkschaftlicher Betätigung oder Einstellung bei der sich aus dem TVG ergebenden Ungleichbehandlung von gewerkschaftlich Organisierten und nicht- oder andersorganisierten Arbeitnehmern bei der Gewährung tariflicher Leistungen. Dort aber, wo die tarifliche und die betriebsverfassungsrechtliche Ebene ausnahmsweise

---

49 Lunk/Leder/Seidler, RdA 2015, 399, 402.

50 Lunk/Leder/Seidler, RdA 2015, 399, 404.

einmal konkurrieren, lässt sich die vorrangige Geltung des Tarifvertrags nicht als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung anführen. Trotzdem ist auch ein Verstoß gegen § 75 Abs. 1 BetrVG ein stumpfes Schwert, da nach zutreffender Auffassung diese Vorschrift bei einem Verstoß auf ihrer Rechtsfolgenreise dem Arbeitnehmer keinen individualrechtlichen Anspruch gewährt.<sup>51</sup> Das Akzeptieren von tarifvertraglichen Stichtagsklauseln in Sozialtarifverträgen durch die Betriebsparteien ist, sofern für die Stichtagsklausel kein sachlich rechtfertigender Grund vorliegt, als Verletzung von § 75 BetrVG zu klassifizieren. Auf der individualarbeitsrechtlichen Ebene bleibt jedoch dieser Verstoß sanktionslos.

## V. Stichtagsklauseln bei Sonderkündigungsschutz

Fraglich ist allerdings, ob die oben dargelegte grundsätzliche Zulässigkeit von Stichtagsklauseln sich auch auf solche tariflichen Regelungen erstreckt, die für bestimmte Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft einen Sonderkündigungsschutz vorsehen oder den Ausspruch der Kündigung von der Zustimmung der Gewerkschaft abhängig machen.<sup>52</sup>

Anders als bei sonstigen tariflichen Leistungen tritt das Problem auf, dass ein Sonderkündigungsschutz reflexhaft Auswirkungen auf diejenigen hat, die nicht unter den Sonderkündigungsschutz fallen, da ein vorhandener tariflicher Sonderkündigungsschutz zumindest nach derzeit noch überwiegender Auffassung für die Bestimmung des auswahlrelevanten Personenkreises im Rahmen der Sozialauswahl zu beachten ist.<sup>53</sup> Allerdings ist

---

51 *Werner*, in: Rofls/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), BeckOK ArbR, Stand: 1.6. 2016, BetrVG § 75 Rn. 68; *Maschmann*, in: Richardi, BetrVG (Fn. 43), § 75 Rn. 52.

52 Differenzierungsklauseln, die einen Sonderkündigungsschutz einräumen, für unzulässig haltend: *Berger*, Zulässigkeit eines gewerkschaftlichen Zustimmungsvorbehalts zu Kündigungen, NZA 2015, 208; *Gamillscheg*, Ihr naht euch wieder, schwankende Gestalten, NZA 2005, 146, 150; *Franzen*, RdA 2006, 1, 4 f.

53 *Ascheid*, Beschäftigungsförderung durch Einbeziehung kollektivvertraglicher Regelungen in das Kündigungsschutzgesetz, RdA 1997, 334; *Kiel*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hrsg.), Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 705 f.; *Griebeling/Rachor*, in: *Etzel/Bader/Fischermeier u.a.*, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (KR), 11. Aufl. 2016, § 1 Rn. 664 ff.; *Preis*, in: *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Aufl. 2015, Rn. 1074; *Schaub*, Die betriebsbedingte Kündigung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, NZA 1987, 217, 223; anderer Ansicht: *Bauer*, Aktuelle Probleme des Personalabbaus im Rahmen von Betriebsänderungen – Teile I und II, DB 1994, 274, 277; *Gragert*, Sonderfälle der Sozialauswahl, Festschrift Schwerdtner, 2003, S. 49, 59 ff.; *Löwisch/Spinner/Wertheimer*, KSchG, 10. Aufl. 2013, § 1 Rn. 348; *Rieble*, Betriebliche versus tarifliche Unkündbar-

allein dies kein spezifisches Problem der Stichtagsklauseln, sondern von tariflichen Unkündbarkeitsklauseln als solchen. Folgt man der seit langem herrschenden Auffassung, dass tarifliche Unkündbarkeitsregelungen dazu führen, dass die ihnen unterfallenden Arbeitnehmer nicht im Rahmen der Sozialauswahl zu berücksichtigen sind, hat das zwangsläufig Drittwirkung auf sonstige Beschäftigte und damit auch auf Außenseiter, wenn diese zumindest zum Kreis der vergleichbaren Personen im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung zählen. Erweist sich nämlich der Arbeitnehmer als weniger sozial schutzbedürftig, kann aber aufgrund einer tariflichen Unkündbarkeitsregelung nicht gekündigt werden, so ist es denkbar, dass ein Arbeitnehmer mit stärkerer sozialer Schutzbedürftigkeit im Rahmen der Sozialauswahl vorrangig gekündigt wird.

Auch das BAG<sup>54</sup> hat inzwischen gesehen, dass tarifliche Kündigungseinschränkungen im Rahmen der Sozialauswahl zu einer Drittbelastung werden können. So findet sich in einer Entscheidung aus dem Jahr 2013 der meines Erachtens richtige Ansatz, der die tarifliche Wirksamkeit von Kündigungseinschränkungen unangetastet lässt, aber das Problem im Kündigungsrecht löst. Danach sind die vor ordentlichen Kündigungen geschützten Arbeitnehmer bei der Sozialauswahl zunächst ohne Beachtung des tariflichen Kündigungsausschlusses mit den übrigen Arbeitnehmern zu vergleichen. Ergibt sich aus dem Vergleich, dass diese Arbeitnehmer schutzbedürftiger sind als andere Arbeitnehmer, kommt der tarifliche Kündigungsausschluss sowieso nicht zum Tragen. Sind sie allerdings weniger schutzbedürftig, können sie sich auf den tariflichen Ausschluss der ordentlichen Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses berufen. Der Arbeitgeber könnte aber statt ihres Arbeitsverhältnisses dasjenige eines sozial stärkeren Arbeitnehmers dann nicht kündigen, wenn damit ein grob fehlerhaftes Auswahlresultat verbunden wäre. Gegebenenfalls kommt in einem solchen Fall trotz der tariflichen Unkündbarkeit des Arbeitnehmers unter den Voraussetzungen des § 626 BGB eine betriebsbedingte außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit in Betracht. Ähnliches schlägt etwa auch *Franzen* in der Kommentierung Erfurter Kommentar vor.<sup>55</sup>

Dies ließe sich auf Stichtagsklauseln, die sich auf tarifliche Kündigungsausschlüsse beziehen, übertragen. Dem in diesem Zusammenhang gegen entsprechende Stichtagsklauseln teilweise geäußerten Argument, durch entsprechende Kündigungsschutzklauseln würde ein erheblicher, sozial

---

keit, NZA 2003, 1244; *Zwanziger*, Tarifliche Unkündbarkeit und Sozialauswahl, DB 2000, 2168.

54 BAG 20.6. 2013 – 2 AZR 295/12, NZA 2014, 208.

55 *Franzen*, in: ErfK (Fn. 43), § 1 TVG Rn. 67 f.

inadäquater Druck ausgeübt, als Außenseiter rechtzeitig in die richtige Gewerkschaft einzutreten,<sup>56</sup> wäre damit Rechnung getragen.

## VI. Resümee

Die Verbesserung der Rechtsstellung von Gewerkschaftsmitgliedern durch einen Tarifvertrag ist aus meiner Sicht im geltenden Tarifrecht angelegt. Auch eine Differenzierung innerhalb der Tarifgebundenen aufgrund von Stichtagsklauseln verstößt nicht gegen das geltende Tarifrecht. Tarifautonomie bedeutet nicht zuletzt die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien. Davon erfasst ist auch die freie Entscheidung der Tarifvertragspartner, welchem Personenkreis die jeweilige tarifliche Leistung zustehen soll. Dass hier an die Gewerkschaftszugehörigkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt oder ab einem bestimmten Zeitpunkt angeknüpft wird, liegt im Rahmen dessen, was tarifliche Gestaltungsmacht ausmacht. Die Bedenken, die gegen Stichtagsklauseln erhoben werden, basieren meines Erachtens darauf, dass bisher Bezugnahmeklauseln formuliert wurden, ohne dass berücksichtigt wurde, dass die Tarifvertragsparteien im Tarifvertrag den Personenkreis der Anspruchsberechtigten als Anspruchsvoraussetzung bestimmen können. Dies kann aber nicht den Tarifvertragsparteien vorgeworfen werden, deren Aufgabe es gerade ist, die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten. Die vorliegenden Entscheidungen des BAG zu den Stichtagsklauseln sollten aber für die Vertragspraxis Anlass sein, die Formulierung von Bezugnahmeklauseln zu überdenken. Keine Stichtagsklausel verbietet es, arbeitsvertraglich diejenigen Arbeitnehmer, die aufgrund der Stichtagsklausel ausgeschlossen sind, an der jeweiligen tariflichen Leistung im Wege der arbeitsvertraglichen Bezugnahme partizipieren zu lassen.

Dort, wo dieses nicht gelingt, beruhen die unterschiedlichen Leistungen in der Konsequenz darauf, dass Arbeitnehmer sich nicht organisiert haben oder gegebenenfalls erst später in die Gewerkschaft eingetreten sind. Diese Entscheidung, die es vor dem Hintergrund des Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu bewerten gilt, ist hinzunehmen. Die vielleicht empfundene Ungerechtigkeit bei den ausgeschlossenen Arbeitnehmern ist kein Problem des Tarifrechts, sondern in Bezug auf die Nichtorganisierten gewollt bzw. in Bezug auf Organisierte, die aufgrund der Stichtagsklausel von den Leistungen ausgeschlossen sind, ein Problem der innerverbandlichen Entscheidungsfindung. Schließlich muss sich auch eine Gewerkschaft von ihren Mitgliedern fragen lassen, ob es angemessen ist, nur bestimmte Mitglieder in den Genuss bestimmter tariflicher Leistungen kommen zu lassen, und jede

---

56 *Lelley/Becker*, Gewerkschafter-Boni bei Restrukturierung – was ist erlaubt?, BB 2015, 1397, 1400.

Gewerkschaft muss sich fragen lassen, ob sie mit einer tarifpolitischen Klientelpolitik eine dauerhafte Mitgliedererosion stoppen kann.

Das Problem im Zusammenhang mit tariflichen Stichtagsklauseln bei Saniierungstarifverträgen scheint mir allerdings auf der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene zu liegen.<sup>57</sup> Hier wird sich jeder Betriebsrat wohl überlegen müssen, ob er im Interesse des Betriebes und der gesamten Belegschaft handelt, wenn er Tarifsozialpläne anerkennt, die letztlich Arbeitnehmer nach der Maxime „Alle sind gleich. Aber manche sind gleicher als die anderen“ behandeln.

---

<sup>57</sup> Anderer Ansicht: *Helm*, Tarifliche Differenzierung zwischen Außenseitern und Gewerkschaftsmitgliedern zulässig, NZA 2015, 1437, 1439, der u.a. auf § 112 Abs. 5 BetrVG hinweist. Dort aber sind neben den wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens auch die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer, und gemeint sind hier alle betroffenen Arbeitnehmer, angesprochen.

## Diskussion\*

Die erste Diskussion der Tagung wurde von Professor Dr. *Matthias Jakobs* geleitet, welcher eröffnend anmerkte, dass nach seiner Auffassung das BAG zutreffend entschieden habe, dass Gewerkschaften Interessenverbände seien. Bemerkenswert sei an der Entscheidung auch, dass alle relevanten Fragen des Tarifrechts berührt worden seien. Weiter sei ihm der Ansatz sehr sympathisch, dass die Tarifvertragsparteien keine über ihre eigenen Mitglieder hinausgehende Ordnungsfunktion hätten. Schließlich seien Gewerkschaften Interessenverbände und müssten so vorrangig die Interessen ihrer Mitglieder wahrnehmen. Anschließend meldete sich der Vorsitzende des Tarifsensats des BAG, Dr. *Mario Eylert*, zu Wort. Nachdem sowohl für das Gericht als auch für die Parteien selbst ungeklärt sei, welche Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten sehr generellen Anspruch herangezogen werden sollte, wünsche er sich diesbezüglich eine Einschätzung der Wissenschaft. Der Referent ist der Auffassung, dass die Anspruchsgrundlage für Außenseiter aus der Bezugnahme Klausel abgeleitet werden könnte, wenn der Ausschluss des Außenseiters darin nichtig sei und sich dieser so auf den Ergänzungstarifvertrag berufen könne. Er habe jedoch Zweifel, dass die klar formulierte Bezugnahme Klausel hier in diesem Sinn ausgelegt werden könne. Weiter merkte Professor Dr. *Klaus Bepler* an, dass die Überlegungen des Vortrags völlig in sich zusammenfallen würden, wenn der Betriebsrat keinen Sozialplan abgeschlossen hätte. *Professor Dr. Oliver Ricken* erwiderte, dass auch ein Unterlassen Anknüpfungspunkt für eine Verletzung des § 75 BetrVG sein könne. Allerdings sei zuzugeben, dass sich dies in der Praxis wohl kaum nachweisen lassen werde. Als letzten Punkt seiner ersten Wortmeldung gab er zu bedenken, dass eine Ausweitung des Sozialplans auf alle Arbeitnehmer dessen Volumen erheblich erhöhen würde. Wegen des Problems der Knappheit sei es jedoch nicht realistisch, eine derart hohe Summe in den Sozialplantopf zu bekommen. Der Referent nahm die glatten Summen der Sozialpläne zum Anlass zu bezweifeln, ob das Volumen des Sozialplantopfes tatsächlich von vornherein feststehe. Der Richter des BAG gab diesbezüglich des weiteren zu bedenken, dass nach der Rechtsprechung des 1. Senats klar sei, dass die Feststellung, dass der Sozialplan falsch sei, nicht dazu führe, dass alle anderen automatisch mehr erhalten würden. Vielmehr müsse der Sozialplan vollständig neu verhandelt werden. Diese Verhandlung erfolge jedoch nicht durch das Gericht.

---

\* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Felisa Frey*.

Professor Dr. *Richard Giesen* stellte fest, dass Differenzierungsklauseln immer dann vereinbart würden, wenn keine neuen Arbeitsverträge geschlossen werden würden, also in der Sanierungsphase. Über die Bezugnahme Klausel lasse sich leicht eine privatautonome Lösung konstruieren: Bei Vertragsschluss haben die Parteien (Arbeitnehmer und Arbeitgeber) die Gleichbehandlung mit den Gewerkschaftsmitgliedern gewollt. Hätte der Arbeitnehmer in diesem Zeitpunkt Kenntnis der zu erwartenden anderen Behandlung gehabt, hätte er entweder eine andere Bezugnahme vereinbart oder wäre der Gewerkschaft beigetreten. Man gehe davon aus, dass Gewerkschaften für ihre Mitglieder handeln wollten. Der Kern der Bezugnahme Klausel sei seiner Auffassung nach aber, dass alle Arbeitnehmer eine gleiche Behandlung wollten. Man müsse daher wegkommen vom Unterwerfungsdenken und zurück zu einer privatautonomen Auslegung. Schließlich vereinbare niemand seine eigene Benachteiligung. Der Referent teilte diese Auffassung nicht. Mit der Unterzeichnung der Bezugnahme Klausel sei klar, dass eine gewisse Unsicherheit hinsichtlich der weiteren Entwicklung bestehe. Er wolle nicht allein die private Auffassung des Einzelnen zur Auslegung heranziehen, sondern die Auslegung vor der Frage der Schutzwürdigkeit vornehmen.

Ergänzend zu der Anmerkung von Professor *Giesen* erklärte *Gero Kettler* vom Arbeitgeberverband AWO, dass derzeit alle Differenzierungsklauseln als Stichtagsklauseln ausgearbeitet seien. Fraglich sei dabei seiner Ansicht nach aber, welche Stichtage zulässigerweise vereinbart werden könnten. Der Referent war der Ansicht, dass die Stichtage relativ frei gewählt werden könnten, solange sie das Sozialplanvolumen einschränkten.

Dr. *Daniel Ulber* meinte, dass die Marktlage und die persönliche Situation des Arbeitnehmers maßgeblich für dessen Unterzeichnungsverhalten seien und daher die Auslegung der Bezugnahme Klausel nicht so pauschal erfolgen könne. Professor *Giesen* erwiderte darauf, dass dies aber dann nicht zutreffend sein könne, wenn eine Besserstellung durch Gewerkschaftsbeitritt möglich sei und keine reine Entscheidung für oder gegen einen Arbeitsvertrag vorliege.

Professor Dr. *Clemens Höpfner* fragte hinsichtlich der Auslegung von Bezugnahme Klauseln, wie der weitere Umgang mit Höchstgrenzen sein werde: AGB-Kontrolle oder Unwirksamkeit der Klausel? Der Referent meinte hierzu, dass er den Eindruck habe, dass die Bedeutung von Höchstgrenzen hinsichtlich der Feststellung des Organisationsdrucks langsam verflachte. Tendenziell käme ihnen somit bei Differenzierungsklauseln keine Bedeutung zu.

Die Diskussion endete mit der abrundenden Anmerkung von Dr. *Eylert*, dass das BAG derzeit keine konkrete Höhe angeben könne, ab welcher die negative Koalitionsfreiheit verletzt sei; dennoch könne man sagen, dass sie der Auffassung sind, dass die Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit eine extreme Ausnahme darstelle und mehr nur theoretisch denkbar sei.



---

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

*Martina Benecke*

Seite

I. Einführung.....	46
II. Anforderungen an die Verbandssatzung.....	48
1. Die Logik des BAG.....	48
2. Konsequenzen beim Grundansatz.....	48
3. Allgemeine Voraussetzungen der OT-Mitgliedschaft.....	51
a) Mitteilungspflicht.....	51
b) Grundlage in der Verbandsverfassung.....	52
III. Kriterien zur Abgrenzung.....	53
IV. Konsequenzen von Fehlern in der Satzungsgestaltung.....	57
1. Auslegung der Austrittserklärung.....	57
2. „Nachbesserung“ der Satzung.....	57
3. Vertrauensschutz.....	58
4. Auslegung des Tarifvertrags.....	58
5. Konsequenzen für neu eingetretene Mitglieder.....	59
V. Fazit.....	60
Diskussion.....	62

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts* (München 2017), S. 45-61

## I. Einführung

Die Möglichkeit einer OT-Mitgliedschaft folgt einem Bedürfnis von Mitgliedern der Arbeitgeberverbände:<sup>1</sup> Viele möchten zwar die Serviceleistungen der Verbände nutzen (und dafür natürlich auch Beiträge zahlen), wollen aber keine Bindung an die von den Verbänden abgeschlossenen Tarifverträge oder können sich die Tarifbindung schlicht nicht leisten. Wirtschaftspolitisch wie rechtlich ist die OT-Mitgliedschaft ein zweiseitiges Schwert. Tarifautonomie funktioniert nur, wenn es auch Tarifbindung gibt. Auf der anderen Seite ist als Kehrseite der Koalitionsfreiheit auch die negative Koalitionsfreiheit anerkannt. Insbesondere steht die Verbandsautonomie den Koalitionen zur Seite: Verbände haben die Freiheit zur Ausgestaltung ihrer Mitgliedschaftsrechte, sie können also auch unterschiedliche Mitgliedschaftsrechte vorsehen.

Daher ist die grundsätzliche Zulässigkeit einer OT-Mitgliedschaft heute kaum mehr umstritten.<sup>2</sup> Das betrifft nicht nur das Trennungsmodell, bei dem die Mitglieder zwischen einem vereinsrechtlich getrennten Arbeitgeberverband mit Tarifbindung und einem reinen Wirtschaftsverband wählen können, sondern auch das Stufenmodell, wonach derselbe Verband unterschiedliche Formen der Mitgliedschaft anbietet. Auch frühere Verfechter einer Unzulässigkeit des Stufenmodells<sup>3</sup> beschränken ihre

- 
- 1 *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 3 Rn. 47 ff.; *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 3 TVG Rn. 3.
  - 2 Grundlegend BAG 18.7. 2006 – 1 ABR 36/05, BAGE 119, 103; zuletzt BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13, BAGE 150, 304 = AP Nr. 30 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit Rn. 16; zuvor bereits BAG 23.2. 2005 – 4 AZR 186/04, AP Nr. 42 zu § 4 TVG Nachwirkung, wo die OT-Mitgliedschaft allerdings noch als Frage der Tarifzuständigkeit angesehen wurde (dazu gleich unten). Aus der Literatur z.B. *Franzen*, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 16. Aufl. 2016, § 2 TVG Rn. 9a; *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 3 TVG Rn. 3 ff.; *Höpfner*, Blitzaustritt und Blitzwechsel in die OT-Mitgliedschaft, ZfA 2009, 541, 543 ff.; *ders.*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, 1. OT-Mitgliedschaft Rn. 154 ff. mit weiteren Nachweisen; *Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, Festschrift Bauer, 2010, S. 559, 562 ff.; *Schliemann*, Bemerkungen zur Koalitionsfreiheit der Handwerksinnungen, NZA 2016, 738, 740; *Stein*, Anmerkung zu BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13, AP Nr. 30 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; jeweils mit weiteren Nachweisen; zur Argumentation beider Seiten *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 3 Rn. 50 f.
  - 3 Vgl. *Deinert*, Schranken der Satzungsgestaltung beim Abstreifen der Verbandstarifbindung durch OT-Mitgliedschaften, RdA 2007, 83; *ders.*, Zur Zulässigkeit von OT-Mitgliedschaften in Arbeitgeberverbänden, AuR 2006, 217; anders

Untersuchungen heute auf die Frage, wie man Arbeitgeber dazu bringen kann, den Weg in die Tarifbindung zu gehen.<sup>4</sup> Wirtschaftspolitisch ist das aus Sicht der Tarifautonomie ein legitimes Ziel – unabhängig von dem politischen Ausgangspunkt.

Die jüngere Rechtsprechung des BAG erweckt allerdings den Eindruck, als habe auch das höchste deutsche Arbeitsgericht sich diesem Ziel verschrieben, wofür ihm allerdings nur die Auslegung des Rechts zur Verfügung steht – ein für politische Ziele eher ungeeignetes Mittel. So war vor Anfang vergangenen Jahres über die Klage gegen einen Arbeitgeber zu entscheiden, der bereits 2002 bei seinem Verband den Wechsel in die OT-Mitgliedschaft beantragt hatte.<sup>5</sup> Anders als die Vorinstanzen sah das BAG ihn noch 2011 an den Tarifvertrag gebunden: Die Satzung des Verbands genüge den Anforderungen an die OT-Mitgliedschaft nicht, woran Klarstellungen in der Geschäftsordnung ebenso wenig etwas änderten wie spätere Nachbesserungen der Satzung, die Annahme von Vertrauensschutz durch das LAG entbehre „jeder rechtlichen Grundlage“<sup>6</sup>, eine Auslegung als hilfsweise vollständiger Austritt aus dem Verband sei nicht möglich und der Tarifvertrag gelte auch für die Mitglieder des „Wirtschaftsverbandes“, obwohl dieser sich nicht an seiner Aushandlung beteiligt hatte.

Es stellt sich also die Frage, was ein Mitglied und ein Verband tun müssen, um OT-Mitgliedschaft anzubieten und zu erreichen. Das betrifft erstens die Anforderungen an die Satzung und zweitens die Konsequenzen von Fehlern bei ihrer Ausgestaltung. Hier herrscht – vorsichtig gesagt – eine gewisse Rechtsunsicherheit. Besonders erheblich ist die Rechtsunsicherheit aber für vorherige Außenseiter, die als OT-Mitglieder eintreten möchten. Jedes OT-Mitglied muss befürchten, ungeachtet seines nominellen Status zur Tarifbindung zu kommen. Vor diesem Hintergrund wird die OT-Mitgliedschaft recht unattraktiv.<sup>7</sup>

---

(zum selben Urteil!) *Buchner*, Bestätigung der OT-Mitgliedschaft durch das BAG, NZA 2006, 1377.

4 Vgl. *Deinert/Walser*, Zur Förderung der Mitgliedschaft von Arbeitgebern in Verbänden, AuR 2015, 386; zur Kritik heute noch *Peter*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 121; *Stein*, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG – Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl. 2014, § 2 Rn. 140; sehr scharf bei *Dierßen*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 5. Aufl. 2015, § 3 Rn. 42 ff.

5 BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2).

6 Wörtliches Zitat BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2), Rn. 58.

7 Sehr pointiert anderer Ansicht *Dierßen*, in: Berg/Kocher/Schumann (Fn. 4), § 3 Rn. 46.

## II. Anforderungen an die Verbandssatzung

### 1. Die Logik des BAG

Der Ansatzpunkt des BAG folgt einer einfachen Logik: Wenn Mitglieder eines Arbeitgeberverbands nicht an Tarifverträge gebunden sein wollen, sollen sie auch keinen Einfluss auf deren Inhalte haben<sup>8</sup> – wer nicht nass werden will, dessen Pelz bleibt ungewaschen. Oder, mit dem BAG vornehmer ausgedrückt: Es muss zu einem „Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit“ kommen.<sup>9</sup> Etwas von seiner bestechenden Logik verliert dieser Grundansatz aber bereits, wenn man auf der Suche nach der Rechtsfolge die Kontrollfrage stellt, wer denn davon gefährdet oder gar geschädigt würde, wenn gegen diese Aussage verstoßen wird. Wer nicht im Arbeitsrecht beschlagen ist, könnte hier nämlich zu der naiven Ansicht kommen, dass das vor allem der betroffene Verband selbst ist. Dieser räumt Mitgliedern Einfluss auf Normenverträge ein, an die sie selbst nicht gebunden sind, wohl aber die übrigen Mitglieder. Übertragen auf einen Sportverein etwa: Bei Entscheidungen über die Boote der Ruderabteilung bestimmt die Abteilung über Kunstturnen mit, auch wenn deren Mitglieder keine nassen Füße bekommen.

Der Arbeitsrechtler weiß indes, dass zwischen Ruderbooten und Tarifverträgen ein Unterschied besteht: Letztere werden mit anderen Verbänden ausgehandelt, haben nach § 3 TVG Drittwirkung für die betroffenen Arbeitnehmer und letztlich auch gesamtwirtschaftliche Bedeutung. Es entsteht also ein Legitimationsproblem insbesondere gegenüber den Drittbetroffenen. Aber auch vor diesem Hintergrund muss die Frage erlaubt sein, wem denn das Legitimationsproblem vor allem schadet. Wenn bei einem Vertrag, in den gegenläufige Interessen einfließen, eine Seite Personen Einfluss einräumt, die nicht betroffen sind, schadet auch das vor allem wieder dieser Seite. Wer nicht betroffen ist, wird eher weniger intensiv verhandeln als unmittelbar Betroffene.

### 2. Konsequenzen beim Grundansatz

Dabei hilft allerdings die vom 4. Senat 2005 begründete Ansicht, die OT-Mitgliedschaft als Problem der Tarifzuständigkeit<sup>10</sup> zu sehen, nicht weiter.

---

8 Grundlegend BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07, BAGE 127, 27. Dieser Ansatz ist, wie die Nachweise von *Deinert* bis *Löwisch/Rieble* bei Rn. 39 der Urteilsbegründung zeigen, auch weitgehend allgemein anerkannt; umstritten sind die Konsequenzen.

9 BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07 (Fn. 8); wörtliches Zitat Leitsatz 2 und Rn. 37 und 65.

10 BAG 23.2. 2005 – 4 AZR 186/04 (Fn. 2); so auch noch *Junker*, Beschränkung der Tarifzuständigkeit – OT-Mitgliedschaft, SAE 1997, 172 mit weiteren Nachweisen.

Die Tarifzuständigkeit wird vom Verband allein nach der Satzung bestimmt,<sup>11</sup> beispielsweise die Zuständigkeit für eine bestimmte Branche. Sie unterliegt der vollen Verbandsautonomie, so darf kein Gesetz die Zuständigkeit der Gewerkschaft beeinflussen. Ebenso leuchtet aber ein, dass auch das einzelne Mitglied keinen Einfluss auf die Tarifzuständigkeit haben kann. So kann nicht beispielsweise ein Chemieunternehmen Mitglied eines Gesamtmetallverbands werden und eine Ausweitung der Tarifverträge verlangen. Die Tarifzuständigkeit ist daher der falsche Ansatz. Demgegenüber ist die Tarifbindung vom Gesetzgeber im Grundsatz regelbar, wie die Möglichkeit der Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG und der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 4 TVG zeigen.<sup>12</sup> Insbesondere aber bildet sie den falschen Ausgangspunkt zur Begründung von Individualrechten einzelner Mitglieder.

