

Studien zum  
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

66

Felix Prokop

# Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung der Änderungen  
durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz 2014



**Nomos**

**Studien zum  
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln  
Prof. Dr. Martin Franzen, Universität München  
Prof. Dr. Abbo Junker, Universität München  
Prof. Dr. Peter Schüren, Universität Münster

Band 66

Felix Prokop

# Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung der Änderungen  
durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz 2014



**Nomos**

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

Zugl.: München, Ludwig-Maximilians-Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4512-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-8754-6 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen.

Besonderer Dank gebührt Herrn Professor Dr. *Martin Franzen* für die Betreuung der Arbeit und die schnelle Erstellung des Erstgutachtens sowie für die außerordentlich schöne und lehrreiche Zeit, die ich als Student, Doktorand und Referendar an seinem Lehrstuhl verbringen durfte. Ferner danke ich Herrn Professor Dr. *Jens Kersten* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die fortlaufende Unterstützung in allen Belangen danke ich meiner Familie und meiner Freundin *Lisa*. Für die Durchsicht des Manuskripts bedanke ich mich bei Herrn Dr. *Andreas Salzmann* und Herrn *Wolfgang Schindler*.

Nicht zuletzt danke ich den Herausgebern für die Aufnahme dieser Arbeit in die Studien zum deutschen und europäischen Arbeitsrecht.

München, im September 2017

*Felix Prokop*



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
§ 1 Einleitung	25
A. Die Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung in Arbeitsverhältnissen	25
B. Die Normerstreckung auf Außenseiter als verfassungsrechtliches Problem	27
§ 2 Geschichte und Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung	31
A. Geschichte	31
I. Die Anfänge der Allgemeinverbindlicherklärung in der Weimarer Republik	31
II. Die Zeit der nationalsozialistischen Herrschaftsmacht	33
III. Die Entwicklung der Allgemeinverbindlicherklärung seit 1945	33
B. Praktische Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung	35
I. Die Zeit der Weimarer Republik	35
II. Die Zeit ab 1945	36
1. Die Allgemeinverbindlicherklärung in Zahlen	36
a) Zahlen der neu für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge	36
b) Allgemeinverbindliche Tarifverträge in absoluten Zahlen	37
2. Die Allgemeinverbindlicherklärung als Branchenphänomen	38
3. Der aktuelle Stand um die Allgemeinverbindlicherklärung	38
C. Gemeinsame Einrichtungen als Sonderfall der Allgemeinverbindlicherklärung	39
I. Geschichte der gemeinsamen Einrichtung	39
1. Anerkennung der gemeinsamen Einrichtungen in der Rechtsprechung	40

2. Die gemeinsamen Einrichtungen bei der Schaffung des TVG	41
II. Bedeutung der gemeinsamen Einrichtung	42
1. Die verschiedenen Regelungsgegenstände als Ausgangspunkt für die konkrete Bedeutung	42
a) Urlaubs- und Lohnausgleichskassen	42
b) Gemeinsame Einrichtungen in der Altersvorsorge	44
c) Gemeinsame Einrichtungen zur Beschäftigungssicherung oder Beschäftigungsförderung	46
d) Gemeinsame Einrichtungen in der beruflichen Aus- und Weiterbildung	46
2. Die abstrakte Bedeutung der gemeinsamen Einrichtung	47
a) Als institutionelle Vergemeinschaftung bestimmter Interessen	47
b) Als Einrichtung der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	48
c) Als eine Art Gesamtarbeitgeber	49
III. Gemeinsame Einrichtungen in Zahlen	50
IV. Die SOKA-Bau als bekanntestes Beispiel für eine gemeinsame Einrichtung	51
§ 3 Die Reform der Allgemeinverbindlicherklärung durch das TASG	54
A. Die Gesetzesbegründung der Reform der Allgemeinverbindlicherklärung	54
I. Arbeitnehmerschutz und Stärkung der Tarifautonomie	54
II. Stärkt der Gesetzgeber mit der Reform des § 5 TVG die Tarifautonomie?	55
B. Materielle Änderungen des § 5 Abs. 1 TVG	57
I. Ein Blick auf die frühere Regelung	57
1. 50 %-Quorum	57
2. Öffentliche Interesse	58
3. Ausnahme: Behebung eines sozialen Notstands	59
II. Die Abschaffung des 50 %-Quorums	60
III. Das öffentliche Interesse als zentrales Tatbestandsmerkmal des § 5 Abs. 1 TVG	60

