

Die Allgemeinverbindlicherklärung – notwendiges Mittel zum Schutz der Tarifautonomie?

I. Der gesetzliche Rahmen und seine Handhabung im Konsens

Nach § 5 Abs. 1 TVG kann der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären. Dadurch wird dieser innerhalb seines räumlichen und fachlich-betrieblichen Geltungsbereichs auf nicht-organisierte Arbeitgeber und nicht-organisierte Arbeitnehmer erstreckt. Die Voraussetzungen ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetzestext: Mindestens eine Tarifpartei muß einen entsprechenden Antrag stellen, der abgeschlossene Tarifvertrag muß wirksam sein, der Tarifausschuß muß sein Einverständnis geben, die tarifgebundenen Arbeitgeber müssen mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen und schließlich muß die Allgemeinverbindlicherklärung »im öffentlichen Interesse geboten erscheinen«. Von den beiden letzten Voraussetzungen kann abgesehen werden, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung (im folgenden: AVE) zur Behebung eines sozialen Notstandes erforderlich erscheint.

Bei rein quantitativer Betrachtung ist die AVE ein relativ sekundäres Phänomen im Tarifrecht. Nur etwa 1,7 % aller Verbandstarife sind erfaßt¹; die Zahl der Arbeitnehmer, die auf diese Weise zusätzlichen tariflichen Schutz erfahren, wird auf 700 000 bis 1 Mio. geschätzt². Die bisherige Praxis war durch ein hohes Maß an Friedfertigkeit charakterisiert. In der Regel wurde die AVE von beiden Tarifparteien gewünscht; ihrem gemeinsamen Anliegen verschloß sich weder der Tarifausschuß noch der Minister. Gerichtliche Auseinandersetzungen waren höchst selten; das Richterrecht zu § 5 Abs. 1 TVG ist deshalb eher karg. Einige wichtige Eckpunkte sind gleichwohl vorhanden. Nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* ist die AVE ein Normsetzungsakt sui generis³. Er läßt sich mit der negativen Koalitionsfreiheit der Nichtorganisierten vereinbaren, da diese nicht von der Unterwerfung unter Tarifnormen geschützt; die staatliche Mitwirkung schaffe eine ausreichende demokratische Legitimation⁴. Auch bei Tarifverträgen über Gemeinsame Einrichtungen gilt nichts anderes. Der »Anreiz«, durch Beitritt zum Arbeit-

geberverband bzw. zur Gewerkschaft über die Verwendung der Mittel der Gemeinsamen Einrichtung indirekt mitbestimmen zu können, stellt keinen gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoßenden Druck zum Beitritt dar⁵. Auch die Koalitionsfreiheit Andersorganisierter wird nicht verletzt: Ihnen bleibt die Möglichkeit, zu einem eigenen Tarifabschluß zu kommen, der nach den allgemeinen Regeln der Tarifkonkurrenz ggfs. den Vorrang vor dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag besitzt⁶. In der Praxis werden derartige Kollisionen allerdings nach Kräften vermieden, da die AVE in der Regel mit dem Vorbehalt ergeht, daß durch andere Tarifverträge gestaltete Arbeitsverhältnisse nicht erfaßt sein sollen⁷.

Neben dieser – ersichtlich geklärten – Außenseiterproblematik gab es Anfang der 80er Jahre eine Auseinandersetzung um die Frage, ob der Arbeitsminister berechtigt ist, einzelne Tarifnormen aus der AVE auszunehmen, weil er sie für rechtswidrig hält⁸. In einem anderen Fall war die AVE einzelner Tarifverträge in der Textilindustrie wegen mangelndem öffentlichem Interesse verweigert worden⁹. Daß dies singuläre Erscheinungen waren, galt bis in die jüngste Vergangenheit; eine politisch brisante Ausnahme stellte lediglich der Streit um die AVE im Einzelhandel Ende der 80er Jahre dar¹⁰.

Die Situation änderte sich grundsätzlich beim Streit um den Mindestlohtarif in der Bauindustrie. Das vom Gesetzgeber primär für diesen Bereich geschaffene Entsendegesetz¹¹ sieht vor, daß tarifliche Mindestlöhne auch auf Arbeitskräfte erstreckt werden, die von ihren ausländischen Arbeitgebern ins Inland entsandt werden – vorausgesetzt, der einschlägige Tarifvertrag wird für allgemeinverbindlich erklärt. Der entsprechende Antrag scheiterte zunächst daran, daß sich im Tarifausschuß keine Mehrheit für eine AVE fand, weil die drei Vertreter der Arbeitgeberseite geschlossen dagegen votierten und so Stimmgleichheit bestand. Damit war das »Einvernehmen« des Tarifausschusses nicht gegeben, so daß der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung den Antrag auf AVE ohne weitere Sachprüfung ablehnte¹². Damit war das Kernstück des Entsendegesetzes vorläufig an den Meinungsverschiedenheiten im Arbeitgeberlager gescheitert – eine neuartige Erfahrung, für die es in über 45 Jahren Praxis des Tarifausschusses keine Parallele gab. Dies zwingt dazu, über einige Grundsatzfragen des Rechtsinstituts »AVE« nachzudenken. Auch die gelegentlich erhobenen Forderungen nach Abschaffung¹³ oder Einschränkung¹⁴ könnten nach den jüngsten Vorgängen erneut Aktualität gewinnen.

Die Vorgänge im Bausektor legen insbesondere die Frage nahe, ob sich das Vetorecht einer »Bank« im Tarifausschuß rechtfertigen läßt. Daneben spielt eine wesentliche Rolle, wie weit das Ermessen des Ministers reicht. Beides läßt sich nur vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Vorgaben klären – insoweit muß etwas weiter ausgeholt werden.