Diese Individualrechte sind auch der Ansatzpunkt begründeter Kritik, die sich an der „Blitzaustritt-Rechtsprechung“<sup>13</sup> des BAG entzündete. Hier hatte das BAG die Rechtsfolge der Bindung eigentlich austrittswilliger Mitglieder begründet, die es in seiner neueren Rechtsprechung auch auf einen alles andere als blitzartigen, nämlich zehn Jahre zurückliegenden Austritt ausgedehnt hatte.<sup>14</sup> Zusammengefasst und vereinfacht muss sich das die systematische Frage gefallen lassen, warum es sich aus der Koalitionsfreiheit ergeben soll und ob die unfreiwillige Bindung nicht in § 3 Abs. 1 und 3 TVG abschließend geregelt ist sowie die logisch-teleologische Frage, warum aus einem „Minus an Legitimation ... ein Plus an Tarifbindung auch der OT-Mitglieder“ abgeleitet wird.<sup>15</sup> Ist der Austritt keines-

---

11 Näher *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 3 TVG Rn. 4; *Höpfner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Fn. 2), 1. OT-Mitgliedschaft Rn. 155; dazu auch *Bayreuther*, OT-Mitgliedschaft, Tarifzuständigkeit und Tarifbindung, BB 2007, 325; *Deinert*, AuR 2006, 217, 219 f.; *Stein*, in: Kempen/Zachert (Fn. 4), § 2 Rn. 142.

12 So auch die Argumentation in BAG 18.7. 2006 – 1 ABR 36/05 (Fn. 2), Rn. 47 f. der Urteilsbegründung; siehe auch *Höpfner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Fn. 2), 1. OT-Mitgliedschaft Rn. 155.

13 BAG 20.2. 2008 – 4 AZR 64/07, BAGE 126, 75, dort allerdings ein bloßes *obiter dictum* und BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07 (Fn. 8) nebst Parallelentscheidung BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 316/07, AP Nr. 37 zu § 3 TVG.

14 Dazu oben I.

15 *Franzen*, in: ErfK (Fn. 2), § 3 TVG Rn. 11b; kritisch auch *Bauer/Haußmann*, Blitzaustritt und Blitzwechsel: Wirksam, aber ohne Wirkung?, RdA 2009, 99; *Konzen*, Festschrift Bauer, 2010, S. 559 ff.; *Höpfner*, ZfA 2009, 541; *Willemsen/Mehrens*, Die Rechtsprechung des BAG zum „Blitzaustritt“ und ihre Auswirkungen auf die Praxis, NJW 2009, 1916; dem BAG grundsätzlich zustimmend *Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 605 ff.;

wegs „blitzartig“ erfolgt, sondern bereits Jahre zuvor, werden diese Bedenken eher noch größer.

Allerdings stellt sich hier die Frage, was denn stattdessen die Rechtsfolge sein soll. Der für den Blitzaustritt einleuchtende Vorschlag, die Vereinsatzung richterrechtlich zu korrigieren,<sup>16</sup> funktioniert nicht, wenn das Kind schon Jahre zuvor in den Brunnen gefallen ist, also ein Tarifvertrag mit – unterstellt – zu viel Einfluss der OT-Mitglieder abgeschlossen wurde. Ähnliches gilt für den Vorschlag einer Anfechtbarkeit des Tarifvertrags.<sup>17</sup> Hier zeigt sich die Besonderheit des Tarifvertrags als Normenvertrag gegenüber nur die Parteien bindenden Verträgen: Die im Zivilrecht übliche Lösung der Unwirksamkeit und Rückabwicklung eines – im weitesten Sinne – fehlerhaft geschlossenen Vertrags ist im Tarifrecht in niemandes Interesse, da sie zu einem tariflosen Zustand führt, was nicht nur für die einzelnen Arbeitnehmer, sondern auch für die T-Mitglieder fatal wäre. Nicht weiter ausgeführt werden muss, dass eine Rückabwicklung im Arbeitsrecht bereits praktisch kaum möglich wäre.

Daher ist, wenn man die OT-Mitgliedschaft überhaupt an Voraussetzungen knüpfen will, eine Durchsetzung dieser Voraussetzungen nur möglich, wenn man als *ultima ratio* auch zu einer Tarifbindung (eigentlich) nicht Bindungswilliger kommt. Allerdings setzt die Begründung des BAG die falschen Prioritäten, da sie mit einer philosophisch-politischen Logik ansetzt: Wenn alle Arbeitgeber die OT-Mitgliedschaft zur Maxime ihres Handels machen würden, dann würde – genau aus den eben genannten Gründen – die Tarifautonomie nicht funktionieren. OT-Mitgliedschaft ist danach also unerwünscht. Das ist keineswegs falsch, denn der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie stehen immerhin Art. 9 Abs. 3 GG und einige andere Artikel des GG zur Seite, aus denen sich ableiten lässt, dass unsere Rechtsordnung eine Wirtschaftsordnung vorsieht, in der die Beteiligten ihre Beziehungen autonom regeln.

Jedoch ist weder die Tarifautonomie als solche noch ihre Funktionsfähigkeit dadurch in ihren Grundfesten erschüttert, dass eine Verbandssatzung keinen vollständigen „Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit“ vorsieht, da sich das – wie dargelegt – kaum auf die Freiheit bei der Erzielung von Ergebnissen in Gestalt von Tarifverträgen und überhaupt nicht auf die Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG auswirkt. In Wahrheit handelt es sich hier um ein verfassungsrechtliches Individualproblem: Das einzelne Mitglied wird in ein Tarifregime gezwungen, weil

---

Löwisch/Rieble (Fn. 1), § 3 Rn. 52, 55 (wörtliches Zitat Rn. 52); ausführlich Rieble, „Blitzaustritt“ und tarifliche Vorbindung, RdA 2009, 280.

<sup>16</sup> So Löwisch/Rieble (Fn. 1), § 3 Rn. 53.

<sup>17</sup> So Bauer/Haußmann, RdA 2009, 99, 105.

sein Verband Vorgaben nicht erfüllt hat – die ihrerseits verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein müssen und können.

Dabei ist der Grundansatz des BAG nicht nur logisch, sondern auch sachlich einleuchtend: Wenn der Verband keine vernünftige Trennung von T- und OT-Mitgliedschaft durchführt, kann das in letzter Konsequenz dazu führen, dass eine unübersichtliche Personenmenge über Tarifbeschlüsse entscheidet, die deren Konsequenzen nicht zu tragen hat. Es darf also nicht um Sanktionierung von OT gehen, sondern vor allem um den Schutz der T-Mitglieder. Das macht den verfassungsrechtlichen Ansatz zu einer Frage recht individueller praktischer Konkordanz: Ist der Einfluss des OT-Mitglieds so erheblich, dass der Eingriff in seine negative Koalitionsfreiheit damit gerechtfertigt ist? Der vom BAG ein wenig vernachlässigte Ansatz ist also dahingehend zu formulieren, dass sich die Frage stellt, ob im jeweiligen Fall die Anforderungen an die Satzung verhältnismäßig in Bezug auf die Folge eines Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit des Mitglieds und die Satzungsautonomie sind.

### **3. Allgemeine Voraussetzungen der OT-Mitgliedschaft**

#### **a) Mitteilungspflicht**

Um OT-Mitgliedschaft zu erreichen und Bindung an Tarifverträge zu verhindern, müssen also – neben der Einhaltung verbandsinterner Regeln – zumindest zwei Voraussetzungen gegeben sein. Erstens muss die Verbandsverfassung die eben genannte Trennung gewährleisten – zu den Kriterien komme ich später – und zweitens müssen bestehende Mitteilungspflichten erfüllt sein. Anders als bei den Vorgaben für die Trennung knüpft das BAG hier unmittelbar an die Erforderlichkeit für Tarifverhandlungen an: Erfolgt der Statuswechsel während laufender Tarifverhandlungen, ist „Transparenz im Verhältnis zur an der Verhandlung beteiligten Gewerkschaft“ erforderlich, also eine Mitteilung des Arbeitgebers oder seines Verbands zu einem Zeitpunkt erforderlich, zu dem die Gewerkschaft hinsichtlich Tarifverhandlungen und -abschluss noch auf die Statusveränderung reagieren kann.<sup>18</sup>

Man kann hier eine Parallele zu vorvertraglichen Informationspflichten bei schuldrechtlichen Verträgen ziehen. Auch leuchtet die Rechtsfolge der Bindung an den Vertrag<sup>19</sup> hier eher ein, da es sich im Ergebnis um eine Naturalrestitution der Verletzung dieser Pflichten handelt. Überdies tref-

---

18 Grundlegend BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07 (Fn. 8), Rn. 57 ff., 69 ff.; wörtliches Zitat 3. Leitsatz und BAG 20.2. 2008 – 4 AZR 64/07 (Fn. 13); zustimmend Krause, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 605, 620 f.; dagegen Willemssen/Mehrens, NJW 2009, 1916, 1917 f.

19 Grundlegend BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07 (Fn. 8), Rn. 72 ff.

fen die Konsequenzen der Offenlegung auch die Gewerkschaft, die nach einer Entscheidung von 2012 zur Durchsetzung verbandsbezogener Tarifforderungen nicht mehr zu einem Warnstreik in dem jetzigen OT-Unternehmen aufrufen darf.<sup>20</sup> Die Beschränkung auf laufende Tarifverhandlungen wurde ebenfalls 2012 präzisiert, indem eine Unterrichtungspflicht über einen im Jahr 2002 erfolgten Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft während der laufenden Tarifverhandlungen der Tarifrunde 2007/2008 abgelehnt wurde.<sup>21</sup> Weiter legte das BAG 2009 ebenfalls konsequent klar, dass eine Mitteilungspflicht nur an die Gewerkschaft bestehe, für eine Mitteilung an einzelne Beschäftigte bestünde keine Anspruchsgrundlage.<sup>22</sup>

## b) Grundlage in der Verbandsverfassung

In der Entscheidung vom vergangenen Jahr hat das BAG klargestellt, dass „für die Entscheidung über die ausreichende Trennung der Bereiche von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Unternehmen in einem tarifschließenden Arbeitgeberverband ... ausschließlich die Satzung selbst heranzuziehen [ist], nicht dagegen ‚unterrangiges Vereinsrecht‘, z.B. eine Geschäftsordnung“.<sup>23</sup> Anders herum: Grundlage der Trennung muss die Satzung sein, andere Regelungen gelten nicht. Diese Aussage liegt in der Konsequenz einer früheren Entscheidungen des BAG, wonach die Trennung erst wirksam ist, wenn die zugrunde liegende Vorschrift im Vereinsregister eingetragen ist.<sup>24</sup> Daran ist zutreffend, dass Satzungsänderungen erst wirksam werden, wenn sie in die entsprechenden Register eingetragen sind. Weiter kann diese Voraussetzung ebenso wie die eben erwähnten Mitteilungspflichten der Transparenz dienen, indem sich beispielsweise Gewerkschaften oder potenzielle Mitglieder über den Status der OT-Mitglieder informieren können.<sup>25</sup>

---

20 BAG 19.6. 2012 – 1 AZR 775/10, NZA 2012, 1372.

21 BAG 21.11. 2012 – 4 AZR 27/11, AP Nr. 16 zu § 3 TVG Verbandsaustritt Rn. 31 ff. mit dem Hinweis, für ein weitergehendes Transparenzgebot im Sinne einer Mitteilungspflicht des Mitglieds oder des Verbands sei keine Anspruchsgrundlage gegeben (Rn. 32).

22 BAG 20.5. 2009 – 4 AZR 179/08, AP Nr. 27 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit, wo auch in § 2 Abs. 1 Ziffer 10 NachwG in Verbindung mit den zugrunde liegenden Richtlinien keine solche Grundlage gesehen wurde: Die Wirksamkeit einer Änderung gehe hier einer etwaigen Informationspflicht zeitlich vor.

23 BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2), Zitat Leitsatz 1, näher Rn. 35 ff. der Entscheidungsbegründung.

24 BAG 26.8. 2009 – 4 AZR 294/08, AP Nr. 28 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; siehe auch auch BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2), Rn. 38.

25 In diese Richtung auch *Stein*, Anmerkung zu BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13, AP Nr. 30 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit unter 3.

Es fragt sich aber, ob dieses Erfordernis den eben erwähnten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügt. Nach der bekannten Formel der Erforderlichkeit ist eine Anforderung unverhältnismäßig, wenn sich ihr Ziel auch mit milderem Mitteln erreichen lässt. Daher fragt sich, ob eine Regelung in der Satzung zwingend notwendig ist, um die Ziele des „Gleichlaufs von Verantwortlichkeit und Betroffenheit“ und der Transparenz zu erreichen. Es ist durchaus denkbar, dass beispielsweise eine Geschäftsordnungsregelung, gegebenenfalls in Verbindung mit Mitteilungen, diese Ziele ebenso wirksam erreicht. Auch wenn diese Möglichkeit recht umständlich und Mandanten daher eine Satzungsregelung immer zu empfehlen ist, ist die Satzungsregelung als Mindestanforderung daher unverhältnismäßig.

### III. Kriterien zur Abgrenzung

Damit ist die Frage nach den Konsequenzen für die innere Ausgestaltung des Arbeitgeberverbands aufgeworfen, der eine entsprechende Trennung gewährleisten will. Wie erwähnt, finden sich als Grundsätze in ständiger Rechtsprechung zwei Formeln: Es bedürfe „einer klaren und eindeutigen Trennung der Befugnisse von Mitgliedern mit und ohne Tarifbindung“ und es müsse „grundsätzlich [der] Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit“ gewährleistet sein.<sup>26</sup> Dabei war in der grundlegenden Entscheidung von 2008 die Satzung nicht zu beanstanden, die zunächst im Hinblick auf Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot, Transparenz und Eingriffe in die Verhandlungsparität überprüft wurde.<sup>27</sup>

Als Kernkriterium wurde die Formel entwickelt, eine unmittelbare Einflussnahme von OT-Mitgliedern auf tarifpolitische Entscheidungen sei nicht zulässig<sup>28</sup>. Die Beispiele für einen solchen unmittelbaren Einfluss werden textbausteinartig in mehreren Gerichtsentscheidungen wiederholt. So führte der 4. Senat 2008 wörtlich aus:

„OT-Mitglieder dürfen daher nicht in Tarifkommissionen entsandt werden, den Verband im Außenverhältnis nicht tarifpolitisch vertreten und nicht in Auf-

---

26 Grundlegend BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07 (Fn. 8), wörtlich 2. Leitsatz, siehe näher Rn. 38 ff. und 65 ff. der Urteilsbegründung; ebenso BAG 25.2. 2009 – 4 AZR 986/07, AP Nr. 40 zu § 3 TVG 1. Orientierungssatz; BAG 22.4. 2009 – 4 AZR 111/08, BAGE 130, 264 Leitsatz und Rn. 28 f.; verfassungsgemäß nach BVerfG 1.12. 2010 – 1 BvR 2593/09, NZA 2011, 60; BAG 20.5. 2009 – 4 AZR 179/08 (Fn. 22), 1. Orientierungssatz; BAG 21.11. 2012 – 4 AZR 27/11 (Fn. 21), 1. Orientierungssatz, Rn. 13 ff.; BAG 12.2. 2014 – 4 AZR 450/12, ZTR 2014, 330; BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2), Rn. 18.

27 BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07 (Fn. 8), Rn. 28 ff., 32, 33 ff.

28 BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07 (Fn. 8), Rn. 39 mit zahlreichen Nachweisen auf den (damaligen) Meinungsstand in der Literatur; BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2), Rn. 18.

sichtsorganen mitwirken, die die Streikfonds verwalten. Zudem sind sie von Abstimmungen auszuschließen, in denen die tarifpolitischen Ziele festgelegt oder Ergebnisse von Tarifverhandlungen angenommen werden.“<sup>29</sup>

Dahingestellt blieb, ob ein Wechsel in die OT-Mitgliedschaft auch zum Verlust entsprechender Ämter führen müsse.<sup>30</sup> Als Gegenbeispiel wird ebenfalls regelmäßig ausgeführt, die allgemeinen Mitwirkungsrechte eines „gewöhnlichen“ Vereinsmitglieds ohne originären Bezug zur Tarifpolitik des Verbands seien unbedenklich, ebenso „die Beteiligung bei der Erörterung tarifpolitischer Fragen mit beratender Stimme“.<sup>31</sup>

Präzisierungen finden sich naturgemäß nur fallbezogen. So ist der 4. Senat generell großzügiger, wenn eine Satzung insgesamt eine geringe Regelungsintensität aufweist.<sup>32</sup> Den sorgfältigen Juristen irritiert das ein wenig: Warum sollte eine geringere Regelungsintensität besser geeignet sein, ein Ziel zu erreichen, als eine hohe? Das ist umso merkwürdiger, als in einem Entscheidungsfall in den nur mit T-Mitgliedern zu besetzenden Tarifausschuss zu den geborenen Mitgliedern „gegebenenfalls zusätzliche Mitglieder“ durch den Vorstand zu berufen waren, dem seinerseits auch OT-Mitglieder angehören konnten und es dem BAG bereits genügte, dass OT-Mitglieder im Ausschuss kein Stimmrecht hatten.<sup>33</sup> Noch merkwürdiger ist, dass es der 4. Senat ausdrücklich dahinstehen ließ, ob eine

„satzungswidrige Praxis im Verbandsgeschehen – insbesondere bei geringer Regelungsintensität und nur sehr allgemeiner und pauschaler Abgrenzung der beiden Mitgliedsformen – dazu führen kann, dass von einer nicht ausreichenden Trennung auszugehen ist“.<sup>34</sup>

In einer weiteren Entscheidung führte der 4. Senat zwar ausführlich aus, dass und warum eine beratende Teilnahme von OT-Mitgliedern an tarifpolitischen Entscheidungen möglich ist.<sup>35</sup> Demgegenüber wurde nicht beanstandet, dass die T-Mitglieder des sozialpolitischen Beirats vom Vorstand „berufen“ werden, während auch OT-Mitglieder zum Vorstand ge-

29 BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07 (Fn. 8), Rn. 39; nahezu wortgleich BAG 22.4. 2009 – 4 AZR 111/08 (Fn. 26), Rn. 29 bestätigt BVerfG 1.12. 2010 – 1 BvR 2593/09 (Fn. 26) und BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2), Rn. 19.

30 So *Buchner*, NZA 2006, 1377, 1381 f.

31 BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07 (Fn. 8), Rn. 39; ebenso BAG 25.2. 2009 – 4 AZR 986/07 (Fn. 26), Rn. 35; BAG 22.4. 2009 – 4 AZR 111/08 (Fn. 26), Rn. 29, siehe auch Rn. 38; zur Beratung näher BAG 20.5. 2009 – 4 AZR 179/08 (Fn. 22), Rn. 24; BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2), Rn. 19.

32 BAG 25.2. 2009 – 4 AZR 986/07 (Fn. 26), Rn. 34; ausführlicher BAG 12.2. 2014 – 4 AZR 450/12 (Fn. 26).

33 *Stein*, Anmerkung zu BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13, AP Nr. 30 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit in Bezug auf BAG 25.2. 2009 – 4 AZR 986/07 (Fn. 26).

34 BAG 25.2. 2009 – 4 AZR 986/07 (Fn. 26), Rn. 34.

35 BAG 20.5. 2009 – 4 AZR 179/08 (Fn. 22), Rn. 24.

hören konnten.<sup>36</sup> Insgesamt scheint bisher ausgerechnet der Vorstand für weniger relevant angesehen zu werden; so war es nach einer Entscheidung von 2012 für die Wirksamkeit der OT-Mitgliedschaft ohne Belang, dass die Satzung keine ausdrückliche Regelung für den – hypothetischen – Fall vorsah, dass alle Vorstandsmitglieder OT-Mitglieder sind.<sup>37</sup>

Das Hauptbeispiel für eine nicht hinreichende Trennung bildete bis 2015 eine Entscheidung von 2009,<sup>38</sup> nach der der Wechsel in die OT-Mitgliedschaft nicht möglich war in einem Arbeitgeberverband, dessen Satzung den unmittelbaren Einfluss von OT-Mitgliedern auf Entscheidungen über die Verwendung eines Arbeitskampffonds vorsieht – eine immerhin einleuchtende Konstellation.

Ein Ansatz zu mehr Rechtssicherheit findet sich in einer wenig beachteten Entscheidung von 2014: Danach werden

„vor allem durch Regelungen, die bei Beschlussfassung über Tariffragen und Arbeitsk Kampfmaßnahmen für ‚Mitglieder ohne Tarifbindung‘ das Stimmrecht ausschließen, ... die erforderliche Kongruenz von Mitentscheidungsrecht und Bindung an die Tarifabschlüsse hinreichend klar und deutlich sowie einschränkungslos hergestellt“.<sup>39</sup>

Demgegenüber ist die aktuelle Entscheidung deutlich restriktiver.<sup>40</sup> Sie stellt drei in den Leitsätzen zum Ausdruck kommende Voraussetzungen auf:

- Sieht die Satzung die Besetzung tarifpolitischer Gremien (z.B. Tarifkommission) durch ein anderes Vereinsorgan (z.B. Vorstand, Mitgliederversammlung) vor, dürfen die nicht tarifgebundenen Verbandsmitglieder auf diese Auswahlentscheidung keinen Einfluss haben.
- Eine nach der Satzung auch nur mögliche unmittelbare Einflussnahme von OT-Mitgliedern auf tarifpolitische Entscheidungen des Verbands ist nicht zulässig.
- Nicht nur die Wählbarkeit (passives Wahlrecht), sondern auch das aktive Wahlrecht ist allein den tarifgebundenen Mitgliedern des Verbands vorbehalten, weil nur sie von den zu verhandelnden und abzuschließenden Tarifverträgen betroffen sind.

---

36 Dazu *Stein*, Anmerkung zu BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13, AP Nr. 30 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit.

37 BAG 21.11. 2012 – 4 AZR 27/11 (Fn. 21), Rn. 25. In dieser Entscheidung finden sich weitere Ausführungen zu den Anforderungen an Transparenz (Rn. 28 ff.).

38 BAG 22.4. 2009 – 4 AZR 111/08 (Fn. 26), Rn. 38; dazu BVerfG 1.12. 2010 – 1 BvR 2593/09 (Fn. 26).

39 BAG 12.2. 2014 – 4 AZR 450/12 (Fn. 26), Zitat 2. Leitsatz sowie Rn. 14.

40 Dazu und zu Folgendem BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2).

Neu ist hier vor allem, dass entgegen den Formulierungen früherer Entscheidungen nicht nur tatsächliche, sondern bereits potenzielle Einflussnahme genügt. Auch die Einzelheiten des Wahlrechts wurden – wie erwähnt – bereits anders gesehen. Immerhin wird auch hier wieder Großzügigkeit bei Satzungen mit geringerer Regelungsdichte angedeutet. Jedoch müssten

„gerade dann ... derartige allgemeine Bestimmungen hinreichend klar und zweifelsfrei jede Mitwirkungsmöglichkeit von OT-Mitgliedern an tarifpolitischen Entscheidungen des Verbandes ausschließen“.<sup>41</sup>

Eine Bewertung dieser Kriterien im Einzelnen würde hier nicht nur den Rahmen sprengen, sondern sie ist kaum möglich, weil alle Vorgaben überaus vage sind. Gab früher die Formel vom unmittelbaren Einfluss und die der Mitwirkungsrechte immerhin Anhaltspunkte, genügt ohne ausdrückliche Rechtsprechungsänderung jetzt bereits ein potenzieller Einfluss. Die Übergänge zum bisher zulässigen mittelbaren Einfluss werden daher immer fließender. Bedenklich ist das nicht nur aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit, sondern weil derart vage Kriterien mit schwerwiegender Rechtsfolge kaum verhältnismäßig sein können.

Inhaltlich seien zumindest zwei Anmerkungen erlaubt. Wie bereits erwähnt, ist die durchgängig großzügigere Bewertung von Satzungen „mit geringer Regelungsdichte“ sowohl aus den Aspekten der Rechtssicherheit als auch der Verhältnismäßigkeit wenig einsichtig. Fraglich ist vor allem auch, warum ein potenzieller satzungsmäßiger Einfluss der OT-Mitglieder stärker gewertet wird als in der früheren Entscheidung eine satzungswidrige Praxis. Wenn Ziel der richterlichen Kontrolle ist, die OT-Mitglieder aus tarifpolitischen Entscheidungen herauszuhalten und den „Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit“ zu sichern, kommt es dann nicht mehr auf tatsächlichen denn auf potenziellen Einfluss an?<sup>42</sup>

Einen weiteren Aspekt wirft vor dem Hintergrund von Rechtssicherheit und Verhältnismäßigkeit die aktuelle Entscheidung auf. Der Übertritt in den Wirtschaftsverband (BDE) war hier bereits 2002 erfolgt, also einige Jahre vor der Grundsatzentscheidung des BAG von 2006<sup>43</sup> zur OT-Mitgliedschaft und von 2008<sup>44</sup> zu den maßgeblichen Anforderungen an die Satzung. Auch wenn das BAG das Recht nicht ändert, sondern selbstverständlich nur anwendet, war doch 2002 ein gewisses hellseherisches Talent dafür erforderlich, eine diesen Anforderungen genügende Satzung

41 BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2), Rn. 21 unter Bezugnahme auf die eben erwähnte Entscheidung BAG 12.2. 2014 – 4 AZR 450/12 (Fn. 26).

42 Anders offenbar *Stein*, Anmerkung zu BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13, AP Nr. 30 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit.

43 BAG 18.7. 2006 – 1 ABR 36/05, BAGE 119, 103.

44 BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07 (Fn. 8).

zu verabschieden. Es ist sicher nicht fernliegend, das vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit zumindest mit zu berücksichtigen.

#### **IV. Konsequenzen von Fehlern in der Satzungsgestaltung**

Da sich Verhältnismäßigkeit nach dem Zusammenspiel von Voraussetzungen und Folgen bestimmt, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen von Fehlern bei der Gestaltung der verbandsinternen Voraussetzungen der OT-Mitgliedschaft. Zumindest bei früheren T-Mitgliedern ist das – wie oben erörtert – in letzter Konsequenz die Tarifbindung, die einen erheblichen Einschnitt bedeuten kann. Wie der Entscheidungsfall von 2015 zeigt, kann die Personalkalkulation eines Unternehmens für mehrere Jahre obsolet werden und erhebliche Nachzahlungen können die Folge sein.

Daher stellt sich die Frage, was ein Unternehmen und ein Verband – die tatsächliche Unzulänglichkeit der Satzung unterstellt – tun können, um diese schwerwiegende Rechtsfolge zu verhindern. Der Sachverhalt und die Entscheidungsgründe geben folgende Anhaltspunkte: die Auslegung der Austrittserklärung, die „Nachbesserung“ der Satzung, Aspekte des Vertrauensschutzes und die Auslegung des später abgeschlossenen Tarifvertrags. Zuletzt soll noch kurz auf die bisher höchstrichterlich nicht entschiedene Frage eingegangen werden, welche Kriterien zur Anwendung kommen, wenn ein Arbeitgeber, der vorher nicht T-Mitglied war, als OT-Mitglied (neu) eintritt.

##### **1. Auslegung der Austrittserklärung**

Das LAG hatte die Erklärung des Beklagten, den Arbeitgeberverband zu verlassen, aber „selbstverständlich“ im Wirtschaftsverband bleiben zu wollen, als hilfswise vollständigen Austritt aus dem Gesamtverband auslegen wollen, wenn die OT-Mitgliedschaft nicht möglich sei. Im Entscheidungsfall ist dem BAG Recht zu geben, das dieser Auslegung nicht folgen wollte.<sup>45</sup> Der Wortlaut der Erklärung gibt dafür wenig Anhaltspunkte und die Beklagte scheint sich in den folgenden Jahren durchaus als Mitglied des Wirtschaftsverbands gefühlt zu haben. Allerdings will das BAG die Möglichkeit eines hilfswise vollständigen Austritts offenbar nicht ausschließen – ein Weg für zukünftige Fälle.

##### **2. „Nachbesserung“ der Satzung**

Ähnliches gilt für die Satzungsänderungen, die im Entscheidungsfall nach 2002 stattgefunden hatten. Hier wollte die erste Änderung von 2006/2007 offenbar auf die Entscheidungen des 4. Senats bis 2005 reagieren, die die OT-Mitgliedschaft noch als Problem der Tarifzuständigkeit gese-

---

45 BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2), Rn. 52 ff.

hen hatten.<sup>46</sup> Vor dem Hintergrund der – insoweit zutreffenden – inzwischen ständigen Rechtsprechung hilft das wenig weiter. Die zweite Änderung war für die Entscheidungsproblematik ohne Belang.

