

Die Ablehnung der Allgemeinverbindlicherklärung im Baugewerbe - Ende des Entsendegesetzes?

Gutachten

zu den verfassungsrechtlichen, verfahrensrechtlichen und rechtspolitischen Fragen

im Auftrage des Hauptvorstands der IG BAU

erstattet von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Inhaltsverzeichnis

A	Fragestellung	2
B	Handlungsmöglichkeiten nach geltendem Recht	6
I.	Die praktischen Konsequenzen der Verweigerung der AVE	6
II.	Verstoß gegen das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG?	10
1.	Die Fragestellung	10
2.	Die Existenz einer Schutzpflicht im Bereich des Art. 9 Abs. 3 GG	10
a)	Die Schutzpflicht im allgemeinen	10
b)	Handhabung erlassener Schutznormen	14
3.	Die unvollkommene Erfüllung der Schutzpflicht im Bereich der Entsendeproblematik	16
a)	Der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung	16
b)	Der Zweck der Erstreckung nach dem Entsendegesetz	18
c)	Die Verfehlung der Schutzpflicht	19
d)	Fehlende rechtsstaatliche Anforderungen an das Verfahren des Tarifausschusses	19
e)	Fehlende demokratische oder mitgliedschaftliche Legitimation des Tarifausschusses	21
f)	Zwischenergebnis	24
4.	Ergänzende Überlegungen	24
5.	Das "öffentliche Interesse" im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG	25

III. Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG?	27
IV. Prozessuale Durchsetzung	30
1. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte	30
2. Gegen wen ist die Klage zu richten?	30
3. Die Klageart	31
4. Einstweilige Anordnung?	33
a) Rechtsgrundlagen	33
b) Voraussetzungen im einzelnen	35
5. Einschaltung des BVerfG?	38
C Rechtspolitische Überlegungen	39
I. Veränderung der Stellung des Tarifausschusses	39
II. Änderung in der Zusammensetzung und der Funktionsweise des Tarifausschusses	41
1. Stimmrecht für den Vertreter des Ministers für Arbeit und Sozialordnung?	41
2. Andere Besetzung der beiden "Bänke"?	42
III. Verbesserung des Rechtsschutzes	45

A Fragestellung

Am 1. März 1996 ist das sog. Entsendegesetz in Kraft getreten.

BGBI 1996, I 227, abgedruckt auch bei Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 21. Aufl., Köln 1996, S. 1357 ff.

Es erstreckt insbesondere im Baugewerbe für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge auf Arbeitnehmer, die von ausländischen Arbeitsgebern ins Bundesgebiet entsandt werden. Allerdings beschränkt es sich dabei auf Tarifnormen, die ein einheitliches Mindestentgelt festlegen oder sich auf die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsentgelt und ein eventuelles zusätzliches Urlaubsgeld beziehen. Andere Tarifinhalte bleiben von der Erstreckung ausgenommen.

Am 24. April 1996 haben die Tarifparteien des Baugewerbes einen "Tarifvertrag Mindestlohn" abgeschlossen und den Bundesrahmentarifvertrag für Arbeiter des Baugewerbes in einigen Punkten geändert. Die Tarifparteien beantragten beim Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, den Tarifvertrag Mindestlohn sowie die darauf bezogenen Änderungen des Bundesrahmentarifvertrags für Arbeiter für allgemeinverbindlich zu erklären.

Den Vorgaben des § 5 Abs. 1 TVG entsprechend schaltete der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung den Tarifausschuß ein, da die Allgemeinverbindlicherklärung nur im "Einvernehmen" mit diesem möglich ist. Der Tarifausschuß besteht nach § 5 Abs. 1 TVG aus je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer. Einzelheiten der Zusammensetzung sowie die Arbeitsweise des Tarifausschusses sind in der Verordnung zur Durchführung des TVG vom 16. Januar 1989 (BGBI I, 76) - im folgenden DVO - geregelt.

Die Mitglieder des Tarifausschusses sowie mindestens je drei weitere "stellvertretende Mitglieder" werden aufgrund von Vorschlägen der Spitzenorganisationen beider Seiten für die Dauer von vier Jahren durch den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung bestellt. Zu den von der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände vorgeschlagenen und daraufhin ernannten Mitgliedern gehört derzeit kein Vertreter der Bauwirtschaft.

Die Verhandlungen und Beratungen des Tarifausschusses werden nach § 2 Abs. 1 DVO von einem Beauftragten des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung geleitet; nach § 2 Abs. 2 ist der Tarifausschuß nur beschlußfähig, wenn alle Mitglieder (bzw. deren Stellvertreter) anwesend sind. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 DVO kommt ein Beschluß nur mit den Stimmen der Mehrheit der Ausschußmitglieder zustande. Dabei besitzt - wie § 3 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich hervorhebt - der Beauftragte des Bundesministers kein Stimmrecht.

Auf seiner Sitzung vom 28.5.1996 hat der Tarifausschuß über den Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags Mindestlohn und der darauf bezogenen Änderungen des Bundesrahmentarifvertrages für Arbeiter beraten. Dabei ergab sich Stimmgleichheit, da die drei Arbeitnehmervertreter für, die drei Arbeitgebervertreter jedoch gegen die Allgemeinverbindlicherklärung stimmten. Damit war ein befürwortender Beschluß nicht zustande gekommen. Die schriftliche Begründung lautete wie folgt:

"Die Arbeitgeberseite des Tarifausschusses hat ein öffentliches Interesse an einer Allgemeinverbindlicherklärung nicht bejaht. Für die Nichtbejahung waren folgende Gründe maßgebend: Die im vorliegenden Tarifvertrag vorgesehenen Mindestlohnsätze liegen erheblich über dem Niveau der untersten Lohnstufen fast aller Wirtschaftszweige und übertreffen vielfach sogar die tariflichen Ecklöhne für ausgebildete Fachar-

beiter. Würden derartige Mindestlohnsätze für allgemeinverbindlich erklärt, hätte dies präjudizielle Wirkung für die gesamte Wirtschaft, insbesondere die baunahen Branchen, mit der weiteren Gefahr, daß das gesamte Tarifgefüge nach oben verschoben würde. In gleichem Maße bestünde die Sorge, daß sich die Bauleistungen dadurch verteuern würden mit negativen Auswirkungen auf die Investitionsbereitschaft und die Beschäftigung.

Dagegen hat die Arbeitnehmerseite des Tarifausschusses ein öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung des vorliegenden Tarifvertrages voll bejaht, weil sie befürchtet, daß die Arbeitslosigkeit in der Baubranche weiter zunehmen würde. Die präjudizierende Wirkung auf andere Wirtschaftszweige wird nicht gesehen, denn die Tarifsätze in anderen Tarifbereichen entwickeln sich unabhängig von der vorliegenden Mindestlohnregelung. Im übrigen haben sich die Arbeitnehmervertreter das Vorbringen der Antragsteller zu eigen gemacht. Die Arbeitnehmerseite ist der Auffassung, daß die Ausdehnung der vorliegenden Tarifregelungen auf die Außenseiter im öffentlichen Interesse liegt, weil auf diese Weise der Verdrängungswettbewerb auf deutschen Baustellen durch ausländische Billiglöhner beendet werden könne. Es dürfte nicht zugelassen werden, daß die sozialen Sicherungssysteme leichtfertig zerstört und damit der soziale Frieden in Deutschland nachhaltig gefährdet werde."

Mit Schreiben vom 31.5.1996 übersandte der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung den Tarifparteien des Baugewerbes eine Ablichtung des Textes, mit dem die Ablehnung des Antrages auf Allgemeinverbindlicherklärung im Bundesanzeiger bekannt gemacht wird. Ergänzend wurde darauf hingewiesen, die beantragte Allgemeinverbindlicherklärung (AVE)

könne nicht ausgesprochen werden, weil eine AVE nur im Einvernehmen mit dem Tarifausschuß ergehen könne; eine Mehrheit für ein befürwortendes Votum habe sich im Tarifausschuß nicht ergeben. Eine "Rechtsmittelbelehrung" war nicht beigefügt.

Aufgrund der dadurch entstandenen Situation sollen zwei Problemkomplexe untersucht werden.

Zum einen geht es um die Frage, ob auf der Basis des geltenden Rechts Möglichkeiten zu einer Korrektur der Entscheidung des Tarifausschusses und der dadurch verursachten Ablehnung der AVE durch den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung bestehen. Dabei wird es insbesondere um die Vereinbarkeit der getroffenen Entscheidung wie der gesetzlichen Regelung insgesamt mit Art. 9 Abs. 3 GG sowie um die prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten gehen. Näheres dazu in Teil B.

Zum zweiten sollen rechtspolitische Überlegungen darüber angestellt werden, ob das geltende Gesetzes- und Verordnungsrecht in einer Weise geändert werden soll, die vergleichbare Situationen in Zukunft ausschließt. Dies soll in Teil C behandelt werden.

B Handlungsmöglichkeiten nach geltendem Recht

I. Die praktischen Konsequenzen der Verweigerung der AVE

In der Begründung des Regierungsentwurfs für das Entsendegesetz sind eingehende Angaben darüber enthalten, wie sich die fehlende Einbeziehung der vom Ausland ins Inland entsandten Arbeitskräfte in die deutschen Sozialstandards auswirkte.

S. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drucksache 523/95

Im Zeitraum von 1991 bis 1993 wuchs die Beschäftigung im Baugewerbe von 2,412 auf 2,637 Mio. Beschäftigte. Dieser Expansion stand gleichzeitig eine Steigerung der Zahl der bei der Bundesanstalt für Arbeit gemeldeten Arbeitslosen in Bauberufen gegenüber: Während sie am 30.6.1991 noch 90.151 betragen hatte, belief sie sich am 30.6.1994 bereits auf 122.016.

BR-Drucksache 523/95, S. 5 (maschinengeschriebenes Exemplar)

Dies ist nur damit erklärbar, daß die in Deutschland ansässigen deutschen und ausländischen Arbeitskräfte durch solche ersetzt wurden, die von ihren ausländischen Arbeitgebern für eine kürzere oder längere Zeit in die Bundesrepublik entsandt wurden. Die Begründung zum Regierungsentwurf schätzt deshalb die Zahl der entsandten Arbeitnehmer in der ersten Hälfte des Jahres 1995 auf ca. 150.000, wobei lediglich die Entsendung aus anderen Mitgliedstaaten der EU erfaßt war. Weiter heißt es in der Begründung (BR-Drucksache 523/95, a.a.O.):

"Angesichts dieses massiven Einsatzes von ausländischen Arbeitnehmern aus Ländern mit deutlich niedrigerem Lohnniveau ist davon auszugehen, daß ohne den derzeitigen Wettbewerbsvorteil der ausländischen Bauunternehmen die bereits erwähnte Expansion der Bau-

produktion in Deutschland zu einem beachtlichen Teil auch den inländischen Arbeitslosen hätte zugutekommen müssen, zumal bei diesen mehr als drei Viertel gleich zwei positive Vermittlungsmerkmale (unter 45 Jahren und ohne gesundheitliche Einschränkungen) aufweisen (Statistik der Bundesanstalt für Arbeit, Arbeitslose in den Bau- und Baunebenberufen, Ende September 1994)."

In neuerer Zeit hat sich diese Entwicklung fortgesetzt. In der Begründung des Gesetzesantrags des Landes Berlin für ein Entsendegesetz (BR-Drucksache 546/95) wird etwa darauf hingewiesen, daß im Land Berlin trotz anhaltenden Baubooms die Zahl der Arbeitslosen im Baugewerbe von 13.567 am 31.12.1993 auf 14.950 am 30.6.1995 angestiegen ist - wobei zusätzlich ins Gewicht fällt, daß die Arbeitslosigkeit am Jahresende aus saisonbedingten Gründen normalerweise besonders hoch, Mitte des Jahres jedoch besonders niedrig ist. Stellt man stattdessen auf die Situation am jeweiligen Stichtag 30.6. ab, so ist im gesamten Bundesgebiet die Zahl der Arbeitslosen in Bauberufen von 90.150 im Jahre 1991 über 97.310 im Jahre 1992 und 110.040 im Jahre 1993 auf insgesamt 141.250 im Jahre 1995 gestiegen.

Angaben der Bundesanstalt für Arbeit.

Nach den neuesten verfügbaren Zahlen hat sich in den vergangenen Monaten der Beschäftigungsabbau von in Deutschland lebenden Arbeitskräften beschleunigt: Während die Zahl der im Bausektor Tätigen vom Dezember 1994 bis zum März 1995 um 52.000 Personen gesunken war, lag der Rückgang in der vergleichbaren Zeitspanne von Dezember 1995 bis März 1996 bei 101.000.

Erhebungen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, Wiesbaden

Die Substituierung in Deutschland ansässiger durch vom Ausland her entsandte Arbeitskräfte führt zu "Billigangeboten" ausländischer Bauunternehmer. Die Begründung zum Regie-

rungsentwurf für ein Entsendegesetz spricht deshalb von einer drastischen Verschlechterung der Situation gerade auch der Klein- und Mittelbetriebe der deutschen Bauwirtschaft, die dieser Konkurrenz nicht standzuhalten vermögen.

BR-Drucksache 523/95, S. 6

Zu dieser Auswirkung eines "internationalisierten Arbeitsmarkts" heißt es in der Begründung des Gesetzesantrags des Landes Berlin (BR-Drucksache 546/95, S. 2):

"Hiervon (d.h. von den Lohnunterschieden - W.D.) ist zur Zeit besonders die Baubranche betroffen. Da die Lohnkosten etwa 50 % der Baukosten ausmachen, können Arbeitgeber ohne Sitz in Deutschland die Preise deutscher Unternehmen regelmäßig um 25 % unterbieten. Die deutschen Unternehmen stehen vor der Alternative, entweder aufzugeben oder sich rechtzeitig Subunternehmer in anderen Ländern zu sichern, um durch Mischkalkulationen noch wettbewerbsfähig zu bleiben. Letzteres ist nur den größeren Unternehmen möglich, insbesondere die für den Arbeitsmarkt so bedeutsamen handwerklich strukturierten Betriebe haben keine Chance mehr. Die Zahl der Konkurse und Vergleiche von Bauunternehmen hat sich z.B. in der Region Berlin/Brandenburg im Zeitraum von 1991 bis 1994 fast verdreifacht."

Die Verdrängung in Deutschland Ansässiger durch aus dem Ausland entsandte Arbeitskräfte bringt somit zugleich Gefahren für die Existenz kleiner und mittlerer Unternehmen; soweit sie sich realisiert - und die Konkursstatistik spricht dafür - sind zusätzliche Arbeitsplatzverluste zu erwarten.

Um diesen Entwicklungen entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber das Entsendegesetz erlassen. Dieses will nicht etwa eine Vereinheitlichung aller Arbeitsbedingungen herbeiführen, da man sonst die gesamten Lohntarife (und nicht nur den Mindestlohn) sowie insbesondere die Tarifverträge über die Sozialkassen hätte einbeziehen müssen. Vielmehr sollen besonders drastische Wettbewerbsverzerrungen unterbunden

werden, die sich insbesondere in Grundlöhnen niederschlagen, die zum Teil unter der Hälfte der niedrigsten Lohngruppe der Bautarife liegen. Voraussetzung ist allerdings, daß nicht nur ein Mindestlohn von den Tarifparteien vereinbart wird, sondern daß es insoweit auch zu einer Allgemeinverbindlicherklärung kommt. Da diese - wie unter A im einzelnen dargelegt - vorläufig gescheitert ist, ist absehbar, daß sich die bisherigen Entwicklungen fortsetzen werden: Immer mehr in Deutschland ansässige Arbeitskräfte des Baugewerbes werden durch "Billigarbeitskräfte" aus anderen Ländern ersetzt, immer mehr deutsche Firmen, die an das deutsche Arbeitsrecht und deutsche Tarifverträge gebunden sind, müssen Konkurs anmelden. Die Situation ist insoweit keine grundsätzlich andere als bei sonstigen internationalisierten Arbeitsmärkten, in denen die niedrigen Lohnkosten anderer Länder zu einem Verdrängungswettbewerb führen. Im Bereich der Seeschifffahrt hat deshalb der Gesetzgeber den Versuch unternommen, ein solches "Niederkonkurrieren" deutscher Reeder dadurch zu verhindern, daß diesen gleichfalls die Beschäftigung von "Billigarbeitskräften" ermöglicht wurde, jedoch gleichzeitig ein Kernbestand deutscher Vorschriften aufrecht erhalten blieb und auch bestimmte "Beschäftigungsquoten" für in Deutschland ansässige Arbeitskräfte festgelegt wurden.

S. dazu das Gesetz zur Einführung eines zusätzlichen Registers für Seeschiffe unter der Bundesflagge im internationalen Verkehr (Internationales Seeschiffahrtsregister) vom 23. März 1989, BGBl I, 550; dazu BVerfGE 92, 26 ff.

Der drastische Erosionsprozeß, dem deutsche Arbeitsplätze und deutsche Klein- und Mittelunternehmen ausgesetzt sind, wirft hauptsächlich zwei verfassungsrechtliche Fragen auf:

- Läßt es sich mit Art. 9 Abs. 3, insbesondere mit der dort garantierten Tarifautonomie vereinbaren, wenn der Staat einer solchen Entwicklung im Ergebnis tatenlos zusieht?

- Ist möglicherweise Art. 12 Abs. 1 GG verletzt, wenn die berufliche Betätigungsfreiheit von Arbeitnehmern wie von Arbeitgebern des Baugewerbes in tatsächlicher Hinsicht immer mehr eingeschränkt wird?

II. Verstoß gegen das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG?

1. Die Fragestellung

Im hier zu erörternden Fall hat der Staat zwar auf der einen Seite gehandelt und das Entsendegesetz erlassen. Auf der anderen Seite hat er jedoch - bedingt durch die staatliche Norm des § 5 Abs. 1 TVG in Verbindung mit der DVO - es unterlassen, durch Allgemeinverbindlicherklärung 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. Die Existenz einer Schutzpflicht im Bereich des Art. 9 Abs. 3 GG

a) Die Schutzpflicht im allgemeinen

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG 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 einzel-

nen Grundrechtsträger insbesondere gegenüber Eingriffen Dritter zu schützen.