II. Die staatliche Schutzpflicht in bezug auf Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie

1. Die Fragestellung

Greift man die im Bausektor entstandene Problematik auf, so hat der Staat auf der einen Seite gehandelt und das Entsendegesetz erlassen. Auf der anderen Seite war er jedoch nicht in der Lage, durch AVE eine effektive Erstreckung des vereinbarten Mindestlohnes auf entsandte Arbeitskräfte zu bewirken. Zur Debatte steht daher ein Unterlassen. Dieses kann nur dann grundgesetzwidrig sein, wenn den Staat insoweit eine Schutzpflicht zugunsten der Tarifautonomie und/oder anderer Ausübungsformen der Koalitionsfreiheit trifft.

2. Grundrechtliche Schutzpflichten im allgemeinen

Nach ständiger Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* enthalten die Grundrechte des Grundgesetzes nicht nur Abwehransprüche des einzelnen gegenüber dem Staat. Vielmehr ist dieser mit Rücksicht auf ihre objektiv-wertsetzende Funktion verpflichtet, ihre Realisierung zu ermöglichen und den einzelnen Grundrechtsträger insbesondere gegenüber Eingriffen Dritter zu schützen¹⁵. Bejaht wurde eine solche Schutzpflicht insbesondere im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 GG, doch finden sich entsprechende Aussagen auch im Bereich der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, der durch Art. 2 Abs. 1 GG mitgarantierten Privatautonomie, der Gleichberechtigung von Mann und Frau nach Art. 3 Abs. 2 GG sowie in bezug auf die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG. Ein kurzer Überblick möge genügen.

In seiner Entscheidung zum Kernkraftwerk Mülheim-Kärlich betonte das *Bundesverfassungsgericht*, angesichts der mit der Atomtechnologie verbundenen Risiken löse bereits die entfernte Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts mit Rücksicht auf Art. 2 Abs. 2 GG eine »konkrete Schutzpflicht« aus¹⁶. Dies wurde in der Entscheidung zur Stationierung von C-Waffen grundsätzlich bestätigt¹⁷ und im Zusammenhang mit dem Urteil zur Nachtarbeit weiter konkretisiert: Der Staat sei verpflichtet, die Regelung der Nachtarbeit nicht allein den Arbeitsvertragsparteien zu überlassen, sondern müsse zwingende Schutznormen schaffen, die nicht gänzlich ungeeignet sein dürften; bei besonders schutzwürdigen Gruppen von Arbeitnehmern bestehe ggf. eine Pflicht zu weitergehenden Maßnahmen¹⁸. In bezug auf einen Handelsvertreter, der nur für einen Auftraggeber tätig war, brachte das *Bundesverfassungsgericht* die aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitende Schutzpflicht ins Spiel: Angesichts der schon vom Gesetzgeber anerkannten Unterlegenheit dieses Personenkreises müßten die Gerichte notfalls Schutznormen schaffen, die beispielsweise ein Wettbewerbsverbot ohne Entschädigung ausschließen¹⁹. In den Entscheidungen zur Übernahme einer Bürgschaft durch Familienangehörige²⁰ vertrat das Gericht

den Standpunkt, die in Art. 2 Abs. 1 GG mitgarantierte Privatautonomie müsse auch gegenüber einem stärkeren Vertragspartner geschützt werden: Liegt eine typisierbare Fallgestaltung vor, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen läßt, und sind die Folgen des Vertrags für diesen ungewöhnlich belastend, so muß die Zivilrechtsordnung hierauf reagieren; Gesetzgeber und notfalls Rechtsprechung müssen dafür sorgen, daß die Privatautonomie nicht zu einer Fremdbestimmung des schwächeren Teiles führt²¹. Unmittelbaren arbeitsrechtlichen Bezug hatte eine Entscheidung, die die Chancengleichheit weiblicher Bewerber betraf: Art. 3 Abs. 2 GG ziele auf eine »Angleichung der Lebensverhältnisse von Männern und Frauen«²², das im Interesse der Chancengleichheit erlassene Recht müsse so ausgelegt und angewandt werden, daß der vom Grundrecht vorgezeichnete Schutzzweck nicht grundlegend verfehlt werde²³. Daraus folgt u. a., daß auch im Rahmen des Bewerbungsverfahrens als solchem keine Benachteiligung von Frauen stattfinden darf².

Im Bereich des Art. 9 Abs. 3 GG ist der Sache nach eine staatliche Schutzpflicht seit Jahrzehnten anerkannt, obwohl der Begriff als solcher erst in der jüngsten Vergangenheit Verwendung findet. So hat etwa das *Bundesverfassungsgericht* in seiner ersten Grundsatzentscheidung zur Tarifautonomie ausdrücklich davon gesprochen, der Staat sei verpflichtet, ein Tarifsystem bereitzustellen und dadurch die »verbandsmäßige Gestaltung der Löhne und Arbeitsbedingungen« zu ermöglichen²⁵. In jüngster Zeit wurde im Zusammenhang mit dem sog. Zweiten Schiffsregister ausdrücklich betont, auch in Bereichen, die von der deutschen Staatsgewalt nur eingeschränkt beeinflußt werden könnten, seien Gesetzgebung und Rechtsprechung verpflichtet, dem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG die »größtmögliche Anwendung« zu sichern²⁶. In der Literatur wird dies dahingehend verallgemeinert, der Gesetzgeber bzw. der Richter sei verpflichtet, »verfassungskongruente organisationsrechtliche Normenkomplexe zur Verfügung zu stellen, die den Koalitionen die spezifisch koalitions-gemäße Betätigung in rechtlich geschützter Form gestatten«²⁷. Eine verfassungsgesetzliche Konkretisierung der Schutzpflicht findet sich in Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG: Danach sind nicht nur Abreden, die die Koalitionsfreiheit einschränken oder zu behindern suchen, nichtig; vielmehr werden darüber hinaus alle sonstigen Maßnahmen für rechtswidrig erklärt, die eine »koalitionsfeindliche« Tendenz haben. Für einen bestimmten Kreis potentieller Angriffe auf die Tarifautonomie hat daher bereits das Grundgesetz selbst Vorsorge getroffen; es wäre inkonsequent, wollte man deshalb anderen Behinderungs- und Unterlaufungsstrategien einen Freibrief ausstellen²⁸.