Liegt anders als im Entscheidungsfall eine tatsächliche Nachbesserung der Satzung vor, also eine gelungene Anpassung an die richterrechtlichen Vorgaben, muss zeitlich gelten, dass sie zumindest eine Bindung an diejenigen Tarifverträge ausschließt, die nach ihrem Inkrafttreten (bei Satzungen also der Eintragung ins Vereinsregister) abgeschlossen werden.<sup>47</sup> Auch wenn zum Zeitpunkt des Austritts noch keine wirksame Grundlage bestand, wäre es unverhältnismäßig, Arbeitgeber noch an Tarifverträge zu binden, auf deren Zustandekommen sie nach der nunmehr geltenden Satzung keinen Einfluss (mehr) haben.

### 3. Vertrauensschutz

Mit ziemlich harschen Worten wird in der Entscheidungsbegründung in neun Jahren entstandener Vertrauensschutz der Arbeitsvertragsparteien abgelehnt: Die entsprechende Annahme des LAG entbehre „jeder rechtlichen Grundlage“.<sup>48</sup> Zur Begründung wird angeführt, der klagende Arbeitnehmer habe von dem Austritt seines Arbeitgebers nichts gewusst. Auch diese Feststellung bringt immerhin das Potenzial mit, zukünftig Arbeitnehmer über Wechsel in OT-Mitgliedschaften zu informieren, damit eine Art negative betriebliche Übung entstehen kann. Das empfiehlt sich schon deshalb, um die vom 4. Senat in einem anderen Urteil für möglich gehaltenen Ansprüche aus positiver betrieblicher Übung nach Wechsel in OT-Mitgliedschaft zu verhindern.<sup>49</sup>

Außer an eine Bildung von Vertrauen zwischen den Arbeitsvertragsparteien wäre auch noch an Vertrauensschutz gegenüber dem Arbeitgeberverband zu denken. Dieses könnte allerdings keine Drittwirkung haben. Zu beachten ist aber, dass für den Vertrauensschutz von Arbeitnehmern dasselbe gelten muss wie für Arbeitgeber, wenn diese beispielsweise im Vertrauen auf Nichtanwendbarkeit des Tarifvertrags eine tarifliche Ausschlussfrist nicht eingehalten haben.

### 4. Auslegung des Tarifvertrags

Anders als die Arbeitsvertragsparteien waren aber die Tarifvertragsparteien davon ausgegangen, dass der Beklagte – wie auch andere OT-Mit-

---

46 BAG 23.2. 2005 – 4 AZR 186/04 (Fn. 2).

47 Anders offenbar *Stein*, Anmerkung zu BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13, AP Nr. 30 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit unter 3.

48 BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2), Rn. 58.

49 BAG 21.11. 2012 – 4 AZR 27/11 (Fn. 21), Rn. 34.

glieder – nicht zu den vom Tarifvertrag erfassten Arbeitgebern gehörte. Es stellt sich also die Frage, ob das nicht in der Auslegung des Tarifvertrags berücksichtigt werden muss, der auch ausdrücklich eine entsprechende Bestimmung seines Geltungsbereichs enthielt. Das BAG verneint diese Frage mit dem Hinweis, „die weitreichenden Folgen, die bei einer konstitutiven Beschränkung des persönlichen Geltungsbereichs“ eintreten, sprächen gegen eine Auslegung, wonach der Tarifvertrag auf die „jeweils aktuellen“ Mitglieder beschränkt sei.<sup>50</sup> Eine Nachwirkung und Allgemeinverbindlicherklärung sei dann nicht möglich, es sei daher nur von einem deklaratorischen Hinweis auf § 3 Abs. 1 TVG auszugehen.

Diese Auslegung legt aber ihrerseits eine Auslegung zugrunde, die fragwürdig ist, da sie mit der überholten früheren Ansicht des 4. Senats bei der Tarifzuständigkeit ansetzt. Die Geltungsbereichsbestimmung des Tarifvertrags<sup>51</sup> kann durchaus so auszulegen sein, dass sie nur eine unmittelbare Tarifbindung der jeweiligen Mitglieder und damit eben gerade nicht der OT-Mitglieder auslösen möchte, ohne damit eine Nachbindung oder Allgemeinverbindlicherklärung auszuschließen – ebenso, wie Gewerkschaften auch keine Bindung von Außenseitern verhindern können und wollen.<sup>52</sup> Das entspricht auch den subjektiven Willen der vertragsschließenden Parteien, die für „ihre“ tarifgebundenen Mitglieder verhandeln.

Die Frage, wer an den Vertrag gebunden sein soll, gehört zum schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags, so dass die subjektive Auslegung Grundlage sein muss. Immerhin legen beide Parteien – insbesondere die Gewerkschaft! – ihrer jeweiligen Verhandlungsstrategie bestimmte Mitglieder der Gegenseite zugrunde. Wie die Transparenzpflichten zeigen, ist die Gewerkschaft an Überraschungen in dieser Hinsicht wenig interessiert. Es entspricht auch nicht den Regeln der Vertragsauslegung, eine Klausel grundsätzlich als deklaratorisch aufzufassen.<sup>53</sup> Wenn Vertragsparteien etwas regeln, wollen sie damit grundsätzlich eine Rechtsfolge erzielen und nicht nur auf das Gesetz hinweisen. Eine sinnvolle Auslegung des Tarifvertrags kann gerade in Fällen wie dem Entscheidungsfall von 2015 eine gute Basis für eine interessengerechte und verhältnismäßige Lösung bieten.

## 5. Konsequenzen für neu eingetretene Mitglieder

Bisher nicht höchstrichterlich entschieden ist, welche Konsequenzen die „fehlerhafte“ Satzungsgestaltung hat, wenn ein neu eingetretenes Mitglied

---

50 BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2), Orientierungssätze 4 und 5, Rn. 61 ff.

51 Zitiert BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2), Rn. 61.

52 Ähnlich *Bauer/Haußmann*, RdA 2009, 99, 102; *Thüsing/Stelljes*, Verbandsmitgliedschaft und Tarifgebundenheit, ZfA 2005, 527, 572 f.

53 BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13 (Fn. 2), Rn. 68.

von vornherein OT-Mitglied ist. Anders als in den bisherigen Entscheidungsfällen lag in diesen Fällen nie eine Tarifbindung vor und wenn die Auslegung der Beitrittserklärung gerade ergibt, dass sie nicht gewollt ist, kann in diesen Fällen keine T-Mitgliedschaft fingiert werden – schon deshalb, weil unklar sein kann, auf welchen Tarifvertrag sich die Bindung beziehen soll.<sup>54</sup> Aber auch sonst kann das Ergebnis kein anderes sein. Eine auf OT-Mitgliedschaft gerichtete Beitrittserklärung als unbeachtlichen Rechtsfolgenirrtum zu qualifizieren, führte zu einem eindeutig unverhältnismäßigen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit.<sup>55</sup>

Um dem Trennungsgebot Rechnung zu tragen, ist daher die Mitgliedschaft unwirksam. Zur Begründung ist aber kein Umweg über § 134 BGB und eine Parallele zur Durchbrechung des Abstraktionsprinzips erforderlich,<sup>56</sup> sondern eine Anwendung der allgemeinen Regeln genügt. Nach seiner Satzung kann der Verband keine OT-Mitgliedschaft anbieten. Ist die Willenserklärung eindeutig auf OT-Mitgliedschaft gerichtet, liegt daher eine perplexer Willenserklärung<sup>57</sup> oder gegebenenfalls ein Dissens vor: Wer sich verwählt hat und am Telefon eindeutig in einen Fitnessclub eintreten möchte, kann damit auch nicht tarifgebunden werden.<sup>58</sup> Ist die Willenserklärung nach dem objektiven Empfängerhorizont nicht eindeutig,<sup>59</sup> ist in der Regel eine Anfechtung möglich und der Beitrittskandidat hat damit ein Wahlrecht, ob er als T-Mitglied im Verband bleibt. Wenn der Beitrittskandidat länger im Verband bleibt und „wie ein T-Mitglied agiert“,<sup>60</sup> ist zu fragen, ob darin ein konkludenter Beitritt liegt, was indes eindeutig zum Ausdruck kommen muss.

## V. Fazit

Das Fazit kann kurz ausfallen: Die Rechtsprechung des BAG ist sicherlich geeignet, den Schutz des Tarifvertrags vor Fremdbestimmung zu gewährleisten. Sie übertreibt damit aber in einem rechtsstaatlich kaum mehr ver-

54 *Löwisch/Rieble* (Fn. 1) § 3 Rn. 54, 90 ff.; *Stein*, Anmerkung zu BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13, AP Nr. 30 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit unter 3; siehe auch *Junker*, SAE 1997, 172, 177 ff.; *Thüsing/Stelljes*, ZfA 2005, 527, 570 f.

55 Ähnlich *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 3 Rn. 91.

56 So aber *Stein*, Anmerkung zu BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13, AP Nr. 30 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit unter 3.

57 So auch *Thüsing/Stelljes*, ZfA 2005, 527, 570 f.

58 Anders offenbar *Deinert*, AuR 2006, 217, 223 f.

59 Für die Annahme dieser Konstellation ist wegen der unterschiedlichen Rechte und Pflichten aber Vorsicht geboten, vgl. *Stein*, Anmerkung zu BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13, AP Nr. 30 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit unter 3.

60 Zu dieser Konstellation *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 3 Rn. 90 unter Verweis auf *Bayreuther*, BB 2007, 325, 326 ff.; *Deinert*, AuR 2006, 217, 223 f. sowie *Thüsing/Stelljes*, ZfA 2005, 527, 570, 571.

trebarem Maße. Die Vorgaben für die OT-Mitgliedschaft der letzten Jahre waren in mehrfacher Hinsicht unverhältnismäßig und – beinahe noch schwerwiegender – durch vage und teilweise widersprüchliche<sup>61</sup> Vorgaben nicht geeignet, die hier dringend erforderliche Rechtssicherheit zu gewährleisten.

---

61 So auch *Stein*, Anmerkung zu BAG 21.1. 2015 – 4 AZR 797/13, AP Nr. 30 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit unter 4.

## Diskussion\*

Zu Beginn der Diskussion stellte Dr. *Mario Eylert* die Frage, warum Tarif- und unabhängige Verbände unter einem Dach gemischt werden müssten. Seiner Meinung nach wäre eine klare Trennung hier doch sinnvoll. Außerdem merkte er inhaltlich zum Vortrag an, dass die erwähnte Entscheidung des BAG von 2015 – was selbstverständlich ohne Einblick in das Verfahren nicht bekannt sein konnte – mit einer sehr ausführlichen Verfassungsbeschwerde beim BVerfG gewesen war. Dieses hatte die Verfassungsbeschwerde enttäuschenderweise jedoch mit einem Dreizeiler verworfen. Die Referentin meinte dazu bestätigend, dass auch eine andere Verfassungsgerichtsentscheidung zu diesem Problem aus 2012 mehr als kurz gewesen sei. Man hätte sich auch da bereits weniger vage Erklärungen gewünscht.

Im Folgenden gab Professor Dr. *Clemens Höpfner* zu bedenken, dass er die Qualifikation des nach der jeweiligen Satzung zugelassenen Abstimmens eines OT-Mitglieds als konkludenten Tarifbeitritt für fraglich halte, da es seiner Meinung nach am Rechtsbindungswillen fehle. Würde man nämlich dem BAG folgen, müssten alle Tarifverträge unwirksam sein, da in jedem Urteil bekräftigt werde, dass der Verband sich in tarifpolitischen Entscheidungen nicht durch OT-Mitglieder vertreten lassen dürfe. Er sehe diese Problematik zutreffend daher auch nicht als Problem des Tarifvertrags, sondern der Vertretung eingeordnet. Die Referentin hielt diese Ansätze für spannend und befürwortete eine Lösung über Vertretungsregelungen, wenn die Vertreter nach Kompetenz ausgewählt würden. Bei keiner Lösung dürfte die Tarifautonomie beschädigt werden.

Professor Dr. *Richard Giesen* fragte sich anschließend, wie weit der Gleichlauf zwischen Verantwortung und Beteiligung getrieben werden könne. Probleme werden sich im Rahmen der Verbandstarifverträge künftig zeigen. Weiter denke er, dass, nachdem im Fall eines Neueintritts keine Fiktion der Tarifbindung eintrete, die Lösung in einer Kombination aus einem Austritt, einer ca. sechsmonatigen Wartezeit (entsprechend § 613a BGB) und einem erneuten Neueintritt liegen könnte. Die Referentin stimmte ihm diesbezüglich zu. Sie gab aber zu bedenken, dass die Gefahr bestünde, dass dieses Vorgehen zumindest in besonderen Konstellationen als Rechtsmissbrauch gewertet werden könnte. Somit bestünde dennoch eine gewisse Rechtsunsicherheit.

*Urban Sieberts* von der Arbeitsrechtlichen Vereinigung Hamburg e.V. antwortete auf die eingangs gestellte Frage, warum nicht die Verbandsstrukturen getrennt werden würden. Die Organisation unter einem Ver-

---

\* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Felisa Frey*.

bandsdach würde Kosten und Aufwand wie etwa doppeltes Briefpapier sparen. Außerdem böten sie die OT-Mitgliedschaft oft auch als Schnuppermitgliedschaft an, von welcher dann durch diese Organisationsform leichter in eine normale Mitgliedschaft gewechselt werden könne, nachdem die Mitglieder an einen Tarifvertrag gewöhnt worden sind. Des Weiteren seien so auch Durchgangsstadien denkbar.

Abschließend fragte *Stefan Brettschneider* vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., ob auch Dachverbände, bei denen eigentlich nur Verbände Mitglieder seien, eine OT-Mitgliedschaft anbieten könnten. Die Konsequenz einer verfehlten OT-Mitgliedschaft in Spitzenverbänden werde seiner Ansicht nach immer komplizierter. Die Referentin hielt das für ein sehr theoretisches Problem. Da die Organisation dann kein Arbeitgeberverband sei, müsse wohl auch schon die Tariffähigkeit verneint werden.



---

# Tarifliche Ausbildungskostenumlage zu Lasten Soloselbständiger

*Volker Rieble*

	Seite
I. Soloselbständige als Bedrohung der Arbeitsmarktkollektive .....	66
II. Tarifliche Ausbildungskostenumlage für Soloselbständige als Abwehrmaßnahme.....	68
1. Drei Branchen mit Ausbildungskostenumlage.....	68
a) Schornsteinfeger .....	68
b) Bauwirtschaft.....	69
c) Dachdecker .....	69
2. »Funktionslogik« der Ausbildungskostenumlage.....	70
a) »Gerechte« Verteilung der Ausbildungslasten.....	70
b) Bekämpfung der Scheinselbständigkeit .....	71
c) »Reduktion von Wettbewerbsverzerrungen« und Marktverdrängung der Soloselbständigen.....	72
3. Erste Diskussion.....	73
III. Zentralfrage: Tarifmacht gegenüber Unternehmern ohne Arbeitnehmer?.....	75
1. Keine Tarifmacht der Arbeitgeberseite für arbeitnehmer- lose Unternehmen .....	75
2. Soloselbständige in der Gewerkschaft .....	77
3. Keine Sondertarifbindung kraft Allgemeinverbindlich- erklärung .....	77
IV. Gleichbehandlungsprobleme der Ausbildungskostenumlagen .....	78
V. Kartellrechtswidrigkeit von Ausbildungskostenumlagen.....	78
VI. Rechtswegefragen .....	81
1. Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte.....	81
2. Zuständigkeit der Kartellgericht gem. § 87 Satz 2 GWB.....	82
VII. Fazit .....	83
Diskussion .....	85

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts* (München 2017), S. 65-84

## I. Soloselbständige als Bedrohung der Arbeitsmarkt-kollektive

Soloselbständige sind Unternehmer, die keine Arbeitnehmer beschäftigen und selbst weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnliche Person sind. Sie verwerten ihre Arbeitskraft – in der Regel mit Dienstleistungen – unmittelbar am Markt, haben dort Kunden und werden für erbrachte Leistung vergütet. Für sie spielt das Arbeitsrecht keine Rolle: Sie beschäftigen nur sich selbst, brauchen Arbeitsgesetze nicht zu beachten, allgemeinverbindliche Tarifverträge sind für sie so irrelevant wie der gesetzliche Mindestlohn. Als Selbständige sind sie nicht »beschäftigt« i.S.v. § 7 SGB IV und müssen für sich selbst grundsätzlich keine Sozialabgaben abführen. Eine erhebliche Ausnahme macht § 2 SGB VI: Bestimmte Selbständige sind von der Rentenversicherungspflicht erfaßt, insbesondere selbständige Handwerker, die in die Handwerksrolle eingetragen sind (§ 2 Satz 1 Nr. 8 SGB VI).

Diese Vorteile machen Soloselbständigkeit wettbewerblich attraktiv. Manchen eröffnet die Flucht in die Selbständigkeit eine Beschäftigungsperspektive. Die zunehmende Regulierung des Arbeitsmarktes durch allgemeinverbindliche Tarifvorgaben erschwert die Flucht in die Tariflosigkeit – das legt manchen die Flucht aus dem Arbeitsrecht in die »Ein-Mann-Selbständigkeit« nahe. Auch Juristen ist das nicht fremd: Nicht wenige freischaffende Rechtsanwälte sind als angestellte Juristen gescheitert und „zur Selbständigkeit verdammt« (»Push-Gründungen«). Die Selbständigkeit ist ein Ausweg aus Beschäftigungsproblemen, mündet aber vielfach in eine wirtschaftlich nur wenig ertragreiche Tätigkeit in unteren Einkommensklassen<sup>1</sup>. Eben dies wurde von der Bundesagentur als »Ich-AG« eigens gefördert. Von 2000 bis 2010 hat die Anzahl der Soloselbständigen in Deutschland um 32% zugenommen, die Zahl der Selbständigen mit eigenen Beschäftigten nur um 3%.<sup>2</sup> Eher Gespenst als feststellbare Realität ist die gefühlte Bedrohung durch »Click- und Crowd-

---

1 Statistische Erkenntnisse bei *Mai/Marder-Puch*, Selbstständigkeit in Deutschland, *Wirtschaft und Statistik* 2013, 482 ff., sowie *Seifert/Amlinger*, Selbständige mit Werkvertrag. Zur sozialen Lage einer heterogenen Erwerbsform, *SozF* 2016, 179, 182 ff.

2 BMAS-Forschungsbericht 423, Solo-Selbständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe (2011), S. 4 Tabelle 1; S. 15 Abbildung 8 zu den Motiven solcher Existenzgründer; S. 21 Tabelle 9 zu den Erwerbsverläufen [[www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/fb-423-solo-selbststaendige-deutschland-pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/fb-423-solo-selbststaendige-deutschland-pdf.pdf?__blob=publicationFile) | 17.8.2016]; *Koch/Rosemann/Späth*, Soloselbständige in Deutschland (2011), S. 13 ff [[library.fes.de/pdf-files/wiso/07831-20110309.pdf](http://library.fes.de/pdf-files/wiso/07831-20110309.pdf) | 12.9.2016].

worker«<sup>3</sup>, die über das Internet zu kleinen Arbeitsaufträgen herangezogen werden. Seit 2012 nimmt die Selbständigkeit wieder ab – und mit ihr die Soloselbständigkeit. Bedeutende Ausnahme ist das Baugewerbe: Von 2011 bis 2014 gab es dort einen Zuwachs um 12.000 Selbständige (davon 89% Soloselbständige). Damit wuchs die Selbständigenzahl mit 2,4% schwächer als die Arbeitnehmerzahl mit 3%.<sup>4</sup> Von 2003 bis 2013 hat die Anzahl der Selbständigen im Baugewerbe mit eigenen Arbeitnehmern um 6% zugenommen, dagegen wuchs die Zahl der Soloselbständigen um 60%, also 94.000 Personen<sup>5</sup>. Dieses Phänomen geht einher mit den »werkstattlosen Handwerkern«, die als »mobile Generalisten« mehrere Gewerke aus einer Hand anbieten. Von den 2014 notierten 120.000 werkstattlosen Handwerksbetrieben seien 63% Ein-Mann-Betriebe.<sup>6</sup>

Rechtlich scharf zu trennen von diesen »echten« Soloselbständigen sind die Scheinselbständigen, die bei rechtlich richtiger Betrachtung abhängig beschäftigt sind: Wer einen »Soloselbständigen« als Subunternehmer einschaltet, diesen mit Arbeitsweisungen steuert, beschäftigt einen Arbeitnehmer, schuldet selbstredend den Mindestlohn des Baugewerbes und SoKa-Beiträge und macht sich bei Nichtabführen der Sozialversicherungsbeiträge und entsprechendem Vorsatz nach § 266a StGB strafbar. Scheinselbständige sind normale Arbeitnehmer. Rechtlich selbständig sind die arbeitnehmerähnlichen Personen, aber wirtschaftlich von einem Auftraggeber so abhängig, daß sie in mancherlei Hinsicht wie Arbeitnehmer geschützt werden. Für sie können arbeitnehmergleich Tarifverträge nach § 12a TVG geschlossen werden; für sie gibt es eine besondere Rentenversicherungspflicht nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI.

Aus Sicht der Arbeitsmarktkollektive ist die Soloselbständigkeit schädlicher Unterbietungswettbewerb: Soloselbständige nehmen den Unternehmen, die Arbeitnehmer beschäftigen, Aufträge weg und mindern damit generell die Beschäftigung von Arbeitnehmern: Jeder Soloselbständige könnte aus dieser Sicht auch Arbeitnehmer sein. Damit hätte die Bauwirtschaft mit ihren kraft Staatshilfe mächtigen Kollektivakteuren von 2003 bis 2013 94.000 »Tarifuntertanen« verloren, weil dieser Zuwachs an Soloselbständigen zu ihren Lasten ging.

---

3 Dazu etwa *Däubler/Klebe*, Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht? NZA 2015, 1032.

4 Dazu *Brenke*, Selbständige Beschäftigung geht zurück, DIW Wochenbericht Nr. 36.2015, S. 790 [[www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.513229.de/15-36-3.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.513229.de/15-36-3.pdf) | 20.9.2016].

5 *Dummert*, Der Arbeitsmarkt im Bausektor 2014 (2015), S. 9 ff. = IAB-Auftragsstudie [[doku.iab.de/externe/2015/k151210301.pdf](http://doku.iab.de/externe/2015/k151210301.pdf) | 17.8.2016]

6 Das ermittelte der »hagebau report 2015«; dazu [www.marktdaten.de/download/upload/Pressespiegel/PM-01-16.pdf](http://www.marktdaten.de/download/upload/Pressespiegel/PM-01-16.pdf) [17.8.2016]

## II. Tarifliche Ausbildungskostenumlage für Soloselbständige als Abwehrmaßnahme

Von der Soloselbständigkeit bedrohte Tarifparteien haben wenig Möglichkeiten, die Tätigkeit jener Ein-Mann-Unternehmen anzugreifen. Soweit sie wirklich selbständig sind, gelten Tarifverträge für sie nicht. Jeder Versuch, einem Kleinunternehmer die »Arbeitsbedingungen« gegenüber sich selbst vorzugeben, mißriete ins Absurde. Diese Absurdität versuchen Tarifparteien seit kurzem mit Ausbildungskostenumlagen zu überwinden, die gerade auch arbeitnehmerlose Selbständige zur Finanzierung der dualen Berufsausbildung heranziehen: Die Ausbildungskosten werden den ausbildenden Betrieben von einer Ausgleichskasse teilweise erstattet – und sollen von den Arbeitgebern und Soloselbständigen als mittelbaren Nutznießern durch Beiträge an die Ausgleichskasse als gemeinsame Einrichtung finanziert werden. Weil kein Soloselbständiger Mitglied eines Arbeitgeberverbands ist, funktioniert das nur durch den Zwangsanschluß durch Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG. Dort ist seit dem »Tarifautonomiestärkungs«-Gesetz in Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 eine solche Ausbildungskostenumlage (in unbeholfenen Worten) eigens ermöglicht.

### 1. Drei Branchen mit Ausbildungskostenumlage

#### a) Schornsteinfeger

Die »Erfinderehre« gebührt den Tarifparteien der Schornsteinfeger: Sie haben 2012 die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung nach § 4 Abs. 2 TVG vereinbart: die Ausbildungskostenausgleichskasse im Schornsteinfegerhandwerk (AKS) GmbH<sup>7</sup>. Seit 2013 erhebt diese Beiträge – und zwar auch von Soloselbständigen. Der zugrundeliegende und für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag über die Förderung der beruflichen Ausbildung im Schornsteinfegerhandwerk vom 24.9.2012 regelt<sup>8</sup>:

»§ 1 Geltungsbereich

Der Tarifvertrag gilt ...

Fachlich: für alle Betriebe des Schornsteinfegerhandwerks. Das sind alle Betriebe, die zulassungspflichtige Tätigkeiten nach § 1 Abs. 2 in Verbindung mit Anlage A Nr. 12 HwO ausüben.

...

§ 7 Beiträge

<sup>7</sup> [www.ausbildungskasse.de/index.php](http://www.ausbildungskasse.de/index.php) [17.8.2016]. Dort finden sich auch die maßgeblichen Tariftexte. Hervorhebung von mir.

<sup>8</sup> Allgemeinverbindlicherklärung vom 26.3.2013, bekanntgemacht BAnz AT 4.4.2013 B1. Hervorhebung von mir.

(1) Die Mittel für die Ausgleichszahlungen und die Kosten für die Verwaltung der Ausbildungskostenausgleichskasse werden von den Betrieben durch Beiträge aufgebracht. Beitragspflichtig sind die in § 1 des Tarifvertrages genannten Betriebe.

(2) Ab dem 01.01.2013 hat jeder Betrieb kalenderjährlich einen Beitrag von 4,4 % der Summe der Bruttolöhne aller in seinem Betrieb beschäftigten gewerblichen Arbeitnehmer, die nach Schornsteinfegerhandwerksgesetz mit der Ausübung von Schornsteinfegertätigkeiten betraut sind, als Beitrag an die Ausbildungskostenausgleichskasse abzuführen. **Unabhängig hiervon beträgt der Mindestbeitrag je Betrieb 800,00 € brutto pro Kalenderjahr.**

...«

Mit Wirkung zum 1.1.2015 wurde dieser Tarifvertrag durch eine (geringfügig modifizierte) Neufassung ersetzt, die ihrerseits für allgemeinverbindlich erklärt worden ist.

## b) Bauwirtschaft

Die Bauwirtschaft als bedeutsamste Branche ist auf dieselbe Idee verfallen: Der dortige Gesamtbeitrag von 17,2% der Bruttolohnsumme der gewerblichen Mitarbeiter enthält einen Anteil von 2,1% für die Ausbildungsumlage. Soloselbständige haben keine Arbeitnehmer und keine Bruttolohnsumme. § 17 VTV regelt deshalb in der Fassung vom 10.12.2014<sup>9</sup> einen »Mindestbeitrag für die Berufsbildung«:

»Zur Aufbringung der Mittel für die tarifvertraglich festgelegten Leistungen im Berufsbildungsverfahren **haben die Betriebe, auch wenn sie keine gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigen**, unter Anrechnung auf den Beitragsanteil nach § 15 Abs. 1 bis 3 **einen jährlichen Betrag für den Zeitraum Oktober bis September des Folgejahres in Höhe von mindestens 900,00 €** spätestens bis zum 20. November nach diesem Zeitraum **zu zahlen**. Entsteht oder endet die Beitragspflicht im Laufe dieses Zeitraumes, so ist für jeden angefangenen Kalendermonat ein Zwölftel des jährlichen Mindestbeitrages abzuführen.

Erstmals ist für den Zeitraum April bis September 2015 abweichend von Satz 1 ein Mindestbeitrag in Höhe von 450,00 € unter Anrechnung auf den Beitragsanteil nach § 15 Abs. 1 bis 3 zu zahlen; Satz 2 gilt entsprechend.«<sup>10</sup>

## c) Dachdecker

Schließlich zogen die Dachdecker nach: Ihre Lohnausgleichskasse hat auch eine Ausbildungskostenumlagefunktion (§§ 11 ff. des BerufsbildungstV im Dachdeckerhandwerk vom 8.10.2014). Ab dem 1.7.2015 ist ein So-

---

9 Allgemeinverbindlicherklärung vom 6.7.2015, bekanntgemacht BAnz AT 14.7.2015 B3.

10 Hervorhebung von mir.

zialkassengrundbeitrag von 55 € im Monat auch dann geschuldet, wenn der Betrieb keine gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigt und damit nach der Lesart der SoKa-Dach auch dann, wenn der Betrieb gar keine Arbeitnehmer beschäftigt.