Grundlegend BVerfGE 39, 1, 41 ff.; zur weiteren Entwicklung s. Kempen, Staatliche Schutzpflicht gegenüber der Tarifautonomie? Das Beispiel des § 3 ASAV, in: Heinze-Schmitt (Hrsg.), FS für Gitter, Wiesbaden 1995, S. 427 ff.

Bejaht wurde diese 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, der durch Art. 2 Abs. 1 GG mitgarantierten Privatautonomie, der Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie in bezug auf die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG. Ein kurzer Überblick mag genügen.

In seiner Entscheidung zum Kernkraftwerk Mülheim-Kärlich betonte das BVerfG, 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" aus.

BVerfGE 53, 30, 57

Dies wurde in der Entscheidung zur Stationierung von C-Waffen grundsätzlich bestätigt

BVerfGE 77, 170 ff.

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 erlassen, die nicht gänzlich ungeeignet sein dürften. Bei besonders schutzwürdigen Gruppen von Arbeitnehmern bestehe ggfs. eine Pflicht zu weitergehenden Maßnahmen.

BVerfGE 85, 191, 213

In bezug auf einen Handelsvertreter, der nur für einen Auftraggeber tätig war, brachte das BVerfG die aus Art. 12 Abs. 1 abzuleitende Schutzpflicht ins Spiel: Angesichts der schon vom Gesetzgeber anerkannten Unterlegenheit des Handelsvertreters müßten die Gerichte notfalls Schutznormen schaffen, die beispielsweise ein Wettbewerbsverbot ohne Entschädigung ausschließen.

BVerfGE 81, 242, 254 ff.

In den Entscheidungen zur Übernahme einer Bürgschaft durch Familienangehörige

BVerfGE 89, 214 ff.; BVerfG NJW 1994, 2750

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 führt.

BVerfGE 89, 214, 232

Unmittelbaren arbeitsrechtlichen Bezug hatte eine Entscheidung, die die Chancengleichheit weiblicher Bewerber betraf: Art. 3 Abs. 2 GG zielt auf eine "Angleichung der Lebensverhältnisse" von Männern und Frauen,

so BVerfGE 89, 276, 285

das im Interesse der Chancengleichheit erlassene Recht müsse so ausgelegt und angewandt werden, daß der vom Grundrecht vorgezeichnete Schutzzweck nicht grundlegend verfehlt werde.

BVerfGE 89, 276, 286

Daraus folgt u.a., daß auch im Rahmen des Bewerbungsverfahrens als solchem keine Benachteiligung von Frauen stattfinden darf.

BVerfGE 89, 276, 288

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 BVerfG in seiner ersten grundlegenden Entscheidung zur Tarifautonomie ausdrücklich davon gesprochen, der Staat sei verpflichtet, ein Tarifsystem bereitzustellen und dadurch die "verbandsmäßige Gestaltung der Löhne und Arbeitsbedingungen" zu ermöglichen.

BVerfGE 4, 96, 106

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 sichern.

BVerfGE 92, 26, 42

In der Literatur wird dies dahingehend verallgemeinert, der Gesetzgeber bzw. der Richter sei verpflichtet, "verfassungskongruente organisationsrechtliche Normenkom-

plexe zur Verfügung zu stellen, die den Koalitionen die spezifisch koalitionsgemäße Betätigung in rechtlich geschützter Form gestatten."

Säcker AuR 1994, 1, 7

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 ausstellen.

S. dazu insbesondere Kempen, a.a.O., S. 431

Bei der Erfüllung seiner Schutzpflicht steht dem Staat ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.

So BVerfGE 77, 170, 214 ff.; bestätigt in BVerfGE 85, 191, 212

Das Grundgesetz verbietet insoweit lediglich völlige Untätigkeit oder das Ergreifen "gänzlich ungeeigneter" Maßnahmen.

BVerfGE 85, 191, 212

b) Handhabung erlassener Schutznormen

Hat der Gesetzgeber jedoch gehandelt, so muß die erlassene Norm so interpretiert werden, daß sie ihren Zweck erreicht.

Am deutlichsten ist dies in der Entscheidung des BVerfG zum Gegendarstellungsanspruch gegenüber Rundfunkanstalten zum Ausdruck gekommen.

BVerfGE 63, 131 ff.

In jenem Fall ging es um die Frage, ob es mit der Verfassung vereinbar ist, wenn ein Gegendarstellungsanspruch nur innerhalb von 14 Tagen nach Ausstrahlung der Sendung geltend gemacht werden kann. Das Gericht stellte zunächst fest, der Gegendarstellungsanspruch 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 werde.

BVerfGE 63, 131, 142

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. Im einzelnen führt das Gericht aus (BVerfGE 63, 131, 143):

"Um seine Wirkungen entfalten zu können, bedarf das Gegendarstellungsrecht einer den sachlichen Erfordernissen entsprechenden Ausgestaltung durch Verfahrensrecht. Ebenso wie es selbst der Sicherung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dient, ist auch das Verfahrensrecht für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung; es muß deshalb den Geboten eines solchen Schutzes entsprechen... 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 heißt (BVerfGE 53, 31):

"Eine Grundrechtsverletzung kommt auch dann in Betracht, wenn die Genehmigungsbehörde solche atomrechtlichen Verfahrensvorschriften außer acht läßt, die der Staat in Erfüllung seiner aus Art. 2 Abs. 2 GG folgenden Schutzpflicht erlassen hat."

Demselben Gedanken folgt schließlich die gleichfalls bereits erwähnte 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."

BVerfGE 89, 276 Leitsatz 2

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

3. Die unvollkommene Erfüllung der Schutzpflicht im Bereich der Entsendeproblematik

Durch § 5 TVG und durch das Entsendegesetz hat der Gesetzgeber Vorkehrungen zum Schutze der Tarifautonomie getroffen.

a) Der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung

Was die Allgemeinverbindlicherklärung (im folgenden: AVE) als solche betrifft, so wird sie vom BVerfG als Mittel

qualifiziert, um die Tarifautonomie gegen Störungen abzusichern. Ausdrücklich heißt es in der ersten grundlegenden Entscheidung vom 24.5.1977 (BVerfGE 44, 322, 342):

"Dadurch (d.h. durch die AVE - W.D.) wird die Effektivität der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen gesichert. Die antragsabhängige Allgemeinverbindlicherklärung erweist sich in dieser Beziehung als ein Instrument, das die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abstützen soll, indem sie den Normen der Tarifverträge zu größerer Durchsetzungskraft verhilft."

Daneben gehe es im 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 an der AVE könne "aus einer möglichen Gefährdung des Arbeitsfriedens durch Aushöhlung des Tarifvertrags erwachsen."

So BVerfGE 44, 322, 325

Die negative Koalitionsfreiheit der Nichtorganisierten werde nicht dadurch beeinträchtigt, daß sie den Tarifnormen unterworfen würden; die staatliche Mitwirkung im Rahmen des § 5 TVG stelle eine noch ausreichende demokratische Legitimation dar.

BVerfGE 44, 322 LS 3

Auch bei Tarifverträgen über Gemeinsame Einrichtungen gelte nichts anderes. Der "Anreiz", durch Beitritt zum Arbeitgeberverband bzw. zur Gewerkschaft über die Verwendung der Mittel der Gemeinsamen Einrichtung indirekt mitbestimmen zu können, stelle keinen gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoßenden Druck zum Beitritt dar.

BVerfGE 55, 7, 22, bestätigt in BVerfGE 64, 208, 213

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 besitzt.

So BVerfGE 44, 322, 352; 55, 7, 24

b) Der Zweck der Erstreckung nach dem Entsendegesetz

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 den Verfassern intendiert. So heißt es in der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf (BR-Drucksache 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."

Gegenüber § 5 TVG verfolgt das Entsendegesetz insoweit einen weitergehenden Schutzzweck, als der Kreis der einbezogenen Personen über den bisher von § 5 TVG erfaßten Bereich hinausgeht. Insoweit könnte man von einer "qualifizierten AVE" sprechen.

c) Die Verfehlung der Schutzpflicht

Das Ziel beider Bestimmungen wurde wegen des verweigerten Einvernehmens des Tarifausschusses nicht erreicht. Dies ist eine Konsequenz des in § 5 Abs. 1 TVG vorgesehenen Verfahrens, das durch die Art und Weise der Einschaltung des Tarifausschusses eine außerordentlich hohe Hürde errichtet. Die Erreichung des vom Gesetzgeber verfolgten Ziels wird so in unangemessener, nicht hinnehmbarer Weise erschwert. Dies ergibt sich aus zwei voneinander unabhängigen Gesichtspunkten.

d) Fehlende rechtsstaatliche Anforderungen an das Verfahren des Tarifausschusses

Zum einen erscheint es in vielen Fällen höchst zweifelhaft, in welchem Umfang die Entscheidung des Tarifausschusses rechtlich "vorprogrammiert" ist und einer effektiven gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Soweit ersichtlich, ist hierzu keine Rechtsprechung vorhanden. In der Literatur sind die Aussagen spärlich. Lediglich in einem Kommentar wird ohne nähere Begründung ausgeführt, der Tarifausschuß habe "keinen weiteren Spielraum als der Bundesarbeitsminister", seine Mitwirkung solle gerade eine sachgerechte Abwägung der beteiligten Interessen sicherstellen.