Bei der Erfüllung seiner Schutzpflicht steht dem Staat ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu²⁹. Das Grundgesetz verbietet insoweit lediglich völlige Untätigkeit oder das Ergreifen »gänzlich ungeeigneter« Maßnahmen³⁰.

3. Die Handhabung grundrechtsschützender Gesetzesnormen

Hat der Gesetzgeber gehandelt, so muß die erlassene Norm so interpretiert werden, daß sie ihren Zweck erreicht. Am deutlichsten ist dies in der Entscheidung des

Bundesverfassungsgerichts zum Gegendarstellungsanspruch gegenüber Rundfunkanstalten zum Ausdruck gekommen³¹. In jenem Fall ging es um die Frage, ob es mit der Verfassung vereinbar ist, daß ein Gegendarstellungsanspruch nur innerhalb von 14 Tagen nach Ausstrahlung der Sendung geltend gemacht werden konnte. Das Gericht stellte zunächst fest, dieser sei selbst nicht unmittelbar verfassungsrechtlich gewährleistet, jedoch diene er dem Schutz der Selbstbestimmung des einzelnen über die Darstellung der eigenen Person, was wiederum von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfaßt werde³². Dem Gesetzgeber würde es also freistehen, das Persönlichkeitsrecht des einzelnen auf andere Weise als durch die Einräumung eines Gegendarstellungsanspruchs zu schützen. Ist er aber einmal diesen Weg gegangen, muß er für eine wirksame Durchsetzung sorgen. Wörtlich führt das Gericht aus:³³

»Um seine Wirkungen entfalten zu können, bedarf das Gegendarstellungsrecht einer den sachlichen Erfordernissen entsprechenden Ausgestaltung durch Verfahrensrecht... Erfüllt das vom Gesetzgeber geschaffene Verfahrensrecht seine Aufgabe nicht oder setzt es der Rechtsausübung so hohe Hindernisse entgegen, daß die Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtsposition entsteht, dann ist es mit dem Grundrecht, dessen Schutz es bewirken soll, unvereinbar. Auch die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Gegendarstellungsrechts muß sich mithin an dem in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten Persönlichkeitsrecht messen lassen.«

Derselbe Ansatz war schon zuvor in der bereits erwähnten Entscheidung zum Kernkraftwerk Mülheim-Kärlich praktiziert worden, wo es in Leitsatz 6 hieß, eine Grundrechtsverletzung komme auch dann in Betracht, wenn die Genehmigungsbehörde solche atomrechtlichen Verfahrensvorschriften außer acht lasse, die der Staat in Erfüllung seiner aus Art. 2 Abs. 2 GG folgenden Schutzpflicht erlassen habe³⁴. Demselben Gedanken folgt schließlich die gleichfalls schon genannte Entscheidung zur Chancengleichheit von Männern und Frauen bei Bewerbungen; § 611 a BGB sei »im Lichte des Art. 3 Abs. 2 GG« so auszulegen und anzuwenden, »daß Arbeitssuchende bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses wirksam vor Benachteiligungen wegen des Geschlechts geschützt werden«³⁵.

Soweit der Gesetzgeber Aktivitäten entfaltet hat, kann daher in der Regel die Frage dahinstehen, wie weit die Schutzpflicht im einzelnen reicht, und ob er hinter dem gewählten Schutzniveau hätte zurückbleiben dürfen.

4. § 5 TVG und das Entsendegesetz als grundrechtsschützende Normen

Was die AVE als solche betrifft, so wird sie vom *Bundesverfassungsgericht* als Mittel qualifiziert, um die Tarifautonomie gegen Störungen abzusichern. Ausdrücklich heißt es in der ersten grundlegenden Entscheidung vom 24. 5. 1977³⁶, durch die AVE werde die Effektivität der tariflichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen gesichert. Die antragsabhängige AVE erweise sich in die-

ser Beziehung als ein Instrument, das die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abstützen sollte, indem sie den Normen der Tarifverträge zu größerer Durchsetzungskraft ver helfe. Daneben gehe es um das Ziel, den Außenseitern angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern. An anderer Stelle derselben Entscheidung ist davon die Rede, das in § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG vorausgesetzte öffentliche Interesse könne »aus einer möglichen Gefährdung des Arbeitsfriedens durch Aushöhlung des Tarifvertrags erwachsen«³⁷.

Auch das Entsendegesetz ist von der Erwägung getragen, die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Tarifautonomie zu schützen. Dies ist nicht nur der absehbare Effekt einer praktischen Umsetzung des Gesetzes, sondern war auch von seinen Verfassern beabsichtigt³⁸. Gegenüber § 5 TVG verfolgt das Entsendegesetz insofern einen weitergehenden Schutzzweck, als der Kreis der einbezogenen Personen über den bisher von § 5 TVG erfaßten Bereich hinausgeht. Insoweit ließe sich von einer »qualifizierten AVE« sprechen.

III. Die grundgesetzkonforme Handhabung des § 5 Abs. 1 TVG

Das mit § 5 Abs. 1 TVG verfolgte Ziel wurde wegen des verweigerten Einvernehmens des Tarifausschusses im Fall des Mindestlohns für die Bauindustrie zunächst nicht erreicht. Es fragt sich, ob damit nicht der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht zuwidergehandelt wurde.

1. Das Vetorecht einer »Bank« im Tarifausschuß

Die Einschaltung des Tarifausschusses in das Verfahren der AVE erweckt aus zwei Gründen Bedenken.