IV. Die vom Gesetzgeber vorgesehenen Regelbeispiele zur Konkretisierung des öffentlichen Interesses	62
1. Überwiegende Bedeutung des Tarifvertrags nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG	62
a) Ermittlung der überwiegenden Bedeutung nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG	62
aa) „Bedeutung“ des Tarifvertrags im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG	62
bb) „Überwiegend“ im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG	63
b) Bezugsgröße des Tatbestandsmerkmals der „überwiegenden Bedeutung“	65
aa) Die Entscheidung des BAG	66
bb) Verfassungsrechtliche Gründe für den Geltungsbereich der Allgemeinverbindlicherklärung	66
cc) Kritik an der verfassungsrechtlichen Argumentation	67
dd) Für den Geltungsbereich des Tarifvertrags sprechende Gründe	67
ee) Fazit	69
c) Rechtstatsächliche Probleme bei der Überprüfung durch das BMAS	69
2. Absicherung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklung nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG	70
a) Eine Formulierung des BVerfG und dessen Kontext	70
b) Die Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG	71
c) Das Problem des der Begründung zugrundeliegenden Verständnisses des Gesetzgebers von Tarifautonomie	72
C. Die Privilegierung besonderer Einrichtungen	73
I. Die materiellen Voraussetzungen des § 5 Abs. 1a TVG	74
1. Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung	74

2. Numerus Clausus der privilegierten gemeinsamen Einrichtungen	75
a) § 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 1 TVG: Erholungsurlaub, Urlaubsgeld und zusätzliches Urlaubsgeld	76
b) § 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 2 TVG: Betriebliche Altersversorgung im Sinne des Betriebsrentengesetzes	76
c) § 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 TVG: Auszubildendenvergütung und Ausbildung in überbetrieblichen Bildungsstätten	77
d) § 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 4 TVG: Zusätzliche betriebliche oder überbetriebliche Vermögensbildung der Arbeitnehmer	78
e) § 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 5 TVG: Lohnausgleich bei Arbeitszeitausfall, -verkürzung oder -verlängerung	78
3. § 5 Abs. 1a S. 3 TVG: die entsprechende Geltung des § 7 Abs. 2 AEntG	79
II. Vorrangwirkung gegenüber anderen Tarifverträgen nach § 5 Abs. 4 S. 2 TVG	80
D. Neuregelung der Verfahrensvorschriften	81
I. Die Eröffnung des Verfahrens	81
1. Gemeinsamer Antrag der Tarifvertragsparteien	81
2. Schuldrechtliche Vereinbarungen über die Antragsstellung	82
a) Auswirkung schuldrechtlicher Vereinbarungen über die Antragsstellung	82
b) Schuldrechtliche Vereinbarungen als unzulässiges Ziel des Arbeitskampfs	83
3. Die Rücknahme des Antrags	84
II. Veröffentlichungspflichten	85
1. § 5 Abs. 7 S. 2 TVG	85
2. Exkurs: § 11 S. 2 TVG-DV	86
E. Änderungen im Rechtsschutz	87
I. Die prozessuale Situation in der Zeit vor dem TASG	88
II. Das besondere Normenkontrollverfahren des § 98 ArbGG	88
1. Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit nach § 2a Abs. 1 Nr. 5 ArbGG	88
2. Beschlussverfahren mit Sonderregeln nach § 98 ArbGG	89

3. Beteiligte des Beschlussverfahrens	90
a) Antragssteller	90
aa) Abgeleitete Antragsbefugnis nach § 98 Abs. 6 S. 2 ArbGG	90
bb) Originäre Antragsbefugnis nach § 98 Abs. 1 ArbGG	91
(1) Nicht: Tarifvertragsparteien des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags	92
(2) Konkurrierende Verbände	92
(3) Normunterworfenen Außenseiter	93
(4) Zusammenfassung	95
b) Die die Allgemeinverbindlicherklärung erlassende Behörde	95
c) Parteien eines nach § 98 Abs. 6 ArbGG ausgesetzten Verfahrens	95
d) Nach allgemeinen Regeln Beteiligte	96
aa) Parteien des betroffenen Tarifvertrags	97
bb) Nicht: Konkurrierende Verbände	98
cc) Nicht: Normunterworfenen Außenseiter	100
4. Örtliche und erstinstanzliche Zuständigkeit nach § 98 Abs. 2 ArbGG	101
5. Anwaltszwang nach § 98 Abs. 3 ArbGG	102
6. Erga-Omnes-Wirkung nach § 98 Abs. 4 S. 1 ArbGG	102
III. Die Aussetzungspflicht nach § 98 Abs. 6 ArbGG	102
1. Das Spannungsverhältnis der Aussetzungspflicht zum Justizgewährungsanspruch und dem Beschleunigungsgebot des § 9 Abs. 1 ArbGG	104
2. Voraussetzungen der Aussetzung	105
a) Ernsthafte Zweifel an der Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung	105
b) Entscheidungserheblichkeit	107
3. Aussetzungspflicht in bereits anhängigen Verfahren	108
F. Zusammenfassung	109
§ 4 Anforderungen des BVerfG an die Verfassungsmäßigkeit der Tarifnormerstreckung	111
A. Der Beschluss des BVerfG zu § 19 HAG vom 27. Februar 1973	112
I. Der Vorlagebeschluss des ArbG Gießen	112