Der für allgemeinverbindlich erklärte VTV Dachdeckerhandwerk idF 8.10.2014<sup>11</sup> bestimmt:

»§ 7 Aufbringung der Mittel/Beitragseinzug/Meldung

1. Der Betrieb hat für die tarifvertraglichen Leistungen der Lohnausgleichskasse für das Dachdeckerhandwerk sowie der Zusatzversorgungskasse des Dachdeckerhandwerks einen Gesamtbeitrag der Bruttolohnsumme aller vom Tarifvertrag erfassten Arbeitnehmer an die Kasse (Einzugsstelle) (§ 3 Ziff. 2) abzuführen. ...

Ab dem 01. April 2015 ist jedoch **mindestens ein Grundbeitrag in Höhe von monatlich 55,00 Euro** abzuführen. Dieser ist zur Aufbringung der Mittel für die tarifvertraglich festgelegten Leistungen im Berufsbildungsverfahren **auch dann von dem Betrieb abzuführen, wenn keine gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigt werden.** ...«<sup>12</sup>

## 2. »Funktionslogik« der Ausbildungskostenumlage

Gerechtfertigt wird die Erstreckung der Ausbildungskostenumlage auf Soloselbständige mit drei Argumenten<sup>13</sup>:

### a) »Gerechte« Verteilung der Ausbildungslasten

Ausbildungskostenumlagen reagieren typischerweise auf den Bedarf an ausgebildeten Kräften im Betrieb: Sie sollen Lastengleichheit zwischen ausbildenden und nur einstellenden Betrieben herstellen. Betriebe, die sich die Mühen und Kosten eigener Ausbildung sparen und stattdessen ihre Belegschaft mit Fremdausgebildeten ergänzen, sollen an den Ausbildungskosten im Umlagewege beteiligt werden. Allerdings lohnt sich Ausbildung auch deshalb nicht mehr (und besteht ein Anreiz, Nutzen aus fremden Ausbildungslasten zu ziehen), weil die Ausbildungsvergütungen hoch sind und ausbildende Betriebe keine Möglichkeit haben, die Amortisation ihrer Ausbildungslasten im späteren Arbeitsverhältnis zu sichern. Die Umlage tritt an die Stelle einer Ausbildung für den eigenen Bedarf und muß sich deshalb am Beschäftigungsbedarf ausrichten. Diesen pauscha-

11 Allgemeinverbindlicherklärung vom 27.10.2015, bekanntgemacht BAnz AT 3.11.2015 B4.

12 Hervorhebung von mir.

13 Prägnant die Angaben von *Jens Dirk Wohlfeil* gegenüber dem Handwerksblatt: [www.handwerksblatt.de/themen-specials/63-heftige-proteste-gegen-soka-bau-abgabe/24163-ist-die-neue-abgabe-fuer-solo-selbststaendige-gerecht.html](http://www.handwerksblatt.de/themen-specials/63-heftige-proteste-gegen-soka-bau-abgabe/24163-ist-die-neue-abgabe-fuer-solo-selbststaendige-gerecht.html) [17.8.2016]

lisieren die Tarifregelungen durch einen Prozentsatz der Bruttolohn- und Gehaltssumme.

Allein: Der Soloselbständige hat keine Arbeitnehmer und damit keinen künftigen Beschäftigungsbedarf. Der Soloselbständige hat sich legitimerweise gegen die Arbeitgeberstellung entschieden und damit ebenso legitim gegen die Lasten, die ein Arbeitgeber zu tragen hat. Die theoretische Möglichkeit, daß ein Soloselbständiger einstellen könnte, wenn er wollte, genügt hierfür nicht. Die Ausbildungskostenumlage ist keine Rundfunkgebühr alten Modells, die man schon für eine rein theoretische Nutzungsmöglichkeit zahlen müßte.

Das ist den Tarifparteien der Bauwirtschaft auch aufgefallen. Deswegen rekurrieren sie hilfswiese auf die Erstausbildung, die der Soloselbständige selbst vielfach im Baubetrieb genossen haben möge; insofern habe er seinerseits von einer solidarischen Ausbildungsfinanzierung profitiert.<sup>14</sup> Wenn man die argumentativen Ungenauigkeiten beiseiteschiebt, knüpft der Gedanke an ein Denkmuster aus der Studiengebührendiskussion an: Nachlaufende Studiengebühren sollen den Studenten erst mit eigenem Einkommen treffen und dadurch sozialverträglich sein. Das zeigt das Hauptproblem: Wer an die eigene Ausbildung des Soloselbständigen anknüpfen will, der erhebt ein **nachträgliches Lehrgeld**. Das wiederum ist grundsätzlich unzulässig (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 BBiG) und läßt sich auch nicht dadurch rechtfertigen, daß der frühere Lehrling heute soloselbständig ist. Für die eigene Ausbildung muß man nie zahlen.

## b) Bekämpfung der Scheinselbständigkeit

Einigermaßen erstaunlich ist das Argument, die Ausbildungskostenumlage solle die Scheinselbständigkeit angehen. Wenn der Soloselbständige in Wahrheit Arbeitnehmer ist, dann müssen etwaige Beitragspflichten den »Auftraggeber« treffen, also den Arbeitgeber. Die Beitragspflicht für Scheinselbständige ist von einem Arbeitnehmer zu bezahlen. Dazu ermächtigt § 5 TVG weder in alter noch in neuer Fassung. Arbeitnehmern dürfen keine Beitragspflichten auferlegt werden, mit denen sie den Arbeitnehmerschutz selbst bezahlen. Wer die Scheinselbständigkeit bekämpfen will, muß die Auftraggeber fassen. Das Argument ist folglich unglaubwürdig. Auch der von § 12a TVG erfaßte arbeitnehmerähnliche Soloselbständige wird tariflich wie ein Arbeitnehmer behandelt, darf also vom Tarifvertrag nur geschützt und nicht mit Beitragslasten in seiner die Schutzbedürftigkeit auslösenden wirtschaftlichen Abhängigkeit noch zusätzlich belastet werden. Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen dürfen nur den Auftraggeber belasten.

---

14 Wie Fn 13.

**c) »Reduktion von Wettbewerbsverzerrungen« und Marktverdrängung der Soloselbständigen**

Skurril ist das dritte Argument, die Umlage bekämpfe Wettbewerbsverzerrungen. Daß (echte) Soloselbständige sich selbst keinen Tariflohn zahlen müssen und für sich selbst keine SoKa-Beträge im übrigen (Altersversorgung, Urlaubskasse) zahlen müssen, ist allein Folge des Umstandes, daß Arbeitnehmerregeln für Selbständige nicht gelten. Insofern handelt es sich um einen »natürlichen« Wettbewerbsvorteil und keinesfalls um eine Wettbewerbsverzerrung. Er könnte nur durch staatlich verfügte Mindesthonorare aufgehoben werden – in gar keinem Fall aber durch die Tarifparteien, die kein Mandat zur Herstellung von Wettbewerbsgleichheit zu eigenen Gunsten durch willkürliche Belastung Dritter haben. Das wäre in etwa so, als würde ein deutscher Unternehmerverband eine Abgabe für ausländische Unternehmen beschließen, weil jene durch die Produktion im Ausland genuine Wettbewerbsvorteile genossen, die es auszugleichen gelte.

Interessanterweise nimmt die Rechtsordnung solche Unterschiede zwischen Arbeitnehmern und Soloelbständigen nur in einem Fall als Wettbewerbsproblem auf und zwar in umgekehrter Richtung: § 148 Abs. 2 Satz 2 SeeArbG läßt tarifliche Lockerungen der tarifdispositiven Arbeitszeitvorgaben auf selbständige Seeleute durchschlagen – damit jene keinen *strenger* Einsatzregeln unterliegen als Arbeitnehmer. Bei den Lenkzeiten für selbständige Kraftfahrer wurde das vergessen.<sup>15</sup>

Zudem ist das Argument vorgeschoben: Für arbeitnehmerähnliche Selbständige könnten die Tarifparteien das Wettbewerbsgefälle mit Tarifverträgen nach § 12a TVG einebnen (zu den kartellrechtlichen Schranken noch V). Das tun sie aber nicht: Keines der genannten Tarifwerke bezieht arbeitnehmerähnliche Personen und ihre Auftraggeber in den Geltungsbe- reich des Tarifvertrages ein. Offenbar scheint es den Tarifparteien interes- santer, den arbeitnehmerähnlichen Soloselbständigen mit einer Ausbil- dungskostenumlage zu schröpfen – als ihn mit Tarifschutz zu versehen.

So bleibt letztlich nur ein nachvollziehbares Ziel: Der Mindestbeitrag soll leistungsschwache Kleinunternehmer am untersten Rand der Soloselb- ständigkeit vom Markt verdrängen. Das trifft gerade jene, die in ihrer Leistungskraft eingeschränkt sind: Behinderte, Soloselbständige mit Fa- milienpflichten, Teilzeitselbständige im Nebenerwerb – kurz all jene, die gerade eben über die Runden kommen und oft keinen Arbeitsplatz finden. Diese Marktverdrängungsfunktion erweist sich daran, daß der fixe Min- destbeitrag, den jeder Soloselbständige zahlen soll, ganz unabhängig vom Arbeitseinsatz, Umsatz oder Ertrag anfällt. Weder gibt es einen Schwel-

---

15 Dazu Wiebauer, NZA 2012, 1333 f.

lenwert noch einen abgestuften Beitrag, wie ihn etwa Industrie- und Handelskammern verlangen.

Das Gewerberecht läßt Kleinunternehmen ohne weiteres zu, die Unternehmerfreiheit schützt auch die geringfügige unternehmerische Betätigung. Der Schutz von Kleinunternehmen vor unverhältnismäßigen Belastungen ist in Art. 153 Abs. 2 lit. b Satz 2 AEUV eigens angesprochen.

### 3. Erste Diskussion

Zur Ausbildungskostenumlage gibt es bislang keine gereifte Diskussion. Zu Gericht gelangte bislang nur die Schornsteinfegervariante. Im ersten Rechtsstreit hat das LAG Köln den Beitragsanspruch der Ausgleichskasse gegen den Soloselbständigen bejaht: Der Tarifvertrag bewege sich innerhalb der von § 4 Abs. 2 TVG konstituierten Tarifmacht, solange die Tarifnorm nur »eine Regelung für die Leistung abhängiger Arbeit – hier für Auszubildende in einem Ausbildungsverhältnis – anstrebt«<sup>16</sup>. Die zugelassene Revision ist beim 10. Senat des BAG anhängig (10 AZR 60/16). Das ArbG Siegburg verneint dagegen die Tarifmacht, weil diese nur »Arbeitgeber« erfaßt und keine arbeitnehmerlosen Unternehmer.<sup>17</sup> In den Normenkontrollverfahren um die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung vom 6.7.2015 (Fn. 9) des VTV Baugewerbe hat das LAG Berlin-Brandenburg die Allgemeinverbindlicherklärung für wirksam gehalten und dabei auch den Einbezug der Soloselbständigen in den Tarifvertrag als Vorfrage für die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung gebilligt.<sup>18</sup>

Aus der Literatur ist bislang nur ein eher erstaunliches Gutachten bekannt: *Bayreuther* und *Deinert* äußern sich zum »Einbezug arbeitnehmerloser Betriebe in gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien« und befürworten die Beitragspflicht<sup>19</sup>. Auf dieses Gutachten stützt sich insbesondere das LAG Köln. Der zentralen Frage, ob Tarifparteien gegenüber Soloselbständigen zur Normsetzung legitimiert sind, weichen sie aus und behandeln die Frage nach dem Regelungsgegenstand, also mit Blick auf die sachliche Reichweite der Tarifmacht. Sie entsubjektivieren den »Betrieb« vom Arbeitgeber, um von der Arbeitgeberbereiensechaft als Voraussetzung der Tarifmacht abzulenken. In keinem der zitierten Fälle hat das BAG einer Tarifmacht gegenüber Unternehmern das Wort geredet. Und in keinem der zitierten Fälle hat das BAG eine personale Reichweite

---

16 LAG Köln 23.10.2015 – 9 Sa 395/15 – juris.

17 ArbG Siegburg 5.7.2016 – 1 Ca 1504/16 – juris sowie 28.0.2016 – 1 Ca 525/16 – juris.

18 LAG Berlin-Brandenburg 21.7.2016 – 14 BVL 5007/15 u.a. – Pressemitteilung Nr. 31/16; Rechtsbeschwerde zugelassen.

19 RdA 2015, 129.

der Tarifmacht unabhängig vom Status als Arbeitnehmer oder Arbeitgeber befürwortet – stets ging es nur um die sachliche Reichweite von Tarifnormen oder deren tatbestandlicher Anknüpfung.<sup>20</sup> Als selektive Blindheit darf man die Aussage begreifen, die Literatur problematisiere die Frage nicht<sup>21</sup>. Insoweit hätte der Gutachter *Bayreuther* auf den Wissenschaftler *Bayreuther* zugreifen können, dessen Habilitationsschrift die Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie sieht und deshalb die personale, weil legitimatorische Komponente behandelt<sup>22</sup> – von all den anderen Arbeiten zur Tarifautonomie aus jüngerer Zeit abgesehen. Dann wäre auch der Bezug zur Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG sichtbar geworden, die nur Arbeitnehmern und Arbeitgebern, aber gerade nicht Unternehmern, Verbrauchern, Mietern und anderen offen steht.

Flankiert wird diese kühne Sicht dadurch, daß jeder arbeitnehmerlose Unternehmer als »potentieller Arbeitgeber« der Tarifmacht unterfallen soll.<sup>23</sup> Das gilt nach bislang vorherrschender Sicht nur für solche Unternehmer, insbesondere Gründungsgesellschaften, die die Einstellung von Arbeitnehmern planen oder vorhaben und für diesen späteren Fall tarifliche Vorsorge treffen wollen.<sup>24</sup> Die tariflichen Pflichten treffen solche Unternehmen indes erst dann, wenn sie tatsächlich Arbeitgeber geworden sind. Eine Tarifmacht gegenüber arbeitnehmerlosen Unternehmen hat das BAG nie zugelassen – sondern lediglich einer Vorverlagerung des Tarifabschlusses das Wort geredet.

Dies alles mündet in den sprachlich bemerkenswerten Ergebnissatz: »Eine Tarifnorm kann sich auch außerhalb eines aktuell bestehenden Arbeitsverhältnisses am Unternehmen festmachen, immer vorausgesetzt, dass sie eine Ordnung für die Leistung abhängiger Arbeit anstrebt.«<sup>25</sup> Die »sich festmachende« Tarifnorm ist ein sprach(taschen)spielerischer Trick, der das normsetzende Subjekt – also die Tarifparteien – ausblendet und damit verdeutlicht, daß die Autoren das Problem wenn nicht gesehen, so doch gespürt haben. Famos ist auch die Idee, daß die Tarifnorm gar keine individuellen oder betrieblichen Arbeitsbedingungen regeln müßte (was bei Soloselbständigen notwendig scheitern müßte). Es genügt also ein blo-

---

20 RdA 2015, 129 f. unter I 1.

21 RdA 2015, 131 f. mit Hinweis in Fn. 17 allein auf HWK/*Henssler* und HMB/*Höpfner* unter Außerachtlassung sämtlicher Monographien.

22 *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie (2005), passim – weil das Buch sich durchweg mit der Tarifgeltungslegitimation befaßt; besonders S. 10 f (Adressatenkreis der Koalitionsfreiheit), S. 101 ff zur virtuellen Repräsentation gegenüber Außenseitern.

23 RdA 2015, 132 ff.

24 BAG 24.6.1998 – 4 AZR 208/97 – NZA 1998, 1346 unter 1 a.

25 RdA 2015, 140 unter 3.

bes (und womöglich vorgeschobenes) Regelungsmotiv: Die Tarifparteien kassieren ab und schützen einen irgendwie gearteten Zweck vor.

Um es auf die Spitze zu treiben: Mit Hilfe des BMAS könnten so »Beiträge« von jedermann erhoben werden. Jeder ist irgendwie potentieller Arbeitgeber, weil jeder einen Arbeitnehmer einstellen kann. Dazu braucht man nicht einmal Unternehmer zu sein. Auch der Hartz-IV-Empfänger könnte ja stundenweise einen Helfer beschäftigen. Das alles hat geordnete rabulistische Qualität, aber im Kern keinen juristischen Gehalt – weil die zentrale Frage nach der Legitimation übertüncht wird.

### III. Zentralfrage: Tariftmacht gegenüber Unternehmern ohne Arbeitnehmer?

#### 1. Keine Tariftmacht der Arbeitgeberseite für arbeitnehmerlose Unternehmen

Jenseits gutachterlicher Rabulistik leuchtet jedem die Primärfrage ein: Mit welchem Recht, welcher Legitimation können tariffähige Arbeitgeberverbände (§ 2 Abs. 1 TVG) für arbeitnehmerlose Unternehmen Beitragspflichten vereinbaren? Daß Arbeitgeberverbände Unternehmen organisieren und deren Unternehmerverhalten regulieren dürften, das hat zuletzt *Günter Dürig* 1955 vertreten.<sup>26</sup> § 2 Abs. 1 TVG sieht die Tariffähigkeit hingegen nur für Vereinigungen von Arbeitgebern vor; von Unternehmerverbänden ist dort nicht die Rede. Wer als arbeitnehmerloses Unternehmen einem Arbeitgeberverband beiträgt, bewegt sich notwendig außerhalb von dessen Tariftmacht. Das hat das ArbG Siegburg klar gesehen.<sup>27</sup> Das Gutachten *Bayreuther/Deinert* betont zwar richtig, daß das keine Frage der Tarifzuständigkeit sei<sup>28</sup> und sieht auch, daß es personelle Grenzen der tariflichen Regelungsmacht gibt<sup>29</sup> – glaubt dies indes mit dem Kunstgriff des »potentiellen« Arbeitgebers überwinden zu können. Ernst genommen hieße das: Soloselbständige und andere arbeitnehmerlose Unternehmer müßten dann auch legitimiert sein, nach einem Eintritt in die tariftschließenden Arbeitgeberverbände (womöglich erzwungen durch einen Aufnahmeanspruch), Arbeitsbedingungen für die »anderen«, echten Arbeitgeber auszuhandeln. Und das obschon sie von solchen Regelungen überhaupt nicht betroffen wären. So wie die Ausbildungskostenumlage für Soloselbständige ein Kollektivvertrag zu Lasten solcher Dritter ist, denen die Mitwirkung an der Regelung jedenfalls praktisch verwehrt ist, so wäre

---

26 NJW 1955, 729.

27 ArbG Siegburg 5.7.2016 – 1 Ca 1504/16 – juris sowie 28.4.2016 – 1 Ca 525/16 – juris.

28 RdA 2015, 133.

29 RdA 2015, 136.

umgekehrt eine Lohnsetzung durch arbeitnehmerlose Unternehmer legitimationslos gegenüber den Arbeitgebern.

Der Tarifvertrag als kollektive Privatautonomie setzt eine entsprechende Polarität nicht bloß auf der Vertragsparteienebene, sondern auch auf der Adressatenebene voraus: Als Schutzinstrument ist der Tarifvertrag an »Arbeitgeber« adressiert. Arbeitgeber ist aber nur der, der auch einen schutzbedürftigen Arbeitnehmer beschäftigt, weil die Tarifautonomie (wie das Arbeitsrecht im übrigen) dessen Schutzbedürftigkeit zum Ausgangspunkt hat. In den Worten des BAG: »Die Direktionsbefugnis ist für den Arbeitgeberbegriff von entscheidender Bedeutung, weil das Arbeitsverhältnis vom Arbeitnehmer aus gedacht wird. Arbeitgeber ist, wer zumindest einen Arbeitnehmer beschäftigt.«<sup>30</sup> Der »Arbeitgeber« ist zwar nicht »Fixpunkt des Arbeitsrechts«<sup>31</sup>, wohl aber notwendiger Adressat aller arbeitsrechtlichen Pflichten. Jede Pflichtenbindung von Nichtarbeitgebern (also: arbeitnehmerlosen Unternehmen, Verbrauchern usw.) bewegt sich notwendig außerhalb des Arbeitsrechts und deswegen (!) auch außerhalb der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit (noch VI).

Kleinselbständige unterfallen der Tarifmacht nur, wenn sie arbeitnehmerähnliche Personen i.S.v. § 12a TVG sind, also im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind. Und dann stehen sie auf der Arbeitnehmerseite, können also Mitglied der Gewerkschaft werden. Daneben könnten sie auch als Heimarbeiter der TM des § 19 HAG unterfallen. Echte Kleinselbständige agieren nicht in einem festen Rechtsverhältnis, sondern mit einer Mehrzahl von Auftraggebern am Markt für selbständige Dienstleistungen. Die mit den »Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« des Art. 9 Abs. 3 GG schon verfassungsrechtlich bipolar angelegte Tarifmacht setzt ein ebenso bipolares Rechtsverhältnis voraus, in dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder Auftraggeber und arbeitnehmerähnliche Person verbunden sind und deswegen beidseitig kollektiv repräsentiert werden können. Arbeitgeberähnliche Unternehmen kennt das TVG nicht. Die Auftraggeber der arbeitnehmerähnlichen Personen i.S.v. § 12a TVG sind wegen der Arbeitnehmerähnlichkeit ihrer Auftragnehmer in das Tarifsysteem einbezogen.

**Unternehmen ohne Arbeitnehmer** bewegen sich außerhalb des Schutzbereiches der Koalitionsfreiheit; ein Arbeitgeberverband kann sie nur als Wirtschaftsverband vertreten; er organisiert insoweit Unternehmen und gestaltet bloße Wirtschaftsbedingungen, nicht Arbeitsbedingungen. Deswegen organisieren sich die Soloselbständigen in eigenen Wirtschaftsverbänden. Der Interessenverband der Einzelunternehmer im Bau-

---

30 BAG 21.1.1999 - 2 AZR 648/97 - NZA 1999, 539 unter II 2 b.

31 Dazu *Däubler*, KJ 2013, 133.

gewerbe (IVEB) will die Soloselbständigen gegen diese Tarifübergriffe verteidigen.<sup>32</sup>

Auch für die **Handwerksinnungen** gilt nichts anderes. Sie können soloselbständige Handwerker aufnehmen – insbesondere für ihre handwerksrechtlichen Aufgaben, denn diese sind vom Arbeitgeberstatus weithin unabhängig. Handwerksrechtlich ist etwa die Aufgabe der Innungen, »die Lehrlingsausbildung zu regeln und zu überwachen sowie für die berufliche Ausbildung der Lehrlinge zu sorgen und ihre charakterliche Entwicklung zu fördern« (§ 54 Abs. 1 Nr. 3 HandwO). Die Innung nimmt nach § 54 Abs. 1 Nr. 4 HandwO auch die Gesellenprüfung ab. Ihre besondere gesetzlich verliehene Tariffähigkeit nach § 54 Abs. 3 Nr. 1 HandwO fügt sich dagegen in das TVG ein.<sup>33</sup> Die Innung ist tariffähig wie ein Arbeitgeberverband (nur ohne dessen Voraussetzungen) und mithin regelungsbefugt nur für die Mitglieder, die ihrerseits Arbeitnehmer beschäftigen – also Arbeitgeber sind.

## 2. Soloselbständige in der Gewerkschaft

Davon abgesehen wenden sich Soloselbständige in prekärer Lage allenfalls an die **Gewerkschaft**. Insbesondere ver.di eröffnet nach § 6 Nr. 1 lit. b ihrer Satzung 2015 die Mitgliedschaft demjenigen, »wer im Organisationsbereich der ver.di selbstständig tätig ist«. Weil die Satzung selbst auf Gegnerfreiheit achtet (§ 6 Nr. 3), kann das praktisch nur der arbeitnehmerlose Selbständige sein. Auch die IG BAU öffnet nach § 4 Nr. 2 lit. c ihrer Satzung 2013 die Mitgliedschaft für »Personen, die im Organisationsbereich der IG BAU arbeitnehmerähnlich oder selbstständig tätig sind«. Wären dieselben Personen zugleich taugliche Mitglieder der Arbeitgeberverbände, dann hätten beide erhebliche Probleme mit der Gegnerfreiheit.

## 3. Keine Sondertarifbindung kraft Allgemeinverbindlicherklärung

Auch § 5 Abs. 1a TVG weicht hiervon nicht ab: Er stellt Ansprüche der Arbeitnehmer und Pflichten der Arbeitgeber in einen regulatorischen Zusammenhang. Davon, daß auch bloß »potentielle« Arbeitgeber gegenüber der allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung beitragspflichtig sein kann, ist nicht ansatzweise die Rede. § 5 TVG setzt grundsätzlich voraus, daß der »Arbeitgeber« die staatlich verfügbaren Arbeitsbedingungen auch durch autonome Tarifbindung nach § 3 TVG legitimieren kann. § 5 Abs. 4 TVG sieht als Rechtsfolge der Allgemeinverbindlicherklärung allein

---

32 iveb.org/ [17.8.2016]

33 Dazu Löwisch/Rieble, TVG, 4. Auflage (2016) § 2 Rn. 559 ff.

die Normerweiterung gegenüber an sich Tariffreien – keine Normveränderung.

#### **IV. Gleichbehandlungsprobleme der Ausbildungskostenumlagen**

Nur am Rande ist darauf hinzuweisen, daß der von den Ausbildungskostenumlagen verlangte Mindestbeitrag zwei elementare Gleichheitsprobleme aufwirft:

- Erstens fragt der fixe Mindestbeitrag nicht nach dem Geschäftsumfang; auch der Nebenerwerbs- oder Teilzeitsoloselbständige wird auch bei geringem Ertrag voll belastet. Das ist greifbar ungerecht, insbesondere, wenn man dies mit den Beitragslasten zur IHK vergleicht. Warum ein körperbehinderter Soloselbständiger oder ein solcher mit Familien- oder Pflegelasten, der nur in geringem Umfang gewerblich tätig ist, den vollen Mindestbeitrag zahlen soll, erschließt sich nicht.
- Zweitens gilt auch gegenüber Arbeitgebern mit anderen als gewerblichen Arbeitnehmern: Warum sollen sie eine Ausbildung finanzieren, obwohl sie keine entsprechenden Mitarbeiter haben und auch nicht einstellen wollen. Warum soll ein Ingenieurbüro die duale Bauausbildung mitfinanzieren? Die bloße Beteiligung an der Wertschöpfungskette trägt diese finanzielle Last nicht. Da es mit Blick auf das »Lehrgeldverbot« allein darum gehen kann, daß baugewerbliche Arbeitgeber die finanziellen Lasten der Ausbildung ihres Nachwuchses mitschultern sollen, verfehlt solche Anknüpfung Art. 3 Abs. 1 GG. Das wird deutlich, wenn man sich ein einheitliches Bauunternehmen vorstellt, das seine Ingenieursabteilung ausgliedert. Es müßte für die Planungs-GmbH gesondert die Ausbildungsmindestumlage zahlen. Warum solche Reorganisation die Gesamtbeitragslast steigern soll, ist nicht erfindlich.

#### **V. Kartellrechtswidrigkeit von Ausbildungskostenumlagen**

Weil die Arbeitsrechtsfindung mitunter sozialpolitische Pfade beschreitet, ist es für die Klarheit der Rechtsfindung hilfreich, wenn andere Rechtsgebiete betroffen sind. Hier führt die Idee einer Ausbildungskostenumlage für Unternehmen, die keine Arbeitgeber sind, zu einem Konflikt mit dem europäischen Kartellrecht – insbesondere in seiner jüngsten Konkretisierung durch die EuGH-Entscheidung FNV Kunsten<sup>34</sup>. *Bayreuther/Deinert* halten jene für nicht einschlägig:

---

34 4.12.2014 – C-413/13 »FNV Kunsten Informatie en Media« – NZA 2015, 55; dazu Rieble, ZWeR 2016, 165; Goldmann, EuZA 2015, 509.