Zum einen erscheint es höchst zweifelhaft, in welchem Umfang die Entscheidung des Tarifausschusses rechtlich »vorprogrammiert« ist und damit einer effektiven gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden kann. Soweit ersichtlich, ist hierzu keine Rechtsprechung vorhanden. Auch in der Literatur sind die Aussagen spärlich. Lediglich an einer Stelle wird ohne nähere Begründung ausgeführt, der Tarifausschuß habe »keinen weiteren Spielraum als der Bundesarbeitsminister«, seine Mitwirkung solle gerade eine sachgerechte Abwägung der beteiligten Interessen sicherstellen³⁹. Selbst dies ist im Grunde nicht selbstverständlich, da gleichzeitig betont wird, der Tarifausschuß müsse seine Entscheidung nicht begründen, eine entsprechende Pflicht treffe nach § 8 Satz 2 DVO-TVG nur den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung⁴⁰. Dies könnte an sich dafür sprechen, daß insoweit ein freies politisches Ermessen bestehe, gewissermaßen die Tarifautonomie in das Verfahren der AVE hinein fortgesetzt werden solle.

Auch wenn man dies nicht annimmt, bleibt ein schwer definierbares Einschätzungs-ermessen im Zusammenhang mit der Bejahung oder Verneinung des in § 5 Abs. 1

Nr. 2 TVG vorausgesetzten öffentlichen Interesses. Da dem Bundesminister gemein- hin ein »weiter Beurteilungsspielraum« eingeräumt wird⁴¹, muß man notwendiger- weise dasselbe für den Tarifausschuß annehmen. Dabei ist jedoch ungeklärt, inwie- weit er mit Rücksicht auf seine Zusammensetzung bestimmte Gesichtspunkte stärker gewichten und andere eher in den Hintergrund treten lassen darf. Aus der Sicht der tarifschließenden Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände ist daher nicht mehr sicher prognostizierbar, wie eine Entscheidung ausfallen wird und ob Aussicht auf Erfolg besteht, ggf. eine gerichtliche Korrektur zu erreichen. Eine solche Unsicher- heit ist um so schwerer erträglich, als Tarifverträge üblicherweise auf ein bis drei Jahre befristet sind, ein den Instanzenzug ausschöpfendes verwaltungsgerichtliches Verfahren⁴² jedoch normalerweise einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt. Einen abgewiesenen Antragsteller ausschließlich auf den einstweiligen Rechtsschutz zu verweisen, bei dem nur eine weniger umfassende rechtliche Prüfung als in einem Hauptsacheverfahren möglich ist, erscheint nicht annehmbar. Schon von daher ist das Verfahren nach § 5 Abs. 1 TVG ungeeignet, um den vom Gesetzgeber gewollten Schutzzweck zu erreichen.

Zum zweiten wirft die Mitentscheidungsbefugnis des Tarifausschusses insofern Pro- bleme auf, als dieser anders als die Tarifparteien selbst nicht durch Mitgliedschaft legitimiert ist, gleichzeitig aber auch – anders als der Bundesminister – keine demokratisch-parlamentarische Legitimation besitzt.

Wie bereits hervorgehoben, werden die Mitglieder des Tarifausschusses aufgrund von Vorschlägen der Spitzenorganisationen beider Seiten vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung bestellt (§ 1 DVO-TVG). Dies kann im Einzelfall dazu füh- ren, daß der Tarifausschuß über die AVE eines Tarifvertrags zu befinden hat, der von Organisationen abgeschlossen wurde, die den Spitzenorganisationen nicht ange- hören. Denkbar ist weiter, daß es konkurrierende Spitzenorganisationen gibt, die gleichermaßen im Tarifausschuß vertreten sind, die jedoch dazu neigen, die von Mit- gliedern der jeweils anderen Organisation abgeschlossenen Verträge besonders kri- tisch zu betrachten und im Ergebnis zu blockieren. Schließlich kann es – wie der Fall der Mindestlöhne in der Bauindustrie zeigt – innerhalb einer Spitzenorganisa- tion Meinungsverschiedenheiten geben, die dazu führen, daß die tarifschließende Mitgliedsorganisation in der Minderheit bleibt und gleichzeitig keinen Vertreter im Tarifausschuß besitzt. Von einer »mitgliedschaftlichen Legitimation« kann in sol- chen Fällen nicht die Rede sein.

Trotz der Bestellung der Mitglieder durch den Bundesminister für Arbeit und Sozial- ordnung handelt es sich beim Tarifausschuß jedoch auch nicht um ein demokratisch legitimiertes Gremium: Der Minister kann Personen nur auf Vorschlag einer Spit- zenorganisation bestellen, so daß ihm insoweit kein positives Auswahlermessen und keine »Personalhoheit« zusteht. Nach geltendem Verfassungsrecht ist es zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, daß der Bürger einer normsetzenden Gewalt unter- worfen wird, die ihm gegenüber weder staatlich-demokratisch noch mitgliedschaft- lich legitimiert ist. Insoweit bestehen aber enge Grenzen: Wie das *Bundesverfas- sungsgericht* im Zusammenhang mit der Verweisung eines Gesetzes auf Tarifver-

träge entschieden hat, muß die in bezug genommene Größe (hier: der Tarifyinhalt) »im wesentlichen« feststehen; andernfalls läge ein unzulässiger Verzicht des Gesetzgebers auf seine Rechtsetzungsbefugnis vor, waren in jenem Fall die Tarifparteien gegenüber den erfaßten Bürgern doch nicht kraft Mitgliedschaft zur Rechtsetzung befugt⁴³. Ob dasselbe auch dann gilt, wenn das »nicht-legitimierte« Gremium lediglich »negative Rechtsetzung« in dem Sinne betreibt, daß es die Erstreckung von Tarifnormen verhindern kann, ist damit noch nicht gesagt. Dafür, daß diese Grundsätze auch den Fall eines Vetorechts erfassen, spricht die – im konkreten Zusammenhang aber weit über das Ziel hinausschießende – Entscheidung des BVerfG zum schleswig-holsteinischen Personalvertretungsgesetz: Dort wird ausdrücklich betont, das Demokratieprinzip verlange die Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers, wenn hoheitliche Entscheidungen getroffen werden, die für die Erfüllung des »Amtsauftrags« von Bedeutung sind⁴⁴.