II. Die Entscheidung des BVerfG	113
III. Erkenntnisse zum Prüfungsmaßstab und den Anforderungen an die Tarifnormerstreckung aus der Entscheidung vom 27. Februar 1973	115
B. Entscheidungen des BVerfG zu § 5 TVG a.F.	117
I. Der Beschluss des BVerfG zu § 5 Abs. 1 TVG a.F. vom 24. Mai 1977	117
1. Der Vorlagebeschluss des ArbG Solingen	117
2. Die Entscheidung des BVerfG	118
a) Die Allgemeinverbindlicherklärung als Rechtssetzungsakt eigener Art	118
aa) Art. 9 Abs. 3 GG als Grundlage der Allgemeinverbindlicherklärung	119
bb) Abgrenzung des Rechtsinstituts der Allgemeinverbindlicherklärung zur Rechtsverordnung und der bloßen Zustimmung	120
cc) Kein Typenzwang der Rechtsquellen in dem von Art. 9 Abs. 3 GG gestalteten Bereich	121
b) Somit kein Verstoß gegen Art. 80 GG und den Gewaltenteilungsgrundsatz	122
c) Ausreichende demokratische Legitimation der Tarifnormerstreckung	122
d) Die Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG und der allgemeinen Handlungsfreiheit	123
II. Der Beschluss des BVerfG zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen vom 15. Juli 1980	125
1. Der Sachverhalt und Parteivortrag	125
2. Die Entscheidung des BVerfG	127
a) Kein Verstoß gegen Art. 72 GG	127
b) Kein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG	128
aa) Kein Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit	128
bb) Kein Verletzung der positiven Koalitionsfreiheit	129
cc) Keine Überschreitung der Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien	129
c) Kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG	130

d) Keine objektiv berufsregelnde Tendenz der Beitragspflicht im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG	131
III. Erkenntnisse zum Prüfungsmaßstab und den Anforderungen an die Tarifnormerstreckung aus den beiden Entscheidungen zu § 5 TVG a.F.	132
1. Grundsätzliche Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz: Die Allgemeinverbindlicherklärung als Rechtssetzungsakt sui generis	132
2. Kein Eingriff in die positive und negative Koalitionsfreiheit	133
3. Gewisses Maß an Verbreitung und öffentliches Interesse als Voraussetzung für die Rechtfertigung des Eingriffs in die kollektive Koalitionsfreiheit	135
4. Demokratieprinzip erfordert staatlichen Mitwirkungsakt: Strenge Bedingungen der Allgemeinverbindlicherklärung gleichen Defizit staatlicher Entscheidungsfreiheit aus	136
5. Kein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG: Wo bleibt die Arbeitsvertragsfreiheit?	137
6. Zusammenfassende Bewertung	138
C. Der Beschluss des BVerfG zur Normerstreckung nach dem AEntG vom 18. Juli 2000	138
I. Sachverhalt	138
II. Entscheidungsgründe	139
III. Erkenntnisse zum Prüfungsmaßstab und den Anforderungen an die Tarifnormerstreckung aus der Entscheidung zum AEntG	140
1. Keine Kontinuität: „Allgemeinverbindlicherklärung“ ohne Voraussetzungen	140
2. Ausführungen zu Art. 80 Abs. 1 GG ohne Auswirkung auf die Bewertung von § 5 TVG	141
D. Fazit	142