»Insoweit selbstständige Unternehmen in den Tarifvertrag einbezogen werden, schafft der Tarifvertrag ein Kartell auch auf Arbeitgeberseite. [...] Tarifverträge sind immun gegen das Kartellrecht. [...] An diesem Befund ändert auch die jüngste Entscheidung des EuGH in Sachen FNV Kunsten nichts. [...] Im Fall des EuGH ging es nämlich um die Regulierung der Bedingungen selbstständiger Unternehmer auf Anbieterseite, hier indes um solche der (potenziellen) Nachfrageseite. Die Kartellwirkung auf der Nachfrageseite ist durch die Albany-Rechtsprechung aber eindeutig geklärt: Der Tarifvertrag ist auf Nachfrager- also Arbeitgeber-/Unternehmerseite gegen das Kartellrecht immun.«<sup>35</sup>

Oh Wunder. Als ob die Beschränkung des Nachfragewettbewerbes ein anderes Kartellprivileg kenne als die des Anbieterwettbewerbes.<sup>36</sup> Im übrigen zielt die Ausbildungskostenumlage auf eine Anbieterpreisverteuerung und wirkt wie eine Preisabsprache der soloselbständigen Bauunternehmer. Der EuGH hat in der Kunsten-Entscheidung im Gegenteil klar gesagt, daß ein Tarifprivileg nicht in Betracht kommt, wenn der »Tarifvertrag« europarechtlich Selbstständige reguliert. Dann agiert die Arbeitgeberseite nicht als Arbeitgeber-, sondern als Unternehmerverband. Seine Kollektivverträge sind keine kartellrechtsprivilegierte Sozialpartnervereinbarung. Und so ist es hier. Zugleich agiert auch die Gewerkschaft nicht in Vertretung von Arbeitnehmerinteressen – weil die Soloselbständigen keine Arbeitnehmer haben. Auch kartellrechtlich ist die Mitwirkung der Gewerkschaft dysfunktional.

Insofern ist der EuGH recht klar: Weil das europäische Kartellrecht nicht von unterschiedlichen nationalen Tarifvertragsordnungen in unterschiedlicher Intensität beiseitegeschoben werden kann, kann die »Albany-Ausnahme« nur europarechtlich bestimmt werden. Nationales Recht kann europäisches nicht derogieren. Eben dies ist in Art. 28 GRCh angelegt: Die Tarifautonomie ist nicht bloß nach den »einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten« gewährleistet, sondern auch »nach dem Unionsrecht«. In der Prigge-Entscheidung betont der EuGH, daß die Tarifautonomie nur im Einklang mit dem Unionsrecht ausgeübt werden kann<sup>37</sup>.

Schon in der Albany-Entscheidung hat der EuGH eine Kontrolle nach »Art und Gegenstand« der Kollektivvereinbarung angelegt<sup>38</sup> und dies in FNV Kunsten nur präzisiert<sup>39</sup>. Der EuGH stellt den »Tarifvertrag« zwischen (nationalen) Sozialpartnern von der Kartellkontrolle frei, weil er im Dienst

35 RdA 2015, 139.

36 Statt vieler: Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rn 120.

37 EuGH 13.9.2011 – C-447/09 »Prigge« – NZA 2011, 1039 Rn 47.

38 EuGH 21.9.1999 – C-67/96 »Albany« – AP Nr. 1 zu Art. 85 EG-Vertrag Rn 60.

39 Instrukтив Latzel/Serr, EuZW 2014, 410, 412 f; Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis (2015) S. 522 ff

der sozialpolitischen Ziele der Union (jetzt Art. 151 ff. AEUV) und unter dem Schutz der europäisch garantierten Tarifautonomie (Art. 28 GRCh und Art. 11 EMRK) steht und mit ihm »zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden« sind. Das entspricht der tradierten kartellrechtlichen Immanenztheorie. Diese Ausnahme ist auf »**im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geschlossenen Verträge**« beschränkt<sup>40</sup>. Der EuGH meidet den Begriff »Tarifvertrag« – weil der Union die Kompetenz für das Tarifrecht fehlt und weil die unterschiedlichen Tarifsysteme der Mitgliedstaaten Kollektivverträge mit normativer, schuldrechtlicher oder ohne jede Verbindlichkeit kennen. Schon in der Albany-Entscheidung tauchte der »Tarifvertrag« nur in der deutschen Übersetzung auf; in der Verfahrenssprache Niederländisch ging es um »*collectieve overeenkomst*«, also Kollektivverträge<sup>41</sup>. Dogmatisch ist ein genauer Blick erforderlich: Die Union hat richtigerweise keine Kompetenz für ein europäisches Tarifvertragsrecht. Das folgt aus Art. 153 Abs. 5 AEUV: Dort ist der Union die Kompetenz für das Koalitions- und Arbeitskampfrecht abgesprochen. Tarifrecht ohne Kampfrecht wäre auch auf Unionsebene nur »kollektives Betteln«. <sup>42</sup> Mit der Reichweite des Kartellprivilegs für »Tarifverträge« definiert der EuGH ganz bewußt keine Anforderungen an (europäische oder nationale) Tarifverträge, sondern allein die Reichweite seines Kartellrechts. Die »Bereichsausnahme Tarifvertrag« ist Geltungsschranke für das europäische Kartellrecht – und nichts weiter.<sup>43</sup>

Daß im europäischen Kartellrecht allein die europäische Begriffsbildung maßgebend ist, hat der Fall FNV Kunsten gezeigt: Ob die Tarifmacht mit ihrer Lohnfestsetzung die Aushilfsmusiker erfaßt, hängt allein davon ab, ob sie europarechtlich Arbeitnehmer sind – auch wenn das nationale niederländische Recht sie als Selbständige erfaßt. Allein das hat der EuGH mit den »Scheinselbständigen« (*schijnzelfstandigen, false self-employed*) gemeint. Ihm geht es um das **Auseinanderfallen von nationalem und europäischem Arbeitnehmerbegriff**.<sup>44</sup> Für das Kartellrecht ist notwendig der gemeinschaftsautonome Arbeitnehmerbegriff einschlägig, weil die immanente Kartellrechtfertigung gegenüber Art. 101 AEUV europaweit einheitlich verstanden werden muß (vgl. Art. 3 VO 1/2003/EG).

40 EuGH 3.3.2011 – C-437/09 »AG2R Prévoyance« Slg 2011, I-973 Rn 23.

41 Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis (2015) S. 578.

42 So die deutlich überwiegende Meinung; statt vieler Calliess/Ruffert/Krebber Art. 153 AEUV Rn 12; MünchArbR/Oetker § 10 Rn 12, 45; Rieble/Kolbe, EuZA 2008, 464; aA etwa Deinert, Der europäische Kollektivvertrag (1999) 454 ff.

43 Instruktiv Latzel/Serr, EuZW 2014, 410 ff.

44 Dazu auch Junker, Europäische Grund- und Menschenrechte und das deutsche Arbeitsrecht, ZfA 2013, 91, 108 f.

Sonst gölte in jedem Mitgliedstaat ein anderes Unionskartellrecht und nur die nationalen Gerichte entschieden, wie weit die Bereichsausnahme geht.<sup>45</sup>

Für die Soloselbständigen behaupten *Bayreuther* und *Deinert* zwar fälschlich einen (Quasi-)Arbeitgeberstatus nach deutschem Tarifrecht. Selbst wenn man ihnen darin folgen wollte: Für den EuGH ist dann zu prüfen, ob es sich nicht um »Schein-Arbeitgeber« handelt, die aus europarechtlicher Perspektive Unternehmer sind – und sonst nichts. Daß der EuGH für tarifliche Hütchenspiele der Deutschen Verständnis zeigt, steht nicht zu erwarten.

Für die Ausbildungskostenumlage der Soloselbständigen folgt daraus zweierlei: Erstens muß das BAG, wenn es im Verfahren 10 AZR 60/16 die Beitragspflicht der Soloselbständigen halten will, die Rechtsfrage dem EuGH vorlegen: Jede Kartellimmunität für eine Sozialpartnervereinbarung für »potentielle Arbeitgeber« ist mit der bisherigen Rechtsprechung nicht vereinbar. Hier müßte das BAG den EuGH um eine Rechtsprechungsänderung bitten. Zweitens wäre sodann den kartellrechtlichen Folgefragen, insbesondere der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung nachzugehen. Anders als im Fall Pavlov<sup>46</sup>, bei dem es um einen Rentenfonds eines Berufsverbands selbständiger Fachärzte ging, läßt sich hier die Spürbarkeit nicht ohne weiteres verneinen: Die Ausbildungskostenumlage zielt auf eine Erhöhung der Preise Soloselbständiger und auf die Marktverdrängung. Preiskartellierungen werden mit Blick auf die Spürbarkeit als »Kernbeschränkung« weitaus kritischer gesehen als andere Wettbewerbsbeschränkungen. Darauf, ob der innergemeinschaftliche Dienstleistungsverkehr eingeschränkt ist, kommt es mit Blick auf § 1 GWB nicht an. Das LAG Köln zeigt als Vorinstanz gleichwohl jene arbeitsrechtstypische Chuzpe, mit der Rechtsfragen weggebügelt werden, wenn sie den sozialpolitischen Fortschritt (also die Macht der Kollektivakteure) hindern.

## VI. Rechtswegefragen

### 1. Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte

Nicht nur die Tarifmacht scheitert an der fehlenden Arbeitgebereigenschaft der Soloselbständigen, sondern auch der Rechtsweg wird dadurch streitig. Eine Ausbildungskostenumlage kann als Beitragsstreitigkeit nur über die Sonderzuweisung des § 2 Abs. 1 Nr. 6 ArbGG zu den Arbeitsgerichten gelangen: Dazu muß der in Anspruch genommene Beitragsschuldner »Arbeitgeber« i.S. des ArbGG sein und der Beitragsgläubiger eine gemeinsame Einrichtung der Tarifparteien. Weil etwa die Versorgungsan-

---

45 Zu dieser Frage *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis (2015) S. 582 f.

46 EuGH 12.9.2000 – C-180/98 – Slg 2000, I-6451.

stalt des Bundes und der Länder keine gemeinsame Einrichtung ist, entscheiden dort die ordentlichen Gerichte die Beitragsstreitigkeiten. Soloselbständige sind keine Arbeitgeber, sondern allenfalls arbeitnehmerähnliche Person i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. Deshalb sind die Arbeitsgerichte für Streitigkeiten mit Soloselbständigen nicht zuständig.

Einigermaßen obskur ist die Idee des ArbG Siegburg, insoweit die *sic-non*-Rechtsprechung des BAG für die Zuständigkeitsbejahung (spiegelbildlich) heranzuziehen. Jene Rechtsprechung setzt doch stets die Möglichkeit voraus, daß die betreffende Person Arbeitnehmer ist und deshalb Arbeitnehmerrechte geltend machen kann – und reagiert darauf, daß der Arbeitnehmerstatus für Zulässigkeit und Begründetheit erforderlich ist, also doppelrelevant ist.<sup>47</sup> Hier dagegen behauptet niemand, der Soloselbständige sei »Arbeitgeber«; vielmehr soll er »wie ein Arbeitgeber« oder als potentieller Arbeitgeber in die tarifliche Beitragshaftung genommen werden. Das reicht für die *sic-non*-Lehre nicht aus: Die kühne Erwägung von *Bayreuther/Deinert* kann bestenfalls tarifrechtlich wirken – nie aber aus dem arbeitnehmerlosen Unternehmer einen Arbeitgeber im verfahrensrechtlichen Sinn machen. Die *sic-non*-Lehre setzt voraus, daß die doppelrelevante Tatsache oder Wertung in gleicher Weise die Zulässigkeit und die Begründetheit beeinflusst. Das ist hier nicht der Fall: Der Soloselbständige ist prozessual kein Arbeitgeber; § 2 ArbGG knüpft keinesfalls an irgendeine nur abstrakt-potentielle Arbeitgeberereignis an. Solcher Unfug wird nur im Tarifrecht gedacht. Mithin sind Beitragsstreitigkeiten zwischen den Ausbildungskassen und den Soloselbständigen von vornherein nicht den Arbeitsgerichten zugewiesen.

Anderes gilt für die Kontrolle der Allgemeinverbindlicherklärung. Sie ist mit dem besonderen Beschlußverfahren der §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG den Arbeitsgerichten zugewiesen. Nur: Die Wirksamkeit des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags ist dort nicht Verfahrensgegenstand (sondern nur Vorfrage, weil das BMAS einen unwirksamen Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklären darf). Mithin besagt eine die Allgemeinverbindlicherklärung bestätigende Entscheidung für die Wirksamkeit des Tarifvertrags *nichts*.

## **2. Zuständigkeit der Kartellgericht gem. § 87 Satz 2 GWB**

Tarifliche Wettbewerbsbeschränkungen bleiben bislang unbeanstandet, weil die kartellgerichtliche Zuständigkeit vor Arbeitsgerichten nicht gesehen oder nicht problematisiert ist.<sup>48</sup> Indes: Jede kartellrechtliche Vorfrage begründet die *ausschließliche* Zuständigkeit der Kartellgerichte, § 87 Satz

47 Grundlegend BAG 24.4.1996 - 5 AZB 25/95 – NZA 1996, 1005; weiter Germelmann/Matthes/Prütting/Schlewing, ArbGG, 8. Auflage 2013, § 2 Rn 157 ff.

48 Dazu Rieble, ZWeR 2016, 176 f.

2 GWB. Während bei Streitigkeiten aus Tarifverträgen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und 3 ArbGG) dann zwei ausschließliche Zuständigkeiten konkurrieren und mithin nach der Spezialität zu fragen ist, ist das bei Beitragsstreitigkeiten anders: § 2 Abs. 1 Nr. 6 ArbGG tritt zurück, wenn die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist. Das wiederum bedeutet: Allein der Umstand, daß Tarifverträge mit Beitragspflichten für Soloselbständige nach § 1 GWB nichtig sein können, begründet die Zuständigkeit der Kartell-Landgerichte, von denen man eine sachkundigere Behandlung der kartellrechtlichen Fragen erwarten darf.<sup>49</sup> Traut der mit einem Beitragsbescheid konfrontierte Soloselbständige dem Arbeitsgericht (zu) wenig zu, so kann er die Initiative ergreifen und beim Kartell-Landgericht negative Feststellungsklage erheben. Das ist zwar teurer, aber verspricht mehr Erfolg.

## VII. Fazit

Ausbildungskostenumlagen zu Lasten von Soloselbständigen sind tariflich nicht regelbar. Arbeitgeberverbände sind für Unternehmen ohne Arbeitnehmer nicht tariflich regelungszuständig; auch den Gewerkschaften fehlt die Legitimation. Wer auch immer Soloselbständige organisiert, bewegt sich damit ebenso außerhalb der Koalitionsfreiheit und außerhalb der Tarifmacht des TVG wie Verbraucherzentralen und Mieterschutzverbände. Für Sozialabgaben ist allein der Staat legitimiert. Nur er darf Soloselbständige der Sozialversicherung anschließen. Bezeichnenderweise ist das politische Vorhaben eines Berufsausbildungssicherungsgesetzes mit einer solchen Abgabe 2004 gescheitert<sup>50</sup>; jene hätte Arbeitgeber (!) mit mehr als zehn Beschäftigten erfaßt. Tarifparteien sind kein Ersatzgesetzgeber. Wer das anders sieht, der hätte die Rundfunkgebühr durch allgemeinverbindlichen Tarifvertrag erheben können: Wenn die Tarifparteien eine Kompetenz haben für alles, was irgendwie Arbeitsverhältnissen dient – dann können sie auch Verbrauchern, Lieferanten, Auftraggebern, Arbeitslosen und Rentnern »in die Tasche greifen«. Sie alle sind potentielle Arbeitgeber und potentielle Arbeitnehmer; ein guter arbeitsrechtlicher Zweck zur Beitragserhebung läßt sich mit den Einrichtungen in § 5 Abs. 1a TVG immer verbinden.

Davon abgesehen: Gegenüber Soloselbständigen ließe sich ein Ausbildungsbeitrag immer nur durch Anknüpfung an die eigene Ausbildung des Soloselbständigen rechtfertigen. Damit aber wäre der Beitrag unzulässiges Lehrgeld, § 12 Abs. 2 Nr. 1 BBiG. Außerdem zielt die Ausbildungskostenumlage darauf, Soloselbständige durch diese Kostenlast zu einer Preis-

---

49 Vgl. spiegelbildlich *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht (2016), Gutachten für das HSI.

50 BT-Drucks. 15/2820; BR-Drucks. 389/04.

erhöhung zu bewegen. Sie ist kartellwidrig und damit nach § 1 GWB unwirksam. Selbst wenn man den Tarifvertrag zu Lasten der Soloselbständigen deutschrechtlich halten wollte, mündete das keinesfalls in die Albany-Bereichsausnahme des EuGH. Denn dafür ist es erforderlich, daß die »Sozialpartnervereinbarung« die Interessen von »Arbeitgebern« und »Arbeitnehmern« nach unionsrechtlichem Begriffsverständnis ausgleicht: Für »Schein-Arbeitgeber«, die in Wahrheit nur Unternehmen sind, gilt keine Kartellkontrollausnahme.

Der Neigung mancher Arbeitsrichter, harte rechtliche Grenzen durch ein Gefühl für das sozialpolitisch Gebotene zu überwinden, ist prozessual zu begegnen: Die Arbeitsgerichte sind für Beitragsstreitigkeiten mit Nicht-Arbeitgebern nicht zuständig. Mit Blick auf die aufgeworfenen kartellrechtlichen Fragen sind die Kartellgerichte ausschließlich zuständig.

## Diskussion\*

Die Diskussion über den Vortrag, der wegen Verhinderung des Referenten von Professor Dr. *Richard Giesen* gehalten wurde, leitete Professor Dr. *Abbo Junker*. Er stellte einleitend fest, dass dieser Vortrag viele interessante Fragen in den Fokus gerückt habe, deren Diskussion sicher auch ohne Kartellrechtsspezialisten gewinnbringend sein werde. Das Eis vollständig brach dann *Peter Hansen*, Richter am Landesarbeitsgericht Berlin, mit seinem Erfahrungsbericht: Er sei für Sozialkassenverfahren der neuen Länder zuständig, welche alle in Berlin bearbeitet würden. Nach seiner Erfahrung erscheinen die Parteien in der Güteverhandlung zu Verfahren des Mindestbeitrags für die Berufsbildung weit überwiegend persönlich. Für den Praktiker sei die Höhe des Mindestbeitrags entscheidend. Auch die Ausbildungsbetriebe müssten einen Teil zahlen, da x-% des Grundbeitrags für die Ausbildung abgeführt werden. Seiner Erfahrung nach verdienten 80 % der Soloselbständigen keine 4.000 € im Monat. Vielmehr handele es sich bei den meisten um Langzeitarbeitslose, die von den Arbeitsagenturen in die Selbständigkeit getrieben worden sind und teilweise sogar noch zusätzlich Stütze bezögen. Es stelle sich die Frage, wo die Grenze der Verhältnismäßigkeit liege, wenn die Tarifparteien das frei regeln könnten und die Sozialkassen keine Untergrenze etwa von Umsatz oder Betriebsgröße festlegen würden. Professor *Giesen* dankte für die plastische Darstellung der Sachlage. Er sei der Meinung, dass der Maßstab der Tarifvertragsparteien die Grenze der Willkür sein müsste. Eine Allgemeinverbindlicherklärung sei aber ein staatlicher Akt. Folglich bestünde darüber die Grundrechtsbindung. Er habe das rechtspolitische Argument der Integration in die Sozialversicherung bereits auf dem deutschen Juristentag vertreten und sei dafür gehasst worden. Er gebe dennoch zu bedenken, dass im 19. Jahrhundert die Sozial- und Krankenversicherungen auf privater Initiative gewachsen seien und erst später verstaatlicht wurden. Vielleicht sei ein derartiges staatliches Eingreifen hier nun ebenfalls nötig.

Weiter meldete sich *Stefan Brettschneider* vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie zu Wort. Es sei nicht völlig zutreffend, wenn man davon ausgehe, dass Soloselbständige nicht Mitglieder von Tarifverbänden seien. Auch wenn er die Zahl nicht aus dem Stegreif beziffern könne, kenne er dennoch einige solcher Fälle. Außerdem könne er sagen, dass bei den Schornsteinfegern inzwischen der Mindestbeitrag halbiert worden sei – vermutlich genau wegen dieser Probleme. Außerdem könne er aus Sicht seines Verbands sagen, dass sich die Tarifvertragsparteien Gedanken über die Beitragshöhe gemacht hätten. Sie hielten die Höhe für verhältnismäßig, da im Fall einer Ausbildungstätigkeit über drei Jahre bis zu

---

\* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Felisa Frey*.

30.000 € erstattet würden. Somit würde jeder Ausbilder über die Zeit gesehen profitieren. Außerdem sollten die Beitragshöhen regelmäßig überprüft werden. Professor Dr. *Clemens Höpfner* wollte nach den Beiträgen seiner Vorredner in zwei Punkten kleine Differenzierungen anregen. Werde der Tarifvertrag als Regelung verstanden, die einen unabhängig davon treffe, ob er Arbeitnehmer beschäftige oder nicht, begegne dies gigantischen tarifrechtlichen Problemen. Er halte dies für im Prinzip nicht möglich. Aber jetzt beziehe er sich auf seine Vorredner: Wenn der Inanspruchgenommene in einer Größenordnung tätig sei, in der die Möglichkeit bestehe bzw. Anreize sinnvoll erscheinen, als Ausbilder tätig zu werden, könne man ihn unter den Arbeitgeberbegriff subsumieren. Die Frage könne somit nicht auf den Ertrag abzielen, sondern müsse analysieren, wie intensiv der Einzelne am Erwerbsleben teilnehme. Professor *Giesen* erwiderte hierauf, dass er sich das auch sehr gut vorstellen könne, allerdings nur dann, wenn er der Deutsche Bundestag wäre, da Richter an das Gesetz gebunden seien und in diesem „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ stehe. Dies sei der Grund seiner Vorbemerkung gewesen. Sozialpolitische Gründe bestünden für eine Ausbildungsförderung aber mittels einer Regelung durch den Gesetzgeber.

Anschließend ging Professor *Höpfner* dann doch noch auf das Kartellrecht ein. Hier läge nämlich einer der wenigen Fälle vor, in denen der EuGH gegen den Generalanwalt entschieden habe. Man müsse weiter berücksichtigen, dass die Definition des Begriffs „Scheinselbständigkeit“ des EuGH nicht mit dem des deutschen Sozialrechts übereinstimmt. Professor *Giesen* stellte daraufhin klar, dass seine Bedenken hinsichtlich des Kartellrechts nur die Regelungstechnik und nicht den Begriff betroffen hätten.

Professor *Junker* gab zu bedenken, dass es eine rechtspolitische Frage sei, ob man Selbständige, die keine Beschäftigten hätten, an den Kosten der Berufsausbildung beteilige. Dabei sei er völlig bei Professor Dr. *Klaus Bepler*, Vorsitzender Richter am BAG, dass ein großer Standortvorteil der Bundesrepublik Deutschland das Ausbildungswesen sei, welches förderungswürdig erscheine. Fraglich sei aber, ob solche rechtspolitischen Fragen nicht von den Wählern entschieden werden müssten.

Professor *Bepler* sah eine aktuelle Tendenz, Aufgaben des Gesetzgebers irgendwie durch die Koalitionen und ohne Beteiligung der Wähler zu regeln. Er könne sich vorstellen, als Arbeitsrichter zu sagen, dass für den Fall, dass die Tarifvertragsparteien auch wahrscheinliche Arbeitgeber einbeziehen wollten, dies möglich sei, wenn dieser Arbeitnehmer beschäftigen könne und wolle. Ein Anhaltspunkt dafür könne etwa der Gewinn sein. Subsumtionstechnisch könnte man so über den Betrieb zum Arbeitgeber kommen.

---

# Tarifvertragliche Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung

*Daniel Ulber*

Seite

I. Einleitung.....	89
II. Die Ausgangslage: Ein Rückblick.....	91
1. Tarifdispositive Gestaltung der Arbeitnehmerüberlassung seit 2004 .....	91
2. Mindestlohn für die Arbeitnehmerüberlassung .....	92
3. Leiharbeitsrichtlinie und AÜG.....	93
4. Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze .....	93
III. Ordnung und Unordnung des Tarifvertragsrechts in der Leih- arbeit: Eine Bestandsaufnahme.....	94
1. Funktionsstörungen der Tarifautonomie und tarifvertrag- liche Regulierung der Leiharbeit.....	94
2. Reaktionsmöglichkeiten auf Basis des geltenden Rechts – Bindung der Tarifvertragsparteien an „immanente Grenzen“ des tarifdispositiven Gesetzesrechts? .....	96
IV. Tarifvertragliche Regulierung der Leiharbeit.....	99
1. Legitimationsprobleme und Interessenkonflikte zwischen verleiher- und entleiherseitiger tarifvertraglicher Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung .....	99
a) Legitimationsprobleme auf Verleiherseite.....	99
b) Legitimationsprobleme auf Entleiherseite.....	100
2. Tarifvertragliche Regelungen und Gleichbehandlungs- grundsatz.....	105
a) Mehrschichtiges System von tarifvertraglichen Regelungen .....	105
b) Regulierung auf Seiten der Entleiher.....	105
3. Tarifverträge zu Branchenzuschlägen.....	108
4. Regulierung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Leiharbeit.....	108
V. Ein Ausblick: Das Gesetzgebungsvorhaben zur Reform des AÜG und seine Auswirkungen auf die tarifvertragliche Regulierung der Leiharbeit .....	109
1. Die deregulierende Regulierung des AÜG.....	109
2. Regulierung der Höchstüberlassungsdauer .....	109

a) Abweichungsbefugnis für die Tarifvertragsparteien .....	110
b) Unionsrechtliche Bedenken.....	110
c) Folgefragen.....	111
3. Modifikation des Gleichstellungsgrundsatzes durch Tarif- vertrag.....	113
VI. Fazit .....	115
Diskussion .....	116

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht* (München 2016), S. 87-115

## I. Einleitung

Der Gesetzgeber als Elefant im Porzellanladen des kollektiven Arbeitsrechts. So hat *Peter Schüren* 2007 die tarifdispositive Gestaltung des bislang in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG verankerten „Grundsatzes der Gleichstellung“<sup>1</sup> gebrandmarkt.<sup>2</sup>

Und die Tatsache, dass die tarifvertragliche Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung Thema einer Veranstaltung zu „Ordnungsfragen des Tarifrechts“ ist, spricht dafür, dass in diesem Bereich nach wie vor einiges an Unordnung herrscht.

Die Thematik hat seit über einer Dekade erhebliche Diskussionen hervorgerufen, Beispiele sind die Tarifpolitik der CGZP<sup>3</sup>, der Mindestlohn für die Leiharbeit<sup>4</sup> und die in großen Teilen noch ungeklärten Auswirkungen der Leiharbeitsrichtlinie.<sup>5</sup> Aus tarifrechtlicher Sicht sind zwei Entwicklungen bedeutsam, die beide im aktuellen Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Änderung des AÜG aufgegriffen werden. Die tarifdispositive Gestaltung des Grundsatzes der Gleichstellung<sup>6</sup> und die Reichweite der damit verbundenen Abweichungsbefugnisse einerseits und andererseits die Problematik, dass sich Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung sowohl in Tarifverträgen der Verleiherbranche als auch im Bereich der Entleiherbranchen finden.<sup>7</sup>

Die Themen dieser Veranstaltung sind geprägt durch die Besorgnis, dass Sozialpartner in der Lage sind, die Arbeitsbedingungen von Personen zu

---

1 So die amtliche Überschrift von § 8 AÜG im Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze.

2 *Schüren*, Die Regelung der Vergütung der Leiharbeitnehmer oder „Der Besuch des Elefanten im Porzellanladen des kollektiven Arbeitsrechts“, Festschrift Löwisch, 2007, S. 367.

3 Zur fehlenden Tariffähigkeit: BAG 14.12. 2010 – 1 ABR 19/10, BAGE 136, 302-333; dazu *Schüren*, Anmerkungen zur CGZP-Entscheidung des BAG vom 14.12. 2010 und ihrer Bindungswirkung, RdA 2011, 368; *D. Ulber*, Neues zur Tariffähigkeit, RdA 2011, 353; *Rieble*, Tariflose Zeitarbeit?, BB 2012, 2177.

4 *Benecke*, Mindestlohn und Tarifkontrolle in der Zeitarbeit, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung, 2011, S. 50 ff.; *D. Ulber*, Wirkungsweise und Rechtsfolgen der Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG, AuR 2012, 426 ff.

5 Dazu ausführlich *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, S. 441-576; *Sansone*, in: *Preis/Sagan* (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 8 Leiharbeit; *Rieble/Vielmeier*, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 4 (2011), 474 ff.

6 Ausführlich *Sansone* (Fn. 5).

7 Dazu sogleich unter IV; Überblick bei *J. Ulber*, in: *ders.* (Hrsg.), AÜG, 4. Aufl. 2011, § 9 Rn. 122.

beeinflussen, die nicht Mitglieder der an der Regulierung Beteiligten sind. Die Problemstellung ist mit Blick auf die Arbeitnehmerüberlassung indes ein wenig atypisch.

Denn Leiharbeiter sind kaum organisiert.<sup>8</sup> Ihre Interessenvertretung findet nicht durch eine eigene Gewerkschaft statt. Eine solche hätte angesichts des geringen Organisationsgrades von Leiharbeitnehmern wohl kaum Chancen, als tariffähig anerkannt zu werden. Die Interessenvertretung von Leiharbeitnehmern findet daher durch den Abschluss von Tarifverträgen statt, die auf einer Kumulation der Zuständigkeiten von Branchengewerkschaften für die Arbeitnehmerüberlassung basieren.