Legt man diese Aussagen zugrunde, so kann eine so weitreichende Entscheidung wie die Blockierung einer AVE nicht einem Gremium wie dem Tarifausschuß überlassen werden. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist der bestehende Rechtszustand nicht hinnehmbar; er läßt sich nicht mit verfassungsrechtlichen Prinzipien vereinbaren.

Mit der Einrichtung eines Verfahrens, das rechtsstaatlich nicht abgesicherte Blockademöglichkeiten eröffnet und diese überdies einem Gremium zuweist, das weder mitgliedschaftlich noch demokratisch legitimiert ist, hat der Gesetzgeber seine Schutzpflicht ersichtlich verfehlt. Die getroffene Regelung erreicht ihr eigentliches Ziel nicht, sondern enthält Fußangeln, die bisher lediglich deshalb nicht wirksam wurden, weil sich alles im Konsens erledigen ließ.

2. Das Ermessen des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung

Während das Antragerfordernis und das Vorliegen eines wirksamen Tarifvertrags in der Regel keine Probleme bereiten, ist dies bei den übrigen Voraussetzungen der AVE nicht der Fall.

a) Die 50 %-Quote

Was die quantitative Voraussetzung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG betrifft, so kommt es allein auf die tarifgebundenen Arbeitgeber an: Beschäftigen sie mindestens 50 % aller potentiell vom Tarifvertrag erfaßten Arbeitnehmer, ist diese Bedingung erfüllt. Die Organisationszugehörigkeit der Beschäftigten ist ohne Bedeutung. Zugrunde liegt die Erwägung, daß eine Minderheit der Arbeitgeber nicht die übrigen majorisieren darf. Soweit den Tarifparteien Angaben über die Gesamtzahl der Arbeitnehmer fehlen, läßt sich oft Näheres über Industrie- und Handelskammern, Innungen und Handwerkskammern sowie über statistische Ämter in Erfahrung bringen⁴⁵. Auch die Unfallversicherungsträger verfügen u. U. über relevante Daten, wobei allerdings zu beachten ist, daß sich ihre »branchenmäßige« Aufgliederung nicht unbedingt mit den entsprechenden tariflichen Abgrenzungen decken muß. Läßt

sich auch auf diesem Wege keine definitive Klärung erreichen, sind notfalls Schätzungen vorzunehmen⁴⁶. Sind auf Arbeitgeberseite mehrere Arbeitgeberverbände Tarifpartei, sind die Beschäftigtenzahlen der Mitgliedsfirmen zu addieren⁴⁷.

b) Das öffentliche Interesse

Dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung wird – ein wenig pauschal – ein »weiter Beurteilungsspielraum« eingeräumt, wenn es um die Frage geht, ob die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint⁴⁸. In Rechtsprechung und Literatur wird allerdings dann eine Ausnahme gemacht, wenn der Gesetzgeber selbst zu erkennen gibt, daß er einen bestimmten Regelungserfolg erreichen will. Dies wurde etwa im Hinblick auf das BetrAVG für einen Tarifvertrag über eine zusätzliche betriebliche Altersversorgung⁴⁹ sowie für einen Tarifvertrag über den Vorruhestand bejaht, der das damals geltende Recht praktisch umgesetzt hatte⁵⁰. In der Literatur wird die These von der gesetzgeberischen Konkretisierung des öffentlichen Interesses – soweit ersichtlich – gleichfalls akzeptiert⁵¹. Allerdings ist zu beachten, daß es bei den genannten Entscheidungen des *Bundesarbeitsgerichts* und des *Bundesverfassungsgerichts* ausschließlich um die Frage ging, ob eine ausgesprochene AVE wegen fehlenden öffentlichen Interesses zu beanstanden war. Hier ist die Antwort eine negative auch dann, wenn es sich nur um einen »vertretbaren« Gesichtspunkt zur Bestimmung des öffentlichen Interesses handeln würde. Im vorliegenden Zusammenhang geht es demgegenüber um die Frage, ob in solchen Fällen der »gesetzesausführenden« AVE die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG automatisch zu bejahen sind mit der Folge, daß eine ausgesprochene Ablehnung rechtswidrig wäre.

Die besseren Gründe sprechen für eine Übernahme einzelgesetzlicher Wertungen bei der Handhabung des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG. »Öffentliches Interesse« zu definieren, ist eine zentrale Aufgabe des demokratischen Prozesses. Hat der Gesetzgeber als Instanz, die über die größte demokratische Legitimation aller Staatsgewalten verfügt, eine bestimmte Gestaltung als im öffentlichen Interesse liegend bewertet, wäre es schon im Hinblick auf die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG nicht akzeptabel, wollte man der Exekutive eine andere Sicht der Dinge und damit eine abweichende Beurteilung erlauben. Allerdings kann dies nicht schon dann gelten, wenn der Gesetzgeber eine Regelung getroffen hat und diese lediglich durch Tarifvertrag weiter ausgebaut werden kann. Nötig ist vielmehr, daß der Gesetzgeber – wie etwa im Bereich des Vorruhestandes – eine Regelung schafft, die eine Ausfüllung durch Tarifvertrag mit möglichst umfassendem Geltungsbereich als wünschenswert bezeichnet oder voraussetzt. Daß tarifliche Vorruhestandsregelungen »wünschenswert« waren, wurde z. B. daran deutlich, daß das vorzeitige Ausscheiden älterer Arbeitnehmer mit finanziellen Zuwendungen an den Arbeitgeber erleichtert wurde.