So Löwisch-Rieble, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, München 1992, § 5 Rn 73

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 nur den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung.

Löwisch-Rieble § 5 Rn 73; Wiedemann-Stumpf, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 5. Aufl., München 1977, § 5 Rn 49

Dies könnte an sich dafür sprechen, daß insoweit ein freies politisches Ermessen bestehen, gewissermaßen die Tarifautonomie in das Verfahren der AVE hinein fortgesetzt werden soll. Auch wenn man dies nicht annimmt,

wie im folgenden auszuführen sein wird, sind die Mitglieder des Tarifausschusses nicht zu eigenständiger Ausübung der Tarifautonomie legitimiert

bleibt ein schwer definierbarer Beurteilungsspielraum im Zusammenhang mit der Bejahung oder Verneinung des in § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG vorausgesetzten öffentlichen Interesses. Da dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung gemeinhin ein "weiter Beurteilungsspielraum" eingeräumt wird,

BAG AP Nr. 12 zu § 5 TVG; Ansey-Koberski, AuR 1987, 230, 232

muß man notwendigerweise dasselbe für den Tarifausschuß annehmen. Ungeklärt ist, inwieweit er mit Rücksicht auf seine Zusammensetzung bestimmte Gesichtspunkte stärker gewichten und andere eher in den Hintergrund treten lassen darf. Aus der Sicht der beteiligten Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände ist daher nicht mehr sicher prognostizierbar, wie eine Entscheidung ausfallen wird und ob Aussicht auf Erfolg besteht, ggfs. eine gerichtliche Korrektur zu erreichen. Eine solche Unsicherheit ist um so schwerer erträglich, als Tarifverträge üblicherweise auf ein bis drei Jahre befristet sind, ein den Instanzenzug ausschöpfendes verwaltungsgerichtliches Verfahren jedoch unschwer einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt. Einen abgewiesenen Antragsteller ausschließlich auf den einstweiligen Rechtsschutz zu verweisen, bei dem notwendigerweise nur eine weniger umfassende rechtliche Prüfung als in einem Hauptverfahren möglich ist, erscheint nicht annehmbar. Von daher ist das Verfahren nach § 5 Abs. 1 TVG ungeeignet, um den vom Gesetzgeber gewollten Schutzzweck zu erreichen.

Die Tatsache, daß sich bisher keine wesentlichen Schwierigkeiten ergeben haben, ist kein Gegenargument: Solange auf beiden Seiten einheitlich handelnde Verbände stehen, die die getroffenen Absprachen ihrer Mitglieder loyal nachvollziehen, treten keine Konfliktsfälle auf, in denen die Defizite des Verfahrens überhaupt erst deutlich werden. Die außerordentlich hohe "Friedlichkeit" der bislang durchgeführten Verfahren ist im übrigen auch ein Grund dafür, weshalb sich die Literatur mit Überlegungen zur rechtlichen Gebundenheit des Tarifausschusses bislang so stark zurückgehalten hat.

Die rechtsstaatlichen Bedenken werden dadurch verschärft, daß drei Ausschußmitglieder eine "Sperrminorität" besitzen; in der Praxis bedeutet dies, daß die von einem Spitzenverband vorgeschlagenen Mitglieder einer Seite ein Vetorecht haben. Daß ein positiver Beschluß des Tarifausschusses mindestens vier Stimmen voraussetzt und daß bei Stimmengleichheit das in § 5 Abs. 1 vorausgesetzte "Einvernehmen" nicht vorliegt und deshalb die AVE nicht erfolgen kann, ist in der Literatur allgemein anerkannt.

Ansey-Koberski, AuR 1987, 230, 234; Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn 1264, 1267; Hagemeyer-Kempen-Zachert-Zilius, Kommentar zum TVG, 2. Aufl., Köln 1990, § 5 Rn 16; Löwisch-Rieble, § 5 Rn 69; Wiedemann-Stumpf, § 5 Rn 48, 50

e) Fehlende demokratische oder mitgliedschaftliche Legitimation des Tarifausschusses

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

Wie bereits hervorgehoben, werden die Mitglieder des Tarifausschusses aufgrund von Vorschlägen der Spitzenorgani-

sationen beider Seiten vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung bestellt (§ 1 DVO). Dies kann im Einzelfall dazu führen, daß der Tarifausschuß über die AVE eines Tarifvertrags zu befinden hat, der von Organisationen abgeschlossen wurde, die den Spitzenorganisationen nicht angehören. Denkbar ist weiter, daß es konkurrierende Spitzenorganisationen gibt, die gleichermaßen im Tarifausschuß vertreten sind, jedoch dazu neigen, die von Mitgliedern der jeweils anderen Organisation abgeschlossenen Verträge besonders kritisch zu betrachten und im Ergebnis zu blockieren. Schließlich kann es - wie der vorliegende Fall zeigt - innerhalb einer Spitzenorganisation 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 solchen Fällen nicht die Rede sein.

Trotz der Bestellung der Mitglieder durch den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung handelt es sich beim Tarifausschuß jedoch auch nicht um ein demokratisch legitimes Gremium: Der Minister kann Personen nur auf Vorschlag einer Spitzenorganisation bestellen, so daß ihm insoweit kein positives Auswahlermessen und keine "Personalhoheit" zusteht.

Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob der Minister an Vorschläge der Spitzenorganisationen gebunden ist oder ob er einem Vorschlag die Zustimmung verweigern kann: Auch im zweiten Fall wäre er nicht zu einer "Ersatzbestellung" aus eigenem Recht befugt.

Die AVE ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Rechtsetzungsakt eigener Art.

BVerfGE 44, 322 ff.

Nach geltendem Verfassungsrecht ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, daß der Bürger einer normsetzenden Gewalt unterworfen wird, die ihm gegenüber weder staatlich-demokratisch noch mitgliedschaftlich legitimiert ist.

Allerdings bestehen insoweit enge Grenzen: Wie das BVerfG im Zusammenhang mit der Verweisung eines Gesetzes auf Tarifverträge entschieden hat, muß die in bezug genommene Größe (hier: der Tarifynhalt) "im wesentlichen" feststehen; andernfalls läge ein unzulässiger Verzicht des Gesetzgebers auf seine Rechtsetzungsbefugnis vor, waren im konkreten Fall die Tarifparteien gegenüber den erfaßten Bürgern doch nicht kraft Mitgliedschaft zur Rechtsetzung befugt.

BVerfGE 64, 208, 215

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 für ein Vetorecht gelten, spricht die 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 sind.

BVerfG EuGRZ 1996, 52, LS 2; kritisch dazu Albers PersR 1995, 501 ff.

Legt man diese Aussage 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 das bestehende Verfahren nicht hinnehmbar; es läßt sich auch insoweit nicht mit verfassungsrechtlichen Prinzipien vereinbaren.

f) Zwischenergebnis

Verstößt die heutige Form der Einschaltung des Tarifausschusses in das Verfahren über die AVE gegen das Grundgesetz, so kann auch die wegen fehlenden "Einvernehmens" erfolgende Ablehnung der AVE durch den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung vor dem Grundgesetz keinen Bestand haben.

4. Ergänzende Überlegungen

Die durch den Tarifausschuß erzwungene staatliche Untätigkeit verletzt Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur insoweit, daß die geltenden Tarifverträge einem immer stärkeren Erosionsprozeß ausgesetzt werden. Ähnlich wie bei deutschen Zweitregisterschiffen wird den deutschen Gewerkschaften praktisch die Chance genommen, unter den aus dem Ausland hierher entsandten Arbeitnehmern Mitglieder zu gewinnen: Die Sprachbarriere, aber insbesondere der vorübergehende Charakter des Aufenthalts im Inland läßt es wenig aussichtsreich erscheinen, sich insoweit um Mitgliederwerbung zu bemühen.

S. zu der entsprechenden Problematik in der Seeschifffahrt BVerfGE 92, 26, 39 f.

Das BVerfG hat die darin liegende Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit nur deshalb hingenommen, weil auf die Rahmenbedingungen internationaler Märkte Bedacht zu nehmen war, die darin lagen, daß sich die Arbeit notwendigerweise außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets vollzieht. Insoweit sei die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers größer als bei der Regelung von Rechtsbeziehungen mit inländischem Schwerpunkt.

So BVerfGE 92, 26, 41

Im vorliegenden Fall geht es jedoch um einen innerstaatlichen Tatbestand, der in vollem Umfang dem Einflußbereich des deutschen Gesetzgebers unterliegt. Hier besteht daher ein voll wirksam werdendes Gebot, dafür zu sorgen, daß nicht in wachsender Zahl "gewerkschaftsfreie" Arbeitsverhältnisse entstehen, die von den Betroffenen nicht bewußt gewählt, sondern ihnen von den Umständen aufgezwungen werden.