§ 5 Von der Tarifnormerstreckung betroffene Verfassungsprinzipien	143
A. Art. 80 Abs. 1 GG	144
I. Ein überholter Streit: Verwaltungsakt oder Rechtsverordnung	144
II. Rechtsetzungsakt sui generis, der nicht an Art. 80 Abs. 1 GG zu messen ist	146
III. Keine Umgehung des gesetzgeberischen Zwecks von Art. 80 Abs. 1 GG	146
IV. Kein Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 GG	148
B. Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 2 GG	148
I. Formelle Anforderungen des Demokratieprinzips an die Tarifnormerstreckung	148
1. Staatlicher Mitwirkungsakt als Geltungsbefehl der Allgemeinverbindlicherklärung	148
2. Persönliche Beteiligung des Bundesministers oder Staatssekretärs an der Allgemeinverbindlicherklärung	149
II. Materielle Anforderungen des Demokratieprinzips an die Tarifnormerstreckung	151
1. Facharztbeschluss des BVerfG	152
a) In dem Urteil herausgearbeitete Anforderungen	153
b) Übertragbarkeit auf die Allgemeinverbindlicherklärung	153
c) Fazit	154
2. Lippeverbandbeschluss des BVerfG	155
a) In dem Urteil herausgearbeitete Anforderungen	155
b) Übertragbarkeit auf die Allgemeinverbindlicherklärung	156
c) Fazit	158
3. Bergmannsversorgungsscheinentscheidung des BVerfG	158
a) In dem Urteil herausgearbeitete Anforderungen	160
b) Übertragbarkeit auf die Allgemeinverbindlicherklärung	160
c) Fazit	161
4. Die wesentliche Aussage des BVerfG zum Demokratieprinzip in den Entscheidungen zur Allgemeinverbindlicherklärung	162

5. Ein Versuch der Konkretisierung der Aussage des BVerfG	162
a) Die Wahrung der Interessen der Außenseiter	162
b) Die Abhängigkeit von „strengen Bedingungen“	163
6. Fazit	164
III. Genügen § 5 Abs. 1 TVG und § 5 Abs. 1a TVG diesen Anforderungen?	165
IV. Fazit: § 5 Abs. 1 TVG und § 5 Abs. 1a TVG müssen verfassungskonform ausgelegt werden	167
§ 6 Von der Tarifnormerstreckung betroffene Grundrechte	168
A. Grundrechte der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberaußenseiter	169
I. Positive Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG	169
1. Kein Eingriff durch mittelbaren Beitrittsdruck	169
2. Kein Eingriff durch verminderten Beitritts- und Gründungsanreiz	170
3. Eingriff durch Verdrängung eines mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrags	171
4. Zwischenergebnis	174
II. Negative Koalitionsfreiheit	174
1. Art. 9 Abs. 3 GG als rechtlicher Anknüpfungspunkt	174
2. Gewährleistungsgehalt der negativen Koalitionsfreiheit	176
a) Bloßes Fernbleiberecht versus negative Tarifvertragsfreiheit	176
b) Die staatliche Mitwirkung an der Normerstreckung als untaugliches Argument	178
c) Der Spiegelbildgedanke als Argument für ein weites Verständnis der negativen Koalitionsfreiheit	179
aa) Die Diskussion um die Anwendung des Spiegelbildgedankens	179
(1) Gegen die Anwendung des Spiegelbildgedankens sprechende Argumente	180
(2) Für die Anwendung des Spiegelbildgedankens sprechende Argumente	180
(3) Fazit	182

bb) Das Normunterwerfungsrecht als Teil der positiven Koalitionsfreiheit als Grundlage des Spiegelbildgedankens	182
d) Schutz vor fremder Normsetzung als Voraussetzung für die umfassende Verwirklichung der negativen Koalitionsfreiheit	183
e) Zusammenfassung	184
3. Fazit: Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit	184
III. Die Arbeitsvertragsfreiheit als Teil der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	185
IV. Vertragsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG	187
V. Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG	187
VI. Zusammenfassung	188
B. Grundrecht der Koalitionsfreiheit der Koalitionen	188
I. Beteiligte Koalitionen	189
II. Unbeteiligte Koalitionen	189
1. Kein Eingriff durch Attraktivitätsverringern	190
2. Eingriff durch Verdrängung der konkurrierenden Tarifverträge	190
III. Zusammenfassung	193
C. Zwischenergebnis	193
§ 7 Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des § 5 Abs. 1 TVG	194
A. Anforderungen an die Rechtfertigung der Eingriffe	194
I. Art. 9 Abs. 3 GG: Kollidierendes Verfassungsrecht	194
II. Art. 12 Abs. 1 GG: Vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls	195
III. Fazit	196
B. Rechtfertigung	196
I. Legitimer Zweck	196
1. Der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung	196
a) Arbeitnehmerschutz der Außenseiter	197
b) Kein Wettbewerbsschutz der Tarifgebundenen	198
aa) Die Wettbewerbsintention des TVG	199
bb) Kein Verstoß gegen das UWG bei Nichtbeachtung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags	199