Trotz der zumindest fragilen mitgliedschaftlichen Legitimation der Gewerkschaften unter den Leiharbeitnehmern<sup>9</sup> und trotz der gewerberechtigten Stellung der Normen des AÜG, werden die Tarifvertragsparteien aber im AÜG mit durchaus erheblichen Abweichungsbefugnissen von Regelungen des AÜG ausgestattet.

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern findet der Funktion der Arbeitnehmerüberlassung nach in anderen Branchen statt, in denen diese Arbeitnehmer mit den dort vorhandenen Arbeitnehmern im Betrieb zusammenwirken und durch die mit ihrem Einsatz verbundenen Folgen auf deren Interessen einwirken.<sup>10</sup> Wenig überraschend hat dies die Tarifvertragsparteien in den Entleiherbranchen auf den Plan gerufen, die sich der Regelung des Phänomens der Arbeitnehmerüberlassung zunehmend annehmen. Damit stellt sich die Frage nach den Regelungsbefugnissen der Tarifvertragsparteien, die für die jeweiligen Entleiherbetriebe tarifzuständig sind, soweit es um den Einsatz und die Einsatzbedingungen von Leiharbeitnehmern in diesen Betrieben geht.

Zum besseren Verständnis sowohl der gegenwärtigen Tariflandschaft als auch des Gesetzentwurfs zur Änderung des AÜG beginnt dieser Beitrag mit einem kurzen Rückblick auf die Entwicklung des heutigen Umfelds für Tarifnormsetzung in der Arbeitnehmerüberlassung. Auf dieser Grundlage lassen sich dann erste Erkenntnisse zu Ordnung und Unordnung im Bereich der tarifvertraglichen Regulierung der Leiharbeit gewinnen.

Daran anschließend folgt eine Bestandsaufnahme einzelner bestehender tarifvertraglicher Regelungen zur Leiharbeit, wobei ich mich vor allem auf den Grundsatz der Gleichstellung und die Höchstüberlassungsdauer kon-

---

8 *Waltermann*, Fehlentwicklung in der Leiharbeit, NZA 2010, 482 ff.

9 Bei den Arbeitgebern scheint diese Frage bislang weniger virulent geworden zu sein.

10 BAG 10.7. 2013 – 7 ABR 91/11, NZA 2013, 1296, 1301; *Fischer*, Zeitarbeit zwischen allen (Tarif-) Stühlen? – oder: Gewerkschaften in den Untiefen der Tarifzuständigkeit, RdA 2013, 326, 327.

zentrieren möchte.<sup>11</sup> Grund hierfür ist, dass diese Regelungskomplexe durch das Gesetzgebungsvorhaben zur Änderung des AÜG betroffen sind. Dieses wird zuletzt aufgegriffen, wobei sich die Darstellung auch hier im Wesentlichen auf die genannten Erscheinungsformen tarifvertraglicher Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung beschränken soll.

## II. Die Ausgangslage: Ein Rückblick

Zunächst sei zum besseren Verständnis der bestehenden tarifvertraglichen Regulierung noch einmal ihre historische Entwicklung dargestellt. Denn ursprünglich waren Tarifverträge für die Arbeitnehmerüberlassung eher unbedeutend.

### 1. Tarifdispositive Gestaltung der Arbeitnehmerüberlassung seit 2004

Das änderte sich erst durch die mit dem Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vorgenommene Neuordnung der Arbeitnehmerüberlassung im Jahr 2003.<sup>12</sup> Durch die Einführung des tarifdispositiven Gleichbehandlungsgrundsatzes kam es erstmals zum flächendeckenden Abschluss von Tarifverträgen für die Leiharbeit. Diese zeichneten sich bekanntermaßen durchweg durch überaus niedrige Entgelte aus.<sup>13</sup> Auf eine nochmalige Aufarbeitung der Tarifverträge der CGZP will ich in diesem Zusammenhang verzichten und lediglich auf einen anderen Aspekt hinweisen.

Der 5. Senat des BAG hatte sich bekanntermaßen bereits 2004 mit der Frage zu befassen, ob die genannten Tarifverträge wegen des enormen Entgeltgefälles zu den vergleichbaren Stammarbeitnehmern sittenwidrig sind.<sup>14</sup> Diese Entscheidung ist für diesen Vortrag insoweit von Bedeutung, als sie eine Weichenstellung dahingehend enthält, die Arbeitnehmerüberlassung als eigene Branche anzuerkennen.<sup>15</sup> Das hat zur Folge, dass nicht die Entgeltunterschiede zu den jeweiligen Einsatzbetrieben den Kontroll-

---

11 Zur Erweiterung der betrieblichen Mitbestimmung vgl. *Krause*, Neue tarifvertragliche Regeln für die Leiharbeit in der Metallindustrie, NZA 2012, 830, 833 ff.

12 Dazu etwa *Deinert*, Kernbelegschaften – Randbelegschaften – Fremdbelegschaften, RdA 2014, 65, 68.

13 Hierzu *Benecke*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 4), S. 50, 51; *Waltermann*, Gesetzliche und tarifvertragliche Gestaltung im Niedriglohnsektor, NZA 2013, 1041, 1044 f.; *ders.*, NZA 2010, 482 ff.

14 BAG 24.3. 2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971 ff.

15 BAG 24.3. 2004 – 5 AZR 303/03 (Fn. 14), 973.

maßstab für die Beurteilung der Entgelte in der Leiharbeit bilden, sondern die dort geltenden Tarifverträge quasi an sich selbst zu messen sind.<sup>16</sup>

Tarifrechtliche Folge dieser Einordnung als Branche ist, dass Tarifverträge für die Arbeitnehmerüberlassung voraussetzen, dass auf beiden Seiten des Tarifvertrags Tarifvertragsparteien stehen, die für die Arbeitnehmerüberlassung insgesamt tarifzuständig sind. Das ist mit Blick auf die mehrgliedrigen Tarifverträge der DGB-Gewerkschaften mit BZA und IGZ bekanntermaßen in der Rechtsprechung noch ungeklärt<sup>17</sup>, allerdings wohl maximal ein Satzungsproblem.<sup>18</sup>

## 2. Mindestlohn für die Arbeitnehmerüberlassung

Für den Gesetzgeber ergab sich durch die Anerkennung der Arbeitnehmerüberlassung als eigenständige Branche mit eigenständigen Tarifverträgen die Möglichkeit einer Anknüpfung in Form von sogenannten branchenbezogenen, tarifgestützten Mindestlöhnen. Nachdem der Mindestlohn für die Leiharbeit zunächst rechtspolitisch massiv bekämpft wurde, verstummte diese Kritik abrupt, als die Folgewirkungen der EU-Osterweiterung sichtbar wurden. Die damit seit 2011 verbundene Marktzutrittschance für Verleihunternehmen aus Osteuropa, die mit weit niedrigeren Entgelten operieren können, als dies für deutsche Verleiher möglich ist, veränderte die Interessenlage.<sup>19</sup> Seither können die Tarifvertragsparteien auf Grundlage des durch das Erste AÜG-Änderungsgesetz<sup>20</sup> eingefügten § 3a AÜG auf tarifgestützte Mindestlöhne für die Arbeitnehmerüberlassung hinwirken.<sup>21</sup>

Diese Regelung ist bemerkenswert. Für Leiharbeitnehmer kommen zu fast 100 % Tarifverträge zur Anwendung, weil nahezu alle Leiharbeitsverhältnisse mit einer nach § 9 Nr. 2 3. Halbsatz AÜG zulässigen Bezugnahme-klausel auf die Tarifverträge zur Leiharbeit ausgestattet sind.<sup>22</sup> Eine Bran-

16 BAG 24.3. 2004 – 5 AZR 303/03 (Fn. 14); angesichts von Entgeltgefällen, die teilweise bei 45 % und mehr liegen, ist das eine bemerkenswerte Weichenstellung. Zum Entgeltgefälle in der Leiharbeit und seinen Ursachen *Waltermann*, NZA 2010, 482 ff.

17 Vgl. etwa LAG Hessen, 4.9. 2014 – 9 TaBV 91/14, anhängig BAG 1 ABR 62/14.

18 Zum Problem *Fischer*, RdA 2013, 326 ff.; *Rieble*, BB 2012, 2177; *J. Ulber*, in: ders. (Fn. 7), § 9 Rn. 150 ff.; vgl. zur Problematik mit Blick auf die unwirksamen CGZP-Tarifverträge *Bayreuther*, Tarifzuständigkeit beim Abschluss mehrgliedriger Tarifverträge im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2012, 14.

19 Zu den Hintergründen etwa *Böhm*, 1.5. 2011: Europa-Tag für die Zeitarbeit, NZA 2010, 1218; *D. Ulber*, AuR 2012, 426 ff.

20 Erstes AÜG-Änderungsgesetz vom 28.4. 2011, BGBl. 2011 I, S. 642 ff.

21 Ausf. *D. Ulber*, AuR 2012, 426 ff.

22 *Waltermann*, NZA 2013, 1041, 1044.

che mit einer derartig hohen Breitenwirkung von Tarifverträgen bedarf des Schutzes durch einen Mindestlohn?

Hintergrund ist, dass dieser Mindestlohn für Arbeitsverhältnisse nach deutschem Recht niemals zur Anwendung kommen soll. Denn die Tarifverträge, die die Grundlage für die Mindestlohn-Rechtsverordnung sind, sind keine Tarifverträge, die eine Abweichung vom *Equal Pay*-Grundsatz rechtfertigen. Der Mindestlohn ist vielmehr ein Wirksamkeitshindernis für eine Abweichung vom Gebot der Gleichstellung. Bei Verstoß gegen den Mindestlohn gilt also nicht der Mindestlohn, sondern *Equal Pay*. Der Mindestlohn erfasst daher in der Praxis ausschließlich die Arbeitsverhältnisse entsandter Arbeitnehmer.

### 3. Leiharbeitsrichtlinie und AÜG

Zusätzliche Dynamik hat das Thema durch die Leiharbeitsrichtlinie erfahren. Denn zum einen liegt der Leiharbeitsrichtlinie u.a. in Art. 1 das Konzept einer „vorübergehenden“ Arbeitnehmerüberlassung zugrunde.<sup>23</sup> Zum anderen schreibt sie bei Abweichungen vom *Equal Pay*-Grundsatz einen gewissen Mindestschutz für Leiharbeitnehmer vor, der auch von den Tarifvertragsparteien einzuhalten ist (Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie).

Der Gesetzgeber hat bislang auf eine Umsetzung verzichtet und schlichtweg den Begriff „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG übernommen. Folge war, dass auch für die Tarifvertragsparteien unklar blieb, ob das Merkmal arbeitsplatz- oder arbeitnehmerbezogen zu interpretieren ist, und auch nicht klar war, ab welchem Zeitpunkt oder unter welchen Voraussetzungen von einer nicht mehr vorübergehenden Überlassung auszugehen ist.

Die genannten Entwicklungen sind durch eine weitere Erscheinung komplexer geworden. Trotz der eigenständigen tarifvertraglichen Regulierung auf Seiten der Verleihunternehmen, treten seit längerem die Tarifvertragsparteien auf Seiten der Entleiherbranchen mit eigenen Tarifverträgen zur Arbeitnehmerüberlassung auf den Plan. Das hat auch im Zusammenhang mit dem aktuellen Gesetzentwurf zur Änderung des AÜG Bedeutung, auf den ich nunmehr eingehen möchte.

### 4. Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze

Seit Abschluss des Koalitionsvertrags war klar, dass das AÜG auch in dieser Legislaturperiode Gegenstand gesetzgeberischer Aktivitäten sein wür-

---

23 Dazu ausführlich *Sansone*, in: Preis/Sagan (Fn. 5), § 8 Rn. 23 ff.; *Junker*, *Zeitarbeit und Werkverträge im europäischen Kontext*, EuZA 9 (2016), 197, 201 ff.

de. Das Gesetzgebungsverfahren befindet sich im Stadium des Regierungsentwurfs, der Resultat einer intensiven rechtspolitischen Debatte ist.

Für die tarifvertragliche Regulierung der Leiharbeit werden die Rahmenbedingungen in erster Linie durch die Regelung einer Höchstüberlassungsdauer in § 1 Abs. 1b des Entwurfs und Veränderungen im Bereich des Gebots der Gleichstellung im neuen § 8 AÜG neu gestaltet. Im Rahmen der Diskussion hierüber ist auch kurz die heute bereits angesprochene Außenseiterproblematik aufgetaucht, weil der Gesetzgeber ursprünglich bestimmte Abweichungsbefugnisse nur tarifgebundenen Arbeitgebern zur Verfügung stellen wollte.<sup>24</sup> Dieses, dem tarifdispositiven Gesetzesrecht in dieser Form unbekanntes, Konzept ist indes im Regierungsentwurf weitgehend aufgegeben worden.

### III. Ordnung und Unordnung des Tarifvertragsrechts in der Leiharbeit: Eine Bestandsaufnahme

Wer vor diesem Hintergrund nach Ordnung und Unordnung in der tarifvertraglichen Regulierung der Leiharbeit sucht, wird zunächst auf der tatsächlichen Ebene fündig.

#### 1. Funktionsstörungen der Tarifautonomie und tarifvertragliche Regulierung der Leiharbeit

Im Bereich der Leiharbeit leidet die Tarifautonomie auch nach dem CGZP-Beschluss des BAG<sup>25</sup> an einer bemerkenswerten Funktionsstörung. Denn die DGB-Gewerkschaften verfügen unter den Leiharbeitnehmern nach wie vor nur über eine sehr geringe Organisationsmacht.<sup>26</sup> Sie stehen bei der tarifvertraglichen Regulierung der Leiharbeit Verhandlungspartnern gegenüber, die sich durch den Tarifvertrag eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen versprechen. Denn jeder Tarifvertrag, der vom Gebot der Gleichstellung abweicht, führt zunächst einmal zu einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen.<sup>27</sup> In der Literatur wird dies etwa von *Richardi* als Zweckverfehlung des Tarifvertrags kritisiert.<sup>28</sup>

---

24 Dazu ausführlich *Franzen*, Tarifdispositive Gestaltung einer Höchstüberlassungsdauer nach AÜG, ZfA 2016, 25, 36 ff.

25 BAG 14.12. 2010, – 1 ABR 19/10 (Fn. 3).

26 *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Zukunft der Zeitarbeit, 2009, S. 67, 68 nennt weniger als 3 %.

27 *Rieble*, BB 2012, 2177.

28 *Richardi*, Arbeitsgesetzgebung und Systemgerechtigkeit, NZA 2008, 1, 4; Ebenso *Sansone* (Fn. 5), S. 321 mit weiteren Nachweisen.

Die Frage, warum sich Arbeitnehmervvertretungen gleichwohl auf solche Tarifverträge einlassen sollten<sup>29</sup>, steht im Raum. Erklärbar wird dies durch Interessen, die mit denen der Leiharbeitnehmer nur teilweise harmonieren.

Zunächst einmal geht es um organisationspolitische Interessen. Durch die Tarifverträge zur Arbeitnehmerüberlassung ließ sich ein bislang weißer Fleck in der Tariflandschaft schließen. Die Gewerkschaften erhalten damit in dieser Branche Gestaltungsmacht. Dafür sind sie auch bereit, eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer, die sie eigentlich schützen sollen, in Kauf zu nehmen.

Allerdings werden die Tarifvertragsparteien zumindest darauf verweisen, dass es ihnen auf diesem Weg gelingt, wohl erstmals die verleihfreien Zeiten mit zu regulieren.

Die Ursache dieser Tarifpolitik auf Gewerkschaftsseite dürfte auch darin liegen, dass man prinzipiell gar nichts gegen Arbeitnehmerüberlassung einzuwenden hat. Das gilt jedenfalls, solange diese nicht zu Lasten der Stammebelegschaften geht.<sup>30</sup> Auf dieser Grundlage bemüht man sich um gute Arbeitsbedingungen für Leiharbeitnehmer.

Die Tarifverträge im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung senken gegenwärtig die Entgelte für Leiharbeitnehmer dauerhaft unter das gesetzliche Niveau. Ergänzend treten tarifvertragliche Regelungen in einigen Branchen auf, die darauf abzielen, die Leiharbeitnehmer zumindest bei längerer Einsatzdauer besserzustellen. Solche Regelungen finden sich sowohl auf Verleiherseite als auch in Tarifverträgen auf Entleiherseite. Ein Beispiel sind die Branchenzuschläge in der Metall- und Elektroindustrie, die über einen Zeitraum von neun Monaten auf bis zu 50 % anwachsen.

Der Grund für diese Regelungen dürfte sein, dass es in diesen Fällen immer weniger um eine – auch aus Sicht der Stammarbeitnehmer unproblematische – Überbrückung von Produktionsspitzen, sondern um eine zumindest potenzielle Substitution von Stammarbeitnehmern geht.

Dem ließe sich entgegenhalten, dass jedenfalls bislang die Tarifverträge auf Verleiherseite einen dauerhaften Überlassungsvertrag nicht ausschließen. Aber auch dies lässt sich durch Interessen erklären, die letztendlich die Stammarbeitnehmer betreffen. Es besteht durch die Arbeitnehmerüberlassung die Möglichkeit, in Betrieben eine zweite Fertigungslinie ein-

---

29 Allzumal seit die Tarifverträge der CGZP, die in der Vergangenheit wie eine Tariflohnbremse gewirkt haben, weggefallen sind; dazu *Deinert*, RdA 2014, 65, 70 f.

30 Vgl. zu den Tarifverträgen der Metall- und Elektroindustrie *Krause*, NZA 2012, 830, 831.

zuziehen, die mit geringeren Entgelten zu einer insgesamt kostengünstigeren Produktion beiträgt. Die Leiharbeitnehmer subventionieren in solchen Konstellationen die Arbeitsbedingungen und Entgelte der Stammarbeitnehmer.<sup>31</sup> Deren Interessenvertretung hat dann kein Interesse daran, die Arbeitsbedingungen von Leih- und Stammarbeitnehmern anzugleichen. Zugleich wünscht man aber auch keine Niedriglohntarifverträge, weil dann das Interesse an einem Abbau von Stammarbeitsplätzen zugunsten von Leiharbeit zu groß werden könnte.<sup>32</sup>

Damit zeigt sich, dass die Tarifautonomie in der Leiharbeit gegenwärtig nach wie vor Funktionsdefizite aufweist. Denn die von der tarifvertraglichen Regulierung unmittelbar Betroffenen sind kaum organisiert. Ihre Interessen werden daher aufgrund von anderweitigen, streckenweise gegenläufigen Interessen auf Seiten der Gewerkschaften bei Abschluss von Tarifverträgen jedenfalls nicht uneingeschränkt verfolgt.<sup>33</sup>

Bereits auf Grundlage der geschilderten Repräsentanzdefizite ist die tarifdispositive Gestaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes massiv kritisiert worden.<sup>34</sup>

Nimmt man die Interessenlage auf Gewerkschaftsseite hinzu, so scheint diese ein zusätzliches Argument für eine Abkehr vom tarifdispositiven Gesetzesrecht im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung zu sein. Zumindest gibt es aber Anlass, über weitergehende Schranken nachzudenken. Es stellt sich daher durchaus die Frage, ob hier nicht weniger Schutz durch den Tarifvertrag stattfindet, als Schutz vor dem Tarifvertrag erforderlich ist.<sup>35</sup>

## **2. Reaktionsmöglichkeiten auf Basis des geltenden Rechts – Bindung der Tarifvertragsparteien an „immanente Grenzen“ des tarifdispositiven Gesetzesrechts?**

Das ruft eine Frage auf den Plan, die sehr alt ist. Bereits in den 1970er Jahren hat *Wiedemann* mit Blick auf § 622 BGB gefordert, Tarifverträge, die von Tariföffnungsklauseln Gebrauch machen, müssten sich im Rahmen der gesetzgeberischen Wertentscheidung und des Regelungskonzepts

---

31 Weitergehend *Rieble*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 26), S. 67, 68: „beschäftigungssichernder Puffer“ für die Stammebelegschaft.

32 *Krause*, NZA 2012, 830, 835; *Rieble*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 26), S. 65, 71 f.

33 Ähnlich *Waltermann*, NZA 2010, 482, 487.

34 *Deinert*, RdA 2014, 65, 70 f.; *Waltermann*, NZA 2010, 482, 487.

35 Ähnlich *Riechert*, Grenzen tariflicher Abweichung vom Equal Pay-Grundsatz des AÜG, NZA 2013, 303, 304; *Waltermann*, NZA 2010, 482, 487; zurückhaltend *Rieble*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 26), S. 67, 69.

der Norm halten.<sup>36</sup> Es ist wenig überraschend, dass dieser Gedanke nunmehr seit fast zehn Jahren eine rege Diskussion ausgelöst hat und sich ganz verbreitet im Schrifttum findet.<sup>37</sup>

Grundlegend umstritten ist dabei einerseits, ob man eine solche immanente Schranke für alle tarifdispositiven Vorschriften annehmen sollte<sup>38</sup>, sie generell ablehnen muss oder aber für jede tarifdispositive Norm isoliert bestimmen soll. Jedenfalls der letzteren Ansicht muss man wohl offen gegenüberstehen, weil es letztendlich eine Auslegungsfrage ist, welche Reichweite eine Tariföffnungsklausel im konkreten Fall hat. Dem steht weder Art. 9 Abs. 3 GG entgegen noch der Verweis auf die sogenannte Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags, die richtigerweise wohl nur als Richtigkeitschance begriffen werden darf, was ich an anderer Stelle ausführlich dargelegt habe.<sup>39</sup>

Man kann in der Tat erwägen, hinsichtlich der Abweichungsbefugnis vom Grundsatz der Gleichstellung, also hinsichtlich der Einsatzzeiten beim Verleiher<sup>40</sup>, eine immanente Grenze für die Abweichungsbefugnisse der Tarifvertragsparteien zu ziehen. Dann dürfte das gesetzgeberische Leitbild des gleichen Entgelts und der gleichen wesentlichen Arbeitsbedingungen von Stamm- und Leiharbeitnehmern durch die Tarifverträge nicht aufgegeben werden.<sup>41</sup> Der Gesetzgeber hat jedenfalls zur Begründung des § 3a AÜG ausgeführt, Tarifverträge müssten den Schutzgedanken beachten, der dem tarifdispositiven Arbeitnehmerschutzrecht zugrunde liegt.<sup>42</sup> Die Notwendigkeit einer irgend gearteten Kontrolle dürfte sich auch auf Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie stützen lassen.<sup>43</sup> Dieser lässt es zwar grundsätzlich zu, dass die Tarifvertragsparteien vom Grundsatz der Gleichstellung abweichen. Sie sind dabei aber verpflichtet, den Gesamt-

---

36 Wiedemann, Anwendbarkeit von BGB § 622 Abs. 3 auf die am 1969-09-01 bereits bestehenden Tarifverträge für das Baugewerbe, AP Nr. 10 zu § 622 BGB.

37 Riechert, NZA 2013, 303 ff.; Schlachter/Klauk, Tarifdispositivität – eine zeitgemäße Regelung?, AuR 2010, 354, 359; J. Ulber, Wirksamkeit tariflicher Regelungen zur Ungleichbehandlung von Leiharbeitnehmern, NZA 2009, 232; Waltermann, NZA 2010, 482, 485 f.; ausführlich J. Ulber, in: ders. (Fn. 7), § 9 Rn. 205 ff.

38 Wiedemann, in: ders. (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007, Einl. Rn. 388.

39 D. Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010, S. 463 ff.; skeptisch gegenüber dem Konzept auch Waltermann, NZA 2010, 482, 486 f.

40 Zur Differenzierung zwischen verleihfreien Zeiten und Zeiten der Überlassung, vgl. J. Ulber, NZA 2009, 232 ff.

41 Riechert, NZA 2013, 303, 304.

42 BT-Drucks. 17/4804, S. 9.

43 Waltermann, NZA 2010, 482, 484; anderer Ansicht Rieble/Vielmeier, EuZA 4 (2011), 474, 501: „nicht justiziable Generalklausel“.

schutz der Arbeitnehmer zu wahren.<sup>44</sup> Über das Ausmaß, in dem die Leiharbeitsrichtlinie hier Schranken zieht, kann man freilich trefflich streiten.

Die Grenzziehung auf Grundlage des AÜG bleibt daher problematisch. Der Mindestlohn für die Arbeitnehmerüberlassung kann kaum eine Untergrenze bilden, weil er selbst tarifgestützt ist.

Daher muss ein Kontrollansatz zumindest partiell mit der bereits angesprochenen Rechtsprechung des BAG zur Rechtskontrolle von Tarifverträgen für die Arbeitnehmerüberlassung brechen. Denn der Kontrollmaßstab muss eben doch in den Entgelten der Entleiherbranchen gefunden werden. Allerdings wird dieser etwa von *Riechert* mit Recht nicht in § 138 BGB, sondern unmittelbar im AÜG verortet und erwogen, grundsätzlich bei einer Unterschreitung der Tarifentgelte der Entleiherbranchen um ein Drittel zu einer Unwirksamkeit zu kommen.<sup>45</sup> Insgesamt erscheint ein solches Modell als gangbar. Es würde allerdings dazu führen, dass in den Entgelttarifverträgen für die Leiharbeit in Zukunft eher Entgeltquoten vereinbart werden müssten, die sich auf die Entgelte in den Entleiherbranchen beziehen. Möglicherweise ließen sich aber die Tarifverträge über Branchenzuschläge nutzen, um hier Folgeprobleme zu vermeiden.<sup>46</sup>

Sofern der Gesetzentwurf zur Änderung des AÜG in Kraft treten sollte, wird sich das Problem weitgehend entschärfen.<sup>47</sup> Denn § 8 des Regierungsentwurfs zur Änderung des AÜG wird die Abweichungsbefugnisse der Tarifvertragsparteien einschränken. Ob dann das hier dargestellte Kontrollmodell noch aktiviert werden muss, erscheint fraglich.

Im Übrigen darf der hier dargestellte Ansatz nicht den Blick darauf verstellen, dass es eigentlich Aufgabe des Gesetzgebers ist, Unklarheiten über die Reichweite von Abweichungsbefugnissen auf Grundlage von tarifdispositivem Gesetzesrecht zu beseitigen. Schwer justiziable allgemeine Grundsätze helfen dabei wenig und sind angesichts einer eher zurückhaltenden Ausübung derartiger Kontrollbefugnisse durch das BAG auch wenig effektiv.

Vor diesem Hintergrund wird auch verständlich, warum der Gesetzgeber sich nunmehr für eine sehr grundlegende Umgestaltung der Tariföffnungsklausel entschieden hat, die die Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz durch Tarifvertrag nunmehr nur noch zeitlich befristet zulässt (§ 8 Abs. 4 AÜG-E).

---

44 Ebenso *Riechert*, NZA 2013, 303, 304.

45 *Riechert*, NZA 2013, 303, 304; *J. Ulber*, NZA 2009, 232, 238.

46 *Riechert*, NZA 2013, 303, 305.

47 Zur Unwirksamkeit einzelner tarifvertraglicher Regelungen für die Arbeitnehmerüberlassung vgl. *J. Ulber*, NZA 2009, 232.

#### IV. Tarifvertragliche Regulierung der Leiharbeit

Bevor auf diese und andere Modifikationen der gesetzlichen Ausgangslage für eine Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung durch Tarifvertrag eingegangen werden kann, ist zunächst eine Bestandsaufnahme hinsichtlich der bereits bestehenden Tarifverträge für die Leiharbeit erforderlich.

##### 1. Legitimationsprobleme und Interessenkonflikte zwischen verleih- und entleiherseitiger tarifvertraglicher Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung

Tarifverträge mit Bezügen zur Arbeitnehmerüberlassung finden sich gegenwärtig sowohl auf Verleiher- als auch auf Entleiherseite. Auf Verleiherseite sind hier insbesondere die Tarifverträge zu Branchenzuschlägen zu nennen, so etwa der TV Branchenzuschläge für die Chemische Industrie. Derartige Tarifverträge bewirken eine unmittelbare, branchenspezifische Modifikation der vom *Equal Pay*-Grundsatz abweichenden Tarifverträge zwischen den DGB-Gewerkschaften auf der einen Seite und IGZ/BAP auf der anderen Seite.<sup>48</sup>

Auf Seiten der Entleiher finden sich hingegen etwa im Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit für die Metall- und Elektroindustrie Regelungen, die erweiterte Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats und eine tarifvertragliche Konkretisierung der vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung vorsehen.<sup>49</sup> Ebenso sind unmittelbare Ansprüche der Leiharbeiter etwa auf Übernahme durch den Entleiher nach einer gewissen Zeit vorgesehen.