Eine solche enge Verknüpfung von Gesetz und Tarifvertrag ist im Falle des Entsendegesetzes evident: Dieses kann überhaupt nur dann in der Praxis wirksam werden, wenn nicht allein Tarifverträge zustande kommen, sondern diese auch für allgemeinverbindlich erklärt werden. Damit hat der Gesetzgeber das »öffentliche Interesse«

eindeutig definiert. Nur bei völlig atypischen Konstellationen ist eine andere Entscheidung zulässig.

Auch soweit es an einer bewußten Entscheidung des Gesetzgebers fehlt, liegt die AVE nicht im freien politischen Ermessen des Ministers. Dieser hat vielmehr zwei spezifische rechtliche Vorgaben zu beachten.

Die eine liegt in der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht des Staates zugunsten der Tarifautonomie. Besteht etwa die Gefahr, daß abgeschlossene Tarifverträge durch Außenseiterunternehmen aus dem In- und Ausland ausgehöhlt werden, ist ein solcher Fall gegeben. Die drohenden Nachteile müssen allerdings nicht so gravierend sein, daß ohne die AVE ein »sozialer Notstand« eintreten würde⁵² – andernfalls wäre der Sondertatbestand des § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG überflüssig. Gewinnen etwa Außenseiterfirmen ihrer geringeren Lohnkosten wegen in belegbarem Umfang Marktanteile hinzu, würde dies im Rahmen des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG ausreichen.

Zum zweiten ist der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung an rechtsstaatliche Grundsätze gebunden. Dies betrifft nicht nur das Verfahren der AVE⁵³, sondern ggf. auch den Inhalt der Entscheidung: Wurden etwa bestimmte Tarifverträge über Jahre und Jahrzehnte hinweg für allgemeinverbindlich erklärt, ist ein Vertrauenstatbestand erwachsen, der nicht ohne absolut zwingenden Grund zerstört werden darf. Dies gilt etwa für Tarifverträge über Gemeinsame Einrichtungen. Außerdem ist der Gleichheitssatz zu beachten; entsprechen sich die wesentlichen ökonomischen Daten aus zwei verschiedenen Tarifbereichen, kann nicht im einen Fall »ja«, im anderen »nein« gesagt werden.

Nur soweit diese Vorgaben gewahrt sind, kann sich der Minister von eigenen Einschätzungen und Überlegungen wirtschaftspolitischer Opportunität leiten lassen.

c) Der soziale Notstand

Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG kann die AVE auch dann erfolgen, wenn die tarifgebundenen Arbeitgeber weniger als 50 Prozent der potentiell unter den Tarifvertrag fallenden Arbeitnehmer beschäftigen, sofern sie »zur Behebung eines sozialen Notstands erforderlich erscheint«. Das Vorliegen eines öffentlichen Interesses versteht sich in diesem Fall von selbst.

Bisher wurde in der Praxis auf diese Bestimmung noch nie zurückgegriffen⁵⁴, doch kann sich dies in Zukunft ändern: Je schwächer die Verbände werden, um so größer die Gefahr, daß sich in einzelnen Bereichen eine Spirale nach unten ergibt und Hungerlöhne bezahlt oder Arbeitsbedingungen gewährt werden, wie sie für die nach Deutschland entsandten Arbeitskräfte typisch sind. Wann ein »sozialer Notstand« vorliegt, kann nur durch Vergleich mit den in anderen Branchen üblichen Arbeitsbedingungen bestimmt werden⁵⁵. Die Unterschreitung der Sozialhilfesätze durch eine größere Anzahl von Beschäftigten reicht mit Sicherheit aus⁵⁶.

IV. Probleme des Rechtsschutzes

Wird gegen die hier dargelegten Grundsätze verstoßen und die AVE abgelehnt, kann jede dadurch betroffene Tarifpartei die Verwaltungsgerichte anrufen⁵⁷. Die Tatsache, daß es um einen Rechtsetzungsakt geht, steht nicht entgegen; soweit es sich nicht um ein förmliches Gesetz handelt, gehört eine »Normerzwingungsklage« mittlerweile zum gesicherten Bestand verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe⁵⁸. Wird gerügt, das Vetorecht einer »Bank« des Tarifausschusses verstoße gegen das Grundgesetz, ist eine Vorlage an das *Bundesverfassungsgericht* nach Art. 100 GG geboten.

Die Klage ist gegen die Ablehnung durch den Minister zu richten; das verweigerte »Einvernehmen« des Tarifausschusses ist kein selbständig angreifbarer Rechtsakt⁵⁹. Liegt ein Fall vor, in dem die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG eindeutig zu bejahen sind, kann auf Erlaß der AVE geklagt werden⁶⁰; andernfalls kommt eine Art Bescheidungsklage mit dem Ziel ermessensfehlerfreier Entscheidung in Betracht.

Angesichts der beschränkten Laufzeit von Tarifverträgen und der langen Verfahrensdauer bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewinnt der einstweilige Rechtsschutz besondere Bedeutung. In Anlehnung an die §§ 945, 940 ZPO läßt § 123 VwGO den Erlaß einer einstweiligen Anordnung zu. Für den Bereich der Normenkontrolle sieht § 47 Abs. 8 VwGO eine Sonderregelung vor. Danach kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, »wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.« Dabei kann die angegriffene Rechtsvorschrift vorübergehend gänzlich oder teilweise außer Vollzug gesetzt werden⁶¹. Die Frage, ob § 123 oder § 47 Abs. 8 VwGO anwendbar ist, hat wesentliche Bedeutung für die im Einzelfall zu erfüllenden Voraussetzungen: Während § 123 entscheidend auch auf die materielle Rechtslage und damit auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache abstellt, geht es bei § 47 Abs. 8 in Anlehnung an § 32 Abs. 1 BVerfGG primär darum, daß ein (qualifizierter) Verfügungsgrund vorliegt, während der Ausgang des Hauptsacheverfahrens nur insoweit von Bedeutung ist, als die Unzulässigkeit oder offensichtliche Unbegründetheit einer Klage dem Erlaß einer einstweiligen Anordnung entgegensteht⁶².