cc) Keine durchgreifenden Bedenken gegen die Verneinung von Wettbewerbsschutz der Allgemeinverbindlicherklärung aufgrund der Entstehungsgeschichte des § 5 TVG	201
dd) Zwischenergebnis	202
c) Kein Schutz der tarifschließenden Koalitionen	202
d) Schutz der gemeinsamen Einrichtungen	204
e) Sonstige Aspekte	205
f) Fazit	206
2. Das Sozialstaatsprinzip als verfassungsrechtliche Grundlage des Arbeitnehmerschutzes	206
a) Keine Grundlage des Arbeitnehmerschutzes in Art. 1 Abs. 1 GG	206
b) Keine Grundlage des Arbeitnehmerschutzes in Art. 12 Abs. 1 GG	207
c) Das Sozialstaatsprinzip als Grundlage des Arbeitnehmerschutzes	207
3. Keine eigene verfassungsrechtliche Grundlage des Schutzes vor Wettbewerbsverzerrung durch ungleiche Beitragsbelastungen bei gemeinsamen Einrichtungen	209
II. Geeignetheit der Allgemeinverbindlicherklärung	209
III. Erforderlichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung	210
IV. Angemessenheit der Regelung des § 5 Abs. 1 TVG	211
1. Keine sachgerechte Güterabwägung aufgrund der Allgemeinverbindlicherklärungs-Automatik des § 5 Abs. 1 S. 2 TVG	212
a) Vorschnelle Güterabwägung des § 5 Abs. 1 S. 2 TVG	212
b) Die überwiegende Bedeutung des Tarifvertrags nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG als untaugliches Kriterium zur erforderlichen Güterabwägung	213
c) Absicherung der Wirksamkeit tarifvertraglicher Normsetzung gegen Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen als untaugliches Kriterium für die Güterabwägung	214
d) Zwischenergebnis	215
2. Ausreichender Schutz der Außenseiter durch das Tatbestandsmerkmal der „überwiegenden Bedeutung“ in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG	215

3. Kein ausreichender Schutz der Außenseiter bei § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG	217
4. Wirkung des § 5 Abs. 1 TVG nach dem herrschenden Verständnis von § 5 Abs. 4 S. 1 TVG nicht gerechtfertigt	218
a) Widerspruch gegen die Wertentscheidung des Art. 9 Abs. 3 GG	220
b) Tarifvertrag gewährleistet angemessene Arbeitsbedingungen	220
c) Ergebnis: Arbeitnehmerschutz rechtfertigt Verdrängungswirkung nicht	221
5. Zusammenfassung und Ausblick	222
§ 8 Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des § 5 Abs. 1a TVG	223
A. Anforderungen an die Rechtfertigung der Eingriffe	223
B. Rechtfertigung	223
I. Legitimer Zweck	223
II. Geeignetheit und Erforderlichkeit des § 5 Abs. 1a TVG	224
III. Angemessenheit der Regelung des § 5 Abs. 1a TVG	224
1. Arbeitnehmerschutz rechtfertigt Vorrangwirkung des § 5 Abs. 4 S. 2 TVG	225
2. Gleichsetzung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen mit einem öffentlichem Interesse vernachlässigt Außenseiterinteressen	226
3. Fehlendes Indiz für die Zumutbarkeit des zu erstreckenden Tarifvertrags	227
4. Zusammenfassung und Ausblick	229
§ 9 Verfassungskonforme Auslegung des § 5 Abs. 1 TVG	230
A. Das öffentliche Interesse des § 5 Abs. 1 TVG	230
I. § 5 Abs. 1 S. 1 TVG: Ermittlung des öffentlichen Interesses	231
II. § 5 Abs. 1 S. 2 TVG als zusätzliche Voraussetzung	232
1. „Nur“ statt „in der Regel“ als Lösung	233
2. Die problematische Ausgestaltung des öffentlichen Interesses durch das Erfordernis der überwiegenden Bedeutung des Tarifvertrags	234

3. Abschließende Voraussetzung	236
B. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG als eng zu verstehende Ausnahme	236
I. Regel-Ausnahme-Verhältnis	236
II. Gewisse Breitenwirkung des Tarifvertrags	237
III. Das Tatbestandsmerkmal „Wirtschaftliche Fehlentwicklung“	238
1. Gefährdung des Arbeitsfriedens	239
2. Erosion von Tarifvertragsstrukturen	239
IV. Das Tatbestandsmerkmal „Absicherung der Wirksamkeit der tariflichen Normsetzung“: besonderes Bedürfnis an Arbeitnehmerschutz	240
V. Das Tatbestandsmerkmal „verlangt“	241
C. Keine Verdrängung des mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrags	242
I. Einschränkende Auslegung des § 5 Abs. 4 S. 1 TVG	242
II. Modifikation des Spezialitätsprinzips	243
III. Keine Ausnahme für Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen	244
D. Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip und den Grundrechten der Außenseiter	245
I. Demokratieprinzip	245
II. Negative Koalitionsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien	245
III. Positive Koalitionsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien und kollektive Koalitionsfreiheit der Koalitionen	246
IV. Arbeitsvertragsfreiheit als Teil der Berufsfreiheit	247
E. Zusammenfassung der verfassungskonformen Auslegung des § 5 Abs. 1 TVG	247
§ 10 Verfassungskonforme Auslegung des § 5 Abs. 1a TVG	249
A. Das öffentlichen Interesses des § 5 Abs. 1a TVG	249
I. Das öffentliche Interesse als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal	249
II. Präzisierung des öffentlichen Interesses durch den Gedanken der Allgemeinverbindlicherklärung zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung	250

III. Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Interesses berücksichtigt Außenseiterinteressen ausreichend	251
B. Gewisse Breitenwirkung des Tarifvertrags als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal	252
I. „Überwiegende Bedeutung“ des Tarifvertrags nicht erforderlich	252
II. Vergleich zur ungeschriebenen Voraussetzung des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG	253
III. Ausreichender Schutz der Interessen der Außenseiter durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der gewissen Breitenwirkung	254
§ 11 Zusammenfassung und Ergebnisse	256
Literaturverzeichnis	261

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
a.F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei-SD	Arbeitsrechts-Blattei Systematische Darstellungen
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbmäßigen Arbeitnehmerüberlassung – Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht
Ausschuss-Drs.	Ausschussdrucksache
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BArBl.	Bundesarbeitsblatt
BauArbbV	Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 25. August 1999
BB	Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtenengesetz
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
Beil.	Beilage
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung zur betrieblichen Altersversorgung – Betriebsrentengesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

## *Abkürzungsverzeichnis*

BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BR-Drs.	Bundesratdrucksache
BT-Drs.	Bundestagdrucksache
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer – Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVSG	Gesetz über einen Bergmannversorgungsschein im Land Nordrhein-Westfalen – Bergmannversorgungsscheingesetz
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
EFZG	Gesetz über die Zahlung der Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall – Entgeltfortzahlungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
et al.	et alii
EuGH	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GBI.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GG	Grundgesetz
GMBI.	Gemeinsames Ministerialblatt
GS	Großer Senat
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HAG	Heimarbeitsgesetz

Hrsg.	Herausgeber
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes – Informationsfreiheitsgesetz
JZ	Juristen Zeitung
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MiArbG	Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen
MiLoG	Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns – Mindestlohngesetz
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer – Mitbestimmungsgesetz
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OT-Mitglieder	Mitglieder ohne Tarifbindung
OVG	Oberverwaltungsgericht
PDS	Partei des Demokratischen Sozialismus
RAG	Reichsarbeitsgesetz
RdA	Recht der Arbeit
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGewO	Reichsgewerbeordnung
Rn.	Randnummer
S.	Seite; auch: Satz
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte
SOKA-Bau	Sozialkassen der Bauwirtschaft
SokaSiG	Gesetz zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe – Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz
SR	Soziales Recht
T-Mitglieder	Mitglieder mit Tarifbindung

## *Abkürzungsverzeichnis*

TASG	Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie – Tarifautonomie-stärkungsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVG-DV	Durchführungsverordnung zum Tarifvertragsgesetz
TVO	Tarifvertragsordnung
u.a.	und andere
ULAK	Urlaubs- und Lohnausgleichskasse
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
Var.	Variante
VermBG	Fünftes Gesetz zur Förderung der Vermögensbildung der Arbeitnehmer – Fünftes Vermögensbildungsgesetz
vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (Bund)
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans-Böckler-Stiftung
WSI-Mitteilungen	Monatszeitschrift des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts in der Hans-Böckler-Stiftung
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes
ZVK	Zusatzversorgungskasse

## § 1 Einleitung

### *A. Die Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung in Arbeitsverhältnissen*

Tarifverträge sind das Produkt der Tarifverhandlungen. In Tarifverhandlungen verhandeln die Arbeitnehmer als Kollektiv mit dem Arbeitgeber. Als Kollektiv haben sie eine bessere Verhandlungsposition und können ihre strukturelle Unterlegenheit gegenüber dem Arbeitgeber ausgleichen. Der Tarifvertrag gewährleistet Mindestarbeitsbedingungen: Nach § 4 Abs. 1 TVG gelten die ausgehandelten Regelungen für beiderseits Tarifgebundene unmittelbar und zwingend. Das Günstigkeitsprinzip lässt jedoch für den Arbeitnehmer bessere individualvertragliche Abreden zu. Die zwingende Anwendung des Tarifvertrags auf Arbeitsverhältnisse beiderseits Tarifgebundener nach § 4 Abs. 1 TVG trägt wesentlich zum Schutz der Arbeitnehmer durch Tarifverträge bei.