5. Das "öffentliche Interesse" im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG

Läßt man die gegen die Einschaltung des Tarifausschusses sprechenden Bedenken einmal beiseite, so hängt die Rechtmäßigkeit der Ablehnung der AVE davon ab, ob diese "im öffentlichen Interesse geboten erscheint" oder nicht.

Keine Probleme wirft demgegenüber die in § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG genannte Voraussetzung auf, wonach die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen müssen.

Wie oben bereits im einzelnen dargelegt, wird dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung grundsätzlich ein "weiter Beurteilungsspielraum" eingeräumt, wenn es um die Frage geht, ob die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint. In Rechtsprechung und Literatur wird davon allerdings dann eine gewisse 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 Altersversorgung

so BAG NZA 1990, 781

sowie für einen Tarifvertrag über den Vorruhestand angenommen, der das damals geltende Gesetz praktisch umgesetzt hatte.

BVerfG ZTR 1992, 21, 22

In der Literatur wird die These einer gesetzgeberischen Konkretisierung des "öffentlichen Interesses" - soweit ersichtlich - allgemein akzeptiert.

Ansey-Koberski, AuR 1987, 230, 233; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn 1253; andeutungsweise auch Hagemeyer-Kempen-Zachert-Zilius § 5 Rn 13; Wiedemann RdA 1987, 262, 266

Allerdings ist zu beachten, daß es bei den genannten Entscheidungen des BAG und des BVerfG 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 dabei nur um einen "vertretbaren" Gesichtspunkt zur Bestimmung des öffentlichen Interesses handeln würde. Im vorliegenden Fall 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. Wie "öffentliches Interesse" zu definieren ist, 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 er-

lauben. Allerdings kann dies nicht schon dann gelten, wenn der Gesetzgeber - wie z.B. im BetrAVG - schon selbst 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 Tarifverträge 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: Diese kann überhaupt nur dann in der Praxis wirksam werden, wenn nicht nur Tarifverträge zustandekommen, sondern diese auch für allgemeinverbindlich erklärt werden. Damit hat der Gesetzgeber das "öffentliche Interesse" eindeutig definiert. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes wird deutlich, daß es explizit darum ging, einen insbesondere in der Bauindustrie aufgetretenen Mißstand zu beseitigen.

III. Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG?

Wie das BVerfG am Beispiel eines selbständigen Handelsvertreters deutlich gemacht hat, ergibt sich auch aus Art. 12 Abs. 1 eine staatliche Schutzpflicht, die dem Gesetzgeber bzw. dem an seiner Stelle handelnden Richter die Aufgabe stellt, eine Übervorteilung des schwächeren durch den stärkeren Vertragspartner zu verhindern.

S. BVerfGE 81, 242, 254 ff.

Ob sich diese Schutzpflicht auch darauf erstreckt, deutsche Arbeitnehmer vor einem Verdrängungswettbewerb mit ausländischen Kollegen zu schützen, blieb in der Entscheidung zum sog. Zweiten Schiffsregister dahingestellt.

BVerfGE 92, 26, 46

Aus dem Grundrecht nach Art. 12 Abs. 1 GG läßt sich keine Pflicht des Staates ableiten, bestehende Arbeitsplätze oder auch nur bestehende Beschäftigungsmöglichkeiten generell zu erhalten. Dies liefe weithin auf ein "Recht auf Arbeit" hinaus, das vom Grundgesetz gerade nicht garantiert werden sollte.

Näher dazu Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 10. Aufl., Reinbek 1995, S. 68 ff.; BAG NJW 1964, 1921

Auf der anderen Seite wäre der Sinn des Art. 12 Abs. 1 GG aber auch verfehlt, wollte man selbst dann keinerlei staatliche Aktivität als geboten ansehen, wenn ganze Berufe beispielsweise dem internationalen Wettbewerb zum Opfer fallen würden. Damit wäre nicht nur das auch die Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG maßgeblich mitbeeinflussende Sozialstaatsprinzip verletzt; vielmehr würde es auch einen Wertungswiderspruch darstellen, wollte man auf der einen Seite Ungleichgewichte zwischen "schwachem" Handelsvertreter und "starkem" Auftraggeber sowie zwischen "schwachem" Arbeitnehmer und "starkem" Arbeitgeber im Prinzip ausgleichen, während man auf der anderen Seite dem viel schlimmeren Eingriff in die Berufsfreiheit, die in einem Wegfall vieler Arbeitsplätze liegt, tatenlos zusehen würde. Sind nicht nur einzelne Arbeitsplätze, sondern ist ein gesamter Berufsstand in seiner Existenz durch eine vermeidbare Entwicklung gefährdet, ist deshalb der Gesetzgeber zum Eingreifen verpflichtet.

Die bisherige Entwicklung hat gezeigt, daß eine berufliche Betätigung auf dem Bau nur noch für eine immer kleiner werdende Zahl von Personen möglich ist. Für Berufsanfänger steht angesichts der Schrumpfung des Beschäftigungsvolumens die freie Wahl des Arbeitsplatzes von vornherein auf dem Papier. Ohne ein auch die Praxis erreichendes Eingreifen des Gesetzgebers wird sich diese Entwicklung aller Voraussicht nach in der Weise fortsetzen, daß die Zahl der Berufsangehörigen immer weiter zurückgeht, ohne daß dies auf fehlenden Arbeitsplätzen und Beschäftigungsmöglichkeiten zurückzuführen wäre: Vielmehr geht es allein um die Verdrängung der in Deutschland ansässigen Arbeitskräfte durch Billigangebote aus anderen Ländern. Hinzu kommt, daß Art. 12 Abs. 1 ein sog. Deutschengrundrecht ist, also fremden Staatsangehörigen von vornherein nicht zusteht. Wie immer man diese Differenzierung einschätzen mag - aus ihr wird jedenfalls deutlich, daß der Verfassungsgeber auf dem Arbeitsmarkt durchaus zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen differenzieren wollte. Wird nun der Arbeitsmarkt in sehr viel weiterem Umfang als vor 30 oder 40 Jahren für ausländische Arbeitskräfte geöffnet, sind stärkere Maßnahmen als in der Vergangenheit geboten, um eine vom Grundgesetz nicht gewollte "Einebnung" zu verhindern.

Auf welche Weise der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht nachkommt, ist prinzipiell ihm selbst überlassen. Im Entsendegesetz hat er einen bestimmten Weg gewählt, der sicherlich geeignet ist, das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG vor einer völligen Aushöhlung zu bewahren.

Die praktische Umsetzung der einmal gewählten "Schutzstrategie" trifft auf die oben unter II 3 geschilderten Schwierigkeiten. Die rechtlichen Konsequenzen sind identisch: In der Ausgestaltung des Verfahrens der AVE liegt - weil es nicht zu einem effektiven Schutz der Berufsfreiheit führt - auch ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

IV. Prozessuale Durchsetzung

Die hier im einzelnen dargelegten Verstöße gegen Verfassungsrecht und gegen § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG bedürfen der gerichtlichen Geltendmachung. Im folgenden wird ausschließlich die Frage behandelt, ob und auf welchem Wege eine der betroffenen Tarifparteien die beantragte AVE erzwingen kann.

1. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte

Die Frage, ob eine AVE zu Recht oder zu Unrecht abgelehnt wurde, ist von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden.

Grundlegend BVerwG NZA 1989, 346; zustimmend Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn 1284; Löwisch-Rieble § 5 Rn 113; ähnlich Hagemeier-Kempen-Zachert-Zilius § 5 Rn 32

Die Tatsache, daß die Erteilung wie die Verweigerung der AVE einen Rechtsetzungsakt darstellt, steht der Anrufung der Verwaltungsgerichte nicht entgegen; lediglich dann, wenn es um den Erlaß eines förmlichen Gesetzes ginge, wäre anders zu entscheiden.

BVerwG, a.a.O.

Auch eine verfassungsrechtliche Streitigkeit liegt nicht vor.

2. Gegen wen ist die Klage zu richten?

Der formale Akt der Ablehnung der AVE wurde vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung ausgesprochen. Für eine Klage, die sich dagegen wendet, ist er daher der richtige Adressat. Die Entscheidung des Tarifausschusses ist demge-

genüber nur ein verwaltungsinterner Akt, der keine unmittelbare Gestaltungswirkung im Hinblick auf die Rechte der antragstellenden Tarifparteien entfaltet.

Ebenso Löwisch-Rieble § 5 Rn 69

Die Tatsache, daß sich der Bundesminister ausschließlich auf das Votum des Tarifausschusses stützte, ändert daran nichts. Der Fall liegt insoweit nicht anders, als wenn ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt wie z.B. die Einbürgerung mit dem Argument verweigert wird, eine andere in das Verfahren einzuschaltende Behörde habe ihre Zustimmung verweigert.

So für die Versagung der Zustimmung des Bundesinnenministers zur Einbürgerung BVerwG NJW 1984, 72 und BVerwG NJW 1985, 2775

3. Die Klageart

Da die Ablehnung genau wie die Gewährung einer AVE Teil eines Rechtsschöpfungsprozesses ist, liegt kein Verwaltungsakt vor, so daß eine Anfechtungs- oder eine Verpflichtungsklage nach § 42 VwGO von vornherein ausscheidet. Ernsthaft in Betracht kommen nur eine Feststellungs- und eine Leistungsklage.