Schließlich gibt es vereinzelt auch tarifvertragliche Regelungen, die zumindest mittelbar<sup>50</sup> eine Einhaltung des Grundsatzes der Gleichstellung während eines Einsatzes anstreben.

##### a) Legitimationsprobleme auf Verleiherseite

Legitimationsprobleme können in diesem Kontext auf Verleiherseite vor allem mit Blick auf die Repräsentanz gesehen werden. Ursprung dieser Problematik ist eine fallabhängig voranschreitende Rechtsprechung des 1. Senats des BAG zur Tariffähigkeit von Arbeitnehmervereinigungen. Diese lässt nach wie vor Zweifel aufkommen, ob sie geeignet ist, eine vorbe-

---

48 Vgl. hierzu ausführlich *Bayreuther*, Die Stellung von Leiharbeitnehmern im Einsatzbetrieb nach den jüngsten Tarifabschlüssen in der Zeitarbeitsbranche und der M- und E-Industrie, NZA-Beilage 2012, S. 115 ff.

49 Dazu etwa *Bayreuther*, NZA-Beilage 2012, S. 115 ff.; *Krause*, NZA 2012, 830 ff.; *D. Ulber*, Erweiterte Mitbestimmungsrechte durch Tarifverträge zur Leiharbeit, AuR 2013, 114 ff.

50 Etwa durch die Verknüpfung mit erweiterten Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats, dazu *Krause*, NZA 2012, 830, 834 f.

haltlose Anerkennung von Tarifverträgen zum Gebrauch von Tariföffnungsklauseln zu rechtfertigen.<sup>51</sup>

Nach wie vor scheint die Frage, ob hier zusätzlich ein Repräsentativitätserfordernis vorzusehen ist, im Raum zu stehen. Hier wird vermutlich das anhängige Verfahren zur Klärung der Tariffähigkeit des DHV<sup>52</sup> etwas mehr Klarheit bringen.

Deutlich ist aber, dass Tariföffnungsklauseln voraussetzen, dass die Tarifvertragsparteien, die sie nutzen, zu einer zumindest gleichwertigen Normsetzung befähigt sind wie der Gesetzgeber. Das kann bei abgeschwächten Anforderungen an die Tariffähigkeit nicht mehr unterstellt werden. Des Weiteren ist bei zu geringen Mitgliederzahlen durchaus ein Legitimationsdefizit auf Arbeitnehmerseite zu erkennen, das die abweichende tarifvertragliche Gestaltung in Frage stellen kann.<sup>53</sup>

Damit soll hier nicht etwa dem Konzept einer relativen Tariffähigkeit das Wort geredet werden.<sup>54</sup> Vielmehr könnte die Repräsentativität der tarifschließenden Verbände als Wirksamkeitserfordernis für Tarifverträge, die von tarifdispositiven Vorschriften abweichen, erwogen werden.<sup>55</sup> Soweit man die Arbeitnehmerüberlassung als eigenständige Branche begreift, wird dieses Erfordernis auf Seiten der Arbeitnehmer allerdings wohl nicht erfüllt werden können.

## **b) Legitimationsprobleme auf Entleiherseite**

Auf Entleiherseite ergeben sich weitergehende Legitimationsprobleme. Denn hier stellt sich einerseits die Frage, welche Regelungen Teil normativ oder doch zumindest schuldrechtlich wirkender Vereinbarungen sein können. Zum anderen ergibt sich ein Legitimationsproblem in personeller Hinsicht, weil es neben Regelungen, die sozusagen über Bande spielen, auch tarifvertragliche Regelungen gibt, die unmittelbare Ansprüche von Leiharbeitnehmern gegen den Entleiher vorsehen, so etwa Übernahmeverpflichtungen.

### **aa) Schuldrechtliche Vereinbarungen auf Entleiherseite**

Soweit sich tarifvertragliche Regelungen dieser Art nicht innerhalb des Katalogs des § 1 Abs. 1 TVG halten, also als normative Regelungen nicht möglich sind, sind sie gleichwohl Regelungen der Arbeits- und Wirt-

---

51 Zweifelt auch *Riechert*, NZA 2013, 303, 304 f.

52 LAG Hamburg 4.5. 2016 – 5 TaBV 8/15; *Jacobs*, jurisPR-ArbR 31/2016 Anmerkung 1.

53 *Waltermann*, NZA 2010, 482, 487.

54 Diese Konsequenz lehnt *Riechert*, NZA 2013, 303, 304 f. ebenfalls ab.

55 *D. Ulber*, RdA 2011, 353.

schaftsbedingungen und damit vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst. Vor diesem Hintergrund ist es nicht möglich, den Tarifvertragsparteien durch Verweis auf einen *Numerus clausus* tarifvertraglicher Gestaltungsformen die schuldrechtliche Vereinbarung von Regelungen zu verwehren, für die der normative Teil des Tarifvertrags als Standort ausscheidet.<sup>56</sup> § 1 Abs. 1 TVG ist nicht als Verbotsnorm ausgestaltet. Die Regelungen des TVG sind auch keine inhaltlichen Grenzen für die Bestimmung des Gewährleistungsgehalts des Art. 9 Abs. 3 GG, der spätestens seit der Aufgabe der Kernbereichstheorie als zukunftsöffener Tatbestand angesehen werden kann.<sup>57</sup> Daher ist davon auszugehen, dass, sofern Tarifvertragsparteien eine Regelung zum wechselseitigen Interessenausgleich für notwendig befinden, diese auch vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst ist. Formale Schranken, die Inhalte als nicht von der Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien gedeckt ansehen, müssen daher an Art. 9 Abs. 3 GG scheitern. Die Ableitung von Grenzen aus kollidierenden Grundrechten bleibt bei dieser Betrachtungsweise möglich, betrifft aber nicht die Frage des „Ob“, sondern des „Wie“ solcher Regelungen.

## bb) Inhaltliche Fragestellungen

Das vorweg gesagt, soll es hier aber um die auf die Arbeitsbedingungen bezogenen Fragestellungen gehen. Das betrifft etwa die Übernahmeverpflichtung für Leiharbeiter, aber auch die Regelung von Leiharbeitsquoten oder die tarifvertragliche Regelung einer Höchstüberlassungsdauer.

### (1) Übernahmeverpflichtungen für Leiharbeiter

Diese Regelungen, durch die Entleiher verpflichtet werden, Leiharbeitnehmern zumindest nach gewisser Zeit<sup>58</sup> den Abschluss eines Arbeitsvertrags anzubieten, können prinzipiell als Abschlussnormen im Sinne des § 1 Abs. 1 TVG eingeordnet werden.<sup>59</sup> Problematisch ist allerdings der Kreis der Anspruchsberechtigten, weil das Einstellungsgebot nicht von einem

---

56 Krause, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay, 2012, S. 47; J. Ulber, in: ders. (Fn. 7), § 9 Rn. 127.

57 Krause (Fn. 56), S. 48.

58 Nach dem TV Leih-/Zeitarbeit 24 Monate.

59 LAG Baden-Württemberg 18.6. 2015 – 6 Sa 52/14 – nicht rechtskräftig, Revision anhängig, Aktenzeichen 9 AZR 359/15; Bayreuther, NZA-Beilage 2012, S. 115, 117; Krause (Fn. 56), S. 50; etwas anderes gilt dann, wenn lediglich vorgesehen ist, dass der Arbeitgeber nach einer gewissen Überlassungsdauer einen bestimmten Anteil oder eine bestimmte Anzahl von Leiharbeitnehmern übernehmen muss. In diesem Fall handelt es sich um Betriebsnormen; zur Abgrenzung ausführlich Däubler, in: ders. (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 321 ff.

vorherigen Arbeitsverhältnis abhängt. Die Möglichkeit, ohne ein solches vorheriges Arbeitsverhältnis eine Abschlussnorm vorzusehen, ist bekanntermaßen umstritten.<sup>60</sup> Indes ist die genannte Einschränkung dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 TVG nicht zu entnehmen, weswegen meines Erachtens zu Recht überwiegend davon ausgegangen wird, dass eine solche ungeschriebene Regelung möglich ist.<sup>61</sup>

Ohnehin erscheint die rechtliche Beziehung zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher doch durchaus rechtlich verfestigt zu sein.<sup>62</sup> Dies etwa durch die Ausübung des Direktionsrechts, die Anwendbarkeit ganz vielfältiger betrieblicher Regelungen auf Leiharbeitnehmer und die jedenfalls rudimentäre betriebsverfassungsrechtliche Einbeziehung von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb. Auch der *Equal Pay*-Anspruch setzt mittelbar voraus, dass Leiharbeitnehmer zumindest auch der Branche zugehören, in der sie eingesetzt werden.

Soweit in diesem Kontext teilweise eine Verletzung der Arbeitsvertragsfreiheit des Arbeitgebers angenommen wird, möchte ich zunächst darauf hinweisen, dass jedenfalls im Firmentarifvertrag eine solche Argumentation versagt. Sofern der Arbeitgeber derartige Zusagen machen möchte, ist er davor zu schützen, dass ihm die Rechtsprechung kraft besserer Einsicht vorgibt, wozu er sich verpflichten darf. Sein Interesse, derartige Regelungen anbieten zu können, ist verfassungsrechtlich sowohl durch Art. 9 Abs. 3 GG wie auch durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Jenseits einer Situation struktureller Unterlegenheit kommt daher eine Unzulässigkeit derartiger Regelungen im Firmentarifvertrag unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit nicht in Betracht.

Hinsichtlich solcher Regelungen in Flächentarifverträgen dürfte sich nichts anderes ergeben<sup>63</sup>, unter anderem deshalb, weil mit § 1 Abs. 1 TVG eine Ermächtigungsgrundlage für solche Regelungen besteht und der Arbeitgeber den Eintritt der Anspruchsvoraussetzungen selbst verhindern kann.<sup>64</sup> Auf die umstrittene Rechtsfrage, ob sich Arbeitgeber gegenüber Tarifverträgen überhaupt darauf berufen können, ihr Grundrecht aus

---

60 Ablehnend etwa *Rieble*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 26), S. 65, 78 f.; *Löwisch/Rieble*, *Tarifvertragsgesetz*, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 321, 325 ff.

61 *Bayreuther*, *NZA-Beilage* 2012, S. 115, 117; *Krause* (Fn. 56), S. 54.

62 Ebenso *Bayreuther*, *NZA* 2012, 14, 15; nur teilweise *Rieble*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 26), S. 65, 77.

63 Ebenso *Krause*, *NZA* 2012, 830, 833.

64 Was in der Praxis auch regelmäßig geschieht, *J. Ulber/Stang*, *Keine neue Moglepackung! – Anforderung an eine gesetzliche Neuregelung der Leiharbeit*, *NZA* 2015, 910, 911 f.

Art. 12 Abs. 1 GG werde eingeschränkt, was zunehmend bestritten wird<sup>65</sup>, muss hier daher nicht eingegangen werden.

## (2) Höchstquoten für den Einsatz von Leiharbeitnehmern

Denkbar erscheint auch die Quotierung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern durch eine Beschränkung auf einen bestimmten Anteil an der Gesamtbelegschaft.<sup>66</sup>

Soweit es sich um die Regelung von Höchstquoten für den Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Entleiherseite handelt, sind diese als Betriebsnormen grundsätzlich zulässig.<sup>67</sup> Solche Regelungen betreffen die Interessen der Belegschaft, weil sie den Zustrom an betriebsfremden Arbeitnehmern regulieren. Werden betriebsfremde Arbeitnehmer in den Betrieb integriert, hat das regelmäßig Einfluss auf die innerbetrieblichen Abläufe und betrifft daher die Interessen der Stammbeslegschaft unmittelbar.<sup>68</sup> Dass es bei solchen Regelungen auch darum geht, ein Aushöhlen der Stammbeslegschaft zu verhindern,<sup>69</sup> ist durchaus zu konzedieren, dieses Ziel ist aber weder das einzige, noch dominiert es.

Bedenken hinsichtlich der Unternehmerfreiheit ergeben sich nicht.<sup>70</sup> Für den Firmentarifvertrag gilt das oben Gesagte. Soweit man im Bereich des Flächentarifvertrags zu einer Abwägung kommen sollte, sei darauf hingewiesen, dass es sich bei solchen Regelungen größtenteils um Bestandteile eines Gebens und Nehmens handeln dürfte, die die wirtschaftliche Belastung des Unternehmens im Blick haben. Die Rechtsprechung des BAG neigt bekanntermaßen nicht dazu, in solche Abwägungsvorgänge der Tarifvertragsparteien zu intervenieren.

## (3) Regulierung der Höchstüberlassungsdauer

Nun zu Regelungen in Tarifverträgen, die die Höchstüberlassungsdauer betreffen. Als Beispiel ist hier etwa der Tarifvertrag über den Einsatz und die Mindestarbeitsbedingungen sowie die Vergütung von Leiharbeitneh-

---

65 Vgl. zum Streitstand *D. Ulber*, in: Däubler (Fn. 59), Einl. Rn. 290, 293.

66 *Thüsing*, in: Thüsing/Braun (Hrsg.), *Tarifrecht*, 2. Aufl. 2016, 5. Kapitel 280 Leiharbeitnehmer Rn. 7.

67 *Krause*, NZA 2012, 830, 832; *Thüsing*, in: Thüsing/Braun (Fn. 66), 5. Kapitel 280 Leiharbeitnehmer Rn. 7; anderer Ansicht *Rieble*, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 26), S. 65, 78.

68 *Krause* (Fn. 56), S. 80 ff.

69 *Rieble*, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 26), S. 65, 78.

70 Ebenso *Krause*, NZA 2012, 830, 832.

mern beim Norddeutschen Rundfunk zu nennen, der eine Höchsteinsatzdauer von maximal sechs Monaten vorsieht.<sup>71</sup>

Derartige Regelungen sind als Betriebsnormen auf Entleiherseite zulässig.<sup>72</sup> Sie sind auch nicht vorrangig durch die Verleiherbranche zu regeln.

Ihre Funktion liegt auch darin, die Stammbesetzung vor einer Aushöhlung zu schützen.<sup>73</sup> Denn sie schaffen einen Anreiz dafür, dass nach einer gewissen Zeit ein Dauerarbeitsverhältnis mit dem Leiharbeiter begründet wird oder aber die Zusammenarbeit zugunsten des Einsatzes von Stammarbeitnehmern beendet wird. Da aufgrund der Leiharbeitsrichtlinie<sup>74</sup> und § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG die Arbeitnehmerüberlassung ohnehin nur vorübergehend erfolgen darf<sup>75</sup>, erscheint es auch schwierig anzunehmen, die Tarifvertragsparteien würden ihre Kompetenzen überschreiten, wenn sie durch ihre Tarifverträge ein jedenfalls gesetzlich gefordertes und wohl auch unionsrechtlich gebotenes Ergebnis herstellen. Diese Frage dürfte sich durch den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des AÜG im hier dargestellten Sinne erledigen. Denn der Gesetzgeber billigt entsprechende Regelungen und regelt gesetzlich Gestaltungsmöglichkeiten für die Tarifvertragsparteien der Entleiherbranche in Ansehung der Höchstüberlassungsdauer.

Derartige Regelungen in Tarifverträgen stellen auch keine unzumutbare Beschränkung unternehmerischer Entscheidungsfreiheit dar.<sup>76</sup> Beim Firmentarifvertrag kommt eine solche aus den bereits genannten Gründen ohnehin regelmäßig nicht in Betracht, bei Branchentarifverträgen geht es lediglich darum, das „Wie“ nicht das „Ob“ des Einsatzes von Leiharbeitnehmern zu regulieren.<sup>77</sup>

---

71 Nachzulesen bei *Thüsing*, in: *Thüsing/Braun* (Fn. 66), 5. Kapitel 280 Leiharbeiter Rn. 8.

72 *Hamann*, „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze“ vom 17.02. 2016, *AuR* 2016, 136, 138; *Krause*, *NZA* 2012, 830, 832; anderer Ansicht *Rieble*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 26), S. 65, 78.

73 BAG 10.7. 2013 – 7 ABR 91/11 (Fn. 10), 1296, 1300; *Hamann*, *AuR* 2016, 136, 138.

74 *Sansone*, in: *Preis/Sagan* (Fn. 5), § 8 Rn. 23 mit weiteren Nachweisen; *Junker*, *EuZA* 9 (2016), 197; *Rieble/Vielmeier*, *EuZA* 4 (2011), 474, 490.

75 Zur Einordnung als Verbotsnorm: BAG 10.7. 2013 – 7 ABR 91/11 (Fn. 10), 1296, 1299.

76 *Thüsing*, in: *Thüsing/Braun* (Fn. 66), 5. Kapitel 280 Leiharbeiter Rn. 7; zur gesetzlichen Regelung vgl. BAG 10.7. 2013 – 7 ABR 91/11 (Fn. 10), 1296, 1299.

77 Das gilt jedenfalls so lange, wie die Tarifvertragsparteien keine arbeitsplatzbezogene Interpretation des Begriffs „vorübergehend“ wählen.

## **2. Tarifvertragliche Regelungen und Gleichbehandlungsgrundsatz**

Hinsichtlich der tarifvertraglichen Regulierung der Abweichung vom Grundsatz der Gleichstellung besteht ein abgeschichtetes System tarifvertraglicher Regulierung.

### **a) Mehrschichtiges System von tarifvertraglichen Regelungen**

Auf der untersten Ebene findet sich der tarifgestützte Mindestlohn auf Grundlage von § 3a AÜG, der in der Praxis als Wirksamkeitsgrenze für die tarifvertragliche Abweichung vom Grundsatz der Gleichstellung fungiert.

Darüber liegen die Tarifverträge zur Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz.

Auf diese Tarifverträge satteln wiederum die Tarifverträge zu Branchenzuschlägen in bestimmten Branchen auf.

Bis hierher zeigen sich tarifrechtlich, abgesehen von den angesprochenen Repräsentativitätsdefiziten, keine Probleme hinsichtlich der Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien oder ihrer Tarifzuständigkeit. Denn es geht beispielsweise bei den Tarifverträgen zur (partiellen) Wiederherstellung von *Equal Pay* im Bereich der Metall- und Elektroindustrie um die Regulierung der Arbeitsbedingungen der Leiharbeiter in der Metallindustrie. Gleichheitsprobleme stellen sich bei solchen Tarifverträgen, die branchenspezifisch sind, nicht.

### **b) Regulierung auf Seiten der Entleiher**

Neuralgisch sind allerdings Regelungen, die auf Seiten der Entleiher ansetzen. Vorab sei hier darauf hingewiesen, dass solche Regelungen unter dem Gesichtspunkt der Tarifzuständigkeit nicht angegriffen werden können, soweit die Gewerkschaften die Tarifzuständigkeit auch für die Leiharbeiter in ihrem Zuständigkeitsbereich beanspruchen.<sup>78</sup> Normative Regelungen der Arbeitsbedingungen im Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher sind den Entleihertarifvertragsparteien allerdings – ungeachtet der Frage, dass zunächst geklärt werden muss, ob tatsächlich eine solche normative Regelung vorliegt – grundsätzlich nicht möglich.

#### **aa) Mittelbare Regelungen**

Regelungen zum Gleichstellungsgrundsatz verfolgen ihre Ziele daher mittelbar, etwa indem Tarifverträge erweiterte Mitbestimmungsrechte vorsehen, deren Ausübung möglich wird, wenn der Entleiher nicht dafür

---

<sup>78</sup> Krause (Fn. 56), S. 115. Vgl. etwa die Satzung der IG Metall, Anhang 2; für diese Möglichkeit auch *Bayreuther*, NZA 2012, 14, 15.

sorgt, dass der Verleiher gegenüber den Leiharbeitnehmern den Gleichstellungsgrundsatz einhält.

Ein anderer mittelbarer Weg sind Firmentarifverträge, in denen sich der Entleiher verpflichtet, in Arbeitnehmerüberlassungsverträgen den Verleiher zur vollständigen Einhaltung von *Equal Pay* zu verpflichten. Teilweise wird darauf aufbauend ein Schadensersatzanspruch im Umfang der Entgelt Differenz vorgesehen.<sup>79</sup>

### (1) Kartellrechtliche Einwände

Gegen die Zulässigkeit solcher Regelungen werden zunächst Bedenken erhoben, weil solche tarifvertraglichen Regelungen das Verhalten des Arbeitgebers gegenüber Dritten regulieren, um auf diesem Weg die Arbeitsbedingungen beim Verleiher zu beeinflussen. Gegen diese tarifvertragliche Verpflichtung zur Ausübung bestehender Marktmacht hat *Rieble* Bedenken geltend gemacht, die insbesondere im Kartellrecht wurzeln.<sup>80</sup>

Dahinter steht der Gedanke, dass eine kompetenzielle Schranke für die Tarifautonomie dort besteht, wo Marktverhalten von Arbeitgebern reguliert wird. *Krause* hat verlangt, diese Fragestellung weniger als formale Zuordnungsfrage zu begreifen. Vielmehr seien die jeweils in Rede stehenden tarifvertraglichen Gegenstände materiell daraufhin zu untersuchen, ob ihr Schwerpunkt in der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen besteht.<sup>81</sup> Ich möchte dieser materiellen Betrachtungsweise schon aus verfassungsrechtlichen Gründen folgen, weil sich letztendlich jede Regelung von Arbeitsbedingungen im Marktverhalten von Arbeitgebern niederschlagen kann. Entscheidend ist daher die Frage, ob die Regulierung des Marktverhaltens in erster Linie im Interesse der Gestaltung materieller Arbeitsbedingungen liegt. Tarifverträge zur Arbeitnehmerüberlassung, nach denen der Arbeitgeber vom Verleiher verlangen muss, dass dieser seine Leiharbeitnehmer nach dem Grundsatz *Equal Pay* vergütet, sind funktional auf die Gestaltung von Arbeitsbedingungen gerichtet. Das gilt umso mehr, weil die Ursache für diese Gestaltungsform in der Entkopplung von arbeitgeberseitigem Direktionsrecht und arbeitsvertraglicher Beziehung durch die Arbeitnehmerüberlassung liegt.<sup>82</sup> Der Verweis auf die Möglichkeit tarifvertraglicher Regulierung im Bereich der Verleiher überzeugt schon aufgrund der fragli-

---

79 Dazu *Benecke*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 4), S. 50, 62.

80 *Rieble*, Unternehmerischer Marktmachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Kartellrecht und Arbeitsmarkt*, 2010, S. 103, 114; *Rieble*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 26), S. 65, 81.

81 *Krause* (Fn. 56), S. 59 ff.

82 *Krause* (Fn. 56), S. 61 f.

chen Funktionsvoraussetzungen für tarifautonome Selbstregulierung nicht.

Im Ergebnis ist diese tarifvertragliche Entwicklung ein ganz typischer Fall einer dynamischen Weiterentwicklung tarifvertraglicher Regulierungsinstrumente, die ebenso wie im Arbeitskampfrecht durch den entwicklungs-offenen Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG zugelassen und geschützt wird.<sup>83</sup>

Wenn der Einsatz von Leiharbeit dazu dient, der gewerkschaftlichen Durchsetzungsfähigkeit in den Entleiherbranchen auszuweichen bzw. diese zu schwächen<sup>84</sup> und dadurch Arbeitnehmer schutzlos zu stellen<sup>85</sup>, dann gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG den Gewerkschaften die Möglichkeit, tarifvertragliche Instrumente zu entwickeln, um das zu verhindern. Das gilt insbesondere dann, wenn eines der Kernziele des Tarifvertrags, nämlich die Vermeidung von Unterbietungswettbewerb unter den Arbeitnehmern durch kollektiv einheitliche Arbeitsbedingungen, durch ein Verhalten des Arbeitgebers ins Leere zu laufen droht, weil er Personen in den Betrieb integriert, die diesen Unterbietungswettbewerb wieder in Gang setzen.<sup>86</sup> Damit handelt es sich bei materieller Betrachtungsweise auch dann um tarifvertraglich regelbare Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, wenn dieses Ziel über Vorgaben für den Abschluss des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags verfolgt wird.

## **bb) Unmittelbare Ansprüche der Leiharbeitnehmer gegen den Entleiher**

Soweit Tarifverträge der Entleiherbranche in Zukunft unmittelbare Ansprüche der Leiharbeitnehmer gegen den Entleiher vorsehen sollten, lägen diese nach herkömmlicher Betrachtungsweise außerhalb des normativ Regelbaren, weil dafür ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer fehlt. Ob dieses Problem rechtsfortbildend dadurch gelöst werden kann, dass aus der besonderen – rechtlich partiell verfestigten – Beziehung zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher gleichwohl die Befugnis der Tarifvertragsparteien zu unmittelbar und zwingend wirkenden Regelungen hergeleitet werden kann, hat zuletzt *Krause* erwogen.<sup>87</sup>

---

83 Ebenso *Krause*, NZA 2012, 830, 835 f.

84 So auch *Rieble*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 26), S. 67, 71.

85 Zu diesem Effekt vgl. *Karthaus/Klebe*, *Legitimation durch Kollektivvertrag – Leiharbeit, Werkvertrag und die Erosion der Arbeitgeberrolle*, Festschrift Kempfen, 2013, S. 295, 297 ff.

86 *Krause* (Fn. 56), S. 64; wenn Gewerkschaften derartige Maßnahmen ergreifen, dann immer auch zum Schutz der von diesen Regelungen betroffenen Arbeitnehmer.

87 *Krause* (Fn. 56), S. 74 ff.

In konventionellen Bahnen lassen sich solche Vereinbarungen jedenfalls im Firmentarifvertrag im schuldrechtlichen Teil als Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB regeln.<sup>88</sup>

Das ist in personeller Hinsicht schon deshalb unproblematisch, weil die Leiharbeiter, die hierdurch zu Anspruchsinhabern werden, sich im Zuständigkeitsbereich der Tarifvertragsparteien befinden. Die bereits angesprochene rechtliche Nähebeziehung zwischen Entleiher und Leiharbeiter bietet ungeachtet der Frage, in welcher Reichweite solche Regelungen generell anerkannt werden können, auch eine Rechtfertigung solcher Gestaltungsmöglichkeiten.<sup>89</sup>

### 3. Tarifverträge zu Branchenzuschlägen

Hinsichtlich der Tarifverträge zu Branchenzuschlägen kann hier im Wesentlichen auf das bereits Gesagte verwiesen werden. Im Kern führen diese tarifvertraglichen Regelungen zu einem nach Branchen differenzierten Entgeltsystem für die Leiharbeit, gestalten also die Abweichungen vom *Equal Pay*-Grundsatz branchenspezifisch aus. Dabei werden üblicherweise nach und nach die Entgelte für die Arbeitnehmerüberlassung den Entgelten der Entleiherbranchen angenähert.

Derartige Regelungen finden sich etwa im Tarifvertrag Branchenzuschläge für die Metall- und Elektroindustrie zwischen IG Metall, und IGZ sowie BAP und sind auf Verleiherseite unproblematisch zulässig.

### 4. Regulierung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Leiharbeit

Auf die tarifvertragliche Regulierung der Mitbestimmungsrechte kann hier hingegen nicht mehr vertieft eingegangen werden.<sup>90</sup> Die damit verbundenen Fragen würden den Umfang dieses Beitrags bei weitem sprengen. Es sei hier lediglich darauf verwiesen, dass diese Regelungen vielfältige Bezüge zur Regulierung der Höchstüberlassungsdauer und zur Regulierung des Gebots der Gleichstellung haben, weil sie mit diesen verknüpft werden können. Darauf ist im Zusammenhang mit diesen Gestaltungsformen bereits hingewiesen worden.

---

88 Krause (Fn. 56), S. 100; J. Ulber, in: ders. (Fn. 7), § 9 Rn. 128.

89 Krause (Fn. 56), S. 113.

90 Ausführlich hierzu D. Ulber, AuR 2013, 114 ff.

## V. Ein Ausblick: Das Gesetzgebungsvorhaben zur Reform des AÜG und seine Auswirkungen auf die tarifvertragliche Regulierung der Leiharbeit

Damit möchte ich zum letzten Themenkomplex dieses Beitrags kommen; den Auswirkungen des gegenwärtig hoch umstrittenen Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des AÜG. Diesen Ausführungen liegt der Regierungsentwurf vom 1.6. 2016 zugrunde, der gegenüber dem ursprünglichen Gesetzesentwurf des BMAS vom 17.2. 2016<sup>91</sup> noch kleinere Änderungen erfahren hat.