Zugleich verhindert § 4 Abs. 1 TVG, dass der Tarifvertrag für alle gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer gilt und ist damit die Wurzel des Instituts der Allgemeinverbindlicherklärung. Unmittelbar und zwingend wirken die Normen des Tarifvertrags nur für beiderseits Tarifgebundene. Nach § 3 Abs. 1 TVG sind tarifgebunden jedoch nur Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber, sofern er selbst Partei des Tarifvertrags ist. Für viele Arbeitnehmer gelten die Regelungen somit nicht. Solange der Arbeitgeber nicht Mitglied des tarifschließenden Arbeitgeberverbands ist oder selbst den Tarifvertrag geschlossen hat, können die Arbeitnehmer mit einem Beitritt zur Gewerkschaft nicht einseitig die Bindung an einen Tarifvertrag erwirken. Umgekehrt gilt im Prinzip das Gleiche. Allerdings kann der Arbeitgeber in der Praxis die Anwendung von Tarifverträgen durch Bezugnahme Klauseln in Arbeitsverträgen einfacher durchsetzen. Damit ein Tarifvertrag zwingende Anwendung auf nicht tarifgebundene Arbeitsverhältnisse findet, kann dieser nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden.

Der rechtstechnische Sinn und die Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung bestehen darin, die fehlende Tarifbindung zu ersetzen.<sup>1</sup> Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 5 Abs. 4 S. 1 TVG. Dieser regelt, dass die Rechtsnormen des Tarifvertrags durch die Allgemeinverbindlicherklärung auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber erfassen. Dadurch werden die Regelungen des Tarifvertrags auch für nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien zu nicht zu unterschreitenden Arbeitsbedingungen. Der dadurch vermittelte soziale Schutz der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer gilt in Lehre<sup>2</sup> und Rechtsprechung<sup>3</sup> als der zentrale Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung.<sup>4</sup>

Der Schutz der Arbeitnehmer ist ferner bei der Allgemeinverbindlicherklärung von gemeinsamen Einrichtungen der grundlegende Gedanke.<sup>5</sup> Gemeinsame Einrichtungen sind von den Tarifvertragsparteien gegründete und von diesen abhängige, aber organisatorisch verselbstständigte Rechtsträger, deren Zweck und Organisationsstruktur durch Tarifvertrag festgelegt wird.<sup>6</sup> Ziel ist es, dem Arbeitnehmer Ansprüche zu verschaffen, die er von seinem Arbeitgeber aus organisatorischen, psychologischen oder finanziellen Gründen nicht erhalten könnte.<sup>7</sup> Gemeinsame Einrichtungen sind auf möglichst viele Beitragszahler angewiesen, um sich zu finanzieren. Daher ist der zugrundeliegende Tarifvertrag prädestiniert – und meist von vornherein darauf ausgerichtet – für allgemeinverbindlich erklärt zu

---

1 Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht, § 34 III 2, S. 666; Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 13.

2 ErfK/Franzen, § 5 TVG Rn. 1; Wiedemann/Wank, § 5 TVG Rn. 2; AR/Kreber, § 5 TVG Rn. 2; HWK/Henssler, § 5 TVG Rn. 1; Hippmann, Allgemeinverbindlicherklärung, S. 9; umfassend zum Ganzen Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 93 ff., 98, 131 f.

3 BVerfG Beschluss v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74 Rn. 61, AP Nr. 15 zu § 5 TVG (unter B II 1 b bb); BAG Urteil v. 24.01.1979 – 4 AZR 377/77 Rn. 33, AP Nr. 16 zu § 5 TVG; BVerwG Urteil v. 03.11.1988 – 7 C 115/86 Rn. 31, AP Nr. 23 zu § 5 TVG (unter II 4 a).

4 Ausführlich zum Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung siehe unter § 7 B. I. 1, S. 196.

5 Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 126.

6 BVerfG Beschluss v. 15.07.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 Rn. 7, AP Nr. 17 zu § 5 TVG (unter A I 2); Henssler/Moll/Bepler/Stamer, Teil 8 Rn. 96; Thüsing/Braun/Wißmann 4. Kap. Rn. 136.