Für das erstere Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn 1284; für das letztere Löwisch-Rieble, § 5 Rn 115

Gegen eine Feststellungsklage spricht, daß damit dem eigentlichen Anliegen der klagenden Tarifpartei nicht Rechnung getragen wäre: Sie könnte nicht erzwingen, daß der gerichtlichen Feststellung auch wirklich Rechnung getragen würde.

Dabei ist nicht an den wenig wahrscheinlichen Extremfall einer offenen Mißachtung einer Gerichtsentscheidung durch einen Bundes- oder Landesminister zu denken. Möglich wäre jedoch, daß auch in einem zweiten

Durchgang die AVE deshalb scheitert, weil sie nunmehr aus ganz anderen Gründen verweigert wird. Diese Schwäche sehen auch Löwisch-Rieble (§ 5 Rn 121), ohne sich allerdings mit der Alternativmöglichkeit einer Leistungsklage auseinanderzusetzen.

Zum zweiten tritt die Feststellungsklage hinter der Leistungsklage zurück, sofern diese im konkreten Fall möglich ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte bisher nur über einen Fall zu entscheiden, bei dem der Tarifvertrag, dessen AVE beantragt wurde, bereits abgelaufen war: Hier kam in der Tat nur noch eine Feststellungs- und keine Leistungsklage mehr in Betracht.

BVerwG NZA 1989, 364, 367 linke Spalte

Macht man einmal den Schritt zur "Normerzwingungsklage", so ist die Leistungsklage die hierfür am besten geeignete prozessuale Form. Dabei kommen zwei verschiedene Anträge in Betracht: Soll lediglich erreicht werden, daß in einem neuen Verfahren "ermessensfehlerfrei" entschieden wird, so ist auf "Neubescheidung" zu klagen. Geht es stattdessen darum, daß die Tarifpartei den Ausspruch der AVE erstrebt, weil sie der Auffassung ist, einen entsprechenden Anspruch zu besitzen, so ist ein Antrag auf Erteilung der AVE zu stellen.

Im konkreten Fall geht es nicht allein um Neubescheidung, sondern darum, daß die AVE möglichst umgehend ausgesprochen wird. Ein entsprechender Anspruch läßt sich einmal darauf stützen, daß die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 vorliegen, weil der Gesetzgeber selbst durch den Erlaß des Entsendegesetzes den Begriff des öffentlichen Interesses ausgefüllt und im vorliegenden Zusammenhang bejaht habe. Derselbe Anspruch ergibt sich auch dann, wenn man - wie dies oben in erster Linie vertreten wurde - die Einschäl-

tung des Tarifausschusses in der heute vorgeschriebenen Form für verfassungswidrig hält. Schließt sich das Verwaltungsgericht dieser Auffassung an, könnte es allerdings das in § 5 Abs. 1 TVG vorausgesetzte "Einvernehmen" nicht einfach ignorieren, sondern müßte die Vorschrift des § 5 Abs. 1 TVG nach Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht im Wege der sog. konkreten Normenkontrolle vorlegen, um auf diese Weise den Fortbestand dieser Bestimmung (soweit sie das "Einvernehmen" betrifft) einer definitiven Klärung zuzuführen. Dies läuft allerdings auf eine erhebliche Verlängerung des Verfahrens hinaus.

4. Einstweilige Anordnung?

Verwaltungsgerichtliche Verfahren können bis zu einer Endentscheidung durch das BVerwG eine Reihe von Jahren in Anspruch nehmen. Angesichts der Tatsache, daß das Entsendegesetz nach seinem § 7 am 1. September 1999 wieder außer Kraft tritt, ist nicht einmal sichergestellt, daß vor seinem Ablauf eine rechtskräftige gerichtliche Klärung der Allgemeinverbindlichkeit erfolgen kann. Die Frage des vorläufigen Rechtsschutzes gewinnt so ungewöhnlich große Bedeutung. Es stellt sich daher die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen durch einstweilige Anordnung eine vorläufige AVE erreicht werden kann, die so lange gilt, bis in der Hauptsache selbst entschieden ist.

a) Rechtsgrundlagen

Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das zuständige Verwaltungsgericht in bezug auf den Streitgegenstand eine einstweilige Anordnung treffen, wenn die Gefahr besteht, "daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte." Neben dieser sog. Sicherungsanordnung, durch die bestehende Rechte geschützt werden, läßt § 123 Abs. 1 Satz 2 eine sog. Regelungsanordnung zu: In

Übernahme der Formulierung des § 940 ZPO ist eine einstweilige Anordnung auch "zur Regelung eines vorläufigen Zustands in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint."

§ 123 Abs. 1 VwGO ist auf das normale Verwaltungsstreitverfahren gemünzt, bei dem es um den Erlaß von Verwaltungsakten oder die Erbringung konkreter Leistungen geht. 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 werden.

Redeker-von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 10. Aufl., Stuttgart u.a. 1991, § 47 Rn 55

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 entgegensteht.

BVerfGE 86, 390, 395

Die im vorliegenden Zusammenhang zu erhebende
"Normerlaßklage"

zu ihrer Zulässigkeit s. ergänzend Kopp, VwGO, Kom-
mentar, 10. Aufl., München 1994, § 47 Rn 9

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 im vorliegenden Zusammenhang mit dem Fall des § 47 Abs. 8: Auch hier geht es um eine Vielzahl von Betroffenen und damit um 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 Rechtssetzung im Streit ist. § 47 Abs. 8 VwGO muß daher im vorliegenden Fall entsprechende Anwendung finden.

Soweit ersichtlich, sind in der Literatur Aussagen dazu nicht vorhanden, was angesichts der Singularität des Sachverhalts nicht zu verwundern vermag.

b) Voraussetzungen im einzelnen

§ 47 Abs. 8 VwGO setzt voraus, daß ohne die einstweilige Anordnung "schwere Nachteile" entstehen würden. Diese Voraussetzung ist bereits nach dem unter a) Gesagten evident: Der Erosionsprozeß gegenüber dem Tarifsystem würde weitergehen, zahlreiche Arbeitnehmer würden ihren Arbeitsplatz verlieren, zahlreiche mittlere und kleinere Unternehmen wären aus wirtschaftlichen Gründen zur Aufgabe gezwungen.

Eine einstweilige Anordnung ist auch "dringend" geboten. Dies folgt nicht allein schon daraus, daß die beschriebenen Nachteile drohen. Vielmehr ist mitzuberücksichtigen, daß ein öffentliches Interesse bestehen kann, den Normset-

zungsprozeß nicht in unangemessener Weise im Interesse einer Gruppe von Betroffenen zu beeinflussen. Das BVerfG hat im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG deshalb darauf abgestellt, wie die Nachteile beschaffen sind, wenn sich der Erlaß bzw. die Verweigerung der einstweiligen Anordnung nachträglich insofern als unzulässig herausstellen würde, als ihr Inhalt nicht mit der letztlich als zutreffend ermittelten Rechtslage in Einklang steht.

BVerfGE 86, 390, 395, ständ. Rspr.

Wird die einstweilige Anordnung erlassen und dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung eine vorläufige AVE aufgegeben, erweist sich jedoch - entgegen dem hier Vertretenen - im Ergebnis die Klage auf Erteilung der AVE als unbegründet, so entsteht dadurch der Nachteil, daß insbesondere ausländische Anbieter von Bauleistungen vorübergehend Tariflöhne bezahlen müssen, denen sie sich sonst nicht hätten unterwerfen müssen. Ob sie damit vorübergehend vom Markt verdrängt wären, ist höchst zweifelhaft, da zahlreiche tarifliche Leistungen nicht von der Erstreckungswirkung des Entsendegesetzes erfaßt werden, 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 ggfs. 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 auszugleichende Nachteile entstanden: Verlorengegangene Arbeitsplätze und geschlossene Unternehmen würden auch dann nicht neu entstehen, wenn z.B. in drei Jahren die AVE aus-

gespröchen 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 der Gegenwart in einigen Jahren einen Neubeginn versuchen zu können.

Angesichts dieser Umstände wäre es nur dann gerechtfertigt, den Erlaß einer einstweiligen Anordnung abzulehnen, wenn der Anspruch auf eine AVE von vornherein offensichtlich unbegründet wäre.

Zu dieser Grenze einer einstweiligen Anordnung s. BVerfGE 89, 344, 345

Nach dem unter B II und III Ausgeführten kann davon jedoch nicht die Rede sein.

Auch sonst stehen dem Erlaß einer einstweiligen Anordnung keine rechtlichen Hindernisse entgegen. Angesichts der Vorläufigkeit einer auszusprechenden AVE wäre die Entscheidung in der Hauptsache nicht vorweggenommen. Selbst letzteres ist dann unschädlich, wenn andernfalls effektiver Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG nicht gewährleistet wäre.

Dazu Kopp, VwGO, § 123 Rn 13 (S. 1633) mit eingehenden Nachweisen aus der Rechtsprechung

Im vorliegenden Zusammenhang wären die antragstellenden Tarifparteien rechtlos gestellt, müßten sie bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren auf den Erlaß einer AVE warten.