Die »Normerlaßklage« fällt von ihrem Gegenstand her weder in den traditionellen Anwendungsbereich des § 123 VwGO noch geht es wie in § 47 Abs. 8 VwGO darum, daß eine einmal erlassene Norm vorübergehend suspendiert wird. Die größere Verwandtschaft besteht jedoch mit dem Fall des § 47 Abs. 8: Auch bei der AVE ist eine Vielzahl von Personen betroffen, sie hat eine »Breitenwirkung«, wie sie für erlassene Rechtsnormen charakteristisch ist. Von »Normenkontrolle« in einem weiteren Sinne läßt sich auch dann sprechen, wenn nicht die Rechtmäßigkeit erlassener Vorschriften, sondern die Unterlassung einer (angeblich) gebotenen Rechtsetzung im Streit ist. § 47 Abs. 8 VwGO sollte daher entsprechend angewandt werden.

Die in § 47 Abs. 8 VwGO vorausgesetzten »schweren Nachteile« können im vorliegenden Zusammenhang etwa darin liegen, daß ohne gerichtliches Eingreifen der Erosionsprozeß gegenüber dem Tarifsysteem weitergehen würde. Im Bausektor hätte

dies etwa zur Folge, daß zahlreiche Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verlieren und viele mittlere und kleinere Unternehmen aus wirtschaftlichen Gründen zur Aufgabe gezwungen würden.

Der Eingriff in einen Normsetzungsprozeß ist auch unter solchen Umständen keineswegs selbstverständlich. Im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG hat das *Bundesverfassungsgericht* darauf abgestellt, wie die Nachteile beschaffen sind, wenn sich der Erlaß bzw. die Verweigerung der einstweiligen Anordnung nachträglich insofern als unzutreffend herausstellen würde, als ihr Inhalt nicht mit der letztlich ermittelten Rechtslage in Einklang steht⁶³.

Im Falle des Bausektors müßte dies zu einer positiven Entscheidung führen. Wird die einstweilige Anordnung erlassen und dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung eine vorläufige AVE aufgegeben, erweist sich jedoch im Ergebnis die Klage auf Erteilung der AVE als unbegründet, so entsteht dadurch der Nachteil, daß insbesondere ausländische Anbieter von Bauleistungen bis auf weiteres Tariflöhne bezahlen müssen, denen sie sonst nicht unterworfen gewesen wären. Ob sie damit vorübergehend vom Markt verdrängt wären, ist höchst zweifelhaft, da zahlreiche tarifliche Leistungen nicht von der Erstreckungswirkung des Entsendegesetzes erfaßt sind, was insbesondere für die Gemeinsamen Einrichtungen (mit Ausnahme der Urlaubskasse) gilt. Selbst wenn sie gezwungen wären, vorübergehend aus dem Markt auszuscheiden, würde dies einem späteren »Wiedereinstieg« nicht entgegenstehen: Da die fraglichen Unternehmen ihren Schwerpunkt außerhalb des deutschen Marktes haben, würden ihnen ggf. Nachteile entstehen, doch wäre ihre Position auf anderen Märkten, insbesondere im Ursprungsland, durch die AVE nicht beeinträchtigt.

Würde umgekehrt der Erlaß einer vorläufigen AVE verweigert, würde sich die Klage jedoch nachträglich als begründet herausstellen, wären definitive und nicht wieder ausgleichende Nachteile entstanden: Verlorengegangene Arbeitsplätze und geschlossene Unternehmen würden auch dann nicht neu entstehen, wenn z. B. in drei Jahren die AVE ausgesprochen würde. Insbesondere mittlere und kleinere Unternehmen, die lediglich auf dem deutschen Markt tätig sind, hätten nicht die kapitalmäßigen Voraussetzungen, um trotz eines wirtschaftlichen Zusammenbruchs in einigen Jahren einen Neubeginn versuchen zu können.

Die besseren Gründe sprechen deshalb dafür, in Konstellationen wie der in der Bauwirtschaft bestehenden durch einstweilige Anordnung eine vorläufige AVE auszusprechen. Nur dann könnte man wirklich von einem effektiven Verfahren sprechen, das der staatlichen Schutzpflicht gegenüber der Tarifautonomie Rechnung trägt. Freiwillige Einigungen, wie sie schließlich für einen beschränkten Zeitraum in der Bauindustrie gefunden wurden, werden auf diese Weise zusätzlich erleichtert – ein Effekt, gegen den sich vermutlich niemand zur Wehr setzen wird.