7 Wiedemann/Oetker, § 1 TVG Rn. 804; Böttcher, Gemeinsame Einrichtungen, S. 18; Sahl, NZA-Beil. 2010, 8, 9.

## B. Die Normerstreckung auf Außenseiter als verfassungsrechtliches Problem

werden.<sup>8</sup> Somit hat die Allgemeinverbindlicherklärung bei gemeinsamen Einrichtungen besondere Bedeutung.<sup>9</sup> Sie wirkt sich als weitere soziale Schutzkomponente auf die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse aus, die vor allem im Baugewerbe nicht zu unterschätzen ist.<sup>10</sup>

### B. Die Normerstreckung auf Außenseiter als verfassungsrechtliches Problem

Zwar war die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG schon häufiger Gegenstand juristischer Erörterung und wurde erst jüngst umfassend aufgearbeitet.<sup>11</sup> Die Rechtsfragen schienen weitestgehend geklärt und aktuelle Zahlen<sup>12</sup> deuteten auf eine tarifpolitisch geringe Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung hin. Zudem hat das BVerfG in den beiden Grundsatzentscheidungen zur Allgemeinverbindlicherklärung § 5 TVG a.F. als mit der Verfassung vereinbar angesehen.<sup>13</sup> Die Änderungen der Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz (TASG)<sup>14</sup> machen jedoch eine erneute Untersuchung erforderlich.

Der Gesetzgeber wollte das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung stärken, indem er die Anforderungen an die Tarifnormerstreckung herabsetzt. Dies wurde durch das Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (TASG) umgesetzt, das am 15. August 2014 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde.<sup>15</sup> In der Fachwelt und in der Presse wurde ausführlich über dieses Gesetz berichtet. Dabei haben Fachwelt und Presse gemein, dass sich die Berichterstattung vor allem auf einen bestimmten Teil des TASG konzentrierte: das Gesetz zur Regelung eines einheitlichen Mindestlohns

---

8 Böttcher, Gemeinsame Einrichtung, S. 67.

9 Thüsing/Braun/Braun, 6. Kap. Rn. 68.

10 Vgl. zur Bedeutung der gemeinsamen Einrichtungen § 2 C. II, S. 42.

11 Vgl. insbesondere Sittard, Tarifnormerstreckung und Hippmann, Allgemeinverbindlicherklärung.

12 Die Zahlen zur Allgemeinverbindlicherklärung im Allgemeinen finden sich unter § 2 B. II. 1, S. 36, die zu allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtungen unter § 2 C. III, S. 50.

13 BVerfG Beschluss v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, AP Nr. 15 zu § 5 TVG; BVerfG Beschluss v. 15.07.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79, AP Nr. 17 zu § 5 TVG.

14 BGBl. 2014 I. S. 1348.

15 BGBl. 2014 I. S. 1348.

(MiLoG).<sup>16</sup> Den Art. 2 und 5 TASG wurde wenig Beachtung geschenkt. Dies ist erstaunlich. Es handelt sich bei Art. 5 TASG mit den Änderungen an der Allgemeinverbindlicherklärung um den größten Eingriff in das TVG seit seiner Neubekanntmachung 1969. Art. 2 TASG regelt die prozessrechtlichen Angriffsmöglichkeiten gegen eine Allgemeinverbindlicherklärung neu und wird so zwangsläufig die Rechtspraxis beeinflussen. Ziel des TASG soll laut dem Gesetzentwurf der Bundesregierung sein, die Tarifautonomie zu stärken und angemessene Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sicherzustellen.<sup>17</sup>

Bis zum Inkrafttreten des TASG konnte ein Tarifvertrag nach § 5 Abs. 1 S. 1 TVG a.F. nur für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50 % der der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigten *und* die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten erschien. Nach § 5 Abs. 1 S. 2 TVG a.F. war eine Allgemeinverbindlicherklärung unabhängig von diesen Voraussetzungen möglich, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung zur Behebung eines sozialen Notstands erforderlich erschien.

Das TASG hat diese Voraussetzungen erheblich erleichtert. § 5 Abs. 1 S. 1 TVG n.F. dispensiert von der 50 %-Klausel und macht eine Allgemeinverbindlicherklärung allein von einem öffentlichen Interesse abhängig. Das öffentliche Interesse wird in § 5 Abs. 1 S. 2 TVG n.F. durch zwei Varianten näher konkretisiert: Nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG soll die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten erscheinen, wenn der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat. Nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG soll die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten erscheinen, wenn die Absicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklung eine Allgemeinverbindlicherklärung verlangt. Gänzlich neu ist eine Sonderregel für Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen. Nach § 5 Abs. 1a TVG n.F. kann ein Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn der Tarifvertrag die Einziehung von Beiträgen und die

---

16 BGBl. 2014 I. S. 1348.

17 BT-Drs. 18/1558, S. 1.