Angesichts der vorausgesetzten Dringlichkeit besteht grundsätzlich auch keine Verpflichtung, im Verfahren der einstweiligen Anordnung das BVerfG nach Art. 100 GG einzuschalten. Wollte man dies tun, wäre der vorläufige Rechtsschutz

weithin seiner Wirkung beraubt, da mit einer Entscheidung des BVerfG frühestens nach ca. zwei Jahren zu rechnen ist.

Ebenso Kopp, § 123 Rn 19; Redeker-von Oertzen, a.a.O., § 123 Rn 18; im Rahmen des § 47 Abs. 8 VwGO kann nichts Abweichendes gelten.

Im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren sind die bei Unterlassung der AVE drohenden schweren Nachteile im einzelnen "glaubhaft zu machen". Dies bedeutet, daß kein voller Beweis geführt werden muß, daß jedoch das Gericht von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit einer entsprechenden Entwicklung ausgehen kann. Angesichts der verfügbaren Arbeitsmarktdaten dürfte dies keine großen Schwierigkeiten bereiten.

5. Einschaltung des BVerfG?

Die IG BAU ist durch die verweigerte AVE in ihrem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt worden. Sie ist deshalb befugt, nach § 90 BVerfGG Verfassungsbeschwerde einzulegen, sofern der Verwaltungsrechtsweg erschöpft ist. Ausnahmsweise ist nach § 90 Abs. 2 Satz 2 auch eine frühere Einschaltung des BVerfG zulässig, wenn die Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde. In solchen Fällen ist dann auch gleichzeitig mit der Einlegung einer Verfassungsbeschwerde ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG möglich. Dies ist allerdings erst dann ernsthaft in Erwägung zu ziehen, wenn ein Antrag auf einstweilige Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erfolglos geblieben ist: Sofort das BVerfG einzuschalten, würde dort auf wenig Verständnis stoßen.

C Rechtspolitische Überlegungen

Die Ablehnung der AVE durch den Tarifausschuß wirft die Frage auf, ob dieser in einer Weise umgestaltet werden könnte, daß eine Wiederholung einer Ablehnungsentscheidung nach dem unter A dargelegten Muster in Zukunft vermieden werden kann. Dabei ist an Veränderungen in der Stellung des Tarifausschusses insgesamt (unten I), an eine Änderung seiner Zusammensetzung (unten II) und an eine Effektivierung des Rechtsschutzes (unten III) zu denken. Die oben skizzierten verfassungsrechtlichen Erwägungen sollen dabei zunächst nicht weiterverfolgt werden.

I. Veränderung der Stellung des Tarifausschusses

Vorstellbar wäre, den Tarifausschuß in seiner bisherigen Zusammensetzung bestehen zu lassen, ihm jedoch sein Vetorecht zu nehmen. Dies könnte in der Weise geschehen, daß in § 5 Abs. 1 TVG das Wort "Einvernehmen" durch das Wort "Benehmen" ersetzt wird oder daß der Gesetzgeber bestimmt, die AVE könne nur nach "Beratung" mit dem Tarifausschuß oder nach seiner "Anhörung" stattfinden.

Eine solche Gestaltung ist rechtlich möglich. Da eine Einrichtung wie der Tarifausschuß nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG zwingend geboten ist, bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, seine Stellung auf eine Mitwirkungs- und Beratungsfunktion zu reduzieren. Die Autonomie der Tarifparteien käme dadurch nicht in Gefahr: Sie bleiben Herren des Tarifvertrags, dessen Aufhebung auch die AVE hinfällig machen würde. Außerdem darf auch in Zukunft die AVE nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag einer Tarifpartei erfolgen. Insoweit besteht immer die Möglichkeit, entweder einen Tarifabschluß zu verweigern oder jedenfalls keinen Antrag auf AVE zu stellen.

Gewisse Probleme sind allerdings dann denkbar, wenn ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wird, der auf einer Seite nur von einer Miniorganisation getragen wird: Er könnte im Prinzip auch die Mitglieder der Mehrheitsorganisation erfassen. Dem wirken jedoch die Regeln über die Tarifkonkurrenz entgegen. Die Mehrheitsorganisation hätte die Möglichkeit, für einen kleineren Geltungsbereich Tarifverträge abzuschließen, die dann dem allgemein anerkannten Grundsatz der Spezialität entsprechend dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag vorgehen würden.

Zum Grundsatz der Spezialität s. BAG AP Nr. 11, 13 und 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; Hagemeyer-Kempen-Zachert-Zilius, a.a.O., § 4 Rn 112; B. Müller NZA 1989, 452; Wiedemann-Stumpf, a.a.O., § 4 Rn 165 ff.

Schließt die Mehrheitsgewerkschaft einen Tarifvertrag mit demselben Geltungsbereich, so versagt das Spezialitätsprinzip. Gleichwohl bleiben ihre Rechte gewahrt: Ihr Tarifvertrag geht dem für allgemeinverbindlich erklärten vor, sei es, daß man insoweit das Günstigkeitsprinzip eingreifen läßt, sei es, daß man der mitgliedschaftlichen Legitimation höheren Rang zumißt, sei es, daß man darauf abstellt, durch welchen Tarifvertrag die größere Zahl von Arbeitnehmern repräsentiert wird.

Einzelheiten bei Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn 1492 ff.; für Vorrang des mitgliedschaftlich legitimierten vor dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag insbesondere Löwisch-Rieble, § 4 Rn 297 ff.

Schwierigkeiten können sich daher nur dann ergeben, wenn die Mehrheitsgewerkschaft aus eigener Kraft keinen eigenen Tarifvertrag erreichen kann, die Arbeitgeberseite aber bewußt eine Kleinorganisation als Tarifpartner ausgesucht hat, um auf diese Weise für sie noch günstigere Bedingungen durchzusetzen. Inwieweit eine solche Konstellation derzeit in einzelnen Branchen in der Bundesrepublik droht, läßt sich nicht genau abschätzen. Betrachtet man sie als real,

könnten die DGB-Gewerkschaften in der Tat nicht an einer Beschränkung der Rolle des Tarifausschusses interessiert sein: Das bisher bestehende "Vetorecht" kann derartige Erscheinungen verhindern, ein bloßes Mitwirkungs- und Beratungsrecht des Tarifausschusses könnte es nicht.

II. Änderung in der Zusammensetzung und der Funktionsweise des Tarifausschusses

In der rechtspolitischen Diskussion sind zum zweiten Überlegungen in der Richtung angestellt worden, zwar auf der einen Seite die heutige, im Gesetz verankerte Funktion des Tarifausschusses beizubehalten, auf der anderen Seite jedoch durch eine veränderte Zusammensetzung das Vetorecht eines Spitzenverbandes gegenüber dem von einer repräsentativen Gewerkschaft abgeschlossenen Tarifvertrag zu beseitigen. Verschiedene Möglichkeiten kommen in Betracht.

1. Stimmrecht für den Vertreter des Ministers für Arbeit und Sozialordnung?

Nach geltendem Recht leitet zwar der Vertreter des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung die Verhandlungen des Tarifausschusses, besitzt jedoch nach § 3 Abs. 1 Satz 2 DVO kein Stimmrecht. Die Vetomöglichkeit einer Seite wäre nicht mehr gegeben, würde man ihm die Rolle eines gleichberechtigten Mitglieds des Tarifausschusses zuweisen: In diesem Falle käme ihm die entscheidende siebte Stimme zu.

Eine Umgestaltung dieser Art würde den Charakter des Tarifausschusses grundlegend ändern. Im praktischen Ergebnis hätte der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung die Möglichkeit, einen Tarifvertrag schon dann für allgemeinverbindlich zu erklären, wenn dem eine Seite zustimmt: Durch die Abstimmung seines Vertreters im Ausschuß

könnte die erforderliche Mehrheit jeweils sichergestellt werden. Lediglich dann, wenn beide Seiten keine AVE wollen, hätte der Tarifausschuß weiter ein Vetorecht: Ein solcher Fall ist jedoch denkbar unwahrscheinlich, da dann auch kein Antrag auf AVE gestellt würde. Im konkreten, hier behandelten Fall wäre zwar das Vetorecht der Arbeitgeberseite ausgeschlossen worden, da sich der Minister öffentlich für eine AVE ausgesprochen hatte. Auf der anderen Seite wäre die eben skizzierte Gefahr, daß ein mit einer Miniorganisation abgeschlossener Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt würde, nicht ausgeschlossen: Sieht man sie als real an, wird man daher schwerlich einem Stimmrecht des Vertreters des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung das Wort reden können.

Angesichts der weitreichenden Auswirkungen, die ein Stimmrecht des Vertreters des Ministers hätte, dürfte es auch nicht genügen, nur die DVO zu ändern. Vielmehr müßte § 5 Abs. 1 TVG selbst eine neue Fassung erhalten. Zwar ist dort nicht ausdrücklich festgelegt, daß der Tarifausschuß "ausschließlich" aus je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer besteht, doch legt der Wortlaut der Bestimmung es zumindest nahe, daß der Ausschuß eine vollparitätische Zusammensetzung hat. Zumindest muß man annehmen, daß § 5 Abs. 1 in den über 45 Jahren seit Inkrafttreten des TVG eine Konkretisierung im Sinne der Unüberstimmbarkeit einer Seite erfahren hat. Der Bundesminister ist daher nicht in der Lage, daran durch eine Neufassung der DVO etwas zu ändern.