### 1. Die deregulierende Regulierung des AÜG

Dieser Entwurf wird in der politischen Debatte ganz verbreitet als weitere gesetzliche Regulierung der Leiharbeit empfunden. Mit Blick auf die Tarifvertragsparteien wird allerdings sogleich wieder Freiraum eingeräumt und zwar auch und gerade bei neuen Schranken für den Einsatz von Leiharbeitnehmern. Daher kann man mit Blick auf die Tarifvertragsparteien eher von einem Ansatz der deregulierenden Regulierung sprechen. Das zeigt sich etwa an der Fortführung der tarifdispositiven Konzeption des Gesetzes.

### 2. Regulierung der Höchstüberlassungsdauer

Der Gesetzesentwurf führt zunächst eine Konkretisierung der vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung ein. Diese soll nach den neuen § 1 Abs. 1 Satz 4 und § 1 Abs. 1b nicht länger als 18 Monate andauern. Der Gesetzgeber entscheidet sich dafür, diese Grenze arbeitnehmerbezogen auszugestalten, was bedeutet, dass nicht die Arbeitnehmerüberlassung als solche, sondern der Einsatz des Leiharbeitnehmers vorübergehend sein muss. Derselbe Leiharbeitnehmer kann nach drei Monaten, nicht wie noch im ursprünglichen Entwurf vorgesehen erst nach sechs Monaten, wieder beim selben Entleiher eingesetzt werden (§ 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG-E). Ob die damit eröffnete Möglichkeit der Dauerüberlassung auf einzelnen Arbeitsplätzen unionsrechtskonform ist, ist fraglich<sup>92</sup>, was etwa *Hamann* veranlasst hat, hier zumindest kompensatorisch eine Missbrauchskontrolle zu verlangen.<sup>93</sup> Ob eine Überlassung auch dann zugelassen werden kann, wenn kein vorübergehender Bedarf für den Arbeitnehmer besteht<sup>94</sup>,

---

91 Dazu ausführlich *Hamann*, AuR 2016, 136 ff.

92 Kritisch etwa *Deinert*, RdA 2014, 65, 70 f.; *J. Ulber/Stang*, NZA 2015, 910 f.; *Sansone*, in: Preis/Sagan (Fn. 5), § 8 Rn. 26; anders *Junker*, EuZA 9 (2016), 197, 202, der von einem Wahlrecht des Gesetzgebers ausgeht.

93 *Hamann*, AuR 2016, 136, 138.

94 Ablehnend etwa *Sansone*, in: Preis/Sagan (Fn. 5), § 8 Rn. 26; *Wank*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 17. Aufl. 2017, § 1 Rn. 37d.

ist ein weiteres Problem, weswegen es durchaus denkbar ist, dass der EuGH vorübergehend sachgrundbezogen interpretiert.<sup>95</sup>

### a) Abweichungsbefugnis für die Tarifvertragsparteien

Die dargestellte Grenze müsste auch bestehende Tarifverträge einhalten. Dieses Problem hat man dadurch gelöst, dass § 1 Abs. 1b Satz 3 des Entwurfs es ermöglicht, in einem Tarifvertrag in der jeweiligen Einsatzbranche eine abweichende Überlassungshöchstdauer festzulegen. Eine Grenze für diese Abweichungsbefugnis hat der Gesetzgeber hingegen nicht festgelegt.

### b) Unionsrechtliche Bedenken

Dass dies unionsrechtswidrig ist, wenn man Art. 1 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie dahingehend interpretiert, dass auch bei einem Einsatz auf Grundlage von Tarifverträgen die Leiharbeit vorübergehend erfolgen muss<sup>96</sup>, hat den Gesetzgeber nicht gestört. Der Praxis wird das nichts als Ärger bereiten.

Denn auf Grundlage der Leiharbeitsrichtlinie ist schon fraglich, ob das arbeitnehmerbezogene Modell der Norm überhaupt zulässig ist. Es gibt durchaus gute Gründe, es arbeitsplatzbezogen zu interpretieren.<sup>97</sup>

Zumindest hätte der Gesetzgeber wohl selbst eine absolute Obergrenze für die Abweichungsbefugnis festlegen müssen. Dass er dies nun in unionsrechtswidriger Weise unterlassen hat, stellt die Möglichkeit, in der Praxis von derartigen Tarifverträgen Gebrauch zu machen, substantziell in Frage. Denn die Rechtsprechung hat nun lediglich die Möglichkeit, selbst nach Grenzen zu suchen, die ohne eine Vorlage an den EuGH, was „vorübergehend“ bedeuten soll, wohl kaum zu ziehen sind. Die Gesetzesbegründung zeigt sich ohne Problembewusstsein und begründet die Regelung wie folgt:

„Um das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung auch weiterhin flexibel und bedarfsgerecht einsetzen zu können, sieht Absatz 1b Satz 3 vor, dass durch Tarifverträge der Einsatzbranche für tarifgebundene Entleiher die grundsätzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten verkürzt oder ausgedehnt werden kann.“

Erhellend ist immerhin Abs. 1b Satz 6, der vorsieht, dass dann, wenn die Tarifvertragsparteien ihre Regelungsmacht auf die Betriebsparteien ver-

95 *Franzen*, Neuausrichtung des Drittpersonaleinsatzes – Überlegungen zu den Vorhaben des Koalitionsvertrags, RdA 2015, 141, 149.

96 Dazu *Hamann*, AuR 2016, 136, 137; *J. Ulber/Stang*, NZA 2015, 910 f.; ausführlich *Sansone*, in: Preis/Sagan (Fn. 5), § 8 Rn. 23 ff.

97 *J. Ulber/Stang*, NZA 2015, 910 f.

lagern, in Betrieben nicht tarifgebundener Arbeitgeber maximal 24 Monate Höchstüberlassung zulässig sein sollen. Das dürfte wohl voraussetzen, dass der Tarifvertrag bis zu 24 Monate laufen kann.

Für die Bestimmung der weiteren Schranken lässt sich der Gesetzesbegründung wohl insoweit etwas abringen, als der Gesetzgeber zwar irritierenderweise davon ausgeht, dass aufgrund der gesetzlichen Höchstgrenze ein flexibler und bedarfsgerechter Einsatz der Arbeitnehmerüberlassung nicht mehr möglich ist, dies aber wohl auch bedeutet, dass die Abweichung einem praktischen Bedürfnis der jeweiligen Branche entsprechen muss. Ein solches kann man wohl immer dann annehmen, wenn eine Überschreitung der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet wird, die einen Sachgrund für die Abweichung bilden.<sup>98</sup>

Weitergehende tarifvertragliche Regelungen hingegen sind jedenfalls mit Risiken behaftet. Hier ist den Tarifvertragsparteien möglicherweise anzuraten, Vorkehrungen für den Fall der Unwirksamkeit zu treffen.

### c) Folgefragen

In diesem Zusammenhang möchte ich mich einigen Folgefragen widmen. Dies betrifft zum einen die Frage, ob der Gesetzgeber nicht durch die Einführung einer Höchstüberlassungsdauer die Tarifautonomie verletzt. Die gleiche Problematik wird mit Blick darauf ventilert, dass die Abweichungsmöglichkeit hier auf die Einsatzbranchen beschränkt bleibt und für nicht tarifgebundene Arbeitgeber eine Einschränkung bei der Anwendung der tarifvertraglichen Regelungen besteht. Eine Verletzung der Berufsfreiheit des Arbeitgebers kommt, insbesondere angesichts der großzügigen Kontrollmaßstäbe des BVerfG<sup>99</sup>, nicht in Betracht.<sup>100</sup>

#### aa) Einschränkung der Höchstüberlassungsdauer als Eingriff in die Tarifautonomie?

An der Regelung der Höchstüberlassungsdauer ist auch verfassungsrechtliche Kritik geübt worden.<sup>101</sup> Diese bezieht sich zwar in großen Teilen auf den Referentenentwurf, stellt allerdings auch ganz grundsätzlich die Verfassungsmäßigkeit einer Höchstüberlassungsdauer mit Blick auf die Tarif-

---

98 Für ein sachgrundbezogenes Verständnis von „vorübergehend“ auch *Henssler*, Überregulierung statt Rechtssicherheit – der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, RdA 2016, 18, 23, z.B. bei Vertretungsbedarf.

99 Ausführlich *Preis/D. Ulber*, in: Fischer-Lescano/Preis/D. Ulber, (Hrsg.), Verfassungsmäßigkeit des Mindestlohns, 2015, S. 59 ff.

100 BAG 10.7. 2013 – 7 ABR 91/11 (Fn. 10), 1296, 1300.

101 *Henssler*, RdA 2016, 18, 23 f.

vertragsparteien in Frage. Ich will an dieser Stelle nur darauf hinweisen, dass das BVerfG bereits deutlich stärker wirkende Vorschriften für verfassungskonform erklärt hat.<sup>102</sup> Insofern gibt es auf Basis der bestehenden Rechtsprechung des BVerfG keinen Raum für diese Kritik.

### **bb) Abweichungsbefugnis nur für die Entleiherbranchen**

Bemerkenswert an der Tariföffnungsklausel für die Höchstüberlassungsdauer ist, dass die Abweichung von der Höchstüberlassungsdauer insoweit beschränkt ist, als sie nur durch die Tarifvertragsparteien der Entleiherbranchen möglich ist. Auch hiergegen finden sich verfassungsrechtliche Bedenken, weil es doch gerade die Verleihunternehmen seien, die eine besonders lange Höchstüberlassungsdauer durchsetzen wollten.<sup>103</sup>

Indes hat der Gesetzgeber diese Regelung wohl auf zwei Überlegungen gestützt. Zum einen wird damit die Auffassung, dass die Tarifvertragsparteien der Entleiherbranche die Einsatzbedingungen der Leiharbeiter kompetenziell regeln können und inhaltlich regeln dürfen, Gesetz. Davon kann sich der Gesetzgeber wegen in den Entleiherbranchen regelmäßig weniger fragilen Funktionsbedingungen für die Tarifautonomie eine verbesserte Legitimationsgrundlage für die Tarifdispositivität der Norm versprechen. Die weitere Überlegung liegt wohl darin, dass auch der Gesetzgeber der Auffassung ist, dass die Höchstüberlassungsdauer vital die Interessen der Stammebelegschaften betrifft. Deswegen hat er eine Ausweitung über die gesetzliche Grenze von 18 Monaten hinaus von der Zustimmung der für sie zuständigen Tarifvertragsparteien abhängig gemacht. Vor dem Hintergrund, dass Leiharbeiter in diesen Bereichen ambivalent wahrgenommen werden, weil ihr Einsatz aus Sicht der Arbeitnehmer in den Entleiherbetrieben sowohl positiv als auch negativ sein kann, ist eine solche Anordnung auch nicht ohne sachlichen Grund.

Verfassungsrechtliche Probleme liegen hierin weder unter dem Gesichtspunkt des Art. 9 Abs. 3 GG noch des Art. 3 Abs. 1 GG. Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich nicht gehalten, überhaupt eine Tariföffnung vorzusehen und die Differenzierung zwischen Entleiher- und Verleiherbranche ist jedenfalls nicht willkürlich. Über die Berechtigung rechtspolitischer Kritik an der Norm ist damit freilich nichts gesagt.

---

102 Ausführlich *Preis/D. Ulber*, in: Fischer-Lescano/Preis/D. Ulber, (Fn. 99), S. 59 ff.; zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers siehe *D. Ulber*, Legislative Einschätzungsprärogative im Arbeitsrecht, NZA 2016, 619 ff.

103 *Kramer/Dreyer*, Mehr Tarifautonomie wagen!, AuA 2016, 204.

### cc) Eingeschränkte Gebrauchsmöglichkeit für nicht tarifgebundene Entleiher

Im Gesetzentwurf ist eine Möglichkeit vorgesehen, im Geltungsbereich der Tarifverträge zur Höchstüberlassungsdauer diese Tarifverträge durch Betriebsvereinbarung auch in den Betrieben nicht tarifgebundener Arbeitgeber zur Anwendung zu bringen (§ 1 Abs. 1b Satz 4 AÜG). Die Folge dieser Regelung ist zunächst, dass ohne die Mitwirkung einer kollektiven Interessenvertretung eine Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer nicht möglich ist. Nicht tarifgebundene Arbeitgeber ohne Betriebsrat können daher die Höchstüberlassungsdauer nicht über 18 Monate ausdehnen.<sup>104</sup>

Sollten allerdings die Tarifvertragsparteien – ungeachtet der Frage der Wirksamkeit solcher Regelungen – ihre Regelungsmacht auf die Betriebsparteien verlagern, so kann in Betrieben nicht tarifgebundener Arbeitgeber in einer Betriebsvereinbarung die Höchstüberlassungsdauer auf maximal 24 Monate erhöht werden, sofern nicht der Tarifvertrag eine eigenständige Höchstdauer festlegt. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll hierdurch ein Anreiz zur Tarifbindung gesetzt werden.<sup>105</sup>

Damit wird, wenn auch in deutlich abgeschwächter Form, das bereits im Referentenentwurf verankerte Modell einer differenzierten Abweichungsmöglichkeit für Arbeitgeber der Entleiherbranchen, das an die Tarifbindung anknüpft, fortgeschrieben. Diese Regelung wird sicherlich einiges an verfassungsrechtlicher Kritik erfahren, weil sie als Gängelung der Außenseiter und Beeinträchtigung ihrer negativen Koalitionsfreiheit interpretiert werden wird.<sup>106</sup> Die Frage kann hier nicht im Detail diskutiert werden, ich will nur auch in diesem Zusammenhang darauf hinweisen, dass das BVerfG Anreize zum Koalitionsbeitritt durchaus für verfassungskonform hält.<sup>107</sup>

### 3. Modifikation des Gleichstellungsgrundsatzes durch Tarifvertrag

Nunmehr möchte ich mich der Modifikation des *Equal Pay*-Grundsatzes und den damit verbundenen Folgen für die Tarifvertragsparteien beschäftigen.

---

104 Kramer/Dreyer, AuA 2016, 204.

105 Gesetzentwurf der Bundesregierung S. 20.

106 Henssler, RdA 2016, 18, 24; darauf weist bereits Hamann, AuR 2016, 136, 139 hin.

107 BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, NZA 2007, 42, 44; BVerfG 24.5. 1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2258. Es ist zweifelhaft, ob hier überhaupt der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG eröffnet ist.

Im neuen § 8 wird der „Grundsatz der Gleichstellung“ neu geregelt und aus den bisherigen § 3 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 9 Nr. 2 AÜG herausgelöst. § 8 Abs. 2 AÜG lässt nach wie vor eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz durch Tarifvertrag zu.

Neu ist allerdings, dass die Abweichungsmöglichkeit hinsichtlich des Arbeitsentgelts zeitlich befristet wird. Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG kann nur für die ersten neun Monate einer Überlassung an einen Entleiher vom Gleichstellungsgrundsatz abgewichen werden.

Über diesen Zeitraum kann nach § 8 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 und 2 AÜG durch Tarifvertrag hinausgegangen werden, wenn zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Regelung dient vor allem dazu, das bestehende System der Branchenzuschlagstarifverträge fortzuführen.

Abweichende Tarifverträge müssen vorsehen, dass spätestens nach sechs Wochen Einarbeitungszeit eine stufenweise Heranführung an ein gleichwertiges tarifvertragliches Arbeitsentgelt gleichwertiger Arbeitnehmer in der Einsatzbranche erfolgt. Dieses muss nach spätestens 15 Monaten erreicht werden.

Damit ist den Tarifvertragsparteien der Verleiherbranche auch weiterhin eine dauerhafte Abweichung vom Gleichbehandlungsgebot gestattet,<sup>108</sup> die allerdings nach 15 Monaten zu einem gleichwertigen Arbeitsentgelt führen muss, wobei die Tarifverträge der Entleiherbranche maßstabbildend sind. Insofern besteht ein gebundener Freiraum für die Tarifvertragsparteien.

In den Unternehmen der Entleiherbranche, deren Entgelte über den im Tarifvertrag festgelegten Entgelten liegen, bleibt eine dauerhafte Unterschreitung des Entgelts der Stammarbeitnehmer allerdings möglich.

Vor diesem Hintergrund wird sich die Problematik der tarifvertraglichen Regulierung des Gleichstellungsgrundsatzes beim Entleiher zwar abschwächen, aber nicht erledigen. Denn es bleiben Konstellationen erhalten, in denen auf Entleiherseite Regelungsbedarf gesehen werden kann, insbesondere um eine schnellere Angleichung der Entgelte zu erreichen. Das dürfte sich insbesondere daraus ergeben, dass die Einsatzzeiten von Leiharbeitnehmern in der Hälfte der Fälle unter drei Monaten liegen<sup>109</sup> und die Arbeitsverhältnisse von Leiharbeitnehmern beim Verleiher im Regelfall (75 %) nicht länger als neun Monate dauern<sup>110</sup> und lediglich 18 %

---

108 Anderer Ansicht *Henssler*, RdA 2016, 18, 24.

109 *Hamann*, AuR 2016, 136, 139.

110 IAB-Kurzbericht 3/2014, S. 5.

der Leiharbeiter länger als neun Monate beim gleichen Entleiher verbleiben.<sup>111</sup>

## VI. Fazit

Als Fazit lässt sich festhalten, dass die tarifdispositive Gestaltung des AÜG überaus problematisch ist.<sup>112</sup> Wenn der Gesetzgeber der Auffassung ist, diese tariflose Zone müsse reguliert werden, ist das Mittel hierzu das Gesetz. Dass auch mit der Reform des AÜG erneut Regelungen in Kraft treten werden, die Fragen hinsichtlich der Wirksamkeit von Tarifverträgen zur Arbeitnehmerüberlassung auftreten lassen, ist für alle Beteiligten ärgerlich. Das betrifft insbesondere die erneute Weigerung des Gesetzgebers, den Rechtsrahmen für die Regulierung durch Tarifvertrag klar zu bestimmen. Meines Erachtens wäre man von Anfang an mit einem gesetzlichen System besser gefahren, bei dem der Gesetzgeber selbst die Verantwortung für das Gefälle zwischen den Arbeits- und Entgeltbedingungen von Stamm- und Leiharbeitnehmern übernommen hätte. Das wäre dann aber vielleicht für den einen oder anderen hier etwas zu viel Ordnung und uns würden viele interessante Ordnungsfragen des Tarifrechts verloren gehen.

---

111 IAB-Kurzbericht 3/2014, S. 5.

112 Drastisch *Waltermann*, NZA 2013, 1041: „Krankheit“.

## Diskussion\*

Die letzte Diskussion dieser Tagung wurde von Professor Dr. *Abbo Junker* geleitet. Nachdem er selbst den Ausführungen des Referenten nicht zustimmen würde, erwartete er, dass auch die anwesenden Kollegen nicht in allen Punkten zu 100 % mit dem Referenten übereinstimmen werden. Dieser Annahme entsprechend folgte zum Abschluss der Tagung eine lebhaft Diskussion.

Der erste Redebeitrag von Professor Dr. *Clemens Höpfner* betonte einleitend, dass er in keinem Punkt dem Referenten zustimmen wolle, aber gerade deswegen aus diesem Vortrag viele Denkanstöße und Argumentationsanknüpfungspunkte erhalten habe. Er wolle hier nur kurz die Regulierung der Höchstüberlassungsdauer in § 1 Abs. 1b Sätze 3, 5, 6 AÜG-Entwurf aufgreifen. Diese verstoße seiner Auffassung nach sowohl gegen die positive Koalitionsfreiheit der Tarifvertragsparteien der Verleiherseite als auch gegen Art. 3 GG. Er wolle aber versuchen, den Gesetzgeber mit seinen eigenen Waffen zu schlagen. In Satz 1 der Vorschrift finde sich ein Überlassungsverbot, welches an den Verleiher gerichtet ist, und ein an den Entleiher gerichtetes Einsatzverbot. Davon können die Tarifvertragsparteien nach Satz 3 abweichen. Voraussetzung der Wirksamkeit sei jedoch, dass von beiden Verboten abgewichen würde. Dies gelte selbst dann, wenn es sich um eine Betriebsnorm handele. Auch hinsichtlich des Einsatzes meine er, dass entgegen *Krause* Inhaltsnormen ohnehin ausscheiden würden, da kein Arbeitsverhältnis vorläge. Und auch bei den Betriebsnormen habe er wegen des arbeitnehmerbezogenen Konzepts erhebliche Zweifel. Folglich fehle nicht nur die tarifliche Regelungskompetenz, sondern auch das tarifliche Gestaltungsmittel.

Außerdem sei ihm eine eigenartige Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 6 aufgefallen, nach welchem von der Tariföffnungsklausel auch die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer Gebrauch machen können sollen. Wie könne man sich als Tarifrechtler eine Öffnungsklausel vorstellen, die sich an Außenseiter richte?

Der Referent wies in seiner Erwiderung auf einen Punkt hin, der seiner Ansicht nach bei Professor *Höpfner* etwas untergehe: Der Gesetzgeber begründe die Tarifvertragsabschlusskompetenz mit dem AÜG. Dies stelle also eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für den Abschluss solcher Tarifverträge dar. Daher seien tarifvertragliche Einwände obsolet. Man könne jetzt viel über Methodik diskutieren; er sehe jedenfalls keine Möglichkeit, in einer solchen Konstellation den gesetzgeberischen Willen mit den Mitteln des TVG auszuhöhlen. Auch verfassungsrechtlich merkte der

---

\* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Felisa Frey*.

Referent an, dass der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG hier keine Öffnungsklausel vorsehen müsse. Er könnte sich ebenso für einen starren, fristengebundenen Einsatz entscheiden. Für die Verletzung des Art. 9 GG sei kein Raum. Für eine Verletzung des Art. 3 GG könne nur dann Raum sein, wenn es keinen Sachgrund für eine Differenzierung gebe. Der durch den Gesetzgeber gewählte Sachgrund müsse nicht für richtig gehalten werden; dies sei jedoch kein verfassungsrechtliches Argument.

Professor *Giesen* versuchte sich darin, Professor *Höpfner* zu „reladen“: Er teile die Ansicht, dass das tarifvertragliche Argument nicht herangezogen werden könne. Das AÜG sei ein gleichwertiges Bundesgesetz wie das TVG. Somit bestehe eine gesetzliche Grundlage. Er stellt aber ein systematisches Problem fest, welches auch mit Art. 9 Abs. 3 und 12 Abs. 1 GG zusammenspiele. Bei der Arbeitnehmerüberlassung sei die Arbeitgeberrolle geteilt. Der Entleiher übe dabei das Direktionsrecht aus. Wegen dieses Spagats müssten im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung Regulierungseingriffe eher zugelassen werden als im sonstigen Arbeitsrecht. Professor *Giesen* fragte, ob die Fremdherrschaft des Entleiherbereichs über den Verleiherbereich tatsächlich mit dem Argument des Referenten gerechtfertigt werden könne, dass im Entleiherbereich eine weniger fragile Lage der Tarifautonomie bestehe. Fraglich sei, ob dies mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar sei. Der Referent stimmt zu, dass man dies als Problem auffassen könne, wenn man den Sachverhalt unabhängig von der Norm betrachte. Er sei im konkreten Fall aber der Auffassung, dass das Gesetz eine einheitliche Höchstüberlassungsschranke vorsehe. Diese sei durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber abgesichert. Entleiher und Verleiher könnten sich für die Öffnung nicht auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen. Somit bliebe es bei Art. 3 GG, da zwischen zwei Branchen differenziert werde und für beide unterschiedliche Regulierungsmechanismen bestünden. Folglich stelle sich die Frage nach dem Sachgrund. Ein solcher läge vor. Ob dieser unterstützt werde, sei seiner Auffassung nach ein rechtspolitisches und kein verfassungsrechtliches Problem.

Professorin Dr. *Reingard Zimmer* ergänzte die bisherige Diskussion noch um die europarechtliche Dimension. Die Leiharbeitsrichtlinie formuliere bezüglich Art. 3 GG sehr deutlich, dass ein Abweichen durch nationale Gesetze möglich ist.

Die Diskussion endete mit der Anmerkung von Professor *Höpfner*: Das AÜG stehe auf dem gleichen Rang wie das TVG. Abweichungen von beiden Punkten seien nötig, erfolgten hier aber durch den falschen Gesetzgeber. Eine Pflicht zur Tariföffnung bestehe nicht unionsrechtlich, eventuell aber verfassungsrechtlich. Der Gesetzgeber übe eine vorweggenommene Tarifizensur aus. Die Unterscheidung sei willkürlich. Abschließend griff der Referent nochmals die Metapher des Bootes auf, in welchem sich alle im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung befänden. Nachdem nur ein Boot

existiere, müssten die Regulierungen bei der Höchstüberlassung alle gleichlaufen.

## Sachregister

### **Arbeitnehmerüberlassung 89-117**

- AÜG 89-94, 97, 98, 104, 105, 109, 113-117
- Branchenzuschläge 95, 98, 99, 105, 108
- Gleichbehandlungsgrundsatz 91, 96, 105
- Legitimationsproblem 99, 100
- Leiharbeitsrichtlinie 89, 93, 97, 98, 104, 110, 117
- Mindestlohn 89, 92, 93, 98, 105
- Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates 99, 108
- Reform 109, 115
- Tarifvertragsrecht 94

### **Ausbildungskostenumlage 68-73, 75, 78, 79, 81, 83**

- Branchen 68, 69
- Funktionslogik 70
- Gleichbehandlungsprobleme 78
- Kartellrechtswidrigkeit 78
- Rechtsweg 81

### **Differenzierungsklausel 16-18, 21-23, 42**

**Leiharbeit** (s. Arbeitnehmerüberlassung)

### **OT-Mitgliedschaft 46-48, 50-52, 54-58, 60, 61, 63**

- Abgrenzung 53, 54

- Fehler in der Satzungsgestaltung 57, 59

- Mitteilungspflicht 51, 52

- Verbandssatzung 48, 50

### **Soloselbstständige 66-85**

- Gewerkschaft 76, 77, 79, 83

- Sondertarifbindung 77

- Tarifmacht 73-76, 80, 81, 83

### **Stichtagsklausel 16, 18-24, 26-28, 30-40, 42**

- Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz 30

- Betriebsverfassungsrecht 36, 37, 40

- Betriebsverfassungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz 23, 30, 31

- Gleichbehandlungsgebot 24, 26

- Koalitionsfreiheit 18, 19, 21, 23, 26-29, 43

- Sonderkündigungsschutz 37

- Wertungen des TVG 23, 31



---

## ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Richard Giesen, Abbo Junker und  
Volker Rieble

ISSN 1863-0847

- Band 1      Zukunft der Unternehmensmitbestimmung  
              1. ZAAR-Kongress  
              ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2      Zukunft des Arbeitskampfes  
              1. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
              ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3      Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit  
              2. ZAAR-Kongress  
              ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4      Robert Lubitz  
              Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung  
              ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5      Transparenz und Reform im Arbeitsrecht  
              2. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
              ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6      Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?  
              3. ZAAR-Kongress  
              ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7      Till Brocker  
              Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance  
              ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

- 
- Band 8 Folgenabschätzung im Arbeitsrecht  
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)
- Band 9 Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts  
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)
- Band 10 Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung  
4. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2
- Band 11 Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?  
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9
- Band 12 Vereinbarte Mitbestimmung in der SE  
5. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6
- Band 13 Arbeitsstrafrecht im Umbruch  
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0
- Band 14 Jan H. Lessner-Sturm  
Gewerkschaften als Arbeitgeber  
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7
- Band 15 Zukunft der Zeitarbeit  
6. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4
- Band 16 Kartellrecht und Arbeitsmarkt  
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7
- Band 17 Bernd Wiebauer  
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4
- Band 18 Neues Arbeitskampfrecht?  
7. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1

- 
- Band 19 Christian A. Velten  
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine  
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und  
arbeitsrechtliche Analyse  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern  
2. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble  
Verfassungsfragen der Tarifeinheit  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel  
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche  
Herausforderung  
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und  
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme  
8. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen  
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-  
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts  
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur  
regulierten Zeitarbeit  
3. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf  
Unternehmensautonomie und Marktverhalten  
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol  
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz  
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

- 
- Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht  
9. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7
- Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel  
Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien  
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4
- Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]  
4. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1
- Band 32 Stephan Vielmeier  
Tarifzensur  
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8
- Band 33 Funktionswandel der Sozialversicherung – von der  
Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum  
Marktakteur  
10. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5
- Band 34 Stephan Serr  
Private Tariftreue  
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9
- Band 35 Compliance im kollektiven Arbeitsrecht  
5. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5
- Band 36 Neue Tarifrechtspolitik?  
11. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-31-2
- Band 37 Entgrenzter Arbeitskampf?  
6. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-32-9
- Band 38 Vergaberecht und Arbeitsbedingungen  
12. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-33-6
- Band 39 Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts  
7. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-34-3
- Band 40 Daniel Dommermuth-Alhäuser  
Arbeitsrechtsmissbrauch  
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-35-0

---

Band 41 Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht  
13. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-36-7