- 1 Angaben nach *Kittner*, Arbeits- und Sozialordnung, 21. Aufl., Köln 1996, S. 1275; *Lindena-Hömann*, ArbGeb 1988, 564.
- 2 *Zachert*, DB 1991, 1222 (700 000); *Lindena-Hömann*, ArbGeb 1988, 564 und *Wonneberger*, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, Heidelberg, 1992, S. 48 (»allenfalls« 1 Mio.).
- 3 BVerfGE 44, 322.
- 4 BVerfGE 44, 322 Ls. 2.
- 5 BVerfGE 55, 7, 22, bestätigt in BVerfGE 64, 208, 213.
- 6 BVerfGE 44, 322, 352; 55, 7, 24.
- 7 Zur Zulässigkeit einer entsprechenden Ermessenentscheidung des Ministers s. *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 1271.
- 8 Dazu *OVG Nordrhein-Westfalen*, BB 1984; 723, mit der richtigen Feststellung, dies komme nur bei »offensichtlich rechtswidrigen« Bestimmungen in Betracht.
- 9 Dazu BVerwG, NZA 1989, 364.
- 10 Dazu *Stahlhacke*, NZA 1988, 344.
- 11 Vom 25. 2. 1996, BGBl. I 227.
- 12 Bundesanzeiger Nr. 104 vom 8. 6. 1996.
- 13 Überblick über entsprechende Stimmen bei *Ansey-Koberski* ArbuR 1987, 230.
- 14 So insbesondere *Reuter*, RdA 1991, 193, 203; für Beibehaltung *Lindena-Hömann*, ArbGeb 1988, 566.
- 15 Grundlegend BVerfGE 39, I, 41 ff.; zur weiteren Entwicklung s. *Kempen*, FS Gitter, Wiesbaden 1995, S. 427 ff.
- 16 BVerfGE 53, 30, 57.
- 17 BVerfGE 77, 170 ff.
- 18 BVerfGE 85, 191, 213.
- 19 BVerfGE 81, 242, 254 ff.
- 20 BVerfGE 89, 214 ff.; *BVerfG*, NJW 1994, 2750.
- 21 BVerfGE 89, 214, 232.
- 22 So BVerfGE 89, 276, 285.
- 23 BVerfGE 89, 276, 286.
- 24 BVerfGE 89, 276, 288.
- 25 BVerfGE 4, 96, 106.
- 26 BVerfGE 92, 26, 42.
- 27 *Säcker*, ArbuR 1994, I, 7.
- 28 S. dazu insbesondere *Kempen*, a. a. O., S. 431.
- 29 So BVerfGE 77, 170, 214 ff., bestätigt in BVerfGE 85, 191, 212.
- 30 BVerfGE 85, 191, 212.
- 31 BVerfGE 63, 131 ff.
- 32 BVerfGE 63, 131, 142.
- 33 BVerfGE 63, 131, 143.
- 34 BVerfGE 53, 31.
- 35 BVerfGE 89, 276, Ls. 2.
- 36 BVerfGE 44, 322, 342.
- 37 BVerfGE 44, 322, 325.
- 38 BR-Drs. 523/95, S. 6: »Wird dieser Entwicklung (d. h. dem Abbau von Arbeitsplätzen – W.D.) nicht Einhalt geboten, so ist neben gespaltenen Arbeitsmärkten, den daraus resultierenden sozialen Spannungen und einer Gefährdung der Tarifautonomie auch eine weitere drastische Verschlechterung der Situation gerade auch der Klein- und Mittelbetriebe der deutschen Bauwirtschaft zu befürchten; damit werden mittelbar auch die in diesen Unternehmen noch bestehenden Arbeitsplätze gefährdet. Zudem wird die Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie durch Anwendung ausländischer Bestimmungen in einem ganzen Wirtschaftsbereich untergraben.«

- 39 So *Löwisch-Rieble*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, München 1992, § 5 Rn. 73.
- 40 *Löwisch-Rieble*, § 5 Rn. 73; *Wiedemann-Stumpf*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 5. Aufl., München 1977, § 5 Rn. 49.
- 41 BAG, AP Nr. 12 zu § 5 TVG; *Ansey-Koberski*, AbuR 1987, 230, 232.
- 42 Zur Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte s. unten IV.
- 43 BVerfGE 64, 208, 215.
- 44 BVerfG, EuGRZ 1996, 52, Ls. 2; kritisch dazu *Albers*, PersR 1995, 501 ff.
- 45 *Ansey-Koberski*, AbuR 1987, 233; *Hagemeier-Kempen-Zachert-Zilius*, § 5 Rn. 12.
- 46 BAG, AP Nr. 16 zu § 5 TVG; BAG, AP Nr. 29 zu § 2 TVG; *Ansey-Koberski*, AbuR 1987, 233; *Hagemeier-Kempen-Zachert-Zilius*, § 5 Rn. 12; *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 7. Aufl., München 1992, § 207 II 4; *Wönneberger*, a. a. O., S. 68.
- 47 *Wönneberger*, a. a. O., S. 67.
- 48 Besonders dezidiert in diese Richtung *Hagemeier-Kempen-Zachert-Zilius*, § 5 Rn. 13.
- 49 BAG, NZA 1990, 781.
- 50 BVerfG, ZTR 1992, 21, 22.
- 51 *Ansey-Koberski*, AbuR 1987, 230, 233; *Däubler*, Tarifvertragsrecht Rn. 1253; andeutungsweise auch *Wiedemann*, RdA 1987, 262, 266.
- 52 *Hagemeier-Kempen-Zachert-Zilius*, § 5 Rn. 13.
- 53 Dazu *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 1256 ff.
- 54 *Ansey-Koberski*, AbuR 1987, 232.
- 55 So wohl auch *Hagemeier-Kempen-Zachert-Zilius*, § 5 Rn. 14; anders *Wönneberger*, a. a. O., S. 105.
- 56 Ebenso *Ansey-Koberski*, AbuR 1987, 232.
- 57 Grundlegend *BVerwG*, NZA 1989, 364; zustimmend *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 1284; *Löwisch-Rieble*, § 5 Rn. 113.
- 58 *Kopp*, VwGO, Kommentar, 10. Aufl., München 1994, § 47 Rn. 9.
- 59 *Löwisch-Rieble*, § 5 Rn. 69.
- 60 Für Leistungsklage *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 1284; für Feststellungsklage *Löwisch-Rieble*, § 5 Rn. 115. Im Fall *BVerwG*, NZA 1989, 364 kam nur noch eine Feststellungsklage in Betracht, da der fragliche Tarifvertrag inzwischen ausgelaufen war.
- 61 *Redeker-von Oertzen*, VwGO, Kommentar, 10. Aufl., Stuttgart u. a. 1991, § 47 Rn. 55.
- 62 BVerfGE 86, 390, 395.
- 63 BVerfGE 86, 390, 395, ständige Rechtsprechung.