2. Andere Besetzung der beiden "Bänke"?

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die Zusammensetzung des Tarifausschusses dadurch zu verändern, daß die antragstellenden Organisationen gleichfalls Stimmrecht erhalten. Damit würde verhindert, daß sich eine Spitzenorganisation

über den Willen eines Mitgliedsverbandes oder einer anderen Tarifpartei einseitig hinwegsetzen kann.

Die praktische Umsetzung könnte verschiedene Formen annehmen. Zu denken wäre einmal daran, daß die tarifschließenden Parteien in dem sie betreffenden Verfahren als weitere Mitglieder zum Tarifausschuß hinzutreten. Sind auf einer Seite zwei oder mehr Organisationen beteiligt, müßten sie sich auf einen Vertreter im Tarifausschuß verständigen.

Zum zweiten könnte man auch vorsehen, daß je ein Vertreter der Tarifpartei automatisch zu einem der drei Vertreter der jeweiligen Spitzenorganisation wird, was voraussetzt, daß die Mitgliedschaft eines "eigentlichen" Vertreters für dieses Verfahren suspendiert würde.

Dabei müßte im einzelnen festgelegt werden, welches Mitglied durch einen Vertreter der tarifschließenden Partei ersetzt wird und daß außerdem dieses "Eintrittsrecht" dann nicht Platz greift, wenn die betreffende Organisation bereits im Tarifausschuß vertreten ist. Bei der ersten Frage könnte man der Spitzenorganisation die Entscheidung überlassen, welchen Vertreter sie vorübergehend in den "Wartestand" versetzen möchte.

Besonderheiten ergeben sich dann, wenn eine Kleinorganisation einen Tarifvertrag abgeschlossen hat, dessen AVE beantragt wird. In einem solchen Fall müßte der Tatsache Rechnung getragen werden, daß § 5 Abs. 1 TVG auf "Spitzenorganisationen" abstellt und damit auf Verbände, die in § 12 TVG im einzelnen umschrieben sind. Erfasst sind dort einmal Zusammenschlüsse von Gewerkschaften oder von Arbeitgebervereinigungen, gleichzeitig jedoch auch Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen, die keinem Dachverband angehören - beide jedoch nur unter der Voraussetzung, daß sie "im Arbeitsleben des Bundesgebietes wesentliche Bedeutung haben." Dies ist bei Kleinorganisationen, aber auch bei regionalen Verbänden grundsätzlich nicht der Fall.

S. Löwisch-Rieble § 12 Rn 6

Grundgedanke ist die Erwägung, daß nur solche Organisationen im Tarifausschuß repräsentiert sein sollen, die die "Tariflandschaft" in der Bundesrepublik entscheidend mitgestalten und deshalb auch die Verantwortung für die AVE mitübernehmen können. Will man nicht das bisher bestehende System völlig über den Haufen werfen, könnte man nur solche Antragsteller als (vorübergehende) Mitglieder des Tarifausschusses behandeln, die entweder einem Dachverband mit wesentlicher Bedeutung angehören oder selbst diese Voraussetzung erfüllen. Wird der Antrag von einer Kleinorganisation gestellt, bliebe es bei der bisherigen Zusammensetzung.

Würde man die Vertreter der tarifschließenden Parteien zum Tarifausschuß hinzunehmen, müßte § 5 Abs. 1 TVG geändert werden, da er von je drei Vertretern beider Seiten spricht. Wählt man stattdessen den zweiten Weg, reicht eine Veränderung der DVO, da das Gesetz keine näheren Regelungen darüber trifft, wie der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung die drei Vertreter beider Seiten ernennt. Auch die Ermächtigungsgrundlage des § 11 Nr. 3 TVG spricht nur davon, der Minister könne unter Mitwirkung der Spitzenorganisationen die zur Durchführung des Gesetzes erforderlichen Verordnungen erlassen und nennt dabei als eines der drei Beispiele "den in § 5 genannten Ausschuß".

Eine Neufassung der einschlägigen Bestimmungen der DVO könnte wie folgt lauten:

Nach § 1 wird ein neuer § 1 a eingefügt, der bestimmt:

(1) Besitzt die antragstellende Organisation keinen Vertreter im Tarifausschuß, so kann sie einen solchen benennen. Dasselbe gilt für die andere Tarifpartei auch dann, wenn sie sich dem Antrag nicht angeschlossen hat.

(2) Haben mehrere Arbeitnehmer- und/oder mehrere Arbeitgeberorganisationen einen Tarifvertrag abgeschlossen, müssen sie sich jeweils auf einen gemeinsamen Vertreter verständigen. Geschieht dies nicht, bestimmt ihn der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung.

(3) Die Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer entscheiden, welches der von ihnen bestimmten Mitglieder des Ausschusses im Einzelfall nicht als stimmberechtigtes Mitglied an der Sitzung teilnehmen kann. Notfalls trifft der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung die Entscheidung.

(4) Gehört eine der Organisationen nach Abs. 1 keinem Spitzenverband an und erfüllt sie auch nicht selbst die Voraussetzungen des § 12 TVG, finden die Abs. 1 bis 3 keine Anwendung.

III. Verbesserung des Rechtsschutzes

Eine besondere Schwierigkeit, die sich im vorliegenden Zusammenhang ergeben hat, besteht in den Problemen des Rechtsschutzes: Der Gang durch die Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird in der Regel länger dauern als die vereinbarte Laufzeit des Tarifvertrags.

Dies war beispielsweise auch im Fall BVerwG NZA 1989, 346 so, was zur Folge hatte, daß lediglich noch die Feststellung begehrt werden konnte, der Bundesminister sei zur AVE verpflichtet gewesen.

Dies ist in hohem Maße unbefriedigend, und zwar selbst dann, wenn man die hier skizzierten Möglichkeiten der einstweiligen Anordnung in vollem Umfang ausschöpft: Wegen der dabei angestellten summarischen Prüfung handelt es sich lediglich um einen Notbehelf.

In Anlehnung an § 116 Abs. 6 AFG kommt in Betracht, daß man im Interesse einer schnellen und den Rechtsfrieden wiederherstellenden Entscheidung eine erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit eines Bundesgerichts festlegt. Angesichts der eingehenden Befassung mit tarifrechtlichen Fragen ist hierfür das Bundesarbeitsgericht besser geeignet als das Bundesverwaltungsgericht.

S. die entsprechenden Überlegungen, die im Rahmen der Anerkennung von Schulungs- und Bildungsveranstaltungen nach § 37 Abs. 7 angestellt wurden: Obwohl die Anerkennung und die Verweigerung der Anerkennung durch eine oberste Landesbehörde einen Verwaltungsakt darstellt, entscheiden mit Rücksicht auf ihre besondere Sachkunde in diesen Fällen die Arbeits- und nicht die Verwaltungsgerichte. S. BAG AP Nr. 7 und 73 zu § 37 BetrVG 1972; Däubler-Peter, Schulung und Fortbildung von betrieblichen Interessenvertretern, 4. Aufl., Köln 1995, Rn 421 f.

Gleichzeitig müßte auch - ebenfalls in Anlehnung an § 116 Abs. 6 AFG - die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung eröffnet werden.

Die Parallele zu § 116 Abs. 6 AFG rechtfertigt sich nicht nur mit dem allgemeinen Bedürfnis nach schneller Klärung, sondern auch mit inhaltlichen Erwägungen: So wie die Entscheidungen des Neutralitätsausschusses im Arbeitskampf eine schnelle und endgültige gerichtliche Überprüfung benötigen, ist dies auch bei der AVE der Fall. Auch bei ihr muß schnell Klarheit herrschen, die übliche Verfahrensdauer von mehreren Jahren wird dem schnellen Rhythmus von Tarifverträgen nicht gerecht. Die im wesentlichen reibungslose Praxis der Vergangenheit, die auf einem weitgehenden Konsens innerhalb der Verbände und zwischen ihnen aufbaute, kann für die Zukunft nicht mehr unterstellt werden.

Ein weiteres Problem betrifft die Frage, ob die AVE nicht stärker als bisher von präzisen rechtlichen Vorgaben abhängig gemacht werden könnte. So wäre etwa daran zu denken,

den zuständigen Minister zu verpflichten, die AVE auszusprechen, wenn sie von beiden Tarifparteien beantragt wird. Gleichgestellt werden könnte der Fall eines Tarifvertrags über eine Gemeinsame Einrichtung, da er nur dann funktionieren kann, wenn eine AVE ausgesprochen wird. Schließlich ist an den Fall zu denken, der Anlaß zu den vorstehenden Erörterungen gab: Hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß er bestimmte Tarifverträge für wünschenswert hält und sind die Tarifparteien diesem Appell gefolgt, darf der Minister die AVE nicht wegen eines fehlenden öffentlichen Interesses verweigern.